

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ ve YARGILAMANIN YENİLENMESİ

Yrd. Doç. Dr. Faruk BİLİR*

GİRİŞ

20. yüzyılda uluslararası hukuk alanındaki en önemli gelişmelerden biri bireyin uluslararası hukukun öznesi haline gelmesidir. Bireyin uluslararası hukukta hak sahibi, dolayısıyla uluslararası hukukun bir öznesi olarak kabul edilmesi insan haklarının uluslararası hukuk alanına girmesi ile gerçekleşmiştir. Önceleri uluslararası hukukun yalnızca egemen devletlerarasındaki ilişkileri düzenleyen bir dal olduğu benimsenirken, yakın dönemlerde önce uluslararası bazı teşkilatların ve son olarak da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uygulamaları ile bireyin, uluslararası hukukun bir öznesi olduğunun kabul edildiğini görmekteyiz¹. Bu anlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, klasik uluslararası antlaşmalardan farklı olarak, karşılıklı ve iki taraflı taahhütlerin ötesinde taraf devletlerin yerine getirmesi gereken objektif yükümlülükler yaratan ayırt edici bir niteliğe sahiptir. Sözleşme'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce insan hakları alanında Avrupa kamu düzeninin anayasal belgesi olarak tanımlanması da bunun bir sonucudur².

Günümüzde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi insan haklarının hukuksal açıdan korunması konusunda en güçlü uluslararası belge niteliğindedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde insan hak ve özgürlüklerinin sadece genel ilkeler olarak sayılmasıyla yetinilmemiş; bunların olabildiğince somut ve ayrıntılı biçimde tanımlanması ve sınırlarının belirlenmesi yoluna gidilmiştir³. Bu belirlemenin ardından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve protokollerinde tanınan hakların sözleşmeyi kabul eden devletlerden biri tarafından ihlal edildiğini iddia eden bir gerçek ya da tüzel kişi, grup veya başka bir devlet Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurma hakkına sahip kılınmıştır⁴. Ancak Mahkeme'ye başvuru da çeşitli kural ve sınırlamalara tabi tutulmuştur. Bu bağlamda devletlerin egemenliklerinin her konuda tartışılmaması amaçlanmıştır. Bir kere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru-

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

¹ TURHAN, Mehmet, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları", Liberal Düşünce, Yıl: 6, Sayı: 22, Bahar 2001, s. 15; BOZKURT, Enver, İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, Ankara 2003, s. 244-245; TUNÇ, Hasan, "Uluslararası Hukukta Gerçek Kişinin Sijeliği Sorunu Çerçevesinde Bireysel Başvuru Hakkı", Polis Dergisi Cumhuriyet'in 80. Yılına Armağan, Yıl: 9, Sayı: 36, Temmuz- Ağustos- Eylül 2003, s. 80; KILINÇ, Bahadır, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı, Ankara 2006, s. 36.

² ÇAVUŞOĞLU, Naz, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi-Kararların Uygulanması, İstanbul 2003, s.18.

³ DÖNER, Ayhan, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, Ankara 2003, s. 82.

⁴ ÜLGEN, Celal, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yöntemi, İstanbul 2006, s. 17.

ran kişinin başvurusunun kabul edilebilmesi için, şikayet edilen işlem veya eylem nedeniyle sözleşmedeki haklarının ihlal edilmesinden zarar görmüş olması, en azından bu yönde Mahkeme'ce ciddi sayılabilir bir iddiasının bulunması şarttır⁵. Diğer yandan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bir temyiz mercii gibi ulusal yargı kararlarını bozma veya değiştirme yetkisi yoktur. Mahkeme'nin başlıca görevi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin tarafı olan ülkelerin iç hukuk uygulamalarını Sözleşme'ye göre değerlendirmek ve eğer varsa Sözleşme'ye aykırılıkları tespit etmekle sınırlıdır⁶. Bu şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile kurulan güvence mekanizması, ulusal düzenlerdeki koruma sistemlerini tamamlayıcı bir niteliğe sahiptir⁷. Böylece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kişileri değil devletleri yargılamasıyla ve ulusların egemenlik haklarına karşın bu işlevi görmesiyle başka herhangi bir müessesede rastlanmayan bir öneme sahiptir⁸.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve onun getirdiği denetim mekanizması, ülkelerin herhangi bir karşılık beklemezsizin kendi mutlak egemenliklerinden taviz verdikleri bir sistem öngörmektedir. Bu sistemin işleyişinin mükemmel bir seviyede gerçekleştiği iddia edilmemektedir. Ancak uzun yıllardan beri elde edilen deneyimlerle gelinen nokta itibariyle, bugün için dünyada en tutarlı işleyen insan hakları denetim mekanizmasının bu sistemle gerçekleştirildiğini rahatlıkla söylemek mümkündür.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin getirdiği denetim mekanizması diğer örgütlenmelerin getirdiği denetim mekanizmalarından farklı olarak sürekli işlerliği ve etkinliği olan bir yapıya sahip bulunmaktadır. Bu denetim mekanizması, ülkelerin iç hukuklarına yumuşak müdahalelerde bulunarak, her devletin Sözleşme ile belirlenen temel hak ve hürriyetlere olabildiğince uymasını sağlamaktadır. Aslında Mahkeme bir denetim organıdır, ancak diplomatik yollarla elde edilmesi çok zor olan birçok yenilik, Mahkeme'nin ihlal tespitleri sonucunda ülkelerin iç hukuklarına girmiştir. Mahkeme, verdiği kararlarla her Avrupalının günlük hayatının gelişmesine katkı sağlamakla kalmamakta, aynı zamanda tüm dünya için minimum adalet standartları koyma işlevi de yerine getirmektedir⁹.

Mahkemenin görevi, iç hukuk uygulamalarını Sözleşme karşısında değerlendirmek ve eğer varsa Sözleşme'ye aykırılıkları saptamakla sınırlı kalmaktadır. Mahkeme kararlarının gereğinin yerine getirilmesi konusunda hakkında başvuruda bulunan devlet yetkilidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının uygulanması konusunda belki de en önemli sorun, ihlalin iç hukukta kesinleşmiş bir yargı kararından kaynaklanması durumunda ne yapılacağı, diğer bir ifadeyle ihlalin sonuçları-

⁵ TANRIKULU, M.Sezgin, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru İçin El Kitabı, Ankara 2004, s. 23.

⁶ ERGÜL, Ergin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, Ankara 2004, s. 89.

⁷ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, "Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine", İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Cilt: II, Sayı:1, Mayıs 1994, s. 27.

⁸ ÜLGEN, s. 11.

⁹ BIÇAK, Vahit, "Yeni Yapısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", <http://www.geocities.com/vbicak/art2.htm>.17.11.2005.

nın nasıl bir yöntemle giderileceği olarak belirlemektedir¹⁰. Sözleşme'ye yönelik ihlalin kesinleşmiş bir mahkeme kararından kaynaklanması durumunda, taraf devletin kararı ortadan kaldırması mümkün olmadığı gibi, bizzat kararı veren mahkemenin de Sözleşme'ye aykırı olduğu belirlenen önceki kararını geri alması söz konusu değildir. bu gibi durumlarda, kesinleşmiş mahkeme kararından kaynaklanan ihlali ortadan kaldırmak için yargılamanın yenilenmesi bir çözüm olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹. Bu bağlamda, bu çalışmanın konusunu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının yerine getirilmesi çerçevesinde yargılamanın yenilenmesi oluşturmaktadır. Bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Mahkeme'si kararlarının yerine getirilmesi, genel olarak yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşme'si ve AİHM kararlarının iç hukukumuzdaki yeri, yargılamanın yenilenmesinin Türk iç hukukundaki yeri ve yargılamanın yenilenmesinin şartları incelenecektir.

1. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ YERİNE GETİRİLMESİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin tarafı olan bütün devletler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği kararları uygulamakla yükümlüdür. Bakanlar Komitesi bu konuda kararların uygulanmasını gözetmekle yetkili kılınmıştır¹². Bakanlar Komitesinin denetim sistemindeki rolü ve yetkisi, AİHM'nin verdiği kesinleşmiş kararların ilgili taraflarca yerine getirilmesini denetlemekten ibarettir¹³. Başka bir ifadeyle, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi kararların icrasını takip etmekle sorumludur. Bakanlar Komitesi, Sözleşme'yi ihlal ettiklerine karar verilmiş olan devletlerin Mahkeme'nin kararından doğan yükümlülüklerini yerine getirmek için gerekli önlemleri alıp almadığını denetler.

Büyük dairenin vermiş olduğu kararlar kesindir. Dairelerin vermiş olduğu kararlar, aşağıdaki durumlarda kesinleşir (AİHS md. 44):

a) Taraflar davanın Büyük Daire'ye gönderilmesini istemediklerini beyan ederlerse (temyiz hakkından feragat), b) Karardan itibaren üç ay içerisinde davanın Büyük Daire'ye gönderilmesi istenmezse, c) Büyük Daire, istemi reddederse.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ancak hukuksallık denetimi yapabilir; yerrindelik denetimi yapamaz¹⁴. Mahkeme, ihlal edilen bir hukuk kuralının varlığını belirleyerek, bu tespitiine ilişkin bir karar verir. Sonuçta devlet egemenliğinin geçerli

¹⁰ ÇAVUŞOĞLU, s. 42.

¹¹ ERDEM, Mustafa Ruhan-KORKMAZ, Ömer, "Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İhlali", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt:5, Sayı:2, 2003, s. 195- 196.

¹² GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-GÖLCÜKLÜ, A.Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, Ankara 2005, s. 123.

¹³ DOĞAN, Naci, "11 Nolu Protokol Bağlamında Avrupa Konseyi Denetim Sisteminin Kurumsal Yapı ve Yargısal İşleyişi Açısından Kazanımları", <http://www.danistay.gov.tr/4%20-%2011%20NOLU%20PROTOKOL.htm>.30.11.2005.

¹⁴ ANAYURT, Ömer, Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Ankara 2004, s. 314.

olduğu bir hukuk alanında bulunulduğunu ve bu hukukun az veya çok, belli bir ölçüde devletlerin egemen iradesinin bir yansıması olduğunu göz ardı etmez¹⁵.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, verdiği bir kararın gereklerini yerine getirmek için kullanacağı yolların seçiminde ilgili devlete belli bir serbestlik tanımaktadır. Bu nedenle Mahkeme, verdiği karar içeriğinde, ihlalin önlenmesi bakımında ne tür önlemler alınması gerektiğini ilgili devlete bildirmeyi kendi yetki alanı içerisinde görmemektedir¹⁶. Mahkeme ihlaline karar verdiği bir işlemin iç hukuktaki geleceğine, ihlale yol açan durumun nasıl bir yöntemle düzeltileceğine, mağduriyetin doğurduğu sonuçların ne şekilde giderileceğine ilişkin bir karar verme yetkisine sahip değildir¹⁷. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi vermiş olduğu Sözleşme ihlali kararlarında, bu kararların icrası için ilgili devlet tarafından alınması gereken tedbirler hakkında açıklamada bulunmayı reddetmektedir¹⁸. Örneğin Selçuk ve Asker-Türkiye davasında¹⁹ başvuru, yıkılan evinin yeniden yapılması konusunda Mahkeme'den bir talimat verilmesini talep etmiş ise de, Mahkeme bu talebi, "Sözleşme'nin 46.maddesi kapsamında yükümlülükler yerine getirilirken iç hukuk sisteminde hangi araçların kullanılacağına ilişkin seçimin sözleşmeci devlete bırakıldığı" gerekçe göstererek reddetmiştir²⁰. Yalnızca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin tazminata hükmettiği durumların buna bir istisna oluşturduğu söylenebilir. Bu çeşit kararlarda Mahkeme ödenecek tazminat miktarını, bunun faizini ve hatta para birimini dahi belirtir²¹. Dolayısıyla, AİHM'nin tazminat kararlarında, doğrudan bir etkiden söz etmek mümkündür. İlgili devletin bu tazminatın ödenmesi konusunda herhangi bir serbestiye sahip değildir²². Tazminat kararlarının yerine getirilmesinde genellikle 3 aylık bir uygulama süresi belirlenmektedir. Ayrıca bu kararların herhangi bir kayıt ve şarta bağlanamayacağı, örneğin taraf devletçe öne sürülecek çeşitli gerekçelerle taksitlendirme gibi taleplerde bulunulamayacağı da çeşitli içtihatlarla ortaya konulmaktadır²³. Bu üç aylık süre aşılmış ise, taraf devletin gecikme faizi ödemesine hükmedilmektedir²⁴.

Ayrıca Mahkeme, Sözleşme'ye aykırı görülen işlemi iptal etme, değiştirme ya da yerine başka bir işlem ikame etme yetkisine zaten sahip değildir. Mahkeme, ihlali olup olmadığının tespitiyle yetinir. Sözleşme'nin tarafı olan devlet ise bu kararın gereğini yerine getirir²⁵.

¹⁵ BOZKURT, s. 242.

¹⁶ ÇAVUŞOĞLU, s. 37.

¹⁷ ANAYURT, s. 313.

¹⁸ CENGİZ, Serkan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İcrası ve Sürecin Denetlenmesi", http://www.turkhukusitesi.com/makale_106.htm.16.01.2007.

¹⁹ Selçuk ve Asker-Türkiye Davası, (12/1997/796/998-999), 24.04.1998.

²⁰ SIMMONS, Alan, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne Başvuru, (Çev. Defne Orhun), İstanbul 2005, s.66.

²¹ ANAYURT, s. 314.

²² YILDIRIM, Kadir, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Divan Kararlarının Hukuksal Niteliği ve Taraf Devletlerde Uygulanması, İstanbul 1997, s. 37.

²³ ANAYURT, s. 321.

²⁴ KILINÇ, s. 249.

²⁵ GÖZBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 124; KARAASLAN, Erol, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve Yargılama Yöntemi", <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/315.htm>.16.11.2005; SURLU, Mehmet

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iç hukuk düzenlerinde bir Anayasal yargılama işlevi gerçekleştiremez²⁶. Mahkeme kararları iç hukukta doğrudan infaz kabiliyeti olan bir niteliğe sahip bulunmadığından, kararın yerine getirilmesi için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü taraf devlete aittir. Bu devlet, kararın yerine getirilmesi için izlenecek yol ve yöntemi seçme hakkına sahiptir²⁷. Mahkeme vermiş olduğu karar ile Sözleşmenin ihlal edildiğini belirler ise, taraf devletler Mahkeme kararlarının uygulanması için gereken tedbirleri almaları gerekir. Taraf devletler AİHS ile üstlendiği uluslar arası hukuktan kaynaklanan sorumlulukları çerçevesinde, sözleşmeye aykırı tasarrufun sonuçlarını ortadan kaldırmak ve tasarrufun yapılmasından önceki durumu yeniden tesis etmek için gerekli önlemleri almak zorundadır. Yani Sözleşmeye aykırılığı tespit edilen durumun ortadan kaldırılması, ilgili Devletin sorumluluğundadır. Devletin bu sorumluluğunu yerine getirip getirmediğinin denetimi ise Bakanlar Komitesi tarafından yapılmaktadır²⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasında kural, ihlal belirlendiğinde bunun öncesi durumun sağlanmasıdır. Ancak iç hukukun buna elvermediği ya da ihlalin niteliği itibarıyla geri dönüşü mümkün bir yapıya sahip olmadığı hallerde zararın giderilmesine ilişkin önlemler devreye girecektir²⁹. Mahkeme kararlarının, Sözleşme gereğince nasıl yerine getirileceği değişik biçimlerde olabilir. Mevzuat değişikliği, yerleşmiş bir uygulamanın terk edilmesi, bir mahkeme kararının iptali ile yeni bir yargılamanın yapılması, yeni bir hakkın kurulması ve tasarrufun geri alınması gibi birçok biçimde olabilir³⁰. Örneğin ihlal, tekrarlanmayan bir idari tasarruftan kaynaklanıyor ise, tasarrufun geri alınması ile eski halin iadesi sağlanabileceği gibi, tazminatın ödenmesiyle kararın gereği yerine getirilebilir. Buna karşılık kamulaştırmalarda olduğu gibi, tekrarlanan tasarruflar söz konusu ise, uygulamanın veya bu tür uygulama Sözleşme'ye aykırı bir yasadın kaynaklanıyor ise, ilgili yasanın değiştirilmesi gerekmektedir³¹.

Mahkeme kararlarının infazı için bireysel ve genel tedbirlerin alınması gerektiği çeşitli içtihatlarla belirlenmiş, Bakanlar Komitesi kararları ve uygulamalarıyla da sistematik ve kurallı hale getirilmiştir³². Bireysel tedbirlerden en önemlisi davanın iç hukukta yeniden görülmesidir. Bu tedbir, özellikle adil yargılanma ilkesi kapsamında ihlal kararlarında anlam kazanmaktadır. Özellikle de başvuru halen hapis cezasını çekmekte ise, yeniden yargılama yapılarak ilgilinin suçlu olup olmadığına

Handan, Hukuk ve Cezada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı Nedeniyle Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 2003, s. 13.

²⁶ ANAYURT, s. 312.

²⁷ GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 124.

²⁸ BIÇAK, Vahit, "Uluslararası İnsan Hakları Normlarını Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişimine Katkısı", Anayasa Yargısı 17, Ankara 2000, s. 110; ÜNAL, Şeref, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri", Anayasa Yargısı 17, Ankara 2000, s. 63.

²⁹ ÇAVUŞOĞLU, s. 38.

³⁰ YILDIRIM, Kadir, "Sözleşmenin ve Divan Kararlarının Uygulanma Niteliği", Anayasa Yargısı 17, Ankara 2000, s. 317.

³¹ ÜNAL, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", s. 68.

³² KILINÇ, s. 245.

karar verilmesi söz konusu olabilir. Gerçekten de, AİHM'nin bir ihlal kararından sonra cezaevinde bulunan bir başvurucuya hakkaniyete uygun tazminat verilmesi söz konusu olamayacağı gibi başvurucunun yeni bir dava açılmaksızın serbest bırakılması da mümkün olmamaktadır. Bu durumda, hak ihlalinin ortadan kaldırılmasının tek yolu yargılamanın yenilenmesi ile mümkün olacaktır³³. Bireysel tedbirlerden bir diğeri de, Sözleşme'nin 41. maddesine göre, başvurucuya hakkaniyete uygun bir adil karşılık ödenmesidir. Bu adil karşılık, maddi tazminat, manevi tazminat ve masrafları kapsamaktadır³⁴. Bazı durumlarda, kararın gereğini yerine getirilmesi sadece tazminatla mümkün olabilir. Örneğin, Sözleşme ihlalinin adil yargılanma hakkına aykırılıktan kaynaklanması ancak cezanın infaz edilmiş olması halinde kararın gereğinin yerine getirilmesi ancak tazminatla mümkündür³⁵.

Mahkeme kararlarının uygulanması konusunda genel tedbirlerin alınması da söz konusudur. Mahkeme'nin bir başvuruda Sözleşme'nin ihlal edildiğini tespit etmesinden sonra genel tedbirler alınmasının amacı, aynı çeşit ihlallerin tekrarının önlenmesidir. Genel tedbirler arasında, bilgilendirme, içtihat değişikliği ve mevzuat değişikliklerini saymak mümkündür³⁶.

Uygulamada Mahkeme kararının kendisine ulaşmasından sonra Bakanlar Komitesi, sözleşmeciler devletten, kararın uygulanmasını sağlamak üzere ne tür tedbirler alındığını sormaktadır. Bu tedbirlerin kendisine bildirilmesinin ardından Komite bunları değerlendirmektedir. Bakanlar Komitesi alınan tedbiri yeterli görmezse, ihlali önleyici tedbirlerin yerine getirilmesine kadar davayı gündeminde tutmaya devam eder. Bu süreçte Komite taraf devleti kararı uygulamaya zorlayıcı çeşitli çalışmalar yürütür³⁷. AİHM kararlarının icrası ile ilgili zorunluluklar, Avrupa devletlerinin uluslar arası bir insan hakları koruma sistemine dahil olmalarının kaçınılmaz sonucudur. Bu da kuşkusuz devletlerin egemenliğine getirilen bir sınırlandırma değildir. Ancak AİHM kararlarının icrası karşısında devlet egemenliğinin karşılığında söz etmek, paradoksal bir yaklaşım olur. Çünkü, gerçekleşen süreç hukukun üstünlüğü ilkesi çerçevesinde, üye devletlerin razı oldukları bir egemenlik sınırlandırmasıdır. Kurulduğundan bu yana Mahkeme içtihatlarına bakıldığında, eleştirilebilir yönleri olsa da AİHM'nin tüm taraf ülkelerde, temel hak ve özgürlüklerin gelişmesinde kuşkusuz önemli payı olmuştur³⁸.

Mahkeme'nin Sözleşme ihlali tespitiyle verdiği kararlar, üye devletlerin iç hukuklarını başlıca dört temelde etkilemektedir³⁹:

³³ ANDREOTTI, Onur, "Ulusal Mevzuatın Bir Parçası Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Avrupa Konseyi'ne Üye Ülkelerde İnsan Haklarına Saygının Gözetilmesi İçin Bir Kontrol Mekanizması Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", <http://www.abgm.adalet.gov.tr.11.12.2005>.

³⁴ DOĞRU, Osman, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkileri", Anayasa Yargısı 17, Ankara 2000, s. 198-199.

³⁵ DOĞRU, s. 203.

³⁶ DOĞRU, s. 206.

³⁷ ÖZDEK, Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, Ankara 2004, s. 73 -74.

³⁸ ANDREOTTI, <http://www.abgm.adalet.gov.tr.11.12.2005>.

³⁹ DİNÇ, GÜNAY, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türkiye'nin Anlatım ve Örgütlenme Özgürlükleri Üzerindeki Etkileri", <http://www.rightsagenda.org/main.php?id=63.12.11.2006>.

a) Başvuru konusu olay Sözleşme'yle birlikte ulusal yasalara aykırı bulunursa, ilgili devlet, yasalarını değiştirmek zorunda kalmaksızın iç hukuk uygulamalarını düzeltmektedir.

b) Sorun, ulusal yasaların Sözleşme'ye aykırılığından kaynaklanıyorsa, böyle durumlarda yasaların yenilenerek Sözleşme'ye uyarlanması gerekmektedir.

c) Her iki şartta da, AİHM bu doğrultuda bir karar almışsa, zarar gören kişi veya kuruma, tazminat ve yargılama giderleri ödenmektedir.

d) Eğer ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanıyor ise, bu durumda, ihlalin ortadan kaldırılması amacıyla yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmektedir.

Davalı devletin kararı yerine getirmek için herhangi bir önlem almaması ya da aldığı önlemlerin ihlali sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırmak ve tekrarını önlemek için yetersiz kalması durumunda, Bakanlar Komitesi'nin alacağı bir ara kararla AİHM kararının yerine getirilmesi ile ilgili bilgi istemek ve gerektiğinde ilgili devletin tutumu ile ilgili endişesini bildirmek suretiyle bir diplomatik yöntemle zorlama yetkisi bulunmaktadır⁴⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilmiş bir kararın, aleyhine başvuruda bulunulan bir devlet tarafından yerine getirilmemesi durumunda Sözleşme'de herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Bu türden bir davranış sergileyen sözleşmecî devlete karşı izlenecek belki tek yol Avrupa Konseyi üyeliğinin geçici olarak veya sürekli olarak askıya alınmasıdır⁴¹. Başka bir ifadeyle, Mahkeme kararlarının gereği gibi yerine getirilmemesi halinde Avrupa Konseyi Statüsünün 8. maddesi işletilebilecektir. Bu maddeye göre de, insan haklarını ciddi biçimde ihlal eden taraf Devletin Konseyde temsil hakkı askıya alınabilir ya da Konsey üyeliği sona erdirilebilir⁴². Şüphesiz, bu her durumda uygulanabilecek bir yöntem değildir. Dolayısıyla kararların yerine getirilmesi için herhangi bir yaptırım mekanizmasının mevcut olmayışı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin en önemli boşluklarından birisi olarak değerlendirilmektedir⁴³.

Sözleşme gereğince Bakanlar Komitesi, ihlali giderici tedbirler doyurucu bir seviyeye gelene dek dosyayı takip etmektedir. İlgili devletin ayrıca Mahkeme tarafından takibinin pratik bir değeri bulunmamaktadır. Uygulamada devletler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararlara uymakta, bu yolda Mahkeme'nin yorumuna uygun gerekli yasal düzenlemelere gitmektedir⁴⁴. Bakanlar Komitesi ise geleneksel bir icra mekanizmasından farklı olarak, Sözleşme'ye üye devlet-

⁴⁰ ÇAVUŞOĞLU, s. 60.

⁴¹ ÖZDEK, s. 74.

⁴² ÇAĞLAR, Bakır, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda Türkiye, Türkiye Bilimler Akademisi Forumu 6, Ankara 2002, s. 27; Avrupa Konseyi Statüsü madde 8: "Avrupa Konseyinin, üçüncü madde hükümlerini ciddi surette ihlal eden, her üyesi temsil hakkından bir süre için mahrum edilebilir ve Bakanlar Komitesi tarafından 7. Maddedeki koşullar dahilinde Konseyden çekilmeye davet edilebilir. Bu davet dikkate alınmadığı takdirde Komite, bizzat Komitenin tayin edeceği tarihten itibaren söz konusu üyenin artık Konsey mensup olmadığına dair karar verebilir".

⁴³ ÖZDEK, s. 74.

⁴⁴ ANAYURT, s. 327.

lerin bu hassasiyetleri ne ölçüde yerine getirdiklerinin denetimi ile sınırlandırılmıştır⁴⁵. Başka bir ifadeyle, Bakanlar Komitesi ihlalin ortadan kaldırılması için gerekli tedbirlerin alınıp alınmadığını incelemekte ve kanaat getirdiği zaman bir raporla elindeki dosyayı sona erdirmektedir⁴⁶. Bu halde Bakanlar Komitesi'ne Sözleşme ile tanınmış tek yetki, Mahkeme'nin nihai kararlarının yerine getirilmesini denetlemekten ibarettir⁴⁷. Bakanlar Komitesinin zorla kararı uygulama yetkisi yoktur. Çünkü, Bakanlar Komitesi ve hatta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi birer uluslararası kuruluştur. Uluslararası hukukta cebri icra mekanizması bulunmamaktadır⁴⁸.

Mahkeme kararlarının uygulanması sırasında Bakanlar Komitesi'nin cebri icraya başvuramaması, günümüzde çeşitli eleştirilerle karşılanmaktadır. Bu kararların uygulanmasını sağlamakla görevli bir "Avrupa silahlı gücü"⁴⁹ kurulmasını düşünmek mümkün değildir. Bir hak ihlalini tespit işlevini aşılıp, buna dair verilen kararın egemen hukuk düzeninde infazını takip işlemlerine girişmek Mahkeme'nin görevi değildir. Üstelik bir ihlali önlemekle sorumlu kılınan devlet, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne gönüllü olarak imza atmış, insan haklarını koruyacağına bu şekilde söz vermiş durumdadır. Bu nedenle Mahkeme'nin verdiği kararları yerine getirme işlevini, Sözleşme'ye attığı imza ile taahhüt eden devletin yürütme organı üstlenmektedir. Bunun yanında, kararların yerine getirilmesi konusunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile sağlanmaya çalışılan koruma mekanizmasının işlerliğinin sağlanabilmesi için, tıpkı tazminatla ilgili kararlarda olduğu gibi bir süre belirlenmesi, bu süre içerisinde ihlalin giderilmemesi durumunda taraf ülkenin ikinci bir ihlale yol açtığı kabul edilmesi de düşünülebilir.

2. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ YERİNE GETİRİLMESİ ARACI OLARAK YARGILAMANIN YENİLENMESİ

Yukarıda belirttiğimiz gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının uygulanması konusunda belki de en önemli sorun, ihlalin iç hukukta kesinleşmiş bir yargı kararından kaynaklanması durumunda ne yapılacağı, diğer bir ifadeyle ihlalin sonuçlarının nasıl bir yöntemle giderileceği olarak belirmektedir⁵⁰. Sözleşme'ye yönelik ihlalin kesinleşmiş bir mahkeme kararından kaynaklanması durumunda, taraf devletin kararı ortadan kaldırması mümkün olmadığı gibi, bizzat kararı veren mahkemenin de Sözleşme'ye aykırı olduğu belirlenen önceki kararını geri alması söz konusu değildir. Bu gibi durumlarda, kesinleşmiş mahkeme kararından kaynaklanan ihlali ortadan kaldırmak için yargılamanın yenilenmesi bir çözüm olarak kar-

⁴⁵ AYKAÇ, Alper Can, "14.Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Değişen Denetim Mekanizması", Hukuk Gündemi, Sayı:3, Aralık 2005, s. 87.

⁴⁶ ÖZHAN, Hacı Ali, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Taraf Devletlerde Uygulanması", Liberal Düşünce, Yıl: 6, Sayı: 23, Yaz 2001, s. 52.

⁴⁷ ÖZDEK, s. 73.

⁴⁸ GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, s. 124.

⁴⁹ ANAYURT, s. 332.

⁵⁰ ÇAVUŞOĞLU, s. 42

sımıza çıkmaktadır⁵¹. Başka bir ifadeyle, Sözleşmede açık düzenleme olmamasına karşın, ulusal mahkemeler tarafından verilen bir kararın AİHM kararı ile Sözleşme veya eki protokollere aykırılığın tespiti halinde, bu tespit kararının iç hukukta yeni bir yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilmesini gerektirmektedir. Taraf ülkelerden bazıları bu tespit kararını maddi, kimi ülkeler de usul hukuku aykırılığı olarak kabul etmiştir. Ancak AİHM'nin ihlal kararı üzerine yapılan yargılamanın yenilenmesi veya dava dosyasının yeniden ele alınması olağanüstü bir yargı yoludur⁵².

Yargılanmanın yenilenmesi, yapılan ihlalin sonuçlarının başka herhangi bir tedbirle giderilmemesi ya da ihlalin kişi üzerindeki etkisinin yeniden yargılamayı gerektirecek derecede ağır olması durumlarında başvurulabilecek yöntemlerdendir⁵³. Yargılanmanın yenilenmesi, kesinleşmiş hatalı kararların ortadan kaldırılmasını sağlamaya yönelik olağanüstü bir denetim muhakemesi yoludur. Yargılamanın yenilenmesi, “kararın kesinliği” ile “maddi anlamda adalet” ilkeleri arasında bir dengeleme işlevi görmektedir⁵⁴. Yargılamanın yenilenmesi yolu, ulusal yargılama sürecini yeniden açması dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının belki de en etkili sonuçlarından birini temsil eder⁵⁵.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 19 Ocak 2000 tarihinde kabul ettiği R (2000) 2 sayılı tavsiye kararında, ihlalin kesinleşmiş bir yargı kararıyla ilişkili bulunduğu durumlarda yargılanmanın yenilenmesi yönteminin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının yerine getirilmesinde en uygun çözüm yolu olacağını bildirmiştir. Komite bazı ihlal tespit edilen kararları örnek göstererek;

a) Şikayet konusu iç hukuk kuralı esas itibarıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı ise veya ihlal, şikayet konusu davanın sonucu hakkında ciddi kuşku doğuracak ağır usul hataları ya da noksanlığından kaynaklanıyorsa,

b) Söz konusu iç hukuk kararından kaynaklanan ihlalin çok ciddi olumsuz sonuçları nedeniyle başvuruçunun mağduriyeti devam ediyorsa ve bunun sadece tazminat ödenmesiyle değil, ancak yargılanmanın yenilenmesi ya da yeniden inceleme yoluyla giderilmesi mümkün ise iç hukukta yargılanmanın yenilenmesi de dahil olmak üzere dava konusu olayın yeniden incelenmesi yolunu açacak düzenlemeleri gerçekleştirmeleri konusunda taraf devletlere çağrıda bulunmuştur⁵⁶.

AİHS'nin 50. yıldönümü nedeniyle toplanan İnsan Hakları Üzerine Bakanlar Konferansında (Roma, 2000) Mahkeme'nin kararlarının yerine getirilmesi sürecinde

⁵¹ ERDEM-KORKMAZ, s. 195- 196.

⁵² ŞAHBAZ, İbrahim, “AİHM Kararlarının Bağlayıcılığı ve İç Hukukta Uygulanması”, <http://www.yargitaycb.gov.tr/8.11.2006>.

⁵³ KILINÇ, s. 252

⁵⁴ TEZCAN, Durmuş-ERDEM, Mustafa Ruhan-SANCAKDAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, Ankara 2004, s. 77.

⁵⁵ ÖZDEK, s. 97.

⁵⁶ ÇAVUŞOĞLU, s. 43; ANDREOTTI, <http://www.abgm.adalet.gov.tr.11.12.2005>.

Bakanlar Komitesi denetiminin güçlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır⁵⁷. Bu konferansının ardından Bakanlar Komitesi kendi yetkilerini yeniden bir değerlendirmeye tabi tutmuştur. Bu aşamada Komite 10 Ocak 2001 tarihli yetki kurallarını sözleşmeye taraf devletlere bildirmiş, yargılamanın yenilenmesi konusu başta olmak üzere çeşitli bireysel ve genel tedbirlerin alınması isteğini iletmıştır⁵⁸. Halen devam eden bu aşamada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği çeşitli kararlarda, gerekli gördüğü takdirde, taraf devletin ihlali ortadan kaldırması bakımından yol gösterici nitelikte yeniden yargılama ya da mevzuatı buna uygun değilse yeniden yargılama sisteminin önünü açma şeklinde önerilerde bulunduğu görülmektedir⁵⁹.

Bakanlar Komitesi ise, Mahkeme tarafından verilen kararların uygulanmasında, ilgili devlete yeniden yargılama önerisinde bulunabilmektedir. Bu öneri; birçok taraf devletin, verilmiş ihlal kararının uygulanmasını izleme aşamasında yeniden yargılama yöntemini kabul etmesine yol açmıştır⁶⁰.

Ancak hangi şartlarda yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebileceği Mahkeme içtihatlarına yansımış değildir. Buna karşın Bakanlar Komitesi R (2000) 2 sayılı tavsiye kararının son paragraflarında yer alan şartları, yargılamanın yenilenmesi için kabul edilebilecek durumlar olarak belirlemek uygun olacaktır. Buna göre yargılamanın yenilenmesi tedbirinin ilgili devlete önerilebilmesi için⁶¹;

1. Mağdur tarafın, iç hukukta verilen kararın sonucu olarak; tazminatla giderilememiş ve yeniden yargılanma dışında hiçbir yolla düzeltilmeyecek, çok ciddi ve olumsuz sonuçlara katlanmaya devam etmesi,

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararında,

a. İhlale neden olan ve Sözleşme'ye esastan aykırı bulunan iç hukuktaki kararın veya

b. İhlale neden olan ağır usul hataları ya da eksiklerinin, iç hukuktaki yargılamanın veya işlemlerin güvenilirliğine gölge düşürecek nitelikte olduğu sonucuna varması gerekmektedir.

Görüldüğü üzere yargılamanın yenilenmesi yolu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, kararların yerine getirilmesi bakımından gelinen son noktadır. Bu noktanın bir ileri si Mahkeme'nin temyiz mercii işlevini üstlenmesidir. Bu ise yakın gelecekte gerçekleşmesi uzak bir ihtimaldir. Zira Mahkeme'nin yargılamanın yenilenmesi yolunu önermesi dahi uzun yılların bir sonucu olarak gerçekleşebilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne üye pek çok devlet günümüzde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen bir kararın yargılamanın yenilenmesi durumlarından olduğunu kabul etmektedir. Bu konuda genellikle kabul edilen yön-

⁵⁷ Ministerial Conference on Human Rights (Rome, 3- 4 November 2000), Resolution I, par. 19- 22. Aktaran, ÖZDEK, s. 75.

⁵⁸ ÖZDEK, s. 75.

⁵⁹ KILINÇ, s. 232.

⁶⁰ ANAYURT, s. 324-325.

⁶¹ KILINÇ, s. 253.

tem, üye devletlerin iç hukuklarında düzenleme yapma yoluna giderek yargılamanın yenilenmesi şartlarının içerisinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını da eklemeleri şeklinde gerçekleşmektedir⁶². Bu bağlamda karşılaştırmalı hukukta, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne yönelik bir ihlalin, sınırlı sayıda belirlenmiş yargılamanın yenilenmesi nedenlerine girmediği, yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmesi için yasal değişiklikle Mahkeme kararlarının da sınırlı sayıdaki nedenler arasına eklenmesi gerekliliği çoğunlukla savunulmaktadır⁶³.

Sözleşmeye üye devletlerden Avusturya, Almanya, Lüksemburg, Yunanistan, İsviçre, Macaristan, Polonya, Moldova, Fransa, Bulgaristan, Hırvatistan, Slovenya, Litvanya, İngiltere, Slovakya ve Hollanda iç hukuklarında yaptıkları düzenlemelerle yargılamanın yenilenmesi yolunu açmışlardır⁶⁴. Norveç, sadece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce değil, başka herhangi bir uluslararası mahkeme tarafından verilen kararlar, yorumunu bu Mahkeme'ye dayandıran Norveç mahkemeleri kararları arasında çelişki bulunduğu yargılamanın yenilenmesi yoluna gidileceğine ilişkin bir düzenlemeye sahiptir⁶⁵. Bunun yanında Finlandiya, Danimarka, İsveç ve İspanya gibi ülkeler ise mevcut düzenlemelerinde herhangi bir değişikliğe gitmemekle birlikte, kendi Yüksek Mahkemeleri'nin çeşitli kararları ile fiilen yargılamanın yenilenmesinin uygulanmasına imkan tanıyan bir sistemi benimsemişlerdir⁶⁶. Bu ülkelerin önemli çoğunluğunda yargılamanın yenilenmesi yoluna yalnızca ceza davalarında değil, aynı zamanda hukuk ve idari yargılamaya ait davalarda da gidilebilmesi imkanı bulunmaktadır⁶⁷. Buna karşın örneğin Almanya, ceza yargılamasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına göre yargılamanın yenilenmesini 1998 yılında kabul etmiş iken, ceza yargılaması dışında yargılamanın yenilenmesi yolunu düzenleme altına almamıştır⁶⁸.

3. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE AİHM KARARLARININ İÇ HUKUKUMUZDAKİ YERİ

Karşılaştırmalı hukukta da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin iç hukuk karşısında sahip olduğu değer ile normlar hiyerarşisindeki yeri konusunda açık bir karar birliği sağlanabilmiş değildir. AİHS'nin iç hukuktaki yeri konusunda Avrupa ülkeleri arasında farklı düzenlemelerin olduğu görülmektedir⁶⁹. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini normlar hiyerarşisinde anayasa düzeyinde gören ülke Avusturya'dır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin normlar hiyerarşisinde anayasa-üstü düzeyinde gören ülke Hollanda'dır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini normlar hiyerarşisinde anayasa ile yasalar arasında gören ülkeler: İsviçre, Fransa, Belçika,

⁶² TEZCAN-ERDEM-SANCAKDAR, s. 78.

⁶³ ERDEM-KORKMAZ, s. 200.

⁶⁴ ÇAVUŞOĞLU, s. 44; KILINÇ, s. 255.

⁶⁵ ÇAVUŞOĞLU, s. 46.

⁶⁶ ERGÜL, s. 83, 35.No'lu dipnot.

⁶⁷ ÖZDEK, s. 97.

⁶⁸ TEZCAN-ERDEM-SANCAKDAR, s. 78.

⁶⁹ Sözleşmenin çeşitli Avrupa ülkelerinin iç hukuklarında normlar hiyerarşisindeki yeri konusundaki farklı düzenlemeler ile ilgili olarak bkz. ERDEM-KORKMAZ, s. 184-187.

Yunanistan, Malta, Portekiz, Lüksemburg, İspanya, Çek Cumhuriyeti ve Bulgaristan'dır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini normlar hiyerarşisinde anayasanın altında yasa düzeyinde gören ülkeler: Almanya, İtalya, San Marino, Finlandiya ve Macaristan'dır⁷⁰.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 90. maddesinin son fıkrasında 2004 yılında⁷¹ yapılan değişiklikle "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır" hükmü getirilmiştir. Bu değişikliğe göre, milletlerarası anlaşmaların kanunlardan üstün olduğu tek nokta, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalardır. Diğer konulardaki anlaşmalar bakımından üstünlük söz konusu değildir⁷². Milletlerarası andlaşmaların kanunlara üstünlüğünden bahsedebilmek için, kanunla temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların aynı konuda farklı hükümler içermesi gerekir. Yani bu konuda bir çatışma olması gerekir. Çatışma olmayan konularda milletlerarası andlaşmaların kanunlara genel bir üstünlüğünden bahsedebilmek mümkün değildir⁷³.

Yapılan bu değişiklik, doktrinde yapılan milletlerarası anlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeri konusunda yapılan tartışmaları önemli ölçüde netleştirmiştir⁷⁴. Ancak bu değişiklik bazı konulardaki tartışmalara son noktayı koyamamıştır. Örneğin yapılan düzenlemede sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmaların üstünlüğünün kabul edilmesi, hangi andlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalar olduğu konusunda ileride yeni bir tartışma doğurabilir⁷⁵. Çünkü pek çok milletlerarası andlaşma şu veya bu şekilde temel hak ve özgürlüklere ilgili olabilir Bu hükmün doğrudan veya dolaylı olarak temel hak ve özgürlüklere ilgili milletlerarası andlaşmaları kapsadığını söylemek mümkündür⁷⁶.

⁷⁰ YÜZBAŞIOĞLU, s. 28- 29; ANAYURT, s. 76- 77; BİLGÜTAY, Kural, "Bir Alman Anayasa Mahkemesi Kararı Işığında AİHS'nin Alman Hukukuna Etkisi", <http://www.gunisigihukuk.com/uluslaarasihukuk.html>.27.02.2006.

⁷¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, Kanun No:5170, Kabul tarihi: 07.05.2004, Resmi Gazete, 22. 5. 2004, Sayı: 25469.

⁷² BİLİR Faruk, "Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri", S.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 1, Yıl: 2005, s. 81-82 .

⁷³ ATAR, s. 349.

⁷⁴ ARSLAN, Sühtü, Anayasa Teorisi, Ankara 2005, s. 226; ERDOĞAN' a göre, " Antlaşmaların normatif değeriyle ilgili olarak 90. maddede yer alan başka bir hüküm de, bunlara karşı Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı öngören son fıkra hükmüdür. Bu hükmün, kanunlarla uluslar arası antlaşmalar arasında ikinciler lehine bir normatif hiyerarşi kurmuş olup olmadığı öteden beri doktrinin mevcut olmadığı sonucuna varmak gerekiyor. Çünkü, eğer böyle bir hiyerarşi var olsaydı, sadece insan haklarıyla ilgili antlaşmaların kanunlara üstün olduğunu belirtmek gereksiz olurdu" Erdoğan, Mustafa, Anayasa Hukukuna Giriş, Ankara 2004, s. 262; Erdoğan, Mustafa, Anayasa Hukuku, Ankara 2005, s. 265.

⁷⁵ KABOĞLU, İbrahim, "İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması", İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, TBB, Ankara, 2005, s. 228.

⁷⁶ ATAR, s. 350; SABUNCU, bu hükmün doğrudan insan haklarıyla ilgili milletlerarası andlaşmaları kapsadığını ifade etmektedir, SABUNCU, Yavuz, Anayasaya Giriş, Ankara 2005, s. 74.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda, kanun milletlerarası andlaşmalardan daha ileri bir hüküm öngörüyorsa, yine de milletlerarası andlaşmalara mı üstünlük tanınacağı konusu tartışmalıdır. KABOĞLU'nun belirttiği gibi, burada 'maksimum standart' ilkesine göre, kanuna öncelik tanınması gerektiği öne sürülebilir. Fakat bu kez, güvence ölçütü ile sınırlama ilkesi arasındaki ayırım sorunu karşımıza çıkar. Daha az sınırlayıcı hüküm koyan yasa ile uluslararası belge arasında fark belirebilir. Bu varsayımda yasa uygulanmaz ise, iki ayrı uygulama biçimi ortaya çıkabilir. Birinci olarak güvence konusunda daha ileri ulusal düzenleme geçerli olmalı, sınırlama konusunda ise değil. İkinci olarak ta sınırlandırmada daha az sınırlama getirilen hüküm esas alınmalıdır⁷⁷.

Anayasa'nın çeşitli maddelerinde insan haklarına yollama yapılması, temel hak ve hürriyetlerin düzenlenmesi sistemi gibi unsurlar dikkate alındığında, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaların Türk hukuk düzeninde en üst kademedeki yer aldığı, Anayasa üstü bir değer taşıdığı savunulmaktadır⁷⁸. Ayrıca, genel olarak uluslararası insan hakları normlarının, özelde de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özellikle temel hak ve özgürlüklerin durdurulmasına ilişkin hükümlerinin, bizim hukuk sistemimiz açısından anayasal bir değere sahip olduğu öne sürülmektedir⁷⁹. Bazı yazarlara göre Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri, kanunların üstünde ve Anayasa ile eşit bir değere sahip olduğundan, bu anlamda bir önceliğe de sahiptir⁸⁰. Anayasa ile Sözleşme'nin bir hükmü çeliştiğinde, Sözleşme'ye öncelik tanınması, bu konuda gerekirse Anayasal bir düzenlemeye gidilmesi de önerilmektedir⁸¹. Nitekim, Avrupa ülkelerinde, hukuk sistemlerinin Anayasa başta olmak üzere Sözleşme ile uyumlu hale getirildiği, iç hukuklarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre düzenlendiği vurgulanarak, ülkemizin de aynı yolu izlemesi gerektiği üzerinde de durulmaktadır⁸². Bu konuda, Sözleşme hükümlerine Anayasa karşısında üstünlük tanınması kabul edilmekle birlikte, Anayasa'nın değiştirilemeyecek maddelerinin bu kapsamın dışında tutulması da savunulmaktadır⁸³. Bazı yazarlar, Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan değişikliğin ardından, Sözleşme hükümlerinin kanunlarla Anayasal kurallar arasında bir yere sahip bulunduğunu ifade etmektedirler⁸⁴. Bazı yazarlar ise Sözleşme kurallarının kanunlarla eşit olduğunu, Anayasa'daki uluslararası hukuka öncelik tanıyan hükümlerin bu konuda iki hukuk kaynağı arasında bir farklılık oluşturmadığı görüşünü savunmaktadırlar. Buna göre,

⁷⁷ KABOĞLU, İbrahim, "Hukuka Yeni Düzenleme", <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=123268.20.02.2006>; BİLİR, "Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik", s. 88-89.

⁷⁸ YÜZBAŞIOĞLU, s. 34.

⁷⁹ DÖNER, s. 96.

⁸⁰ TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul 2005, s. 12.

⁸¹ YÜZBAŞIOĞLU, s. 35-36.

⁸² TEZİÇ, s. 12.

⁸³ ERİSOY, Uğur, "Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuka Etkisi", Hukuk Gündemi, Sayı:3, Aralık 2005, s. 69.

⁸⁴ ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2005, s. 212.

90. maddedeki yeni düzenleme, sadece hüküm çatışmasına yönelik özel bir düzenleme getirmekte, genel olarak ise Sözleşme hükümlerine bir üstünlük tanımamaktadır. Böylece çatışma olmadığı sürece iki hukuk kaynağının uygulama önceliği sorunu da bulunmamaktadır. Zaten Sözleşme'nin de bir milletlerarası antlaşma olduğu dikkate alınır, 90. maddenin ilk fıkrasında bunların kanunlarla eşit olduğunun açıkça belirtilmesi de göstermektedir ki, Sözleşme ile kanunlar arasında bir hiyerarşik norm üstünlüğü bulunmamaktadır⁸⁵.

Anayasa'nın 90.maddesi sistematiği dikkate alındığında kanunlarla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kuralları arasında herhangi bir hiyerarşik üstünlük bulunmadığı anlaşılmaktadır. Ancak kanunla bir çatışma olması durumunda Sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi- kanun çatışmasında iç hukukumuz bakımından Sözleşmenin doğrudan uygulanacağını söyleyebiliriz. Ancak, Sözleşmenin Anayasa ile çatıştığı durumlarda, pozitif hukuk açısından Anayasaya itibar olunacaktır. Sorun iç hukuk açısından bu şekilde çözülmüş olsa da, uyumsuzluk Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi denetim mekanizması önüne taşındığı zaman, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sözleşmeye aykırılık tespitinde bulunursa ve aykırılığında Anayasan kaynaklandığı sonucuna varılırsa, bu durumda Mahkeme kararlarının yerine getirilmesi çerçevesinde, Anayasa hükümlerinin Sözleşmeye uygun hale getirilmesi gündeme gelebilecektir. Bu bakımdan, Sözleşmenin iç hukuk düzenindeki yerinin ne olduğu konusunun, iç hukukta doğrudan uygulanabilirliği açısından önem taşırsa da, Sözleşmenin iç hukuktaki statüsünün, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı karşısında, çok fazla bir önemi yoktur⁸⁶.

Yüksek Mahkemeler başta olmak üzere yargı organlarının Sözleşme ve buna göre verilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını tek başına bağımsız ana ölçü norm değil, destek ölçü norm olarak kullandıkları göze çarpmaktadır⁸⁷. Örneğin Anayasa Mahkemesi'nin, önündeki kanunun Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken "insan haklarına saygı" içeriğini belirlemede İnsan Hakları Sözleşmeleri'ne atıfta bulunmaktadır⁸⁸. Türkiye'de yargı organlarının uygulamada iç hukuk mevzuatına ağırlık verdikleri, uluslararası hukuk kurallarını tatbikte isteksiz davrandıkları gözlenmektedir. Bazı kararlarda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne atıf yapılmakla birlikte, bunların ulusal mevzuata ve içtihatlarla göre dayanılan gerekçeleri güçlendirmede bir araç niteliğini aşamadıkları görülmektedir.⁸⁹

Bir devletin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni onaylamış olması demek, kendi iç hukukunu bu Sözleşme'nin kurallarına göre düzenleme, Sözleşme'de yer alan hakları koruma ve güvence altına alma yükümlülüğünü kabul etmesi anlamına gelmektedir⁹⁰. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile taraf devletlere Mahkeme kararlarının iç hukuklarında uygulanması yükümlülüğü getirilmiştir. Bu, Sözleşme ile

⁸⁵ ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Konya 2005, s. 351-352.

⁸⁶ ANAYURT, s. 77.

⁸⁷ YÜZBAŞIOĞLU, s. 31.

⁸⁸ ATAR, s. 354.

⁸⁹ ANAYURT, s. 329.

⁹⁰ ERDEM-KORKMAZ, s. 182.

getirilen hakları tanıma ve koruma sorumluluğunun da bir parçasıdır. Teorik bir belge niteliğindeki Sözleşme'nin, tek uygulama belgesi Mahkeme kararlarıdır. Bu anlamda ulusal mahkemelerin de Sözleşme'nin birer uygulayıcısı niteliğine bürünmeleri şarttır. Hatta bu konuda ulusal düzeyde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi görev yapacak, aynı zamanda iç hukukla Sözleşme organları arasında bağlantıyı sağlayacak yerel sözleşme mahkemelerinin kurulması önerisinde de bulunmaktadır⁹¹.

Türk Mahkemeleri'nin kararlarında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına mesafeli olması, bazı hak ihlallerinin göz ardı edilmesini de beraberinde getirmektedir. Yargılamanın yenilenmesi müessesesinin işlerlik kazanması ile Türk yargısının bu mesafeli tutumunun değişeceği ve sonuçta ihlallerin azalacağı düşüncesi dile getirilmektedir⁹².

Ülkemizde uygulama bütünüyle iç hukuk kurallarına göre şekillenmektedir. Yerel uygulayıcıların kararlarında genelde uygulanacak kuralı dahi ilgili temyiz merciinin içtihatlarına göre seçtikleri görülmektedir. Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının bu denli az kullanılması da şaşırtıcı olmamalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre kararlar verilmesi, ancak ülkemizde daha çok bu içtihatların yerleşmesiyle ve yerel hakimlerin bunları uygulayabilme konusunda gösterecekleri çabalar ile birlikte gerçekleşecektir.

4. YARGILAMANIN YENİLENMESİNİN TÜRK İÇ HUKUKUNDAKİ YERİ VE YARGILAMANIN YENİLENMESİNİN KABULÜ İÇİN ÖNGÖRÜLEN ŞARTLAR

Türkiye'ye karşı başvuru sayısındaki ve karar sayısındaki artış, iç hukukun etkinleştirilmesini ve yargılamanın yenilenmesi gibi bir takım yöntemlerin kabul edilmesini gerektirmiştir. Dolayısıyla yapılması gereken, Sözleşmenin ikincil niteliğini göz önünde bulundurarak, çözümün iç hukukta sağlanması olacaktır. Çünkü sözleşmenin iç hukuku tamamlayan bir özelliği vardır. AİHM kararlarıyla tespit edilen ihlalin ortaya çıkardığı mağduriyetin giderilebilmesi için, Ülkemizde yargılamanın yenilenmesini mümkün kılacak değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler, AİHM kararlarının uygulanması ve Sözleşme ihlalinin eski hale iadesi için gerekli görülmüştür. AİHM'nin, iç hukukta verilen mahkumiyet kararının, Sözleşme'yi ihlal ettiğine karar verdiğinde, çıkacak sorunların, AİHM kararına uygun hareket edilerek çözüme gidilmediği takdirde, konunun daha da çözümsüz kalabileceği düşünülmektedir⁹³.

Yargılamanın yenilenmesi ile başlayan bu süreçte Türkiye Birleşik Komünist Partisi'nin kapatılmasının ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yaptığı

⁹¹ ÇAVUŞOĞLU, s. 78.

⁹² TEZCAN-ERDEM-SANCAKDAR, s. 84; ERDEM-KORKMAZ, s. 209.

⁹³ ÇALIŞKAN, Bilal, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Uyarınca Yargılamanın Yenilenmesi", http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/18_sayi.htm.8.11.2006.

başvuru sonrasında⁹⁴ Sözleşme'nin ihlal edildiği yönündeki karar ile parti tarafından Anayasa Mahkemesi'ne yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulmuştur. Bu talep üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararda, usul hukukunun ancak yeni delil veya vakıa ortaya çıkması durumunda yargılamanın yenilenmesine imkan sağladığı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının bu nitelikte yeni bir delil ortaya koymadığı gerekçe gösterilerek yargılamanın yenilenmesi isteği reddedilmiştir⁹⁵. Bu karar, hukuk güvenliğinin korunması adına kesin hüküm kavramına dayanmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin kendi yetki alanını koruma konusundaki hassasiyetini göstermesi biçiminde yorumlanmıştır⁹⁶.

Bakanlar Komitesi bu dönem içerisinde Türkiye'ye üstü kapalı biçimde yargılamanın yenilenmesi tavsiyesini iletmiştir. Bu aşamada Komite bazı kararlarında, ülkemiz iç hukuku açısından yetersiz değişikliklerle yetinildiğinin, uygulamada ise bu türden düzenlemelerin hayata geçirileceğine dair bir emare olmadığını altını çizerek en kısa zamanda Türk hukuk sisteminde köklü bir reform yapılması gerektiğini belirtmiştir⁹⁷.

Mahkeme 2001 tarihinde eski DEP milletvekilleri olan Sadak/Zana/Dicle/Doğan ile Türkiye arasındaki davayı⁹⁸, başvuruların adil bir biçimde yargılanmadıkları gerekçesiyle Türkiye aleyhine sonuçlandırmıştır. Bakanlar Komitesi bu kararlar ilgili ara kararında Türk Hükümeti'nden; insan hakları ihlallerinin Mahkeme tarafından tespitine ve mağdurlara tazminat ödenmesine karşılık, örneğin adli sicilden silinemediği hususunu vurgulayarak, Usul Kanunu hükümlerinin buna göre düzenlenmesini ve bir Ceza Usul Kanunu reformunun yapılmasını istemiştir⁹⁹. Buna uygun olarak, ülkemizin Avrupa Birliği'ne tam üyelik sürecinde neler yapması gerektiğine ilişkin Devlet Planlama Teşkilatı'nın siyasi kriterler raporunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının yerine getirilmesi bakımından yargılamanın yenilenmesi ve karar düzeltme yollarının açılması yönündeki düzenlemelere öncelik tanınması gereğine değinilmiştir¹⁰⁰.

Bu süreçte Türkiye'nin yargılamanın yenilenmesi yolunu açması birkaç aşamada gerçekleşmiştir. Öncelikle yargılamanın yenilenmesi yolu 3 Ağustos 2002 tarih ve 4771 sayılı Kanun¹⁰¹ ile ceza ve hukuk davaları için kabul edilmiştir. Kanun yargılamanın yenilenmesi ile ilgili oldukça karmaşık bir yöntem öngörmüştür¹⁰². Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na 2002 yılında eklenen 327/a no'lu fıkra şu düzenlemeyi getirmektedir: "Kesinleşmiş bir ceza hükmünün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin

⁹⁴ Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri-Türkiye Davası, (19392/92), 30. 01. 1998.

⁹⁵ AYM, E. 1998/4, K. 1999/2, k.t. 16.02.1999.

⁹⁶ ÇAVUŞOĞLU, s. 55.

⁹⁷ TEZCAN-ERDEM-SANCAKDAR, s. 69.

⁹⁸ Sadak ve Diğerleri/Türkiye Davası, (29900/96), 17.07.2001.

⁹⁹ ÇAVUŞOĞLU, s. 53.

¹⁰⁰ TEZCAN-ERDEM-SANCAKDAR, s. 79.

¹⁰¹ Kanun No:4771, Kabul tarihi: 03.08.2002, Resmi Gazete, 09.08.2002.

¹⁰² KILINÇ, s. 256.

veya eki Protokollerin ihlali suretiyle verildiği saptandığında ihlalin niteliği ve ağırlığı bakımından Sözleşmenin 41 maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla gidebilemeyecek sonuçlar doğurduğu anlaşılırsa; Adalet Bakanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunan veya yasal temsilcisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Yargıtay Birinci Başkanlığından muhakemenin iadesi isteminde bulunabilirler.”

Görüldüğü gibi, 2002 yılında yapılan değişikliklerle birlikte belli şartlar altında Türk hukukunda da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının yargılamanın yenilenmesi sonucunu doğurmasının yolu açılmıştır. Bunun yanında 4771 sayılı Kanun, yargılamanın yenilenmesi yolunun kanunun yayınlanmasından bir yıl sonra yürürlüğe gireceğini ve ayrıca işbu tarihten sonraki başvurular ile ilgili kararlar yönünden uygulanacağını kural altına almıştır. Bu durumda Bakanlar Komitesi'nin “o ana kadarki ihlalleri kapsayacak bir düzenleme yapılması” şeklindeki tavsiyesine uyulmamıştır. Yapılan düzenleme de bu yönüyle Bakanlar Komitesi tarafından yetersiz olarak tanımlanmıştır¹⁰³. Yapılan bu eleştiriler dikkate alınarak 4 Şubat 2003 tarih ve 4793 sayılı Kanun¹⁰⁴la yargılamanın yenilenmesi yine hukuk ve ceza davaları bakımından yeniden düzenlenmiştir. Böylece 4771 sayılı kanun uygulanmadan yürürlükten kaldırılmıştır. 4793 sayılı Kanun ise geçmişte verilen kararları kapsamakla birlikte, o tarihte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından görülmekte olan başvuruları uygulama alanının dışında tutmuştur. Bu nedenle Bakanlar Komitesi 4793 sayılı kanunu da yetersiz bulduğunu bildirmiştir¹⁰⁵.

Ardından Türkiye 19 Temmuz 2003 tarih ve 4928 sayılı Kanun¹⁰⁶,la İdare ve Vergi Mahkemeleri ile ilgili olarak da yargılamanın yenilenmesi sistemini kabul etmiştir. Bu kanunda da 4793 sayılı Kanun'daki şartlar aynen korunmuştur.

Nihayet 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu¹⁰⁷ da, 4793 sayılı kanuna paralel bir düzenleme ile yargılamanın yenilenmesi yolunu yeni ceza yargılaması sistemine dahil etmiştir¹⁰⁸. Sonuç olarak, Türkiye'de 4771, 4793, 4926 ve 5530 sayılı Kanunlara göre, bir Türk mahkemesi kararının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararıyla tespit edilmiş ise, ilgili kişi, AİHM'nin kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde, bu sebepten dolayı AİHM'ne aykırı karar veren Türk mahkemesinden yargılamanın yenilenmesini isteyebilir¹⁰⁹.

Bu değişiklikler çerçevesinde yargılamanın yenilenmesi ilgili kanunlarda şu şekilde düzenlenmiştir:

¹⁰³ TEZCAN-ERDEM-SANCAKDAR, s. 80.

¹⁰⁴ Kanun No:4793, Kabul tarihi: 23.01.2003, Resmi Gazete, 04.02.2003.

¹⁰⁵ ÖZDEK, s. 99.

¹⁰⁶ Kanun No:4928, Kabul tarihi: 15.07.2003, Resmi Gazete, 19.07.2003.

¹⁰⁷ Kanun No:5271, Kabul tarihi: 04.12.2004, Resmi Gazete, 17.12.2004.

¹⁰⁸ KILINÇ, s. 257.

¹⁰⁹ GÖZLER, Kemal, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, <http://www.anayasa.gen.tr/aihm.htm>. 9.11.2006.

İdari Yargılama Usulü Kanununun 53. maddesine göre, Danıştay ile bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinden verilen kararlar hakkında, hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması halinde 1 yıl içinde yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilir.

Ceza Muhakemesi Kanununun 311. maddesine göre, Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması halinde yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir. Yargılamanın yenilenmesi, 4.2.2003 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile, 4.2.2003 tarihinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 445. ve 447. maddelerine göre, kesin olarak veya kesinlik kazanmış kararlar hakkında, hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması halinde 1 yıl içinde yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilir.

Usul hukukunda yargılamanın yenilenmesi için gerekli şartlar sınırlı tutulmuştur. Bunlara bakıldığında ya muhakeme hukukuna veya olay tespitine ilişkin nedenlerle ilgili buldukları görülmektedir. Bunun karşısında bir hukuk kuralının yanlış uygulanması ya da hiç uygulanmaması şeklindeki hukuksal hatalar bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak sayılmamaktadır¹¹⁰. Bunun yanında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının yerine getirilmesi sürecinde, yargılamanın yenilenmesi tedbirinin, sadece ihlalin başka bir tedbirle giderilemeyeceği durumlarda kullanılacağı düşüncesi hakimdir¹¹¹. Böylece iki yönlü daralan sistemin işleyişi için gerekli şartların da sınırlı olduğu açıkça ortaya çıkmaktadır.

Ülkemiz açısından yargılamanın yenilenmesi için gerekli şartlar ana başlıklar olarak şu şekilde sıralanabilir¹¹²;

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi veya ek protokollerinden birinin ihlal edildiği tespit edilmiş olmalıdır,
2. İhlalin kesinleşmiş bir ceza, hukuk, idare veya askeri (vergi mahkemesi de dahil) Mahkeme kararından kaynaklanması gerekir,
3. İhlal alınabilecek başka bir tedbirle ortadan kaldırılamamalıdır,
4. İhlal yargılamanın yenilenmesi yoluyla ortadan kaldırılabilir bir niteliğe sahip bulunmalıdır,

¹¹⁰ TEZCAN-ERDEM-SANCAKDAR, s. 78.

¹¹¹ ÖZDEK, s. 97.

¹¹² TEZCAN-ERDEM-SANCAKDAR, s. 81-82.

5. Başvurucu tarafından yargılamanın yenilenmesi yolu talep edilmiş olmalıdır,
6. Yargılamanın yenilenmesi talebi, süresi içerisinde ileri sürülmüş olmalıdır.

Bu şartları ayrı incelemeye geçmeden önce kurumun kabulünün hukuksal kaynağı olan 4793, 4928 ve 5271 sayılı kanunlarda, yargılamanın yenilenmesinin belki de en çok tartışılan şartı olarak görülen uygulama kapsamı konusuna değinmek yararlı olacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları üzerine yargılamanın yenilenmesi yolu, ceza ve hukuk muhakemesi bakımından 4793 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği 4 Şubat 2003 tarihinden önce kesinleşmiş veya bu tarihten sonra yapılmış başvurular için geçerlidir. Bu tarih itibarıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından incelenmekte olan ihlal başvuruları ise yargılamanın yenilenmesi kapsamının dışında tutulmuştur¹¹³.

Bu durum 4928 sayılı kanun ile de tekrarlanarak, idari yargı ile ilgili başvurularda, yine kanunun yürürlük tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından incelenmekte olan başvurularda yargılamanın yenilenmesi yolu kapatılmıştır¹¹⁴.

4793 ve 4928 sayılı kanunlarda yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilecek davalar ile ilgili kapsam belirlenirken, “bu tarihte sonucu kesinleşmiş olan ve bu kanun yürürlüğe girdikten sonra yapılacak başvurular” biçiminde, o tarih itibarıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde görülmekte olan başvuruları devre dışı bırakacak bir sınırlama getirilmesi eleştirilmiş, bu sınırlamanın keyfi olarak konulduğu ve ayrımcılık yasağını ihlal ettiği öne sürülmüştür¹¹⁵.

Bu düzenleme dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ndeki derdest başvuruların kapsam dışı bırakılması Bakanlar Komitesi tarafından da 31 Mart 2003 tarihli bir ara kararda şiddetle eleştirilerek, Türk Hükümeti’nin bu durumu bir an önce düzeltmesi isteği iletilmiştir¹¹⁶. Bazı yazarlar bu düzenlemenin hukuk devleti ve eşitlik yönlerinden Anayasaya aykırılık teşkil edebileceğini ifade etmektedir. Buna göre, “Yasa koyucunun bu yasanın yürürlüğe girdiği tarihte henüz kesinleşmemiş AİHM kararları ile derdest davalar için yargılamanın yenilenmesini benimsememesi veya düzenlememesini anlamak güç. Zira yasa koyucu, yargılamanın iadesi için suçlar arasında bir ayırım yapmamasına rağmen, ağırlık farkı yaratıcı bir düzenleme getirmediği/veya getirdiğini açıkça düzenlemediği halde, hangi ölçüye göre böyle bir fark yarattığını belirginleştirmemektedir. Yasanın, yargılamanın yenilenmesini benimsediği hususlardan bir kısmının, AİHM’nce henüz karara bağlanmış ve yasanın yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmemiş olanlar ile derdest bulunan davalarındaki konulardan hangilerinin toplum için daha ağır sonuçlar doğurup doğurmaya-cakları gözetilmeden olaylar arasında fark yaratılmıştır”¹¹⁷. Bazı yazarlara göre, kanun koyucunun amacının derdest başvuruları kapsam dışı bırakmak olamayacağı-

¹¹³ ERGÜL, s. 92.

¹¹⁴ ERDEM-KORKMAZ, s. 205.

¹¹⁵ ÖZDEK, s. 100.

¹¹⁶ ÇAVUŞOĞLU, s. 57.

¹¹⁷ ŞAHBAZ, <http://www.yargitaycb.gov.tr/8.11.2006>.

nı, ortada bir anlam karışıklığı olduğunu, kanunun kesinleşmiş kararları yargılamanın yenilenmesi nedeni sayması karşısında, derdest başvuruların evleviyetle bu kapsamın içerisinde değerlendirilmesi gerektiği şeklindedir¹¹⁸.

Bu konuda başka bir görüş, kanundaki ibarenin derdest başvuruları gerçekten de kapsam dışında bıraktığını, bunun aslında Anayasa'ya aykırı olduğunu, ancak Anayasa Mahkemesi'ne başvurma imkanının da artık kalmadığını belirtmektedir¹¹⁹.

4793 ve 4928 sayılı kanunların derdest başvuruları kapsam dışı bıraktığının bir kanıtı da 5271 sayılı kanunun 311. maddesi ile ortaya konulmaktadır. 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 311. maddesinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ndeki derdest başvurulara hiçbir şekilde değinilmeksizin, 4793 sayılı kanundaki kapsam tekrar edilmiştir¹²⁰.

Şayet kanun koyucu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde bulunan derdest başvuruları kapsam içerisine almak isteseydi, kanun maddelerinde uzun uzun "o tarihe kadar kesinleşmiş ve o tarihten sonra yapılacak başvurular" ibaresini kanuna ekleme ihtiyacı hissetmezdi. Çünkü, doğrudan "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararları" bir yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak görülmektedir. Bunlar arasında bir ayrıma gidildiği içindir ki, kanunda kapsam özellikle belirtilmiştir.

a- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi veya Ek Protokollerinden Birinin İhlal Edildiğinin Tespit Edilmiş Olması

Yargılamanın yenilenebilmesi için ilk şart, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bir ihlal tespiti ile başvuruyu esastan sonuçlandırmış olmasıdır. Başvurunun; örneğin önkoşul eksikliği nedeniyle esasa girilmeden veya dostane çözüm yoluyla ya da kayıttan düşürülme gibi nedenlerle sonuçlanması durumunda yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemeyecektir. Burada ihlal, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bir ya da birkaç maddesiyle veya ek protokollerle belirlenen bir hakka yönelik olmalıdır¹²¹.

b- İhlalin Kesinleşmiş Bir Ceza, Hukuk, İdare(Vergi Mahkemesi) veya Askeri Mahkeme Kararından Kaynaklanması

Yargılamanın yenilenmesine esas oluşturan ihlalin bir ceza, hukuk, idare veya askeri mahkeme kararı ile ilgili olması gerekir. Buradaki idare mahkemesi kavramına vergi mahkemeleri de dahildir. Bunun yanında kapatılmadan önce DGM'ler tarafından verilen kararlar ile ilgili olarak da, bunlar da birer ceza mahkemesi sayıldıklarından yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilir¹²². Anayasa Mahkemesi kararlarından dolayı yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemez. Bilindiği gibi, Anayasa Mahkemesi'ne Yüce Divan sıfatıyla tanınmış bir ceza yargılaması görevi verilmiş-

¹¹⁸ TEZCAN-ERDEM-SANCAKDAR, s. 80.

¹¹⁹ ERDEM-KORKMAZ, s. 205.

¹²⁰ KILINÇ, s. 257.

¹²¹ TEZCAN-ERDEM-SANCAKDAR, s. 81.

¹²² ERDEM-KORKMAZ, s. 206.

tir. Burada Anayasa Mahkemesi bir yerel mahkemeden farksız olarak ceza yargılaması işlevini yerine getirmektedir. Sonuçta da ceza mevzuatına göre bir karar vermek durumundadır. Bu karar bir ceza verme şeklinde gerçekleşebilir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı bir yargılama da sözleşmeyi ihlal edebilir.

Yapılacak başvurunun adli, idari ve askeri mahkemeler tarafından verilmiş bir nihai karara karşı gerçekleşmiş olması şarttır. Aksi halde örneğin bir idari işlem sonucu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvuru öne sürülerek işlemin yenilenmesi gibi bir talepte bulunmak mümkün değildir. Askeri mahkemelerin yargılamanın yenilenmesi yolunun dışında tutulduğu için düzenleme eksik bulunarak eleştirilmekteydi¹²³. Bu konuda yapılan düzenleme ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ihlaline dair kararlarının tıpkı adli, ve idari yargıda olduğu gibi askeri ceza yargısında da yargılamanın iadesi nedeni olarak kabul edilmiştir. Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 5530 Sayılı Kanun¹²⁴, un 53. maddesiyle, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 228 inci maddesinin birinci fıkrasına (F) bendi ve maddeye ikinci fıkra eklenmiştir. Buna göre, Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiği ve hükmün bu aykırılığa dayandığı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olursa, yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir.

c- İhlalin Alınabilecek Başka Bir Tedbirle Ortadan Kaldırılmaması

İhlal iç hukukta mevcut örneğin diğer olağanüstü denetim yolları olan karar düzeltme, olağanüstü itiraz gibi yöntemlerle giderilebiliyorsa, yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemeyecektir¹²⁵. Bunun gibi örneğin belirli bir tazminatın başvurana ödenmesiyle, bir mülkün teslimiyle giderilebilecek ihlallerde de yargılamanın yenilenmesi yolu kapalı tutulmaktadır¹²⁶. Bir diğer ihtimal olan, sonradan yapılan mevzuat değişikliği ile başvuranın hakları kendiliğinden iade edilebiliyorsa yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemeyecektir¹²⁷.

d- İhlalin Yargılamanın Yenilenmesi Yoluyla Ortadan Kaldırılabilir Bir Niteliğe Sahip Bulunması

Yargılamanın yenilenmesi aracılığı ile ihlalin sonuçları ortadan kaldırılamıyorsa, bu yola başvurmak mümkün değildir. Bazı durumlarda ihlal “tamir edilebilir olmayan” bir niteliktedir. Örneğin gözaltı ya da tutukluluk süresinin uzunluğu, yargılamanın yenilenmesi durumunda düzeltilebilecek bir işlem değildir. Böyle durumlarda yargılamanın yenilenmesi ile ihlal ortadan kaldırılamayacağından, bu tedbire başvurulması imkanı bulunmamaktadır¹²⁸.

¹²³ ATAR, s. 137.

¹²⁴ Kanun No:5530, Kabul tarihi: 29.06.2006, Resmi Gazete, 05.07.2006.

¹²⁵ ERDEM-KORKMAZ, s. 207.

¹²⁶ TANRIKULU, s. 126.

¹²⁷ TEZCAN-ERDEM-SANCAKDAR, s. 8.

¹²⁸ ERDEM-KORKMAZ, s. 207.

Yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmada önceden başvurana tazminat ödenmemesi gibi bir şart söz konusu değildir. Eğer ihlal yargılamanın yenilenmesi yolu ile tamir edilebiliyorsa, tazminat ödense dahi yargılamanın yenilenmesi sistemi işletilebilir¹²⁹.

e- Başvurucu Tarafından Yargılamanın Yenilenmesi Yolunun Talep Edilmesi

Yargılamanın yenilenmesinin başvuru tarafından, yargılama usulüne uygun bir şekilde talep edilmesi gerekmektedir. Talep esas kararı vermiş olan Mahkeme'ye yapılmalıdır¹³⁰. Bu talebin aynı konuda benzer bir ihlale uğrayan kişi tarafından kendi adına yapılması mümkün değildir. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları nisbi özellik taşır; yalnızca davanın konusu ve tarafları ile sınırlıdır, aynı durumdaki başka kişiler Mahkeme kararından etkilenmez¹³¹.

Ceza yargılaması bakımından ihlale uğrayan kişinin daha önce sanık sıfatıyla yargılanarak ceza almış veya bir hakkı ihlal edilmiş gerçek kişi olması şarttır. Bu kişinin yakınlarının mağdur sıfatıyla yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuramaz. Örneğin bir yakını çatışmada öldürüldüğü için tazminat davası açmış ve istediği kararı ulusal mahkemelerde alamamış bir kişinin, yargılamanın yenilenmesi yönteminden yararlanması imkanı bulunmamaktadır¹³².

f- Yargılamanın Yenilenmesi Talebinin Süresinde İleri Sürülmüş Olması

Yargılamanın yenilenmesi yolu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararının kesinleşmesinden itibaren 1 yıl içerisinde yapılacak bir başvuru ile talep edilmelidir. Burada öngörülen bir yıllık süre hak düşürücü niteliktedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının kesinleşmesi belirli kurallara bağlı tutulmuştur. Mahkeme kararları aleyhine temyiz yolu bulunmadığı için Büyük Daire kararları nihai hükmün verilmesi tarihinde karar kesinleşmiş sayılır¹³³. Dairelerin vermiş olduğu kararlar ise, davanın taraflarının davanın Büyük Daire'ye gönderilmesini istemediklerini beyan etmeleri durumunda ya da karardan itibaren üç ay içerisinde davanın Büyük Daire'ye gönderilmesi istemedikleri veya Büyük Dairenin, istemi reddetmesi durumunda kesinleşir.

5-YARGILAMANIN YENİLENMESİNİN SONUÇLARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bir ihlal tespit etmesi ve Bakanlar Komitesi'nin yargılamanın yenilenmesi tavsiyesinde bulunması sonucunda, ihlalin muhatabı olan devletin doğrudan yargılamanın yenilenmesi yolunu uygulayacağı konusunda bir zorunluluk bulunmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ihlal kararının gereğinin yerine getirilmesi demek, maddi imkansızlıklar hariç olmak üzere, belirlenen ihlalin ve bunun sonuçlarının ortadan kaldırılıp silinmesi anlamına

¹²⁹ TEZCAN-ERDEM-SANCAKDAR, s. 82.

¹³⁰ ATAR, s. 137.

¹³¹ GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 123.

¹³² TANRIKULU, s. 130.

¹³³ TEZCAN-ERDEM-SANCAKDAR, s. 83.

gelmektedir. Ancak bu, belirlenen ihlalin egemen bir ulusal hukuk sistemi içerisinde gerçekleştiği gerçeğini değiştirmemektedir¹³⁴. Bu bağlamda yargılamanın yenilenmesi talebi, daha önceki esas kararı vermiş olan ulusal mahkeme tarafından incelenerek kabul veya red konusunda bir karar verilir¹³⁵. Mahkeme yargılamanın yenilenmesi talebini kabul ettiğinde, yargılama süreci yinelenir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir temyiz mercii değildir. Bunun bir sonucu olarak, yargılamanın yenilenmesi sonrasında yapılan ikinci muhakemede öncekinden farklı bir karar çıkabileceği gibi, aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru kararı aynı da verilebilir. Ancak pek tabii ki, örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bir delilin karara esas alınmasını ihlal kabul ettiği durumlarda, aynı delil kullanılarak bir karar verilemeyecektir. Diğer bir ifadeyle muhakeme sırasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin belirlediği ihlaller dikkate alınacaktır.¹³⁶

Uygulamada Sözleşme'ye taraf devletlerde önceki kararlar aynı ya da eski kararın aksi bir hükmün çıkma oranları eşit seviyede gerçekleşmektedir¹³⁷. Türk hukukunda da bugüne kadar gerçekleşen yargılamanın yenilenmesi davalarında, önceki kararların değişmesi durumunun yeniden aynı kararın verilmesiyle eşit oranlarda gerçekleştiği görülmektedir¹³⁸.

Yargılamanın yenilenmesi sonucunda verilen bir karara karşı yeniden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuruda bulunulamayacağı, zira Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 35/2 maddesinin (başvurunun daha önce Mahkeme tarafından incelenmemiş olması şartı) yeniden başvuruya olanak tanımadığı öne sürülmektedir¹³⁹. Bu nedenle Bakanlar Komitesi'ne yargılamanın yenilenmesi sonucunda verilen kararın denetimini sağlayacak yetkiler tanınması önerilmektedir¹⁴⁰.

Yargılamanın yenilenmesine başvurulması durumunda, öncekinden farklı bir kararın çıkması mümkündür. Bu durumda yeni verilecek karar aleyhine değil, önceki karar aleyhine başvuru yapılmıştır, dolayısıyla yargılamanın yenilenmesi sonucunda verilen kararın yeni bir karar olarak değerlendirilerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gidilebileceği söylenebilir. Örneğin, önceki yargılamada ifade alınmadan mahkumiyet verilerek savunma hakkının engellenmesi sonucu adil yargılanma hakkının ihlali tespit edilse ve ikinci muhakemede bu kez sanığa müdafî tayini engellenerek adil yargılanma ihlali gerçekleşse, bu durumun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne götürülebilmesi hukuki güvenliği zedeleyici nitelikte olabilir. Ayrıca, aksi durumda kişinin yeniden yargılama sürecinde her türlü ihlale muhatap olabilmesi ihtimali doğacaktır. Dolayısıyla, yargılamanın yenilenmesi durumunda verilecek kararın önceki karardan farklı olarak sözleşmeyle açıkça bağdaşmazlık taşıması ve Sözleşme'nin ihlali niteliğinde olması durumunda sınırlı olarak Mahke-

¹³⁴ GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, s. 124.

¹³⁵ ATAR, s. 137.

¹³⁶ TEZCAN-ERDEM-SANCAKDAR, s. 83.

¹³⁷ ÖZDEK, s. 98, 84 No'lu dipnot.

¹³⁸ TANRIKULU, s. 127.

¹³⁹ TEZCAN-ERDEM-SANCAKDAR, s. 83-84; ERDEM- KORKMAZ, s. 210.

¹⁴⁰ ERDEM-KORKMAZ, s. 210.

me'ye başvurulabileceği düşünülebilir. Her ne kadar aynı konu daha önce Mahkeme önüne getirilmiş ve incelenmiş olsa da, yargılamanın yenilenmesi sonucunda verilen kararda yeni bir ihlalin gündeme gelmesi bunu ortadan kaldıracaktır. Bu konuda ulusal mahkemenin verdiği kararın, Mahkeme'nin ihlal tespit ettiği konularda gerçekleştirilmesi ve bunun sonucunda karar verilmesi durumunda, yeniden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gidilememesi gerekir. Dolayısıyla bu konuda esas sorun, yeniden yargılamanın Sözleşme ihlalinde belirtilen gerekçeler dışında, yeni bir Sözleşme ihlali teşkil edip etmediğidir. Henüz uygulaması olmayan bu konularda, AİHM'nin yeniden yargılama sonucunda verilen kararlara karşı yapılan başvuruyu kabul edip etmeyeceği belli değildir. Başka bir ifadeyle, AİHS'nin 35/2.b hükmünde yer alan "başvurunun Mahkeme tarafından daha önce incelenmiş olması şartı çerçevesinde kabul edilip edilmeyeceği konusu belirsizdir. Ancak bu şart çerçevesinde başvuruyu kabul edilemez bulması daha büyük ihtimaldir. Ancak bazı yazarların belirttiği gibi, bu tür karar pratiklerinin artması sonucunda, AİHM'nin kendi ihlal kararına rağmen yeniden aynı konuda bir mahkûmiyeti inceleme konusu yapmayı tercih edebileceğini de düşünmek mümkündür¹⁴¹.

Yeniden yargılama sonucunda gerçekleşecek Sözleşme ihlallerine karşı tek başına Bakanlar Komitesi denetiminin devreye sokulması, Sözleşme ile tanınan yetkilerinin taraf devletlerin iç hukuklarını denetlemeye varacak derecede geniş vermek anlamına geleceği gibi, politik kararların iç hukukta yargı sistemlerine müdahalesi tehlikesini de içinde barındırma ihtimalini gündeme getirebilecektir. Dolayısıyla, bu konuda, Bakanlar Komitesi ile birlikte Mahkeme'yi devreye sokmak gerekmektedir. Yani yargılamanın yenilenmesi sonucunda gerçekleşen Sözleşme ihlallerine karşı Bakanlar Komitesi Mahkeme'ye başvurmalıdır. Bu başvuru, Sözleşme ihlali olup olmadığı, yani içerik olarak Mahkeme kararının gereğinin yerine getirilip getirilmediği ile sınırlı bir başvuru olmalıdır. Zira, 13 Mayıs 2004 tarihinde Sözleşmeye taraf Devletlerin imzasına açılan 14 Nolu Protokol¹⁴² ile Sözleşme'nin kararların bağlayıcılığı ve uygulanması ile ilgili 46. maddesine kararların uygulanması ile ilgili benzer hükümler eklenmiştir. Buna göre, Bakanlar Komitesi kesin kararın icrasının denetlenmesinin kararın yorumlanmasına dair bir mesele tarafından engellendiği görüşünde ise, konuyu yorum meselesi hakkında bir hüküm vermesi için Mahkeme'ye gönderebilir. Gönderme kararının, Komiteye katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki çoğunluğuyla verilmesi gerekir (14 Nolu Protokol md. 16). Bakanlar Komitesi bir sözleşmecî tarafın, taraf olduğu davada verilen kesin karara uymayı reddettiği görüşünde ise, ilgili tarafa resmi bir ihbar tebliğ ettikten sonra ve Komiteye katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki oy çoğunluğuyla aldıkları kararla, ilgili tarafın karara uyup

¹⁴¹ ERDEM-KORKMAZ, s. 210.

¹⁴² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin daha etkin bir şekilde işleyişini sağlamayı öngören 14 Nolu Protokol henüz yürürlüğe girmemiştir. Bu protokol, Sözleşme'nin tüm Taraflarının Protokol ile bağlanma rızalarını bildirdikleri tarihten sonra başlayan üç aylık sürenin bitimini takip eden ayın birinci günü yürürlüğe girecektir (14 Nolu Protokol md. 19). 15.01. 2007 tarih itibarıyla, 14 Nolu Protokol, 46 ülke tarafından imzalanmıştır, 45 ülke tarafından da onaylanmıştır. Sadece onaylamayan tek bir ülke (Rusya) kalmıştır. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=194&CM=8&DF=1/15/2007&CL=ENG>.

; Türkiye 14 Nolu Protokolü 6.10.2004 tarihinde imzalamış, 2.10. 2006 tarihinde de onaylamıştır.

uymadığı meselesini Mahkemeye intikal ettirebilir (14 Nolu Protokol md. 16). Mahkeme, ilgili devletin verilen karara uymadığını tespit ederse, alınacak önlemleri değerlendirmesi için davayı Bakanlar Komitesine gönderir. Mahkeme ilgili devletin, böyle bir ihlalini tespit etmezse, davayı, davanın incelenmesini bitirecek olan Bakanlar Komitesine gönderir (14 Nolu Protokol md.16). Mahkeme kararlarının etkin bir şekilde yerine getirilmesini öngören bu düzenlemeyle, ilk olarak kararın yerine getirilmesinin, kararın yorumlanmasına ilişkin bir ihtilaftan kaynaklandığı görüşünde ise, Bakanlar Komitesi konuyu yorum meselesi hakkında bir hüküm vermesi için Mahkeme'ye gönderebilmesidir. Ayrıca yeni düzenlemeye göre, Bakanlar Komitesinin gönderme kararının Komite'ye katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki oy çoğunluğuyla alınması gerekir. Bu düzenleme ile Sözleşme ve protokollerinin yorumlanması ile ilgili hukuki meseleler üzerinde görüş isteme yetkisi, kararın yorumlanması ile ilgili mesele ile sınırlandırılmış ve çoğunlukla gönderme kararı yerine, üçte iki oy çoğunluğu getirmiştir. İkinci olarak, Bakanlar Komitesi, ilgili ülkenin kesin karara uymayı reddettiği görüşünde ise, üçte iki çoğunlukla alacağı bir kararla, ilgili tarafın karara uyup uymadığı meselesini Mahkemeye intikal ettirebilmesidir. Mahkeme, bu intikal işlemine ilgili ülkeye tebliğden sonra başvuracaktır. Mahkeme kararın yerine getirilmediği görüşünde ise, bu tespiti ilişkin kararı ile birlikte alınacak önlemleri değerlendirmesi için davayı Bakanlar Komitesi'ne gönderir. Mahkeme kararın yerine getirildiği görüşünde ise, bu kararı da Bakanlar Komitesi'ne gönderir. Getirilen bu düzenleme, Mahkeme kararlarının yerine getirilmesi ve etkililiği konusunda önemli bir düzenlemedir. Bu düzenleme ile kararların yerine getirilmesinde Mahkemenin sürece dahil edildiğini söylemek mümkündür. Kararın yerine getirilip getirilmediğinin tespiti bakımından Bakanlar Komitesinin tek başına kullandığı yetki konusunda, Mahkemenin de yetkili kılınması, bu konudaki siyasal tutumları da önleyecektir¹⁴³.

Yargılamanın yenilenmesi yoluna Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi üyesi ülkelerde genellikle ceza davaları ile ilgili olarak başvurulduğu, ayrıca uygulama sayısının azlığı da dikkate alındığında istisnai bir tedbir olarak görüldüğü anlaşılmaktadır¹⁴⁴.

Bazı durumlarda Bakanlar Komitesi taraf devletin yargılamayı yenilemesi ile yetinmemekte, ihlale neden olan işlem Sözleşme'nin içeriğine aykırı bir kuralın sonucu olarak gerçekleşmekte ise, buna ilişkin mevzuatta gerekli değişikliklere gidilmesini de talep etmektedir¹⁴⁵.

Yargılamanın yenilenmesi ile de her zaman ihlalin sonuçlarını tam olarak gidermek mümkün olmayabilir. Ancak buna rağmen yargılamanın yenilenmesi, ihlalin

¹⁴³ BİLİR, Faruk, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve 14 Nolu Protokol" AÜHFD, Cilt: 55, Sayı:1, 2005, Ankara 2006, s. 152- 153; AYKAÇ, s. 86; CENGİZ, Serkan, "14 Nolu Protokol İle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Getirilecek Olan Değişiklikler" http://www.turkhukuksitesi.com/makale_185.htm. 03.12.2005.

¹⁴⁴ ÖZDEK, s. 98, 84 No'lu dipnot.

¹⁴⁵ KILINÇ, s. 254.

olumsuz sonuçlarını asgari düzeye indirmesi bakımından en önemli tedbir olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁴⁶.

Yargılamanın yenilenmesi ile ihlal bir ölçüde giderilmiş olabilir. Ancak alınması gerekli asıl tedbir, Bakanlar Komitesi'nin de çeşitli kararlarında belirttiği gibi, insan hakları konusunda hem devlet kurumlarında hem de toplumda insan hakları bilincinin yaygınlaştırılmasıdır.

Türk hukuku bakımından yargılamanın yenilenmesi sistemi, ne yazık ki gereğinden fazla muhatap olunan ihlal başvurularının ve bunların sonucunda gelen mahkumiyet kararlarının önlenmesi bakımından farklı bir öneme sahip olacaktır¹⁴⁷.

SONUÇ

Mahkeme kararlarının yerine getirilmesi için ülkeler üzerinde diplomatik baskı araçları dışında bir icra kuvveti bulunmamaktadır. Buna rağmen birçok devletin, beğenirse de kararları süresinde yerine getirme çabası içerisinde oldukları görülür. Bu anlayışın sistematik olarak yerleşmesinin bir sonucu, Mahkeme kararlarının iç hukuklarda yargılamanın yenilenmesi için bir neden kabul edilmesi şeklinde görülmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olan devletlerin birçoğu, iç hukuklarında çeşitli şekillerde düzenlemeler yaparak Mahkeme kararları ile belirlenen ihlallere ilişkin davaların yargılamanın yenilenmesi yoluyla yeniden incelenmesine imkan tanımışlardır.

Yargılamanın yenilenmesi, Mahkeme'nin ihlal tespit ettiği sözleşme ihlallerinin giderilmesini iç hukuka bırakmaktadır. Çünkü başvuru Mahkemece incelenmiş ve karar verilmiştir. Ulusal mahkemenin ihlal tespit edilen kararlarda AIHM'nin belirttiği hususları ve yerleşmiş içtihatları göz önünde bulundurması gerekmektedir. Ayrıca genel olarak, insan haklarının korunması ve Sözleşme ihlallerinin önlenmesi konusunda birincil çözümün iç hukukta sağlanması gerekir. Aksi halde, AIHM'nin iş yükü önemli ölçüde artacağı gibi, iç hukukun birincil niteliği de göz ardı edilecektir.

Ülkemizde de Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde yapılan kanun değişiklikleri ile yargılamanın yenilenmesi yolu açılmıştır. Bu düzenlemeler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olan devletler ile yakın tarihlerde gerçekleşmiştir. Buna göre adli, idari ve askeri mahkeme kararlarında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararıyla, sözleşmenin ihlali tespitinin yapılması durumunda belirli şartların varlığı durumunda yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmektedir. Buna karşın, özellikle İnsan Hakları Sözleşmesi'ni ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarını kararlarına yansıtmak konusunda çekingen davranan Türk yargısının, bu alana biraz daha önem verebilmesi için yargılamanın yenilenmesi yolunun bir araç olduğunu söylemek mümkündür. Ülkemizde etkisi, genellikle tazminat ödeme ve mevzuat değişik-

¹⁴⁶ ERDEM-KORKMAZ, s. 198.

¹⁴⁷ TEZCAN-ERDEM-SANCAKDAR, s. 101.

liği ile sınırlı bulunan Mahkeme'nin, ihlal belirlediği kararların yeniden yargı konusu olabilmesi değerine sahip kılınması, yargı organlarının da bu denetim mekanizması ile daha yakından ilgilenmesi sonucunu doğuracaktır. En önemlisi de, hak ihlallerin ortadan kaldırılmasını ve özellikle mümkün olduğu kadar eski hale iadesini gerçekleştirecek olan yargılamanın yenilenmesi süreci, insan haklarının korunmasında ve gerçekleştirilmesinde hizmet edebilecektir.

AİHM'nin ihlal kararlarının, yargılamanın yenilenmesi nedeni sayılması, AİHS'ye aykırı ulusal mahkeme kararlarının gözden geçirilerek düzeltilmesini sağlar ve bazı durumlarda devletin tazminat ödemesine gerek kalmayabilir. Bazı durumlarda, birey açısından haklılığının mahkeme kararıyla tespiti, daha fazla değerli olabilir. Ayrıca, AİHM içtihatlarının millî mahkemelerce uyumlu bir şekilde uygulanmasına ortam hazırlayarak, insan hakları hukukunun gelişimini sağlar¹⁴⁸.

“Yargılamanın yenilenmesi uygulaması, ‘yasallık temeli’nde ulusal hukuk kültürü ile yetişmiş olan Sözleşme’ye taraf devletlerin yargıçlarını, Avrupa hukuk kültürüne yakınlaştırma yönünde etki yaratabilir; daha genel olarak, insan hakları mevzuatının düzeltilmesi ve yargı kararlarının insan haklarının iyileştirilmesi yönünde evrimine katkıda bulunabilir”¹⁴⁹.

¹⁴⁸ ÇALIŞKAN, http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/18_sayi.htm.8.11.2006.

¹⁴⁹ KABOĞLU, İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, s. 270.

SAF BAŞKANLIK MODELİNDEN BAŞKANCİ REJİM TİPOLOJİLERİNE GEÇİŞİN AMPİRİK YANSIMALARI

Yrd. Doç. Dr. Cengiz GÜL*

1. GİRİŞ

ABD başkanlık sisteminden esinlenmekle birlikte, bu rejimin öngördüğü kuvvetler ayrılığı ile bunun uygulamadan kaynaklanan özelliklerine paralellik göstermeyen rejim türlerini ifade etmek için günümüz anayasa hukuku ve siyaset bilimleri literatüründe daha çok “başkancı rejimler”¹ deyimini kullanılmaktadır. Devlet başkanının genel oydan çıktığı her modelin başkanlık sistemi olarak nitelenemeyeceği, zira başkancı rejimlerden başka, cumhurbaşkanının aynı yöntemle seçildiği parlamenter rejimlerin (Avusturya, İrlanda, İzlanda vs.) yanı sıra, Fransa'ninki gibi karma sistemlerin de varlığı göz ardı edilmemelidir.² Siyasal pratikte birbirinden farklı başkancı rejim uygulamalarına rastlanabilse de, sonuçta bu tür sistemler devlet başkanının siyasal hayatı kendi tekeline almasına kadar da yol açan, aslından sapmış rejim modelleri olarak karşımızda durmaktadır.

Başkanlık sistemi gibi, temsili demokrasi temeline dayalı bir hükümet modelinin bir ülkedeki başarısızlık ya da kırılganlığını sadece bu modelin kendisinde aramaya çalışmanın hayli yüzeysel ve kolaycı bir yaklaşım olduğu ortadadır. Bu da siyasal realiteyi sosyal (toplumun bölünmüş yapısı), siyasal (parti ve seçim sistemleri), tarihsel, ekonomik ve kültürel temellerinden bağımsız bir olgu gibi görme çabalarının aceleci bir yansımasından başka bir şey değildir.³ Zaten başkancı rejim uygulamalarının görüldüğü Afrika ve özellikle Güney Amerika ülkeleri gibi nüfus artışı ve aşırı gelir dengesizliğinin tetiklediği sosyo-ekonomik yapıdan kaynaklanan prob-

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

¹ Özellikle Latin Amerika ülkelerinde, saf başkanlık sistemiyle ilgisi bulunmayan ve doğrudan doğruya yürütme organını güçlendirip, bu organa üstünlük vermek suretiyle yozlaştırılmış rejimler vardır. Saf başkanlık sisteminden sapan bu siyasal rejimler için “başkancı sistemler” deyimini kullanılmaktadır. Tarık Zafer TUNAYA, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, 5. Bası, Araştırma – Eğitim - Ekin Yayınları, İstanbul, 1982, s. 188. Erdoğan TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, 9. Bası, Beta Yay., İstanbul, 2004, s. 434. Sartori ise bu tür sistemler hakkında “başkanlıkçı” ifadesini tercih etmektedir. Giovanni SARTORİ, **Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği**, (Çev. Ergun Özbudun), Ankara, 1997, s. 124. Bu ülkelerin siyasal pratiğinde, yürütme iktidarının aşırı güçlenmesi olgusu, doktrinde, “modernize edilmiş otoriter yürütme” (*modernized authoritarian executive*) biçiminde de nitelendirilmektedir. John D. NAGLE / Alison MAHR, **Democracy and Democratization-Post-Communist Europe in Comperative Perspective**, Sage Publications, First Published, London and New Delhi, 1999, s. 250.

² Yavuz ATAR, **Demokrasilerde Anayasal Değişimin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı**, Mimoza Yayınları, Konya, 2000, s. 211.

³ Kemal GÖZLER, **Anayasa Hukukuna Giriş – Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku**, 5. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2004, s. 98, 108.

lemlere kısa sürede çözüm bulma arayışlarının baskın biçimde öne çıktığı ülkelerde, zorunlu olarak, yasama yetkilerini de üstlenen yürütme organının ve dolayısıyla yürütmenin şefi olan başkanın, sistem genelinde üstün bir konuma geldiğine tanık olunmaktadır. Başkanlık rejiminin tehlikelerine karşı siyasal ve kurumsal alt yapı önlemlerini oluşturamamış ülkelerde, rejimden beklenen faydaları sağlayamamak bir yana, telafisi çok güç zararların ortaya çıkması da kaçınılmaz olacaktır.

2. Saf Başkanlık Hükümeti Modelinin Tanımlayıcı Kriterleri

Bu kriterlerin neler olduğuna geçmeden önce, başkanlık rejiminin kapsayıcı bir tanımının yapılmasında yarar vardır. Ancak bu tanımlamanın, ne ABD uygulamasını esas alan tanımlardaki kadar dar, ne de parlamenter rejim karşısında yer alan başkanlık rejimi tanımlarındaki kadar geniş olmaması gerekmektedir. Zira çok sınırlayıcı bir tanımlama, ABD uygulaması dışındaki çoğu uygulamanın birer sapma olarak değerlendirilip sistem dışına itilmesine neden olurken, çok genişletici bir tanımlama da bizi, parlamenter rejim dışındaki tüm rejimlerin başkanlık rejimi olduğu şeklinde bir düşünceye götürür ki, bu da yürütmenin yapılanmasına ilişkin değişik kombinezonların başkanlık rejimi içinde olup olamayacağı konusunda belirsizliklere yol açmaktadır.⁴ Asıl inceleme konumuz sistemin niteliğine ilişkin sapmaların türü ve etkisi üzerine yoğunlaşacak olup, buradaki tanımlayıcı kriterlerin de *saf başkanlık modeli* ile sınırlı tutulmasına çalışılmıştır. Başkanlık rejimi için esas tutulan kriterleri aşağıdaki sıralayabiliriz:

- Yürütmenin tek başlı yapıda olması (monist yürütme),
- Başkanın doğrudan veya ona benzer biçimde halk tarafından seçilmesi,
- Yürütmenin yasamanın güvenine dayanmaması,
- Yasama ve yürütme erklerinin organik ve işlevsel bağımsızlığı.

Burada göz ardı edilmemesi gereken bir nokta var ki o da; her şeyden önce, yapılan bu tanımlama denemesinin bir şekilde dışında kalan ve fakat başkanlık rejimi ile birlikte uygulanmış veya uygulanabilecek formüllerin ise saf başkanlık sisteminden birer sapma olarak algılanacak olmasıdır. Doğal olarak bu yapılırken de, öncelikle tek bir başkanlık modelinin olmadığına vurgu yapılmıştır. Bunun sonucunda da saf başkanlık modelinin bir özelliğinden sapmanın dahi, olumsuz yönde sistemin niteliği üzerinde büyük ölçüde etkili olduğuna ayrıca vurgu yapılacaktır.⁵

⁴ Bu tanım yaklaşımına göre; yasamadan kaynaklanmadığı gibi, yasamaya karşı sorumlu da olmayan, benzer yetkilere sahip iki başlı yürütme yapılanmasını öngören bir sistemin, parlamenter sistem olmadığı açıktır. Ancak bu tanımdan hareketle, böyle bir sistemin başkanlık sistemi olup olmadığını kararlaştırmak da mümkün değildir. Başkanlık ve parlamenter hükümet modelleri üzerine karşılaştırmalı bir çalışma için bkz. Elijah Ben-Zion KAMINSKY, "On The Comparison of Presidential and Parliamentary Governments", **Presidential Studies Quarterly**, Vol. 27, 1997, s. 221 vd.

⁵ Sartori, başkanlık sistemine ilişkin bazı tanımlayıcı kriterlerin, uygulamada dönüşüme uğramasının, sistemi de dönüşüme uğratmayacağını belirtmektedir: Sözelimi yasama organına, başkanlık kabinesi üyelerini güvensizlik oyu ile görevden alma yetkisinin tanınması durumunda bile, öncelikle söz konusu kriterin, sonrasında ise, sistemin mantığının ihlal edilmiş olmayacağını vurgulamaktadır. SARTORI, **Karşılaştırmalı Anayasa...**, s. 114.

Değişik başkanlık rejimi uygulamalarında, sisteme eklenen kurumsal for-
müllerin bir kısmı, yukarıda da ele alınan kriterler çerçevesinde tanımlanabilen *saf başkanlık sisteminden sapmalar*dır. Bunun yanında bir diğer sapma ise, sistemi sadece saf başkanlık tanımının dışına çıkarmakla kalmayıp, ‘yürütmenin yasamadan kaynaklanmadığı ve ona karşı sorumlu olmadığı’ bir duruma düşürmektedir ki, bu tip sapma durumları da *geniş anlamda başkanlık sisteminden sapmalar* olarak kabul edilmektedir.⁶ Sistemin saf başkanlık niteliğine herhangi bir etkisi olmayan sapmalar için de *sistem-içi sapmalar* deyiminin kullanılması daha doğru olacaktır.

3. Saf Başkanlık Hükümeti Modelinden Sapma Tipolojileri

Siyasal realiteyi, onun ekonomik, sosyal ve kültürel alt tabakasından ayırmak, her zaman için spekülâtif niteliktedir. Latin Amerika örneğinde de başkanlık yönetiminin güçlüklerinin, ekonomik durgunluk, çarpıcı eşitsizlikler ve sosyo-kültürel mirasla ilişkili olduğu açıktır.⁷ Hükümet sistemi seçiminde ABD’den esinlendikleri açık olan Latin Amerika ülkeleri⁸, ABD başkanlık sistemini aynen almak yerine, sisteme örneğin fesih yetkisi gibi başkanı çok fazla güçlendiren ve “kontrol ve dengeler sistemini” bozan bazı unsurlar eklemiştirler.⁹ Kesintiye uğramama açısından başkanlık sistemini şu ana kadar en iyi işleten Latin Amerika ülkesi Kosta Rika (1949’dan bu yana) olup, onu Venezüela (1958’den beri) izlemektedir. Diğer ülkele-
rin sicili ise Sartori’nin ifadesiyle, “*zayıfla berbat arasında değişmekte*”dir.¹⁰ Şimdi, Sartori’nin “başkanlıkçı” dediği bu ülke rejimlerindeki sapma tiplerine daha yakından bakalım.

a. Monist (Tekli) Yürütmenin Kollejyal (Ortaklaşa) Yapıya Dönüşmesi¹¹

Başkanlık sisteminin en önemli tanımlayıcı kriterlerinden birisi olarak belirtilen “*tek başlı yürütme*” kriteri karşısında, kollejyal nitelikteki bir yürütme tipinin, söz konusu kriter ile çelişmek suretiyle saf başkanlık modelinden ciddi bir sapma oluşturduğu rahatlıkla ileri sürülebilir. Ancak bu sapmanın, sistemi, yürütmenin yasamadan kaynaklanmayan ve yasamaya karşı sorumlu olmayan bir sistem olmanın çıkarmayacağı da aynı rahatlıkla söylenebilecektir. Yani sistemin yine de geniş

⁶ Geniş anlamda başkanlık sistemi ile kastettiğimiz, “yürütmenin yasamadan kaynaklanmadığı ve yürütmenin yasamaya karşı sorumlu olmadığı” biçiminde ifadesini bulan başkanlık sistemidir. Bu tanımda yürütmenin, varlığını ve devamını yasamaya borçlu olmadığı olgusunun, geniş anlamda başkanlık sisteminin belirleyici kriterini oluşturduğu görülmektedir.

⁷ SARTORİ, *Karşılaştırmalı Anayasa...*, s. 124 vd.

⁸ Ergun ÖZBUDUN, *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı*, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1993, s. 144.

⁹ ATAR, *a.g.e.*, s. 214.

¹⁰ SARTORİ, *Karşılaştırmalı Anayasa...*, s. 124. Ayrıca bkz. Scoot MAINWARING, “Presidentialism in Latin America”, Edt. Arend Lijphart, *Parliamentary versus Presidential Government*, Oxford University Press, Oxford, 1992, s. 111 vd.

¹¹ Kollejyal yürütme kavramı, ilk planda İsviçre siyasi sistemini hatırlatsa da, bu ülkede yürütme organının halk tarafından değil de, yasama organı tarafından belirlenmesi nedeniyle bu sistem, başkanlık sistemi niteliği taşımamaktadır. 1848 İsviçre Anayasası’nı yapanlar için ABD Anayasası temel bir model olma özelliği taşısa da, “monarşik veya diktatoryal eğilimler” doğurmasından korkulan **tek kişilik yürütme** olgusu benimsenmemiştir. Bu konuda bkz. Constitutional Reform Committee, “Report on the 1848 Draft Constitution of Switzerland”, Edt. Arend LIJPHART, *Parliamentary versus Presidential Democracy*, Oxford University Press, New York, 1992, s. 173 vd.

anlamda bir başkanlık sistemi olarak varlığını sürdüreceğini ileri sürmek mümkündür.

Doktrinde, başkanlık rejiminin “*tek başlı yürütme*” kriteri dışındaki diğer kriterlerinin, yasama ve yürütme organlarının göreceli bağımsızlıklarını vurguladığına ve bu bağımsızlığın özünde de, bu erkler arasındaki karşılıklı denetimlerin sağlanması amacının bulunduğuna dikkat çekilmekle birlikte, bu amacın da anti-majöriter, yani çoğunlukçuluğa karşı bir eğilim taşıdığına yollama yapılmaktadır. İşte tam bu noktada başkanlık rejiminin özü, çoğunlukçuluğa karşı bir eğilimi yansıtırken, bu hükümet modelinin tanımını tek başlı yürütme üzerine kurmanın, kuramsal açıdan bir paradoks oluşturduğu konusunda da doktrinde yaygın bir yaklaşım sergilenmektedir.¹²

Başkanlık sisteminin tanımlayıcı kriterleri arasındaki yukarıda yer verilen çelişkinin, sistemin değişik bir tanımlamaya kavuşturulmasıyla giderilebileceğini sanmıyoruz. Zira asıl çelişki, başkanlık sisteminin ABD örneğine göre oluşturulmasından doğan başkanlık anayasasının iç çelişkisidir. Başkanlık sistemine yönelik çoğunlukçu olma eleştirisinin, sistem içerisinde denenebilecek kollejyal yürütme uygulaması ile giderilebileceği de söylenebilir. Böylesine bir durum sapma oluştursa da, başkanlık sistemi içinde uygulanabilmesine bir engel bulunmamaktadır. Üstelik kollejyal bir yürütmenin, sistemin diğer özellikleri ile uyumlu bir bütünlük oluşturacağı da ileri sürülmektedir.¹³

Yürütmenin fonksiyonlarının tek veya çoğul bir birimce yerine getirilmesi bakımından görülen sapmaların, sistemi bütün bütün başkanlık olmaktan çıkaracağına ilişkin tereddütler böylece giderilmekle birlikte, bu konuda başka iddialar da vardır. O da; kollejyal yürütmenin başkanlık sistemine yönelik, “*ya hep ya hiç*” türü bir yaklaşımdan doğan siyasal kutuplaşma potansiyeli ile iktidarın kişiselleşmesinin yol açtığı çoğunlukçu olma türünden sorunları çözüme kavuşturacağı noktasındaki beklenti iddialarıdır. Zaten sorunların temelinde, başkanlık rejiminde yürütme organını tek kişiden ibaret olarak düzenleme olgusunun yattığına da vurgu yapılmaktadır. Tamamen bir öngörü niteliğindeki bu yaklaşıma karşı Hamilton da karşı görüş geliştirmiştir. O’na göre, yürütme fonksiyonunun çoğul bir organ tarafından yerine getirilmesi halinde, bu durum kararların alınmasını zorlaştırarak zayıf bir yapının meydana gelmesi ve de toplumun hiziplere bölünmesi gibi etkilerde bulunabilecektir.¹⁴

¹² Matthew Soberg SHUGART / John M. CAREY, **Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics**, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, s. 21.

¹³ Bu konuda karşı bir görüş olarak Shugart ve Carey açısından, kontrol ve dengeler (*checks and balances*) sistemi ile tek kişilik yürütmenin bir arada bulunması, başkanlık sistemine özgü bir çelişki olarak benimsendiği takdirde, kollejyal başkanlığın bütünüyle değişik bir rejim tipine dönüştüğünü kabul etmek gerekmektedir. SHUGART / CAREY, **a.g.e.**, s. 94-95. Ancak bize göre, kollejyal başkanlığı saf başkanlık sisteminin dışında ele almakla birlikte, yine o sistemin bir türevi biçiminde değerlendirmek de yazarların ileri sürdüğü mantık ile çelişmemektedir.

¹⁴ Hamilton’un bu konudaki görüşlerine daha geniş açıdan bakıldığında, düşüncelerini hangi temellere oturttuğu da görülecektir. Hamilton, birden çok kişinin ortak bir işe giriştikleri veya ortak bir şeyi yönetmeye kalkıştıkları durumlarda görüş ayrılığı riski olduğunu belirtmekle birlikte şunları da eklemektedir: “*Eğer bunlar bir kamu görevinde veya makamında bulunuyorlarsa, eşit itibar ve otoriteye sahip iseler kişisel yarışma ve*

Başkanlık sisteminden sapma varyasyonlarından ilkinin oluşturduğu *kollejjal yürütme* yapılanması, Hamilton'un karşı görüşlerini dayandırdığı gerekçelerdeki haklılık payı da hesaba katılırsa, bazı yönleriyle olumlu sonuçlar meydana getirebilecektir. O da bu yürütme yapılanmasının, başkanlık sisteminin özündeki *kontrol ve denge* düşüncesi ile uyum gösterip, yukarıda da altı çizilen, sistemin iç çelişmesini ortadan kaldıran bir alternatif sunmasından dolayı, başkanlık sistemi bünyesinde denenmesi yoluna gidilebilmesidir. Böyle bir amacı sağlamaya yönelik olarak kurulacak bir kollejjal yürütmenin, gerçek bir güç paylaşımını öngörmek suretiyle, yürütmede azınlığın temsil edilmesini sağlaması ve sistemdeki çoğunlukçu yönelimden kaynaklanan, *ya hep ya hiç* biçimindeki yaklaşımı barındıran siyasal kutuplaşma potansiyelini ve iktidarın kişiselleşmesi sorununu bir dereceye kadar giderebileceği varsayılmaktadır. Bu şekildeki bir yürütme yapılanmasının, aynı zamanda derin bölünmeler içeren toplumlardaki çatışmaların barışçılı bir tarzda çözüme kavuşturulmasına da katkıda bulunacağı hesaba katılmaktadır.¹⁵

Başkanlık yürütme organının kollejjal yapıda olması, bu sistem içinde tek başlı yürütme olgusundan doğabilecek uyumsuzlukları düzenlemeye yarayan bir araç olmakla birlikte, bu yürütmenin seçiminde bazı alternatif örüntüler kullanılmaktadır. Bunlardan birisi de, azınlık temsilini sağlamak üzere nisbi seçim sisteminin kullanılmasıdır. 1960 Anayasası ile yürütmesini kollejjal bir şekilde düzenleyen Kıbrıs'ta, bu seçim sisteminin kullanılmasıyla, başkanlık edecek kişiler tüm adadaki seçmenlerce (%18 Türk, %78 Rum) aynı oy pusulası ile seçilmişlerdir. Ancak sistemde kilitlenmeye neden olabileceğinden dolayı, iki kişilik yürütmeden kaçınılsa da, kollejjal yürütmeye bir dönem anayasasında yer veren Uruguay örneğinin tersine, bu yürütme yapılanması olabildiğince az sayıda kişiden oluşması nedeniyle işlerliği daha fazla olabilecek bir alternatif oluşturmaktadır.¹⁶

Uruguay modeli yürütme yapılanmasına bakıldığında, yürütme alanındaki yetki ve sorumlulukların sadece başkan ve konseyden oluşan çift başlı yürütmenin kendi içinde paylaşılmakla kalmayıp, konsey üyesi bakanlar arasında da bölünmesi nedeniyle, buradaki rejimin gerçek bir '*çoğul başkanlık modeli*' olmadığını görülmektedir.¹⁷

hatta düşmanlık tehlikesi çok büyük olur. Bu sebeplerden biri veya hepsi yüzünden en sert anlaşmazlıkların çıkması muhtemeldir. Anlaşmazlık ortaya çıkınca da, araları açılanların gördükleri saygı azalır, otoriteleri zayıflar, planları ve işleri aksar. Bu ülkenin en yüksek yürütme makamı birçok kişinin elinde ise ve bu makama böyle bir anlaşmazlık girerse, devletin en nazik bulunduğu sırada hükümetin en önemli tedbirleri alması engellenmiş veya olanaksız hale gelmiş olabilir. Asıl kötüsü, bu anlaşmazlıklar, topluluğu, yüksek makamda bulunan çeşitli kimseleri bağlanmış zümreler haline getirip, şiddetli ve uzlaşmaz bölünmelerin ortaya çıkmasına yol açabilir" Alexandre HAMILTON, James MADISON, John JAY, **Anayasa Üzerine Düşünceler: Federalistler'in Makalelerinden Seçmeler**, (Çev. Mümtaz Soysal), Yenilik Basımevi, İstanbul, 1962, s. 70.

¹⁵ SHUGART / CAREY, a.g.e., s. 102.

¹⁶ SHUGART / CAREY, a.g.e., s. 102-105.

¹⁷ Luis Eduardo GONZALES / Charles Guy GİLLESPİE; "Presidentialism and Democratic Stability in Uruguay", Edt. Juan J. Linz and Arturo Valenzuela, **The Failure of Presidential Democracy**, Baltimore and London, The John Hopkins University Press, 1994, s. 227-228. Jose Battle ORDONEZ, "A Collegial Executive for Uruguay", Edt. Arend Lijphart, **Parliamentary versus Presidential Government**, Oxford University Press, Oxford, 1992, s. 175 vd.

b. Başkanın Yasama Organı Tarafından Seçilmesi

Daha önce de başkanlık rejiminin ikinci tanımlayıcı kriteri olarak, ‘tüm yürütme erkini şahsında toplayan başkanın, doğrudan veya dolaylı bir biçimde halk tarafından seçilmesi’ şartına yer vermiştik. Bu temel faktörün tersine, yürütme organının belirlenmesinde yasamanın yetkisinin basit bir onay olmaktan çıkarılıp, onun kendi tercihini yapabildiği gerçek bir seçme yetkisine dönüştürülmesi ile birlikte, söz konusu kritere açık bir aykırılık durumu da ortaya çıkacaktır. Gerçekten de yürütmenin yasama organınca seçilmesi, hiçbir şekilde başkanlık sistemi bünyesinde düşünülemeyecek ve de sistemi bütünüyle başkanlık sistemi olmaktan çıkaracak bir sapma sayılmaktadır. Sistemini başkanlık olarak nitelendirse de, yürütme organını yasama meclisine seçtirmekle başkanlık sisteminin en temel bir kuralına aykırı davranan Bolıvy’a’daki durum, yasama organının yürütmeyi *seçme* (selection) sinden ibaret iken, ABD ve Şili’de ise *seçim* (election) den, yani yürütmeyi belirleme yetkisinin halka bırakılmasından söz edilmektedir.¹⁸

Yürütme organının yasama meclislerince seçilmesi olgusu, her ne kadar başkanlık sisteminin özüne ilişkin önemli bir sapma niteliği taşısa da, başkanlık sistemine yönelik bir takım eleştirilerin bertaraf edilmesinde bu olgunun ciddi katkıları söz konusu olmaktadır.

Her şeyden önce bu ampirik durum, yani yürütmenin (başkanın) yasama organınca belirlenmesi sistemi, en büyük siyasal ödül olarak görülen başkanlığı elde etme konusunda, seçim öncesinde veya sonrasında uzlaşmayı zorunlu kılmaktadır. Bu da, ‘ya hep ya hiç’ türü siyasetin içerdiği siyasal kutuplaşma potansiyelini ve bu potansiyelin yol açtığı tehlikeyi bir ölçüde gidermektedir. Zira yürütme organını tek başına temsil eden başkanın yasama organınca seçilmesi durumunda başkan, kendisini seçen güç olarak yasama önünde, bütün bütün bağımsız olamayacaktır. Durum böyle olunca da başkanlık seçimleri, kazanan kimsenin her şeyi kazandığı seçimler olma niteliğini yitirecektir. Ayrıca, başkanlık seçimlerinin yasama meclisinde çeşitli ittifaklar yapılmasını gerektirmesi de, başkanın halk tarafından seçilmesinden kaynaklanan sanal (sahte) meşruluk iddiasını ileri sürmesini de güçleştirir.¹⁹ Bu ise,

¹⁸ Anlamca birbirine çok yakın görünen *selection* ve *election* kelimelerinin anlamları bakımından yapılmış bir çözümleme denemesi için bkz., Giovanni SARTORİ, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, (Çev. Tuncer Karamustafaoğlu / Mehmet Turhan), Yetkin Basımevi, Ankara, 1993, s. 181 vd. Bu arada Bolıvy’a örneği konusunda Arend Lijphart’ın değişik bir görüş ileri sürdüğünü görmekteyiz. Lijphart, yürütme organının belirlenmesinde Bolıvy’a’daki uygulamada, yasamanın seçme yetkisinin daha önceden yapılan halk tarafından seçimle sınırlandırılmış olduğunu belirtmek suretiyle, bu ülkedeki başkan seçiminin halk tarafından seçim yolu ile gerçekleştiğini ima etmeye çalışmıştır. Arend LIJPHART, “Presidentialism and Majoritarian Democracy: Theoretical Observations”, Edt. Juan J. Linz and Arturo Valenzuela, **The Failure of Presidential Democracy**, The John Hopkins University Press, Baltimore and London, 1994, s. 94. Yasama organının sistem üzerindeki etki ve konumu hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. David CLOSE, **Legislatures and The New Democracies in Latin America**, Lynne Rienner, Boulder, London, 1995. Scoot MORGENSTERN / Benito NACIF, **Legislative Politics in Latin America**, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

¹⁹ Nur ULUŞAHİN, **Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1999, s. 180.

parlamentoda farklı siyasal partilerin ittifakı sonucunda seçilmiş bir başkan için, iktidarını aynı ölçüde kişiselleştirememesi anlamına gelmektedir.

Yürütme organının kollejal yapıda olmasından geri kalmayan ve hatta daha öte bir başkanlık rejimi sapsması olarak kabul edilen, yürütmenin yasama organınca seçilmesi durumunda, yasama-yürütme işbirliğini sağlayacak koalisyonların oluşacağı da rahatlıkla söylenebilir. Böyle bir sonuç da bize, söz konusu sapmanın başkanlık sisteminin en temel sorunlarından biri olan, çift meşruluktan kaynaklanan tıkanmaları aşmaya yönelik bir alternatif sunmakta olduğunu gösterir. Bu bakımdan doktrinde Boliviya sistemi hakkında, *çok partili parlamentarizmin koalisyonları ile tek partili parlamentarizmin veya gerçek (saf) başkanlığın 'yürütme istikrarını' birleştirdiği* biçiminde saptamalar yapılmaktadır.²⁰ Bu da söz konusu modelin hem parlamenter hem de başkanlık sistemi karşısındaki olumlu yönlerini ortaya koyması açısından önem taşımaktadır.

c. Yasama İle Yürütmenin Parlamenter Etkileme Araçlarıyla Donatılması

Kuvvetlerin sert ayrılığı modelini benimseyip uygulayan başkanlık sisteminin temel belirleyici kriterlerinden olan, “*yasama ve yürütme organlarının karşılıklı bağımsızlığı*” kriteri içerisinde de incelenebilecek olan, “belli bir dönem için seçilen yürütmenin yasamanın güvenine dayanmaması” olgusu, bu sistemi karakterize eden en temel unsur olmasından dolayı, sistematığımız içinde üçüncü tanımlayıcı kriter olarak ele alınmıştı. Bu kriteri doktrinde, ‘her iki organın karşılıklı bağımsızlığı’ biçiminde tanımlayan yazarlar da vardır.²¹ Doktrindeki bu yaklaşımlara karşı olmakla beraber, bu kriterin karşılıklı bağımsızlık kriteri içinde özel bir yeri olduğunu da belirtmeden geçemeyeceğiz.

Yürütmenin, yasama organının feshine karar verebildiği sistemlere *başkancı* veya *başkanlı rejim* denilmesinin doktrinde yaygın bir teamül olduğuna yukarıda yer vermiştik.²² Ancak durum böyle iken, yürütmenin yasama organını fesih yetkisine sahip olmasının, diğer tanımlayıcı kriterlerin bulunması kaydıyla, başkanlık sistemini başka bir sisteme dönüştürmeyeceği de literatürde kabul görmektedir. Bu durum olsa olsa *sistem – içi bir sapma* biçiminde değerlendirilebilir.²³ Doktrinde, bu

²⁰ SHUGART / CAREY, a.g.e., s. 84. Doktrinde parlamenter sistem örüntüleri de kendi içinde *çok partili* ya da *iki partili parlamentarizm* biçiminde tasnif edilebilmektedir. Ancak burada Shugart ve Carey’in “tek-partili parlamentarizm” deyimi ile, her halde siyasal yarışmanın daha çok iki büyük parti arasında cereyan ettiği ve yürütme organının tek bir partiden oluşan tutarlı bir bütün taşıdığı Westminster tipi parlamenter sistemleri anlatmak istediklerini düşünmekteyiz. Zira bu tip sistemlerde tek bir partinin oluşturduğu hükümet, parlamentoda sağlam bir çoğunluğun desteğine sahip bulunduğu için yürütme istikrarsızlığı gibi bir problemle de karşılaşmamaktadır.

²¹ SHUGART / CAREY, a.g.e., s. 19.

²² *Başkancı* veya *başkanlı rejim* deyimleri, başkanlık ve parlamenter rejime ilişkin bazı özelliklerin üzerinde bulunduğu karma hükümet biçimlerini de kapsayan geniş bir alanı tanımlamak amacıyla kullanılmıştır. Bu rejimlere özgü ortak özellik, yürütme alanında önemli yetkilere sahip bir başkanın öngörülmesinin yanında, parlamenter rejimlerin bazı temel ilkelerine de (yürütme alanında yetkili bir başbakan, fesih ve güvensizlik oyu mekanizmaları gibi) bünyelerinde yer vermeleri olmuştur.

²³ Sartori ise, başkanın yasama organını feshetme yetkisine sahip olmasını, ABD modelinden bir sapma olarak görmekle birlikte bu durumun, kendisinin başkanlık rejimine ilişkin getirdiği tanımlayıcı kriterlere aykırı düşmediğini ve işin özünü hemen hemen hiç etkilemediğini ifade etmektedir. SARTORİ, **Karşılaştırmalı**

konumdaki bir yürütmeyi temsil eden başkan için “*süper başkanlık*” deyiminin kullanılması pek de haksız sayılmaz. Zira görevinden alınamayan başkana, kabine üzerindeki diğer tüm yetkilerine ek olarak, yasama organını fesih yetkisinin de tanınması yürütmeyi son derece güçlü bir konuma getirmektedir.

Buna karşılık, *yasama organının yürütmeyi güvensizlik oyu ile düşürebilmesi* karşısında ise bu durum, başkanlık sistemini karakterize eden, ‘yürütmenin yasamaya karşı sorumlu olmaması’ biçimindeki en temel kriterden bir sapma oluşturması nedeniyle, böyle bir sistemin saf başkanlık sistemi sayılamayacağı da açıktır. Bunun da ötesinde, böyle bir sistem, geniş anlamda da başkanlık sistemi olarak değerlendirilemez. Zira daha önce de belirttiğimiz gibi, bu yolla yürütmenin yasamaya karşı sorumlu olmaması ilkesi ortadan kalkmış olmaktadır. Başkanın siyasal nedenlerle görevden alınamamasına karşılık, başkanlık kabinesi üyelerinin güvensizlik oyu²⁴ ile düşürülebilmesi ise, olsa olsa geniş anlamda başkanlık sisteminden bir sapma oluşturur. Yasama organının bireysel kabine üyelerine güvensizlik oyu verebildiği ve hatta onları görevden alabildiği durumlarda bile, söz konusu tanımlayıcı kriterin ihlal edilmediğini belirten Sartori, bu durumu, bizim de katıldığımız gerekçesiyle şöyle açıklamaktadır: “Kriter ihlal edilmiş olmaz, çünkü her iki durumda da atama yetkisini tek taraflı olarak elinde bulunduran ve kabine mevkilerini dilediği gibi dolduran gene de başkandır.”²⁵ Bunun sonucu olarak da, yürütmenin yasamayı fesih yetkisine sahip olması sert kuvvetler ayrılığına ters düşüp, sadece bir *sistem-içi sapma* olarak kabul edilirken, yasamanın yürütme üyelerini görevden uzaklaştırabilmesi durumu ise, (*geniş anlamda*) *başkanlık sisteminden sapma* biçiminde ele alınabilecektir.

Yürütmenin, yasamanın güvensizlik oyu ile düşürülebildiği başkancı sistem uygulamalarında, Ekvador²⁶ örneğinde olduğu gibi, en son karar yetkisi başkana ait olsa dahi, yasama organının inisiyatifinin *dolaylı* bir biçimde de olsa devreye girmiş olduğunu göz ardı etmemek gerekir. Peru’da ise süreç, 1933 Anayasası’na kadar özde başkanlık yönünde gelişirken, son iki anayasal düzenleme açısından ise yürütme organının, başkanın yanı sıra başbakan ve bakanlardan oluşması ve yürütmenin

Anayasa..., s. 133. dpn. 11. Bu konuda aynı görüşü paylaşan Shugart ve Carey ise, bu sistemi “süper başkanlık” (*super-presidential*) biçiminde nitelenin daha uygun olacağını belirtmişlerdir. SHUGART / CAREY, **a.g.e.**, s. 129. Mustafa ERDOĞAN, **Anayasal Demokrasi**, 7. Baskı Siyasal Kitabevi, Ankara, 2005, s. 211 vd. ATAR, **a.g.e.**, s. 214.

²⁴ Burada kullanılan *güvensizlik oyu* terimi, başkanlık sistemi bünyesinde uygulandığı biçimiyle, parlamenter sistemdeki anlamından farklı olarak, her zaman bir bakanın veya kabinenin düşmesi sonucunu doğurmamaktadır. Dolayısıyla bu terimin parlamenter sistemdeki teknik anlamı, *başkancı sistemler* açısından benzer sonuçları meydana getirmemektedir.

²⁵ SARTORİ, **Karşılaştırmalı Anayasa...**, s. 114.

²⁶ Başkanlık rejimi denemelerine 1830’da başlayan Ekvador’da günümüze kadar yapılan pek çok anayasadan sonuncusu olan 1978 Anayasası’na göre başkan, yasamanın güvensizlik oyu ile düşürülememektedir. Catherine M. CONAGHAN, “Loose Parties, ‘Floating’ Politicians, and Institutional Stress: Presidentialism in Ecuador: 1979–1988”, Edt. Juan J. Linz and Arturo Valenzuela, **The Failure of Presidential Democracy**, The John Hopkins University Press, Baltimore and London, 1994, s. 329.

bu ikinci kanadının yasama önünde sorumlu olması ile parlamentarizme kayma eğilimleri sergilemektedir.²⁷

Diğer sapma örneklerinde olduğu gibi, yürütmenin yasamanın güvensizlik oyu ile düşürüldüğü sapma örneğinde de, saf başkanlık sisteminin katılığından kaynaklanan tıkanmaların giderilmesi yönünde bu sapmaların olumlu işlev gördüğü ileri sürülmüştür. Ancak güvensizlik oyunun böyle bir işlevi olabilmesi için, başkanın kabinenin atanmasına ilişkin yetkilerinin elinden alınması veya güvensizlik oyu ile başkanın da görevden alınabilmesi gereklidir. Yoksa güvensizlik oyu ile kabinenin bir üyesinin ya da tümünün görevden alınması ve fakat kabine üyelerini atama yetkisinin başkana ait olması bir arada düşünüldüğünde bu durum, yürütme ve yasama organları arasında bir uyumsuzluğa davetiye çıkarmak anlamına gelecektir.²⁸ Yürütme ve yasama arasındaki ilişkilerin gergin olduğu bir dönemde, yasamanın görevden aldığı kişiyi başkanın yeniden atayabilecek olması, gerilimin daha da artmasına yol açmak demektir. Böylesi bir ortamda, var olan uyumsuzluğun sürdürülmesinin ise, *yürütme istikrarsızlığını* da bir hayli körükleyeceğini ileri sürmenin de kehanet olmayacağı açıktır.²⁹

Yukarıda, yasamanın tek taraflı olarak yürütmeyi güvensizlik oyu ile düşürebilmesinin, başkanın kabinesini serbestçe oluşturabilmesi ve kabinenin görevden alınamaması nedeniyle, yasama ve yürütme organları arasındaki çatışmayı yumuşatmaktan çok, daha da artıracığına vurgu yapılmıştı. Bu durumda akla hemen şu soru gelmektedir: Yasamaya tanınan bu yetkinin karşılığının yürütmeye de tanınmasıyla, silahların dengelendiği ve böylece her iki organ için, kendi meşruluk iddialarında direnmeyi kırarak caydırıcılığın sağlandığı iddiası ileri sürülebilecek midir?

Öncelikle şunu ifade etmek gerekir ki, yürütme şefinin (başkan) yasama organını feshetme veya güvensizlik kararını veto yetkisine sahip olması, onun, yasamanın yürütmeyi düşürme yetkisini her zaman etkisiz kılacak karşı silahlarla donatıldığını göstermemektedir. Bu konuda Uruguay örneği dikkat çekicidir. Orada yürütmenin yasamayı feshetme yetkisi, güvensizlik kararının belli bir çoğunluğun üzerinde alındığı durumlarda tanınmamıştır. Bu durum karşısında, yasama organında yeterli çoğunluğu bulunmayan başkanın, sahip olduğu karşı silahın ne ölçüde etkili olduğu da ortaya çıkacaktır. Bunun da ötesinde, yasamanın güvensizlik sürecini başlatmasından sonra, hükümette bulunan partinin yasama meclisinin feshedilmesini önlemek için kendi hükümetine güvensizlik oyu verebildiği de görülmüştür.³⁰ Süreç böyle işlerken, yeni yasama seçimleri ile meclis aritmetiğinin değişebilmesi de söz

²⁷ Cynthia Mc CLINTOCK, "Presidents, Messiahs, and Constitutional Breakdowns in Peru", Edt. Juan J. Linz and Arturo Valenzuela, **The Failure of Presidential Democracy**, The John Hopkins University Press, Baltimore and London, 1994, s. 363.

²⁸ SHUGART / CAREY, **a.g.e.**, s. 113.

²⁹ SHUGART / CAREY, **a.g.e.**, s. 113.

³⁰ Güney Amerika ülkelerinden Uruguay'da, 1969 yılında başkan, Genel Meclis'in bir bakan hakkındaki güvensizlik kararını anayasal yetkisine dayanarak reddetmiştir. Başkanın vetosuna karşı koymak için gerekli olan 3/5 çoğunluk ise, başkanın meclisi feshetmesini önlemek isteyen Colorado Partisi'nin, kendi hükümeti aleyhinde oy kullanması sonunda sağlanmıştır. GONZALES / GILLESPIE, **a.g.m.**, s. 232-233.

konusu olamayacağından, kabinesinden bir bakanın veya tüm kabinenin görevden alınması karşısında başkanın eli kolu bağlı kalacaktır.

İkinci olarak, yukarıdaki gibi durumlarda bakanını veya kabinesini değiştirmek zorunda kalan başkanın, politikalarını değiştirmesini sağlayacak hiçbir zorlayıcı kurumsal güç de bulunmamaktadır. Uruguay'ın 1934 ve 1942 Anayasaları istisna tutulursa, bu gibi sistemlerde yürütme şefi konumundaki başkanın görevden alınabilmesi de mümkün değildir. Bu da, yasamanın elindeki güvensizlik oyu mekanizmasının, sistem içi tıkanmaları aşmaya yarayacak bir fonksiyon görmesine engel olmaktadır. Üçüncü olarak da, yürütme şefine yasama meclisini fesih yetkisinin tanınması, güvensizlik oyu verilmesi kaydıyla söz konusu olabilmektedir. Yoksa başkan bu yetkiyi kendi isteğiyle kullanamaz. Dolayısıyla, karşılıklı silahların dengelendiği ve her iki organın meşruluk iddiasında direnmesini önleyecek caydırıcılığın sağlandığını vurgulamak da pek mümkün görülmemektedir. Yürütmenin elinde sadece bir savunma aracı olarak kullanılabilir fesih yetkisi de, sistemdeki tıkanmaların önünü alamayacaktır.³¹

Demek ki yasama ve yürütme organlarının karşılıklı etkileme araçlarına sahip olduğu bu türden başkanlı sistemlerde, yukarıda anlatılanları da dikkate aldığımızda, böyle bir sistemde özellikle de yürütmenin yepyeni problemler ile karşılaşacağına kuşku yoktur. Zira kabinesi yasama organı tarafından görevden alınmakla birlikte, yasama meclisini feshedip yeni seçimlere gitme imkânından yoksun olan başkan, kendisine muhalif çoğunluğun siyasal desteğine sahip bir kabine oluşturmak ve böyle bir kabine ile görev yapmak zorunda kalabilmektedir. Böyle bir durumda ise, başkanın ülkeyi daha çok kararnameler ile yönetme yolunu seçtiği sıkça görülmektedir.

4. Başkanlı Rejim Tipolojilerinin Genel Değerlendirmesi

Buraya kadar anlatılanları genel olarak bir değerlendirmemiz gerekirse, başkanlık sisteminin işleyişindeki güçlükleri gidermek amacıyla, yürütme ve yasamaya tek taraflı ya da karşılıklı olarak tanınmış olan bir diğ erinin hukuki varlığına son verebilme yetkisinin, aynen parlamenter sistemde meydana getirdiği etkiyi göstermeyerek siyasal tıkanıklığı önleyemediğine tanık olunacaktır. Bu olgunun temelinde ise parlamenter sisteme ilişkin şu gerçeklik yatmaktadır: Parlamenter sistemlerde yürütmenin yasama organının güvenine dayanması temel bir ilkedir. Yürütmenin yasamanın güvensizlik oyu ile düşürülebilmesi ile ilgili bu formül başkanlı rejimne eklendiğinde ise, başkan siyasal nedenlerle bu güvensizlik oyunundan etkilenmemekte, etkilenen kabine mevkilerini ise "hükümet başkanı" sıfatıyla dilediği gibi yeniden oluşturabilmektedir.³² Bu durum ise, yürütmenin yasama önünde tam bir

³¹ ULUŞAHİN, a.g.e., s. 194-195.

³² SARTORİ, *Karşılaştırmalı Anayasa...*, s. 114. Aşırı güçlü ve hatta otoriterizm kayabilecek yetkilerle donatılmış bir yürütme organı karşısında, yasama organları ve yargı sistemleri bütün anayasal fonksiyonlarını tam olarak yerine getirebilmeleri için gerekli olan özerklikten, itibardan, kaynaklardan ve yeteneklerden günümüzde de yoksun bulunan Latin Amerika ülkelerinin başkanlı modele kaymasının arkasında, yürütme şefine tanınan abartılı yetkiler yelpazesinden çok, bu ülkelerin çoğunda demokratik kurumların hala zayıf olması ile birlikte, aşırı yolsuzluk, siyasal kutuplaşma, ordunun yaygın nüfuzu ve halkın hükümet ve siyasete

siyasal sorumluluğuna gidememek bir yana, her iki organ arasındaki uyumsuzlukların daha da artmasına adeta çanak tutmaktadır. Benzer biçimde başkanın görev süresi sabit olup görevinden alınamaması karşısında, onun bir de yasama organını fesih yetkisini kullanması ise, siyasal tıkanmanın çözüme kavuşturulması noktasında hiç de etkin bir güvence mekanizması olmamaktadır. Parlamenterizme özgü olan, yasama ve yürütme organlarının karşılıklı etkileme araçlarının, başkanlık sistemindeki tıkanmaların aşılabilmesi için caydırıcı bir nitelik taşımaması bir yana, siyasal kupaşmayı ve dolayısıyla çatışmayı da körüklediği görülmektedir.

5. SONUÇ

Her siyasal kurumun olduğu gibi, hükümet sistemi bazında başkanlık modelinin de diğer hükümet modellerine göre birtakım güçlü ve zayıf yönleri bulunmaktadır. Bunlardan hangisinin baskın çıkacağı da, her ülkenin kendi siyasal parti sistemi, sosyal bölünmüşlük, siyasal kültür vb. faktörlere bağlıdır. Yani her politik sistem uygulandığı ülkenin töreleri, değerleri, düşünce ve davranış biçimleriyle bir bütünlük arz eder. ABD gibi bir ülkede başkanlık sistemi başarılı sonuçlar verirken, Latin Amerika ve bazı Afrika ülkelerinde ise tam tersi sonuçların ortaya çıkmasına yol açabilmektedir.

Latin Amerika'daki başkanlık sistemleri endişe verici bir kırılma ve istikrarsızlık siciline sahip olagelmıştır. Bu sicilde çarpıcı ekonomik eşitsizliklerin, spekülasyon sosyo-kültürel mirasın ve yanlış parti sistemlerinin yanında, tıkanıklık oluşturma mekanizmasını içinde taşıyan siyasal sistemin kendisinin de etkili olduğu ortadadır. Başkanlık sistemini kesintisiz götürmeyen birçok ülkede demokratik denetim mekanizmasının ana bileşenleri sayabileceğimiz ifade özgürlüğünü, devletin toplumdaki değil toplumun devletten korunmasını, yatay ve dikey kuvvetler ayrılığını garantileyen bir anayasa, bağımsız yargı, yürütmeyi şeffaflığa zorlayan parlamenter kurumlar, bağımsız ve özgür basın, aktif sivil toplum gibi kurumlar eksiktir. Dünyanın başkanlık modelini benimseyen pek çok ülkesinde, öngörülen bu gibi güvencelere rağmen modelin kısa zamanda ve kolayca diktatörlüğe dönüşmesine hizmet eden bu eksiklikler yüzünden 1787'den bu yana aksamayan Amerikan demokrasisi başkanlık uygulamaları içinde tek başarılı örnek sayılmaktadır. Halkın seçtiği bir kişinin parlamentonun güveninden bağımsız olarak yürütme yetkisini elinde topladığı saf başkanlık pratiği ile ABD, birçok ülkenin bu sisteme yönelmesinde ilham kaynağı olmuştur. Ancak ABD'deki siyasi istikrarın kurumsal dayanak-

karşı artan güvensizlik olguları yatmaktadır. Demokrasiyi işler kılmak için elbette yürütme şeflerinin, liderlik edecek ve saygı görece kadar güçlü olması gerekirken, bunların iktidarları hem mutlak olmamalı, hem de yasama organlarının yürütme erkini sınırlayacak otoriteleri bulunmalıdır. Peter HAKİM / Abraham F. LOWENTHAL, "Latin Amerika'nın Kırılma Demokrasileri", **Demokrasinin Küresel Yükselişi**, (Çev. Ergun Özbudun), Derleyenler: Larry Diamond / Marc F. Plattner, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995, s. 357, 367. Bruce W. FARCAU, **The Transition to Democracy in Latin America – The Role of The Military**, Westport, Connecticut-London, 1996, s. 15 vd. Latin Amerika başkanı sistemlerindeki reform düşünce ve uygulamaları konusunda bkz. Carlos Santiago NINO, "Ideas and Attempts at Reforming The Presidentialist System of Government in Latin America", Edt. Arend Lijphart, **Parliamentary versus Presidential Government**, Oxford University Press, Oxford, 1992, s. 128 vd.

ları ister parlamentarizm, ister başkanlık sistemi ile yönetilsin bütün demokrasiler için "olmazsa demokrasi de olmaz" türünden bir nitelik arz eder. Bu temel unsurların en dikkati çekenleri ordunun sivil otoriteye tabi olması, yetkinin atanmışlar değil seçilmişler elinde yoğunlaşması, yetkilileri hesap vermeye yükümlü kılan denetim mekanizması ile birlikte bağımsız yargı ve özgür basın olarak sıralanabilir. Bunlar yukarıda da belirttiğimiz gibi eksikliğinde birçok başkanlık uygulamasını kesintiye uğratan, demokratik denetim mekanizmalarındaki ana bileşenlerdir.

Latin Amerika ülkeleri için güçlü ve istikrarlı bir hükümet modelini sağlamak noktasında, bu ülkelerin başkanlık sistemini ıslah etmekten çok parlamenter bir model denemeleri sanki daha sağlıklı sonuçlar verebilecektir. Zira başkanlık sisteminin demokratik rejimleri sürdürmesi, parlamenter sisteme oranla daha az muhtemel görünmektedir. Yapısal karakteri siyasal tıkanmalara neden olabilen başkanlık sistemleri "katı" iken, parlamenter sistemler ise daha "esnek"tir. Esnek parlamenter sistem, kendi kendisini düzeltici mekanizmaları nedeniyle, katı sisteme oranla tehlikeye çok daha az maruz kalabilmektedir. Zaten parlamenter sistemdeki krizlerin **rejim krizleri** olmaktan çok, **hükümet krizleri** olması da bu yaklaşımı desteklemektedir. Ayrıca başkanlık sisteminin katılığını yumuşatmaya yönelik bir yol olarak, karma bir hükümet modeli niteliğiyle yarı-başkanlık sisteminin (pek kullanılmayan diğer ifadesiyle yarı parlamenter sistemin) de göz ardı edilmemesinde yarar vardır.

KAYNAKÇA

- ATAR, Yavuz; **Demokrasilerde Anayasal Değişmenin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı**, Mimoza Yayınları, Konya, 2000.
- CLOSE, David; **Legislatures and The New Democracies in Latin America**, Lynne Rienner, Boulder, London, 1995.
- CONAGHAN, Catherine M.; “*Loose Parties, ‘Floating’ Politicians, and Institutional Stress: Presidentialism in Ecuador: 1979-1988*”, Edt. Juan J. Linz and Arturo Valenzuela, **The Failure of Presidential Democracy**, The John Hopkins University Press, Baltimore & London, 1994, ss. 294–327.
- ERDOĞAN, Mustafa; **Anayasal Demokrasi**, 7. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2005.
- FARCAU, Bruce W.; **The Transition to Democracy in Latin America – The Role of The Military**, Westport, Connecticut-London, 1996.
- GONZALES, Luis Eduardo / Charles Guy GİLLESPİE; “*Presidentialism and Democratic Stability in Uruguay*”, Edt. Juan J. Linz and Arturo Valenzuela, **The Failure of Presidential Democracy**, Baltimore and London, The John Hopkins University Press, 1994, ss. 225–252.
- GÖZLER, Kemal; **Anayasa Hukukuna Giriş – Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku**, 5. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2004.
- HAKİM, Peter / Abraham F. LOWENTHAL; “*Latin Amerika’nın Kırılğan Demokrasileri*”, **Demokrasinin Küresel Yükselişi**, Derleyenler: Larry Diamond / Marc F. Plattner, (Çev. Ergun Özbudun), Yetkin Yayınları, Ankara, 1995, ss. 357–370.
- HAMİLTON, Alexandre / James MADİSON / John JAY; **Anayasa Üzerine Düşünceler: Federalistler’in Makalelerinden Seçmeler**, (Çev. Mümtaz Soy-sal), Türk Siyasi İlimler Derneği Yayınları, İstanbul, 1962.
- KAMINSKY, Elijah Ben-Zion; “On The Comparison of Presidential and Parliamentary Governments”, **Presidential Studies Quarterly**, Vol. 27, 1997, ss. 221-245.
- LİJPHART, Arend; “*Introduction*”, Edt. Arend Lijphart, **Parliamentary versus Presidential Democracy**, Oxford University Press, New York, 1992.
- LİJPHART, Arend; “*Presidentialism and Majoritarian Democracy: Theoretical Observations*”, Edt. Juan J. Linz and Arturo Valenzuela, **The Failure of Presidential Democracy**, The John Hopkins University Press, Baltimore and London, 1994, ss. 91–105.
- MAINWARING, Scoot; “Presidentialism in Latin America”, Edt. Arend Lijphart, **Parliamentary versus Presidential Government**, Oxford University Press, Oxford, 1992, ss. 105–123.

- McCLINTOCK, Cynthia; “*Presidents, Messiahs, and Constitutional Breakdowns in Peru*”, Edt. Juan J. Linz and Arturo Valenzuela, **The Failure of Presidential Democracy**, The John Hopkins University Press, Baltimore & London, 1994, ss. 360- 395.
- MORGENSTERN, Scoot / Benito NACIF; **Legislative Politics in Latin America**, Cambridge University Press, London, 2002.
- NAGLE, John D. / Alison MAHR; **Democracy and Democratization-Post-Communist Europe in Comperative Perspective**, Sage Publications, First Published, London & New Delhi, 1999.
- NINO, Carlos Santiago; “*Ideas and Attempts at Reforming The Presidentialist System of Government in Latin America*”, Edt. Arend Lijphart, **Parliamentary versus Presidential Government**, Oxford University Press, Oxford, 1992, ss. 121-142.
- ORDONEZ, Jose Battle; “*A Collegial Executive for Uruguay*”, Edt. Arend Lijphart, **Parliamentary versus Presidential Government**, Oxford University Press, Oxford, 1992, ss. 168–187.
- ÖZBUDUN, Ergun; **Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı**, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1993.
- SARTORİ, Giovanni; **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, (Çev. Tuncer Karamustafaoğlu / Mehmet Turhan), Yetkin Basımevi, Ankara, 1993.
- SARTORİ, Giovanni; **Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği**, (Çev. Ergun Özbudun), Ankara, 1997.
- SHUGART, Matthew Soberg / John M. CAREY; **Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics**, Cambridge University Pres, Cambridge, 1992.
- TEZİÇ, Erdoğan; **Anayasa Hukuku**, 9. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.
- TUNAYA, Tarık Zafer; **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, 5. Bası, Araştırma-Eğitim - Ekin Yayınları, İstanbul, 1982.
- ULUŞAHİN, Nur; **Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1999.

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARINDA İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI SORUNU

Dr. Kasım KARAGÖZ

GİRİŞ

İnsan haklarının ortaya çıkışı yavaş bir süreç içerisinde olmuş ve yüzyıllara yayılmıştır¹. Yirminci yüzyılda, bireyin ulusal hukukun yanında, uluslararası hukukun da öznesi haline gelmesi ile insan hakları alanında büyük bir gelişme sağlanmış- tır. İnsan hakları hukuku özellikle son yarım asır içinde kayda değer bir gelişme göstermiş olup, bu gelişmelerin çoğu uluslararası düzeyde meydana gelmiştir².

İnsan haklarının korunması konusundaki bu gelişmelere rağmen, kişilerin inançlarından dolayı mağdur edilmesi yüz yüze kalınan en önemli problemlerden biri olmaya devam etmektedir. İnanç özgürlüğü, tarihin ilk günlerinden bu yana en fazla ihlal edilen özgürlüklerden biri olagelmıştır. Engizisyon, dini takibatlar, kâfir- lere karşı kutsal savaşlar bu ihlallerin en dikkat çekenleri olmuştur. Nitekim bir dönem inancından dolayı haksızlığa uğrayanlar daha sonra kendi gibi inanmayanlara benzer haksızlıkları reva görmüşlerdir. Sadece yirminci yüzyılda, aşağı yukarı 170 milyon kadar insanın etnik temizlemenin kurbanı olduğu tahmin edilmektedir. Bu etnik temizleme olaylarının çoğunluğu dinsel hoşgörüsüzlükten kaynaklanmıştır. İnanç özgürlüğünden kaynaklanan sıkıntılar sadece az gelişmiş ülkelerde değil, çağdaş ülkelerde bile en problemlilerden biri olagelmıştır³. Özellikle trajik 11

¹ Silvio Marcus Helmons; “İnsan Hakları Alanında Yeni Gelişmeler”, *Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı*, 9-13 Ocak 2001, s.156-157.

² Drumb l Mark A; “International Human Rights, International Humanitarian Law, and Environmental Security: Can the International Criminal Court Bridge the Gaps?” *International Law Association International Law Weeken*, November, 4-6, 1999, s. 1, Mehmet Turhan; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakülteler Dergisi*, Ankara 2002, s.130.

³ Dinsel nedenlerden kaynaklanan kötü muameleler, dünyanın pek çok bölgesinde bir sorun olarak devam etmektedir. Örneğin, Çin ve Vietnam’da bir devlet politikası olarak dini azınlıklar kötü muamelelere maruz kalmakta, Pakistan’da Müslüman kalabalıklar, Hıristiyanların kiliselerini ve evlerini tahrip etmekte, Müslüman olmayanlar İslam karşıtı söylemlerinden dolayı pek çok kötü muameleye maruz kalmaktadırlar. Suudi Arabistan hükümeti hemen hemen Müslüman olmayan herkesin ibadet etme özgürlüğüne müdahale etmekte, gerektiğinde bu kişileri hapis cezası ile bile cezalandırmaktadır. 1997 yılı başlarında Alman Hükümeti Scientology Kilisesinin (Church of Scientology) faaliyetlerini gözlem altına almaya başlamış, bu bağlamda Kilisenin mailleri kontrol edilmiş ve telefonlarını dinleyebilmek için telefon hatlarına bağlantılar yapılmıştır. İslami kuralları katı bir şekilde uygulayan Sudan Hükümeti, ülkenin güney kısmında yaşayan kişilere karşı savaş niteliği taşıyan saldırılar gerçekleştirmekte, köyleri bombalamakta, çocukları esirleştirmekte ve özellikle Hıristiyan ruhbanlara işkence etmektedir. Resmî devlet dini bulunmayan Türkmenistan’da, İslam ve Hıristiyan Ortodoks dinleri dışında kalan inanç biçimleri sıkıntılarla yüz yüze kalmakta; Burma hükümeti,

Eylül olaylarından sonra dünya yeni bir cadı avı ile karşı karşıya kalmıştır. Dinsel hoşgörüsüzlük uluslararası barışı tehdit edecek şekilde dünyanın her yerinde acılara ve çatışmalara sebep olmaktadır. Dinsel nedenlerden kaynaklanan kötü muameleler dünyanın pek çok bölgesinde bir sorun olarak devam etmektedir. Var olan insan hakları ihlallerinin büyük bir kısmı da kişilerin inançlarından kaynaklanmaktadır. Devletin müdahalelerine ve dinsel konulardaki vesayetine karşı bireyi koruyucu özelliğe sahip olan inanç özgürlüğü, pek çok uluslararası düzenleme tarafından güvence altına alınmıştır. Bu düzenlemeler içinde en etkili korumanın İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) ile sağlandığı söylenilebilir.

Bu çalışma ile inanç özgürlüğünün asgari ölçütlerinin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarına nasıl yansıdığı belirlenmesi amaçlanmıştır. Çalışmada ayrıca din ve vicdan özgürlüğü konusunda önemli tartışmaların yaşandığı ve gelecekte de önemli sıkıntıların yaşanacağından şüphe edilmeyen, proselitizm sorunundan başörtüsü sorununa, vicdani ret konusundan kişilerin inançları gereği kutsal sayılan değerlerinin korunmasına kadar, sorunlu alanlarda yer alan konulara geniş bir yelpazede değinilmiştir. Bu bağlamda, inanç özgürlüğü ile ilgili bu konular Mahkemenin önüne geldiğinde, Mahkemenin, “ulusal takdir marjı” doktrinine aşırı vurgu yaparak bu özgürlüğü daralttığı, oysa bunun yerine ölçülülük ilkesini daha fazla öne çıkarması gerektiği ve böylece modern insan hakları hukukunun gelişimine uygun olarak daha özgürlükçü bir yaklaşım sergileneceği hususu üzerinde durulmuştur. Ancak esas çalışma alanına girmeden önce, çalışma konumuzun özünü oluşturan din ve inanç kavramları arasındaki ilişki ortaya konulmuştur. Çünkü inanç özgürlüğünden bahsedildiğinde ilk olarak tanrı dinler akla gelmekte ve dolayısıyla inanç özgürlüğünün tanrı dinlere özgü bir hak olduğu önyargısı oluşmaktadır. Bu yanlış anlayışı ortadan kaldırabilmek için din ve inanç kavramları arasındaki ilişkiyi öncelikle vurgulayıp, din ya da inanç kavramlarının çeşitli tanrı dinlerin yanında agnostizm, ateizm, akılcılık ve özgür düşünce gibi inançları da kapsadığı üzerinde durulmuştur. Bu ilişki ortaya konduktan sonra İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ndeki düzenleme ile bir karşılaştırma yapma imkânı sağlaması açısından inanç özgürlüğünün diğer uluslar arası düzenlemelerde nasıl kaleme alındığına da yer verilmiştir.

Müslümanların dükkânlarına ve camilere saldıran isyancılara hiçbir şey yapmamakta, dahası Burma askerleri Müslümanları Budizm’e dönmeleri ya da ülkeyi terk etmeleri konusunda tehdit etmektedirler. Fransa’da ülke barışını tehdit ettiği için yaklaşık 173 civarındaki azınlık dinini hedef alan tartışmalı mezhep karşıtlığı (“anti-sect” bill) yasası kabul edilmiştir. 1990’lı yılların başında, Amerikan Yüksek Mahkemesi, çok bilinmeyen azınlık dinleri için düşük seviyede koruma sağlanacağı kararı vermiştir. Davis H. Derek; “The Evolution of a Religious Freedom as a Universal Human Right: Examining the Role of the 1981 United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religious or Belief”, *Brigham Young University Law Review*, 2002, s. 219.

I- Din ve İnanç Kavramları Arasındaki İlişki

Din kavramı, yasal terimlerle tanımlanması zor olan kavramlardan biridir⁴. Felsefi ve ideolojik tartışmalardan kaçınmak için, uluslararası insan hakları belgeleri din kavramını tanımlamak yerine, din özgürlüğünü vurgulayan bir haklar listesini kabul etmiştir. Bu belgelerde üç temel özgürlüğe göndermede bulunulmuştur: Düşünce (thought), vicdan (conscience) ve din (religion) özgürlüğü. Ancak inanç özgürlüğü konusundaki sorunların esas olarak din özgürlüğünden kaynaklandığı söylenebilir. Düşünce ve vicdan özgürlüğü kavramlarının hukuki olmaktan ziyade felsefi kavramlar olduğu söylenebilir. Bu iki özgürlüğün de insan varlığının en derin ve içsel alanından kaynaklandığı yadsınamaz bir gerçektir. BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, “düşünce, vicdan ve din” özgürlüğü başlığı altında inanç özgürlüğünü koruma altına almıştır. Benzer yaklaşım bölgesel insan hakları sözleşmeleri tarafından da benimsenmiştir. İnanç özgürlüğü hakkına değinen gerek evrensel gerekse bölgesel sözleşmelerin hiçbiri din (religion) kavramını tanımlama çabası içine girmemişlerdir⁵. Bir kısım hukuk sözlüklerinde din kavramı kesin olarak tanımlanmaya çalışılmış ise de bu tanımlarda bir birliktelik sağlandığını söylemek mümkün değildir. Örneğin, Strouds’un hukuk sözlüğünde din (religion) ve inanç (belief) kavramları arasında açık bir ayrıma gidilmiş olup, din kavramının temel unsurları tanrıya inanç ve tapınma olarak belirtilmiştir. Strouds’un hukuk sözlüğünde, din kavramı konusunda ayrıntılı değerlendirmelerde bulunulmuş olup, din ve ahlaki ilkelerin birbirine karıştırılmaması gerektiği belirtilmiştir. Sözkonusu sözlükte dinin, tanrı ile insan arasındaki; ahlakın ise insan ile insan arasındaki ilişki olduğu üzerinde durulmuştur⁶. Black’in hukuk sözlüğünde ise din kavramı: “*Bir insanın tanrı ile ilişkisi, tanrıya saygı duyması, ona tapınması, itaat etmesi ve onun emirlerine ve doğüstü buyruklarına ya da üstün varlığına boyun eğmesi.*” olarak tanımlanmıştır⁷. Benzer hukuk sözlüklerinin hemen hemen hepsinde din kavramının tanımlanmasında belirli ortak unsurlar kullanılmıştır. Bu tanımlamalarda din kavramı üstün bir varlığın tanınması ile özdeşleştirilmiştir. Ancak, bu üstün varlığın niteliği ve gücünün bir dinden diğerine farklılık gösterdiği unutulmalıdır⁸.

Hukuk sözlüklerindeki tanımlamaların yanında bir kısım yargı kararlarında da din kavramının tanımına rastlanmaktadır. Örneğin ABD Yüksek Mahkemesinin ilk yıllarında vermiş olduğu kararlarda din kavramı, insan ile üstün varlık arasındaki ilişki olarak vurgulanmıştır⁹. Din kavramının bu sınırlılığına rağmen, inanç kavramının din kavramından daha kapsamlı bir kavram olduğu da belirtilebilir. Bir kısım BM Belgeleri’nde, inanç kavramı, ateist, agnostik, akılcı ve diğerleri gibi inanma-

⁴ Sullivan, Donna J; “Advancing The Freedom of Religion or Belief Through The UN Declaration on the Elimination of Religious Intolerance and Discrimination” *The American Journal of International Law*, vol. 82, 1988, s. 491 ; Natan Lerner; “The Nature and Minimum Standards of Freedom of Religion or Belief”, *Brigham Young University Law Review*, 2000, s.908.

⁵ Natan Lerner; *Religion, Belief, and International Human Rights*, New York 2000, s.3.

⁶ Stroud’s Judicial Dictionary, 5th ed. 1986, s.2218.

⁷ Black’s Law Dictionary, 6th ed. 1990, 1292.

⁸ Lerner, Religion, s.4.

⁹ Lerner, Religion, s.4.

yanların hakkını da kapsayacak şekilde açıklanmıştır. Bu konudaki en ayrıntılı açıklama Hindistan asıllı BM özel raportörü Arcat Krishnaswami tarafından yapılmıştır. Krishnaswami, din ve inanç kavramları arasındaki çelişmeyi sınırlamak için din ya da inanç kavramlarının çeşitli tanrılı dinlerin yanında dine ilgisizlik ve kayıtsızlık, ateizm, akılcılık ve özgür düşünce gibi inançları da kapsadığı üzerinde durmuştur¹⁰. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında din kavramının tanımı konusunda herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Din kavramının tanımını yapmalarını gerektirecek bir durumun karşılıklarına çıkmamasından dolayı Strausbourg Organlarının, bu kavramın tanımını yapmaktan bilinçli olarak kaçındıkları düşünülebilir¹¹. Öte yandan Strausbourg organlarının din kavramını tanımlamaya yetkili olmadığı ve bu kavramın içeriğinin, uygulamalara ilişkin sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla bireylerin takdirine bırakıldığı da ileri sürülmektedir¹². Komisyon din konusundaki açıklamasında, din veya inanç kavramının sadece geleneksel dinleri değil, aynı zamanda marjinal dinleri, dinsel olmayan inançları ve azınlıkta kalan çoğu düşünceyi de kapsadığını belirtmiştir. Komisyona göre, pasifizm, komünizm ve koyu vejeteryanizm anlamına gelen veganizm de 9. maddenin korumasından faydalanmalıdır¹³. Komisyon Pat Arrowsmith v. Birleşik Krallık kararında¹⁴, “bir kişinin, siyasal ya da diğer amaçlarını şiddete başvurmaksızın gerçekleştirme felsefesine bağlı olması” şeklinde ki pasifizm tanımını kabul etmiş ve pasifizmin 9. madde tarafından güvence altına alınan inanç kavramı kapsamında değerlendirileceğine karar vermiştir.

II-Temel İnsan Hakları Belgelerinde İnanç Özgürlüğü

Tarihi olarak din ve vicdan özgürlüğünün güvence altına alınması diğer hakların korunmasından önce gelmekte olup, bu özgürlük demokratikleşme sürecine giren batılı devletlerin korumaya çalıştıkları ilk özgürlükler arasında yer almaktadır. İnanç özgürlüğünün yerleştirilmesi için yapılan mücadeleler diğer bütün özgürlüklerden önce başlamıştır¹⁵. Bu özgürlüğün güvence altına alınması, karşılıklılık ilkesi doğrultusunda, dini azınlıkların korunması için mevcut olan gelenek kurallarına dayalı, zayıf, geçici ve sınırlı koruma sisteminin tadil edilmesi ile başlamıştır. Bu korumada, bir kısım devletler tek taraflı diplomatik koruma ile dini azınlıkların inanç özgürlüğünü güvence altına alırken, bir kısım devletler ise dini hoşgörü ilkesini benimsemiş ve inanç özgürlüğü ile ilgili yasal düzenlemeler yapmışlardır. Bu bağlamda, 1555 tarihli Augsburg¹⁶, 1648 tarihli Westphalia ve 1815 tarihli Vienna

¹⁰ Arcot Krishnaswami, Study of Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices, 1960; Lerner, Religion, s. 5.

¹¹ Zühtü Arslan; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü*, Ankara 2005, s. 35

¹² Akif Emre Öktem; *Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü*, Ankara 2003, s.112

¹³ Arslan, s. 36.

¹⁴ Pat Arrowsmith v. Birleşik Krallık, başvuru no. 7050, 1978.

¹⁵ Öktem, s. 3.

¹⁶ 1555 tarihli Augsburg anlaşması ile Lüteryan prens ve hükümdarlar Katolik prens ve hükümdarlarla eşit statü tanımış ve her prence ve hükümdara egemenliği altında bulunan bölgenin dinini belirleme hakkı vermiştir. Bu ilke, “*cuius regio, eius religio*” (kimin kralıysa onun dini) deyimiyile özetlenmiştir. Bu ilke, ortak din üzerine kurulu imparatorluk teorisinin terk edilmesi anlamına gelmekle birlikte, hükümdara egemenliği altındakilerin vicdanına hükmetme yetkisi vermiştir. Bu ilke uyarınca, din ile ilgili alan devlet egemenliğinin bir uzantısı olarak görülmür. Öktem, s. 37.

anlaşmaları bu gelişmelerin önemli bir adımını oluşturur. Herhangi bir felsefi dayanağı olmayan bu düzenlemeler bir kısım faydacı nedenlerden kaynaklanmıştır denilebilir¹⁷. Din özgürlüğünün korunması konusundaki diğer bir adım da I. Dünya Savaşı sonrası kurulan ve 22. maddesinde vicdan ve din özgürlüğünü güvence altına alan Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'dir. Sözleşmenin 22. maddesi bireysel ve toplu din özgürlüğünü güvence altına almaktadır.

II. Dünya savaşı sonrası inanç özgürlüğü BM Belgeleri ile güvence altına alınmaya çalışılmıştır. BM Belgelerinde din ve inanç özgürlüğünün korunması konusunda dört temel belge bulunmaktadır. Bunlardan ilki 1948 tarihli Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi¹⁸, ikincisi, 1959 tarihli BM Özel Raportörü Arcot Krishnaswami'nin çalışması, üçüncüsü 1966 tarihli BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve dördüncüsü 1981 Tarihli Din veya İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğü Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildiridir.

İnanç özgürlüğü, BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 18 maddesinde düzenlenmiş ve daha sonra bu konuda yapılan sözleşmelere örnek oluşturmuştur. 18. maddede bu özgürlük şu şekilde düzenlenmiştir:

“ Herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı vardır; bu hak din ya da kanaatini değiştirme ve din ya da kanaatini tek başına ya da toplu olarak, hem kamusal hem de özel alanda, öğretim, ayin ve törenler yoluyla açıklama özgürlüğünü de içerir.”

18. maddeyi incelediğimizde, bu maddenin üç kısımdan oluştuğunu görürüz. Madde ilk olarak, bu hakkın içsel alanını oluşturan, herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olduğu hususuna yer vermiştir. İnanç özgürlüğü geniş bir alanı kapsamakta olup, dinini açıklama ve açıklamama, inandığını ya da inanmadığını açıklama ve açıklamama özgürlüğünü de içine alır. Maddenin kaleme alınışında, inanç kavramı, iki kez din kavramını takip etmiş olmasından dolayı, Lerner tarafından inanç kavramının din kavramına sıkı sıkıya bağlı olarak yorumlanması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁹.

¹⁷ Lerner, the Nature, s. 909

¹⁸ İnsan haklarının uluslararası korunmasının ilk aşaması 18. maddesi ile inanç özgürlüğünü de garanti altına alan 1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'dir. Yirminci yüzyılda İnsan Haklarının kazandığı önemi göstermesi bakımından, 10 Aralık 1948'de New York'ta dünya devletlerinin büyük bir çoğunluğu tarafından kabul edilen BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi önemli bir belgedir. BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, insan haklarını düzenleyen pek çok yeni sözleşmenin ortaya çıkmasını sağlamıştır. Bu nedenle İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin insanlık tarihinde yeni bir dönemi başlatan önemli belgelerden biri olduğu söylenebilir. Gerçekten Bildirge'ye, başta İHAS, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, BM Genel Kurulu, Güvenlik Konseyi kararları olmak üzere bağlayıcı ve bağlayıcı olmayan bir çok ulusal ve uluslararası metin tarafından açıkça veya üstü kapalı bir biçimde göndermede bulunulmuştur. 1966 tarihli BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, 1966 tarihli BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, İnsan Hakları alanındaki bölgesel sözleşmeler ve 1981 tarihli Din veya İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğü ve Ayrımcılığın Kaldırılmasına Dair BM Bildirgesi BM Bildirgesinin 18. maddesinden önemli ölçüde etkilenmiştir.

¹⁹ Lerner, The Nature, s. 912.

18. madde ikinci olarak, 1966 Sözleşmeleri ve 1981 tarihli BM Bildirgesi'nin hazırlanmasından sonra daha fazla sorun haline gelen, din değiştirme ve proselitizm konusuna değinmiştir. Gerçekten yukarıda bahsedilen sözleşmeler hazırlanana kadar birinin dinini öğretme ya da yayma hakkı ve proselitizm en tartışmalı konular olagelmıştır. Bu tartışma özellikle din değiştirmenin ve proselitizmin kötüye kullanımı (uygunsuz proselitizm) konusunda söz konusu olmuştur²⁰.

18. madde üçüncü olarak, bu hakkın dışsal alanını oluşturan dinini açıklama özgürlüğüne yer vermiştir. Bildirgenin hazırlanması sırasında inanç özgürlüğü ile ilgili karşılaşılan en büyük problem din değiştirme sorunu ve dini gereklerin yerine getirilmesinin sınırlandırılması konusunda olmuştur²¹. Din değiştirme olgusuna değinen tek BM belgesi, BM Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'dir. Bildirgenin 18. maddesinin hazırlanması sırasında din değiştirme sorunundan dolayı, bir kısım orta doğu ülkelerinden gelen çekincelerden dolayı büyük güçlüklerle karşılaşılmıştır. Özellikle bazı İslam ülkeleri temsilcileri din değiştirme hakkının, bir müslümanın din değiştirmesini yasaklayan İslam hukuku kuralları ile çelişeceğine işaret etmişlerdir. Suudi Arabistan temsilcisine göre, tarih boyunca misyonerler siyasi mücadeleye alet olmuşlar ve dinlerini değiştirmeye yöneldikleri halklar arasında kanlı çatışmalara yol açmışlardır. Bundan dolayı din değiştirme hakkının bildirgeden çıkarılması gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak, Lübnanlı delegenin ısrarları üzerine din değiştirme hakkı bildirgeye girmiştir²². Bu itirazlara rağmen din değiştirme hakkı bildirgenin son taslağına girmiş ve bildirgede korunan haklar arasında sayılmıştır²³. Suudi Arabistan'ın Bildirgenin kabulü sırasında oy kullanmamasının temel nedenini de din değiştirme hakkının varlığı oluşturmuştur. Ancak diğer Müslüman ülkeler bildirgenin kabulü yönünde oy kullanmıştır. Sadece Mısır temsilcisi söz konusu hükmün varlığının misyonerlerin kitleleri kendi inançlarına kazanma çabalarını ve zararlı faaliyetlerini teşvik edeceği yönündeki çekincelerini dile getirmiştir²⁴.

Dini özgürlüklerin korunması ve tanınması konusunda önemli bir adımı da 1959 yılında Arcat Krishnaswamis tarafından yapılan çalışma oluşturur. Bu çalışma seksen iki ülkede yapılmış ve inanç özgürlüğü konusunda daha sonraki düzenlemeler üzerinde kayda değer etki göstermiştir. Çalışmada ortaya konulan ilkeler daha sonra BM alt komisyonu tarafından da benimsenmiştir. 1981 tarihli Din veya İnanca Dayanan Her Türü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Kaldırılmasına Dair BM Bildirgesi ve diğer sözleşmeler bu çalışmada ortaya konulan ilkeleri içermektedir. Söz konusu çalışmada din (religion) kavramı, tanımlanmamış olmakla birlikte, tanrı dinler yanında akılçılık, ateizm ve agnostisizm gibi inançları da içine alacak şekilde açıklıkla belirtilmiştir. Krishnaswami düşünce, vicdan ve inanç kavramlarını yasal haklar olarak analiz etmektedir²⁵. Krishnaswami'nin çalışmasında ayrımcılık yasağı

²⁰ Lerner, Religion, s.80 , 82

²¹ Lerner, Religion, s.10.

²² Öktem, s. 108.

²³ Lerner, Religion, s.87-88

²⁴ Lerner, Religion, s. 88.

²⁵ Lerner, Religion, s.90.

üzerinde de özellikle durulmuştur. Ayrıca, inanç özgürlüğünün kullanımının izin verilebilir sınırları üzerinde durulduğu gibi, inancını yayma hakkının içeriği de ayrıntıları ile açıklanmıştır. Bunlara ek olarak, dini örgütlenme hakkına ve bu hakkın niteliğine; bu örgütlerle üyeleri arasındaki ilişkilere, ibadet etme, dinin gereklerini yerine getirme ve dinini öğretme kavramlarına dinini açıklama özgürlüğü kapsamında değinmiştir. Krishnaswami'nin dini haklar listesi, ibadet etme, dince kutsal sayılan yerleri ziyaret etme, cenaze törenlerine katılma, evlilik ve boşanma gibi konuları kapsamaktadır.

BM'in inanç özgürlüğünün korunması ve tanınması alanındaki diğer bir adımı da, BM Evrensel Bildirgesi'nin ilanından yaklaşık 18 yıl geçtikten sonra kabul edilen 1966 Tarihli BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'dir. Dini haklar konusunda hükümler içeren diğer pek çok uluslararası bağlayıcılığa sahip uluslararası sözleşmeye rağmen, özellikle inanç özgürlüğü konusunda anlaşılır ifadeler içeren, hukuki bağlayıcılığa sahip tek BM Sözleşmesinin 1966 Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi olduğu söylenebilir.

Sözleşmenin 18. maddesi inanç özgürlüğü ile ilgili olup, bu madde kendisinden sonra bu özgürlük konusunda yapılan düzenlemelere temel oluşturmuştur. 18. madde dört fıkradan oluşmaktadır. 18. maddenin birinci fıkrası, küçük değişikliklerle birlikte BM Evrensel Bildirgesinin 18. maddesiyle neredeyse aynı kelimeler kullanılarak kaleme alınmıştır. İkinci fıkrası; hiç kimsenin, kendi tercihi olan bir dini kabul etme veya inanca sahip olma özgürlüğünü zayıflatacak bir zorlamaya tabi tutulamayacağına yer vermektedir²⁶. Maddenin üçüncü fıkrasında, bir kimsenin dinini veya inancını açığa vurma özgürlüğünün izin verilebilir sınırlama nedenleri üzerinde durulmaktadır. Buna göre bu özgürlük ancak, kamu güvenliği, kamu düzeni, sağlık veya ahlak ya da başkalarının haklarını korumak amacıyla sınırlandırılabilir. Dikkat edilecek olursa, ulusal güvenlik kavramı, dini özgürlüklerin sınırlandırılmasının meşru amaçları arasında sayılmamıştır. İnanç özgürlüğü gibi kırılgan konularda sınırlama hükümlerinin dar yorumlanması gerektiğinden, bu özgürlük ulusal güvenliği korumak amacıyla sınırlandırılmayacaktır. 18. maddeye göre, inanç özgürlüğünün yalnızca dışsal alanını oluşturan dinini veya inancını açığa vurma özgürlüğü sınırlandırılabilir. Bu özgürlüğün içsel alanı sınırlandırılmaz ve kısıtlanamaz. İnanç özgürlüğünün bu iki alanındaki en önemli fark sınırlandırma konusunda yatmaktadır. İnanç özgürlüğünün dışa vurumu bir kısım sınırlamalara tabi olabilmesine rağmen içsel alanının hiç bir durumda sınırlandırılması mümkün değildir.

18. maddenin son fıkrası oldukça hassas bir konu olan çocukların eğitimi konusunda ebeveynlerin hakları ile ilgilidir. Buna göre, sözleşmeye taraf devletler,

²⁶İkinci fıkrada geçen zorlama (coercion) kavramının ne anlama geleceği konusunda bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak bu kavramın yalnızca güç kullanımı ve tehdit anlamında değil aynı zamanda ailevi saygınlığın ve sosyal ilişkilerin etkilenmesi gibi hukuksal boyutu çok ta açık olmayan soyut şekilleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği Larner tarafından ileri sürülmektedir. Larner'e göre bu tip uygulamalar içine girilmesi daha az hukuk dışı olmasına rağmen daha güçlü bir etki doğuracaktır. Larner, The Natura, 916.

ebeveynler ile vasilerin kendi inançlarına uygun biçimde çocuklarına din ve ahlak eğitimi verilmesini isteme özgürlüğüne saygı göstermelidirler. 18. maddenin son fıkrasında düzenlenmiş olan bu nazik konu, Eğitimde Ayrımcılığa Karşı UNESCO Sözleşmesi'nde, 1981 Tarihli Din veya İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Kaldırılmasına Dair BM Bildirgesi'nde, 1990 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde ve diğer küresel ve bölgesel Sözleşmelerde de düzenlenmiştir.

İnanç özgürlüğünün korunması konusundaki bir diğer BM Belgesi, 1981 Tarihli Din veya İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildiri'dir. 25 Kasım 1981 yılında BM Genel Kurulunda kabul edilen bu bildiri, din ve inanca dayanan ayrımcılığın ve hoşgörüsüzlüğün kaldırılması konusundaki en önemli evrensel belge niteliğindedir²⁷.

1981 Bildirgesinin 4. maddesinde din ve inanca dayanan ayrımcılığın giderilmesi konusunda devletlere verilen yükümlülüklerden bahsedilmiştir. 4. maddenin ilk fıkrasında tüm devletlerin, kişisel, ekonomik, siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın her alanında insan haklarının ve temel özgürlüklerinin tanınması, kullanılması ve bunlardan yararlanılması sırasında, din ve inanca dayanan ayrımcılığı önlemek için gerekli tedbirleri almakla yükümlü oldukları vurgulanmıştır. Bu düzenlemede dikkati çeken ilk nokta, tüm devletlerin bu yükümlülük altında olmalarıdır. İkinci nokta ise ayrımcılığı ortadan kaldırmakla yükümlü olan bu devletlerin yaşamın her alanını kapsayan gerek kişisel gerekse siyasal, sosyal ve kültürel yaşamda karşılaşılabilecek ayrımcılıkları giderme yükümlülüğü altında olmalarıdır.

Bildirgede, BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde olduğu gibi bu hakkın içsel alanını oluşturan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ile dışsal alanını oluşturan inancını yayma, ibadet etme, inancın gereklerini yerine getirme ve inancını öğretme arasında açık bir ayrıma gidilmiştir. Bildirgenin 1. maddesinin üçüncü fıkrasında sadece bir kimsenin dinini veya inancını açığa vurma özgürlüğünün sınırlandırılabilirliği düzenlenmiştir. Buna göre kanun tarafından öngörülmüş olmak ve ölçülülük ilkesine uygun olmak şartıyla kamu güvenliğini, kamu düzenini, sağlığı ve ahlakı ve başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla bu hak sınırlandırılabilir. Bu hakkın kullanılması konusunda vatandaşlar ile yabancılar arasında ayırım yapılmayacağı da ayrıca belirtilmiştir.

²⁷Bu bildirgenin hazırlanması yaklaşık 20 yıl sürmüş olup, 1959 ile 1960 yılları arasında pek çok yerde patlak veren antisemitic olaylardan kaynaklanmıştır. Herhangi bir bağlayıcılığı olmamakla birlikte bu bildirge, diğer bütün BM bildirgelerinde olduğu gibi, kendisine riayet yükümlülüğünü gerektirmektedir. 1981 Bildirgesinin hükümlerinin çoğunluğu diğer Sözleşmelerde de yer almasına rağmen, inanç özgürlüğünün korunması konusundaki en gelişmiş 1981 Bildirgesidir. Bu bildirge, din (religion) kavramının kapsamı konusunda oldukça ayrıntılı hükümler içermektedir. 1981 Bildirgesi, din kavramını, din kavramıyla ilgili olmak şartıyla tanrısal olmayan ateizm, akılcılık ve agnostisizm gibi kavramları da içine alacak şekilde tanımlamıştır. Ancak, bu tanımlamada politik, ekonomik ya da sosyal sorunlarla ilgili inançlar din kavramının kapsamına girmemektedir. Sullivan, s.488-489 ; Davis H. Derek; "The Evolution of a Religious Freedom as a Universal Human Right: Examining the Role of the 1981 United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religious or Belief", *Brigham Young University Law Review*, 2002, s. 217

Bildirgenin 6. maddesinde kapsamlı ancak ayrıntılı olmayan bir haklar listesi düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre inanç özgürlüğü ilk olarak, bir din veya inanç ile bağlantılı olarak ibadet etme, toplanma, bu amaç için gerekli yerleri kurma, kullanma; gerekli vakıf veya insancıl amaçlı kurumlar kurma ve bunları işletme özgürlüğünü içereceği üzerinde durulmuştur. İkinci olarak bu özgürlüğün bir dinin veya inancın törenlerine veya gereklerine veya geleneklerine ilişkin araçları ve materyalleri yeterli ölçüde yapma, yayınlama ve dağıtma özgürlüğünü içereceği vurgulanmıştır. Üçüncü olarak bu özgürlüğün, bir din veya inancın öğretimi ile bu amaçlar için uygun yerler yapma, bireylerden ve kurumlardan gönüllü mali yardım verilmesini isteme ve alma hakkını içerdiği belirtilmiştir. Dördüncü olarak bir dinin veya inancın gerekleri ve standartları bakımından uygun olan liderleri yetiştirme, atama, seçme ve yerini alacak olanı belirleme hakkı üzerinde durulmuştur. Beşinci olarak bir kimsenin dininin veya inancının kurallarına uygun olarak dinlenme günlerine ve bayram tatillerine ve törenlerine uygun davranma hakkına yer verilmiştir. Son olarak ise bu özgürlüğün ulusal ve uluslararası düzeyde, din ve inanç konularında bireyler ve topluluklarla iletişim kurma ve sürdürme özgürlüklerini içereceği düzenlenmiştir.

Inanç özgürlüğünün güvenceye alınması konusunda BM belgelerinin yanında bölgesel sözleşmelerin de önemli katkısı olmuştur. Bu sözleşmeler içinde en kayda değeri, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi²⁸, Afrika İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde inanç özgürlüğü 12. maddede düzenlenmiştir. Buna göre;

1-Herkesin vicdan ve din özgürlüğü hakkı vardır. Bu hak, bir kimsenin, dinini ya da inançlarını muhafaza etme ya da değiştirme özgürlüğünü ve bir kimsenin dinini ya da inançlarını, bireysel olarak ya da başkalarıyla birlikte, aleni ya da özel şekilde yerine getirme ya da yayma özgürlüğünü içerir.

2- Hiç kimse, dinini ya da inançlarını muhafaza etme ya da değiştirme özgürlüğüne zarar verebilecek kayıtlamalara tabi tutulmayacaktır.

3- Bir kimsenin dinini ya da inançlarını açıklama özgürlüğü, sadece, kamu güvenliğini, kamu düzenini, genel sağlığı, ya da genel ahlaki yahut başkalarının haklarını ve özgürlüklerin korumak için gerekli olup yasayla düzenlenen sınırlamalara tabi tutulabilir.

4- Anne babalar ya da, duruma göre vasiler, kendi inançlarına uygun olarak,

²⁸ Amerikan Devletler Örgütü 1969 yılında Amerikan Sözleşmesini kabul etmiş olup sözleşme 18.7.1978 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşme ikinci bölümünde medeni ve siyasi hakları, üçüncü bölümünde ise ekonomik sosyal ve kültürel hakları düzenlemektedir. Amerikan sözleşmesinin şekli Avrupa Sözleşmesine benzerdir. Bu sözleşme ilk 25 maddesi 12.maddesinde inanç özgürlüğünün düzenlendiği sivil ve politik hakların detaylı bir listesini içermektedir. Dinah Shelton L; "Improving Human Rights Protections: Recommendations for Enhancing the Effectiveness of the Inter-American Commission and Inter-American Court of Human Rights", 3 *American University Journal of International Law and Policy*, s. 323 (1988); İrum Tagi; "Adjudicating Disappearance Cases in Turkey: An Argument for Adopting the Inter-American Court of Human Rights", *Fordham International Law Journal*, March, 2001, s.953 -954.

kendi çocuklarının ya da velayetini üstlendikleri kişilerin din ve ahlak eğitimi almalarını sağlamak hakkına sahiptir.

İnanç özgürlüğü ile ilgili önemli hükümler içeren bir diğer uluslararası belge de 8. maddesinde inanç özgürlüğünü düzenleyen Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'dır²⁹. Afrikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesinde inanç özgürlüğü şu şekilde düzenlenmiştir.

'Vicdan, ibadet ve dinin serbest olarak yerine getirilmesi özgürlüğü güvence altına alınacaktır. Hiç kimse, hukuka ve düzene tabi olarak, bu özgürlüğün kullanılmasını kayıtlayan önlemlere tabi tutulamaz.'

III- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde İnanç Özgürlüğü

Modern demokratik toplumların vazgeçilmez unsurlarından biri olarak görülen inanç özgürlüğü³⁰, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü başlığı altında İHAS'nin 9. maddesi ve 20 Mart 1952 tarihinde kabul edilen 1 Nolu Protokolün eğitim hakkını düzenleyen 2. maddesi tarafından güvence altına alınmıştır. Sözleşmenin 9. maddesi, 8., 10. ve 11. maddeler gibi iki fıkradan oluşmaktadır. Birinci fıkrada düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün kapsamı belirlenmiş, ikinci fıkrada ise bu özgürlüğün hangi durumlarda sınırlandırılacağı belirtilmiştir.

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü güvence altına alan 9. maddenin birinci fıkrası şu şekilde kaleme alınmıştır;

" Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapma suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir"

9. maddenin birinci fıkrasında ilk olarak düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün sınırlandırılması mümkün olmayan içsel alanına yer verilmiştir. 9. maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesinde belirtilen bu alan mutlak nitelikte bir özgürlük olup, bunun hiç bir şekilde sınırlandırılması mümkün değildir. Oysa birinci fıkranın ikinci cümlesinde, bu hak din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapma suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir denilerek, bu özgürlüğün sınırlandırılması

²⁹ Afrika Şartı, Afrika'da meydana gelen insan hakları ihlallerinin gölgesi altında Afrika Birliği Örgütü (ABÖ) (Organization for African Unity) tarafından hazırlanmıştır. Var olan en geniş bölgesel İnsan Hakları Sözleşmesini yapacak şekilde toplam elli ABÖ üyesi devletin otuz beşi tarafından onaylanmıştır. Avrupa ve Amerika örneğinde olduğu gibi, Afrika'da insan ve halkların haklarını geliştirmek ve bunların korunmasını temin etmek için bir Komisyon kurulmuştur (madde 30). Komisyon, kişisel sıfatları ile hizmet görecekt üstün ahlaki nitelikleri, dürüstlük, tarafsızlık, insan ve hakların hakları konusundaki yetkinlikleri ile bilinen, bilhassa hukuk alanında deneyimli kişiler dikkate alınarak, isim yapmış Afrikalı şahsiyetler arasından seçilen on bir üyeden oluşur (madde 31/1,2). Avrupa ve Amerika da bulunan emsallerinin tersine bölgesel bir insan hakları mahkemesi kurmamıştır. Afrikan Şartı temel hükümleri, uluslararası insan hakları örgütleri tarafından oluşturulan insan hakları belgeleri ile tarihsel Afrika geleneklerinin ve Afrika uygarlığı değerlerinin birleşiminden oluşmuştur: Theo Van Boven; "The Relations Between Peoples' Rights and Human Rights in the African Charter", *Human Rights Law Journal*, 1986, s. 183-185.

³⁰ Arslan, s.4.

labilecek olan dışsal alanı düzenlenmiştir. Ancak, inanç özgürlüğünün dışsal alanının sınırlandırılması konusunda taraf devletler sınırsız bir yetkiye sahip olmayıp 9. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen ilkelere uymak zorundadırlar.

9. maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye göre;

“Din veya inancını açıklama özgürlüğü, ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir”

9. maddenin ikinci fıkrasından da anlaşıldığı gibi inanç özgürlüğünün dışsal alanını oluşturan din ve inançlarını açıklama özgürlüğü, bu özgürlüğün içsel alanı gibi mutlak bir özgürlük olarak algılanmayıp bir takım nedenlerle sınırlanabilmektedir. Sözleşmenin 9. maddesinin ikinci fıkrasına göre, inanç özgürlüğüne getirilecek bir sınırlama, kanun tarafından öngörülmüş olmak, demokratik toplum için gerekli olmak ve ikinci fıkra da belirtilen sınırlı sayıdaki meşru amaçlardan birine dayanmak şartı ile meşru görülebilecektir. Sözleşmenin 8., 10. ve 11. maddelerinde de benzer bir düzenlemeye gidilmiş olup, bu şartlar Strasbourg Organları tarafından çok katı bir şekilde yorumlanmaktadır. İHAS'nin inanç özgürlüğünü kaleme aldığı sırada kullanmış olduğu bu yöntem, diğer uluslararası belgelerdeki düzenlemelerle de benzerlik göstermektedir. İnsan hakları belgelerinin hemen hemen hepsinde bu özgürlük ilkin, bireylerin iç dünyasına yönelik olan dini veya vicdani kanaatlere sahip olmalarına, bir dini veya inancı kabul etme ya da etmeme konusunda serbest olduklarına yer vermektedir. İkinci olarak ise belirli meşru amaçları korumak amacıyla sınırlandırılabilir olan dışsal alanına yer vermektedir. İnanç özgürlüğü ile ilgili olarak yapılan tartışmalarda, daha çok bu özgürlüğün dışsal alanı konusunda olmaktadır³¹.

Sözleşmenin inanç özgürlüğü ile ilgili diğer bir düzenlemesi ise 1 nolu protokolün eğitim hakkını düzenleyen 2. maddesidir. Bu düzenlemeye göre;

“Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretiminin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir”

Eğitim hakkı, hem negatif hem de pozitif yönü olan iki yanlı bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Eğitim hakkının pozitif yönünü oluşturan sosyal boyutu, devletlere eğitimin çeşitli biçimlerinin, herkes tarafından faydalanılabilir ve kolayca ulaşılabilir olmasını sağlama görevi yüklemektedir. Eğitim hakkının negatif yönünü oluşturan özgürlük boyutu, bireylerin ve ebeveynlerinin kendi eğitsel standartlarına ya da dinsel veya manevi inançlarına uyan eğitim kurumlarını seçme özgürlüğü anlamına gelip, bu yöndeki devlet müdahalesini ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Ek olarak bu özgürlük, bireylerin ve toplulukların kendi eğitim kurumlarını kurma ve bu kurumları idare etme özgürlüğünü de içermektedir.

³¹ Arslan, s. 33

I. Protokolün eğitim hakkını düzenleyen 2. maddesi iki cümleden oluşmaktadır. Birinci cümle ile hiç kimsenin eğitim hakkından yoksun bırakılamayacağı düzenlenmektedir. Buna göre dini, dili, ırkı, cinsiyeti, vatandaşlığı ne olursa olsun kimse eğitim hakkından mahrum bırakılamayacaktır. İkinci cümle ise devlete, ana ve babanın, çocuğunun eğitiminin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasına saygı duyma yükümlülüğü getirmektedir. Maddenin ikinci cümlesi ile demokratik toplumun korunması için yaşamsal değere sahip olan eğitimde çoğulculuk sağlanmak istenmiştir denilebilir³². Mahkeme, ana ve babanın çocuğunun eğitimi konusunda kendi dini ve felsefi inancına saygı yükümlülüğü konusunda özel okullar ile devlet okulları arasında her hangi bir ayırım yapılamayacağı üzerinde durmuştur. Danimarka ile ilgili Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen kararında Mahkeme 1. Protokolün 2. maddesinin ne birinci ne de ikinci cümlesinde devlet ve özel eğitim kurumları arasında ayırım yapan herhangi bir hükmün olmadığını belirterek, bu hükmün hem devlet hem de özel okullar için bağlayıcı olduğunu vurgulamıştır³³.

IV- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde İncancı Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Sınırlandırılması

Sözleşmede inanç özgürlüğü, 9. madde ve Birinci Protokolün eğitim hakkını düzenleyen 2. maddesi tarafından güvence altına alınmış olmakla birlikte, bu özgürlük konusunda yaşanan sıkıntılar esas olarak 9. maddeden kaynaklanmaktadır. Birinci Protokolün eğitim hakkını düzenleyen 2. maddesinin birinci cümlesinde hiç kimsenin eğitim hakkından yoksun bırakılamayacağı düzenlenmiştir. Bu hak mutlak olup, sözkonusu hakkın hiçbir durumda sınırlandırılması mümkün değildir. Aksi yöndeki düzenlemeler ve uygulamalar ise sözleşmenin ihlali sonucunu doğuracaktır. Oysa yukarıda da bahsettiğimiz gibi 9. maddede düzenlenen düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün dışsal alanını oluşturan incancı yayma ve açığa vurma hakkı mutlak bir hak olmayıp, kanun tarafından öngörülmüş olmak, demokratik toplum için gerekli olmak kaydıyla belirli amaçlar için sınırlandırılabilir. Sınırlandırmanın meşru görülebilecek amaçları olarak, kamu güvenliği, kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması kavramlarına yer verilmiştir. Dikkat edilecek olursa, sınırlandırma nedenleri arasında, her ne kadar benzer yapıda kaleme alınmış olsalar da, 8., 10. ve 11. maddelerde sınırlandırma nedenleri arasında sayılan suç işlenmesinin önlenmesi kavramına, 10. maddede yer alan ulusal güvenliğin ve toprak bütünlüğünün korunması kavramlarına yer verilmiştir. Sınırlama hükümleri dar yorumlanması gerektiğinden bu özgürlüğün suç işlenmesinin önlenmesi, ulusal güvenliğin ve toprak bütünlüğünün korunması amacı ile de olsa sınırlandırılması mümkün olmayacaktır. Bu amaçları gerçekleştirmek için getirilen bir sınırlama sözleşmeye aykırı olacaktır. Din ve incancı açıklama özgürlüğü ancak, kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla sınırlandırılabilir.

³² Arslan, s. 38.

³³ Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen v. Danimarka, 7 Aralık 1976, paragraf. 50.

1- Kamu Güvenliğinin ve Kamu Düzeninin Korunması Amacıyla İnançını Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Sınırlandırılması

İnançını açıklama ve yayma özgürlüğü esas olarak kamu güvenliği ve kamu düzenini koruma amacıyla sınırlandırılmaktadır. Nitekim gerek Komisyonun gerekse Mahkemenin önüne inanç özgürlüğü ile ilgili gelen davalar çoğunlukla kamu düzeni ve kamu güvenliğini koruma nedenine dayandırılmıştır³⁴. Strasbourg Organlarının kararlı incelendiğinde, sınırlandırma nedenleri arasında ilk sırayı kamu güvenliği ve kamu düzeninin korunmasının yer aldığını görürüz. Bu özgürlüğün sınırlandırılmasında kamu güvenliği ve kamu düzeni genellikle birlikte kullanılmaktadır. Kamu düzeni kavramının ne olduğu konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bu durum ise taraf devletlerin bu kavramı oldukça geniş yorumlamalarına neden olmaktadır. Aynı duruma İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında da rastlanmış olup dini gereklerin serbestçe yerine getirilmesi hakkı karşısında “kamu düzeni” kavramı oldukça geniş yorumlanmaktadır. Oysa demokratik bir toplumda, bu hakka yapılacak müdahalenin keyfilikten kurtarılması için öncelikle kamu düzeni kavramının keyfilikten kurtarılıp, dar yorumlanması gerekmektedir. Oldukça geniş yorumlanan kamu düzeni kavramı ise, inanç özgürlüğünün aleyhine olarak sözleşme devletlere geniş bir takdir alanı bırakmaktadır. Bu ise din özgürlüğü ve kamu düzenini dengeleme konusunda Mahkemenin tutarlı bir bakış açısı sergilemesini engellemektedir. Nitekim Strasbourg Organları inanç özgürlüğünü demokrasinin vazgeçilmez unsurlarından biri olarak görmelerine rağmen, inanç özgürlüğü ile ilgili olarak önlere gelen davalarda, kamu düzeni ve kamu güvenliği gibi soyut kavramlara dayanarak inanç özgürlüğünün ihlal edilmediği yönünde karar vermişlerdir³⁵. Bu yaklaşım ise inanç özgürlüğünün korunması bakımından bir takım olumsuz sonuçları da beraberinde getirmiştir. Özellikle hapisane ortamı söz konusu olduğunda, bu ortamın niteliği gereği kamu düzeni inanç özgürlüğünün sınırlandırılmasının en önemli nedenlerinden biri olarak görülmektedir. Örneğin, X v. Birleşik Krallık kararında³⁶ Budist bir mahkûm, ısmarladığı dini kitaba hapisane yönetimi tarafından el konulması nedeniyle Komisyona başvurmuştur. Komisyon, söz konusu kitabın savaş sanatlarına ve kendini savunma tekniklerine ilişkin bir bölüm içerdiği ve bunların diğer mahkûmlara karşı kullanılması durumunda tehlike yaratacağının altını çizmiştir. Ancak, Komisyon bu kararında kitabın geri kalan kısmında yer alan bilgilerin ne içerdiğine değinmemiştir. Komisyon, başvuranın kitabın savaş teknikleri kısmını okuyup bu savaş tekniklerini öğrenerek diğer mahkûm kişiler için tehlikeye taşıyacağını düşünmektedir. Ancak, bu durumda kişinin kitaba ulaşımının engellenmesi değil, bu kişinin savaş tekniklerini öğrenmesinin ya da bunları üçüncü kişilere uygulanmasının engellenmesi gerekirdi. Aksi uygulama ile kitabın savaş teknikleriyle ilgili olmayan kısmına da başvuruçunun ulaşabilme olanağı kaldırılmış ol-

³⁴Carolyn Evans, Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights, Oxford 2001, s. 149-151

³⁵Gomian Donno, Harris David; *Düşünce, İnanç, Vicdan ve İfade Özgürlüğü*, (çev. Orhan Kemal Cengiz), Londra 1998, s. 43.

³⁶X v. Birleşik Krallık, başvuru no. 6886/75

maktadır. Komisyon bu yönde karar verirken tamamen bir kısım hayali endişe ve kaygılara dayanmıştır. Oysa demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlükler, bir kısım endişe ve kaygılara ya da farazi korkulara feda edilemeyecek kadar önemlidir. Komisyon hapisane yönetiminin müdahalesinin kamu düzenini koruma amacını güttüğünü belirterek taraf devletin haklı olduğuna karar vermiştir³⁷.

Öte yandan *Child v. Birleşik Krallık* başvurusunda³⁸ Komisyon, pek çok mahkûmun ölümünden sorumluluğu konusunda kuvvetli belirtiler bulunan bir mahkûmun hücre hapsinde yatırılmasını ve bu nedenle özel ibadet hizmetlerinden yararlanmasına hapisane yönetimi tarafından, hapisane düzenini bozacağı gerekçesiyle izin verilmemesini incelemiştir. Komisyon inceleme sonucunda bu mahkûmun yalnızca tehlikeli bir mahkûm olmakla kalmadığı, aynı zamanda diğer mahkûmların düşmanlığına da maruz kalacağı için hem hapisane düzenini bozacağı hem de diğer mahkûmlar ve kendisi için tehlike oluşturacağından bu hizmetten yararlanmasına izin verilmemesini yerinde bulmuştur. Komisyon bu yönde karar verirken ayrıca başvuru mahkûmun dini nedenlerle bir kısım hapisane papazları tarafından ziyaret edildiği ve ayrıca bazı dini ayinlere katılmasına izin verildiği üzerinde durmuştur. Komisyon buna ek olarak Birleşik Krallığın o şartlar altında başvuru mahkûmunun inanç özgürlüğünü koruma adına elinden gelen her gayreti gösterdiğine de işaret etmiştir. Komisyonun kararı incelendiğinde, bu karar kamu düzenini koruma gerekçesine dayandığı için haklı görülebilecek niteliktedir. Ancak, mahkûmların inanç özgürlüğü ile ilgili Komisyonun önüne gelen diğer davalar incelendiğinde bunların daha az haklı nedenlere dayandığı görülecektir. Gerek Komisyon gerek Mahkeme mahkûmların inanç özgürlüğü ile ilgili davalarda, taraf devletlerin bu konuda daha geniş bir takdir marjına sahip olduklarına işaret edip inanç özgürlüğüne getirilen kısıtlamaların 9. maddeye uygun olduğuna karar vermiştir. Gerçekten, bu tip davalarda mahkûmların dini inançları gereği hapisane idaresinden yerine getirilmesini istedikleri arzuları 9. maddede güvence altına alınan inanç özgürlüğünün bir gereği olarak değerlendirilmemektedir. Örneğin, *X v. Birleşik Krallık* kararında³⁹ Budist bir mahkûm dindaşlarıyla fikir alışverişinde bulunmasının dininin gereklerinden biri olduğu gerekçesiyle bir dergide yayınlanmak üzere makale göndermek için hapisane yetkililerinden izin istemiş, ancak mahkûmun bu isteği reddedilmiştir. Bunun üzerine Budist mahkûm 9. maddede güvence altına alınan inanç özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle Komisyona başvurmuştur. Komisyon ise incelemeleri sonucunda başvuru mahkûmunun diğer Budistlerle mektuplaşmasının dininin bir gereği olduğu konusunu ispatlamada yetersiz olduğu için başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Yine *X v. Birleşik Krallık* kararında⁴⁰ Musevi bir mahkûm hapisanede hiçbir Musevi dini ayininin yapılmadığından ve kendisine verilen yiyeceklerin koşer (kasher, kosher) olmadığından yakınlıkta inanç özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle Komisyona başvurmuştur. Komisyon ise yaptığı incelemeler sonucunda din

³⁷ *X v. Birleşik Krallık*, başvuru no. 6886/75, den naklen, Öktem, s.351.

³⁸ *Child v. Birleşik Krallık*, başvuru no, 9813/82, den naklen, Evans, s.151

³⁹ *X v. Birleşik Krallık*, başvuru no, 5442/72

⁴⁰ *X v. Birleşik Krallık*, başvuru no, 5947/72

adamı olmasa da bir Musevi ile sürekli görüştüğüne ve kendisine vejetaryen koşer yemekler sunulduğuna işaret ederek mahkûmun başvurusunu reddetmiştir. Yukarıdaki kararlardan da anlaşıldığı gibi, Strausbourg Organları mahkûmların inanç özgürlüğüne kamu düzenini koruma gerekçesi ile daha fazla sınırlama getirilebilmektedir. Nitekim Komisyon, mahkûmlardan gelen ve inanç özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasını taşıyan başvurulara sıcak bakmamış, genellikle kabul edilebilirlik aşamasında bu başvuruları reddetmiştir. Oysa mahkûmların inanç özgürlüğüne getirilen bir sınırlama ancak hapisane düzeni için gerekli ise meşru sayılabilir. Yoksa hiç bir zaman bu kısıtlamalar mahkûmları cezalandırma niteliği taşımamalıdır. Aksi uygulama inanç özgürlüğünü demokrasinin temel taşlarından biri olarak gören Strausbourg Organlarının kendileri ile çelişmesi sonucunu doğuracaktır.

Mahkûmların inanç özgürlüğü konusunda Strausbourg Organları tarafından genellikle olumsuz bir yaklaşım sergilenirken, 2003 tarihli Poltoratskiy v. Ukrayna kararında⁴¹, Mahkeme 9. maddede güvence altına alınan inanç özgürlüğünün ihlal edildiği yönünde karar vermiştir. İlgili olayda, dört kişiyi öldürmekten dolayı idam cezasına çaptırılan bir kişinin, ölüm cezasını düzenleyen ceza kanunu hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi sonucu çaptırıldığı ömür boyu hapis cezasını çektiği sırada hapisane yönetimi tarafından kendisini bir rahibin ziyaret etmesine izin verilmediği için inanç özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Yaptığı incelemeler sonucunda Mahkeme, başvuruçunun haftalık dini ayinlere katılmadığını ve belli bir tarihe kadar da bir rahip tarafından ziyaret edilmediğini tespit ederek başvuruçunun inanç özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Gerçekten, Andrew Coyle'nin de belirttiği gibi din ve vicdan özgürlüğü evrensel insan haklarından biri olup, özgür kimseler kadar mahkûmlar da bu hakka sahiptir. Bütün tanınan dinlere mensup mahkûmlar İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 9. maddesinde güvence altına alınan inanç özgürlüğü hakkından yararlanıp dinin icaplarını yerine getirebilmelidir. Dolayısıyla bir kimsenin özgürlüğünün elinden alınması dinin gereklerini yerine getirme hakkının da elinden alınması sonucunu doğurmalıdır. Buna uygun olarak yetkili din adamlarının düzenli olarak cezaevlerini ziyaret edip mahkûmlarla görüşmesine izin verilmelidir. Mahkûmlara ibadet etme, dinsel metinleri okuma, belli giysiler giyme, belli şekillerde yıkanma gibi dinlerinin gereklerini yerine getirme fırsatı verilmelidir. Aynı dinden olan mahkûmların ibadet amacıyla ve dini bayramlarda bir araya gelebilmesi sağlanmalıdır. Ayrıca mahkûmlara dinlerine ilişkin bir din adamıyla tek başına ya da toplu olarak ibadet etme fırsatı verilmelidir. Ancak bu hak sadece ülkenin ana dini ile sınırlı kalmayacak, bütün dini gruplar için geçerli olacak şekilde uygulanmalıdır. Azınlık gruplarından mahkûmların dini ihtiyaçlarının karşılanmasına ayrıca önem verilmelidir. Bunlara ek olarak herhangi bir dine ait olmayan ya da herhangi bir şekilde ibadet etmek istemeyen mahkûmların ibadet etme zorunda bırakılmamasına da dikkat edilmelidir. Mahkûmlara bağlı oldukları dinden dolayı herhangi bir ayrıcalık ya da daha iyi yaşam

⁴¹ Poltoratskiy v. Ukrayna, 29 Nisan 2003.

koşulları sağlanmamalıdır⁴². Aksi uygulamalar İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 9. maddesinde güvence altına alınmış olan hakkın ihlali sonucunu doğuracaktır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi inancını açıklama ve yayma özgürlüğü esas olarak kamu güvenliği ve kamu düzenini koruma amacıyla sınırlandırılmaktadır. Bu bağlamda ise ilk sorun mahkûmların inanç özgürlüğü ile hapisane düzeni arasındaki ilişkide yaşanmaktadır. Nitekim mahkûmların bu özgürlüğüne mi yoksa hapisane düzenine mi öncelik verilmesi konusu gündeme geldiğinde Strausbourg Organları esas olarak hapisane düzenini korumaya öncelik vermekte ve bu nedenle mahkûmların bu özgürlüğüne yapılan müdahaleleri yerinde bulmaktadır. Oysa somut ve belirlenebilir zarar vermediği sürece dini gereklerin serbestçe yerine getirilmesine müdahale edilmemelidir.

Kamu düzenini koruma nedeniyle inanç özgürlüğüne yapılan müdahalelerde yaşanan ikinci sorunlu alan ise bir kişi ya da grubun, ahlâki tercih, dini inanç, felsefi görüş ya da politik nedenlerle askeri eğitim ve hizmette bulunmayı, silah taşımayı ve kullanmayı bilinçli olarak reddetmesi olarak tanımlanan⁴³ vicdani ret konusunda gündeme gelmektedir. Bireyler bu kanuni yükümlülüklerinden kaçarken, bu kanunların kendisinin hayatına yön veren dini, felsefi ya da siyasi değerler sistemi ile çatışacağı öncülüne dayanmaktadır⁴⁴. Bu bağlamda vicdani ret, bireyde vücut bulan ve bu nedenle belli bir birey tasarımı doğrultusunda kavranabilen savaş karşıtı bir tutum olarak ortaya çıkmaktadır. Vicdani ret kavramının tanımına da uygun olarak insanları vicdani retçi olmaya yönelten çeşitli nedenler bulunmaktadır. Birbirinden içerik bakımından oldukça farklılık gösteren bu gerekçeler farklı özellikleri de beraberinde getirmektedir. Buna göre vicdani ret hakkını kullanmak isteyen bir birey iman ile bağlandığı bir kutsallık tasarımı doğrultusunda askerlik yapmayı reddedeceği gibi, tamamen politik bir tasarım yani bir toplumsal tasarım doğrultusunda da bu hakkını kullanmak isteyebilir. Ancak hangi gerekçeyle olursa olsun askerlik yapmayı reddetmek, savaş mekanizması ile işbirliği yapmayı reddetme anlamına gelmektedir. Bu nedenle militarizmin karşısında ortak bir çatı altında toplanan bu bireyler militarizmin ve militarizmin bağlı olduğu devlet aygıtının birey üzerindeki tasarruf yetkisine karşı koymaktadırlar. Dolayısıyla tamamen vicdani nedenlerden kaynaklanan bu hak vicdan ve din özgürlüğünün güvencesi altında olan bir hak olarak kabul edilmektedir. Nitekim 2000 yılının Nisan ayında BM İnsan Hakları Komisyonu, 2000/34 nolu kararı ile İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde yer alan vicdan ve din özgürlüğünün meşru kullanımına uygun olarak, kişilerin vicdani nedenlerle askerlik hizmetinden kaçınma hakkına sahip olduklarını vurgulamıştır. Vicdani reddin bir hak olarak kabul edildiği söz konusu kararda BM İnsan Hakları Komisyonu, ölüme neden olabilecek güç kullanmayı zorunlu kılmamanın, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Medeni ve Siyasi

⁴² Andrew Coyle; *Human Rights Approach to Prison Management: Handbook for Prison Staff*, London 2002, s. 47, 48.

⁴³ Coady J.A.J.; "Objecting Morality", *The Journal of Ethics* 1, 1997, s. 376.

⁴⁴ Öktem, s.394.

Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşmesi'nde güvence altına alınan din ve vicdan özgürlüğü ile çatışacağına karar vermiştir. Ayrıca söz konusu kararda BM İnsan Hakları Komisyonu bu haktan yararlananların ileri sürdükleri nedenlerden ve özel inançlarından dolayı ayırımcılığa uğratılmayacaklarını ve askeri hizmeti yerine getirmeyenler ile getirenler arasında da ayırımcılık yapılamayacağını karara bağladı.

BM İnsan Hakları Komisyonu kararı doğrultusunda vicdani ret hakkı Avrupa Konseyi tarafından da tanınmıştır. Avrupa Konseyi'nin, zorunlu askerliği kaldıran üye ülkeler dışında kalan Türkiye ve Azerbaycan hariç diğer tüm üye ülkeleri bu hakkı tanımıştır. Vicdani reddi bir insan hakkı olarak kabul eden bu ülkelerde, bu hakkı kullanmak isteyenlere askerlik hizmetine karşılık askerlik süresinden biraz daha uzun sürelerle sivil hizmette çalışma olanağı verilmektedir. Askerlik hizmetini tümünden reddedenler ise hiçbir alternatif hizmeti kabul etmemektedirler. Bu kişilere göre militarizm sadece salt askerliği değil aynı zamanda toplumsal yaşamın ve ilişkilerin özüne sirayet etmiş olan tüm hiyerarşik ve ayırımcı ilişkiler ağını kapsamaktadır⁴⁵.

Esas olarak dini gerekçelere askerlik hizmetinden kaçınma ile özdeşleştirilmiş olan vicdani ret aynı zamanda vergi hukukundan hapis hane kurallarına uzanan geniş bir yelpazede görünmekte olup, dini gerekçelerin yanında bir kısım felsefi ve ahlaki kanaatlere de dayanmaktadır. Ancak, vicdani ret konusu esas olarak Yehova şahitlerinin kendi inançlarına aykırı olacağı gerekçesi ile askerlik hizmetini yapmak istememeleri durumunda ortaya çıkmaktadır. Nitekim vicdani ret ile ilgili olarak Strausbourg Organları'nın önüne gelen davaların çoğunluğu Yehova Şahitlerinin askerlik hizmetini yapmak istememelerinden kaynaklanmaktadır. Örneğin, Yunanistan'la ilgili Tsirlis ve Kouloumpas kararında⁴⁶, Mahkeme iki Yehova Şahidi rahibin askeri mahkeme tarafından zorunlu askerlik hizmetinden kaçındıkları için mahkûm edilmelerini incelemiştir. Komisyon aşamasında, Ortodoks rahiplerin zorunlu askerlikten muafiyet konusunda hiç bir sıkıntı yaşamadıkları oysa Yehova Şahidi rahiplerin bu hakkı elde edinceye kadar uzun süre mağduriyet yaşadıkları belirtilerek, dörde karşı yirmi dört oyla 9. maddenin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Mahkeme de Komisyonun görüşünü benimseyerek başvurunun inanç özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir⁴⁷. Yine Yunanistan'la ilgili Thlimmenos kararında⁴⁸ Mahkeme, vicdani ret nedeniyle zorunlu askerliğe katılmayı kabul etmediği için mahkûm edilen Yehova Şahidinin mahkûmiyetini çektikten sonra, muhasebecilik sınavını kazanmasına rağmen, önceki mahkûmiyetinden dolayı Muhasebeciler Odası tarafından muhasebecilik mesleğine kabul edilmemesini incelemiştir. Büyük Daire bu başvuruda başvurunun inanç özgürlüğü hakkının ihlal edilip edilmediğini eşitlik hakkının düzenleyen 14. maddeyle birlikte incelemiştir. Mahkeme, başvurunun diğer suçlardan mahkûm olanlarla aynı değerlendirmeye tabi tutulmasını, du-

⁴⁵ Ümit Kardeş, Vicdani Red Bir İnsan Hakkıdır, 30. 10. 2005, Radikal.

⁴⁶ Tsirlis ve Kouloumpas v. Yunanistan, 29 Mayıs 1997.

⁴⁷ Tsirlis ve Kouloumpas v. Yunanistan, paragraph. 69 – 70.

⁴⁸ Thlimmenos v. Yunanistan, 6 Nisan 2000.

rumları birbirlerinden farklı olanların farklı işlemlere tabi tutulması yönündeki ilkeye aykırı olduğunu tespit ederek başvurucuya ayrımcılık yapıldığına karar vermiştir. Mahkeme buna ek olarak, başvurucunun muhasebecilik mesleğine kabul edilmemesini önceki çektiği cezaya ek bir ceza oluşturacağı, böyle bir uygulamanın ise ölçülülük ilkesine de aykırı olacağı için başvurucunun sözleşmeden kaynaklanan hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Sonuç olarak, Strausbourg Organları vicdani ret ile ilgili önüne gelen davalarda, zorunlu askerlik hizmetinin varlığını Sözleşmeye aykırı bulmamakla birlikte, zorunlu askerlik hizmetine dini veya vicdani nedenlerle itirazı olanların alternatif sivil hizmetlerde çalıştırılması yönündeki taraf devlet uygulamalarını sözleşmeye uygun bulmaktadır⁴⁹.

Strausbourg Organlarının önüne kamu düzeni ve kamu güvenliğini koruma amacıyla gelen davaların üçüncüsünü başörtüsü davaları oluşturmaktadır. Bu konu ile ilgili olarak inceleyeceğimiz ilk dava İsviçre ile ilgili Dahlab kararıdır⁵⁰. İlgili olayda Mahkeme, 1991 yılında Katolik inancını terk ederek İslam'ı seçen ve o tarihe kadar bir yıldan fazla süredir aynı ilkokulda öğretmenlik yapan başvurucunun okulda başörtüsü takmasının yasaklanmasını incelemiştir. İncelemeleri sonucunda Mahkeme, başvurucunun öğretmenlik görevini yaparken başörtüsü takmasını yasaklayan işlemin demokratik bir toplumda gerekli olduğuna, dolayısıyla başvurucun inanç özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkeme bu yönde karar verirken ilk olarak, başörtüsü gibi güçlü bir dışsal sembolün çok küçük yaştaki çocukların din ve vicdan özgürlüğü üzerinde nasıl bir etki yapabileceğini değerlendirmenin güçlüğü üzerinde durmuştur. Mahkeme bu konu ile ilgili olarak özellikle, çocukların yaş dönemine dikkat etmiş ve bu çocukların, birçok şey hakkında meraklı oldukları ve diğer öğrencilerden çok daha fazla etkilenmeye açık oldukları dört – sekiz yaş arası çocuklar olduklarına işaret etmiştir. Mahkeme bu bağlamda başörtüsü takmanın bir çeşit proselitizm yaratacağına işaret etmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, başörtüsü takmayı, tüm öğretmenlerin demokratik bir toplumda öğrencilerine yayması gereken hoşgörü mesajı, başkalarına saygı ve her şeyden öte eşitlik ve ayrımcılık karşıtlığı ile bağdaştırılmasının zor olduğunu vurgulamıştır. Sonuç olarak, dinsel armoniyi muhafaza etmek suretiyle öğrencileri korumak karşısında bir öğretmenin inancını açığa vurma hakkını değerlendiren Mahkeme, davanın şartlarını ve her şeyden öte başvurucunun devletin temsilcisi sıfatıyla kendilerinden sorumlu olduğu çocukların hassas yaşlarını dikkate alarak, taraf devlet yetkilerinin ulusal takdir marjlarını aşmadıklarına ve yaptıkları bu işlemin demokratik bir toplumda kamu düzeni ve kamu güvenliği ile başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli olduğuna karar vermiştir.

Başörtüsü ile ilgili bir diğer dava da Leyla Şahin-Türkiye davasıdır⁵¹. İlgili davada Mahkeme, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi öğrencisi iken, rektörlüğün almış olduğu “bayan öğrencilerin başları bağlı olarak, erkek öğrencilerin

⁴⁹ Arslan, s.59.

⁵⁰ Dehlab v. İsviçre, 15 Şubat 2001.

⁵¹ Leyla Şahin v. Türkiye, 29 Haziran 2004.

sakallı olarak ders, staj ve uygulamalara alınmamaları” yönündeki genelge gereği disiplin cezası alan ve okuldan uzaklaştırılan başvurusunun 9. maddede güvence altına alınmın inanç özgürlüğünün ihlal edildiği yönündeki talebini incelemiştir. Mahkeme inceleme sonunda taraf devlet tarafından yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğuna ve bu nedenle 9. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkeme bu yönde karar verirken ilk olarak, nüfusun büyük çoğunluğunun belli bir dine mensup olduğu Türkiye gibi bir ülkede, üniversitelerde bazı fundamentalist dini hareketlerin dindar olmayan ya da başka bir dine mensup olan öğrenciler üzerinde baskı kurmasını engellemek amacıyla getirilen kısıtlamaların 9. maddenin ikinci fıkrasına uygun olacağına karar vermiştir⁵². Mahkeme bu yönde karar verirken, Dahlab v. İsviçre kararına⁵³ atıfta bulunarak başörtülü öğrencilerin diğer öğrenciler üzerinde baskı yapma riskini göz önünde bulundurmıştır. Dahlab v. İsviçre kararında Mahkeme başörtüsü ile kamu hizmeti sunan bir anaokulu öğretmeninin çok küçük yaşta çocuklar üzerinde aşırı bir etkide bulunabileceğine karar vermişti. Bu kararın doğruluğu kabul edilecek olsa bile aynı yorumun Leyla Şahin kararı için kullanılması doğru değildir. Zira üniversite ortamında, kendi kararlarını verebilecek konumda bulunan kişilerin aynı baskıya maruz kalacağını söylemek mümkün değildir. Ayrıca üniversite öğrencileri baskıya maruz kalacak olurlarsa yasal yollardan haklarını arayabilecek durumdadırlar. Dolayısıyla iki kararı aynı doğrultuda değerlendirmek mümkün değildir. Ayrıca İnsan Hakları İzleme Komitesinin de (Human Rights Watch) belirttiği gibi üniversitelerde başörtüsüne gayri resmi olarak hoşgörü gösterildiği dönemlerde bir baskı problemi söz konusu olmamıştır⁵⁴. Dolayısıyla kendisine özgürlükler konusunda büyük ümitler bağlanan Mahkemenin oldukça katı bir devlet yasağını desteklemeden önce bu gerçeği de göz önünde bulundurması gerekirdi.

Mahkeme ayrıca, zorunlu bir dini vecibe olarak sunulan ya da algılanan böylesi bir sembolü takmanın onu takmamayı tercih edenler üzerinde yapacağı etkinin dikkate alınması gerektiğine işaret etmiştir. Mahkeme bu bağlamda, kadın haklarına ve seküler bir yaşam biçimine güçlü bir şekilde bağlanmış, nüfusun çoğunluğu İslam inancına bağlı olan bir ülkede bu tür kısıtlamaların kamu düzenini koruma amacıyla gerekli olduğunu vurgulamıştır⁵⁵. Mahkeme, yukarıdaki gerekçelere ek olarak, Türkiye’de bütün olarak topluma kendi dinsel sembollerini ve dinsel öğretilere dayanan bir toplum anlayışını dayatmaya çalışan aşırı siyasi hareketlerin bulunduğunu da göz önünde bulundurmıştır. Bu nedenle Mahkeme, sözleşme hükümlerine uygun olarak sözleşmeye taraf her devletin kendi tarihsel tecrübesinden beslenen bu tür siyasal hareketlere karşı tavır alabileceğini belirtmiştir⁵⁶. Son olarak Mahkeme,

⁵² Leyla Şahin v. Türkiye, paragraf. 99.

⁵³ Dahlab v. İsviçre, 15 Şubat 2001.

⁵⁴ Memorandum to the Turkish Government on Human Rights Watch’s Concerns with Regard to Academic Freedom in Higher Education, and Access to Higher Education for Women who Wear the Headscarf., <http://hrw.org/backgrounder/eca/turkey/2004/>, s. 23- 24.

⁵⁵ Leyla Şahin v. Türkiye, paragraf. 108.

⁵⁶ Leyla Şahin v. Türkiye, paragraf. 109.

başörtüsü yasağının arkasındaki temel etkenin, Anayasa Mahkemesi tarafından ortaya konulduğu gibi, laiklik ilkesi olduğuna işaret etmiştir⁵⁷. Oysa İnsan Hakları İzleme Komitesi 24 Haziran 2004 tarihli bilgilendirme çalışmasında inanç özgürlüğünün korunmasının laiklik ilkesi ile tutarlı olduğu hatta laiklik ilkesinin bir gereği olduğu üzerinde durulmuştur. Komiteye göre değişik biçimlerde dinsel başlıklara yer verilmesi, kamu yetkililerinin herhangi bir dinsel görüşü onayladığı anlamına gelmeyeceği gibi kamu kaynaklarından herhangi bir harcamayı da gerektirmez. İnanç özgürlüğünün korunması laikliğin temelinde yatan dinsel ve vicdani farklılıklara saygının da bir göstergesidir. Bu nedenle öğrencilerin görünür dinsel simgeler taşıyan giysiler kullanmasını zorunlu kılan ya da yasaklayan düzenlemeler, devletin vicdani konularda baskıcılıktan uzak durma görevini yerine getirmemesi anlamına gelmektedir. Aynı görüş Türk doktrininde de benimsenmiş olup, laik bir sistemde devletin dinler ve diğer dünya görüşleri ya da ideolojiler açısından tarafsız olduğundan, din ve vicdan özgürlüğü için en elverişli ortamın laik bir siyasi-hukuki sistem olduğu belirtilmiştir⁵⁸.

İnsan Hakları İzleme Komitesinin açıklamalarına benzer dikkate değer bir yorum da, Avrupa'da başörtüsü sorununun en yoğun olarak yaşandığı Fransız Danıştayı'ndan gelmiştir. Devlet okullarında dini kıyafet giymenin Fransa'nın önemli bir doktrini olan laiklik ile bağdaşır bağdaşmadığını incelendiği kararda Fransız Danıştayı öğrencilerin belli bir dine mensup olduklarını gösteren semboller giymelerinin laiklik ile çatışmayacağını ısrarla vurgulamıştır. Fransız Danıştayı'nın konu ile ilgili kararı şu şekildedir⁵⁹;

“Fransa'nın uluslararası yükümlülüklerine olduğu gibi, kabul edilmiş anayasal ve yasal metinlere göre de laisite ilkesi, devlet eğitiminde bir yandan öğretmenlerin ve programın tarafsızlığı ilkesini, öbür yandan da öğrencilerin vicdan özgürlüğüne saygı çerçevesinde yürütülecek bir öğretim gerektirir. Öğrenciler için böyle bir özgürlük, okullarda, çoğulculuğa ve başkalarının özgürlüklerine saygı gösterek dini inançlarını ifade ve izhar etme hakkını ihtiva eder. Öğrencilerin belli bir dine mensup olduklarını gösteren semboller giymek istemesi laisite ile bağdaşmaz değildir.”

Fransız Danıştayı trajedik 11 Eylül olaylarından sonra bile aynı yorumunda ısrar etmiş ve laikliğin okullardaki düzeni koruyan sınırlar içinde, öğrencilerin vicdan özgürlüklerini ve inançlarını açığa vurma haklarının teminatı ve güvencesi olduğunu vurgulamıştır⁶⁰. Danıştay kararlarının büyük çoğunluğu başörtüsünü haksız bir biçimde yasaklamaya çalışan kamu görevlilerinin aleyhine olduğu görülmektedir. Nitekim Fransız Danıştayı'nın bu yöndeki kararları; *“bireysel hakları koruyucu,*

⁵⁷ Leyla Şahin v. Türkiye, paragraf. 110.

⁵⁸ Erdoğan Mustafa, “Sivil Özgürlük Olarak Din ve Vicdan Özgürlüğü”, içinde, Der. Yılmaz Murat; *Türkiye'de Din ve Vicdan Hürriyeti, Çeşitlilik, Çoğulculuk, Barış*, Liberal Düşünce Topluluğu ve Avrupa Komisyonu Ortak Yayını, Ankara, 2005, s. 32.

⁵⁹ T.Jeremy Gunn; *Din Özgürlüğü ve Laisite: ABD ve Fransa Arasında Bir Karşılaştırma*, (çev. Hüseyin Bal, Ömer Faruk Altındaş), Liberte Yayınları, Ankara (Tarihsiz) , s. 60.

⁶⁰ Gunn, s.64.

ince kararlar” olarak nitelendirilmiştir. Fransız Danıştay, ancak öğrencilerin eğitim faaliyetlerini rahatsız etmeleri, kışkırtıcı olmaları ve başkalarına propaganda yapmalarını halinde dini kıyafet giymelerinin yasaklanacağını belirtmiştir⁶¹. Fransız Danıştay’ın yukarıdaki kararından da anlaşıldığı gibi laiklik inanç özgürlüğü ile kamu hizmetlerinin gereklerinin yerine getirilmesi konusunda bir denge görevini yerine getirmektedir. Uygulamada ise laiklik anlayışının inanç özgürlüğüne öncelik verme eğiliminde olduğu belirtilmektedir. Nitekim bu vurgu daha da kuvvetlendirilip laikliği din ve ibadet özgürlüğünün kısıtlanmasının temel bir aracı olarak gören 19. yüzyıl jakoben laiklik anlayışının eskidiği belirtilmektedir⁶². Buna göre Fransız yargısında din ve vicdan özgürlüğünün tek sınırının kamu hizmetinin düzgün işleyişinin engellenmesi ve kamu düzeninin sağlanması olduğu söylenebilir. Dolayısıyla kamu hizmetini aksatmadığı ve kamu düzenini bozmadığı sürece bir dini inanca aidiyeti sembolize eden bir işaretin sadece taşınmasının laikliğe aykırı olmadığı tersine laikliğin güvencesi altında olduğu söylenebilir⁶³. Oysa Türk Anayasa Mahkemesi laikliğin din ve devlet işleri ayrılığı biçiminde daraltılmayacağını belirtip din özgürlüğünün kullanılmasının devlet düzenini tehdit edebileceğini dolayısıyla vicdan özgürlüğü gerekçesi ile dinsel giyinme özgürlüğünün savunulamayacağını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu dar laiklik anlayışı doktrinde eleştirilmiş olup insan hakları, hukuk devleti ve demokrasinin laikliğe nazaran ikincil değerde bir konuma getirildiği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu laiklik anlayışı Türk demokrasisini batı demokrasilerinden ayıran ve onu totalitarizme yaklaştıran en önemli nokta olduğu üzerinde durulmuştur⁶⁴. Ayrıca bu yaklaşım 19. yüzyıl Fransız jakoben laiklik anlayışını çağırıştıran oldukça sert ve şekilci bir laiklik anlayışı olarak nitelendirilmektedir⁶⁵.

Mahkeme, yukarıda atıfta bulunulan kararlarda, demokratik bir toplumda, üzerinde normal olarak oldukça farklı görüşlerin bulunduğu devlet ile dinler arasındaki meseleler söz konusu olduğunda, ulusal karar alma organlarının rolüne özel bir önem verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme başkalarının hak ve özgürlükleri, sivil kargaşanın önlenmesi, kamu düzeni ve çoğulculuk talepleri gibi farklı çıkarlar arasında adil bir dengenin sağlanmasına dikkat edilmesi gerektiğini vurgulamıştır⁶⁶. Özetle Mahkeme, dinsel sembollerin kullanılmasına ilişkin düzenlemeler söz konusu olduğunda, bu konularla ilgili kurallar ulusal geleneklere bağlı olarak bir ülkeden diğerine oldukça farklılık arz ettiğinden ortak bir Avrupa anlayışı ortaya koymak

⁶¹ Gunn, s. 61.

⁶² Ulusoy Ali, “Fransız ve Türk Laiklik Anlayışlarının Karşılaştırılması” içinde, Der. Yılmaz Murat; *Türkiye’de Din ve Vicdan Hürriyeti, Çeşitlilik, Çoğulculuk, Barış*, Liberal Düşünce Topluluğu ve Avrupa Komisyonu Ortak Yayını, Ankara, 2005, s.242

⁶³ Ulusoy, s. 242.

⁶⁴ Erdoğan Mustafa, “1982 Anayasasında Din Özgürlüğü”, içinde, Der. Yılmaz Murat; *Türkiye’de Din ve Vicdan Hürriyeti, Çeşitlilik, Çoğulculuk, Barış*, Liberal Düşünce Topluluğu ve Avrupa Komisyonu Ortak Yayını, Ankara, 2005, s. 235

⁶⁵ Ulusoy, s. 243

⁶⁶ Kokkinakis v. Yunanistan, paragraf. 31, Leyla Şahin v. Türkiye, paragraf. 101.

mümkün olmayacağı için taraf devletlerin daha geniş bir ulusal takdir marjına sahip olduklarını belirtmiş ve yapılan müdahaleyi haklı bulmuştur⁶⁷.

Oysa aynı dava ile ilgili olarak İnsan Hakları İzleme Komitesi Türkiye'nin başörtüsü konusundaki tutumunu eleştirerek, bu tür uygulamaların birçok uluslararası hakkı ihlal ettiğini ileri sürmüştür⁶⁸. Türkiye'deki yüksek öğretim üzerinde var olan askeri denetime ilişkin şiddetli bir eleştiri ile başlayan raporda, Mahkemenin kararı ile yüksek öğretim kanunundaki akademik özgürlüğün ihlal edildiği belirtilerek birçok uluslararası standart ve sözleşmenin çiğnendiği üzerinde durulmuştur. Aynı raporda, Türkiye'de var olan yüksek öğretim sisteminin, fakülte ve öğrencilerin bireysel ve akademik özgürlüğünü ve üniversitelerin kurumsal bağımsızlığını ihlal ettiği vurgulanmıştır. İlgili raporda ayrıca eğitimde başörtüsü yasağının kadın haklarının temel görünümü olan bireysel bağımsızlığı ve seçimi de yok edeceği üzerinde durulmuştur. Komitenin raporuna göre, öğrencilerin okullarda dini semboller giymelerinin yasaklanması din özgürlüğünü de ihlal edecektir. Buna göre birçok açıdan görünür dini semboller üzerindeki yasak, başörtüsünü dini inançlarının bir göstergesi olarak takan kadınlar için etkili olacaktır. Bu yaklaşımı ile İnsan Hakları İzleme Komitesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine karşın inanç özgürlüğü ile inancını açığa vurma özgürlüğü konusunda daha özgürlükçü bir yaklaşım sergilemiştir. İnsan Hakları İzleme Komitesi söz konusu raporunda daha geniş bir çerçevede sorunu irdelemiştir. Komite söz konusu raporunda sorunu sadece inanç özgürlüğü bakımından değil aynı zamanda kadın hakları, akademik özgürlük ve ifade özgürlüğü bakımından da irdelemiştir. Buna uygun olarak Komite, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 9. ve 10. maddelerinin yanı sıra BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 26. maddesi⁶⁹ ile BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin eğitim hakkını düzenleyen 13. maddesi ile BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin inanç özgürlüğünü düzenleyen 18. maddesine de atıfta bulunmuştur. Bu bağlamda Komite, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin 18. maddeyi açıklamaya yönelik olarak yaptığı 22 Temmuz 1993'te kabul edilen 22 numaralı Genel Yorumuna göndermede bulunmuştur. Genel Yorumda kendine özgü dinsel başlıkların giyilmesinin dinsel yaşamın korunması gereken bir yönü olduğu açık bir şekilde belirtilmiştir. Buna göre; *“Dinsel inançların gereğinin yerine getirilmesi ve uygulanması yalnızca törensel etkinliklerin değil...belirli giysilerin ve başlıkların giyil-*

⁶⁷ Leyla Şahin v. Türkiye, paragraf. 102.

⁶⁸ İnsan Hakları İzleme Komitesinin Yüksek Öğretimde Akademik Özgürlük ve Başörtülü Öğrencilerin Yüksek Öğretime Kabul Edilmeleri Konularında Türk Hükümetine Görüş Bildirgesi, 29 Haziran 2004, <http://hrw.org/backgrounder/eca/turkey/2004/>

⁶⁹ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 26. maddesinde eğitim hakkı düzenlenmiştir. Fıkra 1: Herkes, eğitim hakkına sahiptir. Eğitim, en azından ilk ve temel eğitim aşamasında parasızdır. İlköğretim zorunludur. Teknik ve mesleki eğitim herkese açıktır. Yüksek öğrenim yeteneğe göre herkese eşit olarak sağlanır. Fıkra 2: Eğitim, insan kişiliğini tam geliştirmeye ve insan haklarına ve temel özgürlüklere saygıyı güçlendirmeye yöneliktir. Eğitim, tüm uluslar, ırklar ve dinsel gruplar arasında anlayış, hoşgörü ve dostluğu özendirir ve Birleşmiş Milletlerin, barışın korunması yolundaki etkinliklerini daha da geliştirir. Fıkra 3: Ana babalar, çocuklarına verilecek eğitimi seçmede öncelikle hak sahibidir.

mesini de içerir."⁷⁰ İnsan Hakları İzleme Komitesi, dinsel giysilerin, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 19. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün de güvencesi altında olduğunu vurgulamıştır. Komiteye göre dinsel inançlarını ifade etmek üzere başörtüsü kullanan öğrencilerin ve öğretilerinin hedeflenmesi bu maddeyi ihlal etmektedir.

Komite ayrıca 1981 Tarihli Din veya İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüz- lüğün Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildiri'ye de atıfta bulunmuştur. Komite son olarak 3 Eylül 1981 tarihli BM Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne ayrı bir önem vermiştir. Söz konusu sözleşmenin eğitim hakkını düzenleyen 10. maddesinde; Taraf Devletlerin eğitim alanında kadınların erkeklerle aynı haklara sahip olmalarını sağlamak için kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etmek üzere gerekli her türlü tedbiri ve kadınlarla özellikle erkeklerin eşitliğini sağlamaya yönelik tedbirleri almaları gerektiği emredilmiştir. 10. maddenin f bendinde kız öğrencilerin okuldan ayrılma oranlarının düşürülmesi ve okuldan erken ayrılan kız- lar ve kadınlar için eğitim programları düzenlenmesi gerektiği ayrıca vurgulanmış- tır. Oysa İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin söz konusu kararı yukarıda belirtilen uluslararası sözleşmelerin ulaşmak istediği amaçlarla tamamen çatışmakta olup bu amaçların gerçekleştirilmesi konusunda büyük bir engeli de beraberinde getirmiştir. İnsan Hakları İzleme Komitesi, Türkiye'de yüksek öğrenimde uygulanan başörtüsü politikalarına yönelttiği eleştiriyi daha da sertleştirerek, yüksek öğretim kurumların- da başörtüsünün yasaklanmasını, kadınların çarşaf ya da türban kullanmaya zorlan- dığı İran ve Suudi Arabistan gibi ülkelerdeki uygulamalardan pek de farklı olmadığı üzerinde durmuştur. Bu tür uygulamaların ise kadın haklarının temel ilkelerinden biri olan bireysel özerkliği ve seçme hakkını özellikle sınırlandığı vurgulanmıştır. Komiteye göre öğrencilerin okula görünür dini simgeler içeren giysilerle gelmesinin tümünden yasaklanması inanç özgürlüğünün engellenmesi anlamına gelmektedir.

Söz konusu bildirmede başörtüsünün kamu güvenliğine, kamu düzenine, genel sağlığa ve genel ahlaka karşı bir tehdit oluşturmayacağı da açıklıkla belirtilmiştir. Komiteye göre, başörtüsü kendi yapısı içinde bir tehlike taşımamakta olup düzen bozucu değildir. Dolayısıyla bu nedenle bireylerin eğitim hakkının engellenmesi için bir gerekçe oluşturamaz. Ayrıca bu tür yasaklamalar, doğrudan Müslüman kız- ları ve kadınları etkilemekte olup, bir yandan eşit eğitim fırsatını engellerken diğer yandan da uluslararası insan hakları hukukunun ayrımcılığa karşı olan ilkelerini de ihlal etmektedir.

Mahkemenin Leyla Şahin kararı doktrinde de çok sert eleştirilerle karşılaşmış- tır. Mahkemenin verdiği bu karar "*Pyrrhus zaferi*" ne benzetilerek, batı demokrasi- lerinin temel değeri olan hukuk devleti ve insan hakları ilkesinin büyük bir yara aldığı üzerinde durulmuştur. Söz konusu kararın hem Türk hukuku hem de Avrupa

⁷⁰ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin 20 Temmuz 1993 Tarihli 22 Numaralı Genel Yorumu, Belge no. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, den naklen, İnsan Hakları İzleme Komitesinin Yüksek Öğretimde Akademik Özgürlük Başörtülü Öğrencilerin Yüksek Öğretime Kabul Edilmeleri Konularında Türk Hükümetine Görüş Bildirgesi, 29 Haziran 2004.

insan hakları yargılama sistemi için ağır sonuçlar doğuracağı şüpheye yer vermemektedir⁷¹. Ayrıca ilgili kararın Türk yüksek öğretiminde söz konusu olan başörtüsü sorunu konusunda her hangi bir çözüm getirmediği, tersine Türk hukukunu olumsuz yönde etkileyerek yeni sorunları da beraberinde getireceği kolaylıkla söylenebilir.

2- Sağlıkın Korunması Amacıyla İnancını Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Sınırlandırılması

İnancını açıklama ve yayma özgürlüğünün diğer bir sınırlama nedeni de sağlığın korunmasıdır. Doğası gereği, bir kısım dini gelenekler ve bir kısım dini uygulamalar o inancın mensuplarının ya da üçüncü kişilerin fizik ve akıl sağlığına zarar verme olasılığı taşıyabilirler. Gerçekten, dini uygulamalar üçüncü kişilerin gerek beden gerek akıl sağlığına zarar verme olasılığı taşıdığı durumlarda taraf devletlerin bu hakkın kullanımına müdahalesi haklı görülebilmektedir. Bu bağlamda sağlığın korunması gerekçesiyle dini ayinler yasaklanabilir, hatta bir salgın yayılması tehlikesi ve endişesi mevcut ise ibadet yerlerinde toplanma bile yasaklanabilir. Bir kısım hastalıklara karşı kişilerin aşılınması sağlığın korunması adına oldukça önemli bir konudur. Ancak buna rağmen bir kısım kişiler dini ve vicdani gerekçelerle aşı yapılmasına karşı koyabilirler. Genel sağlığın zarar görmeyeceğinden kaygı duyulmayan durumlarda kişiler bu aşılınmadan istisna tutulabilir. Ancak aşı olmayan kişinin, genel sağlığı tehlikeye sokarak hastalık yayma olasılığının çıktığı durumlarda bu kişilere zorla aşı yapılabilir. Ayrıca bu gibi durumlarda bir kişinin dininin gereklerini tamamen yerine getirmesine izin verilecek olunursa, bu durum diğer kişilerin sağlığına zarar verecek sonuçlar doğurabilecektir⁷². Örneğin, yukarıda bahsetmiş olduğumuz Child v. Birleşik Krallık başvurusunda başvurusunun isteği kabul edilecek olsa idi bu durum gerek başvurusunun gerekse diğer mahkûmların sağlığının zarar görmesine neden olabilecekti. Benzer şekilde, içinde dövüş sporlarına yer veren bir din kitabına izin verilmemesi ile ilgili dava Komisyonun önüne geldiğinde, Komisyon başvurusunun bu kitaptan elde ettiği bilgilerle başkalarının güvenliğine ve sağlığına zarar vereceği gerekçesiyle bu kitabın verilmemesinin sözleşmenin 9. maddesine aykırılık oluşturmayacağına karar vermiştir.

Yine aynı durumla ilgili bir sorun, öldükten sonra defin işlemlerinin şeklinin ve yerinin dini inançlara göre tespit ve tayini durumunda da ortaya çıkabilir. Din ve vicdan özgürlüğünün bir gereği olarak ne toprağa gömülme ne de yakılma yasaklanabilir. Ancak genel sağlığı koruma ve olası suç delillerinin tespiti amacıyla bu konuda sınırlamalar getirilebilir.

İnanç özgürlüğüne müdahale edilmesi, kişilerin sağlığını koruma adına daha kolayca haklılaştırılabilir. Ancak bu konudaki asıl sorun, o dinin gereklerini

⁷¹ Kerem Altıparmak, Onur Karahanoğulları, Pyrrhus Zaferi, Leyla Şahin / Türkiye, AİHM/Hukuk, Düzenleyici İşlem/Kanun, Hukuk ve Adalet Dergisi, Temmuz – Eylül 2004, s. 249. Leyla Şahi kararına oldukça sert eleştiriler getiren makalelerinde yazarlar **“Romalılara karşı böyle bir zafer daha kazanırsak tamamen yok olacaktır (Plutarch, Pyrrhus 21, 14)”** özdeyişine yer vererek konunun vehametini açıklıkla ortaya koymuşlardır.

⁷² Evans, s. 155

uygulayanların kendilerine ya da velayetleri altındaki çocuklarına zarar vermeleri durumunda ortaya çıkmaktadır. Gerçekten bu konudaki asıl problem o inancı seçmiş olan kişileri doğabilecek zararlardan korumak için getirilen yasal düzenlemelerde yaşanmaktadır. Bu alandaki diğer bir sorun, kan naklinde olduğu gibi, dini nedenlerle bir kısım tıbbi yardımların reddedilmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu güne kadar bu konu ile ilgili her hangi bir dava Strausbourg Organlarının önüne gelmemiştir. Ancak bir gün böyle bir dava gelirse Mahkemenin nasıl bir tutum sergileyeceği, bu konuda bireyin inanç özgürlüğünün mü öne çıkarılacağı yoksa genel sağlığı korumak amacıyla devletin yaptığı müdahalenin mi haklı görüleceği oldukça tartışma götürülecektir. Doğrudan yukarıda bahsedilen problemle ilgili olmasa da sağlığı koruma gerekçesi amacı doğrultusunda bir kısım dini uygulamalara müdahale edilmesi ile ilgili davalar Komisyonun önüne gelmiştir. Bunlardan en ilginç olanı, dininin gereği olan türbanı kullanmasını engelleyeceği için motosiklet kaskını giymekten kaçınan bir Sih'in 20 defa tutuklanması ile ilgili olarak Komisyonun önüne gelen başvurudur⁷³. İlgili davada Komisyon, kaza kaskı takma zorunluluğunun motosiklet kullananlar için gerekli bir güvenlik tedbiri olduğuna işaret ederek başvurunun inanç özgürlüğüne yapılan müdahalenin sağlığın korunması amacını güttüğü için 9. maddeye aykırılık oluşturmadığına karar vermiştir. X v. Birleşik Krallık kararında Komisyon, Sih başvurunun dini inançlarına ters düştüğü gerekçesiyle hapis hane giysilerini giymek istememesini ve sakalını temizlemek istememesini incelemiştir. Komisyon incelemesi sonucunda sağlığın korunması gerekçesine dayanarak başvurunun bu tutumunun 9. maddenin korumasından yararlanamayacağına karar vermiştir⁷⁴.

Sağlığın korunması ile ilgili tartışılmalı alanlardan bir diğeri de anne ve babalarının dini inançlarından dolayı sağlıkları tehlikeye atılan çocuklarla ilgilidir. Bu durum özellikle dini nedenlerle kan naklini engellemesi durumunda ya da çocuğa standart bir sağlık hizmeti sunulması yerine çocuğun sağlık durumunu daha da tehlikeye sokabilecek, kadınların sünnet edilmesinde olduğu gibi tıbbi tedavi yerine bir kısım dini uygulamalardan medet umulması durumunda ortaya çıkmaktadır⁷⁵. Bu gibi durumlar, devletleri ve insan hakları organlarını bir kısım sıkıntılara sokacak gibi gözükse de bu durumlarda sözleşmeye taraf devletlerin bireylerin dini inançlarına müdahale etme konusunda daha geniş bir takdir yetkisine sahip oldukları söylenebilir. Gerçekten, bu gibi durumlarda nasıl davranılacağı konusunda bir uzlaşma olmasa bile taraf devletlerin, anne ve babaların kararlarını yerine getirmemesinde güç kullanması ve bu gibi durumlarda çocuğun sağlığını koruma nedeniyle hastanelerin müdahalesine izin vermesi halinde hiç şüphesiz ki taraf devletin müdahalesi ulusal takdir marjı içinde değerlendirilecektir.

Sağlığın korunması gerekçesi ile Komisyonun taraf devletin müdahalesini haklı gördüğü bir diğer konu da, anne ve babaların dini gerekçelerle çocuklarını ceza-

⁷³ Arslan, s. 63.

⁷⁴ Arslan, s. 52.

⁷⁵ Evans, s.157.

landırmalarının yasaklanmasıdır. Seven Individuals v. İsveç kararı⁷⁶ çocuklara bedeni ceza uygulanmasını yasaklayan kanun hükmünün, sözleşmenin 9. maddesini ihlal ettiği gerekçesi ile Strausbourg Organlarının önüne gelmiştir. Söz konusu olayda kendilerini Özgür Protestan Kilisesi üyesi olarak nitelendiren aileler, çocuklara bedeni ceza uygulanmasını yasaklayan kanun hükmünün, kendilerine bu konuda zorunluluk yükleyen İncil hükümleri ile çelişeceği nedeni ile Komisyona başvuruda bulunmuşlardır. Komisyon bu kanunun amacının çocukların sağlığını koruma amacı güttüğünü belirterek taraf devletin ulusal takdir marjı sınırları içinde kaldığına karar vermiştir. Komisyon ilgili kararda, bu kanunun aile yaşamına müdahale ettiğini belirtmesine rağmen böyle bir yasağın kesinlikle 8. ve 9. maddelerin ihlali sonucunu doğurmayacağına karar vermiştir. Komisyon bu kararı verirken bu kanunun amacının özellikle nispeten daha zayıf bireyleri koruma amacını güttüğüne işaret etmiştir.

3- Başkalarının Menfaatlerinin Korunması Amacıyla İncancı Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Sınırlandırılması

Komisyon ve Mahkemenin inanç özgürlüğü ile ilgili davaların çoğunluğunda vurguladığı gibi, inanç özgürlüğü demokratik toplumun vazgeçilmez unsurlarından biridir. Ancak bu özgürlük, kişilerin şeref, haysiyet ve haklarına saldırılmasına izin veren mutlak bir hak değildir. Bu nedenle inanç özgürlüğüne yer veren düzenlemelerin hemen hemen hepsinde bu özgürlüğün başkalarının itibar ve haklarını korumak amacıyla sınırlandırılabilceği düzenlenmiştir. Başkalarının hak ve özgürlüğünü koruma amacıyla inanç özgürlüğüne sınırlama getirilmesi gereği özellikle bir kaç dinin bir arada bulunduğu demokratik toplumlarda daha da belirgin olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kısıtlamalar farklı grupların çıkarlarını uzlaştırmak ve herkesin inancına saygı duyulmasını güvence altına almak için gerekli olmaktadır⁷⁷. Bu durumunun gerekliliği incancı açıklama özgürlüğüne herhangi bir sınır getirilmediği ya da çok gevşek bir sınırlama getirildiği durumda daha da ortaya çıkacaktır.

Başkalarının haklarını ve özgürlüklerini korumak için inanç özgürlüğünün sınırlandırılması ile ilgili olarak karşılaşılan ilk sorun proselitizm konusunda gündeme gelmektedir. Bir incanın mensuplarının o incancı yaymak ve yeni üyeler kazanmak için gösterdikleri aşırı çabayı ifade eden proselitizm sorunu ilk kez, Kokkinakis v. Yunanistan kararı⁷⁸ ile Strausbourg Organlarının önüne gelmiştir. Mahkemenin önüne incancı açıklama ve yayma özgürlüğü ile ilgili olarak gelen ilk dava olan Kokkiniakis kararında Mahkeme üçe karşı altı oyla 9. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. İlgili olayda Mahkeme 1936 yılında Yehova Şahidi olduktan sonra, proselitizm faaliyetleri içine giren Yunanistan vatandaşı Kokkinakis'in bu nedenden dolayı mahkûm edilmesini incelemiştir. Başvurucu ve karısı, kocası mahalli bir Ortodoks kilisesinde dini koro şefi olan bir kadının evinde kadına Yehova şahitliğini anlatmaya başlamışlar. Kadının kocasının şikâyeti üzerine başvurucu ve karısı gö-

⁷⁶ Seven Individuals v. İsveç, başvuru no, 8811/79

⁷⁷ Evans, s. 161.

⁷⁸ Kokkinakis v. Yunanistan, 19 Nisan 1993

zaltına alınarak polis karakoluna götürülmüşlerdir. Proselitizmi suç sayan 1363/1938 sayılı kanunun 4. maddesi gereği kovuşturmaya tabi tutulmuş ve haklarında dava açılmıştır. Yargılama sonucunda başvuru proselitizmden dolayı suçlu bulunmuştur. Bunun üzerine başvuran Sözleşmenin 9. maddesinde güvence altına alınan inanç özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle Komisyona başvurmuşlardır. Komisyon oybirliği ile başvuranın inanç özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bunun üzerine başvuran Mahkemeye başvurmuştur. Başvuran, Metaxas döneminde proselitizmi suç haline getiren ilgili kanunun sadece anayasaya aykırı olmakla kalmadığı ayrıca bütün inanç ve mezhep sahipleri üzerinde önemli bir baskı aracı olduğu, bu haliyle sözkonusu kanunun “yasaklamaların ve ceza tehditlerinin bir cephaneliği” olduğunu ileri sürmüştür⁷⁹. Hükümet ise savunmasında, Yunanistan’da bütün dinlerin yaşama özgürlüğünün var olduğuna işaret etmiş ve bütün din mensuplarının hem inançlarını serbestçe açıklama hakkına hem de başkalarının inançlarını etkilemeye çalışma hakkına sahip olduklarını ileri sürmüştür. Ancak Yunan hükümeti, tanıklığa çağırarak bir kişinin hemcinslerinin yoksulluk, bilgisizlik ve tecrübesizliğini istismar etmek gibi hilekâr, bayağı ve ahlaksız yollarla yapılan “saygıdeğer olmayan proselitizm” arasında açık bir fark olduğu üzerinde durmuştur. Mahkeme ise ilgili davada inanç özgürlüğü ile ilgili temel ilkeleri vurgulayarak incelemeye başlamıştır. Mahkemeye göre, 9. maddede korunan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, sözleşmedeki anlamıyla demokratik toplumun temel taşlarından biridir. Bu özgürlük, dini boyutuyla, inananların kimliklerini ve yaşam biçimlerini şekillendiren en önemli unsurlardan biri olmanın yanı sıra, aynı zamanda ateistler, agnostikler, şüpheçiler ve din karşısında kayıtsız kalanlar için de çok önemli bir değerdir. Yüzyıllar süren bir mücadele sonucunda, büyük bedellerle kazanılan ve demokratik toplumun ayrılmaz bir unsuru olan çoğulculuk da bu özgürlüğe dayanmaktadır. İnanç özgürlüğü her ne kadar öncelikle bireysel vicdanı ilgilendiren bir konu olsa da, o aynı zamanda, diğer şeylerin yanı sıra, bireylerin inancını açığa vurma özgürlüğünü de ifade etmektedir. Mahkeme ayrıca, inancını açıklama özgürlüğünün sadece tek başına ve özel olarak kullanılan bir özgürlük olmadığına buna ek olarak inançlarını paylaşan kişilerin oluşturduğu bir toplum içinde de kullanılabilir bir özgürlük olduğu üzerinde durmuştur⁸⁰. Mahkeme bunlara ek olarak, bu özgürlüğün prensip olarak bir kişinin başka bir kimseyi anlatım yoluyla kendi inancına inandırmaya çalışma hakkını da kapsadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre bu hakkın tanınmaması, 9. madde ile güvence altına alınan bir kişinin dinini veya inançlarını değiştirme özgürlüğünün kağıt üzerinde kalmasına neden olacaktır.

Mahkeme inanç özgürlüğü ile ilgili yukarıda bahsedilen temel ilkeler üzerinde durduktan sonra bu ilkeleri ilgili olaya uygulamıştır. İnceleme sırasında Mahkeme başvuru tarafından yapılan kanuni dayanaktan yoksunluk iddiasını ve başvuru nun savını yerinde bulmamıştır. Üstelik Mahkeme, proselitizmi suç sayan Yunan yasalarının yeterince açık ve öngörülebilir olduğuna, dolayısıyla müdahalenin kanu-

⁷⁹ Kokkinakis v. Yunanistan, paragraf. 29.

⁸⁰ Kokkinakis v. Yunanistan, paragraf. 31.

nen öngörülebilmek şartını yerine getirdiğine karar vermiştir⁸¹. Başvurucunun inanç özgürlüğüne bir müdahale yapıldığını belirleyen mahkeme bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı üzerinde durmuştur. Mahkeme bu denetimi yaparken, bir müdahalenin gerekliliğini ve ölçülülüğünü değerlendirmede taraf devletlerin belirli bir ulusal takdir marjına sahip olduklarını, ancak bu marjın hem yasal durumu hem de onun uygulanmasına yönelik kararları, bunlar bağımsız mahkemeler tarafından verilen yargı kararları bile olsa, kapsayacak şekilde Avrupa denetimine tabi olduğunu vurgulamıştır. Avrupa denetimi sırasında Mahkeme, Hıristiyan tanıklığa davet ile proselitizm arasında bir ayırım yapılması gerektiği üzerinde durmuştur. Mahkemeye göre, Hıristiyan tanıklığa davet gerçek evanjelizme karşılık gelmektedir ve Dünya Kiliseler Konseyi'nin bünyesinde 1956 yılında hazırlanan bir raporda önemli bir görev ve bütün Hıristiyanların ve Kiliselerin sorumluluğu olarak nitelendirilmiştir. Proselitizm ise bunun yozlaştırılmış ve şekil değiştirmiş halini temsil etmektedir. Mahkeme, aynı rapora göre, proselitizmin, Kiliseye yeni üyeler kazandırmak veya bunalımda olan ya da muhtaç durumda bulunan kişiler üzerinde uygun olmayan baskılar oluşturmak amacıyla maddi veya sosyal avantaj sağlama faaliyeti şeklinde olabileceğini belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, proselitizmin şiddet kullanımını veya beyin yıkama faaliyetlerini içereceğini belirleyerek, proselitizmin başkalarının düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne saygı ile bağdaşmadığı üzerinde durmuştur. Ancak Mahkeme, ilgili olayda suçlanan kişinin komşusunu ne şekilde uygunsuz yollarla inandırmaya çalıştığına dair yeteri kadar açıklama yapılmadığına dikkat çekmiştir. Sonuçta Mahkeme, başvuru kişinin mahkûmiyetinin davanın şartları içinde zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamadığını belirterek, yapılan müdahalenin başkalarının haklarını ve özgürlüklerini korumak için demokratik toplumda gerekli olmadığına, dolayısıyla 9. maddenin ihlal edildiğine üçe karşı dokuz oyla karar vermiştir. Ancak Mahkemenin bu yönde karar vermesi azınlıkta kalan diğer yargıçlar tarafından eleştirilmiştir. Yargıç Valticos karşı görüşünde ilgili kararı hem 9. maddenin kapsamı hem de bu davadaki olguların değerlendirilmesi bakımından eleştirmiştir. Yargıç Valticos, 9. maddenin kapsamının çok geniş yorumlanmaması gerektiğini belirtmiştir. Ona göre, tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini ve inancını açıklama özgürlüğü bütün diğer özgürlüklerde olduğu gibi başka bir kişinin özgürlüğünün başladığı yerde sona ermektedir. Valticos'a göre, "tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini ve inancını açıklama özgürlüğü", kesinlikle dini yaşama ve onu açığa vurma özgürlüğü anlamına gelmektedir. Ancak, ısrarlı bir şekilde başkalarının dinleriyle mücadele etme ve onları değiştirme, aktif ve sıklıkla makul olmayan propaganda yoluyla zihinleri etkileme özgürlüğü demek değildir. Bu özgürlük, özellikle çok sayıda tarikatın şüpheli yollarla basit, saf ruhları ayartmayı başarabildiği bir zamanda dinsel çatışmalara, hatta savaşlara izin vermek için değil, dinsel barış ve hoşgörüyü sağlamak için tasarlanmıştır. Yargıç bu açıklamalara ek olarak, 9. maddedeki öğretme

⁸¹ Kokkinakis v. Yunanistan, paragraf. 37 - 41.

kavramının, ilgili olayda olduğu gibi kişisel düzeyde kapı kapı dolaşıp konuşmayı değil, okul müfredatlarındaki veya dini kurumlardaki din öğretimine işaret ettiğini vurgulamıştır. Yargıç, proselitizm ile ilgili açıklamasında ise inancı yaymadaki ve genişletilmiş şekliyle, din değiştirmeyi sağlama, taraftar kazanmadaki coşku olarak tanımlanan bu kavramın 9. madde ile güvence altına alınan bir kişinin sadece dinin açıklamasından çok uzak olduğunu belirtmiştir. Buna göre, proselitist faaliyetlerde bulunan bir kişi başkalarının din değiştirmelerini sağlamaya çalışmaktadır. Bu kişi kendi inancını tasdik etmekle kalmamakta, başkalarının inançlarını da kendi inancına dönüştürmeye çalışmaktadır. Proselitizm ile ilgili daha ayrıntılı açıklamasında ise Paul Valery'nin "Bir kişinin başkalarından kendi inancını kabul etmesini istemesini değersiz buluyorum. Proselitizm beni hayrete düşürmektedir" şeklindeki ifadelerine yer vererek proselitizm konusundaki görüşlerini daha da netleştirmektedir. Yargıç ayrıca, proselitizmi suç sayan Yunan Ceza Kanununun ilgili maddesinde proselitizm tanımına yer vererek bu kanunun hiç bir şekilde 9. madde ile çelişmeyeceğine aksine proselitizmin tanımına yer veren Ceza Kanunu hükmünün inanç özgürlüğünü koruyucu nitelikte olduğu üzerinde durmuştur.⁸² Yargıç Martens ise, 9. maddenin ihlal edildiği yönündeki Mahkeme görüşüne katıldığı kısmı karşı görüşünde, o zamanlar 77 yaşında olan iki yaşlı Yehova şahidinin tarikatlarının bazı kitapçıklarını satmak amacıyla yaptıkları normal ve kesinlikle saldırgan olmayan ziyaretlerinin bu tartışmaya yol açtığına işaret etmiştir. Yargıç ilgili olayda her hangi bir "zorlama" olarak kabul edilecek bir şey söz konusu olmadığı; en kötü bir ihtimalle önemsiz bir yalanın söz konusu olduğu üzerinde durmuştur.

Aslında, gerek yargıç Valticos'un gerekse yargıç Martens'in görüşlerinde ortaya konulduğu gibi proselitizm konusunda ki asıl kilit nokta inancını açıklama konusunda her hangi bir zorlamanın söz konusu olup olmadığıdır. Şayet inancını açıklama ve yayma sırasında karşı tarafa gerek fiziksel gerekse psikolojik bir zorlama yapılmışsa bu eylem inancını açıklama özgürlüğünün kapsamına girmemektedir.⁸³ Ancak, bu konudaki kilit sorun, zorlama kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda yatmaktadır. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin inanç özgürlüğünü güvence altına alan 18. maddesinin ikinci fıkrasında din değiştirmeye zorlamanın bu maddenin korumasından yararlanamayacağı açıkça belirtilmiştir. Buna göre hiç bir kimse kendi seçtiği bir din ya da inanca sahip olma ya da bunu kabul etme özgürlüğünü zedeleyecek bir baskıyla karşı karşıya bırakılmayacaktır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin inanç özgürlüğünü güvence altına alan 9. maddesinde bu yönde bir düzenleme olmasa bile sözleşmenin genel ruhu ve dibacesine bakıldığında din değiştirme konusunda yapılacak bir zorlamanın, bu zorlama ister fiziksel ister psikolojik olsun, 9. maddenin güvencesinden yararlanmayacağı konusunda endişeye yer bırakmamaktadır.

Başkalarının haklarını ve özgürlüklerini korumak için inanç özgürlüğünün sınırlandırılması ile ilgili olarak karşılaşılan ikinci sorun hakaretlere karşı dinlerin

⁸² Kokkinakis v. Yunanistan, Yargıç Valticos'un ayrı görüşü.

⁸³ Lerner, Religion, s. 81.

korunması durumunda ortaya çıkmaktadır. Strausbourg Organları bu konudaki kararları verirken özellikle Tanrı ve dini inanç hakkında iftira ve hakaret etmeden dolayı verilen mahkûmiyetlerin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı konusu üzerinde durmuştur. Birazdan inceleyeceğimiz *Otto-Preminger Institute v. Avusturya davasında*⁸⁴ Strausbourg Organları taraf devlet lehine karar vermiştir. Avusturya yasalarına göre özel bir dernek olan başvuran OPI herhangi bir kar amacı gütmeyen görsel-işitsel medyada eğlenceyi, diyalogu ve yaratıcılığı geliştirmeyi amaçlıyordu. Bu derneğin faaliyetleri arasında film gösterimleri de yer alıyordu. Dernek, 13 ve 19 Mayıs 1985 tarihleri arasında 6 filmi gösterime sokacaktı. Bu filmler bir bültenle derneğin 2.700 üyesine duyurulmuş ve ayrıca ilan panolarında da filmlerin reklâmı yapılmıştı⁸⁵. Filmlerden biri 1895 yılında Oskar Panizza tarafından yazılan ve dine karşı suç olduğu gerekçesi ile yasaklanan bir kitabın filme aktarılması ile ilgiliydi. Kitap Almanya'da yasaklanmış olmasına rağmen, başka yerlerde basımına devam edilmişti⁸⁶. 17 yaşından küçüklerin izlenmesinin yasak olduğu 'Cennetteki Konsey' (Das Liebeskonzil -Council in Heaven-), adlı filmde Musevi dininin, Hıristiyan dininin ve İslam dininin Tanrısı, açıkça bunamış bir ihtiyar adam olarak tasvir edilmektedir⁸⁷. İsa Peygamber ise, çok yüksek seviyede zekâ geriliği olan biri olarak sunulmaktadır. Film bütünüyle şeytanı yüceltmektedir. Kurum kendisine üye olan binlerce üyesine bir veri bülteni dağıtmış ve bu filmin neresinde ve ne zaman gösterileceğini duyurmuştur. Bu film, görevli bir hâkim huzurunda, özel bir seansta gösterilir. Savcı filmin Basın Kanunu'nun 36. maddesine aykırı olduğu gerekçesi ile geri çekilmesi için başvuruda bulunur. Savcının bu başvurusu aynı gün yerel mahkeme tarafından uygulanır. Başvuran bu uygulamaya karşın temyize gitmesine rağmen, Temyiz Mahkemesi sanatsal özgürlüğün mutlak bir özgürlük olmadığını belirtip bu hakkın başkalarının dini inanç özgürlüğü ile sınırlandırıldığı gerekçesi ile başvuruyu reddeder⁸⁸.

Hükümet Mahkeme aşamasında, filme el konulmasının başkalarının haklarının, özellikle de dini duygulara saygı hakkının korunmasını ve kamu düzeninin sağlanmasını amaçladığını ileri sürdü. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bu dava önüne geldiğinde sözleşmenin ihlal edilmediği yönünde karar vermiştir. Bu kararı verirken çeşitli gerekçelere dayanmıştır. Mahkemeye ilk olarak, müdahale ile güdülen amaçla orantılı olmak şartıyla, bazı demokratik toplumlarda, kutsal sayılan nesnelere karşı hakaretvari saldırıları yaptırıma bağlamanın, hatta önlemenin zorunlu sayılabileceği üzerinde durmuştur. Mahkeme ikinci olarak, genel ahlak konusunda olduğu gibi dinin önemi konusunda da ortak bir Avrupa din anlayışının olmadığını vurgulayıp, taraf devletlerin dine hakaret içeren ifadeleri sınırlamada daha geniş

⁸⁴ *Otto-Preminger Institute v. Avusturya* 20 Eylül 1994 ; Ann Sherlock; "Freedom of Expression: How Far Should It Go", *European Law Review*, 1995, s. 329-337.

⁸⁵ *Otto-Preminger Institute v. Avusturya* paragraf. 10.

⁸⁶ *Otto-Preminger Institute v. Avusturya*, paragraf.20.

⁸⁷ *Otto-Preminger Institute v. Avusturya*, paragraf.22.

⁸⁸ *Otto-Preminger Institute v. Avusturya*, paragraf. 13.

ulusal takdir marjına sahip olduğunu belirtmiştir⁸⁹. Mahkeme üçüncü olarak, sine-maya girişin belli bir ücrete ve yaş haddine bağlı olsa da, filmin reklâmının yaygın bir şekilde yapılmış olduğuna, dolayısıyla gösterimin, yeterince bilgilenen kamuyu rencide edebilecek ölçüde aleniyet derecesine ulaştığına işaret etmiştir⁹⁰.

Sonuç olarak Mahkeme, filmin geri çekilmesinin, takdir alanı sınırını aşma olmadığı ve filmin gösterimden kaldırılmasının da, -film hiç bir zaman gösterilemeyecek anlamı taşısa da- hedeflenen yasal amaçla orantısız olmadığına karar vermiştir. Mahkeme bu yorumunu hakarete uğradığı iddia edilen dinin çoğunluğun dini olması gerekçesine dayandırmıştır. Oysa mahkemenin bu yorumunu çoğulcu demokrasi anlayışı ile bağdaştırmak mümkün değildir. Çünkü hakarete uğradığı iddia edilen dinin çoğunluğun dini değil de o bölgedeki azınlığın dini olması durumunda Mahkemenin nasıl bir yaklaşım sergileyeceği şüphelidir⁹¹. Bu dava ile ilgili açıklamasında Wochsmann, alaycı bir ifadeyle bir dinin hâkim din sayılabilmesi için aranan yüzdeyi sormakta ve hâkim dine tanınan ayrıcalıklı korumanın sözleşmenin 14. maddesine aykırılık oluşturacağına dikkat çekmektedir⁹². Filmi izleyen Mahkeme yargıçları, filmin içeriğinin Avusturya yargı makamlarını haklı çıkardığını düşünmektedirler. Filme el koyduran Avusturya makamları, bölgedeki dinsel barışı korumak ve bazılarının dinsel duygularının haksız ve rencide edici biçimde saldırıya uğramasına engel olmak amacıyla hareket etmişlerdir. Mahkemeye göre, uluslararası hâkimden daha elverişli konumda olan ulusal makamlar, belli bir zamanda ve yerel koşullarda bu tür önlemlerin gerekliliğini daha iyi takdir edebilirler. Bu nedenle Mahkeme, Avusturya makamlarının ulusal takdir marjlarını aştıklarını düşünmektedir. Karşı oy yazılarında hâkim Palm, Pekkanen ve Makarczyk ise şunları ifade etmekte idi;

“Belirli bir ifade tarzının ‘insanlığa ilişkin konularda ilerleme sağlayabilecek bir kamusal tartışmaya herhangi bir katkıda’ bulunup bulunmayacağına karar verme yetkisi Devlet otoritelerine bırakılmamalıdır; bu tür bir karar kaçınılmaz olarak otoritelerin ‘ilerlemenin’ ne olduğu konusundaki fikirlerinden etkilenecektir. Eldeki dava türünden, müdahalenin el koyma, dolayısıyla önceden kısıtlama biçimini aldığı vakalarda da daha da geçerlidir...ifade özgürlüğünün kullanılmasının tamamen engellenmesi anlamına gelecek türden yasaklama tedbirlerine duyulan ihtiyaç, ancak söz konusu davranış toplum tarafından hoşgörü ile karşılanma hakkını ortadan kaldıracak kadar ağır bir suiistimal düzeyine veya başkalarının din özgürlüğünü inkar etmeye yaklaştığında kabul edilebilir.”

⁸⁹ Otto-Preminger Institute v. Avusturya paragraf. 50.

⁹⁰ Otto-Preminger Institute v. Avusturya paragraf. 54.

⁹¹ Melike Batur Yamaner; *Uluslararası Hukukta Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Sınırlanması Sorunu*, Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul 2001, s. 143.

⁹² Wochsmann Patrick, ‘La Religion Contre la Liberte D’Ewpression:’ den naklen Öktem, s.411.

SONUÇ

Demokratik bir toplumun dolayısıyla çoğulculuğun ayrılmaz bir parçası olarak görülen inanç özgürlüğü en temel insan haklarından biri olarak çeşitli uluslararası insan hakları belgelerinde düzenlenmiştir. İnanç özgürlüğü esas olarak, BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, 1981 Tarihli Din veya İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildiri, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi tarafından güvence altına alınmıştır. Ancak, bu düzenlemelerin hiç birinde inanç özgürlüğü sınırsız bir özgürlük olarak algılanmayıp, inanç özgürlüğünün dışsal alanını oluşturan dinini veya inancını açığa vurma özgürlüğü hukuken öngörülmüş olmak şartıyla sınırlandırılabilir. Oysa bu özgürlüğün içsel alanının hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün değildir. İnanç özgürlüğünün bu iki alanındaki en önemli fark sınırlandırma konusunda yatmaktadır. Bu düzenlemelerin her birinde bu özgürlüğün kamu güvenliği, kamu düzeninin korunması, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, kanun tarafından öngörülmüş olmak ve demokratik bir toplumda gerekli olmak şartıyla sınırlandırılabilmesine yer verilmiştir.

İnsan hakları alanındaki en etkin koruma sistemini getirmiş olan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin uygulama organlarının önüne inanç özgürlüğünün korunması ile ilgili bir kısım davalar gelmiş olup bu konuda Strasbourg Organları dikkate değer içtihatlar geliştirmişlerdir. Bu bağlamda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Sözleşmenin 9. maddesinde korunan düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün Sözleşmedeki anlamıyla “demokratik toplumun” temel taşlarından biri olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme bu özgürlüğün, inananların kimliklerini ve yaşam biçimlerini şekillendiren en önemli unsurlardan biri olmanın yanı sıra, ateistler, agnostikler, septikler ve din karşısında kayıtsız kalanlar için de çok kıymetli bir değer olduğunu vurgulamıştır. Mahkemeye göre, yüzyıllar süren bir mücadele sonunda, büyük bedellerle kazanılan ve demokratik toplumun ayrılmaz bir unsuru olan çoğulculuk da bu özgürlüğe dayanmaktadır. Bu özgürlük her ne kadar öncelikle bireysel vicdanı ilgilendiren bir konu olsa da, o aynı zamanda, diğer şeylerin yanı sıra, kişinin “inancını açığa vurma” özgürlüğünü de içermektedir⁹³.

Mahkeme oldukça edebi bir dille inanç özgürlüğünün önemini vurgulamasına rağmen bu konu ile ilgili kararlar önüne geldiğinde pek de özgürlükçü olduğu söylenemez. Davaların büyük bir kısmında taraf devletler lehine karar vermiş olup inanç özgürlüğünün ihlal edilmediğini belirlemiştir. Mahkemenin genellikle bu yönde karar vermesi büyük eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Özgürlüklerin oldukça geniş yorumlandığı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin Avrupa demokrasisi için ancak minimum bir standart oluşturduğunun düşünüldüğü bir asırda mahkemenin inanç özgürlüğünü oldukça dar yorumlanması kendine karşı duyulan güvenin sarsılması sonucunu doğurmaktadır.

⁹³ Kokkinakis v. Yunanistan, paragraf. 31.

KAYNAKÇA

- Altıparmak Kerem, Onur Karahanoğulları, Pyrrhus Zaferi, Leyla Şahin / Türkiye, AİHM/Hukuk, Düzenleyici İşlem/Kanun, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Temmuz – Eylül 2004
- Arslan Zühtü; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü*, Ankara 2005
- Boven Theo Van; “The Relations Between Peoples’ Rights and Human Rights in the African Charter”, *Human Rights Law Journal*, 1986
- Coady J.A.J; “Objecting Morality”, *The Journal of Ethics*, 1997
- Coyle Andrew; *Human Rights Approach to Prison Management: Handbook for Prison Staff*, London 2002
- Derek Davis H.; “The Evolution of a Religious Freedom as a Universal Human Right: Examining the Role of the 1981 United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religious or Belief”, *Brigham Young University Law Review*, 2002
- Drumb Mark A; “International Human Rights, International Humanitarian Law, and Environmental Security: Can the International Criminal Court Bridge the Gaps?” *International Law Association International Law Weeken*, November, 4-6, 1999
- Erdoğan Mustafa, “Sivil Özgürlük Olarak Din ve Vicdan Özgürlüğü”, içinde, Der. Yılmaz Murat; *Türkiye’de Din ve Vicdan Hürriyeti, Çeşitlilik, Çoğulculuk, Barış*, Liberal Düşünce Topluluğu ve Avrupa Komisyonu Ortak Yayını, Ankara, 2005
- Erdoğan Mustafa, “1982 Anayasasında Din Özgürlüğü”, içinde, Der. Yılmaz Murat; *Türkiye’de Din ve Vicdan Hürriyeti, Çeşitlilik, Çoğulculuk, Barış*, Liberal Düşünce Topluluğu ve Avrupa Komisyonu Ortak Yayını, Ankara, 2005
- Evans Carolyn, *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, Oxford 2001
- Gomian Donna, Harris David; *Düşünce, İnanç, Vicdan ve İfade Özgürlüğü*, (çev. Orhan Kemal Cengiz), Londra 1998
- Gunn T.Jeremy; *Din Özgürlüğü ve Laisite: ABD ve Fransa Arasında Bir Karşılaştırma*, (çev. Hüseyin Bal, Ömer Faruk Altındaş), Liberte Yayınları, Ankara (Tarihsiz)
- Helmons Silvio Marcus; “İnsan Hakları Alanında Yeni Gelişmeler”, *Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı*, 9-13 Ocak 2001
- Kardaş Ümit, *Vicdani Red Bir İnsan Hakkıdır*, 30. 10. 2005, Radikal.
- Krishnaswami Arcot, *Study of Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices*, 1960; Lerner, Religion
- Lerner Natan; “The Nature and Minimum Standards of Freedom of Religion or Belief”, *Brigham Young University Law Review*, 2000

- Lerner Natan; *Religion, Belief, and International Human Rights*, New York 2000, s.3.
- Öktem Akif Emre; *Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü*, Ankara 2003
- Shelton Dinah L; “Improving Human Rights Protections: Recommendations for Enhancing the Effectiveness of the Inter-American Commission and Inter-American Court of Human Rights”, 3 *American University Journal of International Law and Policy* (1988);
- Sherlock Ann; “Freedom of Expression: How Far Should It Go”, *European Law Review*, 1995
- Sullivan Donna J; “Advancing The Freedom of Religion or Belief Through The UN Declaration on the Elimination of Religious Intolerance and Discrimination” *The American Journal of International Law*, vol. 82, 1988
- Tagi Irum; “Adjudicating Disappearance Cases in Turkey: An Argument for Adopting the Inter-American Court of Human Rights”, *Fordham International Law Journal*, March, 2001
- Turhan Mehmet; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakülteler Dergisi*, Ankara 2002
- Ulusoy Ali, “Fransız ve Türk Laiklik Anlayışlarının Karşılaştırılması” içinde, Der. Yılmaz Murat; *Türkiye’de Din ve Vicdan Hürriyeti, Çeşitlilik, Çoğulculuk, Barış, Liberal Düşünce Topluluğu ve Avrupa Komisyonu Ortak Yayını*, Ankara, 2005
- Yamaner Melike Batur; *Uluslararası Hukukta Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu*, Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul 2001.

DOLAYLI FAİLLİK (TCK. m. 37/2)

Yrd. Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ *

GİRİŞ

Ceza kanunlarında suçlar tanımlanırken genellikle bir kişi tarafından işlenebileceği esastan hareket edilmektedir. Ancak kanunen ve nitelikleri gereği tek kişi tarafından işlenebilen suçlar, doğrudan veya dolaylı olarak birden fazla kişinin değişik şekillerdeki katılımıyla gerçekleştirilebilmektedir. Suça iştirak olarak adlandırılan bu halde suçun işlenişine katılanlar, diğer ifadeyle bir suç tipinde öngörülen haksızlığın gerçekleşmesine illî değer taşıyan hareketleri gerçekleştirenler cezalandırılacaklardır. Birden fazla kişinin suça katıldığı hallerde meydana gelen haksızlıktan dolayı faillerin sorumluluklarının belirlenmesi suça iştirake ilişkin hükümler çerçevesinde yapılmaktadır. İştirak, Türk Ceza Kanununun suç teorisine ilişkin ikinci kısmının dördüncü bölümünde 37-41. maddeler arasında düzenlenmiştir. Bu bölümde suça iştirak bağlamında faillik (m. 37), azmettirme (m. 38), yardım etme (m. 39), bağlılık kuralı (m. 40) ve iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme (m. 41) konularına yer verilmiştir. Aşağıda faillik kapsamında 37. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiş olan “dolaylı faillik” konusu üzerinde durulacaktır.

I- GENEL OLARAK SUÇA İŞTİRAK

Yeni Türk Ceza Kanununa göre suça iştirak kavramı, faillik ve şerikliği kapsayan üst bir kavramdır¹. Azmettirme ve yardım etmenin şerikliği oluşturduğu bu sistemde failliğin de birbirinden ayırt edilmesi gereken değişik görünüm şekilleri bulunmaktadır. Kanunun 37. maddesine göre, suçun kanuni tanımındaki fiili gerçekleştiren kişi faildir. Suçun kanuni tanımındaki fiili bir kişi yalnız başına gerçekleştirebileceği gibi, birden çok kişi birlikte de gerçekleştirebilir. Eğer suçun kanuni tanımındaki fiili bir kişi bizzat ve yalnız gerçekleştirmişse “doğrudan faillik veya müstakil faillik” (m. 37/1), buna karşılık suçun kanuni tanımındaki fiili birden fazla kişi birlikte gerçekleştirmiş ise “müşterek faillik” söz konusudur (m. 37/1). Suçun kanuni tanımındaki fiil, başkası aracılığıyla da gerçekleştirilebilir. Eğer, kişi, suçun

* DPÜ. Kütahya İİBF Kamu Yönetimi Bölümü.

¹ Bkz: **Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2005, s. 232; **Kindhäuser Urs**, Strafgesetzbuch Lehr-und Praxiskommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2005, “Vorbemerkung zu den §§ 25-31”, kn: 1; **Tröndle Herbert/Fischer Thomas**, Strafgesetzbuch- und Nebengesetze, 52. Auflage, München 2004, Vor § 25, kn: 1a.

kanuni tanımındaki fiili başkası aracılığıyla gerçekleştirmiş ise, bu durumda “dolaylı faillik” vardır (m. 37/2). Görüldüğü gibi suçun kanuni tanımındaki fiili gerçekleştirenler ancak fail olabilmektedirler. Dolayısıyla, suçun kanuni tanımındaki fiilin gerçekleştirilmesine verilecek anlamın kimlerin fail, kimlerin şerik olduğunun belirlenmesinde etkili olacağına belirtmek gerekiyor.

II- FAİLLİK VE ŞERİKLİK AYRIMI

A- Genel Olarak

İştirak halinde işlenen suçlarda fail(ler) ile şerikler arasında cezalandırma bakımından ayırım yapılmış, ayrıca “dar fail anlayışı”ndan² hareketle suç tipindeki fiili gerçekleştiren kimseler fail olarak nitelendirilmiştir. Bu durumda kanuni tanımdaki fiili gerçekleştirmenin mahiyeti faillik ve şerikliğin ayırımı bakımından önemli hale gelmiş olmaktadır. Özellikle iştirak şekillerinden dolaylı faillik ile azmettirme arasındaki yakınlık, yine somut olayda suçun işlenişine olan katkının yardım etme mi, yoksa fiili birlikte işleme mi kapsamında değerlendirmeye tabi tutulacağı hususu, faillik ile şeriklik ayırımı çerçevesinde açıklanması gereken durumları oluşturmaktadır³. Faillik ve şerikliği ayırmaya yarayacak ölçütler somut suç tipleri dikkate alınarak tayin edilebilir. Zira; faillik ve şerikliğe ilişkin olarak bütün unsurları bünyesinde toplayan, bütün suçlar için geçerli zorunlu şartları tespit edilmiş genel ölçütler belirlemek mümkün ise de, herkes tarafından işlenebilen genel suçların yanı sıra mahsus suçlar gibi özellik gösteren suç tiplerinde faillik ve şeriklik konusunun ayrı-

² Dar fail anlayışı, suç tipindeki unsurları gerçekleştirenlerin fail olabileceği esasına dayanmaktadır. Buna göre; failliğin tespitinde neticenin oluşumuna doğrudan illî etkide bulunmak değil, özel suç tiplerinde kanunun tanımladığı somut hareket esas alınmalıdır. Suçun işlenişine katılmakla birlikte, suçun kanuni tanımındaki icra hareketlerini gerçekleştirmeyen suç ortaklarını fail olarak cezalandırmak mümkün değildir. Ancak bu suç ortaklarının gerçekleşen haksızlıktan sorumlu tutulmaları gerekmektedir. Suçun işlenişine yaptığı katkı suç tipindeki icra hareketlerini oluşturmayan diğer suç ortakları şerik olarak nitelendirilmekte ve kanundaki suça iştirake ilişkin hükümler çerçevesinde cezalandırılmaları sağlanmaktadır. Dolayısıyla ceza kanunlarındaki suça iştirake ilişkin hükümler cezalandırılabilirlik (sorumluluk) alanını veya suç tipini genişleten bir işlev görmektedirler. Hukukumuzda gerek 765 sayılı Kanunun gerekse 5237 sayılı yeni Kanunun, faillik için benimsemiş olduğu kriterler “dar fail anlayışı”ndan hareketle suça iştirakin düzenlendiğini göstermektedir. Esasen “geniş fail anlayışı” Kanunun lafzına bir çok yönüyle uymamaktadır. İlk olarak kanun koyucu 37. maddede faili “sebebiyet veren” olarak değil, “fiili gerçekleştiren” olarak nitelendirmiştir. Azmettiren ve yardım eden suçun kanuni tanımındaki fiili gerçekleştirmediklerinden, bunların fail olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. İkincisi şeriklik kasten işlenen asıl fiilin varlığını gerektirmektedir. Buna göre kasti olmayan bir fiile azmettirme ve yardım etme, eğer dolaylı failliğin şartları oluşmamışsa, neticeye sebebiyet verme gerçekleşmiş olmasına rağmen cezalandırılmayacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Cramer/Heine**, “Vorbem §§ 25 ff”, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage, München 2001, kn: 6-7; **Joecks Wolfgang**, “Vorbemerkungen vor § 25”, in: Strafgesetzbuch –Studienkommentar-, 3. Auflage, München 2001, kn: 7; **Özgenç İzzet**, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 3. Bası, Ankara 2006, s. 487-488; **Bringewat Peter**, Grundbegriffe Des Strafrechts, Grundlagen- Allgemeine Verbrechenslehre- Aufbauschmeta, 1. Auflage, Baden-Baden 2003, s. 292; **Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. Bası, İstanbul 2005, s. 512-513; **Özbek Veli Özer**, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı), C.: I, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 415; **Önder Ayhan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1992, s. 435; **Dönmezer Sulhi/Erman Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.: II, 10. Bası, İstanbul 1994, s. 449; **Toroslu Nevzat**, Ceza Hukuku Genel Kısım, 8. Bası, Ankara 2005, s. 275-276

³ **Ebert Udo**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Heidelberg 2001, s. 188-189.

ca değerlendirilmesi gerekmektedir⁴. Faillik ve şerikliğin ayırımına ilişkin olarak genel bir takım ilkeler ortaya koymaya çalışan görüşleri subjektif teori, şekli objektif teori, maddi objektif teori ve fiil hakimiyeti teorisi olmak üzere dörde ayırmak mümkündür⁵.

“*Sübjektif teori*”, iştirak şekillerinin suça katılanın iradesi, kastı, saiki, zihniyeti ve yararı gibi subjektif kıstasların dikkate alınarak yapılmasını öngörmektedir. Geniş fail anlayışını⁶ esas alan bu teoriye göre bir neticeyi meydana getiren şartlar arasında ayırım yapılamayacağından faillik ve şeriklik ayırımının subjektif esaslardan yararlanarak yapılması gerekir. Buna göre fail iradesiyle hareket eden (animus auctoris), fiili kendisi için isteyen kişi “fail”; başkasının fiiline şeriklik iradesiyle katılan (animus socii), fiili başkası için isteyen kişi ise şeriktir. Suça katılanın kastını esas alarak (kast teorisi) faillik ve şeriklik ayırımı yapıldığından, suçun işlenişine olan katkının dış görünüşü ve ağırlığı önemli değildir. Bu hususta belirleyici tek kriter suça katılanın subjektif durumudur. Bu görüşe göre suçun bütün unsurları bir kişi tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, bu kişi eğer şerik iradesiyle hareket etmişse sadece yardım eden olabilecektir⁷.

Suçun neticesine duyulan ilgi, bundan sağlanacak yarar ve diğer subjektif amillerden değil, suç tipindeki unsurların kısmen veya tamamen gerçekleştirilmesinden hareketle fail ve şerik ayırımının yapılmasını öneren görüş “*şekli objektif teori*”dir. Buna göre, tipe uygun icra hareketlerini gerçekleştirenler fail, suçun icrasına doğrudan katılmayanlar ise şeriktir⁸. Başka bir anlatımla şekli objektif teoriye göre hareketleriyle kanuni suç tipini objektif ve subjektif olarak tamamıyla gerçek-

⁴ **Kühl Kristian**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, München 2002, § 20, kn: 11; **Buaman Jürgen/Weber Ulrich/Mitsch Wolfgang**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Bielefeld 2003, §29, kn: 29-31; **Hauf Claus-Jürgen**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin 1996, s. 94; **Özgenç İzzet**, Suça İştirakin Hukukî Esası ve Faillik, İstanbul 1996, s. 140.

⁵ S/S- **Cramer/Heine**, “Vorbem §§ 25 ff”, kn: 52 vd.; **Buaman/Weber/Mitsch**, §29, kn: 33 vd.; **Hauf**, s. 96; **Tröndle/Fischer**, Vor § 25, kn: 1b; **Joecks**, “§ 25”, kn: 2..

⁶ İliyet bağıni esas olarak iştirakin hukukî esasını açıklamaya çalışan geniş fail anlayışı suçun işlenişine bulunulan katkıların eşitliği prensibine dayanmaktadır. İştirak şekillerini “suçun işlenişine bulunulan katkının hukukî değeri”nden hareketle değil, ceza normuyla korunan hukukî yarardan hareketle belirleyen bu görüşe göre, ceza hukukunun koruması altındaki bir hukukî yararın ihlâline hukuka aykırı ve kusurlu şekilde katılan herkes, bu katkının mahiyeti ne olursa olsun faildir. Kanunun azmettirme ve yardımda bulunma olarak belirlediği iştirak şekilleri de bu geniş anlamda fail kavramının kapsamına girmektedir. Fiili işlemeyip kasten hareket edene yardım edenler bakımından kanunda daha hafif ceza öngörülmesinin nedeni, bu kimselerin hareketinin fiili gerçekleştirene oranla korunan hukukî yararı daha hafif bir şekilde ihlâl etmiş olmasıdır. Dolayısıyla, kanundaki iştirake ilişkin hükümler cezayı sınırlandıran bir işlev görmektedir. Kanun koyucu aynı neticeyi gerçekleştirmeye yönelik hareketler arasında, hukukî yararın ihlâli bakımından gösterdikleri ağırlıktan hareketle cezalandırma yönünden ayırım yapmıştır. Azmettirmeye suçun tam cezasının verilmesi öngörüldüğü için, bu anlayışta azmettirmenin şeriklik kapsamında değerlendirilmesi doğru değildir. Ancak “manevi faillik” türü olan azmettirme, doktriner düzeyde suni olarak şeriklik kategorisinde değerlendirilmiştir. Bkz: **Özgenç**, Suça İştirakin, s. 52-54; **Buaman/Weber/Mitsch**, §28, kn: 31; S/S- **Cramer/Heine**, “Vorbem §§ 25 ff”, kn: 8. **Önder**, s. 434-435; **Joecks**, kn: 6; **Dönmezer/Erman**, C.: II, s. 449; **Toroslu**, 275-276; **Bringewat**, s. 292.

⁷ S/S- **Cramer/Heine**, “Vorbem §§ 25 ff”, kn: 56-58; **Buaman/Weber/Mitsch**, §29, kn: 38; **Hauf**, s. 96; **Tröndle/Fischer**, Vor § 25, kn: 1b; **Kühl**, § 20, kn: 22; **Bringewat**, s. 294-295; **Freund Georg**, Strafrecht Allgemeiner Teil Personale Straftatlehre, Marburg 1998, s. 331-332.

⁸ S/S- **Cramer/Heine**, “Vorbem §§ 25 ff”, kn: 53; **Buaman/Weber/Mitsch**, §29, kn: 33; **Freund**, s. 330.

leştiren kişi fail, bunlar dışındakiler şeriktir⁹. Bu teori suçun işlenişine olan katkıyı harici olarak değerlendirerek faillik şeriklik ayrımında sonuca gidilmesini öngördüğünden objektiftir. Aynı zamanda ceza kanunlarının özel kısmındaki suç tiplerini esas alarak suçun unsurlarını tespit etmesi, buna uygun olarak da failliğin nerede bittiğini, nerede şerikliğin başladığını belirlemesi itibariyle de şeklidir¹⁰. Bu teori faillik ve şeriklik arasında kesin bir çizgi çizmede başarılı ise de, değişik katılma hallerini teorik olarak izah edememesi yönüyle, örneğin dolayısıyla failliği açıklamaması nedeniyle zayıftır¹¹. Ayrıca bu teori müşterek faillik bakımından kabul edilebilir sonuçlar ortaya koymamaktadır. Zira faillik suç tipindeki unsurları kısmen veya tamamen gerçekleştirmeye yönelik faaliyetin bulunmasını gerektirmektedir. Buna göre suç tipindeki unsurları kısmen veya tamamen birlikte gerçekleştiren kişiler bakımından müşterek faillik söz konusu olabilir. Böyle bir katkısı olmayan kişinin fail olarak nitelendirilmesi mümkün değildir¹².

“*Maddi objektif teori*”, suçun icrasına bulunulan katkı ile netice arasındaki illî bağlantının esas alınarak faillik ve şeriklik ayrımı yapılmasını önermektedir. Buna göre, suçun işlenişine olan katkının neticenin oluşumundaki etkisi esas alınmalı, katkı objektif bir değerlendirmeye tabi tutulup suç tipi itibariyle gösterdiği öneme göre faillik şeriklik ayrımı yapılmalıdır¹³. Bu teoriye göre, sadece bizzat kendi eliyle suç tipini gerçekleştiren değil, bunun yanı sıra suçun oluşumuyla yoğun ilişki içinde olan katkıyı gerçekleştiren kişi de fail olabilecektir¹⁴.

Faillik ve şeriklik ayrımının suç tipindeki fiil üzerinde kurulan hakimiyetten hareketle yapılmasını öneren teori “*fiil hakimiyeti teorisi*”dir¹⁵. Fiil hakimiyeti,

⁹ Bringewat, s. 294; Haft Fritjof, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, München 2004, s. 198.

¹⁰ Buaman/Weber/Mitsch, §29, kn: 35.

¹¹ S/S - Cramer/Heine, “Vorbem §§ 25 ff”, kn: 53; Freund, s. 330; Erdem, s. 205.

¹² Kühn, § 20, kn: 24; S/S - Cramer/Heine, “Vorbem §§ 25 ff”, kn: 54-55.

¹³ Buaman/Weber/Mitsch, §29, kn: 48; Özgenç, Suça İştirakin, s. 83.

¹⁴ S/S - Cramer/Heine, “Vorbem §§ 25 ff”, kn: 61.

¹⁵ Fiil hakimiyeti teorisinin ilk izlerine 20. yüzyılın ilk yarısında rastlanmaktadır. Almanya’da Lobe fiil hakimiyeti teorisinin ilk formülasyonunu yapmış, daha sonra Welzel zamanın tartışma konularından final suç teorisinin esaslarına uygun olarak teoriyi geliştirmiştir. Ancak teoriyi objektif bir hareket noktasıyla Lobe ve Welzel’e göre somutlaştıran Gallas olmuştur (Bkz: Roxin, II, § 25, kn. 30-32). Teoriye son şekli veren ve ceza hukuku teorisinde hakim görüş haline gelmesini sağlayan ise Roxin olmuştur. Faillik konusunda merkeze suçun işlenişinde sürece hakim olmayı yerleştiren ve dolayısıyla suçun işlenişinde sürece hakimiyet kurmayı sağlayacak derecede önemli olmayan katkıda bulunanları şerik olarak nitelendiren Roxin suçları “hakimiyet suçları”, “yükümlülük suçları” ve “bizzat işlenebilen suçlar” şeklinde üçe ayırmaktadır. Kasten öldürme, yaralama, mala zarar verme ve hırsızlık gibi genel suçlarda, yalnız veya birlikte fiile hâkim olanlar faildir. Fiile hâkim olan herkesin fail olabildiği bu tür suçlara hakimiyet suçları denilmektedir. Buna karşılık bazı suçlar vardır ki, bu suçlarda suçun icrasında merkezde sadece belli kişiler (yükümlülük sahipleri) bulunabilir, herkes bu yükümlülüğü ihlâl edemez. Bu tür suçlarda hakimiyet suçlarında olduğu gibi belli harici bir hareketle suç gerçekleştirilemez, suç tipinde özelleştirilmiş yükümlülüğün ihlâli zorunludur. Suç tipinde belirlenmiş yükümlülüğü ihlâlî ise, ancak bu yükümlülüğün yerine getirilmesiyle ilgili olanlarca gerçekleştirilebilir. Dolayısıyla bu tür suçlarda, yükümlülük altında olmayıp suçun işlenişine ilişkin katkıda bulunanlar, katkılarının ağırlığı ne olursa olsun, şerik olacaktırlar. Failliğin üçüncü şeklini ise bizzat işlenebilen suçlar oluşturmaktadır. Sadece failin bedensel bir davranışıyla gerçekleştirilebilen suç tiplerine bizzat işlenebilen suçlar denilir. Bu tür suç tiplerinde müşterek faillik veya dolaylı faillik mümkün değildir. Suç tipinde öngörülen fiili gerçekleştirmeyen kişi sadece şerik olabilir. Bkz: Roxin, II, § 25, kn: 13-15.

neticenin gerçekleşmesine kadar kasti olarak tipe uygun oluşum sürecini elinde tutmak (vakıaların seyrine hükmedebilmek) şeklinde anlaşılmalıdır¹⁶. Kim fiile hâkim ise, suçun oluşumu kimin elindeyse, suçun işlenip işlenmeyeceğine veya nasıl işleneceğine kim karar veriyorsa, diğer deyişle kendi iradesine göre suçu engelleme ve devam ettirme imkanı kimin elindeyse, bu kişi suçun icrasında aktör konumundadır ve faildir. Buna göre tipe uygun hareket, yalnızca belli bir tasavvurla gerçekleştirilen hareket veya yalın bir dış dünya olayı olarak değil, bilakis objektif ve subjektif olarak anlam birliği içinde bir bütün olarak anlaşılmalıdır¹⁷. Fiil, olaya yön veren iradenin bir eseri olarak görülmekle birlikte, faillik için sadece bu yönlendirici irade yeterli görülmemekte, bilakis suçun işlenişine olan katkının nesnel ağırlığı da belirleyici olmaktadır. Bu nedenle, sadece suça olan objektif katkısının önemine göre de suçun oluşum sürecine hâkim olanlar faildirler¹⁸. Buna göre, suçun icrasının şekillendiricisi veya anahtar rol oynayanı olarak planlı bir şekilde yöneterek veya yön vererek kim fiile hâkim ise o faildir. Buna karşılık, fiile hâkim olmadan yardımcı aktör olarak suçun işlenmesine yol açan veya teşvik eden kişi ise şeriktir¹⁹.

B- Türk Hukukundaki Durum

Ceza kanunları belirli fiilleri suç olarak tanımlayıp yaptırıma bağlarken, bu suç tipini gerçekleştiren kişiyi muhatap olarak almaktadır. Fail olarak adlandırılan bu kişi davranış normunun aslı muhatabı, suç tanımına uygun olayların ve ceza hukukunun ana figürü konumundadır²⁰. Dolayısıyla, faillğe ilişkin kanuni düzenleme suça iştirak bakımından hangi esasın benimsendiğini belirleyebilmek bakımından hareket noktasını oluşturmaktadır. Ceza Kanununun 37. maddesinde fail(ler)in suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştirenler olacağı belirtilmiş ve böylelikle açıkça faillik için bağlantı noktası olarak kanuni suç tipini ve bunun bizzat veya birlikte gerçekleştirilmesini arayan fiil hakimiyeti teorisi benimsenmiştir²¹. Esasen bu husus madde gerekçesinde “*Yeni yapılan düzenlemeyle, iştirak şekilleri, fiilin işlenişi üzerinde kurulan hâkimiyet ölçü alınarak belirlenecektir*” şeklinde ayrıca ifade edilmiştir. Buna göre, yeni Kanunun sisteminde, kural olarak, faillik fiil üzerinde kurulan hakimiyet aracılığıyla belirlenecektir.

Suç tipinin gerçekleşmesinde önemli bir etki ile oluşumda merkezi bir rol oynayan, anahtar göre üstlenen kişi fiile hâkimdir ve faildir. Bu şekilde faillik bakımından bir tanım yapılmamış, bilakis kılavuzluk yapacak kriter belirlenmiş olmaktadır²². Kanun koyucu 37. maddede, faillik bakımından yapmış olduğu düzenleme ile buna uygun olarak, yukarıda da belirtildiği gibi, failliğin üç görünüm şeklini

¹⁶ Buaman/Weber/Mitsch, §29, kn: 54; Bringewat, s. 296; Kühl, § 20, kn: 26.

¹⁷ S/S- Cramer/Heine, “Vorbem §§ 25 ff”, kn: 62; Joecks, “§ 25”, kn: 5.

¹⁸ S/S- Cramer/Heine, “Vorbem §§ 25 ff”, kn: 62; Bringewat, s. 296.

¹⁹ Bringewat, s. 296.

²⁰ Özgenç, Suça İştirakin, s. 139.

²¹ Bringewat, s. 296.

²² Roxin, II, § 25, kn. 27.

birbirinden ayırmıştır. Kanunun faillik bakımından yaptığı ayırım fiil hakimiyetinin görünüm şekillerine uymaktadır. Fiile hakimiyet, fiili bizzat gerçekleştirerek, hareketleriyle oluşumun merkezinde bulunarak sağlanabilir. Buna harekete hakimiyet, bu şekilde görünen faillik türüne ise *doğrudan faillik* denilmektedir (m. 37/1). Fiile hakimiyet, başkalarıyla yapılan işbölümü çerçevesinde bir suçun icrası sırasında, suçun başarıyla sonuçlanması bakımından fonksiyonel öneme sahip bir katkıda bulunularak sağlanabilir. Buna fonksiyonel hakimiyet, bu şekilde ortaya çıkan faillik türüne ise *müşterek faillik* denilmektedir (m. 37/1). Nihayet fiile hakimiyet fiilin işlenişinde bizzat hazır bulunmaksızın ve başkalarıyla birlikte gerçekleştirmeksizin, fiili gerçekleştiren üzerinde çeşitli yollarla hakimiyet kurularak sağlanabilir. Buna iradeye hakimiyet, bu şekilde görünen faillik türüne ise *dolaylı faillik* denilmektedir (m. 37/2)²³. Suçun işlenişine katkısı olan kişi, suç üzerinde gerçekleştirdiği hareketiyle bu üç türden birine uygun düşen bir hakimiyet kurmuşsa fail, aksi halde şeriktir²⁴.

III- DOLAYLI FAİLLİK

A- Genel Olarak

Bir suçu, iradesine hakim olduğu bir başkası aracılığıyla gerçekleştiren kişi dolaylı faildir. 765 sayılı eski Kanunun aksine dolaylı failliği açıkça düzenleyen yeni Kanunun 37/2. maddesine göre; “*Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.*” Dolaylı faillik, bir faillik türü olduğu için, aynen doğrudan faillikte olduğu gibi fiil hakimiyeti yoluyla karakterize edilebilir. Bir kimse suç tipini bir başkasını kullanmak, ondan yararlanmak suretiyle gerçekleştirebilir (aracı kılma) ya da bu kişi amacını diğerini aletleştirmek suretiyle (araç olarak faydalanma) dolaylı olarak olay üzerinde hakimiyet kurarak gerçekleştirebilir²⁵. Suç tipini bu şekilde gerçekleştirenler, bir başkasını buna sevkettiği, suçun tipi bakımından zorunlu olan hareketler onun planı çerçevesinde icra edildiği için sorumludurlar²⁶. Dolaylı faillikte arkadaki kişi hakim bir pozisyona sahiptir. Bu kişi aracı olarak (Tatmittler) kullanıldığı kişinin iradesine hakim durumdadır, bu sayede aracıyı elinde tutmaktadır²⁷.

Dolaylı faillikte esas itibarıyla aracı durumundaki kişi bir suç işlemeye azmettirilmemekte, suç işlemeye sevk edilmektedir. Kişinin suç işlemeye sevk edildiği somut olayda dolaylı failliğin mi, yoksa azmettirmenin mi bulunduğu tespitinde de “fiil hakimiyeti” prensibinden hareket edilecektir²⁸. Arkadaki kişi, fiilin icra safhasında üstün bir konumdaysa, yani vakıaları başından sonuna kadar kontrolünde

²³ Roxin, II, § 25, kn. 28; Haft, s. 199; Bringewat, s. 196; Kühl, § 20, kn. 27; Erdem, s. 205.

²⁴ Hauf, s. 97.

²⁵ Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin, 1996, § 62, s. 664; Roxin, § 25, kn. 45; S/S- Cramer/Heine, § 25, kn. 6.

²⁶ Haft, s. 200; S/S- Cramer/Heine, § 26, kn. 6a.

²⁷ Haft, s. 200.

²⁸ Kühl, § 20, kn. 40; Yıldız Ali Kemal, “Dolayısıyla Faillik”, in: Ceza Hukuku Günleri, İstanbul 1998, s. 235-236.

bulundurmaktaysa dolaylı faildir. Buna göre, dolaylı faillikte kişilerden birisi diğerinin vasıtası durumundadır ve ortada suje-obje ilişkisi bulunmaktadır. Azmettirmede ise serbest iradesiyle hareket eden bir şahsın çözülmesi söz konusudur. Azmettiren kişi, suç işleme doğrultusundaki iradesini bir başkasına intikal ettirmektedir. Ancak azmettiren, azmettirdiği suçun işlenişi safhasında olayların seyrine hakim olamamakta, suçun işlenişi bakımından azmettirilene tabi olmaktadır²⁹.

Dolaylı failin aracı olarak kullandığı kişi üzerindeki üstünlüğü bu kişideki bildiği ve faydalandığı bir eksiklikten kaynaklanmaktadır. Bu noksan aracı konumundaki kişinin cezalandırılabilirliğini doğrudan etkileyen bir unsurun yokluğuyla eşdeğer niteliktedir³⁰.

Dolaylı failliği doğuran haller öğretisi ve uygulamada ele alınmakta ve buna ilişkin esaslar açıkça belirlenmektedir³¹. Roxin'e göre hakimiyet suçlarında dolaylı faillik çoğunlukla üç ideal tipte görülmektedir: Zorlama yoluyla iradeye hakimiyet, hatadan yararlanma yoluyla iradeye hakimiyet ve nihayet organize suç örgütünün gücünden yararlanma yoluyla iradeye hakimiyet³². Dolaylı failliği doğuran haller doktrinde genellikle aracı konumundaki kişinin cezalandırılabilirliğini doğrudan etkileyen unsurlarla bağlantılı şekilde açıklanmaya çalışılmaktadır.

B- Dolaylı Failliğin Görünüm Şekilleri (Dolaylı Faillikte Olay Grupları)

1- Zorlama Yoluyla İradeye Hakimiyet

Arka plandaki şahsın, doğrudan icra edeni suçu işlemeye zorlayarak fiil üzerinde hakimiyet kurduğu hallerde, zorlama yoluyla iradeye hakimiyet söz konudur. Bir kişi tehdit yoluyla bir diğerini suç işlemeye zorlarsa, işlenen suç bakımından zorlayan dolaylı fail olarak cezalandırılacaktır. Bu olayda tek başına fiilin icrasında hakimiyet kuran zorlanan kişidir. Bu yüzden o aynı zamanda doğrudan faildir. Zora maruz kalanın üzerinde tehditle hakimiyet kuran kişi, aynı zamanda, buna maruz kalanın fiili üzerinde de hakimiyet kurmuş olmaktadır³³. Burada tartışılacak husus, arkadaki şahıs tarafından icra edilen etkinin ne kadar kuvvetli olması gerektiridir. Failin iradesinin belli yönde motive olmasını sağlayacak şekilde baskı icra etmesine rağmen azmettirenin dolaylı failliğinden söz edilemediğine göre, her türlü etkinin dolaylı faillik için yeterli olmadığı aşikardır. Doktrinde, arkadaki şahıs tarafından icra edilen etkinin hakimiyet kurmaya elverişli olmak ve zorunluluk halinin şartlarını oluşturmak kaydıyla, zorlamaya maruz kalan kişinin cezai sorumluluktan kurtulacağı ve dolaylı failliğin gerçekleşeceği kabul edilmektedir. Buna göre, arkadaki şahıs tarafından icra edilen zorlama, buna maruz kalanı zorunluluk haline sokmuş olmalıdır ki, dolaylı faillikten söz edilebilsin. Arkadaki şahıs suçun icrasını göze alarak, üzerinde zorlama icra ettiği şahsı sorumluluktan kurtarmakta ve sorum-

²⁹ Özgenç, Suça İştirakin, s. 199-200; Roxin, § 25, kn: 45.

³⁰ Ebert, s. 194.

³¹ Jescheck/Weigend, § 62, s. 665.

³² Roxin, II, § 25, kn: 46.

³³ Roxin, II, § 25, kn: 47; Hakeri, Ceza Hukuku, s. 310.

luluğu üzerine almaktadır (sorumluluk prensibi)³⁴. Ancak bir suçun icrası sırasında “mutlak kuvvet” kullanılmak suretiyle kişi soyut bir araç durumuna indirgenmemiş olmalıdır. Eğer kişi mutlak kuvvet kullanımı yoluyla araç konumuna indirgenmişse, bu durumda kuvvet kullanan doğrudan fail olarak sorumlu olacaktır³⁵.

Zorunluluk halinin bizzat arkadaki şahıs tarafından mı oluşturulacağı, yoksa mevcut bir zorunluluk halinden yararlanılmasının yeterli mi olduğu hususu doktrinde tartışmalıdır. Bizzat oluşturulmayan mevcut bir zorunluluk halinden bir suçun işlenmesinde yararlanma yoluyla dolaylı failliğin gerçekleşebileceğini savunanlar olduğu gibi³⁶, zorunluluk halinin bizzat arkadaki şahıs tarafından oluşturulması gerektiğini belirtenler de vardır³⁷.

Zorlama yoluyla iradeye hakimiyet yeni Ceza Kanununun 28. maddesinde “*Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır*” şeklinde açıkça düzenlenmiştir. Buna göre; cebir ve tehdit, korkutma ve tehdidin etkisi altında kalarak suç işlemek zorunda kalan kişi kusurlu sayılmadığı için cezalandırılmayacak, buna karşılık cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır. Ayrıca maddede, cebir ve tehdidi kullanan kişinin suçun faili sayılacağı belirtilmek suretiyle, zorunluluk halinin mutlaka arkadaki şahıs tarafından oluşturulması gerektiğine işaret edilmiştir.

2- Aracının Hareketinin Tipik Olmadığı Hallerde İradeye Hakimiyet

Dolaylı faillik, aracının hareketinin suç açısından tipik olmadığı hallerde de söz konusu olabilir³⁸. Burada arkadaki şahıs (dolaylı fail) aracının hatasının, zor altında olmasının ya da algılama veya irade gücünün azlığının sonucu olarak fiile hâkim durumdadır³⁹. Örneğin başkasına ait olduğuna ikna ederek bir kişiye kendi malını tahrip ettirme olayı mala zarar verme suçu bakımından tipik değildir (m. 151). Zira bir kimsenin kendi malına zarar vermesi suç değildir. Bu olayda kişi kendi malının tahribinde vasıta olarak kullanıldığı için arkadaki kişinin dolaylı fail olarak cezalandırılacaktır⁴⁰. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi dolaylı failliğin bu türünün arkadaki kişinin bir kişiyi suçun işlenmesinde aracı olarak değil, bir araç olarak kullandığı hal ile karıştırılmaması gerekir. Örneğin arkadaki kişinin önündeki kişiyi zarar vermek istediği başkasına ait eşya üzerine itmesi halinde, itilen aracı değil, suçun icrasında kullanılan yalın bir eşya durumundadır. Bu hallerde iten kişi fiil üzerinde doğrudan hakimiyet kuran doğrudan faildir⁴¹. Objektif olarak tipikliği

³⁴ Roxin, II, § 25, kn: 48; Jescheck/Weigend, § 62, s. 669; Kühl, § 20, kn: 62-63; S/S- Cramer/Heine, § 25, kn: 35.

³⁵ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 404.

³⁶ Kühl, § 20, kn: 65.

³⁷ Jescheck/Weigend, § 62, s. 669.

³⁸ Kindhäuser, § 25, kn: 9; Blank Theodor, Strafrecht AT II, Köln 2001, s. 15.

³⁹ Jescheck/Weigend, § 62, s. 666.

⁴⁰ Hakeri, Ceza Hukuku, s. 308-309.

⁴¹ Blank, II, s. 15-16; Hakeri, Ceza Hukuku, s. 308; Yıldız, Dolayısıyla Faillik, s. 235.

gerçekleştirmeyen kişinin hareketinden faydalanılarak dolaylı faillik, daha ziyade bir kişinin kendisini öldürmesi veya yaralaması olaylarında gündeme gelir. Örneğin (A)'nın karşı konulmaz bir etkisiyle (B) kendisini öldürür. Kasten öldürme suçunun tipik olabilmesi için bir başkasının öldürülmüş olması gerekir. Oysa burada bizzat mağdur kendini öldürmektedir. Ancak mağdur, (A) tarafından araç olarak kullanıldığından burada dolaylı faillik söz konusu olacaktır⁴². Hemen belirtelim ki, Ceza Kanununda bu şekilde gerçekleşen ölüm olayları bakımından dolaylı faillığe ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün olmasına rağmen özel bir düzenleme getirildiği görülmektedir. TCK.'nın 84/4. fıkrasına göre “İşlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılaya yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulurlar”.

3- Hatadan Yararlanmak Suretiyle İradeye Hakimiyet

Aracı konumundaki kişinin iradesi üzerinde hakimiyet onun hatasından yararlanmak suretiyle de kurulabilir. Hatadan yararlanma suretiyle iradeye hakimiyet dört farklı şekilde gerçekleşebilir⁴³. İlk olarak *aracı olan kişinin kastı olmaksızın hareket ettiği* hallerdir. Dolaylı faillik kastsız olarak hareket eden aracının hareketleri vasıtasıyla da gerçekleşebilir. Suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeden hareket eden kişinin kastının yokluğundan söz edilir (kastı kaldıran hata veya unsur yanılığı m. 30/1). Bir kişinin kastı kaldıran bir hata halinde bulunması suç teşkil eden fiil üzerinde hakimiyet kuramaması, dolayısıyla işlenen suç açısından fiili bir aktör ve aracı rolünde olması anlamına gelmektedir⁴⁴. Böyle bir bilgi yokluğuyla hareket edenin bu durumundan (tipikliğin subjektif unsurlarını gerçekleştirmeden hareket eden aracından) faydalanılarak bir suçun işlendiği hallerde dolaylı faillik söz konusu olur⁴⁵. Örneğin (A), uzağı iyi göremeyen (B)'ye bir ağaç kütüğü diye hasmı (C)'ye ateş ettirir ve (C) ölür. Olayda tipik fiil bakımından (B)'nin kastı yoktur. Başka bir anlatımla burada (B)'nin tipikliğin maddi unsurlarında yanılığı söz konusudur ve bu konuda yanılığı olmayan, konu hakkındaki bilgisiyle üstün durumda olan (A), (B) üzerinde hakimiyet kurmaktadır (bilgi hakimiyeti yoluyla fiile hakimiyet). Bu olay bağlamında (B) araç konumuna indirgendiğinden (A) dolaylı faildir, ancak (B)'nin taksirli fiilinden dolayı sorumluluğu saklıdır⁴⁶.

Arkadaki kişinin fiili icra edenin hataya düşmesine sebebiyet vermediği, onda mevcut olan hatadan yararlandığı hallerde de dolaylı failliğin gerçekleştiğini kabul etmek gerekmektedir. Örneğin (A) çılgınlık olsun diye bostan korkuluğuna ateş etmek ister. (B), (A)'nın bostan korkuluğu sandığı cismin aslında arazi sahibi (C) olduğunu görmesine rağmen silahını ona uzatıyor ve ateş sonucunda (C) ölüyor.

⁴² Kühnl, § 20, kn: 43; Ebert, s. 194; Blank, II, s. 16; Öztürk/Erdem, s. 239; Bauman/Weber/Mitsch, §29, kn: 126-129; Jescheck/Weigend, § 62, s. 666-667.

⁴³ Roxin, II, § 25, kn. 61, s. 29; Bauman/Weber/Mitsch, §29, kn: 133-136.

⁴⁴ Özgenç, Suça İştirakin, s. 201-202.

⁴⁵ Blank, II, s. 17; Hakeri, Ceza Hukuku, s. 308; Jescheck/Weigend, § 62, s. 667.

⁴⁶ Ebert, s. 195.

Burada (A)'nın hatasında (B)'nin bir etkisi yoktur. Ancak ondaki mevcut hatadan yararlanmıştır, onu hatası konusunda uyarmamak suretiyle iradeye hakimiyet dolayısıyla da fiile hakimiyet sağlamıştır⁴⁷. Suç tipinin kastın dışında amaç ve saik gibi diğer subjektif unsurların varlığını gerektirdiği hallerde, arkadaki kişinin bu subjektif unsurları gerçekleştirmedeği takdirde dolaylı failliğin söz konusu olup olmayacağı hususu tartışmalıdır⁴⁸.

Faillik suç tipleriyle ilgili olduğundan tek ve aynı hareketle bir suç tipi bakımından dolaylı fail, diğer suç tipi bakımından sadece azmettiren olmak mümkündür. Örneğin (A), (B) ve (C)'yi (D)'ye karşı yağmaya azmettiriyor ve onlara (D)'yi bayıltmalarını sağlayacak uyku ilacı veriyor. Ancak gerçekte uyku ilacı öldürücü etkiye sahip tuz ruhu ihtiva ediyor. Planın tatbik edilmesi sonucunda (D)'nin ölümü halinde (A) ölüm neticesi bakımından dolaylı fail, yağma bakımından ise azmettendir⁴⁹.

Hatadan yararlanma suretiyle iradeye hakimiyetin ikinci görünüm şekli icra edendeki *haksızlık yanılığısından yararlanılmasıdır* (m. 30/4). Bir diğerini kaçınılmazlık bir haksızlık yanılığısına düşürüp bundan yararlanan arkadaki kişi dolaylı fail olacaktır. Bu durumda fiili icra eden kusursuz hareket etmekte ve fiilin haksızlığın kavramasına ilişkin engelleri aşma imkanı bulunmamaktadır⁵⁰. Ancak kaçınılabılır bir haksızlık yanılığının söz konusu olduğu hallerde dolaylı failliğin mümkün olup olmadığı hususu tartışmalıdır⁵¹.

Hatadan yararlanma suretiyle iradeye hakimiyetin diğer görünüm şekli fiili icra edenin *kusurluluğu kaldıran zorunluluk halinin şartlarındaki yanılığısından yararlanılmasıdır*. Burada doğrudan fail tipe uygun ve hukuka aykırı bir hareketi gerçekleştirirken ceza sorumluluğunu kaldıran bir halin varlığını düşünmektedir. Başka bir anlatımla, aracı tipe uygun hukuka aykırı fiili gerçekleştirirken, ceza sorumluluğu kaldıran veya azaltan nedenlere ait şartların gerçekleştiğini düşünmektedir, ancak gerçekte bu hususta kaçınılmaz bir yanılığ içerisindedir (m. 30/3). Burada fiili icra eden aracı kusurlu olmadığı için cezalandırılmamakta, fakat onu böyle bir hataya sevk eden veya onda bu yöndeki mevcut hatadan yararlanan arkadaki şahıs genel prensipler çerçevesinde dolaylı fail olarak sorumlu olmaktadır⁵². Haksızlık yanılığında olduğu gibi burada da hatanın kaçınılabılır olduğu hallerde dolaylı failliğin mümkün olup olmadığı tartışmaya açıktır.

Hatadan yararlanma suretiyle iradeye hakimiyetin son görünüm şekli doğrudan failin gerçekleştirdiği *fiilin sonucu olan zararın çeşidi ve ağırlığı hususundaki yanılığısından faydalanılmasıdır*. Burada fiili gerçekleştiren kişi ceza hukuku bakımından tamamıyla sorumludur. Ancak icra edilen fiilin yol açacağı zararın türü ve ağır-

⁴⁷ Roxin, II, § 25, kn. 64.

⁴⁸ Bu hususta bkz: Kindhäuser, § 25, kn: 12-14, 19-22.; Ebert, s. 195; Blank, II, s. 17; Roxin, II, § 25, kn. 153 vd.

⁴⁹ Roxin, II, § 25, kn. 66.

⁵⁰ Roxin, II, § 25, kn. 78; Bauman/Weber/Mitsch, §29, kn: 137-139.

⁵¹ Bauman/Weber/Mitsch, §29, kn: 139; Blank, II, s. 19-20.

⁵² Roxin, II, § 25, kn. 61, 91-93.

lığı arkadaki şahıs tarafından faille nazaran daha iyi idrak edilmektedir. Bu gibi hal-lerde arkadaki şahsın faille birlikte sorumlu olup olmayacağı hususu ve bunun ma-hiyeti doktrinde tartışmalıdır⁵³.

4- Aracının Hukuka Uygun Hareketinden Yararlanıldığı Haller

Dolaylı faillik aracı olarak hareket edenin fiilinin hukuka uygun olduğu haller-de de gerçekleşebilir. Aracı kişi suç tipindeki objektif ve sübjektif unsurları gerçek-leştirmiştir, fakat olayda hukuka uygunluk sebebi bulunmaktadır. Buna karşılık arkadaki kişi hukuka uygun hareket etmemiştir. Arkadaki kişi doğrudan hareket edeni bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı konusunda aldatmış veya bir kişinin hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı konusundaki yanlışlığından faydalanmıştır⁵⁴. (A) gerçekte olmadığı halde (B)'ye (C)'nin kendisine saldıracağını söyler, (B) sözde meşru savunmada bulunmak amacıyla hiçbir kusuru olmayan (C)'ye saldırır. (A) bu olayda gerçekleşen kasten yaralama açısından dolaylı faildir⁵⁵. Bu olayda aracı ko-numundaki kişi objektif ve sübjektif yönden tipik bir hareket gerçekleştirmekte ve fakat somut olayda hukuka uygunluk sebebi bulunmaktadır. Ancak fiil hukuka uy-gun hale getiren sebep gerçek değildir, aracı kişi bu hususta yanıltılmıştır. Diğer tipik örnek (A)'nın (B) hakkında asılsız ihbarda bulunarak onun polis tarafından yakalanmasına neden olması halidir. Asılsız ihbarda bulunarak (B)'nin haksız yere hürriyetinin tahdit edilmesine neden olan (A) dolaylı faildir⁵⁶.

5- Organize Güç Mekanizmasından Yararlanma Yoluyla İradeye Hakimiyet

İradeye hakimiyet örgüt organizasyonundan kaynaklanan zorlama gücünden yararlanılarak gerçekleştirilebilir. Dolaylı failliğin bu türünde örgüte dahil olan kişi, örgüte hakim olan hiyerarşideki emir-komuta zinciri çerçevesinde araç konumuna indirgenmektedir. Masa başı faillik olarak adlandırılan bu durumda örgütün gücü çerçevesinde hareket edeni kayıtsız şartsız yönetmekte ve onu adeta makinede bir dişli haline getirmektedir. Böyle bir örgüte üye olan kişi örgüt yapısı içerisinde ken-disinden istenileni yerine getirmeye şartsız hazır bir vaziyettedir. Bu durumda so-rumluluk tamamıyla dolaylı faildedir ve bu kişi de fiili icra edene emri veren arka-daki kişidir (fail arkasında fail görüşü)⁵⁷.

Hemen belirtelim ki, organize güç mekanizmasından kaynaklanan dolaylı fail-lik, bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlar bakımından otoma-tikman geçerliliği olan statü değildir. Organize güç mekanizması yoluyla suçun gerçekleştirilmesinde suçu işleyen ön plandaki kişi ne zorlanmakta ne de hataya

⁵³ Roxin, II, § 25, kn. 61.

⁵⁴ Bauman/Weber/Mitsch, §29, kn: 130-132; Blank, II, s. 18; Hakeri, Ceza Hukuku, s. 309.

⁵⁵ Roxin, II, § 25, kn. 67.

⁵⁶ Ebert, s. 196; Blank, II, s. 18; Öztürk/Erdem, s. 240; Roxin, II, § 25, kn. 68; Jescheck/Weigend, § 62, s. 667.

⁵⁷ Ebert, s. 198; Blank, II, s. 20; Öztürk/Erdem, s. 239; Kindhäuser, § 25, kn: 38-39. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz: Roxin, II, § 25, kn. 105.

sevkedilmektedir. Ön plandaki kişi her şeyin farkında olarak suçu işlediğinden ve kusurlu da bulunduğundan cezalandırılacaktır. Ancak, bu halde suçu işleyen kişi serbest ve sorumlu hareket edebilen bir kişi olarak değil, daha ziyade değiştirilebilir bir figüran olarak ortaya çıkmaktadır. Ön plandaki kişi örgüt liderinin vermiş olduğu emrin gereğini yerine getirmeyi kabul etmese dahi, onun boşluğu doldurularak suç işlenmektedir. Bir örgütün faaliyeti çerçevesinde emredilen suçu yerine getirenin sorumluluğu kabul edilmekle birlikte, bu kişi organize güç mekanizmasının çarkında sadece her zaman ikame edilebilir bir dişli durumundadır. Dolayısıyla arka plandaki emri veren örgüt lideri, suçu bizzat işleyen failin yanında, olayın merkez noktasına yerleşmekte ve dolaylı fail olmaktadır. Dolayısıyla ortada örgüt bulunmakla birlikte, bu organize güç mekanizmasını yönetenin bir suçun icrası yönünde verdiği emir otomatik olarak yerine getirilemiyorsa, suçun işlenişinde görevlendirilen her zaman ikame edilemiyorsa, emri veren kişi suçun icrası üzerinde hakimiyet kurmadığından fail olarak değil, diğer şartların gerçekleşmesi kaydıyla duruma göre azmettiren veya şerik olarak sorumlu olacaktır⁵⁸. Sonuç olarak, örgütün işleyiş mekanizmasını kendi hakimiyeti altında tutan kişiler, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda, suçun işlenişine buldukları katkıya bakılmaksızın dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdırlar⁵⁹. Buna karşılık örgütün işleyiş mekanizmasına hakim olunamadığı durumlarda, ki bu hakimiyetin kurulup kurulmadığı yukarıda belirtildiği gibi ikame edilebilirlik prensibi çerçevesinde belirlenecektir, şeriklik statüsünden kaynaklanan sorumluluk söz konusu olacaktır.

Dolaylı faillığe ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirilebilecek olmasına rağmen yeni Türk Ceza Kanununun suç işlemek amacıyla örgüt kurmayı cezalandıran 220. maddesinin 5. fıkrasında örgüt yöneticilerinin örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı fail olarak cezalandırılacağı belirtilmiştir. Madde de örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlar bakımından örgüt yöneticilerinin, ikame edilebilirlik yoluyla fiile hakimiyet şartı aranmaksızın fail olarak sorumlu tutulacağı belirtilmiş ve bu kişiler için adeta bir objektif sorumluluk öngörülmüştür⁶⁰. Ancak, Türk Ceza Kanununun 20. maddesinde benimsenmiş olan ceza sorumluluğunun şahsiliği esası, yine suça iştirakte faillik için benimsenmiş olan fiile hakimiyet esası bu tür bir uygulamayı mümkün kılmamaktadır. Esasen 220/5. madde-

⁵⁸ Bkz: **İsfen Osman**, “Yeni TCK’da Organize Hâkimiyet Mekanizmalarına Dayalı Dolaylı Faillik Kuramı (TCK M. 220/5)” in: Hukuki Perspektifler Dergisi 2006/7, s. 54 vd.

⁵⁹ **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 500-501.

⁶⁰ Yeni Ceza Kanununun TBMM Adalet Komisyonundaki hazırlık çalışmasında katılan akademisyenlerden Özgenç düzenlemeyle ilgili olarak şu açıklamayı yapmaktadır: “Yeni TCK’nun TBMM Adalet Komisyonundaki hazırlık çalışmaları sırasında, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun tanımlandığı 220. maddenin beşinci fıkrasında bu hususla ilgili olarak şu şekilde düzenleme önerisinde bulundu: “Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.” Aslında bu öneride bulunurken, tabir yerinde ise “dokuzu gösterip sekize razı olma”yı amaçlamıştık. Yani aslında kafamızda düşündüğümüz formülasyon “Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca, duruma göre fail veya şerik olarak cezalandırılır.” Şeklinde idi. Fakat, önerdiğimiz fıkra metni Komisyon üyesi Milletvekilleri ve Komisyon toplantılarına katılan Yargıtay temsilcileri tarafından olduğu gibi kabul görünce; bilahare düşündüğümüz formülasyonu kabul ettirme yönündeki önerimizden sonuç alınamamıştır.” Bkz: **Özgenç**, Gazi Şerhi, s. 501.

de işaret edilmeyen ikame edilebilirlik esasına, madde gerekçesinde değinilmiştir. Dolayısıyla örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı örgüt yöneticilerinin fail olarak sorumlu tutulabilmesi, ikame edilebilirlik prensibi çerçevesinde fiile hakim olması şartına bağlıdır⁶¹. Yanlış uygulamaların önüne geçilebilmesi bakımından 220. maddenin 5. fıkrasındaki düzenlemenin, ceza hukuku teorisine uygun bir şekilde yeniden formüle edilmesi yerinde olacaktır.

6- Kusur Yeteneğinin Yokluğundan Yararlanma Yoluyla İradeye Hakimiyet

İradeye hakimiyet yoluyla dolaylı faillik kusur yeteneğinin bulunmamasından kaynaklanabilir. Dolaylı faillik kusur yeteneği olmayanların bir suçun icrasında araç olarak kullanıldığı hallerde de söz konusu olmaktadır⁶². TCK.'da öngörülen kusurluluğu etkileyen hallerden bir kısmı kusur yeteneğini kaldırmakta, bir kısmı ise kusur yeteneğini kaldırmamakta ve fakat azaltmaktadır. Örneğin 0-12 yaş grubuna giren yaş küçüklüğü (m. 31/1) ve 0-15 yaş grubuna giren sağır ve dilsizlik (m. 33), algılama yeteneğini kaldıran veya davranışlarını yönlendirme yeteneğini önemli ölçüde azaltan akıl hastalığı (m. 32/1) ile geçici nedenler ve alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (m. 34) kusurluluğu kaldıran haller arasında yer almaktadır. İştirakte bağlılık kuralını düzenleyen 40/1. maddede iştirakin varlığından söz edilebilmesi için asıl fiilin kasten ve hukuka aykırı işlenmesi yeterli görülmüş, failin kusurlu olması aranmamıştır. Dolayısıyla, fail işlediği fiil bakımından kusurlu hareket etmemiş olsa bile azmettirme ve yardım etme şeklinde şeriklik söz konusu olabilecektir. Bu nedenle kusur yeteneği olmayanların bir suçun işlenmesinde araç olarak kullanıldığı hallerde, dolaylı faillik ile azmettirme ayırımında güçlük karşılaşılabilmektedir. Bu gibi hallerde sorumluluk genel ilkelere göre belirlenmelidir. Eğer suça yönlendiren kişi aracının kusur yeteneğinin bulunmadığını biliyorsa, bu durumda arkadaki kişinin bu bilgisi nedeniyle irade hakimiyetine sahip olduğu ve dolayısıyla dolaylı fail olduğu kabul edilmelidir. Buna karşılık, suça sevkeden kişi aracının kusur yeteneğinin bulunmadığını bilmiyorsa, yani bu durumundan faydalanmıyorsa azmettirmenin bulunduğu kabul edilir⁶³.

Kusurluluğu etkileyen hallerden bir kısmı ise kusur yeteneğini kaldırmamakta ve fakat azaltmaktadır. Kusur yeteneği az olan bir kişinin suçun icrasında aracı olarak kullanıldığı hallerde dolaylı failliğin söz konusu olup olmayacağı hususu üzerinde yeterince durulmamış bir konuyu oluşturmaktadır. Almanya uygulamasında kusur yeteneği az olanların suça sevk edildiği hallerde dolaylı faillik tartışmasına girmeden şerikliğin söz konusu olduğu kabul edilmektedir⁶⁴.

⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz: **İsfen**, s. 157 vd.

⁶² **Roxin**, II, § 25, kn. 139 vd.

⁶³ **Blank**, II, s. 19; **Öztürk/Erдем**, s. 240.

⁶⁴ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz: **Roxin**, II, § 25, kn. 149-152.

C- İhmalî Suçlarda Dolaylı Faillik

İhmalî suçlarda dolaylı failliğin mümkün olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Alman uygulamasında neticeyi önleme yükümlülüğü bulunan kişinin yükümlülüğe aykırı düşen ihmalî sebebiyle dolaylı failliği, eğer aracı kişi ceza sorumluluğu söz konusu olacak şekilde hareket etmemiş ve arkadaki şahıs bu eksikliğin bertaraf edilmesi bakımından garantör durumundaysa kabul edilmektedir⁶⁵. Örneğin bir psikiyatri kliniğinde hasta bakıcı olan (A), kendi nezareti altındaki akıl hastalarından (B)'nin (C)'ye saldırdığını görür. Önleme yükümlülüğü bulunmasına rağmen olaya müdahale etmeyerek (C)'nin ölümüne sebebiyet vermesi halinde, hastabakıcının ihmal suretiyle dolaylı fail olduğu belirtilmektedir⁶⁶. Buna karşılık doktrinde ihmal suretiyle dolaylı faillik kabul edilmemektedir. Katıldığımız bu görüşe göre ihmal suretiyle dolaylı faillığe ilişkin olarak yukarıda verilen örnekte hasta bakıcı ihmal suretiyle doğrudan faillikten sorumlu olur, zira garantör olarak kendisi açısından mümkün olan ölüm neticesini önlemeyi ihmal etmiştir⁶⁷.

İhmal çerçevesinde değinilmesi gereken diğer bir husus da *ihmalî dolaylı faillik* konusudur. Belli bir yönde hareket yükümlülüğü altında bulunan kişinin istemesine rağmen harekete geçmesi engellenerek neticenin gerçekleşmesinin sağlandığı hallerde ihmalî dolaylı faillikten söz edilmektedir. Örneğin, (B) boğulmak üzeredir ve garantör durumundaki (K) onu kurtarmak istemektedir. Kendisi yüzme bilmeyen ve (B)'yi kurtarmak için de hiçbir şey yapmayan (E), (K)'yı silahla tehdit ederek onun (B)'yi kurtarmasına engel olmaktadır. Burada (E)'nin dolaylı fail olarak (B)'yi kasten öldürmekten sorumlu olacağı belirtilmektedir. Bu olay çerçevesinde üzerine düşen görevi ihmal eden bir kişi vardır, ancak görev arkadaki şahsın fiili nedeniyle ihmal edilmiştir. Dolayısıyla bu olayda fiil üzerinde hakimiyet kuran kişi arkadaki şahıstır ve dolaylı faildir⁶⁸.

İhmalî suçların aksine bizzat işlenebilen suçlar ile özgü suçlar bakımından dolaylı failliğin mümkün olmadığı kabul edilmektedir⁶⁹. Taksirli suçların aracı vasıtasıyla işlenmesi mümkün olmadığından, bu tür suçlarda dolaylı faillik söz konusu olmaz. Zira, dolaylı faillikte bir suçun işlenişinde bir başkasının fiilinden yararlanmak gerekmekte, bunun için ise bilerek ve isteyerek hareket etmek gerekmektedir. Başka bir anlatımla arkadaki şahsın iradeye hakimiyet yoluyla bir suçun işleniş sürecini elinde bulundurması, ancak kasten hareket edilmesi halinde söz konusu olabilir. Bu nedenle taksirli suçlarda dolaylı faillik mümkün değildir⁷⁰.

⁶⁵ Kindhäuser, § 25, kn: 41; Tröndle/Fischer, § 25, kn. 3c; Ebert, s. 200-201.

⁶⁶ Özgenç, Suça İştirakin, s. 254; Ebert, s. 200; Bauman/Weber/Mitsch, §29, kn: 118.

⁶⁷ Hakeri Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri –İcra- İhmal Ayrımı- İhmalî Suçların Unsurları, Ankara 2003, s. 285; Özgenç, Suça İştirakin, s. 254; Öztürk/Erdem, s. 241.

⁶⁸ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı, s. 285. Karşı görüş için bkz: Özgenç, Suça İştirakin, s. 254.

⁶⁹ Bkz: Roxin, II, § 25, kn: 13-15.

⁷⁰ Bauman/Weber/Mitsch, §29, kn: 120.

D- Aracının Sınırı Aştığı Hallerde Dolaylı Failin Sorumluluğu

Aracı durumundaki kişinin işlediği suçta sınırı aşması halinde arkadaki kişinin kastının bu aşkın kısmı kapsayıp kapsamadığına bakılarak karar vermek gerekmektedir. Arka plandaki kişinin kastı aşkın kısmı kapsamıyorsa, bu kısma ilişkin sorumluluk ona yüklenemez. Buna karşılık eğer kanunda aşkın kısmın taksirle işlenebileceği öngörülmüş ise bu durumda taksirli sorumluluk gündeme gelir⁷¹. (A) iyiniyetli bir kişi olan (B)'yi (C)'de olan ve kendisinin olduğunu söylediği bir eşyayı almasını söylüyor. (B), (C)'den eşyayı alıyor ve fakat bu arada kuvvet kullanıyor. (A), kasten hareket etmeyen (B)'yi aracı olarak kullanarak dolaylı fail olarak hırsızlık suçunu işlemiştir. Ancak eşyanın alınması sırasında (B)'nin kullandığı kuvvet (A)'ya isnat edilemez⁷².

E- Dolaylı Faillikte Hata Halleri

Dolaylı fail aracı konumundaki kişinin kusurlu olup olmadığı ya da kasten ve kastsız hareket ettiği hususunda yanılığa düşmüş olabilir. İlk ihtimalde arkadaki kişi aracının gerçekte kusur yeteneği olmamasına rağmen kusur yeteneği bulunan bir kişi olduğunu düşünerek hareket etmektedir. Örneğin arkadaki kişi kusur yeteneğine sahip bir kişiden faydalandığını düşünmektedir, ancak gerçekte aracı kusur yeteneğini kaldıracak derece akıl hastasıdır⁷³. Bu durumda arkadaki kişi suç işlemeye sevk ettiği kişinin akıl hastası olduğunu ve dolayısıyla kusur yeteneğinin bulunmadığının farkına varmadığı için, fiil üzerinde hakimiyet kurabilmiş değildir. Aracı kişi her ne kadar kusur yeteneği yoksa da, kasten hareket etmiştir. Kasten ve hukuka aykırı işlenmiş fiilin varlığı şeriklerin sorumlu tutulabilmesi için yeterli olduğuna göre, arkadaki kişi kusur yeteneği bulunmayan kişinin işlemiş olduğu fiil üzerinde hakimiyet kuramadığından fail olarak değilse de, şerik olarak (azmettiren) olarak sorumlu olacaktır⁷⁴.

İkinci ihtimalde arkadaki şahıs aracının kusursuzluğu hakkında yanılığa düşmektedir. Bu ihtimalde arkadaki şahıs gerçekte kusurlu hareket eden aracının kusursuz hareket ettiğini sanmakta, dolayısıyla kendisinin dolaylı fail olduğunu, aracının ise kusursuz hareket ettiğini düşünmektedir. Örneğin (A), akıl hastası sandığı (B)'yi (C)'yi öldürmeye ikna eder. Burada arkadaki kişi fiil üzerinde hakimiyet kurduğunu, fiili icra edenin kendi elinde araç olduğunu düşünmektedir. Gerçekte ise, fiili icra eden, sorumluluk bilinciyle hareket eden ve kusur yeteneği olan, fiilden tamamen sorumlu olan faildir. Bu bakımdan arkadaki kişinin fiili icra eden ve onun fiili üzerinde hakimiyet kurması mümkün değildir⁷⁵. Suça katılanın iradesi çerçevesinde faillik ve şeriklik ayrımının yapılmasını savunan subjektif teori taraftarlarına göre burada arka plandaki şahıs faillik iradesiyle hareket ettiğinden dolaylı faildir. Oysa burada fiili icra eden ve onun fiili üzerinde hakimiyet kurulamadığından dolaylı

⁷¹ Kindhäuser, § 25, kn: 40, s. 177.

⁷² Blank, II, s. 22.

⁷³ Blank, II, s. 22-23.

⁷⁴ Özgenc, Suça İştirakin, s. 255-256; Jescheck/Weigend, § 62, s. 671.

⁷⁵ Özgenc, Suça İştirakin, s. 258; Ebert, s. 199; Blank, s. 23; Jescheck/Weigend, § 62, s. 671.

faillik söz konusu olmayacaktır. Fiil hakimiyetinden hareket eden diğer bir görüşe göre burada teşebbüs derecesinde kalmış dolaylı faillik söz konusudur. Ancak bas-kın görüş, arkadaki şahıs şerik olarak (azmettiren) sorumlu tutulmalıdır, zira her ne kadar arkadaki kişi fiil üzerinde hakimiyet kurduğunu düşünmekteyse de, bu haki-miyet objektif olarak gerçekleşmemiştir. Buna karşılık ön plandaki kişinin icra ettiği fiil, iştirak ilişkisindeki esas fiil için gerekli bütün unsurları taşımaktadır. Ayrıca faillik kastı eksisiyle azmettirme kastını da kapsamaktadır. Bu nedenle bu tür yanılığ hallerinde arkadaki şahsın şerik olarak sorumlu tutulması gerekmektedir⁷⁶.

Arka plandaki kişi aracının kastı konusunda yanılığa düşmüş olabilir. Aracı kişinin gerçekte suçun kanuni tanımındaki bütün unsurları bilmeden veya gerçekleş-tirmek istemeden hareket ettiği halde, arkadaki kişi onun kasten hareket ettiğini düşünmektedir. Burada objektif olarak dolaylı faillik gerçekleşmiştir; çünkü arka plandaki kişi objektif olarak kastsız hareket eden bir araçtan faydalanmıştır. Ancak bu arada arkadaki kişi failliğin kurucu unsurunun (aracının kastının bulunmadığını) bulunmadığını bilmemektedir, bu nedenle ona dolaylı faillik isnadiyetinde bulun-lamaz. Arkadaki kişide sübjektif olarak şeriklik kastı bulunmaktadır. Ancak bununla da sadece azmettirme kastıyla hareket eden arkadaki kişinin dolaylı failliği ayrılabil-ir. Ortada kasten işlenmiş bir fiil olmadığı için tamamlanmış azmettirmeden ceza-landırmada mümkün değildir. Bu durumda azmettirmeye teşebbüsün varlığından bahsedilmektedir. Ancak ortada kasten işlenen bir fiil olmadığı için ne azmettirme-den ne de azmettirmeye teşebbüsten cezalandırma mümkündür⁷⁷.

Kast konusunda ortaya çıkabilecek diğer yanılığ hali, arkadaki kişinin aracı ki-şinin saf bir kişi olduğunu, kasten hareket etmediğini düşünmesine rağmen gerçekte o her şeyin farkındadır ve kasten hareket etmektedir. Burada objektif olarak şeriklik için aranan şartlar gerçekleşmesine rağmen arkadaki kişi dolaylı fail olduğunu dü-şünmektedir. Sübjektif fail teorisinin görüşleri esas alınacak olursa burada arkadaki kişi fiili kendisi için isteyerek hareket ettiğinden dolaylı fail olacaktır. Ancak burada kast alanından kaynaklanan bir problem bulunmaktadır, çünkü nesnel olarak neden-sellik süreci tasavvur edilenden ayrılmıştır. Ancak bu ayrılma esaslı olmayabilir ve kastı kaldırmaz. Buna karşılık fiil hakimiyeti teorisine göre burada arka plandaki kişinin dolaylı fail sayılabilmesi için gerekli unsurlar oluşmamıştır, zira yalın olarak düşünülmüş bir fiil hakimiyeti gerçek bir fiil hakimiyeti anlamına gelmez. Bu nok-tada arkadaki kişinin sorumluluğu bakımından bir görüş teşebbüs aşamasında kal-mış dolaylı faillikten hareket edilmesini önermektedir. Ancak bu görüş arkadaki kişinin gerçekte netice üzerinde herhangi bir etkisi olmadığından kabul edilemez. Ağıralkta olan görüşe göre burada tamamlanmış şeriklik (azmettirme) söz konusudur⁷⁸.

Hata kapsamında ortaya çıkabilecek diğer bir ihtimal, aracı durumundaki fiili icra edenin suçun konusu ve şahıs hakkındaki yanılığının arkadaki kişiye yüklenip

⁷⁶ Jescheck/Weigend, § 62, s. 671; Özgenç, Suça İştirakin, s. 258-259; Ebert, s. 199; Blank, s. 23.

⁷⁷ Blank, II, s. 23-24.

⁷⁸ Blank, II, s. 24-25.

yüklenemeyeceğidir. Bir görüşe göre, bu tür yanlıgılar suç tipinin sübjektif unsuru ile dolaylı fail durumundaki kişi arasındaki ilişkiyi doğrudan ilgilendirdiğinden dolaylı faile yüklenemez. Örneğin (A), dokuz yaşında olan ve bu nedenle kusur yeteneği olmayan (m. 31) oğlu (B)'yi, (C)'ye ait olan belli bir eşyayı almaya gönderiyor. (D) bu eşyayı yine (C)'ye ait olan diğer bir eşya ile değiştiriyor ve (B) değiştirilmiş eşyayı alıyor. Bu olayda (A) tamamlanmış hırsızlık suçunun dolaylı faili değildir, bilakis hırsızlığa teşebbüsten dolayı sorumluluğu gündeme gelir⁷⁹. Diğer görüşe göre ise burada arka plandaki kişinin suç konusu bakımından ferdileştirmeyi yapma işini aracı konumundaki kişiye bırakıp bırakmadığından hareketle ikili bir ayırım yapılmalıdır. Eğer arkadaki kişi suçun konusunu belirleme işini aracıya bırakmamış, bizzat yapmışsa aracı konumundaki kişinin yanlıgısı arkadaki kişi bakımından da suçun konusunda yanlıgı oluşturur. Örneğin Doktor (D) iyi niyetli bir hemşire olan (H)'ye içinde öldürücü bir ilaç olan iğneyi öldürmeyi düşündüğü kişiye (K)'ye zerketmesi için sıkı sıkı tembihleyerek verir. Ancak (H) oda numarasını karıştırır ve diğer bir hasta olan (M)'ye bu ilacı enjekte ederek onun ölümüne sebebiyet verir. İşte bu yanlıgı sonucu ortaya çıkan sonuç arkadaki kişiye isnat edilemez. Buna karşılık suç konusunu belirleme işini aracıya bırakmışsa bu durumda aracı durumundaki kişinin yanlıgısından dolaylı fail bütün kapsamıyla sorumlu olacaktır⁸⁰.

SONUÇ

Yeni Ceza Kanununda iştirak konusu faillik ve şeriklik ayırımı çerçevesinde düzenlenmiştir. Faillik ve şeriklik ayırımında bağlantı noktası olarak suçun kanuni tarifindeki fiilin işlenmesi, yani fiil üzerinde hakimiyet kurulması aranmıştır. Bir suçun işlenişine bulunulan katkı mahiyeti itibariyle fiil üzerinde hakimiyet kurulmasını sağlıyorsa, bunu gerçekleştiren kişi fail, bu nitelikte olmayan katkıyı gerçekleştirenler ise şerik sayılmıştır. Faillik fiil üzerinde kurulan hamiyetin mahiyetine göre; müstakil faillik, müşterek faillik ve dolaylı faillik şeklinde üçe ayrılmıştır. Dolaylı faillik, fiilin bizzat değil, iradesine hakim olduğu bir başkası vasıtasıyla gerçekleştirildiği hallerde söz konusu olmaktadır.

Dolaylı faillik statüsü 765 sayılı Kanundan farklı olarak 5237 sayılı Kanunda açıkça düzenlenmiş, kusur yeteneği bulunmayanların suçun icrasında aracı kılındığı hallerde arkadaki şahıs bakımından ceza artırımı öngörülmüştür. Arka plandaki şahsın fail sayılmasının yanı sıra cezasında artırım yapılmasının izahı güç olduktan başka⁸¹, dolaylı failliğin gerçekleştiği diğer hallerle kusur yeteneği bulunmayanların suçun işlenmesinde aracı kılındığı hal arasında bir fark olmamasına rağmen, sadece kusur yeteneği bulunmayanlara suçun işlettirilmesi halinde arkadaki kişi bakımından ceza artırımının öngörülmüş olmasını da hukuken izah etmek mümkün değildir.

⁷⁹ Ebert, s. 200.

⁸⁰ S/S- Cramer/Heine, § 25, kn: 51-53; Blank, II, s. 25; Haft, s. 204.

⁸¹ Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Bası, Ankara 2006, s. 442.

BİR SÖYLEM OLARAK SOSYAL ADALET KAVRAMI

Dr. Phil. Arslan TOPAKKAYA *

Sosyal adalet kavramının belli başlı iki farklı tanımından bahsetmek mümkündür. Pozitif hukuk açısından sosyal adalet kavramı, demokratik bir ülkenin olmazsa olmaz bir kuralı olan kanunlar karşısında herkesin eşitliği (hem bağlayıcılık hem de fırsat eşitliği anlamında) ilkesidir. Sosyolojik açıdan bu kavram, üretim sürecinde ve üretim sonrasında paylaşımın mümkün olduğu kadar topluma yayılması ve toplum sağlığı açısından sosyal tabakalar arasında aşırı farklılaşmanın önüne geçmek için gerekli önlemlerin alınması olarak değerlendirilebilir. Bu bağlamda bu kavramın ekonomi ve politika ile de yakından ilgili olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Biz bu makalede kavramın farklı tanımlarından ziyade onun özellikle Fransız İhtilalinden sonra ana hatlarıyla nasıl bir gelişim gösterdiğini ve çağımızda bu kavramın nasıl anlaşıldığı üzerinde durmak istiyoruz. Konuyla bağlantılı olarak özellikle Rawls'ın "Adalet Teorisi" ile Hayek'in buna karşı geliştirdiği görüşleri ana hatlarıyla betimlemeye çalışacağız.

Adalet kavramı, oldukça zengin bir tarihsel gelişim sürecine sahiptir. İlkesel olarak bu süreç Platon'a kadar geri götürülebilir. Platon'dan sonra Stoacılar, Yeni Platoncu felsefe okulları, Skolastik felsefe ve özellikle Aritoteles-Thomacı filozoflar hukuk felsefelerinde bu konuyla ilgili orjinal görüşler geliştirmişlerdir. Fakat hukuk felsefesi bağlamında bu kavramın politik açıdan önem kazanması Karl Marx ve arkadaşları tarafından geliştirilen devrimci toplum felsefesi sayesinde olmuştur. 1848 Avrupa İhtilali yıllarında Marx ve Engels bütün dünyadaki işçilere mutlak özgürlüğü vaatlemekteydiler. Meşhur "Komünist Manifestosu"nda artık adalet kavramının felsefesinden bahsedilmemekte; daha çok onun sosyal boyutuna vurgu yapılmaktaydı. Eski burjuva toplumu ve onun sınıfları yerlerini, bireyin özgür gelişimini bütün toplumun özgür gelişiminin şartı olarak gören yeni bir sosyal birlik anlayışına bırakmaktaydı.

Buna benzer bir gelişme, yani toplumu oluşturan bütün bireylerin kardeşlik ilişkisi içinde bir birlik oluşturmaları gerekliliği fikri, Fransız İhtilalinin iki önemli kavramı olan özgürlük ve eşitlik kavramlarına "kardeşlik" (*fraternité*) kavramının da eklenmesine sebep olmuştur. Bu gelişme, Fransada 1848'de ilan edilen ikinci cumhuriyetin resmi seçim söylemine özgürlük (*liberté*) ve eşitlik (*égalité*) kavram-

* Mersin Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü.

larına ek olarak kardeşlik kavramının eklenmesiyle de resmi bir statü kazanmıştır. Bu kavramın Stoa Felsefesi ve Hıristiyanlık'tan izler taşıdığı rahatlıkla söylenebilir. Bu kavram yeniçağda “biz duygusu” kavramıyla karşılanmış, anlam itibarıyla aralarında fark görülmemiştir. İlk işçi devriminde ortaya çıkan sosyal problemlerde kardeşlik kavramının vurgulanması, uzun zamandan beri varolan özgürlük ve eşitlik kavramları arasındaki gerginliği birliktelik (biz) duygusuyla dengelemek amacına yöneliktir. Buna yakın fakat bundan farklı olan dayanışma (*Solidarität*) kavramı daha çok hukuksal bir kavram olup; herhangi bir bireyin zor durumda kalması durumunda diğer bireylerin ortak sorumluluk duygusu bağlamında üzerlerine düşeni yapmak olarak tanımlanmaktadır. Bir çok insanın bir kişi için göstermiş olduğu asimetric sorumluluk kavramı yerine Saint-Simon (1760-1825) ve Charles Fourier (1772-1835) gibi sosyal reformcular Hıristiyanlığın sevgi öğretisi bağlamında, herkesin herkese karşı sorumlu olacağı simetric dayanışma kavramını önermişlerdir. Kavram politik anlamını, kapitalist toplumun verdiği zararların devlet yardımı ve işçi sendikalarıyla giderilebileceğine inanan Louis Blanc (1811-1882) sayesinde kazanmıştır. Blanc gibi kavramın politik anlamını güçlendiren diğer bir düşünür de Anarşizmin kurucusu Pierre J. Proudhon'dur (1809-1865). O, faiz ve emeklilikten doğan mülkiyeti “hırsızlık” olarak görmekte, faiz ve para despotlarının ortadan kaldırılmasını istemektedir. 1848 İhtilali sırasında meydana gelen fikirsel çarpışmalarda “dayanışma” kavramı “kardeşlik” kavramıyla birlikte kullanılmış ve Marx'ın etkisi altında olan Uluslararası İşçi Birliğinin Programı'nda yerini almıştır. Dayanışma kavramı Alman sınıf savaşıcısı Ferdinand Lasalle (1825-1864) sayesinde Alman işçi hareketinin merkezi kavramlarından biri haline gelmiştir. Dayanışma kavramı bir taraftan belirli ilgilerin eşitliği ve onların tatmin edilmesinde karşılıklı bağımlılığı ifade ederken; diğer taraftan sosyal problemlerde ortaya çıkan yalnızlık duygusunu gidermek üzere oluşturulan normatif ortak eylem planını ifade etmektedir. İşçi hareketi için bu kavramın önemini Bernstein şöyle ifade eder: “Dayanışma kavramından daha etkili ne bir ilke ne de bir fikir vardır. Bunun yerine sosyal hukuğun normatif hiçbir ilkesi -mesela ne eşitlik ne de özgürlük ilkesi- ikame edilemez.”¹ Dayanışma kavramı, sosyal adalet anlamında sosyal liberal bir anlamlandırılmayı geçen yüzyılın sonuna doğru Fransa'da ortaya çıkan “solidarizm” kavramıyla kazanmıştır. Bu kavram etrafında Fransız radikal sosyalistlerle, yine Fransız sosyal katolizm taraftarlarının birleşmeleri zor olmamıştır.

Yukarıda da değindiğimiz gibi adalet kavramının kendisi ve felsefesi çok eskilere dayanmasına rağmen; sosyal adalet kavramı politik anlamını geçen yüzyılın ortalarından sonra kazanmaya başlamıştır. 1848 Avrupa İhtilali yıllarında Frankfurt'taki Paulus Kilisesinde “Alman Halkının Temel Hakları Bildirgesi” hazırlandığı sırada İtalyan psikopos A.Rosmini-Serbatı (1797-1855) Milano'da sosyal adalet merkezli yeni bir anayasa projesini takdim etmekteydi. Bu sihirli kavram kısa sürede Fransada sosyal katolizm taraftarları tarafından da benimsenmişti. Katolik sosyal felsefenin Aristoteles-Thomacı geleneği gözönüne alındığında sosyal adalet kav-

¹ Bernstein, E.: Die Arbeiterbewegung, Frankfurt a.M.1910, s. 134.

ramı, Aristoteles'in zor anlaşılır evrensel adalet (*iustitia universalis*) kavramından hem daha anlaşılır hem de sosyal problemlerle daha yakından ilgili gözükmektedir. Sosyal adalet kavramının gelişimi felsefi bir düşüncenin kendi doğal bir gelişimi değildir. Bu kavram sanayileşmede ortaya çıkan kitlelerin fakirliği, hiçbir mülke sahip olamayan işçi sınıfının hayat mücadelesi gibi acı tecrübelerin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bu durumdan ve ayrıca Fransız sosyalistlerden etkilenen ve bireysel özgürlüğün yılmaz savunucusu olan J.Stuart Mill (1806-1873) üretim sürecinde açığa çıkan verim ve karlılığın sadece sermaye sahiplerine değil, onları çalışarak ortaya çıkaran işçi sınıfına da dağıtılması gerektiği inancındadır. Ona göre paylaşım adil olmalıdır ve burada ortaya çıkan pürüzler tamamen insanidir. Yani adil olmayan paylaşım sisteminden insanlar sorumludur. Mill, sınıflar arasında varolan çatışmaların, zenginliğin eşit dağılımını sağlayacak yeni kurullarla çözüleceği inancındadır. Bunun içinde -Marx'ın aksine- özel mülkiyetin ve kapitalist üretim biçiminin ortadan kaldırılması da gerekmez. Sosyal adalet kavramının daha iyi tecellisi için ayrıca Mill, eşitliğe dayalı sendikal birliklerin kurulmasını tavsiye eder.² Mill "Yararcılık Üzerine Deneme" adlı eserinde, bütün sosyal kurumların ve bireylerin yöneldikleri sosyal adaletin en yüksek ilkesinin "toplumu oluşturan insanların birbirlerine karşılıklı saygı içinde iyi davranması"³ olduğu saptamasını yapar.

Almanya'da sosyal adalet kavramının gelişim süreci diğer Avrupa ülkelerindeki gelişim süreçleriyle benzerlik gösterir. Protestanizm 1848'den beri Almanya'da sınıfsal loca teşkilatına, nüfus artışına ve fakirleşmeye karşı savaş açmış ve bu mücadele Alman İmparatorluğu zamanında büyük bir sivil toplum örgütü haline gelmiştir. Bunun yanında 1873'ten beri "Sosyal Politika Derneği" işçilerin sorunlarıyla yakından ilgilenmiş, toplumda durmadan artış gösteren gelir ve sermaye adaletsizliklerini ortadan kaldırmayı kendine amaç edinmiştir. Ayrıca ekonomide devletin daha fazla kontrol gücü olması gerektiği üzerinde durmuş ve devletin işçi sınıfının eğitim-öğretim ve yerleşme sorunlarıyla çok daha yakından ilgilenmesini istemiştir. Bu dernek ayrıca "sosyal reformun en önemli parçası olarak dağıtımda eşitlik ilkesini"⁴ savunmuştur.

1929'da Amerika'da başlayıp bütün dünyaya yayılan dünya ekonomik krizi beraberinde büyük bir işsizliği getirmiş ve bu kriz resmi katolik kilisenin yeni bir toplum felsefesi geliştirmesine sebep olmuştur. Sosyal adalet kavramı 1931'de yayınlanan katolik kilisenin yıllık resmi yayın organında Papa XI. Pius tarafından liberalizm ve sosyalizm karşıtı bir kavram olarak en az altı kez tekrarlanmıştır. Milletler Cemiyeti tarafından 1919'ta Genf'te kurulan "Ulaslararası Çalışma Organizasyonu" adlı kuruluşun amacı, sosyal adaletin tesisıyla dünya barışını sağlamak olarak tespit edilmiştir. Ne gariptir ki Immanuel Kant bu amaca, sürekli dünya barışının (*zum ewigen Frieden*) ancak özgürlük kavramı sayesinde gelişebileceği düşüncesiyle 120 yıl öncesinden işaret etmişti.

² Mill, J.S.: Grundsätze der politischen Ökonomie, 4.baskı, Leipzig 1965 cilt II, s. 450.

³ Mill, J.S.: Der Utilitarismus, çev: D. Birnbacher, Stuttgart 1976, s.107 vd.

⁴ Schmoller, G.: Über einige Grundfrage der Sozialpolitik und der Volkswirtschaftslehre, II.baskı, Jena 1904, s. 85.

Bu kavramının gelişim sürecinde II. Dünya Savaşı ve sonrasında ortaya çıkan geniş çaplı sosyal, ekonomik ve siyasi gelişmelerin büyük etkisi olmuştur. İkinci Dünya Savaşı'ndan ve Nazi Rejiminin son bulmasından sonra birçok Avrupa devleti ve bu arada Almanya anayasalarına 'sosyal' kavramını eklemiştirlerdir. 1949'da kabul edilen ilk Alman Anayasası Alman devletini "sosyal hukuk devleti" olarak tanımlar. Bu Alman Anayasa tarihinde diğer birçok ülkenin anayasasında olduğu gibi bir ilktir. Bunun anlaşılır bir yanı da vardır. Çünkü o zamana kadar yaşanan çöküntünün, kitleler halinde fakirliğin, mal ve sermayenin eşitsiz dağıtımının birinci sebebi olarak devletin bu problemlere yeterince el atmaması gösteriliyordu. 1949'da ilan edilen Federal Almanya "sosyal devlet" olma ilkesini daha önce 1918 devriminden sonra kurulan Weimar Cumhuriyeti'nin anayasasından almıştı. Bu anayasada temel hak olarak yerini almış olan eğitim, çalışma ve iskân hakkı sosyal devletin gereği olarak görülmekteydi. Weimar Cumhuriyeti Anayasası'nın temeli Hegel devlet felsefesine dayanmaktaydı. Bu kavram ünlü devlet bilimci Lorenz von Stein'in "Sosyal Krallık" teorisinin de esasını teşkil etmekteydi. Sosyal farklılıklara duyarlı kalan J. Lock'un özgürlük felsefesine karşı Hegel'in devlet felsefesi, sosyal eşitsizlik kavramına son derece duyarlıydı. Hegel fakirliğin ortadan kaldırılmasını modern devletin en önemli amacı olarak görmekteydi.⁵ Hegel aynı zamanda -İngiltere örneğinde olduğu gibi- zenginliğin tek taraflı artması ile işçi sınıfının fakirlik ve bağımlılığı arasında diyalektik bir yapının da farkındaydı. Fakat Hegel bu problemi devlet bazında ele alıp işlememişti. Bu açık Marx tarafından ele alınıp işlenir. Marx, Hegel'in bahsettiği devletin reforme edilemeyeceği inancındadır. O, insanların bu devletin boyunduruğundan ancak işçi devrimi sayesinde kurtulabileceklerini ve kurulacak devletde özel mülkiyet ve sınıf kavramının olmayacağını ilan etmişti. Stein ise -Hegel'i temel olarak- "hukuk devleti" kavramının "sosyal devlet ilkesi"yle tamamlanması gereğine inanır.⁶ Hukuk devleti, devlet gücünü sınırlayan ve hukuk karşısında bütün bireylerin mutlak eşitliğini sağlayan devlettir. Böyle bir devlet aynı zamanda üyelerinin ekonomik ve toplumsal ilerlemelerini de garanti altına almalıdır. Bu şartları sağlayan devlet Stein'a göre sosyal devlettir. Stein'ın bu teorileri *Kaiserreich*'de pratik sonuçlar vermeye başlamıştır. Bismarck zamanında ilk defa işçilerin sosyal durumlarını iyileştirmek üzere emeklilik, hastalık (1883) ve iş kazası sigortası (1884) kanunlarıyla, bunları takiben yaşlılık ve işgörememezlik (1891) sigortaları çıkarılmıştır. Özellikle sosyal sigorta, sosyal devletin en önemli kurumsal bulgusu olarak değerlendirilmiştir. Bu amaç bağlamında fakir ve muhtaç insanlara yardım, her insanın varoluşunu devam ettirmek için asgari şartların sağlanması, ekonomik eşitsizliğin mümkün olduğunca giderilip; asgari refahın sağlanması ve ekonomik büyümenin desteklenerek bu refahın toplumun bütün kesimlerine dağıtılması ve yayılması da sosyal devletin amaçları arasında kabul edilmiştir. Bütün bunlar aynı zamanda "sosyal adaletin"de amaçladığı şeylerdir. Stein bütün bun-

⁵ Hegel, G.W.F.: Grundlinien der Philosophie des Rechtes, Prag,244.

⁶ Von Stein, L.: Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands, Stuttgart 1876, s. 215.

ların aynı zamanda “Sosyal Demokrasi” kavramının içeriğinde varolan şeyler olduğu kanaatini taşımaktadır.

Sosyal devletin amaçlarını tespit ettikten sonra, sosyal devlet ilkesinin sosyal pazar ekonomisiyle ilişkisi üzerinde durmak konunun aydınlatılması açısından faydalı olacaktır. Sosyal problemler bağlamında ortaya çıkan ekonomik liberalizm, sosyalistlerin “sosyal politika” ile ilgili fikirleri sayesinde görüşlerinde ilk düzeltmeyi yaptıktan sonra, ikinci düzeltmeyi I. Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan dünya ekonomik krizi vesilesiyle yapmışlardır. Pazar ekonomisi, pazar gücünün kötüye kullanımı, işletmelerin birleşimi, monopol ve kartel oluşumları gibi nedenlerle bizzat kendi sonunu getirmiş ve sayılan bu sakıncalar devletin düzenleyici güç olarak bir rekabet politikası geliştirmesi zorunluluğunu doğurmuştur. Düzen liberalizminin (*Ordoliberalismus*)⁷ dualist düzen teorisine göre güçlü devlet, toplumun genel düzeni ve değerleriyle uyumlu ekonomik düzeni sağlamakla yükümlüdür. Burada en önemli şey, işleyen para sistemine dayanan rekabet ortamının hazırlanmasıdır. Bunun için devlet parayı ve sabit pazarı açık tutmalı, özel mülkiyet ve anlaşma özgürlüğünü garanti altına almalıdır. Devlet aynı zamanda ekonomik hayatı ve monopolleri kontrol altında tutmalıdır. Diğer bir düzenleyici ilke ise, adil vergi sistemi ve adil işçi ücretleri yardımıyla gelir adaletinin sağlanmasıdır. 1945’ten sonra bu model “sosyal pazar ekonomisi”nin beslediği ana kaynaklardan birisi olmuştur. 1957’de Almanya’da emeklilik reformu bağlamında rekabet sınırlamalarını ortadan kaldıran bir kanun kabul edilmiş ve bu kanun sosyal pazar ekonomisinin temel kanunu olarak anlaşılmıştır. Sosyal pazar ekonomisi kavramı gücünü, içinde barındırdığı katolik sosyal öğretiden, protestan ekonomi ahlakı ve özgürlükçü demokratik sosyalizm’den almaktadır. Ortak amaç ise, eski kapitalizmle eski sosyalizm arasında üçüncü bir yol olarak sosyal eşitliği gözetecek bağımsız bir ekonomik pazar kurmaktır. Yani bir taraftan devletin gerektiğinde ekonomiye müdahalesi desteklenirken, diğer taraftan devletten ekonomik hayatın düzenli bir şekilde devam etmesi için pazara gereken özgürlüğün ve düzenlemelerin yapılması istenmektedir.

1966/67’de eski Almanya’da açığa çıkan ilk ekonomik krizden beri sosyal pazar ekonomisi, devlet ve ekonomi arasında beliren problemlerden dolayı çeşitli zorluklarla karşılaşmıştır. Bu durum ideolojik eski cepheleşmeleri tekrar canlandırmıştır. Bu çekişme ilk olarak kendisini “daha fazla pazar daha az devlet” söyleminde göstermiştir. Gerçekten de gerek Almanya’da gerekse diğer Avrupa ülkelerinde artan işsizlik oranı sosyal adalet bağlamında sosyal devlet kavramının yeniden tanımlanması gereğini ortaya koymuştur.

Sosyal adalet kavramı bağlamında -gelişmiş ekonomilerde- paylaşım problemi gerek politik hayatta -kısmen gecikmiş olmasına rağmen- gerekse politik felsefede üzerinde sıkça durulan bir konu haline gelmiştir.⁸ Bu anlamda konunun teorik tar-

⁷ Bu akım ekonomi tarihinde „Freiburger Schule“ olarak adlandırılır. Kurucuları W. Eucken ve W. Röpke’dir. Daha fazla bilgi için bak. Eucken,W.: *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Freiburg 1952.

⁸ Toplumda üretim ve üretimin sonunda açığa çıkan karlılığın paylaşımı çağımızda büyük oranda sosyal adalet kavramının aleyhine işlemektedir. Yani karlılık belli bir zümre tarafından paylaşılırken aynı zümre eşit

tışması J. Rawls'ın 1971'de yazmış olduğu "A Theory of Justice" adlı kitapla atılmıştır. Onun her türlü sosyal üretimin paylaşılması için öngördüğü 'birlikçi adalet ilkesi' yerini yavaş yavaş farklılaşmış ve somutlaşmış adil paylaşım teorisine bırakmış durumdadır. D. Miller "Social Justice" (1976) adlı kitabında sosyal adalet kavramını, birbirlerine indergemeyen ve önemi toplumdan topluma farklılık gösteren farklı kavramların bir ürünü olarak tanımlar. Pazar ekonomisinin gelişmişliğinin ifadesi olarak sosyal adalet postülası, sadece belirli bir kültürel çerçevede anlaşılabilir. Miller'in bu düşüncelerinden sonra M. Walzer "Spheres of Justice, a Defence of Pluralism and Equality" (1983) adlı eserinde çeşitli dağıtım alanlarından ve sosyal üretimin paylaşımında insanların "eşitlik" ilkesine uymaları zorunluluğundan bahseder. Paylaşılacak malların çeşitliliği aynı zamanda güvenlik ve refah, bürokrasi ve üretim, sıkı çalışma ve boş zaman, eğitim ve öğretim gibi alanların birbirlerinden ayrılmaları ve farklı değerlendirilmeleri gereğini de ortaya çıkarmaktadır. Adalet kavramı, herşeyden önce birbirlerini denetleyen ve bu şekilde haksız paylaşıma engel olan bu alan ayrımını temin etmek ve sürdürmek zorundadır. Sosyal malların adil paylaşımı için üç farklı dağıtım ölçütünün yerine getirilmesi gerekmektedir. Bunlar sırasıyla serbest alış-veriş, kazanç ve ihtiyaçtır. Bağımsız dağıtım alanlarının tabi bir sonucu, toplumda farklı insanlar için farklı alanlarda "farklı sonuçlar"ın açığa çıkması ve bu sayede "adalet" in sağlanmasıdır. Walzer'in bu teorisinin özü, belli sosyal mallara sahip olmanın diğer insanlara tahakküm etme aracı olarak kullanılmasının engellenmesidir. Bir toplum ona göre, ancak bireylerinin eşit ve sosyal anlamda herhangi bir tahakküme maruz kalmadıklarında adil ve adaletlidir.⁹

Sosyal adalet ve eşit paylaşım kavramlarına dair bu görüşler Rawls'ın "Adalet Teorisi" kuramı için birer hareket noktası olmuş; bu kavramlar felsefi anlamda asıl rönesansını Rawls sayesinde yaşamışlardır. Rawls'ın adalet teorisinin bu derece yankı bulmasının birinci sebebi onun Kant, Rousseau ve Locke'un toplum sözleşmesi teorilerini genelleştirme çabasıdır. Onun teorisinin temeli, herkes için geçerli olan doğru kural, norm ve ilkelerin öznel temellendirilmesi modelidir. Bu hareket noktasının eski toplum sözleşmeleriyle fazla ortak noktasının bulunmadığı açıktır. Bunun yerine Rawls, mevcut olan her türlü düzenin ötesinde, fakat ortak etik değerlere de dayanan ve herkes için geçerli olacak bir hareket noktasının bulunmasını tavsiye eder. Bu hareket noktası yardımıyla insanlar karar alma sürecinde adaletli bir düzenin temel ilkelerini seçebilme imkanına kavuşabilirler. Rawls'a göre eski 'toplumsal sözleşme' kavramı sadece bir temsil aracı ya da bir doğruluk ölçütü olup; bunun dışında fazla bir etkisi sözkonusu değildir. Rawls adalet teorisinin özü, libe-

oranda risklere katılmamakta onu toplumun yoksul kesmine yüklemektedir. Halbuki Demeokrasinin özü olan 'toplumsal sözleşme' insanlara sosyal dayanışmayı öğütlemeştir. Bu anlamda J.E. Stiglitz'in şu tespitleri oldukça ilginçtir. "Toplumsal sözleşmenin bir kısmı "adaleti", toplum büyüdükçe toplumun kazançlarından fakirlerinde pay almasını, kriz zamanlarında ise toplumun acaclarını zenginlerin de paylaşmasını gerektirir. Sızıntı ekonomisi ise, her zaman için yalnızca bir inanıştan, bir inançtan ibaret olmuştur." Bak. Stiglitz J.E.: Küreselleşme Büyük Hayal Kırıklığı (çev:Arzu Taşçıoğlu&Deniz Vural, İstanbul 2002, s.99

⁹ Walzer,M.: Spheres of Justiz, a Defence of Pluralism and Equality (1983), dt. Sphären der Gerechtigkeit , çev: v. Hanne Herkommer, Frankfurt a.M. 1992, s.18.

ral-demokratik bir sistemde özgürlükten taviz vermeden nasıl adil bir sosyal politika geliştirilebileceği sorunsalıdır. Rawls bu soruya cevap ararken Kant'ın özgürlük öğretisine sıkı sıkıya sarılır. O bir taraftan Kant'ın özellikle toplum sözleşmesiyle ilgili görüşlerine karşı çıkarken; diğer taraftan adalet teorisinde Kant postülalarını kullanmaktan da çekinmez. Rawls'ın Kant'a karşı bu eğiliminin sebebi, kendi adalet teorisini anglo-sakson coğrafyada hakim olan utilitarist (empirik-pragmatik) felsefe'ye karşı geliştirmiş olmasındandır. Ona göre Kant felsefesi, bu amacı gerçekleştirmek için oldukça iyi bir dayanak noktası teşkil etmektedir.¹⁰ Yine Kant ile birlikte Rawls, faydalı ve iyinin moral eşitliğini ve bunun tabii sonucu olan ortak refahı ahlakiliğin ölçütü olarak kabul eden J. Bentham (1748-1832)¹¹ ve J.S.Mill'e karşı çıkar. Ayrıca o adalet kavramının ölçütünü, şahsi menfaatler ve faydacılık olarak gören bu utilitarist filozoflara da katılmaz. Bunun yerine Rawls –Kant gibi- adalet kavramının ölçütü olarak, temelini insan özgürlüğünden alan fakat metafiziğe de bulaşmayan özel ahlaki bir ilke kabul eder. Kant'ın hukuk öğretisinde özgürlük felsefesini şekillendirmesi gibi, Rawls kendi adalet teorisini bireysel anlamda değil, yani bireylere ve onların yapıp etmelerine bağlı olarak değil; hukuk devleti ve politik çerçevede, yani kurumsal anlamda kurmaya çalışır. Bu özelliğine rağmen onu sosyal devlet teorisini olarak nitelemek doğru olmaz. Çünkü onun modeli, birlikte çalışan topluluklara karşılıklı yararlar sonuçlanacak anlaşma ve uyuşma zemini sağlamaya yöneliktir. Rawls'ın hem yukarıda değindiğimiz adalet kavramının temel prensibi hem de buna bağlı olarak geliştirdiği öncelik kuralı açık bir şekilde Kant hukuk felsefesinden etkilenmiştir. Bu prensipler bize ayrıca Kant'ın “kategorik imperatifi”nin biraz değiştirilmiş formunu hatırlatmaktadır. Buna göre birey karar alma aşamasında akli çıkış noktası olarak alan bir gereklilikle karşı karşıya kalmaktadır. Uzlaşma yetisine sahip birey uzlaşmayı bu şekilde kurmakta; akılsal olanı zorunluluk ya da adaletin normları olarak belirlemektedir. ”Herkes temel özgürlük alanlarını belirleyen sistem üzerinde eşit haklara sahip olmalıdır.”¹² Bu birinci ve öncelikli kural olup; aynı zamanda özgürlüğün de önceliğini gerektirmektedir. Bu bağlamda temel özgürlük alanları sadece özgürlük için sınırlanabilir; bunun dışında herhangi bir ortak amacı gerçekleştirmek için sınırlanamaz. Özgürlük ancak, bütün bireylerin özgürlüklerini artırması ve özgürlüğü sınırlanan bireylerin bunu kabul etmeleri şartıyla sınırlanabilir. Bu ilke görece olarak anlaşılabilir bir ilkedir. Asıl zorluk Rawls'ın ikinci temel ilkesinde, yani farklılaşma ilkesinde yatmaktadır. Aristoteles anlamında bir adalet dağıtıcının imkansızlığı gözönüne alındığında; bu ikinci ilke aşağıda anlatılanların yapılmasını şart koşar. ”Sosyal ve ekonomik eşitsizlikler öyle bir şekilde yeniden düzenlenmelidir ki hem a) şartları en kötü olan insanlara en iyi perspektifler

¹⁰ Rawls, J.: Eine Theorie der Gerechtigkeit, übers. H. Vetter, Frankfurt a.M.1979 (Sonderausgabe), s. 283 vd.

¹¹ Bentham J.S.Mill ile birlikte Utilitarizmin kurucusu sayılmaktadır. Bentham üstün değer olarak, en büyük arzulara sebep olan şahsi menfaatleri kabul eder. Daha geniş bilgi için bak. S.Hayri Bolay, Felsefi Doktrinler Sözlüğü, Ankara 1990.

¹² Rawls, J. :Eine Theorie der Gerechtigkeit, s. 81.

sunulmalı hem de b) herkese eşit şekilde resmi makam ve görevlere sahip olma hakkı tanınmalıdır.”¹³

Bu kuralın sosyal anlamda en kötü durumda olanlar için düşünüldüğü açıktır. Adalet teorisinin bu ikinci temel ilkesi, en güçsüz insanların bakış açılarından sosyal eşitsizliğin izahı çabasıyla devam etmektedir. Rawls’ın farklılaşma ilkesi çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır. Adalet ilkesinin bu şekilde betimlenmesinin bir riziko ifadesi olduğu ve bu teorinin insanlara içinde hiç bir şeye güvenilmeyecek bir anayasa önerdiği şeklinde anlaşılabilceğine dikkat çekilmiştir. Bu ve buna benzer eleştiriler Rawls’ın pozisyonunu ve bazı görüşlerini kısmen değiştirmesiyle bir anlamda cevaplanmış durumdadır. Buna en güzel örnek onun Rousseau kaynaklı devlet organizasyonunun anayasal çerçevesiyle, yasamanın operasyonel gücü arasındaki temel ayrımı kabul etmesidir. Özgürlükle ilgili olan ilk adalet ilkesi, artık anayasanın önemli kurumlarıyla ilişkilendirilmekte; ikinci ilke de yasamanın düzenleyici ilkesine indirgenmektedir. Dünya görüşlerinin çokluğunun kabulüyle, uzlaşıya dayalı adalet teorisinin, liberal-demokratik anayasal devletin kurumlarına ve toplumun kültürel alanlarına uygulanma şansı azalmıştır.¹⁴ Rawls bu gerçeklerden sonra sadece teorinin genel çerçevesini belirlemekle yetinmiş; Rousseau anlamında antropolojik tarih ve toplum felsefesi ve Kant’ta olduğu gibi pratik ya da ahlak felsefesi geliştirmekten kaçınmıştır. Başlangıçtaki amacına muhalif olarak da artık Rawls, kendi teorisinin evrensellik iddiasının da olmadığını söylemektedir. Eskiden ileri sürdüğü sözleşme düşüncesi, yerini karşılıklı özgürlüklerin ve hakların tanındığı, her türlü farklılıkları kucaklayacak bir eşitlik mekanizması arama çabasına bırakmıştır.¹⁵

Sosyal adalet kavramının şimdiye kadar gördüğümüz farklı belirlemelerine karşı bu kavramı tam olarak betimlemenin imkansız olduğunu, ayrıca bu kavramla amaçlanan sosyal eşitlik ve adil paylaşımın bir yanılmadan ibaret olduğunu savunan iktisat-hukuk felsefecileri de vardır. Bunların en önemlisi “Sosyal Adalet Kavramı İllüzyonu” (*Die Illusion der sozialen Gerechtigkeit*) adlı kitabın yazarı ünlü iktisatçı neoliberal F. August von Hayek’tir (1899-1992). Hayek sosyal adalet kavramını “anlamsız”, “yanıltıcı”, “sözde dinsel batıl inanç” gibi oldukça negatif sıfatlarla tanımlar.¹⁶ Ona göre sosyal adalet kavramını, sosyal sigorta, işçi haklarının korunması ya da sosyal yardım olarak anlamak yanlış ve eksik bir anlamadır. Sosyal

¹³ Rawls, J.:Eine Theorie der Gerechtigkeit, s. 81.

¹⁴ Bu konu ile ilgili olarak M. Choussodovsky’nin liberalizme getirdiği eleştiriler özellikle de Liberalizmin kendi anti-teni kendisi yaratması ve onu manupüle etmesiyle ilgili eleştirileri oldukça önemlidir. O şöyle der: “Bu (...) liberal dogma, fazlasıyla manevi ve ahlaki bir söylemde somutlaşan kendi “karşı-paradigma”sını da yaratıyor. Bu sonucusu, yoksulluk, çevre korumacılığı ve kadınların sosyal hakları ile ilgili politik konuları çarpıtır ve “stiliz” ederken, “sürdürülebilir kalkınma” ve “yoksulluğun hafifletilmesi” üzerinde yoğunlaşıyor. Bu “karşı-ideoloji” neo-liberal politika buyruklarıyla ender olarak ters düşüyor. Resmi neo-liberal dogmaya karşı çıkarak değil, onun yanında ve onunla uyum içinde gelişiyor.” Bak.Choussodosky, M.: Yoksulluğun Küreselleşmesi, (çev: Neşenur Domaniç), İstanbul 1999, s.48.

¹⁵ Daha fazla bilgi için bak. Rawls, J.:Die Idee des politischen Liberalismus, Aufsätze 1978-1989, yayınlayan W.Hinsch, Frankfurt a.M. 1994, s. 356 vd.

¹⁶ Hayek, F. August: Recht, Gesetzgebung und Freiheit, cilt II: Die Illusion der sozialen Gerechtigkeit. Eine neue Illusion der Gerechtigkeit. Eine neue Darstellung der liberalen Prinzipien der Gerechtigkeit und der politischen Ökonomie, Landsberg am Lech 1981, s. 125 vd.

adalet kavramı, genelde toplumda birbirleriyle çatışma halinde olan çeşitli grupların kendi bireysel çıkarlarını gerçekleştirmek için kullandıkları ya da başvurdukları bir söylemdir. Hayek'in bu kavrama bu kadar karşı olmasının güçlü bir teorik nedeni vardır. Ona göre, sosyal ekonomi kendi doğal (spontan) düzeni sayesinde insan ihtiyaçlarını, bu amaca yönelik herhangi planlı bir insani organizasyondan daha büyük oranda karşılamaktadır. Ayrıca ekonomik pazardaki özel avantajlar, kazanç ya da kayıplar bilinçli ve isteğe bağlı bir paylaşım olmayıp; tamamen önceden öngörülemeyen sistem faktörüyle ilgilidir. Bu sistem faktörü kendisini kaynakların değerlendirilmesinde ve ticaretin yönlendirilmesinde de gösterir. Sistemin bu özelliği sayesinde pazarda meydana gelebilecek olumsuz sonuçlardan kimse bireysel olarak sorumlu tutulmamaktadır. Bunun tabii sonucu olarak kendiliğinden gelişen bu pazarla ilgili insanlardan bireysel ahlaki ilkeler belirlemelerini beklemek anlamsızdır.¹⁷ Bunun gibi kendisinden adaletli bir paylaşımın çıkarılabileceği bireysel davranış ilkeleri de söz konusu değildir.¹⁸ Hayek'e göre sosyal adalet kavramının tesisi için insanlara bir takım davranış kalıplarının tavsiye edilmesi ekonomik pazarın bütün dengelerini bozar ve bu tür eylemler genelde totalitarizmle sonuçlanır. Bu açıklamalardan sonra Hayek sosyal adalet kavramının, ancak eksik ve yanlış yönlendirilmiş sosyalist planlı ekonomide bir anlam taşıyabileceği sonucuna ulaşır. Hayek, adil ya da adil olmayan kavramlarının sadece ve sadece bireysel davranışlar ve onların sonuçları için geçerli olan kavramlar olduğu, bunların doğrudan ekonomik kavramlar olmadığı inancındadır. "Bu kavram [adalet kavramı] genel pazar ortamında piyasa belirleyen ve piyasada hem mal hem de hizmet sektöründe belirli güce sahip olan insanlar üzerinde herhangi bir etki alanına sahip değildir. Mal ve hizmet dağılımı ne adil ne de adil olmayan olabilir. Çünkü bunların sonuçları önceden kestirilemez ve tahmin edilemez. Aynı zamanda bunlar kimsenin önceden bilemeyeceği bir takım gelişmelere ve şartlara da bağlıdır. Bu süreçte sadece bireylerin davranışları adaletli ya da adaletsiz olabilir. Aynı zamanda bu eylemlerin sonucu daha önce öngörülme ve istenmeyen etki yapabileceğinden dolayı bu etkiler de ne adil ne de adil olmayan olarak değerlendirilebilir."¹⁹ Hayek gibi ekonomik süreci bir oyuna benzettiğimizde buradan çıkan sonuç "sadece oyuncuların davranışlarının adil olup olmadığı, onların sonuçları için adil ya da adil değil yorumunun geçerli olmadığıdır."²⁰ Fakat burada sorulması gereken soru oyunun kurallarının adil olup olmadığı, ayrıca sonuçların bu oyuna katılmayanlar ya da sınırlı olarak katılanlar için nasıl değerlendirileceği sorusudur. Ayrıca Hayek'te geleneksel adalet teorisine bağlı kalarak; niçin düzenin adaletinden bahsedemeyeceğimiz ve adaletin bu yönünün niçin "sosyal" olarak betimlenemeyeceği sorusunun cevabı ne yazık ki yoktur.

Hayek –pazar özgürlüğünün dışında- sosyal adalet kavramının bir ölçütü olup olmadığı sorusuna olumlu bir cevap verir. Bununla birlikte Hayek, adalet kavramının nesnel önermeleri olması ve bu önermelerden genel-geçer bir kurallar dizisinin

¹⁷ A.g.e.e., s. 93.

¹⁸ A.g.e.e., s. 118.

¹⁹ Hayek, F.Agust: A.g.e.e., s. 102.

²⁰ A.g.e.e., s.102.

geliştirilmesi fikrine sıcak bakmaz. Ona göre bu kavramın ölçütü olarak elimizde sadece negatif bir seçenek yani bir şeyin gayr-i adil olup olmadığını sınamak kalmaktadır. Ve bu her zaman duygusal bir şey olmak zorunda değildir; aksine bu karşılıklı olarak tanınmış ilkelerin uyumluluğu ve mantıksal tezleri ilgilendiren bir durumdur. "Adaletin ne olduğuna dair farklı farklı yorumların olduğu gerçeği, negatif adaletsiz sınamanın nesnel bir sınama olabileceği gerçeğini dışlamamızı gerektirmez."²¹ Bu metot aynı zamanda mevcut olan hukuk sistemini daha adil hale getirmek için de uygun bir metottur.²²

Eşit paylaşım ve sosyal adalet kavramı sadece ulusal bir problem olmayıp uluslararası bir boyuta da sahiptir. Adaletli bir hukuk sistemi artık sadece bir devletin kapsama alanıyla ilgili değildir. Böyle bir sistem devletlerarası kurumları hatta devletleri aşan siyasi toplulukları-Avrupa Birliği gibi- ilgilendiren bir konudur.²³ Adil paylaşım konusu günümüzde global bir özellik göstermekte ve dünyanın güney ve kuzey yarım küresinde mal paylaşımı noktasında ortaya çıkan derin uçurumda kendisini göstermektedir.²⁴ Bir tarafta açlıktan ve kuraklıktan ölen insanlar varken, diğer yarımkürede neredeyse tek başına Afrika'nın herhangi bir ülkesinin toplam milli gelirinden daha fazla gelire sahip olan insanlar vardır.²⁵ Bu durumun gideril-

²¹ A.g.e., s.80.

²² A.g.e., s.60.

²³ Avrupa Birliği Türkiye arasındaki ilişkiye aslında bir de bu açıdan bakmak ve değerlendirmelerde bulunmak yerinde olur. Aslında Türkiye'nin AB'ye katılım isteğinin temelinde bir türlü kendi başına gerçekleştiremediği sermaye ve paylaşımın tabana yayılması ve bu sayede toplumdaki gelir adaletsizliklerini giderme ve iyileştirme arzusu yatmaktadır. Formel olarak aslında müzakere süreci bu amaca hizmet etmekte bunun için ülkenin hukuk ve iktisadi sisteminin birliğe entegre olması zorunluluğu doğmaktadır. Malesef Türkiye haricindeki bütün üye ülkeler için bu amaç doğrultusunda müzakereler yapılmış ve sonuçlandırılmış olmasına rağmen Türkiye ile müzakereler ne yazık ki daha çok siyasi bir takım hedeflere yönelik yapılmakta, Türkiye'nin iktisadi yapısını düzeltmek için olmazsa olmaz olan bir takım desteklerin-tarımalsı destekleme ve işçilerin serbest dolaşımının engellenmesi gibi- ta işin başında Türkiye için sözkonusu olamayacağı ilan edilmekte ve ne yazık ki ilgililer tarafından da buna hiçbir itirazda bulunulmamaktadır.

²⁴ Bu adaletsizliği rakamlar en iyi şekilde ifade etmektedir. "Yüksek gelirli ülkelerin dünya gelirinin ezici çoğunluğunu, yaklaşık %60'ı almaları şaşırtıcı değildir. Dünya nüfusunun ise sadece %15'i bu ülkelerde yaşamaktadır. Bunun aksine dünyadaki yoksul ülkeler, dünya gelirinin %10'undan azını alırken, dünya nüfusunun % 35'ine sahiptir. Ve bu ortalamalar zengin ülkelerdeki üst gelir grupları ve yoksul ülkelerdeki en yoksul olanlar arasındaki çok daha çarpıcı sonuçları gizlemektedir. Oysa buralardaki tezat gece ile gündüz gibi keskindir. Açıkçası, ne ufkta çeşitli anımsatan bir şey ne de bu yönde bir eğilim vardır." Bak. Dornbusch, R.: "Görülmemiş Bir Refah Yüzyılı", (Çev:Metin Toprak, *Kapitalizm ve Küresel Refah*, (Ed:İlan Vosquez), Ankara 2003, s.104.

²⁵ Hemen işaret etmek gerekir ki sosyal refahı yüksek olan toplumlarda da alt gelir düzeyinde hatta açık sınırdaki insan sayısı hiçte az değildir. Sosyal yardım kuruluşlarına bağlı olarak yaşayan insanların batı toplumunda -Amerika'da sosyal yardım kuruluşları devlet tarafından organize edilmemekte bu görev daha çok sivil toplum örgütleri tarafından karşılanmaktadır- karşılaştıkları güçlükler küçümsenemeyecek orandadır. Yani batı toplumlarında yaşayan her birey o ülkenin ortalama insanının yaşam standartlarına sahip değildir. Ayrıca Batılı zengin devletler durmadan -Almanya örneğinde olduğu gibi- sosyal yardımları kısma ve azaltma yoluna gitmektedir. Bu bağlamda şu tespitlere katılmamak mümkün değildir. "Neo-liberal felsefenin hakim olduğu 1980'li yıllardan bu yana başta ABD olmak üzere, gelişmiş ülkelerde, bir yandan yoksullukla mücadelenin önemli bir toplumsal hedef olduğu dile getirilirken, diğer taraftan, refah devletinin zayıflatılma süreci içinde istihdam yaratıcı programların, konut programlarının ve sosyal hizmetlerin kısaldığı ve hatta ortadan kaldırıldığı, yoksulların orta sınıfın değer yargılarına göre "hak eden" ve hak etmeyen" yoksullar olarak sınıflandırıldıkları ve kendi konularından sorumlu tutuldukları, yardım görenlerin kendilerine yapılan yardımın gerekli olduğunu ve bu yardımlardan en iyi şekilde yararlandıklarını kanıtlamaları-

mesi her şeyden önce hukuk devleti olma ve demokrasinin tam anlamıyla uygulanması ve uluslararası organizasyonların bu işe önem vermeleriyle mümkün olabilir. Ayrıca burada dünyada ekonomik güce sahip olan birey ve devletlerin de en azından ahlaki sorumluluk içinde davranmaları ve üzerlerine düşeni yapmaları gerekmektedir. Kesin olan bir şey varsa oda, sosyal adalet kavramının tam anlamıyla hiçbir zaman ve hiçbir koşulda yeryüzünde uygulanamayacağı ve gerçekleştirilemeyeceği gerçeğidir. Fakat bu kavram bütün mal ve hizmetlerin mutlak eşitlik ilkesine göre paylaşımını da ifade etmemektedir. Böyle bir yaklaşım temelde adil olmayan bir yaklaşımdır ve böyle bir sistemde ütöpik bir sistemdir. Bu kavramdan anlaşılan ve beklenen toplumda herhangi bir emek sömürüsüne fırsat vermeden ve insanları bir takım sermaye ya da grupların tahakkümüne sokmadan herkesin çalıştığının karşılığını alması ve sosyal paylaşımında mümkün olduğu kadar sınıflar arasındaki farklılıkların giderilmesidir.

Sosyal adaletin hangi şartlarda mümkün olabileceğine dair bu genel değerlendirmelerden sonra, bütün bu teorik anlatımların ve tespitlerin kendisiyle anlamlı olabileceği şu soruyu kendimize sormak zorundayız: Gerçekten sosyal adalet kavramının pratikte uygulanma şansı ve ihtimali söz konusu mudur? Yoksa bu kavram sadece teorik olarak bir takım temennileri ifade eden bir kavram olarak kalmak mı zorundadır?

Bu soruya iki farklı açıdan cevap vermek mümkündür. Sosyal adalet kavramı teorik olarak gerçekleşmesi ve gerçekleştirilmesi mümkün olan bir kavramdır. Bu gerçekleşmenin en güzel şekilde görüldüğü felsefi ve hukuki sistemler hiç de az değildir. Platon'un devleti (kendi içinde birtakım adaletsizlikler barındırsa da), Aristoteles'in orta yolu benimseyen siyaset felsefesi, I. Kant'ın ebedi barış içinde yaşayan dünya devleti buna örnek gösterilebilir. Bu bağlamda sadece felsefe, hukuk ve politika değil, aynı zamanda semavi dinlerde içerik olarak farklı açılardan da olsa sosyal adalet kavramının içini doldurmaya en azından teorik temellerini atmaya özel önem vermektedirler.

Teorik açıdan bu olumlu yaklaşıma rağmen, sosyal adalet kavramının pratikte uygulanması ya da pratikte karşılaşılan sorunları çözmesi maalesef her zaman mümkün olmamıştır. Bu gerçekliğe rağmen teorinin mümkün olan en iyi şekilde pratiğe uygulanması için bir takım yollar da yok değildir. Biz böyle bir teorinin pratiğe nasıl daha iyi bir şekilde uygulanabileceğine dair kısa bir kaç tespitte bulunmak istiyoruz. Yapılması gereken ilk şey, insanlara kendilerinin insan olması hasebiyle moral bir varlık olduklarını ve dokunulmaz bir değer taşıdıklarını onlara hatırlatmaktır. Bu hatırlatmayı kanımızca en iyi felsefe yapabilir. Felsefi bir bakış açısına sahip olan bir insan, diğer insanlara bir "değer" olarak bakmayı öğrenmiş olan bir insandır. Bu bağlamda I. Kant'ın ahlak felsefesi gerçekten bizim için yol gösterici

nın beklendiği ve sosyal politika uygulamalarında giderek serbest piyasa kurallarının hakim kılındığı bir süreç yaşanmaktadır. Sosyal koruma sistemlerinin etkinliği giderek azalırken gelişmiş ülkeler, ulaştıkları yüksek ortalama gelir düzeyine karşın önemli bir kesimin "bolluk içinde yoksulluğuna" göz yuman bir görünüme sergilemektedir." Şenses, F.: Küreselleşmenin Öteki Yüzü Yoksulluk, İstanbul 2001, s.22-23.

olabilir. İnsanın sahip olduğu otonomi ve moral yasa ve bunun bir yansıması olan kategorik buyruk bize, insanın hiçbir zaman ahlaki edimlerde bir araç olarak kullanılmayacağını öğretmektedir. Bu diğer bir ifadeyle bireyin hemcinsine gerekli değeri ve saygıyı göstermesi, onun da adalet temelli dokunulmazlığa sahip olduğunun kabulü anlamına gelir. Bu dokunulmazlık hiçbir şekilde kaldırılamayan ve toplum için olsa bile de feda edilemeyen birşeydir. Bu aslında insanın “değerli” bir varlık olmasından kaynaklanmaktadır. İnsanın sahip olduğu bu değer de (*die Würde des Menschen*) Kant’a göre her türlü şeyin üzerindedir.²⁶ Bu gerçekliği benimsemiş bir birey, davranışlarında kendi hemcinsinin de hakları olduğu gerçeğine her zaman dikkat edecektir. Bu tür bireylerden oluşan bir toplumda da sosyal adalet kavramının pratik anlamda gerçekleşmesi zor olmasa gerekir. O yüzden felsefenin ya da felsefi bakış açısının topluma yayılması vazgeçilmez bir şarttır.

Yapılması gereken diğer bir husus toplumda ve genel anlamda devlet aygıtında sosyal adalet kavramını destekleyen ve adaletsizlikleri gidermeye çalışan kurumların sayısını artırmaktır. Sosyal adalet kavramı bütün toplumsal kurumların önem vermeleri gereken bir kavram olmalıdır. Bu kurumlarla kastedilen sadece yargı organı değildir. Bu anlamda batıda olduğu gibi devletle din birlikte çalışabilir. Batıda özellikle Almanya, İngiltere, Hollanda vs. gibi ülkelerde devletle din sosyal problemlerin çözümünde, fakirlikle savaşta, eğitimde, hemen hemen her türlü alanda (devlet idaresi hariç) birlikte çalışmaktadırlar. Bizim toplumumuz içinde -siyasi egemenlik hariç- diğer alanlarda devletle din yukarıda sayılan alanlarda pekala birlikte çalışabilir. Böylece devletle din arasında sürüp giden anlamsız çekişmede bir anlamda son bulabilir.

Bu bağlamda değinilmesi gereken diğer bir nokta da hukuk sisteminin sosyal adaleti mümkün olduğu kadar temin edebilecek mahiyette hazırlanması ve yürürlükteki mevcut hukuk sisteminde bu yönde değişikliklerin yapılmasıdır. Buda hiç şüphesiz siyasi iktidarların işidir.

Bütün bu çözüm önerilerine rağmen sosyal adalet kavramının pratikte kusursuz bir şekilde uygulandığı bir toplum bulmak mümkün değildir. Bu sayılan çözüm önerileri bize pratikte görece bir çözüm sunmaktadır. Bu önerilerin kısmen gerçekleştiği bazı toplumlarda bu kavram pratik anlamını -tam olarak olmasa da- kısmen bulmaktadır. Yukarıda sayılan çözüm yollarının hepsi bizim toplumumuzda gerçekleşse dahi, kavramın pratikte tamamen gerçekleşmesi mümkün değildir. Bunun en büyük sebebi yine insanın kendisidir. Maalesef insan antropolojik açıdan, diğer bir ifadeyle doğası gereği bencildir. İnsan her zaman kendini ve kendi menfaatini ön planda tutar. Diğergamlık insanlar için oldukça zordur. Kısaca sosyal adaletin tam olarak uygulanamamasında birinci etken bencilliğine yenilmiş insandır. En az bunun kadar önemli diğer bir etkende toplumun içinde bulunduğu ekonomik şartlardır. Fakir bir toplumda bu kavramın uygulanabilmesi, zengin herkesin temel ihtiyaçlarının karşılandığı refah toplumunda uygulanmasından daha zordur. Ayrıca toplumda hakim olan ekonomik model de bu bağlamda oldukça önemlidir. Kapitalist bir eko-

²⁶ Kant: Grundlegung der Metaphysik der Sitten, Akademie Ausgabe, cilt IV, s.434-436.

nomide diğler insanların durumu sermaye sahiplerini fazla ilgilendirmemekte, liberaller ise fakirlikle mücadeleyi tamamen devlete ya da sivil toplum örgütlerine yüklemektedirler.

Bu sayılan nedenlerden (bu nedenleri uzatmak mümkündür) dolayı sosyal adaletin tam anlamıyla bir toplumda uygulanma şansı ne yazık ki yoktur. Yukarda da belirttiğimiz gibi bu kavramın göreceli olarak pratikte uygulanma şansı vardır. Bu tespit aslında felsefe ve politika tarihinde niçin sosyal adalet kavramı temelli birçok ütopyanın ortaya çıktığının da bir cevabı niteliğindedir.

KAYNAKÇA

- Bernstein, E.:** Die Arbeiterbewegung, Frankfurt a.M.1910.
- Choussodosky, M.:** Yoksulluğun Küreselleşmesi, (çev: Neşenur Domaniç), İstanbul 1999.
- Dornbusch, R.:** “Görülmemiş Bir Refah Yüzyılı”, (Çev:Metin Toprak), *Kapitalizm ve Küresel Refah*, (Ed:Ian Vosquez), Ankara 2003.
- Eucken, W.:** Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Freiburg 1952.
- Hegel, G.W.F.:** Grundlinien der Philosophie des Rechtes, Stuttgart 1983.
- Hayek, F. August:** Recht, Gesetzgebung und Freiheit, cilt II: Die Illusion der sozialen Gerechtigkeit. Eine neue Illusion der Gerechtigkeit. Eine neue Darstellung der liberalen Prinzipien der Gerechtigkeit und der politischen Ökonomie, Landsberg am Lech 1981.
- Kant, I.:** Grundlegung der Metaphysik der Sitten, Akademie Ausgabe, cilt IV, Berlin 1923.
- Mill, J.S.:** Grundsätze der politischen Ökonomie, 4.baskı, cilt II, Leipzig1965.
- Mill, J.S.:** Der Utilitarismus, (çev. D. Birnbacher), Stuttgart 1976.
- Rawls, J.:** Eine Theorie der Gerechtigkeit, (çev. H. Vetter), Frankfurt a.M.1979.
- Rawls, J.:** Die Idee des politischen Liberalismus, Aufsätze 1978-1989, yayınlayan W.Hinsch, Frankfurt a.M. 1994.
- Schmoller, G.:** Über einige Grundfrage der Sozialpolitik und der Volkswirtschaftslehre, II.baskı, Jena 1904.
- Stiglitz J.E.:** Küreselleşme Büyük Hayal Kırıklığı (çev:Arzu Taşçıoğlu&Deniz Vural), İstanbul 2002.
- Şenses, F.:** Küreselleşmenin Öteki Yüzü Yoksulluk, İstanbul 2001.
- Von Stein, L.:** Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands, Stuttgart 1876.
- Walzer, M.:** Spheres of Justiz, a Defence of Pluralism and Equality (1983), dt. Sphären der Gerechtigkeit, (çev. H. Herkommer), Frankfurt a.M. 1992.

SİVİL TOPLUMUN EVRENSELLİĞİ ÜZERİNE BİR ELEŞTİRİ

Araş. Gör. Dadaşhan Celaledin KAVAS *

GİRİŞ

Sivil toplum, özellikle liberal ideolojinin kavramları arasında yer almakta ve ideal bir toplum modelini ifade etmektedir. Sivil toplumun güçlü olduğu bir siyasi yapılanma genel olarak daha demokratik, insan haklarının daha fazla koruma göre-bildiği, hukukun üstünlüğünün etkin olduğu bir ortam olarak tasvir edilmektedir.

Modern devletin oluşumu, aslında insanların devleti tanımlama ve açıklama çabalarıyla birlikte gerçekleşmiştir. Bu çerçevede sivil toplum, “kavramsal açıdan, insanlar Devlet’i düşünemilmeye başladıktan sonra varolabilirdi.”¹ İnsanların devleti düşünmeye başlamaları ise elbette belirli siyasi, ekonomik ve sosyal gelişmelerin zorunlu kıldığı bir gerçekliktir. Özellikle devletle çıkar çatışmaları yaşayan bireyle-rin devleti yeniden ele alıp sınırlandırmak ve tanımlamak istemeleri bu gelişmelerle bağlantılı görülebilir.

Elbette sivil toplum kavramına ilişkin bütün tartışmaları ayrıntılarıyla buraya aktarmak mümkün değildir. Ancak sivil toplumun özellikle tarihselliği, belirli bir yaşam biçimi ve ideolojiyle birlikte gelişmiş olması, onun evrensel bir niteliğe bü-ründürülme çabalarını da şüpheli bir hale getirmektedir. Sivil toplum olarak nitele-yebileceğimiz bir toplum yapısı sadece birtakım hak ve menfaatlerin *özgür, eşit ve âdil* bir çerçevede talep edilebilmesinin zemini mi olmaktadır? Yoksa belirli bir ekonomik düzenin, belirli bir yaşam biçiminin ve dolayısıyla da belirli ve egemen bir medeniyetin yaygınlaştırılması ve evrenselleştirilmesi çabasının mı uzantısı olmaktadır? Esasında modern devlet, hukuk devleti, liberal demokrasi, anayasal demokrasi, insan hakları, laik hukuk gibi aynı çağlarda ve aynı siyasal gelişmeler sonucunda ortaya çıkmış olan kavramların, bu sordüğümüz sorularla tekrar tekrar ele alınması mümkündür ve bizce zorunludur.

1. Sivil Toplum Kavramının Doğuşu

17. yüzyılda John Locke, insanların doğuştan bazı hakları olduğunu ileri süre-rek, bireylerin devletin dışında bir tanımlanma alanına kavuşmasına yol açmıştır. Devlet, gücünü Tanrıdan almaktayken, insanlar kendilerine başka bir kaynak bulma

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

¹ AKAL, Cemal Bali, *Sivil Toplumun Tanrısı*, İstanbul, 1990, s. 35.

yoluna gitmişlerdir. Böylelikle metafizik açıklamaların dışında bir açıklama sahası keşfedilmiş ve artık diğer bütün toplumsal gerçeklikler bu yeni sahada yeniden ele alınmaya çalışılmıştır.

Bu gelişme ile devletin dışında bir tanımlanma alanına kavuşmuş olan kesimlerin, mutlakiyet ile olan mücadelesini isimlendirme imkanı doğmuştur. Sivil toplum kavramı işte bu noktada, devlet dışında ve devlete bağlı olmaksızın kendini tanımlamaya çalışan kesimlere verilen bir isim olmuştur. Dolayısıyla dikkat edilmesi gereken bir nokta, sivil toplum kavramının, devlet iktidarıyla belli bir mücadeleyi yürüten kesimlere özgü bir kavram oluşudur. Yani bu kesimler, devlet iktidarı dışında gelişmiş olan diğer bütün toplumsal merkezlere belli bir güç atfetmek için bu kavramı genişletmişlerdir. Zira aydınlanma düşünürlerinden çok daha önce de bu kavramı karşılayan, yani devlet üzerinde etkinlik sahibi olup da devletten belli ölçüde bağımsız hareket edebilen toplum anlayışını yansıtan isimlendirmeler mevcuttu. Örneğin *Aristoteles*, *koinonia politike* kavramını kullanarak siyasi kararlar üzerinde etkinlik sahibi olan bir topluluktan bahsetmektedir. Burada muhtemelen Atina demokрасisinde söz sahibi olan belli bir topluluk kesimi kastedilmiştir. Daha sonraları *Cicero* bu kavramı *societas civilis* şeklinde çevirmiş ve devlete bağlılığını sürdüren, “iyi vatandaş” olan kimseler için kullanmıştır. Bu çerçevede adeta bir toplumun üyesi olmak, bir devletin parçası olmak gibi algılanagelmiştir.²

İlk etapta sivil toplum, aydınlanma dönemi yazarlarına göre siyasi olarak aktif rol oynayan vatandaşların yer aldığı bir alanı oluşturmaktaydı. Özellikle sosyal sözleşme teorilerinde karşılaşılabileceğimiz bu yaklaşım, toplumun devlet üzerindeki belirleyiciliğine işaret etmekte, aynı zamanda bu belirleyiciliğe dayanak oluşturmaktaydı.

Aydınlanma dönemi yazarları sivil toplumu devletten bağımsız kullanmış böylelikle bir anlamda devleti sınırlandırmış ve toplumun dışında bir yere itmiştir. Özellikle *Hegel*'in sivil toplum ile siyasal toplum arasında yapmış olduğu ayırım daha analitik bir düzeyde devlet ve toplum arasındaki çizgileri belirtmiş, devletin düzenlediği alanları ve toplumsal ilişkileri siyasal toplum kavramıyla ifade etmiş, geriye kalan *özerk* alanları ise sivil toplum olarak isimlendirmiştir.³

Aydınlanma döneminde özellikle *Hegel* ve *Marx*'a gelene kadar, genel olarak “*civitas*, *societas*, *societas civilis*, *populus*, *res publica*” gibi kavramların aşağı yukarı aynı anlamlarda kullanıldığı görülmektedir.⁴ Yine *Hegel* sivil ve siyasal toplum arasındaki ayırımı ortaya koymadan önce bu iki kavram aynı anlamda kullanılmaktaydı. Örneğin *Locke*, sivil toplum ve siyasal toplum kavramını, sosyal sözleşme teorisi içinde, doğa durumu sonrası toplumu ifade etmek için kullanmıştır:

“İlk toplum erkek ve hanımı arasındaydı ve bu ebeveynler ile çocukların arasındaki toplumun başlamasına yol

² YILDIZ, Özkan, “Sivil Toplum, Demokrasi ve Çoğulculuk”, *Sivil Toplum*, 2(5), s. 85; SARIBAY, Ali Yaşar, *Postmodernite Sivil Toplum ve İslam*. Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul, 2001, s. 134.

³ BELGE, Murat, *Sivil Toplum Nedir?*, http://stk.bilgi.edu.tr/docs/m_belge.pdf (24.05.2006)

⁴ DOĞAN, İlyas, *Özgürlükçü ve Totaliter Düşünce Geleneğinde Sivil Toplum*, İstanbul, 2002, s. 32.

verdi ve zamanla buna efendi ile köle arasındaki ilişki eklendi. Ve tüm bunlar ortak olarak bir araya gelip bir aile kurabilmesine rağmen bu ailenin sahibi ya da sahibesi bir aileye uygun gelecek bir takım kurallara sahipti ve bunların her biri ya da hepsi birlikte bunların her birinin farklı uçları, bağları ve sınırlarını düşündüğümüzde göreceğimiz gibi ‘siyasi toplumu’ oluşturdular.”⁵

Burada *Locke*'un siyasi toplumu, aileden başlayarak, bireylerin belirlenmiş kurallar çerçevesinde bir araya gelmeleri olarak açıkladığını görüyoruz. Dolayısıyla, kabul edilmiş birtakım normların varlığı, bir toplumu siyasi kılmak için yeterli ve gerekli olmaktadır. Zaten insanların tabiat halinden sosyal sözleşme ile siyasi topluma geçmelerinin altında yatan şey, *Locke*'a göre tabiat halinde insanların birbirlerinin haklarını çiğnemesinin önüne geçmek, yargılama ve cezalandırmayı kendileri adına gerçekleştirecek bir organizasyon meydana getirmek istemeleridir.⁶ “Bu sebeple Tabiat kanununun yaptırım gücünü herkesin bırakıp kamuya terk ettiği bir toplumda, oldukça birleşmiş bir dizi insan nerede varsa orada sadece siyasi ya da sivil bir toplum vardır.”⁷ Görüldüğü gibi *Locke* sivil ve siyasi toplumu aynı anlamda kullanmaktadır. Sivil toplum yani *societas civilis* ifadesindeki *civil* ifadesi aynı zamanda *medeni, şehirli, vatandaş* anlamlarını da kapsadığı için, tabiat halinden daha üst seviyeye çıkan insanları tanımlamada bunun vurgulanmak istendiği düşünülebilir.

Sivil toplum kavramı bu yönleriyle de bir anlamda *özerklik*in mevcut olduğu bir toplumsal oluşumu karşılamıştır. Sivil toplum, liberal düşünce geleneğinde devlet iktidarının sınırlandırıldığı bir alan olarak görülmekte ve bu *özerklik* aynı zamanda demokratik bir sistemin yaşama imkanı açısından zorunlu bir şart olarak kabul edilmektedir. Elbette liberal düşünce, bireyi toplumun üstünde gören bir anlayışa dayanmaktaysa da, bireyin birtakım sosyal ilişkiler içerisinde bulunabileceğini göz ardı etmemektedir. Ancak bu toplum, bireysel çıkarların şekillendirdiği bir biçimde ortaya çıkmalıdır.⁸ Bu açıdan, liberal düşünce taraftarlarınca sivil toplum, insanların siyasi tercihlerini serbestçe ortaya koyabilecekleri ve devlet iktidarının herhangi bir zorlamasıyla karşı karşıya gelmeyecekleri bir alandır. Hatta sivil toplum, insanların tercihlerini ifade etmelerinde esas aldıkları tercihler açısından tam bir serbestlik sağlamakta; insanlar, hem devletten hem de içinde yaşadıkları toplumun değerlerinden bağımsız olabilmektedirler.⁹ Bu bizi sivil toplumun başka bir özelliğine götürmektedir: çoğulculuk. Siyasi tercihlerin serbestçe ortaya konmasını sağlamakla beraber bu tercihlerin diğerleri üzerinde baskı oluşturmaması çoğulcu-

⁵ LOCKE, John, **Sivil Toplumda Devlet**, Çeviri: Serdar Taşçı, Hale Akman, İstanbul, 2002, s. 69.

⁶ GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Felsefesi**, 5. Baskı, Ankara, 1999, s. 203-204; BALI, Ali Şafak, **Hukuk**, Konya, 2005, s. 136 ; İŞIKTAÇ, Yasemin, **Hukuk Felsefesi**, İstanbul, 2004, s. 160.

⁷ LOCKE, s. 75.

⁸ HEYWOOD, Andrew, **Political Ideologies**, London, 1992, s. 24.

⁹ DEMİR, Ömer, “Sivil Toplum ve Liberalizm”, **İslam, Sivil Toplum, Piyasa Ekonomisi**, Editör: Ömer Demir, Ankara, 1999, s. ix.

luğu ifade etmektedir. Aynı zamanda farklı tercihleri olması muhtemel kesimlerin total anlamda, bütünleyici nitelikte bir kimlik altında toplanmaması da sivil toplumun çoğulcu yönünü tamamlamaktadır. Zira böylesi bir total kimlik aynı zamanda belli bir ideolojiye tekabül edecektir.¹⁰

2. Liberal Sivil Toplum ve Cumhuriyetçi Sivil Toplum (Res Publica)

Bu çoğulcu yönüyle liberal sivil toplum anlayışı *Rousseaucu* cumhuriyet anlayışından uzaklaşmakta ve *yanılmaz, şaşmaz* nitelikteki *genel irade* kavramıyla ters düşmektedir. Bu daha çok *Montesquieu*'nun ileri sürdüğü dengeler mekanizmasıyla uyum gösterebilecek, siyasi iktidarın *kuvvetler ayrılığı* ile bölüştürülmesi, sınırlandırılması ve bir anlamda zayıflatılması düşüncesiyle paralel bir anlayıştır. Zaten sivil toplum tanımlanırken, onun *Hobbescu* anlamdaki bir egemenlik anlayışıyla çatıştığından, yasama organları dahil bütün iktidar kurumlarının sınırlandığı bir dizi siyasal düzenlemelerden bahsedilmektedir.¹¹

Ancak *cumhuriyetçi* bir bakış açısıyla da sivil toplumu ele alındığı görülmektedir. Çünkü cumhuriyet bir *res publicaya* dayanmakta, *res publica* ise bireylerin serbestçe karar alabilmesinin önüne geçen cemaatleri daraltmakta, bu şekilde toplum demokrasiye daha etkin biçimde katılabilmektedir. Toplumsal ilişkiler, cemaatler düzeyinden kopartıldığı takdirde, daha fazla kişisel düzeyde gerçekleşecektir. Aksi takdirde herkesin alt düzeyde bulunduğu aidiyetler ve mensubiyetler söz konusudur ve böyle bir toplumda siyaset minimum düzeydedir. Bu aidiyetler ve mensubiyetler ortadan kalkacak olursa toplumsal düzen her seferinde yeni baştan ele alınacağından siyaset güçlü olacaktır. Bu aynı zamanda cumhuriyetin varoluşu demektir. Cemaatlerin güçlü olması ve siyasetin azalması, yönetimin daha güçlenmesi anlamına gelmektedir. Cumhuriyet, evrensel bir *res publica* önerdiği için etnik ve dinsel cemaatler bu potada eriyecek, bireyler kendi tercihlerini bu ortamda serbestçe ifade edebilecektir.¹² Bu bir ölçüde sivil toplumla siyasal toplumu birlikte ele alan, Aristoteles'in demokrasisine daha fazla yaklaşan bir anlayıştır.

Aslında her iki yaklaşım da bireyin özerkliğini ön plana çıkarırken liberal yaklaşım cemaatlere ve benzeri gruplaşmalara birbirlerine *tahakküm* etmemeleri şartıyla göz yummaktadır. Cumhuriyetçi yaklaşım ise bu gruplaşmaların, alt düzeyde bireylerin iradelerini ve siyasallaşmalarını engelleyeceğini söylemekte, bu şekilde belirlenmiş bir ortamda *küçük tiranlıkların* ortaya çıkacağına işaret etmektedir. Cumhuriyetçi yaklaşım, sadece *res publica* total kimliğinin ifade edilmesiyle diğer kimliklerin olası üstünlüklerinin giderilebileceğini tespit etmektedir.

Liberal düşüncenin cemaatlere göz yummasının arka planında devletle etkin mücadele edebilecek toplulukların istenmesi yatmaktadır. Yani temelde, liberal sivil toplum devletle ilişki içerisinde olan grupları ifade etmekte, sivil toplumun siyasal toplumla mücadelesini veya çıkar ilişkilerini vurgulamaktadır. Cemaatler veya ör-

¹⁰ SARIBAY, s. 138.

¹¹ BARRY, Norman, "Sivil Toplum, Din ve İslam", **İslam, Sivil Toplum, Piyasa Ekonomisi**, Editör: Ömer Demir, Ankara, 1999, s. 2.

¹² KILIÇBAY, Mehmet Ali, **Cumhuriyet Ya Da Birey Olmak**, 2. Baskı, Ankara, 2003, s. 17-19.

gütlerin sivil toplumda tanımlanması da bu sebeptir. Bununla birlikte, sivil toplum içerisinde ortaya çıkabilecek bu gruplaşmaların da sivil toplumu güçlü kılacağı düşüncesi, serbestçe örgütlenme ve faaliyet gösterebilme düşüncesiyle ilişkilidir.¹³ *Jellinek*'in klasik insan hakları kategorilerinde *katulma hakları* olarak belirtilen siyasi haklar da (örgütlenme özgürlüğü gibi) alt grup ve kimliklere verilen bu önemi yansıtmaktadır.

Aslında buradan yola çıkılacak olursa, sivil toplum, sosyolojik olgusal bir tespitten çok normatif siyasi bir yapıya işaret etmektedir. Liberal ideoloji, sosyolojik olarak tespit edebileceğimiz herhangi bir *özel alan* kesimini değil de; devletle ilişki içerisinde olduğu ve çıkarlarını devlete dayatabildiği ölçüde birey ve grupları sivil toplum içerisine sokmaktadır. Dolayısıyla sadece *özzerklik*, sivil toplumdaki kastedilene ulaşılması için yeterli sayılmamakta, devlet politikasını etkilemesi de aranmaktadır.¹⁴ Şu halde sivil toplum bir sosyal olguyu değil bir amacı, bir toplum modelini ifade etmektedir. Çoğulcu bir toplum, bireylerin beraberinde; grup, dernek temeline dayanmakta ve bu yapıyla siyasi iktidarı etkilemektedir. Ancak böyle bir toplum yapısı normatif bir niteliği barındırdığı için, siyasi iktidarlarca da yıpratılmaması gereken, farklı menfaatler arasında belirli bir dengenin korunmasının gerekli olduğu bir toplum biçimidir.¹⁵

Şüphesiz kavramın ortaya çıktığı dönemin siyasi gelişmeleri perspektifinden bakıldığında *Hegel*'in sivil toplumu *burjuva toplumu* olarak tanımlaması bu noktada anlam kazanmaktadır. Zira sözü edilen eylem veya tavrın o dönemde *burjuva* tarafından gerçekleştirildiğini, monarşilerle mücadelenin bu kesim tarafından yürütüldüğünü hatırlamak gerekmektedir. *Hegel* bu açıdan, modern ekonomik ilişkilerin, kişilerin kendi menfaatlerini kollamaları açısından uygun bir zemin oluşturduğunu, böylelikle bireysel kimliklerin güçleneceğini belirtmektedir. Sivil toplum aynı zamanda kolektif bir sorumluluğu da içermekte, bu yönüyle de mesela yoksulluğun önüne geçebilmektedir.¹⁶

Hegel'in sivil toplumu açıklayışı günümüzde kullanılan anlama işaret etmesi açısından elverişlidir:

“Sivil toplum, bütün bireysel menfaatlerin birbirleriyle çarpıştığı bir savaş alanıdır. Böyle olduğu gibi, ayrıca, burada a) bir yandan, bu bireysel menfaat, özel topluluğun menfaatlerine karşı, b) öbür yandan da, ikisi birden [bireysel menfaat ve özel topluluğun menfaati beraberce] devletin düzenlemelerine ve yüksek görüş noktasına karşı mücadele ederler.”¹⁷

¹³ “Sivil toplum içinde iş çevreleri, kulüpler, aileler vb. yer alır. Bireyler, birlikler bu alanda, devletin keyfi müdahalesiyle karşılaşmadan özgürce ve serbestçe örgütlenebilir ve faaliyet gösterebilir.” YAYLA, Atilla, *Siyasi Düşünce Sözlüğü*, Ankara, 2003, s. 174.

¹⁴ ERDOĞAN, Mustafa, *Liberal Toplum Liberal Siyaset*, 2. Baskı, Ankara, 1998, s. 207.

¹⁵ DÂVER, Bülent, *Siyasal Bilime Giriş*, Ankara, 1968, s. 94.

¹⁶ MORROW, John, *History of Political Thought*, Londra, 1998, s. 89-90.

¹⁷ HEGEL, George Wilhelm Frederich, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, Çeviren: Cenap Karakaya, 2. Baskı, İstanbul, 2004, s. 237.

Görüldüğü gibi *Hegel* liberal düşünürlerden farklı olarak, sivil toplumu ideal bir toplum modelinden çok, olgusal bir gerçeklik bazında ele almaktadır. Ayrıca “özel topluluğun menfaati” ifadesinden de anlaşılabilceği gibi bir sınıfsal yapıya işaret edilmektedir.

Şurası da gözden kaçmamalıdır ki, özellikle liberallerce ideal bir toplum modeli olarak vurgulanan ve güçlendirilmesi arzulan sivil toplum, yine aynı tarihsellik içerisinde Avrupa’da belli ölçülerde gerçekleşme imkanı bulmaktaydı ve kuramsal açıklamalar bu gerçekleşmenin meşrulaştırılması fonksiyonunu ifa ediyordu. Dolayısıyla siyasal gelişmeler, kuramsal açıklamaların önünü açmakta ve belki de onlara yön vermekteydi.

3. Tarihsel Gelişim ve Sivil Toplumun Batı’ya Özgü Oluşu

Sivil toplumun devletle toplum arasında bir ayrıma yol açması, kapitalizmin doğup geliştiği Avrupa ülkelerine özgü bir durumdur. Tarih içerisinde, diğer dünya ülkelerine bakacak olursak toplumlar devletin organik birer parçası olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira bu devletlerin “siyasi” oluşu *Schmitt*’in siyasi olanı açıklamasından da hatırlanabileceği gibi karşıtlıklar, yani dostluk ve düşmanlıklar üzerine kurulu bir anlayıştan doğmaktadır. Bu bağlamda, “hukukun üstünlüğü” ile sınırlandırılmış, kuvvetler ayrılığı ve parlamenter egemenlikle bütünleştirilmiş, sadece bireysel özgürlükleri gerçekleştirmekle yükümlü bir devlete itiraz eden *Schmitt* ulusun talepleri ve amaçlarına vurgu yaparak bir anlamda *Rousseau*’cu bir anlayışı ön plana çıkarır.¹⁸ Ancak *Schmitt*, *Rousseau*’dan daha ileri giderek devleti bağlayacak herhangi bir hukukun var olmadığını da ileri sürer. Çünkü devlet gerçekten egemense, aynı zamanda olağanüstü hale de karar verebilir. Olağan durumda geçerli olan bir hukuk normunun istisnasına yani bir anlamda ihlaline kalkışabilecek olan da devlettir.¹⁹ Bu ona göre egemenliğin bir şartıdır ve bu açıdan *liberal devletle* tamamen zıt bir devlet anlayışı ortaya koymaktadır. Böyle bir devlette görebileğimiz ilk şey, devletin belirli hedefler doğrultusunda siyasallaştığıdır. Siyasal olanı kavramsallaştırmasında *Schmitt*, dost ve düşmanlar ekseninde açıklanabilen sosyal olgulardan bahsetmektedir. Bu kavramsallaştırmayı *Schmitt* bir gerçeklik olarak ortaya koymakta, normatif herhangi bir beklenti taşımadığını belirtmektedir.²⁰

İşte modern “hukuk devleti” dışında kalan ve *Schmitt* tarafından siyasal niteliği vurgulanmış olan doğu devletlerine baktığımızda, gerçekten de belli idealler çerçevesinde, dost ve düşman algılaması ile karşılaşırız. Bütün bu devletlerde gözlemleyebileğimiz şey, genellikle dünya hakimiyeti ve benzeri ideallerle ifade edilebilen bir düşüncenin, mefkûrenin varlığıdır. Bunun yanında bu devletlerin varlık sebebi kutsal bir inancın sözcülüğü ve bayraktarlığı ile birlikte algılanmaktadır.

Bu açıdan bakıldığında doğu toplumlarında devlet sadece birtakım işlevleri gerçekleştiren bir aygıt değil, belli ideallerin somutlaştığı bir canlı varlık gibidir.

¹⁸ İNCE, Hilal Onur, “Carl Schmitt’in Siyaset Anlayışının 11 Eylül Sonrası ABD Güvenlik Politikasına Yansımaları Üzerine Düşünceler”, *Türkiye Günlüğü*, Sayı 79, Kış 2004, s. 83.

¹⁹ SCHMITT, Carl, *Siyasi İlahiyat*. Çeviren: Emre Zeybekoğlu, Ankara, 2002, s. 13-14.

²⁰ İNCE, s. 85.

Mesela Osmanlı Devleti'nin kuruluş aşamasında, Anadolu'daki diğer beyliklerle arasında gerçekleşen meşruiyet mücadelesinin temelinde "Üst İslami Geleneğin" temsilcisi ve gaza beyliği olma anlayışlarına referans yapıldığı görülmektedir. Osmanlı Devleti de Anadolu'daki diğer Müslüman topluluklar ve onların ileri gelenleri arasında meşruiyetini Bizans'la *cihad* ediyor oluşundan alabilmiştir.²¹ Dolayısıyla Avrupa'da görüldüğü şekliyle devletin akıldan yola çıkarak seküler bir biçimde açıklanmaya çalışılması Osmanlı'da kesinlikle görülemeyecek bir gelişmedir. Seküler bir açıklamaya gidilememesinin bir sebebi, devletin ancak ve ancak kutsal değerlerle birlikte varlık bulabildiği anlayışıdır. Diğer sebep ise bu toplumlarda, bireylerin belirli kutsal idealleri temsil eden devletle çatışan herhangi bir menfaati kollamayacak durumda olmasıdır. Böyle bir çatışma var olmadığı için de devleti yeniden açıklamak, tanımlamak, sınırlamak gibi arayışlara ihtiyaç duyulmamıştır.

Kılıçbay'ın Roma, Sasani, Bizans ve son olarak Osmanlı devletlerini *antik imparatorluklar* olarak tanımlarken dile getirdiği şu açıklamalar aslında modern öncesi (kapitalist ulus-devlet öncesi) bütün devletler için geçerlidir.

"Osmanlının da sonunda katıldığı Antik imparatorluk modelinin öğelerini ana hatları itibariyle şöyle çizmek mümkündür: Hakim-i mutlak bir hükümdar, rakip hükümdar olanaklarını önlemek üzere bir köle-yöneticiler *corpus*'u (Osmanlıda devşirme) ideolojik çerçeve olarak dinsel kurum ve nihayet *res publica* (yani bir bakıma siyaset) dışı tutulan üreticiler. Böylesine bir sistem, Platoncu modelin adeta mükemmel bir uygulaması olacaktır."²²

Böyle bir devlet ve toplum yapısında ilk farkına varacağımız şey, toplumun devlete göre tanımlanmasıdır. Devlet belli bir davanın (mesela nizam-ı alem) sözcüsüdür ve toplum da bu davanın bir parçası olmak durumundadır. Yine *Kılıçbay* durumu şöyle özetlemektedir:

"Osmanlı sisteminde ... hiçbir zaman bir özgürlük ve özerklik küresi olmamıştır, çünkü gücünü ve hakkını devlet dışındaki bir tabana dayayabilen herhangi bir tabaka var olamamıştır. Bundan ötürü de bireysellik ve birey hakları hiçbir zaman gündeme gelmemiştir. Batı'da hak olarak ortaya çıkan kavramın Osmanlı'da karşılığı yoktur. Osmanlı sisteminde yalnızca imtiyaz ve lütuf vardır. Yani her şeyin sahibi ve belirleyicisi olan dar siyasal grubun, padişah ve sarayın topluma, onu oluşturan sınıf ve tabakaların güçleri ve hakettikleri doğrultusunda

²¹ ITZKOWITZ, Norman, **Osmanlı İmparatorluğu ve İslami Gelenek**, Çeviren: İsmet Özel, 3. Baskı, İstanbul, 2002, s. 38.

²² KILIÇBAY, Mehmet Ali, **Doğunun Devleti Batının Cumhuriyeti**, İstanbul, 1992, s.55. Ayrıca aynı eserde Bkz. s.67-80.

değil de sistemi ayakta tutan donuk nizam-ı âlem kavrayışı içinde dağıttıkları sadakalar vardır. Bireyselliğin ve bunun kolektif hali olan özerk kurumların bu toplumsal formasyonda yeşerememiş olması, herkesi devleti şurasından veya burasından tutmaya yöneltmiş bu da demokrasinin temel koşulu olan *res publica*'yı (artık cumhuriyet diyebiliriz) güdük bırakmıştır.”

Halbuki Batıda yeniçağla birlikte devletin açıklanışında belirleyici olan devletin kendisi olamamıştır. Burjuvazi, menfaatlerinin çatıştığı devleti, yine kendi menfaatlerine hizmet edecek şekilde açıklama çabasına girişmiştir ve dönemin düşünürleri de bu açıklamaya hizmet etmişlerdir.

Kapitalizmin kök salmadığı geleneksel siyasi iktidar ve toplum ilişkisi, toplumun devletin haricinde algılanamayacağı bir yapı sergilemektedir. Hatta hükümdarın dışındaki devlet görevlileri dahi yine o devlet idealinin merkezileştiği hükümdarın kişiliğine sıkı biçimde bağlanmıştır. *Machiavelli* bu durumu şöyle aktarır:

“Türklerin ünlü monarşisi bir efendi tarafından yönetilir ve ötekiler onun kullarıdır. Ülkesini sancaklara bölerek oralara dilediğini yönetici olarak gönderir, istediğini görevden alır, istediği gibi yerlerini değiştirir. Buna karşılık Fransa kralı, çok eski soydan gelen ve halkı tarafından kabul gören, sevilen çok sayıda büyük derebeyliklerle çevrilmiştir.”²³

Bütün toplumun sıkı bir biçimde siyasi iktidara bağlı olarak tanımlandığı bir ülkede sivil bir toplumdaki bahsetmek elbette mümkün değildir.

Bilindiği gibi, Osmanlı da dahil olmak üzere kapitalizmin kök salmadığı diğer geleneksel toplumlarda da birtakım ekonomik ve ticari ilişkiler sürdürülmekteydi. Ancak buradaki ekonomik ve ticari ilişkilerin kapitalist nitelikli olmaması, ekonomik varlıkları bulunan kimselerin menfaatlerinin devlet menfaatleriyle çatışmayacak ölçüde kalmasına yol açmıştır. Batıda ise görülen şey, önce merkantilist ekonomi çerçevesinde önceleri devletle işbirliği sürdüren burjuvazinin, kapitalist ekonominin doğası gereği daha fazlasını istemesi ve giderek devletle de çatışmak durumuna gelmesidir.²⁴

Öncelikle monarşiler kilise karşısında güçlerini artırmak için burjuvanın desteğini aramışlar, öte yandan diğer monarşilerle giriştikleri rekabeti ekonomik olarak üstün yürütebilmek için bu destekten faydalanmışlardır. Amaçlanan ise ülkeleri içerisindeki değerli madenlerin ve paranın sürekli artması ve dışarıya kaçmamasıdır.

²³ MACHIAVELLI, Nicholo, *Prens*, Çeviren: İştan Gündüz, İstanbul, 2003, s. 31-32.

²⁴ HEATON, Herbert, *Avrupa İktisat Tarihi*, Çevirenler: Mehmet Ali Kılıçbay, Osman Aydoğuş, Ankara, 2005, s. 318-319; DOĞAN, s. 27-28.

Bunu sağlamak için burjuvaziye büyük imtiyazlar tanınmıştır.²⁵ Bu aynı zamanda ulus-devletlerin de ortaya çıkışı anlamına gelmekteydi. Zira kendi ülkesindeki burjuvaziye destekleyen monarşiler aslında iç millî pazarlarını da oluşturmaktaydılar. Bu bağlamda *Habermas* ulusu “bürokratik kurumlarıyla ve giderek artan malî ihtiyaçlarıyla merkantilist politikayı hızlandıracak olan modern devlet” yapısı içerisinde değerlendirilmektedir.²⁶ Bu durum burjuvazi için yeterli olmamıştır çünkü onlar için esas olan kapitalist ilişkiler, ekonomik gelişmelerinin bir ülkeyle kayıtlı olması durumuna müsait değildir. Diğer ülkelerle de bu ilişkilerini yürütmek, mal alıp satmak istemektedirler. *Laissez faire* anlayışı işte bu çerçevede burjuvazinin başkaldırışının ekonomik dayanağı haline gelmiştir.

Sonuçta ulaşılmaya çalışılan *liberal devlet* aslında *Poggi*'nin de ifadesiyle “burjuvazinin tüm toplum üzerinde sınıfsal egemenliğini kayırmak ve korumak üzere kurulmuştu.”²⁷ Bunun yanında “[t]üm bireylerin yasalar önündeki eşitliği anayasal bir ilke olarak anlamlıydı, çünkü özel mülkiyetin yasalarca korunması fiilen güvenlik güçlerinin, polis ve yargının etkinliklerini mülk sahibi sınıfların çıkarlarını gözetmek doğrultusunda yönlendiriyordu.”²⁸ Durum böyle olunca liberal, çoğulcu ve anayasal nitelikteki bir devlet karşısında güçlü kalabilen sivil toplumun merkezinde yine burjuvaziye görebiliyoruz. *Poggi* burada kısmen *Marx*'ı ve *Habermas*'ı eleştirerek devlet ve toplum ayrışmasının sadece siyasi ve ekonomik gelişmelerden kaynaklanmadığına dikkat çekmektedir. Bu süreç aynı zamanda kiliseden kopuşun ve laik devlete yönelişin de bir sonucu olmuştur.²⁹ *Gramsci* de gelişmeleri her şeyden önce sivil toplumla siyasal toplum arasındaki mücadelelerin sonucu olarak görmektedir. Ancak *Gramsci* kiliseden koparak laikleşme sürecindeki devletin kilise ile giriştiği role işaret etmekte, kiliseyle devletin, sivil toplumun farklı dönemlerdeki temsilcileri olmaları dolayısıyla çatıştığını ifade etmektedir.³⁰

Yukarıda Osmanlı toplumu için vurguladığımız husus buradaki laikleşme süreciyle paralellik göstermektedir. Zira devletin kutsal açıklamalardan arındırılması, devletin egemenliğinin de mutlaklığını ve sınırsızlığını ortadan kaldıran, sınırlı devlete yol açan bir gelişme olmuştur. Bu aynı zamanda kendisine yer açma çabasında ki sınıfların güçlenmesini ve sivil toplumun belirginleşmesini sağlamaktadır.

Ancak *Poggi*'den farklı olarak belirtilmesi gereken nokta aslında kiliseden kopmanın ve laik devlete yönelmenin arkasında yine siyasi ve ekonomik faktörlerin güçlü oluşu yatmaktadır. Önceleri kiliseye karşı kendi mutlak egemenliklerini kurmak isteyen monarşilerin kendi ülkelerinde kendi hukuklarını oluşturma çabasına

²⁵ DOBB, Maurice **Kapitalizmin Gelişimi Üzerine İncelemeler**, Çeviren: F. Akar, İstanbul, 1992, s. 182–183; HABERMAS, Jürgen, **Kamusalın Yapısal Dönüşümü**, Çevirenler: Tanıl Bora, Mithat Sancar, 5. Baskı, İstanbul, 2003, s. 80.

²⁶ HABERMAS, s. 79.

²⁷ POGGI, Gianfranco, **Modern Devletin Gelişimi Sosyolojik Bir Yaklaşım**, Çevirenler: Şule Kut, Binnaz Toprak, İstanbul, 2001, s. 140-141.

²⁸ POGGI, s. 141.

²⁹ POGGI, s. 142.

³⁰ GRAMSCI, Antonio, **Felsefe ve Politika Sorunları**, Çeviren: Adnan Cemgil, İstanbul, 1975, s. 333-334.

girmiş olması bu gelişmeyi başlatmış; ancak daha sonraları devletin teolojik olmayan, sadece akıl verilerine dayanan tarzda temellendirilmesi monarşilerin kendilerini de sınırlandırması sonucunu doğurmuştur. Çünkü monarşilerin girdiği sekülerleşme hadisesi, aslında monarşileri de kendi çıkarları önünde koşturmaya başlamış burjuvazinin ve kapitalizmin lehine bir zemin oluşturmuştur.

4. Kamusalık ve Sivil Toplum

Bütün bu gelişmeler aslında siyasi iktidarın, toplumu kendi siyasallığıyla tanımladığı geleneksel doğu devlet anlayışlarından kopuşun bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kopuş ilk olarak Avrupa’da ortaya çıkmıştır. Bu kopuşu başlatan ise 13. yüzyıl Avrupa’ında, bazı ticaret yolları üzerindeki kentlerde, fuarlarda ve antrepo merkezlerinde ilk olarak karşılaşmaya başladığımız ticaret kapitalizmi ilişkileri olmuştur. Kapitalizmin ilk olarak ticaret ilişkileriyle başlamış olması aynı zamanda mal ve haber dolaşımını da meydana getirmiştir.³¹ Elbette kapitalist ilişki biçimlerini kabaca bu dönemde yaygınlaşan ticaretle özdeşleştirmek yeterli bir tespit değildir. *Dobb*’un da belirttiği gibi ilişki biçimlerinin karakterini belirleyen, uzun dönemler boyunca güçlenen sermaye olgusu ve kredi ilişkileri olmuştur.³²

Bu ticari dolaşım sayesinde gelişen pazarlar ve kalabalıklaşmaya başlayan kentler giderek artık birer *kamu* alanı halini almaktaydı. Feodal dönemde ticari postaların ve mektupların kamuya açık oluşuyla belirginleşen *temsili kamu* yapısı, daha sonraları feodalizmden ulus-devletlere geçilmesi ve merkantilizmin güçlenmesiyle birlikte devletin de içine katıldığı, resmileşen ve süreklileşen bir haber ve mal dolaşımına dönüşmüştür ve bu da *kamusallığı* devletle bütünleştirmiştir.³³

16. ve 17. yüzyıllarda burjuvazinin devlete yönelen talepleri arttığı zaman, belli bir olgunluğa ulaşmış olan kamusalık da artık merkantilist anlayış çerçevesini aşmaya başlıyordu. Devlet güdümünden kurtulan kamusalık, ilk olarak basın çerçevesinde kendini göstermekteydi.³⁴ Devletten bağımsız gelişen kamusal merkezler olarak özellikle İngiltere ve Fransa’da yaygınlaşan sanat ve edebiyat çevreleriyle karşılaşırız. Bu dönemde kamusalığın içerisine sarayın beraberinde şehir ahalinin de girdiğini söyleyebiliriz. Yüksek aristokrat ailelerle birlikte burjuvazinin takip ettiği tiyatrolar, sergiler ve salonlar; sanat ve edebiyatı izleyen, tüketen ve eleştirenlerin oluşturduğu bir kamu olarak belirmektedir.³⁵ Bunlar arasına dönemin en çok rağbet gören mekanları olan “bilimsel dernekler, edebiyat salonları, Mason locaları ve *café*’lerden, yayınevleri, gazete ve dergilere kadar”³⁶ çeşitli *kamular* da dahil edilebilir. Buralarda burjuvazinin edinmeye başladığı *kamu kimliği* giderek, *siyasal* konularda ifade edilmeye başlanan düşüncelere zemin oluşturmaktaydı. Önceleri bilimsel, edebi, felsefi tarzda yürütülen tartışmalar giderek “ulus”un sorun-

³¹ HABERMAS, s. 74-75.

³² DOBB, s. 65-66.

³³ HABERMAS, s. 79-80.

³⁴ HABERMAS, s. 84-85.

³⁵ HABERMAS, s. 98.

³⁶ POGGI, s. 101.

larına, yurttaşlık erdemlerine, yasamanın yetkilerinin sınırlandırılmasına, din ve devlet ilişkilerine kaymaya başlamıştı. Bu şekilde büyük ölçüde burjuvaziden, kısım de soylu ve alt ruhban sınıflarından oluşan, devleti *eleştirici* bir *sivil toplum* anlayışı güçlenmeye başladı.³⁷

Aynı dönemlerde eserler veren birtakım düşünürlerin de bu kamusal merkezlerde yankı bulduğunu ve buralardaki düşünceleri şekillendirdiğini söylemek de mümkündür. *Hobbes*'un *Leviathan*'da şekillendirdiği devlet anlayışı, *Grotius*'un tabii hukuku ilahi hukuktan ayırması, *Spinoza*'nın *Tractacus*'ta ve *Etika*'da ortaya koyduğu ahlaki nitelikli eleştiriler işte bu çevrelerde ciddi etkiler meydana getirmiş, örneğin Fransa'da *XIV. Louis* dönemindeki *Ancien Régime* (eski rejim) karşısındaki nefret giderek yüksek boyutlara ulaşmış, İngiltere'de ise tepkiler su yüzüne çıkarak 1688 İngiliz İhtilali'ne yol açmıştı.³⁸ 1688 İngiliz İhtilali'nde, 1776 Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'nde ve 1789 Fransız İhtilali'nde *Locke*, *Rousseau* ve *Hume* gibi liberal düşünce geleneğinin öncülerinden olan yazarların etkileri zaten bilinmektedir. Bu yazarların düşüncelerinin yaygınlaşmasında da yine sözünü ettiğimiz *kamusal alan* oynadığı rol oldukça önemli olmuştur. Böylelikle kamusal alan, devletin denetimi dışında güçlenen kısmıyla birlikte, sivil toplumu ve sivil toplum ideolojisini de güçlendirmiş, devlet iktidarına karşı yürütülen mücadeleye zemin hazırlamıştır.

Sonradan gelen kuramsal açıklamalara bakıldığında da sivil toplum geniş alandaki toplumun belirli bir alanına işaret etmektedir. Bu alan kamusal alandır ve kamusal alan grupların kendi menfaatleri çerçevesinde devletle etkileşim içinde olduğu mekandır.³⁹ Yine yukarıda bahsettiğimiz gelişim sürecinden anlaşılabilceği gibi kamusal alan, “toplumsal sorunlarla ilgili aleni tartışma zemini” olarak da ifade edilebilir.⁴⁰ Bu tartışmanın içeriği hakkında farklı görüşler ileri sürülmekle birlikte; ağırlıklı olarak herkesi ilgilendiren çıkarlar ve meselelerle ilgili olarak iktidara eleştirel yaklaşan kamusal tartışma katılımcılarının toplumsal gelişim ve işleyişin seyri üzerinde yoğunlaştığı kabul edilmektedir. Katılımcılar ise kural olarak bütün vatandaşlardır.⁴¹

5. Sonuç ve Değerlendirme: Günümüzde Sivil Toplumun Fonksiyonu ve Sivil Toplum Kuruluşları

Yirminci yüzyıla geldiğimizde, özellikle 1929 ekonomik kriziyle birlikte, klasik kapitalist ekonominin, devlet düzenlemesinden tamamıyla bağımsız bir biçimde yürütülemeyeceği kanısı hâkim olmuş, *Keynes* ile birlikte devletin ekonomideki düzenleyici rolünün artırılmasına gidilmiştir.

³⁷ POGGI, s. 101-102.

³⁸ HAZARD, Paul, *Batı Düşüncesindeki Büyük Değişme*, Çeviren: Erol Güngör, İstanbul, 1981, s. 280-289.

³⁹ ERDOĞAN, s. 210.

⁴⁰ SUNAY, Reyhan, “Cumhuriyetçi-Liberal-Müzakereci Kamusal Alan Modelleri ve Türkiye’de Kamusal Alanın Gelişimi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 3-4, Yıl: 2002, s. 53.

⁴¹ SUNAY, s. 58-60.

Aşılması gereken sorun, kapitalist ekonomik düzenin devamlılığı sorunu olmuştur. Çünkü kapitalist gelişimin temel dinamiği olan sermayenin birikmesi ve merkezileşmesi durumu, giderek ülke içerisindeki ekonomik değerlerin aşırı derecede dengesiz biçimde dağılımına yol açmaktadır. Bu ise bir süre sonra sanayi kapitalizmi ile meydana getirilen ürünlerin alıcısının olmaması durumunu ortaya çıkarmıştır. İşte sürdürülebilir bir kapitalizmi elde edebilmek için tespit edilecek olan yol, alt gelir gruplarının içerisine düştüğü durumdan kurtarılarak, devlet eliyle, piyasada talep oluşturabilecek bir seviyede tutulması olmuştur. Böylelikle üretilen malların satılması mümkün olacak, yine kapitalist ilişkilerin doğası gereği sermayenin birikmesi ve merkezileşmesi eğilimi yine devam edecektir. Yapılan şey bir ölçüde devletin kapitalizme sokularak, bir denge oluşturması, subap vazifesi görmesi olmuştur. Böylelikle meydana gelmiş olan refah devletinin prensipleri şu şekilde özetlenmektedir:

“Önce topluluğun her üyesine, sadece insan olduğu için asgari bir *yaşama seviyesi* tanınmasıdır. İkincisi, ne zaman ki özel teşebbüs iktisadi istikrarsızlık ve çöküş tehdidini kendi başına önlemeye güç yetiremez, o zaman refah devleti müdahale yoluyla şiddetli dalgalanma dönemlerini atlatmak için bir *iktisadi* istikrar ve ilerleme siyaseti uygulamakla bağlıdır. Üçüncüsü, refah devleti kamu siyasetinin baş önceliği olarak *tam istihdam*’a bağlıdır.”⁴²

Ancak bilindiği gibi kapitalist ilişkiler ülke sınırlarıyla kayıtlı olmama karakteri de taşımaktadır. Sanayi kapitalizminin meydana getirmiş olduğu ürünlerin alıcısı sadece ülke içerisinde değil diğer ülkelerde de var olabilmeliydi. İşte bu amaçtan yola çıkarak, “az gelişmiş” olarak ifade edilen ülkelerde toplumların ekonomik anlamda belirli bir seviyede tutulması, fakat daha öncelikli olarak Batı medeniyetinin, sanayi devrimiyle meydana getirmiş olduğu ürünlerin alıcısı haline getirilmesi gündeme geldi. Çünkü “az gelişmiş” ülke toplumları henüz kapitalist ilişkilerin içerisine girmediği gibi bu ürünleri kullanma alışkanlığına da sahip değildi. İşte Batı için öngörülen “müdahaleci devlet” anlayışı, “az gelişmiş” ülkeler için “kalkınmacı devlet” olarak benimsendi ve buralardaki toplumların tüketim alışkanlıklarının devlet eliyle şekillendirilmesi sağlandı.⁴³ Bu dolaylı da olsa aslında kültürel bir değişim anlamına da gelmektedir. Söz konusu toplumlar kendi yaşam biçimlerini Batı kökenli teknik ve medeniyetinin ürünleriyle yeniden şekillendirecek ve dolayısıyla Batı Medeniyeti’nin bir parçası haline gelebilecektir.⁴⁴

Aslında kalkınmacı devlet eliyle gerçekleştirilen tek faaliyet ekonomik değildi. Kalkınmacı devlet, aynı zamanda sosyal ve siyasi bir öncü durumundaydı. Sırayla

⁴² EBENSTEIN, William, *Siyasi Felsefenin Büyük Düşünürleri*, Çeviren: İsmet Özel, 3. Baskı, İstanbul, 2003, s. 425-426.

⁴³ ACI, Esra Yüksel, *Kalkınma Sürecinin Yeni Aktörleri Sivil Toplum Kuruluşları*, İstanbul, 2005, s. 30.

⁴⁴ ÖZEL, İsmet, *Kalın Türk*, İstanbul, 2006, s. 30.

bağımsızlıklarını kazanan veya hiç sömürgeleşmemiş olan bu ülkelerde siyasi iktidarların oynadığı rol bir ölçüde liberal bir toplum yapısı üretmekle de yakından ilgiliydi. Her ne kadar bunlardan pek çoğunun siyaset literatürü açısından çok da çoğulcu olmayan, kısmen ve büyük ölçüde totaliter bir devlet-toplum ilişkisi barındırdığı biliniyor olsa da, arka plandaki asıl gelişmeler bu ülkelerde öncelikli olarak bir yurttaşlık bilincinin yeşertilmiş olması, temsili demokrasi aygıtlarının uygulamaya sokulması, içerik ve uygulama noktasında başarısız da olsa birer anayasanın var oluşu olmuştur. Hukuk devletine, insan haklarına, anayasal demokrasiye ve nihayet sivil toplumun güçlendirilmesine yönelik taleplerin bu ülkelerde ortaya çıkabilmesini sağlayan işte bu süreç olmuştur. Batı'nın kendi sosyal, siyasi, ekonomik ve tarihsel dinamikleriyle ortaya çıkan bu talepler ve değerler, bahsettiğimiz ülkelerde devletin müdahalesi eliyle ortaya çıkarılmıştır. Aksi takdirde bu ülkelerin kendi dinamikleriyle *liberal bir toplum* oluşturma noktasına gelebilmesi oldukça zor veya imkansız görünmekteydi.⁴⁵ Kapitalist ekonomi açısından, sermaye birikiminin yoğunlaşmadığı ülkelerde de *liberal* toplum yapılarının yaygınlaştırılmasının önemli görüldüğü dikkate alınacak olursa, burada bir müdahalenin gerekliliği kesin görülmektedir.⁴⁶

Bu sürecin içerisine elbette sosyalist Doğu Bloku ülkelerini de dahil etmek mümkündür. Doğu Bloku ülkelerinin tamamı sanayileşme yolunda ilerleme kaydetmiş ve Batı medeniyetinin ürünleri ve yaşam biçimiyle bütünleşmede geri kalmamıştır. Ekonomik ilişkilerin bu ülkelerde gösterdiği sınırlılık ve devlete bağımlılık siyasi anlamda Batı demokrasileri ile bir zıtlasmaya yol açmışsa da, temelde siyasi olarak bu ülke toplumlarının da modern devlet, anayasacılık, insan hakları ve 1980'lere doğru artan sivil toplum talepleriyle bütünleştiğini söylemek mümkündür. Doğu Blokunun, dağılmasıyla birlikte kısa bir süre içerisinde kapitalist sistemle entegre olması, bu toplumların ekonomik olarak liberalleşmeye elverişli bir hale getirildiğini göstermektedir.⁴⁷

Netice itibarıyla gerek liberal demokrasilerden yana tercihte bulunmuş olan az gelişmiş ülkeler, gerekse sosyalist bir sistemi benimseyen Doğu Bloku ülkeleri, aslında kendi toplumlarının sivil bir niteliğe büründürülmesinde, şekilden ibaret kalsa da anayasa, hukuk devleti ve demokratik seçim olgusuyla tanıştırılmasında önemli rol oynamıştır.

Günümüzde sivil toplumun olumlu bir değer olarak algılanması, insanların kendilerini özgürce tanımlayabilmesi ve hiçbir zorlamayla karşılaşmaksızın hareket edebilmesi gibi beklentilerden kaynaklanmaktadır.⁴⁸ Daha derinlerde yer alan gerçeklik ise, son yüzyıl boyunca bütün dünya ülkelerinde demokrasinin, insan haklarının, liberal demokrasinin yüceltilmesi ve daima ulaşılması gereken bir hedef olarak algılanması gerçeğidir. Bu algılayış biçimi, yukarıda geleneksel Doğu toplumla-

⁴⁵ ACI, s. 29-30.

⁴⁶ MANİSALI, Erol, *Türkiye ve Küreselleşme*, Üçüncü Baskı, İstanbul, 2002, s. 45.

⁴⁷ ÖZEL, s. 20.

⁴⁸ ACI, s. 24.

rında mevcut olmadığını belirttiğimiz sivil toplum yapılanmasının giderek bu toplumlarda da mevcudiyet kazanmasına yol açmış, en azından sivil toplum ideal bir model olarak zihinlerdeki yerini almıştır.

Bu gelişme aynı zamanda kendisini kutsal değerler ekseninde siyasallaştıran geleneksel devlet yapıları yerine, kimi zaman akla, kimi zaman ise maddi gereksinimlere göre tanımlanmış bir devlet anlayışını Doğu toplumlarında yerleşik kılmıştır. Böylelikle Doğu toplumlarının devlete bakış açısı seküler bir nitelik kazanmış, devletin sadece bir “aygıt” olarak topluma hizmet etmekle yükümlü olduğu bilinci giderek sabit hale gelmiştir. Bu durum ise kendisini dünya üzerinde ve dünya çapında herhangi bir hedefle, idealle açıklama ihtiyacı hissetmeyen siyasi iktidarları ve bu devlet yönetiminde yaşamlarını sürdüren, bireysel olmaktan çok “bireyci” karakterde toplumları doğurmuştur.

Süreci daha derinden inceleyecek olursak, aslında geleneksel Doğu toplumlarında devletin kendini din eksenli ifade ediyor oluşu ve toplumun bu çerçevede tanımlanması (mesela Osmanlı’daki milletler sisteminin din merkezli oluşu) tarihsel gerçeği, yerini laik devlet gerçeğine ve kendi kendini çok çeşitli kimliklerle açıklayabilen toplum gerçeğine yani çoğulcu topluma bırakmıştır. Şüphesiz günümüzde de kendisini birtakım dini referanslarla açıklayan devletler bulunmaktadır. Ancak kapitalist ekonomik ilişkiler, zaten bu ülkelerdeki toplumların çoğulcu bir yapı içerisine girme sürecini hızlandırmakta, belli ölçülerde de olsa demokratik kabul edilebilecek parlamenter sistemlerin işletilmesi de bu toplumlarda siyasi taleplerin devlete karşı ileri sürülebilmesini artırmaktadır. Bu şüphesiz “kutsal” olan, “kutsal bir hedefi olan” devlet anlayışıyla örtüşmeyecek bir gelişmedir.

Bu çerçevede sivil toplum örgütleri de özellikle bu ülkelerde bahsettiğimiz süreci hızlandıran, “sivil toplum” modelini daha da yaygınlaştırmak üzere fonksiyon icra eden ideolojik bir aygıt niteliğindedir.

Sivil toplum örgütlerinin, devlet aygıtının bir parçası olmadığı ve devletten destek alıyor olsa bile bunun bağımsızlıklarını etkilemediği ileri sürülmektedir. Ancak dikkat edilmesi gereken bir eleştiri, sivil toplum olarak kabul edilen örgütlerin özellikle *liberal* düşünceye dayanan toplumsal güçlerle sınırlandırılmış olmasıdır. Sivil toplumun belirli bir düşünceyle sınırlandırılması, sivil toplum örgütü olarak kabul edilen bu güçlerin, konjonktürel olarak devletle veya devlet içerisindeki bazı kesimlerle ilişki içerisinde olabilmesi sonucunu da doğurmaktadır. Çünkü sivil toplum örgütlerinin analitik olarak devlet dışında ve devletten bağımsız oluşu kıstasından çok, liberal ideolojiyle yakınlık içerisinde olmasının aranması böylesi tehlikeleri de mümkün kılacaktır.⁴⁹

Bunun da ötesinde özerkliğin temel bir kıstas olarak kabul edildiği durumlarda yine birtakım sorunlar çıkabilmektedir. *Beckman*’a göre özerklik kıstasının, sivilliliğin derecesini gösterdiği kabul edilecek olsa bile, özerkliğin demokratikleşme için

⁴⁹ BECKMAN, Björn, “Demokratikleşmeyi Açıklamak: Sivil Toplum Kavramı Üzerine Notlar”, *Sivil Toplum, Demokrasi ve İslam Dünyası*, Editörler: Elisabeth Özdalga, Sune Persson, İstanbul, 1999, s. 6-8.

gerekli bir koşul olup olmayacağı şüpheli görülmektedir. Buna örnek olarak *Beckman* Doğu ve Orta Avrupa’da totaliter rejimlerin çökmesi sürecini vermekte ve burada özerk örgütlerin zayıflığının demokratikleşmeyi engellemediğini belirtmektedir. Bununla beraber demokratikleşme ve bazı demokratik hakların elde edilmesi için özerklikten zaman zaman tavizler verilerek pazarlık imkanının genişletildiğini belirtmektedir.

“Bir toplumda belirli siyasal ve ekonomik konjonktürde, örneğin işçi örgütleri, işverenler karşısında çıkarlarını ve özerkliklerini korumak amacıyla, devleti kendi yararlarına müdahale etmeye teşvik etmek için işçi dostu saydıkları bir devletle ilişki kurmaktan çekinmeyebilirler.”⁵⁰

Aslında *Hegel*’e dönecek olursak, onun görüşünde partiler ve dernekler bir anlamda devletin *gizli dokularıdır*. Hükümetlere yönelik meşruiyet ve benimsemenin halk içerisinde var olabilmesini bir ölçüde sağlayan yine yönetici sınıfların özel girişimleri ile meydana getirilmiş siyasal dernekler ve sendikalarıdır.⁵¹

Hegel’in bu yaklaşımına benzer ve daha kategorik yaklaşım *Louis Althusser* tarafından ortaya atılmıştır. *Althusser*, yapmış olduğu açıklamalarda Marksist kurdan yola çıkarak devletin, egemen sınıfın üstyapısal bir aygıtı olduğunu belirtmektedir.⁵² Ancak devletin de egemen sınıfın menfaatlerini kollamak için kullandığı birtakım aygıtları bulunduğunu belirtmektedir. Devletle doğrudan bağlantılı olan baskı aygıtları arasında hükümet, idare, ordu, polis, mahkemeler, hapishaneler ve benzeri güçleri saymaktadır. Bu aygıtlar, (fiziksel olarak veya fiziksel olmayan yollardan) zor kullanabilen aygıtlardır. Bunun haricinde ise *Althusser*, devletin ideolojik aygıtlarından söz etmektedir.

“Devletin İdeolojik Aygıtları dediğimizde, gözlemcinin karşısına, birbirinden ayrı ve özelleşmiş kurumlar biçiminde dolaysız olarak çıkan belirli sayıda gerçekliği belirtiyoruz. ... İlk aşamada devletin *bir tek* (baskı) aygıtı olmasına karşın, *birden çok* sayıda DİA olduğunu gözlemleyebiliyoruz. Ve DİA’lar arasında bir birlik olduğunu varsaysak bile, DİA’ların bu çokluğunu bütünleştiren birlik dolaysızca görülmez. İkinci aşamada, devletin birleşik (baskı) aygıtının tümüyle *kamu* alanında yer almasına karşın, DİA’ların (görünüştteki dağınıklıkları içinde) en büyük bölümünün *özel* alanda bulunduğunu saptayabiliriz.”⁵³

⁵⁰ BECKMAN, s. 6-7.

⁵¹ GRAMSCI, s. 342-343.

⁵² ALTHUSSER, Louis, *İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları*, Çeviren: Alp Tümertekin, İstanbul, 2003, s. 166-167.

⁵³ ALTHUSSER, s. 168-169.

Althusser bu grupların, bir anlamda burjuva siyasi ve hukuki yapılanmasının kendini yeniden üreten bir şekilde devamlılığını sağladığına işaret etmektedir. Bunlar bir ölçüde sivil toplumun da devletin ideolojik aygıtlarından olabileceği düşüncesini uyandırmaktadır.⁵⁴ *Althusser*, bunları devletin ideolojik aygıtı olarak görmesinin gerekçesi olarak ise aslında *kamu alanı – özel alan* ayrımının burjuva hukukunda kullanılan bir ayırım olduğuna işaret eder. Bununla birlikte *Althusser*'e göre “egemen sınıfın *devleti* olan devlet ne kamusal ne de özeldir, tam tersine her türlü kamusal ya da özel ayrımın ön koşuludur.” Dolayısıyla da Devletin İdeolojik Aygıtlarının, kamu-özel ayrımına tabi olmaksızın yine devletin güdümünde olması oldukça doğaldır.⁵⁵ Devletin İdeolojik Aygıtlarının temel fonksiyonu ise egemen sınıfın menfaatleri doğrultusunda sosyoekonomik ilişkilerinin yeniden üretilmesidir.⁵⁶

Marksist düşünce çerçevesinde ortaya konulmuş olan bu tespiti biraz daha genişletmek gerekirse, bizce temel sorun belirli bir egemen sınıfla değil, belirli bir medeniyetle ilgilidir. Medeniyet meselesi açısından net, tutarlı ve bizce isabetli bir açıklama için *Oswald Spengler*'a başvurmak yerinde olacaktır. *Spengler*'in açıklamasına göre, aslında medeniyet, organik bir silsile çerçevesinde periyodik anlamda belli bir kültürün kaçınılmaz olarak ulaşacağı bir noktadır. Medeniyet, kültürün bir anlamda somut, maddi varlıklar düzleminde katılmış bir halidir ve temel işlevi o kültürün yeniden üretimini sağlamak olan bir aşamasıdır.⁵⁷ Dolayısıyla bugün teknik anlamda, yani araçsal olarak algıladığımız medeniyet unsurları, bir batı medeniyetinden rahatlıkla söz edebildiğimize göre aslında batı kültürünün yeniden üretimini sağlayan bir işleve sahiptir. Bu medeniyetin içerisinde modern devlet olgusunu ve sivil toplumu saymak ise kaçınılmazdır. Çünkü siyasi kurumlar medeniyet ürünleridir.

Burada tespit edebileceğimiz çarpıcı bir nokta, sivil toplumun bir medeniyet ürünü olarak, diğer siyasal yapılardan daha özel bir duruma işaret etmesidir. Bilindiği gibi *medeniyet*, Batı'daki *civilisation*'un çevirisi olarak yine Türkler tarafından türetilmiş bir Arapça kökenli kelimedir. *Civilisation*'un tarihçesine bakacak olursak daha başka önemli ipuçlarına ulaşmak mümkündür:

“Uygurluk (*civilisation*) kelimesi, uzun zamandan beri varolan ve XVI. yüzyılda kullanılmakta olan uygar (*civilisé*), uygarlaştırmak (*civiliser*) kelimelerinden hareketle yaratılmıştır. Uygurluk, 1732'de henüz bir hukuk usulü terimidir ve bir ceza hukuku davasını, medeni (*civil*) hukuk davası haline getiren adli bir işlem veya

⁵⁴ YAVUZ, Hilmi, **İslam ve Sivil Toplum Yazıları**, İstanbul, 1999, s. 70.

⁵⁵ ALTHUSSER, s. 170.

⁵⁶ ALTHUSSER, s. 175.

⁵⁷ SPENGLER, Oswald, **Batı'nın Çöküşü**, Çeviren: Giovanni Scgonamillo, Nuray Sengelli, 2. Baskı, İstanbul, 1997, s. 45. *Braudel* kültürün uygarlığa dönüşümünü kentleşmeye bağlamaktadır. BRAUDEL, Fernand, **Uygurlukların Grameri**, Çeviren: Mehmet Ali Kılıçbay, Ankara, 1996, s. 41-42. Gerçekten de yerleşik hayata geçen toplulukların, önceden sahip oldukları kültürü yeniden üretecek birtakım araçlar oluşturma gayretine girecekleri düşünülebilir.

kararı işaret etmektedir. ‘Uygar duruma geçiş’ anlamındaki modern ifade, daha sonraları, o sıralarda evrensel tarih üzerine bir kitap hazırlamakta olan (ama bunu kendi yayınlamayacaktır) Turgot’un kaleminden 1752’de çıkmıştır.”⁵⁸

Dolayısıyla sivil toplum, bir anlamda, *Roma Hukuku* geleneğinden gelen, sadece “vatandaş (civil) statüsüne sahip” kimselerin tabi olabildiği hukuk ilişkileri zemininde oluşan bir kavramdır.

Bütün bu açıklamalar çerçevesinde sivil toplum kavramının yeniden sorgulanması ve ona atfedilen normatif değer yeniden ele alınması zorunlu görünmektedir. Çünkü sivil toplum, yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, evrensel nitelikli bir olgu değildir. Sivil toplum, sadece belli bir medeniyetin, içerisinde doğduğu kültürel unsurları pekiştiren belli bir sosyoekonomik yapının ürünüdür. Sivil toplumun, aynı tarihsel süreçten geçmeyen ve aynı kültüre sahip olmayan başka ülkelere de aktarılması demek, bu sosyoekonomik yapının da ihracını gerektirmektedir. Bu ise ideolojik yönlendirmeden başka bir anlam taşımaz.

Zaten *Althusser*’in ideoloji üzerine söylediklerini, *Marksist* geleneğe de paralel olarak, egemen sınıfın menfaatini koruyan hukuk ve siyaset ilişkilerinin yeniden üretimini sağlayan bütün unsurlar, şeklinde özetlersek bizim medeniyet üzerine yaptığımız tespitlerin paralelinde bir noktaya ulaşılmaktadır. Özetle, sivil toplum ister *Marksist* literatüre uygun olarak “ideoloji” veya “ideolojik aygıt” şeklinde algılsın, ister bizim tercih ettiğimiz şekilde bir *medeniyet* unsuru şeklinde algılsın; toplumlar düzeyinde belli kesimlerin, ülkeler düzeyinde ise belli toplumların çıkarlarını koruyan tarihsel (tarihdışı olmayan) ve yersel (evrensel olmayan) bir siyasi kavramdır.

⁵⁸ BRAUDEL, s. 27-28.

KAYNAKÇA

- ACI, Esra Yüksel, **Kalkınma Sürecinin Yeni Aktörleri Sivil Toplum Kuruluşları**, İstanbul, 2005.
- AKAL, Cemal Bali, **Sivil Toplumun Tanrısı**, İstanbul, 1990.
- ALTHUSSER, Louis, **İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları**, Çeviren: Alp Tümertekin, İstanbul, 2003.
- BALI, Ali Şafak, **Hukuk**, Konya, 2005.
- BARRY, Norman, “Sivil Toplum, Din ve İslam”, **İslam, Sivil Toplum, Piyasa Ekonomisi**, Editör: Ömer Demir, Ankara, 1999, s. 1-20.
- BRAUDEL, Fernand, **Uygarlıkların Grameri**, Çeviren: Mehmet Ali Kılıçbay, Ankara, 1996.
- BECKMAN, Björn, “Demokratikleşmeyi Açıklamak: Sivil Toplum Kavramı Üzerine Notlar”, **Sivil Toplum, Demokrasi ve İslam Dünyası**, Editörler: Elisabeth Özdalga, Sune Persson, İstanbul, 1999, s. 1-10.
- BELGE, Murat, **Sivil Toplum Nedir?**, http://stk.bilgi.edu.tr/docs/m_belge.pdf (24.05.2006)
- DÂVER, Bülent, **Siyasal Bilime Giriş**, Ankara, 1968.
- DEMİR, Ömer, “Sivil Toplum ve Liberalizm”, **İslam, Sivil Toplum, Piyasa Ekonomisi**, Editör: Ömer Demir, Ankara, 1999, s. v-xxvii.
- DOBB, Maurice **Kapitalizmin Gelişimi Üzerine İncelemeler**, Çeviren: F. Akar, İstanbul, 1992.
- DOĞAN, İlyas, **Özgürlükçü ve Totaliter Düşünce Geleneğinde Sivil Toplum**, İstanbul, 2002.
- EBENSTEIN, William, **Siyasi Felsefenin Büyük Düşünürleri**, Çeviren: İsmet Özel, 3. Baskı, İstanbul, 2003.
- ERDOĞAN, Mustafa, **Liberal Toplum Liberal Siyaset**, 2. Baskı, Ankara, 1998.
- GRAMSCI, Antonio, **Felsefe ve Politika Sorunları**, Çeviren: Adnan Cemgil, İstanbul, 1975.
- GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Felsefesi**, 5. Baskı, Ankara, 1999.
- HABERMAS, Jürgen, **Kamusalhın Yapısal Dönüşümü**, Çevirenler: Tanıl Bora, Mithat Sancar, 5. Baskı, İstanbul, 2003.
- HAZARD, Paul, **Batı Düşüncesindeki Büyük Değişme**, Çeviren: Erol Güngör, İstanbul, 1981.
- HEATON, Herbert, **Avrupa İktisat Tarihi**, Çevirenler: Mehmet Ali Kılıçbay, Osman Aydoğuş, Ankara, 2005.
- HEGEL, George Wilhelm Frederich, **Hukuk Felsefesinin Prensipleri**, Çeviren: Cenap Karakaya, 2. Baskı, İstanbul, 2004.
- HEYWOOD, Andrew, **Political Ideologies**, London, 1992.

- İŞIKTAÇ, Yasemin, **Hukuk Felsefesi**, İstanbul, 2004.
- ITZKOWITZ, Norman, **Osmanlı İmparatorluğu ve İslamî Gelenek**, Çeviren: İsmet Özel, 3. Baskı, İstanbul, 2002.
- İNCE, Hilal Onur, “Carl Schmitt’in Siyaset Anlayışının 11 Eylül Sonrası ABD Güvenlik Politikasına Yansımaları Üzerine Düşünceler”, *Türkiye Günlüğü*, Sayı 79, Kış 2004, s. 80-98.
- KILIÇBAY, Mehmet Ali, **Cumhuriyet Ya Da Birey Olmak**, 2. Baskı, Ankara, 2003.
- KILIÇBAY, Mehmet Ali, **Doğunun Devleti Batının Cumhuriyeti**, İstanbul, 1992.
- LOCKE, John, **Sivil Toplumda Devlet**, Çeviri: Serdar Taşçı, Hale Akman, İstanbul, 2002.
- MACHIAVELLI, Nicholo, **Prens**, Çeviren: Işıtan Gündüz, İstanbul, 2003.
- MANİSALI, Erol, **Türkiye ve Küreselleşme**, Üçüncü Baskı, İstanbul, 2002.
- MORROW, John, **History of Political Thought**, London, 1998.
- ÖZEL, İsmet, **Kalm Türk**, İstanbul, 2006.
- POGGI, Gianfranco, **Modern Devletin Gelişimi Sosyolojik Bir Yaklaşım**, Çevirenler: Şule Kut, Binnaz Toprak, İstanbul, 2001.
- SARIBAY, Ali Yaşar, **Postmodernite Sivil Toplum ve İslam**, Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul, 2001.
- SCHMITT, Carl, **Siyasi İlahiyat**, Çeviren: Emre Zeybekoğlu, Ankara, 2002.
- SPENGLER, Oswald, **Batı'nın Çöküşü**, Çeviren: Giovanni Scgonamillo, Nuray Sengelli, 2. Baskı, İstanbul, 1997.
- SUNAY, Reyhan, “Cumhuriyetçi-Liberal-Müzakereci Kamusal Alan Modelleri ve Türkiye’de Kamusal Alanın Gelişimi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 3-4, Yıl: 2002, s. 53-81.
- YAVUZ, Hilmi, **İslam ve Sivil Toplum Yazıları**, İstanbul, 1999.
- YAYLA, Atilla, **Siyasi Düşünce Sözlüğü**, Ankara, 2003.
- YILDIZ, Özkan, “Sivil Toplum, Demokrasi ve Çoğulculuk”, *Sivil Toplum*, 2(5), s. 85-92.

1960 SONRASI TÜRKİYE'DE SİVİL İTAATSİZLİK EYLEMLERİ

Araş. Gör. Peri URAN *

I. GİRİŞ

Tarih sayfaları karıştırıldığında ortaya çıkacağı gibi, hiçbir kural ve sınır tanımadan yönettikleri toplumlara baskı uygulayan iktidar sahipleri kadar, kanunları, yaptıkları haksızlıklara ve zulümlere aracı kılan yönetimler de son derece tehlikeli sonuçların ortaya çıkmasına neden olmuşlardır. Bu noktada “Devlete ya da hukuka itaatin sınırları nereye kadar olmalıdır?” sorusu yüzyıllara yayılan siyasi bir sorun olagelmıştır.

Bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin devlet kudreti karşısında korunmasını sağlamak için çeşitli kurumlar geliştirilmiştir. Devlet kudretinin sınırlandırılmasında rol oynayan seçimler, katı anayasaların hazırlanması, kuvvetler ayrılığı, yargısal denetim, devlet başkanı vetosu, çift meclis sistemi gibi hukuki müesseselere rağmen temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği durumlarda, özgürlüklerin direnme yoluyla korunması sorunu ortaya çıkmıştır. Meşruluğunu kaybeden yönetimlerin çıplak kuvvete dayanarak sonsuza kadar yönetilenlerin itaatini sağlayabildiği şimdye kadar görülmemiştir.¹ Gönüllü itaatin kaynağı olan meşruluğun önemli ölçüde aşındığı bir noktadan sonra direnme bir hak olarak ortaya çıkmıştır.² Bununla birlikte direnme hakkının teorik olarak kabul edilmesi, uygulamayla ilgili pek çok durumu aydınlatmaya yetmediği gibi onun bir kaosa dönüşebileceği endişesi her zaman var olmuştur. Direnmeyi bir hak olarak kabul eden metinlerde bu hakkın ne zaman ve hangi şartlarda kullanılacağı belirtilmemiştir. Direnme hakkının detaylı bir şekilde hukuksal metinlerde yer alması tabiatıyla söz konusu olamaz; çünkü kuvvete başvuru olarak direnmeye hukuksal bir yolun açılması, sistemin kendisini gayri meşru görmesi anlamına gelir. Bu yetersizliklerin görülmesinin akabinde sivil itaatsizliğin pratik değeri ortaya çıkmıştır. Temel amacı vicdanen onaylanmayan hükümet eylemlerinin aracı olmamak, haksız olduğu düşünülen hukuk kurallarının değişmesi için toplum vicdanını harekete geçirmek olan sivil itaatsizlik kurumu, devlet iktidarına karşı saygılı bulunduğu kadar, tedbirli olunması gerektiği düşüncesinden kaynaklanmaktadır.

* Hacettepe Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi Bölümü.

¹ Münci Kapani, **Politika Bilimine Giriş**, 4. Baskı, İstanbul, Bilgi Yayınları, 1988, s.50.

² Claus Mueller, **The Politics of Communication**, London, Oxford University Press, 1973, s.128.

II. SİVİL İTAATSİZLİĞİN TANIMI

Siyasal iktidarın haksızlık olarak algılanan bir edimine karşı şiddete başvurmadan ve kamuya açık olarak gerçekleştirilen, siyasi-ahlaki bir motivasyondan kaynaklanan, en azından bir hukuk ihlalini içeren ve bunun sonuçlarına hazır bulunmak tutumunu taşıyan bir protesto eylemi olan sivil itaatsizlik, arada bir haksızlıklar yaşansa da genel anlamda adil olan ve anayasası vatandaşlarınca meşru kabul edilen bir devlette söz konusu olabilir.³ Sivil itaatsizlik yasal protesto biçimlerine karşı, bir hukuk normunun çiğnenmesiyle; bencil ve olağan hukuk ihlallerine karşı dikkate ve saygıya değer bir ahlaki-siyasi motivasyonla işlenmesiyle, gizlice işlenen kriminal fiillere karşı kamuya açık olmasıyla; klasik direnme hakkı, devrim, ihtilal, hükümet darbesine karşı şiddetsizliğiyle, ileri sürülebilecek samimiyetsizlik iddialarına karşı edimin sonuçlarına katlanmaya hazır bulunmak tutumuyla temelde ayrılmaktadır. Rawls, sivil itaatsizlik tanımını yönetim siyasetinin ya da yasaların değişmesini isteyen, aleni, şiddetsiz, vicdani fakat aynı zamanda siyasi olan, yasa dışı bir eylem olarak tanımlamıştır.⁴ Sivil itaatsizlik her şeyden önce bir “siyasi ifade” biçimidir.⁵ Demokratik hukuk devletinde, siyasi ifadeler ya sistemle bütünleşir, korunur, kurumsallaşır, ya da sistem dışında bırakılır, yasaklanır. Bu kritik çizgiyi belirleyen faktör, her şeyden önce siyasi ifadeye yüklenen “şiddet” unsurudur. Sivil itaatsizlik, şiddet unsurunu taşımayan bir muhalefet tipi ya da siyasi ifade biçimi olduğu ölçüde sistem içinde kalan ama yeni hukuk devleti anlayışında birey olmanın ifadesi olarak düşünülmektedir.⁶

III. SİVİL İTAATSİZLİĞİN MEŞRULUĞU SORUNU

Doktrinde sivil itaatsizliğin meşruluğu konusunda değişik yaklaşımlar mevcuttur. Her şeyden önce meşruiyet pozitivist yaklaşımda “bir işlemin ya da bir olayın olumlu nitelikteki bir hukuk normuna uygun olması” şeklinde anlaşılmaktadır; ancak bu tanım meşruiyet kavramının dar anlamını içermekte, dolayısıyla kavramın içeriğinin bütün yönlerini ortaya koymamaktadır. Meşruiyet kavramı, yetkili organlar tarafından konulmuş olan herhangi bir kanuna uygun olmayı ifade eden yasallık kavramından ayrılmaktadır; çünkü hukuk kuralları da varlıklarının meşruluğunu ispatlamak zorundadırlar.⁷ Kanuna uygun olan yasaldır; hakkaniyete uygun olan meşrudur. Kanunun herhangi bir hükmünü ihlal eden davranış hiçbir zaman yasal olamaz, ancak şartlara göre meşru olabilir. Bunun sonucu olarak meşruluk pozitif hukuku aşan bir sorundur. Yasallık, meşruluğun yalnızca karinesi sayılabilir. Sivil itaatsizlik bu bağlamda değerlendirilirse, eylemlerde yasaya aykırılık kurucu unsur olduğundan sivil itaatsizlik hiçbir zaman yasal değildir. Sivil itaatsizliğin meşrulu-

³ John Rawls, “Sivil İtaatsizliğin Tanımı ve Haklılığı”, *Kamu Vicdanına Çağrı Sivil İtaatsizlik*, çev. Yakup Coşar, 2. Basım, İstanbul, 2001, s.56.

⁴ John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, s.401.

⁵ Walter Harding, *Sivil İtaatsizlik*, İstanbul, 1991, s.75.

⁶ Bakır Çağlar, *Argumentum Aylık Hukuk Dergisi Sempozyum Özel Sayısı 11-12*, S.36-41, Yıl 3-4, Temmuz- Aralık 1993, s.651.

⁷ Ender Ethem Atay, “Hukukta Meşruiyet Kavramı”, *GÜHFD*, C.1, S.2, Aralık 1997, s.121-122.

ğunun hukuki değil, siyasi-ahlaki planda tartışılabileceği hususu kabul edilmiştir. Böyle bir sonuca ulaşmaya ahlakiliğin, hukukiliği aşan bir olgu olması, sivil itaatsizliğe pozitif hukukta yer vermenin arzu edilmeyecek bir normalleşme etkisine yol açacağı, her türlü risk ortadan kaldırıldığında sivil itaatsizliğin ahlaki temelini sorgulanacağı ve dolayısıyla onun çağrı etkisinin silikleşeceği gibi sebepler neden olmuştur. Sivil itaatsizliğin meşruluğu, demokratik hukuk devletinde bile hukuki düzenlemelerin ahlaken gayri meşru olabileceği ihtimali üzerine oturtulmaktadır. Hukuki meşruluk konusunda çalışmalar yapan Dreier⁹ de sivil itaatsizlik çalışmalarının merkezinde onun hukuki değil, siyasi-ahlaki meşruluk yeteneğinin bulunduğu ifade etmektedir. Söz konusu yaklaşımlardan hangisi kabul edilirse edilsin, bir sivil itaatsizliğin, meşruluğunu koruyabilmesi için, protestonun ağır haksızlıkları hedef alması, bu haksızlıkların giderilmesinin yasal olanaklarının mevcut olmaması veya bütün yasal yolların denenmiş ve bunlardan bir sonuç alınamamış olması, itaatsizlik eyleminin diğer insanların fiziki ve ahlaki bütünlüklerine zarar vermemesi ve demokratik hukuk devleti düzeni içinde bu protesto eylemlerinin anayasal düzenin işleyişini tehlikeye sokmaması gerekmektedir.

IV. 1960 SONRASI TÜRKİYE'DE SİVİL İTAATSİZLİK EYLEMLERİ

Sivil itaatsizlik, demokrasinin kendini geliştirmesinin, bireylerin kendilerini sorgulamalarının bir aracı, atılan adımlar üzerinde bir kez daha ciddi biçimde düşünülmesinin bir imkanı olarak görülebilir. Totaliter rejimlerde farklı eğilimlerin, azınlık haklarının sözü edilemez. Totaliter rejimlerde bireyden beklenebilecek yegane şey, kamusal alandan çekilmek olarak kabul edilmektedir. Bu da sivil itaatsizlik eylemlerinin neden yalnızca demokratik rejimlerde gerçekleşebileceğini açıklamaktadır.

Türkiye'de sivil itaatsizlik niteliğindeki eylemler özellikle 1960'lardan itibaren artmaya başlamıştır; bunda 1961 Anayasasının getirdiği özgürlük ortamının rolü yadsınamaz. Bu dönemde özellikle öğrencilerin ve işçilerin önderlik ettiği boykot ve gösteriler yaygınlaşmaya başlamıştır. 1960'lardan sonra ortaya çıkan öğrenci hareketleri, rejim içinde fakat toplumsal düzene karşı bir mücadele görüntüsüne sahiptir. Ancak polis tedbirlerine başvurulduğu ölçüde öğrenciler rejime de karşı çıkmaya başlamışlardır. 1965-1970 yılları arasında öğrenciler tarafından yapılan 92 sessiz yürüyüşün 65'i, toplumsal düzen veya siyasal rejimle ilgili sorunlardan kaynaklanmıştır. 1967-1968 yılları arasındaki ayaklanmalar, daha çok üniversite içi sorunlar ve genel olarak eğitim sistemi ile ilgilidir. Bu dönemdeki öğrenci eylemlerinde şiddet eğilimi göze çarpmaktadır. Ancak öğrencilerin şiddet eylemlerine başvurmaları birden olmamış, bir turmanma hareketi şeklinde gerçekleşmiştir.¹⁰ Söz konusu öğrenci eylemleri sivil itaatsizliğin "şiddetsizlik" dışındaki tüm unsurlarını taşımakta-

⁸ Jürgen Habermas, **Sivil İtaatsizlik**, Demokratik Hukuk Devletinin Sınanması, çev. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, 1995, s.86.

⁹ Ralf Dreier, "Dreizehn Thesen zum Zivilen Ungehorsam", **Argumentum Aylık Hukuk Dergisi Sempozyum Özel Sayısı 11-12**, 1992, S. 36-41, Yıl 3-4, Temmuz-Aralık 1993, s.695.

¹⁰ Ahmet Taner Kışlalı, **Öğrenci Ayaklanmaları**, İstanbul, 1974, s.51-55.

dırlar. Ancak bu dönemde gerçekleşip, şiddet içermeyen ve sivil itaatsizliğin tüm unsurlarını içinde barındıran birçok öğrenci eylemi de bulunmaktadır. 1965-1970 yılları arasında öğrenciler tarafından gerçekleştirilen sayısız elliyi aşkın birçok sessiz yürüyüş sivil itaatsizlik örneği olarak kabul edilebilir niteliktedir.

1961 Anayasasının getirmiş olduğu özgürlük ortamı ve imkanlarla işçiler de ekonomik ve sendikal haklar elde etmek için birçok eylem ve grev yapmışlardır. Bunların en önemlisi DİSK’e bağlı işçilerin 15-16 Haziran 1970’te İstanbul ve Kocaeli’nde yaptıkları eylemdir. 274 Sayılı Sendikalar Yasası ve 275 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi’nde öngörülen ve Disk gibi bazı sendikaları ortadan kaldırmayı amaçlayan değişikliklere karşı çıkmak için 50.000’e yakın işçinin sokaklara dökülerek yaptığı bu eylemler esnasında şiddete başvurulmuştur; bu nedenle Türk İşçi sınıfı tarihindeki ilk büyük kitle eylemi olan ayaklanma sivil itaatsizlik eylemi olarak nitelendirilemez.¹¹

1969 yılının son günlerinde gerçekleşen ve sivil itaatsizliğin tüm unsurlarını taşıyan “Öğretmenler Boykotu”, söz konusu yılların en önemli hukuksal ve sosyal olaylarından biri olarak kabul edilmiştir. Yüz bini aşkın öğretmen, anayasadaki ilkelere aykırı olarak insan haysiyetine yaraşır yaşama koşullarından yoksun bırakıldıkları, laik devlet ilkesinin eğitim ve öğretim alanında hiçe sayıldığı, düşünce özgürlüğünün reddedildiği, kamu görevlilerinin güvenliklerinin baltalandığı gerekçeleriyle dört gün süren bir boykotta bulunmuşlardır. Bu boykota katılanlar hakkında davalar açılmıştır.¹²

1961 Anayasası’nın ülkeye getirdiği özgürlük ortamının yarattığı hareketliliği kaldıramayan Türk siyaseti 12 Mart 1971’de “12 Mart Rejimi” olarak adlandırılan dönemi yaşamıştır. Bu dönemde birçok yazar, sendikacı, bilim adamı, işçi, öğretmen ve öğrenci tutuklanarak ve askeri cezaevlerine konarak hala tartışılmakta olan yargılamalar sonucunda ağır cezalara çarptırılmıştır. 1971 ve 1973 yıllarında anayasada yapılan değişikliklerle 1961 Anayasasının getirdiği özgürlükçü ve demokratik düzen büyük ölçüde ortadan kalkmıştır. Bu dönemdeki en önemli değişiklikler temel hak ve özgürlüklere yöneliktir. Anayasanın 11. maddesi değiştirilerek, 1961 Anayasasının kabul ettiği “özgürlüklerin asıl, sınırlandırmanın istisna” olması ilkesi tersine çevrilmiş, ayrıca maddeye “özgürlüklerin kötüye kullanılmasını önleme” amacını taşıyan yeni bir fıkra eklenmiştir. 1982 Anayasası bireyin alanına daha fazla ipotek koyma niyetini göstermektedir. Bu nedenle de bireyin devlet ve toplum karşısında 1961 Anayasasına oranla daha az koruma gördüğü, yeni anayasada önceliğin devlete verilmek istendiği söylenebilir.¹³

Cumhuriyet Halk Partisi’nin birinci parti olduğu 1977 seçimlerinden, 12 Eylül 1980 askeri müdahalesine kadar birçok koalisyon hükümetinin kurulduğu istikrarsız

¹¹ Yıldırım Koç, *Türkiye’de İşçi Sınıfı Tarihinden Yapraklar*, 7. Baskı, İstanbul, 1992, s. 177-181.

¹² Mehmet Emin Artuk, “Sivil İtaatsizlik ve Ceza Hukuku”, *Argumentum Aylık Hukuk Dergisi Sempozyum Özel Sayısı 11-12*, 1992, S. 36-41, Yıl 3-4, Temmuz-Aralık 1993, s.725.

¹³ Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2001, s.66.

bir dönem yaşanmıştır. Bu dönemde partiler arası mücadeleler iktidar boşluğu oluşmasına sebep olmuş ve şiddet hareketleri artmıştır. Siyasi fikir ayrılıklarından kaynaklanan ve birçok kişinin zarar gördüğü bu dönemdeki eylemlerin sivil itaatsizlik olarak nitelendirilmesi olanaksızdır. 12 Eylül 1980 tarihinde Türk Silahlı Kuvvetleri, can ve mal güvenliğini ortadan kaldıran silahlı terör saldırılarının yaygınlaştığını, parlamentonun görevini yerine getiremez hale geldiğini, demokratik sistemin işlemlerini sağlayan yolların kapandığını ileri sürerek, ülke yönetimine el koyduğunu ilan etmiştir.¹⁴ 29 Haziran 1981 yılında Millî Güvenlik Konseyi yeni anayasanın yapımı sürecini başlatmıştır. İlk taslağı hazırlanan anayasa, 7 Kasım 1982 tarihinde halkoylamasına sunulmuş ve % 91.4 gibi yüksek bir oranla kabul edilmiştir. Bu oranın bu denli yüksek çıkmasında halkın, bir an önce sivil yönetime geçme isteği etkili olmuştur.

1982 Anayasası ile bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin devlet iktidarı karşısında sınırlandırılması, sivil itaatsizlik eylemlerinin hızını kesmiştir; ancak 1990'ların başından itibaren söz konusu eylemler Türkiye'de yeniden hız kazanmaya başlamıştır. "3 Ocak Genel Direnişi" bu dönemde ortaya çıkan ve izlenen siyasi-ekonomik politikalara bir tepki niteliği taşıyan bir diğer sivil itaatsizlik eylemi olarak literatüre geçmiştir. 30-31.10.1990 tarihinde Türk- İş Olağanüstü Başkanlar Kurulu, başta Anayasa olmak üzere, çalışma hayatını ilgilendiren yasalarla temel hak ve özgürlükleri engelleyen diğer antidemokratik hükümlerin düzeltilmemesi, enflasyondan kaynaklanan hayat pahalılığının geniş halk kitlelerini ezmesi, büyük çaplı bütçe açıklarının, işçi ve memur ücretlerine konan ağır vergi ve fonlarla karşılanması yoluna gidilmesi, devlet memurlarına verilen yetersiz miktardaki zamlarla mağduriyetlerinin artırılarak sürdürülmesi, laik cumhuriyet ilkesinden ödün verici tarzdaki düşünce ve uygulamalara karşı çıkılmaması, vergi kaçaklarının önlenememesi gibi gerekçelere dayanarak genel eylem uygulamasına oy birliğiyle karar vermiştir.¹⁵ Türk İş Başkanlar Kurulu'nun almış olduğu "genel eylem" kararı, 26 Aralık 1990 tarihinde toplanan Bakanlar Kurulu tarafından yasadışı ilan edilmiştir. Bu eylemin önlenmesi amacıyla Kamu İşveren Sendikaları Ankara 6. ve 8. İş mahkemelerinde ihtiyati tedbir ve tespit davaları açmışlardır. Başvurular mahkemelerce dikkate alınarak ihtiyati tedbir kararı verilmiştir. Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi de söz konusu kararın eyleme katılan herkesi bağlayacağını belirtmiştir.¹⁶ Bütün bunlara rağmen, memurlar, muhalefet partileri, meslek odaları ve diğer demokratik kuruluşlar eylemi 3 Ocak 1991 tarihinde gerçekleştirmişlerdir. Eyleme katılanların ve onu organize edenlerin yeni bir sosyal düzen kurma çabaları olmadığından, eylem sisteme içkiddir; eylemcilerin genel olarak sisteme değil, sistem içindeki bazı haksızlıklara itirazı bulunmaktadır. Eylem, mahkemenin ihtiyati tedbir kararına ve Bakanlar Kurulu'nun yasadışı ilanına rağmen gerçekleştirildiğinden hukuka aykırı-

¹⁴ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.27.

¹⁵ Petrol İş (Türkiye Petrol, Kimya, Lastik İşçileri Sendikası), Year Book for 1990, İstanbul, s.90. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Sevkuthan N. Karakaş, Eylem Günlüğü, Zonguldak Maden Grevi ve Yürüyüşü, Kasım 1990- Ocak 1991, Araştırma Raporu, 1. Basım, İstanbul, 1992).

¹⁶ Hayrettin Ökçesiz, **Sivil İtaatsizlik**, 3. Baskı, İstanbul, 2001, s.74.

lık unsurunu da taşımaktadır. Ayrıca eylemcilerin, eylemin hukuki sonuçlarına katlanmayı göze aldıkları, eylemin şiddet içermediği ve aleni olduğu dikkate alındığında; eylemin sivil itaatsizliğin tüm unsurlarını ihtiva ettiği görülmektedir.

Anayasal kapsamda korunan ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğünün bir kullanım biçimi olarak ve bu yönüyle demokratik toplumlarda, demokrasinin vazgeçilmez olan çok seslilik unsuru bağlamında bir mihenk taşı olarak kabul edilebilecek özel radyoların kapatılmasının ardından Türkiye çapında başlatılan ve çeşitli kentlerde korsan yayınlarla seslerini duyuran radyoların yapmış oldukları eylemler ile, RTÜK yasasının izinsiz yayın yasağını öngören ilgili maddesi ihlal edilmiş, şiddetsizlik, aleniyet ve eylemin yaptırımlarına katlanmak sonucunun göze alınması söz konusu eylemleri, bir sivil itaatsizlik eylemi haline getirmiştir.

Öznesini bağımsız mahkeme yargıçlarının oluşturduğu bir başka sivil itaatsizlik eylemi 11.04.1993 tarihinde Sakarya Adliyesi önünde gerçekleşmiştir. Sakarya Adliyesi’nde görevli 53 savcı ve hakim ile 163 personel bazı özlük haklarının verilmediği ve yargı reformuna ilişkin yasa tasarılarının beklemede bırakıldığı gerekçesiyle adliye binası önünde protesto eyleminde bulunmuşlardır¹⁷. Söz konusu eylem Türkiye’de diğer adliye mensupları ve hukukçulardan destek görmüştür. Yargıçlar, Hazine’nin ve devlete ait tüm kuruluşların açtığı davalarda “davadan çekilme” kararı verecekleri ve tutuklama konusundaki takdir yetkilerini gevşeteceklerini ifade etmişlerdir.

Demokratik rejimlerde sivil itaatsizliğin esas olarak düzeltici bir fonksiyonu vardır. Demokratik bir toplumda sivil itaatsizliğin kullanılması bazen gizlenen adaletsizliğin dramatize edilmesinde ve onu göz önüne sermede topluma kalan tek çare olarak kabul edilir. Söz konusu eylemleri gerçekleştiren bir azınlık, bir kararın kendileri için ne denli hayati bir öneme sahip olduğunu, nasıl bir baskı oluşturduğunu çoğunluğa gösterme imkanı bulabilir. 27 Mayıs 1995 tarihinde küçük bir grubun girişimiyle başlatılan ve 2000 yılında polisin müdahalesine kadar sürdürülen, kamuoyunda “Cumartesi Anneleri” olarak bilinen kayıp yakınlarının eylemleri de tipik sivil itaatsizlik eylemlerindedir. Cumartesi Anneleri’nin eyleminde amaç somut bir problem olan kayıpların bulunması için değişik sınıf, kültür ve politik görüşten insanlarla ortak bir insiyatif ve hareket oluşturabilmek, bu sayede kaybolan kişilerin akibetini öğrenebilmek olarak belirlenmiştir. Oturma eylemi şeklinde başlayan bu örgütlü arayış Arjantin’den örnek alınmıştır. 1976 askeri darbesinden sonra Arjantin’de binlerce insan kaybolmuş ve Arjantinli kayıp anneleri 1977’den itibaren başlattıkları hareketlerle darbenin 9 generalini sivil yönetime geçilmesiyle yargılatmayı başarmışlardır. 1995 yılında Arjantin Genel Kurmay Başkanı darbe dönemindeki kayıplardan kendilerinin mesul olduklarını ifade etmiştir.¹⁸

Eylemciler, kayıplar için kamuoyu oluşturmak ve kayıplara karşı çıkmak amacıyla hareket etmişlerdir. Talepleri sınırlı olduğundan sistemin tamamına bir karşı

¹⁷ Cumhuriyet Gazetesi, 12.04.1993. s.20.

¹⁸ Halime Karakaş, “Sivil İtaatsizlik Ne Kadar İtaatsiz?”, *Doğu Batı Dergisi*, Yıl 2, Sayı 5, Kasım- Aralık Ocak 1998-1999, s.179.

çıkış söz konusu değildir. Sivil itaatsizlik eylemi, eylemcilerin başka çıkar yol kalmadığını hissettikleri anda başvurdukları bir zorunluluk eylemi, çoğunluğa, kamu vicdanına yapılan bir çağrıdır. Eylemciler protestolarını şiddet yoluyla değil, aleni bir biçimde barışın diliyle gerçekleştirmiş ve eylemlerinin siyasi ve hukuki sorumluluklarını üstlenmişlerdir. Eylem Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu ihlal etmek suretiyle gerçekleştirildiğinden yasadışı nitelik kazanmıştır. Tüm diğer unsurlarla birlikte eylemin ciddi bir haksızlığa, yaşama hakkının ihlaline karşı gerçekleştirilmesi söz konusu eylemin, sivil itaatsizlik eyleminin tüm niteliklerine sahip olduğunu göstermektedir.

Sistemin duyarsızlaştığı, yozlaştığı bir süreçte adeta bir “şok” uygulaması olarak kendisini gösteren sivil itaatsizlik eylemlerinden Türkiye’nin uzun süre gündemini oluşturmuş, üzerinde çok konuşulmuş, hatta cumhuriyet tarihinde en çok katılım gerçekleşmiş olanı “Susurluk Kazası” olarak bilinen ve bir emniyet müdürü, bir milletvekili, bir kanun kaçağı ve susturuculu silahların içinde bulunduğu bir otomobilin kaza geçirmesi sonucu ortaya çıkan çete-devlet ilişkisine halkın gösterdiği tepki sonucunda gerçekleşmiştir. Devlet-mafya ilişkisinin hukuk devletinin önünde bir engel olduğunu düşünen değişik sosyal ve siyasal gruplar aynı amaçta birleşmiştir.¹⁹ 1 Şubat 1997 tarihinde bireylerin girişimiyle başlatılan, “sürekli aydınlık için bir dakika karanlık” sloganıyla tanımlanan ve toplumun suç örgütlerini kuranlarla onlara görev verenlerin, yargı önüne çıkarılması gayesini içeren kampanyaya binlerce kişi imzalarıyla destek verirken, bazı radyo ve televizyon kanalları da izleyicilerini, çağdaş ve şeffaf hukuk devleti için ışıklarını saat 21.00 de bir dakika söndürmeye çağırmıştır. Işıkların söndürülmesi şeklinde başlayan eylem kamuoyunda ortak bir bilinç yaratmış, zaman içinde sokaklarda tava ve tencerelerin birbirine vurularak slogan atıldığı bir eylem halini almıştır. Işık söndürmek suretiyle eylemciler herhangi bir hukuk kuralını ihlal etmemişlerdir, dolayısıyla eylem yasadışılık unsurundan yoksundur ve katlanılacak herhangi bir ceza yaptırımını da söz konusu değildir. Ancak sonraları bazı kimselerin sokaklara dökülmesi sonucunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Yasası ihlal edilmeye başlanmıştır. Böylece yasaya uygun olarak başlayan ve ahlaki motivasyonla işlenmiş olan bu siyasal eylem zamanla bazı kimselerin sokaklara çıkarak söz konusu yasayı ihlal etmeleri sonucunda yasaya aykırı hale gelmiş, alenilik, yaptığı eylemin sonuçlarına katlanmayı öngörme, şiddetsizlik, sisteme içkin olma özellikleri de var olduğundan, eylem o kimseler için sivil itaatsizliğe dönüşmüştür.

Diğer ülkelerdeki sivil itaatsizlik eylemleriyle Türkiye’dekiler karşılaştırıldığında, öznelere farklılaştığını gözlemlemek mümkündür. Avrupa ve Amerika’daki eylemlerde mevcut olan halk desteği ve öncülüğü, Türkiye’de yerini “konuyla ilgili olanlar” a bırakmaktadır. Oysa, toplumun, suç örgütlerini kuranlarla onlara görev verenlerin, yargı önüne çıkarılması konusundaki kararlılığın gösterilmeye çalışıldığı söz konusu kampanyada halk duyarlılığını, desteğini ve öncülüğünü gerektiği biçimde gösterebilmiştir.

¹⁹ Engin Cinmen, “Amaç Bir Sivil İtaatsizlik Yaratmak Değildi”, *Sivil İtaatsizlik, Disiplinlerarası Kolokyum*, 7-9 Kasım 1997, Uludağ Üniversitesi Kirazlıyayla Kongre ve Konferans Merkezi, İstanbul, 1999, s.10.

Toplumda bağlayıcı nitelikte olan kararların alınması sürecinde, bu bağlayıcı kararlardan etkilenen ya da bu bağlayıcı kararların uygulanmasından potansiyel olarak etkilenme ihtimali içinde olan tüm kesimler, birey olarak da grup olarak da, aktif olarak da bu kararların alınmasındaki tartışma sürecine kendi ilgilerine, kendi istemlerini katabilme özgürlüğüne sahip olabilmelidir.²⁰ Demokratik toplum anlayışı bunu gerektirmektedir. Demokrasinin köşe taşlarından biri olarak kabul edilen sivil itaatsizlik eylemlerinden bir başkası gerek yapılan eylemler ve gerekse örgütlenme modeliyle kamu politikalarının tartışılabilceğini ve kamuya karşı kitlesel bir hareketin uzun süre yürütülebileceğini göstermiştir. Öncelikle bir köylü direnişi olarak ortaya çıkan zamanla kurumsallık kazanan ve “Bergama Çevre Hareketi” olarak adını duyuran eylem, çok uluslu bir şirket olan Eurogold’un siyanürle altın üretmek ve kar elde etmek adına Bergama’ya verdiği yıkıcı zararların, Bergama köylülerince başlatılan mücadeleyle sona erdirilme çabalarının sonucu olarak gerçekleştirilmiş, söz konusu sivil itaatsizlik eylemi köyleri politik bir kamusal alan haline getirmiştir.

Uluslararası dev şirketler için henüz gelişmekte olan ülkeler arasında yer alan Türkiye iyi bir Pazar olarak kabul edilmektedir. Anayasanın 17.md.si “Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir...” , 56.md.si “Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler...” demektedir. Eurogold firmasının siyanür liç yöntemiyle altın çıkarması sonucunda Bergama halkının yaşamı doğrudan ve dolaylı olarak tehdit edilmiştir. Söz konusu tehdidin savuşturulması için kamuoyunun dikkatini çekmek maksadıyla Bergama köylüleri, eylemlerini kendilerini Boğaz Köprüsü’ne zincirlemek, soyunmak, Ramazan ayında piknik yapmak, maden sahasını işgal etmek, Avusturalya Büyükelçisi’nin basın toplantısını otelde basmak gibi yöntemlerle gerçekleştirmişlerdir. Söz konusu eylemler, Bergama halkının anayasadan kaynaklanan değerlerini koruma, sağlıklı bir çevrede yaşama saikiyle gerçekleştirildiğinden ve mevcut siyasal düzeni yıkmak, onun yerine yeni bir düzen kurmak gibi bir amaç söz konusu olmadığından sisteme içkinlik unsuru gerçekleşmiştir. Anayasanın ilgili maddeleri ihlal edilmek suretiyle Bergamalılar açısından açık ve ağır haksızlık meydana gelmiştir dolayısıyla eylemlerin ahlaki bir motivasyondan kaynaklandığı ileri sürülebilir. Alenilik, şiddetsizlik ve yaptığı eylemin sonuçlarına katlanma bilinci de eylemin diğer özelliklerindedir. Bergamalıların, özellikle Bergama köylüsünün gösterdiği direniş ve istemler yalnızca kendi bölgelerini korumakla kalmamış, aynı zamanda Türkiye’nin 460 yerinde siyanürlü liç yöntemiyle maden çıkartmanın önünü kapatmıştır. Bergama Çevre Hareketi öncelikle bir köylü direnişi şeklinde değerlendiril-

²⁰ Levent Köker, *Avrupa’da Etik, Din ve Laiklik*, İstanbul, 1995, s.56.

melidir. Hareketin kendine özgülüğü de sivil itaatsizlik eylemlerinin odak noktasında köylülerin bulunmasından ileri gelmektedir.

Türkiye’de ciddi ekolojist muhalefet 1980’lerden itibaren başlamıştır. 1984-1985 yılları arasında Gökova’da termik santrale karşı gösterilen muhalefet bunlardan biri olarak kabul edilebilir. Bu muhalefet yalnızca köylülerinkiyse kalmamış, bölge halkı 3000 imzalı bir dilekçeyi ilgili kurumlara göndererek direnişi başlatmıştır. Çevre sorunları karşısında gösterilen bir başka duyarlılık örneği Dalyan’da yaşanmıştır. Soyu tükenmekte olan deniz kaplumbağaları ve pek çok kuş türünün yaşadığı Dalyan’da Federal Alman Firması’nın 2000 yataklı turist otel yapımına başlaması İstanbullu “Doğa Korumacıları” başta olmak üzere pek çok grubu harekete geçirmiştir. Çevre Duyarlılığını Yayma Grubu, İzmir Yeşiller Grubu gibi örgütler hareket başlatmışlardır.²¹ Gerek Gökova, gerek Ankara’daki Güven Parkı’na otopark yapımına karşı başlatılan eylemler ve gerekse Aliğa Rafinerisi’ne ilişkin protestolar birer sivil itaatsizlik eylemi ve çevreci hareket olarak kabul edilebilir niteliktedir.

Uluslararası anlaşmalara lobi faaliyetleri ile ağırlığını koyan, taslaklar veren ve kabul ettirebilen az sayıdaki yetkin çevre örgütlerinden birisi de “Greenpeace”dir. Bu örgüt, çevre suçlarının şiddet içermeyen eylemlerle ve basın aracılığıyla gündeme getirmeyi amaçlamaktadır. Barışçıl eylemler, raporlar, basın açıklamaları; yetkililerle görüşmeleri içeren tüm çalışmaların “vitrinini” oluşturmaktadır.²² 23 Nisan 1993’te dünyanın en çok asbest içeren transatlantığı SS USA gemisinin Türkiye’de sökülmesine karşı İstanbul Tuzla açıklarında bir gemide; 11 Kasım 1994’te Nükleer enerjinin tehlikelerine dikkat çekmek üzere Ankara Türkiye Elektrik Kurumu Merkez Binası’nda yapılan eylemler, 21 Mayıs 2001’de İzmit Tehlikeli ve Klinik Atık Yakma Tesisi’nde gerçekleştirilen, Türkiye’nin Stockholm Kalıcı Organik Kirleticiler Anlaşması’nı imzalaması ve atık politikasını kamuoyuna açıklayarak atık yakma tesisini kapatması istemiyle gerçekleştirilen ve 39 saat süren eylemler ile Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu’nun 23. maddesini ihlal edilmiştir; söz konusu eylemler, barışçıl yollarla, kamuya açık biçimde ve meşruiyet dayanağı güçlü olan bir saikle yani, çevre suçlarının önlenmesini engellemek, insan yaşamını tehdit eden çevre sorunlarına dikkat çekmek ve ortadan kaldırmak amacıyla gerçekleştirildiğinden, göstericiler sistem karşıtı bir tavır içinde olmadıkları ve pozitif hukuk normunu ihmal etmenin doğuracağı yaptırımlara katlanmayı ve siyasi sorumluluğu üstlenmeyi göze aldıklarından, ayrıca eylemin gerçekleşme şekline yönelik hedefler tespit edildikten sonra o hedefe sadık kalmak suretiyle eyleme hesaplanabilirlik niteliği kazandırılabilirliğinden eylemler tipik anlamda sivil itaatsizlik eylemleri olarak tanımlanabilir.

Türkiye’de bir başka sivil itaatsizlik biçimi “Askerliği Reddetme” şeklinde gerçekleşme ortamı bulmuştur. Kişinin vicdani, kültürel, dini ve politik düşünce gibi

²¹ Oktay Ekinci, **Çevreciliğin ABC’si**, Simavi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 1994, s.32.

²² Aksu, Başaran, “**Yeşille Barışık Olanların Örgütü Greenpeace**”, Zıp İstanbul Dergisi, 87. Sayı, 15-30 Nisan 2002, s.25.

nedenlerle askerliği reddederek her türlü savaş ve savaşın yol açtığı yıkım ve tahribatın bir insanlık suçu olduğu düşüncesinden hareketle, buna ortak olmamak ve ortak olabilecek kitleleri bu konuda duyarlı hale getirmek amacıyla eylemlerini gerçekleştirmişlerdir. Vicdani Redciler emir komuta zincirinin olmadığı, tahakküm kültürünün ortadan kalktığı, özgür bir toplum isteminden yola çıkarak kamuya mesaj niteliğindeki sivil itaatsizlik eylemlerinin aktörleri olmuşlardır. Vicdani Redcilerin eylemleri, Türkiye’de ilk Vicdani Red girişimcisi olarak tanınan ve İzmir Savaş Karşıtları Derneği’nin başkanlığını yürüten O. Murat Ülke’nin kendi askerlik çağrı mektubunu basın mensupları önünde yakması şeklinde bireysel nitelikli olabileceği gibi, askerleri götüren uçağın kalkmasının engellenmesi ya da silah fabrikalarının ürettiklerinin nakliye edilmesinin engellenmesi gibi örgütlü eylemler de olabilir.²³

Askerliği red şeklinde ortaya çıkan sivil itaatsizlik eylemlerinin yasaya aykırılık sebepleri genelde, halkı askerlikten soğutma, devletin güvenlik kuvvetlerini alenen tahkir, emre itaatsizlik, emre itaatsizlikte ısrar, hile ve desiseye başvurmaya dayanmaktadır.²⁴

Pek çok vicdani redcinin düşüncesine yön veren bakış açısı, Hans Saner’inkine paralel olarak kabul edilebilir. Saner’e göre, hiçbir devlet mutlak olarak iyi ve mutlak olarak adil olamayacağı için yurttaşlarından ancak mutlak olmayan eylemler talep edebilir. Mutlak eylemler düzeltilmesi, geri dönüşü olanaksız eylemlerdir; öldürme eylemi gibi. Devlet insanlara devletleri için öldürme eylemine katılmaları yolunda propaganda yapabilir. Ancak bunu herkes için geçerli işlem haline getiremez ve askerlik için kazanmaya çalıştığı her bireyin onayına ihtiyacı vardır. “Demokratik sistem içinde çoğunluğun kabul ettiği ve devlet için yaşamsal önemde olan bir yasayı bireysel olarak ihlal etme eyleminin meşruiyeti söz konusu olabilir mi?” sorusunu Hans Saner²⁵: “En azından yasanın bireyi mutlak sonuçları olan eylemlere zorladığı durumlarda böyle bir meşruiyet vardır. Yurttaşlarını mutlak sonuçları olan eylemlere zorlayamayacak olan demokratik devlet, onları mutlak sonuçları olan cezalara yani ölüme ve ömür boyu özgürlükten yoksunluğa da mahkum edemez” şeklinde cevaplamıştır.

Vicdani Redciler, eylemlerini şiddetten arınmış şekilde gerçekleştirmekte, eylemlerin duyulması ve yayılmasını sağlamak maksadıyla medyayı kullanarak aleniyeti sağlamakta, bireysel ya da örgütsel biçimde yasaya aykırı hareket edip, bunların yaptırımlarına katlanmaktadır. Mevcut siyasal düzen yerine yeni bir düzen getirme amacı olmaksızın kendi hayatları adına karar verme haklarını kullanma amacıyla eylem gerçekleştirdiklerinden eylemleri sisteme içkindir de. Bireyin serbestçe kendi hayatı adına karar verme hakkının ellerinden alındığını, devletin kendi çıkarları doğrultusunda çalıştırmayı bir ödev olarak insanların önüne koyduğunu, bunun da

²³ Can Başkent, **Savaşa Karşı Şiddetten Arınmış Eylem**, A- Infos(tr), 8 Ocak 2002.

²⁴ Yavuz Oğuz, **İstanbul’da Vicdani Redcilerle Söyleşi**, www.Savaşkarşıtları.org.

²⁵ Hans Saner, **“Demokrasilerde Direnme Sorumluluğu Üzerine”**, Kamu Vicdanına Çağrı Sivil İtaatsizlik, Yakup Coşar, 2. Basım, 2001, İstanbul, s.162-163.

bir zorbalık olduğunu düşünmekte ve ağır bir haksızlığın var olduğu inancıyla eylemlerini gerçekleştirmektedirler.

Ülkemizde yaşanan ekonomik sıkıntılar, farklı politik uygulamalar, özel sektörü olumsuz bir şekilde etkilemiş ve bu durum bir başka örgütlü sivil itaatsizlik eyleminin yaşanmasına sebep olmuştur. Sağlık Bakanlığı'nın yerli ilaca yaptığı uygulamalar, ülke genelinde eczacıları mağdur etmiş ve onları "kepenk kapatma eylemi" yapmaya mecbur bırakmıştır.

4 Ocak 2002'de Sağlık Bakanlığı, üretici firmaların eczane kar hadlerinin yetersizliği nedeniyle, eczacılara meslek hakkı adına uyguladığı %10 iskontoğu kaldırdığını bildirmiştir. Halihazırda düşük kar oranıyla çalıştıklarını, bu uygulamanın sektöre darbe vuracağı görüşünde olan eczacılar bu haksız uygulama karşısında tüm girişimlerinin sonuçsuz kaldığını bu nedenle son çare olarak kepenk kapatma eylemini gerçekleştirdiklerini dile getirmişlerdir.²⁶

Yaptıkları eylem, TCK'nın 401²⁷. maddesini ihlal etmiş, aynı zamanda Eczacılar ve Eczaneler Hakkındaki Kanun'un cezalar bölümünde yer alan 45. madde gereğince eczacılar ağır para cezası yaptırımıyla karşı karşıya kalmışlardır. Eylemlerini, medya aracılığıyla duyurup, aleniliği sağlamış, eylemin hukuki yaptırımlarını göze alarak pozitif hukuk normlarını ihlal etmek suretiyle yasadışı hareket etmiş, eylemlerini şiddet kullanmaksızın gerçekleştirmişlerdir. Eylem tekil bir haksızlığın ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla yapıldığından sisteme içkinlik unsuru da mevcut bulunmaktadır.

Türkiye'de genel manada geleneksel toplum yapısına geri dönüş isteğinin ve bunun siyasal uzantısının sembolü olarak değerlendirildiğinden "başörtüsü"nü kamusal alanda yer alması Cumhuriyet tarihi boyunca engellenmiştir.²⁸

Başörtüsü yasağı ve bunun uygulamasının hukuki dayanağı Anayasa Mahkemesi'nin 7.3.1989 tarih, 1989/1 E., 1989/12 K. sayılı kararıdır. Söz konusu kararda, din hürriyetinin kullanılmasının bir sonucu olarak bayanların saç ve boyunlarını örtmelerinin, bireysel hayatta dinin tezahür biçimi olduğu için, özgür düşünce gereklerine, aklın ve bilimin gereklerine ters düştüğü, Anayasa'daki laiklik ilkesine ve laik eğitim kurallarına aykırı olan başörtüsünün takılmasının demokratik bir hak olduğunun savunulamayacağı, ister memur, ister işçi hatta ister öğrenci statüsünde olunsun, bir kamusal faaliyetin icrasına katılan kişilerin dinsel gereklere göre giyim kuşamını belirlemesinin, laiklik ilkesiyle bağdaşmayacağı, bayanların saç ve boyunlarını örtmelerinin savunulamayacağı, korunamayacağı; çünkü özgürlükleri yıkmak için özgürlüklerden yararlanılmasının düşünülemeyeceği ifadeleri yer almaktadır.

²⁶ "Yaşamak ve Yaşatmak İçin", TEB Haberler Dergisi, Ocak- Şubat 2002, s.17.

²⁷ 765 Sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nun 401.maddesi, "Belli bir mal veya hizmeti satmaktan kaçınarak kamu için acil bir ihtiyacı ortaya çıkmasına neden olan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." demektir. Aynı hüküm 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun 240. maddesinde düzenlenmiştir.

²⁸ Nazife Şişman, "Başörtüsü Sarı Yıldız Mı?", Birikim Dergisi, Sayı 95, 1997, s.92.

Başörtüsüne getirilen yasak 1997'de bütün üniversiteleri kapsayacak şekilde genişletilmiştir. İnançları gereği başörtüsü taktığını ileri süren öğrenciler, derslere ve sınavlara alınmaması sebebiyle mağdur olduklarını iddia ederek, mevcut uygulamalar ve yasal düzenlemeleri protesto etmek amacıyla imza toplamak, oturma ve yürüyüş eylemi yapmak, vs. suretiyle Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun ilgili maddelerini ihlal etme yoluna gitmişlerdir. Söz konusu eylemlerden bazıları; Mimar Sinan Üniversitesi Fen Fakültesi'nde toplanan yaklaşık 40 öğrencinin, Koçaeli Üniversitesi'ndeki başörtülü öğrencilere destek vermek için yaklaşık 200 kişinin, Malatya Hükümet Meydanı'nda 14 kişinin gerçekleştirdiği eylemlerdir.²⁹

Eylemcilerin protesto yöntemleri hukuka aykırılık teşkil etmiş, eylemciler eylemlerin yaptırımlarına katlanmayı göze almışlardır. Eylemler kamuoyunun algılabileceği nitelikte aleni ve şiddetsiz bir şekilde yapılmıştır. Ayrıca kendilerini tanımladıkları bir dinin emri olan başörtüsüne yasak konulmasını bir insan hakkı ihlali olarak gördüklerinden bu durumun kendileri açısından ağır bir haksızlık yarattığına inanarak, eylemlerini bu haksızlığın giderilmesi adına gerçekleştirmişlerdir. Ancak söz konusu eylemlerin sisteme içkin olup olmadığı konusu oldukça tartışmalı bir konudur. Bu noktada başörtüsü yasağına karşı yapılan eylemlerin sivil itaatsizlik eylemi olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Radikallerin sivil itaatsizliği kullanarak sempati kazanmaya çalışabilecekleri yolundaki endişeyle bazı hukukçular³⁰ üniversitelerde okuyan başörtülü kızların derslere ve sınavlara alınmaması üzerine yapmış oldukları protesto eylemlerinin, rejimin temeline yönelik irticai eylemler olduğunun bu nedenle sisteme içkinlik unsurunun var olmamasından dolayı eylemlerin sivil itaatsizlik niteliği taşımadığını ifade etmektedirler.

Eylemin, mevcut siyasal düzeni yıkmak ve onun yerine yeni bir düzen getirmek gibi bir amaç taşımadığını, eylemlerin kendilerini tanımladıkları bir dinin emri olan başörtüsünü takma hakkının elde edilmesi, yani kendilerine din özgürlüğünün tanınması amacıyla eylemlerini gerçekleştirdiklerini ileri sürenler de vardır. Bu düşüncede olanlara göre, hangi eylemlerin köktenci, solcu, sağcı ya da bölücü olup olmadığına kim, nasıl karar verecektir? Buna karar verecek olan eğer iktidar sahipleriyse, bunların çok objektif olmayacakları ortadadır. Bu düşüncüyü savunanlara göre, böyle bir yaklaşımın, iktidarın haksız edimlerine yönelik olarak yapılabilecek her sivil itaatsizlik eylemini, devletin temellerine yönelik irticai, solcu, sağcı ya da bölücü eylemler olarak nitelendirilmesi sonucunu doğuracağı açıktır. Bu görüşleri ileri sürenler, başörtüsü yasağı karşısında gerçekleştirilen eylemleri sivil itaatsizlik eylemi olarak görmektedirler.

Kaboğlu'nun konuyla ilgili değerlendirmesi şöyledir; başörtüsü takmanın özgürlük şeklinde nitelenebilmesi laiklik açısından mümkün olabilmektedir. Oysa öznel olarak inançta içten olduğu varsayımında bu bir emir olarak algılandığına

²⁹ "Türban için 118 Gözaltı", *Hürriyet Gazetesi*, 10 Ekim 1998.

³⁰ Adnan Güriz, *Sivil İtaatsizlik, Disiplinlerarası Kolokyum*, 7-9 Kasım 1997, Uludağ Üniversitesi Kirazlıyayla Kongre ve Konferans Merkezi, Birinci Basım, İstanbul, 1999, s.64.

göre, aslında “özgürlük”ten söz açılması güçtür. Bu nedenle Kaboğlu’na göre sorun geleceğe yönelik özelliğiyle ortaya konulduğunda bugün kendilerine özgürlükçü bakış açısıyla muamele edilen kişi ve grupların, hakim duruma geldiklerinde “emir” bakış açısıyla başörtüsüz olanlara özgürlük tanımayacakları ileri sürülebilecektir.³¹

Descartes’in “ Düşünüyorum, öyleyse varım” (Cogito ergo sum) önermesinde insanın var olmasıyla eş anlamlı kabul edilen düşünme yetisine bağlı olarak düşünme, düşündüğünü söyleyebilme özgürlüğü, insan hak ve özgürlüklerinin özüdür. Düşünce özgürlüğü, insanın serbestçe bilgilere ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına ya da başkalarıyla birlikte dernek, toplantı, sendika gibi çeşitli yollarla söz, basın, resim, sinema, tiyatro yollarıyla serbestçe açıklayabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelmektedir.³² Demokratik bir sistemin olmazsa olmaz özelliği, halkın yönetime katılması olduğuna göre, halkın yönetime katılmak ve yönetimi etkilemek için düşüncelerini özgür bir ortamda dile getirmesi gerekmektedir. Bu bağlamda düşüncelerin özgürce ifade edilmesini engelleyici her davranış, aynı zamanda demokratik sistemin kökleşmesini ve gelişmesini önleyici bir işlev görür. Bir fikri yasaklamak, yasakçıların zannettikleri gibi, genellikle fikrin aleyhine sonuçlar vermemektedir. Çünkü bir fikir yasaklanmakla, onu akılcı yoldan eleştirme ve yanlışlığını ortaya çıkarma fırsatları da büyük ölçüde ortadan kaldırılmış, yani yasaklanan fikre bir avantaj, ona bir nevi dokunulmazlık kazandırılmış olunmaktadır. Besselli ki yasaklanan fikrin aslında “yanlış” olduğu kanıtlanmadığı hatta yanlış olup olmadığı bilinmediği için, pek çok insan onun doğru ve güçlü bir fikir olduğunu sanmaya devam edecektir. Bu sebeple, özellikle fikirler söz konusu olduğunda, yasakçılık kesinlikle zararlıdır.³³ Düşünce özgürlüğü, temel hak ve özgürlükler listesinde diğerlerine nazaran farklı bir noktadadır. Bu farklılığın nedeni, düşünce özgürlüğünün birçok özgürlük ile yakın ilişkisinin bulunması ve diğer birçok özgürlüğün ya temelini ya da şartını teşkil etmesidir.³⁴

Demokratik olmayan ya da başka bir deyişle insanın, düşünebilme ve düşündüğünü söyleyebilme özgürlüğüne yer vermeyen rejimlerde düşünce, kurulu düzene ya da resmi ideolojilere karşı yöneltilmiş en tehlikeli silah kabul edilmiş, yasalarla, yasaklarla düşüncelerin açıklanabileceği alanın sınırları çizilmiştir. Günümüzde Batı demokrasilerinde gelişen ortak anlayış, düşünce özgürlüğüne sınırlama getirilmemesinden çok, düşünce özgürlüğünün hukukla korunması ve garanti altına alınmasıdır. Türkiye’de sistemin bekası ile düşüncelerin yasaklanması arasında birebir ilişki kuran bir zihniyet egemen olmuştur. Sistemin bilincinde veya bilinçaltında genel olarak insan hakları, özel olarak da düşünce özgürlüğü ciddi bir tehlike kaynağı

³¹ İbrahim Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, 4. Baskı, İstanbul, 1998, s.219.

³² Bülent Tanör, **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, 3. Baskı, BDS Yayınları, İstanbul, 1994, s.89.

³³ Mustafa Erdoğan, **“Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif”**, Liberal Düşünce Dergisi, S.24, Güz 2001, s.10.

³⁴ Muammer Aksoy, **“Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü”**, Türkiye’de İnsan Hakları Semineri, Ankara, 1970, s.127.

olarak görülmüş,³⁵ söz konusu anlayış yıllarca sürdürülen, Türkiye’de aydınların öznesi olduğu bir diğer sivil itaatsizlik eyleminin de çıkış noktası olmuştur.

1995 yılının Ocak ayında Yaşar Kemal’in Almanya’da yayınlanan “Der Spiegel” Dergisi’nde çıkan bir makalesi, devlet tarafından “bölücü propoganda” olarak değerlendirilip suç sayılmış ve yazar DGM’de ifade vermeye çağırılmıştır. Dünyaca ünlü bir yazarın bile düşüncelerinden dolayı takibata uğrayabilmesi kamuoyunda öncelikle bir tepki olarak imza kampanyası halinde kendini göstermiş, daha sonra 1080 aydının düşüncelerinden ötürü cezaevinde bulunan ya da yargılanan kişilerin suç sayılan yazılarını “Düşünceye Özgürlük” adlı kitapta toplayıp, tekrar yayınlanmalarıyla söz konusu kampanya bir sivil itaatsizlik eylemine dönüşmüştür.³⁶

Türkiye’nin başta gelen yazarları, sanatçıları, gazetecileri, bilim adamları düşüncenin suç olmaktan çıkarılması için yazarları yargılanan ve bir kısmı da ceza alan makalelerden hazırlanan “Düşünceye Özgürlük” adlı kitabın yayıncıları olarak kendilerini ihbar etmek suretiyle TCK 162. maddesini³⁷ ihlal etmişlerdir. Böylelikle sivil itaatsizlik eyleminin yasadışı unsurunu gerçekleştirmiştir. TCK m. 162’ye göre kanunun cürüm saydığı neşriyatı nakletmek başlı başına bir cürüm olup, faili aynı cezaya tabidir. Yani “yeni yayın” suçunun işlendiği ilk yazı TCK’nın hangi maddesini ihlal etmişse, o maddede öngörülen cezanın aynısı yazıyı tekrar yayınlayan için de geçerli olacaktır. Söz konusu maddede yer alan “Yayıncı, yazının içeriğine katılmadığını belirten bir ibare eklese bile sorumluluktan kurtulamaz.” ifadesi suçun manevi unsuru olan “kasıt” unsurunu yok saymaktadır. Dolayısıyla ilgili madde yargıçlara yorum alanı bırakmamaktadır.

Söz konusu aydınların; “Biz, aşağıda imzası bulunan yayıncılar, içeriklerinden tümüyle bağımsız olarak, katılıp katılmadığımız sorusunu dikkate almaksızın her türlü düşüncenin özgürce ifade edilebilmesini savunmak amacıyla, bu “mahkum” sözlerin ve metinlerin kamuoyuna iletilmesine aracılık ediyoruz. Kitaplar, ifade özgürlüğünü kullanmanın araçlarından biridir. Bu aracı kullanıyor ve “Düşünceye Özgürlük” adlı kitapçıyı yayınlıyoruz.”³⁸ ifadesi, eylemlerinin hukuki ve siyasi sorumluluğunu üstlendiklerinin göstergesidir.

Eylemin oluşum sürecinin başlangıç aşamasından, yargılamaların sonuna kadar, gerek köşe yazarlarının yazılarından gerek eylemlerini basın toplantısı yaparak kamuya duyurmalarından gerekse gazete, televizyon, radyo yayınlarıyla tüm gelişmeler halkın gündemine sokulmak suretiyle eylemlerin aleniliği sağlanmıştır. Yıl-

³⁵ Mithat Sancar, “Devlet Akl” Kısacasında Hukuk Devleti, 1. Baskı, İstanbul, 2000, s.165.

³⁶ Şanar Yurdatapan, Abdurrahman Dilipak, Kırmızı ve Yeşil, 2. Baskı, İstanbul, 2002, s.110.

³⁷ 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu, yerini 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı yeni Türk Ceza Kanunu’na bırakmıştır. Bununla birlikte, “Düşünceye Özgürlük” adlı kitapçıının yayınlanması suretiyle eski Türk Ceza Kanunu’nun 162. maddesi ihlal edilmiştir. Söz konusu maddeye göre, “ Kanunun cürüm saydığı neşriyatı nakletmek başlı başına bir cürüm olup, faili aynı cezaya tabidir. Nakolunan bu gibi neşriyatın muhteviyatı tasdik olunmadığına veya ihtiyatla nakledildiğine, yahut mesuliyeti başka bir kimsenin tamamıyla deruhte eylediğine dair bir kayıt ilavesi, naklini mesuliyetten varesten kılamaz.”

³⁸ Şanar Yurdatapan, Düşünceye Özgürlük 2000, 1. Basım, İstanbul, 2000, s. 79.

lardır sürdürülen eyleme başlarken hedef, yasaları “Düşünce ve İfade”yi yasaklayan, kısıtlayan, baskı altında tutan maddelerden temizlemek olarak belirlenmiştir, yani sistemin tümüne yönelik bir karşı çıkış söz konusu değildir. Devletin haksız bir ediminin düzeltilmesi amacıyla hareket edildiğinden eylemin sisteme içkin olduğu hususunda şüphe bulunmamaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 25 ve 26. maddeleri, taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9 ve 10. maddelerinde düzenlenen “düşünce ve ifade özgürlüğü” çoğulculuğun ve demokratik rejimin ön koşuludur.³⁹ Düşünceyi suç sayan yasal düzenlemelerin, açık ve ağır bir haksızlık olduğu eylemi gerçekleştirenlerin birleştikleri noktalardan birisi olmuştur. Düşünce Suçuna Karşı Girişim Hareketi'nin aktörleri, siyasi-ahlaki bir motivasyonla hareket etmiş, eylemlerin oluşum sürecinden, yargılamaların sonuna dek bireysel veya kolektif, spontane ya da örgütlü, doğrudan veya dolaylı hiçbir şiddet uygulaması yoluna gitmeyerek, içinde yaşadıkları toplumun değer tasarımlarına dayanarak kamuya ve siyasi karar organlarına söz konusu hareketi hayata geçirmek suretiyle çağrıda bulunmuşlardır. Söz konusu sivil itaatsizlik eylemleri yabancı yazarlar ve uluslararası kuruluşlar⁴⁰ tarafından da destek görmüştür. 14.02.2002'de Noam Chomsky, içinde muhtelif “düşünce suçu” içeren ve hüküm giymiş yazıların bulunduğu “Düşünceye Özgürlük 2001” kitabının yayıncısı olarak kendini DGM Başsavcılığı'na ihbar etmek suretiyle düşünce suçu önünde engel teşkil eden yasaların kaldırılması amacıyla oluşturulan söz konusu kampanyaya destek vermiştir.⁴¹

Fransız Devrimi'nin öncülerinden Voltaire'in: “Görüşlerinizin hiçbirine katılmıyorum; ama bunları açıklayabilme özgürlüğünüz için sonuna kadar yanınızda olacağım.” sözlerinden hareketle, Düşünce Suçuna Karşı Girişim Hareketi, farklı siyasi kimlik mensubu kimseleri aynı amaç ve aynı eylem çatısında bir araya getirmiştir. Farklı siyasi düşüncedeki kişiler aynı yasaklı yazıların yayıncısı olarak söz konusu mahkum sözlerin ve metinlerin kamuoyuna iletilmesinde aracılık etmişlerdir.⁴²

V. SONUÇ

1961 Anayasası'nın getirdiği özgürlük ortamının bir yansıması olarak 1960 sonrası Türkiye'de sayısı artmaya başlayan ve sivil itaatsizlik olarak nitelendirilebilecek eylemlerin tümü, demokratik devlete ulaşmanın yetersiz de olsa köşe taşlarıdır. Sivil itaatsizliğin haklılığı, demokratik bir hukuk devletinde dahi, yasal düzenlemelerin ahlaken gayrı meşru olabileceği ihtimalinden doğmaktadır. Hukuk devleti

³⁹ İbrahim Kaboğlu, “İnsan Haklarının Hukusal Yapısı Üzerine Bir Deneme”, Özgürlükler Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 1996, s. 176.

⁴⁰ Düşünce Suçu'na Karşı Girişim Hareketi'ne destek veren uluslararası kuruluşların başında, Uluslararası PEN Yazarlar Birliği, Uluslararası Af Örgütü, Uluslararası Yayıncılar Birliği, Uluslararası PEN “Hapisteki Yazarlar Komitesi” gelmektedir.

⁴¹ Adnan Ekinci, “Chomsky ve Gizli Kanun”, Radikal Gazetesi, 14.02.2002.

⁴² Şanar Yurdatapan, **Düşünceye Özgürlük 2001**, İstanbul, Şubat 2002, s.32.

bitmiş bir proje olmadığı gibi, anayasal organlar da yozlaşmaktan uzak değildir.⁴³ Böyle bir durumda direnmek ahlaki bir zorunluluk haline gelebilir ve sivil itaatsizlik düzeltici bir işlev görebilir. Gerektiği gibi uygulandığında sivil itaatsizlik kurumu bir ülkedeki hukuk sisteminin daha adil bir biçimde işlemesine ve sürekliliğinin sağlanmasına hizmet eder.⁴⁴ Devletin meşruluğu, her türlü faaliyetinde vatandaşlarının sürekli denetimine ve onayına bağlı olmasından ileri gelmektedir, fakat yasal denetim ve hak arama yollarının işletilmemesi ya da çok yavaş işletilmesi durumunda ileri sürülmek istenen bir hakkın gerçekleşmesinin olanaksızlaşması karşısında bireyler ortada bulunan bir haksızlığa belirli koşullarda kamuoyunun dikkatini çekmeyi ve devleti hukuk devleti ilkesine uygun işlemeye çağırmayı amaçlayabilir. İşte, sistemin duyarsızlaştığı, yozlaştığı bir süreçte adeta bir “şok” uygulaması olarak da nitelendirilebilecek olan sivil itaatsizliği hastalıklı demokrasinin tedavi yollarından biri olarak görmek gerekmektedir. Düşünce geleneği olarak kitlelerin her düzenlemeyi kamuya bırakmaları ve demokratik hukuk devleti olgusunun bütün kurumlarıyla harekete geçirilememiş olması gibi sebepler söz konusu eylemlerin Türkiye’de yeterince varlık gösterememesine yol açmıştır; bununla birlikte özellikle son yıllarda ülkemizde sivil itaatsizlik kurumunu bir siyasi ifade biçimi olarak gören ve onu demokrasinin geliştirilmesi için elverişli bir araç olarak kabul eden duyarlı bireylerin sayısının artması ile söz konusu endişe giderilmeye başlanmıştır.

⁴³ Jürgen Habermas, **Demokratik Hukuk Devletinin Sınanması**, çev. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, 1995, s.42.

⁴⁴ Vinit Haksar, **The Right To Civil Disobedience**, Osgoode Hall Law Journal, Vol.41, University of Toronto Press, Toronto, 2003, s.408.

KAYNAKÇA

- Aksoy, Muammer “**Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü**”, Türkiye’de İnsan Hakları Semineri, Ankara, 1970.
- Artuk, Mehmet Emin “**Sivil İtaatsizlik ve Ceza Hukuku**”, Argumentum Aylık Hukuk Dergisi Sempozyum Özel Sayısı 11-12, 1992, S. 36-41, Yıl 3-4, Temmuz-Aralık 1993.
- Atay, Ender Ethem “**Hukukta Meşruiyet Kavramı**”, GÜHFD, C.1, S.2, Aralık 1997.
- Başaran, Aksu “**Yeşille Barışık Olanların Örgütü Greenpeace**”, Zip İstanbul Dergisi, 87.Sayı, 15-30 Nisan 2002.
- Başkent, Can **Savaşa Karşı Şiddetten Arınmış Eylem**, A- Infos(tr), 8 Ocak 2002.
- Cinmen, Engin “**Amaç Bir Sivil İtaatsizlik Yaratmak Değildi**”, Sivil İtaatsizlik, Disiplinlerarası Kolokyum, 7-9 Kasım 1997, Uludağ Üniversitesi Kirazlıyayla Kongre ve Konferans Merkezi, İstanbul, 1999.
- Çağlar, Bakır **Argumentum Aylık Hukuk Dergisi Sempozyum Özel Sayısı 11-12**, S.36-41, Yıl 3-4, Temmuz-Aralık 1993
- Dreier, Ralf “**Dreizehn Thesenzum Zivilen Ungehorsam**”, Argumentum Aylık Hukuk Dergisi Sempozyum Özel Sayısı 11-12, 1992, S. 36-41, Yıl 3-4, Temmuz-Aralık 1993.
- Ekinci, Adnan “**Chomsky ve Gizli Kanun**”, Radikal Gazetesi, 14.02.2002.
- Ekinci, Oktay **Çevreciliğin ABC’si**, Simavi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 1994.
- Erdoğan, Mustafa “**Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü:Özgürlükçü Bir Perspektif**”, Liberal Düşünce Dergisi, S.24, Güz 2001.
- Güriz, Adnan **Sivil İtaatsizlik, Disiplinlerarası Kolokyum**, 7-9 Kasım 1997, Uludağ Üniversitesi Kirazlıyayla Kongre ve Konferans Merkezi, Birinci Basım, İstanbul, 1999.
- Habermas, Jürgen **Sivil İtaatsizlik**, Demokratik Hukuk Devletinin Sınanması, çev. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, 1995.
- Haksar, Vinit **The Right To Civil Disobedience**, Osgoode Hall Law Journal, Vol.41, University of Toronto Press, Toronto, 2003.
- Harding, Walter **Sivil İtaatsizlik**, İstanbul, 1991.
- Hürriyet Gazetesi, “**Türban için 118 Gözaltı**”, 10 Ekim 1998.
- Kaboğlu, İbrahim **Özgürlükler Hukuku**, 4. Baskı, İstanbul, 1998.
- Kaboğlu, İbrahim “**İnsan Haklarının Hukusal Yapısı Üzerine Bir Deneme**”, Özgürlükler Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 1996.
- Kapani, Münici **Politika Bilimine Giriş**, Bilgi Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 1988.

- Karakaş, Halime **“Sivil İtaatsizlik Ne Kadar İtaatsiz?”**, Doğu Batı Dergisi, Yıl 2, Sayı Kasım- Aralık- Ocak 1998-1999.
- Kışlalı, Ahmet Taner **Öğrenci Ayaklanmaları**, İstanbul, 1974.
- Koç, Yıldırım **Türkiye’de İşçi Sınıfı Tarihinden Yapraklar**, 7. Baskı, İstanbul, 1992.
- Köker, **Levent Avrupa’da Etik, Din ve Laiklik**, İstanbul, 1995.
- Mueller, Claus **The Politics of Communication**, Oxford University Press, London, 1973.
- Oğuz, Yavuz www.Savaşkarşitları.org., **İstanbul’da Vicdani Redcilerle Söyleşi**.
- Ökçesiz, Hayrettin **Sivil İtaatsizlik**, 3.Baskı, İstanbul, 2001.
- Özbudun, Ergun **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 1998.
- Rawls, John **“Sivil İtaatsizliğin Tanımı ve Haklılığı”**, Kamu Vicdanına Çağrı Sivil İtaatsizlik, çev. Yakup Coşar, 2. Basım, İstanbul, 2001.
- Rawls, John **A Theory of Justice**, Harvard University Press, Cambridge, 1971.
- Sancar, Mithat **Devlet Aklı” Kıskaçında Hukuk Devleti**, 1. Baskı, İstanbul, 2000.
- Saner, Hans **“Demokrasilerde Direnme Sorumluluğu Üzerine”**, Kamu Vicdanına Çağrı Sivil İtaatsizlik, çev. Yakup Coşar, 2. Basım, İstanbul, 2001.
- Şişman, Nazife **“Başörtüsü Sarı Yıldız Mı?”**, Birikim Dergisi, Sayı 95, 1997.
- Tanör, Bülent **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, BDS Yayınları, 3.Baskı, İstanbul, 1994.
- Tanör, Bülent- Yüzbaşıoğlu, Necmi **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2001.
- TEB Haberler Dergisi, **“Yaşamak ve Yaşatmak İçin”**, İstanbul, Ocak- Şubat 2002.
- Yurdatapan, Şanar- Dilipak, Abdurrahman **Kırmızı ve Yeşil**, 2. Baskı, İstanbul, 2002.
- Yurdatapan, Şanar **Düşünceye Özgürlük 2000**, 1. Basım, İstanbul, 2000.
- Yurdatapan, Şanar **Düşünceye Özgürlük 2001**, İstanbul, Şubat 2002.

FATURADA YER ALAN VADE FARKI KAYDINA İLİŞKİN YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARI HAKKINDA BİR DEĞERLENDİRME

(Yargıtay İBHGK'nın 27.06.2003 T. ve 2001/1 E, 2003/1 K. Sayılı Kararı)

Prof. Dr. İsmail KAYAR*

Araş. Gör. Pınar TURGUT GÜNBAŞI**

I. GİRİŞ

Fatura bedelinin zamanında ödenmemesi halinde vade farkı istenebilmesi için; taraflar arasında bu yönde yazılı bir sözleşmenin ya da bu doğrultuda oluşmuş bir uygulamanın bulunmasının şart olduğu hususunda Yargıtay'ın 11., 13., 15. ve 19. Hukuk Dairelerinin kararlarında tam bir görüş birliği olmasına karşın, taraflar arasında vade farkı isteneceğine yönelik yazılı bir sözleşmenin veya bu doğrultuda ticari teamülün bulunmadığı hallerde faturada yer alan vade farkı kaydına TTK m. 23/2'de belirtilen süre içinde itiraz edilmemesinin hukuki sonuçları hususunda görüş ayrılığı ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine, bu çalışmanın konusunu oluşturan 27.06.2003 T. 2001/1 E. ve 2003/1 K. sayılı Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı¹ verilmiştir. Söz konusu içtihadı birleştirme kararına göre;

1-Taraflar arasında mevcut olan yazılı bir sözleşme ile vade farkı ödeneceği hususu kararlaştırılmış ise bu kayıt sözleşmenin bir unsuru olarak kabul edildiğinden TTK m. 23/2'de yer alan karineye dayanmaya dahi gerek olmaksızın asıl borç ilişkisini doğuran yazılı sözleşmeye dayanarak vade farkı istenebilir.

2-Taraflar arasında mevcut olan yazılı bir sözleşme ile vade farkı istenemeyeceği kararlaştırılmış ise vade farkı kaydına TTK m. 23/2'de belirtilen sürede itiraz edilmese dahi yazılı sözleşmenin asli unsurlarından olan semenin tek taraflı irade beyanı ile değiştirilmesi mümkün olmayacağından vade farkı istenmesi hukuken mümkün değildir.

3-Taraflar arasında yazılı bir sözleşme bulunmamasına karşın faturada yer alan vade farkı kaydı ile vade farkı istenebileceği doğrultusunda ticari teamülün varlığı halinde de faturaya TTK m. 23/2'de belirtilen sekiz günlük süre içerisinde itiraz edilmemesi halinde vade farkı yürütülebileceği hususlarında Yargıtay hukuk daireleri arasında uyuşmazlık olmadığı belirtilmiştir.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı.

** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı.

¹ RG, T. 24.12.2003, Sayı 25326; Kubilay, H./Göksoy, Y. C./Ayan, Ö./Yıldırım, A. H., **Türk Ticaret Kanunu, İçtihatlar**, Cilt 1, İstanbul, 2004, s. 155 vd.

Yargıtay'ın ilgili hukuk daireleri arasında uyumsuzluk konusu olan husus, taraflar arasındaki asıl borç ilişkisinin yazılı bir sözleşmeye dayanmadığı hallerde, faturada yer alan vade farkı kaydına itiraz edilmemesi neticesinde vade farkı istenebileceğine ilişkin ticari teamül de yok ise; faturada yer alan vade farkı kaydına TTK m. 23/2'de belirtilen sekiz günlük itiraz süresi içinde itiraz edilmemesi durumunda vade farkının fatura münderecatından olup olmadığı ve buna bağlı olarak, bu hallerde vade farkı istemenin hukuka uygun olup olmadığıdır. Hemen belirtelim ki, Yargıtay İBK ile bu durumda vade farkı istenemeyeceği sonucuna varılmıştır.

II. FATURA ve FATURA KAPSAMI HAKKINDA GENEL BİLGİLER

TTK m. 23'de fatura şöyle düzenlenmiştir;

“Ticari işletmesi icabı bir mal satmış veya imal etmiş veyahut bir iş görmüş yahut bir menfaat temin etmiş olan tacirden diğer taraf kendisine bir fatura verilmesini ve bedeli ödenmiş ise bunun da faturada gösterilmesini isteyebilir.”

“Bir faturayı alan kimse aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde münderecatı hakkında bir itirazda bulunmamışsa, münderecatını kabul etmiş sayılır”.

Görüldüğü üzere TTK'da faturanın tanımı yapılmamıştır. Ancak TTK m. 23/1'de fatura düzenlenebilmesi için mutlaka arada bir satım, istisna, iş görme sözleşmesi bulunması veya tacirin bir menfaat temin etmiş olması gerektiği öngörülmektedir. Şu halde fatura yazılı ya da sözlü biçimde kurulmuş bir sözleşmede, tarafların borçlarının ifası aşamasıyla ilgilidir. Fatura gerekli kaydı taşıdığı takdirde, para borcunun ifa edildiğini gösteren ve alacaklının imzasını taşıyan bir tür makbuz olarak borçlunun elinde bulunan belgedir.²

Vergi Usul Kanunu'nun 229. maddesinde ise faturaya ilişkin olarak şu tanım yer almaktadır; *“Fatura satılan emtia veya yapılan iş karşılığında müşterinin borçlandığı meblağı göstermek üzere emtiayı satan veya işi yapan tüccar tarafından müşteriye verilen ticari vesikadır.”* TTK'da, fatura münderecatına alındığı tarihten itibaren sekiz gün içinde, itiraz edilmemekle münderecatın kabul edilmiş sayılacağı karinesine yer verilmekle birlikte faturada hangi bilgilerin yer alacağı (münderecatı) ve faturanın hangi süre içerisinde düzenlenmesi gerektiği hususunda açıklık yoktur.³ VUK. M. 230'da faturanın içerik ve şeklinin nelerden ibaret olduğu düzenlemiştir. Bunlar;

1. Faturanın düzenleme tarihi, seri ve sıra numarası.
2. Faturayı düzenleyeninin adı, varsa ticaret unvanı, iş adresi, bağlı olduğu vergi dairesi ve hesap numarası.
3. Müşterinin adı, ticaret unvanı, adresi, varsa vergi dairesi ve hesap numarası.

² Battal, A., Faturada Yer Alan Vade Farkı Kaydının Niteliği ve İtiraz Edilmemesi Halinde Sonuçları İle İlgili Yargıtay Uygulaması, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, XVI, Mayıs 1999, s. 79; Ünal, O. K., **Fatura ve İspat Kuvveti**, Ankara, 1997, s. 7vd; Kumkale, R., **Hukuki ve Mali Yönleriyle Fatura**, Ankara, 2003, s. 19 vd.

³ Kayar, İ., **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara, 2006, s. 140.

4. Malın veya işin nevi, miktarı fiyatı ve tutarı.

5. Satılan malların teslim tarihi ve irsaliye numarası.

TTK'da yer alan faturaya ilişkin 23. madde hüküm ile VUK 229. maddedeki hükmü karşılaştırıldığında her ikisindeki faturanın tarifindeki uyum hemen belli olmaktadır.⁴ Yargıtay İBK'da da VUK'da yer alan fatura münderecatına ilişkin hükmün TTK'da yer alan faturaya ilişkin karinenin uygulaması bakımından da esas alınacağı belirtilerek faturada bulunması zorunlu olan bu unsurların aynı zamanda faturanın olağan (mutad) içeriğini de ortaya koyduğu söylenmektedir. Mal ve hizmet ile ilgili bilgiler, bedelin ödeme şekli ve zamanı gibi ifaya ilişkin bilgiler TTK bakımından fatura münderecatından sayılmalıdır.⁵

Vade farkının hukuki niteliği ne olarak değerlendirilirse değerlendirilsin sözleşmenin kuruluş aşamasında, başta var olmayan bir şeyin ifa safhasında ve karşı tarafın durumunu ağırlaştırarak tek taraflı olarak konulması ve faturayı alanın da sekiz gün içerisinde itiraz etmemesi halinde faturanın olağan unsurlarından sayıldığından bahisle talep edilebileceğini savunmak akla uygun görünmemektedir. Zira vurgulayarak belirttiğimiz üzere fatura sözleşmenin kurulması aşamasına ilişkin değil ifası aşamasına ilişkin bir belgedir. Bu nedenle taraflar arasında kurulan ilk sözleşmede bahsi bile geçmemiş bir husus olan vade farkını faturanın olağan unsurları arasında (münderecatından) saymak doğru değildir.⁶

İçtihadı Birleştirme Kararında da vade farkının faturanın zorunlu içeriğinden olmadığı ve faturanın mevcut asıl borç ilişkisi nedeniyle düzenlenen sözleşmenin ifa safhasına ilişkin bir belge olduğundan bahisle sözleşme ile daha önce kararlaştırıl-

⁴ Kumkale, s. 25.

⁵ Doktrinde fatura münderecatından ne anlaşılması gerektiği (neleri kapsadığı) yönünde şu ifadeler vardır: "Mal ya da hizmet ile ilgili bilgiler, bedelin ödeme şekli ve zamanı ile ilgili bilgiler" Battal, s. 81; "Malların bedelleri, cins, vasıf ve sıklıkları hakkında malumat" Karayalçın, Y., **Ticaret Hukuku**, Ankara, 1968; "VUK m. 230'da yer alan hususlardır" Uçar, S., **Ticaret Sicili ve Esnaf Kavramı**, İstanbul, 1993, s. 46 s. 224; "Fatura münderecatı TTK'da düzenlenmemiş, VUK m.230'da buna yer verilmiştir, faturaya yazılması olağan olan hususlar örneğin satılan mal adedi, satış fiyatı ve tutarıdır" Kayar, s. 140, 144; "Fatura içeriği de ancak sözleşmenin ifa safhasıyla ilgili olarak faturada yer alması olağan sayılan hususlara –satılan malın ya da yapılan işin adedi, türü, bedeli, ücreti gibi olabilir" Arkan, S., **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara, 1999, s. 141; "Alım satım akdi olduğunda mebi ve semen başkaca bir iş söz konusu olduğunda görülen iş ve karşılığını kesin olarak saptamaya yarayan hususlardır." İmregün, O., **Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri**, İstanbul, 1989, s. 54; "Mal veya hizmet ile ilgili olan bilgiler, fatura tarihi, malın sevk tarihi, alıcı ile ilgili bilgiler münderecatıdır" Kumkale, s. 154, 159; "Faturanın normal muhtevaşı sayılan mal miktarı, birim bedeli, yekün gibi..." Domaniç, H., **Ticaret Hukukunun Ümumi Esasları**, İstanbul, 1976, s. 107

⁶ Ünal, faturaya yazılacak hususların yani fatura münderecatının yalnızca faturada yer alması zorunlu unsurlardan oluşmadığını faturaya yazılması olağan (mutad) sayılabilecek konuların da fatura münderecatından olduğunu vade farkının da faturaya yazılması zorunlu unsurlardan olmamakla birlikte olağan unsurlardan olduğunu bu yüzden fatura münderecatından sayılması gerektiğini söylemekte iken (s. 53), yazar daha sonra görüşünü değiştirdiğini, vade farkının faturada bulunması zorunlu unsurlardan olmadığı gibi taraflar arasında önceden sözleşmede kararlaştırılmadıkça olağan unsurlardan da sayılamayacağını belirtmiştir. Ünal, O. K., TK m. 23 Uygulamasında Faturada Vade Farkı Kaydı, **Ünal Tekinalp'e Armağan**, Cilt 1, İstanbul, 2003, s. 167; Vade farkının fatura münderecatından sayılamayacağı yönünde, İmregün, s. 54 dip not 15; Engin, B.İ., Fatura veya Teyit Mektubunda Yer Alan Vade Farkı Kaydına İtiraz Edilmemesinin Sonuçları, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt LXI, Sayı 1-2, Yıl 2003, s. 265-266; Battal, s. 92; Arkan, s. 140-141.

mamış olan vade farkının, faturada yer alan kayda TTK m. 23/2’de belirtilen sekiz günlük süre içinde itiraz edilmemesi üzerine istenilmesinin, sözleşmenin asli unsurlarının karşı taraf aleyhine tek taraflı olarak ağırlaştırıcı nitelikte değiştirilmesi anlamına geleceğinden dolayı mümkün olmadığı savunulmuştur.

Taraflar arasındaki asıl borç ilişkisinde kararlaştırılmamasına rağmen yahut taraflar arasında mevcut borç ilişkisinde öngörülmediği gibi vade farkının istenebileceği yönünde bir ticari teamül de bulunmamasına rağmen fatura ile talep edilen vade farkını, faturanın olağan bir unsuru olarak nitelemek yerine fatura sözleşmenin kuruluş aşamasına değil ifa aşamasına ilişkin bir belge olduğundan bu kaydı karşı tarafa yapılmış yeni bir icap olarak nitelendirmek gerekir.⁷

III. VADE FARKI KAVRAMI ve VADE FARKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Gerek doktrinde gerekse Yargıtay uygulamasında vade bir borcun ödenmesi için belirlenen ileri bir tarih, vade farkı ise bir para borcunun geç ödenmesinden dolayı alacaklının zararını karşılamak amacıyla borçlu tarafından ödenen ilave bedeldir.⁸

Vade farkı uygulamasına özellikle enflasyon dönemlerinde, paranın zamanla uğradığı değer kayıplarını telafi edebilme düşüncesiyle başvurulmaktadır. Esasen alacağının tahsilinden ödeme tarihine dek vazgeçen alacaklıya bu fedakarlığı karşısında ek bir ödeme yapılması normal ve olağan bir durum sayılmalıdır.⁹

Satım sözleşmesinde tarafların borçlarının ifa zamanını düzenleyen BK m.182/2’ye göre ”Hilafına adet veya mukavele mevcut değil ise satıcı ve alıcı borçları aynı zamanda ifa etmekle mükelleftirler”. Satım sözleşmesinde satıcının satış bedeline ne zaman hak kazanacağını düzenleyen BK m. 210/1’e göre ise “Hilafına mukavele mevcut değil ise satılan alıcının yedine girince satıcı semene müstahak olur”. Bu hükümlere göre satılan malın alıcının eline geçmesiyle satıcı bedele hak kazanır ve alıcının da bu anda bedeli ödemesi gerekir. Ancak, sözleşme ile bunun aksinin kararlaştırılması da mümkündür. Bundan maksat ödemenin ileriki bir tarihte kısım kısım veya defaten olmasının kararlaştırılabilmesidir. İşte bu halde geç ödeme dolayısıyla ödenecek ilave miktar vade farkı olarak adlandırılır. Başka bir deyişle peşin ödenmesi gereken semenin belirlenen tarihte ödenmemiş olması nedeniyle karşılaşılan ek külfet ve nakdi ödemeye vade farkı adı verilmektedir.¹⁰ Bu durumda vade farkı, taraflar arasında yapılan bir sözleşme veya bu yönde benimsenen uygulama nedeniyle, mal veya hizmet bedeline, fiili ödeme tarihinde öngörülen oranda ekleme yapılmak sureti ile alacağın ulaştığı miktarı belirleyen bir unsurdur.

⁷ Engin, s. 260.

⁸ Kumkale, s.257.

⁹ Bahtiyar, M., Sözleşmede Vade Farkı Kaydı ve Bu Kayda Dayalı Alacağın Hukuki Niteliği, **Ünal Tekinalp’e Armağan**, Cilt 1, İstanbul, 2003, s. 47.

¹⁰ Şirin, Ş., **Ticaret Hukukunda Faiz ve Uygulaması**, İstanbul 1994, s. 28; Ünal, s. 49; Deynekli, E. / Kısa, S. **Faiz Hukuku**, Ankara, 2003, s. 19.

Vade farkının hukuki nitelmesi yapılırken iki farklı ihtimale göre değerlendirme yapmak yararlı olur. Birincisi, satış bedeli kısım kısım ödeneceği için en başta belli bir vade farkının malın bedeline eklenmiş olması halidir. İkincisi ise, satış bedelinin ödenmesi geciktirildiği için (belirlenen zamanda ödememe yüzünden) fark istenmesidir.

Yargıtay yerleşik kararlarında uzun süre vade farkının aslında temerrüt faizinin kendisi olduğunu ve bu nedenle vade farkına, faize faiz uygulamasının (bileşik faiz) yasak olduğu gerekçesi ile ayrıca temerrüt faizi işletilemeyeceği ve BK m.113/2'nin uygulama alanı bulacağı yönünde hüküm vermiştir.¹¹ Doktrinde de vade farkının aslında temerrüt faizi olduğunu savunanlar vardır.¹²

Temerrüt faizi bir para borcunun ödenmesinde temerrüde düşen borçlunun kural olarak temerrüt anından itibaren ve temerrüt hali devam ettiği sürece herhalde ödemekle yükümlü bulunduğu faizdir.¹³ Temerrüt faizi temerrüdün doğrudan doğruya sonucu olup, bunun ödenmesi için alacaklının zarara uğraması şart olmadığı gibi, borçlunun kusurlu olması da şart değildir. Temerrüt faizinin işletilebilmesi için temerrüdün koşulları gerçekleşmiş olması gerekir ki, bunlardan biri de borçluyu temerrüde düşürmek için ihtar veya ihtar yerini tutan bir durumun varlığı şartıdır.¹⁴ Vade farkının temerrüt faizi olamayacağı yönünde yapılan eleştirilerin başında borç henüz muaccel olmadığı halde temerrütten bahsedilemeyeceği hususu vardır.¹⁵ Oysa yukarıda yapılan ayırım göz önünde bulundurulursa kararlaştırılan vadede ödemenin gecikmesi nedeniyle istenilen vade farkında borcun muaccel hale geldiği görülür. Bir başka eleştiri vade farkı talep edilen birçok halin temerrüdün koşullarından olan ihtarını içermemesi olarak gösterilmektedir. Oysa BK m. 101/2'de ihtara gerek olmayan durumlardan birisi belirli vade kararlaştırılmış olması halidir. Belirli vade, doğrudan bir tarih olabileceği gibi objektif ölçülerle kesinlikle hesaplanabilecek bir tarzda dolaylı yoldan da belirlenebilir. Örneğin “fatura tarihinden itibaren 10 gün içinde”, “satım parasının malın tesliminden itibaren 10. günde ödenmesi” durumlarında objektif olarak belirlenebilir bir vade olduğundan ihtar koşuluna gerek yok-

¹¹ Örnek kararlar için 11. HD. 24.11.1997 T. 7884/8466, 15. HD. 2.4.1992 T. 5186/1504 (Battal, s. 89), 11. HD. 26.1.1989 T. 3404/282 (Bahtiyar, s. 51), 11.HD. 28.3.1991 T. 9073/2221, 11. HD. 29.4.1991 T. 1990/965 E. 1991/11 K. (Şirin, s.54-55; Karahasanoğlu, M. R., **Sorumluluk Hukuku**, 2003, s. 364-365).

¹² Battal, s. 86-88, yazar bir ayırım yaparak taksitli satışlarda peşin satış bedeline daha en başta eklenen vade farkının aslında malın bedelini oluşturan kalemlerden biri olduğunu ve fakat vade geldiğinde ödeme yapılmadığı, geciktirildiği için gündeme gelen vade farkının temerrüt faizi niteliğinde olduğunu savunmaktadır; Buz, V., Vade farkının hukuki nitelmesinin her somut olayda değişebileceğini ancak birinci ihtimalde satış bedeline eklenen bir unsur olduğunu ikinci ihtimalde temerrüt faizi olduğunu savunmaktadır, Sempozyum, s. 110; Poroy, R./Yasaman, H., **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul, 2004 s. 136; Bahtiyar, bahsi geçen birinci tip vade farkının anapara faizi olduğunu ikinci tipin ise temerrüt faizi olduğu görüşündedir, s.51-57; Eriş, G., Bahtiyar ile aynı görüştedir, 11.HD. 1.5.1998 T. 1997/10031 E. 198/2995 K. sayılı kararın karşı oy yazısı; Şirin ise vade farkının faiz ile arasındaki ortak ve ayrık noktaları belirtmekle birlikte vade farkının bir tür faiz olduğunu kabul etmektedir, s. 28-29.

¹³ Barlas, N., **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Genel Sonuçları**, İstanbul, 1992, s. 126; Albaş H., **Paranın Değer Kaybından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği**, Ankara, 2004, s. 129; Kılıçoğlu, A.K., **Borçlar Hukuku**, Ankara, 2005, s. 509.

¹⁴ Eren, F., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, İstanbul, 1999, s. 1089.

¹⁵ Helvacı, M., **Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı**, 2000, s.82-84.

tur.¹⁶ Yine taraflar ihtar zorunluluğunu sözleşmede kaldırmış olabilirler, bu halde de vade farkı için ihtar koşuluna ihtiyaç olmayacaktır. Kaldı ki sözleşme ile ihtar koşulu kaldırılmasa bile vade farkı kararlaştırılmış ve vadede ödeme yapmamış borçlunun temerrüt ihtar yapılmadığı dolayısıyla vade farkı (temerrüt faizi) istenemeyeceği iddiası da MK m. 2’de yer alan dürüstlük kuralı ile de bağdaşmayacaktır.¹⁷ Vade farkının alacaklı ve borçlunun iradelerine bağlı olarak öngörülmekte ve uygulanmakta olduğu, temerrüt faizinin ise alacaklının iradesine bağlı olarak ve yasada öngörülen hallerde uygulandığı da ileri sürülmüştür.¹⁸

Vade farkının hukuki niteliği itibariyle cezai şart olduğunu savunanlar da vardır.¹⁹ Cezai şart borcun hiç ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlu tarafından alacaklıya karşı yerine getirilmesi üstlenilen asıl borca bağlı fer’i (yan) edimdir. Vade farkında alacaklının zararını ve bu zararın miktarını ispat külfeti yoktur, yine cezai şart kararlaştırılan hallerde de alacaklının kararlaştırılan cezai şart tutarını aşmamak kaydı ile zararını ve zarar miktarını ispat külfeti yoktur. Her ikisi de asıl alacağa bağlı fer’i bir özellik göstermektedirler.²⁰ Ancak bu benzerliklerine rağmen cezai şart ve vade farkı kavramları birbirinden farklı kavramlardır. Şöyle ki; cezai şartta borçlu tarafından alacaklının zararını gidermek için yüklenilen yan edim bir miktar “para olabileceği” gibi “paradan başka bir edim” de olabilmektedir.²¹ Cezai şart bir miktar para olduğunda genellikle maktu bir miktardan ibarettir.²² Oysa vade farkı genellikle % olarak belirlenen bir miktar “paradan” ibarettir. Bir diğer farklılık ise vade farkı genellikle satım, istisna, herhangi bir iş görme sözleşmesi veya kira sözleşmelerinde ifanın gecikmesinden kaynaklanan zararı giderici özellik taşımasına karşın “cezai şart ile sözleşmeden doğan borçlar olduğu kadar, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya yasadan kaynaklanan alacaklar da güçlendirilebilir.”²³ Yine para borçlarında gecikme halinde ödenmek üzere cezai şart kararlaştırıp kararlaştırılmayacağı hususu doktrinde ve Yargıtay uygulamasında tartışmalıdır. Nedeni ise maktu olması gereken cezai şartın faiz yerine ikame edilmesi ve fahiş temerrüt faizine yol açması riskidir.²⁴ Bir başka ayırım cezai şartın miktarının aşırı olması durumunda da borçlu tacir değil ise miktarın hakim tarafından indirilebilmesinde karşımıza çıkmaktadır.²⁵ Vade farkı cezai şart olarak kabul edilirse tarafların vade farkını kararlaştırdıkları ancak oranı belirlemedikleri hallerde cezai şartın belli veya belirlenebilir olması gereği sebebiyle vade farkı istenemeye-

¹⁶ Bahtiyar, s.55; Eren, s.1085; Tekinay, S.S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altıp, A., **Tekinay Borçlar Hukuku** İstanbul, 1988, s.1228; Bu ifadelerin ihtar koşulunu gerektirmeyeceği fikrine katılmayan Barlas, s. 56.

¹⁷ Bahtiyar, s. 56.

¹⁸ Ergün, M., (Battal, Sempozyum, Tartışmalar s, 107). Karş. Bahtiyar, s. 56, Bu iddia sözleşme ile kararlaştırılan vade farkı açısından uygun değildir.

¹⁹ Bilgen, s. 126; Arkan, Sempozyum, Tartışmalar, s. 107-108.

²⁰ Bahtiyar, s. 49.

²¹ Kılıçoğlu, s. 575.

²² Bahtiyar, s.50, Battal, s. 88.

²³ Reisoğlu, S., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 1997, s. 362, 363.

²⁴ Battal, s. 88.

²⁵ Bahtiyar, s.49.

cektir ki bu da taraf iradelerinin ve işlemlerinin olabildiğince ayakta tutulması ilkesi ile bağdaşmayacaktır.²⁶

Yargıtay'ın pek çok kararında vade farkının faiz olmadığı, asıl alacağa eklenen ve semeni (mal bedelini) oluşturan bir unsur olduğu vurgulanmıştır.²⁷ Buna göre vade farkı bir temerrüt faizi yahut başka bir şey değildir. Vade farkı mal bedelinin geç ödenmesi nedeniyle borçluya tanınan vade nedeniyle satış bedeline yapılan ilave olup, vade farkı ile birlikte satış bedeli oluşmaktadır. Vade farkı alınmadan mal bedelinin tamamen ödendiğinden bahsedilemez. Yargıtay uygulamalarından farklı olarak daha önce belirttiğimiz üzere öğretilerde bir ayırım yapılmakta ve taksitli satış nedeniyle daha işin başında kararlaştırılan vade farkı mal bedeli içerisindeki ilave olarak görülmektedir. Örneğin peşin alırsan 100 TL taksitli alırsan 150 TL şeklindeki belirlemede yer alan vade farkının mal bedeli içinde olduğu ancak vade geldiği halde yapılan geç ödeme nedeniyle istenen farkın temerrüt faizi olduğu savunulmaktadır.

Vade farkının bir tür tazminat olduğu ve tazminat denildiği zaman faizle karşılanamayacak bir zararın gündeme gelebileceğini düşünenler de vardır. Vade farkı tazminattır denilince zararı kanıtlamak külfeti de doğacaktır. Bu görüşe göre, vade farkı BK m. 105'te öngörülen munzam zararın taraflarca sözleşme ile kararlaştırılmasıdır ve davacı faizle karşılanamayan zararını ispatlar ise vade farkı gündeme gelecektir.²⁸

Vade farkının hukuki niteliği konusunda, yukarıda yaptığımız ayırma paralel olarak; satış bedelinin geç ödenecek olması sebebiyle daha baştan semene yapılan ilave miktarı ifade eden vade farkının tipik bir anapara (kapital) faizi niteliğinde olduğu kanaatindeyiz.²⁹ Bu durumda, BK. m. 210/1 gereğince, bir miktar anapara faizi karşılığında satıcının semene hak kazanacağı tarihin belirli bir süre geciktirilmesi, yani satılanın alıcının yedine girince satıcının semene hak kazanacağı yönündeki genel ilkenin "hilafına mukavele" yapılması söz konusudur. Taraflarca satış bedeli olarak belirlenen alacağın, yani satış bedelinin taksitler halinde belli süreler içinde alıcıdan istenmesi hususunun kararlaştırılması nedeniyle, alıcı bir tür kredilendirilmektedir. Bu kredilendirilen satış bedeline bağlı olarak genellikle belli oranda ve aylık olarak istenen ek bedel, vade farkı olarak adlandırılrsa da aslında bu, taraflarca kararlaştırılmış olan anapara faizidir.³⁰ Ayrıca TKHK m.6/3'te tacirler

²⁶ Bahtiyar, s. 50.

²⁷ 19. HD. 22.11.1996 T. 2687/9344, 19. HD. 8.7.1997 T. 4623/7110, 19. HD. 4.4.2000 T. 2000/479-2480 (Bilgen, s.126-128); 11. HD.1.5.1998 T.1997/10031 E. 1998/2995 K. Yargı Dünyası, s. 87; 19. HD. 5.11.1996 T. 1521/9702, HGK 17.11.1999 T. 999/19-933 E. 950 K. (Karahasan, s. 367-368, 378-379); Günel M., Sempozyum, Tartışmalar, s.111-112; Demirkıran, İ., Sempozyum, Tartışmalar, s.105-106; Ergün, M., Sempozyum, Tartışmalar, s.107; Koçak, Ç., Sempozyum, Tartışmalar, s. 107; Buz, V., taksitli satımlarda daha baştan kararlaştırılan ve peşin bedele eklenen vade farkı için, Sempozyum, Tartışmalar, s. 110; Battal, s. 86 ve 113; Poroy/Yasaman, s. 136.

²⁸ Kılıçoğlu, Sempozyum, Tartışmalar, s. 109.

²⁹ Aynı yönde bkz: Helvacı, s. 82-84 ; Bahtiyar, s. 61; "Anapara faizi, paranın kullanılmasına veya ifasının vadeye bağlandığı sözleşmelerde gündeme gelir." Kılıçoğlu, s. 449.

³⁰ Eriş, s. 91.

bakımından uygulanmamakla birlikte taksitli satışlar yönünden, peşin satış fiyatı, vadeye göre faiz ile birlikte ödenecek toplam satış fiyatı ve ayrıca faiz miktarı, faizin hesaplandığı yıllık oran ve gecikme faiz oranının gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Uygulamada bu fıkra da geçen “vadeye göre faiz, faiz miktarı, faizin hesaplandığı yıllık oran” ifadeleri ile vade farkının kastedildiği benimsenmiştir. Bu fıkra da geçen faizler de anapara faizi olduğundan vade farkının da aslında bir anapara faizi olduğu anlaşılmaktadır.³¹ Bu sonuca bağlı olarak, anapara faizi niteliğindeki vade farkına BK. m. 104/1 gereğince mahkemeye veya icraya başvurma tarihinden itibaren temerrüt faizi istenebilir.

Satış bedelinin belirlenen vadede ödenmemesi ihtimaline karşı kararlaştırılan veya bu durumda istenen vade farkının ise temerrüt faizi niteliğinde olduğu kanaatindeyiz³². Nitekim BK m. 210/2’de satış bedelinin ödenmesinde temerrüt halinde evleviyetle faiz ödeneceği ve bazı özel durumlarda temerrüt ve ihtar olmasa dahi faize hak kazanılacağı belirtildiğine göre bu tür vade farkının temerrüt faizi niteliğinde olduğunda tereddüt edilmemelidir. Temerrüt faizi niteliğindeki vade farkına BK. m. 104/3 gereğince tekrar faiz istenemez.

VI. FATURADA VADE FARKI KAYDINA YER VERİLMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

VUK’da nelerin fatura münderecatına dahil olduğunun belirlenmesine rağmen, fatura münderecatına dahil unsurların TTK’da belirtilmemiş olması ve vade farkının hukuki niteliği konusunda bir uzlaşmaya varılamamış olması, faturada yer verilen vade farkına itiraz etmemenin sonuçlarının ne olacağı noktasında da tartışmalara sebep olmuştur.

TTK m. 23/2’de bir faturayı alan kimsenin, aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde münderecatı hakkında bir itirazda bulunmazsa münderecatını kabul etmiş sayılacağı düzenlenmektedir. En önce çözülmesi gereken konulardan biri, faturayı alan kimsenin mutlaka tacir olması gerekip gerekmediği hususudur. Fatura ve teyit mektubu ile bunlara itirazı düzenleyen TTK. m. 23’ün metni incelendiğinde, birinci fıkrada “diğer taraf” ikinci fıkrada “bir faturayı alan kimse”, üçüncü fıkrada ise “alan kimse” ibarelerine yer verilmiştir. Aynı maddenin üç fıkrasında da alan kişinin tacir olması gerektiği yönünde hiçbir ibare veya ifade yer almamıştır. Faturayı alan kişinin tacir olması gerektiği halde, yasa koyucunun peşpeşe üç fıkrada bunu belirtmediğini düşünmek gerçekçi olmaz. Bu nedenle TTK m. 23/2’de düzenlenen sekiz gün içinde itiraz edilmeyen faturanın içeriğinin kabul edilmiş sayılacağına ilişkin karine yalnız tacirler bakımından değil, tacir olmayanlar bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Nitekim Yargıtay da çalışmaya konu olan İBK’da bu görüşü kabul ederek faturayı alan tarafın tacir olması gerektiği sonucuna varmıştır.³³

³¹ Eriş, s. 91; Bahtiyar, s. 62, 63.

³² Battal, s. 86, 88.; Bahtiyar, s. 51 vd.

³³ Poroy/Yasaman, s. 31-132; Kayar, s. 145; Uçar, s. 48; Doğanay, İ., **Ticari Alım Satım Akdi ve Nevileri**, Ankara, 1993, s. 50; Aksi görüşte olanlara göre ise TTK m.23 tacir olmanın hüküm ve sonuçları arasında düzenlenmiştir, TTK 20. maddesinin kenar başlığı tacir olmanın hükümleridir ve kanunun kenar başlıkları-

İBK'dan önce de doktrinde ve Yargıtay'ın yerleşik kararlarında taraflar arasında mevcut yazılı bir sözleşme var ise ve sözleşmede vade farkı isteneceği öngörülmüş ise faturada yer alan vade farkı kaydına dayanılarak vade farkı istenebileceği hususunda fikir birliği vardı. Zira yazılı bir sözleşmede vade farkı kararlaştırılmış ise alacaklı TTK. m. 23/2'deki karineye dayanmaksızın doğrudan asıl borç ilişkisini doğuran sözleşmeye dayanarak da vade farkı isteyebilecektir. Taraflar arasında faturada yer alan vade farkı kaydına dayanılarak vade farkı talep edilebileceği doğrultusunda süregelen bir uygulama veya bu yönde ticari teamül var ise, vade farkı kaydına TTK m.23./2'deki sekiz günlük itiraz süresi içerisinde itiraz edilmemesi halinde faturayı gönderen kimse karineden faydalanarak vade farkı talep edebilecektir. Kanaatimizce, bu durumda vade farkı istenebilmesinin kaynağı, yazılı olmasa da taraflar arasında vade farkı isteneceği-ödeneceği şeklinde bir anlaşmanın bulunmasıdır. Bu durumda faturaya yazılan vade farkı kaydı icap, taraflar arasındaki önceki uygulamalar veya ticari teamül dikkate alınarak süresinde buna itiraz edilmemiş olması ise zımni kabul (BK. m. 6) hükmündedir.

Taraflar arasındaki asıl borç ilişkisi yazılı bir sözleşmeye dayanmıyor ise ve faturada yer alan vade farkı kaydına dayanarak vade farkı istenebileceği doğrultusunda bir ticari teamül veya taraflar arasında bu yönde bir uygulama yok ise faturada yer alan kayda dayanılarak vade farkı talep edilip edilemeyeceği hususu incelenen İBK'nın esas konusunu oluşturmaktadır. İBK, isabetli olarak bu durumda vade farkı talep edilemeyeceği yönündedir. Fatura sözleşmenin kuruluş aşamasına değil ifa aşamasına ilişkin bir belge olduğuna ve arada bir sözleşme yahut uygulama olmaksızın faturada yer alacak vade farkı kaydı faturanın zorunlu veya olağan unsurlarından (münderecatına dahil) olmadığına göre taraflar arasında vade farkı ödeneceğine dair bir sözleşme bulunduğundan da söz edilemez. Bu durumda faturada yer alan vade farkı kaydı olsa olsa bir icap olarak değerlendirilebilir. Bu icap karşısında susan taraf ise güven nazariyesi çerçevesinde açık veya örtülü bir kabul beyanında bulunmuş sayılmaz. Genel olarak susmanın icabın örtülü olarak kabulü anlamına gelebileceği halleri gösteren BK m.6'ya göre, işin özel niteliği yahut hal ve mevkiin icabı, açık bir kabul beyanının beklenmesini gerektirmiyorsa uygun süre içinde karşı tarafça reddolunmamış icap kabul edilmiş ve sözleşme kurulmuş sayılır. Faturaya tek yanlı olarak yazılan vade farkı kaydında ise taraflar arasındaki sözleşmede bulunmayan, bu sözleşmeden sapan ve karşı taraf için elverişsiz nitelikte bulunan bir kayıt ekleyen kimse, karşı tarafın bu kayda itiraz etmemesini söz konusu kaydı içeren icabın kabulü olarak anlamakta haklı değildir ve bu konuda korunacak güveni yoktur.³⁴

nın da metne dahil olduğu 1474. maddede açıkça belirtilmiştir. Kaldı ki tacir olmayan kişiye böylesi ağır bir yükümlülüğü yüklemek de hakkaniyete ve menfaatler durumuna da uygun düşmez. Arkan, s. 141; Karayalçın, s.224-225; Karahan, **Ticari İşletme Hukuku**, Konya, 2005, s.100.

³⁴ Engin, s.267, 268; Ünal, Vade Farkı, s. 168; Battal ise sözleşme yazılı bir şekilde kurulmamış ve sonradan da teyit mektubu ile yazılı hale getirilmemiş olmak kaydı ile yani teyit mektubu göndermek henüz beklenen bir davranış niteliğindeyse itiraz edilmemiş fatura itiraz edilmemiş teyit mektubu gibi değerlendirilmelidir. Böylece faturada yer alan vade farkı kaydı da teyit mektubu ile yöneltilen icap gibi kabul edilerek Türk Ticaret Kanunu'nun 23. maddesi ikinci fıkrasındaki karineden yararlandırılmalıdır. Tartışmaya konu olan bir

İnceleme konusu YİBK'ya, Yargıtay 11. HD üyeleri ile 19. HD'nin bazı üyeleri karşı oy yazmışlardır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi üyelerinin karşı oylarında vade farkının, "özellikle tacirler arasındaki ilişkilerde, süresinde ödenmeyen mal ve hizmet bedeli dolayısıyla, alıcının faiz dışında ödemek zorunda kaldığı ve sözlü akdin inikadı sırasında taraflarca kararlaştırılmış ek bir miktar" olduğu, vade farkının VUK m. 230'da faturanın zorunlu unsurları arasında sayılan fiyata dahil olduğu ve bunun içinde değerlendirilmesi gerektiği, buna bağlı olarak da önceden bir anlaşmaya veya ticari teamüle dayanmasa dahi faturada yer verilen vade farkı kaydına TTK m. 23/2 gereğince süresinde itiraz edilmediği takdirde faturayı düzenleyen tacir lehine bir karine oluşacağı ve ispat külfetinin faturaya süresinde itiraz etmeyen tarafa ait olacağı savunulmuştur. 19. Hukuk Dairesinin bazı üyelerinin karşı oylarında ise, vade farkının faiz niteliğinde olmadığı, bununla bir malın bedelinin ödeneceği tarihteki değerinin belirlenmek istendiği, bu bakımdan "malın fiyatı ve tutarı" kapsamında olup fatura münderecatına dahil olması gerektiği, faturada yer alan vade farkı kaydının sözleşme şartlarını değiştirmeye yönelik bir icap sayılması gerektiği ve TTK m. 23/3'deki sekiz günlük sürede itiraz edilmemesi halinde bu icabın zımnen kabul edilmiş sayılacağı belirtilmiştir.

Vade farkının hukuki niteliği ve bir sözleşmeye veya ticari teamüle dayanmadığı halde faturada vade farkı kaydına yer verilmesinin hukuki sonuçlarına ilişkin yukarıdaki açıklama ve değerlendirmelerimize uygun olarak, İBK'nın daha isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Sonuç olarak, sözleşmenin taraflarınca önceden kararlaştırılan vade farkının ana para faizi niteliğinde olduğu, satış bedelinin ödenmemesi halinde kararlaştırılan vade farkının ise temerrüt faizi niteliğinde olduğu, bu nitelendirmeler ışığında her iki tür vade farkının da faturanın zorunlu içeriğine (münderecatına) dahil olmadığı, buna bağlı olarak bir sözleşmeye veya ticari teamüle dayanmadığı halde tek yanlı olarak, faturada vade farkı isteneceğine dair bir kayda yer verilmesi ve faturayı alan tarafın süresinde buna itiraz etmemesi halinde vade farkı istenemeyeceği görüşündeyiz. Bu tespit ve sonuçlar, vade farkının gerçek niteliğinin ortaya konulması, faturanın sözleşmenin ifası aşamasıyla ilgili bir belge olması ve tacir olması dahi gerekmeden faturayı alan tarafa, tacir olan diğer tarafın tek yanlı olarak sözleşmeyi değiştirme-genişletme teklifine karşı sırf sessiz kaldığı için faiz (vade farkı) ödetmeme veya ağır ispat yükü altına sokmama bakımından da önem taşımaktadır.

durumun varlığı halinde faturada yer alan vade farkı kaydı bir icap gibi değerlendirilmelidir ve yasa bu icap için 23. maddesinde özel bir kabul süresi öngörmüştür bu sürenin susarak geçirilmesi zımni kabul sayılacağından faturayı alan taraf vade farkını kabul etmiş sayılacaktır demektir, s. 97; Deynekli/Kısa da "...faturada vade farkı alınacağına (dair) bir kaydın bulunması ve bu kaydı içeren faturaya alıcının itiraz etmemesi veya itiraz ettiğini kanıtlayamaması" halinde vade farkı istenebileceği görüşündedir. s. 19.

KAYNAKÇA

- ALBAŞ, H.: Paranın Değer Kaybından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği, Ankara, 2004.
- ARKAN, S.: Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 1999.
- BAHTİYAR, M.: Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt 1, İstanbul 2001.
- BARLAS, N.: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Sonuçlar, İstanbul, 1992.
- BATTAL, A.: 16. Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 14 Mayıs 1999.
- BİLGİN, M.: Faiz Hukuku ve Munzam Zarar, İstanbul, 2001.
- DEYNEKLİ, E. /KISA, S.: Faiz Hukuku, Ankara, 2001.
- DOĞANAY, İ.: Ticari Alım Satım Akdi ve Nevileri, Ankara 1993.
- ENGİN, B. İ.: Fatura ve Teyid Mektubunda Yer Alan Vade Farkı Kaydına İtiraz Etmemenin Sonuçları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXI, Sayı 1-2, 2003.
- EREN, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, İstanbul, 1999.
- İMREGÜN, O.: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul, 1989.
- KAYAR, İ.: Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2006.
- KARAHAN, S.: Ticari İşletme Hukuku, Konya, 2005.
- KARAHASAN, S.: Sorumluluk Hukuku, 2003.
- KARAYALÇIN, Y.: Ticari İşletme, Ankara, 1968.
- KILIÇOĞLU, A.: Borçlar Hukuku, Ankara, 2005.
- KUBİLAY/GÖKSOY/AYAN/YILDIRIM: Türk Ticaret Kanunu, İçtihatlar, Cilt 1, İstanbul, 2004.
- KUMKALE, R.: Hukuki ve Mali Yönleriyle Fatura, Ankara, 2003.
- POROY, R. /YASAMAN, H.: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2004.
- REİSOĞLU, S.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1997.
- ŞİRİN, Ş.: Ticaret Hukukunda Faiz ve Uygulaması, İstanbul, 1994.
- UÇAR, S.: Ticaret Sicili Tacir ve Esnaf Kavramı, İstanbul, 1993.
- ÜNAL, O. K.: Fatura ve İspat Kuvveti, Ankara, 1997.
- ÜNAL, O.K.: TK. m. 23 Uygulamasında Faturada Vade Farkı Kaydı, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt 1, İstanbul, 2003.
- TEKİNAY/AKMAN./BURCUOĞLU/ALTOP,: Tekinay Borçlar Hukuku İstanbul, 1988.

FRANSA MEDENİ KANUNU'NUN (KOD NAPOLYON) İSLAM HUKUKU'NDAN ESİNLENDİĞİ İDDİALARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç.Dr. Recep ÇİĞDEM*

GİRİŞ

İnsan hayatını düzenleyen en önemli normlardan birisi olan hukuk, insan var oldukça var olmuştur. Toplumların farklı kültür ve medeniyet oluşturmuş olmaları bir gerçek olduğu gibi, bu süreçte birbirinden etkilendiği de inkar edilemeyen bir gerçektir.¹

İslam toplumu farklı kültürlerden etkilendiği gibi –örneğin Hz. Ömer'in Sâsani devlet yapısından etkilenmesi, Abbasi ve Emevilerin diğer devletlerden etkilenmeleri-Batı da İslam kültüründen etkilenmiştir. İslam kültürü, İspanya Endülüs devleti kanalıyla Batı medeniyetine büyük oranda tesir etmiş, hatta Batı aydınlanmasına kaynaklık teşkil etmiştir. Fransız aydınlanmasının bir ürünü olan ve Napolyon kodu adıyla bilinen Fransız medeni kanununun İslam hukuk ekollerinden ciddi anlamda etkilendiği iddia edilmektedir. Hatta, Osmanlı medeni kanunu oluşturulması gündeme geldiğinde, bazı önde gelen aydınlar tarafından İslam orijinli olduğu savunularak Fransız medeni kanununun alınması istenmiştir.

1. TEZLER

İslam hukukunun Kod Sivil'e etki ettiğini iddia eden en önemli yazar son devir Osmanlı hukuk mektebi hocalarından, aynı zamanda Şura-yı Devlet Tanzimat Dairesi Reisi Kemalpaşa zâde Sait Bey'dir. Sait bey *Hukuk-u Esasiye-i Osmaniye Dersleri* adındaki eserinde şu iddialara yer vermektedir.²

“*Fransa'da Napolyon Bonabart namında birisi zuhur etti...Bu adamın*

* Harran Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı.

¹Müslümanların Ortaçağ Avrupasına matematik, tıp metafizik, edebiyat, şiir ve benzeri konularda katkıları için bkz. W. W. Watt. *The influence of Islam on Medieval Europe* (Edinburgh: University Press, 1982); N. Taylan, *Anahatlarıyla İslam felsefesi: kaynakları, temsilcileri, tesirleri*, (İstanbul: Ensar Neşriyat, 1985); Ali Ahmed, *El-Müesserat el-hazariyye el-arabiyye el-endülüsiyye vel mağribiyye fi el-ğarb el-Avrupî ve keyfiyyetü intikaliha hilale el-usur el-vüsta*, M. Humam (edt), (Rabat: Külliyyetü'l-edeb ve umuru'l-insaniyye, 1970); S. fervorio (edt.), *Islam and europena legal systems*, (Anthony broday, 2000); J. M. Armajani, *Islamic thought in the Westt: sacred texts, Islamic history, and visions of Islam in a transnational age*, Doktora tezi, (University of California, 1999). Mudarebe sisteminin İslam'dan Batı'ya geçişi için bkz. Çizakça, M. *İslam Dünyası ve Batıda İş Ortakları Tarihi*, (İstanbul: Tarih vakfı yurt yayınları, 1999).

²Sait bey, *Hukuk-u Esasiye-i Osmaniye Dersleri*, (*Dersaadet: Alemdar Basımevi*, 1329). Bu eser Beyazıt Devlet Kütüphanesinde, Ali Emiri Kvn Bölümünde, 000419 demirbaş numarası ile kayıtlıdır.

cümle fütühatından olmak üzere Mısır'a azimeti dahi vuku buldu. Hatta bugünkü günde Fransa'da mevcut olan '(Kod Sivil)' ve '(Kod Napolyon)' denilen kanunu medeni ki bizde Mecelle makamındadır. Kendisinin Mısır'a gitmesinin eseridir. Çünkü o vakitlerde Mısır'da pek çok ulemayı İslamiyye var idi. Anların fıkha dair yaptıkları âsârı cem ettirerek ve Avrupalıların bir takım tettebbüatı cedidesiyle karıştırarak Kod Napolyon'u vücuda getirdi. Hatta, teşkilatı mehâkim hususunda dahi ol vakitler Mısır uleması İmam-ı Azam hazretlerinin vaktiyle ittihaz buyurmuş oldukları bir kaideye ittiba eylemişler idi.³ Şöyle ki: Mehâkimden sadır olan ilamları diğer bir heyet-i ulema muayene eder idi. O ilam aleyhinde müştekiler var ise anları dahi dinler idi. Bunun üzerine ibtida-yı ilamı veren kadının hatası sabit olur ise ilamı tashih ve bernehci yeni bir ilam tanzim eder idi. Bu derece-i tetkikattan geçirildikten sonra İmam-ı Azam hazretleri mahkeme-i kübra-yı hasmiyye namıyla bir mahkeme yapmışlardı ki Mısır uleması dahi anın aynını vücuda getirmişlerdi. Bu mahkeme-i kübra-yı hasmiyye gerek o ilamı tetkik eden heyet tarafından ve gerek iptida-yı kadı tarafından verilen ilamlardaki fark ne ise o farka nazaran hangisi isabet etmiş olduğunu tayin eder idi. Musib (doğru) olmayan ilamı hasm eder, yani [ilamı] hisam-ı adaletle keser idi. Napolyon bu teşkilatı pek beğendi. Onun üzerine Fransa'ya avdetinde mehâkimi tamamen bu yolda tanzim ve teşkil etti. Birinci derecede mehâkime '(Tribunaux de première instances)' yani Bidayet mahkemeleri, ikinci derecede tetkiki hükiüm edecek '(cour d'appel)' yani müracaat ve istirdat divanları ki bizde istinaftır. Üçüncüsüne '(cour de cassation)' denildi ki bizde mahkeme-i temyizdir. Davanın her derecesinde edilecek tetkikata ıtlak olunabileceğinden böyle iki heyet tarafından verilen ilamları tetkik eden heyete ya İmam-ı Azam hazretlerinin tabirleri üzere mahkeme-i hasmiyye veyahut Napolyon'un tabiri veçhiyle mahkeme-i nakdiye denilmek lazım geleceğinden mahkeme-i temyiz tabiri ağıyarını gayr-i mani bir tabiri batıldır.'⁴

Osman Ergin de yukarıdaki alıntıdan bazı bölümleri naklettikten sonra şöyle demektedir:

“Şu izahat gösterir ki vaktiyle Fransızlar şark'ı beğenerek onların hukukundan ve mahkeme teşkilatından istifade ile medeni kanunlarını yapıyorlar. Biz de şimdi garbın hukukundan istifade ederek medeni kanunumuzu onlardan alıyoruz. Bu gayet tabiidir. Esasen din naşiri de 'Çin'de bile olsa ilmi arayın ve alın dememiş midir?'⁵

³Jabarti gibi bazı Müslüman yazarların Fransız adaletinden etkilenmesi ve onun işleyişini övmesi için bkz. B. Lewis, *The Muslim discovires of Europe*, (London: W.W. Norton& Company, New york, 1982).

⁴Sait bey, *Hukuk*, s. 56-62. Muhammad Abu-Hassan'da Kod Napolyon'un Maliki fıkından esinlendiğini iddia etmektedir. Mohammad Abu-Hassan, *The Impact of Arab Islamic Civilization On Western Civilization*, <http://www.abu-hassan.com/the%20impact.ppt#2>. Ayrıca bkz. A. Adil, 'Mecelle mi kod napolyon mu?' *İkdam*, 16 Rebiü'l-ahir 1324/25 Teşrinisani 1339; Cemaleddin, 'Mukayese-i kavanini medeniyye: mecelle-i ahkam-i adliye-fransa kanun-i medenisi', *İlmi hukuk ve mukayese-i kavanin mecmuası*, (İstanbul, 1325), sene, 1, c. 1, pp. 22-32.

⁵O. Ergin, *Türk Maarif Tarihi*, (İstanbul: Eser Matbaası, 1977), s. 265.

David Pidcock, Ocak 1995'te The Sunday Telegraph adlı gazeteye bir yazı göndererek Napolyon'un İslam'a olan istek ve arzusundan bahsetmiş. Ayrıca, Fransız İçişleri Bakanı Charles Pasqua'nın Aile hukuku hariç Fransız hukukunun 95%'in İslam'a borçlu olduğunu bilmediğini belirtmiş ve Kod Napolyon'un tamamının İslam (Maliki mezhebi) kaynaklı olduğu tezini savunmuştur.⁶

2. ANTİTEZLER

Yukarıdaki iddiaları kuşkuyla karşılayan, hatta bunları ret eden yazarlar vardır. Örneğin, Hıfzı Veldet, Kod Sivil'in seküler kaynaklı olduğunu şöyle söylemektedir:

*'18. yüzyıl sonlarına kadar Fransa'da hukuk birliği olmayıp kuzey eyaletlerinde adet hukuku, güney eyaletlerinde ise Roma hukuku uygulanıyordu. Asiller ayrı bir hukuka, Rahipler, din adamları ayrı bir hukuka, orta sınıflı temsil edenler, burjuva ise ayrı bir hukuka tabi idi. 3 Eylül 1791 Anayasa hukukunda medeni hukuk yapılacağından bahsedildi ancak Napolyon'a kadar yapılamadı. Pourtalis başkanlığında bir heyet tarafından hazırlanan medeni kanun Napolyon zamanında yürürlüğe girdi. Orijinal bir kanun olup hükümleri soyut ifadeleri ise açıktır...Laik hükümlere muhtevindir, sistem olarak ve bütünlük açısından Mecelleye üstündür.'*⁷

Ayrıca Veldet, Ali Paşa layihısından alıntı yapmakta ve onun '*Mısır'da olduğu gibi bizde de Kod Sivil tercüme ettirilip alınmalı*⁸ ve bu şeriata dokunmamalı'⁹ dediğini aktarmaktadır. Bu da Ali Paşa'nın Kod Sivil'in seküler kaynaklı olduğu fikrine sahip olduğunu göstermektedir.

Necip Bilge de, '*...bu laik kod'da Cermen hukukunun ve özellikle Roma hukukunun etkisi olduğu belirtilir,*' diyerek, Kod Sivil'in kaynağının seküler olduğuna işaret etmektedir.¹⁰

Ahmet Mumcu ise Fransız adliye teşkilatının yapılandırılmasının İmam-ı Azam'ın uygulamasından esinlenmiş olabileceği iddiasına karşı çıkmaktadır. Mumcu, yukarıda verilen alıntıyı Abdurrahman Adil'in *Mahkeme-i Temyiz* adlı eserinden naklettikten sonra şöyle demektedir:

'Bu verilen açıklamalara inanmak gerekirse, Hanefi fıkının kurucusu temyiz kavramını tanımış ve Napoleon'un Mısır'ı işgaline değin orada bu sistem yürümüştür. Bu pek güzel sistemi Napoleon Fransa'da uygulamış. Başka

⁶http://66.218.69.11/search/cache?p=the+influence+of+islam+on+the+napoleon+code&sp=1&fr2=sp-top&ei=UTF-8&fr=FP-tab-web-t373&SpellState=n-2718554262_q-bF9er9VYJEyFo3M4p2pJkAAAAA%40%40&u=www.islamicparty.com/commonsense/14letter.htm&w=influence+islam+napoleon+code&d=V5PTFm1aMTNp&icp=1&.intl=us

⁷Hıfzı veldet, 'Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat', *Tanzimat: İnceleme Araştırma Dizisi*, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul, (1999), c.1, s. 151-152, 201.

⁸Akif Aydın, Ali Paşa'nın Kod Napolyon'un Arapça tercümesinden Türkçe'ye tercüme işini Sait Paşaya havale ettiğini belirtmektedir. Hatta 1500-1600 maddesinin seçilerek alınması için oluşturulan komisyonun bu işi büyük oranda başardığından söz etmektedir. A. Aydın, 'Mecelle'nin Hazırlanışı', *İslam ve Osmanlı Hukuku araştırmaları*, (İstanbul: İz Yayınları İstanbul 1996), s. 75-6.

⁹Hıfzı veldet, 'Kanunlaştırma', c.1, s. 200.

¹⁰N. Bilge, *Hukuk başlangıcı: Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*, (Ankara: Turhan kitapevi, 1984), s.87.

*hiçbir yerde desteğini bulamadığımız bu ilginç haberin doğruluğu çok kuşkuludur. Bu doğru olsaydı temyiz kavramı gelişmiş olurdu, halbuki Mecelle'ye kadar böyle bir şey yoktur.'*¹¹

Mumcu, temyiz siteminin Mecelle ile birlikte Divan-ı Hümayun örneği alınarak Osmanlı adalet sistemine girdiğini, daha önceleri ise böyle bir sistemin bulunmadığını belirtmektedir.¹² Mumcu'ya göre, *'İslam adliye teşkilatında temyiz sistemi yoktur. Belki hatalı verilen kararın aynı kadı veya başka bir kadı tarafından yeniden bakılması sistemi vardır, buna ise yeniden yargılama denilmektedir, bizde bu sistem yoktur.'*¹³

Mumcu, kesinleşmiş kararların divanca incelenmesini İslam hukukuna aykırı kabul eder¹⁴ ve ulemanın bunu isteksizce kabul ettiğini Ebussuud'un şu fetvasına dayandırır:

*'Mesele: Bir defa şer'i şerifle fasl olunup ahir kadı tenfiz ve imza eylediği hususu yine aslından dinlemek şer'i olur mu? El-cevap: Emr'i Sultani olmayacak olmaz. Memur olıcak, dahi sabıkan şerle fasl olunduğu sabit olıcak tağyir olunmaz.'*¹⁵

3. DEĞERLENDİRME

a-Adalet Örgütü

Bu iddiaları değerlendirebilmek için Fransız ve Mısır adalet örgütlerinin geçmişlerinin araştırılması ve Kod Napolyon ile İslam hukukunun karşılaştırılması gerekir. Napolyon'un iddia edildiği gibi mahkemelerin derecelendirilmesi sistemini Fransa'ya taşıyabilmesi için Mısır'ı işgalinden önce bu sistemin Mısır'da işlevsel halde bulunuyor olması gerekir. Halbuki yaptığımız incelemede, Mısır'da bu sistemin bulunmadığına şahit olduk. Hukuk tarihçilerinin, Napolyon öncesi Mısır adaleti hakkında verdiği bilgiye göre Mısır'da tek dereceli mahkeme (kadı) sistemi geçerliydi. Abdulmecid Muhammed el-Hafavi'nin verdiği bilgiye göre, Osmanlı Sultanı Yavuz Sultan Selim'in (1470-1520) Mısır'ı fethi (1517) ile başlayan dönemde, Memlük dönemindeki adalet sistemi yeniden yapılandırılmış ve 923/1517'de yargılama yetkisi kadınlara bırakılmış ve dört mezhebi temsilen baş yargıçlar (*kadı'l-kudat*) atanmış ve onlara naib (yargıç) atama yetkisi verilmiş. 927/1518'de ise dört kadılık sistemini kaldıran Yavuz, yerine kadıasker derecesinde 'Mısır Kadısı' adıyla

¹¹A. Mumcu, *Hukusal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayun*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976), s. 95. Naklen: A. Adil, *Mahkeme-i Temyiz*, (Kostantiniyye, 1312), s. 51-3.

¹²Mumcu, *Divan-ı Hümayun*, s. 94.

¹³Mumcu, klasik fıkıh eserlerinde yer bulan bir işleyişe değinmektedir. Bu sistem Mecelle'de de yer almıştır. Mecelle, 1837; Mumcu, *Divan-ı Hümayun*, s. 91-2. Ayrıca Bkz. Ö. N. Bilmen, *Hukuku İslamiyye ve İstilahatı Fikhiyye Kamusu*, (İstanbul: Bilmen Basımevi, 1969), c. 6, s. 456; N. Bilge, *Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme*, (Ankara, 1973).

¹⁴Mecelle'nin 1837. maddesi de aynı konuyu düzenlemiş ve usulüne uygun olarak görülmüş bir davanın tekrar görülemeyeceğini belirtmiştir.

¹⁵Mumcu, *Divan-ı Hümayun*, s. 92 (dipnot); Horster Paul, *Zur An wendung des İslamischen Reschts im 16 Jahrhundert*, (Stuttgart, 1935), Metin 52; U. U. Heyd, *Studies in old Ottoman Criminal Law*, (Oxford: The Clarendon Press, 1973), s. 257.

bir Türk yüksek yargıç tayin etmiş ve bu yargıca dört mezhepten Mısırlı kadı tayin etme yetkisi vermiş. Bir müddet sonra, dört mezhebi temsil eden kadı divanları tekrar kurulmuş ve bu sistem Fransa'nın (Napolyon) Mısır'ı işgaline kadar devam etmiştir.¹⁶ Görüldüğü üzere, Napolyon Mısır'ı işgal ettiğinde, adalet örgütü içerisinde modern anlamda bir yüksek mahkeme sistemi yer almamaktadır. Hatta, Napolyon Mısır'a geldiğinde adalet sisteminde bazı değişikliklere gitmiş, Ticaret, Miras gibi bazı konularda özel mahkemeler teşkil etmiş ancak bunlar başarılı olamayınca yeniden tek dereceli kadı mahkemelerine dönmüştür.¹⁷ Mısır'da mahkemelerin derecelendirilmesi ise Kavalalı Mehmet Ali Paşa (1805-1847) zamanında gerçekleşmiştir.¹⁸

Mısır'daki tek dereceli mahkeme sisteminin aksine, Napolyon öncesi Fransa'da yüksek mahkeme sisteminin var olduğunu bilmekteyiz. İkinci açıkça şunu vurgulamaktadır: '*Fransızlarda temyiz sistemi Napolyon ile girmemiş ki temyiz Mısır'dan gitmiş olsun,*¹⁹ *temyiz daha önceki dönemlerde mevcut idi.*²⁰ Fransız adalet örgütünün daha ilk dönemlerinde dahi mahkemeler alt, orta ve üst derecelere ayrılmış. Alt ve orta derecedeki mahkemelerin verdiği kararlara karşı üst mahkemelere itiraz hakkı verilmişti.²¹ Önceleri, temyize gitme hakkı yalnızca Kral'a verilmiş

¹⁶Abdülmeccid Muhammed el-Hafavi, Tarih-i Kanun el-Mısri (El-Asr El-İslami) Maa Dirasat fi Nazariyat el-Akd fi Kanun el-Romani, (İskenderiyye, t.y.), s. 289-290.

¹⁷Hafavi, *Kanun el-Mısri*, s. 290-191.

¹⁸Muhammed Ali zamanında 1805'ten itibaren oluşturulan mahkemeler:

1-Yüce divan (Meclis-i Âli). Her türlü davaya yüksek mahkeme olarak bakmak üzere kurulmuş ve 1805-1838 arası görev yapmış.

2-Şehir meclisleri ve bölge mahkemeleri. Her türlü davaya bakmakla yetkilidir ancak baktığı davalar tasdik için divan-ı Âliye gönderilirdi. Bu divan, temyiz için bir neden bulursa davayı Meclis-i Âli'ye gönderirdi.

Daha sonraları ise yeni bir sistem kuruldu:

a-Meclisi- Hakkaniyye: Medeni, cezai ve askeri davalara bakmakla görevli idi.

b-Karışık Ticaret Meclisleri: Mısırlılar ile yabancılar arasındaki ticari davalara bakıyorlardı.

c-Meclis-i Ahkam: Medeni, cezai ve askeri davaların son karar mercici idi.

d-Mecâlis-i akâlim (bölge): İdari ve mali işlere bakardı. Meclis-i hakem'de istinaf olarak bu davalar görülürdü.

e-Meclis-i komisyonu Mısır: (1862'de kuruldu): Sivil konularda yabancıların Mısırlılar aleyhine açtığı davalara bakmakla görevli idi. Meclis-i hakem'de istinaf olarak bu davalar görülürdü.

f-Mecâlis-i belediyye-i ibtidaiyye: Bu mahkemenin verdiği kararlar meclis-i zaptiye'de istinaf olunabiliyordu. Hafavi, *Kanun el-Mısri*, s. 294-5.

¹⁹Napolyon'un 1800 yılında iktidara gelmesinden sonra, adliye'de bir takım düzenlemeler yapılmış ancak bu düzenlemeler monarşi ile ihtilal devri müesseselerini birbirleriyle kaynaştırmasından çok öte geçememiştir. Sulh, istinaf ve temyiz mahkemeleri bazı değişikliklerle aynen devam ettirilmiştir. Sulh mahkemeleri dışında halkın hakimleri seçme imkanı kaldırılmış; temyiz üyelerini seçme hakkı senatoya verilmiş; diğer hakimleri seçme yetkisi ise birinci konsüle bırakılmıştır. Sulh mahkemelerinin kararları üç hakimden oluşan ve hukuk-ceza davalarına bakan ilçe mahkemelerinde, bunların 1500 frank değer ve 60 frank gelir üzerindeki kararları istinaf mahkemelerinde (Cour d'appel) yeniden görülebiliyordu. 1804 yılında ise temyiz mahkemesi, Temyiz Divanı (Cour de Cassation) konumuna getirilmiştir. E. B. İkinci, *Osmanlı Mahkemeleri (Tanzimat ve Sonrası)*, (İstanbul: Arı Sanat Yayınları, 2004), 75-6. Ayrıca bkz. C. Erkut, 'Fransa'da Conseil d'Etat'ın Sosyolojik ve Tarihsel Gelişimi', *İHİD*, c. 4, s. 1-3, Yıl. 1983.

²⁰Ekinci, *Osmanlı Mahkemeleri*, 70.

²¹Ekinci, *Osmanlı Mahkemeleri*, 64; Naklen M.Esad, *Usulu Muhakeme-i Hukukyye*, (İstanbul, 1306), s. 26.

iken, 16. yüzyılda taraflara temyize başvurma hakkı verilmiş. 1670 tarihli bir emir-name ile istinaf usulü düzenlenmiş ve tahkik sistemi getirilmiştir.²²

Her ne kadar İslam adalet örgütü içerisinde Emeviler döneminden itibaren üst mahkeme konumunda bulunan *Mezalim mahkemeleri*²³ ve bunun paraleli olan *Divan-ı Hümayun*²⁴ yer alsa da bu sistemin Napolyon'un Mısır'ı işgali esnasında Mısır'da bulunduğu veya üst mahkeme sistemine Mısır'da yer verildiği taradığımız kaynaklarda yer almamaktadır. Sait bey, İmam-ı Azam'a attettiği uygulama hakkında her hangi bir kaynak vermemektedir. Yaptığımız incelemede de Sait bey'in Ebu Hanife'ye atfetmiş olduğu bir uygulamaya rastlayamadık.²⁵

b-Kod Sivil-İslam Hukuku

Şunu belirtelim ki hemen hemen tüm hukuklar birbirlerine az ya da çok benzemektedirler. Benzer hükümler farklı hukuk sistemlerinde bulunabilmektedir. Bunların bulunması bir hukukun diğerinin kopyası ya da ondan esinlenmesi anlamına gelmemelidir. İnsan var oldukça hukuk var olduğundan hukuklar arasında benzerliklerin bulunması çok tabiidir. Bir hukukun diğerinden esinlendiğini ya da kopyalandığını söyleyebilmek için iki hukuk arasında hem şekil hem de içerik açısından çok büyük benzerliklerin olması gerekir. Kod Sivil'in İslam hukukundan etkilenip etkilenmediği konusunda ciddi bir sonuca ulaşabilmek için Roma hukuku, Fransız örf-adet hukuku ve İslam hukukunun karşılaştırmalı detaylı bir araştırmasının yapılması gerekmektedir. Böyle bir çalışmanın ise bu kadar kısa bir makaleye sığmayacağı kuşkusuzdur. Bir fikir vermesi açısından biz burada kısa bir karşılaştırma yapmayı uygun buluyoruz.

Öncelikle vurgulanması gereken nokta İslam hukuku ile Kod Napolyon arasında her hangi bir şekli benzerliğin bulunmadığıdır. Fıkıh eserleri detaylı olup somut örnekler üzerine kurulmuşken, Fransız medeni kanunu soyuttur ve hükümleri kısadır. İçerik açısından en önemli fark ise, İslam hukuk ekolleri içerisinde hiçbir ekol faizli akitlere izin vermezken, Kod Napolyon'un faiz akitlerine yer vermesidir.

Şimdi, iâre ve karz konularını içeren kısa bir karşılaştırmaya yer vermek istiyoruz.²⁶

²²Ekinci, Osmanlı Mahkemeleri, s. 70-71.

²³Z. Kazıcı, *İslam Müesseseleri Tarihi*, (İstanbul: Kayıhan Yayınları, 1996), s. 135-143. Ayrıca bkz. Maverdi, *El-Ahkam el-Sultaniyye*, (Beyrut: Daru'l-kütüb el-İlmiyye, 1985); V. Akyüz, *İslam Hukukunda Yüksek Yargı ve Denetim (Divan-ı Mezalim)*, (İstanbul, 1995).

²⁴Divan-ı Hümayun'un hemen her konudaki davaları bir temyiz mercii gibi inceleyip bozduğu ya da onayladığı bilinmektedir. Divan-ı Hümayun ya bir hüküm verir ya da yeniden hüküm verilmesini davayı gören kadı'dan veya başka bir kadı'dan isteyebilir. Divan-ı Hümayun'a dilekçe sunmak için arzuhalcilerden yardım alındığını ve bu mesleğin 15-16. yüzyılda önemli bir meslek haline geldiğini yazarlar belirtmektedirler. Mumcu, gözleri çıkarılan bir gayr-i Müslim'in Divan-ı Hümayun'da murafaası için Dubrovník beylerine hüküm yazılarak vekil göndermesi istendiğini örnek olarak sunmaktadır. (BA Müd. N.3 S. 391, Sıra. 1116, T. 26, N. 967/23.V.1560). İ. H. Uzunçarşılı, *Osmanlı Devletinde İlmiye Teşkilatı*, (Ankara, 1988), s. 110, 211; Mumcu, *Divan-ı Hümayun*, s. 95-6.

²⁵Ebu Zehra, *Ebu Hanife*, O. Keskiöglü, (ter.), (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı, 1997); M. Uzunpostalcı, *Ebu Hanife*, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, c. 10.

²⁶Burada, Nezaret Hilmi'nin Kod Sivil'i Osmanlıca'ya tercümesini kullandık. Nezaret Hilmi, *Kod Sivil*, (Dersaadet, 1307).

aa-Îâre

Madde 1875: Îâre, intifa ve ba'dehü iade etmek şartıyla ahadi akideyn tarafından diğërine bir ayn teslim olunmak üzere akd olunan mukaveledir.

Bu madde iâreyi tanımlamakta olup faydalanılması mubah bir ayn şeklinde bir şart konulması ile İslam hukukuna uygun bir tanım halini alır.²⁷

Madde 1876: Îâre'de malikin menfaati bilâ bedel temellük olunur.

Bu madde İslam hukukuna uygundur.²⁸

Madde 1877: Muîr'in müsteâr'da olan hakkı mülkiyet-i baki kalır.

Bu madde İslam hukukuna uygundur, zira mülkiyet değil sadece faydalanma hakkı verilmiştir.²⁹

Madde 1878: Bey'i caiz olup bi'l-intifa müstehlek olmayan her türlü âyân iâre olunabilir.

İslam hukukuna göre intifa-ı caiz olup müstehlek olmayan her türlü aynın iâre-si caizdir.³⁰

Madde 1879: Hıyn-i akdi iâre'de muîr ve müsteâr tarafından iltizam olunan taahhüdat vereseye intikal eder. Fakat iâre bizzat müsteâr için edilmiş ise verese intifanın bekasını talep edemez.

İslam hukukuna göre taraflardan birisinin ölümü ile iâre akdi son bulacağından, bu madde İslam hukukuna uygun düşmemektedir.

İkinci fasıl

Müsteâr'in vâcibâtı beyanındadır.

Madde 1880: Müsteâr, müsteâr'ı tekayyüdât-ı kâmile ile muhafaza etmeğë mecbur olup, malı mezbûrû yalnız adet ve mukavele iktizasınca i'dad ve tayin olunan maksada göre istimal edebilir ve mevâddı meşruha hilafında hareket eder ise vuku bulan zararı zâmin olur.

Bu madde Hanefi hukukuna uygundur. Malikilere göre, akar gibi saklanması mümkün olmayan mallar ile kendi kendine telef olduğuna delil olan durumda tazmin gerekmez, aksi halde tazmin gerekir. Şafilere göre ise kendi filinden kaynaklanmayan bir nedenle bile olsa mal telef olursa malın telef günündeki değeriyle tazmin edilmesi gerekir.³¹

Madde 1881: Müsteâr, müsteâr'ı hilafı adet olarak istimal ettiğë veyahut

²⁷İbn-i Rüşd el-Hâfid, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, Beyrut: Daru'l-Fikr, t.y.), c. 2, s. 235.

²⁸Serahsi, Muhammed b. Ahmed, *El-Mebsut*, (Beyrut: Daru'l-Ma'rife, 1986), c. 11, s. 133; Merğînâni, Burhanüddin, *El-Hidâye*, (Mısır: Matbaa Mustafa Halebi, 1971), c. 3, s. 220; Şirbini, Muhammed el-Hâtibi, *El-Muğni el-Muhtac ilâ Mâ'rifet-i Me'âni el-Elfaz el-Minhâc*, (Mısır: Matbaa Mustafa Halebi, 1958), c. 2, s.264 .

²⁹Serahsi, *Mebsut*, c. 11, s. 133; Dussuki, İbn-i Ahmed, *Haşîye el-Dussuki 'alâ Şerh el-Kebir*, (Mısır: Daru'l-Arabiyye, t.y.), c. 3, s. 433.

³⁰İbn-i Rüşd, *Bidâye*, c. .2, s. 235; Şirbini, *Muğni*, c. 2, s. 266.

³¹Müzeni, *Muhtasar, Ümm* ile birlikte, (Beyrut: Daru'l-Fikr, 1990), c. 8, s. 215; Serahsi, *Mebsut*, c. 11, 135; Merğînâni, *Hidâye*, c. 3, s. 220-1; Dussuki, *Haşîye*, c. 3, s. 433; İbn-i Rüşd, *Bidâye*, c. .2, s. 235.

müddeti meşrutası hululünde iade eylemediği halde mezbur kazaen telef olsa bile merkum zâmin olur.

Bu madde İslam hukukuna uygundur.³²

Madde 1882: Müsteâr kendi malını istimal ederek müsteâr'ı muhafaza edebilir iken malı müsteâr kazaen telef olur veyahut ikisinden biri (kendi malı veya müsteâr) muhafaza edilebilir iken kendi malını tercih eyler ise müstehlek olan müsteâr'ı zâmin olur.

Bunu kişinin taksiri olarak değerlendirirsek, bu madde İslam hukukuna uygun düşer.

Madde 1883: Hıyn-i iâre'de müsteâr'ın kıymeti takdir olunduğu halde malı mezbur kazaen telef olsa bile müsteâr'in zamandan beri olacağı mukavele edilmemiş ise merkum zâmin tutulur.

Bu madde yalnızca kendi kendine teleften dahi müsteâr'ı sorumlu tutan Şafilere görüşüne uygun düşer.³³ Ancak Şafilere göre, zamandan beri olmak şart koşulsa dahi müsteâr'in sorumluluğu devam edecektir. Hanefilerin görüşüne uygun düşmez, zira onlara göre müsteâr ancak taksir veya kastı var ise sorumlu tutulur yoksa sorumlu tutulmaz.³⁴

Madde 1884: Müsteâr'in bir güna sun'i ve taksiri olmaksızın müsteâr ber veçhin mutat istimal olunduğu halde hâlel bezir olsa müsteâr'e zaman lazım gelmez.

Bu madde Hanefi ve Malik'i hukuku ile paraleldir.³⁵

Madde 1885: Müsteâr, muîr zimmetinde olan matlubuna mukabil müsteâr'ı alıkoyamaz.

İslam hukukuna göre de müsteâr müsteâr'ı istendiğinde geri vermek zorundadır. Ancak Malikilere göre, zaman belirlenmişse ya da zamanın varlığı örfe biliniyorsa buna riayet edilme zorunluluğu vardır.³⁶

Madde 1886: Müsteâr, müsteâr'dan istifade etmek üzere vuku bulan ma-sârif ile muîr'e rucu edemez.

Bu madde İslam hukuku ile aynı paraleldedir, zira İslam hukukuna göre müsteâr, müsteâr'ın giderlerinden mesuldür. Malikilere göre ise müsteâr'ı sahibinden alma ve geri verme masrafları müsteâr'e ait iken, müsteâr'ın kendine mahsus giderlerinin ise kime ait olacağı konusunda iki farklı görüş bulunmaktadır. Dussuki, müsteâr'a ait olan giderin, örneğin iâre olarak verilen bir hayvanın beslenme gider-

³²Kasani, Ebu Bekir b. Mesud, *Bedâi'u's-Sanâyi fi Tertibi's-Şerâ'i*, (Beyrut: Daru'l-Kütüb el-Arab, 1982), c. 6, s. 218; Vehbe el-Zuheylî, *El-fikhu'l-İslami ve Edilletühü*, (Beyrut: Daru'l-Fikr, 1989), c. 5, s. 68.

³³Bazı Şafi kaynakları normal kullanımın tazminatı gerektirmediği şeklinde kayıt düşmektedirler. İbn-i Hacer, Şihabüddin Ahmed, *Tuhfetü'l-Muhtac*, Abdulhamid el-Şirvani ve Ahmed b. Kasım el-Abbadi'nin haşiyeleri ile birlikte, (Beyrut: Daru'l-Sadir, t.y.), c. 5, 421-2; Muhammed b. Kasım, Şemsüddin Ebu Abdullah, *Fethu'l-Karibü'l-Mucib fi Şerh-i Elfaz el-Takrib*, (İstanbul: Salah Bilici Kitapevi, t.y.), s. 47

³⁴İbn-i Rüşd, *Bidâye*, c. 2, s. 235; Şirbini, *Muğni*, c. 5, s. 204; Züheylî, *Fikhu'l-İslami*, c. 5., s. 68.

³⁵Serahsi, *Mebzut*, c. 11, s. 135; İbn-i Rüşd, *Bidâye*, c. 2, s. 235.

³⁶Serahsi, *Mebzut*, c. 11, s. 141; İbn-i Rüşd, *Bidâye*, c. 2, s. 235.

lerinin mal sahibine ait olması gerektiği görüşünü tercihe şayan olan görüş olarak belirtir.³⁷

Madde 1888: Bir malı müctemian istiare eden müteaddit kimseler muîr indinde müteselsilen zâmin ve mesuldürler.

Bu madde İslam hukukuna uygundur.

Fasl-ı Salis

Muîr'in vâcibâtı beyanındadır.

Madde 1888: Müsteâr'ın iadesi hususunda meşrut olan müddet mürur etmedikçe veyahut müddet tayin olunmamış ise malı mezbur mutat olan surette istimal edilmekçe muîr tarafından istirdat olunamaz.

Malikiler hariç diğer İslam hukukçularına göre, müsteâr geri istendiğinde karşı tarafa zarar verilmediği sürece, muîr istediği zaman müsteâr'ı geri isteyebilir. Malikilere göre ise müddet şart koşulmuşsa veya örfen müddet tayini varsa buna riayet edilmesi gerekir. Bina, arsa ve benzerlerinin iâresinde ise mutat olan bir zamanın geçmesi gerekir.³⁸ Kısacası, bu madde Maliki görüşü ile paraleldir.

Madde 1889: Fakat müddet meşrutu esnasında veyahut müsteâr'ın ihtiyacı mündefî olmaksızın muîr indinde min gayr-i melhuz müsteâr'a bir ihtiyacı acil ve mübrem his olduğu halde hakim icabı hale göre müsteâr'ın iadesini müsteâr'e emr edebilir.

Yukarıda belirtildiği üzere, Malikilere göre müddet şartı bulunduğu malın geri istenmesi söz konusu olamaz. Hanefilere göre ise bir arazi bina yapımı veya ağaç dikimi için belli bir müddet ile ariyet verilip de bu müddet dolmadan arazi geri istenirse, ariyet veren şahıs binanın kaldırılması ve ağaçların kesimi ile oluşan değer kaybını ariyet alana ödemesi gerekir. Şayet müddet şartı yoksa muîr'in herhangi bir ödeme yapması gerekmez. Şayet arazi ekim için ariyet verilmişse, hasat sonuna kadar geri alınmaz. Ancak, süre aşımı için ariyet alanın ücret-i misil ödemesi gerekir.³⁹

Madde 1890: Müddeti iâre esnasında müsteâr'ın muhafazası için fevka'l-âde elzem ve ehem masârîfâta ihtiyaç görülüp muîr'e ihbar etmek kabil olmaz ise muîr badehü masârîfî mezbureyi ifa etmeğe mecbur olur.

İslam hukukuna göre müsteâr'ın normal giderleri ariyet alana aittir. Ancak normal üstü giderler olursa bunların herhalde mal sahibi tarafından karşılanması gerekir.⁴⁰

Madde 1891: Müsteâr'da mevcut olup müstâmiline mazarratı bulunan uyup muîr indinde evvelce malum olmuş iken ihbar etmemiş ise müsteâr'e karşı mesul tutulur.

³⁷Dussuki, *Haşiye*, c. 3, s. 441.

³⁸Merğînâni, *Hidâye*, c. 3, s. 220; İbn-i Rüşd, *Bidâye*, c. 2, s. 235; İbn-i Kasım, *Fethu'l-Karib*, s. 47; Dussuki, *Haşiye*, c. 3, s. 439.

³⁹Merğînâni, *Hidâye*, c. 3, s. 222; İbn-i Rüşd, *Bidâye*, c. 2, s. 235-6.

⁴⁰Dussuki, *Haşiye*, c. 3, s. 441; Mesud efendi, *Mir'at-ı Mecelle*, (Matbaa Osmaniye, 1302/1884), s. 284.

Bu madde İslam hukukuna uygundur, zira kişi gizlediği ayıplardan sorumludur, zira İslam hukuku ne zarar vermeyi ne de zarar görmeyi onaylar. Ancak, ariyet alan zarar görmemiş ise malı iade ederek akdi fesh edebilir.⁴¹

bb-Karz

Madde 1892: Karz bi'l-istimal müstehlek olarak badehü o cins ve vasıfta misli iade olunmak üzere mukrız tarafından bi'l-mukavele müstekrız ita olunan maldır.

Bu tanım İslam/Hanefi hukukuna uygun düşer.⁴² İslam hukukçuları karz için şöyle tanımlar da yapmışlardır: 'Misliyattan olan bir malı bilahare mislini almak üzere başkasına borç verme akdidir',⁴³ veya 'bedelini geri almak üzere bir şeyin mülkiyetini vermektir'.⁴⁴

Madde 1893: Karz'ın hükmü müstekrızın malı mükterize malik olmasıdır. Ve her ne suretle olur ise olsun malı mezbur telef olur ise hasarı kendisine ait olur.

Ebu Hanife ve Muhammed'e göre kabz ile birlikte mülkiyet karz alana geçer ve mislinin iadesi gerekir. Ebu Yusuf'a göre ise mal mevcut olduğu sürece mülkiyet kendisine geçmez ve malın aynını iade etmek gerekir. Malik'e göre ise akit ile birlikte mülkiyet karz alana geçmiş olur aynını ya da mislini iade edebilir. Şafi ve Hanbelilere göre ise kabz ile birlikte mülkiyet karşı tarafa geçmiş olur.⁴⁵ Bu madde Malikilerin görüşü ile uyuşmaktadır.

Madde 1894: Hayvanat misillü müttehidü'l-cins ve muhtelifü'l-efrad olan şeyler ikraz olunamaz. Olunduğu halde iâre'ye haml olunur.

Bu madde Hanefilerin görüşü ile uyuşmaktadır, zira onlara göre karz, fertleri arasında kıymet farkı fazla bulunmayan mallarda geçerlidir. Yani onlara göre yalnızca hacim ölçüleriyle ölçülebilen (*mekilat*), tartılabilen (*mevzunat*) ve fertleri birbirine yakın olup sayılabilen mallar (yumurta gibi) ödünç verilebilir, diğer mallar ise ödünç verilemez. Maliki, Şafi ve Hanbelilere göre ise yukarıdaki mallar karz olarak verilebileceği gibi hayvanlar ve ticaret malları da karz olarak verilebilirler.⁴⁶

Madde 1895: Karz nukuddan ibaret olur ise hıyn-i akitte tayin olunan mikdarı meblağın iadesi lazım olur. Vadenin hululünden mukaddem nukudu mezburenin kıymeti tezayüd veya tenakus etse bile müstekrız yalnız istikraz olunan miktarı meblağı hıyn-ı tediyede cari olan meskukat ile ifa etmeğe mecbur olur.

⁴¹Merğînâni, *Hidâye*, c. 3, s. 249; Zuheyli, *Fıkhü'l-İslami*, c. 4, s. 565.

⁴²Merğînâni, *Hidâye*, c. 3, s. 222.

⁴³Bilmen, *Hukuku İslamiyye*, c. 6, s. 94; Zuheyli, *Fıkhü'l-İslami*, c. 4, s. 720.

⁴⁴İbn-i Hacer, *Tuhfe*, c.5, s. 36.

⁴⁵Dussuki, *Haşiye*, c. 3, s. 226; Bilmen, *Hukuku İslamiyye*, c. 6, s. 95; Zuheyli, *Fıkhü'l-İslami*, c. 4, s. 723-4.

⁴⁶Merğînâni, *Hidâye*, c. 3, s. 222; İbn-i Hacer, *Tuhfe*, c.5, s. 41-5; Dussuki, *Haşiye*, c. 3, s. 226.

Karz alınan bir malın Ebu Hanife'ye göre mislinin iade edilmesi gerekirken, Ebu Yusuf'a göre karz alındığı gündeki değerinin verilmesi gerekir. Malik ve Şafi ise Ebu Hanife gibi düşünmektedirler.⁴⁷

Madde 1896: Malı mukteriz sebebiyeden (külçe) ibaret olur ise madde-i sabikanın hükmü cari olmaz.

İslam hukukçularına göre altının külçesi ya da para kalıbına dökülmüşü arasında fark yoktur. Hanefi, Maliki ve Şafi'ye göre mislinin verilmesi, Ebu Yusuf'a göre ise karz alındığı günkü değerinin verilmesi gerekir.⁴⁸

Madde 1897: Emval-ı mükterize mesbukat (külçe) veya mat'umattan ibaret olduğu halde kıymeti tezayüd veya tenakus etse bile müstekriz yalnız ahz etmiş olduğu miktar ve vasfa göre emval-ı mezbureden iade etmeğe mecburdur.

Bu madde İslam hukuku ile paraleldir, zira İslam hukukçularına göre misli olanın misli kıyemi olanın ise karz alındığı gündeki değeri veya benzeri vasıfları taşıyan bir malın iade edilmesi gerekir.⁴⁹

Fasl-ı Sani

Mukriz'in Vâcibât-ı Beyanındadır.

Madde 1899: Vadeyi meşruta hulul etmeksizin mukriz emval-ı müstekrizeyi istirdat edemez.

Bu madde Malik'in görüşü ile paraleldir, zira ona göre karz akdinde vade şartına riayet edilmesi gerekir. Diğer hukukçulara göre ise vade şartı geçerli değildir,⁵⁰ onlara göre alacaklı her zaman alacağını isteyebilir.⁵¹

Madde 1900: Karz'da bir vade tayin olunmamış ise hakim icabı hale göre müstekriz münasip bir mehil ita edebilir.

Bu madde karz'ın vadesini belirlemede örf ve adeti de dikkate alan Malikilerin görüşü ile uyuşabilir. Onlara göre, karz alınan bir malın iade yakti için bir örf bulunuyor ise aksi şart koşulmadıkça buna riayet edilmesi gerekir.⁵²

Madde 1901: Müstekriz iktidar veyahut vesail-i lazime (gerekli vasıtalar) kesb ettiği durumda karzı ifa etmek üzere mukavele olunmuş ise hakim icabı hale göre tediye hususunda bir mehil tayin edebilir.

⁴⁷Merğînâni, *Hidâye*, c. 3, s. 86; İbn-i Hacer, *Tuhfe*, c.5, s. 44; Dussuki, *Haşiye*, c. 3, s. 226; Bilmen, *Hukuku İslamiyye*, c. 6, s. 96,102.

⁴⁸Merğînâni, *Hidâye*, c. 3, s. 86; İbn-i Hacer, *Tuhfe*, c.5, s. 44; Dussuki, *Haşiye*, c. 3, s. 226; Bilmen, *Hukuku İslamiyye*, c. 6, s. 96,102.

⁴⁹İbn-i Hacer, *Tuhfe*, c.5, s. 44; Dussuki, *Haşiye*, c. 3, s. 226; Bilmen, *Hukuku İslamiyye*, c. 6, s. 96; Zuheyli, *Fıkhul-İslami*, c. 4, s. 723-4.

⁵⁰Hanefiler belli bir vade ile karz verilmesi vasiyet edilmişse, bu süreye veresinin riayet etmesini şart koşarlar. Merğînâni, *Hidâye*, c. 3, s. 60-1.

⁵¹Merğînâni, *Hidâye*, c. 3, s. 60; İbn-i Hacer, *Tuhfe*, c.5, s. 47; Dussuki, *Haşiye*, c. 3, s. 226; Zuheyli, *Fıkhul-İslami*, c. 4, s. 721-2.

⁵²Dussuki, *Haşiye*, c. 3, s. 226.

Bu madde, karz vadesi hususunda örfе yer veren Malikilerin görüşü ile uyuşabilir. Vade belirlenmemiş ise örf ile belirlenebilir.

Fasl-ı salis

Müstekrız'ın Vâcibât-ı Beyanındadır.

Madde 1902: Vadeyi meşruta hululünde müstekrız emval-ı mükterizayı kadren ve vasfen misli olan mal ile ifa etmeğe mecburdur.

Bu madde İslam hukuku ile paraleldir.⁵³

Madde 1903: Bu suretle bedelen itası mümkün olamaz ise tediyesi meşrut olan zaman ve mekanda cari olan kıymeti ifa etmeğe mecbur olur. Hıyn-i akitte zamanı ve mekanı tediyeye tayin olunmamış ise zamanı ve mekanı akitte cari olan kıymete göre tediyeye olunur.

İslam hukukçularına göre karz alınan mal misli iade edilemediği takdirde ya yakın vasıftaki birisi ya da karz günündeki değeri ödenir.⁵⁴

Madde 1904: Vadeyi muayyene hululünde müstekrız bedel-i karz veyahut kıymetini teslim ve ifa etmediği halde muhakeme zımnında takdim olunan istida tarihinden itibaren hesap olunan faizi dahi edaya mecbur olur.

Bu madde İslam hukukuna uygun düşmez, zira İslam hukukuna göre faiz yasaktır. Fakat zamanında ödeme yapmayan şahsın bir miktar fazlası ile ödeme yapmasında bir sakınca yoktur, zira daha önceden böyle bir şart öne sürülmediği için şahsın yaptığı fazla ödeme hibe mahiyetinde kabul edilir.⁵⁵

Bab-ı Salis

Muamele-i Murâbaha Beyanındadır.

1905: İkras olunan nukud ve zehair (eşya) ve emval-ı menkule-i saire için faiz mukavele etmek caizdir.

Bu maddeden itibaren 1915. maddeye kadar faiz muameleleri düzenlenmiştir.

İslam hukukçuları karz karşılığı faiz muamelelerine izin vermemişlerdir. Hatta onlara göre karz karşılığı sağlanan her türlü menfaat haram/yasak kabul edilmiştir. Burada şunu belirtmek faydalı olacaktır. Her ne kadar direkt faiz muamelesi yasak kabul edilse de muamele-i şer'iyye adı altında şeklen faiz olmasa da manen faiz muamelesi içeren akitlere izin verilmiştir. Bazı İslam hukukçuları bu tür muameleleri faiz kabul etmemekte ve faizsiz akit olarak değerlendirmektedirler. Kanaatimce bu tür akitler şeklen faiz kategorisinde değerlendirilemese de amaçsal olarak faiz akitleri içerisinde değerlendirilebilirler.

⁵³İbn-i Hacer, *Tuhfe*, c.5, s. 44; Dussuki, *Haşiye*, c. 3, s. 226; Bilmen, *Hukuku İslamiyye*, c. 6, s. 96; Zuheyli, *Fıkhü'l-İslami*, c. 4, s. 723-4.

⁵⁴Merğînâni, *Hidâye*, c. 3, s. 86; İbn-i Hacer, *Tuhfe*, c.5, s. 44; Dussuki, *Haşiye*, c. 3, s. 226; Zuheyli, *Fıkhü'l-İslami*, c. 4, s. 723-4.

⁵⁵İbn-i Hacer, *Tuhfe*, c.5, s. 46-7; Dussuki, *Haşiye*, c. 3, s. 224; Bilmen, *Hukuku İslamiyye*, c. 6, s. 99-100; Zuheyli, *Fıkhü'l-İslami*, c. 4, s. 724-8.

Her ne olursa olsun, bu tür akitler nakit ihtiyacını karşılamada büyük rol üstlenmiş ve ekonominin önünü açmışlardır. Bu da göstermektedir ki İslam hukuku statik değil, aksine dinamiktir ve tarih boyunca İslam hukukçuları güncel sorunların aşılmasında büyük rol oynamışlar ve toplumun önünü açmak için çapa sarf etmişlerdir.

Son olarak konu ile ilgili olarak Bilmen'den bir alıntı yapmak istiyorum: '...Fakat bu muameleler (muamele-i şer'iyye), İmam Ebu Yusuf'a göre caizdir. Ve bunlar bir emri hayra hizmet için yapıldığı ve ayrıca bir bey'i ve şıra mahiyetinde bulunduğu cihetle memduhtur. Ribadan kurtulmak için bir mahlas-ı şer'idir. Bunlar nef'i calib bir ikraz muamelesi değil, belki menfaati celbeden birer bey'i muamelesidir. Akitler, başka başka mahiyetleri haiz olduğundan bir akdin meşru olmamasından diğerinin de meşru olmaması iktiza etmez. Vakıa karzı hasen, yani; mukrıza ait menfaatten âri, rızayı ilahiye müstenit bir karz muamelesi pek müstahsendir. Fakat her zaman bu yüksek insani vazifeyi ifa edecek zatlar bulunamaz. Artık nâsın ihtiyacını tehvin için böyle bir mahlas-ı şer'ie müracaat, azimet tarikine münafi olsa da ruhsat tarikine muhalif olmaz.'⁵⁶ Bilmen, görüşünü desteklemek için Fethu'l-Kadir'den şu alıntıyı yapıyor: 'Fethu'l-Kadir'de deniliyor ki: Böyle bir muamelede kerahat yoktur. Şu kadar ki, bu hilaf-ı evladır. Çünkü bunda karzı hasen suretiyle yapılacak birr-ü ihsandan i'raz vardır.'⁵⁷

SONUÇ

Kod Napolyon ve Fransız adalet teşkilatının kaynağı hakkında iki farklı görüş karşımıza çıkmaktadır. Sait bey'in öncülük ettiği bir grup bilim adamı, hem Kod Sivil'in hem de Fransız adalet örgütünün İslam'dan esinlendiğini iddia ederken, Mumcu gibi diğer bazı yazarlar ise bu iddiaları kuşkuyla karşılamakta ve her ikisinin de seküler kaynaklı olduğunu söylemektedirler.

Yaptığımız incelemede tespit edebildiğimiz kadarıyla, dereceli mahkeme sisteminin (temyiz) Sait bey'in iddia ettiği gibi Mısır yoluyla Fransa'ya taşınmadığıdır. Zira, Napolyon öncesi Fransa'da temyiz sistemi zaten mevcuttu. Napolyon'un yaptığı ise ufak birkaç değişiklikten ibaret kalmıştı.

Fransız medeni kanununun İslam hukukundan alındığı ya da esinlendiği iddiasında ikna edici bir sonuca ulaşabilmek için ise daha detaylı bir çalışmaya ihtiyaç duyulmaktadır. Bu bağlamda, Roma hukuku, Fransız örf-adet hukuku ve İslam hukuku karşılaştırmalı çalışılması gerekmektedir. Biz ise çalışmanın hacmine uygun olarak yalnızca İâre ve karz akitlerini içeren kısa bir mukayese yaptık. Her ne kadar bu mukayesede çarpıcı benzerliklere şahit olmuş olsak da bu benzerlikler Kod Napolyon'un İslam hukukundan esinlendiği sonucunu vermemektedir. Zira bütün hukuklar az ya da çok birbirlerine benzemektedirler. Bir kanunun diğerinden alındığı iddiasını doğrulamanın en önemli yolu o kanunun yapıldığı ortamın ve kullanılan kaynakların çok detaylı bir şekilde araştırılmasından geçmektedir.

⁵⁶Bilmen, *Hukuku İslamiyye*, c. 6, s. 100-101.

⁵⁷Bilmen, *Hukuku İslamiyye*, c. 6, s. 101.

**“TÜRK MEDENİ KANUNU’NUN 313. MADDESİNDE, 15.07.2005 TARİHİNDE
YAPILAN DEĞİŞİKLİK VE ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER KARŞISINDA,
EVLÂT EDİNME KONUSUNUN FARKLI BİR BAKIŞ AÇISI İLE ELE
ALINMASI”**

***A DIFFERENT VIEW OF ADOPTION IN FRONT OF THE AMENDMENT
IN THE ARTİCAL 313 OF THE TURKİSH CIVİL LAW THAT İS MADE ON
15.07.2005 AND INTERNATIÖNAL CONTRACTS***

ANLATIM DÜZENİ

GİRİŞ

I. Genel Olarak Evlât Edinmenin Niteliği ve Önemi

II. Evlât Edinmenin Türleri

A. Evlât *Edinen* Açısından: “Tek Başına” veya “Birlikte” Evlât Edinme

B. Evlât *Edinilen* Açısından: “Küçükler”in ile “Ergin ve Kısıtlılar”ın Evlât Edinilmesi

III. “Küçükler” ile “Ergin ve Kısıtlılar”ın Evlât Edinilmesinin Genel ve Ortak Koşulları

A. Mahkeme Kararı

1. “Küçükler”in Evlât Edinilmesinde “Mahkeme Kararı”

2. “Ergin ve Kısıtlılar”ın Evlât Edinilmesinde “Mahkeme Kararı”

B. Yaş Farkı Koşulu

1. “Küçükler”in Evlât Edinilmesinde “Yaş Farkı” Koşulu

2. “Ergin ve Kısıtlılar”ın Evlât Edinilmesinde “Yaş Farkı” Koşulu

C. Bakım ve Eğitim Koşulu

1. “Küçükler”in Evlât Edinilmesinde “Bakım ve Eğitim” Koşulu

2. “Ergin ve Kısıtlılar”ın Evlât Edinilmesinde “Bakım ve Eğitim” Koşulu

D. Evlât Edinmenin, Evlâtlığın Yararına Olması

1. “Küçükler”in Evlât Edinilmesinde “Yarar” Koşulu

2. “Ergin ve Kısıtlılar”ın Evlât Edinilmesinde “Yarar” Koşulu

E. Diğer Çocukların Yararının Hakkaniyete Aykırı Bir Biçimde Zedelenmemesi Koşulu

1. “Küçükler”in Evlât Edinilmesinde “Hakkaniyet” Koşulu

2. “Ergin ve Kısıtlılar”ın Evlât Edinilmesinde “Hakkaniyet” Koşulu

F. İlgililerin Rızası

1. Evlâtlığın Rızası

a. “Küçükler”in Evlât Edinilmesinde “Evlâtlığın Rızası”

b. “Ergin ve Kısıtlılar”ın Evlât Edinilmesinde “Evlâtlığın Rızası”

2. Ana ve Babanın Rızası

- a. "Küçükler" in Evlât Edinilmesinde "Ana ve Babanın Rızası"
 - b. "Ergin ve Kısıtlılar" in Evlât Edinilmesinde "Ana ve Babanın Rızası"
 - 3. Vesayet Dairelerinin İzni
 - a. "Küçükler" in Evlât Edinilmesinde "Vesayet Dairelerinin İzni"
 - b. "Ergin ve Kısıtlılar" in Evlât Edinilmesinde "Vesayet Dairelerinin İzni"
 - 4. Evli Erginin Eşinin Rızası
 - 5. Altsoyun Açık Muvafakati
 - a. "Küçükler" in Evlat Edinilmesinde "Altsoyun Açık Muvafakati"
 - b. "Ergin ve Kısıtlılar" in Evlat Edinilmesinde "Altsoyun Açık Muvafakati"
 - IV. "Küçükler" ile "Ergin ve Kısıtlılar"ın, "Birlikte" veya "Tek Başına" Evlât Edinilmesine İlişkin Ortak Koşullar
 - A. Evli Kişilerin Evlât Edinmesi
 - 1. *Kural* : "Birlikte" Evlât Edinme
 - 2. İstisnalar
 - a. Üvey Çocukların Evlât Edinilmesi
 - b. Diğer İstisnalar
 - B. Evli Olmayan Kişilerin "Tek Başına" Evlât Edinmesi
 - V. Evlât Edinme İlişkisinin Sonuçları
 - A. "Küçükler" in Evlât Edinilmesinin "Sonuçları"
 - B. "Ergin ve Kısıtlılar" in Evlât Edinilmesinin "Sonuçları"
 - VI. Evlât Edinme İlişkisinin Sona Ermesi
 - A. "Küçükler" in Evlât Edinilmesinde, Evlât Edinme İlişkisinin "Sona Ermesi"
 - B. "Ergin ve Kısıtlılar" in Evlât Edinilmesinde, Evlât Edinme İlişkisinin "Sona Ermesi"
 - VII. Evlât Edinme İşlemlerinde Aracılık
 - A. "Küçükler" in Evlât Edinilmesinde "Aracılık"
 - B. "Ergin ve Kısıtlılar" in Evlât Edinilmesinde "Aracılık"
- SONUÇ**
- EK-1:** "Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi" nin, "Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlât Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi" nin ve "Türk Medeni Kanunu" nun, Evlât Edinme ile İlgili Maddelerini Karşılaştıran TABLO (1)
- EK-2:** Evlât Edinilen Açısından; "Küçükler" ile "Ergin ve Kısıtlılar" ın Evlât Edinilmesinin Genel ve Ortak Koşullarına İlişkin TABLO (2)
- EK-3:** Evlât Edinen Açısından: "Evli" ve "Evli Olmayan Kişilerin", Evlât Edinmesine İlişkin TABLO (3)

“TÜRK MEDENİ KANUNU’NUN 313. MADDESİNDE, 15.07.2005 TARİHİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK VE ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER KARŞISINDA, EVLAT EDİNME KONUSUNUN FARKLI BİR BAKIŞ AÇISI İLE ELE ALINMASI”

Doç.Dr. Demet ÖZDAMAR*

C.Gamze SUCU**

GİRİŞ

1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, evlât edinme kurumunda önemli değişiklikler getirmiş; “küçükler” ile “*ergin ve kısıtlı-lar*”ın evlât edinilmesini ayrı ayrı düzenlemiştir. Her ne kadar kanunda; iki tür evlât edinme kurumu, ayrı başlıklar altında düzenlense de; bunların koşullarını, aynı ana başlıklar ve ortak koşullar haline getirmek mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle çalışmamızda; “küçükler” ile “*ergin ve kısıtlılar*”ın evlât edinilmesine ilişkin koşulları sistematik açıdan; aynı ve ortak başlıklar altında toplamaya ve bu şekilde, her iki tür evlât edinmeyi karşılaştırmalı olarak ele almaya çalıştık.

Sistematik açıdan değişik olan bu yaklaşım tarzı yanında; incelememizde, Türk Medeni Kanunu’nun 313. maddesinde, 15.07.2005 tarihinde yapılan değişiklik de ele alınmıştır. Bu değişiklikten önce, Türk Medeni Kanunu’nun 313. maddesinin I. fıkrasına göre; “*Evlât edinenin altsoyu bulunmaması koşuluyla, ergin veya kısıtlı...*” evlât edinilebiliyor idi. Yani; ergin ve kısıtlının evlât edinilebilmesi için, altsoyun bulunmaması şartı aranmakta idi. Değişiklikten sonra aynı hüküm; “*Evlât edinenin altsoyunun açık muvafakatiyle, ergin veya kısıtlı...*” evlât edinilebilir, şekline getirilmiştir. Böylece artık; evlât edinenin altsoyu olsa bile, onların “*açık muvafakati*” ile, bir “*ergin veya kısıtlı*”nın evlât edinilebilmesi mümkün olacaktır. Bu değişiklik de; evlât edinme kurumunda; “*ilgililerin rızası*”, “*diğer çocukların yararının hakkaniyete aykırı olarak zedelenmemesi*” koşulları ve özellikle de, 313. maddenin son fıkrasındaki, ergin ve kısıtlıların evlât edinilmesine ilişkin hüküm bulunmaması durumunda, “*küçüklerin evlât edinilmesine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması*” hükmü karşısında, evlât edinme konusunun tekrar ele alınmasını gerektirmiştir.

* D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

** D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Mezunu, St. Avukat.

Evlât edinme ve çocuklar ile ilgili *uluslararası sözleşmeler* de (örneğin; *Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi*, *Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlât Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi* vs.); Anayasa'nın 90. maddesinin V. fıkrasına 7.5.2004 tarih ve 5170 Sayılı Kanunla eklenen ve uluslararası sözleşmeleri ön plana çıkaran hüküm karşısında, Türk Medeni Kanunu'nun evlât edinmeye ilişkin hükümleri ile karşılaştırmalı olarak ele alınması gereken konular olarak karşımıza çıkmıştır. Böylece; uluslararası sözleşmeler de, konunun uluslararası boyutuna değinmeyi gerektiren ve yönlendiren önemli etkenler olmuştur.

Uluslararası sözleşmeler; en başta imzalayan devleti, sözleşmeye uyma yükümü, bununla ilgili iç hukukta uyum yasalarını çıkarma ve uygulamayı, sözleşmeye uydurma yükümü altına sokarlar¹. Anayasal temel hak ve ilkelerle bağlantılı oldukları ölçüde, uluslararası anlaşmaların kuralları; aynı zamanda, bu temel hak ve ilkelerin yorumunu da yönlendirirler². Uluslararası sözleşme kuralları, Anayasa'ya aykırılık savıyla Anayasa Mahkemesi önüne getirilemez (Any. m.90). Buna karşılık³, uluslararası sözleşme, TBMM tarafından bir yasayla onaylandığında ve Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe girdiğinde, ulusal yasalarla eşdeğer hale gelmektedir (Any. m.90/V). Ancak; "*usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*" (m.90/V, ek cümle). Anayasamızın 90. maddesinin V. fıkrasına, 5170 Sayılı Kanun ile 7.5.2004 tarihinde eklenen bu düzenleme ile; insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler, ulusal mevzuat karşısında öncelikle ve doğrudan doğruya uygulanma olanağına kavuşmuştur. Konumuz açısından bakıldığında, özellikle *Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi* de, çocuğun insan haklarına ilişkin bir sözleşme olduğu için, iç hukukumuzda öncelikle ve doğrudan doğruya uygulanabilecek somut hükümler niteliğini taşımaktadır⁴.

I. Genel Olarak Evlât Edinmenin Niteliği ve Önemi

Soybağı⁵; çocuk ile ana arasında doğumla kurulurken (TMK m.282/I), çocuk ile baba arasında; ana ile evlilik, tanıma veya hakim hükmüyle (babalık hükmü;

¹ ÖZDAMAR, Demet; Türk Hukukunda, Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu, Ankara 2002, s.121; ÖZBUDUN, Ergun; Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2000, s.177; GÖREN, Zafer; Temel Hak Genel Teorisi, İzmir 2000 s.379, GÜNDÜZ, Aslan; Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler Örnek Kararlar, İstanbul 2003, s.156.

² "Bu hüküm anlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerini belirlemek için değil, devletin uluslararası hukukta sorumluluğunun doğmasını önlemek için getirilmiştir. Çünkü Ahde vefa ilkesi gereği, milletlerarası anlaşmalar, metinlerde belirtilen hükümlere göre fesih edilebilir veya değiştirilebilir. Aksi halde milli bir kanunla anlaşmanın etkisiz bırakılması devletin uluslararası sorumluluğuna yol açacaktır.": EREN, Abdurrahman; "1982 Anayasası'nın 90.maddesindeki 2004 Değişikliği'nin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Et-kisi", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VIII, Sayı 3-4, Erzincan, Aralık 2004, s.74.

³ ÖZBUDUN, s.177; GÖREN, Zafer, s.18.

⁴ ÖZDAMAR, Demet/SUCU, C. Gamze; "Çocuğun Oyun ve Dinlenme Hakkı" Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Ocak-Şubat 2006, S.17-18, s.71-101.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz: ACABEY, Beşir; Soybağı, İzmir 2002, s.168 vd.

babalık davası yoluyla) kurulabilmektedir (TMK m.282/II). Soybağı bunların hari-cinde; hem kadın, hem de erkek açısından, ancak evlât edinme yoluyla kurulabilir (TMK m.282/III).

Evlât edinme; ulusal ve uluslararası mevzuat uyarınca, doğumla oluşan soybağındaki gibi “kan bağına” değil⁶, evlât edinme olgusuna dayanmaktadır ve bu nedenle “yapay soybağı” olarak da nitelendirilir⁷. Evlât edinme ilişkisi, ulusal mev-zuat açısından “mahkeme” kararıyla (TMK m.315/I); buna paralel olarak, *Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi*’ne göre ise, “yetkili makam” kararıyla kurulur (BMÇHS m.21/a).

Evlât edinme; çocuk ve evlât edinen açısından, önemli sosyal ve hukukî sonuç-lar taşır. Bunun sonucu olarak, özellikle, çocuğun yararı ön plana çıkar. Türk Medeni Kanunu’nun 305. maddesindeki “Evlât edinmenin evlâtlığın yararına olması” koşulunu, uluslararası mevzuatta “çocuğun yüksek yararı” (BMÇHS. m.3) koşulu karşılamaktadır. Bu koşul göz önünde tutularak kurulan evlât edinme ilişkisinde; çocuk, yoksun olduğu, aile yaşamının içinde büyümektedir. Bunun yanında, çocuk sahibi olamayan aileler de, bu şekilde çocuk özlemini gidermektedir⁸. Çocuk huku-ku açısından konuyu ele aldığımızda; evlilik içinde ya da evlilik dışında⁹ doğmuş çocuğun gelişmesi, rahat ve mutlu bir hayat sürmesi için, aile etkeninin¹⁰ çok büyük

⁶ DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper; Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2005, s.480; SEROZAN, Rona; Çocuk Hukuku, İstanbul 2005, s.219; RUHİ, Ahmet Cemal, Türk Hukukunda Evlât Edinme ve Evlât Edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tanınması, Ankara 2003, s.21; ŞENER, Esat; “Milletlerarası Özel Hukuk Açısından Evlât Edinme ve Noterler”, Türki-ye Noterler Birliği, Hukuk Dergisi, Sayı: 40, 15 Kasım 1983, s.6.

⁷ AKINTÜRK, Turgut; Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, C.II., 9. B. 2004, s.359 vd.

⁸ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.481; SEROZAN, s.221; RUHİ, Ahmet Cemal; “743 Sayılı Türk Kanunu Medeni-isi ile 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda Yer Alan Evlât Edinmenin Şekli Şartlarının Mukayeseli Olarak İncelenmesi” (Mukayeseli), Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.V, S:1-4, Erzincan 2001, s.455; AYDOS, Oğuz Sadık; “Yeni Medeni Kanuna Göre Evlât Edinme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran – Aralık 2000, Cilt: IV, Sayı: 1-2, s.118; RUHİ, Ahmet Cemal; “Evlât Edinme Davasında Görevli ve Yetkili Mahkeme”, Aylık Hukuk Dergisi, Haziran 2003, s. 8; SONER, Lütfü Fikri; “Medeni Kanunda Evlât Edinme ve Ön Tasarıdaki Durum”, Türkiye Noterler Birliği, Sayı:12, 15 Kasım 1976, s.18; ALTAŞ, Hüseyin; “Evlâtlık Sözleşmesinde Amaç”, Türk Hukuk Dünyası, Mayıs 2000 Yıl:1 Sayı:1, s.103; M. ATAAY, Aytekin; “Medeni Kanun’un Evlad Edinmeye Müttaallik Hüükümlerinin Değiştirilmesi ve Tamamlanması”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl:2, Sayı: 2, İstanbul 1959, s.73; GENÇCAN, Ömer Uğur; “Evlât Edinme Kurumu ve Benzeri Kavramlar/Kurumlar, Manisa Barosu Dergisi, Yıl:20 Sayı: 78, s.15 vd; AKYÜZ, Emine, “Evlât Edinmeye İlişkin Uluslararası Sözleşmeler, Çağdaş Hukuk Sistemleri ve Türk Medeni Kanunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 498, Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan, Ankara 1995, s.154.

⁹ YILMAZ, Hamdi: Das Problem der Unehelichkeit in der Schweiz und in der Türkei, insbesondere für den Gesetzgeber, (Peter Lang Verlag), Bern 1980, s.39 vd.

¹⁰ Bunun yanı sıra *Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin* 44. maddesi uyarınca kurulan *Çocuk Hakları Komitesi* sözleşmeye taraf olan devletlerden rapor alınması gerektiği hükmü uyarınca; “Çocuk Hak-ları Komitesinin Sonuç ve gözlemleri: Türkiye: “5. Aile Ortamı ve alternatif bakım: aile ortamından yoksun bırakılmış çocuklar”: 43. ... Komite ayrıca, koruyucu aile sisteminin yeterince gelişmediğini ve evlât edin-meye ilişkin yasal düzenlemenin çok sınırlayıcı olduğunu belirtmektedir. 44. ... Komite 21. madde doğrultu-sunda, taraf devleti evlât edinme sürecini kolaylaştıracak şekilde, evlât edinme hakkındaki yasal düzen-lenmesini gözden geçirmeye teşvik etmektedir.” şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıca Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi’nin Uygulanması Türkiye’nin Ulusal İlk Raporunun İrdelenmesiyle İlgili Olarak

önem taşıdığı bilenen bir gerçektir. İşte bu gibi sebeplerle, özellikle de çocuk açısından; evlât edinme, gerek ulusal, gerekse uluslararası mevzuatta korunması gereken önemli bir hukuki kurum olarak ele alınmıştır.

II. Evlât Edinmenin Türleri

A. Evlât Edinen Açısından: "Tek Başına" veya "Birlikte" Evlât Edinme

Türk Medeni Kanununun 306. maddesi uyarınca; eşler, ancak "*birlikte*" evlât edinebilirler. Ayrıca; eşlerin en az "*beş yıldan beri evli*" olmaları ya da "*otuz yaşını doldurmuş*" bulunmaları da gerekmektedir (TMK m.306/II). Bu hüküm uyarınca; eşlerin, hem beş yıldan beri evli bulunup; hem de otuz yaşını doldurmuş olmaları, Medeni Kanunumuz uyarınca aranmamakta; bunlardan birisinin gerçekleşmesi yeterli olmaktadır¹¹. Buna karşın; eşlerin, bir diğ erinin çocuğunu evlât edinebilmeleri için, "*iki yıldan beri evli*" olmaları veya evlât edinenin "*otuz yaşını doldurmuş*" bulunması gerekmektedir (TMK m.306/III).

"*Tek başına*" evlât edinmede ise; kural olarak, evlât edinenin "*evli olmaması*" ve "*otuz yaşını doldurmuş*" olması aranmaktadır (TMK m.307/I).

Evlât edinenin, evliyken tek başına evlât edinmesi, *istisnai* bir durumdur (TMK m.307/II). Şöyle ki; "*otuz yaşını doldurmuş*" eş, diğ er eşin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun bulunması, iki yılı aşkın bir sürede nerede olduğunun bilinmemesi ya da mahkeme kararıyla, eşinden iki yılı aşkın süredir ayrı yaşamakta olması hallerinden birisinin varolması ve birlikte evlât edinmenin mümkün olmadığını ispat etmesi halinde, tek başına evlât edinmesi mümkün olacaktır¹².

B. Evlât Edinilen Açısından: "Küçükler" ile "Ergin ve Kısıtlılar"ın Evlât Edinilmesi

"*Küçüklerin*" evlât edinilebilmesi için; küçüğün, evlât edinen tarafından "*bir yıl*" süreyle bakılmış ve eğ itilmiş olması gerekir (TMK m.305). Her halde evlât edinme, çocuğun yararına olmak zorundadır. Aynı şekilde; evlât edinenin çocuklarının bulunması durumunda, onların yararlarının da, hakkaniyete aykırı biçimde zedelenmesine izin verilmemelidir.

Gönderdiği Soru Listesi'ne Verilen Cevaplar'da belirtilen evlât edinmeye ilişkin olarak, evlât edinilen çocuk sayısının istatistiklerine göre; 1998 yılında 386 çocuk, 1999 yılında 485 çocuk, 2000 yılında 458 çocuk evlât edilmiştir (Bölüm I, A. Veri ve İstatistikler, Tablo 4. Evlât Edinilen Çocuk Sayısı): www.shcek.gov.tr/portl/dosyalar/coc-hak (Erişim Tarihi: 12.07.2006).

¹¹ Onaltı yaşını doldurup da (olağanüstü evlenme yolu ile TMK m.124'e göre) evlenenler, beş yıl sonra, 21 yaşında evlât edinmeleri mümkün olabilecektir: KILIÇOĞLU, Ahmet; Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003, s.113.

¹² Türk hukuku dışındaki diğ er hukuk sistemlerinde, farklı evlât edinme türleri de vardır. örneğin; Fransız ve İtalyan Hukukunda, evlât edinmenin sonuçları açısından "tam" (Volladoption) ve "basit" (einfacher Adoption-Adoptio simple) evlât edinme türleri karşımıza çıkmaktadır: GLÄTTLI, Maja: Die Adoption im französischen und italienischen Recht, verglichen mit dem schweizerischen Recht (Dissertation, der rechts-, und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft), (Juris Druck, Verlag Zürich), Zürich 1978, s.17 vd; s.55 vd.); Ayrıca bu konuda bkz. AYDOĞDU, Çağ daş Hukukî Gelişmeler Işığında Evlat Edinme, İzmir 2006, s.76 vd.

Bu genel koşulların yanında başka şartlar da aranmaktadır. Evlât edinen ile evlât edinilen arasında, en az “*onsekiz yaş farkı*”nın bulunması; ayırt etme gücüne sahip olan “*küçüğün mutlaka rızası*”nın alınması; vesayet altındaki küçüğün evlât edinilebilmesi için “*vesayet dairelerinin izni*”nin alınması ve küçüğün “*ana-babasının rızası*”nın alınması gerekmektedir (TMK m.305, 308, 309).

Türk Medeni Kanunu’nun 305. maddesinde evlât edinmenin “*küçüğün yararı-na*” olması koşulu; *Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi*’nin 21. maddesinde; “*çocuğun yüksek yararı*” olarak karşımıza çıkmaktadır. Aynı şekilde; Türk Medeni Kanunu’na göre; evlât edinmenin “*mahkeme kararı*”na dayanması koşulu da, *Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi*’nde “*yetkili makam*” kararı olarak, aynı doğrultuda düzenlenmiştir. Yetkili makam; Türk hukukuna göre, yeni Medeni Kanuna göre, “*mahkeme*”dir. Eski Medeni Kanuna göre ise; bu konuda, yetkili makam, “*noter*” idi. Yetkili makam; çocuğun ana-babası, yakınları ve duruma göre yasal temsilcisi ile görüşme yaparak, evlât edinme konusunda görüş (TMK m.313/II; m.316/III) veya duruma göre rızalarını (TMK m.309/I; m.316/II) alarak kararını verecektir.

“*Ergin ve kısıtlıların*” evlât edinilmesine gelince; kanun, zorunlu bazı özel koşullar öngörmekle beraber, bunların dışında kalan konularda, “*küçüklerin*” evlât edinilmesi ile ilgili hükümlerin *kıyasen* uygulanacağını belirtmiştir (TMK m.313/III). Evlât edinenin, “*ergin ve kısıtlı*”yı evlât edinebilmesi için öncelikli koşul; evlât edinenin altsoyu varsa, *altsoyunun “açık muvafakati*”nin alınmasıdır. Evlât edinenin altsoyu yoksa, bu koşula (muvafakate) gerek kalmadan, diğer koşullar gerçekleşmişse, evlât edinilebilecektir.

Ergin ve kısıtlıların evlât edinilmesinde zorunlu koşullar, küçüklerin evlât edinilmesi için gerekli olan koşullardan daha ağırlaştırılmış durumda bulunmaktadır: Bir küçüğün evlât edinilebilmesi için; evlât edinen tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması (TMK m.305/I) yeterli iken; ergin ve kısıtlının evlât edinilebilmesi için, daha uzun süreli bakım ve gözetimi aranmıştır. Böylece; bedensel ve zihinsel özürüllüğü nedeniyle *sürekli yardıma muhtaç olanların*, evlât edinen tarafından *beş yıl* süreyle bakılıp gözetilmiş olması; evlât edinen tarafından *küçükken en az beş yıl süreyle bakılıp gözetilmiş* olması ya da diğer haklı sebepler mevcut ve evlât edinilen ile en az *beş yıldan* beri aile halinde birlikte yaşamakta (TMK m.313) olması koşulları aranmaktadır¹³. Bu koşullardan herhangi birinin sağlanmış olması halinde, evlât edinme işlemi kurulabilecektir. Evlât edinilenin evli olması durumunda, *eşin rızasının* alınması da gerekmektedir (TMK m.313/II).

¹³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.496 vd.; ÖZUĞUR, Ali İhsan; Türk Medeni Kanununun Yeni Düzenlemeleri ile Açıklamalı – İctihatlı Velâyet – Vesayet – Soybağı ve Evlât Edinme Hukuku, Ankara 2002, s.240.

III. "Küçükler" ile "Ergin ve Kısıtlılar"ın Evlât Edinilmesinin Genel ve Ortak Koşulları

A. Mahkeme Kararı

1. "Küçükler"ın Evlât Edinilmesinde "Mahkeme Kararı"

Türk Medeni Kanunu'nun 315. maddesi uyarınca evlât edinme işlemi "*mahkeme kararı*"yla kurulmaktadır. Bunun en önemli sonucu; evlât edinme işleminin, kurucu bir hukukî ilişki olmasıdır. Yürürlükten kalkan önceki Medeni Kanunumuzda evlât edinme işlemi, bir "*aile hukuku sözleşmesi*" olarak adlandırılmaktaydı¹⁴. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun getirdiği koşulların oluşması halinde, artık evlât edinenin istemiyle açılan davanın sonucunda verilen mahkeme kararı, evlâtlık ilişkisinin kurulması için yeterlidir.

Evlât edinmeye karar verecek "*yetkili mahkeme*"ye gelince; "tek başına" veya "birlikte" evlât edinme durumuna göre farklı olarak düzenlenmiştir.

Eğer; "*tek başına*" evlât edinme durumu söz konusu ise, "evlât edinenin" "*oturma yeri*" (yani fiilen bulunduğu, oturduğu yer)¹⁵ mahkemesinin vereceği karar ile evlât edinme ilişkisi kurulmuş olur. "*Birlikte*" evlât edinme durumu söz konusu olduğunda ise, "eşlerden birinin" "*oturma yeri*" mahkemesinin vereceği karar ile evlât edinme ilişkisi kurulmuş olur (TMK m.315/I).

"*Oturma yeri*" kavramı ile kastedilen, TMK m.20/III anlamında, "halen oturulan yer", yani, önceki Medeni Kanunumuzdaki deyimle "mesken" kavramıdır. "*Oturma yeri*", "yerleşim yeri"nden¹⁶ (TMK m.19), (önceki Medeni Kanundaki deyimle, "ikametgah" deyiminden) farklı bir kavramdır. "*Oturma yeri*", fiili bir kavram; "*yerleşim yeri*" ise, hukuki bir kavramdır¹⁷.

Eşlerin birlikte evlât edinmesinde, eşlerden birinin "*oturma yeri*" veya "*yerleşim yeri*"; genellikle, eşlerin birlikte seçtiği (TMK m.186/I) "*aile konutu*" (TMK m.194) olmaktadır¹⁸.

¹⁴ RUHİ, Ahmet Cemal; "Yabancı Ülke Mahkemelerinden Alınan Velâyet Konusundaki İlamların Türkiye'de Tenfizi", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S.3-4 (Aralık-2003), s.722; DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, s.497 vd; AYDOS, s.128.

¹⁵ RUHİ, (Görevli ve Yetkili Mahkeme), s.8-9.

¹⁶ "*Yerleşim yeri*" ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz: OĞUZMAN, M.Kemal / SELİÇİ, Özer /OKTAY, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2002, s.102 vd; DURAL, Mustafa / ÖGÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2002, s.178 vd.

¹⁷ Ancak, bazı durumlarda, "oturma yeri", kanundan ötürü (itibari) "yerleşim yeri" sayılabilir: Önceki "yerleşim yeri" belli olmayan veya yabancı ülkedeki "yerleşim yeri"ni bıraktığı halde, Türkiye'de henüz bir "yerleşim yeri" edinmemiş olan kimsenin halen (fiilen) oturduğu yer, "yerleşim yeri" sayılır (TMK m.20/III). Bunun dışındaki durumlarda, bir kişinin "yerleşim yeri" (ikametgahı), örneğin İstanbul olabilir; ancak şu anda, fiilen Ankara'da oturuyor (meskeni Ankara'da) olabilir. Böyle bir durumda, bu kişinin "yerleşim yeri", İstanbul'dur.

¹⁸ Aile konutu ile ilgili olarak bkz: ŞİPKA, Şükran: Türk Medeni Kanununda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m.194), İstanbul 2002, s.56 vd.; DOĞAN, Murat: "Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müesses: Aile Konutu", AÜEHFD, 2002, C.VI, S.1-4, s.285 vd; DOĞAN, Murat: "Türk Medeni Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler", AÜHFHD, C.52, S.4, 2003, s.105 vd.

Türk Medeni Kanunumuz'un 315. maddesinde, yetkili mahkeme olarak “*oturma yeri*”nden bahsedilmesine karşın; bu maddeyi karşılayan kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nun 268. maddesinin I. fıkrasında ise, “*yerleşim yeri*” (Önceki Medeni Kanundaki deyimle, ikametgâh) (Wohnsitz)¹⁹ kavramından bahsedilmektedir²⁰. Türk Medeni Kanunu'nun 315. ve 312. maddesindeki “*oturma yeri*” kavramının, yerinde olup olmadığı tartışılabilir. Nitekim; Türk Medeni Kanunu'nun 312. madde metninde “*oturma yeri*”nden söz edilirken, aynı maddenin “*gerekçesinde*”, “*yetkili mahkeme, küçüğün yerleşim yeri mahkemesidir*” denilmektedir²¹. Ayrıca, vesayet işlerinde de yetki, küçük veya kısıtlının “*yerleşim yeri*”ne göre belirlenmektedir (TMK m.411).

Kural olarak (birlikte evlât edinme durumunda) eşlerin “*yerleşim yeri*” (ikametgahları) ya da “*oturma yeri*” aynı olmakla beraber (TMK m.186/I), bazı istisnai durumlarda, eşlerin ayrı yaşama haklarının olması durumunda (önceki MK m.21/II, önceki MK m.162; TMK m.197/I), “*yerleşim yerleri*” farklı yerler de olabilecektir.

“*Görevli mahkeme*”ye gelince²²; 1 Ocak 2002 tarihinden önce, evlât edinmeye “*izin*” istekleri için, “*sulh hukuk mahkemesi*”, 1 Ocak 2002 tarihinden sonra, evlât edinmeye “*karar*” için “*asliye hukuk mahkemesi*”ne başvurulmakta idi. 18.01.2003 tarihinden itibaren, evlât edinmeye karar vermede görevli mahkeme “*Aile Mahkemesi*” olmuştur.²³

2. “Ergin ve Kısıtlılar”ın Evlât Edinilmesinde “Mahkeme Kararı”

Evlâtlık ilişkisinin; mahkeme kararıyla kurulması, “*küçükler*” ile “*ergin ve kısıtlıların*” evlât edinilmesinde ortak hüküm olduğundan, her iki tür evlât edinme için de geçerli bir koşuldur. Yukarıda anlatılanlar, “*ergin ve kısıtlıların*” evlât edinme için de aynen geçerlidir. Ergin ve kısıtlıların evlât edinilmesine ilişkin 313. maddenin III. fıkrası; diğer hususlarda, küçüklerin evlât edinmelerine ilişkin hükümlerin, kıyas yoluyla uygulanmasını içerdiğinden, bu hükmün ortak olduğu açıkça anlaşılmaktadır.²⁴

¹⁹ İsviçre Medeni Kanunu'nun 24. maddesinde, “*yerleşim yeri* (ikametgah)” olarak, “*Wohnsitz*”; “*oturma yeri* (*filen bulunulan yer/mesken*)” olarak da, “*Aufenthaltsort*” terimleri kullanılmaktadır.

²⁰ Aynı şekilde, TMK'nun 312. maddesinin I. fıkrasında sözü edilen, “*onun /çocuğun/ oturma yeri*” İsviçre Medeni Kanunu'nun 265. maddesinin I.fıkrasındaki “*çocuğun yerleşim yeri*” (ikametgahı) (*Wohnsitz des Kindes*) olarak Kanun'da yer almaktadır.

Benzer şekilde “*TMK'nun 315nci maddesindeki oturma yeri kavramı yerleşim yeri olarak anlaşılmalıdır*”: ÖZTAN, Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, 15.B., Ankara 2004, s.411; “*Evlât edinme kararını, tek başına evlât edinmede evlât edinenin, birlikte evlât edinmede eşlerden birinin oturma (yerleşim) yeri mahkemesi verir (TMK m.315)*”: KILIÇOĞLU, Ahmet: Medeni Hukuk, Temel Bilgiler, Ankara 2004, s.301. Farklı yönde: Türk Medeni Kanunu'nda, “*yerleşim yeri*” (ikametgah) kavramı yerine, “*oturma yeri*” kavramı getirilerek; evlât edinmek isteyenlere kolaylık sağlanmıştır: AYDOĞDU, s.460 vd.

²¹ ERTAŞ, Şeref/KOÇ, Nevzat: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, İzmir 2002, s.432.

²² AKINTÜRK, s.382.

²³ 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun (RG. 18.1.2003, S. 24997).

²⁴ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.497.

B. Yaş Farkı Koşulu

1. "Küçükler"ın Evlât Edinilmesinde "Yaş Farkı" Koşulu

"Küçükler"ın evlât edinilmesine ilişkin yaş koşulu, Medeni Kanunumuzun 308. maddesinde yer almaktadır. 308. madde hükmü uyarınca, evlât edinen ile evlât edinilen arasında en az "on sekiz yaş farkı"nın²⁵ bulunması gerekmektedir. Bu yaş farkı; evlât edinen ile evlâtlık arasında ebeveyn otoritesini sağlamaya yöneliktir.²⁶

2. "Ergin ve Kısıtlılar"ın Evlât Edinilmesinde "Yaş Farkı" Koşulu

"Ergin ve kısıtlılar"ın evlât edinmesine ilişkin, Medeni Kanunumuzun 313. maddesinin III. fıkrası uyarınca; yaş koşulunda da, kıyas yoluyla 308. maddeye gidilmesi gerekmektedir. Söz konusu hükme göre; evlât edinilen "ergin ve kısıtlı"nın, evlât edinenden "onsekiz yaş küçük" olması gerekmektedir²⁷.

C. Bakım ve Eğitim Koşulu

Bakım ve eğitim koşulunun ayrıntılarında; diğer koşulların aksine, "küçükler"ın evlât edinilmesi ile, "ergin ve kısıtlılar"ın evlât edinilmesine ilişkin düzenlemeleri birbirinden ayırmak gerekecektir.

1. "Küçükler"ın Evlât Edinilmesinde "Bakım ve Eğitim" Koşulu

Türk Medeni Kanunu'nun 305-312. maddeleri hükümlerine göre; bir "küçüğün" evlât edinilmesi; evlât edinen tarafından, "bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması" koşuluna bağlıdır²⁸. Böylece, bir küçük hemen evlât edinilemeyecek; evlât edinenler bir "deneme süreci"nden²⁹ geçirilecekler; bu süre sonunda, evlât edinme,

²⁵ Yargıtay 2. H.D. 2005/4 E., 2005/3125 K., 2.3.2005 T. sayılı kararında: "4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 308. maddesinde "Evlât edinilenin, evlât edinenden en az onsekiz yaş küçük olması şarttır." hükmü mevcuttur. Dosyada mevcut nüfus kayıt örneklerinden, davacı Zekine'nin 01.01.1965, davacı Hüseyin'in 20.01.1964 doğumlu olup, dava ve hüküm tarihinde ergin olan 20.11.1980 doğumlu davalı ile aralarındaki yaş farkının onsekiz yıldan az olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece, yasal şartın oluşmaması nedeniyle davalıların davasının reddine karar verilmesi gerekirken Medeni Kanunun 308. maddesi hükmüne aykırı olarak davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 427/6. maddesine dayalı kanun yararına bozma isteğinin açıklanan sebeplerle kabulü ile hükmün sonuca etkili olmamak üzere BOZULMASINA, 02.03.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.": YILMAZ KAYAR, Habibe, (www.turkhukusitesi.com, Erişim tarihi: 10.05.2006).

²⁶ BAUMANN, Ursula: Voraussetzungen und Verfahren der Adoption, (Dissertation der rechts-, und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte), (Juris Druck, Verlag Zürich), Zürich 1970, s.22.

²⁷ Yargıtay 2. HD., 2005/19285 E., 2006/3858 K., 21.3.2006 t.li kararında, "Evlât edinilenin evlât edinenden daha büyük olduğu ve bu nedenle Medeni Kanunun 308. maddesindeki şartın gerçekleşmediği gözetilmeksizin davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Davacılar ile davalının daha önce ve halen birlikte oturmadıkları, davalının küçükken en az beş yıl süre ile davalıların bakım, gözetim ve eğitiminde olduğuna dair bir delilin de bulunmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, Medeni Kanunun 313. maddesinin 1. fıkrasının 1, 2 ve 3. bentlerinde belirtilen şartların mevcut olmadığı düşünülmeksizin davanın kabulüne karar verilmesi de doğru görülmemiştir.": YILMAZ KAYAR, Habibe, (www.turkhukusitesi.com, Erişim tarihi: 10.05.2006); DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.497.

²⁸ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.482; ÖZÜĞÜR, s.234; AYDOS, s.120.

²⁹ Evlât edinen, deneme süreci sonunda evlât edinebilme hakkını kullanmak zorunda değildir. Ayrıca, deneme süresi içinde, tarafların karşılıklı hak ve borçları velâyetle ilgili hükümlere de tabi tutulmaz. Çünkü, taraflar arasında hentiz bir evlât edinme ilişkisi ve soybağı bulunmamaktadır. Aralarındaki ilişkiye ancak, sözleşme öncesi hazırlık görüşmelerinden doğan borçlara ilişkin esaslar uygulanabilir (culpa in contrahendo). Evlât

küçüğün “yararı”na ise (305/II), diğer koşulların da gerçekleşmesi şartı ile hâkim, evlât edinme işlemine karar verecektir.

2. “Ergin ve Kısıtlılar”ın Evlât Edinilmesinde “Bakım ve Eğitim” Koşulu

“Ergin ve kısıtlılar”ın evlât edinilmesinde, “bakım ve eğitim” koşulu büyük önem taşımaktadır. “Bedensel veya zihinsel özrü” sebebiyle, sürekli olarak yardıma muhtaç olan ergin veya kısıtlı, evlât edinen tarafından “beş yıl” süreyle bakılmış ve gözetilmiş olması halinde evlât edinilebilir (TMK m.313/b.1). Bunun dışında; evlât edinilen; ergin veya kısıtlı “küçüklüğünde”, evlât edinen tarafından “beş yıl” süreyle bakılmış ve eğitilmiş ise, yine evlâtlık ilişkisi kurulabilmektedir (TMK m.313/b.2). Aynı şekilde; “diğer haklı sebepler” bulunmakta ve evlât edinilen, evlât edinen ve ailesiyle “beş yıldan beri birlikte yaşamakta” ise, evlâtlık ilişkisi kurulabilir (TMK m.313/b.3).

Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere; küçüklerin evlât edinilmesinden ayrı olarak, ergin ve kısıtlılar için bakım ve eğitim koşulu, daha ağır şartlara bağlanmış- tır. Bunun sebebi de; küçüklerin daha fazla korunması düşüncesi ile evlât edinme kurumunun ve bu kurumun getirdiği yararların, kötüye kullanılmaması gerektiği düşüncesidir. Çünkü; evlât edinme ilişkisinin sonucu, evlât edinilen ergin kişinin, evlât edinenin sosyal güvencesinden (yetim maaşından, sigortasından), mirasından, soyadından veya duruma göre vatandaşlık³⁰ haklarından yararlanması söz konusu olmaktadır.

D. Evlât Edinmenin, Evlâtlığın Yararına Olması

1. “Küçükler”in Evlât Edinilmesinde “Yarar” Koşulu

Evlât edinme işlemi, her halde çocuğun yararına olmalıdır (TMK m.305/2). Çocuğun evlât edinilmesinden önceki ve sonraki aşamadaki yararları yanında, onun; ruhsal, ekonomik, sosyal ve hukuki yararları da göz önünde tutulmalıdır³¹. Bu hüküm, ortak ve genel bir hüküm olup; yarar koşulu, ergin ve kısıtlıların evlât edinilmesinde de kıyasen uygulanır³².

Yarar koşulunda, *Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin* 21. maddesine de gitmek mümkündür. Sözleşmenin 3. maddesi uyarınca; çocuğa ilişkin olan her türlü durumun, çocuğa yararlı olması gerekmektedir. Sözleşmenin her maddesine uygulanması gereken bu hükmün, ayrıca evlât edinmeyle ilgili 21. maddedeki

edinme ilişkisi ve soybağı kurulması, kamu düzeni ile ilgili olduğu için, Medeni Kanunumuzda sözleşme ilişkisi olmaktan çıkarılmıştır. Ancak, hazırlık aşamasında, henüz bir soybağı kurulması söz konusu olmadığı için, bu aşamada sözleşmelere ilişkin bazı kurallar uygulanabilir. Bunun sonucu olarak, MK m.2 ve koşulları var ise, BK.m.41 uygulama alanı bulabilir: KILIÇOĞLU, s.117.

³⁰ Kural olarak, evlâtlığın vatandaşlığı, evlât edinme ilişkisinden etkilenmez. Ancak; küçük olan evlâtlık vatansız ise veya ana babası bulunmuyorsa veya nerede olduğu bilinmiyorsa, bir Türk tarafından evlât edildiğinde, Türk vatandaşı olur (Türk Vatandaşlık K. m.3/c.2). Ayrıca bu konuda bkz: DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.505.

³¹ BRAUCHLI, Andreas: Das Kindeswohl als Maxime des Rechts, (Schulthess Polygraphischer Verlag) Zürich 1982, s.78 vd.

³² “Bu şart, esasen evlât edinme kurumunun temel amacını teşkil eder”: DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.483; ÖZÜĞÜR, s.234.

düzenlemede yer alması, "çocuğun yüksek yararı"nın temel kabul edilmesini gerektirmiştir³³.

Aynı şekilde, *Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlât Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşme*'nin³⁴ 1. maddesinde, sözleşmenin amaçları arasında, her zaman için "çocuğun yüksek yararı"nı gözetmek ilkesi yer almaktadır.

2. "Ergin ve Kısıtlılar"ın Evlât Edinilmesinde "Yarar" Koşulu

Medeni Kanunumuzun 313. maddesinin III. fıkrası uyarınca; ergin ve kısıtlıların evlât edinilmesinde yer almayan konularda, küçüklerin evlât edinilmesine ilişkin hükümlerin, kıyasen uygulanacağı belirtilmektedir. Buna göre; ayırt etme gücüne sahip ergin ve kısıtlıların evlât edinilmesinde de, evlâtlık ilişkisinin, "evlâtlığın yararı"na olması koşulu, küçüklerin evlât edinilmesindeki kadar önem taşımaya da aranacaktır. Buna karşın; özellikle, "ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kısıtlı"nın evlât edinilmesinde, "yarar" koşulu, küçüklerin evlât edinilmesinde olduğu gibi, tekrar önem kazanacaktır.

E. Diğer Çocukların Yararının Hakkaniyete Aykırı Bir Biçimde Zedelenmemesi Koşulu

1. "Küçükler"in Evlât Edinilmesinde "Hakkaniyet" Koşulu

Medeni Kanunumuzun 305. maddesi uyarınca; "küçüklerin"³⁵ evlât edinilmesinde, evlât edinenin "altsoyu"nun bulunması durumunda, bu çocukların yararının hakkaniyete aykırı bir biçimde zedelenmemesi gerekmektedir³⁶. Hükmün getiriliş amacı; evlât edinenin çocuklarının velâyete bağlı bakım, gözetim, eğitim veya mirasa ilişkin hükümler uyarınca, evlât edinme ilişkisinden etkilenecek olmasıdır. Böyle bir durumun, ağır sonuçlar doğurması halinde, evlât edinenin diğer çocukları korumak ve hakkaniyete aykırı biçimde yararlarının zedelenmesinin önüne geçilmek istenmektedir. Küçüğün evlât edinilmesinde, evlât edinenin "altsoyunun muva-

³³ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 21. maddesinin I. fıkrası: "Evlât edinme sistemini kabul eden ve/veya buna izin veren Taraf Devletler, çocuğun en yüksek yararlarını temel düşünce olduğunu kabul edecek ve aşağıdaki ilkeleri gerçekleştireceklerdir....".

³⁴ 29 Mayıs 1993 tarihli "Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlât Edinmeye İlişkin İşbirliği Hakkındaki Lahey Sözleşmesi", "Ortak hükümleri, uluslararası belgelerde, özellikle de 20 Kasım 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'de ve Ülke içi ve Ülkelerarası Evlât Edinme ve Koruyucu Aile İşlemlerine Özel Atıfla Çocukların Korunmasına ve Esenliğine İlişkin Sosyal ve Hukuksal İlkeler Bildirgesi"nde (Genel Kurul'un 3 Aralık 1986 tarih ve 41/85 sayılı kararı) yer alan ilkeler çerçevesinde yerleştirmek arzusuyla, sözleşme maddeleri hazırlanmış ve kabul edilmiştir: HODGKİN, Rachel / NEWELL, Peter; Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı, UNICEF, 1998, s.655.

Söz konusu sözleşme Türkiye Cumhuriyeti tarafından 5049 sayılı ve 14.1.2004 tarihli kanunla onaylanmıştır.

³⁵ Normal erginlik (rüst) (18 yaşını doldurma ile) veya erken erginlik yolu ile (18 yaşından önce erken evlenme veya 15 yaşını doldurma ile yargısal yoldan) ergin olmayan kişiler, TMK.m.305 ve devamındaki maddede bahsedilen "küçük" kavramına girerler: KILIÇOĞLU, s.110. Benzer şekilde, *Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi* m.1 "Bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır."

³⁶ DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, s.483 vd; ÖZUĞUR, s.234; AYDOS, s.121; SAZAK, Ömer Faik: "Medeni Kanuna Göre Evlât Edinme", Antalya Barosu Dergisi, Nisan 2002, Yıl 23 Sayı 44, s. 12.

fakati” koşul olarak aranmamakta; ancak, yararlarının zedelenmemesi adına, onların da tavır ve düşünceleri değerlendirilmektedir (TMK m.316/3)³⁷.

2. “Ergin ve Kısıtlılar”ın Evlât Edinilmesinde “Hakkaniyet” Koşulu

“*Ergin ve kısıtlılar*”ın evlât edinilmesinde, “*küçükler*”in evlât edinilmesinden farklı olarak; Medeni Kanunumuzun 313. maddesinde evlât edininenin altsoyunun “*açık muvafakati*”ni esas alınmıştır. Medeni Kanunumuzun 313. maddesinin I. fıkrasında 15.07.2005 tarihinde 5399 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce; ergin ve kısıtlının evlât edinilebilmesi için; evlât edininenin, “*altsoyunun bulunmaması*” gerekmektedir. 313. maddede yapılan değişiklik³⁸ sonucu; altsoyun bulunmaması koşul olmaktan çıkarılarak, yerine altsoyun “*açık muvafakati*” koşulu getirilmiştir³⁹. Böylece; altsoyun açık muvafakati aranarak, altsoyun “*yararlarının*” gözetilmesi sağlanmıştır. Bu açıdan; küçüklerin evlât edinilmesinde, evlât edininenin altsoyunun bulunması durumunda, diğer çocukların “*yararlarının hakkaniyete aykırı biçimde zedelenmemesi*” koşulu; ergin ve kısıtlıların evlât edinilmesinde, “*açık muvafakat*” koşulu ile dengelenmiştir.

Bu konuda çeşitli durumlarla karşılaşabiliriz:

Bir “*küçük*” evlât edinildiğinde; evlât edininenin, “*küçük altsoyu*” varsa, bunlar kendi yararlarını korumada yetersiz kalacağından “*diğer çocukların yararlarının hakkaniyete aykırı biçimde zedelenmemesi*” koşulu hakim tarafından titizlikle göz önüne alınacaktır.

Aynı şekilde, “*küçükler*”in evlât edinilmesinde, evlât edininenin, “*ergin altsoyu*” varsa; onların da “*yararlarının hakkaniyete aykırı biçimde zedelenmemesi*” koşuluna hakim dikkat edecektir.

Buna karşın; bir “*ergin ya da kısıtlı*” evlât ediniliyor ve evlât edininenin de, “*küçük altsoyu*” varsa, onun “*açık muvafakati*”ni almak (özellikle bu konuda ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük ya da ergin altsoyun varlığı durumunda), anlamsız olacaktır. İşte böyle bir durumda; Türk Medeni Kanunu’nun 305. maddesindeki

³⁷ Yargıtay 2. HD. 2005/9794 E., 2005/11750 K., 12.9.2005 t.li kararında “İncelenen dosyada bulunan davacıya ait nüfus kayıt örneğinden, davacının davalı H. T. haricinde M. ve N. T. adlı iki çocuğunun daha bulunduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece, evlât edininenin diğer çocukları M. ve N. T. dinlenmeden, evlât edinme ile ilgili tavır ve düşünceleri değerlendirilmeden, evlât edinmenin bu çocukların yararlarını hakkaniyete aykırı bir biçimde zedeleyip zedelemeyeceği konusunda yeterli araştırma yapılmadan, evlât edinmeye muvafakat ettikleri konusunda evlât edininen ve tanığın beyanları ile yetinilerek eksik inceleme ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.” YILMAZ KAYAR, Habibe: (www.turkhukusitesi.com, Erişim tarihi: 10.05.2006).

³⁸ 5399 Sayılı Kanunla Medeni Kanunun 313. maddesinin I. fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir: “*Evlât edininenin altsoyunun açık muvafakatiyle, ergin veya kısıtlı aşağıdaki hallerde evlât edinilebilir...*” (R.G.15.07.2005, S.25876). Değişiklikten öncesi için, ayrıntılı bilgi için bkz.: DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.494; SEROZAN, s. 230; AYDOS, s.127; AYDOĞDU, s.409.

³⁹ Yargıtay 2. HD 2005/17017, 2006/1201 K., 9.2.2006 t.li kararında, “4721 sayılı TMK’nın 313/I. maddesinde yapılan değişiklikle, ergin ve kısıtlıların evlât edinilmesinde evlât edininenin, altsoyunun bulunmama koşulu kaldırılmıştır. Türk Medeni Kanununun 313/1. maddesine yönelik kanun yararına bozma isteminin anılan maddenin 5399 sayılı yasa ile 15/7/2005 tarihinde değiştirilmiş ve altsoyunun bulunmama koşulunun kaldırılmış bulunmasına göre bu konuya yönelik kanun yararına bozma isteminin reddine karar verilmesi gerekmektedir.” YILMAZ KAYAR, Habibe: (www.turkhukusitesi.com, Erişim tarihi: 10.05.2006).

"diğer çocukların yararının hakkaniyete aykırı bir biçimde zedelenmemesi" koşulu, (313/III. fıkradaki yollama nedeniyle) önem kazanacak ve ön plana geçecektir. Bu durumda; artık "küçük" ya da "ayırt etme gücüne sahip olmayan ergin altsoyun", açık ya da kapalı muvafakati aranmayacak, "yararlarının hakkaniyete aykırı biçimde zedelenip zedelenmeyeceğine" bakılacaktır.

"Ergin veya kısıtlı"nın evlât edinilmesinde; evlât edinenin "ergin ya da kısıtlı (ve ayırt etme gücüne sahip)" altsoyu varsa, böyle bir durumda artık, kural olarak "yararının hakkaniyete aykırı biçimde zedelenmemesi" koşulu öne çıkmayacak, bu koşul göz önünde tutulmayabilecektir. Çünkü; bu şartlar altında altsoy, kendi yararlarını gözetebilecek durumdadır ve bu konuda kendisinin "açık muvafakati" alınabilecek durumdadır.

F. İlgililerin Rızası

1. Evlâtlığın Rızası

a. "Küçükler"ın Evlât Edinilmesinde "Evlâtlığın Rızası"

Ayırt etme gücüne sahip çocuğun, evlât edinme ilişkisinde mutlaka rızasının⁴⁰ alınması gerekmektedir (TMK m.308/2).

Evlât edinilecek çocuğun rızası koşulu, uluslararası mevzuat ile de güvence altına alınan koşullardandır. Uluslararası mevzuata bakıldığında, bu konuda *Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin* 12. maddesi karşımıza genel bir hüküm olarak çıkmaktadır. Söz konusu madde uyarınca; Taraf Devletlerin, "görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip" çocuğun, kendisini ilgilendiren "tüm konularda" serbestçe görüş bildirme hakkını tanıma yükümlülüğü vardır⁴¹. Bunun yanı sıra; Sözleşmenin evlât edinmeye ilişkin 21. maddesinde çocuğun görüşlerinin alınması açıkça yer almasa da, sözleşme genel çerçevesiyle birlikte değerlendirildiğinde; çocuğun rızasının gerekeceği sonucuna ulaşılmaktadır⁴².

Aynı şekilde, *Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlât Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşme'nin* 4/d-1,2,3,4 maddesi uyarınca; çocuğun rızasının, mutlak surette alınması gerekip, evlât edinme konusunda bilgilendirilmesi ve rızanın tamamıyla kendi serbest iradesiyle verdiğinin tespiti zorunlu olmaktadır⁴³.

⁴⁰ YALMAN, Süleyman: "Evlât Edinmede Rıza", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 2004, C. VIII, S:1-2, s.59.; SEROZAN, s.226; DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, s.487; ÖZÜGÜR, s.236; AYDOS, s.123.

⁴¹ *Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin* 12. maddenin I. fıkrası: "Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını, bu görüşlere, çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar".

⁴² HODGKIN/NEWELL, s.273.

⁴³ *Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlât Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşmenin* kapsamına giren bir evlât edinme, menşe Devleti yetkili makamlarınca ancak aşağıdaki hallerde gerçekleştirilecektir:.... (1) Çocuğun, evlât edinmenin sonuçları ve gerekli ise buna rızası hakkında yeterince bilgilendirilmiş ve kendisiyle istişarede bulunulmuş olması; (2) Çocuğun arzu ve görüşlerinin nazara alınmış olması; (3) Çocuğun evlât edinmeye muvafakati gerekli ise, bunun serbestçe ve aranan yasal şekillere uygun olarak verilmiş bulunduğu ve muvafakatın açıkça veya yazılı olarak verildiği hususunun tespit edilmiş olması; ve (4) Bu muvafakatın para ya da herhangi bedel mukabili elde edilmemiş olması (m.4/d).

b. “Ergin ve Kısıtlılar”ın Evlât Edinilmesinde “Evlâtlığın Rızası”

Evlât edinilenin “ergin” olması durumunda; kanunda, kendi rızasından bahsedilmemekle beraber, burada şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkının kullanılması söz konusu olduğundan dolayı, erginin kendi rızası olmadıkça, evlât edinme işleminin gerçekleşmeyeceği doğaldır. Ayrıca; Medeni Kanunumuzun 313. maddesinin son fıkrası uyarınca; ergin ve kısıtlılara ilişkin düzenlemelerde yer almayan hususlarda, küçüklerin evlât edinilmesine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanacaktır. Bu düzenleme de bizi, 308. maddenin II. fıkrasına götürmekte ve burada ayırt etme gücüne sahip küçüğün, rızasının mutlaka alınması gerektiği belirtilmektedir. Aynı şekilde, tam ehliyetli erginin de rızasının mutlaklığı söz konusu olacaktır. Bunların dışında; evlât edinilenin kısıtlı olması ya da ayırt etme gücüne sahip olmaması durumunda, bazı sorunlar ortaya çıkacaktır.

“Kısıtlama”, “ergin” kişiler için, söz konusu olan; onların kişisel ve mali haklarının korunması amacıyla getirilmiş bir hukuksal kurumdur. Uygulamada; kısıtlanan (hacir altına alınan) kişiye, kısıtlama kararı ile birlikte, genellikle bir vasi de atanır. Ancak; kısıtlama ve vasi atama işlemi birbirinden bağımsızdır.

Kendisine, yasal temsilci olarak bir vasi atanan “küçük” ise, bu küçük kısıtlanmaz (hacir altına alınmaz); küçük, yalnızca vesayet altına alınır. Kısıtlama, ergin kişiler içindir⁴⁴.

Kısıtlama sebepleri, Türk Medeni Kanunu’nun 405 ve devamında sayılmıştır. Bunlar;

1. Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı
2. Savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim
3. Özgürlüğü bağlayıcı ceza
4. İstek üzerine kısıtlamadır.

Kısıtlanan kişi; kural olarak vesayet altına konulur; kendisine bir vasi atanır; istisnaen de velâyet (anne baba koruyuculuğu) altına konulur. Kısıtlanan kişi; ayırt etme gücüne sahip ise; fiil ehliyeti açısından “sınırlı ehliyetsiz”ler grubuna girer ve şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanabilir. Bunun sonucunda da, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olan evlât edinme işleminde, ayırt etme gücüne sahip kısıtlı, bizzat kendi rızasını açıklama durumundadır. Böyle bir durumda, hem kısıtlının kendi rızası, hem de “vesayet” altına konulmuşsa, vesayet dairelerinin izni (TMK m.463) aranmalıdır.

Gerek küçük, gerekse kısıtlı için kendi rızası ve vesayet dairelerinin izni dışında, vasisinin de rızasının aranıp aranmayacağı tartışmalıdır⁴⁵ (TMK m.308; m.313/III). Ancak, her halde pratik açıdan, evlât edinme işlemi için mahkemeye,

⁴⁴ ZEVKİLİLER, Aydın / HAVUTÇU, Ayşe: Medeni Hukuk Temel Bilgiler, 5.B., Ankara 2005, s.323 vd.

⁴⁵ Kısıtlının vasisinin rızasının aranacağı yönünde: “Ayrıca kısıtlı için (ister küçük ister ergin olsun) durum farklıdır. Kısıtlı kişi, ayırt etme gücüne sahipse onun rızası tek başına yeterli olmaz; kendisi için vasi atanmış vasi ile vesayet dairelerinin de ayrıca izninin ve onayının alınması gerekir...” (AYDOĞDU, s.390). (Yukarıda da belirtildiği üzere, kısıtlama sadece ergin kişiler için söz konusudur).

genellikle vasi başvuruda bulunur. Ayrıca; her ne kadar sınırlı ehliyetsiz kişiler, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakları, yasal temsilcinin iznine gerek kalmadan bizzat kullanabilirlerse de (TMK.m.16/I), burada sınırlı ehliyetsize, maddi ve manevi bir yükümlülük getiren işlem söz konusu olduğundan, yasal temsilcinin (vasi veya anne ve babasının) izni gerekir. Bu şekilde, vasinin de izni alınmış olur. Kısıtlı, istisnaen "velayet" altına konulmuşsa, bu durumda, Türk Medeni Kanunu'nun 463. maddesine göre, "vesayet altında" olmayacağı için, artık vesayet dairelerinin izni aranmaz; bunun yerine, (yasal temsilcileri) anne ve babasının rızası (TMK m. 309, m.313/III) aranır.

Buna karşın, kısıtlanan kişi, ayırt etme gücüne sahip değilse, (örneğin; akıl hastalığı sebebiyle kısıtlanmışsa), "tam ehliyetsiz" grubuna girer. Ayırt etme gücüne sahip olmayan bu kısıtlı kişinin, kural olarak, ne kendisi, ne de bir başkası, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanamaz. Fakat; tam ehliyetsizin evlât edinilmesinde, yine de bir engel bulunmamaktadır (TMK.m.313). Böyle bir durumda, artık ayırt etme gücüne sahip olmayan kısıtlının evlât edinilmesinde, artık kendi rızası değil, vesayet altında ise, vesayet dairelerinin izni; velâyet altındaysa anne babasının rızası aranacaktır (TMK m.463, m.309, m.313/III). Burada; Türk Medeni Kanunu madde 313/son gereğince, 308. madde II. fıkradaki hükmü (evlâtlığın rızasının alınması koşulunu) uygulamamız artık, ayırt etme gücünün olmaması sebebiyle mümkün olmayacaktır.

Kısıtlılar dışında; "kısıtlı olmayan", ancak "koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanan" "ergin" kişilerin (TMK m.432-437), örneğin; akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı bulunan ergin bir kişinin, kişisel korunması başka bir şekilde sağlamıyorsa, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilmesi yeni Medeni Kanuna göre artık mümkün olmaktadır⁴⁶. İşte böyle bir durumda, ergin olup da kısıtlı olmayan, fakat özgürlüğü kısıtlanan kişinin, sadece özgürlüğü kısıtlanır. Yoksa; fiil ehliyeti kısıtlanmadığı, vesayet altına alınmadığı ve kendisine bir vasi atanmadığı için; (ayırt etme gücü olduğu sürece) kural olarak "tam ehliyetli" sayılacaktır. Eğer kendisine bir "yasal danışman" atanmış ise, (TMK m.429), "sınırlı ehliyetliler" grubuna girecektir. Buna karşın, kendisine bir "kayım" da (TMK m.426 vd.) atanabilir⁴⁷. Koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanan kişi, tam ehliyetli ya da sınırlı ehliyetli olduğunda ise; evlât edinme ve evlât edinilme açısından, herhangi bir sınırlamaya tabi olmayacaktır. Buna karşın; "koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanan" kişi "tam ehliyetsiz" ise, yukarıdaki tam ehliyetsizler için yapılan açıklama doğrultusunda, (vesayet altında ise, vesayet dairelerinin ve pratik açıdan da olsa vasinin izni; velâyet altında ise, yasal temsilcisi olan ana ve babasının rızası ile) evlât edinilebilecek (TMK.m.313); ancak, doğal olarak evlât edinemeyecektir.

⁴⁶ Bu konuda bkz.: GÜMÜŞ, M.Alper: "Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)", Yeditepe Üniv. Hukuk Fak. Dergisi, C.I, S.2, 2005, s.189 vd.

⁴⁷ Kayıym atanmış olması, temsil edilecek veya işi görülecek olan kişinin fiil ehliyetinin kısıtlanması ve değişikliği sonucunu gerektirmez (MK m.458); AKINTÜRK, Turgut: Aile Hukuku, C.2, İstanbul 2004, s.485 vd.

2. Anne ve Babanın Rızası

a. “Küçüğü”in Evlât Edinilmesinde “Ana ve Babanın Rızası”

“Küçüğün” evlât edinilebilmesinin önemli bir diğer koşulu da, ana ve babanın rızasının⁴⁸ alınması gerekliliğidir (TMK m.309/1).

Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlât Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşme m.4/c-1’de de, evlât edinilecek çocuğun asıl ailesinin mutlaka rızasının alınması gerektiği düzenlenmiştir⁴⁹. Küçüğün evlât edinilmesine ilişkin ana ve babanın rızası, çocuğun doğumundan sonra, altı hafta geçmedikçe verilemeyecektir (TMK m.310/I). *Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlât Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşme*’de de benzer bir hüküm yer almaktadır. Buna göre; ananın rızası gerekli olduğu durumlarda, rıza ancak doğumdan sonra verilebilmektedir (m.4/c-4).

Ana ve babanın rızasının alınmayacağına ilişkin durumlar, kanunda belirtilmiştir (TMK m.311). Buna göre; ana veya babadan birinin kim olduğunun veya uzun süreden beri nerede oturduğunun bilinmemesi veya ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun olması durumunda, onun rızası aranmayacaktır. Bir diğer istisnai hüküm ise; ana veya babadan birinin, küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda⁵⁰, rızasının alınmayacağına ilişkindir.

b. “Ergin ve Kısıtlılar”ın Evlât Edinilmesinde “Ana ve Babanın Rızası”

Ergin ve kısıtlıların evlât edinilmesinde; her ne kadar Medeni Kanunumuzun 313. maddesinin III. fıkrasına göre; “*ergin ve kısıtlıların evlât edinilmesi için düzenlenen hükümler dışında küçüklerin evlât edinilmesine ilişkin hususlar kıyasen uygulanır*” denilmekteyse de, tam ve sınırlı ehliyetli kişi (ergin) için ana ve babanın rızası aranmaz.

⁴⁸ Bu konuyla ilgili doktrinde çeşitli görüşler yer almaktadır. *Birinci görüşe göre*; küçüğün evlât edinilmesinde ana-babanın rızası, onların sadece ana baba olmasına dayanırken (velâyet ve vesayetten ayrı bağımsız); *ikinci görüşe göre*; ana-babanın rızası, velâyet ilişkisine dayanmaktadır. YALMAN, s.65; Birinci görüşe paralel olarak bkz.: DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.489; ÖZÜĞÜR, s.238 vd; Yargıtay 2.HD., 2000/5301E., 2000/6710 K., 22.05.2000 t.li kararı: “Küçükler velâyet hakkında sahip olup olmadıklarına bakılmaksızın ana-babanın onayı ile evlâtlık olabilirler.” ÖZÜĞÜR, s.286; AYDOS, s.124.

⁴⁹ Sözleşmenin kapsamına giren bir evlât edinme, menşey Devleti yetkili makamlarınca ancak aşağıdaki hallerde gerçekleştirilecektir:.... Evlât edinme için muvafakati zorunlu olan kişi, kurum ve makamlarla gerekli görülen hallerde istişarede bulunulmuş ve özellikle bir evlât edinmenin çocuğun asıl ailesi ile olan hukuki ilişkisini sona erdirip erdirmediği ve rızalarının sonuçları hakkında gereğince bilgi verilmiş olması....(m.4/c-1).

⁵⁰ Yargıtay 2.HD., 2004/4013 E., 2004/5129 K., 22.4.2004 t.li kararında: “Evlât edinme kararı verilmeden önce; evlât edinenler ile evlâtlığa alınmak istenilen ve ana babasının kişisel özellikleri, öğrenim durumları geçmiş meslek ve iş yaşantıları, halen yaptıkları işler, çocuğa sağlayacakları sosyal güvenceler ailelerin gelir durumları, sahip oldukları mal varlıkları, sağlık durumları, evlilik yaşantıları evlât edinmeye ne kadar hazır oldukları, yaşanılan evin niteliği, yaşam biçimleri, beklentileri etraflı şekilde araştırılmalı gerektiğinde mahkemenin bünyesindeki uzmandan bunun bulunmaması halinde diğer kamu kuruluşlarında çalışanlardan (özellikle Sosyal Hizmet ve Çocuk Esirgeme Kurumu bünyesindekilerden) görüş ve rapor alınıp, (4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanununun 5. maddesi) annenin küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği, ananın karşı koymasının dürüstlük kuralı ile bağdaşır bağdaşmayacağı bu deliller karşısında değerlendirilip sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.: YILMAZ KAYAR, Habibe: (www.turkhukuk sitesi.com, Erişim tarihi: 10.05.2006).

Ayırt etme gücüne sahip erginin (*tam veya sınırlı ehliyetli kişinin*)⁵¹ şahsa sıkı sıkıya bağlı bu hakkı kullanmasında kendi rızası yeterlidir.

"*Sınırlı ehliyetsiz*" kişi (ayırt etme gücüne sahip) kısıtlı bir ergin kişi ise; kural olarak vesayet altına, istisnaen de velâyet altına konulur. Vesayet altındaki kısıtlı; ayırt etme gücüne sahipse, kendi rızası yanında, vesayet dairelerinin de izni gerekir (TMK m.463). Ayırt etme gücüne sahip değilse, yalnızca vesayet dairelerinin izni yeterlidir. Burada vasiinin (yasal temsilcinin) rızasına gerek olup olmadığı tartışılabilir. Ancak, pratik açıdan; vesayet dairelerine başvuracak kişi vasiidir ve ayrıca vasiinin izin vermemesi halinde, vesayet makamına şikayette bulunmak da (TMK m.461) mümkündür⁵². Ayrıca; sınırlı ehliyetsize, maddî ve manevî yükümlülük getiren konularda, yasal temsilcisinin de rızası gereklidir (TMK.m.16/I'in istisnası).

Kısıtlanıp da "vesayet" altına konulmak yerine, "velâyet" altına konulan ayırt etme gücüne sahip ergin (sınırlı ehliyetsiz) kişi için ise, anne ve babasının da rızası aranacaktır.⁵³ Bu durumda; vesayet dairelerinin iznine (TMK m.463) gerek kalmayacaktır. Çünkü; kısıtlanarak "velâyet" altına konulan kişi⁵⁴, Türk Medeni Kanunu'nun 463. maddesinin I. bendi uyarınca, "*vesayet altında*" olmayacağı için, artık "vesayet dairelerinin izni" koşulu yerine, (TMK m.313. maddesinin III. fıkrasındaki yollama ve velâyet ile ilgili hükümler gereğince), "anne – babanın rızası" koşulu devreye girecektir.

"Tam ehliyetsiz" (ayırt etme gücüne sahip olmayan) bir erginin evlât edinilmesinde, kendi rızası alınmaz; öncelikle bu kişinin kısıtlanıp, vesayet ya da velâyet altına alınması; daha sonra evlât edinme işleminin yürütülmesi gerekir (TMK m.405).

3. Vesayet Dairelerinin İzni

a. "Küçükler"ın Evlât Edinilmesinde "Vesayet Dairelerinin İzni"

Medeni Kanun'un, "Küçüğün rızası ve yaşı" başlığı altında, 308. maddenin III. fıkrasında; "*vesayet altındaki küçük, ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına bakılmaksızın vesayet dairelerinin izniyle evlât edinilebilir*" hükmü düzenlenmiştir⁵⁵.

Vesayet altındaki "*küçük*" (TMK m.308/III) veya vesayet altındaki "*kısıtlı*" (TMK m.463) evlâtlık veriliyorsa (ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığına bakılmaksızın), (kendi rızası yanında), küçüğün veya kısıtlının "*yerleşim yeri*" (TMK

⁵¹ Ergin, ayırt etme gücü olan ve kısıtlanmamış kişi "tam ehliyetlidir"; buna karşın, ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlı olmayan, ancak kendisine yasal danışman atanmış olan kişi "sınırlı ehliyetli"; ayırt etme gücü bulunan küçük ve kısıtlılar ise, "sınırlı ehliyetsiz" sayılırlar; ÖZTAN, Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, 15.B., Ankara 2004, s.240 vd.

⁵² AYDOĞDU, s.310 vd. (özellikle, dn.864).

⁵³ AYDOĞDU, s.391.

⁵⁴ Kısıtlama kararı, sadece ergin kişiler için verilir. Kısıtlanan kişi; kural olarak, vesayet; istisnaen de velâyet altına (TMK m.335/II) konulur: ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s.324 vd.

⁵⁵ YALMAN, s.63; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.488; "Yargıtay 2.HD., 1994/3236 E., 1994/4199 K., 22.04.1994 t.li kararında, "Vesayet altında olanın evlâtlığa karar davasında vasi de dinlenmelidir": ÖZÜĞÜR, s.295; AYDOS, s.126; AKINTÜRK, s.367.

m.411)⁵⁶ sulh hukuk mahkemesinden (vesayet makamından) izin, asliye mahkemesinden (denetim makamından) de tasdik (onay) alınacaktır. Nitekim; Medeni Kanun'un 463. maddesine göre: “*Aşağıdaki hallerde vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izni gereklidir:*

1. *Vesayet altındaki kişinin evlât edinmesi veya evlât edinilmesi,...”*

Evlât edinmeye (şekil ve usul yönünden) karar verecek mahkeme ise, evlât edinenin ya da eşlerin birlikte evlât edinmeleri halinde, eşlerden birisinin “*oturma yeri*”⁵⁷ mahkemesi olacaktır (TMK m.315/I).

b. “Ergin ve Kısıtlılar”ın Evlât Edinilmesinde “Vesayet Dairelerinin İzni”

Bir erginin, Türk Medeni Kanunu'nun 405 vd. maddelerine göre, kısıtlanıp vesayet altına konulması halinde; Türk Medeni Kanunu'nun 463. maddesine göre; vesayet dairelerinin izni gerekecektir. Bu durumda, önce vesayet makamından (sulh hukuk mahkemesinden) izin, daha sonra da denetim makamından (asliye hukuk mahkemesinde) izin alınacaktır.

Böyle bir durumda kısıtlı, ayırt etme gücüne sahip ise; vesayet dairelerinin izni gerekmele birlikte, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması söz konusu olduğundan, (ayırt etme gücüne sahip küçüklerin evlât edinilmesinde olduğu gibi) sınırlı ehliyetsiz kısıtlının da, evlât edinme işleminde, bizzat kendi rızasının da alınması gerekecektir.

Buna karşın kısıtlı, ayırt etme gücüne sahip değilse; kendi rızası aranmayacak, vesayet dairelerinin, evlât edinme işlemine izni yeterli olacaktır. Burada, herhalde, hiç olmasa pratik açıdan ve evlât edinme işlemi, sınırlı ehliyetsize, maddî ve özelliklerle, burada manevî bir külfet getireceği için, vasinin de izni gerekecektir. Ayrıca vasi, herhalde sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisi olarak dinlenecek ve görüşü alınacaktır.

Kısıtlı, vesayet değil; istisnaen velâyet altına konulmuşsa, artık velâyet makamlarının izninin yerini, kısıtlının (yasal temsilcileri olan) anne ve babasının rızası olacaktır; anne ve babanın rızası aranacaktır.

4. Evli Erginin Eşinin Rızası

Evli bir kişinin evlât edinilebilmesi, ancak eşinin rızasıyla⁵⁸ mümkündür (TMK m.313/II).

⁵⁶ “*Vesayet işlerinde yetki küçük veya kısıtlının yerleşim yerindeki vesayet dairelerine aittir*” (TMK m.411).

⁵⁷ “*Yetkili mahkeme*” ile ilgili olarak bkz. yukarıda “*Küçüklerin Evlât Edinilmesinde Mahkeme Kararı*”.

⁵⁸ Yargıtay 2.HD., 2005/12256 E., 2005/14885 K., 26.10.2005 t.li kararında “*Dosyada mevcut nüfus kayıt örneğinden, evlât edinilmek istenilen davalının evli olduğu anlaşılmaktadır. Anılan Kanunun 313. maddesinin ikinci fıkrasında “Evli bir kimse ancak eşinin rızasıyla evlât edinilebilir.” hükmü yer almaktadır. Eşin rızası alınmadan hüküm kurulması da kanuna aykırıdır.*”: YILMAZ KAYAR, Habibe: www.turkhukuksitesi.com, Erişim tarihi: 10.05.2005; “Yargıtay 2. HD., 1999/12973 E., 1999/85 K., 25.01.1999 T.li; Yargıtay 2.HD., 1998/3198 E., 1998/4595 K., 20.04.1998 T.li; Yargıtay 2.HD., 1997/5283 E., 1997/6505 K., 05.06.1997 T.li kararlarında: “*Evli eşlerden birinin evlât edinmesi veya başkasına evlâtlık olması diğerinin onamına bağlıdır*” ÖZÜĞÜR, s.287. Ayrıca bu konuda bkz: YALMAN, s.62; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.495; SEROZAN, s.226.

Türk Medeni Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca; erginlik, on sekiz yaşın doluruluşuyla başlar. Söz konusu maddenin II. fıkrasına göre; evlilik de, kişiyi ergin kılar. Buna göre; on sekiz yaşın altında bulunup da, evlenmiş olan kişi ergin sayılacak ve onun eşinin rızası da aranacaktır.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesine göre; "onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır". Ancak, sözleşme bir karışıklığa meydan vermemek için, taraf devletlerin kanununa göre, daha erken yaşta reşit olma durumu hariç tutulmuş ve böylece erken yaşta reşit olma durumu, ulusal kanunlara bırakılmıştır. Buna göre; evlilik yolu ile ergin olan, on sekiz yaşından küçük birine, ergin ve kısıtlıların evlât edinilmesine ilişkin hükümlere uygulanacak ve eşinin rızasının alınması gerekecektir.

Ana ve babanın rızası için, belli bir şekil (mahkemede sözlü veya yazılı olarak açıklanarak tutanağa geçirme) aranırken (TMK m.309/II), eşin rızası konusunda kanunda herhangi bir açık hüküm mevcut değildir. Ancak; Türk Medeni Kanunu'nun 313. maddesinin III. fıkrasındaki yollama nedeniyle; eşin rızası için de, aynı şekil aranmalıdır⁵⁹.

5. Altsoyun Açık Muvafakati

a. "Küçükler"ın Evlât Edinilmesinde "Altsoyun Açık Muvafakati"

Küçüklerin evlât edinilmesinde, evlât edinenin altsoyunun muvafakati aranmamaktadır.

b. "Ergin ve Kısıtlılar"ın Evlât Edinilmesinde "Altsoyun Açık Muvafakati"

"Ergin ve kısıtlılar"ın evlât edinilmesinde, "küçükler"ın evlât edinilmesinden farklı olarak; Medeni Kanunumuzun 313. maddesi evlât edinenin altsoyunun "*açık muvafakati*"ni esas almıştır. Medeni Kanunumuzun 313. maddesinin I. fıkrasında 15.07.2005 tarihinde 5399 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce; ergin ve kısıtlının evlât edinilebilmesi için; evlât edinenin, "*altsoyunun bulunmaması*" gerekmektedir. 313. maddede yapılan değişiklik⁶⁰ sonucu; altsoyun bulunmaması koşul olmaktan çıkarılarak, yerine altsoyun "*açık muvafakati*" koşulu getirilmiştir⁶¹. Böylece; altsoyun açık muvafakati aranarak, altsoyun "*yararlarının*" gözetilmesi sağlanmıştır. Bu açıdan; küçüklerin evlât edinilmesinde, evlât edinenin altsoyunun bulunması durumunda, diğer çocukların "*yararlarının hakkaniyete aykırı biçimde zede-*

⁵⁹ Aynı doğrultuda: AYDOĞDU, s.394.

⁶⁰ 5399 Sayılı Kanunla Medeni Kanunun 313. maddesinin I. fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir: "Evlât edinenin altsoyunun açık muvafakatiyle, ergin veya kısıtlı aşağıdaki hallerde evlât edinilebilir..." (R.G.15.07.2005, S.25876). Değişiklikten öncesi için, ayrıntılı bilgi için bkz.: DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.494; SEROZAN, s. 230; AYDOS, s.127; AYDOĞDU, s.409.

⁶¹ Yargıtay 2. HD 2005/17017, 2006/1201 K., 9.2.2006 t.li kararında, "4721 sayılı TMK'nın 313/I. maddesinde yapılan değişiklikle, ergin ve kısıtlıların evlât edinilmesinde evlât edinenin, altsoyunun bulunmama koşulu kaldırılmıştır. Türk Medeni Kanununun 313/I. maddesine yönelik kanun yararına bozma isteminin anılan maddenin 5399 sayılı yasa ile 15/7/2005 tarihinde değiştirmiş ve altsoyunun bulunmama koşulunun kaldırılmış bulunmasına göre bu konuya yönelik kanun yararına bozma isteminin reddine karar verilmesi gerekmektedir." YILMAZ KAYAR, Habibe: (www.turkhukuksitesi.com, Erişim tarihi: 10.05.2006).

lenmemesi” koşulu; ergin ve kısıtlıların evlât edinilmesinde, “açık muvafakat” koşulu ile dengelenmiştir.⁶²

IV. “Küçükler” ile “Ergin ve Kısıtlılar”ın, “Birlikte” veya “Tek Başına” Evlât Edinilmesine İlişkin Ortak Koşullar

Türk Medeni Kanunu’nun 313. maddesinde düzenlenen, ergin ve kısıtlıların evlât edinilmesine ilişkin koşullarda düzenleme bulunmaması halinde; kıyasen, küçüklerin evlât edinilmesine ilişkin kurallar uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle; küçüklerin evlât edinilmesine ilişkin olarak, evli kişilerin, “birlikte” veya istisnaen, “tek başına” ya da “evli olmayan kişilerin”, “tek başına” evlât edinmesi durumu; her iki grup (*küçükler ile ergin ve kısıtlılar*) için de, ortak koşul olarak ele alınacaktır.

A. Evli Kişilerin Evlât Edinmesi

1. Kural : “Birlikte” Evlât Edinme

Eşler, kural olarak, ancak birlikte evlât edinebilirler (TMK m.306). Kanun bu hükümlerle; evli olmayıp da, birlikte yaşayanları (kardeşler, anne-çocuk vs.) kastetmek amacıyla “evli olmayanlar birlikte evlât edinemezler” kuralını getirmiştir. Eşlerin birlikte evlât edinebilmeleri için, “beş yıldan beri evli” olmaları ya da “otuz yaşını doldurmuş” olmaları gerekmektedir (TMK m.306/2).

2. İstisnalar:

a. Üvey Çocukların Evlât Edinilmesi

Eşlerden birinin; diğer eşin çocuğunu, yani üvey çocuğunu, “tek başına” evlât edinebilmesi için, en az “iki yıl süreyle evli” bulunmaları veya evlât edinecek olanın, “otuz yaşını doldurmuş” olması gerekir (TMK m.306/III).

b. Diğer İstisnalar

Bir eşin, “ayırt etme gücünden sürekli yoksun” bulunması halinde veya “iki yılı aşkın süredir nerede olduğunun bilinmemesi” durumunda ya da mahkeme kararıyla⁶³ “iki yılı aşkın süredir eşinden ayrı” halde yaşayan, “otuz yaşını doldurmuş kişi”⁶⁴, birlikte evlât edinmesi mümkün olmadığından “tek başına” evlât edinebilir (TMK m.307/II)⁶⁵.

⁶² Bu konu ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz: “Ergin ve Kısıtlıların Evlât Edinilmesinde Hakkaniyet Koşulu” kısmına.

⁶³ Boşanma davasının reddi nedeniyle, bir araya gelmeyip, üç yıllık sürenin geçmesini bekleyerek boşanmayı düşünen eşin bu hükümden yararlanması mümkün değildir; evlât edinmek isteyen eş, mahkemeden ayrı yaşama kararı almalıdır: KILIÇOĞLU, s.115.

⁶⁴ Yargıtay 2. HD., 2004/14154 E., 2004/15751K., 27.12.2004 T.li kararında: “ 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun tek başına evlât edinmeyi düzenleyen 307. maddesinin 2. fıkrasına göre 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 halinde, tek başına evlât edinebilir. Dosyadaki nüfus kaydından evli olduğu anlaşılan davacının, yukarıda anılan madde uyarınca tek başına evlât edinebilmesi için gereken yasal şartları oluşmadığı görülmüştür. Mahkemece, davanın reddine karar verilmesi gerekirken Türk Medeni Kanununun 307/2. maddesi hükmüne aykırı olarak yazılı şekilde hüküm ku-

B. Evli Olmayan Kişilerin "Tek Başına" Evlât Edinmesi

Evli olmayan kişiler; ancak, "tek başına" evlât edinebilirler. Bunların evlât edinebilmesi için, "otuz yaşını doldurmuş" bulunmaları gerekmektedir (TMK m.307/I).

V. Evlât Edinme İlişkinin Sonuçları

A. "Küçükler"in Evlât Edinilmesinin "Sonuçları"

Küçüklerin evlât edinilmesinin en önemli sonucu⁶⁶; ana ve babaya ait olan hakların ve yükümlülüklerin, evlât edinene geçmesine sebep olmasıdır (TMK m.314/I).

Bunun dışında; Türk Medeni Kanunu'nun 129. maddesinin 3. bendine göre; "evlât edinen ile evlâtlığın veya bunlardan biri ile diğerinin *altsoyu* ve eşi arasında" kesin evlenme yasağı vardır. Burada; a) evlâtlık ile evlât edinen, b) bunlardan biri ile diğerinin eşi ve c) bunlardan biri ile diğerinin *altsoyu* arasında evlenme yasaklanmıştır⁶⁷.

Türk Medeni Kanunu'nun 129. maddesinin 3. bendinin lafzi (sözel) yorumuna göre; bunlardan (evlâtlık ile evlât edinenden) biri ile diğerinin "*üstsoyu*" arasında evlenme yasaklanmamıştır. Böyle bir durumda; evlât edinen, evlâtlığının boşanmış veya dul kalmış annesi veya babası ile evlenebilir⁶⁸. Yahut da, durum tam tersine olabilir; evlâtlık, evlât edinenin annesi veya babası ile evlenebilir. Böyle bir sonucun ve lafzi yorumu ise, "altsoy"a ilişkin evlenme yasağı getiren ve bu yasağın kapsamını genişleten hükmün amacına (ratio legis) ve toplumun genel ahlaki anlayışına uymadığını söyleyebiliriz.

Nitekim; kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nun (Türk Medeni Kanunu'nun 129. maddesini karşılayan) 95. maddesinin 1. bendine göre; evlât edinen ve evlâtlığın "*düz çizgi (hat) hısımları*"⁶⁹ (yani, üstsoy ve altsoy hısımları) (Verwandten in geraden Linie) arasında da evlenme yasağı vardır⁷⁰.

Evlât edinmenin diğer bir sonucu; evlât edinen küçük, sadece evlât edinenin tek yönlü ve sınırlı mirasçısı olmakta (TMK m.314/2); buna karşın evlât edinen, evlâtlığın yasal mirasçısı olmamaktadır. Evlâtlığın asıl ailesine olan yasal mirasçılığı da devam etmektedir (TMK m.500).

rulması doğru görülmemiştir.": YILMAZ KAYAR, Habibe: (www.turkhukuksitesi.com, Erişim tarihi: 10.05.2006); DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.487 vd.; ÖZUĞUR, s.235.

⁶⁵ Yargıtay 2. HD., 2005/19713 E., 2006/4349 K., 29.3.2006 t.li kararında, "Davacının eşi S. S.'nin, duruşmaya gelerek davaaya muvafakat ettiği ilişkin beyanda bulunduğu anlaşılması olup, eşlerin tek başına evlât edinebilmesi için öngörülen yasal şartların oluşmamasına rağmen, mahkemece TMK'nın 307/2. maddesi hükmüne aykırı olarak yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir": YILMAZ KAYAR, Habibe: (www.turkhukuksitesi.com, Erişim tarihi: 10.05.2006).

⁶⁶ Evlât edinme ilişkisinin sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.502; ÖZUĞUR, s.240; SEROZAN, s. 231 vd.; AYDOS, s.132; AYDOĞDU, s.557 vd..

⁶⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.60-61.

⁶⁸ AKINTÜRK, s.71.

⁶⁹ "Birbirinden üreyenlerin hısımlığına üstsoy-altsoy hısımlığı adı verilir. Bu hısımlık düz çizgi şeklinde gösterilir. Bunun için batı dillerinde 'düz çizgi hısımlığı' denilmektedir": OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s.94.

⁷⁰ Aynı doğrultuda bkz: AYDOĞDU, s.611 vd.

Bir küçüğün evlât edinilmesi durumunda; küçük, evlât edinenin soyadını almaktadır (TMK m.314/3). Bunun haricinde, evlât edinenin isteği üzerine, küçüğe yeni bir ad da verilebilir (TMK m.314/3).

Evlât edinenin evli olması ve birlikte evlât edinme koşullarının bulunması halinde; küçüğün nüfus kaydına, ana ve baba adı olarak, evlât edinen eşlerin adları yazılmaktadır (TMK m.341/4).

Evlât edinilen küçüğün, miras veya başka haklarının zedelenmemesi; aile bağlarının kopmaması için, evlâtlığın naklen geldiği aile kütüğü ile evlât edinenin aile kütüğü arasında, gereken tüm işlemlerin yapılması gerekmektedir. Evlâtlık ile ilgili kesinleşmiş mahkeme kararı, evlâtlığın her iki kütüğüne de işlenmelidir (TMK m.314/5). Aynı şekilde; *Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 29. maddesi* uyarınca, evlât edinilenin kaydı, evlât edinenin aile kütüğüne taşınır.

Evlât edinme ile ilgili kayıt, belge ve bilgiler gizlidir. Ancak bir mahkeme kararı ya da evlâtlığın talebi halinde, bu bilgiler açıklanabilir (TMK m.314/6).

B. “Ergin ve Kısıtlılar”ın Evlât Edinilmesinin “Sonuçları”

Türk Medeni Kanunu'nun 313. maddesinin III. fıkrası uyarınca; ergin ve kısıtlıların evlât edinilmesine ilişkin konularda, hüküm bulunmaması halinde, küçüğün evlât edinilmesine ilişkin hükümler, kıyasen uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, yukarıda “*küçük*” için belirtilen; “evlâtlık, evlât edinenin mirasçısı olur”, “evlât edinme kayıtlarının gizliliği”, “evlâtlığın geldiği aile kütüğü ile evlât edinenin aile kütüğü arasında bağ kurulması” gibi hükümler kıyasen, “*ergin ve kısıtlılar*”ın evlât edinilmesine de uygulanacaktır.

Bu hükümlerin yanı sıra; ergin olan evlâtlık, evlât edinme sırasında *dilerse*, evlât edinenin *soyadını* alabilmektedir (TMK m.314/III).

VI. Evlât Edinme İlişkisinin Sona Ermesi

A. “Küçükler”in Evlât Edinilmesinde, Evlât Edinme İlişkisinin “Sona Ermesi”

Küçüğün evlât edinilmesinde; rızasının alınması gereken kişilerden, bu rıza yasal sebep bulunmaksızın alınmamışsa ve küçüğün yararı, evlât edinme ilişkisinin kaldırılması sonucu ağır biçimde zedelenmeyecekse; rızasının alınması gereken kişiler, hâkimden evlâtlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilirler (TMK m.317).

Evlât edinme ilişkisinde, esasa dair eksiklikler söz konusu olursa (örneğin; evlât edinenin yaşına veya evlilik süresine ilişkin noksanlıkların bulunması halinde), Cumhuriyet Savcısı veya her ilgili evlâtlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilir (TMK m.318/I).

Evlât edinme ilişkisi, eskisinden farklı olarak bir sözleşme ile değil; mahkeme kararı ile kurulduğu için, sona erdirilmesi de, “*fesih*” değil, “*kaldırma*” sözcüğü ile ifade edilmiştir. Böylece, evlât edinme ilişkisinin, ancak mahkeme kararı ile sona erdirilebileceği vurgulanmak istenmiştir⁷¹.

⁷¹ KILIÇOĞLU, s.120.

Eksikliklerin bu sırada ortadan kalkmış olması ya da sadece usule ilişkin eksikliklerin varolması durumunda; evlâtlık ilişkisinin kaldırılması, evlâtlığın yararını ağır biçimde zedeleyecek olursa, evlâtlığın kaldırılması yoluna gidilmez (TMK m.318).

Evlâtlık ilişkisinin kaldırılmasında dava açma hakkı, bu hukukî ilişkinin zarara uğramaması için bir süreye bağlanmıştır ve bu süre "*hak düşürücü*" bir süredir. Dava hakkı, evlâtlık ilişkisinin kaldırılması sebebinin öğrenilmesinden başlayarak, "*bir yıl*" ve her halde, evlât edinme işleminin üzerinden "*beş yıl*" geçmekle düşer (TMK m.319).

B. "Ergin ve Kısıtlılar"ın Evlât Edinilmesinde, Evlât Edinme İlişkisinin "Sona Ermesi"

Evlât edinme ilişkisinin sona ermesine ilişkin, yukarıdaki evlât edinme ilişkisinin sona ermesine yönelik hükümler Türk Medeni Kanunu'nun sistematığı gereği, her iki tür (*küçükler ile ergin ve kısıtlıların*) evlât edinme için de ortak olarak düzenlenmiş genel hükümlerdir. Bu nedenle, yukarıdaki açıklama, ergin ve kısıtlıların evlât edinilmesinde de aynen geçerli olacaktır. Yalnız, 317. maddedeki "*küçüğün menfaati*" ağır biçimde zedelenmeyecekse ibaresini; gerek bu hükmün, her iki evlât edinme türünü de düzenleyen genel bir hüküm olmasından dolayı, gerekse 313. maddesinin son fıkrasındaki yollama nedeniyle "*evlât edinilenin (küçük veya ergin ve kısıtlının) menfaati*" şeklinde yorumlamak daha doğru olacaktır.

VII. Evlât Edinme İşlemlerinde Aracılık

A. "Küçükler"in Evlât Edinilmesinde "Aracılık"

Küçüklerin evlât edinilmesinde, aracılık faaliyetleri, Bakanlar Kurulunca yetki verilen kurum ve kuruluşlarca yapılmaktadır (TMK m.320/1). Ülkemizde evlât edinme işlemleri; 2828 Sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu hükümleri gereği, Başbakanlık Sosyal Hizmetler İl veya İlçe Müdürlüğü aracılığıyla gerçekleştirilmektedir⁷³.

Aracılık faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin konular tüzükle düzenlenir (TMK m.320/2). Bakanlar Kurulu'nun bu konudaki ilgili tüzüğü biran önce hazırlanması, evlât edinme ile ilgili işlemlerin hızlanması açısından önemle beklenmektedir⁷⁴.

320. maddedeki hükümden başka, 312. maddede de; küçüğün, gelecekte evlât edinilmek amacıyla bir kuruma (aracı kuruma) yerleştirileceğinden bahsedilmektedir.

Böylece, "küçüklerin" evlât edinilmesindeki aracılık faaliyetleri, ancak devlet kontrolü altında ve devlet eliyle gerçekleştirilebilecektir. Böylece evlât edinme yoluyla, çocuk ticaretinin yapılmasının önüne geçilmek istenmiştir⁷⁵.

⁷² "Yasal sebep bulunmaksızın rıza alınmamışsa, rızası alınması gereken kişiler, küçüğün menfaati bunun sonucunda ağır biçimde zedelenmeyecekse, hâkimden evlâtlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilirler" (TMK. m.317).

⁷³ AYDOĞDU, s.451 vd.

⁷⁴ Bu konu ile ilgili olarak bkz: AYDOĞDU, s.452 vd.

B. “Ergin ve Kısıtlılar”ın Evlât Edinilmesinde “Aracılık”

Türk Medeni Kanunu’nun 320. maddesinde, sadece “küçükler”in evlât edinilmesindeki aracılık faaliyetlerinden bahsedilmektedir. “Küçükler”in korunması gereği nedeniyle, böyle bir hükmün getirildiği ve “ergin ve kısıtlılar”ın evlât edinilmesindeki aracılık faaliyetlerinin devlet eliyle yapılması şartı aranmadığı düşünülebilir.

Ancak; erginlerden, onsekiz yaşın altındakilerin (yargısal erginlik veya evlenme yoluyla ergin olanların) veya ayırt etme gücüne sahip olmayan kısıtlıların, evlât edinilme işleminde korunması gerektiği ortadadır. Evlâtlık işlemlerinin, devlet eliyle yürütülen aracı kuruluşlarda “tek bir elde” birleştirilmesinin getireceği, şekli ve organizasyon kolaylıkları; onsekiz yaşının altındaki erginlerin ve ayırt etme gücüne sahip olmayan kısıtlıların da, küçükler gibi “korunması zorunluluğu”, Medeni Kanun’un 313. maddesinin son fıkrasındaki yollama sebebi ile, “ergin ve kısıtlılar”ın da evlât edinilmesindeki aracılık faaliyetlerinin, devlet eliyle yapılmasını yararlı kılacaktır. Bu gibi konuların, Bakanlar Kurulunca çıkarılacak tüzük ile ivedilikle düzenlenmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

SONUÇ

“Küçükler” ile “ergin ve kısıtlılar”ın evlât edinilmesi; “mahkeme kararı”, “yaş farkı”, “bakım ve eğitim”, “evlât edinmenin evlâtlığın yararına olması”, “ilgililerin rızaları” gibi konularda, aynı genel ve ortak koşullara sahip bulunmakta; sadece, ayrıntılarda bazı farklılıklar göstermektedir. Sistematik olarak konuya bu şekilde yaklaşıldığında; her iki tür evlât edinmeyi de karşılaştırmalı olarak ele almak, daha kolay olmakta ve evlât edinme kurumunun işleyiş tarzı, felsefesi daha anlaşılır bir şekle bürünmektedir. Buna rağmen, konunun ayrıntılarında, özellikle tartışmalı konularda, bazı zorluklarla karşılaşmak kaçınılmaz olacaktır. Ancak, her emek ve uğraşın, hukuk bilimine katkı getireceğine inanıyoruz.

Türk Medeni Kanunu’nun 313. maddesindeki değişiklik; altsoyu bulunan kişilerin de, “ergin ve kısıtlıyı”, “altsoyunun açık muvafakatı” ile evlât edinilebilmesini sağlayan, yerinde bir değişiklik olmuştur. Çünkü; uygulamada da örneklerine rastlandığı üzere, evlendiği eşinden bir çocuğu olan ve eşinin de, önceki evliliğinden artık ergin olmuş bir çocuğu olan kişi; bu değişiklik sonucu, ergin üvey çocuğunu da, evlât edinebilecek ve böylece bu kişilerin hepsinin, gerçek bir aile olmaları, hukuki açıdan da sağlanmış olacaktır.

Uluslararası sözleşmelerin, evlât edinme ile ilgili hükümleri, Türk Medeni Kanunu’ndaki evlât edinme ile ilgili hükümlerle karşılaştırıldığında; çocukların haklarının her iki mevzuat ile de güvence altına alındığını görmekteyiz. Örneğin; “çocuğun yüksek menfaati” (BMÇHS. m.3) ve bunu karşılayan “çocuğun yararı” (TMK m.305); “yetkili makam kararı” (BMÇHS m.21/I-a) ile “mahkeme kararı” (TMK m.315/I); “ilgililerin rızası” gibi hususlar, uluslararası sözleşmeler ile özellikle de, çocuk açısından güvence altına alınmıştır.

⁷⁵ Evlât edinmede aracılık faaliyetleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.508; ÖZÜĞÜR, s.244 vd.; AYDOS, s.139; SEROZAN, s.230; AYDOĞDU, s.450 vd.

EK-1: "Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi"nin, "Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlât Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi"nin ve "Türk Medeni Kanunu"nun, Evlât Edinme ile İlgili Maddelerini Karşılaştıran TABLO (1)

<i>Ortak Kavramlar ve İlkeler</i>	<i>Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi</i>	<i>Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlât Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi</i>	<i>Türk Medeni Kanunu</i>
1. Çocuğun yüksek yararı	Taraf devletler, çocuğun " <i>en yüksek yararlarını</i> " temel düşünce olarak kabul edecektir (m.21/I).	Sözleşmenin amaçları: (a) Ülkelerarası evlât edinmelerin, çocuğun " <i>yüksek yararları</i> "na ve uluslararası hukukun ona tanıdığı temel haklara uyularak yapılması için koruyucu tedbirleri tesis etmek... (m.1/a).	Evlât edinmenin her halde " <i>küçüğün yararına</i> " olması gerekir (TMK m.305/II).
2. Yetkili Makam Kararı	Çocuğun evlât edinilmesine ancak " <i>yetkili makam</i> " karar verir (m.21/I-a).	–	"Mahkeme kararı"yla birlikte, evlâtlık işlemi kurulmuş olur (m.315/I).
3. İlgililerin Rızası	Yetkili makam; duruma göre, çocuğun, " <i>ana-babası</i> ", " <i>yakınları</i> " ve " <i>yasal temsilcisi</i> " ve diğer tüm " <i>ilgililerle</i> " yapılacak görüşme sonucu, onların da evlât edinme konusundaki rızalarını alma zorunluluğuna uyararak, kararını verir (m.21/I-a).	Sözleşmenin kapsamına giren bir evlât edinme, menşee Devleti yetkili makamlarınca ancak aşağıdaki hallerde gerçekleştirilir:.... Evlât edinme için " <i>muvafakati zorunlu olan kişi</i> ", kurum ve makamlarla gerekli görülen hallerde istişarede bulunmuş ve özellikle bir evlât edinmenin çocuğun asıl ailesi ile olan hukuki ilişkisini sona erdirip erdirmediği ve rızalarının sonuçları hakkında gereğince "bilgi" verilmiş olması....(m.4/c-1).	Vesayet altındaki küçük, " <i>vesayet dairelerinin izniyle</i> " evlât edinilebilir (m.308/III). Evlât edinme küçüğün " <i>ana-babasının rızasını</i> " gerektirir (m.309/I). Evlî bir kimse ancak " <i>eşinin rızası</i> "yla evlât edinilebilir (m.313/II).
4. Evlâtlığın rızası	Çocuğu ilgilendiren bütün meselelerde " <i>çocuğun görüşleri</i> "ne saygı; çocuğu ilgilendiren herhangi bir adli ya da idari kovuşturmada, çocuğun görüşlerinin dinlenmesi gerekir (m.12).	Sözleşmenin kapsamına giren bir evlât edinme, menşee Devleti yetkili makamlarınca ancak aşağıdaki hallerde gerçekleştirilir:.... (1) Çocuğun, evlât edinmenin sonuçları ve gerekli ise buna " <i>rızası</i> " hakkında yeterince bilgilendirilmiş ve kendisiyle istişarede bulunulmuş olması; (2) Çocuğun arzu ve görüşlerinin nazara alınmış olması; (3) Çocuğun evlât edinmeye muvafakati gerekli ise, bunun serbestçe ve aranan yasal şekillere uygun olarak verilmiş bulunduğu ve muvafakatin açıkça veya yazılı olarak verildiği hususunun tespit edilmiş olması; ve (4) Bu muvafakatin para ya da herhangi " <i>bedel mukabili elde edilmemiş</i> " olması (m.4/d).	<i>Kural olarak</i> ; ayırt etme gücüne sahip olan " <i>küçük</i> ", rızası olmadıkça evlât edinilemez (m.308/II). <i>İstisna</i> : Vesayet altındaki küçük, ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına bakılmaksızın (kendi rızası yanında), " <i>vesayet dairelerinin izniyle</i> " evlât edinilebilir m.308/II).

EK-2: Evlât Edinilen Açısından; “Küçükler” ile “Ergin ve Kısıtlılar”ın Evlât Edinilmesinin Genel ve Ortak Koşullarına İlişkin TABLO (2)

<i>Koşullar</i>	<i>“Küçükler”in Evlât Edinilmesinde</i>	<i>“Ergin ve Kısıtlılar”ın Evlât Edinilmesinde</i>
1. Mahkeme Kararı	“Mahkeme kararı”yla evlâtlık ilişkisi kurulmuş olur (TMK m.315/I).	“Mahkeme kararı”yla evlâtlık ilişkisi kurulmuş olur (TMK m.315/I, m.313/III).
2. Yaş Farkı Koşulu	Evlât edinen ile evlât edinilen arasında en az “on sekiz yaş farkı”nın bulunması gerekir (TMK m.308).	Evlât edinen ile evlât edinilen arasında en az “on sekiz yaş farkı”nın bulunması gerekir (TMK m.308/I; m.313/III).
3. Bakım ve Eğitim Koşulu	Evlât edinilecek küçüğün, evlât edinen tarafından “bir yıl” süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması gerekir (m.305/II).	“Bedensel veya zihinsel özürlü” sebebiyle, sürekli olarak yardıma muhtaç olan kişi, evlât edinen tarafından “beş yıl” süreyle bakılmış ve gözetilmiş olması halinde evlât edinilebilir (TMK m.313/b.1). Bunun dışında; evlât edinilen; “küçüklüğünde”, evlât edinen tarafından “beş yıl” süreyle bakılmış ve eğitilmiş ise, yine evlâtlık ilişkisi kurulabilmektedir (TMK m.313/b.2). Aynı şekilde; “diğer haklı sebepler” bulunmakta ve evlât edinilen, evlât edinen ve ailesiyle “beş yıldan beri birlikte yaşamakta” ise, evlâtlık ilişkisi kurulabilmektedir (TMK m.313/b.3).
4. Evlâtlığın Yararına Olması Koşulu	Evlât edinme işlemi, her halde “küçüğün yararı”na olmalıdır (TMK m.305/II).	Evlât edinme işlemi, her halde “evlât edinilenin” yararına olmalıdır (TMK m.305/II; m.313/III).
5. Diğer Çocukların Yararlarının “Hakkaniyet”e Aykırı Biçimde Zedelenmemesi	“Küçüklerin” evlât edinilmesinde, evlât edinenin altsoyunun bulunması durumunda, bu çocukların yararının “hakkaniyete aykırı bir biçimde zedelenmemesi” gerekmektedir (m.305/II).	İki tür durum söz konusu olur: Eğer, evlât edinenin <i>altsoyu, ayırt etme gücüne sahip değilse</i> , bu koşul aranır (m.305/II; m.313/III). Eğer <i>altsoy ayırt etme gücüne sahipse</i> , sadece “açık muvafakati” aranır (m.313/I); hakkaniyet koşulu aranmaz ve gerek de kalmaz.
6. İlgililerin Rızası (Evlâtlığın /Anne-babanın/ Vesayet Dairelerinin/ Eşin /Altsoyun Açık Muvafakati)	Ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızası aranır (m.308/II). Kural olarak; <i>anne babanın</i> rızası aranır (m.309/I) (İstisnaları: TMK m.311). Çocuk, vesayet altında ise; ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına bakılmaksızın (kendi rızası yanında), <i>vesayet dairelerinin</i> izni aranır (m.308/III).	Ayırt etme gücü bulunan <i>evlâtlığın rızası</i> herhalde (şahsa sıkı sıkıya bağlı hak olduğundan dolayı) aranır. Kural olarak, <i>anne babanın rızası</i> aranmaz. Ancak, ergin kişi kısıtlanıp velâyet altına konulmuşsa, anne babanın da rızası aranır: (TMK m.16/I’ın istisnasıdır; ergin kişi, sınırlı ehliyet-siz ise, maddi ve manevi yükümlülük getireceğinden dolayı). Ergin, kısıtlanıp, vesayet altına konulmuş ise, (ayırt etme gücü varsa, kendi rızası yanında), <i>vesayet dairelerinin izni</i> aranır (m.463). Evli erginin, <i>eşinin</i> rızası aranır (m.313/II). Evlât edinenin <i>altsoyunun muvafakati</i> gerekir (TMK m.313/I). Ancak bu hüküm altsoyun ayırt etme gücüne sahip olması halinde önem taşır, ayırt etme gücü yoksa “hakkaniyet” koşulu ön plana çıkabilir.

EK-3: Evlât Edinen Açısından: "Evlî" ve "Evlî Olmayan Kişilerin", Evlât Edinmesine İlişkin TABLO (3)

Kurallar ve Koşullar	"Evlî Kişilerin" "Birlikte" veya "Tek Başına" Evlât Edinmesi	"Evlî Olmayan Kişilerin", "Tek Başına" Evlât Edinmesi
1. Kural	Eşler, kural olarak, ancak "birlikte" evlât edinebilirler; evli olmayanlar, birlikte evlât edinemezler (TMK m.306/I).	Evlî olmayan kişiler, ancak "tek başına" evlât edinebilirler (TMK m.306/I; m.307/I).
2. İstisnalar	<p>a. Eşlerden biri; (iki yıldan beri evli veya otuz yaşını doldurmuş ise) diğerinin üvey çocuğunu "tek başına" evlât edinebilir (TMK m.306/II).</p> <p>b. Bir eşin ayırt etme gücünden sürekli yoksun olması halinde, otuz yaşını doldurmuş ise, birlikte evlât edinmenin mümkün olmadığını ispat etmesi şartı ile "tek başına" evlât edinebilir (TMK m.307/I).</p> <p>c. Bir eş, diğer eşin iki yılı aşkın süreden beri nerede olduğunun bilinmemesi durumunda, otuz yaşını doldurmuş ise, birlikte evlât edinmenin mümkün olmamasını ispat etmesi şartı ile "tek başına" evlât edinebilir (TMK m.307/II).</p> <p>d. Bir eş, mahkeme kararıyla, iki yılı aşkın süreden beri eşinden ayrı yaşamakta olması sebebiyle birlikte evlât edinmenin mümkün olmadığını ispat etme ve otuz yaşını doldurmuş bulunma şartı ile "tek başına" evlât edinebilir (TMK m.307/II).</p>	—
3. Evlât Edinenin Ehliyeti	Tam ehliyetliler ve sınırlı ehliyetliler (sadece eşlerinin rızası ile) evlât edinebilirler. Sınırlı ehliyetsizlerden, vesayet altındaki ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar, vesayet dairelerinin izni ile evlât edinebilir (TMK m.463) (Kısıtlanmış olup da velâyet altındakiler ise, anne babadan izin almalıdır) (TMK m.16'nın istisnasıdır. Çünkü, bu işlem kendisine maddi ve manevi külfet getirmektedir).	Evlî kişilerin ehliyeti ile ilgili açıklamalar; evli olmayan kişilerin ehliyeti için de aynen geçerlidir.
4. Yaş veya Evlilik Süresi Koşulu	<p>a. Kural: Eşlerin, "birlikte" evlât edinebilmesi için, "beş yıldan beri evli olmaları" veya "otuz yaşını doldurmuş" olmaları (TMK m.306/II) gerekir.</p> <p>b. İstisnalar: aa. "Üvey Çocuğun" evlât edinilebilmesi için: "iki yıldan beri evli" olmaları veya evlât edinecek olan eşin "otuz yaşını doldurmuş" olması (TMK m.306/III) gerekir.</p> <p>bb. Diğer İstisnalar: Eşlerin Türk Medeni Kanunu m.307'de sayılan istisnai durumlarda evlât edinebilmeleri için, "otuz yaşını" doldurmuş olması şarttır.</p>	Evlât edinenin, "otuz yaşını" doldurmuş olması gerekir (TMK m.307/I).

KAYNAKÇA

- ACABEY, Beşir:** Soybağı, İzmir 2002.
- AKINTÜRK, Turgut:** Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, C.II., 9.B., İstanbul 2004.
- AKYÜZ, Emine:** “Evlât Edinmeye İlişkin Uluslararası Sözleşmeler, Çağdaş Hukuk Sistemleri ve Türk Medeni Kanunu”, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 498), Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan, Ankara 1995, s.153 – 169.
- ALTAŞ, Hüseyin:** “Evlâtlık Sözleşmesinde Amaç”, Türk Hukuk Dünyası, Mayıs 2000 Yıl:1 Sayı:1, s.103 – 109.
- ATAAY, Aytakin, M. :** “Medeni Kanun’un Evlad Edinmeye Müteallik Hükümlerinin Değiştirilmesi ve Tamamlanması”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl:2, Sayı: 2, İstanbul 1959, s.73 – 84.
- AYDOĞDU, Murat:** Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme, İzmir 2006.
- AYDOS, Oğuz Sadık:** “Yeni Medeni Kanuna Göre Evlât Edinme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran – Aralık 2000, Cilt: IV, Sayı: 1-2, s.117 – 141.
- BAUMANN, Ursula:** Voraussetzungen und Verfahren der Adoption, (Dissertation der rechts und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte), (Juris Druck, Verlag Zürich), Zürich 1970.
- BRAUCHLI, Andreas:** Das Kindeswohl als Maxime des Rechts, (Schulthess Polygraphischer Verlag) Zürich 1982.
- DOĞAN, Murat:** “Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu, AÜEHFD, 2002, C.VI, S.1-4, s.285 – 300.
- DOĞAN, Murat:** “Türk Medeni Kanunu’nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, AÜHFD, C.52, S.4, 2003, s.93 – 129.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan:** Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2002, s.178 vd.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper:** Türk Özel Hukuku C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2005.
- EREN, Abdurrahman:** “1982 Anayasası’nın 90.maddesindeki 2004 Değişikliği’nin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VIII, Sayı 3-4, Erzincan, Aralık 2004, s. 47 – 77.
- ERTAŞ, Şeref/KOÇ, Nevzat:** 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, İzmir 2002.
- GENÇCAN, Ömer Uğur:** “Evlât Edinme Kurumu ve Benzeri Kavramlar / Kurumlar, Manisa Barosu Dergisi, Yıl:20 Sayı: 78, s.15 – 23.

- GLÄTTLI, Maja:** Die Adoption im französischen und italienischen Recht, verglichen mit dem schweizerischen Recht (Dissertation, der Rechts-, und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft), (Juris Druck, Verlag Zürich), Zürich 1978, s.17 vd; s.55 vd.)
- GÖREN, Zafer:** Temel Hak Genel Teorisi, İzmir 2000.
- GÜMÜŞ, M.Alper:** "Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)", Yeditepe Üniv. Hukuk Fak. Dergisi, C.I, S.2, 2005.
- GÜNDÜZ, Aslan:** Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler Örnek Kararlar, İstanbul 2003.
- HODGKIN, Rachel/NEWELL, Peter:** Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı, UNICEF, 1998.
- KILIÇOĞLU, Ahmet:** Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003.
- OĞUZMAN, M.Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY, Saibe:** Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2002.
- ÖZBUDUN, Ergun:** Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2000.
- ÖZDAMAR, Demet:** Türk Hukukunda, Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu, Ankara 2002.
- ÖZDAMAR, Demet/SUCU, C. Gamze:** "Çocuğun Oyun ve Dinlenme Hakkı" Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Ocak-Şubat 2006, S.17-18, s.71-101.
- ÖZTAN, Bilge:** Medeni Hukukun Temel Kavramları, 15.B., Ankara 2004.
- ÖZÜĞÜR, Ali İhsan:** Türk Medeni Kanununun Yeni Düzenlemeleri ile Açıklamalı – İçtihatlı Velâyet – Vesayet – Soybağı ve Evlât Edinme Hukuku, Ankara 2002.
- RUHİ, Ahmet Cemal:** Türk Hukukunda Evlât Edinme ve Evlât Edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye'de Tanınması, Ankara 2003.
- RUHİ, Ahmet Cemal:** "743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi ile 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Evlât Edinmenin Şekli Şartlarının Mukayeseli Olarak İncelenmesi" (Mukayeseli), Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.V, S.1-4, Erzincan 2001, s.455 – 465.
- RUHİ, Ahmet Cemal:** "Evlât Edinme Davasında Görevli ve Yetkili Mahkeme", Aylık Hukuk Dergisi, Haziran 2003, s.8 – 9.
- RUHİ, Ahmet Cemal:** "Yabancı Ülke Mahkemelerinden Alınan Velâyet Konusundaki İlamların Türkiye'de Tenfizi" , Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S.3-4 (Aralık-2003), s. 721 – 756.
- SAZAK, Ömer Faik:** "Medeni Kanuna Göre Evlât Edinme", Antalya Barosu Dergisi, Nisan 2002, Yıl 23 S.44, s.10 – 16.

SEROZAN, Rona: Çocuk Hukuku, İstanbul 2005.

SONER, Lütfü Fikri: “Medeni Kanunda Evlât Edinme ve Ön Tasarıdaki Durum”, Türkiye Noterler Birliği, Sayı:12, 15 Kasım 1976, s.18 – 28.

ŞENER, Esat: “Milletlerarası Özel Hukuk Açısından Evlât Edinme ve Noterler”, Türkiye Noterler Birliği, Hukuk Dergisi, Sayı: 40, 15 Kasım 1983, s.6 – 9 .

ŞIPKA, Şükran: Türk Medeni Kanununda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m.194), İstanbul 2002.

YILMAZ, Hamdi: Das Problem der Unehelichkeit in der Schweiz und in der Türkei, insbesondere für den Gesetzgeber, (Peter Lang Verlag), Bern 1980, s.39 vd.

YILMAZ KAYAR, Habibe: www.turkhukuk sitesi.com, (Erişim tarihi: 10.05.2005).

YALMAN, Süleyman: “Evlât Edinmede Rıza”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 2004, C. VIII, S.1-2, s. 57 – 73.

ZEVKLİLER, Aydın/HAVUTÇU, Ayşe: Medeni Hukuk Temel Bilgiler, 5.B, Ankara 2005.

İFLAS TASFİYESİNE EGEMEN İLKELER - I

EVRENSELLİK İLKESİ

Yrd. Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN*

I. GENEL OLARAK

İflâs, genel olarak, ticaret mahkemesince iflâsına karar verilen bir borçlunun (müflisin), haczi caiz bütün malvarlığının cebri icra yoluyla paraya çevrilip, bundan bilinen bütün alacaklıların tatmin edilmesini sağlayan toplu (küllî) bir cebri icra türü olarak kabul edilmektedir¹. İflâs tasfiyesine yönelik süreç ise, iflâs takip talebinden iflâsın kapanmasına kadar geçen zamanı kapsamına almaktadır. Hatta, bazı durumlarda, iflâsın kapanmasından sonra tasfiye dışı malvarlığının kalması üzerine yapılacak işlemler de bu sürece dahildir. Aynı şekilde, iflâsın kapanmasından sonra, müflisin itibarının yerine gelmesine yönelik süreci de bu kapsamda değerlendirebiliriz. Bu süreçte, iflâs hukukuna özgü bir takım ilkeler etkin rol oynamaktadır. Bu ilkeler, çok çeşitli olmakla birlikte, evrensellik ilkesi, takibin tekliği ilkesi, alacaklıların eşit işleme tabi tutulması ilkesi, alacaklıların özerkliği ilkesi, paraya çevirme ilkesi, şekle bağlılık ilkesi belli başlıları olarak sıralanabilir. Bu çalışmanın konusunu ise, iflâs tasfiyesine egemen olan ilkelere “iflâsta evrensellik ilkesi” oluşturmaktadır.

İflâs hukukunda evrensellik ilkesinin iki görünümü bulunmaktadır. Bunlardan ilki, iflâs tasfiyesine katılan alacaklılara yönelik “şahısta evrensellik ilkesi”²; diğeri ise, müflisin ülkesinde kabul edilen mülkiyet ilkesinden uzaklaşmayı, uluslar arası bir iflâs hukuku kuralları oluşturmayı ve müflisin haczi kabil tüm malvarlığının tasfiyesini amaç edinen iflâs tasfiyesinde “(milletlerarası) evrensellik ilkesi”³dir.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.

¹ **Kuru, Baki:** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004, s.922 (Kuru-El Kitabı); **Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder:** İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2005, s.497; **Kuru, Baki:** İcra ve İflas Hukuku, Cilt 3, Ankara 1993, s.2599 (Kuru-İcra); **Kuru Baki:** İflas ve Konkordato Hukuku, İstanbul 1988, s.5 (Kuru-İflas). Benzer tanımlar için bkz. **Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Sungurtekin Özkan, Meral / Özekes, Muhammet:** İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2005, s.321; Ansay, Sabri Şakir: Hukuk İcra ve İflas Usulleri, Ankara 1960, s.196-199; **Postacıoğlu, İlhan E.:** İflas Hukuku İlkeleri, Cilt I- İflas, İstanbul 1978, s.7.

² “personelle Universalitaet”.

³ “internationale Universalitaet”.

II- İFLAS TASFİYESİNDE EVRENSELLİK İLKESİ

A- ALACAKLILARDA (ŞAHISTA) EVRENSELLİK İLKESİ

Alacaklılarda (şahista) evrensellik ilkesi, ya da başka bir deyişle, alacaklıların evrenselliği ilkesi⁴, iflâs tasfiyesinin temel koşullarından birisidir. Bu ilke, çoğu zaman iflâs hukukunu izah etmekte, küllî (toplu) icra adıyla da kullanılmaktadır⁵. Alacaklılarda evrensellik ilkesi, iflâs tasfiyesinde tasfiyeye katılan tüm alacaklıların, alacaklarına, müflisin malvarlığından kavuşma hakkına sahip olmalarıdır. Alacaklılar, alacaklarına, sadece, iflâs tasfiyesine yönelik sınırlılıklar ve iflâs tasfiyesine özgü düzenlemeler çerçevesinde ulaşabilirler⁶.

Bir malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan kişi, kural olarak, iflâsın açılmasından önce, o malvarlığının tamamı üzerinde özel çıkarlarını gerçekleştirilmekte serbest hareket etme yetkisine sahiptir⁷. Borçlunun, borç ilişkisine uygun tarzda tasarruf işlemlerinde bulunabilmesi için, kural olarak, bir kamu otoritesinin aracılığına ya da başka bir hak süjesine gerek bulunmamaktadır. Sözleşmenin karşı tarafının, kamusal otorite olmaksızın borçluyu etkilemesi ya da zorlaması imkânı da bulunmamaktadır⁸. Bu sonuç, temelde, hukuk kuralları tarafından sınırları belirlenmiş olan “iradenin özerkliği” ilkesine dayanmaktadır¹⁰.

İflâs tasfiyesinden önce, ödeme güçsüzlüğü ortaya çıktığında, borçlu, borç ilişkisine dayanarak malvarlığının bir kısmını tasarruf işlemine konu yaptığında; diğer alacaklılar, artık, tasarrufa konu yapılan mal ve haklar üzerinde iptale ilişkin kural- lar (m.277 vd.) saklı kalmak kaydıyla, el koyma¹¹ şeklinde bir hakka sahip değillerdir. Çünkü, borçlunun borç ilişkisinden doğan yükümlülükleri için tüm malvarlığı ile sorumlu olması¹² ana kural olsa bile, böyle bir sorumluluk fonksiyonunun gerçekleştirilmesi için, devletin bu yönde görevlerle donatılmış organlarının belirli

⁴ “personelle Universalitaet” ya da “Glaebigeruniversalitaet”.

⁵ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.32,495; **Kuru-İflâs**, s.2; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s.321.

⁶ **Prütting, Hanns**: Allgemeine Verahrengrundsätze der Insolvenzordnung, (Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V. (Köln), Herne-Berlin 2000, s.221-247). s.242; **Pape, Gerhard/Uhlenbruck, Wilhelm**: Insolvenzrecht, München 2002, s.119.

⁷ Ancak bu serbestlik, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar çerçevesinde olmaktadır (**Örücü, Ersin**: Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, İstanbul 1976, s.54).

⁸ **Flume, Werner**: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäfts, Berlin-Heidelberg 1992, s.1; **Haesemeyer, Ludwig**: Insolvenzrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 2003, s.17.

⁹ İrade özerkliği ilkesi (Privatautonomie), hakka tek tek sahip olunulan durumlar için, devletin müdahalesi ya da başka bir etkileşim olmaksızın hayatın doğal akışı içinde ilişkilerin düzenlenmesi anlayışına dayanmaktadır (**Canaris, Claus-Wilhelm**: Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971, s.414; **Haesemeyer**, s.17-18; **Pape/Uhlenbruck**, s.127-128; **Uhlenbruck, Wilhelm**: Insolvenzordnung-Kommentar, München 2003, s.3).

¹⁰ Bkz. **Başözen, Ahmet**: Müflisin Tasarruf Yetkisi, Ankara 2005, s.10 vd.

¹¹ Bu kavram için bkz. **Başözen**, s.23, dn.2.

¹² **Smid, Stefan**: Grundzüge des Insolvenzrechts, München 2002, s.2; **Uhlenbruck**, s.6-7; **Haesemeyer**, s. 17-18; **Jaeger, Ernst/Henckel, Wolfram**: Konkursordnung-Großkommentar §§ 1-42, Berlin-New York 1997, s.6; **Balz, Manfred**: Die Ziele der Insolvenzordnung, (Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V. (Köln), Herne-Berlin 2000, s.3-22), s.8; **Köhn, Kai**: Veräußerungsgeschäfte des Insolvenzschuldners (§§ 80 I, 81 InsO), Hannover Uni-Diss. 2000, s.67.

türde faaliyetine ihtiyaç duyulmaktadır¹³. Borçlunun malvarlığı ile sorumluluk kurallı gereği, malvarlığına devlet aracılığıyla yürütülen bir iflâs prosedürü sonucunda el konulmuşsa, bu durumda, borçlu, masa konusuna yönelik tasarruf işlemlerinde bulunamaz (m.191; 192). Buna rağmen, borçlu, hukuken el konulmuş, güvence altına alınmış bir malvarlığı üzerinde tasarruf işlemlerinde bulunursa, bu tasarruf işlemleri, istisna olarak uygulanan iyiniyet kurallarının şartları dışında (m.191,II; 192; 190,II), kendisinden beklenen sonucu doğurmayacaktır. Bu yarışma, borçlunun serbest tasarruf işlemi yapmasını engelleyerek, böylece, her alacaklının alacağına eşit işleme tabi tutularak kavuşmalarını sağlamaktadır. Bu nedenle, irade özerkliği prensibinin içinde yer alan malvarlığı ile sorumluluk ilkesi, alacaklılar bakımından, iflâs tasfiyesinde güvence görevi görmektedir¹⁴. Borçlu, iflâs prosedürü sonucu el konulan masa malvarlığı üzerinde, artık, irade özerkliğine ilişkin yetkilerinden bir kısmını; özellikle de, tasarruf yetkisini kullanamaz (m.191; 192; 184). Çünkü, iflâsın açılmasından önce bir borç ilişkisine giren ve bu nedenle borçludan alacaklı olanlar (iflâs alacaklıları), kural olarak, borçlunun malvarlığı ile sorumluluğu ilkesi nedeniyle alacaklarına kavuşma yönünde güven duygusu içindedirler. Borçlunun iflâsıyla, alacaklıların sahip olduğu bu güven duygusu devam etmektedir. İflâsın açılmasından önce, yarışan bireysel yararlar, iflâsın açılmasıyla yerini, kolektif yarara bırakır. Bu şekilde alacaklıların eşit işleme tabi tutularak alacağına kavuşması amaçlanır¹⁵.

Bu amaç çerçevesinde, iflâs tasfiyesinde, müflisin (borçlunun) karşısında, bütün alacaklıları bulunmaktadır. İcra ve İflas Kanunu'nda buna yönelik kurallar göze çarpmaktadır. Öncelikle, alacaklılar, alacaklarını, borçlunun haczedilebilen (m. 82, 83, 184, I) bütün malvarlığının paraya çevrilmesiyle elde edilen değerden alırlar. Borçlunun masaya giren tüm malvarlığı satılır ve elde edilen para ile borçlunun bilinen bütün alacaklılarının alacakları ödenir. Eğer, geriye bir şey artarsa, artan para, müflise iade edilir¹⁶. Bundan başka, müflise ait bulunan mal ya da hakları, ellerinde bulunduran kişiler (ki, bu kişiler müflisin alacaklısı da olabilir), o mallar üzerindeki hakları saklı kalmak kaydıyla, iflâs dairesine teslim etmeleri gerekmektedir (m.219,I/4). İflâs dairesine teslim edilmesi gereken bu mal ve haklar, yapılan çağrıya uyulmayarak müflise teslim edilmiş ise, bu kişilerin ikinci kez teslim yükümlülüklerinden kurtulabilmeleri, İcra ve İflas Kanunu'nun 192. maddesi kurallarına tabi olmaktadır. Yani, bu mal ve haklar müflise teslim edilmekle birlikte, iflâs masasına girmemişse, bu kişiler borç yükümlülüklerinden kurtulamazlar¹⁷.

İflâsın açılmasıyla alacaklılar, borçlunun haczedilebilen (m. 82, 83, 184, I) bütün malvarlığının paraya çevrilmesiyle elde edilen değerden alacaklarından, alacaklılar bakımından da evrensellik gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, tüm alacaklılar, kural olarak müflisin malvarlığından alacaklarına kavuşma hakkına

¹³ Pape/Uhlenbruck, s.109-110; Smid, s.29; Köhn, s.67; Uhlenbruck, s.2; Jauernig, Otmar: Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, München 1999, s.173.

¹⁴ Smid, s.2-3; Köhn, s.67; Haesemeyer, s. 17-18; Balz, s.8.

¹⁵ Uhlenbruck, s.8-9; Smid, s.29; Köhn, s.70; Jauernig, s.175-176; Pape/Uhlenbruck, s.118-119.

¹⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.32-33; Kuru-İflas, s.2.

¹⁷ Müflise yapılan ödemeler konusunda geniş açıklamalar için bkz. Başözen, s.292-318.

sahiptirler¹⁸. Buna karşılık, iflâsın açılmasıyla, iflâs talebinde bulunan alacaklıların dışında, kimlerin ne miktarla alacaklı oldukları kesin olarak belli değildir. Alacaklılar masaya başvuru yaptıktan (m.219, II/2) ve bu başvuru sonunda alacakları miktarı iflâs idaresince tespit edildikten sonra (m.230-236), bu husus açıklığa kavuşacaktır. Her bir alacaklı bakımından, masaya alacaklarını yazdırma konusunda bir zorunluluk da bulunmamaktadır (m.236; 253). Ancak, alacaklarını tasfiyenin kapanmasına kadar masaya bildirmemiş olan alacaklılar (m.236; 253), tasfiyede hesaba katılmazlar. Bu çerçevede, alacaklıların iflâs talebi üzerine alacak haklarının kesin hükümlerle tespitine yönelik mahkemenin vereceği karar; hatta iflâsın açılmasından sonra bu kararın icrası, talepte bulunan alacaklılar için, eda hükmünün icrasından öteye farklı bir anlam taşımasa da¹⁹, iflâs kararı, sadece iflâs talebinde bulunan alacaklıların alacaklarına kavuşmalarını amaçlayan bir tasfiye modeli değildir. Çünkü, iflâsta, iflâsın açılmasıyla ortaya çıkan iflâs hukuku ilişkilerinden, müflisin malvarlığından ve müflisin masa konusu malvarlığı üzerinde sahip tasarruf yetkisindeki değişikliklerden, hiç iflâs talebinde bulunmamış, bir dava sonunda elinde alacaklı olduğu kesin hükümlerle tespit edilmemiş olan iflâs alacaklıları da yararlanmaktadır (m.219,II/2; 230; 236). Bu halde, alacaklıların evrenselliği ilkesinin doğal sonucu olarak, alacaklıların iflâsın açılmasından evvel sahip oldukları cüzi icra yoluyla alacaklarına kavuşmalarına yönelik yöntemlerin, iflâsın açılmasıyla birlikte kural olarak işlerliğini yitirmesinin kabulünü gerektirir. Yani, iflâs tasfiyesine yönelik yöntemlerin dışında, her bir alacaklının alacağına kavuşması engellenmektedir (m.193-194). Eğer bir alacaklı, iflâs tasfiyesindeki kurallar çerçevesinde tasfiyeye katılmaya razı olmazsa, tasfiyenin sona ermesini beklemek durumundadır.

B- MİLLETLERARASI EVRENSELLİK İLKESİ

1- Genel Çerçeve

Türk hukuku açısından, iflâsın açılmasından sonra müflisin masaya giren mal ve hakları üzerinde tasarruf yetkisi kalmamakta (m.191,I); bu aşamadan sonra, bu yetkiyi, iflâs idaresi kullanmaktadır (m.226)²⁰. Müflisin, iflâs masasına girdiği kabul edilen malvarlığının Türk Devleti'nin sınırları içerisinde olması durumunda, bu konuda, bir sorun çıkmayacaktır. Ancak, günümüzde sınır ötesi ekonomik ilişkiler o kadar yoğundur ki, birden fazla devlet ülkesinde faaliyet gösteren, tasarruf işlemlerine girişen ya da malları bulunan kişi ya da işletmelerin varlığı, iflâsın sınır ötesi boyutları olan hukuki sorunların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu sorunlardan, bizim çalışmamız bakımından önemli olanı; sınır ötesi etki doğuran iflâs durumlarında, iflâsın hukuki sonuçlarının da, sınır ötesi etkilerinin olup olmayacağı; başka bir ifade ile iflâs tasfiyesinde müflisin malvarlığı bakımından da bir evrenselliğin bulunup bulunmadığı noktasıdır. Bu sorunun yanıtı, iflâsın açılmasına yönelik kararın, Türkiye'de ya da başka bir devlet ülkesinde verilmiş olup olmamasına; sınır

¹⁸ Prütting, s.242; Pape/Uhlenbruck, s.119.

¹⁹ Schoch, Hans: Die juristische Natur der Pfaendung und der Vermögensbeschlagnahme im Konkurs, Uni-Zürich Diss., Zürich 1940, s.50; Umar, Bilge: İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir 1973, s.239.

²⁰ Bkz. Başözen, s.94 vd.

ötesi etkileri olan iflâsın açılması durumunda ortaya çıkan hukuki sorunların çözümü için temel alınan (yersellik, evrensellik gibi) ilkelerden hangisinin birincil ilke olarak kabul görüp, hangisinin göz ardı edileceğine; bu tür sorunların çözümüne yönelik karşılıklı ya da çok taraflı antlaşmaların bulunup bulunmamasına ya da antlaşma olmamakla birlikte fiilî karşılıklılık ilişkilerinin bulunup bulunmamasına göre değişebilmektedir.

İflâsın sınır ötesi etkilerinin olması durumunda, tasfiyeye uygulanacak hukuken tespiti için, öncelikle, “iflâsın evrenselliği ilkesi” ile “iflâsın mülkiliği” ilkesinin, hem iflâsın açıldığı devlet ve hem de müflisin malvarlığının bulunduğu diğer devlet ya da devletler bakımından, hangi ölçüde kabul görmesi ve uygulanması gerekliliği açıklığa kavuşturulmalıdır. Yine, bu ilkelerin, iflâsın ortaya çıkardığı tüm ilişkilere, zaman, konu ve kapsam bakımından katı bir biçimde uygulanıp uygulanmayacağı da, ilkelere yüklenilen anlamın içeriği ile yakın ilişkilidir.

2- İflâsın Evrenselliği İlkesi

İflâsın evrenselliği (umumiliği, birliği, tekliği) ilkesine (Universalitaetprinzip) göre, iflâs, sadece tek bir devlet ülkesinde açılmalı; müflisin tüm alacaklıları, yabancı alacaklıları da dahil olmak üzere, iflâsın açıldığı devlet ülkesinde kurulan masa karşısında eşit işleme tabi tutulmalı; müflisin, gerek iflâsın açıldığı ülkede bulunan gerekse yabancı ülke ya da ülkelerdeki tüm malvarlığı, iflâsın açıldığı ülkede kurulan masaya girmeli; yabancı iflâs kararlarına müflisin malvarlığı kalemlerinin bulunduğu devlet ülkelerinde de etki tanınmalı; yabancı iflâs idaresinin yetkileri müflisin malvarlığı kalemlerinin bulunduğu devlet ülkelerinde de kabul görmeli; iflâsı açan devlet hukukunun iflâsın açılmasına bağladığı tüm hukuki sonuçlar, müflisin mallarının bulunduğu devlet ülkelerinde de tanınmalıdır²¹. İflâsın evrenselliği ilkesinin kabul görmesi ile; iflâs tasfiyesinde özel önem verilen alacaklılar arasında eşitliğin sağlanması, tasfiyenin daha az masrafla tamamlanması ve usul ekonomisinin gerçekleştirilmesi sağlanacak; buna ek olarak, müflisin malvarlığının parçalanması ve yetki ihtilafları da engellenebilecektir²².

Temelde, yabancı iflâs kararlarına sınır ötesi etki tanınmasına olanak tanımak ve alacaklılar arası eşitliği sağlamak amacı güden iflâsın evrenselliği ilkesine göre, bir ülkede açılmış iflâs üzerine müflisin, diğer bir ülkede bulunan ve iflâs masasına giren mal ve hakları üzerinde yapmış olduğu tasarruf işlemleri de hükümsüz sayılacaktır.

²¹ **Güneysu-Güngör, Gülin:** Milletlerarası Özel Hukukta İflâs, Ankara 1997, s.2-3; **Kuru-İflâs,** s.541; **Yılmaz, Ejder:** İflas İdaresi, Ankara 1976, s.101; **Belgesay, M. Reşit:** İcra ve İflâs Hukuku, Sentetik Bölüm II, Konkordato- İflâs-İptal Davası- Tahliye, İstanbul 1953, s.66-67; **Üstündağ, Saim:** İflâs Hukukunun Esasları (İflâs, Konkordato, İptal Davaları), İstanbul 2002, s.20; **Berkin, Necmeddin M.:** İflâs Hukuku, İstanbul 1972, s.68-69; **Blumenstein, Ernst:** Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911, s.553; **Haesemeyer,** s.891; **Deguchi, Masahisa:** Zum neuen Gesetz über Anerkennungshilfe des auslaendischen Insolvenzverfahrens, (Festschrift für Akira Ishikawa zum 70. Geburtstag, Berlin/New York 2001, s.79-86), s.79-81; **Lüer, Hans Jochem:** Deutsches Internationales Insolvenzrecht nach der neuen Insolvenzordnung, (Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V. (Köln), Herne-Berlin 2000, s.297-321), s.304; **Uhlenbruck,** s.3079-3080.

²² **Uhlenbruck,** s.3080; **Güneysu-Güngör,** s.2; **Üstündağ,** s.20.

3- İflâsın Yerselliği İlkesi

“İflâsın yerselliği” ilkesine (taaddüdü, mülkîlik, mahallîlik, Territorialitaetsprinzip) göre ise, müflîsin malvarlığının bulunduğu her yerde, ayrı bir iflâsın açılması mümkündür. Buna göre, iflâs, hüküm ve sonuçlarını, sadece, açıldığı ülke sınırları içerisinde doğurur. İflâsın mülkîliği ilkesine göre, iflâsın açıldığı her ülke sınırları içerisinde, ayrı iflâs masaları kurulacak; iflâs masasına, sadece, ülke sınırları içerisinde bulunan malvarlığı girecek; seçilen iflâs idaresi, sadece, o ülke sınırları içerisinde faaliyette bulunabilecek; masa konusu mahallî alacaklılara tahsis edilerek, yabancı alacaklılar, alacaklarını masaya yazdıramayacaklardır²³. İflâsın mülkîliği ilkesi, aynı anda, farklı ülkelerde birden fazla iflâsın açılmasına ve bu nedenle yetki ihtilaflarının doğmasına yol açmakta; müflîsin malvarlığının parçalanmasına ve usul ekonomisine ters biçimde tasfiye masraflarının artmasına; özellikle de, iflâsta alacaklıların eşit işleme tabi tutulmasına engel olması bakımından eleştirilmektedir. Temelde, iflâsın, umumi haciz niteliğine sahip olduğu ve iflâs kurallarını düzenleyen İcra ve İflâs Kanunları’nın “emniyet ve asayiş” kanunları olduğu ya da iflâsın “aynî nitelikte bir statü” kurduğu²⁴ gerekçesiyle kabul edilen iflâsın mülkîliği²⁵ ilkesine göre, bir ülke sınırları içerisinde açılmış ve sınır ötesi etkileri olan iflâs, müflîsin, diğer bir ülkede bulunan ve iflâs masasına girmesi gereken mal ve hakları üzerinde tasarrufa yetkisiz sayılmasına yol açmamakta; yapmış olduğu tasarruf işlemleri de, geçerli bir biçimde hukuki sonuç doğurmaktadır. Bu nedenle, müflîsin tasarrufa yetkisizliği, sadece, iflâsın açıldığı ülke sınırları içerisinde ve iflâs masasına giren malvarlığı hakkında söz konusu olmaktadır.

4- Karma İlke

İflâsın evrenselliği ve mülkîliği ilkelerine karşı ileri sürülen “karma ilke”ye (gasp sistemi, Raub-System) göre ise; yerli iflâslar için, iflâsın yersel olmaması (iflâsın evrenselliği ilkesinin kabulü); buna karşılık, yabancı iflâslar için ise, iflâsın yerselliği (mülkîliği) ilkesi uygulanmalıdır²⁶. Karma ilkenin kabulü ile, Türkiye’de açılan bir iflâs nedeniyle, müflîsin, diğer ülkelerde bulunan ve iflâsın açıldığı ülkedeki (Türkiye’deki) iflâs masasına girdiği kabul edilen mal ve hakları üzerinde tasarruf yetkisi bulunmayacak; buna karşılık, yabancı bir ülkede açılan iflâs nedeniyle, müflîs, iflâsın açıldığı ülke iflâsın evrenselliğini kabul etse bile, Türkiye’de bulunan mal ve hakları üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmaya devam edecektir²⁷.

²³ Güneysu-Güngör, s.2; Uhlenbruck, s.3080; Üstündağ, s.20; Kuru, s.541; Yılmaz, s.101; Belgesay, s.66; Muşul, Timuçin: Teorik Ve Uygulamalı İcra ve İflâs Hukuku, Cilt I,II, İstanbul 2002, s.17; 553; Haesemeyer, s.889; Deguchi, s.79-81; Lüer, s.304; Berkin, s.75; Fritzsche, Hans/Walder-Bohner, Hans Ulrich: Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Zürich, Band I/1984, Band II/1993, s.414.

²⁴ Bu nedenlerle, sınır ötesi etkisi bulunan iflâs hukuku ilişkilerine hakim in hukukunun uygulanması gerekliliği dile getirilmektedir (Belgesay, s.67-68; Haesemeyer, s.889).

²⁵ Güneysu-Güngör, s.3; Haesemeyer, s.889; Belgesay, s.67-68.

²⁶ Yılmaz, s.101; Kuru-İflâs, s.542.

²⁷ Karma ilke taraftarları, ilkenin, ülke çıkarlarını koruma bakımından elverişli olması nedeniyle kabulü gerektiğini belirtmekle birlikte; olması gereken hukuk bakımından, ülkeler arasında iflâsın yersel olmaması görü-

5- Ara Değerlendirme

Haklı olarak belirtildiği üzere, iflâsın sınır ötesi etkileri nedeniyle ortaya çıkması olası sorunları çözmeye amacıyla ortaya atılan bu teorilerden birinin tümüyle kabul edilerek uygulanması, hem teorik açıdan hem de pratik açıdan mümkün olamamalıdır. Çünkü, iflâs, ne başlı başına evrensel, ne de, tamamen mülki planda düşünülebilir. Sınır ötesi etkileri olan iflâsın açılmasıyla, hem evrensel bazda hem de yersel planda düşünülmesi gereken sorunların ortaya çıkması muhtemeldir. Bu nedenle, tek başına, iflâsın evrenselliği ilkesinin benimsenmesi, pratik olarak ütopyik kalmakta; diğer yandan, iflâsın mülkiliği ilkesinin benimsenmesi de, özellikle, iflâsta alacaklıların eşit işleme tabi tutulması gibi temel kuralların zedelenmesine ve tasfiyedeki ana amacın gerçekleşmemesine yol açmaktadır²⁸. Diğer yandan, karma ilkenin benimsenmesi de, ilke olarak, hiç bir yarar sağlamayacaktır. Çünkü, bu davranış modeli ile, sınır ötesi etkileri olan iflâs hukuku ilişkilerinde, ülkelerarası yapılmış bir antlaşma olmaksızın dengeli ilişkiler kurulması mümkün olamaz²⁹. Sadece, Türkiye’de açılmış iflâslar bakımından iflâsın evrenselliği ilkesinin kabul edilmiş olması, fiilî ya da kanunî karşılıklılık olmaması nedeniyle, uygulama bakımından fayda sağlamayacaktır.

İfade edilen nedenlerle, iflâsın evrenselliği ilkesi temel alınarak, bu ilke, iflâsın amacı, alacaklıların eşit işleme tabi tutulması, işlem güvenliği ve öngörülebilirlik gibi iflâs hukukunda genel kabul gören ilkelerle yumuşatılmalıdır. Bununla birlikte, evrensellik ilkesinin uygulanamayacağı durumların tespiti ile, mülkilik ilkesinin uygulanması gereken durumlar da, sınırlı ölçüde kabul edilmelidir³⁰.

6- Alman Hukukunda

Alman hukukunda, Alman İflâs Kanunu § 237 ve 238’in açık olmayan ifadesi nedeniyle, Alman Federal Mahkemesi’nin 1985 ve 1988 yıllarında verdiği kararlara kadar, iflâsın mülkiliği ilkesi eleştirilere rağmen kabul edilmekteydi. Alman Federal Mahkemesi’nin verdiği karardan sonra, Alman hukukunda iflâsın evrenselliği ilkesi uygulanmaya başlandı³¹. 1.1.1999’da yürürlüğe giren Alman Aciz Kanunu (Insolvenzordnung, InsO) ve Aciz Kanunu’na ilişkin Yürürlük Kanunu’nun (Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung, EGInsO) 102. maddesi, Federal Mahke-

şünün kabulünün uygun olacağını, haklı olarak, ayrıca, ifade etmektedirler (Yılmaz, s.101 ve özellikle dn.101).

²⁸ Güneysu-Güngör, s.3.

²⁹ Haesemeyer, s.896-897.

³⁰ Örnek olarak, mülkilik ilkesini katı bir biçimde uygulayan ve kanunlarında bu yönde düzenleme olan ülkeler karşısında (İsv. İİK m.55), evrensellik ilkesinin uygulanmasının, iflâsta alacaklıların eşit işleme tabi tutulması ilkesi ile çelişeceği açıktır. Bu durumda mülkilik ilkesinin uygulanması gerektiği söylenebilse de, olması gereken, alacaklılar arası eşitsizliği önlemeye yönelik başka araçların geliştirilmesidir. Bkz. Güneysu-Güngör, s.185-186. Eğer, iflâsın açıldığı yabancı ülkede iflâsın mülkiliği ilkesi ya da karma ilke uygulanmakta ise, bu durumda, müflisin Türkiye’de bulunan malvarlığından, öncelikle, yerleşim yeri Türkiye’de bulunan ilk dört sıra alacaklıların (m.206) tamamının alacaklarını alması; bundan sonra kalan malvarlığının diğer alacaklılara dağıtılması söz konusu olabilir. Karş. IPRG m.173.

³¹ Schollmeyer, Eberhard: § 240 ZPO und Auslandskonkurs, (IPRax, 1999/1, s.26-28) s.26; Lüer, s.297; Uhlenbrucker, s.3082. Alman Federal Mahkemesinin 1985 ve 1988 tarihli kararlarının metni için bkz. BGH 11.7.1985 (NJW, 1985, s.2897); BGH 7.6.1988 (NJW, 1988, s.3096).

menin kararları doğrultusunda iflâsın evrenselliği ilkesi temel alınarak, Alman İflâs Kanunu'nun 237 ve 238. maddelerinden farklı tarzda düzenlendi³². Sınır ötesi etkileri olan iflâs durumunda, iflâsa katılan alacaklılar, borçlular ve üçüncü kişilerin hem hukuken hem de malvarlığı durumu açısından birbirleriyle bağlı olmaları, kanunun düzenleniş amacıdır. Bu amaç, iflâsın sadece ulusal bazda düşünülemeyeceği gerçeğini ortaya çıkarmaktadır³³. Alman Aciz Kanunu'na ilişkin Yürürlük Kanunu'nun (EGInsO) 102. maddesine göre, sınır ötesi ülkede³⁴ açılan aciz usulü (iflâs), borçlunun (müflisin) içeride (Almanya'da) bulunan malvarlığını da kapsar³⁵. Bu kural iki durumda kapsam dışı bırakılmıştır. Usulün açıldığı devletin mahkemesi iç hukuka göre yetkili değilse ya da sınır ötesi iflâsın tanınması özellikle anayasal haklar çerçevesinde Alman hukukuna açıkça aykırılık teşkil etmekteyse, iflâsın evrenselliği ilkesi uygulama alanı bulmayacaktır (EGInsO Art. 102,I/1-2). Buna göre, Almanya'da aciz usulünün açılmasıyla, aciz borçlusunun diğer ülkelerde bulunan mal ve hakları üzerinde tasarruf yetkisi kalmamakta; yapılan tasarruf işlemleri hükümsüz olarak kabul edilmektedir. Aynı şekilde, yabancı bir ülkede açılan iflâslar için de, borçlunun, Almanya sınırları içerisinde bulunan malvarlığı bakımından Alman Aciz Kanunu § 80 ve 81'e göre tasarrufa yetkisizliği³⁶ söz konusu olmaktadır³⁷. Aciz usulünün açılmasıyla, aciz borçlusunun içeride ve dışarıda bulunan mal ve hakları bakımından hem maddi hukuka hem de usul hukukuna ilişkin idare ve tasarruf yetkisi, aciz idaresi tarafından yerine getirilir³⁸.

7- İsviçre Hukukunda

Alman hukukuna karşılık, İsviçre hukukunda, sınır ötesi etkileri bulunan iflâs durumlarında, bugün için, hâla, kuvvetli yersellik (mülkilik) ilkesinin geçerli olduğu kabul edilmektedir³⁹. Buna göre, İsviçre'de açılan iflâslarda, müflisin yerleşim yeri ya da milliyetine bakılmaksızın İsviçre iflâs kuralları uygulanacaktır⁴⁰. İsviçre'de hakim olan iflâsın mülkiliği ilkesinin, doğrudan kanun maddesinden kaynaklanma-

³² Lüer, s.297; Uhlenbruck, Anm.19, s.3082; Haesemeyer, s.896-897.

³³ Uhlenbruck, s.3083; Lüer s.297-299.

³⁴ Alman Devletin diğer devletlerle iflâsa yönelik antlaşmasının bulunması durumlarında bu kural uygulanmayacaktır. Yine, Avrupa Topluğu Aciz Usulleri Tüzüğü çerçevesinde, üye devletler arasında çıkan sınır ötesi aciz usulleri için kural uygulanmayacaktır (Uhlenbruck, s.3083; Lüer, s.299; Haesemeyer, s.900).

³⁵ Gottwald, Peter: Insolvenzrechts Handbuch, München 2001, s.1713; Uhlenbruck, s.3083; Lüer, s.299; Haesemeyer, s.900.

³⁶ Bkz. Başözen, s.145-161.

³⁷ Uhlenbruck, s.3104; Haesemeyer, s.901. Burada belirtilmelidir ki, bu sonuçların doğması, yabancı ülkede açılmış aciz usulünün, Alman Aciz Kanunu için Yürürlük Kanunu'nun 102. maddesine göre, Almanya'da tanınması şartına bağlıdır (Uhlenbruck, s.3111).

³⁸ Gottwald, s.1714; Uhlenbruck, s.3125. Aciz idaresinin yetki ve görevleri malvarlığının bulunduğu yer hukukuna göre belirlenir. Aciz usulünün açılmasıyla, masa konusunun mülkiyetinin aciz idaresine geçişini kabul eden ülkeler bakımından ortaya çıkan özellikler dikkate alınmaz (Uhlenbruck, s.3125-3126). Mülkiyetin devri teorisine yönelik açıklamalar için bkz. Başözen, s.26-37.

³⁹ Fritzsche/Walder-Bohner, s.414; Blumenstein, s.553-554; Favre, Antoine: Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Freiburg/Schweiz 1956, s.260.

⁴⁰ Bu durum, kısaca, iflâs İsviçre'de açıldığında; ülke dışında bulunan malvarlığı bakımından mülkilik, ülke içinde bulunan malvarlığı bakımından evrensellik ilkesi olarak ifade edilmektedir (Blumenstein, s.554; Favre, s.260).

dığı; buna karşılık, kanunun çeşitli maddelerinin içeriğinin yorumundan kaynaklandığı da ileri sürülmüştür⁴¹. İflâsın mülkiliği ilkesinin kabulü nedeniyle, İsviçre hukukuna göre, yabancı ülkede açılan iflâsın iç hukukta etki doğurması, ancak, kısmen ya da tamamen iflâsın tanınması şartına bağlanmıştır. Bu amaçla Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun (IPRG) 11. bölümüne yabancı iflâsların tanınmasına yönelik şartlar konulmuş ve yabancı ülkede açılan iflâsların tanınması, karşılıklılık esasına bağlanmıştır⁴². Ayrıca, yabancı ülkede açılan iflâsın tanınarak, İsviçre'de bulunan mal ve hakların tasfiyeye dahil edilmesi, ancak, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 219. maddesine göre (m. 206), yerleşim yeri İsviçre'de bulunan ilk dört sıra alacaklıların tamamının alacaklarını almaları şartına bağlanmıştır (IPRG m.173)⁴³. Yabancı iflâs kararı İsviçre'de tanınırsa, tanıma kararının yayımlanmasından itibaren, yabancı müflis, İsviçre'de bulunan ve iflâs masasına girmesi gereken malvarlığı değerleri üzerinde tasarruf yetkisini kullanamaz⁴⁴. Buna karşılık, İsviçre'de açılan iflâs ile, müflis, yabancı ülkede bulunan ve iflâs masasına girmesi gereken malvarlığı üzerinde, yabancı ülke tarafından iflâsa etki tanınmadığı durumlarda, tasarruf yetkisini kullanmaya devam eder⁴⁵.

C- İFLASIN EVRENSELLİĞİ İLKESİNİN TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

1- Türkiye'de Açılan İflâslar Bakımından

Türkiye'de açılmış olan bir iflâs nedeniyle, müflisin malvarlığının bulunduğu sınır ötesi ülke ya da ülkelerde, tasarrufa yetkisizliği nedeniyle müflisin tasarruf işlemlerinin hükümsüz sayılabilmemesinin kabulü, iflâsın evrenselliği (umumiliği, birliği, teklifi) ilkesinin kabulüne bağlıdır⁴⁶. Bu nedenle, Türk hukukunda, Türkiye'de açılmış iflâslar bakımından iflâsın evrenselliği ilkesi, haklı olarak, kabul edilmektedir⁴⁷.

⁴¹ **Fritzsche/Walder-Bohner**, s.414. İsviçre hukukunda iflâsın mülkiliği ilkesinin kabul edilmesinin temelinde yatan ana nedenin, kredi kurumlarını korumak olduğu da ifade edilmektedir (**Fritzsche/Walder-Bohner**, s.415).

⁴² **Fritzsche/ Walder- Bohner**, s.418; **Mankowski, Peter**: Inlandskonkurs und Vollstreckbarererklaerungsverfahren, (ZIP, 15. Jahrgang, 1994/20, s.1577-1586), s.1585.

⁴³ **Fritzsche/Walder-Bohner**, s.416.

⁴⁴ **Fritzsche/Walder-Bohner**, s.426; **Mankowski**, s.1585.

⁴⁵ **Jaeger, Carl/ Walder, Hans Ulrich/ Kull, Thomas M./ Kottmann, Martin**: Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs; Erlautert für den praktischen Gebrauch, Zürich, Band II/1997-1999, s.197; **Mankowski**, s.1585.

⁴⁶ Burada yapacağımız açıklamalar, Türkiye ile yabancı devlet arasında, bir antlaşmanın bulunmaması durumu içindir. Eğer, iflâs kararlarına etki tanınması ve uygulanacak hukuk kurallarının tespitine yönelik ülkeler arasında karşılıklı bir antlaşma bulunmakta ise, sorun, bu antlaşma çerçevesinde çözümlenir. Yani, bu durumda, iflâsın evrenselliği ya da mülkiliği ilkesinin kabul edilip edilmemesinin pratik bakımdan bir yararı bulunmamaktadır.

⁴⁷ **Kuru-İflâs**, s.543; **Berkin**, s.75; **Belgesay**, s.65; **Yılmaz**, s.101; **Güneysu-Güngör**, s.156. Ancak, burada şu da ifade edilmektedir ki, Türk hukukunda, iflâsın evrenselliği ilkesi, sadece, Türkiye'de açılmış iflâslar bakımından ileri sürülmektedir. Yabancı ülkede açılan iflâslar bakımından ise, iflâsın mülkiliği ilkesi kabul görmektedir. Bu sisteme, "karma ilke (gasp sistemi, Raub-System)" adı verilmektedir. Bunun eleştirisi için bkz. yuk. B, 4. Ayrıca bkz. **Başözen**, s.359-360.

Türk hukukunda, Türkiye’de açılan iflâslar bakımından iflâsın evrenselliği ilkesini destekleyen çeşitli kurallar bulunmaktadır. Kanun’un “iflâsın açıldığı zaman da müflisin haczi kabil bütün malları hangi yerde bulunursa bulunsun bir masa teşkil eder ve alacakların ödenmesine tahsis olunur” (m. 184) ifadesi bu görüşü destekler niteliktedir. Kanun koyucu, “hangi yerde bulunursa bulunsun” ifadesi ile, müflisin malvarlığının bulunduğu yer bakımından bir sınırlama öngörmemiştir. Yine, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu’nda, iflâsın “yurt içinde tekliği ilkesi”ni düzenleyen 55. maddesinin⁴⁸ Türk kanun koyucusu tarafından İcra ve İflâs Kanunu’na alınmaması da; Türkiye’de açılmış bir iflâsın, sınır ötesi etkilerinin bulunduğunun kabulünü gerektirmektedir⁴⁹.

Diğer taraftan, İcra ve İflâs Kanunu’nun 219. maddesine göre, alacakların masaya yazdırılması için öngörülen bir aylık süre, “yabancı memleketlerde ikamet eden alacaklılar için” uzatılabilecektir. Kanun’nun bu ifade tarzına baktığımızda, sınır ötesi ülkelerde yerleşik olan alacaklıların da, hangi devletin vatandaşı olursa olsun Türkiye’de açılan iflâs tasfiyesine Türkiye’de yerleşik olan alacaklılarla eşit işleme tabi tutularak katılımının kabul edilmesi gerekmektedir⁵⁰. Bu nedenle, alacaklılar arasında ayırım yapılmayarak alacaklıların eşit işleme tabi tutulması gerekliliğinin kabulü, iflâsın evrenselliği ilkesine delil teşkil etmektedir⁵¹.

Son olarak, İcra ve İflâs Kanunu Nizamnamesi’nde de (Nizamname m. 40, III ve 51) evrensellik ilkesini destekleyen kurallar bulunmaktadır. Nizamname’ye göre, müflisin yabancı ülkelerde bulunan mallarının, Türkiye’de açılan iflâs masası lehine paraya çevrilip çevrilemeyeceği konusu dikkate alınmaksızın, mevcudat defterine kaydolacaktır (Nizamname m. 40, III)⁵². Yine, müflisin rehinli bir malı yabancı bir ülkede bulunmakta ve o devlet kanunları gereğince rehin konusu malın Türkiye’ye çekilmesi mümkün olamamakta ise, rehinin temin ettiği alacak tutarına düşen garame payının, rehin konusu malın paraya çevrilmesi zamanına kadar saklanarak, rehin hakkı sahibine, alacağını rehinli malın satış bedelinden alamadığı tutarda ödeme yapılacağını öngörmektedir (Nizamname m.51). Başka bir anlatımla, yabancı ülkede satılan malın satış bedelinden alacaklıların alamadığı tutara isabet eden garame payı, o mal sanki Türkiye’deki tasfiyeye tabi tutularak paraya çevrilmiş,

⁴⁸ “İsviçre’de aynı borçluya karşı aynı zamanda ancak bir yerde iflâs açılmış olabilir” (İsv.İİK m.55).

⁴⁹ İsviçre hukukunda, mevcut düzenleme nedeniyle (İsv.İİK m.55) iflâsın yurt içinde tekliği genel kabul görmektedir (Jaeger/ Walder/ Kull/ Kottmann-I, s.230; Blumenstein, s.554). Türk hukuku açısından, iflâsın yurt içinde tekliğini ileri süren görüşler için bkz. Muşul-II, s.17-18; Üstündağ, s.19.

⁵⁰ Buna karşılık, yabancı ile yurttaş arasında eşit işleme tabi tutulma bakımından denginin sağlanabilmesi için bir antlaşmanın varlığını şart olarak ileri süren görüşler de bulunmaktadır. Eğer böyle bir antlaşma bulunmamakta ise, kuralda adı geçen alacaklıların, “yabancı memleketlerde bulunan yurttaşlar” şeklinde anlaşılması gerektiği yönündeki yorum için bkz. Üstündağ, s.18.

⁵¹ Güneysu-Güngör, s.157; Berkin, s.75.

⁵² Deftere kaydedilen bu malların istenebilmesi için, Türk hukukunun iflâsın evrenselliği ilkesini kabul etmesi gerekmektedir. Çünkü, yabancı ülkelerde bulunan malların talep edilebilmesi için, farazi olarak dahi olsa, Türkiye’de kurulan iflâs masasına girdiğinin kabul edilmesini gerektirmektedir. Bu bakımdan, ilkeyi, sadece, yurt içinde iflâsın tekliği olarak algılamak, müflisin yabancı ülkede bulunan malvarlığından peşinen feragat etmek ve Türk iflâs idaresinin bu malları talep yetkisinin hukuki dayanağını yok etmek bakımından elverişli bir kabul tarzı olmayacaktır (Güneysu-Güngör, s.157).

fakat, rehinli malın satış parası alacağı karşılıma yetmemiş gibi alacaklıya ödenecektir⁵³.

Bu açıklamalar nedeniyle, Türkiye’de açılan iflâslar bakımından, iflâsın evrenselliği ilkesinin kabulü yerinde olacaktır. Bu sonucun kabulü ile, Türk mahkemelelerinden verilen iflâs kararlarına yabancı ülkelerde etki tanınması olasılığı sağlanmakla birlikte, ayrıca, nerede bulunursa bulunsun, masaya giren mal ve hakları üzerinde müflisin tasarrufa yetkisizliği söz konusu olacağından, Türkiye’de açılmış olan iflâslar bakımından da, müflisin, sınır ötesi mal ve hakları üzerinde tasarrufa yetkisizliği söz konusu olacaktır. Böylelikle, iflâsta alacaklıların eşit işleme tabi tutulması gerçekleştirilebilecektir. İflâsın mülkiliği ilkesinin kabulü ile ise, iflâsın maddi hukuk bakımından etkili sonuçları, sadece, iflâsın açıldığı yer ile sınırlı olmaktadır.

Türkiye’de açılmış olan iflâslar bakımından, müflisin, sınır ötesi mal ve hakları üzerinde tasarrufa yetkisizliğinin olabilmesi için, müflisin malvarlığının bulunduğu diğer ülkenin iç hukukunda iflâsın evrenselliği ilkesinin kabulü gerekmektedir⁵⁴. Yabancı ülke, iflâsın yerselliği (mülkiliği) ilkesini katı bir biçimde kabul etmekteyse, Türkiye’de açılan iflâsın tanınması ya da tenfizinin mümkün olamaması nedeniyle, malvarlığının bulunduğu yabancı ülkede müflisin tasarrufa yetkisizliğinin kabulü pratik bakımdan yarar sağlamayacaktır. Buna karşılık, iflâsın evrenselliğini kabul eden ülkeler bakımından, müflisin malvarlığının bulunduğu yabancı ülkede tasarrufa yetkisizliği, alacaklıların aralarında eşit işleme tabi tutulmasının sağlanması bakımından yerinde olmaktadır.

İflâsın evrenselliği ilkesinin (müflisin hem iflâsın açıldığı hem de müflisin yabancı ülkede malvarlığının bulunması halinde) sınır ötesi etkileri olan iflâs hukuku ilişkilerinde uygulandığı durumlarda; müflisin tasarrufa yetkisizliğine rağmen, masa mal ve haklarına ilişkin yapmış olduğu tasarruf işlemlerinin hükümsüzlüğünün hangi hukuka göre belirleneceğinin tespiti de gerekmektedir. Başka bir anlatımla, iflâsın sınır ötesi etkisinin karşılıklı ülkeler bakımından kabul edilmesi durumunda, müflisin tasarruf işlemlerinin hükümsüzlüğüne, iflâsın açıldığı ülke olan Türk hukuku mu, yoksa, müflisin tasarruf işleminde bulunduğu malvarlığının bulunduğu yer hukuku mu uygulanacaktır?

Bu konuda, sınır ötesi etkileri olan iflâs durumunda, müflisin tasarrufa yetkisizliğine yönelik ortaya çıkan hukuki sorunlara, malların bulunduğu yer hukukunun (lex rei sitae) uygulanmasının yerinde olacağı, haklı olarak, kabul edilmektedir⁵⁵. Müflisin tasarrufa yetkisizliği, müflisin masa konusu malvarlığının parçalanmasını engelleyerek alacaklıları korumak; tasarruf işlemine tabi tutulmuş olan mal ve hakların masaya çekilerek alacaklıların eşit işleme tabi tutularak masadan alacaklarını

⁵³ Güneysu-Güngör, s.158; Kuru, s.543; Berkin, s.75.

⁵⁴ Yinelemek isteriz ki, bu sonuç, Türkiye ile yabancı devlet arasında, bir antlaşmanın bulunmaması durumu içindir. Eğer, iflâs kararlarına etki tanınması ve uygulanacak hukuk kurallarının tespitine yönelik ülkeler arasında karşılıklı bir antlaşma bulunmakta ise, sorun, bu antlaşma çerçevesinde çözümlenmelidir. Yani, bu durumda, iflâsın evrenselliği ya da mülkiliği ilkesinin kabul edilip edilmemesinin pratik bakımdan bir yararı bulunmamaktadır.

⁵⁵ Güneysu-Güngör, s.162.

almalarına hizmet etmektedir. Bu amacı gerçekleştirme doğrultusunda, malvarlığına yönelik hukuki işlemler bakımından, hem Türk hukukunda⁵⁶ hem de milletlerarası özel hukukta genel kabul görmüş olan⁵⁷ malların bulunduğu yer hukukunun (lex rei sitae) uygulanması kabul edilmelidir. Alacaklıların eşit işleme tabi tutularak alacaklarına ulaşmaları amacıyla müflise karşı etkin bir biçimde korunabilmeleri, malların bulunduğu yer hukukunun uygulanmasını gerektirmektedir.

Malların bulunduğu yer hukuku, tasarruf işlemine tabi tutulmuş malvarlığı kalemelerinin fiilen masaya çekilebilmesi bakımından da tercih edilmelidir. Çünkü, malların bulunduğu yer hukukuna göre, hukuken iflâs masasına girmeyen ya da müflisin hükümsüz tasarruf işlemi olarak kabul edilmeyen durumlarda, yapılan işlemin hukuki sonuç doğurmadığını ileri sürerek masaya geri çekilmesi mümkün görünmemektedir⁵⁸.

Diğer taraftan, müflisin tasarrufa yetkisizliği, iflâsın açılmasıyla hüküm ifade edeceği için, buna rağmen müflisle tasarruf ilişkisine girmiş olan kişi ya da kişilerin, iflâsın açıldığı anda sonucunu öngörebilecekleri bir hukuka tabi olmaları, hukuki güvenlik açısından yerindedir. Bu bakımdan, malların bulunduğu yer hukukunun müflisin tasarruf işlemlerine uygulanması hukuki öngörülebilirliği de sağlayacaktır⁵⁹.

Son olarak, iflâsın açılmasıyla, müflisin tasarrufa yetkisizliği nedeniyle, masa malvarlığı konusunda idare ve tasarruf yetkisinin iflâs idaresine ya da muadili bir başka organa geçişi de, malların bulunduğu yer hukukuna tabi olmalıdır. İflâsın açılmasından sonra, müflisin tasarrufa yetkisizliğinin başlama anı, hükümsüz işlemlerin kapsamı, hükümsüzlüğün ileri sürülmesi yöntemlerinin malların bulunduğu yer hukukuna tabi olması, tasfiye sürecinin öngörülebilirliğini sağlama bakımından yerindedir.

2- Yabancı Ülkede Açılan İflâslar Bakımından

Yabancı ülkede açılan iflâsın, müflisin, Türkiye’de bulunan malvarlığı hakkında ortaya çıkardığı sonuçlar, yine, Türk hukuk sisteminin iflâsın evrenselliği ile mülkiliği ilkelerinden hangisini temel aldığı ile yakından ilgilidir. Türk hukukunda genel kabul, yabancı ülkede açılan iflâslar bakımından, iflâsın yerselliği (mülkiliği) ilkesidir⁶⁰. Yani, yabancı ülkede açılan iflâs, müflisin, Türkiye’de bulunan malvarlığı hakkında etkili sonuçlar doğurmaz. O halde, yabancı ülkede açılan iflâs nedeniy-

⁵⁶ Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un (MÖHUK) 23. maddesine göre; “taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynı haklar malların bulunduğu yer hukukuna tabidir”.

⁵⁷ Taşınmaz mallar bakımından, taşınmazın bulunduğu devletin münhasır yetkisi hemen hemen her ülke tarafından kabul edilmekle birlikte, taşınır mallar bakımından ülkeler arasında farklı uygulamalara rastlanılmaktadır (Güneysu-Güngör, s.18). Avrupa Birliği Aciz Tüzüğü’ne göre de, sicile kayıtlı mallar bakımından sicilin tutulduğu yer hukuku; diğer mallar bakımından iflâsın açıldığı ülkenin hukuku uygulanır. Bu konuda açıklamalar için bkz. **Başözen**, 372-376.

⁵⁸ **Güneysu-Güngör**, s.51.

⁵⁹ **Güneysu-Güngör**, s.51.

⁶⁰ **Kuru**, s.548; **Yılmaz**, s.103; **Üstündağ**, s.19-20.

le, müflisin, Türkiye’de bulunan malvarlığı üzerinde tasarrufa yetkisizliği söz konusu değildir. Sadece, iflâsın açıldığı ülke ile Türkiye arasında, iflâs hukuku ilişkilerine yönelik bir antlaşmanın varlığı durumlarında, müflis, Türkiye’de bulunan mal ve hakları üzerinde tasarrufa yetkisizdir⁶¹. Yargıtay da, vermiş olduğu bir kararında, iflâsın mülkiliği ilkesini; yani, yabancı ülkede verilmiş iflâs kararlarının tenfizinin mümkün olmayacağını benimsemiştir⁶².

Türk hukukunda, yabancı ülkede açılan iflâslar bakımından da, haklı olarak, iflâsın evrenselliği ilkesinin kabulü gerekmektedir⁶³. Böyle bir kabulün sonucunda, yabancı ülkede açılan iflâs, sonuçlarını, Türkiye’de bulunan mal ve hakları üzerinde de ortaya çıkaracaktır. Ancak, bütün yabancı mahkeme kararları gibi, yabancı iflâs kararlarının Türkiye’de etkilerini doğurabilmesi, yabancı iflâs kararına Türkiye’de etki tanınması şartına bağlıdır. Doktrinde⁶⁴, iflâsın mülkiliği ilkesi çerçevesinde, yabancı iflâs kararlarının Türkiye’de uygulanmasına yönelik düzenlemenin bulunmadığı ileri sürüle de; genel olarak, yabancı mahkeme kararlarına Türkiye’de etki tanınmasına yönelik usul ve esasları belirleyen düzenlemelere (MÖHUK m.34-42) başvurmayı engelleyen bir kural bulunmamaktadır⁶⁵. Bu çerçevede bakıldığında, yabancı ülkede açılan iflâsların, müflisin, Türkiye’de bulunan malvarlığı üzerinde de etkili sonuçları doğurabilmesi için, yabancı iflâs kararının tenfizi⁶⁶ (MÖHUK m.34-41) gerekmektedir.

⁶¹ **Kuru**, s.548; **Yılmaz**, s.103; **Üstündağ**, s.19-20.

⁶² “... İflâs kararı, alacaklıların küllî tasfiye yoluyla karşılanıp ödenmesi yolunu açan ve bu yola ait bilimum işlemlerin yapılmasını gerektiren bir karardır. Yani, muayyen bir hakkı izhar ve tespit ederek diğer taraftan tahsilini veya diğer tarafın bu neticeye katlanmasını değil, borçlu hakkında uygulanacak cebri icra yolunu ve ileride yapılacak sair cebri icra işlerini tespit eder. Bu niteliği ve bilhassa kamu düzeni ile ilgili bazı işlemlerin yapılması yetkisini zammunun etmesi, hukuki sonuçlarının kamu düzeni ve devletin hükümlerine haklarıyla olan ilgisi bakımından HUMK’un 537 ve sonraki maddelerinde (şimdi, MÖHUK m.34 vd.) sözü edilen hukuk ve ticaret davalarına ait nihai hükümler arasında sayılmaz. İtalya’da teşkil edilen iflâs dairesinin veya bunun yerine kaim İtalyan makam veya şahısların iflâs hükümlerini Türk mülki hudutları içinde uygulamak ve bununla ilgili cebri icra işlerini yürütmek yetkileri yoktur.” (İİD 19.6.1969, 3593/6709; RKD 1969/11, s.115-117). Yargıtay’ın bu görüşüne katılmamaktayız. Yargıtay, MÖHUK öncesinde verdiği bu karar ile, iflâs kararlarının HUMK 537 anlamında, hukuk ve ticaret davalarına ilişkin nihai hükümler arasında sayılamayacağını ileri sürmektedir. İflâs kararı, iflâs davasını açan alacaklının alacağını hüküm altına alması nedeniyle özel hukuka yönelik kararlardandır. Yine, MÖHUK’ta tenfizi gereken hükümler, icrai etki ortaya çıkaran hükümlerdir. İflâs kararı da, icrai etki ortaya çıkarma bakımından bir farklılığı bulunmamakta, sadece, icrai etkinin çerçevesi ve yerine getirilmesi yöntemi değişik olmaktadır. İflâs kararının, hukuk alanında etkili olabilmesi için, icra edilmesine gerek bulunmaması; taşıdıkları yenilik doğurucu etki nedeniyle hukuki sonuç doğurması kabul edildiği durumlarda bile, masa mallarının toplanması, müflisin tasarruf işlemlerinin hükümsüzlüğünün ileri sürülerek masa mallarının geri çekilmesi, tasfiyeye tabi tutulması gibi işlemlerin yapılabilmesi, icrai işlem yapılmasını gerektirecektir. Bu gibi durumlarda, yabancı iflâs kararının tenfizi mümkün olabilmelidir (**Kuru-İflâs**, s.548-549, dn.26; **Güneysu-Güngör**, s.178-179; **Belgesay**, s.65; Aksi görüş için bkz. **Nomer, Ergin**: Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 1996, s.385).

⁶³ **Güneysu-Güngör**, s.155-160. İflâsın evrenselliği ilkesinin Türk hukuku bakımından kabulünü gerektiren argümanlar için ayrıca bkz. **Başözen**, s.357-367.

⁶⁴ **Kuru-İflâs**, s.548; **Üstündağ**, s.20.

⁶⁵ **Güneysu-Güngör**, s.178, dn.650.

⁶⁶ Burada, bir an için, tanınmanın da yeterli olabileceği (MÖHUK m.42) düşünülse de, yabancı iflâs kararlarının Türkiye’de tanınması, Türk icra ve iflâs organlarını harekete geçirmek bakımından yeterli olmayacaktır. Yani, müflisin tasarruf işlemlerinin hükümsüzlüğü tanıma ile kabul edilse bile, hükümsüzlüğün hukuki sonuçlarını doğurabilmesi, hükümsüzlüğün giderilmesi seçenekleri, mal ve hakların masaya çekilmesi gibi

MÖHUK'a göre, yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve verildiği yer hukukuna göre şekli anlamda kesinlik kazanmış yabancı ilâm-ların Türkiye'de icra olunabilmesi, yetkili Türk mahkemesince tenfiz kararı verilmesine bağlıdır (MÖHUK m.34,I). Buna ek olarak, Türkiye ile ilâmın verildiği devlet arasında karşılıklı işlem bulunmalı⁶⁷ (MÖHUK m.38,I/a); ilâm, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olmalı⁶⁸ (MÖHUK m.38I/b); hüküm, Türk kamu düzenine açıkça aykırı bulunmamalı⁶⁹ (MÖHUK m.38,I/c); kendisine karşı tenfiz istenen kişinin, ilâmın verildiği mahkemenin huku-

işlemler cebri icrayı gerektiren işlemlerden olması nedeniyle beklenen fayda elde edilemeyecektir. Bu nedenle, yabancı iflâs kararının, başka bir devletin icra organlarını harekete geçirebilmesi, onlara bir hakkın yerine getirilmesi için emir verilebilmesi, devletin hükümlerini yetkisi nedeniyle, özel bir antlaşma ya da kural bulunmamağaysa, ancak, o kararın tenfizi ile mümkündür {**Güneysu-Güngör**, s.178-179; **Arat, Tuğrul**: Yabancı İflâların Tanınması ve Tenfizi, (AÜHFD, 1964/21, s.421-527), s.483; **Esen, Emre**: Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı, (Prof Dr. Ergin Nomer'e Armağan, MHB, Yıl.22, 2002/2, s.183-206), s.199; **Sakmar, Ata/Ekşi, Nuray**: Hukuki ve Ticarî Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Hakkında AB Konsey Tüzüğü, (Prof Dr. Ergin Nomer'e Armağan, MHB, Yıl.22, 2002/2, s.721-743), s.738}.

⁶⁷ Karşılıklı işlem şartı, milletlerarası bir sözleşmeye (ahdi), karşılıklı uygulamaya (fiili) ya da kanun hükmüne (kanuni) dayanabilir (**Güneysu-Güngör**, s.180). MÖHUK öncesinde, yabancı iflâs kararlarının tenfizi için milletlerarası sözleşme ilişkisinin (ahdi karşılıklılık) arandığı konusunda bkz. **Yılmaz**, s.102-103; **Kuru-İflâs**, s.548-549, dn.26).

⁶⁸ Türk hukukunda, İcra ve İflâs Kanunu'nun 154. maddesinin üçüncü fıkrası, muamele merkezi Türkiye'de olan borçlular hakkında verilen yabancı iflâs kararlarının münhasır yetki nedeniyle tenfize engel olmasının yanısıra, muamele merkezi Türkiye'de bulunmayan borçlular hakkında verilmiş iflâs kararları bakımından da, bir tenfiz engeli oluşturacak; yani, borçlunun muamele merkezi mahkemesinden verilmemiş yabancı iflâs kararları Türkiye'de tenfiz edilemeyecektir (**Güneysu-Güngör**, s.181-182; **Esen**, s.198-200; **Nomer**, s.389,211,375,185; **Kuru-İflâs**, s.549, dn.26).

⁶⁹ Milletlerarası özel hukuk bakımından kamu düzeni, kendi yargılama usulüne göre verilmeyen bir hükmün uygulanması durumunda, yargılamanın konusu ile karşılaştırılmayacak derecede daha büyük, daha önemli ve vazgeçilmez nitelikteki menfaatlerin zarar görmesi olasılığı karşısında, bu menfaatlerin öncelikle ve kesin olarak korunmasını amaçlayan bir anlam ifade eder (**Ruhi, Ahmet Cemal /Kaplan, Yavuz**: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public), (Prof Dr. Ergin Nomer'e Armağan, MHB, Yıl.22, 2002/2, s.643-663), s.644). İflâsı açan mahkemenin hukuku ile, Türk hukuku, çoğu durumlarda farklı içeriklere sahip olmaları nedeniyle, yabancı iflâs kararlarının tenfizinde, kamu düzenine aykırılık iddiası ile karşılaşılabılır. Türk hukuku bakımından, yabancı iflâs kararların tenfizinde, kararın "açıkça" kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi gerekmektedir (**Ruhi/Kaplan**, s.662-663; **Güneysu-Güngör**, s.184). Bu çerçevede, Türk hukukuna göre, iflâsı tabi olmayan bir kişi hakkında verilmiş yabancı iflâs kararının tenfizi talebi hakkında karar verecek olan Türk hakiminin, iflâs kararının tenfizi ile, tenfiz talebinin reddi halinin hüküm ve sonuçlarının, iflâsta korunan menfaatler itibarıyla bir değerlendirmesini yapması yerinde olacaktır. Tenfiz talebinin reddi, belki, iç karar ahengini sağlayacaktır. Fakat, reddi, alacaklıların çıkarlarına, alacaklıların eşit işleme tabi tutulması ilkesine, milletlerarası karar ahengine, milli ve milletlerarası toplumun ihtiyaçlarına aykırı düşecektir. Ayrıca, yabancı devlet ülkesinde iflâs etmiş ve iflâs masasına giren mal ve hakları üzerinde tasarruf yetkisi kalkmış olan kişileri, bir taraftan Türkiye'de tasarruf işlemlerinde bulunmaya malvarlığını artırmak, diğer yandan, müflisin Türkiye'deki alacaklılarına, alacaklılar arası eşit işleme tabi tutulma ilkesini bozacak fırsatları hazırlamak imkânı verilmesi bakımından eleştiriye açıktır (**Güneysu-Güngör**, s.184; Benzer şekilde, **Berkin**, s.76-77). Gerçekte, bir yabancıyı, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmamak kaydıyla, kendi kanunlarından daha fazla korumanın bir anlamı da bulunmamaktadır (**Berkin**, s.76). Yine, alacaklıların eşit işleme tabi tutulması çerçevesinde, iflâsın evrenselliği ilkesini, karşılıklı ya da çok taraflı antlaşmalar, fiili karşılıklılık ya da iç hukuklarında yer alan kanun hükmü gereğince kabul etmeyen ülkelerde verilen iflâs kararlarının tenfizi de, Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmelidir. Çünkü, iflâsın açıldığı yer ülkesinde iflâsın mülkiyeti ilkesi uygulanmakta ise, o devlet ülkesinde oluşacak masadan öncelikle mahalli alacaklılar alacaklarına kavuşacaktır. Bu durum, alacaklıların eşit işleme tabi tutulması ilkesini zedeler niteliği gereği, Türk kamu düzenine açıkça aykırılık doğurur (**Güneysu-Güngör**, s.185).

kuna göre savunma hakkının çiğnenmiş olduğu hallerde, bu kişi, Türk mahkemesinde tenfize bu yönüyle itiraz etmemiş olmalı (MÖHUK m.38,I/d); Türklerin kişi hallerine ilişkin yabancı ilâmda Türk kanunlar ihtilafı hukuku kuralları gereğince yetkili kılınan hukukun uygulanmamış olması halinde⁷⁰, Türk vatandaşı olan davalı tenfize bu yönden itiraz etmemiş olmalıdır⁷¹. Bu şartların bulunması durumunda, yabancı iflâs kararının tenfizi ile, iflâs, Türkiye’de açılmış bir iflâsın hukuki sonuçlarını doğurur⁷². Bunun sonucu olarak, Türkiye’de bulunan malvarlığı bakımından müflisin idare ve tasarruf yetkisi iflâs idaresine geçmekte; aynı konu üzerinde müflisin tasarrufa yetkisizliği söz konusu olmaktadır.

Yabancı ülkede açılan iflâs kararının Türkiye’de tenfizi halinde, müflisin tasarrufa yetkisizliğine uygulanacak hukukun, haklı olarak, malların bulunduğu yer hukuku; yani, Türk hukuku olması gerekir⁷³.

Yabancı iflâs kararının Türk mahkemelerince tenfizine karar verildiği durumlarda, müflisin tasarrufa yetkisizliğinin başlama anı konusunda iki görüş bulunmaktadır. Birincisi⁷⁴, Türk mahkemesince tenfizine karar verilmek koşuluyla yabancı iflâs kararının verildiği anda müflisin tasarrufa yetkisizliğinin başlayacağı görüşüdür. Bu görüş, iflâs kararlarının inşai etkiye sahip kararlar olduğu ve verildikleri anda hüküm ve sonuçlarını doğurduğu temeline dayanmaktadır. Diğeri ise⁷⁵, yabancı iflâs kararının Türk mahkemesince tenfizine karar verilmesinden itibaren müflisin tasarrufa yetkisizliğinin başlayacağı görüşüdür. Çünkü, sınır ötesi ülkede tenfiz kararının verilmesiyle iflâsın hüküm ve sonuçlarının çoğu, yabancı bir iflâs kararına etki tanınmasına bağlı olarak, tenfiz kararının verildiği ülkede ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, tenfiz kararının verildiği ülke olan Türkiye bakımından, iflâsın açıldığı tarihe kadar gitmenin gerekliliği bulunmamaktadır.

Tasarrufa yetkisizliğin başlama anının tenfiz kararına bağlanması, iflâsın yabancı ülkede açılması ile tenfizi arasında geçen süre içerisinde, müflisin Türkiye’de bulunan malları üzerinde tasarruf yapabilme imkânının hukuken korunması bakımından eleştiriye açıktır. Diğer taraftan, tasarrufa yetkisizliğin başlama anının iflâsın yabancı ülkede açıldığı ana kadar geriye çekilmesi, özellikle, tenfiz talebinin yabancı iflâs kararının verilmesinden uzunca bir zaman sonra yapıldığı ve kabul edildiği durumlarda hukuki kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirlik gibi düşüncelerle, kazanılmış haklar, hakkaniyet ve iyiniyet itirazları ile karşılaşmak bakımından eleştiriye açıktır⁷⁶.

⁷⁰ İflâsın açılması kararı, müflisin hak ve fiil ehliyetliliği durumu ortaya çıkarmamakta; buna karşılık, masaya giren malvarlığı üzerinde müflisin tasarruf işlemlerinde bulunma yetkisini ortadan kaldırmaktadır (Bkz. Başözen, s.75-78, 166-170. Bu bakımda, iflâs kararı, Türklerin kişi hallerine ilişkin olarak verilmiş bir hüküm olarak algılanamamalıdır (Güneysu-Güngör, s.187).

⁷¹ Yabancı iflâs kararlarının tenfizinde aranması gereken şartlar hakkında açıklamalar için bkz. Güneysu-Güngör, s.178-187; Arat, s.421-527; Esen, s.183-206; Sakmar/Ekşi, s.721-743.

⁷² Güneysu-Güngör, s.188.

⁷³ Güneysu-Güngör, s.162.

⁷⁴ Nomer, s.398.

⁷⁵ Güneysu-Güngör, s.191.

⁷⁶ Güneysu-Güngör, s.191.

Bu olumsuzlukların giderilmesi anlamında, hem taraf çıkarlarının hem de iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması için uygun çözümler aranmasında yarar bulunmaktadır⁷⁷. Örnek olarak, tenfiz talebinin yapılması ile, İcra ve İflâs Kanunu'nun 159. maddesine göre, mahkemece, her durumda iyiniyetle kazanımları önlemeye yönelik bir tasarruf yasağı emredilebilir; bu yasağın 166. maddeye göre ilân edilebilir. Böylelikle, müflisin tasarrufa yetkisizliğinin başlama anı, tenfiz talebinin yapıldığı ana kadar geri çekilebilir. Bu çözüm tarzı, yabancı ülkede açılan iflâs nedeniyle Türk mahkemelerinde tenfiz talebinde bulunmakla görevli kişi ya da yetkililerin, tenfiz talebini geç yapmalarından doğan sonuçlara katlanmaları sonucunu doğurur. Böylelikle, iyiniyetli üçüncü kişilerin müflis ile yapmış oldukları tasarruf işlemlerinden kaynaklanan kazanımları korunmuş olur⁷⁸.

Yabancı iflâs kararının tenfizi ile, iflâs, Türkiye'de açılmış bir iflâsın hukuki sonuçlarını doğurması nedeniyle⁷⁹ (MÖHUK m.41), Türk hukuku bakımından, mahkemenin yabancı iflâs kararının tenfizine yönelik verdiği kararlar iflâsın açılmış sayılacağı (m.165) ve bunun sonucu olarak müflisin tasarrufa yetkisizliğinin başlayacağı (m.191) kabul edilmelidir.

Son olarak, olması gereken hukuk bakımından, iflâsın evrenselliği ilkesi ve bazı hukuk sistemleri temel alınarak, yabancı ülkede verilen iflâs kararlarının tenfizine yönelik şartların, tenfiz kararının ortaya çıkardığı etkilerin tespit edilmesi ve İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılacak bir değişiklikle, iflâs kararının ortaya çıkardığı hukuki sonuçlar da göz önüne alınarak, Kanun'a alınması yerinde olacaktır. Böylelikle, ticarî sahada mesafelerin azaldığı ve ülkelerarası sınırların etkisini kaybettiği ve çokuluslu şirketlerin bulunduğu bir dönemde, hukuki kesinlik, güvenlik, öngörülebilirlik, kazanılmış haklara saygı ve milletlerarası karar ahenginin sağlanması gibi temel hukuk ilkelerinin gerçekleştirilmesi sağlanabilir. Yine, bu amaçların gerçekleştirilmesi yolunda atılacak adımlar, Türk Devletinin uluslararası ticarete etkinliğini ve saygınlığını artıracaktır.

⁷⁷ Güneysu-Güngör, s.191.

⁷⁸ Karş. Güneysu-Güngör, s.191.

⁷⁹ Güneysu-Güngör, s.188; Belgesay, s.65, 84-85.

HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNDA BİR HUKUKA UYGUNLUK SEBEBİ OLARAK HASTANIN RIZASI

Dr. Ayşe ARAT*

I. GİRİŞ

Kural olarak herkes başkalarına verdiği zararlardan sorumludur. Bu sorumluluğun cezaî ve hukukî olmak üzere iki yönü vardır: Cezaî sorumlulukta suçlu cezalandırılarak toplumun korunması amaçlanırken, hukukî sorumlulukta zarara uğrayanın zararının giderilmesi amaçlanmaktadır¹. Şüphesiz tek bir fiille her iki tür sorumluluğun da altına girmek mümkündür. Hekimin davranışı, örneğin hastaya yanlış müdahalesi bu anlamda hem cezaî hem de hukukî sorumluluğa yol açabilir.

Hekimin sorumluluğu konusu, üzerinde en çok tartışılan konulardan bir tanesidir. Bu konuda pek çok bilimsel çalışma da yapılmıştır. Ancak gerek hukuk, gerekse tıp alanında ortaya çıkan her yeni gelişme bu konuyu yeniden gündeme getirmektedir.

Ülkemizde 01.06.2005 tarihli yeni Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte bu alandaki tartışmalar tekrar alevlenmiştir. Konu son yıllarda özellikle ceza hukuku boyutuyla gündeme gelmiştir. Tartışmaların odak noktasını ise hastanın rızası oluşturmaktadır. Ancak 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medenî Kanunu ile medenî hukuk alanında yapılan bazı değişiklikler özellikle küçüğün rızası konusunda önemli farklılıkların ortaya çıkmasına yol açmıştır. Gerek Medenî Kanun değişikliği, gerekse sağlık hukuku alanında çıkarılan yönetmelikler, kanunun özel hukuk alanında da her yönüyle tekrar incelenmesini zorunlu hale getirmiştir.

Bu makalede hekimin sorumluluğunu hukukî bakımdan ele alınmıştır. Önce genel olarak hekimin sorumluluğu değerlendirilmiş ve daha sonra bir hukuka uygunluk sebebi olarak hastanın rızası üzerinde durulmuştur.

II. HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

1. Genel Olarak

Roma Hukukundan gelen “casum sentit dominus” ilkesine göre kural olarak herkes malının ve kişiliğinin uğradığı zararlara katlanmak zorundadır. Ancak hukuktaki gelişme bu ilkeyi son derece hafifletmiş, böylelikle istisnalar ana kuralın

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Bilim Dalı

¹ Deschenaux/Tercier, 2.

yerini almıştır². Hekimin sorumluluğu bakımından da aynı gelişme gerçekleşmiştir. Başlangıçta kader olarak görülen zararların hekimin sorumluluğu altında olduğu artık kabul edilmektedir. Hekimin müdahalesi çoğu zaman vücut bütünlüğü ihlal edilerek yapılmak zorundadır. Dolayısıyla her müdahale sonucundan hekimi sorumlu tutmak, hem insanların sağlıklarını koruma haklarını ihlal eder hem de hekimlerin tıbbî müdahaleden çekinmelerine yol açar. Öte yandan hekim, hastanın kesin olarak iyileştirilmesi ile değil, tıp kurallarına ve amaca uygun bir müdahalede bulunmakla yükümlüdür³. Bu sebeple sorumluluğun sınırlarını iyi çizmek gerekir. Öncelikle, hekimin tazmin yükümlülüğünün doğabilmesi için, sorumluluğun şartları oluşmalıdır. Hekimin sorumluluğu sözleşmeye, haksız fiile veya vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanabilir⁴. Sorumluluğun şartları da bu hükümler çerçevesinde belirlenir.

2. Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu

Hekimin sözleşmeden doğan hukukî sorumluluğu için geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme bulunmalı, bu sözleşme kusurlu olarak ihlal edilmeli, bunun sonucunda bir zarar ortaya çıkmalı ve zarar ile sözleşmenin ihlali arasında uygun illiyet bağı kurulabilmelidir⁵.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkisi genellikle vekâlet sözleşmesi⁶ şeklinde karşımıza çıkar. Bununla birlikte, bunun eser⁷ veya hizmet sözleşmesi ya da isimsiz sözleşme olması da mümkündür⁸.

Bu tür sorumluluk çeşitli ihtimallerde karşımıza çıkabilir:

Sözleşme, hasta ile hekim arasında doğrudan doğruya yapılmış olabilir. Eğer hekim sözleşmeye aykırı davranmışsa, sorumlu olur. Sözleşmeye aykırı davranışın tespiti, hekimin borçlarının ayrıntılı olarak düzenlendiği bir sözleşmede kolaydır. Ancak ülkemizde hekim ile hasta arasında yazılı sözleşme düzenleme alışkanlığının yaygın olmadığı gerçeği karşısında bu ihtimal zayıftır. Bu yüzden yazılı sözleşmenin bulunmadığı durumlarda hekimin borçlarını ve dolayısıyla borca aykırılığı tespit etmek oldukça zordur. Böyle bir durumda yapılan sözleşmenin niteliğine bakmak ve o sözleşme kanunda düzenlenmişse, kanundaki bu hükümler çerçevesinde borca aykırılığı belirlemek gerekir.

² Deschenaux/Tercier, 4.

³ "...Doktorlar tarafından yapılan ameliyatlar beklenen iyi sonucu vermemiş olsa dahi tıp biliminin kabul ettiği bütün kurallara uygun bir müdahale yapılmış ise artık doktora kusur izafe edilemeyeceğinden meydana gelen sonuçtan sorumlu tutulamaz..." Y. 13. HD. 14.10.1974, 2637/2492, YKD. 1976, S.1, s. 79-80 (naklen Sarıal, 42, dpn. 24; Gültepe, 32).

⁴ Belgesay, 75, 129; Akıncı, 224; Aşçıoğlu, 15 vd., 64 vd.; Durdu, 7 vd., 79 vd.; Ayan, 63 vd.; 113 vd.; 116 vd..

⁵ Akıncı, 226; Ayan, 63.

⁶ Aşçıoğlu, 20; Sarıal, 40; Belgesay, 76; Dural/Öğüz, 100; Aral, 393; Yavuz, 555.

⁷ "Bir estetik ameliyatta, ameliyatı yapan doktor görünüm konusunda belli bir teminat vermişse o zaman yapılan sözleşme eser sözleşmesi sayılır." 13. HD. 5.4.1993, 131/2741, YKD. 1994, C. XX, s. 79 (Gültepe, 32). Aksi görüş, Aşçıoğlu, 20.

⁸ Hizmet ve isimsiz sözleşme nitelendirmeleri daha ziyade Alman hukukunda yapılmaktadır. Ancak Türk hukukunda da bu görüşü savunan yazarlar bulunmaktadır. Bu konudaki ayrıntılı tartışmalar için bkz. Sarıal, 38 vd..

Sözleşme, hastahane ile hasta arasında da yapılmış olabilir. Eğer hastahane bu sözleşmeden doğan borç ve yükümlülüklerini yerine getirmemişse sorumlu olur⁹. Burada hekimle hasta arasında bir sözleşme bulunmadığı için hekimin akdî sorumluluğuna gidilemez. Dava hastahane aleyhine açılır. Hastahane kusuru oranında hekime rücu eder. Özel hastahanelerde çalışan hekim ile hastahane arasında bir sözleşme ilişkisi vardır. Bu ilişkide hekim, hastahane ile sözleşme yapan hasta karşısında, BK. m. 100 anlamında yardımcı kişi durumundadır. Böyle bir durumda hastahane sorumluğu da bir kusursuz sorumluluktur¹⁰. Dolayısıyla önce hastahane zararı tazmin eder, sonra kusuru varsa yardımcı kişiye rücu eder. Ancak sözleşme, hasta ile hekim arasında yapılmışsa ve hekim tıbbî müdahale sırasında yardımcı şahıs kullanmışsa bu şahısların verdikleri zararlardan da BK. m. 100 uyarınca hekim sorumlu olur¹¹.

Sözleşmeden doğan hukukî sorumluluk özel hekim ve hastahaneler için geçerlidir. Devlet veya diğer kamu kurumlarına ait hastahanelerde, hasta ile kurulan hukukî ilişkiye idare hukuku hükümleri uygulanır¹². Zira burada kamu hukukuna ilişkin bir hizmet yürütülmektedir. Dolayısıyla zarar gören, zarar veren aleyhine değil, kamu görevlisinin bağlı olduğu kurum aleyhine tazminat davası açar. Ancak kurumun, zararı veren görevliye rücu hakkı saklıdır¹³.

3. Hekimin Haksız Fiilden Doğan Hukukî Sorumluluğu

Eğer hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmuyorsa diğer şartlar oluşmak kaydıyla haksız fiil sorumluluğu ortaya çıkar¹⁴ (BK. m. 41). Haksız fiilin şartları, hukuka aykırılık, kusur, zarar ve uygun illiyet bağıdır¹⁵. Buna göre hekimin davranışı hukuka aykırı olmalı, bu davranışta hekim kusurlu bulunmalı, hasta bir zarar görmeli ve zarar ile davranış arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır¹⁶. Burada hukuka aykırılık unsuru hastanın zarar görmesini önlemeyi amaçlayan emredici davranış kurallarına aykırılık şeklinde karşımıza çıkar¹⁷. Bir başka deyişle, sağlık hukukunu düzenleyen mevzuat hükümlerinde yer alan emredici nitelikteki kurallara¹⁸ riayet etmeyen hekim, hukuka aykırı davranmış olur.

⁹ Akıncı, 224; Ayan, 148.

¹⁰ Sarıal, 90 92; Ayan, 135; Belgesay, 141.

¹¹ "Hekim sadece kendi kusurundan değil, BK. m. 100 uyarınca yanında çalışan yardımcı şahısların yaptığı kusurlu eylemlerden sorumludur..." Y. 13. HD. 4.2.2003, 12276/1077 (Gültepe, 33); Belgesay, 139; Sarıal, 96.

¹² Aşçıoğlu, 111 vd.; Durdu, 89; Belgesay, 144.

¹³ Durdu, 88.

¹⁴ Aşçıoğlu, 71; Akıncı, 225; Belgesay, 77.

¹⁵ Eren 480; Oğuzman/Öz, 476; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 475.

¹⁶ Akıncı, 225; Belgesay, 116.

¹⁷ Aşçıoğlu, 66, 71.

¹⁸ Hekimler açısından mevzuattaki emredici kurallara örnek olarak şu hükümler sayılabilir: 11 Mayıs 2000 tarihli (24046 sayılı RG.) Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği, m. 15, 24. 1 Ağustos 1998 tarihli (23420 sayılı RG.) Hasta Hakları Yönetmeliği m. 15; 19 Şubat 1960 tarihli (10436 sayılı RG.) Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 3.

Hastahane ile hasta arasında bir sözleşme yoksa yine haksız fiil hükümlerine gidilir¹⁹. Ancak bunun için yapılan müdahaleler vekaletsiz iş görme teşkil etmemelidir²⁰.

Bazı durumlarda haksız fiil teşkil eden davranışın sonucunda ortaya çıkan zarar, hekimin yardımcılardan kaynaklanabilir. Bu halde eğer yardımcı kişiler hekime bağlı çalışıyorlarsa hekimin BK. m. 55 uyarınca kusursuz sorumluluğu doğar²¹.

4. Hekimin Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Hukukî Sorumluluğu

Vekaletsiz iş görme ilişkisi, hekimin hastanın iradesine dayanmaksızın onun menfaatine tıbbî bir müdahalede bulunması halinde söz konusu olur²². Özellikle hastanın bilincinin kapalı olduğu, temyiz kudretinin bulunmadığı durumlarda ve ameliyat devam ederken müdahalenin genişletilmesi zorunluluğunun olduğu durumlarda hekim vekaletsiz iş görme hükümlerince sorumludur²³. Bu hükümlere göre vekaletsiz iş gören durumundaki hekim BK. m. 411 uyarınca her türlü ihmalden sorumludur.

III. BİR HUKUKA UYGUNLUK SEBEBİ OLARAK HASTANIN RIZASI

1. Genel Olarak

Vücut bütünlüğüne yapılan her türlü müdahale, kişilik hakkını ihlal ettiği için hukuka aykırıdır²⁴. Hekimin hastaya yaptığı tıbbî müdahale de hastanın vücut bütünlüğünü ihlal eder²⁵. Vücut bütünlüğünün ihlâli ise MK. m. 24 çerçevesinde kişilik haklarının ihlâli anlamına gelir. Kişilik hakları ihlâl edilen bir kimse, bu yüzden uğradığı maddî ya da manevî zararın tazminini talep edebilir. Ancak somut olayda bir hukuka uygunluk sebebi bulunuyorsa, hekimin davranışı hukuka aykırı olmadığı için sorumluluğu da sözkonusu olmaz. Hekimin müdahalesini hukuka uygun hale getiren sebeplerden en önemlisi, hastanın rızasıdır²⁶.

Hastanın verdiği geçerli bir rıza, tıbbî müdahalenin sonunda bir zarar ortaya çıksa bile hekimin sorumluluğunu ortadan kaldırır²⁷.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 5. maddesinin (d) bendine göre, “*Tıbbî zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz.*”

¹⁹ Akıncı, 224; Belgesay, 77.

²⁰ Akıncı, 225.

²¹ Belgesay, 78.

²² Ayan, 60, 113; Akıncı, 226.

²³ Ayan, 61. Aksi görüş, Aşçıoğlu, 20. Yazara göre burada hastanın rızasının olduğu kabul edildiğine göre yine vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması daha pratiktir.

²⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay, 119; Öztan, 121; Dural/Öğüz, 98; Belgesay, 62.

²⁵ Dural/Öğüz, 98.

²⁶ Diğer hukuka uygunluk sebepleri, vekaletsiz iş görme ve kamu hukukundan doğan bir yetkinin kullanılması veya üstün kamu yararadır.

²⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay, 119; Karlıkaya, 17; Bucher, 25.

Yönetmeliğin 22. maddesine göre de “*Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbî ameliyeye tabi tutulamaz.*”

“*Bir suç işlediği veya buna iştirak ettiği şüphesi altında bulunan kişinin işlediği suçun muhtemel delillerinin, kendisinin veya mağdurun vücudunda olduğu düşünülen hallerde; bu delillerin ortaya çıkarılması için sanığın veya mağdurun tıbbî ameliyeye tabi tutulması, hakimın kararına bağlıdır.*”

“*Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu ameliye, cumhuriyet savcısının talebi üzerine yapılabilir.*”

Yönetmeliğin 24. maddesinde de “*Tıbbî müdahalelerde hastanın rızası gerekir.*” denilmektedir.

2. Rıza Ehliyeti ve Tıbbî Müdahalelere Rıza Gösterebilecek Kişiler

Rızanın geçerliliği öncelikle rıza beyanında bulunan kişinin ehliyetli olmasına bağlıdır²⁸. Kural olarak tam ehliyetli kişiler yani mümeyyiz ve reşit olan ve kısıtlı olmayanlar kendi başlarına irade beyanında bulunabilirler.

Velâyet altında olan küçük mümeyyiz değilse, onun yerine kanunî temsilcileri irade beyanında bulunur²⁹. Zira MK. m. 14 ve 15’e göre ayırt etme gücü bulunmayanların fiil ehliyetleri yoktur. Bu kimselerin fiilleri kural olarak hiçbir hukukî sonuç doğurmadığından, onlar adına kanunî temsilcileri işlem yapmaya yetkilidir.

Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 24. maddesinde bu konuda, “*Tıbbî müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz.*” denilmektedir.

Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 70. maddesi ise “*Tabipler, dış tabipleri ve dışçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lâzımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.) Hilâfında hareket edenlerden (Değişik ibare: 4854 - 24.4.2003 / m.1/A-5) "yüzyetmişdörtmilyon lira idari para cezası" alınır.*” hükmünü getirmektedir.

Burada, önemli bir mesele de velinin kim olduğu konusudur. MK. m. 342/T’e göre “*Ana ve baba, velâyetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler*”. MK. m. 336/T’e göre, “*Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar*”. O halde evlilik devam ediyorsa çocukla ilgili tıbbî müdahaleye karar verme yetkisi ana ve babaya aittir. Hekimin tıbbî müdahaleden önce her ikisinin birden rızasını alması gerekir. Bununla birlikte, MK. m. 342/II’ye göre, “*İyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptı-*

²⁸ Dural/Öğüz, 98; Aşçıoğlu, 26; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 438; Belgesay, 67; Cin, 40.

²⁹ Dural/Öğüz, 98; Aşçıoğlu, 26; Öztan, 121; Belgesay, 71.

ğını varsayabilirler". Buna göre, eğer hekim iyiniyetliyse, yani diğer eşin böyle bir müdahaleye rızasının olmadığını bilmiyorsa ve bilebilecek durumda da değilse, davranışı hukuka uygundur. MK. m. 3'e göre de iyiniyetin sözkonusu olduğu hallerde asıl olan onun varlığıdır. Bir kimsenin iyiniyetli olmadığını iddia eden bu iddiasını ispatla yükümlüdür. O halde eşlerden birinin tıbbî müdahaleye rızası yoksa ve rıza göstermeyen eş, müdahalede bulunan hekimin bu durumu bildiğini ya da bilmesi gerektiğini iddia ediyorsa, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Hekimin, iyiniyetli olduğunu iddia etmesi yeterlidir. Bu iddiasını ispat etmesi gerekmez.

Bazı hallerde velâyet hakkının kullanılması tek başına eşlerden birine verilmiş olabilir. MK. m. 336'da belirtilen bu haller, ortak hayata son verilmiş olması, ayrılık halinin gerçekleşmesi, eşlerden birinin ölümü ve boşanmadır. Bu hallerden biri gerçekleşmişse, tıbbî müdahaleye izin verme yetkisi velâyet hakkına sahip olan eşe aittir. O halde velâyet eşlerden birine bırakılmışken, diğer eşin rızası ile tıbbî müdahalede bulunulursa, bu rıza davranışı hukuka uygun hale getirmez. Burada yine MK. m. 342'yi en azından kıyasen uygulamak ve iyiniyetli hekimi sorumlu tutmamak gerekir. Ancak MK. m. 3/II'ye göre, "*durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz*". Yani hekimin gerekli özeni gösterdiği zaman velâyetin diğer eşe ait olduğunu anlayabileceği hallerde karine tersine çevrilmiştir. Bu durumda kural olarak hekimin iyiniyetli olmadığı kabul edilir. Eğer hekim iyiniyet iddiasında bulunuyorsa bu iddiasını kendisi ispat etmek zorundadır. Örneğin annenin kimliğinde boşandığı yazıyorsa, velâyetin annede olmayabileceğini hekimin düşünmesi ve gerekirse buna ilişkin mahkeme kararını tıbbî müdahalenin yapılmasını isteyen anneden talep etmesi gerekir. Aksi halde gereken özeni göstermemiş demektir.

Velâyet altındaki kişi reşit olmamakla birlikte mümeyyiz ise, tıbbî müdahale konusunda onun da rızası alınmalıdır. Zira MK. m. 167/I'e göre, "*Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler*". Buna göre, ayırt etme gücüne sahip olanlar (mümeyyiz kimseler) hukukî işlem yapabilirler. Ancak yaptıkları işlemin geçerliliği, kanunî temsilcilerinin izin ya da icazetine bağlıdır. O halde tıbbî müdahaleye karar verecek olan hekim, mümeyyiz küçüğün rızasını ve kanunî temsilcinin onayını almalıdır³⁰.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 26. maddesinde bu durum açıkça ifade edilmiştir:

"Kanuni temsilcinin muvafakatinin gerektiği ve yeterli olduğu hallerde dahi, mümkün olduğu ölçüde küçük veya mahcur olan hastanın dinlenmesi suretiyle tıbbî müdahaleye iştiraki sağlanır."

Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin Onaylanması Hakkında Karar'ın 6. maddesinin 2. bendine göre de "*Küçüğün görüşü, yaşı ve uygunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınacaktır.*"

³⁰ Dural/Öğüz, 98; Aşçıoğlu, 26; Sarıal, 66; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 438.

Kanaatimizce, Yönetmeliğin ve Kararın bu hükümleri, yukarıda açıklanan şekilde anlaşılmalıdır.

Vesayet altındaki kişilerle ilgili karar verme yetkisi, MK. m. 403'e göre vasiye aittir. Hükme göre, "*Vasi, vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukukî işlemlerde onu temsil etmekle yükümlüdür*". MK. m. 447/I'e göre de "*Vasi, kısıtlıyı korumak ve bütün kişisel işlemlerinde ona yardım etmekle yükümlüdür*". MK. m. 448'e göre de "...vasi, vesayet altındaki kişiyi bütün hukukî işlemlerinde temsil eder".

Vesayet altındaki kişi reşit ve mümeyyizse bu konuda kendi başına irade açıklamasında bulunabilmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak bu durumda da yapılacak müdahalenin, kısıtlının sadece şahısvarlığını değil, malvarlığını da ilgilendireceği unutulmamalıdır. Bu nedenle vasinin rızasının aranması gerekir³¹.

Burada, vesayet altındaki kişinin mümeyyiz olup olmadığı üzerinde de durulmalıdır. Tıpkı velâyet altında olanlar gibi, vesayet altında olanlar da MK. m. 167/I'e göre irade açıklamasında bulunabilir ve hukukî işlemler yapabilirler. Fakat bunların yaptıkları işlemler de vasinin onayı ile geçerli olur (MK. m. 451/I). Eğer vesayet altındaki kişi mümeyyiz ise vasi, önemli işlerde karar vermeden önce, imkânlar ölçüsünde onun görüşünü almakla yükümlüdür (MK. m. 450).

Hasta Hakları Yönetmeliğinin yukarıda bahsedilen 24/I ve 26/I. maddeleri ile Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi de açıklanan bu görüşleri doğrulamaktadır.

MK. m. 410 ve m. 421'e göre kısıtlama kararı ile atama kararı, kısıtlının yerleşim yerinde ve nüfusa kayıtlı olduğu yerde ilân olunur. Kısıtlama, iyiniyetli üçüncü kişileri ilândan önce etkilemez (MK. m. 410/II). Bu ilân, üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırmak içindir. İlândan sonra üçüncü kişiler kısıtlama kararını bilmediklerini iddia edemezler. Ancak genellikle bu ilânlar okunmaz ya da okunsa da unutulur. Özellikle kısıtlanan kişi üçüncü kişilerce tanınmıyorsa durum böyledir. Bu durumda acaba kısıtlama kararını bilmeyen hekim, kısıtlıyı tam ehliyetli zannederek tıbbî müdahaleye tabi tutsa ve fakat bu müdahalenin sonucunda bir zarar ortaya çıksa sorumlu tutulacak mıdır?

Böyle bir durumda kısıtlının rızası tek başına yeterli değildir. Bu nedenle hekimin sorumluluğuna gidilmesi düşünülebilir. Bununla birlikte MK. m. 452/II'de "*vesayet altındaki kişi, fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda diğer tarafı yanıltmış ise, onun bu yüzden uğradığı zarardan sorumludur.*" denilmektedir.

Kanaatimizce bu hüküm kıyasen hekimin sorumluluğuna da uygulanmalı ve yanılan hekimin sorumluluğuna gidilmemelidir. Ancak bunun için yanılan hekimin yanılıya düşmede haklı ve iyiniyetli olması gerekir. Diğer bir deyişle, gerekli özeni gösterseydi kişinin kısıtlı olduğunu anlayabilecek durumda ise iyiniyetli ve haklı olduğundan sözedilemez (MK. m. 3/II). Örneğin hastanın davranışlarından akıl

³¹ Dural/Ögüz, 98; Aşçıoğlu, 26; Sarıal, 66; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 438; Öztan, 121.

zayıfı olduğu anlaşılabilirse, hekimin bu kişinin kısıtlanmış olabileceğini düşünmesi gerekir.

3. Rızanın Şekli

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 28. maddesine göre “*Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekilde bağlı değildir*” denilmiştir. Demek ki rızanın kural olarak yazılı olması gerekmez. Sözlü hatta zımnî dahi olabilir³². Bununla birlikte, bazı hallerde rızanın yazılı olması şarttır. Örneğin, Tababet ve Şuabatı San'atların Tarzı icrasına Dair Kanununun 70. maddesinde “*Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lâzımdır.*” denilmiştir. Ancak “*büyük cerrahi ameliyenin*” ne olduğu mevzuatta belirtilmemiş ve bunun takdiri hekime bırakılmıştır. O halde ihtilaf halinde, neyin bu nitelikte bir müdahale olduğuna, bilirkişinin de görüşünü almak suretiyle hâkimin karar vermesi gerekir.

2238 sayılı Organ Nakli Kanunu da 6. maddesinde, yaşayan kişilerden organ ya da doku alınabilmesini yazılı rıza şartına bağlamıştır. Yine Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 34. maddesinde, tıbbî araştırmalarda rıza, yazılı şekil şartına tabi tutulmuştur. Aynı şekilde Tıbbî Deontoloji Tüzüğü'nün 22. maddesinde, “*Ananın hayatını kurtarmak için yegane çare teşkil ettiği taktirde, avortman yapılması caizdir*” denildikten sonra, avortmanlarda hastanın ve varsa velisinin ya da vasinin yazılı rızasının bulunması gerektiği hükme bağlanmıştır.

4. Rızanın Olmaması

Kural olarak rızası olmayan kişilere tıbbî müdahalede bulunulamaz. Ancak bazı hallerde rızanın alınması mümkün olmayabilir. Örneğin, hastanın bilinci yerinde değilse ve tıbbî müdahalenin derhal yapılması gerekiyorsa rıza aranmaz. Bu durumda vekâletsiz işgörme hükümlerine göre hareket edilir³³.

Bu konuda **Biyoloji ve Tıbbin Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin Onaylanması Hakkında Karar**'ın (16/3/2004 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı) 8. maddesi bir düzenleme içermektedir: “*Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatin alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbî bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabilir.*” Kararın 9. maddesinde ise, “*Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklanmış olduğu istekler göz önüne alınacaktır.*” denilmektedir.

Kararın, akıl hastalığı olan kişilerin korunması başlıklı 7. maddesinde de; “*Gözetim, denetim ve başka bir makama başvurma süreçleri dahil, kanun tarafından öngörülen koruyucu şartlarla bağlı olmak üzere, ciddi nitelikli bir akıl hastalığı olan kişi, yalnızca böyle bir tedavi yapılmadığı takdirde sağlığına ciddi bir zarar gelmesinin muhtemel olduğu durumlarda, muvafakati olmaksızın, akıl hastalığının tedavi edilmesini amaçlayan bir müdahaleye tabi tutulabilir.*” hükmü getirilmiştir.

³² Belgesay, 127; Sarıal, 65; Aşçıoğlu, 25; Karlıkaya, 14; Cin, 49.

³³ Ayan, 113; Sarıal, 69; Belgesay, 67.

Hasta küçük ya da kısıtlı değilse onun yerine bir yakını irade beyanında bulunamaz³⁴. Hastanın küçük ya da kısıtlı olduğu ve velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde ise rıza şartı aranmaz. (HHY. m 24).

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24. maddesine göre, “*Kanuni temsilci tarafından muvafakat verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbî müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medenî Kanunu'nun 272 nci ve 431 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.*”

“*Kanuni temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise, izin şartı aranmaz.*”

5. Rızanın Geri Alınması

Kural olarak rıza her zaman geri alınabilir³⁵. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24. maddesinin IV. fıkrasına göre, “*Üçüncü fıkrada belirtilen ve hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil haller haricinde, rızanın her zaman geri alınması mümkündür. Rızanın geri alınması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir. Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbî yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır*”.³⁶

Aynı Yönetmeliğin 25. maddesine göre ise, “*Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir.*”

Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin Onaylanması Hakkında Karar'ın 5. maddesi de aynı şekilde ilgili kişinin, tıbbî müdahale için verdiği muvafakati her zaman geri alabileceğini düzenlemektedir.

6. Rızanın Geçerliliği

Rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak hekimin sorumluluğunu ortadan kaldırmaması için geçerli bir şekilde verilmiş olması gerekir³⁷. Bir başka deyişle, öncelikle hukuka ve ahlâka aykırı olarak alınmamış olmalıdır³⁸. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 28. maddesine göre, “*Hukuka ve ahlaka aykırı olarak alınan rıza hükümsüzdür ve bu şekilde alınan rızaya dayanılarak müdahalede bulunulamaz.*” Demek

³⁴ Sarıal, 66; Belgesay, 67.

³⁵ Dural/Öğüz, 102; Sarıal, 70; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 439.

³⁶ 24. maddenin III. fıkrası şu şekildedir: “*Kanuni temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise, izin şartı aranmaz.*”

³⁷ Dural/Öğüz, 99.

³⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay, 119.

ki, hasta kandırılmış veya zorla rızası alınmışsa ya da hasta üzerinde manevî baskı yapılmışsa alınan rıza hukuka ve ahlâka aykırıdır.

Rızanın geçerli olabilmesi için kişinin üzerinde tasarruf edebileceği değerlere yönelik bulunması gerekir³⁹. Kişinin üzerinde tasarruf edemeyeceği en önemli değer hayattır. Bu nedenle bir kimse öldürülmesine rıza gösteremez⁴⁰. Böyle bir rıza hekimin davranışını hukuka uygun hale getirmediği gibi MK. m. 23 ve 24'e de aykırıdır. Ayrıca, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 13. maddesinde açıkça ötenazi yasaklanmıştır. Hükme göre, "*Tıbbî gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son verilemez.*"

Bunun gibi, bir kimsenin hayatını veya sağlığın tehlikeye sokacak bir tıbbî deneye rıza göstermesi halinde de rıza geçerli değildir (HHY. m. 32/II).

Rıza kanunun emredici hükümlerine ya da kamu düzenine aykırı ise geçerli olamaz. Örneğin askerlikten kurtulmak için bir uzvun kesilmesine rıza gösterilmesi gibi.

Bazı müdahaleler belli bir yaştan önce yapılamaz. Örneğin yaşayan kişilerden organ ya da doku alınabilmesi için vericinin 18 yaşını tamamlaması gerekir (ONK. m. 5). Demek ki, 18 yaşından küçükler için veli ya da vasinin verdiği rıza geçerli değildir⁴¹. Aynı durum, MK. m. 40'da belli şartlara bağlanan cinsiyet değişikliği için de geçerlidir.

Rızanın geçerli olabilmesi için tıbbî müdahaleden önce ya da en geç müdahale sırasında verilmesi gerekir⁴². Tıbbî müdahaleden sonra verilen rıza davranışı hukuka uygun hale getirmez. Sadece tazminat talebinden vazgeçme anlamına gelir⁴³.

Bir diğer önemli şart ise hastanın aydınlatılmasıdır⁴⁴. Hekim tıbbî müdahale öncesinde hastayı yeteri derecede aydınlatmalıdır. Hasta tam olarak aydınlatılmadan alınan rıza geçerli değildir. Bunun için hastaya, hastalığı ile ilgili etraflı bilgi verilmesi, konulan teşhis, tedavi yöntemleri, birden fazla tedavi yolu varsa bunların üstünlükleri eksiklikleri ve riskleri, hastalık tedavi edilmezse ortaya çıkacak olumsuzluklar, tedavi süresi, tedavinin maliyeti kullanılacak ilaçlar ve bu ilaçların muhtemel yan etkileri gibi hususlar ayrıntılı olarak anlatılmalıdır⁴⁵. Bu konuda hastanın sağlık durumu ile ilgili bilgi isteme hakkı da vardır. Bu hak HHY.'nin 15. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin I. Fıkrasına göre, "*Hasta; sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbî işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbî müdahale usülleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek*

³⁹ Dural/Öğüz, 99.

⁴⁰ Akıncı, Ötenazi, 748; Aşçıoğlu, 36.

⁴¹ Akıncı, 54; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 439.

⁴² Dural/Öğüz, 102; Aşçıoğlu, 39; Öztan, 122; Cin, 50; Akıncı, Ötenazi, 746.

⁴³ Aşçıoğlu, 39.

⁴⁴ Dural/Öğüz, 100; Sarıal, 56, 63; Aşçıoğlu, 27, 33; Öztan, 122; Karlıkaya, 13; Akıncı, 217; Cin, 21; Bucher, 193.

⁴⁵ Dural/Öğüz, 104, 106; Akıncı, 218; Sarıal, 57; Aşçıoğlu, 28; Durdu, 80; Karlıkaya, 14, 15; Cin, 25; Bucher, 194, 195.

muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir.”

Yönetmelik hastaya bilgi alma hakkı tanımaktadır. Ancak hekim hastanın bu hakkını kullanmasını beklemeden gerekli bilgileri müdahale öncesinde vermelidir⁴⁶.

Bu bilgiler hastanın anlayabileceği bir dilde, basit ve sade bir biçimde verilmelidir⁴⁷. Her ne kadar hekim hastayı her konuda aydınlatmak zorunda olsa da, müdahalenin her türlü teknik ayrıntılarının anlatılmasına da gerek yoktur⁴⁸.

Bazı hallerde bir kısım bilgiler hastaya verilmeyebilir. Özellikle tedavi için operasyon kaçınılmaz ise ve çok ayrıntılı bilgi hastanın korkularını artırıp müdahaleden kaçmasına sebep olacaksa ya da her şeyin çok açık olarak anlatılması hastanın maneviyatını bozacak ve bu da hastalığın seyrini olumsuz etkileyecekse hekimin bir kısım bilgileri saklama yetkisi vardır⁴⁹. Hatta bazı durumlarda bilgi saklama mükellefiyeti bile olabilir.

Rızanın bilinçli bir şekilde verilmiş olması gerekir⁵⁰. Temyiz kudreti olmayan ya da yarı baygın bir hastanın rızasının bilinçli olduğu söylenemez. Temyiz kudreti bulunsa ve baygın olmasa bile acılar içinde kıvranan bir hastanın rızasının bilinçli bir iradeye dayanıp dayanmadığı üzerinde de dikkatlice durulmalıdır. Çünkü bu durumdaki bir hasta acılarından bir an önce kurtulabilmek için en ağır ve tehlikeli operasyonlara bile rıza gösterebilir.

Rıza sadece verildiği tıbbî müdahaleyi hukuka uygun hale getirir. Hekim rızayı aldıktan sonra müdahaleyi dilediği gibi genişletemez. Ancak hasta baygın vaziyette ameliyat edilirken hekim önceden tespit edilemeyen farklı bir durumla karşılaşır ve müdahaleyi zorunlu görürse bu müdahale hukuka uygun sayılmalıdır. Aksi halde hastanın rızasını almak için kendine gelmesi beklenirse ikinci bir operasyon daha yapılacaktır ki bu, hastanın zararına olur. Böyle hallerde hekimin, yeni tespit edilen bu olaya da müdahale yetkisi, hatta görevi olmalıdır⁵¹. Örneğin mide ameliyatı için karın açılmış ve apandisit de mutlaka alınması gerektiği tespit edilmişse durum böyledir.

7. Rızanın Doğurduğu Hukukî Sonuç

Hastanın rızası, müdahalenin tedavi amacıyla ve tıp biliminin kurallarına uygun olarak yapılması halinde hukuka uygunluk sebebidir⁵². Bu anlamda rıza sadece hekimin haksız fiil sorumluluğunda değil, akdî sorumluluğunda da davranışı hukuka uygun hale getirir. Örneğin sözleşme hükümlerine rağmen hekimin farklı davranmasını isteyen hastanın durumunda olduğu gibi.

⁴⁶ Karlıkaya, 14.

⁴⁷ Karlıkaya, 13, 16.

⁴⁸ Sarıal, 60.

⁴⁹ Dural/Öğüz, 101; Sarıal, 59, 60; Aşçıoğlu, 34, 35; Öztan, 122; Cin, 33.

⁵⁰ Akıncı, 220.

⁵¹ Sarıal, 69; Dural/Öğüz, 99; Aşçıoğlu, 38; Karlıkaya, 16.

⁵² Dural/Öğüz, 98; Oğuzman/Seliçi/Oktay, 119.

Ancak unutmamak gerekir ki, somut olayda rıza verilmiş olsa bile bazen hekimin sorumluluğuna hükmedilebilir. Eğer hekim tıbbî müdahaleyi yaparken gerekli özeni göstermemişse ve bu yüzden bir zarar ortaya çıkmışsa, rızaya ya da vekâletsiz işgörme şartlarının gerçekleşmesine rağmen davranış hukuka aykırı olur⁵³. Çünkü hekim dikkatsizliği sonucu hastaya zarar vermiştir ve bunu yaparken de aslında bir davranış kuralını ihlâl etmiştir. Bu kural başkalarına zarar vermeyi yasaklayan ve zararın ortaya çıkmaması için belli bir şekilde davranma yükümlülüğü yükleyen kuraldır. Bu nedenle, hasta ameliyata rıza gösterse bile örneğin hekim hastanın karnında pansuman aleti unutmuşsa ya da yanlışlıkla hasta böbrek yerine sağlam böbreği almışsa sorumlu olur. Hastanın davranışı, hekimin davranışını hukuka uygun hale getirmez. Çünkü hekim tedavi olmak için rıza göstermiştir⁵⁴. Yanlış böbreğinin alınabilmesine yahut karnında pansuman aletinin unutulmasına değil. Tıbbî müdahaleye rıza gösteren hasta, hekimin müdahale esnasında her türlü dikkat ve özeni göstereceğini düşünerek rızasını bildirmektedir. Üstelik hekim, devletin verdiği bir diplomaya dayanarak iş görmektedir ve bu diploma hekime olan güveni artırmaktadır. Hekimin göstereceği özen yükümlülüğünün derecesinin yüksek olması da bu yüzdendir⁵⁵. Bu sebeple, hastanın rızası, hekimin özen yükümlülüğünün ihlalden kaynaklanan sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

IV. SONUÇ

Hekimin, hastaya müdahalesi maddî veya manevî bir zarara yol açabilir. Bu zararlara kural olarak hasta katlanmak zorundadır. Ancak bazı hallerde zararın, zarar veren hekim yada hastahane tarafından tazmini gerekir. İşte bu tazmin yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi, sorumluluğun şartlarının oluşmasına bağlıdır. Sorumluluğun şartları hasta ile hekim arasındaki ilişkiye göre değişir. Bu sorumluluk bazen bir sözleşmeye, bazen bir haksız fiile bazen de vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanır. Ancak hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunması halinde sorumluluk ortadan kalkar. Hekimin sorumluluğunda en önemli hukuka uygunluk sebebi ise hastanın rızasıdır.

Rıza, kişi tam ehliyetli ise kendisi tarafından verilir. Tam ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetsizse kanuni temsilcilerin de onayı aranır. Rızanın sağlık mevzuatında açıkça aranan haller dışında yazılı olarak alınmasına gerek yoktur. Buna yönelik davranışlar da zımni bir rıza olarak kabul edilmektedir. Sağlık mevzuatı bazen acil durumlarda hekimin müdahalesi için, hastanın rızasının aranmamasına imkan vermiştir. Hastanın rıza göstermesi bundan dönemeyeceği anlamına gelmez. Rıza kural olarak her zaman geri alınabilir.

⁵³ "... Hekimin hasta ile olan ilişkilerindeki sözleşme temelli ilişkiden kaynaklanan özen ve ihtimam gösterme borcu kendisi ile aynı statüde ortalama bir hekimin meslekî anlamda göstereceği özen ve ihtimam ile sınırlı değildir. Hekim aynı zamanda genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır..." Y. 13. HD. 6.3.2004, 13959/2380 (Gültepe, 32).

⁵⁴ Dural/Öğüz, 104; Sarıal, 73; Başpınar, 139.

⁵⁵ Başpınar, 141; Akıncı, 220.

Rızanın geçerli olabilmesi için hukuka ve ahlaka aykırı bir biçimde alınmamış olması, kişinin üzerinde tasarruf edebileceği değerlere yönelik bulunması ve en geç tıbbî müdahale sırasında verilmesi gerekir. Sonradan verilen rıza müdahaleyi hukuka uygun yapmaz, sadece tazminat hakkını ortadan kaldırır. Rızanın geçerliliğinde önemli bir şart da hastanın aydınlatılmasıdır. Hastaya hastalığı, konulan teşhis, yapılacak tedavi, bunun yarar ve zararları, kullanılacak ilaçlar, tedavi masrafları gibi konularda yeterli bilgi verilmeden alınan rıza geçerli değildir. Rıza hem hekimin haksız fiil sorumluluğunda hem de akdî sorumluluğunda bir hukuka uygunluk sebebidir. Ancak unutulmamalıdır ki, rıza hekimin göstermesi gereken özeni göstermesi halinde onu sorumluluktan kurtarmaz.

KISALTMALAR

BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
HHY.	: Hasta Hakları Yönetmeliği
HD.	: Hukuk Dairesi
m.	: Madde
MK.	: Medenî Kanun
ONK.	: Organ Nakli Kanunu
RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
vd.	: Ve Devamı
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi

KAYNAKÇA

- Akıncı, Şahin: Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ- Do- ku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukukî Sonuçlar, Ankara 1996.
- Akıncı, Şahin: İrade Muhtariyeti İlkesi ve Şahsiyet Hakları Açısından Ötenazi, Aç- lık Grevi ve Ölüm Orucu, SÜHFD. Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan 1998, Ayrı Basım, C. 6, S. 1-2, s.733-766.
- Aral, Fahrettin: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 6. Baskı, Ankara 2006.
- Aşçıoğlu, Çetin: Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Doktorların Devletin ve Özel Hastahanelerin Sorumluluğu (Cezaî ve Hukukî), Ankara 1993.
- Ayan, Mehmet: Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara 1991.
- Başpınar, Veysel: Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcun- dan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004.
- Belgesay, Mustafa Reşit: Tıbbî Mesuliyet, Esaslar-Tipik Vakıalar, Türk Tabipleri Birliği Kanunu, İstanbul 1953.
- Bucher, Eugen :Die Ausübung der persönlichkeitsrechte, insbesondere die persönlichkeitsrechte der patienten als Schranken der artzlichen Tatigkeit, Zürich 1956.
- Cin, Onursal: Tıp Etiği ve Cezaî Sorumluluk, Konya 2004.
- Deschenaux, Henri/Tercier, Pierre(Çev. Özdemir, Salim): Sorumluluk Hukuku
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan: Türk Medenî Hukukunda Gerçek Kişiler, 6.Bası, İs- tanbul 2002.
- Durdu, Hüseyin: Sağlık Mesleğinde Hukukî Sorumluluk, C.1, İzmir 1986.
- Gültepe, Hilal: Yargı Kararları Işığında Hekim Sorumluluğu, Sağlık Hakkı Dergisi, Sayı I, Nisan 2006, s.32-34.
- Karlıkaya, Esin: Aydınlatılmış Onam, Sağlık Hakkı Dergisi, Sayı I, Nisan 2006, s.13-18.
- Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişi- ler), 7. Baskı, İstanbul 2002.
- Öztan, Bilge: Şahsın Hukuku Hakikî Şahıslar, 9. Bası, Ankara 2000.
- Sarıal, Enis: Sağlıklararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986.
- Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 2002.
- Zevkliler, Aydın/Acabey, Beşir/ Gökyayla, Emre: Medenî Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2000.

İSİMSİZ SÖZLEŞMELERİN TAMAMLANMASI

Dr. Ayşe ARAT*

I. GİRİŞ

Borçlar Kanunumuz bir sözleşmenin kurulması için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını yeterli bulmaktadır (BK. m. 1). Günlük hayatta da taraflar bir sözleşmeyi kurarken ayrıntılı hükümler koymak yerine temel ilişkiyi düzenleme eğilimindedirler. Bu sebeple temel ilişki dışındaki konularda sözleşmeler boşluklar taşıyabilir. Bu durum hem kanunda düzenlenen, hem de kanunî düzenlenmesi bulunmayan isimsiz sözleşmeler için mümkündür. Ortaya çıkan boşlukların doldurulması özellikle isimsiz sözleşmeler bakımından önem arz etmektedir. Zira kanunda düzenlenen sözleşmeler için yedek hukuk kurallarını sayesinde nispeten kolay olan tamamlama faaliyeti, isimsiz sözleşmelerde bu sözleşmelerin nitelikleri gereği daha karmaşık bir hal almaktadır.

Bu çerçevede makalemizde önce genel kavramlar incelenmiş ardından isimsiz sözleşmelerin çeşitleri bakımından tamamlamanın nasıl yapılacağı üzerinde durulmuştur.

II. TAMAMLAMA KAVRAMI

Sözleşmede bulunan boşlukların doldurulmasına sözleşmenin tamamlanması denir¹.

Tamamlama için öncelikle sözleşmenin yorumlanması gerekir. Hâkimin yorumlama faaliyeti sırasında yapacağı ilk inceleme, sözleşmenin kurulup kurulmadığı ile ilgilidir. Eğer kurulmadığına ya da geçersiz olduğuna hükmederse ortada tamamlanabilecek bir sözleşme yok demektir. Zira tamamlama geçerli bir biçimde kurulan sözleşmelerde söz konusu olur. Yorumlamanın, tamamlama açısından diğer önemli yanı ise sözleşmenin bir boşluk taşıyıp taşımadığının ve eğer taşıyorsa yorum yoluyla kapatılıp kapatılamayacağı hâkim tarafından tespitidir. Boşluk yorumla kapatılabiliyorsa sözleşmenin tamamlanması gerekmez².

Sözleşmedeki boşluk, tarafların o konuyu bilerek düzenlememiş olmalarından, daha sonra düzenlemeyi kabul etmelerine rağmen bunu yapmalarından veya

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı.

¹ Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 484; Oğuzman/Öz, 145; Eren, 431.

² Oğuzman/Öz, 145; Von Thur, 52; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 555, 556; Kaplan, 111; Oktay, 283.

üzerinde hiç durmadıkları ya da sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir sebepten kaynaklanabilir³.

Tıpkı kanun boşluğu gibi sözleşme boşluğu da gerçek boşluk ve gerçek olmayan boşluk olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Gerçek boşluk, taraflar hukukî meseleyi bilerek veya bilmeyerek düzenlememişlerse vardır. Gerçek olmayan boşluk ise tarafların bir düzenleme yapmış olmalarına rağmen bunun son derece genel ve soyut bir şekilde kalması halinde söz konusudur⁴.

Sözleşme boşluğu, kanunen tarafların iradesine bırakılan noktalar üzerinde olabileceği için emredici kurallarla düzenlenmiş bir konuda ortaya çıkmaz. Zira emredici kurallara aykırı bir sözleşme yapılamaz. Bu sebeple bunlarla ilgili bir boşluk da söz konusu olmaz⁵.

Tamamlama sözleşmenin amacı ve kapsamı ile sınırlıdır. Dolayısıyla hâkim tamamlamada sadece boşluğu doldurur, sözleşmeye yeni bir şey eklemesiz⁶. Bir başka ifade ile tamamlamayla, sözleşme kurulurken tarafların düşünmedikleri ya da düşündükleri ancak anlaşılmadıkları yan noktalar doldurulur. Yoksa sözleşmenin tümünü kapsamayan, kuruluşta düzenlenen içeriğin dışında kalan bir anlam verilerek tamamlama yapılamaz⁷.

Sözleşmenin tamamlanması üçe ayrılır. Bunlardan birincisi iradî tamamlamadır. Bu halde boşluk tarafların anlaşarak koydukları bir kuralla tamamlanmaktadır. Diğer iki halde ise sözleşmeyi tamamlayan hâkimdir. Düzenleyici hukuk kuralları ile tamamlamada hâkim boşluğu, kanunda yer alan bu nitelikteki hükümlerle doldurmaktadır⁸. Böyle bir hüküm yoksa örf ve âdet kurallarına başvurulmalıdır. Örf ve âdet kuralı da bulunmuyorsa o zaman hâkim sözleşmeyi kendi koyacağı kurallarla doldurur⁹. Bu duruma sözleşmenin hâkim tarafından doldurulması denir. Bunu yaparken hâkim, işin niteliğini (BK. m. 2/II) ve bundan kaynaklanan tarafların farazî iradelerini dikkate alır. Farazî irade, dürüstlük kuralına göre tarafların makul ve doğru davranan kişiler olarak sahip bulunmaları gereken iradedir¹⁰.

³ Oğuzman/Öz, 153, dpn. 503; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 486; Kaplan, 83; Oktay, 283.

⁴ Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 493, 494; Kaplan, 85; Eren, 432.

⁵ Eren, 433.

⁶ Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 495; Kaplan, 86.

⁷ Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 496; Kaplan, 86.

⁸ Düzenleyici hükümlerin, sözleşmenin tamamlanmasında öncelikli olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre sözleşme tarafların özel bağımsız bir düzeni olduğu için kanun hükümlerinden ziyade onların farazî iradeleri önemlidir (Merz, Art. 2 ZGB, N. 138; Bischoff, 64). Dolayısıyla hâkim objektif kanun hükümlerinden önce tarafların farazî iradelerine dayanmalıdır. Diğer bir görüşe göre hâkimin sözleşmedeki boşluğu doldururken öncelikle düzenleyici kurallara başvurulması gerekir. Bu, MK.m.1/1' deki hâkimin kanunla bağlılığının bir sonucudur. Öte yandan tarafların farazî iradesi de sözleşmede düzenlenmemiş noktaların kural olarak kanuna bırakıldığı yönündedir (Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 503; Gauch/Schluep/Jaggi, N. 1255). Hukukumuzda hâkim olan görüş de budur (Eren, 433; Oğuzman/Öz, 153; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 76,77; Kaplan, 90).

⁹ Eren, 433; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 534.

¹⁰ Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 498; Merz, Art. 2 ZGB, N.145; Eren, 435; Kaplan, 87; Oğuzman/Öz, 146.

III. İSİMSİZ SÖZLEŞMELER

A) Kavram

Kanun koyucu bazı sözleşmeleri Borçlar Kanununun özel hükümlerinde bazı sözleşmeleri ise özel kanunlarla düzenlemiştir. Sözleşmelerin kanunda düzenlenmelerinin sebepleri çeşitlidir¹¹: Her şeyden önce amaç tarafların açık olmayan veya eksik bulunan sözleşmelerinin uygulanmasını kolaylaştırmaktır. Kanun koyucu çoğu emredici nitelikte olmayan, taraflarca aksi kararlaştırılabilen hükümlerle, sözleşme kurulurken düşünülmeyen veya sonraya bırakılan meselelere çözüm yolu sunmaktadır. Bazen de kanun koyucu ekonomik bakımdan zayıf durumda olan tarafı koruma amacıyla düzenleme getirmiştir. Bununla birlikte yapılmış olan düzenlemelerin çoğunda bir değer yargısından ziyade tarihî sebepler önem kazanmaktadır¹². Zira Borçlar Kanununun özel borç ilişkileri kısmında düzenlenen sözleşmeler, iş hayatı ve mahkeme içtihatlarının çok uzun sürelerde oluşturdukları kuralların bir yansımasıdır.

Günlük hayatta karşılaştığımız sözleşmeler kanunlarda düzenlenmiş olanlarla sınırlı değildir. Toplumsal hayatta gelişmeler, ortaya çıkan ihtiyaçlar, kanunda mevcut olanlar dışında yeni tipte sözleşmelerin doğmasına yol açmıştır. İşte Borçlar Kanununda ya da özel bir kanunda düzenlenmemiş olan bu tür sözleşmelere isimsiz (atipik) sözleşme (Innominatverträge) denilmektedir¹³.

Bir sözleşmeye kanunda yer verilmemesinin sebebi kanun koyucunun onu hiç tanınamasından veya düzenleme ihtiyacı duymamasından kaynaklanabilir¹⁴. Kanunumuzda sadece ismen zikredilen ancak ayrı olarak düzenlenmemiş sözleşmelerde bulunmaktadır. Örneğin taşınmaz lehine irtifak sözleşmesi (MK. m. 781), şerh sözleşmesi (MK. m. 1009) ve önsözleşme (BK. m. 22) böyledir. Demek ki bir sözleşmenin kanunda sadece ismen sayılması onun isimsiz sözleşme karakterini değiştirmez. Bir sözleşmenin kanunda ismi geçse bile bir takım kurallarla düzenlenmemiş olduğu sürece isimsiz sözleşmedir¹⁵. Öyleyse hangi halde sözleşmenin kanunda düzenlendiği kabul edilecektir? Bunun için sözleşmenin esaslı noktalarının (essentialia negotii) kanun tarafından düzenlenmiş olması aranır¹⁶.

B) İsimsiz Sözleşme Kurulmasının Hukukî Temelleri

Sözleşmeler Roma Hukukundan gelen emredici şekil ve içerik sorumluluğundan, bu konulardaki serbestliğe doğru bir gelişme göstermişlerdir. Söz konusu ge-

¹¹ Tandoğan, 8.

¹² Oğuzman/Öz, 46; Tandoğan, 8.

¹³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 56; Von Tuhr, 242; Aral, 49; Tandoğan, 12; Oktay, 262; Jaggi/Gauch/Schlupe, N. 252; Yavuz, 19; Kuntalp, 10; Eren, 192; Oğuzman/Öz, 47; Bilge, 11; Feyzioğlu, 38; Schlupe, Art. 184, N. 5; Akıncı, 13, dnp. 23.

¹⁴ Aral, 49; Oktay, 264.

¹⁵ Aral, 49; Oktay, 264.

¹⁶ Schlupe, Art. 184, N. 5; Serozan, 52; Oktay, 265. Tarafların aksini kararlaştırmayarak benimsedikleri, kanundaki yedek hukuk kurallarına naturalia negotii; kanundaki yedek hukuk kurallarını benimsemeyerek kendi düzenledikleri kurallara ise accidentalia negotii denir. Oğuzman/Öz, 46, dnp. 39; Von Tuhr, 147. Bir sözleşmenin kurulması için esaslı noktalarda (essentialia negotii) uyushulmuş olması yeterlidir (BK. m. 1).

lişme şekil serbestisini ve dolayısıyla yeni tipte sözleşmelerin ortaya çıkmasını sağlamıştır¹⁷. Hatta uygulamada tarafların oluşturduğu şartların örf ve âdet hukuku meydana getirmesi ve genel işlem şartlarının sık kullanılır hale gelmesiyle isimsiz sözleşmeler için çeşitli tipler meydana gelmeye başlamış ve bu tip sözleşmelerde kendine ait isimler kazanmışlardır¹⁸.

İsimsiz sözleşmelerin hukukî dayanağı aslında yine Borçlar Hukukunun temel ilkelerinden doğmaktadır. Borçlar Kanunu m. 19'da öngörülen sözleşme serbestisi çerçevesinde taraflar istedikleri şekil ve içerikte sözleşme kurabilirler. Bir başka deyişle taraflar dilerlerse kanunda düzenlenen sözleşmelere veya bunlara ait unsurları bir araya getirerek ya da tamamen yeni bir sözleşme kurabilme imkanına sahiptirler¹⁹. Zira Borçlar Hukukunda aile, eşya ve miras hukuklarında geçerli olan sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesi geçerli değildir, yani tarafların yapabilecekleri sözleşmeler kanunen belirlenmiş tiplerle sınırlanmamıştır²⁰. Bunun yanında Borçlar Kanunundaki hükümlerin çoğu yedek hukuk kuralı niteliğinde olduğundan, emredici nitelikte az hüküm bulunduğu²¹ bunların aksinin kararlaştırılması da mümkündür. Ancak buradan isimsiz sözleşmelerin hiçbir sınırlamaya tabi olmadığı sonucunu çıkarmamak gerekir. Borçlar Kanunundaki genel sınırlamalar isimsiz sözleşmeler için de geçerlidir²². Demek ki taraflar hukuka, ahlâka, kişilik haklarına, kamu düzenine aykırı ve konusu imkânsız olan bir sözleşme kuramazlar (BK. m. 19, 20)²³. Bununla birlikte kanunda düzenlenen sözleşmeler bakımından aranan şekil zorunluluğundan kurtulmak için aynı amaca yönelik isimsiz bir sözleşme kurulması durumunda ne olacaktır? Örneğin taraflar kefalet sözleşmesindeki şekil şartlarından kurtulmak amacıyla garanti sözleşmesi yapmaları halinde bu sözleşme geçerli midir sorusuyla karşılaşırız. İsimsiz sözleşmeler bakımından bir içerik sınırlaması ya da şekil zorunluluğu getirilmesi, nitelikleri gereği söz konusu olmaz²⁴. Ancak şu da bir gerçektir ki kanun emredici kurallarından kaçmak için başka sözleşme yapılması kanuna karşı hile teşkil eder. Bunun sonucu ise sözleşmenin geçersiz olmasıdır²⁵.

¹⁷ Von Thur, 242; Oktay, 266; Feyzioğlu, 38; Serozan, 51; Kramer, Art. 18-19, N. 21 vd..

¹⁸ Oktay, 267; Feyzioğlu, 39; Serozan, 52; Hatemi, 27. Örneğin factoring, leasing, franchising dünya çapında yaygın olarak uygulanan isimsiz sözleşmelerdir. Ancak leasing sözleşmesi, ülkemizde 10.6.1985 tarihli 3226 sayılı ve 28.06.1985 yürürlük tarihli Finansal Kiralama Kanunu ile düzenlenmiştir (RG. 18795). Böylece hukukumuz bakımından artık isimsiz sözleşme değil, tipik bir sözleşme niteliği kazanmıştır.

¹⁹ Aral, 50; Oktay, 268; Yavuz, 18; Eren, 198; Serozan, 51.

²⁰ Von Thur, 243; Kramer, Art. 18-19, N. 53, 54; Aral, 50; Tandoğan, 9; Oktay, 268.

²¹ Von Thur, 243; Oğuzman/Öz, 46; Aral, 50.

²² Tandoğan, 12; Oktay, 270; Bilge, 11.

²³ İmkânsızlık kavramı ve özellikle başlangıçtaki imkansızlık konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Altunkaya, M., Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara 2005.

²⁴ Oktay, 270.

²⁵ Oktay, 271; Tandoğan, 12,13; Serozan, 51, 57.

C) İsimli Sözleşmelerin Çeşitleri

1) Genel Olarak

İsimli sözleşmelerin genel olarak üçe ayrıldığı kabul edilmektedir. Bunlar, kendine özgü yapısı olan sözleşmeler, karma sözleşmeler ve bileşik sözleşmelerdir²⁶.

2) Kendine Özgü Yapısı Olan Sözleşmeler (Verträge sui generis, Verträge eigener Art)

Kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin unsurlarını kısmen veya tamamen içerisinde bulundurmayan sözleşmelerdir²⁷. Başka bir ifade ile tamamen kendine özgü yapısı olan sözleşmeler kanunda düzenlenen sözleşmelerden hiçbirinin tipik unsurlarını ihtiva etmezler²⁸. Örneği sulh sözleşmesi, satış için bırakma sözleşmesi, tek satıcılık sözleşmesi, garanti sözleşmesi, factoring sözleşmesi, çek sözleşmesi, yönetim sözleşmesi gibi²⁹.

3) Karma Sözleşmeler (gemischte Verträge)

Kanunda düzenlenen sözleşme tiplerine ait unsurların kanunda mevcut olmayan şekilde bir araya getirilmesi ile oluşturulan sözleşmelerdir³⁰. Bu tip sözleşmelerin temel özelliği bir bütün olarak ele alındığında kanunen düzenlenmemiş ancak unsurları ve edimleri bakımından değerlendirildiğinde tipik bir sözleşme karakteri taşımasıdır³¹.

Karma sözleşmeler başlıca dört gruba ayrılmaktadır:

a) Çift Mahiyetli Sözleşmeler

Bu tip sözleşmelerde değişik kategorilere giren tipik sözleşmeye ait edimlerin birbiriyle değişik tokuşu söz konusudur³². Yani borçlanılan edim ile karşı edimin ait olduğu sözleşme tipi farklıdır³³. Örneğin kapıcılık sözleşmesi, kira ve hizmet sözleşmesine ait unsurlar içerir. Keza arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi, satım veya trampa ile istisna sözleşmesine ait unsurlardan oluşur. Bu örnekleri çoğaltmak (aupairlik sözleşmesi, tamirat karşılığı kiralanan da bedelsiz bir süre oturma sözleşmesi gibi) mümkündür.

²⁶ Tandoğan, 13, 69 vd.; Kuntalp, 9 vd.; Yavuz, 19 vd.; Oktay, 272; Oğuzman/Öz, 47; Eren, 199; Bilge, 12 vd.; Feyzioğlu, 38 vd.; Hatemi, 27; Serozan, 54; Aral, bu ayrımın katılmakta ancak uygulanacak hukuk problemi bulunmadığı gerekçesiyle bileşik sözleşmelerin isimli sözleşme olarak adlandırılmasını tereddütlerle karşıladığını ifade etmektedir, Aral, 51. Bazı yazarlar ise burada karma ve kendine özgü sözleşme olmak üzere ikili bir ayırım yapmaktadır. Kramer, Art. 18-19, N. 56; Schlupe, Art. 184, N. 6; Eren, 192; Akıncı, 13, 76.

²⁷ Tandoğan, 13; Aral, 52; Yavuz, 24; Oktay, 273; Eren, 193; Oğuzman/Öz, 48; Kramer, Art. 18-19, N. 65.

²⁸ Becker, Art. 19, N.10; Kuntalp, 10; Akıncı, 14, d. 26.

²⁹ Tandoğan, 14; Yavuz, 24; Aral, 52; Kuntalp, 11; Bilge, 5 vd.; Feyzioğlu, 39 vd.; Schlupe, Art. 184, N. 9; Hatemi, 27 vd.; Akıncı, 76.

³⁰ Becker, Art. 19, N.4; Tandoğan, 69; Aral, 52; Yavuz, 21; Kuntalp, 11, 102; Oğuzman/Öz, 47; Eren, 193; Schlupe, Art. 184, N. 7; Serozan, 64; Akıncı, 14, d. 25.

³¹ Kuntalp, 11.

³² Becker, Art. 19, N.7; Kramer, Art. 18-19, N. 62; Tandoğan, 69; Aral, 53; Yavuz, 22; Oktay, 274; Schlupe, Art. 184, N. 8; Bilge, 5; Feyzioğlu, 57.

³³ Aral, 53; Tandoğan, 69; Feyzioğlu, 57; Hatemi, 34; Serozan, 65.

b) Kombine Sözleşmeler

Taraflardan birinin kanunda düzenlenmiş sözleşmeye ait birden çok edimini yerine getirme, diğ erinin ise genellikle bir miktar para olan tek bir edimi ifa etme yükümlülüğü altına girdiği sözleşmelerdir³⁴. Örnek olarak pansiyon sözleşmesi, portföy yönetimi sözleşmesi, yatılı okul sözleşmesi gösterilebilir.

c) Çeşitli Tiplere Ait Unsurların Birbirine Karıştığı Sözleşmeler

Tarafların değişik sözleşmelere ait temel edimleri bir bütün olarak, homojen bir yapı içinde taahhüt ettiği karma sözleşmedir³⁵. Tipik örneğini karma bağışlama oluşturur. Karma bağışlamada bir şeyin, kısmen bir edim karşılığı kısmen de bağışlama kastıyla karşılıksız olarak temlik söz konusudur³⁶.

d) Kendilerine Yabancı Yan Edimleri İçeren Sözleşmeler

Kanunda düzenlenmiş sözleşme tipine ait temel edimler yanında, başka bir tipik sözleşmeye ait yan yükümler de üstlenilmektedir. Örneğin bakım kaydıyla kira, montaj kaydı ile satış, denge sağlamak için bir miktar para ödenen trampa sözleşmesi bu niteliktedir³⁷.

4) Bileşik Sözleşmeler (Zusammengesetzte Verträge)

Kanunen düzenlenmiş farklı ve bağımsız sözleşmelerin niteliklerini kaybetmeksizin birbirine bağlanması ile oluşur³⁸. Bu bağ o kadar güçlüdür ki sözleşmelerden birinin varlığı ve geçerliliği diğ erine tabidir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki edimle karşı edim arasındaki ilişkinin aynısı bu tip sözleşmelerde de mevcuttur³⁹. Bileşik sözleşmelerin meydana getirilip getirilmediğ inin tespiti, tarafların iradelerine ve sözleşmenin iktisadi fonksiyonlarının bütünlüğüne göre yapılır⁴⁰. Bu tür sözleşmelere örnek olarak bir süthanenin satışı karşılığında süthaneyi satın alanın onu satana süresiz süt vermeyi taahhüt etmesi⁴¹ ya da inşaat kredisi karşılığında alıcının kullanacağı keresteyi o kişiden satın alma taahhüdü⁴² gösterilebilir.

IV. İSİMSİZ SÖZLEŞMELERİN TAMAMLANMASI

A) Genel Olarak

İsimsiz sözleşmelerin kanunda düzenlenmemiş olması taraflar arasında ortaya çıkacak ihtilaflarda hangi hükümlerin uygulanacağı meselesini ortaya çıkarmaktadır.

³⁴ Aral, 53; Tandoğan, 71; Yavuz, 22; Oktay, 274; Becker, Art.19, N. 8; Schluep, Art. 184, N. 8; Kramer, Art. 18-19, N. 60; Feyzioğlu, 56; Serozan, 64 vd.

³⁵ Aral, 54; Tandoğan, 72; Yavuz, 22; Oktay, 274; Schluep, Art. 184, N. 8; Serozan, 67; Kramer, Art. 18-19, N. 63.

³⁶ Tandoğan, 72; Yavuz, 22; Schluep, Art. 184, N. 8; Serozan, 68; Feyzioğlu, 59, 60; Hatemi, 36; Kuntalp karma bağışlamayı teknik anlamda karma sözleşme olarak kabul etmemektedir. Kuntalp, 118.

³⁷ Tandoğan, 73; Aral, 54; Yavuz, 22. Bu tip sözleşmelerin karma nitelik taşımadığı yönünde bkz. Kuntalp, 101.

³⁸ Aral, 54; Tandoğan, 76; Yavuz, 19; Oktay, 275; Kuntalp, 103; Oğuzman/Öz, 47; Kramer, Art. 18-19, N. 64.

³⁹ Aral, 54; Tandoğan, 76; Yavuz, 19; Schluep, Art. 184, N. 10; Kramer, Art. 18-19, N. 64; Serozan burada "olsa olsa bir eksik sinallagma oluşabilir" fikrindedir. Serozan, 60.

⁴⁰ Kuntalp, 104; Tandoğan, 76; Aral, 55. Feyzioğlu, 63; Bilge, 13.

⁴¹ BGE 25 II 477 (naklen Tandoğan, 77).

⁴² Kramer, Art. 18-19, N. 33; Aral, 55.

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki bu tür ihtilaflarda sözleşmenin yorumlanmasıyla bir çözüm bulunmaya çalışılır⁴³.

İsimsiz sözleşmelerin yorumlanması da kanunda düzenlenen sözleşmelerin yorumlanması gibidir⁴⁴.

Yorum yoluyla sözleşmenin ihtilafa ilişkin bir düzenleme taşımadığı anlaşılırsa o zaman sözleşmede bir boşluk var demektir⁴⁵. Bu boşluk sözleşmenin tamamlanmasıyla doldurulur. Tamamlamada kullanılacak yöntem isimsiz sözleşme çeşitleri bakımından farklılık gösterir. Her bir sözleşme tipi için açıklamalara geçmeden önce genel olarak bazı noktalara işaret etmek gerekir.

İsimsiz sözleşmelerin tamamlanmasında Borçlar Kanununun genel hükümleri, sözleşmenin içeriği ile uyumlu olmak şartıyla uygulanabilir⁴⁶. Genel hükümlere göre tamamlama yapılmıyorsa özel hükümlerin kıyasen uygulanabilirliği hâkim tarafından araştırılmalıdır⁴⁷. Kıyasen uygulamada dikkat edilecek husus özel hükümlerin sözleşmenin amacına ve tarafların menfaat dengesine uygun düşmesidir. Her iki durumda sözleşme boşluğuna bir çözüm getirmiyorsa hâkim günlük hayatta sık karşılaşılan sözleşmeler için oluşmuş örf ve âdet kurallarına dayanabilir. Zira bu kurallar gerek genel işlem şartı olarak gerekse sık başvuru olan tipler olmaları sebebiyle doktrin ve mahkeme içtihatlarıyla denetlenmektedirler. Örf ve âdet kuralları somut olayda işin niteliğine uygun düşüğü ölçüde uygulama alanı bulurlar⁴⁸. Ne kanunda, ne de örf ve âdet kurallarının bulunmadığı hallerde ise hâkimin MK. m. 1 uyarınca sözleşmedeki boşluğu doldurması gerekir. Hakimin bu boşluğu doldururken önceliği farazî taraf iradelerine mi yoksa kanundaki düzenleyici kurallara mı vereceği meselesi tartışmalı olmakla birlikte, bu nitelikteki mevcut, objektif hükümlerin uygulanması çoğu zaman olumlu sonuçlar doğurmaya yatkındır⁴⁹.

B) Kendine Özgü Yapısı Olan Sözleşmelerin Tamamlanması

Bu sözleşmelerin niteliği gereği kanundaki hükümlerin doğrudan uygulanması söz konusu değildir. Ancak yine de genel hükümlerle, benzedikleri sözleşme tipine ait hükümler için niteliğine uygun düştüğü sürece uygulanabilir⁵⁰. Bununla birlikte kendine özgü yapısı olan sözleşmelerin kendine ait bir örf ve âdet hukukunu oluşturduğu ve geliştirdiği söylenebilir. Örneğin sulh, satış için bırakma ve garanti sözleşmesiyle ilgili birçok kural mahkeme içtihatlarıyla belirlenmiştir⁵¹. Hâkim örf ve âdet hukukunda da boşluğu dolduracak bir kural bulamazsa MK. m. 1 uyarınca kendisi kural koyar⁵².

⁴³ Schlupe, Art. 184, N. 11.

⁴⁴ Schlupe, Art. 184, N. 41; Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 547; İsimsiz sözleşmelerin yorumlanması hakkında geniş bilgi için bkz. Oktay, 278 vd..

⁴⁵ Schlupe, Art. 184, N. 12.

⁴⁶ Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 549; Kaplan, 109; Oktay, 275; Tandoğan, 13; Aral, 55; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 56; Serozan, 71; Kramer, Art. 18-19, N. 68.

⁴⁷ Serozan, 56, 57.

⁴⁸ Jaggi/Gauch, Art. 18, N. 550; Kaplan, 110; Oktay, 293; Aral, 55.

⁴⁹ Serozan, 59.

⁵⁰ Oktay, 292, 294; Tandoğan, 13; Yavuz, 22.

⁵¹ Tandoğan, 13; Yavuz, 22; Aral, 57.

⁵² Tandoğan, 13; Yavuz, 22; Aral, 57; Serozan, 72; Kramer, Art. 18-19, N. 80; Schlupe, Art. 184, N. 67.

C) Karma Sözleşmelerin Tamamlanması

Karma sözleşmelere uygulanacak hükümler hakkında çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Tamamlama bakımından da önem taşıyan bu teorileri incelemek gerekir.

1) Soğurma (İmtisas) Teorisi

Bu teori Karma sözleşmede hangi tipe ait unsur ağır basıyorsa ona ait hükümlerin uygulanması gerektiğini savunmaktadır⁵³. Sözleşmenin hâkim unsurunun atipik olması halinde yetersiz kalan teori, tarafların karma sözleşme yaparak aralarında oluşturdukları ilişkinin kanunda düzenlenen bir sözleşmeye bağlanmasına yol açması bakımından da eleştirilmiştir⁵⁴. Ancak kendine yabancı yan edimler içeren sözleşmelerde adil çözüm getireceği savunulmaktadır⁵⁵. İsviçre Federal Mahkemesi'nin de bu teoriyi uyguladığı kararları bulunmaktadır⁵⁶.

2) Kıyas Yoluyla Uygulama Teorisi

Karma sözleşmeler, çeşitli sözleşmelerin bir toplamı değil, onlardan oluşan bir bütündür. Bu sebeple kanun hükümleri onlara doğrudan uygulanamaz. Ancak kıyas yoluyla ve kanun hükümlerinin sözleşmeye uygun düştüğü oranda uygulanabilir⁵⁷.

3) Birleşme (Terkip) Teorisi

Bu teoriye göre karma sözleşmeyi oluşturan her unsura, ilgili olduğu sözleşme tipine ait hükümler uygulanır. Bunun için önce sözleşme unsurlarına ayrılır, sonra her birine ait kurallar uygulanarak sonuçlar birbirine bağlanır⁵⁸.

Teori, karma sözleşmeyi kendini oluşturan sözleşmelerin toplamı değil sentezi olduğu, bunun için ayrı ayrı kurallara tabi tutmanın uygun bulunmayacağı noktasından eleştirilmiştir. Ayrıca bunun, hükümlerin birbirinden farklı hatta çelişkili olduğu durumlarda problem çıkarabileceğine dikkat çekilmiştir⁵⁹. Ancak gerek İsviçre Federal Mahkemesi'nin gerekse Yargıtay'ın bu teoriyi uyguladığı kararları bulunmaktadır⁶⁰.

4) Yaratma Teorisi

Bu teoriye göre uygulanacak örf ve âdet kuralı bulunmuyorsa MK. m. 1 uyarınca hâkim kanun koyucu gibi kendisi kural koymalıdır⁶¹. Yaratma teorisi, iş haya-

⁵³ Aral, 56; Tandoğan, 74; Yavuz, 23; Oktay, 276; Becker, Art. 19, N. 18; Schluep, Art. 184, N. 13; Hatemi, 37; Serozan, 69; Kramer, Art. 18-19, N. 75.

⁵⁴ Oktay, 276; Tandoğan, 74; Yavuz, 23.

⁵⁵ Aral, 56; Becker, Art. 19, N. 18.

⁵⁶ BGE 94 II 167, BGE 106 II 157, BGE 60 II 176 (naklen Oktay, 276, dpn. 52; Aral, 56, dpn. 40); BGE II 176 (naklen Kramer, Art. 18-19, N. 75).

⁵⁷ Aral, 56; Oktay, 277; Tandoğan, 75; Yavuz, 23; Schluep, Art. 184, N. 16; Serozan, 70; Kramer, Art. 18-19, N. 78.

⁵⁸ Tandoğan, 74; Aral, 57; Yavuz, 23; Oktay, 276; Becker, Art. 19, N.19; Schluep, Art. 184, N. 14; Serozan, 69; Hatemi, 37; Kramer, Art. 18-19, N. 79.

⁵⁹ Tandoğan, 74; Yavuz, 23.

⁶⁰ BGE 63 II 177, BGE 109 II 466, BGE 110 II 474; HGK. 9.6.1982, 79-15-1613/82-565 (YKD.1982, C. VIII, S.10, s.1385) (naklen Tandoğan, 74, dpn. 12; Oktay, 266, dpn. 54; Aral, 57, dpn. 45; Becker, Art. 19, N.20).

⁶¹ Aral, 55; Oktay, 277; Schluep, Art. 184, N. 17.

tında yoğunlaşmamış, sık karşılaşılmayan karma sözleşme tipleri bakımından somut kurallar getirme konusunda elverişli olamayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁶².

5) Değerlendirme

Kanaatimizce karma sözleşmelerde yukarıda sayılan teorilerden birini tercih etmek yerine, somut sözleşmenin özellikleri çerçevesinde bir karar vermek gerekir. Zira somut sözleşmenin özellikleri farklı çözümleri adil kılabilir. Örneğin günlük hayatta sık karşılaşılan sözleşmelerde (sulh, satım için bırakma gibi) örf ve âdet hukuku oluştuğunda yaratma teorisi elverişli olabilir. Ya da örneğin kendilerine yabancı yan edimler içeren sözleşmelerde (bakım kaydıyla kira, montaj kaydıyla satım gibi) temel edim, kanunda düzenlenen sözleşme tipi de ait olduğu için ona dair hükümlerin uygulanması yani soğurma teorisine gidilmesi daha adil sonuçlar doğurabilir. Örnekleri çoğaltmak mümkündür. Ancak sonuç olarak karma sözleşmelerde uygulanacak hukukun tespitinde ve dolayısıyla bu sözleşmelerin tamamlanmasında somut sözleşmenin taşıdığı unsurlar, özellikler belirleyici olur.

D) Bileşik Sözleşmelerin Tamamlanması

Kural olarak bileşik sözleşmeyi meydana getiren her bir sözleşmeye, kendine ait kurallar uygulanır⁶³. Burada sözleşmelerin mahiyetlerinde bir değişiklik olmamakla birlikte, varlık ve geçerlilikleri birbirine bağlandığı için hâkimin bir bütünlük sağlaması zorlaşabilir⁶⁴. O halde boşlukların doldurulmasında tarafların farazî iradeleri ve dürüstlük kuralının da dikkate alınması gerekir⁶⁵.

V. SONUÇ

Taraflar ister kanunda düzenlenmiş tipte, ister isimsiz bir sözleşme kursunlar her ihtimali öngörmeleri ve düzenlemeleri mümkün değildir. Bilerek veya bilmeyerek düzenlenmemiş konu sözleşmede boşluk teşkil edebilir. Bu boşluklar taraflar arasında ihtilaf doğuruyorsa bunların tamamlanması gerekir. İsimsiz sözleşmelerin tamamlanması bakımından, tipik sözleşmeler ile aralarında bir fark bulunmamaktadır. Ancak isimsiz sözleşmelerin nitelikleri gereği bunların tamamlanması daha karmaşıktır.

Tamamlamada isimsiz sözleşmelerin çeşitleri önem taşır. Bununla birlikte genel olarak şunlar söylenebilir: Borçlar Hukukunun genel hükümleri ve mahiyetine uyduğu sürece özel hükümler kıyasen uygulanarak isimsiz sözleşmeler tamamlanabilir. O sözleşmeler için oluşan örf ve âdet hukuku varsa, hâkim bunu da dikkate alır. Hâkimin gözden kaçırmaması gereken diğer bir noktada işin niteliği ve tarafların iradeleridir.

Günümüzde isimsiz sözleşmelerin sayısı ve yaygınlığı giderek artmaktadır. Bu durum hem kanunların gelişmeleri geriden takip etmesinden, hem de tarafların,

⁶² Oktay, 277.

⁶³ Tandoğan, 76; Aral, 57; Yavuz, 21; Feyzioğlu, 64.

⁶⁴ Aral, 57; Oktay, 292; Schlupe, Art. 184, N. 70 vd.

⁶⁵ BGE 107 II 144 (naklen Tandoğan, 76; Oktay, 292).

adeta bir kanun koyucu gibi, ilişkilerini kendilerinin düzenleme isteğinden kaynaklanmaktadır. Ancak diğer yandan isimsiz sözleşmelerin, sağladığı serbestlikle, güçlünün zayıfı ezdiği, kanunun sağladığı eşitliği veya korumayı bozan nitelik kazanmasını engellenmek gerekir. Böyle bir durum ise hakimin önüne gelen sözleşmeyi bu çerçevede de değerlendirmesiyle sağlanabilir. O halde hakim, isimsiz sözleşmeyi tamamlarken bu noktayı da göz önüne almalıdır.

KISALTMALAR

Art.	: Artikel
BGE	:Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
BK.	:Borçlar Kanunu
Bkz.	:Bakınız
C.	:Cilt
Çev.	:Çeviren
Dpn.	:Dipnot
İÜHFM.	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
MK.	:Medenî Kanun
m.	:Madde
N.	:Numara
OR.	:Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
RG.	:Resmi Gazete
S.	:Sayı
s.	:Sayfa
vd.	:Ve devamı
YKD.	:Yargıtay Kararları Dergisi
ZGB	:Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)

KAYNAKÇA

- Akıncı, Ş.: Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Konya 2006.
- Aral, F.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 6. Baskı, Ankara 2006.
- Becker, H. (Çev. Olçay, B.): İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Borçlar Kanunu I. Kısım, Genel Hükümler, Fasikül I, Ankara 1967.
- Bilge, N. :Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1962.
- Bischoff, J.: Vertragrisiko und clasula rebus sic stantibus, Zürich 1983.
- Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2001.
- Feyzioğlu, F. N. : Borçlar Hukuku II. Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri) C.1, 4. Bası, İstanbul 1980.
- Jaggi, P./ Gauch, P.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Art. 1-529 OR, Teilband V 1b, Zürich 1980.
- Jaggi, P./ Gauch, P./ Schlupe, W. :Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, II, 6. Auflage, Zürich 1995.
- Hatemi, H.: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1999.
- Kaplan, İ.: Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987.
- Kramer, E.: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Inhalt des Vertrages Artikel 19-22 OR, Bern 1991.
- Kuntalp, E.: Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971.
- Merz, H. :Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Einleitung Art. 1-10 ZGB, Bern 1962.
- Oğuzman, K./ Öz, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, İstanbul 2000.
- Oktay, S. :İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması, İÜHFM. 1995-1996, C. LV, S. 1-2, s. 263-296.
- Schlupe/Amstutz: Basler Kommentar, Einleitung vor Art. 184 ff.
- Serozan, R.: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Temel Kavramlar, Kaynaklar ve İlkeler, Atipik Sözleşmeler, Satım, Trampa, Bağışlama, Uygulama Çalışmaları, İstanbul 2002.
- Tandoğan, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 5. Basım, İstanbul 1988.
- Tekinay, S.S./ Akman, S./
- Burcuoğlu, H./ Altop, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993
- Von Tuhr, A.(Çev. Edege, C.): Borçlar Hukuku 1-2, Ankara 1983.
- Yavuz, C.: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 2002.

ULUSLARARASI TAHKİMDE SÖZLEŞME SERBESTİSİ

Dr. Turgay ÖZDEMİR*

Arş. Gör. Ramazan DURGUT**

GİRİŞ

Akdî ilişkinin tarafları, belirli bir hukuksal ilişkiye girerken kendilerine içinde buldukları hukuk sisteminin tanıdığı sözleşme serbestisi içinde kalarak hareket etmektedirler. Böylece, sözleşmeler tâbi oldukları o hukuk sisteminin korumasından yararlanabilmektedir. Uluslararası nitelik taşıyan sözleşmelerde ise sözleşme serbestisi, her âkit tarafın hukuk sisteminden daha geniş ele alınmalı ve yapılan sözleşmelerin geçerliliğini devam ettirici bir yaklaşım sergilenmelidir. Sözleşmeler kurulurken yararlanılan sözleşme serbestisi prensibi, taraflarına o sözleşmeden asgari ölçüde sorun çıkmasını ya da sözleşmenin çoğu kez hiç sorun çıkmadan uygulanmasını sağlayacak en temel sözleşmeler hukuku ilkesidir¹. Herhangi bir iç hukuk açısından, tarafların hukukun emredici kuralları çerçevesinde gerekli özeni göstererek hazırladığı ve uyguladığı sözleşme; sınırları yasal düzenlemelerle belirlenmiş sözleşme serbestisi prensibinden hareketle oluşturulmuş Yasadan müteşekkildir. Burada sözleşme serbestisinin sınırlılığı da açıktır.

Bu çerçevede, özellikle ticari konularda ve genel sözleşmeler hukuku sahasında taraflara tanınmış en önemli serbestilerden biri de tarafların kendi aralarında çıkan veya çıkabilecek uyuşmazlığı özel mahkeme nitelikli tahkim heyeti veya hakeme götürebilmeleridir. Ancak, tahkim yolunu serbestçe seçenlerin bu yola girdikten sonra veya daha başlangıçta bu yola ilişkin ne gibi sözleşme serbestisinden yararlanabilecekleri de büyük önem arz etmektedir. Zira tahkim yolunu seçen tarafla-

* Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

** İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

¹ Sözleşme hazırlanırken ileride çıkabilecek sorunların önlenmesi bakımından taraflarca uyulması gereken Yasa ve hazırlanacak sözleşmenin içeriğinin nelerden teşekkül edeceği hususunda ayrıntılı açıklama için bkz.: (ŞANLI, C.: *Uluslararası Ticari Aktinlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, İstanbul 2005, s. 9 vd.); ŞANLI, C.:diğer bir eseri olan *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Ankara, 1986, s. 107 ve devamında da milletlerarası özel hukukta uluslararası ticari tahkimler açısından sözleşme serbestisinin önemini ele almakta ve ayrıntılı olarak incelemektedir. GOODE de eserinde, tarafların üzerinde anlaştığı, devletin otoritesinden kaynaklanmayan yargı yolu olarak değerlendirilen ticari tahkimin ticari hayat açısından başvuru kolaylığı ve yoğunluğuna vurgu yapmaktadır (GOODE, R.: *Commercial Law*, New Edition, Oxford 1995, s. 1176). Ayrıca BALCI, Türkiye ve Türk Hukuk Tarihi açısından Mecelle'de dahi tahkimin sözleşme serbestisi ile gidilebilecek bir yol olarak tanıdığı vurgulanmaktadır (BALCI, M.: *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*, İstanbul 1999, s. 85).

rın burada emredici bir yığın hukuk usulü kuralı ile karşılaşmaları kendi kendilerini sınırlama olacak ve bu yolun seçilmesindeki hukuki menfaatleri zarar görebilecektir. Ancak sözleşme serbestisinin sınırlarının tayini, sınırlamaların değil serbestinin sınırlarının ne şekilde belirlendiği hususları üzerinde özellikle durmak gerekmektedir. Bu sorunlar her hukuk sistemi ve özellikle her uluslararası tahkim açısından farklı farklı değerlendirilebilecektir.

Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu², Model Yasa normlarını koyarken sunuş kısmında amacını, “*uygulanacak söz konusu normların taraf irade serbestilerine azamî özeni göstermesi suretiyle uluslararası ticari tahkimin tarafların beklentilerine uygun bir şekilde uygulanabilirliğini sağlamak*” olarak beyan etmiştir³.

Buradan anlaşılacağı üzere, tarafların uluslararası ticari tahkim prosedürünü sorunların giderilmesi için seçmelerindeki beklentileri, onlara gereken sözleşme serbestisinin tanınması ile mümkün kılınabilecektir. Tarafların sözleşme serbestisine, gerek MTO (Milletlerarası Ticaret Odası)⁴, gerekse milli kanunlar tarafından yapılan uluslararası tahkime ilişkin düzenlemelerde⁵ özellikle dikkat edilmiştir. Sonuç olarak, hemen her düzenlemenin her maddesinde özenle *aksine taraf iradeleri olmadıkça* ön koşulu ile yasa metinleri oluşturulmaya çalışılmıştır. Yasal düzenlemelerde genellikle her hükümde mümkün oldukça taraf iradelerinin ön planda olduğu da böylece vurgulanmaktadır.

Model Yasa, direkt olarak herhangi bir ülkede uygulanan veya uygulanmak üzere konmuş Yasa değil, Birleşmiş Milletler teşkilatına üye olan devletlerin kendi hukuk sistemlerine katmaları – iktibas etmeleri için bir *tasarı-taslak* metinden ibarettir. UNCITRAL Model Yasa’dan hareket noktaları bulması gereken ve bulan, Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu da âkit tarafların sözleşme serbestisine gereken özeni göstermesini ve adından da anlaşılacağı üzere Türkiye açısından bütün uluslararası tahkimleri düzenlemeyi hedeflemektedir. Oysa 1985 tarihli UNCITRAL Model Yasası, üye devletlerin kendi iç hukuk düzenlemelerinde, bu modeli esas almaları ve böylece uluslararası alanda yeknesaklığın sağlanmasını hedeflemektedir⁶. Ancak adından da anlaşılacağı üzere⁷ burada yeknesaklık hedeflenen tahkim sahası tamamen ticari tahkim sahasıdır.

Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun⁸ ise bundan ayrılarak tüm uluslararası tahkim sahasına ilişkin düzenleme yapıyor olmasının sebebi, kamu hizmetleri ile

² UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law).

³ UNCITRAL Model Yasa’sının açıklaması ile İngilizce ve Türkçe metni için bkz.: **DAYINLARLI, K.**: *UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim*, Ankara 2000, s. 89 – 121, 165 – 189.

⁴ ICC (International Chamber of Commerce).

⁵ ICC uygulaması ve hakem yargılamasının hukuki dayanağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: **BERBER, L. K.**: *Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü Uygulaması*, Ankara 1999, s. 3 vd.

⁶ **DAYINLARLI**, s. 89; **KAPLAN**, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Ankara 2002, s. 75, 203.

⁷ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (Uluslararası Ticari Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Yasası).

⁸ 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (Kabul Tarihi: 21.06.2001, Resmi Gazete Tarih 05.07.2001 / Sayı 24453).

imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların⁹ Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. maddesinin 5. fıkrasında özel olarak kanunun kapsamına alınmasıdır. Ancak özellikle ticari tahkimde temel teşkil eden sözleşme serbestisi ilkesi, milletlerarası ticari tahkim yerine *Milletlerarası Tahkim Kanunu* adı altında tüm uluslararası tahkim sahasına yaygınlaştırılmıştır¹⁰. Fakat, içerik incelemesi yapıldığında getirilen düzenlemelerin, kamu hizmetlerinin yürütülmesi dışında, tamamen uluslararası ticari tahkime yönelik olduğu görülmektedir.

Açık olan tarafların “sözleşme serbestisi”ne gereken özenin bu kanunda da yeterince gözetildiği olup; hemen başlangıç maddesi ve de kanunun uygulama alanını tespit eden 1. madde, tahkim yerinin Türkiye olması koşulunu getirirken, Türkiye'nin tahkim yeri olmadığı durumlarda dahi sözleşme taraflarının kanunun uygulanmasını seçme özgürlüğüne sahip olduğunu belirtmiştir. Yabancılık unsurunun varlığı araştırılırken 2. maddede de açıkça tarafların sözleşme serbestisi ile sözleşmeye yabancılık unsuru katabileceği ihtimalini gözetmeyi ihmal etmemiştir. Zira taraflardan birinin ikâmeti, mutat meskeni veya maddi hukuk ilişkili olduğu yer Türkiye’de değilse, ancak tarafların sarih arzuları tahkim yerini Türkiye yapabilecektir. Ancak, kanun kapsamı genişleterek yabancı yatırımcıları korumak, Türkiye’ye teşvikli gelen yatırımcıları gözetmek ve yine kamu ile iş ilişkisine giren yabancılara özel düzenlemeler getirmiştir. Burada güdülen gaye, yabancılara taleplerine göre imkânlar sunmak gibi gözükmektedir¹¹.

Tarafların irade serbestisi çerçevesinde, ulusal yargıdan bağımsız hareket etmek amacıyla doğmuş olan tahkim müessesesinin¹², kaynaklandığı bu ana ve beynelmil borçlar hukuku prensibine, gereken özeni göstermesini olağan karşılamak gerekir. Ancak, burada sözü edilen tam bir serbesti olmamakta ve getirilen belirli

⁹ Bu konuda öncelikle 4051 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İkelere Dair Kanun (RG. 22.01.2000 / 23941) çıkarılmıştır. Daha sonra kabul edilen Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 1/5 ile yabancılık unsurunun bulunması kaydıyla 4051 sayılı Kanun’dan doğan uyuşmazlıklarda kanun kapsamına alınmıştır. 4051 sayılı Kanun hakkında ayrıntılı açıklama için bkz.: **DOST, S.**: *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi*, Ankara 2006, s. 59 vd.

¹⁰ Milletlerarası tahkim yerine, ‘milletlerarası ticari tahkim’ kavramını kullanmanın bazı sakıncalarının olacağı, zira her devletin iç hukukunda ticari tahkim kavramından anlaşılının ticari iş kavramına verilecek anlama göre farklılık göstereceği ileri sürülmüştür (**KALPSÜZ, T.**: *Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? II, Taslak – Tartışmalar – Öneriler*, Ankara 1999, s. 17; **AYDOĞAN, A.**: *Milletlerarası Tahkim Kanunu Kapsamında Cereyan Eden Tahkim Usulü*, İstanbul 2003, s. 14). Buna karşılık milletlerarası tahkim kavramının özel hukuk dışı olan ve devletlerarasındaki uyuşmazlıkların çözümünü de kapsayan ve bu yönüyle devletler umumi hukukunun konusunu oluşturan tahkimi de ifade ettiğini, bu sebeple ticari kelimesinin kullanılmasının özel hukuk alanındaki tahkimi belirteceğinden milletlerarası ticari tahkim kavramının kullanılması gerektiği de belirtilmektedir (**NOMER, E. / EKŞİ, N. / GELGEL, G.**: *Milletlerarası Tahkim*, İstanbul 2000, s. 3 vd.). Uluslararası kamu hukuku alanındaki tahkim ile devletlerin ekonomik ve ticari konulardaki ilgisi nedeniyle oluşan karma tahkimler konusunda ayrıca bkz.: **ERDOĞAN, F.**: *Uluslararası Hukuk ve Tahkim*, Ankara 2004, s. 19 – 87, 165 – 192.

¹¹ Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1.maddesinin 5. fıkrası ve özellikle 2. maddesinin 3. ile 4. bentleri bu nitelikte hükümler olarak gözükmektedir.

¹² **SCHMITTHOFF, C.**: *Schmitthoff's Export Trade-The Law and Practice of International Trade*, London 1993, s. 647. Yazar, söz konusu eserinde ulusal yargı ile tahkim karşılaştırmasını yapmakta ve tahkim yönünde olumlu kanaatlere ulaşırken; uluslararası ticari hayattaki büyük önemini özellikle vurgulamaktadır.

sınırlamalar her düzenlemenin ana temasını oluşturduğu gerçeği ile birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Zira, her düzenleme belirli sınırlamalar manzumesidir. Fakat aynı zamanda da kaynağı olduğu uluslararası kabul gören temel sözleşme serbestisi ilkesini koruyucu olması gereken tahkim kanun ve düzenlemeleri bu yönleri ile incelenme konusu yapılmıştır. Öncelikle sözleşme serbestisinin anlamı ortaya konulduktan sonra üye devletlere hukuk sistemlerinde kanunlaştırmak üzere konulmuş UNCITRAL Model Yasası'nda ve Türkiye'nin yürürlüğe koyduğu Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda¹³ sözleşme serbestisinin ne olduğu ve çıkabilecek sorunları ele alınmış ve nasıl olmalı sorusuna cevap verilmeyle çalışılmıştır.

I. GENEL OLARAK SÖZLEŞME SERBESTİSİ

Asıl olan gerek ticari hayatta, gerekse diğer alanlarda kişilerin özgürce sözleşme yapabilmeleri olup, bu sözleşme tipi seçiminden içerik seçimine kadar her aşamada kendini göstermektedir¹⁴. Hiçbir hukuk sistemi kural olarak kişileri belli işlem ve eylemlerde bulunmak üzere irade açıklamaya zorlamamaktadır. Ancak kendi sistemi açısından belirli sınırlamaları da belli mülahazalarla öngörmektedir ki; her kanun düzenlemesi serbestiler sistemi kadar sınırlamalar sistemi de getirmektedir. Tahkim de gerek ulusal, gerekse uluslararası boyutu ile bu sözleşme serbestisi çerçevesinde doğmuş ve gelişmiş bir müessesedir¹⁵. UNCITRAL'de gerek kendi Tahkim Yönetmeliği ve gerekse Model Yasası'nda sözleşme serbestisini azami ölçüde kabul eder bir görüntü sergilemektedir¹⁶. Tahkim açısından bakıldığında her devlet kendi hukuk sistemi açısından sözleşme tarafları arasında çıkan uyuşmazlıklar için bir yargı yeri tespit etmekle beraber tahkime de müsaade etmektedir. Yani taraflar özgür iradeleri ile tam bir uyuşma halinde pekala devletin yargı yetkisini bertaraf edebilmektedir¹⁷. Burada dikkat edilmesi gereken husus, tarafların başkaca bir üçüncü kuvvet ve de devlet otoritesi olmaksızın kendi iradeleri ile çıkacak karara uymaları gereği yine sözleşme serbestisi (freedom of contract) ve taahhütler ile bağlılık (ahde vefa - pacta sunt servanda) ilkelerinden kaynaklanmaktadır.

¹³ **GOODE**, Ticaret Hukuku adı altında yazdığı söz konusu eserinde uyuşmazlıkların çözüm yolları başlığı altında önce yargıyı sonra da tahkimi ele almış ve Ticari Tahkim adını kullanmıştır (**GOODE**, s. 1176 vd.). Türk kanun koyucusu ise, 21.06.2001 tarihinde kabul edilen ve 05.07.2001 tarih ve 4686 sayılı Resmi Gazete ile yayınlanan Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda '*ticari*' terimini dışlayarak diğer ticari olmayan tahkimlere de uygulanması hedeflemiştir. Oysa gerçek anlamda sözleşme serbestisi olan saha ticari sadır ve ticari olmayan alanlarda uluslararası tahkim ancak iki yabancı kamu erki arasında, bir özel hukuk kişisi ile kamu erki arasında veya devletler arasında söz konusu olabilecek ve de bunların bulunduğu temel hukuk sahası da Devletler Umumi Hukuku veya sözleşme serbestisinin sınırlı kaldığı kamusal yatırımlar sahası olacaktır.

¹⁴ Tahkimin doğası sözleşme serbestisi tarafından belirlenmektedir (**GOODE**, s. 1176).

¹⁵ UNCITRAL Tahkim Yönetmeliği, ICC Tahkim Yönetmeliği ve benzeri düzenlemelerde '*taraf iradelerine öncelik veren*' bir yaklaşım izlenmiş ve bu yerinde bir yaklaşımdır (**NOMER / EKŞİ / GELGEL**, s. 44). **KAPLAN**, tahkim usulündeki taraf iradesi ile ilgili olarak, buradaki taraf iradesi kavramının birçok iç hukuk sistemindeki sözleşme serbestisi olarak gözlemlenen düzenlemelerden, daha geniş kapsamlı ve liberal bir anlam ifade ettiğini belirtmektedir (**KAPLAN**, *Usule Aykırılık*, s. 25).

¹⁶ UNCITRAL Yasasının hareket noktalarının ayrıntılı açıklaması için bkz.: **YILMAZ, E.**: *Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi?* II, *Sempozyum – Bildiriler - Tartışmalar*, Ankara 1999, s. 9 vd. Ayrıca UNCITRAL Tahkim Tüzüğü'nün metni için bkz: **DAYINLARLI**, s. 65 – 85.

¹⁷ **MUSTILL, M.**: "*Arbitration; History and Background* (1989)", 6. JIA, s. 43; **MUSTILL, M. / BOYD, S. C.**: *Commercial Arbitration* (1989), Second Edition, London 1989, s. 33 vd.

Tahkim açısından sözleşme serbestisi, tarafların aralarında mevcut veya muhtemel uyuşmazlıkları tahkim yolu ile çözecekleri yönünde bir müstakil ya da maddi hukuka dair sözleşmeye eklenmiş bir tahkim kaydı ile kendini göstermeye başlar ve tahkim otoritesi seçimi, tahkim sürecinin nasıl gerçekleşeceği, kararın nasıl uygulanacağı ve uygulanacak hukuklarda tam olarak kendini gösterir¹⁸. Kısacası tahkim yolunun seçilmesi taraflar için tam bir serbesti dâhilinde ihtilafın giderilip taraflarca buna rızaen uyulması ile sonuçlanması gereken bir süreçte kendini gösterir. Özellikle farklı hukuk sistemlerine tâbi olan (gerçek ve/veya tüzel kişi) tarafların birbirleri ile girdikleri ticari ilişkilerde duydukları güven ihtiyacı ve sistemler arasındaki farklılıkların törpülenmesi olanağı tarafları uluslararası tahkimi seçip uygulanmasını sağlamak açısından zorunluluk gibi görülebilmektedir. Zira uluslararası ticari hayat artık uluslararası olmaktan da öte sanki global ticari ilişkiler olarak gözlenmeye başlamıştır. İşte bu boyutlu bir ticari ilişkiler düzenini temin için her devlet ve hukuk sisteminde genel geçerli ilkelerden hareketle çözüm tarzlarının üretilmesi bir zorunluluk olmakta ve her devlette en geniş sözleşme serbestileri çerçevesinde ticari ilişkinin taraflarını tahkimi uygulamaya ve bunda da başarılı olmaya yöneltmektedir. Aksi takdirde bu serbestiyi tanımayan devletlerin kaybının göz ardı edilemeyeceği aşikardır.

UNCITRAL, bu gereklilikten yola çıkarak 1976 yılında kendi Tahkim Yönetmeliğini ve daha sonra, Birleşmiş Milletler üyesi devletler için global bir birliği temin amacı ile tavsiye niteliği taşıyan 1985 tarihli UNCITRAL *Model Law- Model Yasası* hazırlayıp kabul etmiş ve akabinde de birçok devlet bu Yasayı gerek aynen ve gerekse uyarlayarak kendi hukuk sistemlerine katmışlardır¹⁹. Bu devletler açısından, her devletin kabul ettiği sözleşme serbestisi ve sınırları hemen hemen aynılık teşkil etmekte iken, Türk hukuku açısından Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20. maddeleri bu çerçevede daha dar anlam taşımaktadır. Zira, uluslararası anlamda bir ahlaka aykırılıktan söz edilemeyecek ve milletlerarası özel hukuk açısından sözleşme serbestisi sınırları daha zorlanmak gerekecektir. Milletlerarası Tahkim Kanunu 1. maddesinde kanunun kapsamını tayin edilirken ve 1. maddenin 2. fıkrasında sözleşme taraflarının kendi iradeleri ile aralarındaki uyuşmazlığın çözümünde bu Kanunun

¹⁸ REDFERN, A. / HUNTER, M. (*Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Second Edition, London 1991, 132 vd.), tahkim sürecinde uluslararası standartlardan ve silsileden söz etmekte ve işleyişin temelinde sözleşme serbestisinin varlığını beyan etmektedir.

¹⁹ Almanya, Singapur, Bermuda, Cezayir, Rusya, İskoçya, Bulgaristan ve daha bir çok ülke bu Yasayı kendi sistemlerine kanun metni olarak katmışlardır. Abant Toplantıları'nda Sayın Prof. Dr. Saim Üstündağ'ın fikirlerinin (*Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi? II –Taslaklar – Tartışmalar - Öneriler*, Ankara 1999, s. 10 - 11) aksine UNCITRAL Model Yasasını, kanun olarak kabul eden devletler zengin fakir ayrımı yapılmaksızın çok değişik yapıdadırlar. Sadece entellektüel turizmi teşvik amacı ile bile tahkim müessesesini ülkesine transfer eden ve güçlü serbestiler tanıyan devletler vardır. Ayrıca devletler Model Yasayı kendi mevzuatlarına aktarıırken, bu Yasadan ayrılarak farklı hükümler de getirebilmektedirler [Model Yasa'yı aynen kabul etmekle birlikte ulusal tahkime ilişkin olarak da uygulanması açısından mehzadan ayrılan Alman örneği için bkz.: Alman Tahkim Kanunu (ÖZBAY, İ.: "1998 Alman Tahkim Hukuku ve Bu Reforma İlişkin Örnekler", Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 1063 vd.)].

uygulanmasını seçebilme imkânı tanırken yerinde davranılmış ve milletlerarası özel hukuk ve borç ilişkileri açısından daha baştan sözleşme serbestisini esas alınmıştır.

II. SÖZLEŞME SERBESTİSİNİN KAPSAMI

1. SÖZLEŞMELERE ULUSLARARASI KARAKTER KAZANDIRMADA

Uluslararası bir sözleşme hazırlanırken irade serbestisi çerçevesinde en önemli hususlardan biri olarak “uluslararası olma” unsuru ile karşılaşılır. Uluslar arası olma unsuru²⁰ tahkimde gerek esasa, gerekse usule uygulanacak hukuk tespiti açısından büyük önem taşımaktadır. Zira bu unsur tahkimin uluslararası normlar çerçevesinde yürütülüp yürütülmeyeceğini belirleyecektir. Bu husus, esas olarak işin yapıldığı yer veya tarafların milliyetine göre tespit edilecek veya tarafların iradesi ile bir ticari ilişki pekala uluslararası tahkim konusu olarak değerlendirilebilecektir. Model Yasa, 1. maddesinde 3. fıkrasında bu hususu düzenlemekte ve esas sözleşme zamanı üzerinden tespitlerde bulunmaktadır. Özellikle tahkim yeri veya usule ilişkin hukuk seçiminin söz konusu olduğu hallerde uluslararası olma unsuru kendiliğinde iradelerle tahkime katılmış olacaktır. Burada tahkim yeri hukuk sistemi, eğer Model Yasa kendi sistemine dâhil etmişse bu Yasa tahkimde usule uygulanacak hukuk olacaktır. Zira bu Yasa, seçimle de uygulanabilme imkânı tanımış ve uygulanacak hukuk seçimi sözleşme serbestisi dâhilinde tutulmuştur. Model Yasanın 1. maddesinin 3. fıkrası c) bendinde, temel sözleşme konusunun birden fazla ülkeyi ilgilendiriyor olması halinde de tarafların anlaşarak bu Yasanın tahkimde uygulanabileceğine imkân vermekle; burada sözleşme serbestisini azami ölçüde tanınmış olduğu görülmektedir. Sonuç olarak denilebilir ki; eğer Model Yasayı kendi hukuk sistemine katmış bir devlet ülkesi tahkim yeri olarak veya tahkim usulüne uygulanacak hukuk olarak seçilmiş ise; taraflar tam bir sözleşme serbestisi dâhilinde ticari ilişkinin uluslararası bir karakter taşıyıp taşıyımamasını seçme özgürlüğü ile karşılaşacaklardır²¹.

Uluslararası olma açısından Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. maddesinde de tarafların irade serbestisi ile bunu sağlayabilmesini, taşınmazın aynı ile ilgili ilişkiler dışında aynen tanımıştır. Ancak, yabancılık unsuruna ilişkin 2. maddede taraflardan birinin diğeri ile farklı devlet ülkesinde yerleşik, ikamet sahibi, işyeri sahibi ya da yabancı ortaklı olma gibi şartları aramıştır. Kural olarak, tahkim anlaşmasının akdi sırasında sözleşme taraflarından bir veya her ikisinin tahkim yeri ülkesi (Türkiye) dışında yerleşik veya mesken sahibi olması şartını aramıştır. Burada ticari işin mahiyeti değil, sadece tarafların ikametgâhı veya mutad meskeni prensibi-ne ağırlık verilmiştir. Bunlara ek olarak 2. maddenin 4. bendinde asıl sözleşme veya

²⁰ Tanıma ve tenfiz açısından hakem kararının uluslararası olma değil yabancılık unsuru araştırmasına tabii tutulduğunu belirtilmektedir (NOMER / EKŞİ / GELGEL, s. 96 – 101). Ancak kanaatimizce yabancı karardan ziyade uluslararası karar yani farklı hukuk sistemlerini etkileyen karardan söz edilmesi daha yerinde olur. Zira her koşulda sözü edilen karar verildiği yer veya tarafları açısından ve de tenfiz-icra yeri bakımından farklı hukuk sistemlerinin etkisindedir. Hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: ŞİT, B.: *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Ankara 2005.

²¹ KAPLAN, N. [“The Model Law in Hong Kong”, *Arbitration International* (1992), 223], bu sözleşme serbestisinin sınırsızlığı üzerinde ayrıca durmakta ve Model Yasa'nın Hong Kong'da kabulünde aynen korunduğuna değinmektedir.

hukuki ilişkinin bir ülkeden diğerine mal veya sermaye geçişlerine ilişkin olması halinde de yabancılık unsuru kabul edilmiştir. Örneğin ikisi de Türk şirketi olan ve Türkiye’de yerleşik şirketlerin bir yabancı ülkeden bir başka yabancı ülkeye mal satımı veya taşınmasına ilişkin sözleşmelerde de yabancılık unsuru varsayılacaktır. Yine hizmet transferleri de geniş anlamda mal transferi olarak kabul edilebilecektir.

Burada sayılanların dışında, Milletlerarası Tahkim Kanunu, ulusal bir işlem ya da sözleşmeye irade serbestisi ile yabancılık unsuru kazandırmaya izin vermemektedir. Yani Türkiye içinde iki şehir arası taşımada taraflar bu ilişkiye Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulanacak şekilde bir hukuk seçimi ile Kanunun uygulanmasını sağlayamazlar. Zira, 1. maddenin 2. fıkrasında açıkça yabancılık unsuru taşımayı şart koşmuş, yabancılık unsurundan ne anlaşılması gerektiğini de sınırlı bir şekilde 2. maddede ortaya koymuştur²².

2. HAKEM HEYETİNİN OLUŞTURULMASI VE HAKEMLERİN SEÇİMİNDE

Tarafların sözleşme serbestisi dâhilinde en önemli hususlardan birisi de tahkim heyeti veya tek hakemin kim olacağıdır. Yani taraflar hakem seçimi veya seçim süreci açılarından da tam bir sözleşme serbestisinden yararlanacaklardır²³. Ancak hakem heyetinin oluşturulmasında asıl olan sözleşme serbestisinin aynı ölçüde taraflara eşit olarak tanınmasıdır. Hakem heyetinin tarafsızlığı ve bağımsızlığı hakemlerin seçimlerinden önce en önemli konulardan birini teşkil etmektedir²⁴. Zira; tahkim sürecinde hakem heyetleri dikkate değer bir gücü kullanmakta ve tarafları bağlayıcı kararlar almaktadırlar. Usule ilişkin verilen serbesti dâhilinde hakemler geniş yetkilerle tahkim sürecini işletir ve yürütürler. Bu aşamada da tarafların irade serbestisi hakemler için en önemli hukuk kaynağını teşkil eder. Bu anlamda hakemler tarafları, kendilerine tanınan serbesti çerçevesinde pekala sıkı prosedürel bir süreçle zorlayabilecekleri gibi, daha serbest bir usul süreci ile de tahkimi yürütebilirler. Ancak hakemlerin seçiminde, tarafsızlık, bağımsızlık ve taraflara eşit davranma ölçütlerinin dikkate alınması sonuçta oluşacak kararın icra edilebilmesi için çok önemlidir²⁵

²² Ayrıntılı açıklama için bkz.: **GELGEL, G.**: “Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanı ve Getirmiş Olduğu Önemli Yenilikler”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C.II, İstanbul 2003, s. 1084 vd.

²³ **SCHWARTZ, E. A.**: *Perspectives from the ICC*, International Conference on the Reform of Commercial Arbitration Procedures (17-18 February 1994), London, s. 34 - 35.

²⁴ Taraflara tanınan serbesti kendilerine eşit muamele yapılmasını engelleyecek şekilde kendi ekonomik veya iş ilişkisi ile bağimli, tarafsız olmayacağı belli kişilerin hakem seçilmesi sonucunu da doğurmamalıdır. Taraflarca seçilmiş olsalar bile hakemlerin bağımsızlığı tahkim sürecine dair en temel usul garantilerindedir (**KAPLAN, Y.**: “Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfiz Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi”, MHB, Y.21, s.1-2, 2001, İstanbul, s. 43; **NOMER, E.**: “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı”, MHB, Y.1, S.1, 1984, s. 29).

²⁵ Hakemlerden biri veya tamamının tarafsızlığı konusu kararın tenfizi aşamasında kamu düzeni kriteri ile denetlenebilecek ve tenfizin reddi sebebi oluşturabilecek bir husustur. Tüm Kara Avrupası hukuklarında da tarafsızlık ve bağımsızlık ilkesine uyulmadan seçilmiş hakem kararları kamu düzeni denetimine tâbidir. Taraflar tüm hakemlerin tek bir tarafça seçileceği konusunda anlaşmışlarsa bu durum da taraflar arası eşitlik ve hakemlerin tarafsızlık ilkelerini zedeler ve kamu düzenine aykırılık oluşturur. Ancak kamu düzeni hakem kararlarının tenfizinde zayıf bir müdahale gücüne sahiptir ve çok sınırlı bir denetim aracı olarak kullanılmı-

Açıklanan gerekçelerle ve çizilen sınırlar dâhilinde UNCITRAL Model Yasayı tahkim sürecinin başlaması ve hakemlerin seçimlerinden sonra tarafların sözleşme serbestisini hakemlerin tutum ve davranış serbestisi olarak ele almaktadır. Yani artık tarafların irade serbestisi kendilerine eşit muamele yapılmak kaydı ile hakem heyetine geçmiş olacaktır. Ancak Model Yasa uyuşmazlığın taraflarının tahkim heyeti veya hakemin sayısında anlaşmamaları haline matuf olmak üzere emredici bir kural koymuş ve bu durumda üç hakemden müteşekkil hakem heyetinin tahkim sürecini işleteceği kuralına yer vermiştir. Her ülke açısından bu Kanun, kendi hukuk sistemlerine katılırken farklı sayıda hakemlerin teşekkülüne izin verilmesi mümkün olacaktır²⁶. Hakemlerin seçimlerinde ise taraflara tam bir irade serbestisinin tanındığı görülmektedir. Ancak 6. madde uyarınca, eğer taraflardan biri kendi hakemini seçmekte özellikle gecikiyorsa yetkin ve görevli mahkemenin pekâla taraf yerine hakem seçimini gerçekleştirmesine yer verilmektedir.

Model Yasa, hakemlerle taraflar veya diğer tahkim otoriteleri ile taraflar arasında çıkan veya çıkabilecek uyuşmazlıklarda ne gibi çözümler üretebileceği hususunda her hangi bir düzenleme getirmemiştir. Oysa tarafsızlığından ya da bağımsızlığından şüphe edilen hakemin reddi uygulaması pekala taraflara tanımak gerekir²⁷. Hatta taraflar irade serbestileri çerçevesinde hakemlerin ne gibi durumlarda reddedilebilir görevden el çektirilebilecekleri ve buna ilişkin süreci de düzenleme yetkisini haizdirler²⁸. Ancak tarafların anlaşmamış olmaları halinde Model Yasa ya da bu Yasayı yasalastırılmış hukuk sisteminin bu hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Burada da yedek hakemin seçiminde yine tarafların irade serbestisine mi yoksa direkt mahkeme seçimi yoluna mı gidileceği hususları tartışmalı olmakla birlikte; taraf iradelerine üstünlük tanınması gerekir. Ancak taraf iradelerine üstünlük tanınması sürecin suistimali sonucunu doğuracak nitelikte olmamalıdır²⁹. Fakat uygulamada taraflardan birinin başvurusu halinde tarafsızlığını yitiren hakemin yerine yenisinin atanması genellikle mahkemelerce yerine getirilen bir görev gibi değerlendirilmektedir. Milletlerarası Ticarî Hakemlik Konusundaki 21 Nisan 1961 Tarihli Cenevre’de Yapılan Avrupa Sözleşmesi’nde³⁰ hakem seçimi ve reddi konuları ayrıntılı olarak düzenlenmiş olup; UNCITRAL Model Yasası ile paralel içeriktedir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 7. maddesinde de bu konular düzenlenmiştir. Tek sayı olmak koşulu ile taraflara hakem sayısını tespitite tam bir serbesti ve-

lıdır (NOMER, E.:“Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi”, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, MHB, Y.19-20, S.1-2, 1999-2000, s. 561-562, 575).

²⁶ İskoçya, Meksika ve Amerika Birleşik Devletlerinde bir çok eyalet üç hakem yerine bir hakemi daha uygun bulmuşlar ve ayrıca Model Yasayı kendi hukuk sistemlerine dâhil ederken farklı hükümler getirmişlerdir. Bu farklı düzenlemeler için bkz.: SANDERS, P.: “Unity and Diversity in the Adoption of the Model Law”, Arbitration International 1995-1, s. 1-12.

²⁷ LALIVE, P.: *An International Conference on the Reform of the Commercial Arbitration Procedures- Conclusions*, London 1994, s. 119 - 122.

²⁸ BERGER, K. P.: *International Economic Arbitration*, Kluwer 1993, s. 252.

²⁹ SCHLOSSER, P.: *The Competence of Arbitrators and of Courts*, Arbitration International 1992 - 8, s. 193.

³⁰ RG. 23.9.1991 / 21000 (metin için bkz.: KAPLAN, Usule Aykırılık, s. 221 - 232).

rilmiştir³¹. Tek sayı prensibini kabul eden Kanun'a rağmen çift sayılı hakem heyetlerinin de oluşturulabileceği ve bunun kabul edildiği hukuk sistemleri mevcuttur³². Yine hakem seçimine ilişkin prosedürü tayin eden kanun, taraflara aksini kararlaştırma serbestisini taraflara vermektedir. Taraflara hakem seçimi kadar, niteliklerinin belirlenmesi³³, hakemin reddi, hakemlere tazminat yükümlülüğü yüklemek gibi birçok konuda tam bir sözleşme serbestisi tanındıktan sonra, tamamlayıcı hukuk kuralları ile kanun maddesi sistematize edilmiştir. Hakemlerin kendilerinin yetkisi konusunda karar verme yetkileri de (competence-competence) kanunda tanınmış ve bu konuda taraflara bir serbesti verilmemiştir. Taraflar yetki konusunda sadece ilk itirazlarını, yetki aşımında ise aşımı takiben itirazlarını sunabilme serbestisine sahiptirler.

3. USULE UYGULANACAK HUKUKUN SEÇİMİNDE³⁴

Genel olarak tahkim kanunlarının çoğunluğunda hakem heyetleri veya hakemlere organizasyon ve prosedür açısından büyük bir serbesti alanı bırakılmaktadır³⁵. Ancak tahkim kanunları az ya da çok uyumsuzluk taraflarına usule uygulanacak hukuk seçimi ve sürecin işleyişinde hakemlere yönelik olarak tam bir özgürlük tanıma yanlısıdır. İşte bu serbestinin kullanılmasında hakem heyeti tam bir serbestiye sahip olacak ve tarafların yerine karar verme özgürlüğünden yararlanacaktır³⁶. Ancak, taraflar usule ilişkin bir hukuk seçmemekle birlikte tahkim yerini seçmişlerse, o tahkim yeri hukukunun usule uygulanacak hukuk olarak değerlendirilmesi gerekir³⁷.

Model Yasanın 19. maddesinde tarafların irade serbestisini tahkim heyetinin takip edeceği belirtilmiştir. Sadece bir kaç emredici kuralın sınırlaması tanınmakla

³¹ Bununla birlikte uygulamada her hangi bir zorunluluk da olmamasına rağmen üçlü hakem mahkemesinin klasik bir uygulama haline geldiği söylenmektedir (**KAPLAN, Y.**: “*Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Seçilmesi ve Sonuçları*”, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, MHB, Y.19-20, 2000, s. 478 dn.18).

³² **KAPLAN**, Hakemlerin Seçilmesi, s. 478 dn.19.

³³ Doktrinde hakemlerin niteliklerinin uyumsuzluğun çözümü için yeterli bilgi ve birikime sahip olmasının tahkim sürecine katkı sağlayacağı da özellikle belirtilmektedir (**KAPLAN**, Hakemlerin Seçilmesi, s. 480).

³⁴ Milletlerarası tahkimde uygulanacak tahkim usulü ve bu usule aykırılık konusunda bkz.: **KAPLAN**, Usule Aykırılık, s. 23 vd.

³⁵ **REYMONDE, C.**: “*The Main Features of Civil Procedure and How They Apply the Cases in Arbitration*”, An International Conference on the Reform of Commercial Arbitration Procedures (17-18 Şubat 1994), London, s. 22.

³⁶ Usule uygulanacak Yasanın taraflarca ayrıntılı olarak belirlenmemesi halinde hakemler yargılamaya başlamadan önce bir görev belgesi hazırlaması gerekir. Böyle bir belgenin hazırlanması ile ilgili ICC Tahkim Kurallarının 18. maddesi ile Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 10/E hükmü benzer düzenlemeler içermektedir. Görev belgesi hazırlanırken, usule uygulanacak hukuk, tahkim lisansı ve yeri ile süre ve zaman çizelgesi hakemlerle taraflar arasında görülecek ve ortak çözüm bulunmasına yarayacaktır. Görev belgesinin yararları, içeriği, hukuki niteliği ve bu belgeye bağlanan hukuki sonuçlar için ayrıca bkz.: **AKINCI, Z.**: “*Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Görev Belgesi*”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, İstanbul 2003, s. 966 vd.

³⁷ Milletlerarası tahkimde usule uygulanacak hukuk ile ilgili ayrıca bkz.: **BİRSEL, M. T.**: “*Milletlerarası Ticari Tahkim: Genel Bir Bakış ve Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay Yorumları – ‘Uygulanacak Usul Hukuku’ Belirsizlikleri*”, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 85 – 131.

yetinilmiştir³⁸. Bunlardan en önemlisi ise her iki tarafında sav ve savunmalarını tahkim heyeti önünde sunmaları hakkı ve taraflara süreç boyunca eşit davranma yükümlülüğüdür. Eğer sözlü delillerin sunulması ve de duruşma yapılması hususlarında taraflarca bir anlaşma yapılmamış ise ancak heyet bu hususlarda olayın niteliklerini de gözeterek karar verebilecektir. Yine eğer heyet bir bilirkişi incelemesi öngörürse bilirkişi önünde de tarafların iddialarını ispatlama imkânı tanınmak gerekir. Ayrıca, tahkim sürecinde kullanılacak dilin seçiminde de taraflar tam bir irade serbestisine sahiptir. Ancak bunu seçtikleri hakemler ve tahkim yeri ile bağdaşır bir tarzda kullanmaları kendi menfaatleri icabı görülmektedir. Yine, Model Yasa, 24. maddesi 4. fıkrasında taraflardan birine ulaşan bir belge, yazı, delil bilginin diğerine de tebliğ edilmesi gereğini emredici kural olarak düzenlemiştir. Bu tarafların irade serbestileri ile kendilerine eşit davranma yükümü ile açıklanabilir ve yerindedir. Taraflar heyetçe seçilen bilirkişinin de tarafsızlığı ve eşit davranma yükümlülüğü açısından itirazda bulunup, raporunun geçersiz olması gerektiğini iddia edebilirler.

Ancak bir ülkede üçüncü kişileri delil sunmak üzere ihzaren celp etme ve dinleme yetkisi, yemin teklif yetkisi ve benzeri yetkiler o ülkenin devlet otoritelerine tanınmış olmakla bu hususlarda tarafların irade serbestisi yerini devletin egemenliği ilkesine bırakacak ve hakem heyeti bu hususlarda ya tahkim yeri mahkemesinden ya da usule uyguladıkları hukukun gösterdiği merci vasıtası ile bu işlemleri gerçekleştirecektir³⁹. Burada getirilen tahkim yeri hukukuna atf ve uygulanması sistemi genel kabul gören sistem olup Model Yasa da aynı sistemi benimsemiştir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu, daha 3. maddede tahkimde yetkili ve görevli mahkemeden söz etmektedir. Böylece mahkeme yargısını dışlamayı hedefleyen tarafların, bir mahkeme ile de muhatap olacakları başlangıçta açıkça belirtilmektedir. Kanun, bu düzenlemesiyle mahkeme müdahalesinin aşırı olduğu gibi kendinden soğutucu bir izlenim vermektedir. Bunun sebebi de söz konusu Kanunu uygulayacak veya uygulamayı gözütecek bir tahkim kurumunun eksikliği olarak görmek gerekir. Mehz teşkil eden Model Yasa, uygulaması olan veya direkt uygulamaya elverişli olmadığından her devlet kendi hukuk sistemine bunu taşıırken uygulamayı sağlayıcı kurumu da kendi ihdas etmek gerekmektedir. Bu noktada Milletlerarası Tahkim Kanunu otorite olarak bir mahkemeyi tayin etmiş durumdadır. Usule ilişkin birçok husus mahkemelere gidilmeden bu kurumca önlenmek ve hukuk çerçevesinde tutulabilmek durumundadır. Zira taraflar irade serbestileri tahkime yönelmiş kişiler olarak fazladan mahkemelerle muhatap bırakılmayı istememektedirler. Ancak Milletlerarası Tahkim Kanunu'ndaki bu yetkili ve görevli mahkemenin görevi tamamen usule yardımcı olmaktadır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu, 10. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlediği davranın açılması ve usul ile ilgili hüküm içeriğinde taraflara tam bir sözleşme serbesti-

³⁸ HERRMAN, G.: "The UNCITRAL Model Law; Its background, Salient Features and Purposes", Arbitration International 1985-1, s. 6 - 19.

³⁹ Son yıllarda yapılan tahkimle ilgili düzenlemelerde hakemlere tedbir kararı alma yetkisi verilmeye başlanmıştır; ancak hakem heyetine verilen bu tedbir kararlarının mahalli hukuklarla tanınması veya uluslararası anlaşmalarla kabul edilmesi henüz söz konusu değildir; bu konuda ayrıca bkz.: ŞANLI, s. 363 vd.

si verir gözükmektedir. Tabii burada emredici ve sınırlayıcı kamu düzeni kuralları da vardır. Örneğin önceden mahkeme aracılığı ile ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı alınmış ise otuz gün içinde tahkim davasının açılması zorunlu olacaktır. Yine tahkimin dilinin Türkçe veya Türkiye'nin tanıdığı devletlerden birinin resmi dili olması gereği de taraflara yeterince serbesti verir niteliktedir. Ayrıca Kanunda; taraflara görev belgesi, davada delil toplanması gibi birçok hususta tam bir serbesti tanınmıştır.

4. ESASA UYGULANACAK HUKUK SEÇİMİNDE

Uluslararası ticari tahkim temelini sözleşme serbestisinde bulduğu gibi; uluslararası özel hukuk, gerek Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu'nun 24. maddesi ve gerekse diğer hukuk sistemleri açısından sözleşmesel ilişkilerde uygulanacak hukuku belirlerken kanunlar ihtilafı kurallarında tarafların irade serbestisi ile seçtikleri hukuka birincil uygulama imkânını tanımıştır⁴⁰. Eğer açık bir hukuk seçimi varsa buna bakılmakla uyumsuzluğun esasını teşkil eden sözleşme hukuku irdelenecek ve hükümde esas alınacaktır⁴¹. Birçok hukuk sistemi, kanunlar çatışması ile ulaşılabilecek esasa uygulanacak hukuktan önce uygulama alanı bulacak olan tarafların iradeleri ile seçtikleri maddi hukuku kabul etmektedir. UNCITRAL Model Yasası, kendi sistemlerine dâhil eden ülkeler ve de birçok diğer ülke Türkiye'de dâhil olmak üzere bu serbestiye yer vermektedir. Bu seçim imkânı taraflara sadece bir hukuk sistemini değil o sistem içindeki bir kanun veya özel düzenlemeyi de seçme imkânını kapsar niteliktedir⁴². Hatta taraflar ilişkilerinde esasa uygulanacak hukuk olarak birden çok hukuk sisteminin farklı kanun veya kanun maddelerini uygulama yönünde hukuk seçimi yaparak uygulanacak hukuka da uluslararası nitelik katabilirler⁴³. Dahası tarafların esasa uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*, hukukun temel ilkeleri, ticari örf adet, uluslararası ticari hukukta uygulama alanı bulan belirli Yasa dahi esasa uygulanacak hukuk olarak seçilebilir⁴⁴. Model Yasa, 28. maddenin 4. fıkrası açıkça hakem heyetinin sözleşme kuralları çerçevesinde karar vereceğini belirten ifadesi bu denli geniş yorumlanmak gerekir. Ancak burada da sınırlamaların varlığı göz ardı edilemez, aşağıda ele alacağımız gibi, kamu düzeni, iyiniyet ilkeleri ve benzer yargısal yaklaşımlar burada da irade

⁴⁰ ŞANLI, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, adli eserinin 105. sayfasından ve özellikle 123. sayfa itibarı ile sözleşme serbestisi ve tahkimi ele alırken tahkim heyetlerinin bir *lex fori*'sinin olmaması nedeni ile esasa uygulanacak hukukun seçilmiş olmasının büyük önem taşıdığını ayrıntılı olarak ele almıştır. Ayrıca bkz.: TEKİNALP, G.: "Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk – MÖHUK m. 24 ve Zimni Hukuk Seçimi", MHB, 1985/1, s. 28 – 29; TİRYAKİOĞLU, B.: *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1996.

⁴¹ MUSTILL / BOYD, s. 62 vd.

⁴² CHUKWUMERİJE, O.: *Cohice of Law in International Commercial Arbitration*, London 1994, s. 107 vd.

⁴³ HERRMAN, s. 22.

⁴⁴ KAPLAN, bu türden milli hukuk dışındaki hukuk kurallarının seçilmesine izin veren düzenlemelere örnek olarak MTO Tahkim Kuralları, 1958 Tarihli New York Sözleşmesi, 1961 Tarihli Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi, 1965 tarihli Washington (Dünya Bankası) Sözleşmesi, UNCITRAL Model Yasasını vermektedir (KAPLAN, K.: "Milletlerarası Ticari Tahkime Milli Hukuk Dışı Kuralların Uygulanması", AÜEHFD, C.III, S.1, s. 328 -334).

serbestisinin sınırlarını çizecektir⁴⁵. Milletlerarası Tahkim Kanunu m.12/C’de aynı doğrultuda esasa uygulanacak hukuk bakımından tarafların sözleşme serbestisini tanımadır. Özellikle bir devlet hukuku seçimi halinde seçimin maddi hukuka yöneldiği yönlü düzeleme yerindedir ve taraf iradelerinin de bu yönde olduğu varsayımına dayanmaktadır.

Model Yasanın 28. maddesinin 3 fıkrasında esasa uygulanacak hukuk açısından dahi hakem heyetini hukuk ihdas etmekle (*amiable compositeurs*) ve buna göre çözüm üretmekle yetkilendirebilir. Bu durumda hakem heyeti sadece belirtilen ülke kamu düzeni ile sınırlı ve bir o kadar serbest bir heyet ve süreçten söz edilecektir. Burada uygun düşen bir hukuk sistemi kuralı esasa uygulanabileceği gibi, sadece hakkaniyet ve nısfet ölçülerinde de karar ihdası yoluna gidilebilir⁴⁶. Bu denli geniş irade serbestisi tarafları Model Yasa hükümlerini kendi sistemlerine taşımış hukuk sistemlerinin bulunduğu yerleri tahkim yeri olarak tarafların seçmesi sonucunu doğurmaya yeter gerekçe olarak dahi gösterilebilir. Ancak bu yetki kullanılıp bir esasa uygulanacak hukuk gerek sistem gerek norm ya da prensip olarak seçilmemiş ise tahkim heyetinin Kanunlar Çatışması kuralarını kullanmaktan başkaca bir imkânı kalmayacaktır. Milletlerarası Tahkim Kanunu da yerinde olarak tarafların irade serbestisine azami önemi esasa uygulanacak hukuk açısından m.12/C ile tanımış gözükmektedir. Özellikle C bendi son paragrafında hakem heyetine hakkaniyet ve nısfete göre karar verme yetkisinin taraflarca açıkça tanımlanabileceğini düzenlerken sözleşme serbestisinin sınırlarını oldukça geniş tutmaktadır. Bu hali ile Model Yasadan ayrılmadığı söylenebilir.

5. TAHKİME YARDIMCI MAHKEMENİN SEÇİMİNDE

Model Yasanın 5. ve 6. maddelerinde tahkim sürecine yerel mahkeme katkıları ve mahkemenin tahkim sürecine müdahalesine ilişkin düzenlemeler getirmektedir. 5. madde açıkça kanunda yer verilmedikçe mahkemelerin müdahalesinin söz konusu olmayacağını belirtmektedir. Bu tahkim yeri mahkemesinin yetkisinin ancak istisnai durumlara özgü olabileceğini açıkça tespit eden bir maddedir. Ancak maddeler tek tek irdelendiğinde yeterince mahkeme müdahalesine yer verildiği görülmektedir⁴⁷. 6. madde ise, uluslararası ticari tahkimlerle ilgili olarak her devletin bir mahkemeyi görevlendirmesi gereğine değinmektedir. Ancak burada görevlendirilen mahkeme ya da yargısal otorite dışında da bazı mahkeme ve yargısal otoritelerin görevlendirildiği maddeler ayrıca vardır⁴⁸.

⁴⁵ CHUKWUMERİJE, s. 109 vd.

⁴⁶ BAKER, S. A. / DAVIS, M. D.: *The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice*, Kluwer 1992, s. 178 vd. Her ne kadar yazarlar UNCITRAL Tahkim Yönetmeliği’ni incelemekte ise de bu husus açısından büyük bir farklılık olmayacağını paralel uygulama bulacağını düşünmekteyiz.

⁴⁷ HERRMAN, s. 15. Yazar, Model Yasada yer verilen mahkeme müdahalelerini fazla bulmaktadır.

⁴⁸ Model Yasanın 9. maddesi tahkim süreci öncesi veya süreçte interim measures-tedbir kararları alınmasında ve delil toplama yardımı için 27. maddesinde ve de tanıma ve tenfize ilişkin 35 - 36. maddelerinde, 6. maddede belirtilen mahkeme dışında mahkeme yetkilendirmesine yer vermektedir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu da bu doğrultuda olarak, 3. maddede yetkili ve görevli mahkeme tespitinde bulunmaktadır. Burada davalının yerleşim yeri esas alınmış; eğer davalının yerleşim yeri yoksa da İstanbul Asliye Hukuk Mahkemeleri yetkili ve görevli tayin edilmiştir. Burada emredicilik söz konusudur ve taraflar tahkime müdahale edecek yargı yerini irade serbestileri ile değiştiremezler. Ancak son fıkrada mahkemelerin yetkilerinin sınırları açıkça kanun kapsamındaki yetkilerle sınırlandırılmıştır.

Her ne kadar mahkeme müdahalesini düzenleyen bu hükümler Model Yasa'da yer alıyor ise de bazı hususlarda tam bir açıklık yoktur. Örneğin uyuşmazlığın esasının tahkime elverişli olup olmadığı meselesi, tarafların tahkim sözleşmesi yapmaya yetkin olup olmadığı, ulusal egemenlik ilkesinin tahkim üzerine etkisi, tahkim heyetlerince verilen ara karar niteliğindeki kararların uygulaması-uygulanabilirliği meseleleri, hakem heyeti-hakem ile uyuşmazlık tarafları arasındaki akdi ilişkinin varlığı, hakemlerin profesyonel sorumluluğu, hakem masraf ve ücretleri ve tenfiz için bir süre sınırlamasının var olup olmadığı meseleleri tamamen Model Yasa düzenlemesi dışındadır. Bunu Model Yasanın noksanlıkları olarak değerlendirmemek gerekir. Zira her devlet kendi hukuk sistemine Model Yasayı katarken bu hususları ayrıca değerlendirip düzenlemelerde bulunacaktır. Zaten bu Yasa uygulanmak değil tavsiye edilmek üzere konulmuş ve ancak uygulamayı sağlayacak bir otorite-tahkim kurumu ile birlikte işletilebilecektir. Böylece de mahkeme müdahaleleri ancak asgariye indirilebilecektir. Yoksa mahkemenin tahkim otoritesi olarak görev yapması sonucu doğmaktadır ki bu da tahkim yolunu seçen tarafların hiç beklemediği ve de istemediğidir. İşte bu çerçevede Milletlerarası Tahkim Kanunu 3. maddede tahkimde görevli ve yetkili mahkemeyi ve müdahalesinin sınırlarını açıkça ortaya koymuştur. Bu düzenleme Model Yasadan ayrılma olarak değerlendirilemez⁴⁹.

Ancak uluslararası ticari tahkim, mahkeme müdahalesine karşı olduğu kadar mahkemelerin yardımını dışlayan bir müessese de değildir⁵⁰. Sadece tarafların irade serbestisini sınırlamamalı ve tahkim heyetine ihtiyaç duyulandan fazlasını zorlamamalıdır. Bu çerçevede, Model Yasa tamamen tarafların irade serbestisi temelinden hareket eden bir düzenleme olup, mahkemeler sadece bu serbestinin tam ve eşit kullanımına katkı yapmaktadırlar. Eğer bir uyuşmazlık mahkeme huzuruna önce gelmiş ise mahkeme ortada bir uyuşmazlığın ve tahkim anlaşmasının varlığını görüyorsa hemen davadan el çekip tarafların irade serbestileri ile anlaştıkları gibi tahkim yoluna gitmelerini sağlamalıdır⁵¹. Mahkeme müdahalesi sadece delil toplamada ve ara kararlarında⁵² kendini gösterecek ve mahkemede taraf iradeleri ile belirlenen tahkim yerine göre tayin edilmiş olacaktır⁵³.

⁴⁹ Kaldı ki; "kamu düzenine aykırılık" ve "tahkime elverişlilik" gibi kıstaslar 1958 tarihli New York Konvansiyonu'nda m. V'de tenfizin reddi ve 1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu IX. maddede hakem kararının iptali sebepleri arasındadır. Bu nedenle verilecek kararın icra edilebilmesi için hakem heyeti ve taraflar söz konusu düzenlemeleri de dikkate almak durumundadır (KAPLAN, Usule Aykırılık, s. 69 ve 74 - 75).

⁵⁰ REYMONDE, C.: "The Report of Mustill Committee; A Foreign Overview", LQR 1990 - 106, s. 438.

⁵¹ KAPLAN, N., s. 226.

⁵² ŞANLI, s. 241 - 242.

⁵³ SCHLOSSER, s. 196.

6. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN KONUSUNDA

Model Yasa, ikinci bölümünde tahkim sözleşmesini ele almakta ve geçerliliğini değerlendirmektedir⁵⁴. 7. maddenin 1. fıkrasında tarafların mevcut veya ileride doğabilecek uyuşmazlıklarını tahkim yolu ile çözme yönündeki anlaşmalarından söz etmektedir. Burada yine tahkim sözleşmesi yerine uygulamada yaygın olduğu gibi tahkim şartını havi esas sözleşme de yeterli olacaktır⁵⁵. Ancak, 7. maddenin 2. fıkrası yazılılık-*written form of contract* prensibini koymuştur ki; taraflar serbest iradele-ri ile dahi sözlü tahkim anlaşması yapamayacaklardır. Bunun nedeni de yazılılığın güven telkin etmesi olabilir. Burada sadece ispat vasıtası olarak yazılılık aransaydı da olurdu ve yazılı delil başlangıcı nitelikli bir belge bile tahkime gidilmesini ve buna göre heyetin yetkin olup olmadığının tespitinde yeterli kabul edilmeliydi.

Milletlerarası Tahkim Kanunu, ikinci bölüm altında madde 4 ve devamında, tahkim anlaşması ele alınmakta olup yazılılık burada da bir şart olarak aranmaktadır. Yazılı şekilden kasıt ise, adi yazılı şekildir⁵⁶. Ancak telgraf, fax, telex ve benzeri tüm iletişim vasıtaları ile yazılılığın sağlanabileceğini belirten kanunun ikinci bölümünde 4. maddesi, yazılılık ilkesini Model Yasa'dan daha kapsamlı ele almıştır. Aslında yazılılık prensibinin bu kadar geniş tutulması tartışmalı sonuçlara da gebe-dir. Zira yazılı delil başlangıcı sayılabilecek belgeleri de anlaşmadaki yazılılık için yeterli saymıştır.

Model Yasa, 8. maddesi uluslararası kabul edilebilirliği nedeni ile tahkim sözleşmesine büyük etki sağlamaktadır. Ancak 9. madde de öngörülen tarafların tedbir nitelikli kararlar alınması için mahkemeye başvurularına olanak tanımakta ve bunun tahkime müdahale olmadığını belirtmektedir ki; burada tahkime gidilmeksizin sonuçlar doğuran kararların alınmasında mahkemeler özel yetkiler kazanmaktadır. Bunun tarafların irade serbestisine sınırlama olarak değerlendirilmesinden ziyade, irade serbestisine destek olarak değerlendirilmesi gerekir. Zira tahkime gidilecektir; ancak bir an önce⁵⁷ bir şeyler yapılması ihtiyacı bu türden yargısal yollara başvuruyu zorunlu kıldığı için tanınmaktadır. Yoksa uyuşmazlığın esasını tahkim süreci değerlendirip çözecektir⁵⁸.

⁵⁴ Tahkim anlaşmasının şekli, niteliği ve geçerliliği hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz.: **KALPSÜZ, T.:** “Tahkim Anlaşması”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C.II, İstanbul 2003, s. 1027 vd.; **TAŞKIN, A.;** *Hakem Sözleşmesi*, Ankara, 2005.

⁵⁵ Buna karşılık taraflarca hazırlanan sözleşmede tahkim şartına açıkça yer verilmemiş veya ayrıca bir tahkim anlaşması yapılmamış olmasına rağmen tahkim kaydının yer aldığı bir sözleşmeye atf yapılmışsa; yazılı şartının gerçekleşmesi sonucunu doğuracaktır. Zira taraflar aralarında yaptıkları esas sözleşmeye böyle bir atf yaparak, atf yapılan sözleşmeyi asıl sözleşmelerinin bir eki durumuna getirmiş olmaktadır (**ŞANLI**, s. 244 – 245). Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesi bu hususu açıkça düzenlemiş ve yazılılık şartının bu şekilde gerçekleştirilebileceğine izin vermiş durumdadır.

⁵⁶ **ŞANLI**, s. 243.

⁵⁷ New York Konvansiyonu, yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin düzenlemelerde de bu nevi yazışmalar sonucu varılan sözleşmeleri yeterli görmektedir. Ayrıntıları için bkz. **NOMER / EKŞİ / GELGEL**, s. 125 vd.

⁵⁸ Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda devlet mahkemelerinin tahkime müdahalesi, mahkemelerin hakem yargılamasına belirli yardımcılarıyla sınırlandırılmıştır. Mahkemeler, genel usul hukuku ilke ve doktrinlerine sığınarak veya onları gerekçe göstererek, kanunda sınırlı olarak sayılan hallerin dışında çıkarak tahkime mü-

7. HAKEM HEYETİ VE HAKEMLERİN YETKİLERİNİ BELİRLEMEDE

Model Yasa, 16. maddesinin 1. fıkrasında hakem heyetinin kendi yetkisini tayin etmesini yani *competence-competence* kuralını getirmektedir. Burada açıkça *seperability-autonomy* prensibi kabul edilmekte ve esasa ilişkin inceleme yapılmadan önce ilk iş olarak tahkim şartı veya sözleşmesinin geçerliliği ve tahkime elverişlilik araştırması yapılması gereği düzenlenmektedir⁵⁹. Ancak unutulmaması gereken bir şey vardır ki, hakemlerin kendi yetkileri üzerine verdikleri yetki kararı, en azından süreç sonunda verilen kararlarla birlikte tenfiz konusu edildiğinde mahkeme kontrolüne tâbi tutulacaktır. Zira taraflardan biri kendi iradesinin tahkime yönelmediği iddiasında ise tahkim süreci sonundaki karar ile bağlı olmamak için tenfiz yoluna gidecektir. Fakat taraflar iradeleri ile gittikleri tahkim süreci sonundaki kararın tenfize gerek duyulmaksızın uygulanmasını sağlamak iradesini başta göstermişlerdir.

Tahkim heyeti tarafların iradelerine bağlı olarak, ancak ihtiyati tedbir kararı veya icrai nitelikte ara kararları verebilirler. Bu kararlar sadece taraflara yönelik olduğu sürece irade serbestisi ile varılmış sonuçları doğuracağı için geçerlidir. Bunu tanıyan Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 6. maddesinin 2. fıkrası yanında; birinci fıkrada ayrıca taraflara mahkemedен de bu nitelikte kararlar almak için başvuru ve karar alma hakkı tanınmıştır. Hakem heyetinin verdiği kararların iradi olarak yerine getirilmemesi halinde dahi yetkili ve görevli mahkemenin yardımından yararlanılabilecektir. Hakem veya hakem kurulu, cebri icra organları tarafından icrası ya da diğer resmi makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı veremeyeceği gibi, üçüncü kişileri bağlayan ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı da veremez (MTK m. 6/2, son cümle)⁶⁰.

Tahkim konusu uyuşmazlığın da tahkime elverişli olup olmadığı ancak esasa ilişkin incelemeler esnasında uygulanan hukuk ile kontrol edilebilecek ve bu hususta da tahkim heyeti karar verecektir⁶¹. Heyetin bu hususlarda vereceği kararlar irade serbestisi sınırları dışında, nihai aşamada mahkeme kontrolüne tabi tutulabilecektir. Milletlerarası Tahkim Kanunu da 7. maddesinin son fıkrası da aynı şekilde yetki prensibine yer vermiş ve yetkisine itiraz söz konusu olan hakemlerin kendilerinin yetkili olup olmadıklarına verebileceğini kabul etmiştir. Yetkililiğine karar verme

dahale edemezler; yerindelik denetimi yapamazlar (ŞANLI, s. 242). Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda yerel mahkemelerin -istisnai olarak - tahkime müdahale edebilecekleri haller şu maddelerde sayılmıştır: Hakem seçimi ve reddi ile ilgili m. 7/B f.1/ 2-3, 7/B f.2 3, 7/D; tahkim süresiyle alakalı m. 10/B; delil toplanmasıyla ilgili 12/B; hakem kararının saklanması ile ilgili 14/A f. son ve iptal davasıyla ilgili 15/A maddesi.

⁵⁹ DAVIDSON, F. P.: "International Commercial Arbitration in Scotland", LMCLQ - 1992, s. 376 vd. ile 382 - 383. Ayrıca bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz.: TAŞKIN, Â.: "Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan), C. II, Sayı 1 - 2, s. 115 - 125.

⁶⁰ Ancak GELGEL, 6. maddeye göre hakem kurulunun resmi makamları veya üçüncü kişileri bağlayıcı ihtiyati tedbir veya haciz kararı verebileceklerini belirtmektedir (GELGEL, s. 1088).

⁶¹ Hakemlerin yetkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: BERGER, s. 352 - 358.

yetkisinin tahkim heyetine tanınmış olması hususu ayrı bir çalışma konusu edilebilecek ölçüde önemlidir.

8. HAKEM HEYETİNİN KARAR VERMESİ VE KARAR SONRASI AŞAMADA

Tahkim yargılaması sonucunda ortaya çıkacak hakem heyeti kararı veya ilamı, oybirliği ile alınmasa da çoğunlukla alınmalı ve en azından çoğunluk tarafından imzalanmalıdır⁶². Karar yazılı olmak zorunda olup, gerekçelendirilmesi lazımdır. Sadece tarafların irade serbestileri ile anlaşmaları halinde ancak gerekçelilik kuralına riayet edilmeyebilir⁶³. En önemlisi taraflar serbest iradeleri ile yine karar vermeden ve süreç sona ermeden de tahkim sürecinin son bulması hususlarında anlaşabilirler. Taraflar yazım hatalarının düzeltilmesi ya da yazılanların tavzih edilmesi için başvuru haklarını da kullanabilirler. Hatta kararın eksik kaldığı hususlara ilişkin olarak ek karar dahi istenebilir. Ayrıca kararda bir hukuksuzluk olduğu kanaatini taşıyan tarafın yetkili ve görevli mahkeme huzurunda iptal davası açma imkânına da yer verilmektedir. Ancak bu hak, kararın tebliğinden itibaren en fazla üç ay içinde kullanılmak gerekir; aksi halde karara karşı tenfiz dışında yargı yolu kalmaz. Bu üç aylık sürenin kısa olduğu düşünülebilir, ancak uluslararası ticari tahkimde belirsiz uzun bir süredense belirlilik ve sonuçlandırma daha büyük faydalar taşımaktadır. Buna karşın aşırı kısa belirlenmiş sürelerin kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi de göz ardı edilmemelidir⁶⁴.

Milletlerarası Tahkim Kanunu hakem kararlarına karşı iptal davası açma imkânını getirmektedir. Kanunun 15. maddesi iptal davasına yer verirken, hakem kararlarına karşı yalnızca bu davanın açılabilmesini amirdir. Taraflar irade serbestileri çerçevesinde iptal davası dışında başkaca davaların da açılabilmesi sonucunu doğuracak anlaşmalar yapamazlar. İki yabancı arasındaki bir uyuşmazlığı Türkiye’de çözümlenmek istemelerinden dolayı Türk kamu düzeni kontrolüne ve belki daha sonra ikinci kez icra-tenfiz yeri kamu düzeni denetimine tabi tutmak, tarafların iradesinin yöneldiği sonuçlar olarak kabul edilemez. Bununla birlikte, Model Yasa m. 34’de aynı şekilde tahkim yeri mahkemelerinde iptal davası açılmasına ve 2. paragrafın b) bendinde kamu düzeni ve tahkime elverişlilik denetimine izin vermektedir. Otuz (30) gün içinde iptal davası açılması zorunluluğu, Türk hukukuna göre tahkime elverişlilik denetimi ve sadece dosya üzerinden inceleme kuralı da taraf iradelerinin sonucu olamaz. Yani sadece tahkim yeri olan Türkiye’de esasla hiçbir ilişkisi olmayan sorunlarda iptal davası imkânı gerek Milletlerarası Tahkim Kanunu, gerek-

⁶² KAPLAN, Usule Aykırılık, s. 280 dn. 153.

⁶³ Her ne kadar taraflar irade serbestileri ile kararın gerekçeli olmayabileceği konusunda anlaşabilirlerse de; kararın gerekçesiz olması tenfiz sürecinde kamu düzenine aykırılık olarak kabul edilebilir. Gerekçe Kara Avrupası hukuk sistemlerinde kamu düzeninden kabul edilmektedir. Anglo-Amerikan sistemde ise bu husus kamu düzeninden kabul edilmemektedir. Örneğin Türkiye açısından verilen kararın gerekçesiz olması halinde karar Türkiye’de icra edilmek istenirse tenfiz sürecinden kamu düzenine aykırılık engeli ile karşılaşacaktır (KAPLAN, Usule Aykırılık, s. 158 - 164).

⁶⁴ Özellikle hakem yargılaması sırasında taraflara tanınan kısa sürelerin savunma hakkının ihlaline sebep olacağı konusunda bkz.: KAPLAN, Usule Aykırılık, s. 152 - 153.

se Model Yasanın tanıdığı bir imkân olmasına rağmen, bu düzenleme tarafların irade serbestisini yansıtmamaktadır. Ancak, tarafların baştan kısmen ya da tamamen iptal davası açma hakkından feragat etme konusunda irade serbestilerinin söz konusu Kanun ve Yasada tanınmış olması da mevcut düzenlemeyi tarafların irade serbestisi çerçevesinde göstermeye yetmemektedir. Bu nedenle, taraflara iptal davası açma hakkını tanımak bir imkân olarak sunmak, fakat kural olarak kanuna koymamak daha yerinde olurdu. Böylece taraflar iptal davası hakkının tanınması konusunda etkin irade beyan ederse, iptal davası imkânı tanınabilir; yoksa prensip olarak tahkim yerinde iptal davası açılması imkânı tanınmamış olurdu⁶⁵.

Yine iptal davasında verilen kararlara karşı kanun yolları açısından da Milletlerarası Tahkim Kanunu emredici nitelikte düzenlemeler getirmiştir. Temyiz yolu açık tutulurken karar düzeltme imkânı tanınmamış ve bir an önce sonuç alınması hedeflenmiştir. Bu hususlarda da tarafların irade serbestisi yoktur. Yani taraflar yeni kanun yolları ihdası şeklinde anlaşma yapamazlar.

III. SÖZLEŞME SERBESTİSİNİN SINIRLARI

1. GENEL OLARAK

Bir kaç emredici kural haricinde UNCITRAL Model Yasası, hemen bütün hükümlerinde tarafların anlaşması koşulunu aramış veya anlaşmamış olmaları haline binaen tamamlayıcı Yasa getirmiş ise de, belirli sınırlamaları da irade serbestisi üzerinde muhafaza etmiştir⁶⁶. Bunlar, özellikle 11. maddede hakem atanması işleminde, 15. maddede yedek hakem atanmasında, 13. maddede hakemlerin reddi sebeplerini takdirde, 14. maddede hakemlerin beklenmeyen gecikmeleri ve imkânsızlıkla karşılaşmaları halinde tahkim yeri mahkemesine tanınan yetkilerde açıkça gözlenmektedir. Zira bu hükümler tarafların iradelerinin beklenmez, çekilmez ve katlanılmaz şekilde dikkate alınmasını engelleyici ve sınırlayıcı karakter taşımaktadır. Önemli nokta bu yargısal yetkilerin mahkemeye geçişinin temelinde tahkim sürecinin aksamasını ve gecikmesini engellemektir. Model Yasa, 4. maddesinde usule ilişkin bazı eksikliklerin tamamlanmadığı itirazının belirli süre dışında yapılamayacağını belirtmekle belirgin bir sınırlama yapmıştır.

Taraflar, tahkim sürecinde delil teşkil edecek belge ve bilgileri tahkim heyetine sunmak ve tahkimin etkin bir şekilde sonuçlandırılmasına katkıda bulunmak zorundadır⁶⁷. Burada açık veya zımni olarak taraflar emredici yasalarla karşı karşıyadır denilebilir. Ayrıca delillerin değerlendirilmesi, karşı delil araştırması, bilirkişi yardımı ile delil toplama, tanık-üçüncü kişilerden delil toplama ve de delillerin toplanmasından mahkeme yardımına başvurulması hep tarafların irade serbestisi ile tayin edebileceği hususların dışında kalmaktadır⁶⁸.

⁶⁵ Bu şekilde iptal davası açılmaması konusunda sözleşme serbestisi 1961 tarihli Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi m. IX'da tanınmaktadır.

⁶⁶ DAVIDSON, F. P.: *International Commercial Arbitration, Scotland and the UNCITRAL Model Law*, First Edition, Edinburgh 1991, s. 12 vd.

⁶⁷ MORRIOT, A. L.: *Evidence in International Arbitration*, Arbitration International 1989-5, s. 281.

⁶⁸ MORRIOT, (dn. 47), s. 285 – 286; KAPLAN, Usule Aykırılık, s. 145 – 152; AYDOĞAN, s. 80 vd..

2. TAHKİME ELVERİŞLİLİK VE ULUSAL EMREDİCİ HUKUK KURALLARI

Model Yasa, tahkim sürecinin işletildiği tahkim yeri emredici hukuk kurallarını etkilemez. Bazı meseleler vardır ki tahkim yolu ile uyumsuzlukların çözümüne gidilemez ve ancak belli yargı yerlerinde sonuçlandırılması gerekir⁶⁹. Türkiye açısından taşınmaz aynına ilişkin uyumsuzlukların tahkim yolu ile çözümlenemeyeceği kuralı bu türden olup ticari emtia olma özelliği de taşıyan taşınmazlar ile ilgili sorunlarda tahkim yolunun uygulanabilmesi gereğine inanıyoruz. Zira gayrimenkul bir ticari mal olarak alınıp satılabilmekte ve ekonomik değer ifade etmekte olup tarafların irade serbestisinden bu denli uzaklaştırılmamak gerekirdi. Türkiye bakımından gayrimenkullere ilişkin davaların kamu düzeninden kabul edilmesi ve bu çerçevede devlet yargı sisteminin dışında çözüme yer vermemesi de doğru gözükmektedir. Zira bu noktada HUMK doğrudan uygulanan kanunlar arasında kendini göstermekte ve kamu düzeninden olarak uygulanmaktadır.

Model Yasa'da tahkime elverişsizlik veya elverişlilik sınırlarını belirten genel bir çerçeve çizilmiş değildir. Tahkime elverişli olup olmama devletlerin kamu hukuk kuralları ile tespit edilmektedir. Ancak taraflar tahkime elverişliymiş gibi anlaşarak tahkim yoluna gittikleri bir meselede pekala kendilerine uygulanmasını bertaraf edemeyecekleri emredici hukuk normları ile karşılaşabileceklerdir⁷⁰. Bu gibi emredici hukuk normları tarafların irade serbestisine getirilen sınırlamalar olmakla sonradan anlaşıldığında tarafların beklentilerinde büyük hayal kırıklıkları yaratabilecektir. 36. maddede tanıma ve tenfiz için başvuru yer mahkemesinin tahkime elverişsiz bir konuda verilen kararı tenfizden kaçınması yetkisi tanınmıştır. Bu nedenle tahkime elverişlilik araştırması yapılırken muhtemel tenfiz yeri hukuku ve de tahkim yeri hukuku birlikte değerlendirilmelidir. Ancak tarafların pekala tenfize gidilmeksizin kararın icrasını gerçekleştirmeleri de mümkün ve bu problemten kurtarıcı rol oynar. Bu noktada icra için her hangi bir devlet otoritesine başvurulmamış olmakta ve verilen karar tarafların kendi iradeleri ile icra edilmiş olmaktadır. Yoksa uygulamada bu şekilde tenfiz süreci işletilmeden ve kamu otoriteleri sürece katılmadan kararın gereğinin yapılması olasılığı öyle yüksek bir olasılık da değildir.

Devletlerin emredici kurallarının etkisi hakemlerin kendi yetkileri hususunda karar verme yetkilerinde, hakemlerin tayini prosedüründe ve özellikle tahkim sürecine yargısal müdahale ve bu müdahalenin kapsamında kendini göstermektedir. Ancak bu emredici Yasa çoğu zaman prosedürel eksiklik ve gecikmelerin önlenmesi veya tamiri amacına hizmet etmektedir. Tahkime destek veren ve yardımcı olan bir emredici hukuk kurallarının sürece katkısı yadsınamaz sonuçlar doğuracak ve belki de tarafların irade serbestisinin sınırlandırılması kendi menfaatlerine olacaktır. Yani getirilen irade serbestisi sınırlamaları sınırlananların menfaatine hizmet etmektedir. Özellikle karar sonrası mahkemede iptal davası süreci, tanıma ve tenfiz süreci ve bu sürece ilişkin ulusal yargı sürecinin rolü tamamen tahkim sürecine destek amaçlı

⁶⁹ DAVIDSON, UNCITRAL Model Law, s. 24.

⁷⁰ HERRMAN, s. 6 - 7.

olup safi bir irade sınırlaması amaçlı değildir. Ancak irade serbestisini dolaylı olarak sınırlayan düzenlemelerdir. İşbu aşamada artık tarafların ve hakem heyetinin rolü tükenmiş ve taraflar taleplerini nihai karar altına almak için ulusal yargı sürecine girebilirler.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesi özellikle iptal davası ve tahkim kararlarının icra edilebilirliğini düzenlemektedir. İptal davası açılabilmesi başlı başına bir sözleşme serbestisi sınırlaması olarak nitelenemez. Zira yasada kısmen veya tamamen tarafların iptal davası açmaktan feragat konusunda sözleşme serbestisi olduğu hususu da düzenlenmiştir. İptal davasından feragatin söz konusu olmadığı varsayıldığında dahi, iptal davasının iptalle sonuçlanabilmesi için tespit edilen kriterler tarafların sözleşme serbestisine göre tespit ettikleri hükümlere aykırı sonuçlara bağlanmış olmakla; aslında iptal davasının varlık gerekçesi dahi tarafların sözleşme serbestisine hakem heyeti ve tahkim sürecinin sadık kalmasını sağlamaktır. Yani, iptal davası imkânı dahi tarafların sözleşme serbestisini korur niteliktedir. Burada sadece kamu düzeni ve tahkime elverişsizlik kıstasları irade serbestisini sınırlar niteliktedir. Kanaatimizce bu hususların iptal sebebi olabilmesi için davanın esasının da Türkiye'ye ilişkin olması şartı aranmalıydı. Yoksa tamamen yabancı unsurlu ve sadece tahkim yeri Türkiye olan bir tahkim de iptal davasının Türkiye'de görülmesi ve Türk kamu düzeni ve tahkime elverişlilik testinden geçirilmesi tarafların iradesi ile pek de uyumlu olmayacaktır. Esası hiçbir şekilde Türkiye'yi ilgilendirmeyen sadece hakem heyeti veya taraflarca tahkim yeri olarak Türkiye seçilmiş tahkimlerde Türkiye'de iptal davası açılması halinde Türkiye kamu düzeni kriterleri dikkate alınmayabilir. Yani kararın Türkiye'yi ilgilendirmesi halinde kamu düzeni testinden geçirilmek yerinde olur.

3. BEKLENMEYEN SONUÇLAR DOĞURAN İRADE SERBESTİSİ KULLANIMI

Bazı durumlarda emredici olmayan hukuk kuralları da tarafların irade serbestisine sınırlama teşkil edebilirler. Taraflar farklı şekillerde anlaşma imkânına sahip oldukları halde getirdikleri düzenlemeler ile beklemedikleri sonuçlar ortaya çıkabilir ve serbestçe belirledikleri sözleşme hükümleri farklı yorumlanabilir. Burada öncelikle uygulanması gereken karşılıklı olarak anlaşılmış bir sözleşme bulunmaması halinde uygulama alanı bulacak hukuk normlarının da getirdiği düzenlemeler tarafların iradelerine sınırlama teşkil edebilirler. Taraflar tahkim yeri veya usule uygulanacak hukuk seçimini yaparken bu türden tamamlayıcı hukuk kurallarının da kendi ilişkilerinde uygulama bulacağını bilmeleri gerekir. Yani iradelerinin sonucunda sınırlamaların da olabileceğinin farkında olmaları taraflardan beklenir. Hatta, Model Yasa tahkim yerinde uygulanmaktan başkaca sebeple de tarafların tahkim yeri seçimini o devlet hukuk sistemi dolaysı ile seçmeleri olasıdır.

UNCITRAL Model Yasası hükümlerinin temel hareket noktasını teşkil eden tarafların irade serbestisi-*party autonomy* prensibi taraflara beklenmeyen sonuçlarla karşılaşmalarını engellemeye matuf imkânlar sunmaktadır. Yani, Model Yasa ve

uygulanması uluslararası ticari tahkimin mevcudiyetini ve yürürlüğünü tarafların beklentilerine uygun realize etmeyi hedefleyen bir sistem getirmektedir.

4. KAMU DÜZENİ

Kamu düzeni kriteri, Model Yasa'da iki farkı noktadan hareketle düzenlenmektedir. Birincisi, Model Yasa 6. maddede kamu düzeni kıstasını kararın alındığı yer hukuku çerçevesinde ve ikincisi de 34. maddenin 2. fıkrası b. bendinde ii. paragrafında da kararın iptaline gerekçe teşkil etmek üzere ele almaktadır. Ayrıca bu kriter tenfiz ve icrası hedeflenen ülke hukuku açısından da büyük önemi haizdir. Bu da kendine 36. maddenin 1. fıkrası b. bendi ii. paragrafında yer bulmuş bir düzenlemedir⁷¹. İşte bu maddeler doğrultusunda kararın kendisi tahkim yeri kamu düzenine aykırı ise iptal sebebi, tenfiz ve icra yeri kamu düzenine aykırı ise de bu taleplerin reddi sebebi olarak değerlendirilecektir. Bu da tarafların irade serbestisine getirilen en büyük sınırlama ve müdahale olarak görülmek gereken Model Yasa düzenlemesi olup; sadece uluslararası kabul gören bir kamu düzeni kriterine ulaşılmak ve ona aykırılık şartını yeterli saymak daha yerinde olurdu kanaatindeyiz. Buna karşın uluslararası kamu düzeni ya da uluslararası genel kabul görmüş bir kamu düzeni kıstasının tam olarak sınırlarının tespit edilemediği de bir vakiadır. Ancak uygulama ile bu sınırlar tespit edilecek ve uluslar arası bir kamu düzeni kavramı oluşacaktır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu da iptal davasını düzenlediği 15. maddesinde Türk hukukuna göre tahkime elverişsizlik ve kararın kamu düzenine aykırı olması aynı şekilde iptal sebepleri arasında 2. bent altında sayılmıştır. Buradaki kamu düzeni de aynı şekilde tahkime elverişlilik testindeki gibi Türk kamu düzeni olacaktır.

Kamu düzeni kriteri hakem kararlarının tenfizinde özellikle yargı makamlarının kullandığı ve kullanabileceği bir kaçış yolu olmakla tarafların irade uyumlarının aksi sonuçlar doğuracak bir vasıta⁷². Bu kriter yabancı hakem kararının etkinliğini de sınırlayıcı rol oynamaktadır. Bu nedenle taraflar tahkim yoluna giderken öncelikle bu kritere aykırı sonuçlar doğurmayı engelleyici tedbirleri almak durumunda dırlar. Özellikle Model Yasa 18. madde ile hakem heyetinin taraflara eşit davranma yükümlülüğünü yüklerken, tarafların kendi sav ve savunmalarını sunmada tam bir iktidar sunarken kamu düzeni kriterinin burada dikkate alınması gereğini de ortaya koymaktadır. Yine 19. madde de tarafların tahkim usulüne ilişkin anlaşma imkânlarını tanıırken pekala Model Yasa hükümlerinin belli ölçüde dışlanabileceğini kabul etmektedir. Ancak taraflar hiç bir şekilde 18. maddede öngörülen eşitlik ve serbestiye aykırı anlaşma yapamaz, yapılsa da dikkate alınmamak gerekir. İşte serbest iradeler burada da sınırlanmış ve eşitlik kuralı özgürlüğe tercih edilmiştir ki kamu düzeni kriterinden etkilenilerek kaleme alınmış bir maddedir. Ancak bu husus dahi sınırlı ele alınmalı, kendi hakemini seçmekte direngen davranan taraf yerine diğer

⁷¹ Aynı şekilde Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 45, New York Konvansiyonu m.V, Cenevre Konvansiyonu m. IX ve Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 15 kamu düzeni kıstasına ilişkin düzenleme getirmektedir.

⁷² CARTER, P. B.: "The Role of Public Policy in English Private International Law", ICLQ - 1993, s. 1.

tarafın hakem seçmesine izin veren sözleşme hükümleri kamu düzenine aykırı sayılmamalıdır⁷³.

Ayrıca hakemlerin taraflı davranışı yönünde irade açıklamaları da Model Yasa tarafından korunacak düzenlemeler olmayacaktır⁷⁴. Tarafların irade serbestisi kullanımları hakkaniyete, objektif iyiniyet kurallarına ve de doğal adalet anlayışına uygun olmadıkça korunmamak gerekir⁷⁵. Bu hususlar da kamu düzeni kriteri ile kontrol edilmekte ve hukukilik testine tâbi tutulmaktadır.

5. TAHKİM YERİ VE TAHKİM YERİ HUKUKUNUN GETİRDİĞİ SINIRLAMALAR

Taraflar için en az tahkim anlaşması yapmak kadar önemi haiz bir mesele de tarafların tahkim yeri seçimidir. Çünkü hukuk sistemleri arasındaki farklılıklar ve belirli devletlerde sadece sınırlı bir takım uyumsuzluklarda tanınan tahkim uygulaması ve de tarafların anlaşmalarının soyutluğu karşısında tahkimde usule uygulanan hukuk ve sistem tarafların beklentilerinin aksi veya beklentileri zedeleyici sonuçlar doğurabilir. Örneğin, bazı sistemler mahkeme müdahalesini kapsamlı tanırken; bazı sistemler de tahkime elverişliliği sınırlı sayıda tutabilirler. İşte bunların önceden bilinmesi ve beklentilere en uygun tahkim yerinin seçilmesi tarafların menfaati icabıdır⁷⁶. Zira belirli koşulların da birlikte tecellisi halinde tahkim sürecinin uzaması, tarafların beklentisine ters sonuçlar çıkması hep tahkim yeri seçimi ile ilgili olacaktır. Ne zaman ki; Model Yasa kendi hukuk sistemine aktarmış bir ülke tahkim yeri olarak seçilir, o yer mahkemesinin kanunda sayılı hususlar dışında müdahalesi söz konusu olamaz⁷⁷. Kısacası, 8-9 ve 35-36 maddeleri hariç; Model Yasa hükümleri ancak tahkim yeri hukuk sistemine katılmış veya aynen alınmış ise uygulama alanı bulacaktır. Zira söz konusu maddeler dışındaki maddelerde tahkim usulü esasında tahkim yeri hükümlerine tâbi tutulmaktadır. Ancak Model Yasa kabul etmiş tahkim yerinde vuku bulacak tahkimlere dahi söz konusu hükümlerin uygulanmasını engelleme imkânı taraflara tanınmıştır. Model Yasanın 1. maddesinin 2. fıkrası bu hususu açıkça düzenlemektedir. Eğer tahkim yerinde Model Yasa uygulama alanı bulmakta ise; bu Yasa seçili kanun olarak tahkimde uygulanamaz. Zira fıkranın yazımında *sadece-only if* ifadesi Model Yasanın kabul edilmediği tahkim yerinde uygulanamayacağı sonucunu doğurmaktadır. Yani bu hükümlerin uygulanabilmesi için Model Yasanın kanunlaştırıldığı ülkelerin tahkim yeri olarak seçilmesi şarttır. Ancak bu hali ile de UNCITRAL Model Yasası tarafların irade serbestisine yeterince özen göstermiş olduğu kabul edilmektedir⁷⁸.

⁷³ NOMER, Kamu Düzeni, s. 575.

⁷⁴ DAVIDSON, UNCITRAL Model Law, s. 98 - 99.

⁷⁵ CARTER, s. 3.

⁷⁶ REYMONDE, Conference, s. 16.

⁷⁷ MURRAY, J.: "The position in Scotland", An International Conference on the Reform of Commercial Arbitration Procedures, (17-18 Şubat 1994), London, s. 4.

⁷⁸ CHUKWUMERİJE, s. 79.

Sonuç olarak, Model Yasanın 1. maddesi, 2. fıkrası açık ifadesi göstermektedir ki tahkim yeri seçimi ve bu seçimde Model Yasa'nın kabul edildiği bir hukuk sisteminin uygulama alanı bulunduğu bir yerin tayini tahkimin ve taraf iradelerinin beklenen sonuçlarla tecellisinin temelini teşkil edecektir. 20. madde buna imkân tanımakta ve tarafların iradeleri ile Model Yasa hükümlerini uygulatma şansını tahkim yeri seçimi ile sağlamaktadır. Yoksa tahkim yeri Model Yasa'nın kabul edildiği ülke haricinde seçildikten sonra orada Model Yasa uygulanmasına 1. madde, 2. fıkrası dolaysı ile cevaz vermemektedir. Model Yasanın uygulandığı yer mahkemesinden tahkim yeri ayrı olarak tespit edilmiş ise bu durumda mahkemeden yardım imkânı söz konusu olamayacaktır. İptal davası konusu edilmesi ve de tenfiz ve icra açısından da kararın menşeyini tayinde tahkim yeri ve uygulanan hukuk usulü temel hareket noktası olacaktır⁷⁹.

Genellikle taraflar tahkim yerini tayin ederken kendilerine en çok serbestiyi tanıyan hukuk sistemi ve en kısa zamanda gecikme olmaksızın beklenen süreç sonunda karara ulaşmayı sağlama kriterlerini gözeterek tahkim yeri hususunda anlaşma yaparlar. Ayrıca varılan karar da tahkim yerini 31. madde, 3. fıkraya uyarınca göstermelidir. Burada karara dercedilen karar yerinin araştırılması veya gerçeği yansıtmayı yansıtmaması bir iptal davası ile gündeme gelebilirse de bunun taraf iradeleri ile mümkün kılınmış olması da mümkündür⁸⁰. Bütün tahkim sürecinin belirlenen yerde ve Model Yasa çerçevesinde yürütümü zorunluluğu da zaten yoktur. Hakem heyeti tahkim sürecinde aynı hukuk sistemi devleti içinde farklı oturum yerlerine gidebileceği gibi başka bir ülkede de toplanabilir. Ancak bunu sınırlamak tamamen tarafların irade serbestileri dâhilindedir.

Bazen, kararın bağlayıcı kuvveti zorunlu olarak tahkim yeri hukukundan kaynaklanmayabilir. Tahkim, tahkim yeri hukukundan bağımsız başkaca bir hukuk sistemi veya kanun çerçevesinde de yürütülerek bağlayıcı bir karar ile sonuçlanabilir⁸¹. Prensip olarak hakem kararları kesinleşme şartı aranmaksızın taraflar açısından verilmeleri anından itibaren bağlayıcı olmaktadır⁸². Ancak bu prensip dahi sözleşme serbestisi kapsamında değiştirilebilir. Unutulmamalıdır ki; UNCITRAL Model Yasa hükümlerine göre, tahkim yeri hukuk sisteminde Model Yasa kabul edilmiş ve uygulanıyor olmalıdır, yoksa verilen karar Model Yasa çerçevesinde değerlendirilemez. Bu tahkim yerinin muayyen bir yer olmamasını savunan *delocalisation theory* kabul edildiğinde tahkim yeri mahkemelerinin yardım ve destekleyici rolünün üs-

⁷⁹ HERRMAN, s. 20.

⁸⁰ REYMONDE, s. 438 vd.

⁸¹ PAULSSON, J.: "Delocalisation of International Commercial Arbitration; When and Why It Matters", ICLQ 1983-32, s. 57.

⁸² NOMER / EKŞİ / GELGEL, s. 154; AKINCI, A.: *Milletlerarası Tahkim*, Ankara 2003, s. 280 – 281; KAPLAN, Y.: "Yeni MÖHUK Tasarısının Tahkime İlişkin Hükümleri Hakkında Eleştirel Bir Yaklaşım ve Düzenleme Önerileri", AÜEHFD, C.VII, S.1-2, Haziran-2003, s. 412, 417. KAPLAN, tahkim yoluna giden tarafların yaptıkları tahkim sözleşmesinde, hakem kararının nihai nitelikte olmasını kararlaştırabileceklerini; böyle bir anlaşmanın yapılması halinde bunun hakem kararının bağlayıcılığına da etki edeceğini ve bu durumda tarafların kendi aralarında anlaşarak kararın verildiği anda bağlayıcı ve kesin olacağını kararlaştırabileceklerini ifade etmektedir (s. 417).

tünlüğünden ise tarafların irade serbestilerinin üstünlüğüne öncelik verilmiş olacaktır. Burada sadece taraf irade serbestileri üzerindeki kontrol kamu düzeni-*public policy concern* ile sınırlı kalacak ve en geniş bir şekilde tanınmış olacaktır⁸³. Buna karşın, UNCITRAL Model Yasa hükümleri tahkim yeri ve bu yer mahkemelerinin otoritesi ve desteğini tanımakta ve yukarıda açıklandığı üzere tahkim yeri seçimini tahkim usulü açısından temel almaktadır. Zira Model Yasa tam ve mükellef bir sistem getirememekte ve tahkim yeri mahkemelerine taraf iradelerini tamamlayıcı da kabul edilse belli bir otorite alanı bırakmaktadır.

*“Model Yasa, mevcut hukuk sistemlerinin çoğunluğunda olduğu üzere özellikle belirtmiş olduğu gibi eğer tahkim yeri hukuku sistemi içinde yasalastırma yoluyla benimsenmiş ise ancak uygulama alanı bulacaktır. Sadece dört istisnai maddede belirtilen durumlar haricinde UNCITRAL Model Yasa tahkim yerinde uygulamaya yöneliktir. Sadece bu dört madde ile Model Yasa tahkim yeri veya başkaca yer hukuk sistemlerinin mahkemelerinin yardım ve yetkisine yer vermektedir. Burada mahkemeler bu yetkilerini kullanırlarken kendi kamu düzenleri gereği uyarılma, eklem veya değişiklikler yapma yetkileri ile de donatılmışlardır”*⁸⁴. Model Yasanın kabul edilmiş olduğu hukuk sistemlerinde kabul sırasında ne gibi değişiklikler yaptıkları da taraflarca bilinmeli ve gerek tahkim yeri gerekse nihai tenfiz ve icra yeri kamu düzeni kıstası da iyi değerlendirilmelidir.

Bu açıklamalar tahkim yeri hukuku olarak Türkiye'nin söz konusu olduğu durumlarda Milletlerarası Tahkim Kanunu açısından aynı ölçüde geçerlidir. Milletlerarası Tahkim Kanunu nihayetinde UNCITRAL Model Yasası'ndan çokta ayrılmamış ulusal olarak düzenlenmesi gereken mahkeme müdahalesi ve iptal sebeplerinde tanınan imkânları kullanma yolunu seçerek düzenlemeler getirmeyi tercih etmiştir. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun varlığı ve Model Yasa ile bu şekilde uyumlu olması yabancıların Türkiye'yi tahkim yeri olarak seçmesi olasılığını artırıcı niteliktedir. İptal davası imkânı ve yetkili görevli mahkeme, tahkime elverişlilik ve kamu düzeni kıstasları gözetilerek bu seçim yapılırsa Model Yasa ile diğer hususlarda hemen hemen aynı sonuçlara varılabilecektir.

SONUÇ

- Uluslararası ticari tahkimde liberalizasyon ve bütün devletler için kabul edilebilir bir orta yol bulma ve kanun olarak hukuk sistemlerine aktarma ihtiyacına cevap vermek için, UNCITRAL tavsiye nitelikli *Model Law*-Model Yasa çıkarmış ve bütün ülkelere bu türden bir kanun hazırlaması gereğini vurgulamıştır. Her devletin kendi hukuk sistemindeki farklılıklar nedeniyle de tarafların irade serbestisine azami ölçüde yer verilmeye çalışılmıştır. Türkiye de bu bağlamda olarak Milletlerarası Tahkim Kanunu'nu yürürlüğe koymuştur. Ancak ticari ilişkilerde tam olarak tanınan sözleşme

⁸³ PAULSSON, s. 57; CHUKWUMERİJE, s. 88 - 89.

⁸⁴ HOLTZMAN, H. M. / NEUHAUSE, Z. E.: *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Boston 1989, s. 35.

serbestisi çerçeveli tahkimin uluslararası ticari tahkim olması nedeniyle, kanunun da sadece ticari ilişkilere ilişkin düzenlemeler getirmesi dolayısı ile kanunun ticari tahkimlere ilişkin değerlendirilmesi gereği vardır⁸⁵. Buna karşın Milletlerarası Tahkim Kanunu kendi adı ve tespit ettiği yabacılık kriterleri bakımından sadece ticari tahkimlere ilişkin değilmiş gibi gözükse de; gerek mehaızı, gerekse içeriği itibarı ile istisnalar dışında ticari tahkime ilişkindir. Burada sadece kamu hizmetinin yabancılara gördürülmesi, teşvikli yatırımlar ve yabancı ortaklı şirketlerle ilgili özel düzenleme kanuna ticari tahkimden öte genel bir tahkim kanunu niteliği vermemektedir. Burada içerik itibarı ile hangi hükümlerin istisnai olduğu gözetildiğinde ticari olmayanların istisnai nitelikte olduğu göz ardı edilemez.

- Ulusal hukuklar arasındaki ve uluslararası tahkime ulusal mahkeme müdahalesindeki farklılıklar dolayısı ile UNCITRAL Model Yasa da tahkim süreci sonundaki geçersizlik iddiaları ve iptali için tahkim yeri mahkemelerine yetkiler tanımıştır. Bu da icra ve tenfiz öncesi mahkemelerin tahkime etkin katılması sonucunu doğurmuştur ve tarafların irade serbestilerine büyük bir müdahale olarak değerlendirilmek gerekir⁸⁶. Bu husus aynen Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda da kendine yer bulmuş olup tahkim yeri mahkemesine bu türden bir iptal yetkisi verilmesi ve verilen kararın hem tahkim yeri hem tenfiz ve icra yeri kamu düzeni olmak üzere çifte kontrole tâbi tutulması tarafların irade serbestisini sınırlandırır durumdadır. Bu nedenle, tenfiz yeri dışında icrai karar oluşturmazdan önce, ayrıca iptal davası imkânının tanınmaması kanunun amaçlarını gerçekleştirmede daha etkin olurdu.
- En önemlisi, Model Yasa gibi Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun da açıkça tarafların irade serbestisini temel hareket noktası almasıdır. Bu serbestiden yararlanma da tarafların aralarındaki uyuşmazlığı UNCITRAL Model Yasa hükümlerini kendi sistemine katmış bir hukuk sistemini uygulayan tahkim yeri seçimi ile sağlanacaktır. Bu denli irade serbestisine tarafların kavuşması sadece tahkim yeri seçimi ile sağlanabilmektedir. Yani yer esaslı getirilmiş, eğer tahkim yerinde bu Yasa yürürlükte değil ise, Model Yasa hükümlerinin başkaca bir yerde uygulanmasına cevaz verilmemiştir. Böylece Milletlerarası Tahkim Kanunu da yeterince sözleşme serbestisine yer veren bir kanun olarak tahkim yeri Türkiye olarak seçilen tahkim anlaşmalarının çoğalmasına yol açacaktır.

⁸⁵ Örneğin Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda geçen mahkeme terimi Asliye Ticaret Mahkemesi olarak değerlendirilir ve sözleşme serbestisi temelinden hareket edilir ise; bu kanun uluslararası tahkimi değil, uluslararası ticari tahkimi düzenlemiş olacaktır.

⁸⁶ *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration; Explanatory Documentation Prepared for the Commonwealth Jurisdiction, London Commonwealth Secretariat* (Sekreterlik Özel Basısı) isimli raporun 1.04 - 1.05 sayılı paragraflarında bu görüşlere yer verilmekte ve bu sınırlamaların da asgari kılınması teklif edilmektedir.

- Model Yasasının bir konvansiyon ya da antlaşma olmadığı da unutulmamalı ve her devletin kendi hukuk sistemine katılması sırasında ne gibi değişiklik, eklenme ve uyarlamalar ile Model Yasa benimsediğine özel dikkat edilmelidir. Zira, UNCITRAL bu kuralları kabul eden devletlere gerekli ve belki de gerekenden fazla bir esneklik tanımaktadır. Bu esnekliği suiistimal eden bir ülke hukuk sisteminin uygulandığı yerin tahkim yeri olarak seçilmemesi tarafların menfaati icabı gözükmektedir. Milletlerarası Tahkim Kanunu da sağlanan bu imkânı kullanmakta ve Model Yasayı aynen kanunlaştırmak yerine kendine özgü bazı değişiklikler öngörerek *sui generis* bir düzenleme getiriyor gözükmektedir. Yine de tahkime elverişlilik konusunda taşınmazlara ilişkin istisna ve kamu düzeni kontrolü altında tutulan tarafların irade serbestisine diğer açılardan azami yer verilmiş olması uyumsuzluk taraflarının Türkiye’yi tahkim yeri olarak seçmelerini teşvik edecek niteliktedir.
- Gerek emredici hukuk normlarının rolü, gerekse kamu düzeni kriterindeki muğlaklıklar göz önünde tutulduğunda tahkim yeri yargı makamları nezdinde iptal davası açma imkânı tanınması tarafların irade serbestisi açısından büyük bir sınırlılık teşkil etmektedir. Taraflara iptal davası hakkından feragat imkânı tanınacak yerde, taraflara iptal davası açma hakkı konusunda açık irade beyan etme imkânı tanınmalıydı. Sadece icra-tenfiz yeri kamu düzeni, tahkime elverişlilik ve emredici hukuk hükümlerinin dikkate alınması bakımından yeterli görülmelidir. Örneğin, İngiltere’deki gayrimenkul, ticari malvarlığı olarak, pekala Türkiye’de tarafları İngiliz ve Fransız olan uyumsuzlukta tahkim konusu edilebilmeli ve bunu Türk emredici hukuk hükümleri ve kamu düzeni kontrolünden ayrı tutulabilmeliydi. Burada hakem heyetinin dikkate alması gereken, kararın sadece tenfiz ve icra konusu edilmesi muhtemel İngiliz ve Fransız kamu düzeni ölçütleridir. Yoksa Türk kamu düzeni ölçütünün esasa her hangi bir etkisi olmayacaktır. Kanunda, Türkiye ile maddi bağlantısı olmayan, sadece tahkim yeri olarak Türkiye seçilen ticari tahkimler için sözleşme serbestisinin uygulamada daha geniş yorumlanması ve kapsamlı tutulması, iptal sebebi olmasının dar tutulması faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

- *Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi? II Sempozyum – Bildiriler – Tartışmalar*, Ankara 1999.
- *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration; Explanatory Documentation Prepared for the Commonwealth Jurisdiction*, London Commonwealth Secretariat (Sekreterlik Özel Basısı).
- AKINCI, A.:** *Milletlerarası Tahkim*, Ankara 2003.
- AKINCI, Z.:** “Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Görev Belgesi”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C.II, İstanbul 2003, s. 966 vd.
- AYDOĞAN, A.:** *Milletlerarası Tahkim Kanunu Kapsamında Cereyan Eden Tahkim Usulü*, İstanbul 2003
- BAKER, S. A. / DAVIS, M. D.:** *The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice*, Kluwer 1992.
- BALCI, M.:** *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*, İstanbul 1999.
- BERBER, L. K.:** *Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü Uygulaması*, Ankara 1999.
- BERGER, K. P.:** *International Economic Arbitration*, Kluwer 1993.
- BİRSEL, M. T.:** “Milletlerarası Ticari Tahkim: Genel Bir Bakış ve Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay Yorumları – ‘Uygulanacak Usul Hukuku’ Belirsizlikleri”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, 85 – 131.
- CARTER, P. B.:** “*The Role of Public Policy in English Private International Law*”, ICLQ - 1993, s. 1 vd.
- CHUKWUMERİJE, O.:** *Cohice of Law in International Commercial Arbitration*, London 1994.
- DAVIDSON, F. P.:** “*International Commercial Arbitration in Scotland*”, 1992 - LMCLQ, s. 376 vd.
- DAVIDSON, F. P.:** *International Commercial Arbitration, Scotland and the UNCITRAL Model Law*, First Edition, Edinburgh 1991.
- DAYINLARLI, K.:** *UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim*, Ankara 2000.
- DOST, S.:** *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi*, Ankara 2006.
- ERDOĞAN, F.:** *Uluslararası Hukuk ve Tahkim*, Ankara 2004
- GELGEL, G.:** “Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanı ve Getirmiş Olduğu Önemli Yenilikler”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C.II, İstanbul 2003, s. 1084 vd.
- GOODE, R.:** *Commercial Law*, New Edition, Oxford 1995.

- HERRMAN, G.:** “*The UNCITRAL Model Law; Its background, Salient Features and Purposes*”, Arbitration International 1985-1, s. 6-19.
- HOLTZMAN, H. M. / NEUHAUSE, Z. E.:** A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Boston 1989.
- KALPSÜZ, T.:** “*Tahkim Anlaşması*”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C.II, İstanbul 2003, s. 1027 vd.
- KAPLAN, N.:** “*The Model Law in Hong Kong*”, Arbitration International (1992), s. 223 vd.
- KAPLAN, Y.:** “*Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Seçilmesi ve Sonuçları*”, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, MHB, Y.19-20, 2000, s. 473 - 504.
- KAPLAN, Y.:** “*Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfizinin Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi*” MHB, Y.21, S.1-2, 2001 s. 43-73.
- KAPLAN, Y.:** *Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002.
- KAPLAN, Y.:** “*Milletlerarası Tahkime Milli Hukuk Dışı Kuralların Uygulanması*”, AÜEHFD, C.III, S.1, 1999, s. 307 – 337.
- KAPLAN, Y.:** “*Yeni MÖHUK Tasarısının Tahkime İlişkin Hükümleri Hakkında Eleştirel Bir Yaklaşım ve Düzenleme Önerileri*”, AÜEHFD, C.VII, S.1-2, Haziran 2003, s. 407 – 22.
- LALIVE, P.:** *An International Conference on the Reform of the Commercial Arbitration Procedures-Conclusions*, London 1994, s. 119 -122.
- MORRIOT, A. L.:** “*Evidence in International Arbitration*”, Arbitration International 1989 - 5, s. 281 vd.
- MURRAY, J.:** “*The position in Scotland*”, An International Conference on the Reform of Commercial Arbitration Procedures, (17-18 Şubat 1994), London, s. 4 vd.
- MUSTILL, M.:** “*Arbitration; History and Background (1989)*”, 6. JIA, s. 43 vd.
- MUSTILL, M. / BOYD, S.C.:** Commercial Arbitration, Second Edition, London 1989.
- NOMER, E.:** “*Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı*”, MHB, Y.1, S.1, 1984, s.
- NOMER, E.:** “*Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi*”, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, MHB, Y.19-20, S.1-2, 1999-2000, s.
- NOMER, E. / EKŞİ, N. / GELGEL, G.:** Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2000.
- ÖZBEY, İ.:** “*1998 Alman Tahkim Hukuku ve Bu Reforma İlişkin Örnekler*”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 1063 vd.

- PAULSSON, J.:** *“Delocalisation of International Commercial Arbitration; When and Why It Matters”*, 1983-32 ICLQ, s. 57 vd.
- REDFERN, A. / HUNTER, M.:** *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Second Edition, London 1991.
- REYMONDE, C.:** *“The Main Features of Civil Procedure and How They Apply the Cases in Arbitration”*, An International Conference on the Reform of Commercial Arbitration Procedures (17-18 Şubat 1994), London, s. 22.
- REYMONDE, C.:** *“The Report of Mustill Committee; A Foreign Overview”*, 1990-106, LQR, s. 438 vd.
- SANDERS, P.:** *“Unity and Diversity in the Adoption of the Model Law”*, *Arbitration International* 1995 - 1, s. 1 – 12.
- SCHLOSSER, P.:** *“The Competence of Arbitrators and of Courts”*, *Arbitration International* 1992 - 8, s. 193 vd.
- SCHMITTHOFF, C.:** *Schmitthoff’s Export Trade-The Law and Practice of International Trade*, London 1993.
- SCHWARTZ, E. A.:** *“Perspectives from the ICC”*, International Conference on the Reform of Commercial Arbitration Procedures (17-18 February 1994), London, s. 34 – 35.
- ŞANLI, C.:** *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1986.
- ŞANLI, C.:** *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, İstanbul 2005.
- ŞİT, B.:** *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Ankara 2005
- TAŞKIN, A.:** *Hakem Sözleşmesi*, Ankara, 2005.
- TAŞKIN, A.:** *“Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hükiüm Vermesi”*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. İhsan Tarakçioğlu’na Armağan), C. II, Sayı 1-2, s. 115 – 125.
- TEKİNALP, G.:** *“Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk – MÖHUK m. 24 ve Zımnî Hukuk Seçimi”*, MHB, 1985/1, s. 28 vd.
- TİRYAKİOĞLU, B.:** *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1996.

MARKADA TESCİLİN HUKUKİ ÖNEMİ

M. Ramazan AKSOY*

I. GENEL OLARAK TESCİL KAVRAMI ve ETKİSİ

A- Tescil Kavramı

Hukuk düzeninin belirli hakların kazanılması açısından veya belirli hakların kamuya açıklanması için gerekli gördüğü kayıt işlemine tescil denir. Tescil dar anlamıyla hakkın kazanılması veya kamuya açıklanması için yapılan ilk kaydı içerir. Geniş anlamda tescil ise; hem yapılan bu ilk kaydı hem sicilde yapılacak tadil ve terkin işlemlerinin tamamını kapsar. Bazı hakların kazanılmasında tescilin hukuki etkisi vardır. Bu etki iki şekilde ortaya çıkar. Tescil hakkın kazanılmasında kurucu nitelikte olabileceği gibi bildirici (açıklayıcı) nitelikte de olabilir. Kurucu etkiye sahip olan tescil aynı zamanda bildirici etkiyi de haizdir¹. Diğer yandan, tescil yalnız bildirici nitelikte de olabilir.

B- Hakların Kazanılması Açısından Tescilin Etkisi

Yukarıda hakların kazanılması açısından tescilin iki etkisinin olduğunu belirttik. Bunlardan birisi kurucu diğeri bildirici etkidir. Tescilin marka hakkının kazanılmasındaki etkisini incelemeden önce bu etkilerden genel olarak bahsetmemiz gerekir.

1- Tescilin Kurucu Etkisi

Kanun koyucu, bazı hallerde tescili, hakların kazanılması açısından zorunlu bir şart olarak öngörmüştür². Böyle durumlarda bir şekil şartı olarak tescil; belli bir hukuki durumun doğumuna neden olur³. Tescil bir hakkın ilk defa kazanılmasında hem de hakkın devir yoluyla kazanılmasında zorunlu bir şart olarak öngörülmüşse, bu hakkın ilk defa kazanılması hem de devir yoluyla kazanılması tescile bağlıdır. Kanun koyucunun zorunlu bir şekil şartı olarak ön gördüğü tescil gerçekleştirilmemiş ise, hak kazanılamayacaktır. O halde bir hakkın kazanılması, belirli bir hukuki durumun doğması açısından şart olarak tescilin zorunlu kılındığı hallerde tescilin

* Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, Adli Yargı Hâkim Adayı.

¹ Bkz.: İsmet Sayhan "Patent Haklarının Kazanılması Açısından Tescilin Etkisi", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi ("Sayhan"), C.5, S.2005/2, s. 117-148, s.118.

² Sayhan, s.118.

³ Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 6.Baskı, Ankara, 2001, (Arkan, Ticari İşletme Hukuku), s.229.

kurucu etkisinden bahsedilecektir. Türk hukuk sisteminde tescilin kurucu etkisinin en tipik örneği taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında görülür. Buna göre taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, zorunlu olarak tapu kütüğüne yapılacak tescille mümkündür (MK m. 705)⁴. Kanun koyucu bu kurala çeşitli istisnalar getirmiştir.⁵ Aynı zamanda tapu sicili dışında birçok sicil benimsenerek bunlara yapılacak tescil kanunlarda gösterilmiştir. Örneğin; Ticari İşletme Rehni Kanununda, ticari işletmenin rehni ticaret siciline veya esnaf veya sanatkar siciline yapılacak tescille doğar; tescil yapılmamışsa tek başına rehin sözleşmesi ticari işletmenin rehni sonucunu doğurmaz (TİRK, m.5)⁶. Dolayısıyla burada da tescilin kurucu etkisinden bahsediriz⁷.

2- Tescilin Bildirici Etkisi

Tescil bazı durumlarda kurucu değil bildirici (açıklayıcı) etkiye sahiptir. Kanun koyucu bazı hakların kazanılması açısından tescili zorunlu kılmamış olabilir. Böyle durumlarda tescil yapılmamış olsa bile hak kazanılmış olur. Hak kazanıldıktan sonra yapılacak tescil bildirici (açıklayıcı) etkiyi haiz olacaktır. Ancak tescilin bildirici etkisinden bahsedilebilmesi için hakkın tescilden önce tam olarak kazanılmış olması ve tescilin bu hakkın kazanılmasında bir unsur (şart) olarak yer almıyor olması gerekir⁸. Tescilin bildirici etkiyi haiz olması daha önce doğmuş, sona ermiş veya değişikliğe uğramış bir hakkın; varlığını, değişikliğini veya sona erdiğini gösterir. Örneğin MK m. 713'e göre bu maddede sayılan şartların yerine getirilmesi halinde taşınmaz mülkiyeti sicil dışında kazanılmış olacaktır. Yani olağanüstü zaman aşımıyla taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında tescil bildirici etkiyi haiz olacaktır. Ancak mülkiyeti sicil dışı kazanan kimsenin bunu iyi niyetli üçüncü kimselere karşı ileri sürebilmesi ve daha da önemlisi bu taşınmaz üzerinde tasarrufi işlemlerde bulunabilmesi için mülkiyet hakkının tapu siciline tescili gerekir⁹. İşte bu tescil sadece hak sahipliğini gösteren açıklayıcı nitelikte bir tescildir. Bunun hak sahipliğinin kazanılmasında bir rolü yoktur.

II- MARKA ÜZERİNDEKİ HAKKIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Marka üzerindeki hakkın kazanılmasında tescilin hukuki önemine geçmeden önce hakkın hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekir. Bir işaretin belirli bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmek için kullanılması halinde işaret marka olarak kullanılmış olacaktır. Marka olarak kullanılan bu işaretin MarkKHK kapsamında özel olarak korunması ise

⁴ 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (MK), Tertip:5, Resmi Gazete Tarihi: 08.12.2001, Resmi Gazete sayısı: 24607.

⁵ M.Kemal Oğuzman/Özer Seliçi (Oğuzman/Seliçi), Eşya Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, 2002, s.301 vd. Tescil dışı kazanımlar için bkz: MK m. 54, 705, 708 vb.

⁶ 1447 Sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu (TİRK), Tertip: 5, Resmi Gazete Tarihi: 28.07.1971, Resmi Gazete Sayısı: 13909. Ayrıca bkz.: Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s.49.

⁷ Özel hukukta kabul edilen sicillerin bir listesi için bkz: Yaşar Karayalçın, Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri, 1975, C.8, S.2, s.1-2. Bu listeye sonradan çıkarılan kanunlarla kabul edilen siciller için bkz: Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 229.

⁸ Sayhan, s. 120.

⁹ Oğuzman/Seliçi, s. 322.

MarkKHK'ya göre marka olarak kullanılan işaret üzerinde marka hakkının kazanılmasıyla mümkündür. Diğer bir deyişle marka hakkını kazanılması halinde marka, öngörülen özel korumadan yararlanır. Bu nedenle marka üzerindeki hakkın hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekir. Marka üzerindeki hak parayla ölçülebilir haklardan olduğundan aynı zamanda mal varlığı haklarından¹⁰. Marka üzerindeki hak herkese karşı ileri sürülebilir mutlak nitelikli bir haktır, sahibine marka üzerinde mutlak hâkimiyet sağlar. Mal varlığı haklarından olmakla beraber maddi mal varlığı değil gayr-i maddi mal varlığı haklarından¹¹. Marka üzerindeki hakkın hukuki niteliğine ilişkin 'gayr-i maddi mülkiyet,' 'şahsiyet hakkı,' 'işletmenin teferruatı,' 'gayr-i maddi mal üzerindeki hak' şeklinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Ancak bunların hiçbirisi tam olarak bu hakkın niteliğine uygun değildir. Bu hakkın, özel bir koruma ihtiyacının ortaya çıkardığı nev'i şahsına münhasır, 'su-i generis' bir hak olduğu da ileri sürülmüştür¹¹. Ayrıca marka üzerindeki hakkın bir işgal hakkı olduğu da savunulmuştur¹². Yeni bir fikre göre gayri maddi mallar üzerindeki haklar mülkiyet hakkı olarak değerlendirilmektedir.¹³ Bu sonuca eşya kavramının geniş olarak yorumlanması sonucu varılmaktadır. Eşya kavramı gayri maddi malları da kapsar şekilde yorumlandığı takdirde fikri ve sınai haklar üzerindeki haklar da mülkiyet hakkı olarak kabul edilecektir¹⁴.

Marka üzerindeki hak fikri ve sınai haklarından olmakla birlikte; diğer fikir ve sanat eserleri zindeki haklardan ve sınai haklardan farklı olarak, sahibinin hususiyetini taşımak veya fikri bir çabanın sonucu olmak zorunda değildir. Orijinal olmayan bir işaret de marka olarak tescil edilebilir ve bu tescil marka üzerinde inhisari haklar doğurur¹⁵.

Marka üzerindeki hak, sahibine yararlanma ve tasarruf etme şeklinde olumlu yetkiler sağladığı gibi hakkın korunmasını amaçlayan olumsuz yasaklama yetkileri de verir¹⁶. Bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi ve korunabilmesi için sahibinin fikri çabasını gerektirmese bile ayırt edici niteliğe sahip olması veya orijinal ve estetik olması tescil edilebilmesi için şarttır.¹⁷ Ayırt edici olmayan bir işaret marka olarak tescil edilemeyeceğinden, aynı korumanın kapsamına da dahil edilemeyecektir.

¹⁰ **Hamdi Yasaman**, Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi (**Yasaman**, Marka Hukuku), 1.Bası, İstanbul, 2004, s.176 vd.

¹¹ **Reha Poroy**, Ticari İşletme Hukuku, 5.Bası, İstanbul, 1987, s. 229.

¹² **Pellissier**, Possession et Meubles Incorporels, Paris, 2001, s.225 vd. (Naklen: **Reha Poroy**, **Hamdi Yasaman** (**Poroy/Yasaman**), Ticari İşletme Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, 2004. s.357).

¹³ Bu konuda geniş bilgi için bkz: Pelissier, (Naklen: Poroy/Yasaman, s.358).

¹⁴ Bu konuda geniş bilgi için bkz: ibid., s.358).

¹⁵ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.173

¹⁶ **Sayhan**, s.120 vd.

¹⁷ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.173. **Hamdi Yasaman**, "Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında Yargıtay 11. HD.'nin Kararı Üzerine Düşünceler (**Yasaman**, Marka Hakkı)", GS Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002/2, (151-158), s.153

III- MARKA HAKKININ KAZANILMASINDA TESCİLİN ÖNEMİ

Tescilin öneminden kastedilen tescilin marka hakkını kazandırmasındaki rolüdür. Yani marka üzerinde korunmaya değer hak sahibi olmak için tescilin zorunlu olup olmadığı, tescil yapılmadığı durumlarda bu korumadan yararlanmanın mümkün olup olmadığı belirlenmesidir.¹⁸ Türk Hukukundaki duruma geçmeden önce bu hususta kabul edilen sistemlerden genel olarak bahsetmek yerinde olacaktır.

A- Marka Hakkının Kullanımla Doğması(Kullanım İlkesi)

Bazı hukuk sistemlerinde marka hakkının kazanılması, markanın kullanılması ile doğar. Bu hukuk sisteminde markanın tescil edilmesi zorunluluğu yoktur. Marka üzerindeki hak onu ilk defa kullanan tarafından kazanılmış olur; daha sonra tescil yapılsa bile, tescil, bildirici etkiyi haizdir¹⁹. Hak sahipliğinin kazanılmasında tescilin herhangi bir rolü yoktur. Örnek olarak Amerikan Hukuk sistemini gösterebiliriz²⁰.

B-Marka Hakkının Tescille Doğması(Tescil İlkesi)

Bazı hukuk sistemlerinde marka hakkının kazanılması tescil şartına bağlanmıştır. Marka hakkının doğması münhasıran yapılacak tescile bağlıdır. Kullanma ilkesinden farklı olarak tescil, bu sistemde kurucu etkiye sahiptir. Tescilin marka hakkının kazanılmasında kurucu etkiye sahip olması ‘Tescil İlkesi’ olarak adlandırılmaktadır. Tescil ilkesinin geçerli olduğu hukuk sistemlerinde kural olarak markanın kullanılması, markalar için tanınan özel düzenlemeler çerçevesinde marka hakkı doğurmaz. Marka üzerindeki hak mutlak surette tescille doğar. Markayı kullanan kimse bu markayı daha sonra tescil ettiren kimse karşısında kural olarak özel hükümler çerçevesinde korunmayacaktır²¹. Tescil ilkesini benimseyen hukuk sistemlerine örnek olarak 31 Aralık 1964 tarihli Fransa Markalar Kanunu dönemindeki Fransa hukuk sistemini gösterebiliriz²².

C- Karma Sistem

Bazı hukuk sistemlerinde ise marka hakkının kazanılması tescil ilkesi ile kullanma ilkesi arasında karma bir nitelik arz eder. Karma nitelikli hukuk sistemlerinin bir kısmında kullanma ilkesi tescil ilkesine istisna olarak kabul edilmekte²³.

¹⁸ **Akar Öçal**, Türk Hukukunda Markaların Himayesi, (İsviçre ve Fransız Hukuklarıyla Mukayeseli Olarak) (Öçal, Himaye), Ankara, 1967, s. 75.vd.

¹⁹ **Öçal**, Himaye, s.76.vd. **Sami Karahan**, “Tescilsiz Markanın Korunmasında Marufiyet (Bilinirlik) Şartı (Karahan, Tescilsiz Marka)”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.4, S:2004/2, (11-22), s.14.

²⁰ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.177.vd.

²¹ **Öçal**, Tescilsiz bir markanın aynı markayı tescil ettiren kimseye karşı korunması 551 sayılı Kanun 15/2’de yer alan şartların varlığı halinde mümkündür, aksi takdirde tescilsiz marka genel hükümlerle korunacak ancak genel hükümlerle korunan bu hak (haksız rekabete ilişkin bu hak) tescilli marka sahibine karşı ileri sürülemeyeceği görüşündedir.(Himaye, s.138).**Yasaman**, Marka Hukuku, s. 180 vd. **Karahan**, Tescilsiz Marka, s.14.

²² **Yasaman**, Marka Hukuku, s.179.

²³ **Yasaman**’a göre Türk hukuk sistemi kural olarak tescil ilkesini benimsemekle beraber 556 sayılı KHK ile bu ilkeye birçok istisna getirmiştir (Marka Hukuku, s.182).

Karma nitelikli hukuk sistemlerinin bir kısmında her iki ilke bir arada uygulanmakta, biri diğzerinin istisnası olmamaktadır.. Örneğın, **Öçal**'ın 'Türk Hukukunda Markaların Himayesi' adlı eserinde belirttiğı gibi, bir Fransız mahkeme kararında²⁴ şöyle denmektedir: '*Fransa Hukukunda marka mülkiyeti, ilk defa bu markayı kullanan tarafından kullanılır ve markanın tescili, onu ilk defa kullanan tarafından gerçekleştirilmemişse ancak o zaman bildirici nitelik taşır...*'.²⁵ Kararın içeriğinden Fransa hukuk sisteminde marka hakkı; işaretin ilk olarak tesciliyle veya ilk defa kullanılmasıyla kazanılacağı anlaşılmaktadır. Eğer ilk kullanan kimse, tescil ettiriyorsa (kullanımdan sonra) hak sahipliğı ilk kullanılmayla doğacak, tescil ise bildirici nitelikte olacaktır. Ancak tescil yapılıp, ondan sonra işaret marka olarak kullanılıyorsa, hak sahipliğı tescille beraber doğacak. Tescil de kurucu etkiyi haiz olacaktır. Görüldüğü gibi burada Tescil İlkesi ve Kullanma İlkesi birlikte uygulanmakta, biri diğzerinin istisnası olmamaktadır.

IV- TÜRK HUKUKUNDA DURUM

Türk Hukukunda tescilin önemini yani marka hakkının kazanılması açısından etkisini ikili ayırım çerçevesinde inceleyeceğiz. Öncelikle 551 sayılı²⁶ MarK (Markalar Kanunu)ün yürürlükte olduğı dönemle ilgili açıklamalarda bulunup daha sonra 556 sayılı²⁷ MarKHK(Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname) hükümleri çerçevesinde tescilin önemini irdedeleyeceğiz. Çalışmamızda daha çok MarKHK hükümlerine yer vereceğiz.

A- 551 Sayılı Kanun Dönemindeki Durum

551 sayılı MarK'unun yürürlükte olduğı dönemde, tescilin marka hakkının kazanılmasında ki rolünün ne olduğı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüş, bir fikir birliğine varılamamıştır.

Tekinalp, MarK'u m. 15/2'ye dayanarak, daha önce bir markanın tescil ettirilmeden ihdasının ve fiilen kullanımının ve bu kullanım sonucunda maruf hale getirilmesinin tescil ettirene karşı ileri sürülmesini kullanma ilkesi olarak değerlendirmiştir. **Tekinalp**, 551 sayılı kanununda mutlak surette kullanma ilkesinin benimsendiğı görüşündedir²⁸.

Yasaman, MarK'unun 3.maddesindeki '*bu kanundaki haklardan faydalanabilmek için markanın Sanayi Bakanlığınca tescil edilmesi şarttır.*' hükmüyle, aynı kanunun 15. maddesindeki '*bir markayı ilk defa tescil ettiren kimse, o markanın hakiki sahibi sayılır.*' hükmüne dayanarak kanunun tescil ilkesinin benimsendiğini

²⁴ Ann. 1963-179. **Öçal**, Himaye, s.76.

²⁵ **Öçal**, Himaye, s.76vd.

²⁶ 551Sayılı Markalar Kanunu (MarK), Tertip:5, Resmi Gazete Tarihi:12.03.1965, Resmi Gazete Sayısı: 11951.

²⁷ 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (MarKHK), Tertip:5, Resmi Gazete Tarihi:27.06..1995, Resmi Gazete Sayısı:22326.

²⁸ **Ünal Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 2004(**Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, **Fikri Mülkiyet Hukuku**), s.355. **Ünal Tekinalp**, 'Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu', Kenen Tunçoğlu'na Armağan(**Tekinalp**, Yeni Marka Hukuku), 1997 s.469. **Sabih Arkan**, Marka Hukuku, Cilt I, Ankara, 1997, s.129

belirtmiştir²⁹. Ayrıca Yasaman, **Tekinalp**'ın KHK'nın ön gördüğü sistem ile Marka Kanununun öngördüğü sistem arasında yaptığı kesin ayrımın doğru olmadığını ileri sürmüştür.³⁰

551 sayılı Kanunun 3. maddesi, '*bu kanunlardaki haklardan faydalanabilmek için markanın sanayi bakanlığınca tescil edilmiş olması şarttır.*' hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca 15. maddesinde '*bir markayı ilk defa tescil ettiren kimse o markanın hakiki sahibi sayılır.*'denilmektedir. Üçüncü maddenin ikinci fıkrası ise '*tescil edilmemiş bulunan markalar ancak genel hükümlere göre himaye görür*' şeklindedir. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde MarkK'un öngördüğü sistemin esas itibariyle tescil ilkesi olduğu görülecektir³¹. Özellikle 15. maddenin birinci fıkrasında bir karine öngörülmüş ki buna hak sahipliği karinesi diyebiliriz. Bu karineye göre bir markayı ilk defa tescil ettiren kimse bu markanın hakiki sahibi sayılacaktır. Bu karinenin çürütülmesi mümkündür.³²

551 sayılı Kanunun üçüncü maddesi uyarınca marka, MarK'unun öngördüğü özel hükümlerle korunmak isteniyorsa tescil edilmesi gerekir. Aksi takdirde tescilsiz işaret sadece genel hükümlere göre korunacaktır. Buradaki genel hükümlerden kasıt TTK'nın haksız rekabete ilişkin 56 vd. maddeleri ile BK'nun 48. maddesidir³³.

Haksız rekabete ilişkin hükümler her iki markanın da tescilsiz olması halinde önem arz eder. Bu durumda TTK 57/b.5 gereği tescilsiz markayı ilk önce kullanmaya başlayan kimse, kullanmada öncelik ilkesi gereğince markayı daha sonra kullanmaya başlayan kimseye karşı dava açarak markanın kullanmasını engelleyebilir³⁴.

Burada önemli olan husus MarkK'nın tescilsiz markaların genel hükümlere göre korunacağını belirterek tescilsiz markalar üzerindeki hakkın varlığını kabul edip etmediğidir. Kanun 15. maddede bir karine öngürmüş ve tescilli bir markanın varlığı halinde tescil ettiren kimsenin markanın sahibi olacağını belirtmiştir. Böyle bir durumda, marka üzerindeki hak sahipliğinin tescille doğacağını kabulü gerekir. Ancak bu bir karine olduğundan çürütülebilecektir. Bu karinenin kim tarafından çürütüleceği MarK'un 15. maddesinin 2. fıkrasında belirtilmiştir³⁵.

Dolayısıyla MarkK'da tescil ilkesi kabul edilmiş; ancak bu ilkenin mutlak surette uygulanması uygun bulunmayarak bazı istisnalar getirilmiştir. Bu istisnalardan biri 551 sayılı kanunun 15. maddesinin ikinci fıkrasıdır. 15/2' hükmüne göre '*şu kadar ki, başka şahıs aynı emtia için aynı markayı daha önce fiilen ihdas ve isti'mal ettiğini ve piyasada maruf hale getirdiğini tescil edilmiş marka sahibine karşı iddia ve bu iddiasını dava veya karşı dava suretiyle ispat etmek hakkını haizdir. Bu hak markanın tesciline veya kullanıldığını ıtıla tarihinden itibaren altı ay ve herhalde*

²⁹ Yasaman, Marka Hukuku, s.181 vd. **Erdal Noyan**, Marka Hukuku, 2.Baskı, Ankara, 2004, s.25.

³⁰ Yasaman, Marka Hukuku, s.181.

³¹ Poroy, s.239.

³² Poroy, s.239. **Tekinalp**, Yeni Marka Hukuku,s.470.

³³ 818 Sayılı Borçlar Kanunu (BK), Tertip:3, Resmi Gazete Tarihi:29.04.1926, Resmi Gazete Sayısı:359.

Öçal, Himaye, s.137. **Özdemir**, s.149.

³⁴ **Öçal**, Himaye, s.137. **İsmail Doğanay**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C:1, 3. Baskı,Ankara,1990, s.339.

³⁵ Poroy, s.239. **Arkan**, Marka Hukuku, s.128.

tescilinden itibaren üç yıl geçmekle düşer'. **Doğanay**'a göre; 15/2 hükmü, 3/2 hükmünün yani tescilsiz markaların genel hükümlere göre korunacağını karşılığını teşkil etmektedir³⁶. Uyuşmazlık konusu marka her iki tarafça da tescilsiz olarak kullanılıyorsa sadece bu durumda 3/2 uygulama alanı bulacak ve TTK'nın 56 vd. hükümleri ile BK'nun 48. maddesi hükümleri uygulanacak, haksız rekabet ilkeleriyle sorun çözülecektir.

Markalardan birinin tescilli olması durumunda MarkK'u bu tescile hak sahipliği karinesi bağladığı ve bu karineye bağlı olarak özel hükümlerle tescilli markayı korumuş olması karşısında artık haksız rekabete ilişkin hükümler uygulama alanı bulamayacaktır. Bu durumda MarkK'unun 15/2 hükmünün (şartları varsa) uygulanabilecektir. MarK m. 3/2 hükmü anlamında bahsedilen tescilsiz marka; bir işaretin mal ve hizmetleri birbirinden ayırt etmek için kullanılmasıdır. İşte böyle bir durumda işaret üzerinde mutlak manada marka üzerindeki hak doğmamış, ancak haksız rekabet hükümlerine göre korunan bir hak elde edilmiş olacaktır. Bu hak, marka olarak kullanılan tescilsiz işaretin başkası tarafından kullanılması halinde hüküm ifade eder. Böyle bir durumda tescil olmadığı için kullanmada öncelik ilkesi uygulama alanı bulacak ve işreti marka işleviyle ilk defa kullanan kimse hak sahibi olarak daha sonra işaretin başkası tarafından kullanılmasını engelleyebilecektir³⁷.

Markayı kullanan kimse marka üzerinde hak sahibi olur, markanın devamlı kullanılmasıyla ayırt edici niteliği artar ve marka bunu kullanan kimsenin mallarıyla anılmaya başlar. İşte markayı ilk defa kullanan ve maruf hale getiren kimse bu markanın sahibi olur. MarkK'u 15/2 hükmü tescil ilkesinden vazgeçerek kullanma ilkesini istisna olarak kabul etmiştir. Burada marka üzerindeki hakkın tescil dışı kazanımı söz konusudur ve 15/1 de öngörülen hak sahipliği karinesinin çürütülmesidir.

Markayı kullanan ve maruf hale getiren kimse gerçek hak sahibi olduğuna göre marka başkası tarafından tescil edilmişse, bu kişi, gerçek hak sahipliğini göstermeyen bu tescile itiraz edebilir. Yargıtay³⁸ da 17.10.1978 tarihli bir kararında; 551 sayılı markalar kanununun 15/f.1 hükmünün tescil edilmiş olan markaları korumak üzere sevk edilmiş olduğunu ancak, aynı mallar için aynı markayı daha önce fiilen ihdas ve istimal ederek piyasada maruf hale getiren kimseyi korumak amacıyla da kanun koyucunun, anılan maddenin 2. fıkrasını sevk etmiş olduğunu belirtmiştir.

Yargıtay, 1999 tarihli bir kararında³⁹ da 551 sayılı kanunun kullanma ilkesini benimsediğini belirtmiştir. Yargıtay'ın bu kararı isabetsizdir. Sadece 15/2 ye dayanarak kanun sisteminin 'Kullanma İlkesi' olduğunu söylemek doğru olamaz, 15/2 tescil ilkesine getirilen bir istisnadır.

³⁶ **Doğanay**, s.337.

³⁷ **Doğanay**, s.336 vd. Burada bahsedilen hak; MarkK'u kapsamında tescille doğan ve mutlak nitelik arzeden marka hakkı değil, haksız rekabete göre korunan bir haktır ve bu hakkın dayanağı TTK 56 vd. hükümleridir. Bu hakkın kullanılması için kanunun haksız rekabet için öngördüğü şartların oluşması gerekir.

³⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.1978/3713 K.4483, **Doğanay**, s.337, 440 dn.. Yargıtay'ın bu konudaki kararlarına örnek olarak bk. **Doğanay**, s.335 vd., 437, 438, 439, 441 nolu dipnotlar .

³⁹ Yargıtay 11. HD. E. 1999/1724, K. 1999/7608, 07.10.1999, **Yasaman**, Marka Hukuku, s.195 vd.

Markanın maruf hale getirilmesi ise kelime anlamı ile bilinir (tanınır) kılınmasıdır. Ancak maruf kavramı çok geniş yorumlanmamalıdır ve müşterinin söz konusu marka ile ünsiyet peyda etmiş olması yeterli görülmelidir⁴⁰. Maruf marka, mutlaka ülke genelinde veya uluslararası düzeyde bilinen marka değildir. Markanın ülkenin bir bölgesinde veya yalnızca bir kentinde biliniyor olması bile maruf olması açısından yeterli sayılabilir⁴¹.

Markanın her iki tarafça da tescil edilmiş olması ve 15/2 de öngörülen hak düşürücü süre içinde de dava açılmamış olması halinde ortada usulüne uygun yapılmış iki tescil söz konusu olacaktır. Her iki tescil de MarkK'un himayesi altında olacaktır. Ortada iltibas olsa bile markalar tescil edildiği için ve hak düşürücü sürede geçmiş olduğundan terkin davası da açılmayacaktır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 8.5.1985 tarihli kararında⁴²; '*Ancak halen ortada (kent) sözcüğünü taşıyan tescilli iki marka mevcut bulunduğu ve TTK 57/b.5 hükmü de sadece taklit yoluyla kullanılan ikinci markanın tescilsiz olması halinde ancak uygulanabileceğine ve ayrıca (kent) sözcüğünü hakim olduğu davalı taraf markasının MarkK'ü 15/2 hükmünün öngördüğü hak düşürücü süre içinde davacı tarafından iptal ettirilmemiş olmasına göre, her iki tarafa ait tescilli markalarının MarkK'ü himayesi altında bu kanununun sağladığı haklardan yararlanmak haklarına sahip olduğundan...*' denilerek tescilin önemi belirtilmiştir.

Sonuç olarak; MarkK'unun 'tescil ilkesini' benimsemiş olduğunu, ancak bu ilkeyi mutlak olarak kabul etmediğini, bu ilkeye belli istisnalar getirdiğinin kabulü gerekir. Bu istisnalar MarkK 11'de öngörülen tanınmış markalar⁴³ ile 15/2 de öngörülen markanın kullanılması ve maruf hale getirilmesidir. MarkK'ü 3/2 de öngörülen ve tescilsiz markanın genel hükümlere göre korunacağı ise kullanma ilkesinin benimsendiğine delil olamaz. *Doğanay*'ın 15/2 hükmünün 3/2'nin karşılığı yönündeki görüşüne de katılmıyoruz. 15/2 genel bir hüküm ve 3/2'nin karşılığı olmaktan öte tescil ilkesine istisna olarak öngörülen özel bir hükümdür⁴⁴.

Doğanay ve *Öçal*⁴⁵; her iki işaretin tescilsiz olması halinde 3/2'nin öngördüğü genel hükümlerin uygulanacağını, tescilsiz işaretin tescilli marka karşısında ancak 15/2'deki şartların varlığı halinde uygulanacağını, her iki işaretin de tescilli olması halinde ise MarkK'aya göre korunacağı yönünde görüş bildirmişlerdir. Ancak 3/2'deki hüküm olmasa idi bile tescilsiz olarak kullanılan işaretlerin TTK 56 vd. hükümleri ile korunacağı aşıkardır. Kanun genel hükümlerin uygulanacağını belirterek olaya bir açıklık getirmiştir. Nitekim MarKHK'da tescilsiz markaların genel hükümlere göre korunacağı yönünde bir hüküm olmamakla beraber tescilsiz markaların haksız rekabete ilişkin hükümler çerçevesinde korunacağı kabul edilmektedir.

⁴⁰ *Öçal*, Himaye, s.74vd. *Karahan*, Tescilsiz Marka, s.17.

⁴¹ *Osman Şanal*, Markanın Hükümsüzlüğü, Ankara, 2004, s.20. *Yasaman*, maruf markayı; '*maruf marka, belli bir ticari muhit içinde kalan ve belli bir alıcı çevresi tarafından bilinip onun dışına çıkmayan markayı ifade eder.*' şeklinde tanımlamıştır. *Yasaman*, Marka Hukuku, s.247.

⁴² *Doğanay*, s.338, 442 nolu dipnot. Yargıtay 11. HD. E.1982/1978, K.2664, T. 01.06.1982.

⁴³ Tanınmış markalara ileride daha geniş yer verildiğinden burada bahsedilmeyecek.

⁴⁴ Bkz aynı görüşte: *Yasaman*, Marka Hukuku, s.182.

⁴⁵ *Doğanay*, s.336 vd. *Öçal*, s.137 vd.

TTK 57/b.5 hükmü zaten açıkça ‘marka’ kavramını kullanarak -bir işaretin tescilsiz olarak marka işleviyle kullanılması halinde- bu işaretin korunacağını belirtmiştir. O halde 3/2 MarkK’u öngördüğü tescil ilkesine getirilen istisna bir hüküm değildir. Bize göre 3/2 deki tescilsiz marka ile TTK 57/b.5 hükmündeki ‘marka’ kavramları bir işaretin tescil edilmeden marka işlevi ile yani mal ve hizmetleri birbirinden fiilen ayırt etmek amacıyla kullanılmasıdır, yoksa tescil yapılmadığı halde bir işaretin kullanılmasıyla ‘marka hakkını’ kazandırdığı anlamına gelmemektedir. Bunun istisnası 15/2 ile tanınmış markalardır.

B- 556 Sayılı KHK Döneminde Durum

1- Kural: Tescil İlkesi

MarkKHK’nin bu sistemlerden hangisini benimsediği tam olarak ortaya konulamamış ve 551 sayılı kanun döneminde olduğu gibi MarkKHK döneminde de fikir birliğine varılamamıştır.

Doktrinde hakim olan görüşe göre MarkKHK, marka hakkının kazanılmasında tescil ilkesini benimsemiştir.⁴⁶

Doktrinde savunulan diğer bir görüşe göre MarkKHK, tescil ilkesini benimsemiş olmakla beraber, bu ilkeye çok fazla istisna getirdiğinden kullanma ilkesine

⁴⁶**Sami Karahan**, Marka Hukukunda Hükümsüzlük Halleri (Hükümsüzlük), Konya, 2002, s.112 vd. Ayrıca bkz: yukarıda 23 nolu dn. **Sayhan**’a göre, Markaların Korunması Hakkında KHK’nın getirdiği korumadan faydalanabilmek hakkının doğması için, hak sahibi tarafından marka siciline tescil yapılmalıdır. Buna göre bir markayı tescil ettiren kimse o markanın sahibi sayılır ve 556 sayılı KHK ile sağlanan özel korumadan yararlanır, dolayısıyla markanın kazanılması bakımından da tescil kurucu etkiye sahiptir, s.119. **Sayhan** keskin bir ifadeyle KHK’nın sisteminin tescil sistemi olduğunu ve bu nedenle marka hakkının kazanılması açısından tescilin kurucu etkiye sahip olduğunu ifade etmiştir, s.118. **Eroğlu**,⁴⁶ “Marka Hakkını Kurucu ve Koruyucu Olarak İnternette İşaretten Yararlanma” adlı makalesinde, 556 sayılı KHK’nın marka sahibine sağladığı hakların tescil ile oluştuğu ve bu hakların tescilin yayımı tarihinden itibaren üçüncü kişilere karşı hüküm ifade edeceği görüşündedir. **Eroğlu**’na göre bu kural; MarkKHK 9/3 hükmü ile altıncı maddesiyle de ifade edilmiştir. Mark KHK 9/3, markanın sağladığı hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceği tarihi gösterirken, aynı zamanda dolaylı bir şekilde markanın sağladığı hakların tescil ile oluştuğunu da belirtmektedir. Mark KHK m/6’da da “*Bu Kanun Hükmünde Kararameyle Sağlanan marka koruması tescil yolu ile elde edilir*” denilerek marka koruması tescile bağlanmıştır. Bu hükümlerden marka hakkının tescil ile iktisap edildiği sonucuna varılacağı görüşünü savunan **Eroğlu** bu kuralın istisnalarının da bulunduğu görüşündedir. **Sevilay Eroğlu**, “Marka Hakkının Kurucu Ve Koruyucu Olarak İnternette İşaretten Yararlanma”, GS Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Oğuzman’a Armağan, 2002/1, (461-483), s.466. **Tekinalp**’e⁴⁶ göre Mark KHK keskin olarak tescil ilkesini benimsemiştir. Tescil ilkesinin kabul edildiği bir sistemde, bir şahıs, aynı mal veya hizmet için aynı markayı daha önce ihdas ettiğini ve kullandığını ve piyasada maruf ve meşhur hale getirdiği iddiasını markayı daha sonra tescil ettirmiş kimseye karşı ileri süremez ve bu iddiasını dava veya karşı dava yoluyla ispat etme hakkına da sahip değildir. Bu hakkın sağlandığı sistem kullanma sistemidir. Kullanma sisteminde önemli olanın markanın tescilli değil, markanın ilk olarak kullanılması ve maruf hale getirilmesidir. **Tekinalp** MarkKHK’nın mutlak olarak tescil ilkesini benimsediğini ve 551 sayılı kanunun sistemi olan kullanma ilkesini tamamen terk ettiği görüşündedir. **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.355. **Tekinalp**, Yeni Marka Hukuku, s.470. Aynı görüş için bkz: **Hamide Dirrikan**, Tanınmış Markaların Korunması, Ankara, 2003, s.25. **Ocak**,⁴⁶ marka korumasının mal ve hizmetler açısından markanın bütün mal ve hizmetler açısından mı (Mutlak Koruma) yoksa belirli mal veya hizmetler açısından mı (Sınırlı koruma) korunacağı konusunu incelerken 556 sayılı KHK ile kural olarak markalara, tescilinde gösterilen ve kullanılacakları mal ve/veya hizmetlerin benzerlerini de kapsayan sınırlı bir koruma sağlandığı görüşünü ileri sürmüştür. Kanaatimize bu görüş dolaylı olarak korumanın tescil yoluyla elde edilebileceğini ve markanın tescil yoluyla kazanılacağını ifade etmektedir. **Nazmi Ocak**, “Markalarda Tescilin Sağladığı Korumanın Kapsamı”, Ali Bozer’e Armağan, Ankara, 1988, (269-286), s.280 vd.

yaklaşmıştır. Hatta bu görüşe göre MarKHK bir bütün olarak değerlendirildiğinde MarKHK'nın kullanma ilkesini benimsediği savunulabilir. Bu görüşün en önemli savunucusu *Yasaman*'a⁴⁷ göre MarKHK'da, 551 sayılı kanun gibi tescil ilkesini benimsemiştir. *Yasaman* eserlerinin çeşitli yerlerinde ileri sürdüğü görüşlerle aslında KHK'nın tescil ilkesine birçok istisna getirmiş olduğunu ve bu istisnalarla birlikte kullanma ilkesinin savunulabilir hale geldiğini ileri sürmüştür. *Yasaman*'ın 'Marka Hukuku' adlı eserinde ileri sürdüğü görüşler bir bütün olarak düşündüğümüzde *Yasaman*'ın MarKHK için kullanma ilkesini benimsediğini ortaya koyan bir görüşe sahip olduğunu söyleyebiliriz⁴⁸. *Yasaman*, bir işaretin marka olarak seçilip kullanılmasıyla onun üzerinde marka hakkının meydana geleceğini savunmuştur. Markanın kullanılmaya başlanması, kullanıldığı ürün veya hizmetlerin piyasaya sürülmesi ile marka kuvvetli marka halini alır. Markanın kullanıldığı sektörde ilgililer, tüketiciler ve müşteri çevresi tarafından anıldıkça tanınmış marka haline, bu çevrenin aşınması dünyaca tanınmasıyla da dünyaca tanınmış marka haline gelir⁴⁹. *Yasaman* aynı eserinde MarkKHK 7/2 hükmünün kullanma ilkesinin kabulüne yol açacak nitelikte bir hüküm olduğunu da savunmuştur⁵⁰. *Yasaman; Arkan*'ı eleştirirken aynen şu ifadelerle yer vermiştir: '*Marka hukukunun tescil ilkesini benimsediği iddia edilse bile hak; işaretin (markanın) ihdas edilmesi, kullanılması ve ona belli bir ayırt edicilik ve tanınırlık kazandırılmasıyla doğar. Tescil bir hakkın kullanılması ve ona sağlanacak koruma ile ilgili bir olgudur. Hakkın tescille doğması veya tescilden önce doğması ayrı olgulardır*'⁵¹.

Yasaman adı geçen eserinde *Tekinalp*'ı eleştirirken de '*Tekinalp*'ın 551 sayılı markalar kanununun kullanma ilkesini 556 sayılı KHK'nın tescil ilkesini benimsediği yolundaki görüşüne katılmak mümkün değildir. Zira esas itibarıyla 551 sayılı markalar kanunuyla 556 sayılı KHK'nun sistemi aynıdır. Her iki düzenlemenin de tescil sistemini kabul ettiği görülmektedir.' şeklinde görüş ileri sürmüştür.⁵² *Yasaman* ayrıca '556 sayılı KHK'da hakların korunmasını tescille elde edileceğini hükme bağlamıştır. Burada hakkın doğumundan değil korunmasından söz edilmiştir. Bu bir düzen hükmüdür' demiştir⁵³.

Yasaman'ın ileri sürdüğü bu görüşler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, aslında KHK'nın tescil ilkesini mi yoksa kullanma ilkesini mi benimsediğini belirlemek

⁴⁷ *Yasaman*, Marka Hukuku, s.181 vd. Hamdi Yasaman, "Paris Anlaşması Anlamında Tanınmış Marka", GS Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Kemal Oğuzman'a Armağan, (Tanınmış Marka), 2002/1, s. 301.

⁴⁸ *Yasaman*'a göre markanın sahibi onu tescil ettiren kimse değil, markayı ihdas eden ve piyasada tanıtan kişidir. Hamdi Yasaman, Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları (Mütalaalar), 2. Baskı, İstanbul, 2004, s.81.

⁴⁹ *Yasaman*, Marka Hukuku, s.183. *Yasaman*, Marka Hakkı, s.153. *Poroy/Yasaman*, s. 424.

⁵⁰ *Yasaman*, Marka Hukuku, s.184. *Yasaman*, Marka Hakkı, s.154.

⁵¹ *Yasaman*, Marka Hukuku, s.187. Yazar, "Bu işareti ilk defa düşünen ve mal veya hizmette kullanan kişi onun sahibidir. Diğer bir ifade ile yaratma ile marka hakkı doğar." diyerek marka hakkının kullanma ile doğacağını savunmuştur. (Makale, s.153) yazar ayrıca markayı ilk önce kullanan ve ona ayırt edici nitelik kazandıran kimsenin marka sahibi sayıldığından tescilli markaya karşı hükümsüzlük davası açabileceğini de savunmuştur. (Mütalaalar, s.88) Aynı yönde, *Poroy/Yasaman*, s.488.

⁵² *Yasaman*, Marka Hukuku, s.181.

⁵³ *Yasaman*, Marka Hukuku, s.182. *Poroy/Yasaman*, s.398.

zor olmaktadır. *Yasaman*'ın KHK'nin tescil ilkesini benimsediği görüşünü ileri sürdükten sonra, marka hukukunda tescil ilkesini benimsediği iddia edilse bile hakkın işaretin ihdas edilmesi, kullanılması ve ona belli bir ayırt edicilik ve tanınmışlık kazandırılması ile doğacağını, tescilin bir hakkın kullanılması ve ona sağlanacak koruma ile ilgili olduğunu söylemesi birbiriyle bağdaşmaz. Ancak *Yasaman*'ın belirttiği gibi MarKHK'nın gerçekten 551 sayılı kanundan daha fazla istisna içerdiği söylenebilir. Ancak istisnaların fazla olması, MarKHK'nin kullanma ilkesini kabul ettiği anlamına elbette gelmeyecektir. *Yasaman* MarKHK'nin sistemine uygun olan ilkenin aslında tescil ilkesi olduğunu belirttikten sonra, yapılacak tescilin bildirici nitelik arz edeceğini ileri sürmüştür. Tescil ilkesinin geçerli olduğu durumlarda ancak istisna olarak kullanma ilkesine yer verilebilir. Bu durumda tescil bildirici nitelik taşır. Gerçekten bildirici tescil kullanma ilkesinin bir sonucudur. Tescil ilkesinde tescil, kurucu nitelik arz eder.

Şanal⁵⁴ “Markanın Hükümsüzlüğü” eserinde MarkKHK 1. ve 6. maddelerine dayanarak “Buna göre marka üzerindeki hak, markayı ilk defa kullanana değil, onun tescili için ilk başvurana aittir. Buna göre şayet bir marka KHK'ya uygun tescil edilmemişse korunması KHK'ya göre değil, marka genel hükümlere göre korunacaktır” demiştir. Yine **Şanal**, tescil ile marka üzerindeki hak sahipliği açısından bir karnenin oluştuğunu, hakkın kazanılması anının ve KHK'ya göre koruma kapsam ve süresinin de kesin olarak belirleneceğini de ifade etmiştir. Ancak **Şanal**, aynı eserin başka bir yerinde⁵⁵ marka hakkının Türk Hukukuna göre tescilinin mutlak gerekli olmadığı herhangi bir markanın markalar hukukuna göre seçilip kullanılmasıyla da marka hakkının doğacağı ve bundan sonra yapılan tescilin bildirici nitelikte bir tescil olacağı görüşünü savunmuştur. İşareti marka olarak ilk kullanan kimsenin, maruf ve meşhur hale getirdiği markasının başkası tarafından tescil ettirilmiş olması halinde bu tescil karşısında korunacağını da savunmuştur. Bu görüş tipik olarak kullanma ilkesinin kabul edilmesidir.

Şanal, KHK'nın kullanma ilkesini benimsediği görüşünü *Yasaman*'a dayandırmış, tescil ilkesine ilişkin açıklamalarında da *Tekinalp*'e atıf yapmıştır. **Şanal** ayrıca yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarının da markayı maruf ve meşhur eden marka sahibinin markayı tescil eden kimseye karşı korunduğu yönünde olduğunu da ifade etmiştir⁵⁶. Ancak burada bize göre **Şanal**'ın gözden kaçırdığı bir nokta vardır ki o da; 551 sayılı Mark'unun 15/2 hükmü anlamında bir markayı ilk defa istimal ve ihdas eden ve bu markayı kullanmayla maruf ve meşhur hale getiren kimsenin daha sonra başkası adına yapılan tescilin terkinini isteyebilme yetkisinin olduğu şeklinde bir hükmün 556 sayılı MarkKHK yer almadığı ve tescil ilkesinin istisnaları olarak yer alan hükümlerin hiçbirinin Mark'unun 15/2 hükmüyle birebir örtüşmediğidir.⁵⁷

⁵⁴ **Şanal**, s.29

⁵⁵ **Şanal**, s.18

⁵⁶ **Şanal**, s.18

⁵⁷ MarKHK'nin öngördüğü istisnalardan hiçbirinin Mark m. 15 hükmünün öngördüğü tescil ile elde edilen hakiki sahiplik karinesini çürütebilme hakkının tanınması yönünde olmadığı konusunda, bkz: *Tekinalp*, Yeni Marka Hukuku, s.470.

Bize göre *Şanal*'ın, farklı başlıklar altında ileri sürdüğü görüşler birbiriyle bağdaşmamaktadır.

Tescil ilkesinin benimsendiği hukuk sistemlerine gerçek hak sahibi, markayı ilk olarak tescil ettiren kimsedir. Markayı daha önce kullanıp maruf hale getiren kimse tescil ilkesinin geçerli olduğu sistemlerde markanın gerçek sahibi olmadığından marka hukuku anlamında özel olarak korunan mutlak bir hakka da sahip olmayacaktır. Bu mutlak hakka ve özel korumaya markayı tescil ettiren kimse sahip olacak. Dolayısıyla gerçek hak sahibi de tescil ettiren kimse olacaktır

Tescil ilkesinin mutlak olarak uygulanması durumunda ortaya bazı haksızlıkların çıkması da muhtemeldir. Nitekim *Yasaman* markayı ilk defa kullanmış, maruf hale getirmiş markayı üne kavuşturmuş ancak tescil ettirmemişken, markanın başkası tarafından tescil ettirilmiş olması ve bu tescile mutlak koruma sağlanmasına rağmen, ancak markayı ilk defa kullanan kimsenin hiç korunmamasını hakkaniyete uygun olmayacağını haklı olarak belirtmiştir⁵⁸. İşte KHK hakkaniyete uymayan bu gibi durumların önüne geçmek için tescil ilkesine çeşitli istisnalar getirmiştir⁵⁹. Çalışmamızda bu istisnalara da değineceğiz.

Türk Hukukunda marka hakkının kazanılması açısından tescil ilkesinin mi yoksa kullanma ilkesinin mi benimsendiği Yargıtay kararlarında da tam olarak ortaya konulamamış ve Yargıtay bu konuda istikrarlı bir tavır sergilememiştir. Yargıtay bazı kararlarında Türk hukukunda marka hakkının kazanılması konusunda kullanma⁶⁰ ilkesinin bazı kararlarında ise tescil⁶¹ ilkesinin benimsenmiş olduğu yönünde görüş bildirmiştir.

Yargıtay 11. HD. E. 1999/1724, K. 1999/7608. 07.10.1999 tarihli kararında birçok kararında olduğu gibi ifadelere yer vermiştir⁶²:

İsviçre – Türk Markalar hukuku, marka üzerindeki hakkın iktisabı ve korunması ile ilgili olarak üç önemli ilkeye dayanır. Marka üzerindeki öncelik hakkı, o markayı, ihdas ve istimal eden ve piyasada maruf hale getiren kişiye aittir. Buna “gerçek hak sahibi” denilir ve bu tescil açıklayıcı etkiye sahiptir. Buna mukabil bir markayı ihdas ve istimal etmeksizin seçip tescil ettiren kimsenin bu tescili kurucu etkiye sahiptir. Ancak, bu tescil sadece hak sahibine başlangıçta şarta bağlı bir hak sağlayabilir. Gerçek hak sahibinin dava açıp bu markayı tescil ettireceği tarihe kadar kurucu etkiye sahipliği devam eder. Çünkü, hakiki, gerçek hak sahipliği ikinci

⁵⁸ *Yasaman*, Marka Hukuku, s.189. **Eroğlu**, s.473.

⁵⁹ *Yasaman*, Marka Hukuku, s. 182. *Yasaman*, Marka Hakkı, s.154. **Eroğlu**, s.466. **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.355.

⁶⁰ Yargıtay şu kararlarında kullanma ilkesini benimsemiştir. Yargıtay HD. E. 1998/1734. K.1998/5146 T. 6.7.1998. (**Yasaman**, Marka Hukuku, s.203.)Yargıtay 11 HD. E.2001/9903. K. 2002/3699. T. 19.04.2002. (**Yasaman**, Marka Hukuku, s.192)

⁶¹ Yargıtay 11 HD. E.2000/5310. K.2000/8174. T. 24.10.2000. (**Yasaman**, Marka Hukuku, s.191) Yargıtay 11HD. E.1997/9833. K.1998/641. T.9.2.1998. (**Yasaman**, Marka Hukuku, s.201) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2003/11-578. K. 2003/703. T. 19.11.2003. (**Yasaman**, Marka Hukuku, s.211)

⁶² **Yasaman**, Marka Hukuku, s.195. Yargıtay'ın aynı yönde diğer kararları için bkz: Yargıtay 11. HD. E.2001/9903, K.2002/3699, T. 19.04.2002, **Yasaman**, Marka Hukuku, s.192 vd. Yargıtay 11. HD. E.1998/1734, K.1998/5146, T. 06.07.1998, **Yasaman**, Marka Hukuku, s.202.

bir bağımsız ve münferit mülkiyete hak vermez. Markanın hakiki hak sahibi markasının aynısını veya tefrik edilemeyecek benzerini, her nasılsa marka olarak tescil ettiren kimsenin, bu tecavüzü TTK'nun 56. maddesinde yer alan haksız rekabet hükümlerine ve 556 sayılı markalar hakkındaki KHK'nin 8/III. ve 42/f ve 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 47. maddesine göre sonradan tescil edilmiş markanın terkinin istenebileceği kabul edilmektedir.

Yargıtay bu kararında marka üzerindeki öncelik hakkının, o markayı ilk defa ihdas ve istimal eden ve piyasada maruf hale getiren kimseye ait olduğunu belirtmekle açıkça kullanma ilkesini benimsemiştir. Yargıtay, ayrıca tescil ilkesini de benimser şekilde bir markayı istimal etmeksizin ilk defa tescil ettirenin tescilinin kurucu etkiye sahip olduğunu ve bu tescilin yalnızca başlangıçta şarta⁶³ bağlı bir hak sağlayacağını ancak gerçek hak sahibinin markayı ihdas eden ve maruf hale getiren kimse olduğunu ve gerçek hak sahibinin daha sonra yapılan bu tescilin terkinini isteyebileceğini ifade etmiştir. Ancak Yargıtay'ın bu kararının isabetli olmadığı görüşündeyiz. Marka hakkı hukuki niteliği itibariyle bir mutlak haktır. Dolayısıyla bu hak herkese karşı ileri sürülebilir ve sahibine marka üzerinde mutlak bir hakimiyet sağlar. Gerçek hak sahibi markayı kullanan ve maruf hale getiren kimse ise tescilin kurucu etkiye haiz olmaması gerekir. Aksi takdirde daha sonra başkası tarafından yapılan tescilin hak sahipliğini kazandıracağını söylemek marka hakkının mutlak olma niteliğiyle bağdaşmaz. Ayrıca mutlak haklar üzerinde bir tek hak sahipliği vardır ve bu hak sahipliği birden fazla kimseye ayrı ayrı ve bağımsız olarak verilemez. Ayrıca mutlak olan bir hakkın şarta bağlı olarak kazanılması da mümkün değildir. Hakkın geçici olarak veya şarta bağlı olarak kazanılması hakkın mutlak nitelikli olma ve herkese karşı ileri sürülebilme niteliğiyle bağdaşmaz. Mutlak hak üzerinde bir tek sahipliği vardır. Bu hak sahipliğine birden fazla kişi ayrı ayrı ve bağımsız olarak malik olamazlar; ancak birden fazla kişi bu hak sahipliğini paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyeti esaslarına göre iktisap edebilirler⁶⁴.

MarKHK'da 551 sayılı Kanunda yer alan ve kanaatimce tescil ilkesinin istisnası olmaktan başka bir niteliği olmayan 15/2'yi tam olarak karşılayan ve onunla birebir örtüşen bir hüküm yer almamaktadır.⁶⁵ 551 sayılı Kanun yürürlükte değildir. Bu durumda bize göre yukarıda belirttiğimiz 07.10.1999 tarihli kararda olduğu gibi, Yargıtay'ın MarKHK döneminde vermiş olduğu ve kullanma ilkesinin Türk Markalar Hukukuna hakim olduğunu ileri sürdüğü kararlarında yeterli yasal dayanak da yoktur.

Yargıtay 11. HD. E. 1998/5372, K. 1999/256 karar sayılı ve 29/01/1999 tarihli kararında⁶⁶ özetle kural olarak marka korumasının tescil yoluyla elde edileceğini belirtmiştir. Ayrıca 19.11.2003 tarihli "Lecce Pen"⁶⁷ kararında da Yargıtay Hukuk Genel Kurulu; 551 sayılı MarK'unun kullanma ilkesini kabul ettiğini ve bu ilkeyi

⁶³ Yargıtayla aynı görüşte, **Karahan**, Tescilsiz Marka, s.14. **Karahan**, Hükümsüzlük, s.113.

⁶⁴ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.354.

⁶⁵ Bkz : dn 56.

⁶⁶ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.199 vd.

⁶⁷ Yargıtay 11. HD. E.2003/11-578, K.2003/703, T. 19.11.2003, **Yasaman**, Marka Hukuku, s.211.

15. maddesinde “ilk kullananın hakkı ilk tescil ettirenin hakkına üstündür.” şeklinde ifade ettiğini belirtmiştir. Öncelik hakkının 551 sayılı kanunda ilk kullanan ve maruf hale getirene ait olduğunu ve ilk kullananın daha sonra yapılan bir tescili terkin ettirme hakkını haiz olduğunu belirtmiştir. Yargıtay bu kararda ayrıca MarKHK’nın 551 sayılı Kanunun sistemini terk ettiğini, markaya sahiplik konusunda tescile mutlak sonuçlar bağlandığını ve korumanın ilk kullanmayla değil, markanın tescil edilmesiyle doğacağını belirtmiştir. 551 sayılı kanunun 15. maddesinin ilk kullanan için öngördüğü gerçek hak sahipliğini markayı ilk tescil ettirene MarKHK ile tanıdığını ifade etmiştir. Yargıtay bize göre burada “gerçek hak sahipliğini” isabetli bir şekilde kullanmıştır. Yargıtay bu kararında MarKHK’nın sisteminde 551 sayılı kanundan farklı olarak gerçek hak sahipliğinin markayı ihdas ve kullanana değil, onu ilk defa tescil ettirene ait olduğu görüşündedir. Yargıtay ayrıca yeni marka hukukunun markayı ihdas ve kullanan ve maruf hale getirene daha sonra yapılan tescilin terkinini isteme hakkına sahip olmadığını da belirtmiştir. Yargıtay özetlediğimiz kararda MarKHK ile birlikte yeni Türk Markalar Hukukunun marka üzerindeki hakkın kazanılması açısından tescilin mutlak olarak kurucu fonksiyona sahip olduğu görüşünü benimsemiştir.

Sonuç olarak yukarıda yaptığımız açıklamalar belirttiğimiz görüşler ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararı doğrultusunda MarKHK’nin marka üzerindeki hakkın iktisabında tescil ilkesini kabul ettiği kanısındayım. Gerçekten MarKHK’nin tescil ilkesini benimsemiş olduğunu 1, 6 ve 9/3 hükümlerinden anlayabiliriz. MarKHK’nin altıncı maddesinde “*Bu Kanun Hükmünde Kararnameyle sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir*” demektedir. KHK 9/3’te ise “*Markanın sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayımı tarihi itibarıyla hüküm ifade eder*” denilerek, markanın sağladığı hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceği tarih gösterilirken dolaylı bir şekilde marka üzerinde hak sahipliğinin de tescil yoluyla elde edileceği ifade edilmiştir⁶⁸. Buna ek olarak “*Kanun Hükmünde Kararnamenin amacı KHK hükümlerine uygun olarak tescil edilen markaların korunmasını sağlamaktır*” şeklindeki birinci maddesini de düşündüğümüzde MarKHK’nin sisteminin tescil ilkesi olduğunu söyleyebiliriz. Ayrıca CoğlaşKHK’nın⁶⁹ “Bir ürünün menşe adı veya mahreç işaretinin bu Kanun Hükmünde Kararname çerçevesinde korunması tescil ile sağlanır.” şeklindeki dördüncü maddesinin başlığı “Korumanın Tescille Sağlanması” ve EndTasKHK’nın⁷⁰ “Bu Kanun Hükmünde Kararname tescilli tasarımların korunması ile ilgili esasları, kuralları ve şartları kapsar. Tescilsiz tasarımlar genel hükümlere tabidir.” şeklindeki hükmü kapsayan birinci maddesinin başlığı “Amaç ve Kapsam” olduğu halde MarKHK’nın bu hükümleri karşılayan altıncı maddesinin başlığı “Marka Hakkının Elde Edilmesi” şeklindedir. Hemen aynı tarihlerde yürürlüğe giren bu KHKların

⁶⁸ Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.354. Eroğlu, s.466.

⁶⁹ 555 Sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (CoğlaşKHK), Tertip:5, Resmi Gazete Tarihi: 27.06.1995, Resmi Gazete Sayısı: 22326.

⁷⁰ 554 Sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (EndTasKHK), Tertip:5, Resmi Gazete Tarihi: 08.06.1995, Resmi Gazete Sayısı: 22326.

birbirini karşılayan bu hükümler açısından; sadece MarkKHK'nın altıncı maddesinin başlığının "Marka Hakkının elde Edilmesi" olması MarkKHK'nın marka hakkının kazanılmasında tescil ilkesini kabul ettiğini gösterir. Doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi bir markayı ilk defa ihdas eden ve kullanan kimsenin özellikle markayı maruf hale getirenin hiç korunmaması, markayı tescil ettirenin mutlak olarak korunması hakkaniyete aykırılı teşkil eder⁷¹. Bu durumun önüne geçmek için MarKHK tescil ilkesine bazı istisnalar getirmiştir. KHK da yer alan istisnaların geçerli olduğu hallerde markayı ihdas eden ve kullanan kimse KHK'nin korumasından yararlanacaktır.

İşaretin tescilsiz olarak kullanıldığı ve KHK'nin öngördüğü istisnaların sözü konusu olmadığı durumlarda, bu işareti ilk defa ihdas eden ve kullanan kimse, o işaret üzerinde mutlak anlamda marka hakkına sahip olamayacaktır. Bu nedenle işareti kullanan MarkKHK'ya göre korunamayacaktır. Ancak işareti ilk defa ihdas eden ve kullanan kimsenin bu kullanımı, genel hükümlere göre yani TTK 56 vd. (özellikle 57/1.b) hükümleriyle BK 48 hükümlerine göre korunacaktır⁷². Genel hükümlerin sağladığı bu koruma dava veya karşı dava yoluyla istenebilir. İşaret daha sonra başkası tarafından Mark KHK hükümlerine uygun olarak tescil ettirilirse haksız rekabete ilişkin bu hakkını, işareti ilk kullanan kimse, tescil tarihinden itibaren tescil ettirene veya başkasına karşı ileri süremez⁷³. Tescil ilkesinin zorunlu sonucu olarak tescil ettiren, marka üzerindeki mutlak hakka sahip olduğuna göre ve bu hak marka üzerinde mutlak hakimiyet sağladığından ve herkese karşı ileri sürülebileceğinden markayı tescil dışı kullanan ve haksız rekabete ilişkin hakka sahip olan kimsenin işareti marka olarak kullanmasına engel olabilecektir⁷⁴.

Haksız rekabet hükümlerinin tescilsiz işaretlere sağladığı bu koruma; işaretin marka olarak MarKHK'ya uygun olarak başkası tarafından tescil ettirildiği tarihe kadar devam eder. Zira TTK 57/b.5'te "haklı olarak kullanım" dan bahsedilmiştir. İşaretin başkası tarafından marka olarak tescilinden sonra bu işaretin tescilsiz olarak marka işleviyle⁷⁵ kullanılması halinde haklı bir kullanımdan bahsedilemeyecektir. Çünkü KHK hükümlerine göre yapılacak tescille işaretin marka olarak kullanılması ve işaret üzerinde mutlak hakimiyet hakkı tescil ettirene ait olacaktır. İşaretin tescilsiz olarak ihdas ve istimal eden kimse tarafından kullanılmaya devam edilmesi MarKHK hükümlerini ihlal olur, dolayısıyla kullanımın haklılığı ortadan kalkar ve genel hükümlerin sağladığı koruma tescilin ilanıyla beraber sona erer. Tescilin ilan

⁷¹ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.189. **Arkan**, Marka Hukuku, s.124. **Poroy/Yasaman**, s.422.

⁷² **Şanal**, s.29. **Eroğlu**, s.473 vd. **Dirikkan**, s.28. **Karahan**, Tescilsiz Marka, s.14. **Öçal**, s.134 vd. **Karahan**, Hükümsüzlük, s.115. **Arkan**, Marka Hukuku, s.124. **Poroy/Yasaman**, s.422. **Noyan** tescilsiz bir markayı ve bir tanıma işaretini herkesten önce kullanan kişinin bir hak elde edeceğini ve bu hakkın haksız rekabete göre korunacağını belirtmiştir, s.150 ve186.

⁷³ **Öçal**, s.138 , **Abuzer Kendigelen**, Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeşyıl, Hukuki Mütalâalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte), C.III, Ticari İşletme – Kıymetli Evrak ve Borçlar Hukuku, 2.Bası, İstanbul, 2003, s.225. **Poroy**, s.231.

⁷⁴ Aksi yönde görüş için, **Dirikkan**, s.30.

⁷⁵ Buradaki "işlev"den maksat; tescil edilmemiş olan bir işaretin bir işletmenin mal veya hizmetlerini başka bir işletmenin mal veya hizmetlerinden ayırmak amacıyla kullanılmasıdır.

edildiği tarihe kadar ki dönem içinde işareti tescilsiz olarak kullanan kimse haksız rekabete ilişkin hükümlere dayanarak haksız rekabete ilişkin şartların da varlığı halinde haksız rekabete ilişkin davaları açabilecektir. Hatta tescilin ilanından önce doğmuş bulunan dava hakkını tescilin ilanından sonra da kullanabilir. Ancak bu davanın konusu ancak tescilin ilanından önceki döneme ilişkin olabilir. Tescilin istisnasının söz konusu olmadığı bu dönemde daha sonra yapılan tescilin terkinde istenemeyecektir. Tescilsiz olarak işareti kullanan kimse karşısında markayı tescil ettiren kimsenin korunması hakkaniyet daha uygun olacaktır⁷⁶.

MarKHK tescil ilkesini benimsemiş olmakla birlikte bu ilkeye bir çok istisna getirmiştir. Bu istisnalar 551 sayılı Kanunun öngördüğü istisnalardan daha geniştir. Öyle ki bu geniş istisnalar doktrinde MarkKHK'nin kullanma ilkesini benimsediği yönünde görüşlerin ortaya atılmasına neden olmuştur⁷⁷. Tescil ilkesinin istisnasız uygulanması elbette hakkaniyete uygun olmayacaktır⁷⁸.

2- Tescil İlkesinin İstisnaları

MarKHK'nin tescil ilkesine getirdiği istisnaları şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Tanınmış Markalar
2. Ayırt edici Nitelik Kazanan İşaretler (7/2)
3. Tescilsiz marka veya ticaret sırasında kullanılan diğer işaretler (8/3)
4. İsmi, Fotoğrafi, Telif Hakkı veya Herhangi bir mülkiyet hakkı bulunan kişi.
5. Yenilenmeme Nedeniyle Koruma Süresi Dolan Markanın Başkası Adına Tescili Talebi (8/son)
6. Rüçhan Hakkından Yararlanan Markalar.

a) Tanınmış Markalar

MarKHK'nin tescil ilkesine getirdiği istisnalardan biri tanınmış markalardır. Tanınmış markalar ayrı bir çalışmanın konusunu teşkil edecek nitelikte geniş bir konudur. Tanınmış markadan ne anlaşılması gerektiği de tartışma konusudur. Bu tartışmaların ayrıntısına çok fazla girmeden tanınmış markaları MarKHK'nin öngördüğü tescil ilkesinin istisnası olması yönüyle inceleyeceğiz⁷⁹.

MarKHK tanınmış markaları hem mutlak red nedenleri (7/1) arasında hem de nisbi red nedenleri (MarKHK 8/4) arasında zikretmiştir. Tanınmış markanın aynı veya benzer mal veya hizmetler için tescil talebi mutlak red nedeni olarak, farklı mal ve hizmetler için tescil talebi ise nisbi red nedenleri arasında sayılmıştır.

Marka hukukunda kural bir markanın aynısının veya benzerinin aynı mal veya hizmetler için tescil edilememesidir. Yani bir markanın aynısı veya benzeri, farklı mal veya hizmetler için kullanılabilir. Ancak istisna olarak tanınmış markalar (MarKHK 8/4 anlamında toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış markalar) belli

⁷⁶ Öçal, Himaye, s. 141 , Eroğlu, s.473.

⁷⁷ Bkz: yukarıda dn 48

⁷⁸ Bkz: yukarıda dn 57.

⁷⁹ Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.355.

şartların varlığı halinde farklı mal ve hizmetler için de tescil edilemezler⁸⁰. Bunun nedeni ise toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış bulunan markanın başkaları tarafından herhangi bir karşılık ödenmeksizin farklı mal veya hizmetlerde olsa dahi kullanılması nedeniyle parazit rekabete yol açması,⁸¹ tanınmış markanın (başkası tarafından) kendi mallarının sürümünde kullanılmasının engellenmesi⁸² ve ürünün yüksek reklam gücünden yararlanmanın önüne geçmektir⁸³.

Toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış (tanınmış) markanın farklı mal veya hizmetlerde kullanımının tanınmış marka sahibince engellenebilmesi ancak markanın kullanılmasıyla haksız bir yararın elde edilecek olması veya markanın itibarına zarar gelecek olması veya tescil için başvurusu yapılmış markanın ayırt edici niteliğinin zedeleneyecek olması hallerinde mümkündür.

MarKHK 7/1.1'da “*Sahibi tarafından izin verilmeyen Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. maddesine göre tanınmış markalar*” denilerek bu markaların tescil edilemeyeceği belirtilmiştir. O halde TPE “Paris Sözleşmesi” anlamında tanınmış bir marka ile aynı veya benzer bir marka başvurusunu, aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsamı halinde reddedecektir. TPE böyle bir başvuruyu resen reddetmemişse tanınmış marka sahibi KHK MarKHK 42/a hükmüne göre hükümsüzlük davası açarak kendi markasıyla aynı veya benzer mal veya hizmetleri içeren ve tescil edilmiş aynı veya benzer markanın sicilden terkinin talep edebilir.

MarKHK'da ve Uluslar arası Hukuk'ta tanınmış markanın tanımı yapılmamıştır. Paris sözleşmesinin 1. mükerrer 6. maddesinde şu hüküm yer almaktadır.

“*Birlik ülkeleri tescilin talep edildiği ülkenin yetkili makamları tarafından söz konusu ülkede bu sözleşme'den yararlanacağı kabul olunan bir şahsa ait olduğu aynı veya benzer ürünlerde kullanıldığı herkesçe bilindiği mütalaa edilen bir markanın karışıklığa meydan verebilecek surette örneğini, taklidini veya tercümesini yapan bir fabrika veya ticaret markasının tescilini gerek ülke mevzuatı müsait olduğu takdirde doğrudan doğruya, gerek ilgilinin isteği üzerine red veya hükümsüz kılmayı taahhüt ederler*”.

Paris sözleşmesinin 6. maddesinde herkesçe bilindiği mütalaa edilen (Umumen malum olduğu mütalaa edilen) bir markadan bahsedilmiştir.

Yargıtay çeşitli tarihlerde vermiş olduğu kararlarda tanınmış markanın tanımını yapmıştır. Yargıtay'a göre tanınmış marka; *Bir şahsa veya teşebbüse sıkı bir şekilde matufiyet, garanti, kalite, kuvvetli reklam, yaygın bir dağıtım sistemine bağlı, müşteri, akraba, dost, düşman ayırımı yapılmadan coğrafi sınır, kültür, yaş farkı*

⁸⁰ Karahan, Hükümsüzlük, s.122.

⁸¹ Dural, “Yargıtay 11. HD.’nin Tanınmış Markalara İlişkin 08.06.2000 *Tarihli* Kararı Hakkında Düşünceler”, GS Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, **Oğuzman**'a Armağan, 2002/1, (857-866), s.862. Farklı mal ve hizmetlerde kullanılması halinde bile tanınmış markanın korunmasının nedenleri için bkz, **Ocak**, s.276 vd.

⁸² **Öçal**, s.42.

⁸³ **Noyan**, s.187. **Dural**, s.862.

*gözetilmeksizin aynı çevredeki insanlar tarafından refleks halinde ortaya çıkan bir çağrışımdır*⁸⁴.

Doktrinde de tanınmış marka konusunda tam bir fikir birliğine varılamamıştır. Tanınmış markanın tanımlanması konusunda bir tartışma olduğu gibi KHK 7/1.1'daki "Paris sözleşmesi anlamında tanınmış marka" ile MarKHK 8/4'teki "toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış marka"nın aynı anlamda olup olmadığı da tartışmalıdır.

Yasaman,⁸⁵ Paris sözleşmesi anlamında tanınmış markanın maruf markadan ve dünyaca ünlü markadan farklı olduğunu belirtmiştir. **Yasaman** maruf markayı belli çevrede bilinen ve o çevreyi aşmayan marka olarak tanımlamıştır⁸⁶. Dünyaca ünlü markayı ise; markanın üzerine konulduğu ürün ile ilgili olsun veya olmasın büyük kitlelerce tanınan, bilinen marka şeklinde tarif etmiştir. Bu marka doğrudan doğruya insanın aklına gelir ve marka eşyayı çağırıştırır. Yani Paris sözleşmesi anlamında tanınmış (umumen malum) marka *belli bir ülkede tescil edilip korunması istenen ülkede de yetkili makamlar veya malla ilgili çevrelerce bilinen, tanınan markaları ifade eder*⁸⁷.

Bir markanın tanınmış marka olup olmadığının belirlenmesinde öncelikle o markanın yöneldiği tüketici çevresi veya ilgili olduğu sektörde bilinip bilinmediğinin araştırılması gerekir. Yani markanın tanınmışlığının belirlenmesinde önemli olan markanın yöneldiği müşteri kitlesidir⁸⁸. Marka, ilgili olduğu sektörde veya yönelmiş olduğu tüketici kitlelerince biliniyorsa tanınmış marka olacaktır. İsviçre federal mahkemesi de "Yeni Rakı Kararı"nda⁸⁹ özetle bir markanın tanınmış marka olarak kabul edilebilmesi için tescilli bulunduğu ülkede herkes tarafından tanınmış olmasının gerekmediğini, "Yeni Rakı" markasının, İsviçre'de bulunan Türk vatandaşları arasında yaygın bir şekilde biliniyor olmasının söz konusu markanın tanınmış marka olarak kabulü için yeterli olduğunu ifade etmiştir.

⁸⁴ www.kazanci.com.tr/ Yargıtay 11 HD. E.2003/13167.K. 2004/7103. T.28.6.2004. Karar sitenin 31.10.2003 tarihinde güncellenmiş olduğu dönemde alınmıştır. Yargıtay'ın tanınmış markayı tanımlamasının isabetli olduğu konusunda bk. **Şanal**, s.19 Diğer bir karar için bk. Yargıtay 11. HD. T.13.03.1998. E.1997/5647. K.1998/1704. **Samiye Eyüboğlu**, "Tanınmış Marka", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet hukuku Dergisi, C.I, s.2. s.114-115. 2001. Aynı yönde tanım için bkz. **Karahan**, Hükümsüzlük, s.127.

⁸⁵ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.247 vd. Aynı görüş için bkz: **Poroy/Yasaman**, s.388.

⁸⁶ **Yasaman**, Marka Hukuku, s. 247vd. **Öçal**, s.141. **Yasaman**, Tanınmış Marka, s. 302. Aynı görüş için bkz: **Poroy/Yasaman**, s.389. **Arkan**'a göre bir markanın tanınmış marka olması için, sadece o markayı taşıyan mal veya hizmetlerle ilgili çevre içinde değil, bu çevre dışında, o mal ya da hizmetle ilgisi olmayan kişilerce de bilinmelidir (Marka Hukuku, s.93).

⁸⁷ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.253. vd. **Eroğlu** 467 vd., **Şanal**, s.20.

⁸⁸ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.260. **Yasaman**, Marka Hakkı, s.158. **Eroğlu**, s.467. **Dural**, s.864. **Poroy/Yasaman**, s.410 vd. **Eyüboğlu** da tanınmış markadan bahsedilebilmesi için markanın kullanıldığı malları tüketen orta düzeydeki tüketiciler tarafından bilinmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak yazar aynı makalesinde markayı taşıyan mal ve hizmetleri tüketen çevre değil ayrıca bu çevre dışında mal ya da hizmetle ilgisi olmayan kişilerce de markanın bilinmesi gerektiğini de savunmuştur. Kanımca **Eyüboğlu**'nun bu iki görüşü birbirleriyle bağdaşmamaktadır. Markanın kullanıldığı malları tüketen çevre o markayla ilgili olan çevredir. Bu çevre tarafından bilinmesi markanın tanınmışlığı açısından yeterlidir. Nitekim yazar makalesinde bu görüşe yer vermiştir. Ancak hemen ardından aynı makalede ayrıca markanın kullanıldığı mal veya hizmetle ilgisi olmayan kişilerce de bilinmesi gerektiğini savunmak kanımca isabetli olmamıştır, s. 113.

⁸⁹ ATF 120 II 144, 7 Nisan 1994, **Yasaman**, s.383 vd.

Bazı ürünler belirli küçük bir müşteri kitlesine hitap eder ve bu müşteri çevresi dışında kimsenin bu ürünlerden haberi olmaz. Örneğin diş hekimlerinin kullandığı ürünlerin toplum tarafından bilinmesi pek mümkün olmaz. Sadece bu işle ilgilenen diş hekimleri ve bu hekimlere bu ürünleri sağlayan dar bir çevre tarafından söz konusu ürünler bilinir. İşte böyle dar bir çevreyi hedef edinen markanın tanınmışlığının belirlenmesinde sadece ilgili olduğu sektörün nazara alınması gerekir. Ancak bazı ürünler ise toplumun çoğunluğunca bilinir. İşte bu tür ürünlerin de toplumun çoğunluğu tarafından bilinip bilinmediğinin araştırılması ve tanınmışlığın buna göre belirlenmesi gerekir. O halde markanın tanınmış marka sayılabilmesi için ilgili olduğu müşteri çevresinin büyük bir kesimi tarafından bilinmesi yeterli sayılmalıdır.

Doktrinde ve yabancı mahkeme içtihatlarında tanınmış markaların belirlenmesine yönelik çeşitli kriterler belirlenmektedir. Bu kriterler ülkeden ülkeye farklılık gösterebilmektedir. Bu konuda tek başına yeterli olmasa bile birden fazla ülkede markanın tescilli olmasının onu tanınmış marka olmasını büyük ölçüde sağlayacağı kabul edilmektedir⁹⁰. Ancak markanın menşe ülke dışında tescil edilmiş olması ve özellikle uluslar arası kuruluşlar nezdinde tescilli olması onun tanınmış marka olmasına delâlet etse de bu kriter tek başına yeterli değildir⁹¹. Yargıtay ise bir markanın birden fazla ülkede tescilli olmasını tanınmış marka olarak kabulü açısından yeterli görmektedir,⁹² bunun dışında doktrinde ve yabancı mahkeme kararlarında öngörülen kriterleri gözardı etmektedir⁹³.

Yargıtay'ın bu tutumu yerinde değildir. Nitekim “Dolce Vita” kararında gerekçeye muhalif bir karşı oy yazısında “*sonuç olarak bir markanın maruf, meşhur, tanınmış olarak nitelenmesi için kullanıldığının kanıtlanması veya herkesçe bilinir kurumda olması gerekir. Onüç ülkede tescil edilmiş olması tek başına yeterli kabul edilemez*” denilerek, markanın birden fazla ülkede tescil edilmesinin tanınmışlığın belirlenmesinde tek başına yeterli olmayacağı belirlenmiştir. Ancak bu görüş azınlıkta kalmıştır.

Tanınmış marka konusunda Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) Tanınmış Markalar Uzmanlar Komitesince de bir tavsiye kararıyla bazı kriterler belirlenmiştir. Yargıtay da çeşitli kararlarında tanınmış markanın belirlenmesinde bu kriterlerin uygulanması gerektiğini karara bağlamıştır⁹⁴.

Bu kriterleri şöyle sıralayabiliriz:

⁹⁰ Yasaman, Marka Hukuku, s.257. Yasaman, Marka Hakkı, s.156. Yasaman, Tanınmış Marka, s. 308 vd.

⁹¹ Dural, 861. Eroğlu 467, vd. Şanal 23. Yasaman, Marka Hukuku, s.257. Yasaman, Marka Hakkı, s.156. Eyüboğlu, s.114. Tanınmış marka için markanın belli bir tanınmışlık derecesine sahip olmasının yanında markanın iyi bir şöhrete ve itibara da sahip olması gerektiği yönünde bkz. Poroy/Yasaman, s.111 ve Dirikkan, s.143. Poroy/Yasaman, s.392.

⁹² Bu kararlardan bazıları için bk. Yargıtay 11. HD. E.1998/1734, K.1998/5146, T.6.7.1998. Yasaman, Marka Hukuku, s.203. Yargıtay 11 HD. 2000/4138. K.2000/5287. T.8.6.2000. Dural, s.857. Yasaman, Marka Hakkı, s.151.

⁹³ Dural, s.858.

⁹⁴ www.kazanci.com.tr. Yargıtay 11. HD. E.2003/13167. K.2004/7103. T.28.06.2004 ve Yargıtay 11HD. E.2002/10575. K.2003/2752. 24.03.2003. Karar sitenin 31.10.2003 tarihinde güncellenmiş olduğu dönemde alınmıştır.

- a. İlgili toplum sektöründe markanın tanınma derecesi.
- b. Markanın süre, yaygınlık ve coğrafi alan itibariyle her türlü kullanımı.
- c. Markanın tatbik edildiği malın veya hizmetle ilgili reklam ve temsiller, fuarlar ve gösterimler de dahil olmak üzere marka için yapılan promosyon süresi, yaygınlığı ve coğrafi çevresi.
- d. Süre ve coğrafi alanı kapsayan her türlü tescil veya tescil başvurusu.
- e. Marka haklarında etkili yaptırımlar.
- f. Markanın ekonomik değeri.⁹⁵

Tanınmış markalar hem mutlak red nedeni olarak (7/1.1, Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış markalar), hem de nisbi red nedeni (MarKHK 8/4, toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış markalar) olarak zikredilmiştir. Paris Sözleşmesi anlamında malum markalar ile toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış markaların (MarKHK 8/4) tanınmışlık düzeylerinin ne olduğu konusunda da tartışma vardır.

Doktrinde bir görüşe göre⁹⁶; umumen malum marka ile toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış markaların tanınmışlık derecesi aynıdır ve bu kavramlar özdeştir.

Diğer bir görüşe göre⁹⁷ MarKHK 8/4 teki toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış marka tanınmış marka kavramından farklı olup ondan daha geniş ve tanınmışlık derecesi itibariyle daha düşüktür. Bu görüşe göre her tanınmış, marka aynı zamanda toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmıştır, ancak toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış her marka tanınmış marka olmayabilir. Belli bir mahalde tanınan marka toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşabilir, ama her zaman tanınmış marka olamaz. Yargıtay, bu görüşe E.2003/13167, K.2004/7103, 28.6.2004 tarihli kararında yer vermiştir⁹⁸.

MarKHK m. 8/4 c.1'e göre "*Marka tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha önce yapılmış bir markanın aynı veya benzeri olmakla birlikte farklı mal veya hizmetlerde kullanılabilir.*" Bu hükme göre kural bir markanın aynı veya benzerinin farklı mal veya hizmetler için kullanılabilmesidir. Kararname koyucunun amacı yukarıda belirttiğimiz gibi başka birinin toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış markalardan hiçbir karşılık ödemedi onların yüksek reklam gücünden yararlanmasını engellemektir. Bu bir istisna hükmü olduğuna göre dar yorumlanmalıdır⁹⁹. Bu nedenle toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış markanın daha geniş olduğu ve tanınmışlık derecesinin tanınmış markadan daha düşük olduğu yönündeki görüşe katılmıyoruz. Tanınmış marka ilgili olduğu sektörün büyük kesimi tarafından bilinen markadır. O nedenle tanınmış bir markanın aynısı veya benzeri ancak aynı mal-

⁹⁵ Bu kriterlerle ilgili geniş bilgi için **Yasaman**, Marka Hukuku, s.258 vd. Ayrıca bkz: **Poroy/Yasaman**, s.392.

⁹⁶ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.263. **Poroy/Yasaman**, s.212. Yargıtay 11 HD. 28.04.2003 tarihli E.2002/11715, K.2003/4181 sayılı kararında bir markanın tanınmış marka olmasa bile toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşabileceği ve toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış markanın tanınmışlık derecesinin tanınmış markadan daha düşük olduğu yönünde görüş benimsemiştir.

⁹⁷ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.392. **Eyüboğlu**'na göre de bu iki kavram birbirinden farklıdır, s. 112.

⁹⁸ Yargıtay 11. HD. **Noyan**, s. 268.

⁹⁹ **Dural**, s.862.

lar veya hizmetler için tescil edilemezken, farklı mal veya hizmetler için tescil edilebilir farklı mal veya hizmetler için tesciline engel olunmasında hukuki yarar da yoktur.

Toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış markanın aynı veya benzeri farklı mal veya hizmetlerde de tescil için bir nisbi red nedeni olduğuna göre markanın ilgili olduğu müşteri çevresi tarafından değil (sadece markanın ilgili olduğu sektör değil) toplumun geniş bir bölümü tarafından tanınması ve markanın taşıdığı mal veya hizmetten bağımsız olarak çekici gücünü ifade etmesi gerekir¹⁰⁰. Toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış marka tanınmışlık derecesi açısından tanınmış markadan daha yüksektir. Zaten Paris sözleşmesinin 1. mükerrer 6. maddesinde “umumen malum marka” denilmişken, MarKHK 8/4 “toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış marka” ifadesi kullanılarak markanın sadece ilgili olduğu sektörde değil toplum bazında bilinmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁰¹.

Tanınmış markalara ilişkin bu açıklamalardan sonra MarKHK'nin tanınmış markalara çok önemli bir koruma sağladığını söyleyebiliriz. Tanınmış marka (umumen malum marka) sahibi, Türkiye’de tescil edilmemiş olsa bile, markasının aynı veya benzerinin aynı veya benzer mal veya hizmetler için yapılan tescil başvurusuna itiraz edebilir. Ayrıca TPE tanınmış marka (umumen malum marka) sahibi itiraz etmemiş olsa bile bu başvuruyu resen reddetmek zorundadır (MarKHK m.32). Her nasılsa tanınmış marka (umumen malum marka) aynı mal veya hizmetler için tescil edilmiş ise, tanınmış marka sahibibaşkısı tarafından MarKHK m.7/1/1 ve m. 32 hükümlerine aykırı olarak yapılan tescilin terkinini MarKHK 42/a hükmüne dayanarak, hükümsüzlük davasıyla isteyebilir. Bu davanın tescilden itibaren beş yıl içinde açılması gerekir. Ancak tescil kötü niyetle yapılmışsa beş yıllık süre aranmaz, bu süre geçtikten sonra da hükümsüzlük davası açılabilir. Tescil başvurusuna itiraz ve tescil yapılması halinde hükümsüzlük davası için tanınmış markanın Türkiye’de tescil edilmiş olması gerekmediği gibi Türkiye’de kullanılıyor olması da gerekmez¹⁰². MarKHK 8/4 hükmüne göre tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha önce yapılmış ve toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış bir markanın farklı mal ve hizmetlerde kullanılacak olsa bile, sahibinin itirazı üzerine, toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış markayla aynı veya benzer bir markanın daha sonra yapılan tescil başvurusu itiraz üzerine reddedilecektir. MarKHK 8/4 hükmünden açıkça anlaşıldığı gibi itiraz hakkı tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha yapılmış ve toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış markanın sahibine tanınmıştır. Tescil başvurusunun daha önce yapılmış olması itiraz hakkının doğması için gerekli ve yeterlidir. Yargı-

¹⁰⁰ Ocak, s.277.

¹⁰¹ Dural, s.862 vd.

¹⁰² Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s.264. Eroğlu, s.461. Şanal, s.21. Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.355. Tekinalp, Yeni Marka Hukuku, s.473. Arkan, Marka Hukuku, s.92. Karahan, 556 sayılı KHK döneminde de tanınmış marka sahibinin markasının farklı mal ve hizmetlerde başkaları tarafından kullanılmasına engel olabilmesi için markanın Türkiye’de tescil edilmiş olması gerektiği, aksi takdirde tanınmış marka sahibinin farklı mal ve hizmetlerde kullanılmasına engel olamayacağı görüşündedir. (Hükümsüzlük, s.122). Ocak, Türkiye’de kullanılmasa gerekmez de markanın bilinir olmasının korunması açısından gerekli olduğu görüşündedir, s.284. Aynı yönde görüş için bkz: Noyan, s.181.

tay da 23.06.2000 tarihli, 2000/54 sayılı esas ve 2000/5902 karar sayılı kararıyla tanınmış markanın Türkiye’de tescil edilmemiş ve markanın üzerine konulduğu mallar Türkiye’de imal edilmemiş ve piyasaya sürülmemiş olsalar bile bu markanın şöhretinden yararlanmak amacıyla aynı mal veya hizmetler için tescil ettirilmesi iyiniyet kurallarına aykırı olacağını belirleyerek, tanınmış markanın bu halde de korumadan yararlanacağını ifade etmiştir¹⁰³.

Tanınmış marka toplumda tanınırlık düzeyine ulaşmışsa marka sahibi, markasının farklı mal veya hizmetlerde kullanılmasına da engel olabilir. Şöyle ki; markanın kullanılmasının toplumda ulaştığı tanınırlık nedeniyle, haksız bir yarar sağlanacağı veya bu kullanmayla markanın itibarının zedeleneceği veya tescil için başvurusu yapılmış markanın ayırt edici karakterini zedeleyeceği durumlarda tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış marka farklı mal veya hizmetlerde kullanılacak olsa bile, marka sahibi buna engel olabilir¹⁰⁴. TPE’nin bu durumu resen nazara alma görev ve yetkisi yoktur. Sayılan bu şartlardan biri mevcut değilse, toplumda tanınırlık düzeyine ulaşsa dahi, marka farklı mal veya hizmetler için tescil edilebilir ve kullanılabilir.

Mark KHK 7/1.1 hükmü mutlak red nedeni olup TPE tarafından resen (kendiliğinden) nazara alınacağından tanınmış marka sahibinin izniyle markayı tescil ettirecek olan kimsenin TPE’ye izin belgesini de ibraz etmesi gerekir¹⁰⁵. Yani umumen malum markanın (Paris sözleşmesi anlamında tanınmış marka) aynı mal veya hizmetlerde başkası tarafından kullanılması sahibinin iznine bağlıdır. MarkKHK 8/4 anlamında toplumda tanınırlık düzeyine ulaşmış markada ise izin gerekmez. Şayet marka sahibi MarkKHK 8/4 anlamında itiraz hakkını kullanmamış ise marka başkası tarafından tescil ettirilebilir. MarkKHK 8/4 hükmü nisbi red nedeni olduğundan TPE bunu resen nazara alamayacaktır. Marka sahibinin itirazına rağmen tescil ettirilmişse marka sahibi, bu tescilin hükümsüzlüğünü MarkKHK 42/b hükmüne dayanarak mahkemeden isteyebilir.

Görüldüğü gibi MarkKHK, tanınmış markaları, tescil ilkesine önemli bir istisna olarak kabul etmiştir. Tanınmış olan marka Türkiye’de tescil edilmemiş olsa bile marka korunacak, bu markanın Türkiye’de başkası adına tesciline engel olabilecek ve tescil yapılmışsa bu tescilin terkinini dava edebilecektir. Tanınmış markanın Türkiye’de başkası adına her nasılsa tescili bildirici veya kurucu bir etkiyi haiz olmayacaktır. Tanınmış markanın söz konusu olduğu durumda gerçek hak sahibi, markayı Türkiye’de tescil ettiren veya Türkiye’de kullanan kimse değil o markayı tanınmış hale getiren kimsedir. Bu durumda yapılan tescil gerçek hak sahipliğini göstermeyecektir. Bu tescil hak sahipliğini kazandırmadığından kurucu nitelikli değildir. Ayrıca tanınmış marka sahibi dışında başkası adına yapılan tescil gerçek hak sahibini göstermediğinden bildirici nitelikte bir tescil de değildir. Söz konusu tescil ne kurucu ne de açıklayıcı olarak gerçek hak sahipliğini göstermediğinden yolsuz bir tescildir.

¹⁰³ Noyan, s.357.

¹⁰⁴ Eroğlu, s.468. Yasaman, Marka Hukuku, s.408 vd.

¹⁰⁵ Eyüboğlu s. 111.

551 sayılı MarK'u da tanınmış markalar için özel bir koruma öngörmüş ancak bu korumayı markanın Türkiye'de tescil edilmiş olması şartına bağlanmıştır. Kanunun 11. maddesine göre, "*Memleketimizde tescil olunan dünya veya memleket çapında tanınmış yabancı veya yerli markaların ve benzerlerinin başka bir tür mal için tescili, tanınmış marka sahibinin izniyle mümkün olup, bunların izni alınmaksızın tescil yapılamaz.*" 551 sayılı Kanun tanınmış markaların farklı mal veya hizmetlerde tescil edilmesini ancak sahibinin iznine bağlayarak, bir markanın aynısının veya benzerinin farklı mal ve hizmetlerde tescil edilebilmesi kuralına istisna olarak getirmiştir. Ancak tanınmış markanın korunmasını Türkiye'de tescil edilmiş olması şartına bağlamıştır¹⁰⁶.

551 sayılı kanunun tanınmış markalara sağladığı koruma MarKHK'ya göre zayıftır. MarKHK tescil edilmemiş olsa dahi tanınmış markalara özel koruma sağlamaktadır. Ancak MarKHK toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış (MarKHK 8/4 hükmü anlamında tanınmış) markanın farklı mal ve hizmetler için yapılan tescil başvurusunda marka sahibinin korunması için bazı şartlar öngörmüş, daha yüksek bir tanınmışlık düzeyi aramış ve ayrıca bunu nisbi red nedeni olarak düzenleyerek TPE'ye durumu resen dikkate alma yetkisi vermemiştir¹⁰⁷.

b) Ayırt Edici Nitelik Kazanan İşaretler

MarKHK'nin tescil ilkesine getirdiği istisnalar kapsamında incelenmesi gereken konulardan biri de MarKHK 7/2 hükmünde düzenlenen ayırt edici nitelik kazanan işaretlerdir¹⁰⁸.

MarKHK'nin yedinci maddesinin 2. fıkrasında "*Bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmışsa a,c,d bentlerine göre reddedilemez*" denilmektedir. Bu hükme göre bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve bu kullanım sonucu tescile konu olana mallar veya hizmetlerle ilgili olarak ayırt edici nitelik kazanmışsa, tescil talebi kararnamenin a,c,d bentlerine göre reddedilemez. Yine KHK'nin 42. maddesinin 3. fıkrasına göre "*bir marka tescil tarihinden önce tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak kullanılmış ve bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmışsa 7. maddenin a, c ve d bentlerine göre tescili hükümsüz sayılamaz*" Bu durumda kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmış olmak hükümsüzlük sebebini ortadan kaldırmaktadır. Zira KHK 7/a, c ve d bentlerinde düzenlenen durumlar mutlak red nedenleri olup MarKHK 42/a hükmüne göre de hükümsüzlük sebepleridir¹⁰⁹.

MarKHK 7/2 maddesinde iki durum düzenlenmiştir¹¹⁰. Kanun Hükmünde Kararnamenin yedinci maddesinin "a" bendinde marka olarak tescili mümkün olmayan

¹⁰⁶ **Ziya Binath**, İşletme Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 1978, s.116, **Fahiman Tekil**, Ticari İşletme hukuku, İstanbul, 1990, s.254, **Poroy**, s.236.

¹⁰⁷ **Karahan**, Hükümsüzlük, s.122.

¹⁰⁸ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.387. **Tekinalp**, Yeni Marka Hukuku, s. 474 **Karahan**, Hükümsüzlük, s.112.

¹⁰⁹ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.281. **Noyan**' a göre bu hüküm ile daha önce yapılan tescilin terkinini istemeden ayırt edici nitelik kazanan işaretin tescilini isteyebilme yetkisi verilmiştir, s.183.

¹¹⁰ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.281.

işaretler düzenlenmiştir. Burada belirtilen işaretler soyut olarak bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etme gücüne sahip değildir. Örneğin tek başına kırmızı renk marka olarak bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etme gücünden yoksundur. Bu durumda KHK 5. madde anlamında marka olarak tescili mümkün olmayan bir işareti kullanan ve bu kullanım sonucu bu işarete ayırt etme niteliği kazandıran yani bu işarete tescil edilebilme kabiliyeti ve marka olma özelliği kazandıran kimse bu işaretin marka olarak tescilini isteyebilir. Bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için sahibinin fikri çabası sonucu olması gerekmediği gibi orijinal bir kavram olması da gerekmez. Ancak marka olarak tescili istenen işaretin mutlaka ayırt etme niteliğine sahip olması gerekir. Bir işaretin marka olarak kullanılması onun ayırt etme niteliğiyle mümkündür¹¹¹.

MarKHK 7. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen ikinci durum 7. maddenin c ve d bentlerinde düzenlenen tasviri işaretlerle ticaret alanında herkes tarafından kullanılan işaretlerin kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmalarıyla tescil talebinin reddedilmemesidir. 7. maddenin c bendinde “*Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar*” d bendinde ise “*Ticaret sırasında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar*” in tescil edilemeyeceği belirtilmiştir, bunlar birer mutlak reel nedenleridir. c ve d bentleri kapsamına giren işaretler mal ve hizmetleri ayırt etme niteliğine sahip olmadığından marka olarak tescil edilemezler. Ancak buradaki “ayırt etmeme” 7/1.a bendindeki anlamından farklıdır. Buradaki ayırt edici nitelik kazanma, markanın diğer işaretlerle olan ilişkisinde soyut bir ayırt edici nitelik değil, tanınmış markanın tanınmışlık derecesinin belirlenmesinde olduğu gibi, başvuruda bulunan kimsenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlayan somut nitelikli olarak ayırt edici nitelik kazanılmış olmasıdır¹¹².

Tekinalp¹¹³ 7. maddenin 2. fıkrasındaki “ayırt edici nitelik” kavramının tek anlamda kullanıldığını ve bunun soyut anlamda markanın diğer işaretlerle olan ilişki-sindeki ayırt edici nitelik değil, markanın ticaret hayatında kendini kabul ettirmiş, kendisine bağlamış, kendisini onunla tanıtmış olması yani somut anlamda ayırt edici nitelik kazanmış olması anlamına geldiğini savunmuştur.

TPE yapılan tescil başvurusunu başvuru 7/1.c ve d bendi kapsamına giriyorsa reddedecektir. Ancak marka olarak tescili istenen işaretin kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazandığı ileri sürülüyorsa, somut olay bir bütün olarak değerlendirilerek markanın hitap ettiği müşteri çevresi yani ilgili toplumsal çevrede bu mal grubu ile söz konusu marka arasında bağlantı kurulup kurulmadığının belirlenmesi gerekir.

¹¹¹ Yasaman, Marka Hukuku, s.292.

¹¹² Dirikkan, s.35

¹¹³ Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.389

Böylece ilgili çevrede söz konusu işaretin kullanım sonucu belli bir işletmenin markası olarak algılanması yani o işletmeyle birlikte ilgili çevrede anılıyor olması gerekir¹¹⁴.

Eroğlu ayırt edici nitelik kazanmış bir markanın sahibinin markasını – tescil edilmiş marka sahibinden farklı olarak – bu hakkını ileri sürebilmesi açısından, ayırt edici niteliğinin sürekli muhafaza edilmesi gerektiği görüşündedir¹¹⁵.

MarKHK'nin 7. maddesinin 2. fıkrasında 22.06.2004 tarihli ve 5194 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce madde metnindeki atıf “b, c ve d” bentlerine yapılmaktaydı. 7. maddenin birinci fıkrasının b bendinde “*Aynı veya ayrı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı olan markalar,*” mutlak red nedeni olarak düzenlenmiştir. Ancak tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir markayı kullanmış ve bu kullanma sonucu markaya ayırt etme niteliği kazandıran kimsenin tescil talebi reddedilemeyecektir.

Tekinalp'e göre Mark KHK kazanılan ayırt edici nitelik dolayısıyla piyasada aynı veya benzer markanın varlığından rahatsızlık duymamakta ve kazanılan ayırt edici nitelik dolayısıyla birden fazla aynı veya benzer nitelikli marka arasındaki karıştırılma ihtimali ortadan kalkmış olmaktadır¹¹⁶.

Tescilden önce bir markayı kullanan ve ona ayırt edici nitelik kazandıran kimsenin tescil başvurusu reddedilemeyecektir. Ancak burada tescilsiz marka sahibine sağlanan koruma 551 sayılı kanunun 15/2 hükmünün öngördüğü korumaya göre daha zayıf bir korumadır. Burada işarete kullanma sonucu ayırt edici nitelik kazandıran hak sahibine tescilli markanın terkinini talep etme yetkisi verilmemiştir. Kullanma sonucu ayırt edici nitelik kazandıran, kendi işaretinin de marka olarak tescilini isteyebilmektedir¹¹⁷. Ancak burada **Arkan**'ın¹¹⁸ da haklı olarak belirttiği gibi mükerrer tescil söz konusu olacaktır. Bir marka üzerinde tek bir hak sahipliği vardır ve bu hakka birden fazla kimsenin bağımsız olarak sahip olması mümkün değildir. Bu nedenle “b” bendine yapılan atıf yanlıştır.

Nitekim 22.06.2004 tarihli 5194 sayılı kanunda gerekçesinde de “(...) *bu düzenlemeyle daha önce aynı veya ayrı türden mal veya hizmetler için tescil edilmiş ya da başvurusu yapılmış markaların başkaları tarafından kullanımı sonucu kazanılan ayırt edici nitelik nedeniyle mükerrer tescili mümkün kılan hükmün aykırılığı nedeniyle değiştirilmesi amaçlandığı*”¹¹⁹ belirtilerek “b” ye yapılan atıf söz konusu ka-

¹¹⁴ **Eroğlu**, s.471

¹¹⁵ **Eroğlu**, s.471.

¹¹⁶ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.387. **Eroğlu**, s.470. Yargıtay 11. HD. 19.11.2003 *tarihli*, E.2003/11-578, K.2003/703 sayılı kararında **Tekinalp**'in bu görüşüne yer vermiştir. Karar için bkz. **Yasaman**, Marka Hukuku, s.211.

¹¹⁷ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.388. **Tekinalp**, Yeni Marka Hukuku, s.475. **Eroğlu**, s.470. **Poroy/Yasaman**, s.408.

¹¹⁸ **Eroğlu**, s.471. **Yasaman**, s.282. **Arkan**, Marka Hukuku, s.76. **Karahan**'a göre 7/2 hükmü nedeniyle 7/1.b'ye dayanılarak tescili reddedilemeyen bir işaret 8/1 .a veya b anlamında nisbi red nedeni olarak, itiraz halinde, Enstitü tarafından bu itiraz nazara alınabilir, Hükümsüzlük, s.52 vd.

¹¹⁹ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.277.

nunla değiştirilerek “a” bendine yapılmıştır. Gerçekten “b” bendine yapılan atfı birden fazla tescilin yapılmasına neden olmakta bu da marka üzerindeki hakkın mutlak olma niteliğiyle bağdaşmamaktaydı.

Yargıtay da kanun değişikliğinden önce iki markanın bir arada bulunabileceği ve hukuk düzeninin aynı markanın iki defa ayrı ayrı kimseler adına tescilin mümkün olduğu kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanan bir markanın tescilinin 7/1.b hükmüne dayanılarak reddedilemeyeceği yönünde karar vermektedir¹²⁰. Yargıtay bu durumu tescil ilkesinin bir istisnası olduğunu kabul etmektedir.

Tescil ilkesine göre bir işareti marka olarak tescil ettiren kimse o markanın sahibi olur ve marka üzerindeki mutlak haklarını herkese karşı ileri sürebilir. Dolayısıyla tescilli marka sahibi, markasının aynısının veya benzerinin, aynı veya benzer mal veya hizmetler için tesciline itiraz; tescil her nasılsa yapılmışsa MarKHK 42/a hükmü gereği hükümsüzlük davasıyla yapılan tescilin terkinini dava edebilir. Ancak bu işaret başkası tarafından kullanılmış ve ayırt edici nitelik kazandırılmışsa bu kimsenin tescil talebi reddedilemeyecektir. Ancak kullanmayla ayırt edici nitelik kazandıran kimse de daha önce yapılan tescilin terkinini isteyemeyecektir. Bu durumda tek hak üzerinde birden fazla hak sahipliği gibi kabul edilemez ve yanlış bir durum ortaya çıksa da MarKHK kanun değişikliğine kadar bu durumu kabul etmiştir. Aslında bu dönemde de MarK’u 15/2 hükmü anlamında tam bir kullanma ilkesinin kabul edildiği söylenemez. Ancak tescil ilkesinin mutlaklığından vazgeçilip kullanma sonucu ayırt edici nitelik kazandıran kimseye, tescilli bir markanın varlığına rağmen bu markanın aynı veya benzerinin MarKHK 7/2 hükmünün 7/1.b hükmüne yaptığı atfı nedeniyle yeniden tescil ettirme hakkının verildiği de bir gerçektir¹²¹.

Yasaman¹²² MarKHK 7/2 hükmüne bakıldığında KHK’nin tescil ilkesinden vazgeçerek kullanma ilkesini benimsediğinin savunulabilir hale geldiğini ileri sürmüştür.

Sonuç olarak 2004 tarihinde yapılan değişiklikten önce¹²³ MarKHK sisteminde, bir işaret tescil edilmiş olsa bile, işareti tescilden önce kullanmış ve bu kullanma sonucu ayırt edici nitelik kazandırmış kişi, bu işareti tescil ettirebilir ancak bu durum “kullanma ilkesinin” kabulü anlamına gelmez sadece tescil ilkesine getirilen bir istisnadır.

Yapılan değişiklikten sonra bize göre MarKHK 7/2 hükmü iki ayrı durumu¹²⁴ düzenlemekte ve yukarıda belirttiğimiz gibi “ayırt edici nitelik” kavramı iki ayrı

¹²⁰ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.354 vd, Yargıtay, 11. HD. E.2000/8902, K.2000/10152. T.18.12.2000

¹²¹ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.392. **Eroğlu**, s.470. **Noyan**’a göre tescilli marka sahibinin markayı kullanma yükümlülüğü olduğundan, tescil edilmiş bir markanın aynısının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin başka bir kişi tarafından kullanılması ve bu kullanım sonucunda ülke çapında ayırt edici bir nitelik kazanması mümkün değildir, s.183. aynı yönde görüş için bkz. **Arkan**, Marka Hukuku, s.76.

¹²² **Yasaman**, Marka Hukuku, s.184.

¹²³ **Tekinalp**; yapılan değişikten sonra da (b) bendine yapılan atfın yerine (a) bendine atfı yapılması nedeniyle tescilsiz markaya tescil hakkı verilerek sınırlı bir koruma sağlandığı ve değişiklikten önceki sistemin aynen devam etmekte olduğu görüşündedir, s.387.

¹²⁴ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.281.

anlamda kullanılmıştır. 7. maddenin tescil ilkesinin istisna olup olmadığı bu iki ayrı durum değerlendirilerek belirlenmelidir. Birinci durumda 5. madde anlamında marka olma özelliğine sahip olmayan ve marka olarak tescili mümkün olmayan bir işarete kullanma sonucu ayırt edici nitelik kazandırılarak işarete marka olabilme ve tescil edilebilme kabiliyeti kazandırılmaktadır. Bize göre burada tescil ile marka üzerindeki hak sahipliği doğacak ve tescil kurucu etkiyi haiz olacaktır. Burada hak sahipliği işarete kullanma sonucu ayırt edici nitelik kazandırılmasıyla doğmamakta, kullanmayla işarete ayırt edicilik vasfı kazandırılmakta ve tescili talep edilebilir hale getirilmektedir. O halde hak sahipliği kullanmayla değil tescille doğmaktadır. Dolayısıyla birinci durumda tescil ilkesinin istisnası söz konusu değildir.

İkinci durumda ise tasviri nitelikte olan ve herkes tarafından ticarete kullanılması mümkün olan işaretler düzenlenmiştir. (c) ve (d) bentlerinde düzenlenen bu işaretler soyut olarak ayırt edici niteliğe sahip olmakla birlikte bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etme niteliğinde sahip değildir. İşte burada kullanmayla söz konusu işaretlere marka olabilme kabiliyeti değil marka olması sağlanmaktadır. Kullanma sonucu işaret bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt edecek nitelik kazanmakta ve marka o mal ve hizmetle anılmaktadır. Bu kullanım sonucu tasviri nitelik arz eden ve herkes tarafından kullanılabilen (c) ve (d) bentleri anlamındaki işaretler ayırt edici nitelik kazanarak bu niteliği kazandıran kimseye ait olacak ve tescil edilebilecektir. Burada önemli olan tescilin (c) ve (d) bentlerine göre reddedilememesidir. (c) ve (d) bentleri, somut anlamda ayırt edici nitelik taşımayan işaretlerle ilgili mutlak red nedenleriyle ilgili hükümlerdir. Bu nitelik kullanma sonucu kazandırılmışsa tescili istenebilmelidir.

Üzerinde durulması gereken başka bir konuda kullanma sonucu ayırt edici nitelik kazandırılmış işaretin bir başkası adına tescil edilmiş olmasıdır. Bu durumda işareti tescilsiz olarak kullanan kimse tescil ettiren kimse karşısında nasıl korunacaktır? İşte bu durumda işareti tescil ettiren kimse işareti kullanmış ve ayırt edici nitelik kazandırmışsa ve bu işareti tescil ettirmişse tescil ettirenin korunması gerekir ki burada tescil ettiren gerçek hak sahibidir. Bu kimsenin markasıyla aynı veya benzer bir markanın aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak daha sonra başkası tarafından tescil başvurusu 7/1.b'ye göre reddedilecektir. Çünkü kural; tescilde öncelik ilkesidir, istisna ise dar yorumlanmalıdır. **Tekinalp**¹²⁵ MarKHK7/1.b hükmüne ve kanundaki değişikliğe rağmen tescilsiz bir işaretin kullanma sonucu ayırt edici nitelik kazanması halinde aynı veya benzer işaret daha önce tescil edilmiş olsa bile, o işaret, bu işareti kullanan ve ayırt edici nitelik kazandıran kişi tarafından tescil ettirilebileceğini savunmuştur. Kanun değişikliğinden sonra 7/1.b bu tescilin yapılmasına engel olur. Tescilin yapılması (var olan tescile rağmen) mükerrer tescille yol açar ki kanun değişikliğinin gerekçesinde açıkça mükerrer tescilin engellenmesi amaçlandığı belirtilmiştir.

¹²⁵ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.387

c) Tescilsiz Markalar ve Ticaret Sırasında Kullanılan Diğer İşaretler

Tescilsiz bir markanın veya ticaret sırasında kullanılan bir işaretin sahibinin itiraz etmesi üzerine, tescili istenen marka tescil edilmeyecektir. Ancak bunun için markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden önce veya markanın tescili için yapılan başvuruda belirtilen rüçhan tarihinden önce bu işaret için hak elde edilmiş olması ve söz konusu işaretin hak sahibine daha sonra markanın başkası tarafından tescil edilmesini yasaklanma hakkı veriyor olması gerekir. Bize göre MarKHK 8/3'te tek bir ihtimal düzenlenmiş ve (a) ve (b) bentlerinde belirtilen haller ise bu tek ihtimalin uygulanmasının şartlarıdır. Yani tescilsiz bir markanın veya ticaret sırasında kullanılan diğer bir işaretin sahibi; ancak (a) ve (b) bentlerinde gösterilen şartların her ikisinin varlığı halinde yapılacak tescile engel olabilir¹²⁶.

Tekinalp¹²⁷; MarkaKHK'da, tescilsiz marka ile ticaret sırasında kullanılan diğer işaretin sahibine itiraz hakkının iki halde tanınmış olduğu görüşündedir. **Tekinalp**; MarKHK 8/3'te tek ihtimalin söz konusu olmadığı burada (a) ve (b) bentlerinin farklı hususları düzenlediği ve her ikisinin de ayrı ayrı hak sahibine yapılacak tescili engelleme yetkisi verdiği görüşündedir. **Tekinalp** bu iki durumu "Fikri Mülkiyet Hukuku" adlı eserinde ayrı ayrı başlıklar halinde incelemiştir. **Tekinalp** ayrıca tescilsiz marka veya işarete ayırt edici nitelik kazandıran veya ayırt edici nitelik kazandırmaya da uzun süreden beri kullanan veya tescilsiz markanın tanınmış marka olması ve bu halde kullanan kimsenin MarKHK 8/3.a'da belirtilen hakka sahip olacağını ve MarKHK 8/3.a'ya dayanarak yapılacak tescile itiraz edebileceğini belirtmiştir. **Tekinalp** yasaklama hakkının da Türk Hukuku'nda ya Madrid Protokolünün 2. maddesinden veya MarkKHK'nin zaman açısından uygulanmasıyla ilgili hükümlerinden doğabileceği görüşündedir¹²⁸.

Yasaman¹²⁹ da **Tekinalp** gibi MarKHK 8/3'te iki ayrı durumun düzenlendiğini ve tescilsiz bir markanın veya ticaret sırasında kullanılan diğer bir işaretin sahibinin iki halde yapılması istenen tescile itiraz edebileceğini ve bu iki halin MarKHK 8/3 (a) ve (b) bentlerinde ayrı ayrı düzenlendiğini savunmuştur.

MarKHK 8/3'te tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan diğer işaretlerden bahsedilmiştir. Buradaki tescilsiz marka daha önce de belirttiğimiz gibi bir işaretin marka işleviyle kullanılıyor olmasıdır. Yani marka olarak tescili mümkün olan herhangi bir işaret, bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırmak amacıyla kullanıyorsa marka işleviyle kullanım söz konusu olacaktır. Ticaret sırasında kullanılan diğer işaretler ise alan adı, ticaret ünvanı, işletme adı gibi işaretlerdir¹³⁰. Bu işaretlerin ticaret sırasında kullanılıyor

¹²⁶ Karahan, Tescilsiz Marka, s.13. Dirikkan, s.27. Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s.266. Arkan, Marka Hukuku, s.109 vd. Karahan, Hükümsüzlük, s.109 vd.

¹²⁷ Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.392 vd. Tekinalp, Yeni Marka Hukuku, s.476. Aynı yönde görüş için bk. Eroğlu, s.472.

¹²⁸ Yasaman, Marka Hukuku, s.407. Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.394. Tekinalp, Yeni Marka Hukuku, s.478. Poroy/Yasaman, s.409.

¹²⁹ Yasaman, Marka Hukuku, s.405. Poroy/Yasaman, s.406 vd. Noyan, s.186.

¹³⁰ Dirikkan, s.26,77. Yasaman, Marka Hukuku, s.405. Eroğlu, "Marka hakkını Koruyucu Olarak İnternette Yararlanma" adlı makalesinde "ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret" ibaresinin haksız rekabet hü-

olması yeterlidir. Ayrıca bu işaretleri markasal olarak kullanma zorunluluğu yoktur.¹³¹ **Tekinalp** ve **Yasaman**; ticaret sırasında kullanma ile kastedilenin işaretin markasal olarak kullanılması olduğunu ileri sürmüşlerdir.¹³²

Tescilsiz marka veya ticaret sırasında kullanılan diğer bir işaretin sahibi yapılması istenen tescile itiraz etmiş olmasına rağmen tescil yapılmış ise bu tescilin hükümsüzlüğünü MarKHK 42/b hükmüne dayanarak dava edebilir.¹³³ Ancak bunun için işaret için hak elde edilmiş olması ve belirtilen işaretin yasaklama hakkı vermesi gerekir.

MarKHK 8/3 kapsamında incelenmesi gereken bir başka konuda tescil edilmeden kullanılan bir marka için maruf hale gelmiş olma şartının aranıp aranmaya çağdır.¹³⁴ Bu konu marka üzerindeki hakkın kazanılması açısından önem arzedecektir. Bu koşul aranırsa tescil dışında marka hakkının kazanılması bu şartın gerçekleştiği an olacaktır. Aksi takdirde bu koşul gerekli değilse işaret, tescil edilmeden kullanılıyorsa maruf hale gelmese bile marka olarak tescil dışında kazanılabilecektir. Bu da daha sonra yapılacak tescilin niteliğinin belirlenmesi açısından önemlidir.

“Maruf olma şartı” 551 sayılı kanunda açıkça öngörüldüğü halde MarKHK’da bu koşul açıkça yer almamıştır.¹³⁵ Bu konuda doktrinde de görüş birliği yoktur. **Karahan**¹³⁶ marufiyet (bilinirlik) şartının aranması gerektiğini savunmuştur. **Karahan**’a göre tescilsiz markaya koruma sağlanmasının sebebi sadece tescilsiz marka sahibinin bu markayı ilk olarak kullanmaya başlaması değildir, ayrıca markanın korunmasını haklı kılacak bir sebep olmalıdır ki o da tescilsiz olarak kullanılmakta olan markanın belli bir yer, bölge veya piyasada bilinir hale gelmesidir.

Yasaman¹³⁷ da MarKHK’nin 8/3 hükmünün uygulanması için tescilsiz olan markanın kullanılması ve belli bir derece tanınması yani ona bilinirlik kazandırılması gerektiğini savunmuştur. **Yasaman**’a göre ancak bilinirlik şartı kazandırılınca işaret üzerinde MarKHK 8/3 anlamında hak sahibi olunacaktır.

kümleri dışında özel olarak korunamayan bütün işaretleri kapsadığını ileri sürmüştür, s.474. **Poroy/Yasaman**, s.407. **Noyan**, s.187.

¹³¹ **Dirikkan**, s.26, 77. **Dirikkan**; burada belirttiği 27.02.2002 *tarihi*, 2002/11-62 Esas ve 2002/115 Karar sayılı kararında Yargıtayın, davalının ticaret ünvanına dayanmasına rağmen markasal anlamda kullanım olmadığı gerekçesiyle bu davayı kabul etmediğini belirtmiştir. **Dirikkan** burada davalının ticaret ünvanı tescilli olduğundan KHK 8/5’ten yararlanmasının daha uygun olacağını ancak tescilli de olsa ticaret ünvanının 8/3 kapsamında da değerlendirilebileceğini belirtmiştir. **Karahan** da tescilsiz fikri mülkiyet hakkı sahibinin bu hakkını 8/3’e göre tescil edilmiş fikri mülkiyet hakkını ise 8/5’e göre marka tescil veya marka tescil başvurusuna karşı koruyacağını ve bu ayırımın bazı pratik sonuçlarının olacağını savunmuştur (Hükümsüzlük, s.120).

¹³² **Yasaman**, Marka Hukuku, s.406. **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.393. **Poroy/Yasaman**, s.408.

¹³³ **Dirikkan**, s.28. **Karahan**, s.17.

¹³⁴ **Karahan**, Tescilsiz Marka, s.15.

¹³⁵ **Karahan**, Tescilsiz Marka, s.15. **Karahan**, Hükümsüzlük, s.113.

¹³⁶ **Karahan**, Tescilsiz Marka, s.16. **Karahan**, Hükümsüzlük, s.113.

¹³⁷ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.405 vd.

Eroğlu'na¹³⁸ göre MarKHK 8/3 hükmünde işaretin kullanma sonucu ayırt edici nitelik kazanması aranmadığı gibi maruf olma şartı da aranmamıştır. **Eroğlu**, markayı tescilsiz kullanan kimsenin MarKHK 8/3 anlamında itiraz hakkını kullanabilmesi için MarKHK 7/2 hükmü anlamında bir ayırt ediciliğin aranması gerektiğini aksi takdirde ayırt edici niteliği olmayan ve maruf hale de gelmiş olmayan tescilsiz markaların da MarKHK'dan yararlanacağını bunun da KHK'nin benimsediği tescil ilkesiyle çelişeceğini savunmuştur.

Tekinalp'e¹³⁹ göre bir kimse bir işarete kullanma sonucu ayırt edici nitelik kazandırmış ise – bu işaret daha önce başkası adına tescil edilmiş olsa bile – aynı veya benzer işareti kendi adına tescil ettirebilir. (Bize göre 5194 sayılı kanun değişikliğinden sonra (b)'ye yapılan atıf (a)'ya yapıldığından **Tekinalp**'in bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Tescilsiz olarak kullanmış ve ayırt edicilik nitelik kazandırmış kimse ayrıca bu işaretin başkası tarafından tescil edilmesine de engel olabilir. **Tekinalp**; bunun yanında işarete ayırt edici nitelik kazandırmamış olsa bile işaretin sahibi TTK 57/(1)b, 5'e dayanarak tescile itiraz edebileceğini de savunmuştur. **Tekinalp** ayrıca MarKHK 7/2 hükmünde ayırt edici şartının aranmasının sebebinin o durumda tescilli bir marka olduğunu ancak MarKHK 8/3 hükmünün geçerli olduğu durumlarda tescil edilmiş bir markanın söz konusu olmadığını savunmuştur. Bize göre **Tekinalp** MarKHK 8/3 hükmünün söz konusu olduğu durumda tescili istenen bir markanın söz konusu olduğunu ve MarKHK 7/2 hükmünde de tescil tarihinden önceki bir kullanımdan bahsedildiğini kanaatimce gözden kaçırmıştır.

Yargıtay da bu konuda istikrarlı yol izleyememiş çelişkili kararlar vermiştir¹⁴⁰. 19.04.2002 tarihli bir kararında “marka üzerindeki öncelik hakkı, o markayı ihdas ve istimal eden ve piyasada maruf hale getiren kişiye aittir” diyerek marufiyet şartının aranması gerektiğini belirtmiştir¹⁴¹. 28.05.2002 tarihli bir kararında “MarKHK'nin 8/III'ncü maddesi hükmünün tescilli markaların yanı sıra tescil edilmiş markaların korunmasına olanak sağladığı, anılan maddenin markayı tescil ettirmeden kullanan kimseyi her şart ve halde korumayı amaçladığı, burada 551 sayılı MarK'nun 15/II'nci maddesinde aranılan şartını dahi gerekli görülmeden, daha geniş bir koruma sağladığı” fikrini benimseyerek MarKHK 8/3 hükmünün uygulanması için marufiyet şartının aranmasının gerekmediği yönünde görüş benimsemiştir¹⁴².

MarKHK kural olarak tescil ilkesini benimsemiş ve bu kurala çeşitli istisnalar getirmiştir. MarKHK 8/3 de KHK'nın tescil ilkesine getirdiği istisnalardandır¹⁴³. Tescilsiz bir işaret marka olarak seçilip kullanılmasıyla veya marka dışında başka bir işaretin ticaret sırasında kullanılmasıyla bu tescilsiz işaretler üzerinde kullan-

¹³⁸ **Eroğlu**, s.472 vd.

¹³⁹ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.393.

¹⁴⁰ **Karahan**, Tescilsiz Marka, s.15.

¹⁴¹ 11. HD. 19.04.2002. E.2001/9903. K.2002/3699 (**Yasaman**, Marka Hukuku, s.192 vd).

¹⁴² 11.HD. 28.05.2002, E.2002/2411. K.2002/5314. **Yasaman**, Marka Hukuku, s. 440.

¹⁴³ **Eroğlu**, s.466 vd. **Yasaman**, Marka Hukuku, s.182.

mayla birlikte haksız rekabete ilişkin bir hak doğacaktır¹⁴⁴. İşaretin sahibi olan kimse TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümlerine dayanarak – haksız rekabete ilişkin koşulların varlığı halinde – bu işaretin başkası tarafından kullanılmasına engel olabileceği gibi haksız rekabetin yetki verdiği diğer davaları da açabilir. Ancak bu işaretin tescil edilmesine sadece haksız rekabete ilişkin bu hakkına dayanarak engel olma hakkına sahip değildir.

Arkan¹⁴⁵ markayı tescilsiz olarak kullanan kimsenin marka üzerinde sahip olduğu haksız rekabet hükümlerine ilişkin olan hakkına dayanarak markanın aynı veya benzerinin başkası tarafından kendi adına tescil edilmesine itiraz edebileceğini ileri sürmüştür.

Mark KHK'nın amacı haksız rekabet hükümlerine göre korunabilecek herhangi bir işaretin korunması değil, tescilli markaların korunmasıdır. Bu durumda herhangi bir işareti kullanmak nedeniyle elde edilen haksız rekabete ilişkin bir hakka üstünlük tanımak Mark KHK'nin amacını aşacaktır¹⁴⁶.

Tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaretin sahibinin yapılacak tescile itiraz edebilmesi için o işareti kullanıyor olması yetmez. Zaten MarKHK 8/3.b bendinde ayrıca daha sonraki bir markanın kullanımını yasaklama hakkı vermesi gerekir. Tescilsiz işaretin kullanılmasıyla haksız rekabete ilişkin genel hükümler çerçevesinde bir hak elde edilse bile bu hak Mark KHK kapsamında korunamayacağından MarKHK 8/3.b anlamında yasaklama hakkı verdiği söylenebilir. Bu durumda Mark KHK'nin tescilsiz işaret üzerinde marka hakkının kazanılması için başka bir şart aradığının ve bu şartın MarKHK 8/3.b'deki "yasaklama hakkı" içinde zımnen var olduğunun kabulü gerekir. Tescilsiz markanın ilk olarak kullanılıyor olmasının yanında marufiyet şartı da aranmalıdır¹⁴⁷. Maruf hale getirme markayı belli bir çevrede bilinir ve tanınır hale getirir. Belli bir çevrenin sınırlarının aşılması gerekmez. Marufiyet tanınmış marka anlamına gelmemektedir.

Yargıtay'ın yukarıda verdiğimiz kararında KHK'nin tescilsiz markaları da koruduğu ve her şart ve halde markayı tescilsiz olarak kullanan kimseyi amaçladığı düşüncesine de katılmak mümkün değildir. MarkKHK 1 ve 6. maddeleri açıkça KHK'nin amacının tescilli markaları korumak olduğunu söylemiştir. Ayrıca KHK tescil ilkesini benimsediğine ve MarKHK 8/3 tescil ilkesinin istisnası olduğuna göre

¹⁴⁴ **Arkan**, Ticari İşletme Hukuku, s.266. **Dirkkan**, s.29. **Eroğlu**, s.473. **Noyan**, s.186. Ayrıca bkz. yukarıda 56 nolu dipnot.

¹⁴⁵ **Arkan**, Ticari İşletme Hukuku, s.266. Yargıtay ise **Arkan**'dan farklı olarak "Çırağan" kararında Çırağan isminin markanın tescilinden önce maliye hazinesi tarafından 49 yıllığına irtifak hakkı kurulduğu ve irtifak hakkı ile birlikte Çırağan isminin de kullanılmak üzere devredildiği, böylece tescilden önce işaret üzerinde marka hakkının doğduğunu ifade etmiştir. Yargıtay tescile itiraz veya tescilin hükümsüzlüğünü isteme yetkisinin haksız rekabete ilişkin haktan değil, marka üzerindeki hakkın tescilden önce kazanılmış olmasından kaynaklandığını belirtmiştir.(11. HD. E.2000/5319, K.2000/8174, T. 24.10.2000, **Yasaman**, Marka Hukuku, s.190). aynı yönde; **Poroy/Yasaman**, s.409.

¹⁴⁶ **Eroğlu**, s.473. **Karahan** ise, markayı tescil ettirmeden piyasada ilk defa kullanana ve maruf haline getiren kişi gerçek hak sahipliğine dayanarak, bu markayı haksız rekabet hükümlerine göre koruyabileceği gibi 8/3 hükmüne dayanarak tescile de itiraz edebileceği görüşünü savunmuştur (Hükümsüzlük, s.115).

¹⁴⁷ **Karahan**, Tescilsiz Marka, s.16.

istisnanın dar yorumlanması gerekir. Marufiyet şartı aranmazsa MarkKHK'nin tescilsiz olarak kullanılan her işareti korumayı amaçladığı şeklinde kabul edilemez bir durum ortaya çıkacaktır.

MarKHK 7/2 hükmü, bir markayı tescilden önce kullanmış ve ayırt edici nitelik kazandıran kimsenin sadece bu işaretin kendi adına tescil ettirebileceğini ancak başkası adına yapılan tescilin terkinin isteme yetkisine sahip olmadığını belirtmiştir. “ayırt edici nitelik kazandıran kimseye yalnız kendi adına tescilin yapılmasını isteme yetkisi veren Kararname Koyucunun MarKHK 8/3'te hiçbir şart koymayarak yalnız kullanmayla elde edilen haksız rekabete ilişkin hakka üstünlük tanıyarak tescile itiraz yetkisini tescilsiz olarak bir işareti kullanan kimseye verdiğini söylemek yanlış olacaktır. Bu nedenle de MarKHK 8/3'te ayırt edici nitelik kazandırılmasının değil marufiyet şartının zımni olarak MarKHK 8/3'te yer aldığı kabulü gerekir.”

Dirikkan,¹⁴⁸ tescilsiz marka veya ticari hayatta kullanılan işaretin bir başka markanın tescilinde itiraz sebebi olabilmesi için ülke çapında tanınmış olması gerektiği, sadece bölgesel olarak bilinmenin itiraz hakkı vermeyeceği görüşündedir. Ancak marufiyet, tanınmış markadan tanınmışlık derecesi bakımından daha düşüktür. Kaldı ki yurt çapında bilinmek bazı markalar için tanınmış markadan da tanınmışlık düzeyi açısından daha yüksektir. Marufiyet belli bir çevrede bilinmeyi ve bu çevreyi aşmamayı ifade eder. Ayrıca MarKHK 8/3'te öngörülen şartların gerçekleşmesiyle marka üzerinde tescil dışı kazanım söz konusu olur. Markayı tescilsiz kullanan kimsenin kendi adına yaptıracağı tescil de bildirici nitelik taşır. Marka hakkı mutlak nitelikli olup ülke çapında da korunmaktadır. MarKHK 8/3 anlamındaki şartlar oluştuğunda (tescilsiz kullanılan markaya marufiyet kazandırılınca) marka üzerinde mutlak hak kazanılır. Hak sahibi bu hakkını herkese karşı ileri sürebilir. Buna rağmen her nasılsa yapılan bir tescil gerçek hak sahipliğini göstermeyeceğinden bu tescilin hükümsüzlüğü de MarKHK 42/b hükmüne dayanılarak istenebilir.

d) İsmi, Fotoğrafi, Telif Hakkı veya Herhangi Bir Sınai Mülkiyet hakkı Bulunan Kişi

KHK 8/5'te “Tescil için başvurusu yapılmış markanın, başkasına ait kişi ismi, fotoğrafı, telif hakkı veya herhangi bir sınai mülkiyet hakkını kapsamaması halinde hak sahibinin itirazı üzerine tescil başvurusu reddedilir” denilmiştir. Bu hükümde özel hükümlerle korunan şahsiyet hakları ve fikri haklar düzenlenmiştir.¹⁴⁹

Bu haklardan birinin marka olarak tescil edilmek istenmesi veya tescil için başvurulmuş bir markanın kapsamında yer alması halinde hak sahibi yapılacak tescile itiraz edebilir. Burada marka tescil edilmiş olsa bile MarKHK 42/b hükmü gereği hükümsüzlüğü istenebilir. Burada da tescilde öncelik ilkesine istisna getirilmiştir.

¹⁴⁸ *Dirikkan*, s.29.

¹⁴⁹ *Poroy/Yasaman*, s.406. *Tekinalp*, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.395. *Karahan*'a göre, 8/5'te düzenlenen ihtimalde KHK 8/3'ten farklı olarak sadece tescilin varlığı korumanın talep edilebilmesi için yeterlidir, ayrıca tescilli fikri mülkiyet hakkının ilk kez ihdas ve istimal edildiğinin ve maruf hale getirildiğinin ispatı gerekmez (Hükümsüzlük, s.124).

e) Yenilenmeme Nedeniyle Koruma Süresi Dolan Markanın Başkası Adına Tescili Talebi

MarKHK 45. maddesinde Marka hakkının koruma süresinin dolması ve markanın süresi içinde yenilenmemesi halinde sonra ereceği belirtilmiştir. Yenileme talebinin markanın koruma süresinin dolacağı ayın son gününden önceki altı ay içinde; bu sürenin kaçırılması halinde ek bir ücretin ödenmesi koşuluyla koruma süresinin dolduğu ayın son gününden sonraki altı ay içinde yenilenmesi gerekir, aksi taktirde marka hükümsüz hale gelir.

Bir markanın yenilenmemesi nedeniyle koruma süresinin dolmasından sonraki iki yıl içerisinde markanın aynı veya benzerinin aynı veya benzer mal ve hizmetlerle ilgili tesciline itiraz edilebilir¹⁵⁰.

Marka; süresi içinde yenilenmezse sona erer ve marka tescili edilmiş olsa bile bu tescil gerçek hak sahipliğini göstermez. Ancak KHK marka sahibine iki yıllık bir süre tanıyarak markanın başkası adına tesciline itiraz etme hakkı vermiştir. Markanın sahibi sona ermiş olan markasını hükümsüzlük halinden farklı olarak yeniden tescil ettirebileceği gibi tescilsiz olarak da kullanabilir. Ancak 8/son gereği başkası adına yapılacak tescile itiraz etmesi için iki yıllık süre içinde markayı kullanıyor olması şart değildir. Markanın koruma süresinin dolmasından sonraki iki yıl içinde eski sahibi tarafından kullanılmış olması koruma süresi dolduktan sonraki iki yıllık süre geçtikten sonra önem arzeder. Yani eski marka sahibinin MarKHK 8/3'ten yararlanabilmesi açısından önemlidir. Buna göre, markasını iki yıllık süre içinde kullanan kimse, iki yıllık süre dolduktan sonra da marka ile aynı veya benzer bir markanın aynı veya benzer mal veya hizmetlerle ilgili başkası tarafından tesciline itiraz edebileceği gibi 42/1.b'ye dayanarak hükümsüzlük davası da açabilir. Ancak koruma süresi dolduktan sonraki iki yıl içinde marka kullanılmamışsa bu sürenin sona ermesinden sonra yapılan tescile eski marka sahibi itiraz edemez ayrıca tescilin hükümsüzlüğünü de talep edemez. Bu sonuca 8/son, MarKHK 8/3 ve 42/1.b hükümlerinin birlikte yorumlanmasıyla varılabilir¹⁵¹. Markanın koruma süresi on yıl olup bu süre yenilenerek sürekli devam ettirilebilir. MarKHK marka sahibine bu durumu koruması amacıyla iki yıl ek süre tanımıştır. Bu da tescil de öncelik ilkesinin istisnalarındandır.

f) Rüçhan Hakkından Yararlanan Markalar

Bir işaret Paris Sözleşmesine göre rüçhan hakkından yararlanıyorsa Türkiye'de öncelik hakkına sahiptir. İşaretin Türkiye'de tescil edilmiş olması gerekmez. Ancak işaretin Türkiye'de korunabilmesi için Paris Sözleşmesine üye ülkelerden herhangi birinde bu işaretin tescili yetkili mercilere başvuruda bulunmuş olmaları ve bu tarihten itibaren altı ay içinde aynı marka için Türkiye'de tescil talebinde bulunması gerekir. Altı ay içinde kullanılmayan rüçhan hakkı düşer.

¹⁵⁰ Karahan, Hükümsüzlük, s.125. Poroy/Yasaman, s.416.

¹⁵¹ Karahan, Hükümsüzlük, s.126 vd.

Altı aylık süre içerisinde, rüçhan hakkına dayanılarak başvuru yapılmışsa, rüçhan hakkının doğduğu tarihten itibaren başkalarına yapılan rüçhan hakkına konu olan tescil başvurularının mal veya hizmetler itibariyle kapsamındaki başvurular ve bunlar adına yapılacak marka tescilleri hüküm ifade etmeyecektir (MarKHK 25). Bu hükümde de Türkiye’de tescilli olmayan bir markaya öncelik tanınmaktadır¹⁵².

V- SONUÇ

Yukarıda yer verdiğimiz görüşler ve yaptığımız açıklamalar çerçevesinde tescilin marka üzerindeki hakkın kazanılması açısından kurucu etkiye sahip olduğunu söyleyebiliriz. Yani MarKHK da 551 sayılı Kanun gibi Tescil ilkesini benimsemiştir. Ancak KHK tescil ilkesine birçok istisna getirmiştir.

Tescil ilkesinde marka üzerindeki hak tescille doğar. Tescil ilkesinin söz konusu olduğu durumlarda ise hak tescilden önce doğar ve bu tescil dışı bir kazanımdır. Hak sahibi adına yapılacak tescil açıklayıcı tescil olacaktır. Tescil dışı kazanılmış markanın başkası adına tescil edilmiş olması halinde mezkur tescil gerçek hak sahipliğini göstermeyen bir tescil olacaktır. Bu tescil hak sahipliğini kazandırıcı nitelikli değildir. Zira hak tescil dışı kazanılmıştır. Aynı hakkın tescille başkası tarafından kazanılması mümkün değildir, hakkın mutlak hakimiyet sağlaması ve aynı hak üzerinde birden fazla bağımsız hak sahipliğinin mümkün olmaması bunu engeller. Yargıtay, 19.04.2002 tarihli bir kararında marka üzerinde öncelik hakkının o markayı ihdas ve istimal eden ve piyasada maruf hale getiren kimse olup bunun marka üzerindeki hakkının tescilden önce doğduğunu belirtmiş ve bir markayı ihdas ve istimal etmeden seçip tescil ettirenin tescilinin kurucu etkiye sahip olduğunu ve şarta bağlı bir hakkın bu tescille kazanılacağını ifade etmiştir¹⁵³. Ancak geçici de olsa, şarta bağlı da olsa mutlak olma niteliği marka üzerinde ikinci bir hakka izin vermez, bu nedenle Yargıtay’ın kararı isabetsizdir.

Hakkın tescil dışı kazanıldığı durumlarda başkası adına yapılan tescil bildirici etkiyi de haiz olmayacaktır.

Başkası adına yapılan kurucu ve bildirici etkiyi haiz olmayan bu tescil gerçek hak sahipliğini de göstermediğinden yolsuz bir tescildir. Nitekim Medeni Kanun 1024’te “Bağlayıcı olmayan bir hukuki işleme dayanan veya hukuki sebepten yoksun bulunan tescil yolsuz tescildir” denilerek gerçek hak sahipliğini göstermeyen tescilin yolsuz tescil olacağını belirtmiştir. Bize göre burada da Medeni Kanun anlamında yolsuz bir tescil söz konusudur. Yargıtay da 07.10.1999 tarihli “Sultanahmet Köftecisi” kararında “şeklen hak sahipliği” ibaresini kullanarak bize göre yapılan tescilin gerçek hak sahipliğini göstermeyen bir tescil olduğunu belirtmiştir.¹⁵⁴

Markayı tescil dışı kazanan kimse bu mutlak hakkına dayanarak, yapılan yolsuz tescilin terkinini KHK’nın ilgili hükümlerine göre dava edebilir.

¹⁵² Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.392.

¹⁵³ Yargıtay, 11. HD. 19.04.2002. E.2001/9903. K.2002/36. Karar ve eleştirisi için: Yasaman, Marka Hakkı, 151-158.

¹⁵⁴ Yargıtay, 11. HD. E. 1999/1724. K.1999/7608. T.37.10.1999. Yasaman, Marka Hukuku, s.195.

KAYNAKÇA*

- Arkan Sabih**, Marka Hukuku, Cilt I, Ankara, 1977 (Marka Hukuku).
- Arkan Sabih**, Ticari İşletme Hukuku, 6.Baskı, Ankara, 2001 (Ticari İşletme Hukuku).
- Binatlı Ziya**, İşletme Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 1978.
- Dirikkan Hamide**, Tanınmış Markaların Korunması, Ankara, 2003.
- Doğanay İsmail**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.1, 3.Baskı, Ankara, 1990.
- Dural Halil Ali**, “Yargıtay 11. HD.’nin Tanınmış Markalara İlişkin 08.06.2000 tarihli Kararı Hakkında Düşünceler”, GS Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Oğuzman’a Armağan, 2002/1, (857-866).
- Eroğlu Sevilay**, “Marka Hakkının Kurucu Ve Koruyucu Olarak İnternette İşaretten Yararlanma”, GS Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Oğuzman’a Armağan, 2002/1, (461-483).
- Eyüboğlu Samiye**, “Tanınmış Marka”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet hukuku Dergisi, C.I, s.2. s.114-115. 2001.
- Karahan Sami**, Marka Hukukunda Hükümsüzlük Halleri, Konya, 2002 (Hükümsüzlük).
- Karahan Sami**, “Tescilsiz Makalenin Korunmasında Marufiyet (Bilinirlik) Şartı ”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.4, S:2004/2, (11-22) (Tescilsiz Marka).
- Karayağm Yaşar**, Türk Hukukunda Ticaret siciline tescilin etkileri, 1975,C.8,S.2.
- Kendigelen Abuzer**, Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeşyıl, Hukuki Mütalâalar. (Mahkeme Kararları ile Birlikte), C.III, Ticari İşletme – Kıymetli Evrak ve Borçlar Hukuku, 2.Bası, İstanbul, 2003.
- Noyan Erdal**, Marka Hukuku, 2.Baskı, Ankara, 2004.
- Ocak Nazmi**, “Markalarda Tescilin Sağladığı Korumanın Kapsamı”, Ali Bozer’e Armağan, Ankara, 1988, (269-286).
- Oğuzman M.Kemal, Seliçi Özer (Oğuzman/Seliçi)**, Eşya Hukuku,9.Baskı, İstanbul,2002.
- Öçal Akar**, Türk Hukunda Markaların Himayesi,(İsviçre ve Fransız Hukuklarıyla Mukayeseli Olarak), Ankara, 1967 (Himaye).
- Özdemir Necdet**, Türk Ticaret Yasasına Göre Ticaret Hukuku, 2. Kitap Başlangıç-Ticari İşletme, 4.Baskı Ankara, 1978.
- Poroy Reha**, Ticari İşletme Hukuku ,5.Bası, İstanbul, 1987.

* Kaynakları karşılamak amacıyla parantez içinde kullanılan kısaltmalar dipnotlarda aynı eseri belirtmek üzere kullanılmıştır.

- Poroy Reha, Yasaman Hamdi (Poroy/Yasaman)**, Ticari İşletme Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, 2004.
- Possessier**, Possession et Meubles Incorporels, Paris, 2001 (Naklen: **Poroy Reha, Yasaman Hamdi (Poroy/Yasaman)**, Ticari İşletme Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, 2004).
- Sayhan İsmet**, “Patent Haklarının Kazanılması Açısından Tescilin Etkisi,” Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.5, Sayı: 2005/2, Ankara, (117-148) (FMR).
- Şanal Osman**, Markanın Hükümsüzlüğü, Ankara, 2004.
- Tekil Fahiman**, Ticari İşletme hukuku, İstanbul, 1990.
- Tekinalp Ünal**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 2004(Fikri Mülkiyet).
- Tekinalp Ünal**, “Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu’, Kenen Tunçomağ’a Armağan, 1997(**Yeni Marka Hukuku**).
- Yasaman Hamdi**, “Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında Yargıtay 11. HD.’nin Kararı Üzerine Düşünceler”, GS Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002/2, (151-158). (Marka Hakkı)
- Yasaman Hamdi**, Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi, 1.Bası, İstanbul, 2004. (Marka Hukuku)
- Yasaman Hamdi**, Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Birlikçi Raporları, 2. Baskı, İstanbul, 2004, (Mütalaalar).
- Yasaman Hamdi**, “Paris Anlaşması Anlamında Tanınmış Marka”, GS Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Kemal Oğuzman’a Armağan, 2002/1 (Tanınmış Marka).

ANONİM ORTAKLIKLARDA GİZLİ YEDEK AKÇELER

Arş. Gör. Özlem İLBASMIŞ*

GİRİŞ

I) YEDEK AKÇE KAVRAMI

Türk Ticaret Kanunu'nda yedek akçenin tanımı yapılmamıştır. Yedek akçe, esas sermayeyi aşan net malvarlığıdır ve bu net malvarlığı kardan yapılacak zorunlu veya isteğe bağlı ayırmalarla oluşabileceği gibi, aktiflerdeki değer artışları yahut değerlendirme ilkelerinin müsaade sınırı içinde düşük değerlendirmeden kendi kendine de teşekkül edebilir. Nitekim gizli yedek akçenin gerçekleşmesinin yollarından biri de özellikle duran varlıklardaki değer artışları ve düşük değerlendirmedir.¹

Yedek akçeler, ileride meydana gelecek zararları kapatmak, ortaklığın beklenilen veya beklenilmeyen zarar, kayıp ve masraflarını karşılamak, ortaklığın gelişmesi ve istikrarlı kar dağıtımını yapması için ortaklık kazancından alıkonulan açık veya gizli kıymetlerdir.² Yedek akçeler, ortaklığa iktisadi bakımdan güvence sağlar ve ortaklık alacaklılarının hak ve menfaatlerinin korunmasına yardımcı olur.

Anonim şirketler, şirketin ilerisini düşünmek ve ileride meydana gelebilecek ekonomik ve ticari krizlere karşı, kazançla geçen yıllardan ayrılan kar hisseleri ile karşı koymak ve bu şekilde tedbirli davranmak zorundadırlar. Yedek akçe, bir ticari işletmenin kendi hayatını devam ettirebilmesi için, bir nevi sigorta tazminatı yerine geçmektedir.³

II. YEDEK AKÇE TÜRLERİ

1. Ayrılmalarını Öngören Kaynak Açısından

Yedek akçeler, ayrılmalarını öngören kaynak açısından üçe ayrılırlar: a) Kanuni Yedek Akçeler, b) Esas Sözleşmeye Dayanılarak Ayrılan İhtiyari Yedek Akçeler, c) Genel Kurul Kararına Dayanılarak Ayrılan (Olağanüstü) İhtiyari Yedek Akçeler

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

¹ TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. Tıpkı Basım, 2005, s.788

² PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Karahan Kitabevi, s.917

³ DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, İkinci Cilt, Dördüncü Bası, Beta, İstanbul, 2004, s. 1328

a) Kanuni Yedek Akçeler

Kanuni yedek akçeler, ayrılmaları kanun tarafından emredici nitelikte düzenlenmiş bulunan yedek akçelerdir. Bu nedenle ayrılmaları zorunludur. TTK kanuni yedek akçeleri madde 466'da düzenlemiştir. Kanuni yedek akçeler, bu maddede "umumi yedek akçe" olarak ifade edilmiştir. Maddede ayrıca kanuni yedek akçelerin her yıl ayrılması gereken miktarı belirlenmiştir. Buna göre her yıl safi karın yirmide biri kanuni yedek akçe olarak ayrılır. (birinci ayırım) Yine bu maddeye göre bu yedeklerin belli bir tavana kadar ayrılması mecburidir. Tavan ödenmiş esas sermayenin beşte biridir. Yani her yıl safi karın yirmide birinin, bu miktar ödenmiş esas sermayenin beşte birini buluncaya kadar kanuni yedek akçe olarak ayrılması zorunludur.

Kanuni yedek akçeleri düzenleyen bu hükümler emredicidir. Ana sözleşme veya genel kurul kararıyla kaldırılamazlar ve sınırlandırılmazlar. Fakat ana sözleşme ile miktarları artırılabilir. Yani kanunda belirlenen miktara kadar ayrılmaları zorunludur, bu miktardan az ayrılamazlar fakat ana sözleşmeye konulacak bir hükümle bu miktardan fazla ayrılmaları mümkündür.

TTK 466/2'ye göre kanuni yedek akçeye ödenmiş sermayenin beşte birini bulduktan sonra dahi aşağıdaki paralar eklenir:

1) Hisse senetlerinin çıkarılmasında çıkarma masrafları indirildikten sonra, itibari kıymetten fazla olarak elde edilen hasılatın itfalara veya yardım ve hayır işlerine sarf edilmeyen kısmı;

2) İptal edilen hisse senetlerinin bedellerine mahsuben yapılan ödemelerin, bunların yerine çıkarılan senetlerden elde edilen hasılat noksanı kapatıldıktan sonra, artan kısmı;

3) Safi kardan, birinci ayırımdan başka pay sahipleri için % 5 kar payı ayrıldıktan sonra, pay sahipleriyle kara iştirak eden diğer kimselere dağıtılması kararlaştırılmış olan kısmın onda biri. (ikinci ayırım)

TTK 466/1'de birinci yedek akçe ayırımı, TTK 466'nın ikinci fıkrasının üçüncü bendinde ise ikinci yedek akçe ayırımı hüküm altına alınmıştır. Buna göre pay sahipleri için %5 kar payı ayrıldıktan sonra, pay sahipleriyle kara iştirak eden diğer kimselere dağıtılması kararlaştırılmış olan kısmın onda biri ikinci yedek akçe olarak ayrılır. Bu ikinci ayırım da aynen birinci ayırım gibi zorunludur.

TTK 467'ye göre, ana sözleşmeye yedek akçeye safi karın yirmide birinden fazla bir meblağın ayrılacağı ve yedek akçenin ödenmiş olan esas sermayenin beşte birini aşabileceği hakkında konulacak hükümler geçerlidir.

Kanuni yedek akçenin oran ve sınırının esas sözleşmeyle arttırılması ile oluşturulan yedek akçeler, iradi yedek akçe sayılmaz. Kanuni yedek akçeye yapılan her tahsis, bunun ayrılmaz bir parçasını oluşturur ve aynı hükümlere tabi olur.⁴ Bu durum ise harcama bakımından önem taşır. Şöyle ki; TTK 466/3'te kanuni yedek ak-

⁴ PULAŞLI, s.919; aynı yönde bkz. TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), s.791, N.1501

çelerin harcanmaları özel kurallara bağlanmıştır. Buna göre kanuni yedek akçeler, esas sermayenin yarısını geçmedikçe ancak zararların kapatılması veya işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmenin idamesi için işsizliğin önüne geçmek veya sonuçlarını hafifletmek için uygun tedbirler alınması için kullanılabilir. Bu sayılanlardan başka bir amaç için kullanılamaz. Kanuni yedek akçe miktarı esas sermayenin yarısını geçtikten sonra, aşan miktar üzerinde genel kurul serbest tasarruf yetkisine sahiptir. Bu konuda İsviçre ve Türk doktrininde görüş birliği vardır.⁵ Ana sözleşme ile yedek akçe olarak ayrılacak miktarın veya tavanının artırılması ile ayrılacak meblağ da kanuni yedek akçenin ayrılmaz bir parçasını oluşturduğuna ve aynı hükümlere tabi olduğuna göre, bunların harcanma yerleri de TTK m.466/3 hükmü ile sınırlıdır.

b) Esas Sözleşmeye Dayanılarak Ayrılan İhtiyari Yedek Akçeler

“ Yedek akçeye safi karın yirmide birinden fazla bir meblağın ayrılacağı ve yedek akçenin ödenmiş olan sermayenin beşte birini aşabileceği hakkında esas mukavele hüküm konabilir.

Esas mukavele ile başkaca akçe ayrılması derpiş ve bunların tahsis ve sarf suretleri tespit olunabilir.” (TTK 467)

TTK 467/1’de düzenlenen şekilde ayrılan yedek akçeler, yukarıda da açıklandığı üzere yine kanuni yedek akçe hükmündedir. Yani kanuni yedek akçenin oran ve tavanının arttırılması ile ihtiyari yedek akçe tesis edilmiş olmaz. Kanuni yedek akçeye yapılan her tahsis, bu akçenin ayrılmaz bir parçasını oluşturur ve aynı hükümlere tabi olur.⁶

Esas sözleşmeye dayanılarak ayrılan ihtiyari yedek akçe ise 467/2’de bahsolunan esas mukavele ile başkaca akçe ayrılmasıdır. Bunlar, kanuni yedek akçeden ayrı olarak, ana sözleşmede amaç belirtilmişse bu amaca tahsis edilecek, belirtilmemişse genel kurulun dilediği amaçlara tahsis edebileceği diğer yedek akçelerdir.

Esas sözleşmeye dayanılarak ayrılan yedek akçeler, otofinansman ve bünyeyi kuvvetlendirmek için anonim ortaklığın oluşturduğu yedek akçelerdir. Anonim ortaklık bu yedek akçeleri ayırıp ayırmamakta serbesttir. TTK 467’de herhangi bir amaca yer verilmeyip, tahsis ve sarf yerlerinin tespitinde anonim ortaklık serbest bırakılmıştır. Ancak TTK 469/2’de; ortaklığın devamlı gelişmesi ve istikrarlı kar paylarının dağıtılmasını sağlamak bakımından uygun ve yararlı olduğu takdirde genel kurul kararı ile yedek akçe ayrılabilmesi belirtilerek, geniş de olsa bazı sınırlar belirlenmiştir. Esas sözleşme, kullanılma yerini kesin maksat hükmüne de bağlayabileceği gibi hiçbir maksat da öngörülmebilir.⁷

⁵ TEKİNALP, Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2. Bası, s.405

⁶ PULAŞLI, s.919; aynı yönde bkz. TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), s.791, N.1501

⁷ TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), s. 792, N.1502

c) Genel Kurul Kararına Dayanılarak Ayrılan (Olağüstü) İhtiyari Yedek Akçeler

TTK 469/2'ye göre “Şirketin devamlı inkişafı veya mümkün mertebe istikrarlı kay paylarının dağıtılmasını temin bakımından münasip ve faydalı olduğu takdirde umumi heyet kar payının tespiti sırasında kanun ve esas mukavelede zikredilenlerden başka yedek akçeler ayrılmasına ve yedek akçelerin kanun ve esas mukavele ile muayyen haddinin arttırılmasına karar verebilir.”

Olağüstü yedek akçeler, bu maddeye dayanılarak genel kurul tarafından ayrılacak olan yedek akçelerdir. Genel kurulun bu tür yedek akçe ayrılmasına karar verebilmesi için maddede belirtildiği gibi şirketin devamlı inkişafı veya mümkün mertebe istikrarlı kay paylarının dağıtılmasını temin bakımından münasip ve faydalı olması gerekir. Genel kurul bu kararı, esas sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, adi yeter sayı ile alır.

Bu yedek akçeler genel kurul kararı ile dağıtılabılır veya başka bir amaca tahsis olunabilirler.⁸

2. Bilançoda Yer Alış Biçimleri Açısından

Yedek akçeler, bilançoda yer alış biçimleri açısından ikiye ayrılırlar: Birincisi, bilançoda açık olarak görünen açık yedek akçelerdir. Kanuna ve esas sözleşmeye göre ayrılan yedek akçeler bu türdendir. İkincisi ise, esas sermayeyi aşan net malvarlığının bilançoda görülmeyen bölümünü ifade eden gizli yedek akçelerdir.⁹

III. GİZLİ YEDEK AKÇELER

1. Genel Olarak

Gizli yedek akçeler, TTK m.458'de düzenlenmiştir. Şirket işlerinin devamlı geliştirilmesi veya mümkün olduğunca istikrarlı kar payları dağıtılmasını sağlamak için uygun ve faydalı olduğu takdirde yönetim kurulu tarafından ayrılan yedek akçelere gizli yedek akçeler denir. Gizli yedek akçeler, aktiflerin bilanço günündeki kıymetlerinden daha aşağı bir kıymetle bilançoya konması şeklinde veya başka suretle ayrılabilir. Ayrıca yönetim kurulu, gizli yedek akçe ve kullanım yerleri hakkında denetçilere bilgi vermekle yükümlüdür.

Bu şekilde ayrılan gizli yedek akçe, malvarlığının gerçek değeri ile bilançoda görünen düşük değeri arasındaki farktır.¹⁰ Bir başka ifade ile gizli yedek akçeler, bilançoda görülmeyen ve bu sebeple genel kurulun denetimine tabi olamayan, pay sahiplerinin de bilgi sahibi olmadıkları yedek akçelerdir.¹¹

⁸ TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), s. 792, N.1503

⁹ DİLER, Gülgün, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Kar Payı Alma Hakkı, (TTK. Ve Ser.P.K. Açısından), Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1993, s. 102, 103

¹⁰ TEKİNALP, s. 282

¹¹ KARAYALÇIN, Yaşar, Muhasebe Hukuku, Ankara, 1988, s. 124

2. Gizli Yedek Akçelerin Ayrılmasının Amacı

TTK m. 458’de gizli yedek akçe ayrılmasında iki amaç belirlenmiştir. Bunlardan birincisi şirket işlerinin devamlı geliştirilmesini sağlamak, ikincisi ise mümkün olduğunca istikrarlı kar payları dağıtılmasını sağlamaktır. Madde metninde bu iki amaç arasında “veyahut” ifadesinin kullanılmasından anlaşıldığı üzere kanun bu amaçlardan yalnız bir tanesinin bulunmasını yeterli görmüştür. Öyleyse bu iki amaçtan biri bakımından uygun ve faydalı olduğu takdirde gizli yedek akçe ayrılabilir. Ancak bu amaç sınırı, sübjektif olduğundan bahisle eleştirilere maruz kalmış ve bu sınır yeterli olmadığı için bunun yerine rakamsal üst sınırların öngörülmesi gerektiği savunulmuştur.¹²

3. Gizli Yedek Akçe Ayırma Yöntemleri

TTK m. 458, ‘aktiflerin bilanço günündeki kıymetlerinden daha aşağı bir kıymetle bilançoya konması veya başka suretle’ diyerek gizli yedek akçe ayırma yöntemini sınırlayıcı olmayan bir şekilde düzenlemiştir. Öyleyse gizli yedek akçeler, temel olarak, aktiflerin bilançoda daha düşük olarak değerlendirilmesi şeklinde ayrılabilirdiği gibi, bu yedek akçelerin diğer suretlerle de ayrılması mümkündür.

TTK’nın “diğer suretlerle” ifadesinden, yasalara ve muhasebe prensiplerine uygun diğer yöntemlerle de gizli yedek akçe ayrılabilirdiği anlaşılmaktadır.¹³

Gizli yedek akçe ayrılabilmenin başlıca yöntemleri¹⁴

- Aktiflerin maliyet değerinden düşük olarak değerlendirilmesi,
- Doğrudan doğruya amortismanlarda, amortisman paylarının yüksek tutulması,
- Dolayısıyla amortismanlarda, yüksek “değer düzeltme” kalemlerine yer verilmesi,
- Bir aktifin bilançoda hiç gösterilmemesi,
- Varolmayan pasiflerin bilançoya konulması.

Pasifte farazi borçlar kaydederek yedek akçeler ayrılıp ayrılamayacağı İsviçre doktrininde tartışmalıdır.¹⁵ Federal Mahkeme de bu hususu çözmüş değildir.¹⁶ Tekinalp’e göre ise, İsviçre hukukunda “başka bir suretle” ibaresi ile Kanunun, tasvip edilmeyecek kalıpları araladığı şeklindeki tartışmalar hem gereksiz hem de ratio legis’e aykırıdır.¹⁷

¹² AYTAÇ, Zühtü, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Kar Dağıtımı, 15. Yıl Sempozyumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara, 1998, s.85, s. 89

¹³ EYÜPGİLLER, Saygın, Anonim Şirketlerde Gizli Yedek Akçeler, Mali Sorunlara Çözüm, 3, (26), s. 25

¹⁴ TEKİNALP, s.387

¹⁵ Bürgi, Commentaire, Md. 662, 663, No. 67 ve 68; FOLLİET, Le bilan dans les societe anonymes, 6. basım, s. 342, SCHUCANY: Commentaire, Md. 663, No.2 (ÖÇAL, Akar, Mahkeme Kararlarında Gizli Yedek Akçeler, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Ankara, Şubat/1969, C.5, S.1, s.84’ten naklen)

¹⁶ ÖÇAL, s.84

¹⁷ TEKİNALP, s. 389

Doktrindeki hakim görüşe göre bu yöntemlerden “a”da yer alanı TTK zaten açıkça düzenlemiş ve kabul etmiştir. “d” ve “e” de yer alan yöntemler ise gizli yedek akçe ayrılmasında kullanılamaz. Mevcut olmayan bir borcun bilançoda gösterilmesi veya mevcut bir aktifin bilançoda yer almaması, bilançonun açıklığı ve doğruluğu ilkesi ile bağdaşmaz. Bu nedenle bu iki yöntem kullanılarak gizli yedek akçe ayrılamaz.¹⁸

Kanaatimce, pasifte farazi borç kaydetmek suretiyle gizli yedek akçe ayırmak, TTK m.75’teki açıklık ve doğruluk esasları ile bağdaşmaz. Oysa aktiflerin bilanço günündeki değerinden daha aşağı bir kıymetle bilançoya konulması açıklık ve doğruluk prensibine aykırı olmaz. Çünkü m.75 ikinci fıkrasında zaten ‘aktifler, en çok bilanço günündeki işletme için haiz oldukları değer üzerinden kaydolunur’ diyerek, en çok ifadesini kullanarak, bu değerden aşağı bir değerde yazılmasına zımnen de olsa izin vermekte ve bu durumun bilançonun açıklığı ve doğruluğu prensibini ihlal etmeyeceğini kabul etmektedir. Pasifte mevcut olmayan bir borcun kaydedilmesi ise bundan farklı olarak bilançonun doğruluğunu ve açıklığını ortadan kaldırır ve 75. maddeye aykırı olur.

Gizli yedek akçenin bilanço çıkarılmadan önce değerlendirme sırasında ihdas edilmesi, dönem sonunda bilanço çıktığı zaman, genel kurula herhangi bir teklif götürülmesine gerek kalmadan ayrılmasını sağlar.¹⁹

Bazı hallerde gizli yedek akçeler kendiliğinden oluşur. Yetkili organın gizli yedek akçe ayırma niyeti olmadığı halde, çeşitli sebeplerle de gizli yedek akçe oluşabilir. Örneğin; devamlı tesislerle stok vesair malların gerçek değeri ileride maliyet değerini aşarsa kendiliğinden gizli yedek akçe oluşmuş olur.²⁰

4. Gizli Yedek Akçeler Hakkında Bilgi Alma

Yönetim kurulu, gizli yedek akçeler ve kullanım yerleri hakkında denetçilere bilgi vermekle yükümlü tutulmuşlardır.(TTK m.458/2)

Denetçilerin de ortaklık işlemleri hakkında bilgi edinmek görevi olduğu için, gereğinde gizli yedeklerle ilgili bilgileri yönetim kurulundan istemeye mecburdurlar (TTK m.353/2). Buna ek olarak denetçiler yönetim kurulu üyelerinin kanun ve esas sözleşme hükümlerine uyup uymadıklarını da denetlemekle yükümlüdürler (TTK m.353.10). Denetçiler, gizli yedek akçelerin kanun ve esas sözleşme hükümlerine aykırı olarak ayrıldığını ve kullanıldığını, özellikle yolsuz bir işlemi örtmek için kullanıldığını, pay sahiplerinin kar paylarını haksız yere sınırlamak amacı ile ayrıldığını öğrenirlerse, bu durumu yönetim kuruluna veya önemli durumlarda genel kurula bildirmeye ve raporlarında da belirtmeye mecburdurlar (TTK m.354). Ancak denetçilerin, gizli yedek akçeleri pay sahipleri ve üçüncü şahıslara açıklamaları yasaktır (TTK m.358).²¹

¹⁸ TEKİNALP, s. 388- 389; PULAŞLI, s. 922; ARSLANLI, Halil, Gizli Yedek Akçeleri, İktisat ve Maliye, İstanbul, 7, (9), 15.12.1960, s. 448;

¹⁹ ULUSOY, Yılmaz, Anonim Ortaklıklarda Gizli Yedek Akçeler, İstanbul Ticaret, İstanbul, 16, (777), 14.09.1973, 4, 7

²⁰ ARSLANLI, s. 447

²¹ ARSLANLI, s. 449

Genel kurul toplantısında çoğunluk, gizli yedek akçeler hakkında bilgi verilmesini isterse, yönetim kurulu ve denetçiler tarafından açıklama yapılması zorunludur.²²

5. Amaca veya Usule Aykırı Gizli Yedek Akçe Ayrılmasının Sonuçları

Kanunda veya esas sözleşmede belirlenen amaçlara veya usule aykırı olarak veya aşırı nispette gizli yedek akçesi ayrılması durumunda, pay sahipleri bilançoju tasdik eden karara karşı TTK 381. madde hükümlerine dayanarak iptal davası açabilirler. Buna ek olarak pay sahipleri yönetim kurulu üyeleri aleyhine de sorumluluk davası açabilirler.²³

Bu durumda genel kurul kararı için iptal davası açıldığında davacı pay sahibi gizli yedek akçenin miktarını ve sarf yerini bilemeyeceği için kanuni şartların oluşup oluşmadığını ispat yükü şirketin yönetim kuruluna düşecektir.²⁴ Halbuki Federal Mahkeme, davacıya (bilançoju karşı itirazı olan kimseye) yedek akçelerin ihdasındaki kanunsuzluğu ispat etmek mecburiyetini de yüklemiş bulunmaktadır.²⁵ Bu düşünce eleştirilere maruz kalmıştır. Eğer idareciler, gizli yedek akçelerin gelişmesi ve miktarı hakkında bilgi almaya müsaade etmeyecek olurlarsa, davacı ispat için gerekli belgeleri temin edemeyecektir.²⁶

Kanaatimce, Federal Mahkemenin kararına karşı yapılan eleştiriler haklıdır. Her ne kadar iddia eden kişi iddiasını ispatla mükellef olsa da burada ispat yükü ters çevrilmeli ve yönetim kuruluna yüklenmelidir. Çünkü gizli yedek akçeler konusunda pay sahiplerinin bilgisi azdır ve bu bilgilere ulaşma imkanları da yoktur. İspat yükünün gizli yedek akçe konusunda en bilgili konumda olan yönetim kuruluna yüklenmesi daha isabetlidir.

6. Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Gizli Yedek Akçeler

Sermaye Piyasası Kanunu'nda (SerPK) ve ilgili mevzuatta gizli yedek akçelerle ilgili doğrudan ve açık bir hüküm yoktur. SerPK'nın ikinci maddesi ikinci fıkrasında " Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır" hükmünü öngörmüştür. Karayalçın, Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) denetimine tabi ortaklıkların gizli yedek akçe ayırmasını önleyici istisnai bir hüküm kabul edilmediğini ifade etmiştir.²⁷

SerPK'dan önce, KİT'lerin hakim olduğu şirketler dahil halkın katıldığı anonim ortaklıkların, otofinsman edinmek amacı ile bazen de bunu bahane olarak kullanarak kar dağıtımını çok ihmal etmiş olmalarının bir reaksiyonu olarak düzenlenen SerPK 15/1, 2 hükümleri ve Kurul, küçük sermaye sahiplerini sermaye piyasasına çekmek ve böylece hem küçük tasarrufları yatırımlarda değerlendirmek, kal-

²² ARSLANLI, s. 449; EYÜPGİLLER, s. 26; DİLER, s. 106

²³ ARSLANLI, s. 450

²⁴ Gulh, T., Le Nouveau Droit des Sociétés Anonymes et Coopératives, Zurich, s. 41-42 (BIRSEL, T. Mahmut, Anonim Şirketler Hukukunda Kar Kavramı, Cilt – 1, Ege Üniversitesi Matbaası, 1973, s. 36'dan naklen).

²⁵ ÖÇAL, s. 81

²⁶ ÖÇAL, s. 78

²⁷ KARAYALÇIN, s. 125

kınmaya katkı sağlamak, hem de diğer mesleklere nazaran daha kazançlı ticari işlerden tacir olmayanlara da kar payı ayırarak kazanç dağılımında az çok denge sağlamak amacı ile birinci kar ödenmesine haklı olarak o kadar önem vermiştir ki, SerPK 15'in en azından birinci temettü yönünden, TK 458'e dayalı ve dağıtılabilir karı şirket bünyesinde muhafaza etmeyi amaçlayan gizli yedek akçeleri yasakladığı da iddia edilebilir.²⁸

Aksi halde, “Şirket işlerinin devamlı inkişafını veyahut mümkün mertebe istikrarlı kar payları dağıtılmasını temin bakımından munasip ve faydalı olduğu takdirde aktiflerin bilanço günündeki kıymetlerinden daha aşağı bir kıymetle bilançoya konması veya başka suretle gizli yedek akçe ayrılması” imkanı sürdürüldüğü takdirde, esasen bilançoların “açıklık ve doğruluk” prensiplerine uygun olmasını emreden TK 75'e aykırılık nedeniyle uygulanma kabiliyeti şüpheli TK 458'nin, SerPK 15'e dayalı birinci kar payını çok olumsuz yönde etkilemesi ve emredici SerPK 15'i dolanması mümkün olabilecektir. Örneğin 500 milyon lira birinci kar payı dağıtımına elverişli yıllık kar gizli yedek akçeler nedeni ile, ancak 40 milyon liralık birinci kar'a imkan verecek şekilde bilançoya yazılabilecek, bu da SerPK 15'in amacına aykırı düşecektir. Bu nedenle, bilançoların açıklık ve doğruluk prensibine uygun olmasını emreden TK 75'in de desteği ile, SerPK 15'in, TK 458'e dayalı gizli yedek akçeleri halka açık anonim şirketlerde ve en azından birinci kar payı yönünden yürürlükten kaldırdığını savunmak amaca uygun olur.²⁹

SerPK 15'in lafzında açıkça gizli yedek akçelerin belirtilmemesi, bunların kar payının önüne geçebileceğini göstermez. Hem niteliği, birinci temettünün güveneye bağlanması hükmüyle çelişir, hem de 15. maddenin “ başka yedek akçe ayrılmasına” ifadesi, gizli yedek akçeye imkan tanımaz. Halka açık anonim ortaklıklarda gizli yedek akçe ayrılamaz.³⁰

Ünal da, SerPK 15'in gizli yedek akçe ayrılmasını yasakladığı görüşündedir.³¹

Ancak gizli yedek akçelerin “aktiflerin bilanço günündeki kıymetlerinden daha aşağı bir kıymetle bilançoya konması şeklinde veya başka suretlerle” oluşturulacağı düşünülünce, pratikte birinci temettü ayrılmadan gizli yedek akçe ayrılmasına nasıl engel olunacağı çözülmesi zor bir durumdur.³²

Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi anonim ortaklıkların TK m. 458 uyarınca gizli yedek akçe ayırmalarının, sistemin işleyiş tarzı dikkate alındığında birçok sakıncaları beraberinde getireceği açıktır. Bu konudaki TK 458 hükmünün gizli yedek akçe ayrılmasındaki maksat unsurunu gösterirken kullandığı ifadenin geniş yorumlanabilir olması müesseseyi kolay kötüye kullanılabilir bir duruma getirmektedir.³³

²⁸ DOMANIÇ, Hayri, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK ŞERHİ 2, s.1528

²⁹ DOMANIÇ, s. 1528, 1529

³⁰ AYTAÇ, s. 59

³¹ ÜNAL, Oğuz Kürşat, Sermaye Piyasası Mevzuatında Birinci Temettü ve Sermaye Piyasası Değişiklik Tasarısı'nda Bu Konuda Öngörülen Yenilikler, Yaklaşım Dergisi, Sayı: 64, Nisan, 1998, s. 51

³² AKBİLEK, Nevzat, TTK ve SerPK Açısından Anonim Ortaklıklarda Kar Payı Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2001, s.105

³³ BOZGEYİK, Hayri, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yedek Akçeler, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1995, s. 156

İşletmenin gelecekteki yükümlülükleri için fazla karşılık ayırması ve bu yolla borçlarını olduğundan daha fazla göstermesi, duran varlıklarının yıpranma seviyesinin gizlenmesi veya yeniden değerlendirme yapmamak suretiyle gerçek değerinin çok altında bir kaydi değerle göstermesi, farklı ilgi grupları için bilançonun farklı ve hatalı yorumlanmasına ve yanlış sonuçlar elde edilmesine neden olabilmektedir. Gizli yedek akçe oluşturulması; kredi taleplerinin değerlendirilmesi, menkul kıymet ihraç edilmesi, hisse senetlerinin halka arz edilmesi gibi para bulmaya yönelik işlemlerde oldukça önemli sonuçlar doğurabilmektedir.³⁴

Tümüyle kamuyu aydınlatmaya ve hesapların açıklığına dayalı bir sisteme bağlanan halka açık anonim ortaklıklarda, yedek akçelerin ortaklardan ve genel kuruldan gizlenmemesi gerekir. TTK sisteminde, yönetim kurulu sadece denetçilere bilgi verme yükümlülüğüne tabi tutulmuştur. Denetçiler ise bu bilgiyi pay sahiplerine aktaramazlar. Öte yandan küçük pay sahibinin yeterli bilgi alamaması sonucu payını yanlış zamanda ve uygun olmayan fiyattan satması, buna karşılık bazı kişilerin payları ucuz edinmesi olayları yaşanabilir ve Insider Trading riski doğabilir. En önemlisi, dağıtılacak kar azalacağı için her halükarda pay sahipleri aleyhinedir.³⁵

Yasa hükmü ile ayrılması gereken yedek akçeleri ile esas sözleşmede pay sahipleri için belirlenen birinci temettü ayrılmadıkça, başka yedek akçe ayrılmasına, ertesi yıla kar aktarılmasına karar verilemez (SerPK 15/2). Bu hüküm kar payı dağıtımında olduğu gibi gizli yedek akçelerle ilgili sistemi ve özellikle TK 458, 467, 468 ve 469 hükümlerini de halka açık anonim ortaklıklar için değiştirir mahiyettedir.³⁶

SerPK 15 hükmünün temel amacı ortaklara yeterli kar payı dağıtımının sağlanması olduğu gibi, gizli yedek akçeler kamuyu aydınlatma ilkeleri ile de bağdaşmaz. Bu bakımdan Kanunda açık bir hüküm bulunmamasına rağmen gerek SerPK 1 hükmünün öngördüğü sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışması, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunması ilkesi gerek SerPK 15/6 hükmünün öngördüğü karın korunması ve kamuyu aydınlatma ilkeleri halka açık anonim ortaklıklarda gizli yedek akçe ayrılmasına engeldir. Kaldı ki, TK 458 hükmünün öngördüğü “şirket işlerinin devamlı inkişafını veyahut mümkün mertebe istikrarlı kar payları dağıtılmasını temin bakımından munasip ve faydalı olduğu” şartına bağlı olan gizli yedek akçelerin ortaklık yararına temin edeceği menfaat açık yedek akçelerle de sağlanabilir.³⁷

Mümkün olduğu kadar ayrıntılı ve standartlara göre düzenlenecek yıllık hesaplar, ara mali tablolar sistemi ve pay sahibinin korunması gereği, gizli yedek akçelerin sermaye piyasasında açıkça yasaklanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu itibarla, SerPK’da en azından birinci temettü dağıtımı yönünden gizli yedek akçe ayrılama-

³⁴ AKBULAK, Yavuz, Anonim Şirketlerde Kar Dağıtım Esasları ve Yedek Akçeler, Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp’e Armağan, C.1, İstanbul, 2003, s. 176

³⁵ AYTAÇ, s. 85

³⁶ ÜNAL, Oğuz Kürşat, Sermaye Piyasası Hukuku Ve Mevzuatı, 2005, s.311

³⁷ ÜNAL, s. 312

yacağı açıkça ifade edilmeli, genel olarak TTK bakımından da, 458. maddedeki amaç sınırlaması yetmediği için rakamsal üst sınırlar mutlaka öngörülmalıdır.³⁸

Kanaatimce de en azından birinci temettü yönünden gizli yedek akçe ayrılmasının yasak olduğu, SerPK 15/2’de geçen yasa hükmü ile ayrılması gereken yedek akçeler ve esas sözleşmede pay sahipleri için belirlenen birinci temettü ayrılmadıkça başka yedek akçe ayrılmasına karar verilemeyeceği ifadesi ile sabittir. Gizli yedek akçeler, bilançonun hazırlanması sırasında aktiflerin bilanço günündeki kıymetlerinden daha aşağı bir kıymetle bilançoya konması şeklinde veya başka suretle ayrılabilir. Birinci temettü ayrılması ise bilançonun hazırlanmasından sonra olur. Birinci temettüden önce gizli yedek akçe ayrılmasının yasak olduğu 15/2 ile sabit olduğuna ve gizli yedek akçenin bilançonun hazırlanması sırasında ayrılması gerektiğine göre, gizli yedek akçenin birinci temettünün ayrılmasından sonra ayrılması da pratik açıdan mümkün değildir. Bu haliyle SerPK 15, en azından aktiflerin bilanço günündeki kıymetlerinden daha aşağı bir kıymetle bilançoya konması yöntemi bakımından, halka açık anonim ortaklıklarda zımnen gizli yedek akçe ayrılmasını yasaklamıştır. Aksi düşünce birinci kar payını güvence altına alan emredici SerPK 15’in dolanılmasına yol açar. Zaten tamamen kamuyu aydınlatma ve hesapların açıklığı ilkelerine dayanan sermaye piyasasında aksini savunmak kanunun amacına da ters düşer. SerPK’nın amacı birinci maddesinde belirlenmiştir. TTK’ya tabi klasik anonim ortaklıklarda yedek akçe ayrılması suretiyle kar payı dağıtımı azaldığı için yatırımcılar başka yatırım araçlarına yönelmişlerdir. Bu durum sermaye piyasasının gelişmesini engellemiş ve elbette ki ekonomiye olumsuz yansımıştır. Sermaye piyasasının gelişmesini, yatırımların menkul kıymetlere yönlendirilmesini sağlamak, sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını düzenlemeyi ve denetlemeyi amaçlayan SerPK’nın, yönetim kurulu tarafından ayrılan, dağıtılabılır karı azaltan gizli yedek akçeleri kabul etmeyeceği ortadadır. Kanaatimce bu haliyle de gizli yedek akçeleri halka açık anonim ortaklıklar yönünden zımnen yasaklayan SerPK’na, gizli yedek akçeleri açıkça yasaklayan bir hüküm konulması tartışmaları sona erdirmek bakımından faydalı olacaktır.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında gizli yedek akçelere ilişkin bir madde bulunmamaktadır. Yani TTK tasarısı ile, doktrinde eleştirilere³⁹ maruz kalan gizli yedek akçelerle ilgili düzenleme kaldırılmıştır. Eğer tasarı yasalacak olursa, bilançonun açıklık ve doğruluk prensibi bakımından olumlu bir gelişme olacağı kanaatindeyim. Anonim ortaklık hukukunda günümüzdeki eğilimin de açıklık, kamunun aydınlatılması yönünde olduğu düşünülürse, ortakların, genel kurulun bilgisi dışında, yönetim kurulunun inisiyatifıyla ayrılan ve ayrılmasındaki amaç sınırlamasının

³⁸ AYTAÇ, s. 85

³⁹ AKBİLEK, s.82, 83; AYTAÇ, s. 85; TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), s. 793, N.1508; DİLER, s. 104; ARSLANLI, Halil, Anonim Şirketler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1961, s. 70, 71; İMREGÜN, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, Yenilenmiş Dördüncü Bası, Yasa Yayınları, s.297 Yazar burada gizli yedek akçeleri eleştirimin yanında daha da ileri giderek yasamızdan 458. maddenin yani gizli yedek akçelerin bir an önce kaldırılması gerektiğini savunmuştur.

da yeterli olmadığı, sübjektif olduğu ve suiistimallere elverişli olduğu gizli yedek akçelerin kaldırılması yerinde olacaktır. Zaten AT ülkelerinde de kural olarak gizli yedek akçe ayrılması yasaktır.⁴⁰ Bunun yanında anonim şirket, gizli yedek akçe ayırarak ulaşmak istediği amaçlara, genel kurul tarafından ayrılan olağanüstü yedek akçelerle de ulaşabilir. Bu bakımdan da faydası başka şekillerle de sağlanabilen fakat bunun yanında oldukça fazla zararı olan, birçok haklı eleştiriye maruz kalan bir kurumun muhafaza edilmesi anlamsız olurdu. Ortaklık rizikosunun açık yedeklerle karşılanması ortaklığın itibar kaybına ve rekabet gücünü yitirmesine veya alacaklılar nezdinde kredi olanaklarını yitirmesine neden olabilirse de gizli yedek akçelerin sakıncaları düşünüldüğünde ve artık egemen olan kamuyu aydınlatma ilkesi çerçevesinde tasarıdaki düzenlemenin olumlu olduğu kanaatindeyim. Zira TTK 458, vergi kaçırılmasına, yönetim kurulunun yaptığı usulsüz işlemlerin genel kurulun denetiminden kaçırılmasına, elde edilen karların gizlenerek ortaklardan sürekli saklanmasına vb. müsaittir. Bu sakıncalar gizli yedek akçeden elde edilmesi umulan faydaları tamamen ortadan kaldıracabileceği gibi, şirketi zarara dahi sokabilir.⁴¹ Yine bu şekliyle TTK tasarısı kabul edilecek olursa halka açık anonim ortaklıklar bakımından da sorun ortadan kalkacaktır. Bu durumda gizli yedek akçe kurumu ortadan kalkacağı için, SerPK'ya da gizli yedek akçeleri açıkça yasaklayan bir hüküm konulması gereği ortadan kalkacaktır.

⁴⁰ TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), s.793, N.1508

⁴¹ AKBİLEK, s. 83

KAYNAKÇA

- AKBİLEK, Nevzat, TTK ve SerPK Açısından Anonim Ortaklıklarda Kar Payı Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2001.
- AKBULAK, Yavuz, Anonim Şirketlerde Kar Dağıtımı Esasları ve Yedek Akçeler, Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp'e Armağan, C.1, İstanbul, 2003, (s. 171-197).
- ARSLANLI, Halil, Gizli Yedek Akçeleri, İktisat ve Maliye, İstanbul, 7, (9), 15.12.1960.
- ARSLANLI, Halil, Anonim Şirketler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1961.
- AYTAÇ, Zühtü, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Kar Dağıtımı, 15. Yıl Sempozyumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara, 1998.
- BİRSEL, T. Mahmut, Anonim Şirketler Hukukunda Kar Kavramı, Cilt – 1, Ege Üniversitesi Matbaası, 1973
- BOZGEYİK, Hayri, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yedek Akçeler, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1995.
- DİLER, Gülgün, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Kar Payı Alma Hakkı, (TTK. Ve Ser.P.K. Açısından), Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1993.
- DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, İkinci Cilt, Dördüncü Bası, Beta, İstanbul, 2004.
- DOMANİÇ, Hayri, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi 2.
- EYÜPGİLLER, Saygın, Anonim Şirketlerde Gizli Yedek Akçeler, Mali Sorunlara Çözüm, 3, (26).
- İMREGÜN, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, Yenilenmiş 4. Bası, Yasa Yayınları.
- KARAYALÇIN, Yaşar, Muhasebe Hukuku, Ankara, 1988.
- ÖÇAL, Akar, Mahkeme Kararlarında Gizli Yedek Akçeler, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Ankara, Şubat/1969, C.5, S.1.
- POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. Tıpkı Basım, Eylül 2005.
- PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Karahan Kitabevi.
- TEKİNALP, Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979.
- ULUSOY, Yılmaz, Anonim Ortaklıklarda Gizli Yedek Akçeler, İstanbul Ticaret, İstanbul, 16, (777), 14.09.1973, 4, 7.
- ÜNAL, Oğuz Kürşat, Sermaye Piyasası Hukuku Ve Mevzuatı, 2005.
- ÜNAL, Oğuz Kürşat, Sermaye Piyasası Mevzuatında Birinci Temettü ve Sermaye Piyasası Değişiklik Tasarısı'nda Bu Konuda Öngörülen Yenilikler, Yaklaşım Dergisi, Sayı: 64, Nisan, 1998.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Geçerli Olarak Yapılabildiğini Objektif Bir Nedenin Mevcudiyetine Bağlaması Karşısında Asgari ve Azami Süreli İş Sözleşmeleri Bakımından Objektif Nedenin Gerekliği

Arş. Gör. Ertuğrul YUVALI*

GİRİŞ

İş Hukuku'nda istisnai nitelikte bir sözleşme türü olarak değerlendirilen¹ belirli süreli iş sözleşmeleri, işçilerin bir takım haklarının kısıtlanması amacıyla kötüye kullanılan kurumların başında gelmiştir. Nitekim belirli süreli iş sözleşmesi, sözleşmenin taraflarınca belirlenen süre sonunda her hangi bir fesih beyanı gerekmeksizin kendiliğinden sona ererken, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin sona ermesi bir fesih beyanıyla mümkün olmaktadır². Bu durum neticesinde belirli süreli iş sözleşmelerinde feshe bağlı talepler sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi durumunda

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

¹ Örnek olarak bkz.: Süzek, Sarper; İş Hukuku, 2.Bası, İstanbul 2005, s.200.; Mollamahmutoğlu, Hamdi; İş Hukuku, 2.Bası, Ankara 2005, s.266; Tuncay, Can; "İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Türleri", İstanbul Barosu- Galatasaray Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 2003 Yılı Toplantısı: 2, Yeni İş Yasası Sempozyumu, s.129; Eyrenci, Öner./Taşkent, Savaş./Ulucan, Devrim.; Bireysel İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005, s.53.; Yargıtay'da İş Hukukunda kural olanın belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğu kanaatindedir. Örnek olarak bkz: " görünüşte belirli süreli hizmet akdi ile çalıştırılmış ise de taraflar arasında bağtlanan hizmet akdinin içeriğine ve yapılan işin niteliğine göre sözleşmenin belirsiz süreli hizmet akdi olduğunun kabulü gerekir. Gerçekten, dairemizin ve Hukuk Genel Kurulu'nun yerleşmiş içtihatlarına göre çalışma hayatında asıl olan belirsiz süreli hizmet akitlerine tanıdığı haklardan kaçınmak için yaptığı sözleşme görünüşte belirli süreli olup..." (Yarg. 9. HD. 10.4. 1995, E. 1995/111476, K. 1995/ 12308, Günay, Cevdet İlhan; İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2000, s. 317); " Davalı, davacıya ait işyerinde birbirini izleyen belirli süreli sözleşmelerle hemşire olarak çalışmaktadır. Burada öncelikle aradaki ilişkinin belirli süreli sözleşme olup olmadığı sorunu çözümlenmelidir. Hemşirelik işinin nitelikli olup olmadığı sorunun çözümü bakımından önem taşımaktadır.....Bu bakımdan geçerli sebeplerin olmaması halinde aradaki hizmet sözleşmesinin süresi belirsiz olduğu kabul edilmelidir. Belirsiz süreli sözleşme daha çok işçi yararındır." (Yarg. 9.HD., 09.05. 2002, E. 2001/ 20847, K. 2002/ 7404, Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan; s.56).

² Çelik, Nuri; İş Hukuku Dersleri, 19. Bası, İstanbul 2006, s. 184.; Stöckli, Jean Fritz; "Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi", Rehbindir/ Ekonomi, Türk- İsviçre Hukukunda Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Hukuki Sorunları, İstanbul 1979, s. 77, (Çev: Devrim Ulucan); Ekonomi, Münir; " 4857 Sayılı Kanun Hükmüne Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (I), Kavram ve Süre Yenileme", **Legal İSGHD** 2006, Sayı:9, s.6.; Alpagut, Gülsevil; Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, doktora tezi, TÜHİS yayını, Ankara 1998, s. 7.

gündeme gelmeyecektir³. Dolayısıyla bu tür sona ermelerde ihbar ve kıdem tazminatı söz konusu olmayacaktır. Görüldüğü gibi; işçi açısından belirli süreli iş sözleşmeleri belirsiz süreli iş sözleşmelerine göre çok daha olumsuz bir görünüme sahiptir ve bu durum bu tür sözleşmelerin sınırlandırılması ihtiyacını gündeme getirmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun kabulünden önceki dönemde, mevzuatımızda bu tür sözleşmelere ilişkin genel bir düzenleme olmadığı gibi, sözleşmenin özelliğinden kaynaklanan herhangi bir özel hüküm de bulunmamaktaydı. Bilhassa iş sözleşmesinin sona ermesine bağlanacak hukuki sonuçlar açısından, işçi için oldukça olumsuz bir durum yaratan bu tür sözleşmelerin yapılabilmesi bakımından hiçbir sınırlamanın olmaması öğretilde yoğun biçimde eleştirilmiş ve bu bağlamda Yargıtay tarafından bu sorun, bazı ilkeler kabul edilmek suretiyle çözülmeye çalışılmıştır. Nitekim bu dönemde Yargıtay yerleşik içtihadıyla, işverenin bir birini takip eder bir biçimde belirli süreli iş sözleşmesi yapmakla sözleşme yapma hakkını kötüye kullandığını ve böyle bir durumda ayrı ayrı belirli süreli iş sözleşmeleri değil, başlangıçtan itibaren tek bir belirsiz süreli iş sözleşmesi bulunduğunu kabul etmiştir⁴. Bu durumunun kabulünün de ötesinde, zincirleme iş sözleşmelerinde kural olanın, işverenin hakkını kötüye kullandığının bir göstergesi olduğu, aksinin ise ancak belli bazı durumlarda söz konusu olduğu Yargıtay tarafından benimsenmiştir⁵.

Kısaca önceki İş Kanunu dönemindeki eğilim, "hakkın kötüye kullanılması" olgusunun bulunması durumunda zincirleme bir biçimde yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin, ilk sözleşmenin başlangıcından itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmesi yönündeydi. Hatta bu dönemde doktrinin etkisinde kalan Yargıtay'ın bir defaya mahsus olarak yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinde dahi hakkın kötüye kullanılması olgusunun bulunması durumunda sözleşmenin belirsiz süreliye dönüşeceği yönünde kararlar verdiği görüyoruz⁶.

1475 sayılı İş Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 4857 sayılı İş Kanunu'nun önemli özelliklerinden birisi, toplumun ekonomik ve sosyal ihtiyaçları nedeniyle zaman içinde oluşturulan iş sözleşmesi türlerinden bazılarını özel olarak düzenlemiş

³ Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan; s. 144.

⁴ Örn olarak bkz.: Yarg. 9. HD. 05. 11. 1992, E. 1992/ 4182, K. 1992/ 12212., (YKD, Nisan 1993, s. 535-536); Yarg. 9. HD. 16. 09. 1993, E. 1993/ 12848, K. 1993/ 12920. (Çimento İşveren Dergisi, Kasım 1993, s. 29).

⁵ "... Davacı, davalıya ait işyerinde birbirini izleyen belirli süreli hizmet akitleriyle başka bir deyişle zincirleme sözleşmelerle çalıştırılmıştır. Bu durumda davacının başlangıçtan itibaren süresi belirli olmayan hizmet akdi ile çalıştığının kabulü gerekir. Dairemizin öteden beri yerleşmiş uygulamaları bu bu doğrultudadır. Gerçekten, ortada objektif haklı bir neden olmadıkça işçinin zincirleme sözleşmelerle çalıştırılması ve böylece belirsiz süreli hizmet akitlerine tanınan koruyucu hükümlerden kurtulmak amacının güdülmesi akit serbestisinin kötüye kullanılması halini oluşturur ve hukuk düzenince korunmaz", (Yarg. HGK. 06. 04. 1994, E. 1994/ 50, K. 1994/ 210; Güler, Mikdat; "Belirli Süreli İş Sözleşmesi" Legal İSGHD 2005, C.5, Sa:2, s. 49).

⁶ Örn. olarak bkz.: "... Davacı, davalıya ait işyerinde görünüşte belirli süreli hizmet akdi ile çalışılmış ise de, taraflara arasında bağtlanan hizmet akdinin içeriğine ve yapılan işin niteliğine göre sözleşmenin belirsiz süreli hizmet akdi olduğunun kabulü gerekir. Gerçekten, Dairemizin ve Hukuk Genel Kurulunun yerleşmiş içtihatlarına göre çalışma hayatında asıl olan belirsiz süreli hizmet akitlerine tanıdığı haklardan kaçınmak için yaptığı sözleşme görünüşte belirli süreli olup, yapılan işin özelliği ve niteliği itibarıyla gerçekte belirsiz süreli bir sözleşmedir". (Yarg. 9. HD. 10. 04. 1995, E. 1995/ 11476, K. 1995/ 12308; Güler; s. 40); Aynı yönde: Yarg. 9. HD. 10. 04. 1995, E. 1995/ 11476, K. 1995/ 12308; (Güler; s. 40).

olmasıdır⁷. Bu bağlamda kanun koyucu, yeni yasada belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin hükümler de öngörerek bu konuda mevzuatta bulunan boşluğu doldurmuştur. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'nun kabulüyle birlikte kanunun 11. maddesi itibariyle belirli süreli iş sözleşmesi yasal bir tanıma kavuştuğu gibi, bu tür sözleşmelerin yapılabilmesi objektif bir nedenin bulunması gereği ile sınırlandırılmıştır. Yeni düzenleme ile birlikte daha sözleşmenin kurulması esnasında objektif bir nedenin mevcudiyeti aranacak ve artık işverenin kötü niyetli olup olmadığına bakılmayacaktır⁸. Hatta işveren iyi niyetli olsa dahi belirli süreli iş sözleşmesini yapılmasını haklı kılan bir objektif neden bulunmadığı takdirde sözleşme baştan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşecektir⁹.

Görüldüğü gibi kanun koyucu önceki kanun döneminde doktrin ve Yargıtay'ın bu konuda ulaştığı çözümlerin ışığında belirli süreli iş sözleşmeleri hakkında hükümler öngörmüştür. Bu çalışma, yeni İş Kanunu'ndaki belirli süreli iş sözleşmeleri ile ilgili hükümlerin, asgari ve azami süreli iş sözleşmelerinin geçerliliğini ne kadar etkileyeceği sorusuna cevap verebilmek amacıyla hazırlanmıştır. Nitekim yeni İş Kanunu'nun belirli süreli iş sözleşmelerinin geçerliliğini objektif bir nedenin varlığına bağlı tutması karşısında, asgari ve azami süreli iş sözleşmelerinin de geçerli olarak yapılabilmesi için objektif bir nedenin gerekli olup olmadığı hususu açıklığa kavuşturulmalıdır.

A. ASGARİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMELERİ

İş sözleşmesinin tarafları iş ilişkisinin devam edeceği süre için asgari bir süre belirleyebilirler. Örneğin, taraflar, sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren en az 8 ay süreyle sözleşmeyi feshetmeyecekleri şeklinde bir hüküm öngörebilirler. Taraflar sözleşmeye böyle bir hüküm koydukları takdirde, belirledikleri süre zarfında sözleşmeyi bildirimli olarak feshetmemeyi taahhüt etmiş olurlar¹⁰. Başka bir ifadeyle, taraflar arasında bu biçimde bir anlaşma yapılması, söz konusu süre boyunca, tarafların fesih hakkının ortadan kaldırılması sonucunu doğurur¹¹. Nitekim asgari bir süreyle sınırlandırılmış olan bu türden bir sözleşme ancak asgari sürenin sonunda ve kanuni bildirim sürelerine uyulmak suretiyle sona erdirilebilir¹².

Tarafların yapmış oldukları sözleşmede bir süre belirlemiş olmalarına rağmen asgari süreli sözleşmeleri, belirli süreli sözleşme olarak değerlendirmek zordur¹³. Nitekim belirli süreli bir iş sözleşmesinden bahsedebilmek için tarafların sözleşmenin kurulması esnasında, sözleşmenin sona ermesi zamanını yeterli biçimde göre-

⁷ Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan; s. 50.

⁸ Güler; s. 47.

⁹ Güler; s. 48.

¹⁰ Güler; s. 33.

¹¹ Mollamahmutoglu; İş Hukuku s. 254; Süzek; İş Hukuku, s. 210.

¹² Tunçomağ, Kenan; Türk Borçlar Hukuku, C.2, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977, s. 908.

¹³ Süzek, Sarper; İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976, s. 103.; Eyrenci/Taşkent/ Ulucan; s. 63.

bilmeleri gerekir¹⁴. Başka bir ifadeyle, işle güdülen amaca erişme zamanı ve böylece iş sözleşmesinin sona ereceği zaman objektif olarak yeterli açıklıkta belirlenebilir olmalıdır¹⁵. Bu itibarla, belirli süreli iş sözleşmesinde, sözleşme kurulduğu esnada işin ne kadar devam edeceği, sözleşmenin taraflarınca ve özellikle işçi bakımından öngörülebilir nitelikte olmalıdır¹⁶. Asgari süreli iş sözleşmelerinde ise taraflar sürelendirmeyi, sözleşmenin sona erme anını belirlemek için değil, belirli bir süre fesih imkanını ortadan kaldırmak için yaparlar. Nitekim doktrinde bu türden sürelendirmeler gerçek olmayan sürelendirme olarak ifade edilmiştir¹⁷.

Yukarıdaki bilgiler itibariyle, asgari süreli iş sözleşmesinin, mevcudiyeti belli bir süre ile emniyet altına alınmış belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğu görülmektedir¹⁸. Nitekim, söz konusu asgari sürenin sonunda taraflar fesih beyanında bulunmazsa, sözleşme belirsiz süreli bir iş sözleşmesi olarak mevcudiyetini sürdürecektir¹⁹.

4857 sayılı yeni İş Kanunu'nun, belirli süreli iş sözleşmelerinin geçerli bir biçimde kurulabilmesini objektif koşulların mevcudiyetine bağlaması nedeniyle, doktrinde, İş Kanunu'nun 11. maddesi hükmü kapsamına giren işçilerle asgari süreli iş sözleşmesi yapılamayacağı biçiminde görüşler öne sürülmüştür²⁰. Ancak yukarıda ifade ettiğimiz gibi, asgari süreli iş sözleşmeleri belirli bir süre için fesih imkanı kaldırılmış belirsiz süreli iş sözleşmeleridir. Asgari sürenin işlevi sadece sözleşmenin bildirimli fesih yoluyla feshedilebileceği en erken tarihi belirlemekten ibarettir²¹. Bu tür sözleşmelerde taraflarca belirlenen asgari süre zarfında sözleşme bildirimli fesih yoluyla sona erdirilemeyecek, sadece haklı nedenlerin mevcudiyeti durumunda feshedilebilecektir. Bu bağlamda belirlenen asgari süre boyunca işçinin iş güvencesi mevcuttur²². Daha önce de belirttiğimiz gibi, asgari sürenin bitiminde ise sözleşme belirsiz süreli iş sözleşmesi gibi mevcudiyetini sürdürecektir. Bu itibarla, belirli süreli iş sözleşmelerinin hukuki rejimine bağlı olmayan asgari süreli sözleşmelerinin yapılmasında objektif bir neden aranmasının, kanunun 11. maddesi hükmünün amacına uygun olmayacağı açıktır.

¹⁴ Süzek; İş Hukuku, s. 201.

¹⁵ Ulucan, Devrim; İHU, İ.K. md. 13 (No: 10) (Karar İncelemesi); Centel; Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, s.83.

¹⁶ Alpagut; Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, s. 10; Süzek; İş Hukuku, s. 201.

¹⁷ Alpagut; Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, s. 13.

¹⁸ Ulucan, Devrim; "Belirli Süreli Hizmet Akdinin Sona Ermesi", Rehbiner/ Ekonomi, Türk İsviçre Hukukunda Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Hukuki Sorunları, İstanbul 1979; Ekonomi, Münir; İHU, İ.K. md. 9 (No: 4) (Karar İncelemesi).; Narmanhoğlu, Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, 3. Bası, İzmir 1998, s.179., s.103.; Süzek; İş Hukuku, s. 210.

¹⁹ Oğuzman, Kemal; İş Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s.14; Narmanhoğlu; s. 179.

²⁰ Ulucan, Devrim; "4857 Sayılı Kanuna Göre İş Sözleşmesinin Türleri", Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası'na Düzenlenen İş Güvencesi Konulu Seminer Yayını, İstanbul 2003, s.52.; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan; s. 63.

²¹ Alpagut, Gülsevil; "4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi", MERCEK, Ocak 2004, s. 76.

²² Süzek; İş Hukuku, s. 210; Alpagut; 4857 Sayılı Yasa, s. 76.

Mevzuatımızda asgari süreli iş sözleşmeleriyle ilgili olan tek hüküm Deniz İ.K. md. 16'da bulunmaktadır. Bu hükme göre; aynı kanununun 14. maddesinde sayılan haklı nedenle fesih halleri hariç, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin gemi adamının işe alınmasından itibaren altı ayı geçmedikçe süreli fesih yoluyla sona erdirilemeyeceği belirtilmiştir. Bu itibarla Deniz İş Kanunu'na tabi belirsiz süreli iş sözleşmeleri, en az altı aylık süre belirlenmiş, asgari süreli iş sözleşmeleri niteliğindedir²³. Bu hükümde istisna olarak belirtilen Deniz İş Kanunu md. 14, işveren ya da gemiadamı tarafından iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi ile geminin kayba uğraması, terk edilmesi, savaş ganimeti ilan edilmesi ve Türk bayrağından ayrılması hallerinde sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğini düzenlemektedir.

Ülkemizde yapılan asgari süreli iş sözleşmelerinin sayısı her geçen gün artmaktadır. Özellikle üst kademe yöneticiliğine aday gençler, yurt içi ve dışındaki kurslara mesleki bilgilerini geliştirmek, yabancı dil eğitimi almak gibi amaçlarla, işverenler tarafından masraflarını da bizzat karşılamak suretiyle gönderilmektedirler. Daha sonra ise yapılan belirsiz süreli iş sözleşmesinin asgari bir süre için taraflarca süreli fesih yoluyla sona erdirilemeyeceği kararlaştırılmaktadır. Görüldüğü gibi niteliği itibarıyla belirsiz süreli olan bu tür sözleşmelerin objektif nedenlere bağlı tutulamayacağı açıktır.

B. AZAMI SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMELERİ

Azami süreli iş sözleşmeleri, tarafların sözleşme için azami bir süre öngördükleri, fakat kararlaştırılan süre zarfında bildirimli fesih imkanının bulunduğu iş sözleşmeleridir²⁴. Bu tür sözleşmeler asgari süreli sözleşmelerden farklı olarak sözleşmenin bitim tarihinin kesin olarak bilindiği sözleşmelerdir²⁵. Örneğin, iş sözleşmesi en fazla 31. 12. 2007'ye kadar sürecektir gibi. Azami süreli sözleşmeler de taraflarca belirlenen süre boyunca bildirimli fesih yoluyla sona erdirilebildiği gibi, belirlenen sürenin sonunda belirli süreli iş sözleşmesi gibi kendiliğinden sona erecektir²⁶. Görüldüğü gibi bu tür sözleşmeler işçi bakımından oldukça olumsuz bir durum yaratır. Nitekim belirlenen süre boyunca iş güvencesinden yoksun durumda bulunan işçi, sürenin sonunda ise sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi nedeniyle işsiz kalma tehlikesiyle karşı karşıyadır.

Kurulduğu andan itibaren her an feshedilebilecek mahiyette olan azami süreli iş sözleşmelerinin, her ne kadar bir süre belirlenmişse de belirli süreli iş sözleşmesi niteliğinde olmadığı açıktır²⁷. Nitekim tarafların belirledikleri süre boyunca sözleşmeyi bildirimli fesih yoluyla sona erdirebildikleri bir sözleşmeyi belirli süreli bir iş sözleşmesi olarak değerlendirmek oldukça güçtür. Bu tür sözleşmelerin belirlenen

²³ Alpagut; Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, s. 13.

²⁴ Narmalioğlu; s.178.; Alpagut; 4857 Sayılı Yasa, s.76.; Mollamahmutoğlu; İş Hukuku, s. 254.; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan; s. 63; Süzek; İş Hukuku, s.210.

²⁵ Güler, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, s. 35

²⁶ Narmanlıoğlu; s. 172.Oğuzman; s.12.; Tunçomağ; s.908.

²⁷ Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan; s. 63.

süre sonunda kendiliğinden sona ermesi itibarıyla belirsiz süreli bir sözleşme olmadığı da açıktır. Bu itibarla azami süreli iş sözleşmelerini, belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri arasında karma bir tip olarak nitelendirmek doğru olacaktır²⁸.

Taraflarca kararlaştırılan sürenin sonunda, tıpkı belirli süreli iş sözleşmeleri gibi kendiliğinden sona eren azami süreli iş sözleşmelerinin, İ.K.'nin 11. maddesinde öngörülen belirli süreli iş sözleşmeleri için getirilen sınırlamalara uygun olarak kurulabilmesi gerekir²⁹. Nitekim kararlaştırılan sürenin bitiminde sözleşme kendiliğinden sona ereceğinden, işçi, belirli süreli iş sözleşmesinin iş güvencesinden yoksun sona erme hükümleriyle karşılaşacaktır³⁰. Bu itibarla bu tür sözleşmelerin, belirli süreli iş sözleşmeleri gibi, geçerli olarak kurulabilmeleri objektif nedenlerin mevcudiyetine bağlanmalıdır.

Belirtmek gerekir ki; belirli süreli iş sözleşmelerinin geçerli olarak kurulabilmesi için aranan objektif koşulların varlığı halinde azami süreli iş sözleşmesi yapılmasına her hangi bir engel yoktur³¹. Nitekim objektif bir nedenin mevcudiyetine bağlı olarak kurulan azami süreli bir iş sözleşmesi, İ.K.'nin 11. maddesinin amacıyla örtülecektir. Bu tür bir sözleşmenin objektif bir neden bulunmaksızın kurulması durumunda ise, belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşeceği kabul edilmelidir³².

Tarafların iş sözleşmesi için azami bir süre tespit etmeleri durumunda, sözleşme, kararlaştırılan süre içerisinde belirsiz süreli bir sözleşme niteliğinde olduğundan, bu süre içinde yapılacak ihbar önellerine uyulması gerekli olduğu gibi, yapılacak fesihler için de iş güvencesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır³³.

C. ASGARİ VE AZAMİ SÜRENİN BİRLİKTE KARARLAŞTIRILMASI

İş sözleşmesinin tarafları sözleşmede asgari ve azami süreyi birlikte kararlaştırabilirler³⁴. Başka bir deyişle taraflar, kurdukları sözleşme için asgari sürenin yanında azami bir süre de belirleyebilirler. Örneğin taraflarca sözleşmede, sözleşme 31. 12. 2007'ye kadar feshedilemeyecektir, ancak en fazla 31. 12. 2009'a kadar sürecektir, şeklinde bir hüküm öngörülebilir. Tarafların bu tür bir sözleşme kurmaları halinde, sözleşme, asgari sürenin sonuna kadar bildirimli fesih yoluyla sona erdirilemezken, azami sürenin sonunda kendiliğinden sona erecektir³⁵. Yine asgari sürenin bitiminden itibaren tarafların her zaman bildirimli fesih yoluyla sözleşmeyi sona erdirmesi de mümkündür.

Kanımızca bu tür bir sözleşme, belirli süreli iş sözleşmelerinin geçerli olarak kurulabilmesi için gerekli olan objektif koşulların mevcudiyeti halinde yapılabile-

²⁸ Alpagut; 4857 Sayılı Yasa, s. 76.; Alpagut; Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, s.14; Güler; s. 35.

²⁹ Süzek; İş Hukuku, s. 210.

³⁰ Alpagut; 4857 Sayılı Yasa, s. 76.

³¹ Alpagut; 4857 Sayılı Yasa, s. 76.

³² Güler; Belirli Süreli İş Sözleşmesi, s. 35.

³³ Güler; Belirli Süreli İş Sözleşmesi, s. 36.

³⁴ Alpagut; Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, s. 14.

³⁵ Oğuzman; s. 13.

lidir. Nitekim bu tip bir sözleşme öngörülen asgari süre boyunca işçiye iş güvencesi sağlasa da, bu sürenin sonunda işçi, iş güvencesinden yoksun kalmaktadır. Bu itibarla bu tür bir sözleşmenin objektif bir neden olmaksızın geçerli bir biçimde kurulabilmesi İş Kanunu'nun 11. maddesinde öngörülen hükmün amacına ters düşecektir³⁶.

Üzerinde durulması gereken bir husus da Borçlar Kanunu'nun 343. maddesinde öngörülen düzenlemedir. Nitekim Borçlar Kanunu'nun 343. maddesindeki hükme göre; bir iş sözleşmesi bir tarafın yaşama süresi için ya da on yıldan daha uzun süre için kurulmuşsa, işçi on yılın sona ermesinden sonra her zaman ve tazminatsız, bir aylık bildirim süresine uymak koşuluyla sözleşmeyi fesih hakkına sahiptir. Bu hükümle kanun koyucu, çok uzun süreli iş sözleşmelerini kişilik haklarının aşırı sınırlandırılması olarak görmüş ve bu nedenle işçiye tazminat ödemeksizin fesih hakkı tanımıştır³⁷. Doktrinde B.K.md. 343 hükmünün, asgari ve azami sürenin birlikte kararlaştırıldığı sözleşmelere örnek oluşturduğu öne sürülmüştür³⁸. Fakat söz konusu hükme dikkat edildiği vakit, onuncu senenin bitiminden sonra oluşan fesih hakkının sadece işçiye verildiği görülmektedir. Bu itibarla B.K. md. 343'e göre işçi bakımından, iş sözleşmesi onuncu yıldan itibaren azami süreli olsa da, işveren bakımından, belirli süreli iş sözleşmesi olup, azami süreli olma niteliği bulunmamaktadır³⁹. Bu bağlamda denilebilir ki; sadece işçinin fesih bildirimini ile sözleşmeyi sona erdirdiği bir iş sözleşmesi çift karakterlidir⁴⁰. Nitekim sözleşmenin onuncu senesinden itibaren işçi bakımından azami süreli olan iş sözleşmesi, işveren bakımından belirli süreli iş sözleşmesidir.

SONUÇ

4857 sayılı İş Kanunu ile birlikte belirli süreli iş sözleşmelerinin geçerli olarak kurulabilmesi objektif koşulların mevcudiyetine bağlanmıştır. Bu düzenleme itibarıyla, asgari ve azami süreli iş sözleşmelerinin de sınırlandırılması meselesi hakkında, doktrinde muhtelif fikirler öne sürülmüştür.

Asgari süreli iş sözleşmelerinde sürelendirme sözleşmenin sona erme anını belirlemek için değil, fakat belirlenen süre zarfında fesih imkanını ortadan kaldırmak için yapıldığından, bu tür sözleşmeler mevcudiyeti asgari bir süre ile emniyet altına alınmış belirsiz süreli iş sözleşmesi mahiyetindedir. Bu itibarla bu tür sözleşmelerin kurulabilmesi için objektif bir koşulun mevcudiyeti gerekmektedir.

Azami süreli iş sözleşmeleri ise taraflarca kararlaştırılan süre boyunca bildirimli fesih yoluyla sona erdirilebilen sözleşme, sürenin sonunda tıpkı belirli süreli iş sözleşmeleri gibi hiçbir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona erecektir. Bu

³⁶ Yuvalı, Ertuğrul; Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmeleri, KÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırkkale 2006, s. 17.

³⁷ Mollamahmutoğlu; İş Hukuku, s. 256.

³⁸ Oğuzman; s. 13; Alpagut; Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, s. 14.

³⁹ Mollamahmutoğlu; İş Hukuku, s. 257.

⁴⁰ Mollamahmutoğlu; Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1995, s. 39.

itibarla bu tür sözleşmelerin kurulabilmesi, İş Kanunu'nun 11. maddesindeki belirli süreli iş sözleşmeleri için getirilen sınırlamalara uygun olarak kurulmasına bağlıdır.

İş sözleşmesinin tarafları kurdukları sözleşmede asgari ve azami süreyi birlikte kararlaştırabilirler. Bu türde kurulan bir sözleşme bildirimli fesih yoluyla asgari sürenin bitimine kadar sona erdirilemez, fakat azami sürenin sonunda kendiliğinden sona erecektir. Bu tip sözleşme asgari sürenin sonuna kadar işçiye iş güvencesi sağlasa da, bu sürenin bitiminde işçi iş güvencesinden yoksun kalacak ve nihayet azami sürenin sonunda sözleşme kendiliğinden sona erecektir. Bu itibarla tarafların sözleşmede asgari ve azami süreyi beraber kararlaştırmaları halinde, sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesinin yapılabilmesi için getirilen sınırlamalar çerçevesinde kurulabilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA*

- Alpagut**, Gülsevil; “4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi”, MERCEK, Ocak 2004.(4857 Sayılı Yasa)
- Alpagut**, Gülsevil; Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, doktora tezi, TÜHİS yayını, Ankara 1998.(Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi)
- Centel**, Tankut; Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994.
- Çelik**, Nuri; İş Hukuku Dersleri, 19. Bası, İstanbul2006
- Ekonomi**, Münir; “ 4857 sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (I), Kavram ve Süre Yenileme”, Legal İSGHD 2006, Sayı: 9.
- Ekonomi**, Münir; Karar İncelemesi, İHU, İ.K md. 9 (No: 4).
- Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan**; Bireysel İş Hukuku, 2.Bası, İstanbul 2005.
- Güler**, Mikdat; “ Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, Legal İSGHD 2005, C.5, Sayı: 2.
- Mollamahmutoğlu** Hamdi, Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1995.
- Mollamahmutoğlu**, Hamdi; İş Hukuku, 2. Bası, Ankara 2005. (İş Hukuku)
- Narmanhoğlu**, Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, 3. Bası, İzmir 1998.
- Oğuzman**, Kemal; İş Akdinin Feshi, İstanbul 1955.
- Stöckli**, Jean- Fritz; “ Belirli Süreli Hizmet Akdinin Sona Ermesi”, Rehbindir/ Ekonomi, Türk- İsviçre Hukukunda Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Hukuki Sorunları, İstanbul 1979. (Çev: Ulucan, Devrim)
- Süzek**, Sarper; İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976.
- Süzek**, Sarper; İş Hukuku, 2.Bası, İstanbul 2005. (İş Hukuku)
- Tuncay**, Can; “İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri”, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 yılı toplantısı:2, Yeni İş Yasası Sempozyumu.
- Tunçomağ**, Kenan; Türk Borçlar Hukuku, C. 2; Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977.
- Ulucan**, Devrim; “ Belirli Süreli Hizmet Akdinin Sona Ermesi”, Rehbindir/ Ekonomi, Türk- İsviçre Hukukunda Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Hukuki Sorunları, İstanbul 1979.
- Ulucan**, Devrim; “4857 Sayılı Kanuna Göre İş Sözleşmesinin Türleri”, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikasıca Düzenlenen İş Güvencesi Konulu Seminer Yayını, İstanbul 2003.
- Ulucan**, Devrim; Karar İncelemesi, İHU, İ.K. md.13 (No: 10).
- Yuvalı**, Ertuğrul; Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmeleri, KÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkale, 2006

* Yollama yapılırken kullanılan kısaltmalar parantez içerisinde gösterilmiştir

