

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

ISSN 1304-2408

• Hakemli Makaleler

• Söyleşiler

• Kararlar

• İnsan Hakları

• Disiplin Kurulu Kararları

• Kitaplar, Dergiler

• Adli Tıp

• Çevre

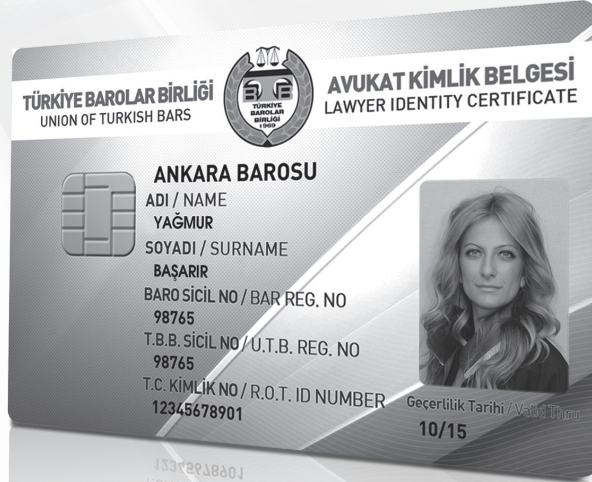
1969



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

BAROKART

Tek Kartla, Çok Hizmet!



Ön yüklemeli ödeme aracı olarak kullanılan akıllı kart sistemi BaroKart ile Adliyeye gitmeden, internet bağlantısının olduğu her yerden UYAP Avukat Portalına bağlanarak;

- *dava açabilir,*
- *her türlü dosya giderini yatırabilir,*
- *sorgulama yapabilirsiniz.*

www.barobirlik.org.tr

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner
Av. Vedat Ahsen Coşar,
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdür / Managing Director
Av. Cengiz Tuğral, TBB Genel Sekreteri

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor
Av. Teoman Ergül

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination
Av. Vedat Ahsen Coşar
Av. Cengiz Tuğral
Av. Sitare Sağsen
Av. Teoman Ergül
Av. Özcan Çine

Yayın Kurulu / Board of Editors
Av. Dr. Serkan Açar
Av. Olcay Küçükpehlivan
Av. Özcan Çine
Av. Özgecan Yanlı
Sezercan Bektaş

Danışma Kurulu / Board of Advisors
Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu,
Çankaya Ü. Hukuk Fak.

Prof. Dr. Haluk Günüşur,
Türkiye-AB Derneği Bşk.

Prof. Dr. Hamit Hancı,
AÜ Tıp Fak. Adli Tıp ABD Bşk.

Sabih Kanadoğlu,
Onursal Yargıtay C. Başsavcısı

Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu
Prof. Dr. Erdal Onar,
Bilkent Ü. Hukuk Fak.

Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz,
Akdeniz Ü. Hukuk Fak.

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez,
Galatasaray Hukuk Fak.

Prof. Dr. Erdener Yurtcan

Türkiye Barolar Birliği Dergisi hakemli bir dergidir. /
Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar
Associations Review) is a refereed review.

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım
aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January,
March, May, July, September, November).

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler
yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these
series express solely the views of the authors.

Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden
başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in
these series can not be republished without citation.

**Türkiye Barolar Birliği Dergisi TÜBİTAK - ULAKBİM
hukuk veri tabanında dizinlenmektedir. / Türkiye
Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar
Associations Review) is being permanently indexed
in TÜBİTAK - ULAKBİM law database.**

İletişim Adresi / Communication Address
Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Yayın İşleri Müdürlüğü
Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8
06650 Balgat - ANKARA
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312)286 55 65
web:www.barobirlirik.org.tr
e-posta: yayin@barobirlirik.org.tr

Abonelik / Subscription
Yıllık abone bedeli: 60 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /
Page Design and Offset Preparation
Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

Basım Yeri / Printed by
Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50
Özveren Sokağı 25/B Demirtepe - Ankara
www.senmatbaa.com

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ YAYIN KURALLARI

1. 1988 yılından beri çıkmakta olan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül 2002 tarihinden bu yana da "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmaktadır. Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nde, makaleler; Yargıtay, Danıştay, AİHM, Anayasa Mahkemesi kararları, kritikler ve yayın tanıtım yazıları yer almaktadır.

2. Dergiye gönderilecek yazıların özgün, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.

3. **Yazılar, 7. 500 sözcüğü geçmeyecek şekilde, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.**

Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti (en fazla 50 sözcük) ve anahtar sözcükleri (en fazla 10 sözcük) Türkçe ve İngilizce olarak yer almalıdır.

Yazıların sonunda kaynakça bulunmalıdır.

Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak yazılmalıdır.

Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnot ve kaynak verilirken yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak ("") içine alınmalı, sadece eser adı İTALİK verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.

Örneğin: Yazar Adı, "Makale Adı", Eser Adı, Xxxx Yay. 2. baskı, Ankara 1999, s. xx.

Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", AÜHF Dergisi, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.

4. Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası "yayin@barobirlilik.org.tr" adresine gönderilmelidir.

Yazılar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Yayın Kuralları'na uygun olmaması durumunda reddedilir.

5. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini göndermelidirler.

6. **Yazıların "hakemli makaleler" bölümünde yayımlanması istendiği açıkça belirtilmelidir;** açıklama yer almayan durumlarda "makaleler" bölümünde yayımlanmak üzere gönderildiği varsayılır.

7. Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar, "kör hakemlik" sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.

Hakem tarafından uygun bulunmadığı için yayımlanmayan yazılar, istenildiği takdirde hakem adı belirtilmeksizin yazarlara geri gönderilir. Hakem raporuna itiraz hakkı vardır.

Hakem raporu düzeltme içeriyorsa, rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç, hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.

8. Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilmeyen yazılar, Yayın Kurulu'nun kararı ile yayımlanabilir. Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmez. Ancak, durum yazara bildirilir.

9. Dergiye gönderilen yazıların yazım denetimlerinin yapılmış olduğu, gönderildiği biçimiyle yayımlanmasına "olur" verildiği kabul edilir. Yazı teslim edildikten sonra, baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmez. Yazım yanlışlarının fazla olması yazının yayımlanmaması için yeterlidir.

10. Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yazı dili Türkçe'dir.

11. Yazıların düzeltilmesinde, *Türk Dil Derneği Yazım Kılavuzu* ve *Adam Yayınları Ana Yazım Kılavuzu* esas alınmaktadır.

12. Yayımlanması kabul edilen yazıların, basılı ve elektronik yayın haklarına TBB sahip olur.

13. Yazarlara Türkiye Barolar Birliği Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtım Yönetmeliği çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKANDAN / FROM THE PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

11 İrfan AKIN

Anonim Şirketlerde Esas Sermaye Artırımında Pay Sahiplerinin Hakları / Rights of Shareholders in capital stock increase in Joint Stock companies

41 Özcan ÖZBEY

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları / Restrictions on Freedom of Expression Concerning the European Convention on Human Rights

93 Ertuğrul YUVALI

4857 Sayılı İş Kanunu'nun ve İlgili Mevzuatın Kadın İşçiler ile İlgili Hükümlerine Genel Bir Bakış / Number 4857 of the Labor Law and Related Legislation Related to Women Workers with the Relevant Provisions of a General Overview

115 Cengiz Topel ÇİFTÇİOĞLU

Vatandaş Tarafından Yurt Dışında İşlenen Suçların Yurt İçinde Soruşturulması ve Kovuşturulması / Domestic Investigation and Prosecution of Crimes Committed Abroad by Nationals

139 Ahmet Cahit İYİLİKLİ

Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme / A Study on Cause of Action in Civil Proceeding

205 İdil Su EKMEKÇİ

John Locke'un Liberalizm Kuramı Üzerine / On the Doctrine of Liberalism by John Locke

215 Şura GENÇ / Seçil COŞKUN

ENSEST / Incest

261 Ayşen Seymen ÇAKAR

Adalet Müлкün Temeli Midir? / Is the Justice Base of the State?

277 Ezgi AYGÜN EŞİTLİ

Ceza Hukukunda Çocuğun Rıza Açıklama Ehliyeti / Child's Capacity to Consent in Criminal Law

291 Murat KORKMAZ

Türkiye’de Yaşayan Bulgaristan Göçmenlerinin Çalışma Hayatı İçinde Yaşadığı Sorunların Uygulamalı Olarak İncelenmesi / An Applied Analysis of Problems Experienced in Working Life by Bulgarian Immigrants Living in Turkey

313 İsmet MAZLUM

Tazminat Hükümünün Değiştirilmesi Amacıyla Açılan Davanın Yargılama Hukukundaki Yeri / Changing the Law, Place of Jurisdiction for the Purpose of Provision of Compensation Lawsuit

MAKALELER / ARTICLES

345 Bünyamin ÇİTİL

Vergi Hukukunda Mali Müşavirlerin Sorumluluğu / Responsibility of Financial Consultants in Tax Law

357 Tülay KİTAPÇIOĞLU

Baskı Grupları ve Demokrasi / Pressure Groups and Democracy of Attorneyship Act

393 Erdin BAYRAM

Türk Ceza Kanununun 301 ve Avukatlık Kanununun 58’inci Maddeleri Muvacehesinde Adalet Bakanlığının / Bakanının Soruşturma İzni Yetkisinin Niteliği / The Nature of the Authority of Ministry/Minister of Justice on the Permission for Investigation in the Face of the Article 301 of Turkish Criminal Code and The Article 58

411 Tunay KÖKSAL

FIDIC İnşaat İşleri Şartnamelerine Göre Taraflar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü Mekanizmaları / The Settlement Mechanism of Disputes Among the Parties According to FIDIC Conditions of Contract

429 Yargıtay Kararları / Decisions of the Court of Cassation

455 Disiplin Kurulu Kararları / Decisions of the Disciplinary Committee

471 Kitaplar, Dergiler / Books, Periodicals

başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım,

Birliğimizin, barolarımızın, meslektaşlarımızın ve mesleğimizin geleceği üzerinde son derece önemli sonuçlar doğuracak bir seğimin arifesindeyiz. Bu aşamada özellikle ifade etmek isterim ki; seğen seçilen ilişkisinde benim temel kabulüm, seğenin görevlendiren, seğilenin görevlendirilen, seğenin efendi, seğilenin hizmetçi olmasıdır.

Zira ve bana göre seğilenin görevi, seğenin verdiği görevi yerine getirmektir. Birliğimiz bağlamında bu görev; '*çağdaş yönetim anlayışının gerektirdiği kurumsal yönetim kurallarını uygulamak, en önemli kaynağımız olan meslektaşlarımızı verimli ve başarılı kılacak sistemleri oluşturmak, değişimin çok hızlı ve çok yönlü olduğu bugünün dünyasında, mesleki ve toplumsal fırsatları erken yakalayıp iyi değerlendirmek, mesleğimizin, ülkemizin ve insanlığın geleceği olan genç meslektaşlarımızın sorunlarına karşı duyarlı olmak, bu amaçla onların geleceğine yatırım yapmak, sorun çözücü bir yaklaşımla onları rahatlatacak, geleceğe güvenle bakmalarını sağlayacak, mesleğin alanını genişletecek projeksiyonlar ve projeler geliştirip uygulamak, yaptığımız işleri daha da iyi yapmak, hep beraber el ele vererek daha etkin çalışmak ve böylece yaratacağımız sinerji ile Birliğimizi, barolarımızı ve mesleğimizi yüksek değer yaratan bir topluluk haline getirmektir.'*

Yaşama dair, yaşamı anlamlı kılmaya dair güçlü ve doyurucu amaçlarla ilgili düşünce ve hedefler üzerine yapılan çalışmaların hemen hemen hepsi, özveri, bir davaya adanmışlık, inanmışlık, yaratıcılık, kendini gerçekleştirme, bir şey olmak değil, bir şey yapmak, önemli değil, değerli olmak gibi hedefleri işaret eder. İnsana, mesleğe, meslektaşlara hizmet etmekle ilgili görevlere talip olanların, bu hedeflerin bilincinde olmaları gerekir ki, geride kalan süreçte yönetim olarak biz bu bilinç ve anlayışla hareket ettik.

Değerli Meslektaşlarım,

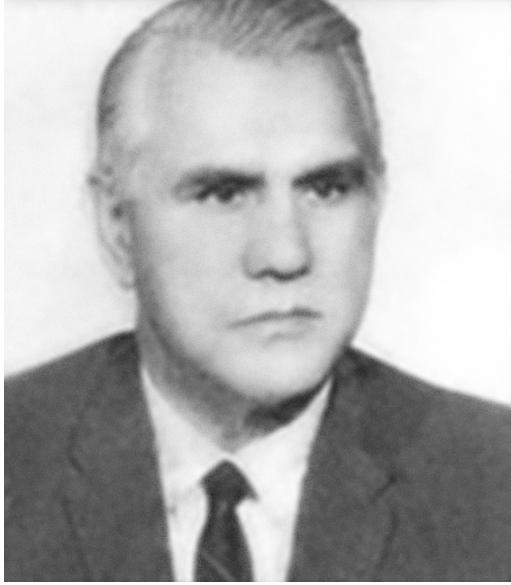
Eserlerinde modern toplumun yapısını eleştiren, insanın haksızlıklara ortak olmadan toplumda yaşayamayacağını ileri süren Alman oyun yazarı *Bertolt Brecht*'in önemli eserlerinden birisi de '*Bay Kerner*'in *Öyküleri*'dir.

Bu öykülerden birisinde *Bay Kerner*, bir gün vadide yürürken, birden ayaklarının suyun içinde olduğunu fark eder, önce bu durumu çok önemsemez. Derken suyun giderek yükseldiğini görür. Suyun çok fazla yükselmeyeceğini düşünür ve umursamaz. Suyun giderek yükselmesi ve çenesine kadar gelmesi üzerine panikler ve bir kayık bulmak umudu ile çevresine bakar. Kayık bulmaktan umudunu kesmesi ve suyun boyunu aşmaya başlaması üzerine yüzmeye başlar. Ve anlar ki, kayık kendisi.

Bu öyküyü sizinle paylaşmamın nedeni kayığın biz olduğumuzu, baroların ve Barolar Birliği'nin yönetimine talip olanların ve olacakların kayığın kendileri olduğunu bilmeleri gerektiğidir. Yani kayık, siyasi görüşlerimiz ve tercihlerimiz değildir, dernek değildir, parti değildir. Kayık biziz. Seçim sizin!

Av. V. Ahsen Coşar
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

ÖNCEKİ BAŞKAN YARDIMCILARINDAN ENVER ARSLANALP ARAMIZDAN AYRILDI



Türkiye Barolar Birliği önceki başkan yardımcılarında İzmir Barosu üyesi Hasan Enver Arslanalp 7 Mart 2013 günü İzmir'de vefat etmiştir.

İzmir Barosu'nun 337 numaralı üyesi olan merhum Av. Enver Arslanalp (1915), Göztepe Spor Kulübü'nde futbolcu ve yönetici olarak çalışmış, 1968 - 1970 yılları arasında İzmir Barosu Başkanlığı yapmış ve 1972 - 1979 yılları arasında da Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu üyeliği ve Başkan Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

ÖNCEKİ BAŞKAN YARDIMCILARINDAN GÜLÇİN ÇAYLIĞIL'I KAYBETTİK



İstanbul barosu üyesi ve Türkiye Barolar Birliği önceki başkan yardımcılarında Gülçin Çaylıgil, 10 Nisan 2013 günü Bodrum'da kalp krizi sonucu yaşama veda etmiştir.

Av. Gülçin Çaylıgil (1025) Orhan Apaydın Demokrasi ve Barış Vakfı Ödülü'nü 2001 yılında Yaşar Kemal ile birlikte aldı. Hrant Dink ve Ragıp Zarakolu le birlikte "basın özgürlüğünün korunması konusundaki çalışmalara katkıları" nedeniyle 2007 yılında da Türkiye Gazeteciler Cemiyeti'nin Basın Özgürlüğü Ödülü'ne layık görüldü.

Yetkin bir hukukçu olan Av. Gülçin Çaylıgil 1978 - 1983 yılları arasında Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu üyeliği ve Başkan Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştu.

Her iki değerli meslek büyüğümüze Tanrıdan rahmet, aileleri ile dost ve meslektaşlarımıza sabır ve başsağlığı dileriz.

ANONİM ŞİRKETLERDE ESAS SERMAYE ARTIRIMINDA PAY SAHİPLERİNİN HAKLARI

RIGHTS OF SHAREHOLDERS IN CAPITAL STOCK INCREASE IN JOINT STOCK COMPANIES

İrfan AKIN*

Özet: Anonim Şirketlerin gelişimi ve yeniden yapılanması sũrecinde sermaye artırımını hayati bir öneme sahiptir. Sermaye artırımını sayesinde Şirketler rekabet gücünü artırmakta ve sağlanan yüksek kredibilite sayesinde mali anlamda rahatlama sağlamaktadırlar. Şirketteki bu değişim ve büyümeye paralel olarak, pay sahiplerinin de aynı oranda bu geliŐimden pay almaları gerekmektedir. Çalışma, sermaye artırımını sũrecinde pay sahiplerinin haklarını incelemektedir.

Anahtar Sözcükler: Esas Sermaye Artırımı, Pay Sahiplerinin Hakları, Rũçhan Hakkı, Mũktesep Hak.

Abstract: Capital increase is of vital importance in the development of joint stock companies. Increasing the competitiveness of companies due to the capital increase. Shareholders are required to share in this development. This study examines the rights of shareholders in the process of capital increase.

Keywords: Capital Increase, Rights Of Shareholders, First Right of Purchase, Acquired Right.

A. GİRİŞ

Yapısal değişiklikler ve ortaklık yapısı, değişen Şartlara uyum sağlamak zorunda olan Şirketler tarafından kullanılabilir en önemli araçlardır. Sermaye artırımını, bu değişim ve dönüşüm sũrecinde Şirket içerisinde gerçekte en temel deđiŐikliklerden biridir. Sermaye artırımının ekonomik sebeplerinin yanında, Şirket içi dengeleri değiştirme saikıyla gerçekte bir durum değildir. Bu çalışma ser-

* Yrd. Doç. Dr., Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

maye artırımı işleminde pay sahiplerinin ve diğer hak sahiplerinin haklarının sınırlarını tespit etmeye çalışmaktadır. Uygulamada sıkça karşılaşılan şirket bünyesindeki azınlık pay sahiplerinin etkisizleştirilmesi amacıyla yapılan sermaye artırımlarında, hukuka uygunluğun sınırının nerde başladığı ve sona erdiği sorusuna da cevap aranacaktır.

B. GENEL İLKELER

Esas sermaye artırımı, kanunda tespit edilen usul izlenerek esas sözleşmedeki esas sermaye miktarının yükseltilmesidir.¹ Ekonomik gelişmenin doğal bir sonucu olan esas sermaye artırımı kararı için ekonomik sebepler arasında aşağıdaki sebepleri sayabiliriz:²

- a) Gelişip, büyüyen bir piyasada geri kalmamak ve rakipler karşısında avantajlı konuma gelebilmek için daha fazla sermayeye duyulan ihtiyaç.
- b) Borçlanma yerine veya borçların ödenebilmesi için sermaye artırımını bir alternatif olarak kullanılabilir.
- c) Şirketin kredi itibarını arttırmak ve alacaklılara güven vermek amacıyla, bilançodaki yedek akçeler ve dağıtılmayan karlar sermayeye eklenebilir.
- d) Şirketin mali yapısını güçlendirmek amacıyla, şirket borçlarının sermayeye dönüştürülmesi gerekebilir.
- e) Bilanço zararları ile kaybedilen sermayenin tamamlanması veya birleşme durumunda sermaye artırılması gerekli olabilir.³

Bu sebeplerin ötesinde anonim şirketlerde esas sermaye artırımını kural olarak her zaman yapılabilir.⁴ Esas sermaye artırımını, bir sebebin

¹ Bu çerçevede kayıtlı sermaye tavanının yükseltilmesi sermaye artırımını olarak değerlendirilemez, bkz. Poroy Reha, Tekinalp Ünal, Çamoğlu Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Beta İstanbul, 8. Basım 2000, N.1380.

² Esas sermaye artırımının sebepleri konusunda bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar*, N.1379; Pulaşlı Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Adalet Yayınevi Ankara, 1. Basım 2011, s.1601, 1602.

³ Esas sermaye artırımının sebepleri konusunda detaylı bilgi için bkz. Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, *Aktienrecht*, Bern 1996, 52-4, 9.

⁴ Anonim şirketin mali durumunun bozulması veya borca batıklık sebebiyle tasfiyeye girmesi durumunda TTK m.548/I uyarınca tasfiyeden dönülebildiği için şirket malvarlığının dağıtımına başlanmadan önce sermaye artırımını yapılması mümkündür. Yine TTK m.548/II gereği şirket iflasın açılması ile sona ermiş olmasına rağmen, iflasın kaldırılması veya konkordatonun uygulanmasıyla iflas kaldı-

gerçekleşmesinin sonucu olarak tasarlanmış bir düzenleme olmayıp, kanun koyucu tarafından kanunda öngörülmüş bir haktır ve haklı bir gerekçenin bulunması gerekmemektedir. Gerekçe gösterilmesi zorunluluğunun bulunmaması, kararın sadece bu sebeple iptal edilememesi anlamına gelmektedir. Ancak gerekçe gösterme zorunluluğunun bulunmaması, şirketin alacağı kararın TTK m.445' de öngörülen dürüstlük kuralına uygun olması zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.⁵ Esas sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararının dürüstlük kuralına aykırı olduğu ve pay sahiplerini zarara uğratma kastı ile hareket edildiğini ispatlama yükümlülüğü pay sahiplerine aittir.

Şirketin esas sermaye artırımına haklı bir gerekçe bulması gerekmediği gibi esas sermayenin mevcut miktarı da pay sahipleri için müktesep hak teşkil etmez.⁶ Bu nedenle pay sahipleri, esas sermaye artırımına katılmadıkları takdirde şirketteki paylarının azalacağı gerekçesi ile sermaye artırımına karşı çıkamazlar, çıksalar da bu hukuk düzeni tarafından korunmaz. Diğer yandan pay sahiplerinin esas sermaye artırımına katılma yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Böyle bir yükümlülük esas sözleşmede de kararlaştırılmaz. TTK m.480/I' de pay sahibinin pay bedeli veya payın itibari değerini aşan primi ifa dışında borç yükletilemez demek suretiyle bu hususu hüküm altına almaktadır.

C. SERMAYE ARTIRIMININ ÖNŞARTLARI

I. Pay Taahhütlerinin Tamamının Yerine Getirilmiş Olması

TTK m.456/I uyarınca iç kaynaklardan yapılan artırım hariç payların nakdi bedelleri tamamen ödenmediği sürece sermaye artırılamaz. Bu şekilde anonim şirketin sermaye artırmak suretiyle elde etmeyi

rilmişse, bu durumda sermaye artırımını yapılabilir.

⁵ Yargıtay aynı yöndeki kararında şu ifadeleri kullanmaktadır: *Sermaye artırımında önemli olan husus, ortaklığın çıkarları yerine, oy çokluğunu elinde bulunduran pay sahiplerinin çıkarlarını korumak maksadıyla yapılıp yapılmadığı ve sermaye artırım hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığı, ayrıca pay sahiplerini zarara uğratmak ve onların ortaklıktaki kar, tasfiye payı ve oy oranlarını azaltmak amacıyla yapılıp yapılmadığıdır.* 11. HD T.11.03.1986, E.218, K.1318.

⁶ Aynı yöndeki Yargıtay kararı için bkz. HGK T.11.10.1978, E.1977/11-103, K.824. *Tekinalp*, esas sermayenin mevcut miktarının müktesep hak oluşturmadığını belirtmesinin ardından, esas sözleşmede artırma kararının alınmasının oybirliğine bağlandığı durumda, pay sahipleri bakımından sözleşmesel bir müktesep hakkın doğduğunu ifade etmektedir, *Tekinalp* (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar*, N.1381.

planladığı kaynağın, öncelikle mevcut payların ödenmeyen borçlarından elde edilmesi amaçlanmaktadır. Eski kanundan farklı olarak söz konusu maddenin devamında sermayeye oranla önemli sayılmayan tutarların ödenmemiş olması sermaye artırımını engellemeyeceği ifade edilmiştir. Bu şekilde taahhüt edilen sermayenin tamamının ödenmiş olmasının gerekip gerekmediği konusundaki tartışmaya⁷ da açıklık getirilmiş olmaktadır. Ödenmemiş sermaye tutarının hangi orandan itibaren önemli sayılacağı sorusu ise, somut olayın özelliklerinin göz önünde bulundurulacağı yargı içtihatları ile cevaplandırılabilir bir konu olacaktır. İç kaynaklardan sermaye artırımı durumunda, taahhüt edilen sermayenin ödenmesi ön şart olarak değerlendirilemez. Esas sermayenin ödenmiş olması şartı aynı zamanda taahhüt edilen nakdi, aynı ve diğer hakların tamamını kapsamaktadır.

II. Bilançoda Sermayeye Eklenmesine Mevzuatın İzin Verdiği Fonların Bulunmaması

Anonim şirketlerde esas sermayenin sermaye taahhüt edilmesi yoluyla artırılabilmesi, bilançoda sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiği fonların bulunması hâlinde ancak bu fonların sermayeye dönüştürülmesiyle mümkündür, TTK m.462/III. Madde gerekçesinde düzenlemenin amacının pay sahiplerinin haklarının korunması olduğu, bu nedenle istisnasının olmadığı ve hiçbir şekilde bertaraf edilemeyecek emredici bir kural olduğu ifade edilmektedir. Emredici nitelikteki bu kurala aykırılığın hukuki sonucu butlandır.

Uygulamada bazı şirketlerin, bilânçoda sermayeye eklenebilecek bir fon mevcutken veya böyle bir fonun hesaplanıp bilânçoya konulması yolu açıkken, önce nakdî sermaye artırımını yaparak ve çoğu kez bunun miktarını yüksek tutarak, artırıma bazı pay sahiplerinin katılmamalarından diğer bir grup pay sahibine yarar sağladıkları görülmesi nedeniyle TTK m.462/III'deki düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur. Düzenleme ile doktrindeki hâkim görüş ve Yargıtay içtihatları kanunlaştırılmıştır.⁸

⁷ Sermaye payının tamamen ödenmediği durumlarda sermaye artırımını yapılamayacağını ileri süren görüşe karşın, ödememe konusunda gerekli girişimlerde bulunulmasını sermaye artırımını için yeterli sayan diğer bir görüş de bulunmaktadır. Detaylar için bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar*, N.1384.

⁸ TTK m.462/III madde gerekçesi.

Düzenleme gereği hem bu fonların sermayeye dönüştürülmesi, hem de aynı zamanda ve aynı oranda sermayenin taahhüt edilmesi yoluyla sermaye artırılması mümkündür. Şirkete bu imkânın sağlanmasının temelindeki düşünce, şirketin nakdî sermayeye duyduğu gereksinimin acil olduğu ve şirketin nakdî sermaye artırımını derhal yapmasında haklı sebeplerin bulunduğudır. Ancak hükmün bu öngörülme amacı gözden kaçırılarak, bazı pay sahiplerine zarar vermenin bir aracı olarak kullanılmasının engellenmesi düşüncesiyle, hükmün uygulanması mahkeme denetimi altına alınmıştır.

Artırım genel kurul veya yönetim kurulu kararının ve esas sözleşmenin ilgili maddelerinin değişik şeklinin tescili ile kesinleşir, TTK m.462/III. Artırım kararının kesinleştiği tescil anında pay sahibi olanlar paylarının sermayeye oranına göre bedelsiz payları kendiliğinden iktisap ederler. İç kaynaklardan yapılan sermaye artırımının kesinleştiği tescil anında, eski pay bedelsiz pay da eklenmiş olarak kendiliğinden doğar.⁹ Bu konuda bir şirket organının karar almasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Pay sahiplerinin bu hakkı TTK m.461 anlamında bir rüçhan hakkı olmadığı için, rüçhan hakkının tabi olduğu sınırlamalara tabi değildir. Pay sahiplerinin bu hakkı kaldırılamaz, sınırlandırılmaz ve vazgeçilemez niteliktedir.

D. SERMAYE ARTIRIM TÜRLERİ

Farklı kıstaslara göre sermaye artırımını işlemini türlere ayırmak mümkün olsa da,¹⁰ bu çalışma çerçevesinde özellikle pay sahiplerinin haklarını doğrudan etkileyen ve kanundaki tasnifleme şekline uygun olarak sermaye sistemlerine göre sermaye artırım türleri ele alınacaktır. Diğer kıstaslara göre yapılan ayrımlar hakkında yeri geldikçe açıklama yapılacaktır.

⁹ TTK m.462/III madde gerekçesine göre, iç kaynaklardan yapılan artırımın kesinleştiği an, eski pay, bedelsiz pay ile donanmış olarak yani, eski pay+bedelsiz paydan oluşan pay şeklinde doğar. Doğma ipso iure'dir. Yoksa bir şirket organının, bedelsiz payın iktisabına ilişkin bir karara ne gerek vardır, ne de organların böyle bir karar almaya yetkileri vardır.

¹⁰ Sermaye sistemlerine göre yapılan artırım dışında, taahhüt edilen sermayenin yerine getiriliş şekline veya getirilecek sermayenin kaynağına göre de bir sınıflandırma yapmak mümkündür.

I. Esas Sermaye Sisteminde Sermaye Artırımı

Esas sermaye sisteminde sermaye artırımı işleminin sözleşme değişikliğini gerektirmesi nedeniyle bu konuda karar alma organı, TTK m.456/II'de de ifade edildiği üzere, şirket genel kuruludur.¹¹ Esas sermayenin artırılması sürecinde esas sözleşmede yer alan sermaye maddesinin değiştirilmesi gerekmektedir. Esas sözleşmede bulunan esas sermayeye ilişkin eski metnin yerini alacak yeni sözleşme metni, yönetim kurulu tarafından hazırlanır. Bu değişiklik için genel kurul TTK m.421/I'de öngörülen nisap ile toplanır ve karar alır. Maddeye göre kanunda veya esas sözleşmede aksine hüküm yoksa, esas sözleşmeyi değiştiren kararlar, şirket sermayesinin en az yarısının temsil edildiği genel kurulda, toplantıda mevcut bulunan oyların çoğunluğu ile alınır. İlk toplantıda öngörülen toplantı nisabına ulaşamadığı takdirde, en geç bir ay içinde ikinci bir toplantı yapılabilir. Bu toplantıda şirket sermayesinin en az üçte birinin temsil edilmesi gerekmektedir. Kanunda belirlenen bu nisapları düşüren veya nispi çoğunluğu öngören esas sözleşme hükümleri geçersizdir. Eski Kanundan farklı olarak TTK, sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararının uygulanabilmesi için imtiyazlı pay sahiplerinin bu kararı onaylaması şartını aramaktadır.

1. Artırılan Sermayenin Ödenmesi

Sermaye borcunun yerine getirilmesi, taahhüt edilen sermaye türüne göre farklılık gösterir.

a. Nakdi Sermayenin Ödenmesi

Sermaye taahhüdünün nakit olması durumunda, TTK m.344/I uyarınca nakden taahhüt edilen payların itibarî değerlerinin en az yüzde yirmi beşi tescilden önce, gerisi de şirketin tescilini izleyen yirmi dört ay içinde ödenmesi gerekmektedir. Payların çıkarma primlerinin tamamı tescilden önce ödenir.¹²

¹¹ Genel kurul kararının yanında TTK m.453 uyarınca, 333. maddede Gümrük ve Ticaret Bakanlığının izninin alınmasının gerekli olduğu şirketlerde, sermaye değişikliğine ilişkin esas sözleşme değişikliğinde Bakanlığın izni gerekmektedir.

¹² TTK m.344, Sermaye Piyasası Kanununun pay bedellerinin ödenmelerine ilişkin hükümlerini saklı tutmuştur.

Nakdî ödemeler, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununa bağlı bir bankada, şirket adına açılacak özel bir hesaba, sadece şirketin kullanabileceği şekilde yatırılır. Taahhüt edilen payların, kanunda veya esas sözleşmede öngörülmüş bulunan ve kanunda yazılı olandan daha yüksek olan tutarlarının ödendiği, ticaret siciline yöneltilecek bir banka mektubu ile ispatlanır. Banka bu tutarı, şirketin tüzel kişilik kazandığını bildiren bir sicil müdürlüğü yazısının sunulması üzerine, sadece şirkete öder, TTK m.345/I.

b. Aynı Sermayenin Ödenmesi

Taahhüt edilen sermaye aynı sermaye ise TTK m.342 ve 343 kıyasen uygulanır. Üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikrî mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dâhil, malvarlığı unsurları aynı sermaye olarak konulabilir. Hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar sermaye olamaz, TTK m.342/I. Sermayenin korunması ilkesi ile bağdaşmayacağı gerekçesi ile üzerinde sınırlı aynı bir hak, haciz veya tedbir bulunan, nakden takdir ve devrolunamayan aynların anonim şirkete sermaye olarak konulmasına Kanun müsaade etmemiştir.¹³ Fikrî mülkiyet hakları, fikir ve sanat eserlerini, bağlantılı hakları, markaları, tasarımları, patentleri, coğrafî işaretleri, tescil edilmemiş haklar ile bilgileri, bitki geliştirilmesini, yani ıslahçı haklarını, yarı iletkenlerin topografyalarını kapsamaktadır. Devredilebilme ve nakden takdir olunabilme şartı, hem fikrî mülkiyet hakları hem de elektronik ortamlar için aranmaya devam etmektedir.¹⁴

Söz konusu sermaye unsurlarının değerlendirilmesine ilişkin prosedür TTK m.343' de düzenlenmektedir. Maddeye göre konulan aynı

¹³ 6762 sayılı Kanunda düzenlenmeyen bu nokta böylece açıklığa kavuşturulmuştur, TTK m.342 madde gerekçesi. Yine gerekçeye göre Kanun, tapuya bağlanmamış, zilyedliğin devri yolu ile devredilen taşınmazlar sorununu içtihatı bırakmayı uygun görmüştür.

¹⁴ Ayrıca, fikrî mülkiyet hakları ile elektronik ortamlar çok çeşitli türleri içerdikleri için bu türlerden bazıları, özellikle bağlantılı haklar, meselâ bir kısım fonogram yapımcısı hakları sermaye olarak konulmaya müsait olmayabilir, ya da bu hakların değerlendirilmeleri sorun oluşturabilir. Kanunun 343 üncü maddesine göre yapılacak değerlendirmede, bilirkişiler bu noktayı belirtmek, mahkemenin dikkatini çeken, ifadesi açık olan ve kesin nitelik taşıyan görüş beyan etmekle yükümlüdürler, TTK m.342 madde gerekçesi.

sermaye ile kuruluş sırasında devralınacak işletmelere ve aynılara, şirket merkezinin bulunacağı yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirkişilerce değer biçilir. Değerleme raporunda, uygulanan değerlendirme yönteminin somut olayın özellikleri bakımından herkes için en adil ve uygun seçim olduğu; sermaye olarak konulan alacakların gerçekliğinin, geçerliğinin ve 342. maddeye uygunluğunun belirlendiği, tahsil edilebilirlikleri ile tam değerleri; aynı olarak konulan her varlık karşılığında tahsis edilmesi gereken pay miktarı ile Türk Lirası karşılığı, tatmin edici gerekçelerle ve hesap verme ilkesinin icaplarına göre açıklanır. Bu rapora kurucular ve menfaat sahipleri itiraz edebilir. Mahkemenin onayı ile bilirkişi kararı kesinlik kazanır.

2. Yönetim Kurulu Beyanı

Yönetim kurulu tarafından bilgiyi açık, eksiksiz, doğru ve dürüst bir şekilde verme ilkesine uygun olarak, sermaye artırımının türüne göre bir beyan imzalanır.

Beyanda;

- i) Nakdî sermaye konuluyorsa; artırılan kısmın tamamen taahhüt edildiği, kanun veya esas sözleşme gereğince ödenmesi gerekli tutarın ödendiği; aynı sermaye konuluyor veya bir ayın devralınıyorsa bunlara verilecek karşılığın uygun olduğu ve 349 uncu maddede yer alan hususların somut olayda mevcut bulunması hâlinde bunlara ilişkin açıklamalar; devralınan aynı sermaye, aynı türü, değerlendirmenin yöntemi, isabeti ve haklılığı; bir borcun takası söz konusu ise, bu borcun varlığı, geçerliliği ve takas edilebilirliği; sermayeye dönüştürülen fonun veya yedek akçenin serbestçe tasarruf olunabilirliği; gerekli organların ve kurumların onaylarının alındığı; kanuni ve idari gerekliliklerin yerine getirildiği; rüçhan hakları sınırlandırılmış veya kaldırılmışsa bunun sebepleri, miktarı ve oranı; kullanılmayan rüçhan haklarının kimlere, niçin, ne fiyatla verildiği hakkında belgeli ve gerekçeli açıklamalar yer alır.
- ii) İç kaynaklardan yapılan sermaye artırımının hangi kaynaklardan karşılandığı, bu kaynakların gerçekliği ve şirket malvarlığı içinde var oldukları konusunda garanti verilir. Şartlı sermaye artırımının ve uygulamasının kanuna uygunluğu belirtilerek, hizmet sunanla-

ra ve diğer kimselere ödenen ücretler, sağlanan menfaatler hakkında, emsalleriyle karşılaştırma yapılarak bilgi verilir, TTK m.457/II.

3. Tescil ve İlan

Sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararı üç ay içerisinde şirket merkezinin bulunduğu yerin ticaret siciline verilerek, esas sermaye artırımını tescil ve ilan ettirilir, TTK m.456/III. Tescilin süresinde yapılmaması halinde, sermaye artırımını yönündeki genel kurul kararı geçersiz hale gelir. Tescil ile esas sermaye artırım kararı üçüncü kişilere karşı etkili olur. Ancak tescilden sonra şirket artırılan sermaye miktarı ile alacaklılara karşı sorumlu olur. Yine aynı şekilde ortaklar da, yeni paylarından kaynaklanan hak ve yükümlülükleri ancak tescilden sonra iktisap edebilirler. Diğer bir ifade ile tescilden önce sermaye artırım kararı sonuçlarını doğurmaz ve tescil, sermaye artırım kararı bakımından kurucu niteliktedir. Tescil ve ilan edilen karar şirketin internet sitesine de konulur, TTK m.455.

II. Kayıtlı Sermaye Sisteminde Sermaye Artırımı

Yeni TTK ile birlikte, daha önce sadece SerPK'ya tabi şirketler bakımından uygulanabilen kayıtlı sermaye sistemi, halka açık olmayan anonim şirketler için de bir sermaye artırım opsiyonu olmuştur. Kayıtlı sermaye sistemi sayesinde, şirketlerin sermaye yapısının esnek şekilde düzenlenmesi ve ihtiyaç halinde yeni hisse senetlerinin zaman kaybetmeksizin çıkarılması sağlanmaktadır.¹⁵

TTK m.460/I uyarınca halka açık olmayan bir anonim şirkette ilk veya değiştirilmiş esas sözleşme ile sermayeyi artırma yetkisi yönetim kuruluna verilmiş ise, yönetim kurulu sermaye artırımını, esas sözleşmede belirlenen kayıtlı sermaye tavanına kadar ve öngörülen yetki sınırları içinde gerçekleştirebilir.

1. Sınırlamalar

Yönetim kuruluna ya kuruluş esas sözleşmesinde, ya da kuruluştan sonra genel kurul kararı ile sermaye artırma yetkisi verilebilir. Ser-

¹⁵ Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, *Aktienrecht*, Bern 1996, 52-213.

maye artırım yetkisinin yanında kayıtlı sermaye tavanı da belirlenmelidir. Kanunda artırılabilecek sermayenin üst sınırıyla ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Genel kurul, kayıtlı sermaye tavanının belirlenmesi hususunda özgür bırakılmıştır.¹⁶ Yönetim kurulu esas sözleşmede kendine tanınan bu sınırlar çerçevesinde sermaye artırımını yapabilir. Bu yetki en çok beş yıl için tanınabilir.¹⁷ Halka açık olmayan anonim şirketlerde TTK hükümleri uygulama bulacaktır. Halka açık anonim şirketlerde ise Sermaye Piyasası Kanununun ilgili hükümleri uygulanır, TTK m.460/VII.

2. Yönetim Kurulu Kararı

TTK m.460/II'ye göre sermayenin artırılabilmesi için yönetim kurulu;

- i. esas sözleşmenin sermayeye ilişkin hükümlerinin, 333 üncü maddede uyarınca gerekli olması hâlinde Sanayi ve Ticaret Bakanlığından izni alınmış şekillerini,
 - ii. sermayenin artırılmasına ilişkin kararını,
 - iii. imtiyazlı paylara ve rüçhan haklarına ilişkin sınırlamaları,
 - iv. prime dair kayıtları ve bunun uygulanması hakkındaki kuralları,
- esas sözleşmede öngörüldüğü şekilde ilan eder ve internet sitesinde yayımlar.

Yönetim kurulu, bu kararında; artırılan sermayenin tutarını, çıkarılacak yeni payların itibarî değerlerini, sayılarını, cinslerini, primli ve imtiyazlı olup olmadıklarını, rüçhan hakkının sınırlandırılıp sınırlandırılmadığını, kullanılma şartları ile süresini belirtir ve bu hususlarla kamuyu aydınlatma ilkesi uyarınca gerekli olan diğer konularda bilgi verir. Yönetim kurulunun, imtiyazlı veya itibarî değerinin üzerinde pay çıkarabilmesi ve pay sahiplerinin yeni pay alma haklarını sınırlandı-

¹⁶ Alman (AktG m.202/III) ve İsviçre (OR. m.651/II) hukukunda kayıtlı sermaye artırımında miktar sınırlaması yapılarak, kayıtlı sermaye artırımındaki sermaye artışının genel kurul kararı alındığı tarihteki mevcut sermayenin yarısından fazlasını aşamayacağı öngörülmektedir.

¹⁷ Beş yıllık süre AB yönergesinde (Art.25/2 EG-2) öngörülen süre ile uyumludur. Alman hukukunda (AktG m.202/I) beş, İsviçre hukukunda (OR Art.651/I) ise iki yıllık bir süre öngörülmektedir.

dırabilmesi için esas sözleşmeyle yetkilendirilmiş olması şarttır, TTK m.460/IV. Sermaye artırımının gerçekleştirilmesinden sonra, çıkarılmış sermayeyi gösteren esas sözleşmenin sermaye maddesinin yeni şekli, yönetim kurulunca tescil ettirilir.

Çıkarılacak yeni payların taahhüdü, ödenmesi gereken en az nakdî tutar, aynı sermaye konulması ve diğer konular hakkında 459 uncu madde hükümleri kıyas yoluyla uygulanır, TTK m.460/III. TTK m.460/V uyarınca yönetim kurulu kararları aleyhine, pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri, 445 inci maddede öngörülen sebeplerin varlığı hâlinde kararın ilanı tarihinden itibaren bir ay içinde iptal davası açabilirler. Bu davaya 448 ilâ 451 inci maddeler kıyas yoluyla uygulanır.

III. Şarta Bağlı Sermaye Artırımı

Şarta bağlı sermaye artırımı yeni çıkarılacak tahvillerin ve benzeri borçlanma araçlarının alacaklılarının şirketin pay sahiplerine dönüşmelerini amaçlayan bu yolla şirkete sermaye sağlayan, yani finansmana yardımcı olan ve çalışanlar için pay senedi çıkarılmasına olanak veren bir sermaye artırımı yöntemidir. TTK m.463/I uyarınca genel kurul, yeni çıkarılan tahviller veya benzeri borçlanma araçları nedeniyle şirketten veya topluluk şirketlerinden alacaklı olanlara veya çalışanlara, yeni payları edinmek hakkı sağlamak suretiyle sermayenin şarta bağlı artırılmasına karar verebilir. Genel kurulun bu yolla sermaye artırımı yapabilmesi için esas sözleşmede yer alan değiştirme veya alım haklarına dayanması gerekmektedir.

Şarta bağlı sermaye artırımı sisteminde genel kurul, sermaye artırımının miktarına karar vermemekte, sermaye artırım şartlarını belirlemektedir.¹⁸ Genel kurul şartlı sermaye artırım kararı ile süreci başlatır, ancak sermaye, değiştirme veya alım hakkı kullanıldığı ve sermaye borcu takas veya ödeme yoluyla yerine getirildiği anda ve ölçüde kendiliğinden artar, TTK m.463/II. Değiştirme hakkı; tahvillere ve benzeri borçlanma araçlarına bağlanmış, sahibine söz konusu borçlanma

¹⁸ Bu tür artırımda, genel kurul kararı sermayeyi artırmamakta, esas sözleşmede, kanunda sayılmış kişilere değiştirme veya alım haklarını kullanmak yolu ile yeni payları edinmek hakkı sağlamak suretiyle, sermayenin şarta bağlı artırılmasına karar vermektedir. Başka bir deyişle genel kurul sermayeyi artırmamakta, sermayenin artmasını alım ve değiştirme haklarının kullanılması şartına tâbi kılmakta; bu düzeni kuran esas sözleşme hükmünü kabul etmektedir, TTK m.463 madde gerekçesi.

senetlerini tek taraflı iradesiyle, şirketin pay senedi ile değiştirme hakkını veren bir haktır. Bu hak yenilik doğurucudur. Yenilik doğurucu hakkın kullanımı ile alacak ile pay senedi bedeli takas edilmiş olur.¹⁹ Bu usulde sermaye, uzun sayılabilecek bir süre içinde, değiştirme ve alım hakları sahipleri tarafından kullanıldıkça, damla damla artar. Başka bir deyişle, sermayeyi, üçüncü kişilerin kendilerine tanınan alım ve değiştirme haklarını kullanmaları artırır. Her hak kullanımında arttığı için, sermaye değişkendir. Bu haliyle şarta bağlı sermaye artırımını, sabit sermaye sisteminin bir istisnasıdır.

1. Genel Kurul Kararı

Şarta bağlı sermaye artırımını yapabilmek için esas sözleşmede artırımın şartları ve kurallarının bulunduğu bir hüküm bulunmalıdır. Bu hüküm, her şarta bağlı sermaye artırımında kullanılacak genel bir hüküm olamaz. Sistem gereği her artırım için, ona özgü, yani ayrı bir esas sözleşme hükmüne ihtiyaç vardır.²⁰ Alınacak bu genel kurul kararı sermaye artırım kararı olmayıp, şarta bağlı sermaye artırımının sözleşmesel dayanağını oluşturmaktadır. Esas sözleşmede aksine bir hüküm yoksa genel kurul şarta bağlı sermaye artırım kararını, sermayenin en az yüzde ellisini oluşturan pay sahiplerinin olumlu oyu ile alır, TTK m.421/I. İlk toplantıda bu nisap sağlanamazsa, ikinci toplantıda şirket sermayesinin en az üçte birinin toplantıda temsil edilmesi ve mevcut payların çoğunluğuyla karar alınması gerekmektedir.

Genel kurul tarafından yapılacak esas sözleşme değişikliği sonucu esas sözleşmeye eklenecek yeni maddede bulunması gereken unsurlar TTK'nın 465. maddesinde sayılmaktadır. Şarta bağlı sermaye artırımını yapılabilmesi için, 465. maddedeki içeriğe sahip ve esas sözleşmeye şarta bağlı sermaye artırımını için konulmuş bir esas sözleşme hükmüne ihtiyaç vardır. Genel kurulun kararı bir esas sözleşme değişikliği niteliğindedir. Genel kurul bu yetkisini başka bir organa devredemez. Alınan bu karar noter tarafından onaylanır ve tescil edilir. Üçüncü

¹⁹ Tahvilin ve benzeri borçlanma araçlarının alacaklısı sadece mezkûr senetlerde yazılı anaparanın ve faizinin değil, bir alternatif faculta olarak şirketin pay senedini elde etmeye ilişkin beklentinin de hamilidir, TTK m.463 madde gerekçesi.

²⁰ Şarta bağlı sermaye artırımını tamamlanınca ona ilişkin sözleşme maddesi tükendiği için esas sözleşmeden çıkarılır. Yeni bir şarta bağlı sermaye artırımını ancak yeni bir esas sözleşme hükmünün kabulü ile mümkün olacaktır.

kişileri ve özellikle kredi verenlerden bazılarını şirketin sermayesini artırdığı yanılgısına düşürebileceği gerekçesi ile ilân zorunlu tutulmamıştır. TTK m.465 uyarınca şartlı sermaye artırımında esas sözleşmede bulunması zorunlu hususlar şunlardır:

i. Şarta Bağlı Sermaye Artırımının İtibari Değeri TTK m.465/I-a)

TTK m.465/I-a) hükmüne göre, esas sözleşmede şarta bağlı sermaye artırımının itibari değeri bulunmalıdır. Madde metninden kastedilen, genel kurulun şarta bağlı sermaye artırım kararına dayanılarak esas sermayenin artırılması mümkün olan azami sınıridir. Şartlı olarak artırılan sermayenin toplam itibari değeri sermayenin yarısını aşamaz, TTK m.464/I.

ii. Payların Sayıları, İtibari Değerleri ve Türleri TTK m.465/I-b)

Esas sözleşmede yeni çıkarılacak payların azami sayısı, itibari değerleri ve türleri belirtilmelidir. Türleri başlığı altında, payların nama, bağlı nama yazılı veya hamiline yazılı olduğu açıklanmalıdır.

iii. Değiştirme veya Alım Hakkından Yararlanabilecek Gruplar TTK m.465/I-c)

Şirket esas sözleşmesinde, değiştirme ve alım hakkını kullanabilecek hak sahipleri, grup olarak tespit edilmelidir. Tahvil ve diğer borçlanma senetlerinde seri numarası verilerek gruplandırma yapılabilir. Ayrıca bu borçlanma senetlerinin vadesi, değiştirme süresi ve kime (alacaklılara mı, işçilere mi) tahsis edildiği konuları da esas sözleşmede yer almalıdır. Şirketin işçilerine tahsis edilen değiştirme ve opsiyon senetlerinin varlığı halinde, bu senetlerin başlıca nitelikleri ve özellikleri tespit edilmelidir.²¹

iv. Mevcut Pay Sahiplerinin Rüçhan Haklarının Kaldırılmış Bulunduğunu ve Bunun Miktarını TTK m.465/I-d)

Şirket esas sözleşmesinde mevcut pay sahiplerinin kaldırılmış bulunan rüçhan haklarının miktarı da belirtilmelidir. Bu şekilde pay

²¹ Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, *Aktienrecht*, Bern 1996, 52-375; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, s.1648.

sahiplerinin rüçhan haklarının ne miktarda kaldırıldığıнын net tespiti yapılabilecektir. Esas sözleşmede yer alacak bu bilgi hukuk güvenliği bakımından önem taşımaktadır.

Değiştirme ve alım hakkı içeren tahviller veya benzeri borç araçları öncelikle pay sahiplerine önerilmiyorsa, esas sözleşmede ayrıca değiştirme veya alım haklarının kullanılma şartlarının ve ihraç bedelinin hesaplanmasına ilişkin esasların açıklanması gerekmektedir, TTK m.465/II.

v. Belli Pay Gruplarına Tanınacak İmtiyazlar TTK m.465/I-e)

Şarta bağlı sermaye artırımını sonucu oluşan paylara imtiyaz tanınması durumunda, bu imtiyazların esas sözleşmede açık olarak belirtilmesi gerekmektedir.²²

vi. Yeni Nama Yazılı Payların Devrine İlişkin Sınırlamalar TTK m.465/I-f)

Yeni çıkarılan nama yazılı payların devirleri bir izne tabi tutulmuşsa, bu sınırlamaların da esas sözleşmede belirtilmesi gerekmektedir.

2. Yönetim Kurulu Kararı

Yönetim kurulu, bu süreçte genel kurulca alınan sermaye artırım kararının uygulanmasını sağlamaktadır. Kayıtlı sermaye sisteminin aksine genel kurul yönetim kuruluna herhangi bir yetki devrinde bulunmamaktadır. Artırımın gerçekleşme zamanı üçüncü kişilerin kararına, yani şarta bağlı kalmaktadır. Yönetim kurulunun şartlı sermaye kararını uygulayabilmesi için yönetim kurulu tarafından alınacak bir uygulama kararına ihtiyaç vardır. Bu kararında yönetim kurulu, tahvil ve benzeri borçlanma senetlerini karşılayacak miktarda hisse senetlerinin sayılarını, türlerini, ihraç fiyatı, değiştirme/alım hakkının uygulanmasına ilişkin süre ve önerilmeye muhatap olma hakkı veya pay sahiplerinin söz konusu tahvil ve borçlanma senetlerini öncelikle almalarına ilişkin hakların sağlanması hususunda asgari esas sözleşme gereklerini tespit etmektedir.²³ Yönetim kurulunun bu kararının noter

²² Söz konusu imtiyazlar sadece kar payı, tasfiye payı veya yeni ihraç edilecek paylarda rüçhan hakkı gibi finansal yararlanmalar sağlanması halinde esas sözleşmede yer almalıdır, bkz. Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, s.1649, 1650.

²³ Pulaşlı Hasan, *Sermaye Artırımı*, Batider, C.XXIII, Sa.4, s.73.

tarafından onaylanması gerekli olmayıp, esas sözleşmede öngörüldüğü şekilde ilan edilmesi yeterlidir, TTK m.460/II.

3. Hak Sahipleri ve Hakkın Kullanımı

Değiştirme ve alım haklarını kullanarak şirketin paylarını edinme imkânı sınırlı sayıdaki kişilere tanınmıştır. Bu hak sahipleri iki gruptur: 1. Şirket veya topluluk şirketleri tarafından yeni çıkarılan, yani değiştirme hakkını içererek ihraç edilmiş bulunan tahvillerin ve benzeri borçlanma araçlarının alacaklıları; 2. Çalışanlar.

Çalışanlar, şirketin ve topluluk şirketlerinin işçileri dâhil, bütün çalışanları kapsayan bir ifadedir. Kanun koyucu tarafından eskiden çıkarılmış, halen dolaşımda bulunan tahvil ve diğer borçlanma senetlerinin sahiplerine değiştirme ve alım hakkının tanınıp tanınmayacağı konusunda net bir tavır alınmamış, bu konuda nihai görüşü öğreti ile yargı kararlarına bırakmıştır.

Şarta bağlı sermaye artırımında değiştirme ve alım hakkı sahibi tarafından alınacak payın bedelinin ne zaman ne şekilde ödeneceği TTK m.463/II'de düzenlenmiştir. Madde bu konuda bir ayırım yapmıştır: 1. Değiştirme hakkının söz konusu olduğu hallerde, alınan payın bedeli, değiştirme hakkının kullanıldığı anda takas yolu ile ödenir. Alınan payın bedeli bellidir ve bu bedel, payı alacak olan değiştirme hakkı sahibinin ödemesi gereken bir sermaye borcudur. Diğer yandan değiştirme hakkının bağlı bulunduğu tahvil veya benzeri borçlanma senedinin içerdiği anapara ve oluşan faiz tutarı da bellidir. Değiştirme hakkı kullanıldığında anapara ve faiz tutarı payın bedeli ile ipso iure takas edilmiş olur. 2. Alma hakkı söz konusu ise payın bedeli, alma hakkı sahibi tarafından nakden ödenir. Bu paylar ayın karşılığı çıkarılamazlar. Ancak şirketin, alım hakkı sahibinin bir işletme veya aynî satışından dolayı şirketten alacağı varsa iki alacağın takası mümkündür.²⁴

4. Sınırlamalar

TTK m.464/I'e göre şartlı olarak artırılan sermayenin toplam itibarı değeri, sermayenin yarısını aşamaz.²⁵ Bu sınırlama ile kanun

²⁴ TTK m.463 madde gerekçesi.

²⁵ Aynı sınırlama İsviçre (OR. Art. 651/II) ve Alman (AktG m.192/III) hukukunda

koyucu, sermaye artırımını konusunda şirket organları dışındaki bir mercie verilecek yetkinin çerçevesini belirlemektedir. Sonuç itibariyle bu durum istisnai bir durumdur ve bir sınıra bağlanmak zorundadır. Aksi durumda şirketin sermayesi üçüncü kişiler tarafından sınırsız olarak artırılabilir.²⁶

TTK zaman konusunda bir sınırlama getirmemiştir. Genel kurul gerekli görmesi halinde, genel olarak veya belirli kullanma amacına yönelik olarak belirli bir süre içerisinde sermaye artırımının gerçekleşmesini öngörebilir. Kanunda belli bir sürenin öngörülmemesinin amacı, şirketin uzun vadeli borçlanmasıyla sermaye artırımını kararı ile kısıtlanmasını engellemektir. Bu sayede şirketin uzun vadeli borçlanması, şarta bağlı sermaye artırım kararını etkilemeyecektir veya belli bir sürenin öngörüldüğü şarta bağlı sermaye artırım kararı alması nedeniyle şirket, kısa vadeli borçlanmak zorunda kalmayacaktır.

G. SERMAYE ARTIRIMINDA PAY SAHİPLERİNİN HAKLARI

I. Pay Sahiplerinin Rüçhan Hakkı

Her pay sahibi, taahhütsüz sermaye artırımını sonucu yeni çıkan payları, mevcut paylarının sermayeye oranına göre alma hakkına sahiptir, TTK m.461/I. Pay sahiplerinin sahip olduğu bu hakka rüçhan hakkı denir. Böylesi bir hakkın pay sahiplerine tanınmasının temel nedeni, esas sermayenin artırılmasından sonra da mevcut payların, mali gücünün ve yönetim haklarının aynı seviyede kalmasını sağlamaktır.²⁷ Rüçhan hakkı sayesinde bir grup pay sahibinin, sermaye artırımını şirket içerisindeki etkinliklerini artırma aracı olarak kullanması engellenmektedir.

Rüçhan hakkı, pay sahibinin malvarlığı haklarının yanında, katılma haklarının da korunmasını amaçlamaktadır. Pay sahibi rüçhan hakkı sayesinde sahip olduğu pay oranını korur. Buna bağlı olarak da genel kurulda aynı oranda katılım ve diğer azınlık hakları kullanımını sürdürür. Rüçhan hakkının olmaması durumunda, sermaye artırımını sonrası pay oranının düşmesine bağlı olarak oy oranı da düşecek ve

da bulunmaktadır.
²⁶ TTK m.464/I madde gerekçesi.
²⁷ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar*, N. 1403.

katılma hakkı pay sahibinin rızası hilafına azalacaktır. Rüşhan hakkının kullanımı için yeni çıkan paylarının niteliğinin bir önemi bulunmamaktadır. Pay sahibi rüşhan hakkı sınırlandırılmadığı takdirde, yeni çıkan bütün paylardan öncelikle alma hakkına sahiptir.²⁸

1. Rüşhan Hakkının Hukuki Niteliği

Rüşhan hakkı, pay sahipleri için bir imtiyaz yada müktesep hak niteliğinde bir hak değildir. Esas sözleşmede yapılan özel bir düzenleme ile pay sahiplerine öncelikli olarak yeni çıkan paylardan alma hakkı tanındığı durumlarda, esas sözleşmeden kaynaklanan sözleşmesel bir müktesep haktan söz edebiliriz.²⁹

Rüşhan hakkı hukuki niteliği itibariyle nispi bir haktır. Bu hak sermaye artırımında sadece sermaye artırımında bulunan şirkete karşı ileri sürülebilir. Pay sahibinin rüşhan hakkından kaynaklanan sermaye artırımına katılma yükümlülüğü bulunmamaktadır.³⁰ Rüşhan hakkı kök paya ait bir hak olup, payın ürünü niteliğinde değildir. Bu nedenle rüşhan hakkı intifa ve rehin hakkı sahipleri tarafından değil, payın maliki tarafından kullanılabilir.³¹

2. Rüşhan Hakkının Kullanılması

TTK m.461/III uyarınca yönetim kurulu pay sahiplerinin yeni pay alma haklarını kullanabilmelerinin esaslarını bir karar ile belirler ve bu kararda pay sahiplerine rüşhan haklarını kullanabilmeleri için en az on beş gün süre verir. Söz konusu yönetim kurulu kararı tescil edilir ve Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilan olunur. Ayrıca sermaye artırımını yapan şirketin internet sitesinde uygun bir şekilde yayınlanır. Yönetim kurulu pay sahiplerinin rüşhan haklarını kullanabilmeleri için somut olayın gerektirdiği bütün tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu kapsam-

²⁸ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, s.1628.

²⁹ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, s.1629.

³⁰ von Plant, Thomas, *Der Schutz der Aktionäre bei der Kapitalerhöhung*, Basel Frankfurt a.M. 1982, s.15.

³¹ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar*, N. 1404. Yargıtay 11.HD 03.06.1994 tarihli ve 2551/4617 sayılı kararında aynı yönde şu kararı vermiştir: "Yeni pay alma hakkı, payın ürünü (semeresi) olmayıp kök paya aittir. Kök hakkının genişlemesi niteliğindedir. Rüşhan hakkı, pay üzerinde intifa veya rehin hakkı olan tarafından değil, kök payın maliki tarafından kullanılır."

da hakkın kullanılabilmesi için on beş günlük süreden daha fazlası gerekir ise, yönetim kurulunun bu süreyi alacağı kararda pay sahiplerine tanınması gerekmektedir.³² Yönetim kurulu tarafından belirlenecek bu süre hak düşürücü süredir.³³

Rüçhan hakkının kullanımı pay senedi üzerindeki yeni pay alma hakkı kullanım kuponları karşılığında veya pay senedi ibrazı suretiyle yapılır.³⁴ Yönetim kurulu tarafından tanınan süre içinde rüçhan hakkını kullanmak isteyen her pay sahibi, TTK m.459/II'de belirlenen şekilde iştirak taahhütnamesini hazırlayıp, şirket yönetim kuruluna iletmelidir. İştirak taahhüdü, yeni pay almaya ilişkin 461. madde çerçevesinde, kayıtsız, şartsız ve yazılı olarak yapılır. İştirak taahhütnamesi, taahhütnamenin verilmesine sebep olan sermaye artırımını belirtilerek; taahhüt edilen payların sayılarını, itibarî değerlerini, cinslerini, gruplarını, peşin ödenen tutarı,³⁵ taahhütle bağlı olunulan süreyi ve varsa çıkarma primi ile taahhüt sahibinin imzasını içerir, TTK m.459/II.

3. Rüçhan Hakkının Devri

Rüçhan hakkı malvarlığı niteliğinde bir haktır ve dolayısıyla devredilebilir, TTK m.461/IV. Şirket, rüçhan hakkı tanıdığı pay sahiplerinin bu haklarını kullanmalarını, nama yazılı payların devredilmelerinin esas sözleşmeyle sınırlandırılmış olduğunu ileri sürerek engelleyemez, TTK m.461/V. Kanun koyucu bu madde ile, bir anonim şirketin hisse senetlerinin devrine getirilen kısıtlamalardan beklenen menfaat ile pay sahibinin yeni pay alma hakkından doğan menfaati arasında tercihini rüçhan hakkından yana kullanmıştır. Bu çerçevede şirket rüçhan hakkı sahibi pay sahiplerinin bu haklarını kullanmalarını, nama yazılı payların devredilmelerinin esas sözleşme ile sınırlandırılmış olduğunu ileri sürerek engelleyemez.

³² Üçüncü fıkrada sadece on beş günlük süreyi belirlememekte, aynı zamanda yönetim kuruluna bir anlamda emir vermektedir. Yönetim kurulu on beş günlük kullanma süresi vererek görevini kanuna uygun olarak yerine getirmiş olmaz. Kurul, hakkın "kullanılabilmesi"ne elverişli olan süreyi vermelidir, TTK m.461/III madde gerekçesi.

³³ Aynı yöndeki Yargıtay görüşü için bkz. 11.HD E.7832, K.5656 ve 24.10.1989 tarihli kararı.

³⁴ Bkz. Yargıtay'ın 11.HD E.230, K.990 ve 06.02.1992 tarihli kararı.

³⁵ TTK m.344/1 uyarınca nakden taahhüt edilen payların itibarî değerlerinin en az yüzde yirmibeşi tescilden önce, gerisi de şirketin tescilini izleyen yirmidört ay içinde ödenir. Payların çıkarma primlerinin tamamı tescilden önce ödenir.

Kanun koyucu rüçhan hakkından yana kullandığı tercihini, sadece pay sahipleri ile sınırlı tutmaktadır. Rüçhan hakkı sahiplerinin, nama yazılı payların devrine ilişkin esas sözleşmede getirilen sınırlamalar karşısındaki üstünlüğü, sadece pay sahipleri bakımından geçerlidir. Pay sahibi olmayan kişilerin rüçhan hakkını devralmaları durumunda, böyle bir üstün hakları yoktur. Bu husus beşinci fıkrada “şirket rüçhan hakkı tanıdığı” ibaresi ile ifade edilmiştir. Pay sahibi olmayan herhangi bir kişinin devren haiz olduğu rüçhan haklarını kullanmasına Kanununun 491, 492 ve 493. maddelerde düzenlenen bağlam hükümlerine dayanılarak engel olunabilir.³⁶

4. Rüçhan Hakkının Sınırlandırılması

Eski düzenlemeden farklı olarak TTK m.461/II, rüçhan hakkının sınırlandırılmasını istisnai bir durum olarak düzenlemiştir.³⁷ Bu yeni sisteme göre esas olan rüçhan hakkının sınırlandırılmaması veya kaldırılmamasıdır. Ancak haklı nedenlerin varlığı durumunda, somut durumun şartlarının değerlendirilmesi sonucu genel kurul tarafından verilecek karar ile böyle bir sınırlandırma yapılabilecektir. Bu istisnai niteliğine uygun olarak, esas sözleşmede yapılacak düzenleme ile rüçhan hakkının sınırlandırılmayacağı ve kaldırılamayacağı madde gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir.³⁸

Maddeye göre genel kurulun, sermayenin artırımına ilişkin kararı ile pay sahibinin rüçhan hakkı, ancak haklı sebepler bulunduğu takdirde ve en az esas sermayenin yüzde altmışının olumlu oyu ile sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir. Haklı sebeplere örnek olarak fıkranın ikinci cümlesinde halka arz, işletmelerin, işletme kısımlarının, iştiraklerin devralınması ve işçilerin şirkete katılmaları sayılmıştır. Sayılan bu nedenler sınırlı (numerus clausus) değildir. Kanunun gerekçesinde, kanun metninde sayılan bu örneklerin, haklı sebeplerin bu örnekler çerçevesinde belirlenmesini gerekli kılmayacağı ifade edilmektedir.

³⁶ TTK m.461/V madde gerekçesi.

³⁷ Eski düzenlemenin aksine TTK'ya göre rüçhan hakkı esas sözleşme ile sınırlandırılmaz ve kaldırılamaz. Yeni sisteme hakim olan düşünce, bu hakkın kaldırılmamasının, hatta sınırlandırılmamasının gerekli olduğu, bu yola ancak istisnaen gidilebilmesidir. İstisnanın uygulanması söz konusu ise, genel kurul somut olayın özelliklerine göre kararını vermelidir. Esas sözleşmede yer alacak ve hakkı kaldırmaya ya da sınırlandırmaya olanak veren genel bir hüküm bu temel düşünce ile çelişirdi, TTK m.461/II madde gerekçesi.

³⁸ Aksi yöndeki görüş için bkz. Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, s.1629.

Şirketin finansal menfaatleri, ödeme dar boğazından kurtulma, teknoloji alınması gibi sebepler de haklı niteliktedir. Kanunun örnekleri bir işletmenin, işletme kısımlarının, iştiraklerinin devralınması gibi yapısal değişiklikler ile işçilerin şirkete katılmalarının sağlanmasına yöneliktir.³⁹

TTK m.461/II haklı sebebe ilişkin düzenlemenin ardından üçüncü cümlesinde, rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılmasıyla, hiç kimsenin haklı görülmeyecek şekilde, yararlandırılmayacağını veya kayba uğratılmayacağını düzenlemiştir. Bu hüküm, bir ve ikinci cümlede ifade edilen haklı nedenlerin dışında, rüçhan hakkının sınırlandırılması hususunda farklı bir sınırlandırma kıstası getirmektedir. Genel bir sınırlandırma kıstası belirlenerek, yeni pay almanın kaldırılması veya sınırlandırılmasının, pay sahibi olsun olmasın bazı kişilerin yararlanması veya bazı pay sahiplerinin kayba uğratılması amacı ile kullanılmayacağı öngörülmüştür. Bu şekilde rüçhan hakkının sınırlandırılmasında haklı nedenlerin bulunmasının tek başına yeterli olmayacağı, aynı zamanda bu sınırlandırmanın iyiniyet çerçevesinde ve eşit işlem ilkesine uygun olarak kullanılması gerekliliği de ortaya konmuştur.⁴⁰

Rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması konusundaki genel kurul kararı, esas sermayenin yüzde altmışının oyu ile alınabilir, TTK m.461/II. Bu hüküm uyarınca rüçhan hakkının varlığına veya kullanılmasına ilişkin hususları düzenleyen genel kurul kararları ancak özel nisap ile alınabilecektir. Söz konusu ağırlaştırılmış nisap, bir azınlık hakkı niteliğindedir.⁴¹

Rüçhan hakkının sınırlandırılmasına ilişkin TTK m.461/II'de belirlenen kıstaslar, nisap şartı dışında, kayıtlı sermaye sisteminde de aynen uygulanır. Yönetim kurulu, rüçhan hakkının sınırlandırılmasının veya kaldırılmasının gerekçelerini, yeni payların primli ve primsiz çıkarılmasının sebeplerini, primin nasıl hesaplandığını bir rapor ile açıklar. Bu rapor da tescil ve ilan edilir, TTK m.461/II.

³⁹ TTK m.461/II madde gerekçesi.

⁴⁰ Söz konusu kuralla bazı pay sahiplerinin aleyhine yapılan grup içi yapısal değişikliklerin ve pay oranlarının sulandırılmasının önlenmesi amaçlanmıştır. Bu hüküm ayrıca, eşit işlem, hakların sakınılarak kullanılması, çoğunluk gücünün haklılıkla sınırlandırılmış bulunduğu ilkelerine açıkça vurgu yapmaktadır, TTK m.461 madde gerekçesi.

⁴¹ TTK m.461/II madde gerekçesi.

Rüçhan hakkının yanlışlıkla veya bilerek başkasına kullandırılması durumunda tescile kadar hak sahibi paylarını alabilir. Kötü niyetin varlığı halinde tescilden sonra da bu hak ileri sürülebilir. Rüçhan hakkının gerçek hak sahibinden başkasına kullandırılması, yönetim kurulunun da sorumluluğunu doğurmaktadır.⁴²

II. Şarta Bağlı Sermaye Artırımında Pay Sahiplerinin Korunması

1. Pay Sahiplerinin Önerilmeye Muhatap Olma Hakkı

TTK m.466/I uyarınca şarta bağlı sermaye artırımında, tahvillere ve benzeri borçlanma araçlarına bağlı olarak değiştirme ve alım hakları içeren senetler ihraç edildiği takdirde, bunlar önce, mevcut payları oranında, pay sahiplerine önerilir. Pay sahiplerine bu hak, sermayeye katılım haklarının ve oranlarının korumaları amacıyla tanınmıştır. Bu haliyle 466. madde, şarta bağlı sermaye artırımında sistemde rüçhan hakkının yerine getirilen bir hakkı düzenlemektedir. Şarta bağlı sermaye artırımında değiştirme ve alım hakkı ile donatılmış tahvil veya benzeri borçlanma araçlarının öncelikle pay sahiplerine payları oranında teklif edilmesine, önerilmeye muhatap olma hakkı denir. Önerilmeye muhatap olma hakkı, şarta bağlı sermaye artırımında değiştirme veya satım hakkı içeren tahvillerin veya benzeri borçlanma senetlerinin önce pay sahiplerine önerilmesi zorunluluğuna ilişkin yeni bir pay sahipliği hakkıdır.

Pay sahiplerinin rüçhan haklarının kaldırılması nedeniyle, şarta bağlı sermaye artırımını yönteminde pay sahipleri zarara uğrayabilirler. Pay sahipleri yeni payları alamadıkları için şirketteki katılma oranları düşecek ve pay sahibi hakları sulanacaktır. Kanun bu kaybı önerilmeye muhatap olma hakkı ile dengelemek istemektedir. Pay sahiplerinin bu hakkının karşısında, şirketin de öneride bulunma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu hak sayesinde pay sahibi yeni pay alma hakkını dolaylı bir şekilde elde ederek, mevcut sermaye oranı, buna bağlı oy gücü ve malvarlığı haklarını korumuş olur.

Önerilmeye muhatap olma hakkı sadece tahvil ve benzeri borçlanma senetlerinin değiştirme ve alım hakları içermesi halinde tanınır. Çalışanlara veya pay sahiplerine tanınan alım haklarında, pay sa-

⁴² Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar*, N. 1415.

hipleri önerilme hakkına sahip değildir.⁴³ Önerilmeye muhatap olma hakkı, şarta bağlı sermaye artırım sisteminde rüçhan hakkının işlevini görmek üzere tasarlanmış bir haktır. Bu nedenle de rüçhan hakkı ile aynı amaca yönelik olarak düzenlenmiştir. Bu çerçevede ancak rüçhan hakkının varlığı durumunda önerilmeye muhatap olmak hakkından söz edilebilir. Rüçhan hakkının kaldırılması durumunda, önerilmeye muhatap olma hakkının da kaldırıldığı kabul edilir. Sonuç olarak önerilmeye muhatap olma hakkı, rüçhan hakkının sınırları kapsamında kullanılacak bir haktır.

2. Önerilmeye Muhatap Olma Hakkının Sınırları

Önerilme hakkına ilişkin hüküm emredici nitelikte olduğu için bu hak sadece haklı sebeplerin varlığında kaldırılabilir veya sınırlandırılabilir, TTK m.466/II. Haklı sebep şirketin menfaati yönünden değerlendirilmeli, eşit işlem ve hakların sakınılarak kullanılması ilkesine uygun sınırlandırma yapılmalıdır. Madde gerekçesinde piyasa şartlarının haklı sebep olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Buna gerekçe olarak, sermaye artırımını gibi hayati bir konuda şirket imkânlarının kısıtlanmasının piyasanın gerçeklerine uymayacağı söylenebilir. Örneğin şirket tarafından çıkarılan değiştirme ve alım hakkı ile donatılmış tahvillerin tamamının iyi şartlarda alınması teklifi, piyasa şartları anlamında haklı sebep olarak kabul edilip, önerilmeye muhatap olma hakkının belli bir oranda sınırlandırılabilir veya tamamen kaldırılabilir.

Önerilmeye muhatap olma hakkının sınırlandırılmasının sınırlarını TTK m.466/III belirlemektedir. Maddeye göre şarta bağlı sermaye artırımını için gerekli olan rüçhan ve önerilmeye muhatap olma hakkının kaldırılması veya sınırlandırılmasından dolayı, hiç kimse haklı görülmeyecek bir şekilde yararlandırılmaz veya kayba uğratılmaz. Düzenlemede, getirilecek sınırlamanın eşit işlem ilkesine uygun olarak yapılması bir kez daha vurgulanmakta, önerilme hakkının kaldırılmasının, belli kişilere haksız yarar sağlamaması ve bu yolla ileride belli kişilerin hâkimiyeti ele geçirmesinin yolunun açılmaması gerekliliği ortaya konmaktadır.

⁴³ TTK m.466/I madde gerekçesi.

3. Değişirme veya Alım Hakkı Sahiplerinin Korunması

Değişirme veya alım hakkı sahiplerinin korunması konusu TTK m.467' de düzenlenmektedir. Maddenin birinci fıkrasına göre kendilerine nama yazılı payları iktisap etme hakkı tanınmış bulunan değişirme veya alım hakkı sahibi alacaklılar veya çalışanlar, bu tür payların devirlerinin sınırlandırılmış olduğu gerekçesiyle, söz konusu hakları kullanmaları engellenemezler.

Şarta bağlı sermaye artırımı kurumunun güven verebilmesi ve işlerlik kazanabilmesi için, değişirme ve alım hakkı sahiplerinin, payların devirlerini sınırlayan esas sözleşme hükümlerine karşı korunmaları gerekmektedir. Söz konusu hükümler, anılan hakların kullanılmasını engellerse, değişirme ve alım hakları belirsizlik sebebiyle cazibelerini yitirir ve sermaye piyasası aktörleri başta olmak üzere, kimse bu hakları edinmeye talip olmaz. Birinci fıkra bu düşüncenin sonucu olarak, şirket esas sözleşmesi ile değişirme veya alım hakkı sahiplerinin haklarının kısıtlanmasını engellemektedir. Ancak fıkranın ikinci kısmında getirilen istisnaya göre, şirket esas sözleşmede ve izahnamede açıkça, şarta bağlı sermaye artırımı yapılması durumunda da nama yazılı paylara ilişkin, esas sözleşmede yer alan sınırlayıcı hükümlerin aynen uygulanacağını belirtmişse sınırlamalar uygulanır. Buna karşılık genel ifadeli esas sözleşme hükümleri istenen sonucu doğurmaz.

TTK m.467'nin ikinci fıkrasına göre değişirme veya alım hakları, sermaye artırımı yapılması, yeni değişirme veya alım hakları tanınması veya başka bir yolla kayba uğratılamaz. Kanun koyucu bu hüküm ile sermayenin sulandırılması suretiyle değişirme ve alım hakkı sahiplerinin haklarının ellerinden alınmasını engellemeye çalışmaktadır. Ancak Kanun bu koruma hükmüne de bir istisna getirerek, değişirme fiyatı indirilmiş veya hak sahiplerine uygun bir denkleştirme sağlanmış ya da aynı şekilde, pay sahiplerinin hakları da kayba uğratılması durumunda, değişirme ve alma hakkı sahiplerinin haklarının sınırlandırılabilceğini hükme bağlamıştır.

III. Sermaye Artırımında Pay Sahiplerinin Müktesep Hakları

Genel anlamda müktesep haklar kanun veya esas sözleşme ile tanınan ve pay sahibinin rızası olmadan sınırlandırılmayan ve pay sa-

hibinden alınamayan haklar olarak tanımlanabilir.⁴⁴ Bu haklar kanun veya esas sözleşme hükümlerine göre genel kurul ve yönetim kurulu kararlarına tabi değildirler. Müktesep haklar sahibinin rızası olmaksızın sınırlandırılmazlar, kullanılmaları şarta bağlanamaz ve içerikleri zayıflatılmaz.

TTK'nın müktesep haklarla ilgili tek hükmü olan 452. maddesine göre genel kurul, aksine esas sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde, kanunda öngörülen şartlara uyararak, müktesep ve vazgeçilmez haklar saklı kalmak kaydıyla, esas sözleşmenin bütün hükümlerini değiştirebilir. TTK eski ticaret kanunundan farklı olarak, müktesep hakları tanımlamamış ve hangi hakların müktesep olduğunu belirtmemiştir.

Kanun koyucu eski kanunda müktesep hakkın yetersiz tanımlandığı, tanımın müktesep hakların tümünü kapsamadığı ve kanunun çeşitli maddeleri ile çelişki içinde olduğu gerekçesi⁴⁵ ile TTK'da tanımlamaktan kaçınmıştır. Aynı şekilde eski maddede verilen listenin bütün müktesep hakları içermediği ve bu nedenle karışıklığa neden olduğu gerekçesi ile bu listeye de TTK'da yer verilmemiştir.

Müktesep haklar kanun tarafından pay sahiplerine tanınmış olan üyelik, bilgi alma ve inceleme hakkı, oy hakkı, kar payı alma ve tasfiye bakiyesine katılma gibi vazgeçilmez haklardan farklı olarak, pay sahiplerinin rızası ile vazgeçilebilen haklardır. Hakkın içeriğinden ziyade, kazanılış şekli o hakkın müktesep olup olmamasında önem taşır.

Tekinalp,⁴⁶ eski kanundaki tanımın doğru olmadığını, verilecek yeni bir tanımın da kavramı kristalize edeceğini ve bu nedenle gelişmeye açık öğretinin önleneceğini ifade etmektedir. Eserinde, kanunda ve esas sözleşmede tüm pay sahiplerinin olumlu oyu ile sınırlandırılabilen veya kaldırılabilen hakların müktesep olduğunu ifade etmektedir.

⁴⁴ İmregün Oğuz, *Anonim Ortaklıklar*, 4. Baskı 1989, s. 327; Ansay Tuğrul, *Anonim Şirketler Hukuku*, 6. Baskı 1982, s.256; Tekinalp Ünal, *Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları*, Vedat Yayınevi İstanbul, 1. Baskı 2011, s.198; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, s.1411.

⁴⁵ TTK m.452, madde gerekçesi.

⁴⁶ Tekinalp, *Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları*, s.198, 199.

Müktesep hakların esas sözleşmede tanınması durumunda sözleşmesel müktesep haklardan söz edebiliriz. Esas sözleşmede açıkça müktesep olduğu belirtilebileceği gibi, müktesep hak varlığına yorum yolu ile de ulaşılabilir. *Tekinalp'e*⁴⁷ göre bir esas sözleşme hükmünün amacı, sadece o hükmün değiştirilemez olarak düşünülmesi halinde gerçekleşiyor ise müktesep haktan söz edilebilir. Aynı şekilde esas sözleşme hükmünün koruduğu menfaatin sürekli olup olmadığı ve ilgililerin bu konudaki görüşü de bu tespitte önem taşır. Bu tür esas sözleşme maddelerinin değiştirilmesinde ilgili pay sahiplerinin müktesep hakları olduğu kabul edilmektedir.

Sermaye artırımını özelinde konuyu ele aldığımızda, anonim şirket esas sözleşmesinde sermaye artırımını için belirlenen nisabın müktesep hak olup olmadığı tartışmalı bir konudur. Örneğin şirket esas sözleşmesinde sermaye artırımını için belirlenen %80 oranında pay sahibi olma şartı, %80 oranında paya sahip pay sahipleri bakımından müktesep hak oluşturarak, aynı zamanda o maddenin değiştirilmesi için de gerekli bir nisap olarak değerlendirilebilir mi? Bu soruyu İstanbul Ticaret Sicili Müdürlüğü "evet" şeklinde cevaplamaktadır. Müdürlük, esas sözleşmede sermaye artırımını için öngörülen nisabı, aynı zamanda o maddenin değiştirilmesi için gerekli nisap olarak değerlendirip, o oranda pay sahibi tarafından alınmayan genel kurul kararlarının tescil işlemini gerçekleştirilmemektedir. Bu uygulamaya gerekçe olarak, sermaye artırımını için öngörülen nisabın, aynı zamanda o maddenin değiştirilmesi için pay sahipleri bakımından müktesep hak olmasını göstermektedir.

Bir tescil başvurusu sonucu gerçekleşen İstanbul Ticaret Sicili Müdürlüğü'nün başvurusu üzerine Gümrük Ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü tarafından gönderilen 50035491.431.04.741 sayılı, 06.02.2013 tarihli ve Esas Sözleşme Değişikliği konulu değerlendirme yazısı, alınan kararı şu şekilde gerekçelendirmektedir:

İlgide kayıtlı yazınızda, Müdürlüğü'nüze yapılan 04.01.2013 tarihli başvuru ile şirket esas sözleşmesinde yer alan ve sermaye artırımına ilişkin karar alınmasında ağırlaştırılmış arayan hükmün, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin genel hükümleri çerçevesinde değiştirilebileceği iddia edilerek Türk Ticaret

⁴⁷ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar*, N. 869 vd.

Kanunu'nun genel hükümleri çerçevesinde esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin nisapla alınan kararın tescili talebinde bulunulduğu, değiştirilmek istenen esas sözleşmede getirilen nisap bulunmaksızın alınan kararın tescili talebinin müktesep hakkın oluşumunda amaçsal bir yorum yapılmak suretiyle Müdürlüğünüzce kabul edilmediği belirtilmiş; devamla, uygulamanızın yerinde olup olmadığı ve müktesep hak kavramının yorumlanmasına ilişkin genel ilkelerin belirlenmesi hususunda Bakanlığımız bilgi ve görüşlerine başvurulmuştur.

Esas sözleşmede zorunlu ve isteğe bağlı düzenlemeler yer alır. Esas sözleşmelerde bulunması zorunlu olan düzenlemeler Türk Ticaret Kanunu ile halka açık sermaye şirketleri bakımından ise Sermaye Piyasası Kanunu'nda sayılmıştır. İsteğe bağlı düzenlemeler ise emredici hükümlere aykırı olmayan özel hükümlerden, yedek veya yorumlayıcı kanun hükümlerinin kısmen veya tamamen aksini öngören hükümlerden, emredici nitelikteki kanun hükümlerini konuluş amacına uygun olarak ağırlaştırılan hükümlerden veya düzenleyici hükümlerden oluşabilir.

İlgide kayıtlı yazınızda belirtilen tescil talebi ile Müdürlüğünüze başvuran şirketin esas sözleşmesinin 10 uncu maddesine de, emredici nitelikteki kanun hükümlerini ağırlaştırılan mahiyette "Lüzum halinde Genel Kurul Kararı ile ancak şirket sermayesinin %72,5 (yüzdeyetmişikibuçuk)'unu temsil eden şirket hissedarlarının aynı yönde vereceği kararlar şirketin sermayesi artırılabilir..." hükmünün konulduğu görülmektedir.

Esas sözleşmede yer alan söz konusu hüküm şirket açısından sermaye artırımının yapılmasında temel uygulamayı düzenleyen, ortakların iradesini koruma amacı güden bir hükümdür. Dolayısıyla, maddede "%72,5" olarak düzenlenen nisabın, bu maddenin değiştirilmesinde de aranması gerektiği değerlendirilmektedir. Bu maddenin 6102 sayılı Kanun'da öngörülen daha az bir nisapla değiştirilebileceğinin düşünülmesi, esas sözleşmenin anlayışına ve ortak iradeye aykırı bir yorum sayılacaktır.

Bu kapsamda 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 19 uncu maddesine uygun olarak tarafların bu madde hükmüne verdikleri gerçek anlama değer vermek ve maddeyi bu yönde yorumlamak hukuken zorunluluk haline gelmektedir.

Diğer taraftan müktesep hak kavramı üzerinde doktrin ve yargı kararlarında kesin bir tanım mevcut değildir. Kavramın daha çok fonk-

siyonel bir nitelik gösterdiği yargı kararlarında da kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesinin 03.04.2001 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, müktesep hak, "kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş hak" olarak tanımlamıştır. Buna göre, müktesep hakkın tanımlanması veya yorumlanmasına ilişkin genel ilkelerin belirlenmesi kişinin içinde bulunduğu statüye veya her somut olaya göre değişiklik gösterecektir. Nitekim, Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 385 inci maddesinde yapılan müktesep hak tanımı, müktesep hakların tümünü kapsamadığı gerekçesiyle Tasarı metnine dahil edilmemiştir. Yine gerekçede müktesep hakların farklı türde hatta derecede olabilecekleri de ifade edilmiştir. Bu kapsamda, her somut olay bakımından farklı değerlendirilebilecek olan müktesep hak kavramının net bir tanımının yapılamayacağı, her somut olay bakımından ayrı değerlendirilebileceği müatalaa olunmaktadır.

Bakanlığın görüş yazısında da ifade edildiği gibi, anonim şirket esas sözleşmesinde düzenlenen özel nisaplar ile pay sahiplerinin ortak iradesi, yine esas sözleşmede belirlenen hususlar bakımından güvence altına alınmaktadır. Bakanlık, esas sözleşme maddesinin amacını göz önünde bulundurarak, esas sözleşmede düzenlenmeyen hususların müktesep hak teşkil edeceğini ve aynı nisabın bu hususlar içinde aranacağını ifade etmektedir. Ancak böyle bir uygulama ile pay sahiplerinin o düzenlemeden elde etmek istedikleri amacın gerçekleşebileceği görüşü, bu kararda savunulmaktadır.

Esas sözleşme maddesinde pay sahiplerinin müktesep hakkına ilişkin bir tespitte bulunulmaması durumunda, yorum yoluyla müktesep hakkın tespiti yapılabilmektedir. Örnekteki gibi sermaye artırımına ilişkin düzenlenmiş bir esas sözleşme maddesinin, yorum yoluyla ilgili pay sahipleri lehine müktesep hak teşkil ettiği kanaatine varmak için, öncelikle o maddenin düzenlenmesi ile hedeflenen amaca, ancak maddede belirtilen nisap ile ulaşılabilmesi gerekmektedir. Diğer bir ifade ile TTK m.421/I'de öngörülen adi nisapla esas sözleşme maddesinin değiştirilmesi durumunda, o madde ile hedeflenen amaca ulaşılabilmesi gerekmektedir.

Bir esas sözleşme maddesinde sermaye artırımı için özel bir nisap belirlemenin amacı, sermaye artırımını yapılacağı zaman o nisaptaki pay sahiplerinin olumlu oyunun alınmasını sağlamaktır. Taraflar ne zamana kadar bu amaca ulaşmak isterler sorusuna ise, ilgili esas sözleşme

maddesi var olduğu müddetçe şeklinde cevap verilebilir. Pay sahipleri ilgili madde içerisinde ayrı bir düzenleme yapmadıkları takdirde, maddenin yürürlükte kaldığı süre boyunca, maddede öngörülen nisap ile esas sermaye artışı yapmak istedikleri kabul edilir. Taraflar sermaye artırımına ilişkin özel bir nisap belirleyerek, sadece ilgili maddenin yürürlükte kaldığı süre içerisinde, hedefledikleri amaca ulaşmayı planlamaktadırlar. Tarafların ya da diğer bir ifade ile pay sahiplerinin, esas sermaye artışı için bir nisap belirleyerek, ilgili esas sözleşme maddesinin yürürlük süresini de düzenledikleri düşüncesi, pay sahiplerinin dahi aklında olmayan bir hususta iradelerinin var olduğu kabulüne dayanır.⁴⁸ Pay sahiplerinin sermaye artırımını maddesinin değiştirilmesi hususunda bir iradelerinin bulunması durumunda yapmaları gereken, maddenin değiştirilmesi için öngörülen nisabı esas sözleşme içerisinde düzenlemektir. Böyle bir düzenleme yapılmasının hukuki bir sonucu olduğuna göre, yapılmamasının da hukuki bir sonucu olmalıdır.

Diğer yandan ülkemizdeki anlaşmazlık yaşanan şirket sayısının çokluğu düşünüldüğünde, pay sahiplerine tanınan bu hak, şirketlerin uzun vadede gelişimini de olumsuz etkileyecektir. Konuyu makro bazda ele aldığımızda şirketlerin büyüyüp ekonomiye daha fazla katma değer sunabilmeleri için gerekli olan sermaye artırımını, pay sahiplerinin varsayımsal iradelerinin bu yönde olmadığı düşüncesi ile engellenmektedir.

Kriterleri net olarak belirlenmemiş müktesep hak kavramı, buzdagi gibi her an karşımıza çıkıp, şirket için alınması gereken hayati kararların alınmasını imkânsız hale getirebilir. Kanunda tanımın ve bir müktesep hak listesinin bulunmaması isabetli olmakla birlikte, yorum yoluyla oluşturulacak müktesep haklar hususunda herhangi bir kriterin belirlenmemiş olması büyük bir eksikliktir.

⁴⁸ Aynı yöndeki görüş için bkz. Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, s.1611; “...esas sözleşmede, esas sermaye artırımının oybirliği ile alınacağı öngörülmüş olması halinde, sözleşmede müktesep hak yaratılmış olamaz. Çünkü, sermaye artırımının oybirliğine bağlanması ve anonim şirketin geleceğini, rekabet edebilirliğini ve ticari yaşamını, sermaye artırımını onaylayan sermayenin %3-5 gibi küçük bir pay grubunun arzu ve keyfine bağlanması, 6098 sayılı TBK m.27 (818 sayılı BK m.19) hükmündeki kişilik hakkına aykırılık teşkil eder ve dolayısıyla geçerli olmaz.”

KAYNAKLAR

- Ansay Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku, 6. Baskı 1982.
- Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Aktienrecht, Bern 1996.
- İmregün Oğuz, Anonim Ortaklıklar, 4. Baskı 1989.
- Poroy Reha, Tekinalp Ünal, Çamoğlu Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Beta Yayınevi İstanbul, 8. Basım 2000.
- Pulaşlı Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, Adalet Yayınevi Ankara, 1. Basım 2011.
- Pulaşlı Hasan, Sermaye Artırımı, Batider, C.XXIII, Sa.4.
- Tekinalp Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları, Vedat Yayınevi İstanbul, 1. Baskı 2011.
- von Plant, Thomas, Der Schutz der Aktionaere bei der Kapitalerhöhung, Basel Frankfurt a.M. 1982.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Bilgi - Belge Merkezi



Güvenilir ve doğru bilginin adresi

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ İŞİĞİNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KISITLAMALARI

RESTRICTIONS ON FREEDOM OF ECPRESSION CONCERNING THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Özcan ÖZBEY*

Özet: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, demokratik toplumların ilerlemesi ve bireylerin gelişimi için ifade özgürlüğünün temel koşul olduğunu kabul etmiş ise de, yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden ve Mahkeme içtihatlarından bu özgürlüğün sınırsız olmadığını görmekteyiz. Ancak öngörülen kısıtlamalar sıkı bir denetime tabi tutularak, bunların sınırları da bazı ilkelerle ortaya konulmuştur. İşte bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen ifade özgürlüğünün hangi hallerde kısıtlanabileceği konusunun ele alınması planlanmıştır. Dolayısıyla ifade özgürlüğünün kapsamını düzenleyen aynı maddenin 1. fıkrası çalışma dışında tutulmuştur. Düşünceyi açığa vurma sınırlarının nerede başlayıp nerede bittiği örnek olaylarla açıklanmaya çalışılarak, son günlerde özellikle başta gazeteci ve yazarlar olmak üzere birçok kişinin ülkemizde eleştiri ve soruşturmalara maruz kalması nedeniyle bu makalenin uygulamaya ışık tutması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: İfade Özgürlüğü, Demokratik Toplum, Kamu Düzeni, Meşru Amaç, Orantılılık.

Abstract. Although European Court of Human Rights have accepted that freedom of expression is the fundamental principle for the development of democratic societies and for personal development, we can also see from European Convention of Human Rights and from judicial precedents that these freedoms are not limitless. However, foreseeable limitations were held subject to a very strict supervision and their limits were again determined by some principles. In this study we have planned to discuss the situations when freedom of expression could be constrained in accordance with the 2nd paragraph of Article 10 of European Convention on Human

* Dr., Anayasa Mahkemesi Raportörü

Rights, regulating these constraints. Therefore, 1st paragraph of the same Article which regulates the scope of freedom of expression has been excluded in this study. In an effort to explain where the constraints of disclosing opinions start and where they end by using sample cases, with this study, we aim to shed light on the implementation in our country where many persons, especially journalists and writers, were held subject to criticisms and investigations.

Keywords: Freedom of Expression, Democratic Society, Public Order, Legitimate Objective, Proportionality.

GİRİŞ

İnsan haklarının başında gelen düşünce açıklaması ya da bir başka deyişle ifade özgürlüğü, düşüncenin korunmasını amaçlamaktadır. Düşünce ise “bir şey, kimse, olay veya sorun hakkında zihinsel olarak hüküm kurmak, görüş sahibi olmak, vaziyet olmak, değerlendirmede veya mütalaada bulunmak ve bunları dış dünyaya söz, yazı, resim vb. gibi araçlarla yansıtmaktır.”¹ Düşünce insanın iç dünyasıyla ilgilidir, açıklanmadığı sürece başkaları tarafından bilinmesi mümkün değildir. Bu nedenle özgür düşünmenin anlam ifade edebilmesi için bireyin düşüncesini açıklama özgürlüğüne de sahip olması gerekir. Bu açıklamanın değişik şekillerde olması mümkündür. Yazının bulunmasından önce düşünce sözle ifade edilmekte iken, yazının bulunmasıyla düşünce başka bir biçimde ifade edilebilir hale gelmiştir. Ancak yazının deri parçaları ya da parşömenlere yazıldığı devirlerden bu yana düşüncenin söylev, yazı ve resim yoluyla açığa vurulması yöneticiler ve yazarlar arasında sürekli gerilimlere neden olmuştur. İdare, yazıyı oluşturan bilgiyi iktidarın güdümünde olmasını istediği halde, bilgiyi özgürleştirmek isteyen yazar ve çizerler de tarih boyunca çeşitli yöntemlerle bu güdümden kurtulmaya çalışmış, sürekli iktidar edenlerle karşı karşıya kalmışlardır. Ancak yazmak, düşüncüyü ifade etmek, başkalarına aktarma gayreti son bulmamıştır.

Bugün artık bu mücadele uluslararası alana taşınmıştır. Geçen yüzyılın özellikle ikinci yarısından itibaren uluslararası düzeyde önemli gelişmeler gösteren insan hakları konusu, günümüzde de-

¹ Öztürk, Bahri - Erdem, Mustafa Ruhan, “Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku”, Bası 11, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 130.

mokratik hukuk devleti anlayışının temel taşı olmuştur. İnsan hakları alanının uluslararası ilişkilerde ve düzenlemelerde sadece devletlerin iç hukukuna bırakılmadığı görülmektedir. Devletler arasında, insan haklarının uluslararası düzeyde korunması yönünde çeşitli sözleşmeler imzalandığı ve bunlara uyulmaması durumunda taraf devletlerin yaptırımlara maruz bırakıldığı bir dönemi yaşamaktayız.

Düşüncenin oluşabilmesi; kişinin bilgi kaynaklarına özgürce ulaşabilmesi, edindiği bilgileri seçebilmesi ve bunun için de hukuksal olanakların ve güvencelerin bulunmasına bağlıdır. Kuşkusuz bunlar da yeterli değildir; ayrıca bunlara uygun davranışlarda bulunabilme hakkının varlığı da bireye/bireylere tanınmalıdır. Öte yandan bu davranışlardan dolayı insanın “kınanmaması” da gerekmektedir.² Bu bağlamda, günümüz demokratik - hukuk devletlerinde en çok önem verilen hakların başında ifade özgürlüğü hakkının geldiğini görmekteyiz.

İfade özgürlüğü, özgür bir birey olmanın ve özgür bir topluma sahip bulunmanın en önemli öğelerinden biridir. Baskıcı rejimlere göre demokratik ülkelerde daha çok ifade özgürlüğü vardır. Ama özgür ülkelerde bile bütün ifadeler özgür değildir. İfade özgürlüğü geleneği olan ülkelerde yasa koyucular, hakimler, savcılar ve vatandaşlar sık sık hangi ifadenin korunması gerektiği, hangisinin cezalandırılabileceği, ifade özgürlüğünü neyin haklı kıldığı ve ifade özgürlüğünün diğer haklara karşı nasıl dengelenebileceği sorunlarıyla karşı karşıya kalırlar. Çünkü cevaplar siyasi, dini ve kültürel değerlendirmeleri davet eder. İfadenin korunması ülkeden ülkeye değişir, hatta demokratik ülkeler arasında da ayrışır. İfade özgürlüğünün insanoğlunun kendini geliştirmesinde, diğerleriyle etkileşiminde ve hükümetlerle ilişkilerindeki önemi nedeniyle, onu sadece ilginç bir konu yapmakla kalmaz, fakat yaşamsal bir konu da yapar.³

İfade özgürlüğü, “Düşüncüyü söz, yazı ya da başka vasıtalarla başkalarına aktarabilme, anlatabilme, yayabilme ve onları kendi düşünce ve inançlarının doğruluğuna ikna edebilme, inandırabilme, tercihleri doğ-

² Tanör, Bülent, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası*, Öncü Kitabevi, İstanbul, 1969, s.13-15.

³ Trager, Robert-Dickerson, Donna L. “21. Yüzyılda İfade Hürriyeti”, *Liberal Düşünce Topluluğu Yayını*, Ankara, 2003, s.16.

rultusunda tutum ve davranışlarda bulunabilme hakkı"⁴ şeklinde nitelendirilebileceği gibi, "Bir düşünce, inanç, kanaat, tutum veya duygunun barışçı yoldan açığa vurulmasının veya dış dünyada ifade edilmesinin serbest olması" şeklinde de ifade edilebilir. Bundan da anlaşılabilirliği gibi, birer özgürlük kullanma biçimi olarak korunması gereken pek çok ifade ve izhar biçimi vardır.⁵ Dolayısıyla bireyler düşüncelerini ifade edebilme açısından çok sayıda ve çeşitte ifade imkan ve araçlarına sahiptirler. Kişiler düşüncelerini ifade kapsamında, dile getirme, savunma, anlatma, tanıtmaya, ilan etme, eleştirme, reddetme, çağrıda bulunma, karşı çağrıda bulunma, ikna etme, açıklama, yayma, yayımlama, benimsetmeye çalışma, propaganda ve bir düşünce için mücadele yapma, yazma, konuşma, görüntü, resim, oyun, sinema, tiyatro, miting, örnekleme vb. ifade araçlarından yararlanabilirler. Sözlü ifade bireysel ifadenin en asli unsuru olan konuşulan söz olabileceği gibi, terennüm ve marş söyleme şeklinde de olabilir. Ayrıca, ses dalgaları yoluyla ifade yanında, elektromanyetik dalgalar (plaklar, audio- kasetler, telefon vb.) da düşünceyi ifade araçlarıdır. İfade, gizli simge, resim ve çizimlerle de olabilir. Ayrıca, el ve daktilo ve bilgisayarla yazılmış tüm belgeler, el ilanları, pankartlar, mektuplar vb ifade araçlarının yanında elektronik aktarım biçimleriyle yapılan, düşünce aktarımları da muhatapta yazılı bir biçimde algılanabildiği takdirde ifade kapsamında değerlendirilmektedir.⁶

Demokrasi kuramcılarında Montesquieu de en önemli özgürlüğün, düşünceyi açıklama özgürlüğü olduğunu vurgulamıştır. O'na göre "İnsan, dinamik, yaratıcı ve erdemli bir varlıktır. Fakat bu nitelikler ancak özgür bir ortamda işlerlik kazanır ve gelişir. Özgür olmayan bir ortam, kuşku, korku, belirsizlik, güvensizlik ve uyuşukluk getirir." Düşünce, bir yemeğin sindirilmesi gibi içsel bir eylemdir, dışarıdan gelecek baskı ne düzeyde olursa olsun, engellenemez. Fakat, düşünce özgürlüğü, düşünceleri başkalarına iletme gibi ek bazı özgürlükleri gerekli kılar.⁷

4 Tanör, Bülent, "Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası", Öncü Kitabevi, İstanbul, 1969, s. 27.

5 Erdoğan, Mustafa, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif", Liberal Düşünce Topluluğu, e-dergi, S. 24, <http://www.liberal-dt.org.tr/dergiler/ldsayi24/2402.htm>, Erişim: 12.01.2010.

6 Küçük, Adnan, "İfade Hürriyetinin Unsurları", Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, Ankara, Eylül 2003, s. 70.

7 Lipson, Leslie, "Demokratik Uygurlık", Türkiye İş Bankası Yayınevi, Ankara, 1984, s. 452.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), düşünceyi açıklama özgürlüğünü, demokratik toplumların ilerlemesi ve her ferdin gelişimi için temel koşullardan birini oluşturduğu şeklinde nitelendirmiştir.⁸ Bundan dolayı ifade özgürlüğünün, demokratik bir sistemin ön şartı olduğu söylenebilir. Yeni ve daha iyi fikirlerin ortaya çıkmasının zeminini ifade özgürlüğü oluşturmaktadır. Yeni düşünce ve taleplerin dile getirilmesi, mevcut sistemin kusurlarını ortaya çıkarmakta, yanlış uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlayarak toplumsal gelişmeye katkıda bulunmaktadır. Birbirinden farklı çeşitli fikirlerin olması ve bunların özgürce tartışılması, bireylere farklı düşünceler arasında seçim yapma olanağı sunmaktadır.

Diğer yandan, demokratik bir ülkede ifade özgürlüğü kadar ifadenin sınırlarının olması da doğal karşılanmalıdır. Ancak bu sınırlamanın sınırları da açıkça çizilmelidir. Çünkü ifade özgürlüğünün sınırlandırılması, diğer birçok özgürlüğün dolaylı olarak sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır.

Bu çalışmada, ifade özgürlüğünün hangi hallerde kısıtlanması gerektiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesi ışığında ve yer yer Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile değerlendirilerek belirlenmeye çalışılacaktır.

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNE GÖRE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KISITLANMASI KOŞULLARI

A. GENEL OLARAK

Hukukun doğrudan alanına girmeyen düşünce özgürlüğü; bilgi edinme, kanaat ve açıklama özgürlükleri/bileşenleriyle birlikte hukukun norm alanında yerini alır. Böyle bir ortamın oluşturulması ve sürdürülmesi de hukukun temel işlevlerindedir.⁹

⁸ Skalka / Polonya davası, Kar. No: 3692, Başvuru No: 43425/98, K.T: 27.05.2003, kararı Türkçeye çeviren: Emine Karacaoğlu, metin için bkz. <https://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=3692>, 20.08.2012. Ayrıca bkz. 5493/72 ve 7.12.1976 tarihli Handyside / İngiltere Kararı, Série A, n° 24, paragraf 49, "Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesine İlişkin İçtihat", Avrupa Konseyi, (Fransızcadan Çeviren: Durmuş Tezcan), Etki Yayıncılık, İzmir, 2002, s. 7.; ayrıca Handyside/İngiltere, 5493/72, 07.12.1976, kararın Türkçe çevirisi için Bkz. Doğru, Osman, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları", Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s. 158-177.

⁹ Küçük, a.g.e., s. 33.

Hukuksal korumayı sağlayacak olan da devlettir. Gerçekten de düşünceyi açıklama özgürlüğünün gerçekleştirilmesinde devletin etkin bir işlevi söz konusudur. Dahası devlet, çoğulcu demokratik ilkelere çerçevesinde kendisinin koyduğu normlara uygun düşünmemeyi de güvenceye almalıdır. Bu bağlamda, bireyin düşüncesinin oluşum evresinde gerekli düzenlemeleri yapmanın yanı sıra devlet; düşüncesinden ötürü kınanmamak ve düşüncesini açıklamak ve yaymak ile nihayet meşru sınırlar içinde düşüncesine uygun davranışlarda bulunabileceği ortamı bireylere sağlamakla yükümlüdür. Dolayısıyla devletin biri pozitif, diğeri negatif olmak üzere iki tür yükümlülüğü bulunduğu ortaya çıkmaktadır.

Pozitif yükümlülüğü uyarınca devlet, bu özgürlüğün yaşanabileceği ortamı hazırlamak; negatif yükümlülüğü gereğince de kabul edilen sınırları içerisinde bu özgürlüğün kullanılmasına müdahale etmemek durumundadır.

“Sınırsız özgürlük” anlayışı felsefi anlamda ileri sürülebilse de bu görüşün örgütlü siyasal toplumda kuşkusuz ki geçerliliği bulunmamaktadır.¹⁰ Bu nedenle de demokratik rejimlerde çoğulculuk ilkesine uygun, tek-doğru anlayışından uzak, takdir alanının sınırları çizilmiş olarak devlet, nesnel ölçü ve nedenlere dayanarak düşünce özgürlüğünü sınırlandırabilir.¹¹ Ancak bu sınırlamada dikkate alınması gereken diğer bir husus da uluslararası sözleşmelerle çerçevesi çizilmiş meşru sınırların aşılmasıdır.

Bu noktada karşımıza çıkan en etkili sözleşme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 10. maddesi ifade özgürlüğüne ilişkin olup, Sözleşmenin en temel ve en önemli hükümlerinden birini içermektedir. Çünkü ifade özgürlüğü sadece kendi içinde önem taşımakla kalmaz; ayrıca, AİHS’den kaynaklanan başka hakların da korunması açısından merkezi bir rol oynar. Sözleşmenin 10. maddesi ifade özgürlüğünü iki seviyede ele almaktadır. İlk olarak, ifade özgürlüğü konusunda bir ilke ortaya konulmakta

¹⁰ Alacakaptan, Uğur, “Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar-Türk Uygulaması ve Değerlendirmesi”, Hukuk Kurultayı 2000, C. 2, Ankara, s. 7.

¹¹ Tanör, age., s.52 vd; Korkmaz, Ömer, “Düşünce Özgürlüğü ve Sınırları”, yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2004, s. 45.

ve korunacak özgürlükler tanımlanmaktadır. İkinci seviyede ise, ifade özgürlüğüne karşı izin verilebilir müdahalelerin neler olduğu, yani bir devletin ifade özgürlüğünün kullanılmasına müdahalesinin meşru olacağı durumları sayar. İşte çalışmamızın konusunu da bu ikinci kısım oluşturmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesi ifade özgürlüğünü şu şekilde düzenlemektedir:

“1. Herkes ifade özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”

Görüldüğü gibi 10. maddenin ikinci fıkrası ifade özgürlüğüne karşı izin verilebilir müdahaleleri düzenlemektedir Demokratik toplumlarda ifade özgürlüğü sınırlamalardan muaf değildir. Ancak sınırlamaların da sınırı vardır. İlk olarak, sınırlandırmalar çok sıkı denetime konu olmalıdır. Milli hukukta öngörülen sınırlandırmaların, Sözleşmenin 10. maddesinin ihlali sonucunu doğurmaması için 3 koşul taşınması gerekir. Bu koşullar, Avrupa İnsan hakları Mahkemesi tarafından çok katı olarak yorumlanmaktadır.¹²

Kısıtlamanın Sözleşmeye uygun olup olmadığının incelenmesi 10. maddenin 2. fıkrasındaki koşullar açısından yapılacaktır. Buna göre yapılan kısıtlama;

¹² Bıçak, Vahit, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü” - (Avrupa Birliği Yolunda Düşünce ve İfade Özgürlüğü Uluslararası Sempozyumu’nda sunulan tebliğ) Yayın yeri: “Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti” (Editör: Bekir Berat Özipek), Liberal Düşünce Topluluğu Yayınevi. Ankara, Ağustos 2003, s. 271.

- Yasada öngörülmüş olmalıdır (hukukun üstünlüğü, keyfilige karşı hukuk güvencesi),
- Sınırlı sayımla belirtilen amaçlara yönelik olmalıdır,
- Aynı zamanda demokratik topluma aykırı düşmeyen ve öngörülen amaca ulaşmak için gereken ölçüde olmalıdır (gereklilik irdelemesi, diğer bir deyimle ölçülülük veya oranlılık araştırması).¹³

AİHS'nin 10. maddesinde sayılan sınırlama kıstaslarının, Anayasamızın 'düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü' için öngördüğü sınırlama ölçütlerine büyük ölçüde uyumlu olduğu söylenebilir.¹⁴

Diğer taraftan özgürlüğün devletsel-toplumsal sınırlandırılması yanında kişisel sınırlandırılmasını da göz ardı etmemek gerekir. Aslında düşünce özgürlüğünün ilk sınırı, insanın kendi iç dünyasındadır. Doğru düşünebilmenin asgari ölçülerini kazanamayan, yeterli eğitim ve görgüyü alamayan, sınamadan, kuşku duymadan doğruluğunu kabul ettiği, dogmalara bağlı, ön yargılarının tutsağı olan kişilerde düşünebilme yeteneği sınırlıdır. Belirli bir konuda yeterli bilgi edinmeden, karşı görüşü dinlemeden edinilen olumlu ya da olumsuz kanı, insanın kendi isteğiyle meydana getirdiği düşünsel bir sınırdır. Birey ve toplum arasındaki etkileşim, toplumdaki egemen görüş ya da değer yargıları, töre ve ahlaksal kurallar, kişinin düşüncelerini açıklama özgürlüğünün toplumsal sınırlarıdır. Kişi, içinde yaşadığı toplumdaki inanç ve kanılarla çatışmaktan kaçındığı oranda düşünsel özgürlüğünü sınırlar.

Sınırlamanın genel olmaması da öngörülen önemli ölçütlerden birisidir. İfade özgürlüğü üzerindeki her tür kısıtlama, koşul, sınırlama, ya da herhangi bir müdahale biçimi, bu özgürlüğün sadece belirli bir kullanımı üzerinde uygulanabilir. İfade özgürlüğü hakkının içeriğine asla dokunulamaz. Bu açıdan, Sözleşmenin 17. maddesi şöyle demektedir:

"Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların

¹³ Gözübüyük, Şeref - Gölçüklü, Feyyaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması", 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 373.

¹⁴ Özbey, Özcan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri", 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 346 vd.

Sözleşme’de öngörölmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.”

Açıktır ki, bir hakkın içeriği üzerinde bir sınırlama, o hakkın yok edilmesi gibi bir şeydir. Aynı zamanda, 2. fıkrada sayılan koşullardan herhangi biri söz konusu olduğunda ulusal otoriteler müdahale etmekle yükümlü tutulmamışlardır, çünkü bu söz konusu hakkın içeriğine bir sınırlama getirme anlamına gelirdi. Örneğin, kişinin şöhretine ya da şerefine hanel gelmesi her durumda bir suç ya da tazminat nedeni olarak görülmemelidir. Benzer tarzda, kamu önünde yargı gücünün otoritesini tehlikeye atacak türden açıklamalar, böyle bir eleştiri her yapıldığında cezalandırılmamalıdır. Başka biçimde söylenecek olursa, ifade özgürlüğü hakkının kullanımı üzerinde bir kısıtlama ya da cezai tedbir belirleme ve uygulama konusunda kamu otoritelerinin bir yükümlülüğü yoktur, sadece böyle bir olanağı vardır. Farklı bir yaklaşım, haklar ve değerler ya da çıkarlar arasında bir hiyerarşiye yol açar ve ifade özgürlüğünün, örneğin insanlık onurunu ve şerefini koruma hakkının, ahlâkın veya kamu düzeninin ardından listenin sonuna yerleştirilmesiyle sonuçlanırdı. Veya böyle bir hiyerarşi, hakların eşitliğini sağlayan ve bir hakkın kullanımı üzerinde daimi sınırlamalara izin vermeyen Sözleşmeye de aykırı olurdu.¹⁵

Sözleşmeye uygun ifade özgürlüğü kısıtlama koşulları aşağıda açıklanmıştır.

B. KISITLAMANIN YASAYLA ÖNGÖRÜLMESİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesi 2. fıkrasında belirtilen kısıtlamaların en temel koşulu, kısıtlama ve yaptırıma bağlamanın yasayla öngörölmüş olmasıdır.¹⁶ Bu koşul gereğince ifade özgürlüğünün kullanılmasına yapılacak her hangi bir müdahalenin ülkenin yasalarında bir temeli olması gereklidir. Kural olarak bunun anlamı, parlamento tarafından kabul edilmiş yazılı ve aleni bir yasa

¹⁵ Macovei, Monica, “İfade Özgürlüğü”, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Strasbourg, 2001, s. 36.

¹⁶ Koçak, Mustafa, “Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Bir Sınırlama Nedeni Olarak Cumhuriyetin Nitelikleri”, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık E- Dergi, Kasım 2003, Sayı 21, <http://www.e-akademi.org/makaleler/mkocak-1.htm>, Erişim: 11.01.2010.

olmasıdır. Böyle bir kısıtlamanın mümkün olmasının gerekip gerekmediğine, ülkenin parlamentosunun karar vermesi gerekir. Örneğin, başkalarına hakaret ettiği için hüküm giyen bir gazeteci ile ilgili bir dava söz konusu olduğunda, başkalarına hakaret etme suçu ülke yasalarında tanımlanmış olmalıdır. Ya da yayın yasağı veya bir ifadenin yayılması için kullanılan araçlara (kitap, gazete, fotoğraf makinesi vb.) el konulması kararı alındığı ve uygulandığı takdirde, bu tür tedbirlerin ülkenin hukukunda yeri olması gereklidir. Aynı şekilde bir gazete bürosu arandığında veya bir yayın istasyonunda yayın durdurulduğunda ve istasyon yayından men edildiğinde, ülke yasalarında bu tedbirlere temel olan hukuki hükümlerin bulunması gerekir.¹⁷

Yasayla belirlenmiş olmak, yasaların öngörülebilirliği ve ulaşılabilirliği ile ilgilidir. İnceleme konusu yapılan olayda, uygulanan yasal kurullarla ilgili olarak vatandaşın yeterli bilgi sahibi olması ulaşılabilirlik açısından gereklidir. Öngörülebilirlik ise, vatandaşların davranışlarını ona göre ayarlamalarına imkan sağlayacak ölçüde kurulların açıklıkla formüle edilmesidir. Davranışlarının sonuçlarını vatandaşlar öğrebilmelidir.¹⁸

Sözleşmenin 8-11. maddelerinde yer alan yasa deyimi şekli anlamda değil fakat maddi anlamdadır. Diğer bir deyimle sözleşmede geçen yasa ve yasal kelimeleri münhasıran yasama organı (parlamento) tasarruflarına atıfta bulunmamaktadır. Hak ve özgürlüklerin hangi tür düzenleyici tasarruflarla düzenleneceği (sınırlamalar vb gibi) bir iç kamu hukuku sorunudur. Sözleşme dilindeki "yasa" türü ne olursa olsun (kanun, tüzük, yönetmelik, yerleşik içtihat vb) soyut norm koyan yani düzenleyici tasarruflardır ve 02.08.1984 tarihli "Malone / İngiltere"¹⁹ ve 26.04.1979 tarihli "Sunday Times / İngiltere"²⁰ kararlarında belirtildiği üzere Anglo - sakson hukukundaki yazılı olmayan içtihat hukuku (Common law) sözleşmedeki anlamıyla "yasa" dır.²¹

¹⁷ Macovei, a.g.e., s. 56.

¹⁸ Bıçak, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü"..., s. 272.

¹⁹ Malone-Birleşik Krallık, 02.08.1984, 8691/79, Seri A-84, kararın Türkçe metni için bkz. Doğru, Osman, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları", T.C. Adalet Bakanlığı Yayınları, Ağustos, 2003, s. 764-862 vd.

²⁰ 26/04/1979, 6538/74, Sunday Times—Birleşik Krallık, kararın Türkçe metni için bkz. Doğru, s. 276 vd.

²¹ Gözübüyük - Gölcüklü, a.g.e., s. 358.

Bu açıklamalara göre AIHM, sınırlamanın yasayla belirlenmiş olmasının yanında hukuken öngörülmüş olmasını da aradığı görülmektedir. Kayasu / Türkiye davasında²² şu yaklaşım ortaya konulmuştur:

“Mahkeme, ancak vatandaşlara davranışlarını önceden ayarlama imkanı verecek kadar açık düzenlemelerin Sözleşme’nin 10(2). fıkrası anlamında hukuk normu olarak kabul edilebileceğini hatırlatır. Bu, belirli bir eylem neticesinde doğabilecek sonuçların, bir danışmanın da yardımıyla olayın şartları içinde makul bir ölçüde öngörülebilmesi anlamını da taşımaktadır. Önceden görülebilirliğin mutlak bir ölçüde olması gerekmez. Hukuken öngörülebilirlik, her ne kadar arzu edilirse da, aşırı bir katılığa yol açabilmektedir. Oysa hukukun değişime kendini uyarlayabilmesi gerekmektedir. Birçok kanun, işin doğası gereği, yorumlanması ve uygulanması pratik gerçekliğe bağlı olan yorumla açık formüllerdir (bk. örneğin 15.11.1996 tarihli Cantoni - Fransa kararı, parag. 35; 29.01.2004 tarihli Chauvy ve Diğerleri - Fransa kararı, parag. 43 45).

Mahkeme yine hukuken öngörülmüş olma kavramının, geniş ölçüde söz konusu metnin içeriğine, kapsadığı alanın niteliğine ve kapsamına aldığı insanların sayısına bağlı olduğunu hatırlatır. Hukuken öngörülebilirlik, kişinin belirli bir eylemin sonuçları hakkında makul ölçüde bilgi edinebilmesi için bir danışmanın yardımından yararlanmasını gerektirmesi ile çatışmaz. Bu kural özellikle mesleki yaşamlarında büyük bir dikkat göstermekle yükümlü olan kişiler için de geçerlidir; bunlardan karşılaşmaları muhtemel riskleri değerlendirmek konusunda özel bir özen göstermeleri beklenebilir (bk. Cantoni kararı, Chauvy ve Diğerleri kararı).”

²² Kayasu /Türkiye davası, 13.11.2008, Kar. No: 10308, Başvuru No: 64119/00, (Prg. 83-86) karar metni için bkz. <https://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoester.asp?id=10308>, e.t. 18.08.2012, (Mevcut olayda başvurunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleler, açık ve erişilebilir metinlere dayanmaktadır. Başvurucuya Hakimler ve Savcılar hakkındaki 2802 sayılı Yasanın 65/a, 69, 70 ve Ceza Kanununun 159. ve 240. maddelerine göre disiplin cezaları verilmiştir. Mahkeme, savcı olan başvurunun “makul bir ölçüde”, söz konusu iki düzenleme uyarınca davranışlarının sonucunun kendisi açısından idari ve cezai yaptırımlar doğurabileceğini öngöremediğini iddia edemeyeceği kanaatindedir. Mahkeme buradan uyuşmazlık konusu müdahalelerin Sözleşme’nin 10. maddesi anlamında “hukuken öngörülmüş” olduğu sonucuna varmaktadır).

Dink / Türkiye davasında²³ başvuruçular, Türk Ceza Kanununun referans yaptığı “Türklük” ifadesinin aşırı muğlak niteliğinin, ulusal hukukun ulaşılabilirliğini ve öngörülebilirliğini ortadan kaldırdığını, ayrıca Yargıtay’ın, bu ifadeyi Türk etnik kökenli kişilerin sahip oldukları tüm değerleri içerecek şekilde yorumladığını, bunun da Anayasa’nın etnik ya da dini aidiyetlerine bakılmaksızın tüm Türk yurttaşları kapsayan “Türk” tanımıyla çeliştiğini iddia etmişlerdi. AİHM şu değerlendirmede bulunmuştur:

“Mahkeme, 10/2. madde anlamında ‘yasayla öngörülmüş olma’ ibarelerinin öncelikle, şikayet edilen müdahalenin iç hukukta temelini olmasını gerektirdiğini; ama aynı zamanda söz konusu yasanın niteliklerine de gönderme yaptığını hatırlatır: Söz konusu ibareler, yasanın, ilgili kişiler nezdinde ulaşılabilir olmasını, bu surette ilgilinin bundan doğabilecek sonuçları öngörebilmesini ve hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olmasını gerektirir (bkz, birçok karar arasında, Müller ve diğ. - İsviçre, 24 Mayıs 1988, § 29, série A no 133, Ezelin - Fransa, 26 Nisan 1991, § 45, série A no 202, Margareta ve Roger Andersson - İsveç, 25 Şubat 1992, § 75, série A no 226-A). Bu durum karşısında ilk şartın gerçekleşmiş olduğu konusunda herhangi bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Gerçekten de eski Ceza Kanununun 159. maddesi hükmünde olduğu gibi, bu hükmü yeniden düzenleyen yeni TCK’nın olayların yürürlükte olduğu dönemdeki 301. maddesi, diğerlerinin yanında Türklüğü aşağılamayı da yaptırım altına almaktadır. İkinci şart açısından ise, kapsamı oldukça geniş olan ‘Türklük’ ifadesinin, başvuruçuların ileri sürdüğü gibi ilgili normun öngörülebilirliğini ve ulaşılabilirliğini zedeleyip zedelediğini belirlemek gereklidir. Yargıtay bu ifadeyi Türk etnik kökenli kişilerin sahip oldukları değerleri ve gelenekleri içerecek şekilde yorumladığı ölçüde, Anayasadaki tüm Türk yurttaşlarını etnik ya da dini aidiyetlerine bakılmaksızın kapsayan ‘Türk’ tanımıyla çelişir bir durum ortaya çıkmaktadır. Mahkeme, bu açıdan başvuruçuyu Fırat Dink’in TCK’nın 301. maddesinden suçlanmasının öngörülebilirliği konusunda ciddi şüpheler ortaya çıkabileceği görüşündedir.” Bununla birlikte, Mahkeme, müdahalenin gerekliliği konusunda vardığı sonucu dikkate alarak (136. paragraf), sorunu burada incelememiştir.

²³ Dink / Türkiye davası, 14.09.2010, Kar. No: 13160, Başvuru No: 2668/07, (Prg. 112-116) karar metni için bkz. <https://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=13160> ve <http://www.inhak.adalet.gov.tr/>, e.t. 18.08.2012.

C. KISITLAMANIN DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİNE UYGUN OLMASI

AİHS'nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerindeki özgürlüklerin kullanımının sınırlandırılması "demokratik toplum düzeninin gereklerine" aykırı olmamalıdır. O halde bu maddelerdeki özgürlüklere müdahaleyi haklı kılabilecek tek gereklilik tipi, "demokratik toplum" dan kaynaklanan gereklilik olabilir. Sözleşmede düşünülen tek bir siyasal model vardır, o da demokrasidir. Bu nedenle, sınırlamalar demokratik toplum düzeniyle uyumlu olmalıdır.²⁴

Demokratik toplumun gerekleri, sınırlandırmanın kabul edilebilirliği konusunda önemli bir kriterdir. Demokratik toplum kriteri Sözleşmenin en orijinal kriteri olarak kabul edilmektedir. Bu kriter, Sözleşmenin önsözünde yer almakta ve Sözleşmenin genel yapısının önemli bir parçasını oluşturmaktadır.²⁵

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 25.03.1983 tarihli "Silver ve Diğerleri/İngiltere"²⁶ kararında sınırlandırma sorunlarına ve takdir yetkisi sınırına dair genel yaklaşımını listelemiştir. Bu karara göre:

- a) "Gerekli" sıfatı, "zorunlu" sıfatıyla anlamdaş olmadığı gibi, "kabul edilebilir", "olağan", "yararlı", "makul" veya "arzu edilir" gibi ifadelerin esnekliğine de sahip değildir (7.12.1976 tarihli Handyside kararı Prg. 48).
- b) Sözleşmeciler devletler kısıtlamalar getirirken sınırsız olmayan, belirli bir takdir alanı kullanırlar; kısıtlamaların sözleşme ile bağdaşır olup olmadığı konusunda son sözü söylemek, Mahkemenin görevidir (Prg. 49).
- c) "Demokratik bir toplumda gerekli" deyimi, bir müdahalenin sözleşmeye uygun olabilmesi için, diğer şeylerle birlikte, "toplumsal ihtiyaç baskısını" karşılamak ve "işlenen meşru amaçla orantılı" olmak zorunda olduğu anlamına gelir (aynı karar Prg. 48-49).
- d) Sözleşmenin güvence altına aldığı bir hakka istisna getiren hükümler dar yorumlanmalıdır. (6.9.1978 tarihli "Klass ve Diğerleri/

²⁴ Turhan, a.g.m., web.

²⁵ Bıçak, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü" ..., s. 271.

²⁶ Silver ve Diğerleri / Birleşik Krallık, 25.03.1983, 5947/72.

Almanya" kararı prg.42).²⁷

AİHM, daha yakın tarihli olan Kayasu / Türkiye kararında²⁸ da benzer prensipleri ortaya koyarak şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

“(i) İfade özgürlüğü, demokratik toplumun esaslı temellerinden biri olup, demokratik toplumun ilerlemesi ve her bir bireyin kendini geliştirmesinin temel şartlarından birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen ‘haber’ ve ‘düşünceler’ için değil, ama ayrıca devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz. İfade özgürlüğü, Sözleşme’nin 10. maddesindeki bazı istisnalara tabidir; ancak bu istisnalar dar yorumlanmalıdır ve kısıtlamaların gerekliliği ikna edici bir şekilde ortaya koyulmalıdır (bkz. şu kararlar, 07.12.1976 tarihli Handyside – Birleşik Krallık kararı, parag. 49; 08.07.1986 tarihli Lingens – Avusturya kararı, parag. 41; ve 23.09.1994 tarihli Jersild – Danimarka kararı, parag. 37).

(ii) Sözleşme’nin 10(2). fıkrası anlamında ‘gerekli’ kavramı, ‘toplumsal ihtiyaç baskısı’ varlığını ima eder. Sözleşmeci Devletler böyle bir ihtiyacın var olup olmadığını değerlendirirken, belirli bir takdir alanına sahiptirler; ulusal takdir alanı, Avrupa denetimiyle el ele yürümektedir. Bu denetim, hem mevzuatı ve hem de bağımsız mahkemeler tarafından verilmiş de olsa bu mevzuatı uygulayan mahkeme kararlarını da kapsar. Dolayısıyla Mahkeme, bir ‘kısıtlama’nın Sözleşme’nin 10. maddesiyle korunan ifade özgürlüğüyle bağdaştırılabilir olup olmadığı konusunda nihai kararı vermekle yetkilendirilmiştir.

(iii) Bu denetim yetkisini kullanırken Mahkeme’nin görevi yetkili ulusal makamların yerini almak değil, fakat ulusal makamların takdir yetkileri gereğince verdikleri kararları Sözleşme’nin 10. maddesine göre denetlemektir. Bu demek değildir ki, Mahkeme’nin denetimi da-

²⁷ Kararın Türkçe metni için bkz. Doğru, a.g.e., s. 571 vd.

²⁸ Kayasu / Türkiye davası, 13.11.2008, Kar. No: 10308, Başvuru No: 64119/00, (Prg. 88-89) karar metni için bkz. <https://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=10308>, e.t. 18.08.2012.

valı devletin takdir yetkisini makulce, dikkatlice ve iyi niyetle kullanıp kullanmadığını belirlemekle sınırlıdır; Mahkeme'nin yapması gereken şey, şikayet konusu müdahaleye bir bütün olarak olayın şartları ışığında bakmak ve müdahalenin 'izlenen meşru amaçla orantılı' olup olmadığına ve ulusal makamlar tarafından müdahaleyi haklı kılmak için gösterilen gerekçelerin 'ilgili ve yeterli' olup olmadığına karar vermektir (bk. 26.11.1991 tarihli Sunday Times - Birleşik Krallık (no. 2) kararı, parag. 50). Mahkeme bunu yaparken, ulusal makamların Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan prensiplere uygun standartları uyguladıklarına ve ayrıca konuyla ilgili maddi olayların kabul edilebilir bir değerlendirmesine dayandıklarına ikna olmalıdır (bk. yukarıda geçen Jersild kararı, parag. 31)."

Dink / Türkiye davasında²⁹ Mahkeme, Fırat Dink'i Türklüğe hakaretten dolayı mahkum etmenin, demokratik bir toplumda ifade özgürlüğünün meşru biçimde sınırlanmasının temel koşulu olan "üstün toplumsal gerekliliğe" hiçbir şekilde hizmet etmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, "Fırat Dink'in mahkumiyetinin Yargıtay tarafından onaylanması tek başına ya da ilgiliyi aşırı milliyetçi militanlara karşı koruma önlemlerinin yokluğu olgusuyla birlikte dikkate alındığında, ifade özgürlüğüne haksız bir müdahale niteliğini taşımaktadır." Bu düşüncelerle Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği kabul edilmiştir.

Anılan İçtihatlar göre 10. maddenin 2. fıkrasında belirtilen "gereklilik" "acil bir sosyal ihtiyaç" anlamındadır. Akit devletlerin milli organları, anılan ihtiyacın mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi konusunda belli bir takdir hakkına sahiptir.³⁰ Ancak bağımsız bir milli mahkeme tarafından verilen kararlar da dahil olmak üzere, bütün milli organların karar ve işlemleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin denetimindedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu sebeple, bir "sınırlama"nın, Sözleşme'nin 10. maddesinin güvencesinde olan ifade özgürlüğü ile bağdaşır bağdaşmadığı konusunda nihai kararı verme yetkisini haizdir.³¹

²⁹ Bkz. Dink / Türkiye davası, 14.09.2010, Kar. No: 13160, Başvuru No: 2668/07, (Prg. 136) karar metni için bkz. <https://aihmanadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=13160> ve <http://www.inhak.adalet.gov.tr/>, e.t. 18.08.2012.

³⁰ Özbey, a.g.e., s. 354.

³¹ Çalışkan, a.g.e., s. 55.

İfade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olup olmadığının tespiti için, ulusal mahkemelerin öncelikle orantısallık ilkesini uygulamaları gerekir. Burada cevap verilmesi gereken soru şudur: “Amaç, o amaca ulaşmak için kullanılan araçlarla orantılı mı?” Bu denklemde, “amaç” 2. fıkrada sayılan devletlerin korunması uğruna ifade özgürlüğüne müdahale edebilmelerine olanak tanınan değerlerden veya çıkarlardan biri ya da birkaçıdır. “Araç” ise müdahalenin kendisidir. Dolayısıyla, “amaç”, “ulusal güvenlik”, “kamu düzeni”, “ahlak”, “başkalarının hakları” gibi, devlet tarafından öne sürülen spesifik çıkardır. “Araç” ifade hakkını kullanmakta olan bireye karşı benimsenen veya uygulanan spesifik tedbirdir. Örneğin, “araç” şunlardan biri olabilir: Hakaret ve şöhrete halel getirme dolayısıyla cezai mahkumiyet, tazminat ödemeye mahkum edilme, yayın konusunda tedbir kararı, gazetecilik mesleğini icradan men, gazete bürosunun aranması, bir fikrin ifade edilmesi için kullanılan araca el konulması vb. gibi.³²

Orantısallık konusundaki karar, demokratik bir toplumu yöneten ilkelere dayanır. Bir müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olduğunun kanıtlanması için, ifade özgürlüğünün kullanılması üzerinde o spesifik kısıtlamayı gerektirecek “acil bir sosyal ihtiyacın” varlığı konusunda Mahkeme ikna olmalıdır. “Observer ve Guardian/İngiltere” davasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 10. maddenin 2. fıkrasında taşıdığı anlam itibarıyla “gerekli” sıfatını, “acil bir sosyal ihtiyacın” varlığını içerdiğini belirtmiştir.³³ Buna göre, müdahalenin meşruluğunun denetlemesinde iki koşulun yani “yasallık ve meşru amaç”ın saptaması fazla güçlük arz etmemektedir. Asıl güçlük “oranlılık (ölçülülük)” ve “takdir marjı” değerlendirmesinin ön plana çıktığı “demokratik toplumda gerekli” koşulunun irdelenmesinde ortaya çıkmaktadır. Özet olarak belirtmek gerekirse, Mahkeme bu koşul açısından yaptığı değerlendirmelerde “sıkıştıran toplumsal ihtiyaç”, bu ihtiyacı kanıtlayan “uygun ve inandırıcı yeterli gerekçe” müdahale teşkil eden “tedbirin ölçülülüğü”, “bireysel ve genel yarar arasındaki denge ve tercih” ölçütlerini dava konusu somut olaya uygulayarak bir karara varmaktadır. Önemi nedeniyle bir kez daha belirtmeli ki “de-

³² Macovei, a.g.e., s. 66-67.

³³ Observer ve Guardian / Birleşik Krallık, 26.11.1991 T. 13585/88, bkz. Macovie, a.g.e., s. 67.

mokratik toplumda gerekli” irdelemesinde ulusal mercilerin sadece iyi niyetle, dikkatli ve makul davranmış olmaları önemli ise de tek başına yeterli değildir. Şikayet konusu somut müdahale tedbirinin alınmasına gerekçe olarak ulusal mercilerce ileri sürülen mülahazaların meşru amaçlarla ne ölçüde örtüştüğü, (olayın tüm koşul ve özellikleri göz önünde tutularak) “haklı ve makul” nedenlerin “gerekliklik” niteliğine ne ölçüde dayanak oluşturduğu da araştırılacaktır.³⁴

D. KISITLAMANIN MEŞRU BİR AMACININ BULUNMASI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, kısıtlamanın meşru bir amaca yönelik olması gerektiğini bildirmiştir. Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrası meşru amaçları saymıştır. Başkalarının haklarını veya itibarlarını koruma, özel olarak alınmış bilgileri koruma gibi amaçlar meşru amaçlar olabilir. İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasını meşru amaçların haklı kıldığını gösterme yükümlülüğü Devlete aittir. Meşru amaç, ikna edici olarak ortaya konulmalıdır, “acil toplumsal ihtiyaç” söz konusu olmalıdır. Faydalı, istenen, kabul edilebilir, sıradan durumlar “gerekli” demek değildir. Sınırlamanın gerekliği ve meşru amaç, orantılılık ilkesine yol açmaktadır. Ulaşılmak istenen meşru amaçla ifade özgürlüğünün sınırlandırılması orantılı olmalıdır.³⁵

Kısıtlamaya ilişkin meşru amaçlar sadece ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddede değil, aynı zamanda özel hayatın ve aile hayatının korunmasına dair 8. maddede, din ve vicdan özgürlüğüne dair 9. maddede ve dernek kurma ve toplantı özgürlüğüne dair 11. maddede de sıralanmıştır. Amaçların bir kısmı anılan dört madde için ortaktır. Amaçlar belirlenirken, maddenin 1. fıkrası ile tanınan hak veya özgürlüğün doğası ve niteliği göz önünde tutulmuştur. Müşterek amaçlar kamu güvenliği, başkalarının hak ve özgürlüklerinin (ya da şöhretlerinin: md.10), kamu sağlığı, ahlakı ve düzeninin (ya da nizamın) korunması (md. 8/2,9/2,10/2,11/2) şeklinde sıralanabilir. Buna karşılık, “ulusal güvenlik” ve “suçların önlenmesi” sebebi 9. madde hariç, öteki üç madde bakımından meşru amaç niteliğindedir. “Ülkenin ekonomik refahı” yalnız 8. madde, toprak (ülke) bütünlü-

³⁴ Gözübüyük - Gölcüklü, a.g.e., s. 381.

³⁵ Bıçak, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”..., s. 272.

ğü, gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi ve yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması ise 10. madde konusunda geçerli amaçlardır.³⁶

Ülke otoritelerinin, kısıtlamaları 2. fıkrada sayılan gerekçelerin dışında herhangi bir başka gerekçeye dayandırmaları meşru değildir. Dolayısıyla ulusal mahkemelerin, ifade özgürlüğüne şu ya da bu biçimde müdahale niteliği taşıyan herhangi bir yasal hükmü uygulamaları söz konusu olduğunda, bu hükmün korumakta olduğu değer ya da yararı ve bu değer ya da yararın 2. fıkrada sayılanlardan biri olup olmadığını denetlemeleri gerekmektedir. Ancak bu denetim sonucunda yanıt olumlu ise mahkemeler o hükmü ilgili kişiye uygulayabilirler.³⁷

Mahkeme her somut uyuşmazlıkta müdahalenin meşru bir amaç dayanıp dayanmadığını kendisi tespit etmektedir. Örneğin Kayasu / Türkiye davasında³⁸ Mahkeme, uyuşmazlık konusu müdahalelerin her birinin, Sözleşmenin 10. maddesinde yer alan meşru amaçlardan en az birine girdiği kanaatinde olup, görevi kötüye kullanma bakımından düzeni ve yargı organının otorite ve tarafsızlığını koruma ve hakaret suçu ile ilgili olarak da başkalarının haklarını koruma amaçlarını meşru amaçlar olarak göstermiştir.

Sürek / Türkiye davasında³⁹ AİHM, müdahalenin meşru amaç taşıdığını kabul etmiştir. AİH Komisyonu kendi adına, başvuranın mahkumiyetinin yetkililerin yasadışı terör faaliyetleri ile mücadele ve 10. Maddenin 2. Fıkrası kapsamında meşru amaçlar olan milli güvenlik ve kamu emniyetinin korunmasına yönelik faaliyetlerin bir parçasını teşkil ettiğini belirtmiştir.

Mahkeme de, Güneydoğu'daki güvenlik durumunun hassasiyetini (Bkz. 25 Kasım 1997 tarihli Zana - Türkiye Kararı, 1997-VII Ra-

³⁶ Gözübüyük - Gölcüklü, a.g.e., s. 373.

³⁷ Özbey, a.g.e., 2008, s.353.

³⁸ Kayasu / Türkiye davası, 13.11.2008, Kar. No: 10308, Başvuru No: 64119/00, (Prg. 87) karar metni için bkz. <https://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=10308>, e.t. 18.08.2012.

³⁹ Sürek / Türkiye davası, karar no: 26682/95, 8 Temmuz 1999, Dışişleri Bakanlığı Çok Taraflı Siyasî İşler Genel Müdürlüğü tarafından Türkçeye çevrilmiş olup, gayri resmi tercümedir. Bkz. <http://www.tohav.org/aihm/surek.pdf>, erişim tarihi: 08.09.2012.

porları, s. 2539, 10. Madde) ve yetkililerin gereksiz şiddeti destekleyecek hareketlere karşı tetikte olma gereğini de dikkate alarak, başvuru sahibi aleyhinde alınan önlemlerin, basta ulusal güvenliğin ve ülke bütünlüğünün korunması ve asayişsizlik ve suçun önlenmesi olmak üzere, Hükümet tarafından belirlenen belli amaçların uzantısı olduğu kanaatine varmıştır. AİHM, bu durumun özellikle bölücü faaliyetlerin şiddet kullanımına dayalı yöntemlere bağlı olduğu, dava konusu olayların cereyan ettiği Güneydoğu'daki durum için geçerli bulunduğunu belirtmiştir.

Zana / Türkiye davasında⁴⁰ ise Komisyon, izlenen amacın meşruluğu konusunda şu değerlendirmelerde bulunmuştur: Komisyona göre, siyasal kişiliği olan birinin -başvurucu eski Diyarbakır Belediye Başkanındır- böyle bir ifadesinin,⁴¹ ulusal makamları ülke içindeki terörist faaliyetlerin artmasından korkmaya yöneltmesi akla yatkındır. Bu nedenle (ulusal) makamlar, ulusal güvenliğe ve kamu güvenliğine yönelik bir tehdit olduğunu ve ülkenin toprak bütünlüğünü korumak ve suçu önlemek için önlemler alınması gerektiğini düşünmekte haklılardır.

Aynı başvuruda Divan; "gazetecilerle yaptığı röportajda başvuru-cunun "PKK ulusal kurtuluş hareketini" desteklediğini açıkça gösterdiğini (bkz. yukarıda paragraf 12) ve Komisyonun da belirttiği gibi, başvuru-cunun ifadesinin PKK militanları tarafından sivillerin öldürülmesiyle aynı zamana denk düştüğünü belirtir. Bu durumda Divan, Türkiye'nin Güneydoğu bölgesinde ciddi çatışmaların sürdüğü bir dönemde -bölgede iyi tanınan siyasal bir kişilikten gelen- böyle bir ifadenin ulusal makamların ulusal güvenliğin ve kamu güvenliğinin sürdürülmesine yönelik olarak önlem almasını haklı kılan bir etkiye sahip olduğunu kabul eder. Bu nedenlerle şikâyet konusu edilen müdahale 10. maddenin 2. fıkrasında yer alan meşru amaçları sağlamaya yöneliktir."

⁴⁰ Zana / Türkiye davası, (69/1996/688/880), 25 Kasım 1997, karar için bkz. http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/69_1996_688_880.pdf, e.t. 08.09.2012.

⁴¹ Başvurucu, Diyarbakır Askeri Cezaevinde mahkum olarak bulunurken Ağustos 1987'de gazetecilerle yaptığı bir röportajda, aşağıdaki görüşleri açıklamıştır: "... PKK'nin ulusal kurtuluş hareketini destekliyorum. Katliamlardan yana değiliz, yanlış şeyler her yerde olur. Kadın ve çocuklar yanlışlıkla öldürülüyor..." Bu açıklama ulusal günlük gazete Cumhuriyet'te 30 Ağustos 1987'de yayınlanmıştır.

Sözleşmenin 10/2. maddesinde yer alan sınırlamanın meşru amaçlarını şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Ulusal Güvenlik, Toprak Bütünlüğü ve Kamu Emniyetinin Korunması

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ulusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve terörle mücadelenin bir yöntemi olarak ifade özgürlüğünü sınırlamanın mümkün olduğunu belirtmekte, ancak, bu sebeplere dayanarak yapılacak sınırlamanın, elde edilmek istenen amaçla kullanılan vasıta arasında bir orantılılık ve bu yönde ağır bir sosyal ihtiyacın olması halinde kabul edilebileceğini vurgulamaktadır. Bu nedenle, sözleşmeye üye devletlerin söz konusu takdir hakkını kullanarak ifade özgürlüğünü sınırlandırmaları halinde, kişilerin düşüncelerini ifade etme özgürlüğüyle devletlerin kendilerini terör örgütlerinin eylemlerinden koruma hakkı arasındaki hassas denge- nin de sağlanması gerekecektir (25.11.1997 tarihli ve 69/1996/688/880 sayılı “Zana/Türkiye” kararı).⁴²

Mahkeme, 26.11.1991 tarihli başka bir kararıyla (The Observer ve Guardian/İngiltere, 26.11.1991, A 216), Sunday Times, The Observer ve Guardian isimli İngiliz gazetelerinde yapılan bir yayın dolayısıyla ifade özgürlüğünün sınırlarını ulusal güvenlik açısından belirlemeye çalışmıştır. Bu davaya konu olay Avustralya’da yaşayan emekli bir İngiliz istihbarat teşkilatı mensubunun yazmış olduğu ‘Spycather’ başlıklı anıların söz konusu gazetelerde yayınlanmasıyla ilgilidir.⁴³ Observer ve Guardian gazeteleri 1986 Haziran ayında, anı kitabının ayrıntıları hakkında bilgiler yayınlamıştır. Bunun üzerine İngiltere Başsavcılığı anılan gazeteler aleyhine ulusal güvenliği sarsmaktan dolayı dava açarak yayınların durdurulmasını talep etmiş ve mahkeme de yayınları durdurmuştur. Kitap aynı yıl Temmuz ayında ABD’de yayınlanmış ve en çok satan eser olmuştur. Kitabın bazı nüshaları İngiliz vatandaşları tarafından da satın alınmış, ancak, İngiliz makamları kitabın yurda sokulmasının yasaklanması konusunda herhangi bir karar almamıştır.

⁴² Beydoğan, T. Ayhan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti”, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınevi, Ankara, 2003, s. 315.

⁴³ Doğru, Osman, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları”, Cilt 1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 930.

Daha sonra, Sunday Times gazetesi kitaptan bazı bölümleri yayınlamaya başlamıştır. Lordlar Kamarası, 30 Temmuz 1987’de daha önceki mahkeme kararına dayanarak mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ve saygınlığı açısından anılan gazete ve diğer bütün medya araçlarına yayın yasağı koymuştur. Kitap, bu arada İngiltere dışındaki birçok ülkede yayınlanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İngiliz mahkemesinin, Observer ve Guardian gazetelerine koyduğu geçici yayın yasağının ulusal güvenlik açısından gerekli olduğuna işaretle Sözleşmeye aykırılık görmemiştir. Sunday Times ve diğer medya araçlarına konan ikinci yayın yasağını ise, demokratik bir toplumda gereksiz bir müdahale olarak nitelendirilmiştir. Mahkemeye göre, ABD’de yayımlandıktan sonra gizliliği kalmadığından, ulusal güvenliği koruma gerekçesi ortadan kalkmıştır. Geriye kalan, istihbarat teşkilatının etkinlik ve itibarının korunması ise, yayın yasağı konulması için tek başına yeterli bir gerekçe değildir.⁴⁴

AİHM, 9.2.1995 tarihli (Series A No. 306-A.) “Vereniging We-ekblad Bluf!/Hollanda” davasında da farklı olgular temelinde, “ulusal güvenlik” ile ifade özgürlüğü arasındaki çatışmayı incelemiştir. Mahkeme bu kararında hukukun üstünlüğüne dayanan demokratik bir toplumun işleyişinin, istihbarat örgütleri gibi bir takım kurumların gizli çalışmasını gerektirebileceğini kabul ediyordu. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre bu, devlete kendini demokratik bir toplumun temel değerlerini yıpratmaya çalışan kişi veya grupların faaliyetlerine karşı koruma olanağı verecekti. Dolayısıyla Mahkeme, müdahalenin (yani el koyma ve toplatma) “ulusal güvenliği” koruma “meşru amacına” sahip olduğunu kabul ediyordu. Bu davaya konu olayda, istihbarat servisinin 6 yıl önceye ait çok gizli nitelikteki bir belgesinin dergiye ek olarak dağıtmak için basıldıktan sonra, dergi ve ekinin toplatılması, dergi ve ekinin gizli basılıp caddelerde satılması ve takipsizlik kararından sonra toplatılan dergilerin iade edilmemesi söz konusuydu. Toplatma kararından sonra yayıncılar yüksek sayıda nüshayı yeniden basarak çok kalabalık olan Amsterdam sokaklarında satmışlardı. Dolayısıyla, söz konusu derginin toplatılmasına karar verildiğinde zaten geniş biçimde yayılmış bulunmaktaydı. (...) Bu

⁴⁴ Ünal, Şeref, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi-İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri”, TBMM Basımevi, Ankara, 2001, s. 262.

son nokta açısından bakıldığında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, daha önce belirli bilgilerin zaten açıklanmış ya da gizli olmaktan çıkmış olduğu görüldüğünde, bu bilgilerin açıklanmasını engellemenin gereksiz olduğuna hükmetmişti. Söz konusu bilgilere çok sayıda insan ulaşma ve bunları başkalarına da aktarma olanağını elde etmiş durumdadır. Üstelik, medya da olay üzerine yorumlar yapmıştır. Durum böyle olunca, bu bilgilerin Devlet sırrı olarak muhafazası artık haklı gösterilemez. Bluf!'un 3 numaralı sayısının toplatılması, izlenmekte olan "meşru amaca" ulaşma bakımından artık hiç de zorunlu görülmemektedir. Kısacası bu tedbir demokratik bir toplumda gerekli olmadığına göre 10. maddenin ihlali söz konusudur.⁴⁵

Observer ve Guardian ile Bluf! davalarında verilen kararlar, en azından iki önemli ilkeyi ortaya koymaktadır. Birinci ilke, ulusal güvenlik konusundaki bilgilerin, bir kez kamu alanına çıktıktan sonra yasaklanamayacağı, yayının toplatılmayacağı ve bilginin yayılmasına aracı olanların cezalandırılmayacağıdır. İkinci ilke ise ulusal güvenlik alanında her türlü bilginin kayıtsız koşulsuz gizli olarak nitelenmesi ve bu temelde bu tür bilgiye ulaşma olanağına önceden bir sınırlandırma oluşturma konusunda devletlere bir yasak getirir.

Söz konusu kısıtlama sebebi ile ilgili olarak beyanın nasıl bir topluluğa yapıldığı da önemlidir. Mahkemenin 8.7.1999 tarihli kararına esas olan "Gerger/Türkiye"⁴⁶ davasında, daha önce idam edilen bir kişiyi anma törenine davet edilen, ancak bu davete icabet etmeyen bir gazetecinin gönderdiği mesajın anma töreninde okunması sebebiyle, mesajı gönderen gazeteci 'toplumun ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü aleyhine bölücü propaganda yapmak' suçundan dolayı hapis ve para cezasına çarptırılmıştır. Olayı inceleyen Mahkeme, sayısı sınırlı bir katılımcı grubuna okunmuş bir mesajın ulusal güvenlik, kamu düzeni ve ülkenin toprak bütünlüğü için oluşturduğu potansiyel tehlikenin oldukça sınırlı olduğu; mesajda karşı koyma, mücadele ve bağımsızlık gibi kelimeler kullanılmış olmakla birlikte şiddete, silahlı mücadeleye veya isyana teşvik olmadığı, mesaj sahibine verilen cezanın oldukça ağır olduğu tespitini yaparak ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplum için ge-

⁴⁵ Macovei, a.g.e., s. 72 vd.

⁴⁶ Gerger / Türkiye davası, No: 24919/94, 08.7.1999.

rekli olmadığı, dolayısıyla ifade özgürlüğünün ihlal edildiği kararını vermiştir.⁴⁷

Sürek-Türkiye davasında⁴⁸ başvurucu, toprak bütünlüğü ve ulusun birliği, kamu düzeni ve milli güvenliği tehdit eden makaleler ile bölücü propaganda yapmak suçundan mahkum edilmiştir.

Başvuruya ilişkin olarak Komisyon şu görüşlere yer vermiştir: “Güneydoğu’daki güvenlik durumunu ve söz konusu mektuplarda

⁴⁷ Bıçak, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü” ..., s. 294.

⁴⁸ Sürek-Türkiye davası, karar no: 26682/95, 8 Temmuz 1999.

Başvurucu K. T. Sürek, İstanbul’da “Haberde Yorumda Gerçek” isimli haftalık bir dergiyi yayınlayan şirketin başlıca hisse sahiplerinden biridir. Derginin 30 Ağustos 1992 tarihli 23. Sayısında “Silahlar Özgürlüğü Engelleyemez” ve “Suç Bizim” başlıklı iki okuyucu makalesi yayınlanmıştır.

Makaleler özet olarak şöyledir (çeviri):

(a) “Silahlar Özgürlüğü Engelleyemez”

Kürdistan’da yükselmekte olan ulusal bağımsızlık savaşında, faşist Türkiye’nin ordusu bombardımanlarını sürdürmektedir. Büyük özveriler ile gerçek muhabirleri tarafından ortaya çıkarılan “Şırnak Katliamı”, bu haftanın bir başka somut örneği olmuştur. Aslında Kürdistan’da sürdürülmekte olan zulüm, geçen birkaç yıl içinde yaşanan en kötüsüdür. Halepçe’de gerici BAAS yönetimi tarafından Güney Kürdistan’da yapılan katliam, şu anda Kuzey Kürdistan’da yürütülmektedir... Türkiye Cumhuriyeti Kürdistan’da provokasyona yol açarak, bir katliama yönelmektedir. Birçok insan öldürülmüştür. Tanklar, toplar ve bombalar ile yapılan 3 günlük bir saldırı sonunda Şırnak yerle bir edilmiştir... Şırnak saldırısı Kürtlerin kökünün kazanması için Türkiye’de yürütülmekte olan en etkin kampanyadır... Ancak halkımızın, Kürdistan’daki ulusal mücadelesi artık kan dökülmesi, tanklar ve toplar ile engellenmeyecek bir seviyeye ulaşmıştır. Türkiye Cumhuriyeti tarafından Kürtlerin ortadan kaldırılması için başlatılan her saldırı, bağımsızlık mücadelesini yoğunlaştırmaktadır...”

(b) “Suç Bizim”

TC cinayet çetesi, “Türkiye Cumhuriyeti’nin korunması” gerekçesiyle cinayetlerine devam etmektedir. Ancak insanlar olanlar karşısında uyanıp, bilinçlenip, haklarını savunmayı öğrendikçe ve “verilmemesi halinde zorla alacağımız” fikri halkın aklında filizlenip, gün geçtikçe büyüdüğü sürece cinayetler de sürecektir... Bu da, doğal olarak generaller, emperyalizmin kiralık katilleri ve çift çeneli, göbekli, ensei kalın Turgutlar, Süleymanlar ve Bülentlere göre insanların beynine bu tohumları ekenlerden başlamalıdır... Böylece 12 Mart olayları, Böylece 12 Eylül olayları ... Böylece darağaçları, böylece hapisaneler, böylece 300 veya 400 yıla mahkum edilen insanlar. Böylece “Türkiye Cumhuriyeti’ni korumak adına işkence odalarında” öldürülen insanlar. Böylece Diyarbakır hapisanesinde öldürülen Mazlum Doğanlar... böylece kısa süre önce resmi şekilde öldürülen devrimciler... TC cinayet çetesi cinayetlerine devam etmektedir ve “devam edecektir”. Çünkü halkın uyanışı bir istek seli gibidir ... sesleniyorum. Cinayet çetesinin suçlu kanıtlanmıştır. İnsanlar bunu kan ve can tecrübesi ile görmekte ve fark etmektedir. Ama, ya demokrasi ve özgürlük mücadelesini engelleyen o şarlatanların suçu ... Evet ya onların suçu ...”

kullanılan dilin ileri düzeyde şiddete teşvik olarak değerlendirilebileceğini de dikkate alarak Komisyon, Muhatap Devletin yetkililerinin, mektupların yayınlanmasının milli güvenlik ve kamu emniyeti açısından zararlı görme hakkına sahip olduğu görüşündedir. Komisyon, derginin sahibi olarak başvuranın mektupların yayınlanması ile ilgili görev ve sorumluluk üstlenmiş olduğu şeklinde fikir yürütmüştür. Başvuranın mahkumiyeti ve hüküm giymesi, yetkililerin değerlendirme marjı kapsamında bir tepki olan milli güvenlik ve kamu emniyetinin korunması yönünde zorunlu bir sosyal ihtiyaca cevaben yapılmış orantılı işlemler olarak kabul edilebilecektir. Bu nedenlerle Komisyon bu davada 10. Maddenin ihlal edilmemiş olduğu kanaatine varmıştır.”

Mahkeme'nin (AİHM) değerlendirmesi ise şöyledir: <<...Denetim yetkisinin uygulanmasında Mahkeme müdahaleyi, suçlanan ifadeler ve bunların ifade edildiği bağlam da dahil olmak üzere, davayı bir bütün olarak ele alarak incelemelidir. İlk olarak müdahalenin “meşru amaçlar ile orantılı” ve ulusal otoriteler tarafından anılan müdahalenin meşru gösterilmesi için belirtilen gerekçelerin “ilgili ve yeterli” olup olmadığı tespit edilmelidir. Bunu yaparken de Mahkeme, ulusal otoritelerin Madde 10 kapsamında bulunan ilkelere uygun standartları uyguladığı ve ilgili bulguların kabul edilebilir bir değerlendirmesine dayalı oldukları konusunda olumlu kanaate varmalıdır.

Başvuranın sahibi olduğu dergi vasıtasıyla bölücü propaganda yapmak suçundan mahkum edilmiş olması nedeniyle, söz konusu müdahaleler ayrıca basının bir siyasi demokrasinin düzgün şekilde işleminin sağlanmasına ilişkin temel görevi bağlamında da dikkate alınmalıdır (birçok diğer otoritenin yanı sıra bkz. 8 Temmuz 1986 tarihli Lingens - Avusturya kararı, A Serisi, No. 103. s. 26, Madde 41; ve yukarıda anılan Fressoz ve Roite kararı, s. ..., Madde 45). Basının, şiddet tehdidi karşısında milli güvenlik veya ülke bütünlüğünün korunması veya asayişsizlik veya suçun engellenmesi amacıyla konmuş olan sınırlamaları aşmaması kaydıyla, bölücü olanlar da dahil olmak üzere, görüş ve siyasi hususlarda bilgi vermesi bir zorunluluktur. Basının, anılan bilgileri ve fikirleri bildirme zorunluluğunun yanı sıra, halkın da bunları almaya hakkı vardır. Basın özgürlüğü, kamuoyuna siyasi liderlerin fikir ve tutumlarının keşfedilmesi ve bunlara ilişkin bir kanaat oluşturulması için en iyi araçlardan birini sağlamaktadır (bkz. yukarıda anılan Lingens kararı, s. 26, Madde 41-42).

Mahkeme, başvuranın dergisinin okuyucular tarafından sunulan iki mektubu yayınlamış olduğuna işaret etmektedir. Bu mektuplar, yetkililerin Güneydoğu'daki askeri faaliyetlerini sert bir şekilde kınamış ve özgürlük ve bağımsızlık mücadelesinde Kürt halkına zulüm yapmakla suçlamıştır (bkz. yukarıdaki paragraf 11). "Silahlar Özgürlüğü Engellemez" başlıklı mektup, yazarı tarafından Kürtlerin ortadan kaldırılması için yürütülen stratejik kampanyanın bir bölümü olarak yetkililer tarafından kasten yapılmış olduğu iddia edilen iki katliama gönderme yapmaktadır. Kürtlerin özgürlüğünü kazanma azmini yineleyerek sonlanmaktadır. İkinci mektup olan "Suç Bizim", Türkiye Cumhuriyeti kurumlarının demokrasi ve Cumhuriyet'in korunması adına muhaliflerin hapse atılma, işkence ve öldürülmesine göz yumduğunu iddia etmektedir. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi, 1991 tarihli 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesi kapsamındaki başvuran aleyhine yapılan suçlamanın kanıtlanmış olduğuna karar vermiştir (bkz. yukarıdaki 14. paragraf). Mahkeme, söz konusu mektupların Türkiye'nin Güneydoğusundaki alanları bağımsız bir "Kürdistan" devleti ve PKK'yı ulusal bir kurtuluş hareketi olarak tanımlayarak, Türkiye Devletinin toprak bütünlüğünün zedelenmesine (bkz. yukarıdaki paragraf 15) yönelik kelimeler içerdiğini tespit etmiştir.

Yukarıda belirtilen müdahalenin gerekliliğinin değerlendirilmesi açısından, tespit edilen ilkeler ışığında (bkz. paragraf 58 ve 59) Mahkeme, Sözleşmenin 10. Maddesinin 2. fıkrasında kamu çıkarlarına ilişkin siyasi konuşmalar veya sorunlara ilişkin tartışmaların sınırlanmasına dair çok dar bir kapsam olduğuna işaret etmektedir (bkz. 25 Kasım 1996 tarihli Wingrove - Birleşik Kraliyet davası, 1996 Raporları-V, s. 1957, 58. Madde). Ayrıca, izin verilebilir eleştirilerin sınırları hükümet ile ilgili hususlarda, özel vatandaşlar veya siyasetçiler açısından daha geniştir. Demokratik bir sistemdeki hareketler veya hükümetin ihmalleri sadece yasama ve adli otoritelerin değil, aynı zamanda kamuoyunun da yakın takibinde olmalıdır. Ayrıca, Hükümetin sahip olduğu egemen konum, özellikle haksız saldırılar ve düşmanlarının eleştirilerine cevap verilmesine ilişkin başka araçların bulunduğu durumlarda, cezai işlemlere başvurulması konusunda bir sınırlamanın uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Bununla birlikte, kamu düzeninin garantörleri sıfatıyla hareketle, ceza kanunu niteliğinde olanlar da dahil olmak üzere, doğru tepkiyi verecek ve anılan ifadeler aşılmadan önlemlerin

benimsenmesi Devlet otoritelerinin yetkisine açıktır (bkz. 9 Haziran 1998 tarihli Incal – Türkiye kararı, 1998-IV Raporları, s. 1567, 54. Madde). Son olarak, anılan sözler bir birey veya bir kamu görevlisi veya bir nüfusun bir kesimine karşı bir şiddeti teşvik ettiği durumlarda Devlet otoriteleri, ifade özgürlüğüne ilişkin müdahale gereğinin incelenmesinde daha geniş bir marja sahiptir.

Mahkeme, mektuplarda kullanılan kelimeler ve bu kelimelerin yayınlanmış olduğu bağlam üzerinde özellikle duracaktır. Bağlam açısından, kendisine sunulan davaların tarihçelerine, özellikle terörizmin engellenmesine ilişkin sorunları dikkate alacaktır. (bkz. yukarıda belirtilen Incal – Türkiye kararı, s. 1568, 58. Madde). Mahkeme ilk olarak, “katliam”, “zulüm” ve “cinayet” gibi göndermelerin yanı sıra, “Faşist Türk ordusu”, “TC cinayet çetesi” ve “emperyalizmin kiralık katilleri” gibi etiketlerin kullanılması ile diğer tarafa kara bir leke vurulmasına ilişkin açık bir kasıt olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme kanaatine göre söz konusu mektuplar, temel duyguların çalkalandırılması ve halen ölümcül şiddet şeklinde kendini göstermiş olan bileşik önyargıların katılaştırılması ile kanlı bir intikama çağrı şeklinde değerlendirilebilecektir. Ayrıca, mektupların 1985’ten buyana çok ciddi can kayıpları ve bölgenin büyük bir kısmında olağanüstü hal ilan edilmesine sebebiyet verecek şekilde güvenlik kuvvetleri ile PKK kuvvetleri arasında ciddi çatışmaların devam etmekte olduğu Güneydoğu’daki güvenlik durumu bağlamında yayınlanmış olması da dikkate alınmalıdır (bkz. yukarıda anılan Zana kararı, s. 2539, Madde 10). Bu bağlamda, mektupların içeriğinin iddia edilen zulümlerin sorumlusu olarak gösterilenlere karşı köklü ve mantık dışı bir nefret uyandırarak, bölgede daha fazla şiddete sebebiyet verebilecek şekilde değerlendirilmelidir. Gerçekten de, okuyucuya iletilen mesaj, saldırgan ülke karşısında şiddete başvurmanın gerekli ve haklı bir önlem olduğudur.

Ayrıca “Suç Bizim” başlıklı mektubun kişileri isimleri ile tanımlayarak, bunlara karşı olan nefretin alevlendirildiği ve bu şahısların fiziksel şiddet tehlikesine maruz bırakıldığı da dikkate alınmalıdır (bkz. yukarıdaki paragraf 11). Mahkeme bu açıdan, yetkililer tarafından Devletin toprak bütünlüğüne zarar verilmesi ile ilgili gerekçelerin vurgulandığı başvurunun mahkumiyetine ilişkin nedenleri, başvurunun ifade özgürlüğü aleyhinde bir müdahale için ilgili ve yeterli bir dayanak olarak kabul etmektedir. Mahkeme, “bilgi” ve “görüşlerin”

sadece kırıcı, şaşırtıcı veya rahatsız edici olmasının müdahalenin haklı gösterilmesi için yeterli olmayacağını yinelemektedir (bkz. yukarıdaki paragraf 58). Mevcut davada söz konusu olan, nefret konuşmaları ve şiddetin yüceltilmesidir.

Başvuranın bu mektuplarda bulunan görüşler ile şahsen bağlantılı olmadığına doğru olmasına rağmen, mektupların yazarlarına şiddet ve nefretin körüklenmesi için bir araç temin etmiştir. Dergi ile sadece ticari açıdan bağlı olduğu ve yazı isleri müdürlüğü sorumluluğu taşımadığı gerekçesi ile mektupların içeriğine ilişkin her türlü cezai sorumluluktan muaf tutulması gerektiği yönünde başvuran tarafından ileri sürülen iddiayı reddetmektedir. Başvuran mal sahibi olup, bu konumu itibarıyla derginin yazı isleri yönetimini şekillendirme hakkına sahiptir. Bu nedenle, halk için bilgi toplanması ve dağıtılması konusunda derginin yazı işleri ve muhabir personelinin görev ve sorumlulukları açısından vekaleten sorumlu olup, bu durum da çatışma ve gerginlik durumlarında daha büyük önem taşımaktadır.

Yukarıdaki hususlar dikkate alındığında Mahkeme, derginin sahibi olarak başvurana uygulanmış olan cezanın bir “zorunlu sosyal” ihtiyacı karşılamak olarak kabul edilebileceğini ve başvuranın mahkumiyeti için yetkililer tarafından verilen mahkumiyetin “ilgili ve yeterli” olduğu sonucuna varmıştır. Ayrıca Mahkeme, başvurana oldukça ılımlı bir para cezası olan 166,666,666 Türk Lirasının verilmiş olduğunu ve bu cezanın da sonradan yarıya, 83,333,333 Türk Lirasına düşürülmüş olduğunu da dikkate almaktadır (bkz. yukarıdaki 14 ve 18. paragraflar).

Bu nedenlerden dolayı ve bu gibi davalarda ulusal yetkililerin sahip olduğu takdir marjı da dikkate alınarak Mahkeme, söz konusu müdahalenin amaçlanan meşru hedefler ile orantılı olduğu düşünce-sindedir. Sonuç olarak, Sözleşmenin 10. maddesi ihlal edilmemiştir.”

Konuyla ilgili olarak Zana / Türkiye davasını⁴⁹ da incelemekte yarar vardır. Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin 26 Mart 1991 tarihli kararıyla “yasanın cürüm saydığı bir fiili savunduğu” ve “umumun emniyetini tehlikeye düşürdüğü” için Diyarbakır eski Belediye

⁴⁹ Zana / Türkiye davası, (69/1996/688/880), 25 Kasım 1997, karar için bkz. http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/69_1996_688_880.pdf, e.t. 08.09.2012.

Başkanı M. Zana on iki ay hapis cezasına mahkum edilmiştir. Devlet Güvenlik Mahkemesi ayrıca, PKK'nın Ceza Yasasının (765 sayılı TCK) 168. maddesi anlamında bir "silahlı örgüt" okluğunu, Türkiye topraklarının bir bölümünün ayrılmasını amaçladığını ve cinayet, adam kaçırmaya ve silahlı soygun gibi şiddet eylemleri gerçekleştirdiğini kabul etmiştir.

Zana / Türkiye davasında Divan şu değerlendirmeleri yapmıştır: <<Divan, ifade özgürlüğüne ilişkin ortaya koyulan ilkelerin terörizme karşı mücadelede ulusal güvenlik ve kamu güvenliğinin sürdürülmesi için alınan önlemler açısından da geçerli olduğunu düşünmektedir. Bu bağlamda Divan, her olayın özel koşullarını ve Devletin takdir yetkisini özenle göz önünde tutarak, bireylerin ifade özgürlüğüne ilişkin temel haklarıyla demokratik bir toplumun meşru hakkı olan kendini terörist örgütlerin eylemlerine karşı korumak arasında adil bir dengeyi kurulum kurulumunu araştırmalıdır.

Divan eldeki davada, Zana'nın mahkumiyetinin ve cezasının "zorlayıcı bir toplumsal gereksinim" e yanıt verip vermediğini ve bunların "izlenen meşru amaçlarla orantılı" olup olmadığını değerlendirmiştir. Bu amaçla Divan, başvuruçunun sözlerinin içeriğini o dönemde Türkiye'nin Güneydoğu bölgesinde hüküm süren durumun ışığında çözümlemenin önemli olduğu görüşündedir.

Divan başvuruçunun açıklamasını, kendisinin de esas olarak reddetmediği, 30 Ağustos 1987'de günlük ulusal gazete Cumhuriyet'te yayımlandığı biçimiyle temel alacaktır. Açıklama iki cümleden oluşmaktadır. Birinci cümlede başvuruçu, "katliamlardan yana" olmadığını söylerken "PKK ulusal kurtuluş hareketi"ni desteklediğini belirtmektedir, ikinci cümlede şunu söylemektedir: "herkes hata yapar, PKK, kadın ve çocukları yanlışlıkla öldürüyor."

Bu sözcükler çeşitli biçimlerde yorumlanabilir ancak, her halde, bunlar çelişkili ve anlamı belirsizdir. Bunlar çelişkilidir, çünkü aynı zamanda hem amaçlarına ulaşmak için şiddet kullanan bir terörist örgüt olan PKK'yı desteklemek hem de kendisinin katliamlara karşı olduğunu açıklamak zor görünmektedir. Bunların anlamı belirsizdir, çünkü Bay Zana kadın ve çocukların katledilmesini uygun bulmazken aynı zamanda bunu herkesin yapabileceği bir "hata" olarak tanımlamaktadır.

Bununla birlikte, bu açıklamaya tek başına bakılmamalıdır. (Bu açıklamanın) başvuruçunun da farkında olması gereken, olayın somut koşulları içinde özel bir anlamı vardır. Divanın daha önce belirttiği gibi (bkz. paragraf 50) bu röportaj, o tarihte gerginliğin dorukta olduğu Türkiye'nin Güneydoğu bölgesinde PKK'nın sivillere yönelik kanlı saldırılarıyla aynı zamana denk düşmüştür.

Bu koşullar altında büyük bir ulusal günlük gazetede yayınlanan röportajda, Güneydoğunun en önemli kenti olan Diyarbakır'ın eski belediye başkanının -"ulusal kurtuluş hareketi" olarak tanımladığı- PKK'ya verdiği desteğin, bu bölgedeki patlamaya hazır havayı daha da ağırlaştıracağı düşünülebilir.

Bu nedenle Divan, başvuruçuya verilen cezanın "zorlayıcı bir toplumsal gereksinime" yanıt verdiğinin kabul edilmesinin uygun olduğunu ve ulusal makamların ileri sürdüğü nedenlerin "uygun ve yeterli" olduğunu düşünmektedir; her halde, başvuruçu cezasının yalnızca beşte birini hapiste geçirmiştir (bkz. paragraf 26).

Bütün bu etkenleri ve böyle bir davada ulusal makamların sahip olduğu takdir yetkisinin sınırlarını göz önünde tutarak Divan, incelenen müdahalenin izlenen meşru amaçlarla orantılı olduğunu düşünmektedir.>> Sonuç olarak Divan, Sözleşmenin 10. maddesinin ihlâl edilmediğini belirtmiştir.

2. Kamu Düzeninin Sağlanması ve Suç İşlenmesinin Önlenmesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 23.4.1992 tarihli "Castells/ İspanya"⁵⁰ kararında kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi ile hükümetin siyasi karşıtları tarafından siyasi bakımdan eleştirilmesi arasında bir denge kurmaya çalışmış ve siyasi muhalefet için ifade özgürlüğünü güçlü bir şekilde savunmuştur. Castells, İspanya Parlamentosunda, Bask bölgesinin bağımsızlığını savunan bir siyasi örgütü temsil eden bir senatördü. 1979'da ülke çapında okunan bir gazetede "Öfkelenendirici Bir Dokunulmazlık" başlıklı bir yazısı yayınlandı. Castells, Hükümeti Bask bölgesindeki cinayetleri soruşturmamakla

⁵⁰ Castells / İspanya (23.4.1992. A. 236) davasının Türkçe tam metni için bkz., Doğru, İnsan Hakları Avrupa İçtihatları, Beta Yayınevi, İstanbul, Ocak 1997, s. 217-237.

suçluyordu. Bunun üzerine şikayetçinin dokunulmazlığı kaldırılarak, “hükümetin manevi şahsiyetine hakaret” suçundan yargılanmış ve 1 yıl 1 gün hapis cezasına mahkum edilmiştir.⁵¹ Yapılan başvuru üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kısıtlamanın “demokratik bir toplumda gerekli” olması koşulunu inceleyerek şunu belirtmiştir:

“İfade özgürlüğü herkes için önemli olmakla birlikte, halkın seçilmiş bir temsilcisi açısından özel bir önem taşır. Bu kişi seçmenlerini temsil etmektedir, onların kaygılarına dikkat çekmektedir, çıkarlarını savunmaktadır. Dolayısıyla, davacının durumunda olduğu gibi, muhalif bir Parlamento üyesinin ifade özgürlüğüne müdahale, Mahkeme’nin çok büyük bir dikkatle ele alması gereken bir konudur.”⁵² Hükümet hakkındaki eleştirinin caiz olan sınırları özel kişilere, hatta bir politikacıya yapılan eleştiriye oranla daha geniştir. Bir demokratik sistemde Hükümetin eylem, işlem veya hataları, sadece yasama ve yargı organlarının değil, basın ve kamuoyunun da ayrıntılı incelemesine tabidir. Ayrıca Hükümet, medyadaki haksız saldırı ve eleştirileri başka yollarla önlemek varken, işgal ettiği hakim pozisyondan yararlanarak ceza davası açmak suretiyle önlemeyi tercih etmiştir. Kamu güvenliğinin garantörü olarak yetkili Devlet makamları, hakaret, kasıt veya kötü niyetle yapılan yayınları önlemeye yönelik olmak üzere, ceza niteliğinde olanlar da dahil gereken önlemleri almak yetkisine sahiptir. Ancak, bunda hiçbir şekilde aşırıya kaçılmamalıdır. Mahkeme bu gerekçelerle İspanya’nın 10. maddeyi ihlal ettiğini tespit etmiş ve hükümetin bunlara karşı, hoşgörülü olması gerekirken, ceza davası açarak karşı koymasının aşırı bir önlem olduğu hususunu vurgulamıştır.⁵³

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre, devletlerin kamu düzenini sağlamakla sorumlu olarak, kendilerine yöneltilen eleştirilere karşı, sınırları dahilinde, cezai nitelikte olanlar dahil, gerekli gördüğü tedbirleri alma hakkı saklıdır (9 Haziran 1998 tarihli “İncal/Türkiye”⁵⁴ kararı prg. 54). Eleştirilerin başkalarını, kişilere, kamu görevlilerine

⁵¹ Ünal, a.g.e., s. 249.

⁵² Macovei, a.g.e., s. 89 vd.

⁵³ Çalışkan, Bilal, “AİHM’nin İfade Özgürlüğü Kararlarında Demokratik Toplum Kriterleri” Adalet Dergisi, Sayı: 15, Ankara, Nisan 2003, s. 54.

⁵⁴ İncal / Türkiye davası, 9 Haziran 1998, No: 22678/93, Karar metni için bkz. İncal/ Türkiye davası, “Yargı Mevzuatı Bülteni”, 07.04.1999 tarih, Sayı 76, s. 51-78.

veya toplumun bir kesimine karşı şiddete teşvik edici nitelik taşıması halinde ise ifade özgürlüğünün sınırlanması konusunda, Devlet, daha geniş takdir yetkisine sahiptir (8 Temmuz 1999 tarihli “Ceylan/ Türkiye”⁵⁵ kararı prg. 34).⁵⁶

Bununla birlikte Mahkeme, şiddeti teşvik etmeyen düşünce açıklamalarının korunması gerektiğini belirtmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi demokrasinin temel özelliklerinden birinin, şiddete başvurmadan ülkenin sorunlarına diyalog yoluyla çözümler bulma olduğunu belirterek, bazen bu çözümlerin can sıkıcı ve hoş gitmeyen şeyler olabileceğini, ama buna katlanılması gerektiğini belirtmiştir. Demokrasinin temeli düşünceyi ifade özgürlüğüdür ve yine demokrasinin yaşaması ifade özgürlüğünün sağlanmasına bağlıdır.⁵⁷

Nur Rayda ve Televizyon Yayıncılığı A.Ş. / Türkiye davasında,⁵⁸ Ekim 1999’da Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK), başvuru şirket hakkında Mihr dini cemaatinin bir temsilcisinin yaptığı bazı yorumları yayımlaması nedeniyle uyarmıştır. Bu yorumlardan biri, Ağustos 1999’da İzmit’te meydana gelen binlerce kişinin ölümüyle sonuçlanan depremin, bu kişilerin ölmesine karar veren ‘Allah’ın Allah düşmanlarına ikazı’ olduğu şeklindeki yorumdur. Temsilci ayrıca, dinsizliklerinin kurbanı olarak takdim edilen ‘inançsızların kaderini’ Mihr cemaati üyelerinin kaderiyle kıyaslamıştır. RTÜK, bu yorumların ‘Anayasa’nın genel ilkeleri, demokratik kurallar ve insan haklarına’ aykırı yayın yapmayı yasaklayan 3984 sayılı Kanununun 4(c) maddesinde yer alan kuralı ihlal ettiğini tespit etmiştir. Başvurucu şirketin aynı kuralı ihlal etmesi nedeniyle daha evvel kınandığını kaydeden RTÜK, 8 Kasım 1999 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere 180 gün süreyle yayınının durdurulmasına karar vermiştir. Başvurucu şirket, bu tedbire Türk mahkemeleri önünde itiraz etmiş, fakat sonuç alamamış-

⁵⁵ Ceylan / Türkiye davası, No: 23556/94, 8 Temmuz 1999.

⁵⁶ Bıçak,Vahit, “Türkiye’nin Güncel Sorunları: Demokrasi ve İnsan Hakları”, Liberalizmin İncelenmesi: Friedrich Naumann Vakfı’nın Türkiye’de 10 Yıllık Siyasi Çalışması Uluslararası Konferansı’nda Sunulan Tebliğ, <http://www.geocities.com/vbicak/FNF.htm>. Erişim: 11.01.2010.

⁵⁷ Turhan, Mehmet, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasal Parti Kapatma Davaları”, <http://www.abchukuk.com/makale/makale39.html>, erişim 13.01.2010.

⁵⁸ Nur Rayda ve Televizyon Yayıncılığı A.Ş. / Türkiye davası, Kar. No: 8875, Başvuru No: 6587/03, K.T: 27.11.2007, kararın Türkçe çevirisi ve metni için bkz. <https://aih.m.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=8875>, 18.08.2012.

tır. Başvurucu şirket, depreme ilişkin dini bir açıklamanın yapıldığını ve dinleyicilerin inanmak ya da inanmamakta serbest olduklarını ileri sürmüştür.

AİHM, yapılan yorumların ciddiyetini ve bilhassa da bu yorumların yapıldığı trajik bağlamı kabul etmiştir. Ne var ki, söz konusu yorumlar şok edici ya da saldırgan da olsalar, hiçbir biçimde şiddete kışkırtma içermemiş ve Mihr dini cemaatinin üyeleri olmayan kimselere karşı düşmanlığa tahrik etmemişlerdir. Üstelik Mahkeme, müdahalenin orantılı olup olmadığını değerlendirirken verilen cezanın ağırlığı ve niteliğinin de bir faktör olduğunu hatırlatmıştır. Bu nedenle Mahkeme, yayım yasağının taşınılan amaçla orantısız olduğu kanısına varmış ve bu gerekçeyle 10. maddenin ihlaline hükmetmiştir.

AİHM, Karatepe-Türkiye davasında,⁵⁹ Kayseri Belediye Başkanı olan Ş. Karatepe'nin yaptığı bir konuşma sonucundaki mahkumiyetini ihlal olarak görmemiştir. AİHM'e göre başvuranın konuşmaları iki bölümden oluşmaktadır: Birinci bölümde başvuran laiklikle ilgili kişisel tutumunu dile getirmektedir. İkincisinde ise büyük bir ilin belediye başkanı olarak halkına "(...) Müslümanların içlerindeki düşünce, kin ve imanı" korumalarını söyleyerek "Bu törene bu kılıkla (laik kıyafeti kastederek) katılmak zorunda kaldım. Fakat sizlerin hiçbir zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu düzen mutlaka değişmelidir. Bekledik, biraz daha bekleriz. Bakalım bizi nasıl bir gelecek bekliyor. Müslümanlar, içinizden bu hırsı, bu kini eksik etmeyin" ifadelerinde bulunmuştur.

AİHM, dava ile ilgili olarak Erbakan-Türkiye⁶⁰ kararında da dile getirdiği üzere 10. maddeye ilişkin içtihadından doğan temel ilkelere atıfta bulunmaktadır. Mevcut dava, başvuranın ulusal mahkemeler tarafından "kine teşvik eden ifadeler" olarak değerlendirilen beyanları nedeniyle cezalandırılması hususuna ilişkindir. Bu bakımdan AİHM, insanların onuruna karşı hoşgörü ve saygının, demokratik ve çoğulcu bir toplumun temellerini teşkil ettiğini vurgulamaktadır. Bundan "usullerin", "koşulların", "sınırlandırmaların" ya da verilen "cezaların" hedeflenen meşru amaçla orantılı olması koşuluyla, ilke olarak,

⁵⁹ Karatepe-Türkiye Davası, Başvuru no: 41551/98, k.t. 31 Temmuz 2007, kararın özet çevirisi için bkz. http://www.hukukimevzuat.com/?x=aihm_karari&id=766, erişim tarihi: 08.09.2012.

⁶⁰ Karar No: 59405/00, 6 Temmuz 2006.

demokratik toplumlarda hoşgörüsüzlüğe dayalı (dini hoşgörüsüzlük de dahil olmak üzere) kini yayan, teşvik eden, yücelten ya da haklı gösteren her türlü ifade şeklinin cezalandırılmasının hatta önlenmesinin gerekli olabileceğine kanaat getirilmesinin mümkün olduğu sonucu çıkmaktadır (kine teşvik eden konuşma ve şiddetin savunulması ile ilgili olarak bkz., mutatis mutandis, Sürek-Türkiye (no:1), [Büyük Daire], no: 26682/95, ve özellikle, Gündüz-Türkiye, no: 35071/97).

AİHM'e göre başvuranın cezai mahkumiyetinin, başvuranın AİHS'nin 10/1. maddesi ile güvenceye alınan ifade özgürlüğüne müdahale teşkil ettiğine dair bir tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte müdahalenin, Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesi ile öngörüldüğü ve 10/2. madde uyarınca ulusal güvenliğin ve kamu düzeninin korunması, başkalarının haklarının muhafaza edilmesi ve suçun önlenmesi gibi pek çok meşru amaç taşıdığı da tartışma götürmemektedir. Burada asıl önemli olan müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı" hususunun tespit edilmesidir.

AİHM şu değerlendirmelerde bulunmuştur: Tanınmış bir siyasetçi tarafından halka açık bir toplantıda dile getirilen bu görüşler dini değerler çerçevesinde şekillenmiş bir toplumsal bakış açısını ifşa etmekte ve böylelikle farklı grupların karşı karşıya geldiği günümüz toplumlarını oluşturan çoğulculuk anlayışıyla bağdaşır görünmemektedir (Bkz., aynı bakımdan, Erbakan kararı). Özellikle de vatandaşları, nüfusun diğer bir kesimine karşı "(...) içlerinde bulunan hırsı, kini ve nefreti" eksik etmemelerini söyleyen başvuranın ifade özgürlüğü hakkında faydalandığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Her halükarda Türk Devleti'nin laik kanunlarına karşı itaatsizliğe teşvik edildiği hususu tartışma götürmemektedir. Bu ifadelerin hoşgörü anlayışıyla bağdaşır görünmesi pek mümkün değildir ve AİHS'nin ön-sözünde yer alan barış ve adalet gibi temel değerlere aykırılık teşkil etmektedir (Bkz. özellikle, Gündüz-Türkiye (karar), no:59745/00). Bu açıdan ele alındığında AİHM, önemli bir ilin belediye başkanı olan ve bu nedenle halk nezdinde, gerginlik ve çatışma durumlarında daha da önem kazanan bir rolü olduğu cihetle başvuranın mahkum edilmesine ilişkin gerekçelerin yerinde olduğuna ve ilgilinin ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahaleyi haklı kılmak için yeterli olduğuna kanaat getirmektedir (Sürek-Türkiye (No:1), Zana-Türkiye, 25 Kasım 1997 tarihli karar, Derleme Kararlar ve Hükümler). AİHM, "bilgi" ya da "fi-

kirlerin” kırııcı, şaşırtıcı veya rahatsız edici olmasının söz konusu müdahalenin haklı gösterilmesi için yeterli olmayacağını ancak, mevcut davada şiddeti yüceltecek şekilde kine dayalı bir konuşma söz konusu (Sürek kararı -no:1-) olduğunu hatırlatmaktadır.

Hükmolunan cezanın orantılılığı konusunda ise AİHM, başvurana verilen bir yıl hapis ve 420.000 Türk Lirası tutarında para cezasının ağırlığını kabul etmektedir. Bununla birlikte, bir kişinin davranışı yukarıda ifadesini bulan düzeye ulaştığında ve çoğulcu bir demokrasinin temellerini inkar edecek ölçüde hoşgörüsüz bir hale geldiğinde, iç hukuktaki caydırıcı yaptırımlar gerekli olabilir (Gündüz kararı). Ayrıca başvuranın, yaklaşık dört buçuk aylık bir hapis cezası sonrasında 17 Eylül 1998 tarihinde şartlı olarak tahliye edilmiş olması dikkate alındığında AİHM, mevcut davada uygulanan cezanın, halkın suç işlemeğe teşvik edilmesinin önlenmesi şeklindeki hedeflenen meşru amaçla orantılı olmadığını düşünölemeyeceğine kanaat getirmektedir (Güzel-Türkiye (No:1), (karar),no:54479/00, 20 Eylül 2005).

Sonuç olarak AİHM, dava konusu müdahaleyi AİHS’nin 10/2. maddesine uygun bulmuş ve AİHS’nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Yukarıdaki içtihatlarla göre AİHM, ulusal mahkemelere kısıtlama konusunda şu yolu göstermektedir: “Yasal itaatsizliğe kışkırtma, ilke olarak cezalandırılabilir bir eylem olmakla birlikte, yargıçlar kanuni bir yasağı otomatik tarzda uygulamamalıdır. Yargıçlar, ifade özgürlüğünün belirli bir kullanımının cezalandırılmasının bu özgürlüğe o kadar büyük bir değer atfeden ‘demokratik bir toplumda gerekli’ olup olmadığına karar verirken, çelişen çıkarları karşılıklı olarak tartmalı orantısallık ilkesini uygulamalıdır. Ayrıca “Castells/İspanya”⁶¹ kararının ortaya koyduğu gibi, ulusal mahkemeler devlet otoritelerine yönelik eleştirileri cezalandırmaktan kaçınmalıdır. Bu tür eleştiriler sert bile olsa, siyasi çoğulculuğun ve kanaat çoğulculuğunun bir parçasıdır.⁶²

⁶¹ Castells / ispanya (23.4.1992. A. 236) davasının Türkçe tam metni için bkz., Doğru, İnsan Hakları Avrupa içtihatları, Beta Yayınevi, İstanbul, Ocak 1997, s. 217-237.

⁶² Macovei, a.g.e., s. 91.

3. Sağlıkın veya Ahlakın Korunması

Sağlık ve Ahlak ile ifade özgürlüğü arasındaki çatışma, orantısallık ilkesine yeni yorumlar katmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ilke olarak böyle davalarda, ulusal mahkemelere daha geniş bir takdir payı bırakır. Bunun gerekçesi, 'ahlak'ın her bir üye ülkede, hatta aynı ülkenin farklı bölgelerinde değişik olmasıdır.

Bu başlık altında, Komisyon ve Mahkeme gündemini genelde müstehcen yayınlar işgal etmiştir.⁶³ İsviçre'de 9 ressamın katıldığı resim sergisine 3 resmi ile katılan ve resimlerinden birinde insanlar ile hayvanlar arasında cinsel ilişkiyi resmeden bir sanatçının⁶⁴ başvurusu üzerine, Komisyon, şikayetçi ve arkadaşlarına uygulanan İsviçre Ceza Kanununun 204. maddesinin toplum ahlakı ve başkalarının haklarının korunması gibi meşru bir amaçla sevk edildiğini belirledikten sonra, alınan önlemin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı konusunu incelemiştir. Komisyona göre, somut olayda davayı inceleyen üç İsviçre Mahkemesi de estetik açıdan bir değerlendirme yapmaksızın sergilenen resimleri müstehcen bulmuştur. Ayrıca, sadece insanlar ile hayvanlar arasında cinsel ilişkileri tasvir eden resimlerle verilmek istenen mesaj da anlaşılammıştır. Kültürel, sosyal ve dini etkenlerle, resimlerin sergilendiği Fribourg Kantonundaki halkın yapısı ve serginin her yaş grubuna açık olduğu göz önüne alınırsa İsviçre makamlarının aldığı önlem, Sözleşmenin 10/2 maddesine aykırı değildir.⁶⁵ Aynı olayla ilgili olarak Mahkeme, 24.5.1988 tarihli (A 133) "Müller/İsviçre" kararında, 10. maddenin ihlal edilmediğine ve resmi makamların resimlere el koyma kararlarının ve para cezası vermelerinin ahlakın korunması bakımından zorunlu önlemler olduğuna inanmalarının haklı olduğuna karar vermiştir.⁶⁶ Mahkemenin bu kararına göre; "Bugün, Sözleşmeye taraftar devletlerin hukuki ve sosyal düzenlerinde tek bir şekilde Avrupa ahlak kavramını bulmak imkansızdır... Devlet yetkilileri prensip olarak hem bu gereksinimlerin tam muhtevasında hem de 'sınırlandırmanın gerekliliği' veya bunları karşılayacak 'cezalandırma'da görüşlerini belirtecek olan uluslararası yargıçtan daha iyi durumdadırlar."⁶⁷

⁶³ Ünal, a.g.e., s. 265.

⁶⁴ Doğru, a.g.e., s. 912.

⁶⁵ Ünal, a.g.e., s. 265.

⁶⁶ Özbey, a.g.e., s. 338.

⁶⁷ Macovei, a.g.e., s. 92.

4. Başkalarının Şöhret ve Haklarının Korunması

Başkalarının şöhretini ve haklarını koruma, ifade özgürlüğünün kısıtlanması için ulusal otoritelerin öteki gerekçelerden kat kat daha fazla öne sürdüğü “meşru amaç” olagelmıştır. Politikacıların ve devlet görevlilerinin eleştirilere karşı korunması için oldukça sık kullanılmıştır. Bundan dolayıdır ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu alanda, başta basın olmak üzere ifade özgürlüğüne tanınan yüksek düzeyli korumayı kapsayan geniş çaplı bir içtihat geliştirmiştir. Medyada tanınan ayrıcalıklı konumun nedeni Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, demokratik bir toplumda hem seçim süreci hem de kamu yararının günlük sorunları bakımından siyasi düşüncelerin ifadesinin oynadığı merkezi role olan inancıdır. Dil konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sert ve keskin eleştirilerin yanı sıra tartışma konusu olan konulara dikkat çekmek bakımından avantajlar sunan renkli ifadeleri de kabul edilebilir olarak görmüştür.⁶⁸

Öte yandan pozitif hukuk tarafından belirlenmiş olsa bile nesnel olarak kaba, bayağı, müstehcen, saldırgan, aşağılayıcı, onur kırıcı söz ve yazı ile hakaret, sövme, kötüleme, iftira, sırf ar ve haya duygularını incitmeyi amaçlayan düşünce açıklamaları hukukun koruma alanı dışında kalırlar.⁶⁹

Ortak hukukun değişmez ilkesi olan başkalarının haklarına saygı, başkalarının şanı, şöhreti, kişiliği hakkında küçük düşürücü hakaret, sövme ve iftira ve benzer nitelikteki ifadeler esasen düşünce özgürlüğünün özneleri olamayacakları için yasaklama, bir bakıma, özgürlüğün yabancı unsurlardan arındırılması olarak kabul edilmelidir.⁷⁰ Bu tür ifadelerin fiziksel saldırıdan daha az kötü olmadığı ve uygar toplumlarda buna izin verilmemesi gerektiği de unutulmamalıdır.⁷¹

Konuya ilişkin AİHM’in birçok kararı bulunmaktadır. Haziran 2000 tarihinde yargılaması yapılan Constantinescu (Constantinescu / Romanya, 27.6.2000) davası, bir öğretmenler sendikası başkanının aynı suç konusunda haklarında verilmiş takipsizlik kararından yararlanan

⁶⁸ Macovei, a.g.e., s. 96.

⁶⁹ Korkmaz, age.,12, Tanör, age., s.17-18.

⁷⁰ Tanör, age., s.73-74.

⁷¹ Trager, Robert - Dickerson, Donna L., “21.Yüzyılda İfade Hürriyeti”, çev. A. Nuri Yurdusev, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003, s. 157.

üç öğretmeni “yataklık edenler” olarak suçlamaktan dolayı hakaretten mahkumiyetine ilişkindi. Divan, dava konusu sözler kamu yararı olan konuları oluşturan sendikaların bağımsızlığı ve adli teşkilatın işleyişi hakkında bir tartışma çerçevesinde söylenebile düşünceleri açıklama özgürlüğünün sınırları olduğunu vurguladı. Başvuranın bir sendika temsilcisi sıfatıyla kendisi tarafından oynanan özel rol ile birlikte, özellikle başkasının haklarını ve ününü korumak gayesiyle belirlenen sınırlar içinde tepkisini göstermesi gerekirdi. Suç oluşturan beyanların onur kırıcı niteliğini kabul ettikten sonra Divan, “başvuranın ‘yataklık edenler’ terimini kullanmaksızın eleştirilerini yapmasının ve böylece sendikal sorunlar konusunda kamuya açık bir tartışmaya katkıda bulunabilmesinin tamamen kendi elinde olduğu” kanaatine varmıştır. Bu nedenle, Divan, 10. maddenin ihlal edilmediğine karar verdi.⁷²

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ilkeleri ışığında, politikacıları ya da genel olarak üst düzey yetkilileri (örneğin cumhurbaşkanı, başbakanı, bakanları, milletvekillerini vb.), başta basından gelenler olmak üzere hakarete veya şöhretine yönelik saldırıya karşı özel ya da daha ağır cezalar aracılığıyla korumayı hedefleyen bütün yasalar 10. madde ile bağdaşmaz bir nitelik taşır. Bu tür hükümlerin var olduğu ve politikacılarca kullanılmaya çalışıldığı durumlarda ulusal mahkemeler bunları uygulamaktan kaçınmalıdır. Bunun yerine hakaret ve şöhrete halel getirme konusundaki genel yasal hükümler uygulanabilir. Ayrıca, politikacıların şerefi ve şöhreti basın özgürlüğüyle çatışma içine girdiğinde ulusal mahkemeler orantısallık ilkesini dikkatli biçimde uygulamalı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin “Lingens/Avusturya”⁷³ gibi davalarda sağlamış olduğu yol gösterici ilkelere bakarak, gazetecinin mahkum edilmesinin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına karar vermelidirler. Benzer biçimde, ulusal hukukun hakaret içeren ifadelerle ilişkin davalarda “doğruluk kanıtı” savunmasını öngördüğü durumlarda ulusal mahkemeler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin olgular ile kanaatler arasında yaptığı ayrımı

⁷² “Avrupa’da Düşünce Özgürlüğü”, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesine İlişkin İctihat, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, e-kitap, Fransızcadan çeviren Prof. Dr. Durmuş Tezcan, http://www.hukuki.net/uploaded/ekitap/avrupa/bolum_1.htm - Erişim: 12.01.2010.

⁷³ Lingens - Avusturya, 24 Haziran 1986, No. 1984/12- 84/1311, Seri A no. 103, kararın Türkçe metni için bkz. Bıçak, Vahit, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2002, s. 114 vd.

mı göz önüne alarak bu tür kanıt istemekten kaçınmalıdırlar. Üstelik, esas olarak olgulara dayanan şöhrete haneler getirme davalarında iyi niyet savunması kabul edilmelidir. Şayet haber yayınlandığı anda belirli bir bilginin doğru olduğuna inanmak için yeterli bir nedene sahipse o zaman cezalandırılmamalıdır.⁷⁴

Bu kıstasla ilgili 6.2.2001 tarihli "Tommer/Estonya" kararı da dikkat çekicidir. Bu davada, başbakan ile başbakan olmadan önce ve başbakanlığı döneminde çalışan ve sonradan eşi olan kişinin anılarını yazmasına yardım eden gazetecinin, başbakanın eşiyle aralarının açılması üzerine anı sahibinin rızası olmaksızın anıları yayınlama girişimi yargı kararıyla engellenmiştir. Bunun üzerine söz konusu bilgiler gazeteci ile bir başka gazetecinin röportaj yapması şeklinde bir günlük gazetede yer almıştır. Bu röportaj esnasında "genç kızlar" için kötü bir örnek olan, anneliğe uygun olmayan ve başkasının evliliğini bozan bir kişiyi meşhur edilecek kişi olarak seçmeniz yanlış bir karar mıydı?" sorusunu soran gazetecinin bu sözleri hakaret oluşturduğu gerekçeyle mahkum edilmiştir. Olayı inceleyen Divan, yerel mahkemenin olaydaki çelişen dengeleri, seçilen kelimelerin kullanılmasını ve doğasını gözettiğini, dolayısıyla ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁷⁵

AİHM, July ve SARL Liberation / Fransa davasında da;⁷⁶ 1942 doğumlu olup Paris'te yaşayan birinci başvuru Serge July, Fransız gazetesi Liberation'ın yayın müdürüdür. İkinci başvuru ise, SARL Liberation Limited Şirketi'dir. Başvuruların şikayeti Ekim 1995'te Cibuti'de görevdeyken ölü olarak bulunan bir Fransız yargıç olan Bernard Borrel'in şüpheli ölümüne ilişkin dava hakkında bir basın toplantısında yapılan açıklamaları rapor eden bir makalenin 14 Mart 2000 tarihli Liberation'da yayınlanmasından ötürü hakaret suçu işledikleri gerekçesiyle mahkum edilmeleridir. Makalede rapor edilen toplantının amacı, merhumun eşi olan Elisabeth Borrel'in Adalet Bakanlığına soruşturmada görevli olan iki yargıç hakkında Yargı Hizmetleri Müfettişliğince bir araştırma yapılmasını talep etmektir. Basın toplantısı

⁷⁴ Macovei, a.g.e., s. 101-102.

⁷⁵ Bıçak, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü"..., s. 307.

⁷⁶ July ve Sarl Liberation / Fransa davası, Kar. No: 9245, Başvuru No: 20893/03, K.T: 14.02.2008, kararın Türkçe çevirisi ve metni için bkz. <https://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=9245>, 18.08.2012.

sırasında Bayan Borrel, avukatları ve Yargıçlar Derneği Başkanı Dominique Matagrın ve Yargıçlar Sendikası Başkanı Anne Crenier de dahil olmak üzere bazı yargıçlar, soruşturmanın yürütümüne ilişkin bir dizi soru ve eleştiri yöneltmişlerdir. Söz konusu soruşturma yargıçları, Brigitte Vidal-Durand'ın 'Bir yargıcın ölümü: Eşi yargıçlar ve polisler'e hesap soruyor' başlıklı yazısının yayınlandığı gün başvurucular hakkında hakaret suçu işledikleri gerekçesiyle dava açmışlardır. Makaledeki dört ibarenin hakaret niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür: 1. Bayan Borrel yargıçların taraflı olduklarından yakındı. 2. Dominique Matagrın'e göre davaya ilişkin soruşturma garip bir şekilde yürütülmektedir. 3. Anne Crenier, 'bir dizi hata'dan bahsetmiştir. 4. Soruşturma yargıçları yavaş hareket etmişlerdir. 13 Mart 2001'de Ceza Mahkemesi, başvurucuların beraatına karar vermiştir. Ceza Mahkemesi, sadece yargıçların taraflılık gösterdiklerine ilişkin ibareyi hakaret niteliğinde bulmuş; fakat başvurucuların iyi niyetli oldukları ve soruşturmaya ilişkin eleştirileri rapor etmekle gazetenin halkı bilgilendirme görevini yerine getirdiği sonucuna ulaşmıştır. Versay Temyiz Mahkemesi, temyiz edilen bu kararı kısmen bozmuştur. Temyiz Mahkemesi, yargıçların taraflı olduklarına dair ibarenin yanı sıra soruşturmanın tuhaf bir biçimde yürütüldüğüne ilişkin ifadenin de hakaret içerdiği kanısına varmıştır. Konuyu bir mülakat biçiminde ele alma yoluna başvurmadıkları gerekçesiyle başvurucuların iyi niyet sınırları içinde kalmadıkları sonucuna ulaşmıştır. Sonuç olarak, Bay July devlet memuruna hakareten suçlu bulunmuş ve başvurucu şirketin de hukuki olarak sorumlu olduğuna karar verilmiştir. Bay July 10,000 Frank (yaklaşık 1,500 Euro) para cezasına çarptırılmıştır. Başvurucu şirketin ise, her iki şahsi davacıya da aynı miktarı ödemesine, Liberation ve diğer bir milli gazetede mahkeme kararının özetini yayınlamasına karar verilmiştir. Temyiz Mahkemesi ayrıca, başvurucuların birlikte ve ayrı ayrı şahsi davacılara devlet tarafından karşılanmayan ücret ve masrafları için 20,000 Frank ödemelerine karar vermiştir. Başvurucuların itirazları Fransız Yargıtayı tarafından reddedilmiştir.

Mahkeme (AİHM), başvurucuların aldığı mahkumiyetin ifade özgürlüklerine bir müdahale oluşturduğu kanısına varmıştır. Bu müdahale Fransız hukukunda öngörülmüştür. Müdahale, söz konusu soruşturma yargıçlarının itibarını koruma ve yargının egemenliğini ve tarafsızlığını koruma meşru amacını taşımıştır. Bu müdahalenin

demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına ilişkin olarak ise Mahkeme, her şeyden önce basın demokratik bir toplumda oynadığı ‘bekçilik etme’ rolünü hatırlatmıştır. Her ne kadar basın bazı sınırları aşmaması gerekse de, görevi kendi sorumluluk ve yükümlülüklerine uygun bir biçimde yargı sisteminin işleyişi de dahil olmak üzere kamuyla ilgilendiren meseleler hakkında bilgi ve görüşleri iletmektir. Mahkeme, Versay Temyiz Mahkemesinin gösterdiği gerekçeler konusunda ikna olmamıştır. Söz konusu makalenin zaten kamunun ilgisini çekmiş olan bir davaya ilişkin basın toplantısı üzerine bir rapor olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, gazetecilerin bilgi vermede hangi raporlama tekniklerini benimseyeceklerine milli mahkemeler değil basının karar vereceğini vurgulamıştır. Mahkeme ayrıca, makalede konuşmaların doğru bir biçimde raporlanmış olduğunu ve okuyucuların konuşmacıların ifadeleri ve gazetenin analizlerini birbirinden ayırt edebilmeleri için çeşitli yerlerde tırnak işaretlerinin kullanıldığını kaydetmiştir. Üstelik ilgili ifadelerin kime ait olduklarını göstermek üzere her seferinde konuşmacının adına yer verilmiştir. Temyiz Mahkemesinin ‘garip’ zarfına ilişkin olarak gösterdiği gerekçeye ilişkin olarak Mahkeme, her ne kadar gurur okşayıcı olmasa da bu tabirin basın toplantısının katılımcılarından birine ait olduğunu belirtildiğini ve gazetecinin kendisine ait olmadığını kaydetmiştir. Üstelik makale, söz konusu yargıçlara ilişkin herhangi bir husumet gütmemektedir. Ayrıca Mahkeme, resmi görevlerini ifa eden kamu görevlileri bakımından kabul edilebilir eleştirinin sınırının daha geniş olduğunu hatırlatmıştır. Mahkeme, söz konusu ibareleri ‘açıkça onur kırıcı’ bulmamış ve başvurucuların iyi niyetli olmadıklarına ilişkin gerekçelerin ifade özgürlüğü ve basının ‘bekçilik etme’ rolüyle bağdaşmadıkları kanısına varmıştır. Mahkeme, başvurucuların mahkumiyetinin taşınılan amaçla orantılı olmadığına ve demokratik bir gerekli olmadığına karar vermiştir. Bu gerekçeyle 10. maddenin ihlaline hükmetmiştir.

5. Gizli Bilgilerin Yayılmasının Önlenmesi veya Yargı Gücünün Otorite ve Tarafsızlığının Korunması

Komisyon ve Mahkeme, Sunday Times davalarında olduğu gibi, diğer bazı başvurularda da, Sözleşmenin 10/2 maddesi çerçevesinde yargı erkinin saygınlığının ihlal edilip edilmediği konusunu in-

celemiştir. Örneğin, Danimarka ile ilgili Barford olayında⁷⁷ şikayetçi olan gazeteci, hukukçu olmayan iki hakime hakaret ettiği gerekçesiyle Grönland Ceza Kanununun 71. maddesine göre mahkum edilmiştir. Olayda yerel bir yönetim makamı adadaki bir Amerikan üssünde çalışan Danimarkalıların yerel seçimlerde oy veremeyeceklerine ilişkin bir karar almıştır. Şikayetçi, bu kararın iptali için dava açmışsa da reddedilmiştir. Şikayetçi bunun üzerine bir gazetede yayınladığı makalede, talebini reddeden mahkemenin kuruluş tarzını eleştirmiştir. Gerçekten Mahkeme, meslekten bir başkanla davalı idare müze müdürü ve iskan danışmanı olarak görevli ve hukukçu olmayan iki üyeden oluşmuştur. Şikayetçi makalede, iki üyenin davalı idarenin memurları olduğu için bağımsız ve tarafsız davranmadıklarını, nitekim ikiye karşı bir çoğunlukla aleyhinde karar verdiklerini iddia etmiştir. Grönland Yüksek Mahkeme Başkanının söz konusu makalenin yargının saygınlığını ve vatandaşların yargı erkine olan güvenlerini sarstığı gerekçesiyle yaptığı şikayetini inceleyen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ‘Devletin, hakimlerin saygınlık ve haysiyetlerinin korunması ile yükümlü olduğundan bahisle şikayetçinin cezalandırılmasında sözleşmeye aykırılık görmemiştir.’⁷⁸ Mahkeme 26.4.1995 tarihli (A serisi no: 313) “Prager ve Oberschlick/Avusturya” kararında da benzer şekilde ‘birkaç hakim hakkında yapılan eleştirilerin hakaret oluşturduğu gerekçesiyle yayının nüshalarının toplattırılması ve sorumlularının cezalandırılmasında ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.’⁷⁹

24.02.1997 tarihli “De Haes ve Gijssels/Belçika”⁸⁰ kararı da yargı mensuplarının şöhret ve haklarını ve yargı gücünün otoritesini koruma yararı ile basın özgürlüğünü koruma yararı arasında bir denge sağlama gerekliliğini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin gündemine getirmiştir. Bu davada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yargı mensuplarının kamunun güvenine sahip olması gerektiğine ve dolayısıyla olgusal temelden yoksun, yıkıcı saldırılardan korunmalarının gerekli olduğunu saptamıştır. Ayrıca yargıçların mesleki olarak kamu

⁷⁷ (13/1987/136/190) Strasbourg, 22.2.1989, kararın Türkçe metni için bkz. Tezcan, Durmuş - Erdem, M. Ruhan - Sancakdar, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 613.

⁷⁸ Ünal, a.g.e., s. 266.

⁷⁹ Bıçak, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü” ..., 304.

⁸⁰ De Haes ve Gijssels / Belçika, 19983/92, 24.02.1997.

önünde konuşmama gibi bir sorumlulukları da olduğundan, yöneltilen saldırılara, örneğin politikacılar gibi cevap vermeleri mümkün değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi daha sonra yazıları inceleyerek uzmanların fikirleri dahil birçok ayrıntıya değinildiğini, bunun da gazetecilerin dava konusunda kamuyu bilgilendirmeden önce ciddi bir araştırma yaptığını kanıtladığını belirlemiştir. Yazılar, ensest konusunda ve yargının bu sorunu nasıl ele almış olduğu üzerine yapılmakta olan kapsamlı bir kamusal tartışmanın bir parçasıydı. Kamuyu ilgilendiren bir konuda halkın bilgilendirilme hakkı bulunduğunu belirten AİHM, ulusal mahkemelerin kararının 'demokratik bir toplumda gerekli' olmadığına, dolayısıyla 10. maddenin ihlal edilmiş olduğuna hükmetmiştir.⁸¹

Skalka / Polonya davasında⁸² AİHM'ye göre, "Adaletin güvenesi olan ve hukukun üstünlüğü ile yönetilen bir devlette temel bir işlevi olan mahkemelerin çalışmaları, kamunun güvenine sahip olmalarını gerektirir. Bu nedenle mahkemeler, temelsiz saldırılara karşı korunmalıdır (bk. örneğin yukarıda geçen Prager ve Oberschlick kararı, parag. 34; 24.02.1997 tarihli De Haes ve Gijssels - Belçika kararı, parag. 37). Mahkemeler, diğer bütün kamu kurumları gibi, eleştiriden ve denetimden muaf değildirler. Özgürlüğü kısıtlanan kişiler de, bu alanda toplumun diğer bütün üyeleriyle aynı haklardan yararlanırlar. Ancak eleştiri ve aşağılama arasında açık bir ayırım yapılmalıdır. Bir ifade açıklamasının tek amacı bir mahkemeyi veya o mahkeme üyelerini aşağılamak ise, uygun bir cezalandırma, ilke olarak Sözleşme'nin 10(2). fıkrasını ihlal etmeyecektir. Son olarak, denetim yetkisini kullanırken Mahkeme'nin, başvuruçunun açıklamayı yaptığı şartları ve başvuruçuyu aleyhine yapılan yorumların kapsamını dikkate alarak, söz konusu müdahaleye bir bütün olarak olayın ışığında bakması gerektiği hatırlanmalıdır. Özellikle Mahkeme, söz konusu müdahalenin 'izlenen meşru amaçla orantılı' olup olmadığını ve ulusal makamların müdahaleyi haklı göstermek için dayandığı gerekçelerin 'ilgili ve yeterli' olup olmadığını saptamak zorundadır. Mahkeme bunu yaparken, ulusal makamların uyguladığı standartların Sözleşme'nin 10.

⁸¹ Macovei, a.g.e., s.115-116.

⁸² Skalka / Polonya davası, Kar. No: 3692, Başvuru No: 43425/98, K.T: 27.05.2003, (prg. 34-43), kararı Türkçeye çeviren: Emine Karacaoğlu, metin için bkz. <https://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=3692>, 20.08.2012.

maddesindeki ilkelerle uyumlu olduğuna ve ayrıca ulusal makamların olayların mantıklı bir değerlendirmesine dayandıklarına kanaat getirmelidir (bk. diğerleri arasında 23.03.2002 tarihli Nikula - Finlandiya kararı, parag. 44).”

AİHM’in bu değerlendirmesine konu olan olay da şu şekilde gelişmişti: Cezaevinde cezasını çekmekte olan başvuru, Katowice Bölge Mahkemesi Ceza İnfaz Bölümüne bir mektup yazmış ve yanıt almıştır. Bu yanıtta memnun olmadığı açık olan başvuru, 15 Kasım 1994’te Katowice Bölge Mahkemesi Başkanına bir mektup daha göndermiş ve ilk mektubu yanıtlayan adı belirtilmeyen yargıçtan şikayet etmiştir. Başvurucunun ikinci mektubunda aşağılayıcı kelimeler kullanmıştır. Başvuru, Ceza İnfaz Bölümünde “sorumsuz soytarılar”ın yer aldığını söylemiş ve şikayet konusu cevabı yazan kişi hakkında “önemsiz serser”, “bir aptal”, “küçük kişi”, “önde gelen serser” gibi başka kaba ifadeler kullanmıştır (bk. yukarıda parag. 9). AİHM ayrıca, bir bütün olarak mektubun ifade tarzının da açıkça aşağılayıcı olduğunu gözlemlemiştir. Diğer yandan, başvuru, başvuru, kendisini bu derece kızdıran mektuba ilişkin somut şikayetlerde bulunmadığı da not edilmiştir. Öfkesini ve kızgınlığını açığa vurmuş, fakat şikayet edilen mektubun niçin kendi görüşüne göre bu kadar sert tepkiyi hak ettiğini açıkça ortaya koymak için gerekli özeni göstermemiştir. Yine AİHM, müdahalenin içermek zorunda olduğu şartlar bakımından ve özellikle uygulanacak orantılılık testi bakımından müdahalenin orantılılığını değerlendirirken, uygulanan cezaların niteliğinin ve ağırlığının da dikkate alınacak faktörler olduğunu hatırlatmıştır (bk. 08.07.1999 tarihli Ceylan - Türkiye Büyük Daire kararı, parag. 49).

Tartışma konusu ifadelerin kullanıldığı bağlam konusunda AİHM, “yargı organının otoritesi” deyiminin, özellikle mahkemelerin, genellikle büyük bir kamuoyu tarafından da kabul edildiği üzere, hukuki uyuşmazlıkların ve bir suç isnadıyla karşılaşan kimsenin suçluluğunun veya masumiyetinin karara bağlandığı uygun bir forum olduğu anlayışını içerir (bk. 29.08.1997 tarihli Worm - Avusturya kararı, parag. 40). Yargı otoritesinin korunması bakımından tehlikede olan şey, demokratik bir toplumda mahkemelerin, cezai yargılamalar söz konusu olduğunda sanığa ve halkın büyük bir kesimine aşılması gereken güvendir (bk. aralarındaki farklılıklarla birlikte diğer pek çok karar arasında 24.02.1993 tarihli Fey - Avusturya kararı, parag. 30).

Mevcut olayın şartları altında Mahkeme, tartışma konusu müdahale ile korunan menfaatin, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaları haklı göstermek bakımından yeterince önemli olduğunu düşünmektedir. Sonuç olarak, hem kurum olarak mahkemeyi hem de adı belirtilmeden bir yargıcı küçük düşürene uygun bir ceza verilmesi, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlaline yol açmayacaktır. O halde bu davadaki sorun, başvurunun Bölge Mahkemesine gönderdiği mektuptan dolayı cezalandırılması gerekip gerekmediği değil, sorunun Sözleşme'nin 10. maddesi bakımından uygun veya "gerekli" olup olmadığıdır. Mahkemeye göre sekiz aylık hapis cezası, orantısız bir şekilde serttir. İlke olarak cezayı saptamak ulusal mahkemelerin yetkisinde olsa da, olayın şartları içinde, bu Mahkemenin orantılılık ilkesinin uygulanmasını sağlamak zorunda olduğu ortak standartlar vardır. Bu standartlar ise suçun ağırlığı, suç fiilin ağırlığı ve işlendiği iddia edilen suç fiillerinin tekrarlanmasıdır. Mahkemeye göre olayda uygulanan cezanın ağırlığı, suç fiilinin ağırlığını aşmaktadır. Bu fiil yargı organına aleni ve bütüncül bir saldırı değil, fakat halkın haberinin olmadığı karşılıklı bir mektuplaşmadır. Dahası suçun ağırlığı, başvurucuya uygulanan cezayı haklı kılacak ölçüde değildir. Ayrıca bu, başvurunun kabul edilebilir eleştiri sınırlarını aştığı ilk olaydır. Bu nedenle, daha az bir ceza haklı görülebilecek olduğu halde, ulusal mahkemeler ifade özgürlüğünün "gerekli" istisnasını oluşturan sınırın ötesine geçmişlerdir. Bu nedenlerle Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

AİHM, bir yargı mensubunun yaptığı soruşturmayı basın ile paylaşmasındaki değerlendirmesini de, yürüttüğü darbe soruşturması nedeniyle meslekten atılan ve mahkum edilen Cumhuriyet Savcısı S. Kayasu davasında⁸³ orantılılık ilkesini de gözeterek ele almıştır. Anılan davada şu düşüncelere yer verilmiştir:

"Mahkeme, bu iki metnin (başvurucunun darbeciler için vatandaş olarak verdiği şikayet dilekçesi ve savcı olarak düzenlediği ve başsavcılıkça takipsizlikle sonuçlanan iddianame) şekli ve hedef aldığı kitle ile ilgili olarak, bunların öncelikle bir ceza soruşturması başlatmayı amaçlayan metinler olduğunu gözlemlemektedir. Takipsizlikle sonuç-

⁸³ Kayasu /Türkiye davası, 13.11.2008, Kar. No: 10308, Başvuru No: 64119/00, (Prg. 102-108) karar metni için bkz. <https://aihmanadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=10308>, e.t. 18.08.2012.

lanmalarının ardından, gerek başvuru tarafından basının haberdar edilmesi ile gerekse basının bundan kendi olanakları ile haberdar olması sonucunda, bu metinler kamuoyuna yapılmış açıklamalar halini almışlardır. Mahkeme, ihtiyatlı davranma konusunda yükümlülüğünün en fazla yargısal makamlara düştüğü kanaatindedir. İhtiyatlı davranış, tahrik edilseler bile, yargı organlarını basını kullanmaktan caydırır. Bu tutum, adaletin yüksek yararının bir gereği ve yargısal görevin soylu niteliğinin yüklediği bir ödevdir (bk. diğerleri arasında Buscemi - İtalya, parag. 67). Başvurucunun savcılık sıfatını kullanarak basını bilgilendirmesi konusunda ise Mahkeme, kuşkusuz başvuru- nun işvereni olan devlete karşı sadakat yükümlülüğünü benimsemesi gerektiğini vurgulamaktadır (bk. yukarıda parag. 97). Bununla birlikte Mahkeme, mevcut olaydaki sorunun, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasında yer alan meşru amaçlarla bağdaşmayan bir bireysel görüş açıklamasının ötesine geçtiği ve uyuşmazlık konusu görüş açıklamasının demokratik sistemin işleyişindeki bir aksaklığı göstermeyi hedeflediği kanaatindedir (bk. içtihatlardaki benzer vurgular için, yukarıda geçen Wille kararı; 25.11.1997 tarihli Grigoriades - Yunanistan kararı; 19.12.1994 tarihli Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi - Avusturya kararı; Rekvenyi - Macaristan Büyük Daire kararı; 14.05.2002 tarihli De Diego Nafria - İspanya kararı; Boldea - Romanya kararı). Mahkeme, bu aşamada, yargı erkinin bağımsızlığı ve otoritesi ile silahlı kuvvetleri korumayı amaçlayan düzenlemelerle getirilen cezaların birbirinden ayırt edilmesi gerektiği görüşündedir. Mahkeme bu bağlamda, 30 Mart 2000 tarihli kınama cezası ile Ceza Kanunu'nun 240. Maddesi kapsamında verilen ve 15 Mart 2001 tarihinde kesinleşen görevi kötüye kullanma nedeniyle mahkumiyetin, kamu görevlileri söz konusu olduğunda ve taraf devletlere tanınan takdir yetkisi göz önüne alındığında, toplumsal ihtiyaç baskısına cevap veren metinler olduğu görüşündedir (bk. yukarıda parag. 89). Buna karşılık Mahkeme, başvuru- nunun Ceza Kanununun 159. maddesindeki tahkir ve tezyiftin mahkumiyetinin, bu müdahaleyi haklı kılabilecek herhangi bir "toplumsal ihtiyaç baskısına" cevap vermediği kanaatindedir. Mahkeme, ifade özgürlüğünü zayıflatan eski 159. maddesinin, bireyler olarak asker kişilerin şeref ve haysiyetlerine yapılan hakareti ya da herkese tanınan haklar çerçevesinde kendilerine karşı hakaretamiz bir tutumu cezalandıran değil, fakat silahlı kuvvetler için özel bir koruma rejimi

getirdiğini belirtme gereği duymaktadır (bk. ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte Colombani ve Diğerleri - Fransa kararı, parag. 69)... Olayın içinde bulunduğu özel koşulları göz önünde tutan Mahkeme, bir bütün olarak bu cezaların orantılılık ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatinde. Yargı mensuplarına verilecek bir cezanın, yapısı gereği caydırıcı bir etkiye sahip olması kaçınılmazdır. Bu yalnızca ceza verilen yargı mensubu açısından değil, bizzat mesleğin kendisi açısından da geçerlidir. Yargı teşkilatına güven duyulabilmesi için, halkın yargı mensuplarının hukuk devletini etkili bir şekilde temsil etme yetkisine sahip olduklarına inanmaları gerekir. Bundan çıkan sonuç şudur ki, bu caydırıcı etki, bir yargı mensubunun ifade özgürlüğü ile yargı teşkilatının düzgün işlemesi için yarışmakta olan bütün meşru amaçlar arasındaki adil bir dengenin kurulması yönündeki değerlendirmede önemli bir unsur teşkil etmektedir. Sonuç olarak Mahkeme, kamu yararını ilgilendiren konularda ifade özgürlüğünün önemini, özellikle de yargı mensupları olmak üzere kamu görevlilerinin ödev ve sorumluluklarının bilincinde olarak ve bu konuda etkili olabilecek farklı menfaatleri de değerlendirmeye alarak, başvuruçunun meslekten ihracına ve avukatlık mesleğini dahi icra etmesine engel olan orduya hakaret suçundan mahkum edilmesinin, başvuruçunun ifade özgürlüğüne izlenen meşru amaçla orantısız bir müdahale teşkil ettiği sonucuna varmış” ve Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlalline hükmetmiştir.

Bu başlık altında bir başka önemli konu, yargının kesin kararı üzerine kamusal bir tartışma açılıp açılmayacağıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin işaret etmiş olduğu gibi, mahkemeler bir boşlukta çalışmazlar, yargı kararları konusunda ne kamusal tartışma, ne de ortaya çıkan sonucu eleştirilmesi yasaklanabilir. Bu yaklaşım aynı zamanda “doğruluk kanıtı”nın işleyiş biçimine de bir değişiklik getirmelidir. Yargının kesin kararı, kendi başına, basın yargı kararında yer alan bilgi ve görüşlerin dışında bilgi verirken ya da görüşler sunarken söylediğinin bir kanıtını oluşturmaz. Başka bir deyişle, şöhretine hanel geldiğini ya da hakarete uğradığını iddia eden mağdurların varolan kesin bir karardaki argümanları referans yapması halinde bunlar, mahkemelerce suçlanan beyanların mükelleflerine karşı asli bir bulgu olarak görülmemelidir.⁸⁴

⁸⁴ Bkz. Sunday Times-Birleşik Krallık davası, 1979, Macovei, a.g.e., s. 114 ve 117.

Mahkeme, değişik kararlarında “gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi”ni meşru amaçlar arasında kabul etmiş ve kamu görevlilerinin bu konuda daha sorumlu davranmaları gerektiğini belirtmiştir. Sözleşmenin 10. maddesi tarafından sağlanan korumanın ücretli çalışanları ve daha özeldede ise memurları da kapsadığını hatırlatmıştır. Mahkeme şu ilkelere yer vermiştir:⁸⁵ “Bu prensipler kamu görevlilerine de uygulanır. Bir devletin statüleri nedeniyle kamu görevlilerine takdir ödevi yüklemesi meşru olmakla birlikte, kamu görevlileri de bireyler olarak Sözleşme’nin 10. maddesindeki korumadan yararlanırlar.⁸⁶ Dolayısıyla, her bir olayın içinde bulunduğu şartları göz önünde tutarak, bireyin temel haklarından olan ifade özgürlüğü ile demokratik devletin kamu hizmetlerinin 10(2). fıkrasındaki amaçlarla yerine getirilmesini sağlama şeklindeki meşru menfaatleri arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını belirlemek, Mahkeme’ye düşen bir görevdir. Mahkeme bu incelemeyi yaparken, bir kamu görevlisinin ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda, itiraz konusu müdahalenin yukarıdaki amaçla orantılı olup olmadığının belirlenmesinde ulusal makamlara belirli bir takdir alanı bırakan Sözleşme’nin 10(2). fıkrasındaki ‘ödev ve sorumluluklar’ın da özel bir önem kazanacağını akıldadır tutar.”

Guja / Moldova davasında;⁸⁷ Başvurucu Iacob Guja 1970 doğumlu olup Chişinău’da yaşamaktadır. Dava, Moldova Başsavcılığı Basın Departmanı’nın müdürü olarak çalışan başvurucunun Başsavcılığa gelen (kamuyla paylaşılmamış, soruşturma aşamasında olan) iki mektubu bir gazeteye vermesi üzerine işten çıkartılmasına ilişkindir. AİHM, Sözleşme’nin 10. maddesinin bilgi verme hakkını da içerdi-

⁸⁵ Kayasu /Türkiye davası, 13.11.2008, Kar. No: 10308, Başvuru No: 64119/00, (Prg. 88-89) karar metni için bkz. <https://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=10308>, e.t. 18.08.2012. (Ayrıca bkz. 26.09.1995 tarihli ve 17851/91 sayılı Vogt - Almanya kararı, parag. 53; Wille - Liechtenstein Büyük Daire kararı, parag. 41; Fuentes Bobo - İspanya kararı, parag. 38; 29.02.2000 tarihli Guja - Moldova Büyük Daire kararı, parag. 70; ve aynı doğrultuda Harabin - Slovenya kabuledilebilirlik kararı, no. 62584/00).

⁸⁶ Guja / Moldova davası, Kar. No: 9227, Başvuru No: 14277/04, K.T: 12.02.2008, kararın Türkçe çevirisi ve metni için bkz. <https://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=9227>, 18.08.2012.

⁸⁷ Guja / Moldova davası, Kar. No: 9227, Başvuru No: 14277/04, K.T: 12.02.2008, kararın Türkçe çevirisi ve metni için bkz. <https://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=9227>, 18.08.2012.

ğini, çalışanların işverenlerine karşı sadakat yükümlülüğü ile bağlı olduklarının da farkında olduğunu, özen yükümü ışığında, bilginin açıklanmasının öncelikle kişinin üstlerine ya da diğer yetkili makam ya da organlara yapılması gerektiği, yalnızca bunun açıkça elverişsiz olduğu durumlarda, söz konusu bilginin son çare olarak halka açıklanabileceğini, ancak Moldova yasalarının ve Başsavcılığın İctüzüğü'nün çalışanlar tarafından usulsüzlüklerin nasıl rapor edilebileceğine ilişkin hüküm ihtiva etmediğini, olayın özel koşulları dikkate alındığında bu bilginin dışarıya ve hatta bir gazeteye verilmesinin haklı görülebileceği, söz konusu mektupların kuvvetler ayrılığı, üst düzey bir politikacının uygunsuz davranışları ve Hükümetin polislerin şiddet kullanımına karşı tavrı gibi konuları içerdiğini, bunların, kamuoyunun bilgi almakta meşru menfaatlerinin bulunduğu demokratik bir toplumda çok önemli meseleler olduğunu ve başvurucuya olabilecek en ağır yaptırımın uygulandığını, daha küçük bir cezanın verilmesi yetkililerin elindeyken, başvurucunun işten çıkartıldığını, bu nedenlerle başvurucunun ifade özgürlüğü, özellikle de bilgi verme hakkına yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna ulaşmış ve Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği kanaatine varmıştır.

SONUÇ

Çalışmamızdaki verilerden de anlaşılacağı üzere, en geniş toleransın bulunduğu düşünülen demokrasilerde bile ifade özgürlüğü zaman zaman tehlikeye girebiliyor. Geçmişten günümüze kadar, düşünce ve düşünceyi ifade etme özgürlüğü önüne sürekli olarak engeller çıkarılmıştır. Ancak dikkati çeken bir başka nokta da, yine aynı süreçte bıkmadan usanmadan yapılan düşüncenin özgürce dışa vurumu mücadelesi olmuştur. Günümüzde bu mücadele, hem bireylerin ve toplumların konuyla ilgili bilinçlenmesi ve istekli olması, hem de yapılan mücadelede güçlerin giderek birleştirilmesi ve örgütlenmesi sayesinde, geçmişe nazaran çok daha etkili olabiliyor. İfade ve basın özgürlüğü önündeki engellerin kaldırılmasında önemli mesafeler kaydedildiği bir gerçek, ama daha kat edilmesi gereken uzun bir yol var.

Geçen yıllarda devletimiz aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuruların artması ve ihlal kararlarının çoğalması

üzerine uluslararası bir anlaşma olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerimiz ve Anayasamız doğrultusunda ulusal mevzuatımız gözden geçirilmiş, Avrupa Birliği ile ilgili olarak yapılan ulusal programlar doğrultusunda çıkartılan uyum yasalarıyla insan hakları konusuna önem verilerek mevzuatımız değiştirilmiştir. Mevzuatta değişiklik yapılırken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları dikkate alınmış ve bu içtihatlar doğrultusunda yapılan değişiklikler ve Yargıtay uygulamalarıyla Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi uygulanmaya başlanmıştır. İfade özgürlüğü alanında yapılan değişiklikler ile TCK ve Terörle Mücadele Kanununda değişiklikler yapılmış ve ifade özgürlüğünün alanı ülkemizde genişletilerek fikirlerin açıklanması değil, açıklanan fikirlerin “kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkarması”⁸⁸ durumu suçun unsuru haline getirilmiştir. Yine örneğin 5237 sayılı TCK’nın “Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama” başlıklı 301/3. maddesi “Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz” ve aynı maddenin 4. fıkrası “Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır” hükmüne yer vermiş olup, bu şekilde toplumda tepki toplayan ve insanlara ters gelen pek çok fikrin açıklanmasının önü açılmıştır. Yapılan değişikliklerle bu suçlar ortadan kaldırılmamış ancak mahkemelerin uygulamaları sırasında geniş bir takdir hakkına sahip olmaları ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre olaylara yaklaşım değerlendirme olanağı getirilmiştir.

Bilindiği gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Anayasanın 90. maddesine göre kanun hükmünde olup, bu Sözleşme ve onu yorumlayan ve içtihat hukuku ile geliştiren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının da yerel mahkemeler tarafından dikkate alınması gerekir. Kara Avrupası Hukuk Sisteminin aksine bir içtihat hukuku uygulayan mahkeme, belli konularda verdiği içtihatlardan sonra benzer olaylar karşısında daha önce verdiği içtihadına atıf yaparak benzer karar vermekte ve vermiş olduğu içtihatları kolay kolay değiştirmemektedir. Hal böyle olunca da, bu içtihatların Türk Hukuk Sisteminde ve mahkeme kararlarında değerlendirilmesi önem kazanmakta ve içtihat haline

⁸⁸ Bkz. 5237 sayılı TCK’nın 216. maddesi.

gelmiş bir ihlal kararının varlığı durumunda, buna uygun olarak karar verilmesi yeniden ihlal kararı çıkmaması için önem taşımaktadır. Devletimizin uluslararası alanda yaptırımlara maruz kalmaması ve uluslararası anlaşmayla güvence altına alınmış insanlarımızın haklarının ihlal edilmemesi için, idare ve yargı organlarınınca AİHM kararlarının yakından takip edilmesi önem arz etmektedir.

Özellikle ifade özgürlüğü alanında, yargı organlarının duyarlılığının artırılması bu alandaki ihlallerin önemli ölçüde azalmasını sağlayacaktır. Unutulmamalıdır ki, bağımsız ve tarafsız mahkemelerin koruması altında olan geniş kapsamlı bir ifade özgürlüğü hakkı garanti altına alınmaksızın, ne özgür bir ülkeden ne de demokrasiden söz edilebilir. Bu, yadsınamayacak bir genel yaklaşımdır. Bu özgürlük, insanlığın gelişmesi için temel koşuldur. Özgür tartışmanın izlediği özgür araştırma olmadan, ne fizik çevremizi denetleyebiliriz, ne de uygar toplumun kurumlarını geliştirebiliriz. Şayet bir teki hariç bütün insanlar aynı düşüncede olsalar ve yalnız bir kişi farklı düşüncede olsa, nasıl bu şahsın tüm insanları susturmaya hakkı yoksa, aynı şekilde bütün insanların da bu kişiyi susturmaya hakları yoktur.⁸⁹ Yeterki açıklanan düşünce toplumun güvenliği açısından açık bir tehlike oluşturmasın. Sınırlandırmayı gerektiren bir durumun ortaya çıkması halinde ise, yukarıda çerçevesi çizilmiş ve öngörülmüş yasallık, amaca uygunluk, orantılılık gibi ilkelere uygun hareket edilmelidir.

KAYNAKLAR

“Avrupa’da Düşünce Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesine İlişkin İçtihat”, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, e-kitap, Fransızcadan çeviren Durmuş Tezcan, http://www.hukuki.net/uploaded/ekitap/avrupa/bolum_1.htm, Erişim Tarihi: 11.01.2010.

“Avrupa’da Düşünce Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesine İlişkin İçtihat”, Avrupa Konseyi Yayını, (Fransızcadan Çeviren: Durmuş Tezcan), Etki Yayıncılık, İzmir, 2002.

⁸⁹ Arslan, Zühtü, “ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, Ankara, Aralık 2003, s. 5.

- AİHM. Kararları, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyaceylan.html>.
- Alacakaptan, Uğur, "Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar-Türk Uygulaması ve Değerlendirmesi", Hukuk Kurultayı 2000, C. 2, Ankara, 2000.
- Arslan, Zühtü, "ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü", Liberal Düşünce Topluluğu Yayınevi, Ankara, Aralık 2003.
- Beydoğan, T. Ayhan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti", Liberal Düşünce Topluluğu Yayınevi, Ankara, 2003.
- Bıçak, Vahit, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü" - (Avrupa Birliği Yolunda Düşünce ve İfade Özgürlüğü Uluslararası Sempozyumu'nda sunulan tebliğ), Yayın yeri: "Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti" (Editör : Bekir Berat Özipek), Liberal Düşünce Topluluğu Yayınevi, Ankara, Ağustos 2003.
- Bıçak, Vahit, "Türkiye'nin Güncel Sorunları: Demokrasi ve İnsan Hakları", Liberalizmin İncelenmesi: Friedrich Naumann Vakfı'nın Türkiye'de 10 Yıllık Siyasi Çalışması Uluslararası Konferansı'nda Sunulan Tebliğ, <http://www.geocities.com/vbicak/FNF.htm>. Erişim: 11.01.2010.
- Çalışkan, Bilal, "AİHM'nin İfade Özgürlüğü Kararlarında Demokratik Toplum Kriterleri" Adalet Dergisi, Sayı: 15, Ankara, Nisan 2003.
- Doğru, Osman, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları", Cilt 1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002.
- Doğru, Osman, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları", T.C. Adalet Bakanlığı Yayınları, Ağustos, 2003.
- Erdoğan, Mustafa, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif" Liberal Düşünce Topluluğu e-dergi, Sayı 24, <http://www.liberal-dt.org.tr/dergiler/ldsaiyi24/2402.htm>
- Gözübüyük, Şeref-Gölcüklü, Feyyaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması", Bası 4, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.
- Koçak, Mustafa, "Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Bir Sınırlama Nedeni Olarak Cumhuriyetin Nitelikleri", Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık E- Dergi, Kasım 2003, S. 21, <http://www.e-akademi.org/makaleler/mkocak-1.htm>, Erişim: 11.01.2010.
- Korkmaz, Ömer, "Düşünce Özgürlüğü ve Sınırları", yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2004.
- Küçük, Adnan, "İfade Hürriyetinin Unsurları", Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, Ankara, Eylül 2003.
- Lipson, Leslie, "Demokratik Uygarlık", Türkiye İş Bankası Yayınevi, Ankara 1984.
- Macovei, Monica, "İfade Özgürlüğü", Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, No:2, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Strasbourg, 2001.
- Özbey, Özcan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri, Bası 2, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- Öztürk, Bahri - Erdem, Mustafa Ruhan, "Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku", Bası 11, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.

- Tanör, Bülent, "Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası", Öncü Kitabevi, İstanbul, 1969.
- Tezcan, Durmuş - Erdem, M. Ruhan - Sancakdar, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İşığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.
- Trager, Robert - Dickerson, Donna L., "21.Yüzyılda İfade Hürriyeti", çev. A. Nuri Yurdusev, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınevi, Ankara, 2003.
- Turhan, Mehmet, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasal Parti Kapatma Davaları", <http://www.abchukuk.com/makale/makale39.html>, Erişim 13.01.2010.
- Ünal, Şeref, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi-İnsan Haklarının Uluslararası İleleleri", TBMM Basımevi, Ankara 2001.
- Yargı Mevzuatı Bülteni, Sayı 76, 07.04.1999.
- http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/69_1996_688_880.pdf, e.t. 08.09.2012.
- <https://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=10308>, e.t. 18.08.2012.
- <http://www.inhak.adalet.gov.tr/> e.t. 18.08.2012.
- <http://www.tohav.org/aihmk/surek.pdf>, e.t. 08.09.2012.
- http://www.hukukimevzuat.com/?x=aihm_karari&id=766, e.t. 08.09.2012.

**4857 SAYILI İŞ KANUNU'NUN VE İLGİLİ
MEVZUATIN KADIN İŞÇİLER İLE İLGİLİ
HÜKÜMLERİNE GENEL BİR BAKIŞ**
NUMBER 4857 OF THE LABOR LAW AND RELATED LEGISLATION
RELATED TO WOMEN WORKERS WITH THE RELEVANT
PROVISIONS OF A GENERAL OVERVIEW

Ertuğrul YUVALI*

Özet: Bu çalışmanın konusu, kadın işçilerin cinsiyete dayalı olarak ayrımcılığa tabi tutulamaması ve çalışan işçinin kadın olması nedeniyle, özel olarak korunması gereken alanlarda(hamilelik, analık vb.), tanınan haklar üzerinedir. Başka bir ifadeyle hukukun her alanında gözetilmesi gereken "eşitlik ilkesi"nin İş Hukukundaki görünümü olan "işverenin eşit davranma borcu" ilkesi çalışmamızda kadın işçilerin korunması ve ayrımcılık yapılmaması bakımından incelenecektir.

Anahtar Sözcükler: Eşitlik İlkesi, Ayrımcılık, Eşit Davranma Borcu, Cinsiyet Ayrımı Yasağı, Kadın İşçi

Abstract: The subject of article is about basically not discriminating employees because of their sexes and due to the workers employed women in particular need of protection areas (pregnancy, maternity, etc.) a number of recognized rights. In other words, the principal of "responsibilities of equal treatment of employers" that is the view in labor law of "principal of equality" that must be observed in every field of law will be examined in a detailed way from this aspect.

Keywords: The Principle Of Equality, Discrimination, Employer's Duty Of Equal Treatment, The Prohibition Of Sex Discriminatio, Female Worker

* Yrd. Doç. Dr., Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı

GİRİŞ

Ülkemizde çalışma yaşamında kadınlarla ilgili kadın erkek eşitliğini sağlamaya çalışan bir çok düzenleme olmakla birlikte, bu husustaki en ayrıntılı düzenlemeler İş Kanunu ve ilgili mevzuat içerisinde yer almaktadır.¹ Nitekim bu hususta 4857 sayılı İş Kanunu, bir önceki 1475 sayılı İş Kanununa² nazaran daha kapsamlı ve ayrıntılı düzenlemeler öngörmüştür.

Çalışma hayatında, kadınlarla ilgili olarak gerek İş Kanunu gerek Sosyal Güvenlik Hukuku ile getirilen mevzuatta öngörülen hükümlere dikkat edildiğinde, bu hükümlerin bir bölümü, cinsiyet kökenine dayanan bir ayrımcılığı gidermeyi amaçlamaktadır. Kalan diğer hükümler ise, çalışan işçinin kadın olması nedeniyle, özel olarak korunması gereken alanlarda (hamilelik, analık vb.) bazı haklar tanımaktadır.³ Ancak belirtilmelidir ki; kadınlara yönelik koruyucu haklar İş Kanunu ve Sosyal Güvenlik Hukuku mevzuatı ile sınırlı değildir. Nitekim Umumi Hıfzıssıha Kanunu,⁴ İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu⁵, Sendika-

¹ Süral, Nurhan; "Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Çalışan Kadınlara İlişkin Düzenlemeleri ve Türkiye", T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Hukukta Kadın Sempozyumu, Ankara 2000, s. 124.

² 1475 sayılı İş Kanunu'nun ilgili düzenlemeleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Kaplan, Emine Tuncay; "Kadın işçinin İş ilişkisinden Doğan Hakları ve Korunması", T.C. Başbakanlık Kadının Sorunları ve Statüsü Genel Müdürlüğü, Hukukta Kadın Sempozyumu, Ankara 2000, s. 98 vd.

³ Nitekim Anayasamızın da "Çalışma Şartları ve Dinlenme Hakkı" başlıklı 50. maddesinin ilk fıkrası uyarınca uyarınca; "Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz". Söz konusu hükmün ikinci fıkrasına göre ise; "Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar" ifadeleri yer almaktadır.

⁴ Örneğin bkz.: Umumi Hıfzıssıha Kanunu Madde 177 - Gebe kadınlar doğumlarından evvel üç ay zarfında çocuğunun vekendisinin sihatine zarar veren ağır hizmetlerde kullanılmaz. Doğurduktan sonra 155 inci maddede tayin edilen muayyen müddet istirahatını mütaakıp işe başlayan emzikli kadınlara ilk altı ay zarfında çocuğunu emzirmek üzere mesai zamanlarında yarımşar saatlik iki fasıla verilir.

⁵ Örneğin 20.06.2012 Tarihinde kabul edilen 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 10 maddesinde " İşveren, iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmakla yükümlüdür. Risk değerlendirmesi yapılırken aşağıdaki hususlar dikkate alınır... Genç, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumu."

lar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda da^{6,7} benzeri düzenlemeler öngörülmüştür. Çalışmamızda ise ekseriyetle İş Kanunu'nun söz konusu hükümleri incelenecektir.

Bu başlık altında son olarak belirtelim ki; çalışmamızda işe almada ve ücrette kadın işçilere yönelik ayrımcılık hususu incelenmiş, fakat işveren feshinde kadın işçilere yönelik ayrımcılık konusu "fesih" olgusunun çok kapsamlı olması ve kanaatimizce tek başına ayrı bir çalışmada incelenmesi gereğinden kapsam dışı bırakılmıştır.

I) İŞE GİRME VE ÇALIŞMA ŞARTLARININ TESPİTİNDE CİNSİYET EŞİTLİĞİ

Çalışma hayatında kadın erkek eşitliği doğal olarak öncelikle işe alınma ve meslek seçimi konularında, akabinde ise çalışma şartlarında gündeme gelecektir.

Genel olarak bakıldığında 4857 sayılı İş Kanunu'nun cinsiyete dayalı ayrımcılığı her yönüyle bertaraf etmeye çalıştığı söylenebilir. Nitekim Anayasa'nın 10. maddesini temel alan İş Kanunu cinsiyet ayrımı yasağını mutlak ayrımcılık yasağı olarak öngörmüş ve söz konusu maddenin üçüncü fıkrasında ise; işveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamayacağı ifade edilmiştir.

Bu noktada belirtelim ki; kural olarak işe almada işverenin eşit davranma borcu bulunmasa da, iş mevzuatımızın bazı alanlarında işe almada ayrımcılık yasağının açıkça düzenlendiği görülmektedir. Bunlardan belki de en kapsamlısı işe almada cinsiyet ayrımcılığını yasak-

⁶ 18.10.2012 tarihinde kabul edilen ve 07.11.2012 tarihinde Resmi Gazete yayımlanan 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu; 5/5/1983 tarihli ve 2821 sayılı Sendikalar Kanununu ve 5/5/1983 tarihli ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununu yürürlükten kaldırmıştır. (Yayımlandığı Resmi Gazete: Tarih: 07.11.2012 Sayı: 28460).

⁷ Nitekim söz konusu Kanunun 26 maddesinin 3. fıkrasında "Kuruluşlar, faaliyetlerinden yararlanmada üyeleri arasında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarına uymakla yükümlüdür. Kuruluşlar, faaliyetlerinde toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetir" ifadesine yer verilmiştir.

layan İ.K.'nun 5. maddesinin 3. fıkrası hükmüdür.⁸ Söz konusu hükme göre; "İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz". Dolayısıyla örneğin, çok sayıda işçi alınacak bir işyerinde, aranan özelliklere sahip kadın adaylar bulunmasına rağmen işe alınan işçiler sadece erkekler arasından seçilmişse cinsiyete dayalı bir ayırım söz konusudur.⁹ Bunun gibi işveren, işin niteliğine ilişkin sebeplerle haklılaştıramadıkça sırf hamileliği nedeniyle bir işçi adayı ile iş sözleşmesi yapmaktan kaçınmaz.¹⁰

İşe almada işverenin cinsiyet nedeniyle ayırım yapması yasaktır. Ancak söz konusu 5. maddenin düzenlenmesinde yapılan bir eksiklik bu hükmü etkisizleştirmektedir. Nitekim söz konusu hükmün yaptırım bölümünü düzenleyen 6. fıkrasında "ayırımcılık tazminatının" "iş ilişkisinde veya sona ermesinde" ayırımcılık yapıldığı zaman kararlaştırılabilecek bir tazminat olduğu öngörülmüştür. İlgili hükme göre; "İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir...". Dolayısıyla bu düzenlemenin lafzına bakıldığında ayırımcılık tazminatının "iş ilişkisinde ve sona ermesinde" uygulanabileceği sonucu çıkmaktadır.¹¹

Görüldüğü üzere söz konusu hükmün lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınması durumunda işe almada cinsiyet ayırımı yasağı yaptırımsız ve dolayısıyla kâğıt üzerinde kalmaktadır.¹² Bu itibarla söz konusu yasağın bir anlam kazanabilmesi için İ.K.'nun 5. maddesinin 6. fıkrasının işe almada cinsiyete dayalı ayırım yasağını da kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz.

8 Yuvalı, Ertuğrul; İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 170.

9 Kaya, Pir Ali; "Çalışma Hukukunda Eşitlik: Kavramsal Çerçeve, Uluslararası Belgelerde ve Türk İş Hukukundaki Yeri", Mercek, Nisan 2005, s. 151-152.

10 Süzek, Sarper; "İşverenin Eşit Davranma Borcu", Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2008, Sayı:12, s. 27.

11 Yıldız, Gaye Burcu; İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s. 198.

12 Yıldız, a.g.e., s. 198.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun "ayrımcılık" başlıklı 122. maddesi ise sadece cinsiyet ayrımı değil, diğer tüm ayrımcılık hallerini açıkça suç olarak düzenlemiş, üstelik İş Kanunundan farklı olarak işe almada da dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllülük, din vb. gibi nedenlerle ayırım yapmayı yaptırma bağlamıştır. Nitekim söz konusu hükme göre; "Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak... kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir".

Görüldüğü üzere T.C.K.'nin 122. maddesi itibariyle artık Türk Hukukunda işe almada ayırım yasağının bulunmadığını savunmak güçtür¹³. Ancak daha öncede belirttiğimiz gibi İş Kanunu itibariyle işe almada ayrımcılık yapılmasının her hangi bir yaptırımı yoktur. Buna karşılık Ceza Kanunumuz işe almada ayrımcılık yapmayı suç olarak kabul etmiş ve yaptırma bağlamıştır.

Sonuç olarak diyebiliriz ki; T.C.K.'nin 122. maddesi hükmü karşısında işveren işe almada cinsiyet, dil, ırk, renk, özürllülük vb. gibi sebeplere dayanarak ayrımcılık yapamaz.¹⁴ Ancak söz konusu mutlak ayırım yasakları dışında kalan "genel anlamda eşit davranma borcu"¹⁵ işe almada söz konusu olmaz. Yine daha önce de ifade ettiğimiz gibi İ.K.'nin 5. maddesinin 6. fıkrasında işe almada ayırım yasağına aykırılığa karşı bir yaptırım öngörülmemiş olması, kanaatimizce hükmü etkisizleştirmektedir ve bu bağlamda yeni bir düzenleme yapılması yerinde olur. Zira mutlak ayırım yasaklarının temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilişkisi dikkate alındığında, bu hususun İş Kanunu bakımından yaptırımsız kalması yerinde olmamıştır.¹⁶

¹³ Sevimli, Ahmet; İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul Legal Yayınları, 2006.

s. 87.; Yenisey, Kübra Doğan; "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Semineri, Çalışma ve Toplum, S.11, 2006/4, s.63-81. , s. 67.

¹⁴ Mollamahmutoglu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin; İş Hukuku, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 664.

¹⁵ Ayrımcılık yasağı ile ilgili normlar, şahısları bir takım özellikleri(cinsiyet, renk, ırk vb.) ve tercihleri(siyasal düşünce, felsefi inanç, din vb) sebebiyle olumsuz davranışların muhatabı olmaya veya bazı menfaatlerden yoksun bırakılmaya karşı koruyan normlardır. Buna karşılık genel anlamda eşit davranma borcu, aynı veya benzer durumda bulunan kişilerin farklı işleme tabi tutulmamasını, haklı ve objektif nedenler dayanmadıkça kişiler arasında ayırım yapılmamasını ve kişilere ayrıcalık yapılmamasını öngören bir borç olarak tanımlanabilir

¹⁶ Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, s. 67.

Bu hususta özellikle değinmek istediğimiz bir diğer husus; kadın işçi adaylarına hamilelik hakkında sorular yöneltilmesi, konusudur. Nitekim kadın işçi adaylara iş başvurularının değerlendirilmesi sürecinde hamile olup olmadığı veya çocuk sahibi olmayı planlayıp planlamadığı hakkında sorular sorulabilmektedir. İşveren doğal olarak hamile olan veya kısa bir süre sonra çocuk yapmayı planlayan kadın adayla sözleşme ilişkisi kurmak istemez.¹⁷ Zira kadın aday hamile ise veya muhtemel bir hamilelik planlıyorsa iş performansı düşecek, verimi azalacak ve nihayet doğum ve analık izinleri esnasında işe gelmeyecektir.

Bu hususta her şeyden önce söylemek istediğimiz şudur ki; iş sözleşmesinin yapılması aşamasında işveren, bilgi toplama hakkı çerçevesinde işçi adayına sözlü veya yazılı olarak sorular yöneltebilir.¹⁸ Bununla birlikte işyeri ve görülecek iş ile ilişkisi bulunan soruların aday tarafından yanıtlanması zorunlu iken, bunun dışına taşan sorular iş ilişkisinin haklılaştırılmayacağı bir biçimde özel hayatın gizliliği ilkesinin(A.Y. md.20) ihlali neticesini doğurur.¹⁹ Aynı zamanda doktrinde isabetli olarak; hamilelik olayının kadın cinsine özgü bir olgu olması itibarıyla bu konudaki bir sorunun cinsiyet ayrımcılığı yarattığı ve Anayasamızın 10. maddesinde yer alan cinsiyete dayalı ayırım yapma yasağını ihlal ettiği belirtilmiştir.²⁰

AB Adalet Divanı da "Dekker" kararında²¹, hamilelik nedeniyle kadın işçinin işe alınmamasını ayrımcılık olarak nitelendirmiştir. Divanın bu kararının gerekçesinde öncelikle hamilelik nedeniyle iş göremeyen kadının hiçbir şekilde tıbbi veya başka bir nedenle iş göremeyen erkekle karşılaştırılmasının mümkün olmadığı belirtilmiş, akabinde ise kadın işçi adayının iş görüşmesi esnasında sorulmadan hamile olduğunu belirtmek veya sorulduğunda bu durumu söylemek

¹⁷ Yüksel, Melek Onaran; Karşılaştırmalı Hukuk İşığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği, İstanbul, Beta Yayınları, 2000, s. 156.

¹⁸ Sevimli, s. 145.; Ertürk, ERTÜRK, Şükran; İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara, Seçkin Yayınları,2002, s. 64.

¹⁹ Manfred, Rehbindler; "İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar", İ.Ü.H.F.M., C.45-47, 1979-1981, s.752. (Çev: Öner Eyrenci)

²⁰ Yüksel, s. 156.

²¹ ATAD, C-177/88, ELISABETH JOHANNA PACIFICA DEKKER V STICHTING VORMINGSCENTRUM VOOR JONG VOLWASSENEN PLUS 1990 (kararın tamamı için bkz.: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988C0177:EN:HTML>)

zorunda olmadığı, zira işverenin kadın işçinin bu durumunu dikkate alma hakkı bulunmadığı öngörülmüştür.

Türk doktrinin ise 4857 sayılı İş Kanunundan önce de kadın işçiye hamileliği ile ilgili sorular sorulmasını ilke olarak cinsiyete dayalı ayrımcılık olarak nitelendirdiğini görüyoruz²². 4857 Sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden itibaren ise artık iş sözleşmesinin yapılması sırasında işçinin hamileliği ile ilgili soru sorulmasının İş Kanunu itibarıyla cinsiyet ayrımcılığı oluşturacağına şüphe yoktur²³. Zira söz konusu kanunun 5. maddesinin 3. fıkrası hükmüne göre; "İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz".

Doktrinde isabetli bir biçimde üstlenilecek işin konusu, niteliği ve işyerinin özelliği gereği işverenin kadın işçi adayına hamile olup olmadığının sorulabileceği durumlar olabileceği de belirtilmiştir.²⁴ Nitekim hamile bir kadının çalışmasının yasak olduğu bir iş veya işyeri söz konusuysa veyahut üstlenilen edimin ifa edilebilmesi kadın işçinin hamile olmamasını gerektiriyorsa hamilelikle ilgili soru sorulabilir.²⁵ Buna mankenlik, sahne sanatçılığı, spor öğretmenliği örnek olarak verilebilir.²⁶ Yine görülecek işte radyasyona maruz kalma ihtimali varsa hamilelikle ilgili sorulan soru cinsiyet ayrımcılığı teşkil etmez.²⁷

Doktrinde isabetli olarak işverenin, yapılacak işin niteliği gereği belirli süreli iş sözleşmesi yapmak istediğinde, kadın adaya hamileliği ile ilgili soru sorabileceği ve bunun ayrımcılık olmayacağı belirtilmiştir²⁸. Nitekim işveren üzerine almış olduğu ve belirli bir sürede tamamlaması gereken bir işte, başvuran kadın adaylara hamileliğine

²² Öner Eyrenci, "İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, s. 254-255; Yüksel, s. 158-159.

²³ Yıldız, s. 199.

²⁴ Savaş Taşkent, "İş Sözleşmesinin İptal Nedenleri", İ.Ü.S.B.F., Ümit Doğanay Anısına Armağan, İstanbul 1982, s. 180.; Eyrenci, Öner, s. 255.; Yüksel, s. 158-159. Yıldız, s. 199.

²⁵ Eyrenci, s. 255.; Yüksel, s. 158.; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 34.

²⁶ Eyrenci, s. 255.; Tuncay, s. 34.

²⁷ Tuncay, Eşit Davranma, s. 34.

²⁸ Yıldız, s. 199.

ilişkin soru sorabilmelidir. Örneğin yedi ay sürecek bir iş için işe alınacak hamile bir işçinin bu sürenin büyük kısmında hamileliği nedeniyle verimsiz çalışacağı veya işe gelemeyeceği aşıkardır. Dolayısıyla belli bir süre içerisinde üzerine aldığı işi kesintisiz yürütmek isteyen işverenin kadın işçi adayına bu yönde bir soru sorması kanımızca da haklı görülebilecek bir sebebe dayanmaktadır.

II) ÜCRETE EŞİTLİK

Genel olarak denilebilir ki; günümüze değin kadınlar çalışma hayatında erkeklere nazaran ucuz işgücü olarak kabul edilmişlerdir. Kadınların gerek daha az iş bulabilmesi gerek daha düşük ücret alması; kadının yaradılışından kaynaklanan biyolojik nedenlere dayandığı gibi, esas itibariyle sosyal, geleneksel, ailevi, tarihi ve eğitim düzeyi gibi nedenlere dayanmaktadır²⁹. Bu bağlamda kadın erkek işçiler arasında ücret farklılıklarının giderilmesi kadın erkek eşitliği bakımından büyük bir öneme sahiptir.

Hukukun her alanında geçerli olarak kabul edilen eşitlik ilkesinin bir yansıması olarak , İş Kanunu'nda kadın-erkek işçi ücretleri eşitliği ayrıca düzenlenmiştir. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu ülkemizin de onaylamış olduğu 100 sayılı "Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Sözleşme"ye uygun olarak yeniden düzenlenmiş³⁰ ve aynı veya eşit değerde iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük bir ücret kararlaştırılmayacağı öngörülmüştür(İK. md. 5/IV). Ayrıca İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanmasının, daha düşük bir ücretin uygulamasını haklı kılmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır(İK. md. 5/V). Bunun yanında hamilelik halinde hamile işçinin sağlığını bozmayacak daha hafif işlerde çalışması durumunda,³¹ ücretinde bir indirimle gidilemeyeceği öngörülmüştür(İK. md. 74/4).

²⁹ Tuncay, Eşit Davranma, s. 177.; Kandemir, Murat; "4857 Sayılı İş Kanunu'nun Kadın İşçiler İle İlgili Düzenlemeleri", A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, a. 421.

³⁰ 1475 sayılı İş Kanunu'nun döneminde de ücretlerde cinsiyet ayrımı yasağı mevcuttu. Nitekim İK'nun 26. maddesinin 4. fıkrasına göre; "Bir işyerinde aynı nitelikte işlerde ve eşit verimle çalışan kadın ve erkek işçilere sadece cinsiyet ayrılığı sebebiyle farklı ücret verilemez. Toplu iş sözleşmelerine ve hizmet akitlerine buna aykırı hüküm konulamaz".

³¹ İK'nun ilgili hükmüne göre hamile işçinin işinin değiştirilerek daha hafif işlerde çalıştırılabilmesi için hekim raporu gerekmektedir.

Farklı niteliklere sahip işçiler arasında ücret bakımından farklı miktarlar belirlemek elbette mümkündür³². Zira eşit ücret kanunda da açıkça hükme bağlandığı gibi aynı veya eşit değerde işler bakımından söz konusudur³³. Bu itibarla öğrenim derecesi, yaş, kıdem gibi objektif ve kabiliyet, çalışkanlık, beceriklilik gibi sübjektif nedenlere dayanarak işçiler arasında farklı ücret uygulamalarına gitmek eşitlik ilkesine aykırılık değildir³⁴.

Bu hususla ilgili olarak Avrupa Birliği Hukukunda birçok düzenleme öngörüldüğünü belirtelim. Bu düzenlemelere kısaca bakıldığında konumuz bakımından öncelikle “75/ 117 Sayılı Kadın ve Erkek Çalışanlar Arasında Eşit Ücret İlkesinin Üye Devlet Hukuklarının Yakınlaştırılmasına İlişkin Direktif” incelenmelidir.

Avrupa Konseyinin 10.02.1975 tarihli 75/117 sayılı Direktifi, kadın ve erkek çalışanlara eşit ücret prensibinin uygulanması ve gerçekleştirilmesi için mutlak bir biçimde yapılması gereken hususları düzenler. Söz konusu Direktif Roma Antlaşmasında düzenlenen kimi haklara daha ilerici bir içerik kazandırmaktadır³⁵. Direktif eşit değerde iş için eşit ücret ilkesini Avrupa Birliği Hukuku bakımından teminat altına almaktadır. Eşit değerde işin tespitinde ise objektif kriterler öngörmektedir. Direktifin içeriği incelendiğinde; ücret eşitliği ilkesi, eşit iş veya eş değerde olan iş için eşit ücret uygulaması, ücret kapsamına asli ücret veya diğer tüm ödemelerin dahil olduğu ve ücretlendirme şartlarında ve konularında cinsiyete dayanan her türlü ayrımcılığın önlenmesi anlamına gelmektedir.

Direktifin ilk maddesinin ikinci fıkrasında ise “Özellikle, ücret belirlemek için bir meslek sınıflandırması sisteminin kullanıldığı halde cinsiyete dayalı herhangi bir ayrımcılığı ortadan kaldıracak şekilde, kadın ve erkekler için aynı kritere dayandırılmalıdır” hükmü öngörülmüştür. Yine Direktifin 2. maddesine göre, üye devletler eşit değerde iş için eşit ücret ilkesinin uygulanmaması sebebiyle haksızlığa

³² Çelik, Nuri; İş Hukuku Dersleri, 25. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2012.

³³ Tankut Centel, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988, s. 142.; Tuncay, Eşit Davranma, s. 175.

³⁴ Tuncay, Eşit Davranma, s. 175.; Centel, s. 142.

³⁵ Pir Ali Kaya, “Çalışma Hukukunda Eşitlik: Kavramsal Çerçeve, Uluslararası Belgelerde ve Türk İş Hukukundaki Yeri”, Mercek, Nisan 2005, s. 149.

uğramış çalışanlar varsa, hukuki yollarla haklarını aramaları için gerekli önlemleri almak durumundadırlar.

Direktifin 3. maddesi, "Üye ülkeler, yasalardan, tüzük veya idari hükümlerden kaynaklanan eşit ücret ilkesine aykırı olan, kadın ve erkekler arasındaki bütün ayrımcılığı ortadan kaldırmalarını" hükme bağlamıştır. 4. maddede ise "Üye ülkeler, toplu sözleşmelerde, ücret tablolarında veya ferdi iş akitlerinde görülen eşit ücret ilkesine aykırı hükümleri geçersiz kılacak veya değiştirecek gerekli önlemleri alacakları" belirtilmiştir. Üye devletler ayrıca eşit ücret ilkesine uyulmadığı şikayetinde bulunan çalışanı, şikayette bulunması veya başka bir hukuki yola başvurmaya karşı, işten çıkarılmaya karşı koruyacaklardır (md. 5).

Ücret Eşitliği Direktifi, kadın ve erkekler için eşit değerde iş için eşit ücret ödenmesini, iş değerlendirmesi yapılırken kadın ve erkekler için aynı ölçütlerin esas alınmasını, ücret deyiminin asıl ücretin yanında ücret eklerini de kapsadığını³⁶, netice itibarıyla ücretlendirme koşul ve şartlarında cinsiyete dayalı her türlü ayrımın yasak olduğu vurgulanmıştır.

Avrupa Birliği Hukukunda söz konusu Direktif'in yanında kadın-erkek çalışanların eşitliğinin sağlanması bakımından, "76/207 Sayılı İşe Alınma, Mesleki Eğitim, İlerleme ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranma Direktifi"³⁷ ve "79/7 Sayılı Sosyal Gü-

³⁶ 75/117 Sayılı Direktif, Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları doğrultusunda ücreti en geniş şekilde ele almıştır. Kararlar için bkz.: Blainpain, Roger; European Labour Law, 10. Revised Edition, Holland 2003, s. 481-485.

³⁷ Söz konusu Direktifle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Ertürk, s.74 vd.; Aydınöz, Gonca; "Avrupa Birliği ve ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı", Çalışma ve Toplum 2009/3, Sayı:22, s. 166.; 76/207 sayılı Direktif 23.09.2002 tarih 2002/73 sayılı Direktifle kısmen değiştirilmiştir. Yapılan değişikliğin amacı 76/207 sayılı Direktif'te bahsedilmemiş olan doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın tanımlarını yapmak ve böylece bu husustaki eksikliği gidermektir. Nitekim 2002/73 sayılı Direktifin 2. maddesinin ilk fıkrasına göre doğrudan ayrımcılık; "Bir kimsenin cinsiyete dayalı olarak benzer bir durumda gördüğü, görmekte olduğu yada görebileceği muameleden daha aşağı şartlarda bir muameleye tabi tutulmasıdır". Dolaylı ayrımcılık ise; "Bir hüküm, kriter ya da uygulama, meşru bir amaçla yasallaştırılmamışsa ve bu amaca ulaşmak için uygun ve gerekli değilse, görünüşte tarafsız olan bu hüküm, kriter yada uygulamanın, bir cinsiyettekileri diğer cinsiyettekilerle karşılaştırıldığında daha aşağı bir duruma getirmesidir" şeklinde tanımlanmıştır. 2002\73\EC Sayılı Direktifle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Painter, Richard W. / Holmes, Ann E. M., Cases And

venlik Alanında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranma Direktifi" önem arz etmektedir.

III) 4857 SAYILI İŞ KANUNU'NUN KADINLAR YARARINA ÖZEL OLARAK ÖNGÖRDÜĞÜ DÜZENLEMELER

1) Genel Olarak

Anayasamızın 50. maddesi itibarıyla, kimse yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağı gibi küçükler ve kadınlar gibi bedeni veya ruhi yetersizliği olanların özel olarak korunacakları öngörülmüştür. Bu hüküm ile kadınların çalışma özgürlüğü sınırlandırılmış gibi görünüyorsa da bu sınırlamalar kadınların yararına ve çıkarına olup, hatta bir yerde kadınları kendilerine karşı dahi koruma amacı taşımaktadır³⁸. Bu itibarla kadın işçilerin fiziksel ve biyolojik nitelikleri dolayısıyla bir takım işlerde çalışmalarının yasaklanması veya sınırlandırılması eşitlik ilkesini zedelemesiz³⁹.

4857 sayılı İş Kanunu, bir işyerinde çalışan işçilerin yaş, cinsiyet ve sağlık durumlarının işyerinde çalışmalarına engel teşkil etmesi halinde bunların çalışmaktan alıkonulması gerektiğini öngörmüştür (İK. md. 79/Vİ). İşte İş Kanununca öngörülmüş olan ve kadın işçiler bakımından uygulanabilecek olan bu özel düzenlemelerden başlıcaları; gece işlerinde, yer ve su altı işlerinde, ağır ve tehlikeli işlerde ve hamilelik ve doğum halinde çalıştırma yasakları veya ücretsiz izin istemeye ilişkin kurallardır⁴⁰.

2) Kadın İşçilerin Yer ve Su Altı İşlerde Çalıştırma Yasağı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 72. maddesi aynen 1475 sayılı İş Kanunu döneminde olduğu gibi, maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yeraltında veya su altında çalışılacak işlerde on sekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların

Materials On Employment Law, Sixth Edition, Oxford University Pres 2006, s. 241 vd.

³⁸ Tunçomağ, Kenan, Centel, Tankut; İş Hukukunun Esasları, İstanbul, Beta Yayınları, 5. Bası, 2008, s. 173.

³⁹ Tuncay, Eşit Davranma, s. 125.

⁴⁰ Kandemir, s. 424.

çalıştırılması yasaklamıştır. Bu hüküm dayanağını daha önce bahsettiğimiz, kimsenin yaşına, gücüne, cinsiyetine uygun olmayan işlerde çalıştırılmayacağını öngören Anayasa'nın 50. maddesinden almaktadır.

İş Kanunu'nun 104. maddesi itibarıyla yer ve su altı çalıştırma yasağını ihlal eden işveren veya işveren vekiline para cezası uygulanacaktır. Bununla birlikte bu yasağa rağmen kadın işçi söz konusu işlerde çalıştırılmışsa çalıştığı süreyle ilgili olan haklardan yararlandırılmalıdır⁴¹.

3) Kadın İşçileri Gece Çalıştırma Yasağı

Gece çalışması⁴², mesleki ve fizyolojik risklere ortam sağlaması, işçi sağlığını bozma ihtimalinin daha fazla olması, aile başta olmak üzere işçinin sosyal çevresinden kopmasına neden olabilmesi, kişiliğin oluşumu ve gelişimini olumsuz etkileyebilmesi⁴³ gibi nedenlere dayanılarak bazı kısıtlamalar yapılmak suretiyle düzenlenmiştir⁴⁴. Nitekim sanayiye ait işlerde on sekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaklanmış; on sekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin ise gece postalarında çalıştırılmaları bir takım kurallara tabi tutulmuştur (İ.K. md. 73)⁴⁵. Görüldüğü üzere 4857 sayılı İş Kanunu 1475 sayılı İş Kanunundan farklı olarak kadınların gece çalıştırıl-

⁴¹ Kandemir, s. 425.

⁴² İş Kanunu'nun 69. maddesine göre ; "Çalışma hayatında "gece" en geç saat 20.00'de başlayarak en erken saat 06.00'ya kadar geçen ve her halde en fazla onbir saat süren dönemdir".

⁴³ Mollamahmutoglu, s.1088.

⁴⁴ Blanpain, s. 541. Araştırmalar geceleri insan vücudunun çevresel etkenlere karşı gündüz vakitlerine göre çok daha fazla duyarlı olduğunu ve daha çabuk yorulduğunu göstermektedir. Bu nedenle uzun süreli gece çalışmaları işçilerin sağlığı bakımından tehlikeli olabileceği gibi, işyeri güvenliği açısından da olumsuz sonuçlar doğurabilir.; Selwyn, Norman; Law Of Employment, , England, 13. Edition, 2004.s. 217, gece çalışması özelliği nedeniyle gündüz çalışmasına göre özel tehlikeler içerir ve işçinin fiziksel ve zihinsel açıdan aşırı yorulmasına neden olabilir. Bu yüzden gece çalıştırılacak işçinin önceden doktor muayenesinden geçirilmesi gerekir. Şayet işçi gece çalışmaya uygun görülmezse, uygun bir gündüz işine transfer edilmelidir.; Aynı yönde; Susan Mayne/ Susan Malyon,; Employment Law In Europa, London 2001, s. 904.; Bowers, John,; Employment Law, Blackstone Press 2000, s.76.

⁴⁵ Söz konusu hüküm Türkiye'nin imzalamış olduğu 89 sayılı ILO sözleşmesinde yer alan sanayiye ait işlerde her yaşta kadının gece çalıştırılması yasağının iç hukumuza yansımış halidir.

malarını mutlak yasak bir hüküm olarak düzenlememiştir. 1475 sayılı İş Kanununda mutlak olan bu yasak kadın erkek eşitliği göz önüne alınarak kaldırılmıştır.

İş Kanunu'nun 73. maddesine göre, on sekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin çalıştırılmalarının usul ve esasları Sağlık Bakanlığı'nın görüşü alınmak suretiyle, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak yönetmelikle belirlenecektir⁴⁶. Bu itibarla " Kadın İşçilerin Gece postalarında Çalıştırılmalarına İlişkin Yönetmelik" öngörülmüş ve söz konusu yönetmelik 09.08.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴⁷.

Yukarıda sözünü ettiğimiz Yönetmeliğin 5. maddesi uyarınca kadın işçiler her ne şekilde olursa olsun gece postasında yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmaz. Yine ilgili yönetmeliğe göre, belediye sınırları dışındaki her türlü işyeri işverenleri ile belediye sınırları içinde olmakla beraber, posta değişim saatlerinde alışılmış araçlarla gidip gelme zorluğu bulunan işyeri işverenleri, gece postalarında çalıştıracakları kadın işçileri, sağlayacakları uygun araçlarla ikametgahlarına en yakın merkezden işyerine götürüp getirmekle yükümlüdürler(md. 6). Yine aynı işyerinde çalışan kadın ve kocanın aynı gece postasında çalışma istekleri, işverence imkanları ölçüsünde karşılanmalıdır(md. 8/II).

Söz konusu yönetmeliğin önem arz eden bir diğer hükmüne göre ise, kadın işçilerin, gece postalarında çalıştırılabilmeleri için, işe başlamadan önce işyeri hekimi, işyeri ortak sağlık birimi, işçi sağlığı dispanserleri, bunların bulunmadığı yerlerde sırasıyla en yakın Sosyal Sigortalar Kurumu, sağlık ocağı, hükümet veya belediye doktorlarına muayene ettirilerek, çalışmalarına engel bir durumun olmadığına dair sağlık raporlarının alınmasının şart olduğudur(md. 7).

Yönetmelik daha sonra değineceğimiz bir diğer husus olan hamile ve emziren kadınların çalıştırılması hususu ile ilgili de bir takım düzenlemeler öngörmektedir.

⁴⁶ 4857 sayılı İş Kanunu, 1475 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak, gece çalışmalarının tüzükle değil, yönetmelikle düzenlenmesini öngörmektedir.

⁴⁷ RG, 09.08.2004, No: 25548.

4) Kadın İşçilerin Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırılması Yasası

Ağır ve tehlikeli işler, insan sağlığına zarar verebilecek nitelikte olduklarından, fiziksel yapı olarak erkeklere nazaran daha zayıf olan kadınların bu nitelikteki işlerde çalıştırılmaları kadın sağlığı bakımından sakıncalar doğurabilir⁴⁸. Dolayısıyla kadın işçilerin bir takım ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaları yasaklanmışken, bir takım nispeten daha az tehlikeli işlerde çalıştırılmaları ise belirli koşullara bağlanmıştır⁴⁹.

Hangi işlerin ağır ve tehlikeli işlerden sayılacağı İş Kanunu'nun 85. maddesinin ikinci fıkrasında öngörüldüğü üzere Sağlık Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak yönetmelikle belirlenecektir^{50,51}. Söz konusu yönetmelik 16 Haziran 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁵².

Söz konusu yönetmelik hükümlerine göre ise, hangi işlerin ağır ve tehlikeli iş olarak addedileceği liste halinde düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 9. maddesine göre, hangi işlerin ağır ve tehlikeli işlerden sayılacağı, kadınlarla 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilecekleri

⁴⁸ Kandemir, s. 427.

⁴⁹ AB'nin 76/207 sayılı Eşit İşlem Yönergesi de(Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 On The Implementation Of The Principle Of Equal Treatment For Men and Women As Regards Access To Employment, Vocational Training And Promotion and Working Conditions) üye devletlere işin niteliği veya çalışma koşulları itibariyle cinsiyetin belirli olduğu mesleki faaliyetler veya mesleki eğitim dallarını Direktifin kapsamı dışında bırakma yetkisi tanımıştır(md. 2/2). Aynı yönde Avrupa Birliği Adalet Divanı da üye devletlerin kamu güvenliğini sağlamak üzere bilhassa tehlike arz eden durumlarda ateşli silah taşıyan polis görevlilerinin veya Kraliyet deniz Kuvvetlerindeki görevlerin sadece erkekler tarafından yapılabilmesini uygun bulmuştur. (ATAD, C- 222/84, M. Jonston&Chief Constable Of The Royal Ulster Constabulary, 15.05.1986, kararın tam metni için bkz.: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, 15.04.2010, 16.05).

⁵⁰ 4857 sayılı İş Kanunu, 1475 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak, ağır ve tehlikeli işlerin tespitinin tüzükle değil, yönetmelikle düzenlenmesini öngörmektedir.

⁵¹ Esasen 30.06.2012 Tarihinde kabul edilen 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu İş Kanunu'nun 85. maddesini mülga etmiştir. Fakat Kanunda öngörülen Yönetmelikler henüz düzenlenmediğinden 6331 sayılı Kanunun geçici 2. maddesinde, 4857 sayılı Kanuna göre yürürlüğe konulan yönetmeliklerin bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri, bu Kanunda öngörülen yönetmelikler yürürlüğe girinceye kadar uygulanmaya devam olunur, hükmü öngörülmüştür. Dolayısıyla "Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği" halen yürürlüktedir.

⁵² "Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği" RG, 16.06.2004, No: 25494.

yönetmeliğin ekinde bulunan K çizelgesinde gösterilmiştir. Bu itibarla kadınlar yönetmelikte kendilerine yasaklanan ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmazlar.

Söz konusu Yönetmeliğe göre, ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılacak kadın işçinin, işe girişinde, işin niteliğine ve şartlarına göre bedence bu işlere elverişli ve dayanıklı olduğunun fizik muayene ve gerektiğinde laboratuvar bulgularına dayanılarak hazırlanan hekim raporu ile belirlenmesi zorunludur(md. 5/I). Yine yönetmelik uyarınca, kadınlar, ay hali günlerinde ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmazlar. Ay halinin başlangıcı olarak ise kadının ihbarda bulunduğu tarih esas alınacaktır(md. 6/I-II).

Belirtelim ki; söz konusu Yönetmelikte belirtilen şartlara aykırı olarak, ağır ve tehlikeli işlerde kadın ve genç işçi çalıştırıldığıının veya çalışan işçinin sağlık durumu itibariyle böyle bir işte çalıştırılmamasının gerektiğinin tespiti halinde, bu işçiler ağır ve tehlikeli işlerde çalışmaktan alıkonulur ve böyle bir durumda işveren veya işveren vekiline İş Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca para cezası uygulanır.

5) Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarında Çalıştırılması

Hamile ve anne işçilere ilişkin koruyucu düzenlemelerden ilki hamile işçiye doğum öncesi ve sonrası verilen izinlerdir⁵³. Nitekim İş Kanunu'nun 74. maddesine göre, kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenir⁵⁴. Yine söz konusu süreler işçinin sağlık durumuna ve işin özelli-

⁵³ Kandemir, s. 429.; kadın işçilerin hamilelik ve analık haline ilişkin düzenleyici hükümlerin gelişmesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Ekonomi, Münir; "Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması", Çalışma ve Toplum 2009/3, Sayı:22, s. 14 vd.

⁵⁴ 4857 sayılı İş Kanunu'nun 74. maddesine 6111 sayılı Kanun itibariyle " Kadın işçinin erken doğum yapması halinde ise doğumdan önce kullanamadığı çalıştırılmayacak süreler, doğum sonrası sürelerle eklenmek suretiyle kullandırılır"

ğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse artırılabilir. Bu süreler hekim raporu ile belirtilir.

Doğumun erken olması, çocuğun ölü doğması veya doğum sonrası ölümü, doğumdan sonraki sekiz haftalık izin süresinin kısaltılmasına neden olmaz. Yine İş Kanunu'nun 55. maddesi itibariyle kadın işçilerin doğum öncesi veya sonrası izinli oldukları günler, yıllık ücretli iznin hesabında dikkate alınır.

İş Kanunu'nun "Gebe ve Çocuk Emziren Kadınlar İçin Yönetmelik" başlığını taşıyan 88. maddesi uyarınca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca çıkarılan "Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik"⁵⁵ hükümlerince; hamile ve anne işçilerin işteki güvenliğinin sağlanması, bu husustaki önlemler, bu tip işçilerin hangi dönemlerde⁵⁶ ne gibi işlerde çalıştırılmanın yasak olduğu ve çalıştırıldıkları işlerde hangi koşullara uyulması gerektiği ayrıntılı olarak öngörülmüştür(md. 1).

Söz konusu Yönetmeliğin "Genel Değerlendirme" başlığını taşıyan 5. maddesinde; hamile ve yeni doğum yapmış işçilerin sağlığı ve güvenliği bakımından tehlikeli sayılan kimyasal, fiziksel ve biyolojik etkenlerin ve sanayi süreçlerinin işçiler üzerindeki etkileri değerlendirilerek bunlar için alınacak önlemler belirtilmiştir. Yine ilgili Yönetmeliğin "Özel Riskler" başlıklı 6. maddesine göre; hamile ve yeni doğum yapmış işçilerin sağlığı ve güvenliği bakımından tehlikeli sayılan kimyasal, fiziksel ve biyolojik etkenlerin ve sanayi süreçlerinin

cümlesi eklenmiştir.

⁵⁵ RG, 14.07.2004, No: 25522.; Esasen 30.06.2012 Tarihinde kabul edilen 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu İş Kanunu'nun 88. maddesini mülga etmiştir. Fakat Kanunda öngörülen Yönetmelikler henüz düzenlenmediğinden 6331 sayılı Kanunun geçici 2. maddesinde, 4857 sayılı Kanuna göre yürürlüğe konulan yönetmeliklerin bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri, bu Kanunda öngörülen yönetmelikler yürürlüğe girinceye kadar uygulanmaya devam olunur, hükmü öngörülmüştür. Dolayısıyla "Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik" halen yürürlüktedir.

⁵⁶ Söz konusu Yönetmelik, gebe, yeni doğum yapmış ve emziren kadın olmak üzere üçlü bir ayrıma gitmiştir. Buna göre; gebe işçi; İşverenini, durumu hakkında herhangi bir sağlık kurumundan alacağı belge ile bildirenden gebe işçiyi, yeni doğum yapmış işçi; Yeni doğum yapmış ve işverenini durumu hakkında bilgilendiren işçiyi, emziren işçi ise, 0-1 yaş arası çocuğunu emzirmekte olan ve işverenini durumu hakkında bilgilendiren işçiyi ifade eder.

işçiler üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesi neticesinde, bunlar için alınacak genel önlemlerle birlikte özel riskler ve alınacak özel önlemler öngörülmüş, Yönetmeliğin 7. Ve 8. maddelerinde ise söz konusu değerlendirme sonuçlarına göre işverence alınması gereken tedbirler ifade edilmiştir⁵⁷.

“Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik⁵⁸” hükümlerine göre de, kadın işçiler, gebe olduklarının doktor raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar, emziren kadın işçiler ise doğum tarihinden başlamak üzere altı ay süre ile gece postalarında çalıştırılmazlar. Emziren kadın işçilerde bu süre, ana ve çocuğun sağlığı açısından gerekli olduğunun hekim raporuyla belgelenmesi halinde, bir yıla kadar uzatılabilecektir (md. 9/I).

Doğum yapan kadına sağlanan bir diğer hak ise isteğe bağlı olarak verilen izindir. Nitekim İş Kanunu’nun ilgili 74. maddesi; “İsteği halinde kadın işçiye, onaltı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde onsekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir. Bu süre, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz” biçimindedir. Söz konusu hükümde de ifade edildiği gibi yıllık ücretli izin süresinde dikkate alınmayan söz bu altı aylık süre içinde, ücret ödemesi yapılmayacağı için sigorta primi kesilmesi de söz konusu olmaz⁵⁹.

Çocuk emzirmekte olan işçilere kanunun verdiği bir diğer özel izin hakkı ise, kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat verilmesi gereken süt iznidir (İK: md. 74/son). Kanunun ilgili hükmüne dikkat edildiğinde, verilecek olan iznin fiilen emzirme koşuluna bağlı tutulmadığı görülmektedir. Buradaki amaç bebeğin beslenmesidir. Nitekim “Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım

⁵⁷ Söz konusu Yönetmelikle ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Urhanoğlu, İstar Cengiz; “Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi”, Kamu-İş 2009, C.10, Sayı:4, s. 23 vd.

⁵⁸ 09 Ağustos 2004 Tarihli Resmi Gazete Sayı: 25548

⁵⁹ Tunçomağ/Centel, s. 175.; Kanunları gereğince verilen ücretsiz doğum ve analık izni süreleri bakımından kadın işçinin doğum borçlanması yapması hakkı ile ilgili olarak bkz.: Arıcı, Kadir; “5510 sayılı Kanun’un Yürürlük Tarihinden Önceki Dönemde Doğum Yapan Kadın Sigortatılar (4A) da Doğum Borçlanması Yapabilirler” Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2010, Sayı:19, s. 159 vd.

Yurtlarına Dair Yönetmelik^{60,61} bebeğin anne tarafından fiilen emzirilip emzirilmemesine göre bir ayırım yapmamıştır. Bu itibarla bebek fiilen emzirilmese de çocuk bir yaşına ulaşana kadar annenin süt izni olduğunun kabulü gerekir⁶².

Söz konusu Yönetmeliğe göre; emzikli kadının çocuğunu beslemesi ve bir yaşından küçük çocuğunu bırakabilmesi için, yaşları ve medeni durumları ne olursa olsun, 100 ila 150 kadın çalıştıran işyerlerinde, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine en fazla 250 metre uzaklıkta bir emzirme odasının kurulmasını, 150'den fazla kadın işçinin çalıştığı işyerlerinde ise 0-6 yaşındaki çocukların bırakılması, bakılması ve emzirme için, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine yakın bir yurdun açılmasını ve yurdun işyerine 250 metreden uzak olması halinde de, işverene taşıt sağlama zorunluluğu öngörülmüştür(md. 7/I-II).

4857 sayılı İş Kanunu'nun hamile kadın işçilerin çalışma koşullarıyla olarak getirdiği önemli hükümlerden biri de, hamile işçilerin daha hafif işlerde çalıştırılmana yönelik düzenlemeleridir. Nitekim İK.'nun 74. maddesinin dördüncü fıkrasına göre; doktor raporuyla gerek olduğu sabit olmak koşuluyla, hamile işçi sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılır ve bu nedene dayanarak hamile işçinin ücretinde bir indirimle gidilemez.

Yukarıda bahsedilen İş Kanunu'ndaki düzenlemeye aynen yer veren "Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik"⁶³ ise aynı zamanda 8. maddesinin son fıkrasında, hamile işçinin daha hafif bir işe aktarılması teknik ve makul olarak mümkün değilse, işçinin güvenlik ve sağlığının korunması için gerekli süre içinde, işçinin isteği halinde ücretsiz izinli sayılması sağlanması gerektiği ve bu sürenin yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmayacağı öngörülmüştür.

⁶⁰ RG, 14.07.2004, No: 25522.

⁶¹ Söz konusu Yönetmelik, işyerlerindeki gebe, yeni doğum yapmış veya emziren işçilerin işteki güvenlik ve sağlığının sağlanması ve geliştirilmesini destekleyecek önlemler uygulamak ve bu işçilerin hangi dönemlerde ne gibi işlerde çalıştırılmalarının yasak olduğunu, çalıştırılabileceği işlerde hangi şart ve usullere uyulacağını, emzirme odalarının veya çocuk bakım yurtlarının (kres) nasıl kurulacağını ve hangi şartları taşıyacağını belirlemek amacıyla düzenlenmiştir(md. 1).

⁶² Kandemir, s. 433.

⁶³ RG, 14.07.2004, No: 25522.

Belirtilmelidir ki; 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi ile ilgili hükümleri itibariyle hangi hallerin sözleşmenin feshi bakımından geçerli sebep olmayacağı belirlenmiştir. Bunların arasında yer alan "cinsiyet, medeni durum, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum" gibi nedenler kadın işçinin iş sözleşmesinin feshinde geçerli bir sebep oluşturmayacağı gibi Kanununun 74. maddesinde bulunan doğum öncesi ve doğum sonrası kadın işçinin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde, kadın işçinin işe gelmemesi fesih bakımından geçerli bir sebep oluşturmayacaktır (Md. 18/III-e).

İşveren, kadın işçinin hamilelik döneminden önce bildirimli fesih beyanında bulunmuş ve söz konusu ihbar süresi dolmadan hamilelik durumu ortaya çıkmışsa, ihbar süresi İş Kanunu'nun ilgili maddesince belirlenecek süre boyunca durur ve bu süre sona erince tekrar işleme-ye başlar⁶⁴.

Son olarak söylemeliyiz ki; feshe karşı koruma sadece belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından geçerli bir durumdur. Zira belirli süreli iş sözleşmelerinde hamilelik ve analık durumları söz konusu olsa dahi sözleşme tespit edilen sürede sona erecektir. Başka bir ifadeyle askıda kalan süre sözleşmede belirlenen süreye eklenmeyecektir⁶⁵.

SONUÇ

Kural olarak işe almada işverenin eşit davranma borcu bulunmasa da, İ.K.'nun 5. maddesinin 3. fıkrası hükmü itibariyle; işe almada işverenin cinsiyet nedeniyle ayrımcılık yapması yasaktır. Bununla birlikte söz konusu hükmün yaptırım bölümünü düzenleyen 6. fıkrasında "ayrımcılık tazminatının" "iş ilişkisinde veya sona ermesinde" ayrımcılık yapıldığı zaman kararlaştırılabilecek bir tazminat olduğu öngörülmüştür. Dolayısıyla kanunun lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınması durumunda işe almada cinsiyet ayrımı yasağı yaptırımsız kalmış olmaktadır. Kanaatimiz söz konusu yasağın bir anlam kazanabilmesi için ayrımcılık tazminatı ile ilgili hükmün, işe almada cinsiyete dayalı ayırım yasağını da kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiği yönündedir.

⁶⁴ Kaplan, Emine Tuncay, "Kadın İşçinin Feshe Karşı Korunması", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.II, İstanbul 2001, s. 1236.

⁶⁵ Kaplan, Fesih, s. 1236.

Hukukun her alanında geçerli olarak kabul edilen eşitlik ilkesinin bir yansıması olarak, İş Kanunu'nda kadın-erkek işçi ücretleri eşitliği ayrıca düzenlenmiştir. Nitekim 4857 sayılı İş Kanununda aynı veya eşit değerde iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük bir ücret kararlaştırılmayacağı öngörülmüştür(İK. md. 5/IV). Ayrıca İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanmasının, daha düşük bir ücretin uygulamasını haklı kılmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır(İK. md. 5/V). Bunun yanında hamilelik halinde hamile işçinin sağlığını bozmayacak daha hafif işlerde çalışması durumunda, ücretinde bir indirimle gidilemeyeceği öngörülmüştür(İK. md. 74/4).

Çalışma hayatında, kadınlarla ilgili olarak gerek İş Kanunu gerek Sosyal Güvenlik Hukuku ile getirilen mevzuatta öngörülen hükümlere dikkat edildiğinde, bu hükümlerin bir kısmının çalışan işçinin kadın olması nedeniyle, özel olarak korunması gereken alanlarda(hamilelik, analık vb.) bazı haklar tanıdığı görülmektedir. Bununla birlikte kadınlara yönelik koruyucu haklar İş Kanunuyla sınırlı değildir. Nitekim Umumi Hifzıssıha Kanunu, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunlarında da benzeri düzenlemeler öngörülmüştür.

KAYNAKLAR

- Arıcı, Kadir; "5510 sayılı Kanun'un Yürürlük Tarihinden Önceki Dönemde Doğum Yapan Kadın Sigortatılar (4A) da Doğum Borçlanması Yapabilirler" Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2010, Sayı:19, s. 159-167.
- Aydınöz, Gonca; "Avrupa Birliği ve ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı", Çalışma ve Toplum 2009/3, Sayı:22.
- Blainpain, Roger; European Labour Law, 10. Revised Edition, Holland 2003.
- Bowers, John;; Employment Law, Blackstone Press 2000.

- Centel, Tankut; İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988.
- Çelik, Nuri; İş Hukuku Dersleri, 25. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2012.
- Ekonomi, Münir; "Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması", Çalışma ve Toplum 2009/3, Sayı:22, s. 11-33.
- Ertürk, Şükran; İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara, Seçkin Yayınları,2002.
- Kandemir, Murat; "4857 Sayılı İş Kanunu'nun Kadın İşçiler İle İlgili Düzenlemeleri", A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s. 415-444.
- Kaplan, Emine Tuncay, "Kadın İşçinin Feshe Karşı Korunması", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.II, İstanbul 2001, s. 1236, s. 1224-1238. (Fesih).
- Kaplan, Emine Tuncay; " Kadın işçinin İş ilişkisinden Doğan Hakları ve Korunması", T.C. Başbakanlık Kadının Sorunları ve Statüsü Genel Müdürlüğü, Hukukta Kadın Sempozyumu, Ankara 2000, s. 98-123.
- Kaya, Pir Ali; "Çalışma Hukukunda Eşitlik: Kavramsal Çerçeve, Uluslararası Belgelerde ve Türk İş Hukukundaki Yeri", Mercek, Nisan 2005, s. 144-152.
- Rehbinder, Manfred; "İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar", İ.Ü.H.F.M., C.45-47, 1979-1981. (Çev: Öner Eyrenci)
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin; İş Hukuku, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- Eyrenci, Öner; "İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991.
- Painter, Richard W. / Holmes, Ann E. M., Cases And Materials On Employment Law, Sixth Edition, Oxford University Pres 2006.
- Selwyn, Norman; Law Of Employment, , England, 13. Edition, 2004
- Sevimli, Ahmet; İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul Legal Yayınları, 2006.
- Susan Mayne/ Susan Malyon,; Employment Law İn Europa, London 2001, s. 904.
- Süral, Nurhan; " Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Çalışan Kadınlara İlişkin Düzenlemeleri ve Türkiye", T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Hukukta Kadın Sempozyumu, Ankara 2000, s. 124-168.
- Süzek, Sarper; "İşverenin Eşit Davranma Borcu", Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2008, Sayı:12, s. 24-39.
- Taşkent, Savaş; "İş Sözleşmesinin İptal Nedenleri", İ.Ü.S.B.F., Ümit Doğanay Anısına Armağan, İstanbul 1982.
- Tunçomağ, Kenan/ Centel, Tankut; İş Hukukunun Esasları, İstanbul, Beta Yayınları, 5. Bası, 2008.
- Urhanoglu, İstar Cengiz; "Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi", Kamu-İş 2009, C.10, Sayı:4, s. 21-53.

- Yenisey, Kübra Doğan; "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı Semineri, Çalışma ve Toplum, S.11, 2006/4, s.63-81
- Yıldız, Gaye Burcu; İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008.
- Yuvalı, Ertuğrul; İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- Yüksel, Melek Onaran; Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği, İstanbul, Beta Yayınları, 2000.

VATANDAŞ TARAFINDAN YURT DIŞINDA İŞLENEN SUÇLARIN YURT İÇİNDE SORUŞTURULMASI VE KOVUŞTURULMASI

DOMESTIC INVESTIGATION AND PROSECUTION OF CRIMES COMMITTED ABROAD BY NATIONALS

Cengiz Topel ÇİFTÇİOĞLU*

Özet: Devletler, Ceza Kanunlarının yer bakımından uygulama alanını serbestçe belirlerler. Ancak devletler yine iç hukuk kuralları gereğince buna bazı sınırlamalar getirebilirler. Burada önemli olan nokta, ülke içinde veya ülke dışında işlenmiş bir fiil için vatandaş veya yabancıнын ülke mahkemesinde yargılanıp yargılanamayacağı, yargılanacaksa da hangi hukuka göre yargılanacağı sorunudur. Uluslararası Ceza Hukuku, öncelikle yabancılık unsuru taşıyan belirli bir suçun, hangi devletin yargılama yetkisine girdiğı sorusunun yanıtını bulmaya çalışır. Türk Ceza Kanunu'nda, vatandaş tarafından yurt dışında işlenen suçların yurt içinde soruşturulması ve kovuşturulmasına bazı koşulların gerçekleşmesi halinde izin verilmesinin nedeni, suç sebebi ile vatandaşın geri verilmesinin Anayasada kabul edilmesidir. Faile göre şahsılık ilkesinin uygulanması suretiyle, devlet bir başka ülkede suç işleyen vatandaşını geri vermediğı gibi vatandaşının cezasız kalmasını da önlemiş olur. Bu yolla da, suçlunun cezasız kalmamasını ve birden fazla cezaya çarptırılmamasını amaç edinen modern ceza hukukuna hizmet edilmiş olur.

Bu çalışmada esas itibarıyla, vatandaş tarafından yurt dışında işlenen suçların yurt içinde soruşturulması ve kovuşturulması konusu ele alınmıştır. Ancak konunun Uluslararası Ceza Hukuku'nda, Ceza Kanunlarının yer bakımından uygulanması sistemi içerisindeki öneminin ortaya konulabilmesi amacıyla mülkılık (ülkesellik) ilkesi, mağdura göre şahsılık ilkesi, adalet veya evrensellik ilkesi ve gerçeklik ve korunma ilkesi konuları da ana hatlarıyla izah edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Vatandaş, Ülke, Mülkılık İlkesi, Faile Göre Şahsılık ilkesi, Evrensellik İlkesi, Gerçeklik ve Korunma İlkesi.

Abstract: States freely determine the territorial scope of application of criminal laws. However, states may impose certain limitations according to their domestic law. The important issue here

* Gaziosmanpaőa (İstanbul) Cumhuriyet Savcısı

is whether a national or foreigner can be tried by local courts for crimes committed in the country or abroad, and if prosecution is possible, what the applicable law is. International criminal law tries to answer the question regarding which state may exercise criminal jurisdiction over a crime with a foreign element. The reason why the Turkish Penal Code allows, subject to certain conditions, the investigation and prosecution in Turkey of crimes committed abroad by nationals is the fact that the Constitution requires nationals not to be extradited. By applying the active personality principle, a state prevents a national from enjoying impunity while at the same time not extraditing him. By this way, the purpose of modern criminal law which requires the prevention of impunity and protects the principle of double jeopardy is served.

In this study, the domestic investigation and prosecution of crimes committed abroad by nationals is analyzed. However, in order to stress the importance of this issue within the system of territorial scope of application of penal laws in international criminal law, the general features of the principle of territoriality, the passive personality principle, the principle of justice or universal jurisdiction, and the protective principle are also explained.

Keywords: National, Territory, Principle of Territoriality, Active Personality Principle, Universal Jurisdiction, Protective Principle.

GİRİŞ

Ceza Kanunlarının yer bakımından uygulanmasını gösteren kurallar iç hukuk kuralları olup her devlet, kendi cezalandırma yetkisinin kapsam ve sınırlarını egemenlik yetkisine dayanarak bizzat belirlemektedir.¹ Devletlerin ülkeleri üzerinde işlenen suçların kovuşturulmalarının teorik, maddi ve uluslararası ilişkiler yönünden çeşitli dayanakları vardır. Öncelikle işlenen suçla suç yeri ülkesinin kamu düzeni sarsılmıştır. Bu nedenle mülkîlik (ülkesellik) ilkesi gereğince, her devletin ülkesi üzerinde işlenen suç kovuşturması, adli kapitülasyonların kalktığı günümüz dünyasında tabiidir. Ancak devletler genellikle bununla yetinmemekte ve ayrıca tamamen veya kısmen ülkelerinde işlenmiş sayılmayan bazı suçları dahi kovuşturmak için mevzuatlarına hüküm koymaktadırlar. Mülkîlik (ülkesellik) ilkesi ko-

¹ Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara, 2011, s.71; Hafızoğulları, Zeki: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2008, s.38; Ercan İsmail: Ceza Hukuku Genel Hükümler- Özel Hükümler, 3. Bası, İstanbul, 2007, s.59 vd

nusunda çok hassas olan Anglo-Sakson ülkelerinde bile suçlunun cezasız kalmaması için yurt dışında işlenen bazı suçları kovuşturma yoluna gidilmektedir.² Görüldüğü üzere devletler, ceza kanunlarının yer bakımından uygulanma alanını serbestçe belirleyebilmektedir. Ancak devletler iç mevzuatları gereği buna bazı sınırlamalar getirmektedirler.³ Burada söz konusu olan ülke içinde veya ülke dışında işlenmiş bir fiil için vatandaş veya yabancıların ülke mahkemesinde yargılanıp yargılanamayacağı, yargılanacaksa da hangi hukuka göre yargılanacağı sorunudur. Bu noktada uluslararası ceza hukuku, öncelikle yabancılik unsuru taşıyan belirli bir olayın hangi devletin yargılama yetkisine girdiği sorusunun yanıtını bulmaya çalışır. Zira devletin, failin davranışını cezalandırma yetkisi yoksa bu kişiye karşı ceza muhakemesi yürütmesi de olanaklı değildir. Bu açıdan bir yargılama engelinden söz etmek gerekir.⁴ Bu nedenle de Türk Ceza Hukuku'nun olaya uygulanmaması durumunda beraat değil, düşme kararı verilir.⁵

Vatandaş tarafından yurt dışında işlenen suçların yurt içinde soruşturulması ve kovuşturulmasına bazı şartların gerçekleşmesi halinde Türk Ceza Kanunu'nda cevaz verilmesinin nedeni, suç sebebi ile vatandaşın geri verilmesinin Anayasada kabul edilmemesidir. Bu ilkenin uygulandığı hallerde devlet bir başka ülkede suç işleyen vatandaşını geri vermediği gibi vatandaşının cezasız kalmasını da önlemiş olur. Öte yandan suçun işlendiği ülkedeki yargı ve hukuk sistemine itibar etmeyen devlet, kendi vatandaşının suçun işlendiği yerde yargılanmasını önlemek için de bu yola gitmektedir. Ayrıca devletler, hukuk düzenlerini korumak amacıyla ülkeleri dışında işlenen suçlarda yargı yetkisini kullanmaktadır.

Bu çalışmamızda esasen TCK m.11'de düzenlenen vatandaş tarafından yurt dışında işlenen suçların hangi koşullarda Türkiye'de ko-

² Tezcan, Durmuş:Yurt Dışında İşlenen Suçlar Türk Hukuku Bakımından Yabancı Ceza Kanununun Değeri Sorunu, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 39, Sayı 1-4, 1984, s.1; Toroslu Nevzat: Ceza Hukuku, 1. Baskı, Eskişehir 2011, s. 12 vd; Koca Mahmut- Üzülmüş İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, 2012. s. 635 vd.

³ Demirbaş, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s.138; Hafizoğulları, s.38 vd; Öztürk-Erdem, s.74.

⁴ Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan Erdem-Önok Murat : Uluslararası Ceza Hukuku, Ankara 2009, s. 77.

⁵ Öztürk-Erdem, s.72.

vuşturulabileceğini inceleyeceğiz. Ancak konunun uluslararası ceza hukuku düzleminde ceza kanunlarının yer bakımından uygulanma alanının belirlenmesi açısından bütünlük içinde sistematik bir şekilde anlaşılabilmesini temin maksadıyla, ceza kanunlarının yer bakımından uygulanmasına dair ilkeler bu konudaki iç hukuk ve uluslararası ceza hukukundaki hükümleri mümkün olduğunca da çalışmanın özünden ayrılmadan, karşılaştırmalı hukuktaki durumu da ortaya koyarak incelemeye çalışacağız.

Ceza kanunlarının yer bakımından uygulama alanı ile ilgili olarak Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen düzenleme TCK 8 vd. maddelerinde ele alınmıştır. Buna göre m.8-9'da mülklik ilkesi, m.10-11'de faile göre şahsılık ilkesi, m.12/1-2'de mağdura göre şahsılık ilkesi, m.13'de gerçeklik veya korunma ilkesi, m.12/3'de evrensellik ilkesi düzenlenmiştir.

I. MÜLKİLİK (ÜLKESELLİK) İLKESİ

TCK m.8 ile Ceza Kanunları'nın yer bakımından uygulanması konusunda kural olarak, suçun işlendiği yer göz önünde tutulmuştur. Mülklik (ülkesellik) ilkesi fiili işleyen veya suçtan zarar gören kişinin vatandaşlığına bakılmaksızın fiilin, işlendiği ülkede o ülke adli makamlarınca ve o ülke kanunlarına göre yargılanabilmesini ifade eder. Bu, ilkenin pozitif yönüdür. Söz konusu ilke negatif yönde ise, yurt dışında işlenmiş olan suçlara o devlet kanununun uygulanmamasını ifade eder. İlke pozitif yönüyle mutlak bir anlam ifade ederken, negatif yönüyle mutlak bir anlam taşımamaktadır. Yani, devletin cezalandırma yetkisini, sadece ülkesi üzerinde işlenen fiillerle sınırlandırılması değişik bağlantı noktalarına dayanarak yabancı ülkede işlenen fiillerden dolayı da yargı yetkisini kullanmasına engel teşkil etmez.⁶ Mülklik ilkesine mutlak bir anlam verildiğinde devletin yabancı ülkelerde işlenen bir suçtan dolayı yargı yetkisi kullanmaması gerekir ki bu durum söz konusu ilkenin yetersizliğini ortaya koymaktadır. Bu durumu bertaraf edebilmek için, devletin cezalandırma yetkisini yalnızca ülkesi üzerinde işlenen fiillerle sınırlandırmaması, değişik bağlantı noktalarına dayanarak yabancı ülkelerde işlenen fiillerden dolayı da

⁶ Öztürk-Erdem, s.73; Demirbaş, s. 161; Ercan, s. 65.

yargı yetkisini kullanması gerekebilir. Bunun sonucu olarak da devletler ülkesinde kamu düzenini sağlamak amacıyla suç saydığı eylemleri yargılarken, yargılama yetkisindeki kaynağını suçun yabancılik unsuru taşıyıp taşıyamamasına göre çeşitli ilkelere dayandırır. Bu nedenle ulusal ceza hukukunun, fiilin işlendiği yer, fail veya mağdurun vatandaşlığı bakımından yabancılik unsuru içeren bir olaya uygulanması için makul bir bağlantı noktasının bulunması aranır.⁷ İşte devletlerin kamu düzenlerini korumak düşüncesiyle, ceza kanunlarının uygulanma alanlarının genişletmelerine (yarı mülkîlik sistemi) denilmektedir.

Cezalandırma yetkisi, devlet otoritesinin ve egemenliğin bir yansıması olduğu için devletler egemenliklerinin geçerli olduğu alanda münhasır cezalandırma yetkisi öngörmektedirler. Hiçbir egemen devlet kendi egemenlik alanının içinde başka bir devletin yargılama ve cezalandırma yetkisini kullanmasına izin vermez. Mülkîlik ilkesi en sert biçimiyle Anglo-Sakson Hukuku'nda uygulanır. Bununla birlikte diğer bütün ülkelerde de temel yargılama ilkesi olarak kabul görür.⁸ TCK m.8'de mülkîlik ilkesi, temel kural olarak kabul edilmiştir. (Türkiye'de işlenen suçlar hakkında Türk Kanunları uygulanır.) Buna göre; Türkiye'de işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulanır. Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi hâlinde suç, Türkiye'de işlenmiş sayılır. Suç; Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasularında, açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla, Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla, Türkiye'nin kıt'a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı, işlendiğinde Türkiye'de işlenmiş sayılır. Türkiye'de işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede hakkında hüküm verilmiş kimse Türkiye'de yeniden yargılanır (TCK m.9)

Yabancılik unsuru taşıyan bir olayda cezalandırma yetkisini kullanan devletin, yabancı devletin ceza yasalarını uygulaması da mümkündür. Ancak Türk mahkemeleri yabancılik unsuru taşıyan bir olayda da münhasıran Türk yasalarını uygularlar. Türkiye'de yapılacak

⁷ Tezcan-Erdem-Önok, s.79; Demirbaş, s. 159-160; Özbek, Veli Özer- Kanbur, M.Nihat-Bacaksız, Pınar-Doğan, Koray-Tepe, İlker: Ceza Hukuku - Genel ve Özel Hükümler, Ankara, 2010, s. 31 vd.

⁸ Öztürk-Erdem, s.74; Toroslu, s. 12- 13; Koca-Üzülmez, s. 635 vd.

yargılamada yabancı devlet ceza yasası, ancak belirli durumlarda cezanın belirlenmesi bakımından dikkate alınmaktadır.⁹ Ceza Hukuku kurallarının yer bakımından uygulanma alanını belirleyen bazı kural- lar uluslararası sözleşmelerle de belirlenebilir. Özellikle ceza yargıla- masının (kovuşturmanın) talep üzerine bir başka devlete aktarılması ve birden fazla kovuşturmayı önleme amacı güden Avrupa Konseyi sözleşmelerini bunlar arasında saymak mümkündür.¹⁰ Burada kovuş- turmanın aktarılmasından kastedilen, bir devlette başlamış veya başla- mak üzere olan bir kovuşturmanın söz konusu devletin isteğiyle ceza adaletinin gerçekleşmesi bakımından daha iyi yapabilecek olan diğer bir devlete nakledilmesi ve o devletinde sanığı kendi kanunlarına göre kovuşturmasıdır.

II. FAİLE GÖRE ŞAHSİLİK İLKESİ

1- Genel Olarak

TCK'nın 10-11. maddesinde düzenlenen faile göre şahsilik ilkesi, vatandaş tarafından yurt dışında işlenen suçların yurt içinde kovuştu- rulması şartlarını düzenlemektedir. Dikkat edilecek olursa burada yurt içi, suçun işlendiği yer ve vatandaş kavramlarından bahsedilmektedir. Dolayısı ile konuyla ilgili ayrıntıya girmeden önce ülke, suçun işlen- diği yer ve vatandaşlık kavramlarının açığa kavuşturulması gerekir.

a. Ülke Kavramı

Ülke, "bir devletin egemenlik yetkilerine sahip olduğu yeryüzü parçasıdır" şeklinde tanımlanabilir.¹¹ Ülke kavramı, "gerçek anlamda ülke "ve"farazi anlamda ülke" şeklinde ikiye ayrılarak incelenebilir. Gerçek anlamda ülke, aynı egemenliğe tabi olan kişiler tarafından iş- gal edilen ve diğer komşu ülkelerden sınırlarla ayrılan kara parçası ve bunun içindeki iç sulardır. Kara suları da bu kavrama dahil olduğu gibi, kara parçasının üzerindeki hava sahası da bu kapsama girer. Fa- razi anlamda ülke kavramı, devletin savaş gemileriyle açık denizlerde

⁹ Tezcan-Erdem-Önok, s.79; Demirbaş, s. 169-170.

¹⁰ Tezcan-Erdem-Önok, s.80; Kunter, Nurullah: Muhakeme Hukuku Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1985, s.341.

¹¹ Sur, Melda: Uluslararası Hukukların Esasları, İzmir, 2000, s.100; Çelik, F. Edip: Milletlerarası Hukuk, İstanbul 1987, s.7.

bulunan ticaret gemileri, askeri uçaklar ile açık deniz üzerinde uçmakta olan sivil uçakları kapsar. Yine işgal edilen ülke de bu kapsama dahildir. TCK m.8/2-d' de Türkiye'nin kıt'a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı işlenmiş suçlar bakımından da bu suçların Türkiye'de işlenmiş sayılacağını hükme bağlamaktadır.¹²

b. Suçun İşlendiği Yer

Suçun işlendiği yer hem ceza kanunlarının yer bakımından uygulanma alanının tespiti, hem de muhakeme hukuku açısından hangi yer mahkemesinin yetkili olacağı konusu bakımından önem taşır. Genel olarak TCK m.8'de "Türkiye'de işlenen suçlar hakkında Türk Kanunları uygulanır," CMK m.12/1'de de "davaya bakma yetkisi suçun işlendiği yer mahkemesine aittir" hükmü yer almaktadır. Bir eylemin belli bir ülke bakımından yurt dışında işlenmiş suç sayılabilmesi için, söz konusu eylemin herhangi bir nedenle o ülkede işlenmemiş sayılması gerekir.

Ani suçlar yani hareketin yapılması ile sonucun da gerçekleştiği suçlar bakımından suçun işlendiği yeri belirlemede bir sorun yoktur. Bunlar neticesi harekete bitişik suçlardır. Suç, hareket ve neticenin gerçekleştiği yerde işlenmiş sayılır.¹³

Genellikle mesafe suçları olarak adlandırılan hareket ve netice kısımlarının başka ülkelerde gerçekleştiği durumlarda suç yerinin hangi ülke olduğunu belirlemek çoğu zaman kolay olmaz. Örneğin Türkiye, Irak ve İran sınırlarının kesiştiği yerde Türkiye topraklarından ateş eden failin İran topraklarındaki mağduru vurması ve yaralanan mağdurun Irak'taki bir hastanede ölmesi olayında suçun işlendiği yeri belirlemek oldukça güçtür. Çünkü burada hareket Türkiye'de, isabet İran'da, ancak netice Irak'ta gerçekleşmiştir.¹⁴

Mesafe suçlarında suç yerinin belirlenmesi bakımından değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bu konuda, hareket nerede yapıldıysa suç

¹² Demirbaş, s.140; Öztürk-Erdem, s. 77.

¹³ Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir:Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.I, İstanbul,1987, s.226; Demirbaş, s. 141.

¹⁴ Tezcan,s 112; Demirbaş, s 141.

orada işlenmiştir, görüşünü savunan hareket teorisi; netice nerede gerçekleşmiş ise suçu orada işlenmiş kabul eden netice teorisi; suçun yakın neticesi olan isabet nerede vukuu bulmuş ise suçun orada işlendiğini savunan isabet teorisi; belirtilen görüşlerin hepsinde doğruluk payının olduğunu kabul ederek, bu açıdan olaya ilk el koyan yer mahkemesinin yetkili olduğunu benimseyen karma teori mevcuttur.¹⁵

Karşılaştırmalı hukuk yönünden konu ele alındığında ülkelerin pek çoğunda karma teorinin benimsendiği ve yasalarında açıkça buna yer verdikleri görülür. Öte yandan özellikle Anglo-Amerikan sisteminde federe devletlerde bazen neticenin meydana geldiği yerin suç yeri olarak kabul edildiği de görülmektedir.

Türk Hukuku bakımından 765 sayılı TCK'da suçun ne zaman Türkiye'de işlenmiş sayılacağına dair açık bir hüküm yoktur. Ancak karma görüşün benimsendiği söylenebilirdi. Öte yandan 1926 yılında Ege Denizi'nde meydana gelen bir açık deniz çatmasında (Bozkurt-Lotus olayı) Türkiye, Lahey Uluslararası Divanı nezdinde farazi Türk ülkesi olarak sayılan bir yerde neticenin meydana geldiği tezini savunarak neticeye üstünlük tanıyan görüşü desteklemiştir. Buna karşılık yeni TCK m. 8/2'den karma görüşün benimsendiği açıkça anlaşılmaktadır.¹⁶

İştirak halinde işlenen suçlarda icra hareketlerinin Türkiye'de gerçekleşmesi halinde tüm şerikler hakkında TCK uygulanacaktır. Kesintisiz suçlarda neticenin kısmen Türkiye'de devam etmiş olması suçun Türkiye'de işlenmiş olduğunun kabulü için yeterlidir. Zincirleme suçlarda, zincirleme suç ilişkisine giren suçlardan birinin Türkiye'de işlenmiş olması yeterlidir. Teşebbüs aşamasında kalan suçlarda ise son icra hareketinin yapıldığı yer mahkemesi yetkilidir. İnternet yoluyla işlenen suçlarda, suçun işlendiği yerin belirlenmesinde karma teori de yetersiz kalmaktadır. Çünkü bu suçlarda hareket ve netice dünyanın farklı yerlerinde gerçekleşebilir. Karma teori bakımından bu suçların dünyanın her yerinde ve bu arada (çocuk pornografisinin bilgisayara yüklenmesi halinde) Türkiye'de de işlendiğini kabul etmek gerekir.¹⁷

¹⁵ Dönmezer-Erman, s. 227; Tezcan-Erdem-Önok, s. 87 vd.; Öztürk-Erdem, s.78; Demirbaş, s.142.

¹⁶ Tezcan-Erdem-Önok, s.89, Demirbaş, s. 141; Ercan, s. 63-64.

¹⁷ Demirbaş, s.142; Tezcan-Erdem-Önok, s.91; Öztürk-Erdem, s.81; Öztürk, Bahri-

c. Vatandaşlık Kavramı ve “Vatandaş Geri Verilmez” Kuralı

Faile göre şahsilik ilkesinde, devletin cezalandırma yetkisi fiilin işlendiği yere bakılmaksızın failin vatandaşlığına dayanmaktadır. Buna göre mevzuatımızda Türk vatandaşlığına ilişkin Anayasa m.66, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu m.1 vd. ve TCK m.6/1-a, 11-13, 18, 79, 300/3’de hükümler bulunmaktadır. Bu hükümler incelendiğinde Türkiye Cumhuriyeti devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan kişinin Türk vatandaşı olarak tanımlandığı, bu kapsamda Türk babanın veya Türk ananın çocuğunun Türk vatandaşı kabul edildiği görülmektedir. Faile göre şahsilik ilkesi, failin ülke içinde olduğu kadar yurt dışında da ülke kanunlarına uygun davranması gerektiği, devletin vatandaşını yurt dışında da izlediği ve bu nedenle yurt dışında işlenen bir suçun failinin Türk vatandaşı olması halinde Türkiye’nin yargılama hakkına sahip olduğu esasına dayanır. Ayrıca Kıt’a Avrupasında ülkeler yurt dışında suç işleyen vatandaşlarını başka ülkelere geri vermezler. “Vatandaş geri verilmez” kuralı olarak tanınan bu ilke Kıt’a Avrupası ülkelerinde genellikle uygulanmaktadır. Bu arada Türk Hukukunda da Anayasa m.38 ve TCK m.18/2 gereğince uluslararası ceza divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere Türk vatandaşının işlediği suç nedeniyle, suçun işlendiği yabancı ülkeye iadesi olanaklı değildir. Anglo-Amerikan sistemi, şahsilik ilkesi çerçevesinde ülke adli makamlarını yetkili sayma yerine vatandaşın da geri verilmesini kabul ederek mülkiyet ilkesine bağlı kalmaya, bu suretle yetki çatışmalarını önlemeye çalışmaktadır.¹⁸

Suçluların geri verilmesi, bulunduğu ülkede suç işledikten sonra cezadan kurtulmak için kaçarak başka bir ülkede yaşamını sürdürmek isteyen kişilerin, işledikleri suçların yanlarına kalmaması düşüncesine, Grotius’un ifadesi ile ‘ya ver ya cezalandır’ esasına dayanır. Yukarıda açıklandığı üzere vatandaş ve siyasi suçlu geri verilemez. TCK m.18 Türk Hukuku bakımından suçluların geri verilmesi şartlarını düzenlemiştir.¹⁹

Tezcan,Durmuş- Erdem, Mustafa Ruhan-Sırma, Özge-Saygılar, Yasemin F.-Alan, Esra: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2010, s. 196.

¹⁸ Tezcan-Erdem-Önok s.134-135; Demirbaş, s.161.

¹⁹ Hafızoğulları, s.54 vd; Toroslu, s. 13; Demirbaş, s. 170 vd.

Avrupa Birliği içinde yürürlükte olan geri verme hukukunun en önemli kaynağı, Avrupa Konseyinde imzalanmış olan ve ana sözleşme durumundaki 13/12/1957 tarihli suçluların geri verilmesine ilişkin Avrupa sözleşmesi ve bu sözleşmeye ek protokoller ile belirli suçluluk alanları ile sınırlı düzenleme getiren sözleşmeler ve bu sözleşmeyi tamamlayıcı nitelikte iki taraflı sözleşmelerdir. Yine 13/12/1957 tarihli suçluların geri verilmesine ilişkin Avrupa Konseyi sözleşmesini tamamlamak ve onun uygulanmasını kolaylaştırmak üzere Schengen uygulama anlaşması ile iç sınır denetimlerinin kaldırılmasından sonra gündeme gelen dengeleyici önlemler arasında geri vermenin kolaylaştırılmasına da yer verilmiştir. AB içinde geri verme hukukunun üçüncü kaynağı, AB'nin 3.sütunu çerçevesinde AB enstrümanlarıdır. Bu kapsamda 10/03/1995 tarihli AB'ye üye devletler arasında basitleştirilmiş karşılıklı suçların geri verilmesi sözleşmesi ve 27/09/1996 tarihli AB'ye üye devletler arasında geri vermeye ilişkin sözleşme sayılabilir. Ayrıca 13/06/2002 tarihinde Sevilla'da yapılan AB'ye üye devletlerin iç işleri ve adalet bakanları toplantısında "Avrupa yakalama müzekkeresi ve üye devletler arasında kovuşturmaların aktarılmasına ilişkin çerçeve karar" üzerinde anlaşmaya varılmıştır. Bu gelişmelerden sonra AB'ye üye devletler içerisinde, adli yardımlaşma ve işbirliği hızlanmış ve kolaylaşmıştır.²⁰

2- Vatandaş Tarafından Yurt Dışında İşlenen Suçlar

a. Görev Suçları

TCK m.10, resmi görev ile yurt dışında bulunan diplomasi veya konsolosluk dokunulmazlığı nedeniyle buldukları ülkede yargılanamayan Türk görevlilerin işledikleri bu suçlardan dolayı Türkiye'de yargılanacaklarını düzenlemektedir. Ancak bu kişilerin diplomasi dokunulmazlığında yararlanmaları şart değildir. Burada önemli olan husus, yabancı ülkede Türkiye adına memuriyet veya görev üstlenmiş olan kimsenin bundan dolayı işlediği suç olmalıdır.²¹ Başka bir ifadeyle, yurt dışında Türkiye "namına" memuriyet veya sair bir görev yapan kişi tarafından bir suç işlenmiş olması ve işlenen suçun üstlenilen

²⁰ Tezcan-Erdem-Önok, s.232.

²¹ Özbek, Veli Özer-Bacaksız, Pınar-Doğan, Koray: Açıklamalı Şematik Çalışma Kitabı, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2006, s. 44.

memuriyet ve görevle ilgisinin bulunması gerekir. Yurt dışında Türkiye namına memuriyet icra eden kişinin vatandaşı olması gerekir. (657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, m.48) Ancak, Türkiye adına görev yapan kişinin vatandaşı olması gerekmez. Burada " Türkiye namına memuriyet veya görev üstlenmek" ifadesinin anlamını belirlemek sıkıntı yaratmaktadır. Çünkü TCK'nın 6.maddesinde, ceza kanununun uygulanmasında kamu görevlisini tanımlarken " memuriyet veya görev" tanımına yer verilmemiştir. Bu bakımdan, " Türkiye namına memuriyet veya görev üstlenmekten" zorunlu olarak " kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılma " anlaşılacaktır.²² Türkiye namına memuriyet üstlenen vatandaşı veya görev üstlenmiş olan vatandaşı veya yabancıнын ilk kez veya yeniden yargılanabilmesi için Türkiye'de bulunmaları gerekmektedir. Türkiye'de bulunmak bir cezalandırılabilme koşuludur. Yurt dışında görevli Türk kamu görevlisi yargı bağımsızlığından yararlanmamış veya yararlanma koşulları ortadan kalkmışsa; durumu yurt dışında kişisel suç işleyen Türk vatandaşlarına ilişkin TCK m.11 çerçevesinde değerlendirilir.Yine Türkiye adına görev yapan kamu görevlisinin yurt dışında işlediği suçun görevle bir ilişkisi yoksa bu tür bir suç ancak faile göre şahsılık ilkesi kapsamında Türkiye de kovuşturma konusu yapılabilir.²³

Türkiye adına görev yapan kamu görevlilerinin yurt dışında görev nedeni ile işledikleri suçlarından dolayı, TCK m.19/2-a'da Türkiye zararına işlenmiş suçlarda yabancı ülke ceza kanunlarının gözönünde bulundurulmayacağı öngörüldüğünden ve bu suçların herhalde Türkiye zararına işlenmiş sayılacağına göre yabancı ülke ceza kanunlarının gözönünde bulundurulması mümkün değildir.²⁴ Ancak fail hakkında yabancı ülkede ceza verilmiş ve infaz edilmiş ise bu ceza TCK'nın 16.maddesine göre, Türkiye de verilecek olan cezadan mahsup edilecektir.²⁵

²² Özgenç, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2006, s. 680; Hafizoğulları, s. 43.

²³ Tezcan-Erdem-Önok, s.144; Hafizoğulları, s. 43.

²⁴ Tezcan-Erdem-Önok, s.144; Yalvaç, Gürsel: Karşılaştırmalı-Gerekçeli, TCK-CM-CGTİK ve İlgili Kanunlarda Yönetmelikler, Ankara,2007, s. 116

²⁵ Parlar, Ali- Hatipoğlu, Muzaffer: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara, 2007, s. 130; Özgenç, s. 681

b. Vatandaş Tarafından İşlenen Suç (TCK m.11'in Uygulanma Şartları)

TCK m.11'e göre, yurt dışında bir Türk vatandaşının işlemiş olduğu bir suçtan dolayı Türkiye'de yargılama yapılabilmesi için bazı koşulların bulunması gerekir. Buna göre:

1. Suçun yurt dışında yani T.C. Devletinin egemenlik sahası dışında işlenmiş olması gerekir. Ancak suçun işlendiği yerin yabancı bir devletin egemenlik sahasında olması gerekmemektedir. Bu bakımdan suç örneğin açık denizlerde işlenmiş olabilir. Burada TCK m.11 uygulanması için aranan şart, bu suçun yabancı bir ülkede yani Türkiye ülkesi dışında işlenmiş olmasıdır. Başka bir ifade ile, işlenen suç, TCK'nın m.8 uyarınca mülklik ilkesine göre Türkiye'de işlenmiş sayılan suçlardan olmamalı ve yabancı bir ülkenin egemenliğinin geçerli olduğu bir alanda işlenmelidir.²⁶
2. Failin Türk vatandaşı olması gerekir. Vatandaşlık suç oluşturan fiilin işlendiği zamana göre belirlenecektir. Yabancı ülkede suç işleyen kişinin Türkiye'de Türk kanunlarına göre cezalandırılabilmesinin ilk şartı, o kişinin Türk vatandaşı olmasıdır. TCK'nın 6.maddesinin 1/a bendi uyarınca " vatandaşı " deyiminden; fiili işlediği sırada Türk vatandaşı olan kişi anlaşılır. Kişinin vatandaşlığının tespitinde, 5901 Türk Vatandaşlığı Kanunu esas alınır. Böylece suçu işlediği sırada kişinin Türk vatandaşı olması gerekli ve yeterli sayılmıştır. Buna göre, suçu işlediği sırada Türk vatandaşı iken sonradan vatandaşlığını değiştiren kişi suçun unsuru veya kovuşturma şartı bakımından Türk vatandaşı sayılır. Yine suçu işlediği sırada Türk vatandaşlığına girmiş kişi de Türk vatandaşı sayılır. Ayrıca çifte vatandaşlığı olanlarda Türk vatandaşı sayılır. Türk Vatandaşlığı Kanununa ve TCK'nın 6/1-a bendine göre Türk vatandaşı sayılmayanların ve vatansızların faile göre şahsilik ilkesine göre Türkiye'de yargılanmaları mümkün değildir.²⁷
3. Türk vatandaşı tarafından yurt dışında işlenen suçun TCK m.13'de belirtilenler dışında bir suç olması gerekir. TCK m.13'de sayılan suçlar bakımından gerçeklik ve korunma ilkesi uygulanır. Yani

²⁶ Özgenç, s.682; Parlar- Hatipoğlu, s. 131.

²⁷ Özgenç, s.682; Dönmezer-Erman, s.560; Parlar-Hatipoğlu, s. 131.

devletin iç ve dış güvenliğine, varlığına ve bütünlüğüne karşı işlenen suçlarda suçun işlendiği yere ve failin vatandaşlığına bakılmaksızın, devlet bu ilkeye göre kendini yetkili saymaktadır.²⁸

4. Cezanın türü ve miktarı bakımından bazı şartlar geçekleşmelidir: Kanun buarada ikili bir ayırım getirmiştir. Buna göre bir yıldan az hapis cezasını gerektiren bir suç işlenmişse suçtan zarar gören kişi ya da suçun işlendiği hükümetin şikayeti üzerine Türkiye’de yargılanma yapılır. Bir yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suç işlenmişse re’sen Türkiye’de yargılama yapılır. Bir yıldan az hapis cezası gerektiren bir suç nedeniyle yargılanma yapılmasının şikayete tabi olduğu durumlarda şikayet, failin Türkiye’ye girdiği tarihten itibaren 6 ay içinde yapılmalıdır. Suçun ne tür cezayı gerektirdiği hususu münhasıran Türk kanunlarına göre belirlenecektir. Bu nedenle suç, işlendiği yer devletin kanunlarına göre para cezasını gerektirse bile, şayet Türk kanunlarına göre hapis cezasını gerektirmekte ise Türkiye’de yargılama yapılabilir.²⁹ Suçun bir yıldan daha fazla hapis cezasını gerektirip gerektirmediği konusunda bir değerlendirme yapılırken, ağırlatıcı nedenlerin aşağı sınırı ve hafifletici nedenlerin yukarı sınırı gözönünde bulundurulur. (TCK m.15). Yine TCK m.14 uyarınca soruşturma konusu suçun yer aldığı kanun maddesinde hapis cezası ile adli para cezasından birinin uygulanması seçimlik olarak gösterilmiş ise, Türkiye’de yargılama yapılmaz. Maddede her iki cezanın seçimlik olarak gösterilmiş olması arandığından, hapis ve adli para cezasının birlikte gösterildiği durumlarda gösterilen hapis cezası ile ilgili kanun da öngörülen süre ve şartlar uyduğu takdir de bu suçlardan dolayı Türkiye’de yargılama yapılabilecektir.³⁰
5. Fail Türkiye’de bulunmalıdır. Türk vatandaşının yabancı ülkede işlemiş bulunduğu suçtan dolayı Türkiye’de yargılanabilmesinin diğer bir şartı da, failin Türkiye’de bulunmasıdır. Failin Türkiye’de bulunması bir kovuşturma şartı olarak öngörülmüştür.
6. Türkiye’de kovuşturulabilirliğin bulunması gerekir. TCK m.11’de,

²⁸ Demirbaş, s.167; Öztürk-Erdem, s. 87.

²⁹ Artuk,M.Emin - Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A.Caner : Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s.288; Öztürk-Erdem, s. 87; Demirbaş, s. 162.

³⁰ Tezcan-Erdem-Önok, s.137; Öztürk-Erdem s. 87.

765 sayılı TCK m.5/3'teki mağdur yabancı ise fiilin işlendiği ülke kanununa göre de suç olması gerekir şartına yer verilmemiştir. Bu önemli bir eksikliktir. TCK m.11'in gerekçesinde bu koşulun ifade edilmesi yasa tekniği açısından doğru değildir. "Kovuşturalabilirlik" bu fiil ile ilgili olarak ceza muhakemesi koşullarının gerçekleşmesi anlamını taşır. Bu anlamda suç Türkiye'de affa veya zaman aşımına uğramamış ve aranıyorsa şikayet koşulu da gerçekleşmiş olmalıdır.

7. Bu suç dolayısıyla yabancı ülkede hüküm verilmemiş olmalıdır. Yurt dışında suç işleyen vatandaş orada yargılanmış ve hakkında mahkumiyet kararı verilmiş ise, hatta cezası da infaz edilmiş ise bu kişi Türkiye'de yeniden yargılanabilecek midir? Bu konunun irdelenmesi karşımıza "non bis in idem" ilkesini çıkarır. 765 sayılı TCK döneminde tartışmalı olan bu sorun TCK m.11'de çözüme kavuşturulmuştur. TCK m.11'de, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olmasını belirtmek suretiyle non bis in idem ilkesine açıkça yer verilerek bu tartışmalar sonlandırılmıştır.³¹

c. Non Bis İn İdem İlkesinin Uluslararası Geçerliliği

Bu ilke, aynı kişi hakkında aynı fiilden dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılamayacağını ifade eder. Türkiye'de işlediği bir suçtan dolayı yabancı ülkede yargılanmış olan bir kişinin Türkiye'de yeniden yargılanıp yargılanamayacağı konusunda TCK'nın m.9'da "Türkiye'de işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede hakkında hüküm verilmiş olan kimse, Türkiye'de yeniden yargılanır" denilerek yabancı ülke mahkemesinin kararına non bis in idem etkisi tanınmamıştır. Ayrıca Türkiye'de suç işleyen kişinin Türk vatandaşı veya yabancı olması bakımından da herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Karşılaştırmalı hukukta aynı fiil nedeniyle birden fazla kovuşturma yapılmaması temel ceza muhakemesi ilkeleri içinde yer alır. Ancak bu ilkenin sınır ötesi geçerliliği konusunda ulusal düzenlemeler arasında yeknesaklık yoktur. Hollanda ve İspanya bir tarafa bırakılırsa fail hakkında aynı fiil nedeniyle bir başka ülkede kovuşturma yapılabileceği kabul edilmektedir. Yani ilkenin uygulanma alanının yalnızca "aynı devlette"

³¹ Demirbaş, s.162; Tezcan-Erdem-Önok, s. 93 vd.

yapılan ceza kovuşturması ile sınırlı olduğu ifade edilmektedir. Aynı fiil nedeniyle yeniden kovuşturma yapılmasına olanak tanıyan devletlerde de söz konusu fiil nedeniyle yabancı bir ülkede hükmedilen cezanın o ülkede yapılan yargılama sonucu verilen cezadan indirilmesi olanağı getirilmiştir. Bu suretle çifte mahkumiyetin ortaya çıkacağı sonuçlar hafifletilmeye çalışılmıştır. Nitekim Türkiye’de de TCK m.16’da işlenen suçtan dolayı yabancı ülkede gözaltında, tutuklulukta veya hükümlülükte geçen sürelerin belirli şartlarda Türkiye’de yeniden yapılan yargılama sonucunda verilecek cezadan indirileceği hükme bağlanmıştır.³²

TCK m.11 uyarınca, faile göre şahsilik ilkesi uygulanması bakımından yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması gerekir.³³ Bu anlamda hüküm, CMK’nın 223. maddesi içeriğine göre belirlenecektir. Buna göre, beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkumiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı hükümdür. Örneğin soruşturma evresi sonunda verilen kovuşturamama kararı hüküm sayılmayacağı için burada yargılama engeli oluşturmaz.

d. Yabancı Ülke Ceza Kanunu’nun Değeri

06.06.1991 Tarih ve 3756 Sayılı kanunla eklenen 765 Sayılı TCK m. 10’a da belirli durumlarda yabancı ülke kanununun Türk mahkemelelerinde uygulanacağı düzenlenmekte idi. Öğreti ve uygulamada oldukça sorun yaratan ve Türk hakimini yabancı ülke ceza kanununu uygulamaya zorlayan bu düzenleme yerine TCK’nın 19. maddesinde sadece sonuç olarak hükmedilen cezanın, suçun işlendiği yer kanununun üst sınırını aşmaması ile sınırlı olarak yabancı ceza kanununun gözönünde bulundurulması kuralına yer verilmiştir.

Öte yandan TCK, faile göre şahsilik ilkesi çerçevesinde Türkiye’de yargılama yapılabilmesi için fiilin işlendiği ülke yasalarına göre suç oluşturması koşulunu açıkça aramamış ise de, TCK m.19’da bir Türk vatandaşının yabancı ülkede işlediği bir fiilden dolayı Türkiye’de

³² Tezcan-Erdem-Önok, s.93 vd; Parlar-Hatipoğlu, s. 130.

³³ Aydın,Devrim : Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması, TBB Dergisi 2011 (94), s. 136; Cengiz,Serkan-Demirağ, Fahrettin-Ergül,Teoman- McBride,Jeremy-Tezcan, Durmuş:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara,2008, s.211

yapılacak yargılamada suçun işlendiği ülke yasasının, o suç için ön gördüğü üst sınırın dikkate alınacağını belirttiğine göre, işlenen fiilin mağduru ister Türk vatandaşı ister yabancı olsun, fiilin suç oluştur- maması durumunda Türkiye’de yargılama yapılamayacağı sonuca varmak mümkündür. TCK m.19 uyarınca Türkiye’de yargılama ya- pılırken Türk Kanununa göre verilecek cezanın suçun işlendiği ülke kanununda öngörülen cezanın üst sınırından fazla olamayacağı belir- tilmiştir. Ancak bunun için suçun Türkiye’nin güvenliğine karşı veya zararına olarak, Türk vatandaşına karşı ya da Türk Kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisi zararına olarak işlenmemiş olması gerekir.³⁴

Fail hakkında yabancı ülke mahkemesi tarafından verilen hük- mün kesinleştiği ancak infaz edilmediği durumlarda, yabancı ülke mahkemesi tarafından verilen hükmün Türkiye’de infazı yoluna gi- dilecektir. Yabancı bir ülke mahkemesi tarafından verilen hükmün Türkiye’de infaz edilebilmesi için 08/05/1984 tarih ve 3002 sayılı Türk vatandaşları tarafından yabancı ülke mahkemelerinden veya yabancı- lar hakkında Türk mahkemelerinden verilen ceza mahkumiyetlerinin infazına dair kanunda öngörülen şartların gerçekleşmiş olması gere- kir. Burada karşılıklılık, hükümlünün yazılı rıza beyanı, yabancı ülke yetkililerinin talebi, infazı gereken cezanın en az 1 yıl olması şartları aranmaktadır.³⁵

e. Muhakeme Hukuku Açısından Yabancı Ülkede İşlenen Suçlarda Yetki

Yabancı ülkede işlenen ve kanun hükümleri uyarınca Türkiye’de soruşturulması ve kovuşturulması gereken suçlarda yetki CMK m.13’deki kurallara göre belirlenir. Buna göre şüpheli veya sanığın yakalandığı yer, yakalanmamışsa yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir. Şüpheli veya sanığın Türkiye’de yerleşim yeri yoksa Türkiye’de en son adresin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir, mahkemenin bu suretle de belirlenmesi olanağı yoksa, ilk usul işleminin yapıldığı yer mah- kemesi yetkilidir. Bununla birlikte Cumhuriyet Savcısının şüphelinin veya sanığın istemi üzerine, Yargıtay suçun işlendiği yere daha yakın

³⁴ Tezcan-Erdem-Önok, s.139-167-171; Demirbaş, s. 169-170; Ercan, s. 91-92.

³⁵ Tezcan-Erdem-Önok, s.138-139; Öztürk-Erdem, s. 101.

olan yer mahkemesine yetki verebilir. Yabancı ülkelerde bulunup da diplomatik bağışıklıktan yararlanan Türk kamu görevlilerinin işledikleri suçlardan dolayı yetkili mahkeme Ankara Mahkemesidir. (CMK m.14) Deniz, hava ve demiryolu taşıtlarında veya bu taşıtlarla işlenen suçlarda yetkili mahkemenin belirlenmesi bakımından CMK m.15’de düzenleme yapılmıştır. Buna göre; suç, Türk bayrağını taşıma yetkisine sahip olan bir gemide veya böyle bir taşıt Türkiye dışında iken işlenmişse, geminin ilk uğradığı Türk limanında veya bağlama limanında bulunan mahkeme yetkilidir. Türk bayrağını taşıma hakkına sahip olan hava taşıtları ile demiryolu taşıtları hakkında da aynı hüküm uygulanır. Ülke içerisinde deniz, hava veya demiryolu taşıtlarında ya da bu taşıtlarla işlenen suçlarda, bunların ilk ulaştığı yer mahkemesi de yetkilidir. Çevreyi kirletme suçu, yabancı bayrağı taşıyan bir gemi tarafından Türk kara suları dışında işlendiği takdirde, suçun işlendiği yere en yakın veya geminin Türkiye’de ilk uğradığı limanın bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir.³⁶

III. MAĞDURA GÖRE ŞAHSİLİK İLKESİ

Yurt dışında işlenen suçun mağdurunun, vatandaşı bulunduğu devletin şayet suç faili işlediği suçtan ötürü yargılanmaksızın veya yargılanmış ve mahkum edilmiş olmakla birlikte cezasını çekmeksizin mağdurun vatandaşı olduğu devlet ülkesine gelirse, yargılama yetkisine sahip olunmasını ifade eden ilkeye mağdura göre şahsilik ilkesi denir. Bu ilke, TCK m.12/1-2’de düzenlenmiştir. Buna göre; bir yabancı, 13 üncü maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede Türkiye’nin zararına işlediği ve kendisi Türkiye’de bulunduğu takdirde, Türk kanunlarına göre cezalandırılır. Yargılama yapılması Adalet Bakanının istemine bağlıdır. Bu suçun bir Türk vatandaşının veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisinin zararına işlenmesi ve failin Türkiye’de bulunması hâlinde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması koşulu ile suçtan zarar görenin şikâyeti üzerine fail, Türk kanunlarına göre cezalandırılır. Ayrıca bu kapsama giren suçtan dolayı yabancı mahkemece

³⁶ Kunter, s.359; Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar-Alan, s 196; Ercan, İsmail: Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2007, s. 39.

mahkûm edilen veya herhangi bir nedenle davası veya cezası düşen veya beraat eden yahut suçu kovuşturulabilir olmaktan çıkan yabancı hakkında Adalet Bakanının istemi üzerine Türkiye’de yeniden yargılama yapılır.³⁷

TCK m. 12’nin uygulanma şartlarını şöylece sıralamak mümkündür;

- 1- Fail yabancı olmalıdır. Failin vatandaşlığı suçun işlendiği ana göre belirlenir. Çifte vatandaşlık söz konusu ise, faile göre şahsilik ilkesi gereğince Türk vatandaşlığı esas alınır.
- 2- Suç yabancı ülkede işlenmiş olmalıdır.
- 3- TCK’nın 13. maddesindeki suçlar dışında bir suçun yurt dışında işlenmiş olması gerekir.
- 4- Suçun cezası Türk kanunlarına göre en az bir yıl hapis cezasını gerektirmelidir. Bir yıllık sürenin tespitinde, TCK m. 15 uyarınca, fiile ilişkin ağırlatıcı sebeplerin aşağı sınırı ve kanuni hafifletici sebeplerin yukarı sınırı gözönünde bulundurulur hesaplama yapılır.
- 5- Fail Türkiye’de bulunmalıdır.
- 6- Mağdur Türk vatandaşı veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisi ya da Türkiye olmalıdır. Mağdurun vatandaşlığı suçun işlendiği ana göre belirlenir.
- 7- Yabancı fail hakkında re’sen kovuşturma yapılamaz. Burada ikili bir ayırım söz konusudur. Türkiye’nin zararına bir suç işlenmiş ise yurt dışında hüküm verilmiş olsa bile Adalet Bakanının talebi üzerine fail Türkiye’de yargılanır. Bu durumda şayet Türkiye’de verilen ceza yurt dışında verilen cezadan fazla ise bu mahsup edilir. Bir Türk vatandaşına veya özel hukuk tüzel kişisine karşı suç işlenmiş olması halinde, yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması şartıyla ve suçtan zarar görenin şikayeti üzerine failin Türkiye’de yargılanması mümkündür.³⁸

³⁷ Demirbaş, s.164; Tezcan-Erdem-Önok, s.139; Özbek-Bacaksız-Doğan, s.44; Öztürk-Erdem, s.89.

³⁸ Demirbaş, s. 164-165; Özbek-Kanbur-Bacaksız- Doğan-Tepe, s. 34-35; Erol, Haydar: Türk Ceza Kanunu Gerekçeli ve Açıklamalı, Ankara, 2. baskı, s. 351.

IV. ADALET VEYA EVRENSELLİK İLKESİ

Cezalandırmanın evrenselliğinden hareket eden bu ilke, bir başka devletin yokluğunda ortak kültür değerlerine yönelik olarak işlenen bir suçun insanlık yararına cezasız kalmaması için mülklik, şahsılık veya gerçeklik ilkelerine göre yetkili olmayan bir devletin sırf adaleti temin etmek amacıyla kendini yetkili saymasıdır. Bu ilke TCK m.12/3' de düzenlenmiştir. Buna göre; mağdur yabancı ise, suçun, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı üç yıldan az olmayan hapis cezasını gerektirmesi, suçluların geri verilmesi anlaşmasının bulunmaması veya geri verilme isteminin suçun işlendiği ülkenin veya failin vatandaşı olduğu devletin hükûmeti tarafından kabul edilmemiş olması durumunda fail, Adalet Bakanının istemi ile Türkiye'de yargılanır.³⁹

Bu ilkenin dayanağı, Grotius'un ifade ettiği " ya geri ver ya cezalandır " prensibidir. Yargı yetkisine dair diğer ilkelerde, suç ile devlet arasında belli bir hukuki bağ bulunmasına karşın, evrensel yargı yetkisinde suç ile devlet arasında herhangi bir bağ yoktur.

Başlangıçta, korsanlara karşı etkin mücadele amacı ile benimsenen evrensel yargı yetkisi günümüzde uyuşturucu ticareti ve terörizme karşı mücadele de yoğun biçimde uygulanmasının yanı sıra insan ticareti, göçmen kaçaklığı ve kara para aklama suçları ile mücadelede de uygulanmaktadır. Ayrıca bu ilkenin asıl önemi uluslararası suçların işlenmesi halinde uygulanabilir olmasından kaynaklanmaktadır.⁴⁰ Bu ilkeye ikame (başka devlet adına) yargı ilkesi adı da verilmektedir. TCK m. 12/3'ün uygulanma şartları şunlardır:

- 1- Suçun işlendiği anda fail yabancı olmalıdır.
- 2- TCK m. 13' de sayılanlar dışında bir suç işlenmiş olmalıdır.
- 3- Suç, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı üç yıldan az olmayan hapis cezasını gerektirmelidir.
- 4- Mağdur yabancı olmalıdır.
- 5- Adalet Bakanının talebi gereklidir.
- 6- Geri verme mümkün olmamalıdır.⁴¹

³⁹ Demirbaş, s.165; Öztürk-Erdem, s.93; Özbek-Bacaksız-Doğan, s.45; Başlar, Kemal: Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara, 2007, s.87 vd.

⁴⁰ Demirbaş, s. 166; Aydın, s. 142.

⁴¹ Demirbaş, s. 166; Özbek- Bacaksız- Doğan, s. 45; Özgenç, İzzet:Türk Ceza Kanunu

V. GERÇEKLIK VE KORUNMA İLKESİ

Devletin iç ve dış güvenliğine, varlığına, birlik ve bütünlüğüne karşı işlenen suçlarda, suçun işlendiği yere ve failin vatandaşlığına bakılmaksızın devletin kendini yetkili sayması kabul eden ilkeye gerçeklik veya korunma ilkesi adı verilir. Bu ilke TCK m.13'de düzenlenmiştir. Buna göre; TCK'da, ikinci Kitap, Birinci Kısım altında yer alan suçlar, ikinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı, Yedinci ve Sekizinci Bölümlerde yer alan suçlar, işkence (madde 94, 95), çevrenin kasten kirletilmesi (madde 181), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190), parada sahtecilik (madde 197), para ve kıymetli damgaları imale yarayan araçların üretimi ve ticareti (madde 200), mühürde sahtecilik (madde 202), fuhuş (madde 227), deniz, demiryolu veya havayolu ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması (madde 223, fıkra 2, 3) ya da bu araçlara karşı işlenen zarar verme (madde 152) suçları işlenmiş olmalıdır. Ayrıca, ikinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerde yer alanlar hariç; birinci fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı Türkiye'de yargılama yapılması, Adalet Bakanının talebine bağlıdır. Yine TCK'da ikinci Kitap, Birinci Kısım altında yer alan suçlar, ikinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı, Yedinci ve Sekizinci Bölümlerde yer alan suçlar dolayısıyla yabancı bir ülkede mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile, Adalet Bakanının talebi üzerine Türkiye'de yargılama yapılır. Ayrıca, TCK m.13'deki suçların, vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi halinde Türk Kanunları uygulanır.⁴²

Bu ilkenin uygulanma şartlarını şöylece sıralamak mümkündür;

- 1- TCK m. 13'te sayılan suçlardan birisi yurt dışında işlenmiş olmalıdır. Bu suçlar;
 - a- TCK'nun 2. kitap, birinci kısım altında yer alan suçlar (Uluslararası suçlar,soykırım m. 76, insanlığa karşı suçlar m. 77, göçmen kaçakçılığı m. 79 ve insan ticareti m. 80)

Gazi Şerhi(Genel Hükümler)-Ankara,2006 s.141.

⁴² Demirbaş, s.167; Özbek-Bacaksız-Doğan, s.45; Öztürk-Erdem, s.91;Şahin,Cumhuriyet,İzzet Türk Ceza Hukuku Mevzuatı .Ankara 2007, s.120-121.

- b- TCK nın 2. kitap, dördüncü kısım altındaki üçüncü (devletin egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçlar, m. 299-301), dördüncü (devletin güvenliğine karşı suçlar, m. 302-308), beşinci (anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, m. 309-316), altıncı (milli savunmaya karşı suçlar, m. 317-325), yedinci (devlet sırlarına karşı suçlar, m. 326- 339) ve sekizinci (yabancı devletlerle olan ilişkilere karşı suçlar, m. 340-343) bölümlerinde yer alan suçlar.
 - c- İşkence suçu (m. 94-95)
 - d- Çevrenin kasten kirletilmesi suçu (m. 181)
 - e- Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (m. 188), uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçları (m. 190)
 - f- Parada sahtecilik (m. 197), para ve kıymetli damgaları imale yarayan araçların üretimi ve ticareti (m. 200) , mühürde sahtecilik suçları (m. 202)
 - g- Fuhuş suçu (m. 227)
 - h- Deniz, demiryolu veya havayolu ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması (m. 223/2,3) ya da bu araçlara karşı işlenen zarar verme (m. 152) suçları
- 2- Fail, Türkiye’de bulunmalıdır, failin Türkiye’de bulunması halinde, Cumhuriyet Savcılığı tarafından, failin vatandaşlığına bakılmaksızın re’sen kovuşturma yapılır.

29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı kanunla eklenen TCK m.13/2 uyarınca, TCK m.13’ün 1.fıkrasında sayılan suçlardan dolayı Türkiye’de yargılama yapılabilmesi, uluslararası suçlar ve devlete karşı suçlar hariç olmak üzere, Adalet Bakanının talebine bağlanmıştır. Yine uluslararası suçlar ile devlete karşı suçlar dolayısıyla yurt dışında yargılama yapılmış olsa dahi, Adalet Bakanının talebi halinde Türkiye ‘ de yeniden yargılama yapılacaktır. (TCK.m.13/3)⁴³

⁴³ Demirbaş, s.168-169;Öztürk-Erdem, s.92-93; Aydın, s.140-141.

VI. SONUÇ

Ceza Hukukunda ve Ceza Hukuku'nun yabancılık unsuru taşıyan belirli bir olayın hangi devletin yargılama yetkisine girdiği sorusunun yanıtını bulmaya çalışan uluslararası ceza hukukunun önemli bir konusunu teşkil eden Ceza Kanunları'nın yer bakımından uygulama alanı egemen devletlerin tek yanlı olarak ve serbestçe belirleyebildikleri bir alandır. Ancak ülkeler arasındaki mal ve kişi dolaşımının artması ve küreselleşme yurt dışında işlenen suçlar sorununun önemini gün geçtikçe arttırmaktadır. Bu nedenle mülk ilkesi yanında şahs ilkesi, gerçeklik ve evrensellik ilkeleri de konunun çözüme kavuşturulmasında önemli bir yer tutmaktadır. Buna göre, ceza davalarında devletin suça dair yargı yetkisi bakımından suçun işlendiği yeri esas alan "Mülk ilkesi", ihlal edilen ulusal menfaatleri esas alan "korunma", failin vatandaşlığını esas alan "faile göre şahs ilkesi", mağdurun vatandaşlığını esas alan "mağdura göre şahs ilkesi" ve suçun uluslararası niteliğini esas alan "Evrensellik" ilkesi olmak üzere beş sistem bulunmaktadır. Çalışmanın esas itibarıyla konusunu teşkil eden faile göre şahs ilkesine Türk Ceza Kanunu'nda yer verilmesinin nedeni, suç sebebi ile vatandaşın geri verilmesinin Anayasada kabul edilmemesidir. Bu ilkenin uygulandığı hallerde devlet bir başka ülkede suç işleyen vatandaşını geri vermediği gibi vatandaşın cezасız kalmasını da önlemiş olur. Modern ceza hukukçularının tüm çabası suçlunun cezасız kalmaması ve birden fazla cezaya çarptırılmamasıdır. Bu hassasiyet ülkeleri ikili ve çok taraflı sözleşmelerle ve bu kapsamda yapılan iç düzenlemeler ile adli yardımlaşma konusunda işbirliğine itmiştir. Bu durum uluslararası ceza hukukunun hızlı bir şekilde gelişmesi sonucunu doğurmuştur.

Bu gelişmelerin bugün itibarıyla ulaştığı zirve nokta, ceza kovuşturmalarının aktarılmasına dair Avrupa sözleşmesi ile ceza yargılarının değeri konusunda Avrupa sözleşmesidir. Bu sözleşmeye taraf olan ülkeler arasında geri verme yoluna başvurmadan kovuşturmanın sağının bulunduğu ülkede yargılanmasını veya ceza hükmünün infazını mümkün kılan çözümler getirmektedir.

Karşılaştırmalı hukukta, Almanya'da yabancılık unsuru taşıyan suçlarla kovuşturmaların aktarılması ve ceza ilamlarının ülkede tanınıp yerine getirilmesi konuları da dahil olmak üzere bütün adli

yardımlaşmaları yurt dışında işlenen suçlar bakımından sanık lehine taraf olduğu sözleşmelere paralel biçimde düzenleyen hükümler mevcuttur.

Türk Hukuku'nda da milletlerarası özel hukuk alanında mevcut olan 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna benzer bir düzenlemenin uluslararası ceza hukuku alanında da yapılması yerinde olacaktır.⁴⁴

KAYNAKLAR

- Artuk, M. Emin – Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007.
- Aydin, Devrim : Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması, TBB Dergisi, 2011 (94).
- Başlar, Kemal: Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara,2007.
- Cengiz, Serkan-Demirağ, Fahrettin-Ergül, Teoman- MCBRİDE, Jeremy-Tezcan, Durmuş: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara, 2008.
- Çelik, F. Edip: Milletlerarası Hukuk, İstanbul 1987.
- Demirbaş, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.
- Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir:Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.I, İstanbul,1987
- Ercan İsmail: Ceza Hukuku Genel Hükümler- Özel Hükümler, 3. Bası, İstanbul, 2007.
- Ercan, İsmail: Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2007.
- Erol, Haydar: Türk Ceza Kanunu Gerekçeli ve Açıklamalı, Ankara, 2. baskı, Hafizoğulları, Zeki: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2008.
- Koca Mahmut- Üzülmüş İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, 2012.
- Kunter, Nurullah: Muhakeme Hukuku Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1985.
- Özbek, Veli Özer- Kanbur, M.Nihat-Bacaksız, Pınar-Doğan, Koray-Tepe, İlker: Ceza Hukuku – Genel ve Özel Hükümler, Ankara, 2010.
- Özbek,Veli Özer-Bacaksız, Pınar-Doğan, Koray: Açıklamalı Şematik Çalışma Kitabı, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2006 .
- Özgenç, İzzet:Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2006.

⁴⁴ Tezcan s.156.

- Özgenç, İzzet: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler) - Ankara, 2006.
- Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara, 2011.
- Öztürk, Bahri-Tezcan, Durmuş- Erdem, Mustafa Ruhan-Sirma, Özge-Saygılar, Yasemin F.-Alan, Esra: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2010.
- Parlar, Ali- Hatipoğlu, Muzaffer: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara, 2007.
- Sur, Melda: Uluslararası Hukukların Esasları, İzmir, 2000.
- Şahin, Cumhuriyet-Özgenç, İzzet Türk Ceza Hukuku Mevzuatı .Ankara, 2007.
- Tezcan, Durmuş: Yurt Dışında İşlenen Suçlar Türk Hukuku Bakımından Yabancı Ceza Kanununun Değeri Sorunu, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 39, Sayı 1-4, 1984.
- Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan Erdem-Önok Murat : Uluslararası Ceza Hukuku, Ankara 2009.
- Toroslu, Nevzat: Ceza Hukuku, 1. Baskı, Eskişehir 2011.
- Yalvaç, Gürsel: Karşılaştırmalı-Gerekçeli, TCK-CM-CGTİK ve İlgili Kanunlarda Yönetmelikler, Ankara, 2007.

HUKUK YARGILAMASINDA DAVA SEBEBİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

A STUDY ON CAUSE OF ACTION IN CIVIL PROCEEDING

Ahmet Cahit İYİLİKLİ*

Özet: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119/1-e fıkrasında dava dilekçesinin unsurları arasında sayılan dava sebebi, çoğunlukla teorik (nazari) olarak ele alınmış, meseleci yöntemle ele alınmadığı için de uygulamada hep soyut bir kavram içine hapsedilmiştir. Oysa her dava bir hayat olayı, yani maddi bir vakia bağlamında dava sebebidir. Bu durum, dava sebebinin özü itibarıyla, somut bir durum olduğu ve meseleci bir yöntemle ele alınması gerektiği, somut ihtilafın anlaşılması ve usul hukukun amacının gerçekleşmesi, eş söyleyişle, hakikatin ortaya çıkması ve hakkı ihmal, ihlal veya inkâr edilenin hukuken himaye edilmesi için elzem bir durumdur. Mahkeme ilamlarının adli bir gerçeği temsil etmesi ve yargılamanın amacı da hakikati bulmak olduğu göz önüne alındığında bu durum kaçınılmazdır. Zira maddi vakıalar ne ölçüde doğru ve eksiksiz mahkemeye sunulursa, mahkemede o ölçüde hakikati tevsik edecek ve yargılama hukukunun amacının gerçekleşmesine hizmet edecektir. Keza dava sebebinin maddi vakıalar olarak algılanması ve usulün tüm müesseselerinde yeknesak uygulanması da, hukuki emniyet, barış ve istikrarın sağlanmasının olmazsa olmaz koşuludur.

Anahtar Kelimeler: Dava sebebi, vakıalar, hukuki sebep, yargılamanın amacı, hakikate ulaşmak

Abstract: 6100 Code code of Law No. 119/1-e article is the reason for the lawsuit, considered to be among the elements of the lawsuit paragraph is mostly theoretical (take into consideration) does not handle the materialize of issue method has been considered in practice to always was imprisoned into an abstract concept Whereas a material for each case in the context of a life event, that is in fact the case. In this case, the lawsuit is a concrete situation and reason at the essence, consider a method materalize of issue, understanding of the purpose of the law the procedure of realization of concrete dispute, the emergence of the truth and ignored the right to peer in similar saying, essential to being legally negate or violation of patronage. The Court verdicts review proceedings of the truth and represent a fact find given that this situation is inevitable. Because

* Dr., Diyarbakır Adli Yargı Hukuk Hakimi

the material is presented to the Court, the extent to which accurate and complete events in court that the truth will serve the purpose of realization of the law of the jurisdiction that will justify. Likewise, all material litigation as the reason the events Jung institutions detection and uniform implementation, provision of legal safety, peace and stability is a sine qua non.

Keywords: cause of action, events, legal cause, purpose of trial, to get at the truth

GİRİŞ

Hukuk yargılaması, yani medeni yargılama, adli yargıya tabi, hukuk öznesi kişi ya da kişi grupları arasındaki özel hukuk ihtilafların çözümlendiği yargı türüdür. Bu yargılama türünde hakkı ihmal edilen, ihlal ya da inkâra uğrayan kişiler, prosedürel hukuki korunmadan yararlanarak, subjektif haklarının himaye edilmesini talep ettikleri vakt gündeme gelecek ilk mevzu, hukuk yargılamasının temelini, dava ikamesi esasına dayandığı vakıasıdır. Dava ikamesi ile hukuki himaye talep edenlerin sıfat veya hak ile irtibatı bulunsun bulunmasın taraflar ve mahkeme arasında bir hukuk yargılaması ilişkisi (tesisi) başlar. Bir diğer ifadeyle, bu hukuki ilişkinin tesisi, dava ikamesine bağlıdır. Kısaca hukuk yargılamasında; gerçek ya da tüzel kişiler, şahıs veya malvarlığı haklarına ilişkin ihtilafların çözümlenmesini adli yargıya tabi mahkemelerden talep ederler. Böylelikle kişilerin adli yargıya taşıdığı şahıs ya da malvarlığı haklarına ilişkin taleplerinin çekirdeğini oluşturan içtimai hayattaki beşeri münasebet ve ilişkiler yumağı, hukuk yargılamasında dava sebebini oluşturur. Kişiler, yani hak ehliyetini haiz gerçek ve tüzel kişiler, şahıs ya da malvarlığına ilişkin haklarını, ancak vakıalara, yani hayat olaylarına dayandırarak mahkemeden hukuki himaye talep edebilirler. Kumaştan hali elbise elde edilemeyeceği gibi, söz konusu hakların da vakılardan bağımsız olarak ileri sürülmesi mümkün değildir ki, dava sebebi olan vakıa, dava hakkının temelini, çekirdeğini oluşturur.

Teoride, mülga 1086 sayılı HUMK döneminde; hukuk yargılaması için sıklıkla medeni yargılama hukuku, medeni usul hukuku isimleri kullanılırken, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğü ile birlikte medeni muhakeme hukuku, ya da hukuk muhakemeleri

hukuku ibaresi tercih edilmektedir. Çalışma konumuz bizatihi içtimai hayattaki insan ilişkileri üzerine kurulu olduğundan, bu dış âlemdeki maddi vakıalar, ilişkiler dava sebebini oluşturmaktadır. Ancak, hukuki sebepler, mantık ve tecrübe kuralları ile hukuki problemler teknik özellikleri sebebiyle vakıa kavramına dâhil değildirler. Keza bu maddi vakıalar ve ilişkilerin, dinamik, güncel ve grift niteliklerinden dolayı meseleci bir yöntemle ele alınması gerektiği saikiyle, bu somut ihtilaflara denk düşeceğini düşündüğümüz teoride kullanılan isminden ziyade, uygulamada bilinen ismiyle, yani hukuk yargılaması ismini tercih ettik. Zira özel hukuk meseleleri, güncel, dinamik ve mufassal nitelikleri gereği, sosyal hayattaki insanların vücut verdiği münasebetler örgüsüdür, işte dava sebebi, yani maddi vakıalar, bu ilişkiler yumağıdır. Haksız fiil teşkil eden bir darp ya da hakaret vakıası; Komşuluk ya da mülkiyet hukukuna dayalı; ev ve bahçesine ulaşan yegâne yolun kapatılarak, geçişin engellendiği vakıası; yahut borca aykırılık hukuki zemininde, sözleşme gereği borçlandığı edime uygun ve süresinde ifada bulunmadığı, yani kusurlu ifa vakıası, bu hayat olaylarına örnek kabilinden gösterilebilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 119 ve mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 179' da açıkça düzenlenen ve dava dilekçesinin unsurları arasında sayılan dava sebebi, çoğunlukla teorik (nazari) olarak ele alınmış, meseleci yöntemle ele alınmadığı için de uygulamada hep soyut bir kavram içine hapsedilmiştir. Oysa her dava bir hayat olayı, yani maddi bir vakıa bağlamında dava sebebi-dir. Bu durum, dava sebebini özünü itibariyle, somut bir durum olduğu ve meseleci bir yöntemle ele alınması gerektiği, somut ihtilafların anlaşılması ve usul hukukun amacının gerçekleşmesi, eş söyleyişle, hakikatin ortaya çıkması ve hakkı ihmal, ihlal veya inkâr edilenin hukuken himaye edilmesi için elzem bir durumdur. Mahkeme ilamlarının adli bir gerçeği temsil etmesi ve yargılamanın amacı da hakikati bulmak olduğu göz önüne alındığında bu durum kaçınılmazdır. Zira maddi vakıalar ne ölçüde doğru ve eksiksiz mahkemeye sunulursa, mahkeme de o ölçüde hakikati tevsik edecek ve yargılama hukukunun amacının gerçekleşmesine hizmet edecektir. Keza dava sebebini maddi vakıalar olarak algılanması ve usulün tüm müesseselerinde yeknesak uygulanması da, hukuki emniyet, barış ve istikrarın sağlanmasına katkı sağlayacaktır. Zira yargılamanın nihai amacı, gerçeği bularak, hak sahibine

hakkını teslim ederek hukuki himaye sağlamaktır. Bu amaç, hem hukuk, hem ceza, hem de idari yargılamanın ortak amacı olmalıdır. Şekli-maddi gerçek mülahazası artık güncelliğini ve işlerliğini yitirmiştir. Yegâne amaç, hakkı ihmal ya da inkâra uğradığı için adaletten hukuki korunma isteyene hakkını iade etmektir. Bu sebeple yargılamanın amacının gerçekleşmesi ancak hakikate ulaşmakla mümkündür. Bu ise ancak taraflarca davaya getirilen malzemenin, yani hayat olaylarının gerçekliğine bağlıdır. Keza hâkim somut ihtilafa yabancısıdır. Yargılamanın amacı olan gerçeğe ulaşırsa; hukuk düzeninin korunması, hukuksal barışın sağlanması, maddi hukuktan kaynaklanan hakların yerine getirilmesi ve tespit edilmesiyle hukuki güvenlik zaten temin edilmiş olacaktır. Bir diğer ifadeyle, diğer amaçların gerçekleşmesi, medeni yargılamada hakikatin bulunması amacına bağlıdır. Aksi halde, yargılama; hakkı teslim suretiyle içtimai düzen ve barışın zemini olmaktan ziyade, hayat olayını (ilişkiler yumağını) hasıraltı etme kolaycılığı anlamında, içtimai meselelerin ne pahasına olursa olsun def'i hacetinin, kanalizasyon şebekesi olarak salt bir tasfiye mekanizmasına dönüşmesine sebebiyet verir. Bundan dolayı, dava sebebi kavramı, hukuk yargılaması açısından hayati ve fonksiyonel bir görevi haizdir.

İş bu girizgahtan hareketle, birinci bölümde dava sebebi kavramını, hukuki sebeple olan ilişki, irtibat ve farkını; dava sebebi kavramını iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı ile bunun istinası ıslah müessesesiyle mukayesesini inceleyip, ikinci bölümde dava sebebi kavramını, medeni muhakeme hukukuna egemen olan ilgili ilkeler altında tetkikini yapacağız. Dava sebebi kavramının, dava şartları başlığı altında ele alınacağı üçüncü bölümde ise; kesin hüküm, derdestlik ve hukuki menfaat kavramlarının, dava sebebi ile olan ilişkisini ortaya koyacağız. Dördüncü bölümde de dava sebebi kavramının, delillerin değerlendirilmesi ve yargılamanın yenilenmesi ile hakların yarışması kurumları arasındaki rabıtaı ve dava sebebi kavramının, bu kurumlar üzerindeki rolünü, teori ve Yargıtay'ın* yerleşik içtihatları çerçevesinde ele alacağız. Sonuç bölümünde ise, dava sebebinin yargılamadaki önemi, taraflara ve mahkemeye düşen görev ile hukuk yargılamasının amacının gerçekleşmesi bakımından önemini vurgulayacağız.

* Yargıtay kararları doğrudan kaynağından ve Uypa üzerinden temin edilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

I. DAVA SEBEBİ KAVRAMI VE İRDELENMESİ

A. Dava Sebebi Kavramı

Dava sebebi, dava konusunun temelini oluşturan hayat olayıdır¹. Hukuk her hayat olayına değer atfetmez. Meğerki hayat olayı hukukça değeri haiz olsun. Sosyal hayatta doğum ve ölüm vakıası doğal yaşamın bir gereğidir. Kişinin tam ve sağ olarak doğması kişiler hukukunun, vefatı ise, miras hukukunun iştiğal sahasına ilişkindir. Diğer bir ifadeyle, hukuk her iki hayat olayına hukuki değer atfetmiş ve birtakım sonuçlar bağlamıştır. Ancak hukukun fonksiyonu bu iki olayla sınırlı değildir. Hakikatte hukuk, insanın doğumundan ölümüne kadarki yaşamını düzenleyen, kuşatan normatif bir sosyal müessesedir. Ancak toplumda çoğu kişi bunun bilincinde değildir; yahut dikkat celbetmemektedir. Zira hukuk, ancak kaybettiğimizde idrak ettiğimiz sıhhat²; gerektiğinde hatırlanan bir ilaç, sık başvurulduğunda bağımlılık (müptela) yapan afyon; suiistimali, meyvesiz (semeresiz) bir ağaç; kabul gördüğünde (mesmu) ise, himaye sağlayan dokunulmazlık gibi bir zırhtır. Mesela her gün büfe yahut şarküteriden ekmek ve gazete alan birisi, aslında yaptığı işlemin alım-satım akdine vücut verdiğini hiç düşünmemektedir. Fakat aynı yerden alınan sütün bozuk olmasından dolayı kişinin zehirlenmesi ihtimalindeki hayat olayına, yani zehirlenme vakıasına hukuk değer atfetmekte ve bu olay sebebiyle maddi, manevi zarar görmesinin mahkemeye taşınmasını müteakip bozuk ya da bayat süttten maddi- manevi zarar görme vakıası dava sebebi ni oluşturmaktadır. İşte bu örnekten yola çıktığımız ve mahkemeye

¹ Yavuz Alangoya, Dava Temeli, Hakimın Dava Malzemesinin Toplanmasıdaki Rolü ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında, Kazancı Hakemli Dergi, İstanbul 2005/Mayıs, s. 83. "Dava temeli, uygulanacak hukuk normunun soyut nitelikteki kurucu unsurlarını eksiksiz olarak karşılayan vakıaların (olguların) oluşturduğu olaydır."; Saim Üstündağ, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967, s. 4. "Dava dilekçesinde beyan edilmesi gereken davanın sebebini maddi vakıalar teşkil eder."

² Tıpkı seçkin bir hukukçunun dediği gibi; "Hiç kimse onu bulandırmadığı ve ihlal etmediği müddetçe hukuk, teneffüs ettiğimiz hava gibi, görünmez ve tutulmaz bir şekilde etrafımızı kaplar; o ancak kaybettiğimizi müşahede eylediğimiz zaman farkına vardığımız sıhhat gibi sezilmez bir şeydir." (Bkz. Hıfzı Veldet, Medeni Hukukun Umumi Esasları, İstanbul 1948, Üçüncü Basım, s. 4.)

taşınan hayat olayı bizatihi dava sebebidir. Dava sebebi kavramının, maddi vakıaları işaret ve kastettiği³ konusunda doktrin⁴ ve Yargıtay söz birliği içindedir⁵. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 119. maddesinin dava dilekçesinin içeriği başlıklı bölümünün (e) fıkrasında açıkça “davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetlerinden” bahsetmektedir. Bir sonraki fıkrada ise, iddia edilen her bir vakıa hangi delille ispat edileceği de belirtilmiştir. Mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 179. maddenin 3. fıkrasında “davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri ve delillerin nelerden ibaret olduğu” şeklinde kaleme alınmıştı.

Dava sebebi kavramı, dava konusu ve netice-i talep kavramlarından farklı olmasına karşın⁶, aralarında fonksiyonel bir bağlantı vardır. Zira dava konusu, dava edilmiş hayat olayına istinaden elde edilmek

³ “Dava sebebinden maksadın, davacının dayandığı maddi vakıalar olduğu yolunda bilimsel görüşler ve yargısal kararlar söz birliği içindedir.” (HGK, 12.04.2006, 21-104/174); “Dava sebebinden maksadın, davacının dayandığı maddi vakıalar olduğu yolunda bilimsel görüşler ve yargısal kararlar söz birliği içindedir.” (1.HD 30.04.2007, 2006/16588, 2007/7268).

⁴ Üstündağ, s. 32 vd. 50 vd. 81vd.; Baki Kuru, Medeni Usul Hukukunda Dava Sebebi, (AD 1967/4, s.239-268), s.240.; Yavuz Alangoya, Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 95 vd.; Ejder Yılmaz, Medeni Yargılama Hukukunda İslah, Ankara 2011, s.158.; Muhammet Özokes, Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.1, Ankara 2009, (745-781), s. 753 vd.

⁵ “Dava konusu uyumsuzluğun daha önce bir kesin hükümle çözümlenmiş olması olumsuz dava koşuludur. Maddi anlamda kesin hükümden söz edebilmek için, birinci dava ile ikinci davanın konusunun dava sebebinin (vakıalar) ve tarafların aynı olması gerekir. Balıkesir İş Mahkemesinin yukarıda özetlenen dosya kapsamında; davalı SSK tarafından davacı aleyhine aynı maddi vakıalara dayanarak açılmış ve yargılama sonunda davalının borçlu olduğuna ilişkin karar temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir. Eldeki davanın tarafları, konusu ve maddi vakıaları önceki dava ile aynı olup, kesin hükmün oluştuğu açıkça ortadadır. Davacı kurum alacağı Balıkesir İş Mahkemesinin 18.09.2003 tarih, 2003/190 E, 2003/239 K sayılı kararı ile saptanmıştır. Bu aşamadan sonra davacının borçlu olmadığına tespitine ilişkin dava açılması mümkün değildir. Mahkemece bu maddi ve hukuki olgulara aykırı biçimde yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.” (21.HD 26.06.2006, 6052/6987). Aynı yönde bkz. (HGK, 05.07.2006, 19-505/504); (HGK, 28.03.2012, 2-890/239).

⁶ M. Kamil Yıldırım, Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu Teorileri, MÜHF Araştırma Dergisi, 1991,C.6, s. 28. “Doktrinde umumiyetle, dava konusu, dava sebebi ile özdeşleştirilmekte ve dava konusunun tek başına incelenmesinden herhangi bir gerekçe de gösterilmeksizin sarfınazar edilmektedir.

istenilen hukuki talep⁷, netice-i talep⁸ ise, mahkemeden istenilen hukuki koruma talebi, yani dava konusunun, mevzuunun tanıtılmasından ibarettir. Bu sebeple, bu hakkın varlığı, sonuç doğurmaya elverişli maddi vakıaların tahakkukuna bağlıdır⁹. İşte davacı, bu maddi vakıalarla netice-i talebinde haklı olduğunu ispat ederek subjektif hakkının himaye edilmesini sağlayabilecektir. Ancak, bu noktada, vakıaların ileri sürülmesi hayati ehemmiyet taşır¹⁰. Zira kimi müellifler, vakıaların bir bütün olarak, önemli/önemsiz ayrımına girmeden bir bütün olarak getirilmesi gerektiğini savunurken¹¹, vakıaların özetinin dilekçede belirtilmesini yeterli olduğu da ileri sürülmüştür¹². Kanaatimizce, hayat vakıalarındaki ufak bir ayrıntı dahi somut olaya uygulanacak

⁷ Yıldırım, *Dava Teorileri*, s. 40. "Dava konusu, davacının belirli bir hayat olayına dayanarak hukuki talepte bulunmasıdır."

⁸ Alangoya, *İlkeler*, s.101. "Gerçekten netice-i talep, davanın ikamesinden evvel cereyan etmiş bir vakıalar bütününe dayanmaktadır."

⁹ Erdal Tercan, *Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı*, Ankara 2001, s.114. "Dava konusu, mutlaka bir takım vakıalara dayalı olarak ileri sürülebilir. Dava konusu hakkın, doğumuna temel teşkil eden herhangi bir vakıayı belirtmeden, o hakkı ileri sürmek mümkün değildir. Bir diğer ifadeyle, dava konusu hak, mutlaka kendisinin doğumuna temel teşkil oluşturan bir vakıa ile ilişkili olmak zorundadır."

¹⁰ Üstündağ, s.175. "Davacı dava dilekçesinde sadece subjektif hak veya hukuki münasebeti beyan etmekle yetinemez. Ayrıca bu münasebetin doğum vakıalarını da beyan etmek zorundadır."

¹¹ Alangoya, *İlkeler*, s. 106. "Davanın temeli, "79/b.1 hükmüne göre bizim kanaatimizce, de talebin dayandığı hayat olayıdır. Hayat olayı birden fazla, birbiri ile irtibatlı vakıanın meydana getirdiği bir komplekstir ve talep bu bütüne dayanmaktadır. Bu bütünü meydana getiren vakıalar arasında önemli-önemsiz ayrımı da yapılamaz. Zira kompleksi oluşturan her vakıa bu bakımdan önem taşır ve onsuz bütün eksik kalır."; Alangoya, *Dava Temeli*, s.84. "Dava temelini oluşturan vakıaların dava dilekçesine ne ölçüde aksetmesi gerektiği ise ayrı bir meseledir. Benim buradaki görüşüm, hayat olayını (dava temelini) oluşturan vakıaların, bu hayat olayını diğerlerinden ayıracak ölçüde dava dilekçesine aksetmiş olmasının yeterli olduğu, yani bu durumda da usulüne uygun bir dava dilekçesi mevcut olacağı şeklindedir. Dava temelini oluşturan bütün vakıaların eksiksiz olarak dava dilekçesinde yer almasını aramak tarafları kendilerinden beklenemeyecek bir yükün altına sokmak olurdu."; Saim Üstündağ, *İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasası*, İstanbul 1967, s.39 vd. "Kanunumuzda, dava dilekçesinde davanın mufassal olacak şekilde inşa edilmesi zarureti mevcut bulunmaktadır. Dava dilekçesinde dava vakıalarının mufassal olarak beyanı zaruretinin aranması, usulün devamı esnasında yeni vakıaların dermeyanı imkânını sert bir şekilde tahdide münceer olacaktır."; Kuru, *Dava Sebebi*, s.26; Kamil Yıldırım, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul 1990, s.110. "Davacı dava dilekçesini sadece dilekçesini haklı gösterecek şekilde değil, olayı açıklayacak kadar detaylı bir biçimde vakıalandırılmalıdır."

¹² Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara 2012, s.793. "Burada bütün vakıaların tüm ayrıntısının açıklanmasına gerek yoktur. Vakıaların özet olarak verilmesi yeterlidir."

hukuku farklılaştırabilecektir¹³. Keza, dava malzemesinin, yani dar anlamda vakıaların yargılamaya taşınması taraflara ait olacağından, hâkimin bu konuda, ima, telkin ve hatırlatma görev ve yetkisinin bulunmaması göze alındığında; davacının talebinin hukuki himaye görmesi cihetinde, vakıalara hayati bir önem atfetmektedir. Bu minvalde, taraflar hangi vakıaların hukuki anlamda himaye göreceğini kestiremeyeceğinden, bircümle vakıaları¹⁴ genel vakıa zinciri içinde mahkemeye sunmalıdır¹⁵. Örneğin, bir aracın sahte vekâletname ile üçüncü kişiye noterden satılması uyuşmazlığında; aracın araç malikinin bilgi ve rızası dışında ev ya da işyeri önünde park halinde iken çalınması ile aracın, malikin bilgi ve rızası dâhilinde bir başkasına kira, ödünç ya da hatır kullanımı için verilmesi vakıaları, somut ihtilafa uygulanacak hukuk kuralını farklılaştıracak ve bu husus da sübjektif hakkın himaye edilip edilmeyeceğine de etki edecektir. İşte bu noktada davacının iddia ettiği hayat olayı, yani maddi vakıalar belirli bir hukuk kategorizesine dâhil edilmiştir ki, bu vakıaların dâhil olduğu hukuki kategori de hukuki sebebi oluşturup, hâkim tarafından re'sen uygulanacaktır.

Dava sebebini açıklayan teoriler¹⁶ kanaatimizce, uygulamada esa-sa müessir olmadığından dolayı güncelliğini ve etkinliğini yitirmiştir. Tüm bu tartışma ve mülahazalardan arınırsak, dava sebebinden maksat, bir davanın açılmasına neden olan¹⁷, bir diğer ifadeyle, talep

¹³ Ahmet Cahit İyilikli, İİK 120/2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Bir Karar Gerekeçisi Üzerine Tahlillere ve Düşünceler, (Legal Mihder, 2012/1, C.8.S.21, s.87.

¹⁴ Üstündağ, s. 39. "Dava dilekçesinde davanın sebebini teşkil eden bircümle vakıaların beyan edilmesi gerekecektir."

¹⁵ Alangoya, Dava Temeli, s.85. "Bir kere ben, dava temelini, hayat olayı olduğunu kabul ediyorum. Bu olay soyut hukuk normunu karşılayacak, vakıaların bütününden oluşur. Soyut hukuk normunun unsurlarını karşılayacak vakıalar vuku bulmamışsa veya vuku bulmakla beraber en sonunda yargılamaya getirilmemişse, getirilen vakıalar bütünü soyut hukuk normunun şartlarını karşılamamıştır ve dava reddedilir."

¹⁶ Doktrinde, dava sebebini açıklayan iki teori mevcuttur. Bunlar ilki, dava sebebi kavramını, talebin inşa edilmesine yarayan bircümle vakıaların dava dilekçesinde belirtilmesini öngören vakıalara dayandırma teorisi; ikincisi ise; dava dilekçesinde, davayı inşa eden bircümle vakıaların değil, sadece somut hukuki münasebetin yeterli derecede beyan edilmesini şart koşan ferdileştirme teorisidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Saim Üstündağ, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasası, İstanbul 1967.

¹⁷ Yılmaz, Şerh, s.793. "Davacının iddiasının dayanağı olan vakıaları tam olarak bildirmesi, kendi menfaati gereği olduğu gibi, bu vakıaların bilinmesi karşı taraf bakımından da önem arz eder. Çünkü davalı, dava dilekçesinde belirtilen ve açıklanan vakıalara göre savunmasını yapmak durumundadır."; Kuru, s.226. "Davacı dava dilekçesinde iddiasının müstenidi olan bütün vakıaları göstermekle mükelftir."

sonucunu haklı göstermeye yarayan maddi vakıalardır¹⁸. Bu maddi vakıalar, talep neticesini haklı göstermeğe elverişli maddi bir fiil ya da hukuki bir muamele olabilir¹⁹. Somut olaya uygulanacak hukuk kuralları²⁰, dava sebebi olarak kabul edilemez²¹. Keza, Hukuk Muhakemeleri Kanunu da, dava sebebine yüklenen anlamın, hukuki sebep olmadığını, vakıalar olduğunu açıkça belirtmiştir²².

B. Dava Sebebi ile Hukuki Sebep Kavramlarının Karşılaştırılması

Hukuki sebep, çıplak manada, hukuki muameleye esas teşkil eden gaye ve maksada denir²³ ve saik ile karıştırmamak gerekir. Zira saik hukuki muamelenin yapılmasına sebep olan enfüsi ve şahsi amillerdir, kaldı ki, hukuk, saikten ziyade, hukuki sebep ile meşgul olur²⁴. Medeni yargılama hukuku cihetinden hukuki sebep ise; tarafların iddia ettiği hayat olayının dahil olduğu hukuki ilişki, bir diğer ifadeyle, vakıaların ilintili olduğu hukuk normudur²⁵. Kısaca somut ihtilafa uygulanacak hukuk kuralları ya da kanun hükmü olarak da tanımlanabilir. Hukuk

¹⁸ Kuru, s. 224. "Vakıalar davanın temeli ve gerçek sebebidir. Çünkü, sadece bu vakıalar davanın sınırını çizmekte olup, hakim ancak o vakıalara münhasıran inceleme yapabilmektedir."; Yıldırım, Dava Teorileri, s.41. "Dikkat edilmelidir ki, bir hayat olayında yer alan vakıalar, ilgili, ilgisiz bir sürü vakıalar değil, bir vakıalar kompleksini oluşturmak için gerekli ve yeterli olan vakıalardır."; Yılmaz, Islah, s.158. "Bu vakıalar, dava açılmasına neden olan tüm vakıalar değil, davanın o kişi lehine bağlanması için doğrudan doğruya önemli olan vakıalardır."

¹⁹ Burhan Gürdoğan, Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960, s. 79.

²⁰ Üstündağ, s.37.

²¹ Kuru, s. 224. "Hakim tarafından re'sen nazara alınma bakımından dava sebebinden maksat, hukuki sebepler olmayıp, davacının davasını dayandırmış olduğu vakıalardır." Aksi düşünce için bkz. Postacıoğlu, Davanın ve Kaziyeye Muhkememin Unsuru Olarak Hukuki Sebep, s.501. "Davanın sebebi olaylarla netice-i talep arasında bağlantı kurmak imkanı veren olayların hukuki mahiyeti ve dahil oldukları hukuki kategoridir."

²² Üstündağ, s.84. "Usul Kanunumuz muvacehesinde, davacı dava dilekçesinde dava talebini inşa eden bilcümle maddi vakıaları beyan etmek zorundadır."

²³ Hıfzı Veldet, Medeni Hukukun Umumi Esasları, İstanbul 1948, s.330.

²⁴ Veldet, s.332. "Sebep, objektif ve hukukidir. Saik ise, tamamen sübjektif ve şahsidir ve bu itibarla bunun hukuk bakımından ehemmiyeti çok daha azdır."

²⁵ Dava sebebinden kastın, hukuki sebep olduğunu savunan görüşler için bkz. Postacıoğlu, Davanın Unsuru Olarak Hukuki Sebep Ve Kesin Hüküm, Recai Seçkin'e Armağan, s.503; Berkin, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969, s.175 vd; Domaniç, Hukukta Kaziyeye Muhkeme Nispi Kuvveti, İstanbul 1964, s.50; Belgesay, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1940, s.56.

Muhakemeleri Kanunu'nun 25. maddesinde; kanunda öngörülen istisnalar dışında, hakim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz hükmünü düzenlemiştir. Keza maddenin ikinci fıkrasında, kanunla belirtilen durumlar dışında, hakim, kendiliğinden delil toplayamaz hükmü amirdir. Bu maddede sözü edilen maddi vakıalardır. Zira hakim önüne gelen hayat olayının dışında ve ona yabancıdır. O ancak, somut dava, yani maddi vakıa önüne geldiğinde haberdardır ve bu vukufiyet tarafların sunumuyla sınırlıdır. Keza hakim tesadüfen resmi sıfatı dışında somut olaya vakıf olsa bile, bu özel bilgisini muhakemede kullanması mümkün değildir, taraflara özel bilgisine istinaden hatırlatma ve telkinde dahi bulunamaz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 33. maddesinde ise, açıkça hakim, Türk Hukukunu resen uygular amir hükmü mevcuttur. Bu hükmün anlatmak istediği şudur ki; olaya, yani maddi vakıaya uygulanacak olan hukuk kurallarının hukuki niteliğini tayin etme, hukuk kurallarını araştırıp bulma hakimin ödevidir²⁶. Bir nevi hâkim burada terzi gibi, kendisine takdim edilen maddi vakıa, yani hayat olayına uygun hukuki elbiseyi dikip, giydirmekle görevlidir. Bundan dolayı hakim, tarafların getirmiş olduğu maddi vakıalarla bağlıdır²⁷. Hakim davacının bildirmedeği vakıaları kendiliğinden inceleyemez²⁸ ve onları hatırlatabilecek hallerde dahi bulunamaz. Yargılamaya getirilen vakıaların dâhil olduğu hukuki ilişkiye uygulanması gereken hukuki norm ise, görevinden ötürü hakim tarafından re'sen uygulanacaktır. Örneğin, davacı belirli bir vasiyetnameye dayanarak terekenin tamamı ya da kesirli bir oranında atanmış mirasçı olduğu vakıasına dayanarak mirasçı ve miras hakkının tespiti ile terekeye dahil malların iadesini talep etmesini müteakip, mahkeme yargılama sonucunda vasiyetin içeriğinin yorumlanmasında; murisin iradesinin atanmış (mirasçı nasbı) mirasçı değil, muayyen mal vasiyetinde (musaleh) bulunduğu gerekçesiyle davayı alacak davası hukuki

²⁶ Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*, Ankara 2007, s.94.

²⁷ Alangoya, *İlkeler*, s.9.

²⁸ "HUMK'nun 74-76. maddeleri hükümlerine göre, açıkça dava konusu edildiği anlaşılamayan bir husus hakkında mahkemeye karar verilmesine olanak bulunmadığı açıktır. Eldeki davada yukarıda sözü edilen bağımsız bölümler dışındaki tüm istekler bakımından açıklık bulunmadığı görülmektedir. Öyle ise açıkça dava konusu yönünden davanın varlığı kabul edilip, ileri sürülen hukuki sebep açısından hüküm kurulmasının gerekeceği tartışmasızdır." (1.HD 05.12.2006, 11130/12156).

zemininde tetkik edip çözümlemesine engel değildir. Kaldı ki, talep- le bağlılık ilkesi gereği, davanın reddedilmesi, davacının müteakiben muayyen mal vasiyeti vakasına dayanarak vasiyetnamedeki malın aynen, mümkün olmaması ihtimalinde bedelinin kendisine verilmesini talep etmesine de engel oluşturmayacaktır. Zira ilk davadaki miras- çı nasbı vakasına dair verilen red kararı, muayyen mal vasiyeti vakı- sına ilişkin talebin tetkikine engel oluşturmayacaktır²⁹. Keza tarafların vakıaya ilişkin yanlış ya da eksik hukuki tavsifleri, hâkimin HMK 33. maddesi gereği doğru hukuku uygulamasını sınırlayamayacaktır. Zira somut olaya denk düşen hukuk kuralı hâkim tarafından resen uygu- lanacaktır. Bu hâkim için bir görevdir. Bu örnek, yani vasiyetname va- kıyası ile ilintili hukuk normu, eş söyleyişle, vasiyetname hayat olayına uygulanacak kanun hükmü, dava sebebi ile hukuki sebep arasındaki ince noktayı belirlemektedir. Zira kimi zaman hukuki ilişki ile huku- ki sebep kavramları hatalı olarak birbiri yerine kullanılabilir. Ancak, hukuki ilişki ile hukuki sebep farklı kavramlardır. Bu noktada, vakıa ile hukuki ilişki kavramları farklı terimleri temsil etmekle bera- ber yakın ilişki içindedir. Bu yakın ilişki, dava sebebi olan vakıaların dahil ve irtibatlı olduğu ya da onu niteleyen, tavsif eden genel hukuk kategorisi, hukuki ilişkinin vücuduna sebebiyet verecektir. Bu ilişkiye uygulanması gereken spesifik (özel) norm ise hukuki sebebi oluşturu- r. Bir diğer ifadeyle, somut ihtilafın sebebiyet verdiği tavsif, hukuki ilişkiye; somut ihtilafa uygulanacak kanun hükmü ise hukuki sebebe vücut verecektir. Yani hukuki ilişki genel, hukuki sebep ise özel norm- dur. Bu sebeple, bazen dava sebebi ile hukuki sebep arasında kesin bir çizgi çizmek güçleşmekle beraber, Hukuk Muhakemeleri Kanunu 25 ve 33. maddeleri iki müessesenin, sınır ve fonksiyonlarını belirlemiştir,

²⁹ “Kesin hükümden söz edebilmek için, tarafların ve müddeabihin aynı olmasının yanı sıra dava sebeplerinin de aynı olması gerekir, dava sebebinden maksadın ise, hukuki sebepler değil, bilakis davanın dayanağı olan vakıalar olduğu yerleşmiş yargı kararları ve ağırlıklı doktrin görüşleriyle ortaya konulmuştur. Bu durumda kesin hüküm bakımından davanın gerçek sebebi vakıalardır. Çünkü hakim, bu vakıalarla bağlı olduğu ve bunlar dışındaki vakıaları resen nazara alamadığı için (HUMK’nun 75,1) birinci davada yalnız o vakıalar için inceleme yapmış ve yalnız o vakıalara dayanarak kararını vermiştir, şu halde kesin hüküm yalnızca o vakıalar bakımından oluşmuştur. Buna karşılık aynı taraflar arasında, aynı konuda açılan ikinci davanın dayanağı vakıalar, birinci davada ileri sürülen vakılardan farklı ise, birinci dava sonunda alınan hüküm ikinci davada kesin hüküm teşkil etmez ve ikinci dava mesmudur; çünkü iki dava arasında sebep birliği mevcut değildir.” (11. HD 20.01.2009, 2007/5750, 2009/473); (11.HD 20.01.2011, 2009/2270, 2011/406).

buna göre; dava sebebi, davanın temelini oluşturan, ilgilisi ve tasarruf hakkı taraflar olan vakıalar; hukuki sebep ise; bu vakıaların dâhil olduğu, vasfını tayin eden ve hâkim tarafından uygulanan hukuk kurallarıdır. Dava sebebine ilişkin belirleme, sadece iddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı bakımından değil, derdestlik, kesin hüküm, usul ilkeleri, ıslah, delillerin değerlendirilmesi ve kanun yolları bakımından da önem taşır. Zira bu hukuk güvenliği ve istikrarının ya da hukukunun yeknesak olarak uygulanmasının zaruri sonucudur³⁰. Bu hususları aşağıda sırasıyla ele alacağız.

1. İddia ve Savunmanın Tebdili ve Tevsiinde Dava Sebebinin Rolü

Genel Olarak

Dava açılmasının, maddi ve usul hukuku cihetinden bir takım sonuçları vardır³¹. Maddi hukuk bakımından; zamanaşımı kesilmesi, hak düşürücü sürelerin korunması, bazı şahıs varlığı haklarının mal varlığı hakkına dönüşmesi, iyi niyetin kötü niyete tahvili, temerrüt, usul hukuku yönünden ise; davanın halli zorunluluğu, dava şartlarının tespiti (derdestlik, kesin hüküm, hukuki menfaat vb), davanın açıldığı tarihin esas alınması, örnek kabilinden sayılabileceği gibi, üst başlığı-muz açısından önem ve dikkat celbeden husus, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağıdır. Zira hukuk yargılamasında teksif ilkesi kabul edilmiştir³². Bundan dolayı taraflar, dilekçelerin teatisi aşamasının tamamlanmasıyla birlikte iddia ve savunmalarıyla³³ bağlı olup, kural olarak bunu değiştirip, genişletemezler. Bu bağlamda dava sebebinin değiştirilmesi ya da genişletilmesi de yasak kapsamına dahildir. Burada amaç, belirli bir zaman dilimine kadar tarafların tüm vakıaları mahkeme önüne getirerek, davanın uzamasına engel olmak ve usul ekonomisi ilkesi gereği bir an evvel mahkemenin hakikate ulaşmasının sağlanmasıdır. Yani yargılamanın sürüncemede kalması-

³⁰ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s.33.

³¹ Üstündağ, s.10.

³² Özekes, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s.75. ; Alangoya, Dava Temeli, s.109. ; Alangoya, İlkeler, s. 4; Üstündağ, s.8.

³³ Üstündağ, s.15. "Davalı da cevap layihasında, müdafaa sebeplerini teşkil eden hususları yeter derecede tanınabilir olacak şekilde inşa etmek zorundadır."

nı önleme amacı güttüğünden, yargılama konsantrasyonunda yoğunluğun sağlanmasına hizmet eder. İddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağı, tarafların, dava konusunun (netice-i talep) ve dava sebebinin genişletilememesi ve değiştirilememesini içerir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 141. maddesinde; taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe; ön inceleme aşamasında ise, ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia ve savunmasını genişletilebilecek ya da değiştirebilecektir.

Mülga 1086 sayılı HUMK döneminde, davacı dava ikame ettiği, yani esas defterine kayıt tarihten³⁴; davalı ise, cevap dilekçesini davacıya tebliğinden itibaren iddia ve savunmalarını değiştirip, genişletmesi yasaklanmıştı³⁵. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ise, bu yasağın başlama kesiti bakımından farklı bir düzenleme getirmiş, bir başka ifadeyle, mülga kanundan ayrık olarak, ön inceleme kurumu ihdas edildiği için, taraflar ön incelemeye kadar verdikleri dilekçeleri serbestçe değiştirip genişletebilecek, ancak taraflar iki ayrı dilekçe verdikten sonra iddia ve savunma genişletilip, değiştirilemeyecektir³⁶. Meğer ki taraflardan biri mazeretsiz ön inceleme duruşmasına gelmesin. Görüleceği üzere, ön inceleme aşaması, yani cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerine kadar serbestçe iddia ve savunmalar değiştirilip, genişletilmesine karşın, ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra ise serbestçe dava sebepleri değiştirilip, genişletilemeyecektir. İddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının istisnası ıslah

³⁴ “1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)’ nun 178. maddesinde, harca tabi olup olmamasına göre bir ayırım yapılmaksızın “Dava, dava dilekçesinin mahkeme kalemine kaydı tarihinde açılmış sayılır” denilmektedir. Bu hükümdeki “dilekçenin mahkeme kalemine kaydı” sözü dava dilekçesinin mahkeme kalemindeki ilgili deftere (esas, muhabere veya tevzi defteri) kaydı anlamındadır. Ne var ki, bir dava açılırken yapılması gerekli işlem, sadece dava dilekçesinin mahkeme kalemindeki deftere kaydı işleminden ibaret değildir. Kayıttan önce yapılması gereken işlemler de vardır. Gerçekten, dava dilekçesi önce hakime verilir. Hakim, dilekçeyi, üzerine verildiği tarihi yazıp imzalamak suretiyle, mahkeme kalemine havale eder. Şayet dava harca tabi ise, davacı 492 sayılı Harçlar Kanunu hükümleri uyarınca gerekli harçları da ödedikten sonra dava dilekçesi mahkeme kalemindeki ilgili deftere kaydedilir; dava harca tabi değilse hakimin havalesi üzerine deftere derhal kaydı gerekmektedir. Nitekim 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun yürürlüğe girdiği gündün bu yana yerleşmiş uygulama bu yoldadır.” (HGK, 28.09.2011, 2-451/558).

³⁵ Üstündağ, s.9.

³⁶ Yılmaz, Şerh, s. 865.

ve karşı tarafın açık muvafakatidir. Kanun koyucu, mazeretsiz ön inceleme duruşmasına gelmemeyi bir nevi usul ekonomisi yaptırımı³⁷ olarak öngörmüş ve iddia ve savunmanın değiştirilmesinin istisnası olarak kabul etmiştir. Hukukumuzda göre taraflar belli bir usul kesitine kadar, dava malzemesini hâkim önüne getirmek zorundadır. Bu aşamadan sonra davacı ve davalı iddia ve savunmasının dayanağı olan hayat olaylarını değiştiremez ve genişletemez³⁸. Konumuz açısından ehemmiyet arz eden iddia ve savunmanın dayanağından kasıt ise, dava sebebi olan vakialardır. Genişletme ve değiştirmeden anlaşılması gereken kısaca, yeni sebepler, yani önceden mevcut olup, ileri sürülmeyen vakiaları yeniden ileri sürme ya da eskisinin yerine, yeninin ikame olunmasıdır. Bu yasak, taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı dava ve işlerde uygulanacaktır³⁹. Dava sebeplerinin değiştirilmesi ve genişletilmesi, yasağın başlangıcı olan ön inceleme ikinci cevap ve cevaba cevabın verildiği anda mevcut olup, bu aşamada ön görülebilir bir nitelik taşıyıp ancak sonraki aşamada ortaya çıkan maddi vakialar bakımından geçerlidir. Şayet bu aşamanın bitiminden sonra ortaya çı-

³⁷ Davayı ve savunmayı değiştirme ve genişletme yasağı, davanın taraflarını korumaya yönelik kurumlardır. Korunmak istenen hakkın sahibi bu hakkını, korumanın dışında bırakıyorsa, diğer taraf için yasaklanacak bir durum oluşmaz. Yani savunmayı değiştirme yahut genişletme durumunda davacının muvafakati söz konusu olur ise, savunmayı değiştirme ve genişletme yasağı ortaya çıkmaz. Savunma değiştirilmiş yahut genişletilmiş ve fakat davacı buna muvafakat etmemiş ise, hâkim, davayı, savunmanın değiştirilmesinden önceki haline göre irdeler. Muvafakatin açık olarak verilmesine hacet yoktur. Muvafakat zımnî olarak da verilebilir. Savunmayı değiştirme ve genişletme durumunda, karşı taraf sükût etmiş ise, savunmayı değiştirme ve genişletmeye, zımnî muvafakat verilmiş sayılır. Kanaatimizce, mazeretsiz ön inceleme duruşmasına gelmeyen taraf da, duruşmaya gelip, karşı tarafın vakiaları değiştirme ve genişletmesine ses çıkarmayan, sükût eden taraf konumunda düşünülerek usul ekonomisi tedbiri olarak zımnî buna muvafakat ettiği ön görülmüştür.

³⁸ Kuru, s.226.

³⁹ İddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı, taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu dava ve işlerde uygulanır, ancak, re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu dava ve işlerde uygulanmaz. Örneğin babalık ya da nesep davasında re'sen araştırma ilkesi geçerli olduğundan, yargılamının ilerleyen safhalarında ilk defa getirilecek bir vakia da bu yasak kapsamında değerlendirilemez. Zira kamu düzeninin hakim olduğu bu tür davalarda, hakim, re'sen de bazı vakiaları her zaman yargılamaya dahil edebilir. Ancak dikkat etmek gerekir ki, boşanma davalarında, dava malzemesinin hazırlanması, yani vakialar açısından taraflarca hazırlama ilkesi geçerlidir. Bu sebeple, boşanma davalarında, iddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı ile istisnaları uygulanacaktır.

kan yani öngörülemeyen maddi vakıaların eklenmesi söz konusu ise, davayı değiştirme ve genişletme yasağı doğmaz. Keza, ikinci dilekçe ya da cevaba cevap dilekçelerinin verildiği safhada mevcut ve ön görülebilir olup da dava dilekçesinde dile getirilmemiş olan vakıa, vakıalar kompleksine (zincirine) zımnen dâhil ise yani dilekçelerde bildirilmiş olan ana vakıalar grubunu açıklıyor, tamamlıyor yahut gerekçelendiriyor⁴⁰ ise bu yeni vakıanın sonradan yargılamaya sokulması da yasak kapsamında mütalaa edilemeyecektir⁴¹. Ancak, bu açıklamalar ve ilavelerin ana vakıa ile çelişik olmaması gerekir⁴². Buna karşın, yeni vakıa, müstakil bir zincir niteliği taşıyor, yani dava dilekçelerinde bildirilen vakıalara zımnen dahil değilse, onları açıklayan, tamamlayan yahut gerekçelendiren nitelikten yoksun ise, bu yeni vakıanın sonradan yargılamaya sokulması davanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı kapsamında kalacaktır⁴³. Bu yasağın istisnaları ise tarafın açık muvafakati ve bir kereye mahsus olmak üzere ıslahtır. HMK 141/2. maddesinde ise, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağında, ıslahın istisna olduğu düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere bu yasağın istisnası açık muvafakat ve ıslah müessesidir⁴⁴. Tarafın muvafakati olmaması halinde başvurulacak yegâne usuli yol ıslah olduğundan, aşağıda bu istisna düzenlemenin dava sebebi ile olan ilişkisine değineceğiz.

Hukuki sebeplerin değiştirilmesi ve genişletilmesi ise yasak kapsamına dahil değildir⁴⁵. Zira, hukuki sebepler hakim tarafından re'sen dikkate alınacağı için, yapılan ilave ve değişiklikler iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi cihetinden önemi haiz olmayacaktır⁴⁶. Davacı gibi, davalı için de, cevap ve ikinci cevap dilekçesinde bildirmiş olduğu vakıaları genişletmesi ve değiştirmesi yasak kapsamındadır⁴⁷. Bir diğer ifadeyle, dava sebebi olan vakıalarının değiştirilmesi ve genişletilmesi davanın her iki tarafı için de geçerlidir.

⁴⁰ Kuru, s.229.

⁴¹ Alangoya, Dava Temeli, s. 84.

⁴² Kuru, s. 230.

⁴³ Üstündağ, s. 27.

⁴⁴ Alangoya İlkeler, s. 109.

⁴⁵ Kuru, s. 224.

⁴⁶ Üstündağ, s.26.

⁴⁷ Yılmaz, Islah, s.39.

A. Dava Sebebi Kavramının İslahla İlişkisi

İddia ve savunmanı değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı ile bunun istisnası olan ıslah müessesesinde dava sebebinden kasıt vakıalardır⁴⁸. Taraf usul işlemlerinden olan dava sebebinin ıslah edilebilmesine (HMK m.176) hem doktrin⁴⁹ hem de Yargıtay cevaz vermiştir⁵⁰. Bu durum tüm vakıaların ıslah edilmesini de kapsamaktadır⁵¹. Kaldı ki taraflar davasını tamamen ıslah edebileceğine göre evleviyet yani çoğun içinde azı da vardır kuralı gereği dava sebebinin⁵² tamamen değiştirilebilecektir⁵³. Ancak ilk dava dilekçesi ile ıslah dilekçesindeki hayat olayları⁵⁴, yani dava sebepleri, taban tabana zıt, yani bir tenakuzluk

⁴⁸ Yılmaz, İslah, s.157.

⁴⁹ Yılmaz, İslah, s.159. ; Üstündağ, s.94.

⁵⁰ "Dava dilekçesinde alacağın kaynağı tarihsiz asıl sözleşme olarak gösterilmiş iken daha sonra davacı vekiline verilen 13.12. 2006 tarihli dilekçede davacı alacağının tarihsiz ek sözleşmeden kaynaklandığı açıklanmıştır. Bu suretle davacı davasında dayandığı maddi vakıaları ve dava sebebinin değiştirilmiştir. Bilindiği gibi HUMK'nun 83. maddesi uyarınca davalının karşı çıkması halinde dayanılan maddi vakıaların ve dava sebebinin ıslah yoluyla değiştirilmesi mümkündür (Yargıtay 13.HD'nin 02.03.1976 gün 4961/1626 sayılı kararı). Bu nedenle mahkemece durumun HUMK 83 ve devamı maddeleri uyarınca irdelenerek gerekli işlemlerin yapılması, yine davalı tarafından davacının yaptığı imalatın eksik ve ayıplı olması iddiasıyla aynı mahkemece açılan 2007/20 esas sayılı davanın HUMK'nun 45. maddesi uyarınca eldeki dava ile birleştirilmesi, eğer sonuçlanmış ise sonucunun gözetilerek istemin karara bağlanması gerekir. Mahkemece bu hususlar üzerinde durulmadan davanın usulden reddedilmesi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur." (15.HD.10.11.2008, 2007/5965, 2008/6657).

⁵¹ "Mahkemece toplanan deliller ve alınan bilirkişi raporu doğrultusunda, HUMK. nun 84. maddesi hükmüne davanın sonuçlanmasına kadar davanın sebebinde ıslahın mümkün ve davacının ıslahla dava sebebinin değiştirilmesinin yasal bir hak olduğu, dava ve takibe konu bono altındaki imzanın davacının eli mahsulü olmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne icra takibi nedeniyle davacının borçlu olmadığına tespitine, koşulları bulunmayan kötü niyet tazminatının reddine karar verilmiş, hüküm davalı vekiline temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin yerinde görül-meyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükümün onanmasına" (19.HD.05.10.2011, 1300/11956).

⁵² Üstündağ, s. 152.

⁵³ Üstündağ, s. 45.

⁵⁴ "Davacı dava dilekçesinde kiralananın tahliyesi isteminde bulunmuş, yargılama sırasında ise verdiği 16.9.2010 tarihli ıslah dilekçesi ile bu talebine itirazın kaldırılması isteğini de eklemiştir. İslah ile dava sebebinin değiştirmek mümkün ise de mevcut davaya ilaveten ikinci bir dava açmak olanaksızdır. Bu bakımdan ikinci talebin incelenmemesi gerekir." (6.HD.08.03.2011, 2010/12537, 2011/2644).

var ise, bu ihtimalde de, ıslah geçerli olacak mıdır? Somut bir davada, davacı vekili, yerel mahkemeye⁵⁵ müracaatla dava dilekçesinde; müvekkilinin tatil için geldiği Manavgat'ta, davalının işyerinden halı beğenip satın aldığını, halının değerinin 18.228 Euro olduğunu, davalının, Kanada'da başka bir müşterilerinin satıma konu halıyı teslim alacağını ve bedeli olan 18.228 Euro ödeyeceğini taahhüt ederek, müvekkilinin ödemeyi yapmasını müteakip halıların Kanada'ya gönderileceğini teklif etmesi üzerine halının bedelinin davalılara ödendiğini, ancak Kanada'da kimsenin gelip halıları alamadığını, müvekkili davalının halıların gerçek değerini araştırması neticesinde ödenen paraya göre çok düşük olduğunu ve müvekkilinin yabancı olmasından dolayı kandırılarak on katı fazlaya satıldığını ve zarara uğratıldığını ileri sürerek, 18.228 Euro'nun faiziyle birlikte tahsilini talep etmiş; müteakiben verdiği 11.10.2011 tarihli ıslah dilekçesinde ise, dava dilekçesinin hazırlama aşamasında yeminli tercüman temin edilemediğinden kay-

55 "Dava, alacak talebine ilişkindir. Davacı taraf başlangıçta davaya konu halıların piyasa değerinin 10 katına kendisine satıldığını belirterek bir nevi halıların hile ile satıldığını ileri sürmüştü ve halıların bedeli için ödediği 18.228 Euro'nun iadesini talep etmiş, daha sonra ıslah ile halıların kendisine teslim edilmediğini ve böylece davacının Borçlar Kanunu 106. maddesi uyarınca satıcının temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshiyle ödenen bedelin davacıya iadesini talep ve dava etmiştir. Dava ıslah edildiği için ıslah talebinde belirtilen hususlar üzerinde durulması gerekir. ıslah talebinde davacı taraf satıcının temerrüdüne yani dava konusu halıların davacıya teslim edilmediği şeklindeki olguya dayanmıştır. Oysaki ilk dava dilekçesinde Kanada'da halıları davacıdan gelip alan olmadığını belirtmiş, aynı şekilde halıların değerini araştırduğunda değerinin 10 katına kendisine satıldığını öğrendiğini ve böylece kandırıldığını anladığını belirtmiştir. Bir kişinin kendisine teslim edilmeyen bir halının bizzat inceleme ve test ile saptanacak değerini saptayabilmesi hayatın olağan akışına uygun değildir. Bundan başka davacı vekilince dosyaya sunulan 11.07.2007 tarihli e-mailde davacının telefonda sizinle 7.280 Euroyu nakit olarak malların tesliminde ödeyeceğimiz hususunda anlaşmıştık şeklindeki beyanı ve davada tüm bedeli talep ettiği nazara alındığında davacının halıları teslim aldığı kabulü gerekir. Bir an için bunun böyle olmadığı düşünülse bile davacı tarafın ıslah dilekçesinde ileri sürdüğü Borçlar Kanunu'nun 106/1. maddesinde karşılıklı taahhütleri havi olan bir akitte iki taraftan biri mütemerrit olduğu takdirde, diğeri borcun ifa edilmesi için münasip bir mehil tayin veya münasip bir mehlin tayinini hakimden isteyebilir, hükmü yer almaktadır. Buna göre temerrüde düştüğü ileri sürülen tarafa mehil verilmesi hakimden istenebilecek bir durumdur. Bu husus üçüncü kişiye gönderilen e-maile kanıtlanamaz. Davacı tarafın hem bu yasa maddesinde belirtilen usulde, hem de doğrudan davalıya yönelik herhangi bir ihtarın varlığı kanıtlanamamıştır. Bu nedenle davanın reddine karar vermek gerekmiştir." (Manavgat 1. Asliye Hukuk Mahkemesi, 31.01.2012, 2009/79, 2012/18).

naklı yanlış anlaşılma nedeni ile dava dilekçesindeki vakıaların yanlış serdedildiği, ıslah dilekçesinde maddi vakıaları düzelttiklerini, davalı tarafın halıları teslim etmediğini, davacının elektronik yazışma ile halıları 8 gün içinde teslimini, aksi takdirde sözleşmeyi fesih iradesini belirttiğini, satıcı şirketin buna rağmen halıları teslim etmediğini, davalı şirket temsilcisinin cevap dilekçesinde alım-satım akdini ve satış bedelinin ödenmiş bulunduğunu kabul ettiğini, akdin feshi ile satış bedeli olarak ödenmiş bulunan 18.228. Euro'nun faizi ile birlikte tahsilini talep etmiş ve elektronik yazışmaların tercüme edilmiş örneğinin de dosyada mübrez olduğunu, davalının ıslahının geçerli olmadığı ve halıların teslim edildiğine ilişkin iddiasını da ispat etmesi gerektiğini ileri sürerek, aralarındaki ihtilafın BK 106 çerçevesinde çözülmesi gerektiğini iddia etmiştir. Yerel mahkeme ilk dilekçe ile halının tesliminin ikrar edildiği, ıslahın geçerli olmadığı ve temerrüt için belge de sunulmadığından bahisle davanın reddine karar vermiştir. Kararın temyizi üzerine yüksek mahkeme delillerin takdirinde bir isabetsizlik görmeyerek yerel mahkeme kararını onamıştır⁵⁶. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 179. maddesinde, ikrar, tanık ifadeleri, bilirkişi rapor ve beyanları, keşif ve isticvap tutanaklarının ıslah ile hükümden düşürülemeyeceği belirtilmiştir. Islah tarafların usule ilişkin yaptıkları işlemleri telafi etmeye yarayan istisnai bir kurumdur⁵⁷. Somut olayda da bir tercüme hatasına dayanarak ıslaha başvurulmuştur. Kanun tamamen

⁵⁶ "Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlerle ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre yerinde olmayan bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve yasaya uygun olan hükmün onanmasına." (13.HD 11.05.2012, 9571/12142).

⁵⁷ "Davacı, dava dilekçesinde şifahi anlaşma ve protokolde tapuda adına kayıtlı taşınmaz üzerine 4 kat 9 dairesel bina inşa edilerek her katta birerden dört dairenin kendisine verileceğinin kararlaştırıldığını, ancak vekili ile davalı arasında noterde yapılan ve rızası dışında düzenlenen sözleşmenin 12 daire yapılacak ve sözlü anlaşmaya aykırı olarak bodrum ve zemin kattan arsa sahibine 4 daire verilecek şekilde düzenlenerek mağdur edildiğini, aldatıldığını ileri sürerek sözleşmenin feshi ile devredilen tapu kaydının iptâl ve tescilini talep etmiştir. Bilahare yapılan keşif üzerine bilirkişi raporunun verilmesinden sonra davacı vekili mahkemeye verdiği 16.01.2009 tarihli dilekçe ile ıslah yolu ile dava sebebinin değiştirerek, sözleşmenin yüklenicinin temerrüdü sebebiyle fesih istemiştir. Islah, bir tarafın tek taraflı açık bir irade beyanı ile yapılır. Islahın tamamlanması karşı tarafın ve mahkemenin kabulüne bağlı değildir." (15.HD 29.03.2011, 2010/2044, 2011/1915).

ıslaha cevaza vermişken⁵⁸, dava sebebinin tamamının ıslahına⁵⁹, imkân tanımamak kanuna açıkça aykırı davranmaktır. Keza burada ıslaha engel olan bir ikrar da yoktur. Kaldı ki, bir kimsenin kendi iddiasındaki beyanları, kendi aleyhine sonuç doğurur mahiyette uyumsuzluk konusunu çekişmesiz kılma anlamında bir ikrar teşkil etmez, belki takdiri delil sayılabilir.

İKİNCİ BÖLÜM

I. Dava Sebebi Kavramının Medeni Yargılama Hukukuna Egemen Olan İlkeler Işığında Tetkiki

A. Aydınlatma Ödevi İle Dava Sebebi Kavramı Arasındaki İlişki

Hukuk yargılamasında, hâkim, pasif konumundadır. Zira vakıalara yabancı olup, tarafların getirdiklerini değerlendirecektir. Kaldı ki, bu değerlendirme, yargılamaya taşınan vakıalarla sınırlı olacağından, tarafların ileri sürmediği maddi vakıalar dikkate alınamayacaktır⁶⁰. Bununla beraber, bu katı kuralın esnediği noktalar da vardır. Bunlar-

⁵⁸ “Uyumsuzluk, dava sebebinin bu yolla değiştirilip değiştirilemeyeceği noktasındadır. Kural olarak iddia ve savunma, karşı tarafın onayı olmadan değiştirilemez ise de, bu kuralın istisnalarından biri ıslah kurumudur. HUMK’nun 83 ve devamı maddeleri uyarınca ıslah, tamamen veya kısmen olabileceği gibi tahkikata tabi davalarda tahkikat sona erinceye kadar, tahkikata tabi olmayan davalarda ise yargılamanın sonuna kadar yapılabilir. Dava dilekçesinde hukuki neden farklı yazılmış olup davacı vekili verdiği dilekçe ile hukuki nedeni değiştirmek istemiştir. O halde, bu beyanın ıslah olarak değerlendirilmesi ve ıslaha ilişkin usul işlemleri tamamlanarak yargılama yapıp sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Mahkemece vekaletnamede ıslaha ilişkin özel yetki olmadığı ve talep sonucunun değiştirilemeyeceği şeklindeki hatalı değerlendirmeler ile yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.” (17.HD 22.09.2011, 1355/8096).

⁵⁹ “Davacı-davalı koca dava sebebini ıslah ederek eşinin akıl hastası olması nedeniyle evliliğin mutlak butlan sebebiyle iptali davasına dönüştürmüştür (1086 s.HUMK.’nun 83 vd., 6100 s.HMK.’nun 176. vd.md.). Mahkemece davacı-davalı kocanın delillerinin Türk Medeni Kanununun 145. maddesine uygun değerlendirilmesi ve sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddi bozmayı gerektirmiştir.” (2.HD 15.12.2011, 2010/19886, 2011/22204); Üstündağ, s. 95. “İslah yolu ile davanın sebebi kısmen olduğu kadar tamamen dahi değiştirilebilecektir.”

⁶⁰ M. Reşit Belgesay, Dava Teorisi, İstanbul 1943, s. 108.

dan birisi de hâkimin davayı aydınlatma ödevi olup, Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 31’de açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasında zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir⁶¹, delil gösterilmesini isteyebilir⁶². Bu maddenin düzenlenme sebebi, dava konusu ile ilgili, sağlıklı bilgiler verilebilmesi için davanın temelini oluşturan maddi vakıalar ile belirsiz ya da çelişkili görülen hukuki sebeplere⁶³ ya da talep sonucuna ilişkindir⁶⁴. Zira dava temelini oluşturan maddi vakalar konusunda herhangi bir tereddüt olmamalıdır ki⁶⁵, hâkim hakikate ulaşsın⁶⁶. Bu sebeple, belirsizliğin giderilmesi, çelişkinin ortadan kaldırılması kaydıyla davayı aydınlatma kurumuna başvurulur⁶⁷. Ancak bu ödevin kapsamı taraflarca getirilen vakıalarla sınırlı olmalıdır⁶⁸. Meğer ki aydınlatılmaya konu husus, önceki dava malzemesi zincirine

⁶¹ “Somut olayda, borçlu hakkında başlatılan takibin, taşınır rehninin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı takip olduğu, icra emrinin 26.06.2011 tarihinde borçlunun eşine tebliğ edildiği, takibin bu şekilde kesinleştirildiği anlaşılmıştır. Muhtara yapılan tebligatın icra emri değil kıymet takdir raporuna ilişkin tebligatlar olduğu, ayrıca 13.08.2011 tarihinde borçlunun takip dosya fotokopisini aldığı görülmüştür. HMK.nun 31. (HUMK.nun 75/2-3) maddesi gereğince, hakim, aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil isteyebilir. O halde, mahkemece, davacı-borçlu vekilinden, hangi tebligata yönelik gecikmiş itiraz talebinde bulunduğu açıklattırılarak, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve hatalı gerekçe ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir” (12.HD 11.09.2012, 8111/25868).

⁶² “Davacı vekiline dava dilekçesi açıklattırılarak bu kapsamda dava sebebi, dayatılan maddi vakıalar ve istem sonucu ortaya konulmalı, davacı hakkında varlığı ileri sürülen borcun kaynak ve dayanağı açıklığa kavuşturularak dava konusu yapılan alacak saptanıp bunun kamu alacağı niteliğinde olup olmadığı irdelenmeli, dava dışı Oryas ürünleri A. Ş.’nin sigorta prim ve ferilerine ilişkin borcunun bulunup bulunmadığı ve varsa görülmekte olan iş bu dava ile bunun bağlantısı saptanmalı, söz konusu yasal düzenlemeler kapsamında yöntemince inceleme ve araştırma yapılmalı, alacağın şirketin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilip edilemediği, tahsil edilemeyeceğinin anlaşılıp anlaşılmadığı açıklıkla belirlendikten sonra elde edilecek sonuca göre hüküm kurulmalıdır.” (10.HD 14.04.2011, 2009/5244, 2011/5350).

⁶³ Tercan, Hakimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü Kapsamında Tarafların Dinlenmesi, (Legal, Mihder, 2011, S.18, C.7, s.1-56), s. 31.

⁶⁴ Nedim Meriç, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, (Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, DEÜHFD, İzmir 2010), s.391 vd.

⁶⁵ Tercan, Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 24.

⁶⁶ Alangoya, İlkeler, s.135.

⁶⁷ Tercan, Aydınlatma Yükümlülüğü, s.12.

⁶⁸ Tercan, Aydınlatma Yükümlülüğü, s.49.

dâhil olsun⁶⁹. Dava sebepleri ile talep sonucuna yönelik hukuki sebep davayı aydınlatma kurumunun konusudur⁷⁰. Yani dava sebepleriyle⁷¹ talep sonucundaki belirsizlik ve çelişkinin giderilmesi amacıyla bu kuruma başvurulur⁷². Talep sonucundaki tereddüt, talebin belirsizliği⁷³ ya da vakıa ile talebin örtüşmemesinden kaynaklanabileceği gibi⁷⁴ hukuki sebeple de ilgili olabilir. Örneğin dava dilekçesinde iştirak halinde mülkiyet hükümlerinden bahsedilir. Diğer hissedarlarla taşınmazın kullanımında anlaşmazlık çıktığını ve bu sebeple ortaklığın izalesini dilekçede belirtilmesine karşın, sonuç bölümünde iştirak halindeki mülkiyette, iştirakin çözülerek paylı mülkiyete geçilmesini talep eden bir kişiye, hâkim dava sebepleriyle talep sonucundaki çelişkidenden ötürü, davanın hukuki sebebine gayrı muvafık dile getirilen talebin, gerçekte neyi murat ettiği konusunda ortaklığın giderilmesi mi? yoksa iştirakin çözülmesi mi? olduğunu bu madde mucibince sorabilmelidir. Bu varsayımda, yani talep sonucunun, hayat olayına uygun olmadığı durumda, uyumsuzluğun, hâkim hukuk re'sen uygular ilkesi ile aşılabileceği de savunulmuştur⁷⁵. Ancak, talebin uygun ya da yerinde olmadığı hallerde davayı aydınlatma kurumu kapsamında kalmayacaktır⁷⁶. Kanaatimizce, buradaki ihtimal, talebin hukuken mesmu olmaması ile ilgilidir. Yoksa talep sonucunun, muhakemeye

⁶⁹ Tercan, Aydınlatma Yükümlülüğü, s.50.

⁷⁰ Alangoya, İlkeler, s.145.

⁷¹ Tercan, Aydınlatma, s.28.

⁷² Alangoya, İlkeler, s.143 vd.

⁷³ Meriç, (Davayı Aydınlatma), s. 391.

⁷⁴ Meriç, (Davayı Aydınlatma), s. 393. "Tarafların talep sonucunun getirilen hayat olayı ve unsurları ile örtüşmediği durumlarda ise uygun olmayan bir talep kavramından bahsetmek doğru olmayacaktır. Bu halde uygun olmayan talep kavramından değil, dava konusuna ilişkin bir belirsizlikten bahsetmek gerekecektir. Esasen burada belirsizlik, talep sonucunun yüzeysel olması ya da belirsiz ifadelerle açıklanmak istemesi şeklinde gerçek haliyle değil, yargılamaya getirilen hayat olayından doğabilecek bir talep sonucu olmamasını ifade etmektedir."

⁷⁵ Meriç, (Davayı Aydınlatma), s.394. "Talep sonucunun hayat olayına uygun olmadığı hallerde, bu uyumsuzluğun hâkimin hukuku kendiliğinden uygulaması yoluyla aşılmasının mümkün olup olmadığı olacaktır. Bu hususta hâkimin talep sonucunu hayat olayına uydurması için tarafın dikkatini çekerek aydınlatma ödevini yerine getirmesi gerekecektir. Hâkimin hukuku uygulamak adına davayı aydınlatma yükümlülüğüne başvurmadan hayat olayından çıkarılan talep sonucuna hüküm vermesi, davacının sübjektif iradesinin hayat olayına ilişkin talep sonucuna yöneldiğinin açıkça anlaşılması halinde ancak söz konusu olacaktır."

⁷⁶ Meriç, (Davayı Aydınlatma), s. 392. "Hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü, talebin uygun olmaması halinde bulunmamaktadır."

getirilen vakıa ile örtüşmemesi durumunda talebin uygun olmadığından bahsetmek doğru olmayacaktır⁷⁷. Yukarıda ifade ettiğimiz gerek vakıaların belirsiz ve çelişik olması; gerekse talep sonucunun belirsiz olması ile talep sonucunun hayat olayları ile örtüşmemesi yahut vakıaların hukuki sebep ile çelişik olması ihtimallerinde, davayı aydınlatmanın sınırını, dava sebebi, yani hayat olayları belirleyecektir. Davacının ileri sürdüğü maddi vakıanın dışına çıkılamayacaktır⁷⁸. Talebin ferdileştirilmesine yarayan vakılarda belirsizlik ya da çelişki varsa bu belirsizlik ve çelişiklik giderilmelidir. Ancak bu noktada da, mahkeme vakıaların dışına asla çıkamamalıdır⁷⁹. Aksi halde bu husus, aydınlatma ödevi değil, bilakis, taraflarca getirilme (HMK m.25) ilkesine aykırılık oluşturur. Örneğin davacı satış vaadine dayalı olarak bir taşınmazın kendi namına tescili tazammun eden bir dava açsa, davalı da akdin geçersizliği ya da feshi savunmasını ispat etse, bu kerre, mahkeme, davacı alıcı, dava konusu taşınmazda bir muhdesat vücuda getirmiş, bunun dolaylı arzı iktisap şartları oluşmuştur, diye resen bir tahkikata girişemeyecektir. Zira böyle bir vakıa, ancak taraflar tarafından ileri sürülebilecektir. Talep sonucunda yukarıda bahsettiğimiz gibi bir belirsizlik ya da çelişiklik varsa, bu belirsizlik ve çelişikliğin giderilmesi için de davayı aydınlatma kurumuna başvurulmalıdır⁸⁰. Hâkimin soru

⁷⁷ Meriç, (Davayı Aydınlatma), s.393.

⁷⁸ Meriç, (Davayı Aydınlatma), s. 390.

⁷⁹ Alangoya, İlkeler, s.130.

⁸⁰ "Mahkemenin 24.06.2008 tarihli tarafların boşanmalarına, davalı kocadan 500.00 TL yoksulluk nafakası, 30.000 TL maddi.10.000 TL manevi tazminatın alınıp, davacı kadına verilmesine ilişkin ilk hükmünün davalı koca tarafından kusur, tazminatlar ve nafaka yönlerinden temyizi üzerine Dairemizin 20.01.2010 tarihli bozma ilamıyla diğer temyiz itirazları reddedilerek, hüküm sadece maddi tazminat yönünden bozulmuştur. Maddi tazminata ilişkin bozmadaki ise, davacının talep ettiği maddi tazminatın Türk Medeni Kanununun 174/1. maddesi kapsamında olmadığı, ayrı harca tabi bağımsız bir talep olduğu belirtilerek, öncelikle bu talebe ilişkin ayrıca harç yatırılmadığından peşin nispi harcın tamamlanması, tamamlandığı takdirde esasının değerlendirilmesi gerektiğine değinilmiştir. Mahkemece bozma ilamına uyulmakla birlikte bozma ilamının gereği yerine getirilmemiştir. Harç tamamlanmış, ancak maddi tazminat talebinin niteliği üzerinde durulmuyarak, hiçbir inceleme ve araştırma yapılmadan maddi tazminatın bir bölümünün Aile Mahkemesinin görevine girmeyen genel hükümlere dayalı talep olduğundan görev hususu düşünülmeden, 30.000 TL maddi tazminata hükmedilmiştir. Mahkemece yapılacak iş; 6100 Sayılı HMK. 31. maddesi uyarınca "hakimin davayı aydınlatma yükümlülüğü" çerçevesinde, davacıdan istediği maddi tazminatın çeyiz ve ziynet eşyasıyla ilgili bölümü hakkında bu eşyaların cins, nitelik, sayı olarak hangi eşyalardan oluştuğunun bu eşyaların talep edilen bedeli hakkında açıklama istenilmesi; dava dilekçesinde belirtilen 30.000 TL maddi tazminatla açıklanacak

sorma ödevi de aydınlatma ödevi içinde sayılmalıdır. Bu ilkeye dayanılarak, açıklama ve aydınlatma kapsamında iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına rağmen, vakıalara yeni ilaveler ve genişletmeler yapılamayacaktır⁸¹. Bu ödevin amacı, hakikate ulaşarak⁸², yargılamanın amacının gerçekleştirilmesidir⁸³.

B. Dürüst Davranma ve Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü İle Dava Sebebi Kavramı Arasındaki İlişki

Davanın ikamesi ile taraflar ve taraflar ile mahkeme arasında bir dava ilişkisi tesis olur⁸⁴. Bu usul hukuku münasebetinin tesisine müessir olan davanın vücut sebebi, vakılardır. Soyut hakkın, ancak inkâr edildiği, ihmal ya da ihlale uğradığı vakit dava edilebilecek olması, bir diğer ifadeyle, ancak hayat vakıalarına istinaden ileri sürülebilmesi gerekliliği, hem dava hem de hakkın, yani dava hakkının temelini⁸⁵ oluşturan vakıalara (dava sebebi) çekirdek⁸⁶ ve fonksiyonel bir görev yüklemektedir. İşte, bu dava ilişkisi, davanın derdestliği süresince devam edecektir. Bundan dolayı, süreç boyunca, gerek taraflar usuli hak ve yetkilerini kullanırken, gerekse vakia ve delilleri mahkemeye taşırken, birbirlerine ve mahkemeye karşı dürüst, iyi niyetli ve samimi olmaları gerekir⁸⁷. Gerçekte bu durum, maddi hukuktaki dürüstlük kuralının yargılama hukukundaki tezahürü⁸⁸ olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da yasal kimliğe kavuşmuştur (HMK m.29). Dürüstlük kuralı, sadece hukuki işlemde doğan hakların kullanılması ve borçla-

ziynet ve çeyiz eşyası bedelinin düşülmesi suretiyle kalan miktarın davacının evlilik gideri ve işten ayrılmaya dayalı kazanç kaybı nedeniyle istenilen tazminat olduğu gözetilerek, bu istemlerin genel hükümlere tabi olarak istenebileceği ve bu nedenle Aile Mahkemesi görevli olmadığından görevsizlik kararı verilmesi gerekmektedir. Çeyiz ve ziynet eşyalarına yönelik talepte de Aile Mahkemesinin görevli olduğu gözetilerek tarafların bu konuda gösterdikleri deliller usulünce toplanarak gerçekleştirilecek sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Mahkemece anlatılan gerekliliklere uyulmadan yazılı şekilde maddi tazminata karar verilmesi; usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir." (2.HD 01.11.2011, 17745/17814).

81 Karşılı, s.247; Tercan, Aydınlatma Yükümlülüğü, s.29.

82 Yılmaz, İslah, s.67; Alangoya, İlkeler, s.141.

83 Tercan, Aydınlatma Yükümlülüğü, s.4 vd; Alangoya, İlkeler, s.146.

84 Belgesay, s.106. ; Üstündağ, s.10.

85 Alangoya, İlkeler, s.106.

86 Alangoya, İlkeler, s.102. "Bu vakıalar bütünü her hukuki sonucun vazgeçilmez şartıdır. Zira hukuk, sonuçları bunlara bağlar."

87 Ramazan Arslan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 48.

88 Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.53.

rın ifasında başvuru bir maddi hukuk normu değil, kanundan doğan hakların kullanılması ve borçların ifasını da kuşatan⁸⁹ resen dikkate alınması gerekli medeni usul hukuku da dahil⁹⁰ her hukuk alanında geçerli⁹¹ merkezi bir normdur. Dürüstlük kuralı merkezinde gerçeği söyleme yükümlülüğü sadece davacı için değil, taraflar bakımından da caridir⁹². Zira taraflarca getirme ilkesinin geçerli olduğu ihtilaflarda gerçeğin taraflarca getirilmesi amaçlanmıştır⁹³. Yargılama sonunda hakikate ulaşmak ise, ancak tarafların vakıaları getirirken, dürüst davranmaları ve hayat olaylarının gerçekliğine bağlıdır⁹⁴. Bu sebeple, dava sebebi vakıa ile doğruyu söyleme yükümlülüğü arasındaki ilişki doğrudan ve ilk eldendir⁹⁵. Kaldı ki, doğruyu söyleme yükümlülüğünün vücut sebebi vakıalar, yani hayat olaylarıdır⁹⁶. Gerçeği söyleme yükümlülüğünün⁹⁷ konusu vakıa ve deliller⁹⁸, amacı ise, yargılama sonunda hükme esas teşkil edecek vakıalarda doğruluğun ve gerçekliğin sağlanmasıdır⁹⁹. Taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olması, yargıla-

⁸⁹ Şener Akyol, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995, s.6;

⁹⁰ Arslan, Dürüstlük Kuralı, s. 58.

⁹¹ Arslan, Dürüstlük Kuralı, s. 55.

⁹² Yılmaz, Şerh, s. 313. "Dürüstlük kuralı, yalnızca davacı bakımından değil, davalının savunması bakımından da dikkate alınır."; Erdal Tercan, Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, (SÜHFD, M. Şakir Berki'ye Armağan, Konya 1996, s.181- 212), s. 186.

⁹³ Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s. 182.

⁹⁴ Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.182 vd.

⁹⁵ "Taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde, tarafların güvenin meydana gelmesini sağlayacak koşullar sunması önem taşır. Kanunun getirdiği güvenin korunmasına ilişkin hükümler yanında, tarafların sözlü veya yazılı davranışları bu güven ortamını sağlayabilir. Sağlanan güvenin, güven sorumluluğu kapsamında hukuken korunması gerekir. Medeni Kanunda yer alan dürüstlük ilkesi (TMK m.2) genel bir hukuk ilkesi olup, usul hukukunda da geçerlidir. Devletin bir kurumu olan mahkemenin haksız, hileli ve kanuna aykırı şekilde bir yargılama ile uyuşmazlığı çözümlemesi düşünülemez. Ayrıca dürüstlük kuralı, kamu yararı açısından da dikkate alınmayı gerektirir. Çünkü davanın usul ekonomisine uygun şekilde sonuçlanması, ancak dürüstlük kuralının medeni usul hukukunda da geçerli olması ve hakim tarafından kendiliğinden nazara alınmasıyla mümkün olur. Dürüstlük kuralı, işlemlerin yorumlanması, tamamlanması, yeniden gözden geçirilmesi ve değiştirilmesinde göz önünde tutulur. Dürüstlük kuralına uymak taraflar açısından bir yükümlülüktür. Usulü yetkiler kullanılırken de, bu dürüstlük kuralına uygun olmalıdır." (9.HD 13.07.2009, 2008/42617, 2009/20631).

⁹⁶ Arslan, Dürüstlük Kuralı,s.116 vd.

⁹⁷ Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.119.

⁹⁸ Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.189.

⁹⁹ Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.184.

manın yanlış ve gerçek dışı vakıalar üzerine kurulmasını tazammun etmez¹⁰⁰, tarafların serbest iradesi, devletin yargılama yetkisini abesle iştigale sevk etmemelidir¹⁰¹. Aksi halde hukuki güven ve barış sağlanamaz¹⁰². Devletin yargılama yetkisi hakları teminat altına almaktan uzak salt bir şekilde ibaret olur. Taraflar dava sebebi teşkil eden hayat olaylarını eksiksiz, doğru ve sadece kendi lehine olanları değil, tümünü bildirmelidir¹⁰³. Zira hâkim hayat olayına uzak ve yabancısıdır, bildiği oranda hakikate ulaşacaktır¹⁰⁴, bu nedenle yanılmaktan ya da eksik vakıadan korunma ihtiyacı içinde olmalıdır¹⁰⁵. Tarafların vakıaları dayandırdığı hukuki sebeplerin yanlış, eksik ve yanıltıcı olması bu yasak kapsamında sayılmayacaktır¹⁰⁶. Zira somut olaya denk düşen hukuk kuralı hâkim tarafından resen uygulanacaktır¹⁰⁷. Tasarruf ve taraflarca getirilme ilkesi gereğince tarafların gerek tek taraflı, gerekse anlaşarak mahkemeye doğru olmayan vakıaları getirmeleri, gerçeği söyleme yükümlülüğü ilkesini bertaraf için ikrar, kabul ya da isticvap müessesenin amacına aykırı, yani kötü niyetli kullanılması ihtimali de, gerçeği söyleme yükümlülüğü karşındaki durumu da ilgili başlık altında ayrıca değerlendirilecektir. Doğruyu söyleme yükümlülüğü Hukuk Muhakemeleri Kanunu 29. maddesinde düzenlenmiş ancak müeyyidesi konulmamıştır. Hukuk yargılamasında gerek vakıaların, gerekse delillerin ikamesinde bu ilkeye aykırı davranıldığının hâkim tarafından anlaşılması halinde bu hususlar delillerin takdirinde dikkate alınmadığı gibi, hükme de esas alınmayacaktır. Vakıaların gerçekliği ise, dış dünyada fiilen gerçekleşen olgular ile kişinin subjektif algı ve izlenimlerine¹⁰⁸ göre belirlenecektir.

¹⁰⁰ Alangoya, İlkeler, s.41.

¹⁰¹ Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.122. "Hukuk davasını yalnızca tarafları ilgilendiren özel bir hadise olarak kabul etmek isabetli olmaz. Dava, aynı zamanda devletin yargı organını ve bir anlamda toplumun da konusudur."

¹⁰² Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.195. "Hukuk yargılamasının amacı doğru ve adil karar vermektir. Verilen kararın adil olması, davanın tarafları arasındaki uyumsuzluğu, onların arasındaki maddi hukuk ilişkisine uygun olarak, tarafları tatmin edici bir çözüme kavuşturmasının yanı sıra, belki ondan daha önemli olarak, kamuoyunu da tatmin etmeye, toplumsal ve hukuki barışı sağlamaya yönelik olmasını da gerektirir."

¹⁰³ Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s. 184 vd; Alangoya, İlkeler, s. 120.

¹⁰⁴ Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s. 185.

¹⁰⁵ Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.114.

¹⁰⁶ Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s. 190.

¹⁰⁷ Alangoya, İlkeler, s.159.

¹⁰⁸ Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s. 191.

C. Tasarruf İlkesi İle Dava Sebebi Kavramı Arasındaki İlişki

Yargılamada, prosedürün başlatılmasında, konunun belirlenmesinde, sona erdirilmesinde, taraf iradesinin egemen olmasını öngören yargılama hukuku ilkesine tasarruf ilkesi¹⁰⁹ denir. Hâkim resen bir davayı kural olarak başlatamaz¹¹⁰. Zira hâkim önüne getirilecek somut ihtilafa yabancıdır. Harici ve özel bilgisi bulunamaz. Tesadüfen böyle bir bilgisi bulunsa da muhakemede kullanamaz, taraflara ima, telkin ve telmih te bulunamaz. Hâkim, tarafların talebi olmaksızın, bir uyuşmazlığa el koyup onu çözüme kavuşturamaz. Kanunla belirtilen ayrık durumlar dışında hiç kimse, lehine olan bir davayı açmaya zorlanamaz. Tasarruf ilkesinin, dava sebebi ile olan ilgisi ise maddi vakıalarda kendini gösterir. Zira, hakkın, ancak bu hayat olayına istinaden dava marifetiyle ikame edilebilecek olması, tasarruf ilkesine farklı bir önem atfetmektedir. Keza bir davaya vücut veren hayat olayını, ancak bunun tarafları mahkemeye taşıyabilir. Bu hayat olayının ilgisi taraftır ve yargılamaya taşıyıp, taşımamak onun iradesine tabiidir¹¹¹. Bu hususta hakimin inisiyatif ve yetkisi yoktur¹¹². Taraflar, feragat, kabul ve sulh yolu ile dava konusu üzerinde tasarruf yapabilirler. Yapılan bu tasarruflardan sonra ayrıca bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sonuç doğar. Bu nedenle, bu ilke tarafların yargılamadan tam bilgi sahibi olmasını da tazammun eder¹¹³. Kanunla belirtilen ayrık durumlar dışında, hakim tarafların talepleriyle bağlıdır¹¹⁴.

¹⁰⁹ Nedim Meriç, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011, s. 73 vd; Karşlı, s.235. ; Özekes, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s.67; Alangoya, İlkeler, s.2.

¹¹⁰ Metin Tuluay, Medeni Yargılama Hukukunda Dava İlişkisi, DÜHFD, 1983, S.3. s.101. "Kural olarak hiçbir hakim kendiliğinden harekete geçerek bir uyuşmazlığı çözümleremez. Hakimi harekete geçirecek bir davaya ve bu davayı açacak bir davacıya ihtiyaç vardır. Başka kelimelerle, davasız yargılama ve davacısız hakim olmaz."

¹¹¹ Yılmaz, Şerh, s. 257.

¹¹² Tercan, Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 10.

¹¹³ Özekes, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 69.

¹¹⁴ "1086 Sayılı HUMK.nun 74. maddesi uyarınca hakim, tarafların iddia ve savunmaları ile bağlı olup, talepten fazlaya veya başka bir şeye hüküm veremez. Eş söyleyişle hakim, davacının talep sonucu ile bağlı olduğundan, bu talepten fazlasına veya başka bir şeye karar veremez (Karş HMK 26). Somut olayda alacaklı tarafından borçlu hakkında bonoya dayalı olarak kambyo takibi yapıldığı, borçlunun icra mahkemesine başvurarak, takipte yetkili icra dairesinin Eskişehir İcra Dairesi olduğunu belirterek yetki itirazında bulunduğu, mahkemeye, yetki itirazının kabulü ile Aşkale İcra Hukuk Mahkemesi'nin yetkisizliğine, süresinde başvurulduğu takdirde dosyanın yetkili Eskişehir Nöbetçi İcra Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır. Borçlunun mahkemeye yaptığı başvuru, Aşkale İcra Müdürlüğü'nün yetkisiz olduğuna ilişkindir. Bu durumda mahkemeye yetki itirazının yerinde görülmesi halinde kabulü ile hüküm kesin-

Talepten fazlaya¹¹⁵ ya da talepten başka bir şeye hükmedemez¹¹⁶. Taraflar dava sonunda verilen hükme razı olmuşlarsa, kanun yoluna başvurmak zorunda değildirler. Kanun yoluna başvurmak tarafların iradesindedir. Tasarruf ilkesinin karşısı re'sen harekete geçme ilkesidir. Resen harekete geçme ilkesi, resen araştırma ilkesiyle özdeş değildir¹¹⁷.

leştğinde dosyanın yetkili Eskişehir İcra Müdürlüğü'ne gönderilmesine karar verilmesi gerekirken talepten başka bir şeye karar verilmesi isabetsizdir" (12.HD 27.02.2012, 3219/5442).

¹¹⁵ "6100 Sayılı HMK 26. maddesine göre; "Hakim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir." Borçlular vekilinin talebi hacizlerin kaldırılması olmayıp muhafaza tedbirlerinin kaldırılmasına yöneliktir. Bu durumda mahkemece muhafaza tedbirlerinin uygulanması ile ilgili bir karar vermek gerekirken talep aşılarak hacizlerin kaldırılmasına karar verilmesi doğru değildir." (12.HD 15.10.2012, 12346/29421).

¹¹⁶ "HUMK'nun 74.(HMK 26) maddesine göre; "Kanunu medeni ile muayyen hükümler mahfuz olmak üzere hakim iki tarafın iddia ve müdafaalarıyla mukayyet olup, ondan fazlasına veya başka bir şeye hüküm veremez". Anılan yasa maddesinden de anlaşılacağı üzere mahkeme tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlı olup, talepten fazlasına veya talebin dışında bir şeye hükmedemez. O halde mahkemece taleple bağlı kalınarak tazminattan doğan alacak yönünden emekli maaşına konulan haczin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken talep aşılarak birikmiş nafaka yönünden de haczin kaldırılmasına karar verilmesi isabetsizdir." (12.HD 19.04.2012, 2011/28178, 2012/13185).

¹¹⁷ "Çekişmeli yargı ile çekişmesiz yargı arasındaki en belirgin farkı belirten ölçü "ihtilaf" çekişme yolu kıstasıdır. Çekişmeli yargıda, taraflarca hazırlama prensibi geçerli olduğu halde çekişmesiz yargıda resen araştırma prensibi egemendir. Takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde bu prensibin geçerli olması bu gibi işlerde kural olarak mukabil (zit) alakalı bir kimsenin olmaması düşüncesine dayanır. Çekişmesiz yargıda da, çekişmeli yargıda olduğu gibi taraflarca hazırlama prensibi geçerli olsa idi o zaman hakim; talepte bulunan tarafların iddia ettiği vakıalar ve ileri sürdüğü delillerle yetinmek zorunda kalırdı ve bu durum gerçeğin ortaya çıkarılması ilkesiyle bağdaşmazdı. Öte yandan, kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda hakim, belli vakıaları kendiliğinden araştırma yetkisine ve yükümlülüğüne sahip olduğundan davayı değiştirme yasağı bu uyumsuzluklarda uygulanmaz. Hasımsız olarak açılan ve çekişmesiz yargıya tabi davalarda verilen kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. O nedenle bu kararlar, aleyhine kanun yollarına başvurulsa bile kesin hüküm oluşturmadıklarından açılacak bir iptal davası ile değiştirilebilir ve ortadan kaldırılabilirler (Bkz. Prof. Baki Kuru, Nizasız Kaza, Ank.1961 sh.155 vd, Medeni Yargılama Hukuku Prof. Saim Üstündağ S.Bası İst.1992 sh.32 vd). Çekişmesiz yargılamada, yargılama konusu ile talepte bulunan tarafından tayin edilen subjektif hakkın içeriğinden hakim ayrılamaz. Ne var ki, kararın içeriğini saptamada hakimin geniş bir takdir hakkı vardır. Örneğin şartları mevcutsa, vesayet mahkemesi bir vasi tayin etmek zorunluluğunda olup, seçiminde kural olarak geniş bir takdir hakkına sahiptir. Bu örnekler daha da çoğaltılabilir. Açıklanan ilkeler altında çekişmesiz yargıda hakim, tarafların talepleri ile bağlı olmadığından resen araştırma ilkesi uyarınca davacının bozma kararına uyulması talebi ile de bağlı değildir. Aksinin kabulü, hakimin yasadan doğan direnme hakkının davacının isteğine bağlı olması sonucunu doğurur ve hakimin

D. Taraflarca Getirilme İlkesi İle Dava Sebebi Kavramı Arasındaki İlişki

Dava malzemesinin taraflarca getirilme ilkesi, davanın tarafları, yani iddia ve savunmaya ilişkindir¹¹⁸. Dava sebebi noktasında burada önem arz eden asıl husus, dava malzemesinin toplanmasında, tarafların aktif bir rol üstlenmesini¹¹⁹, hâkime bu konuda herhangi bir etkinlik tanınmamasını öngören ve tasarruf ilkesi¹²⁰ ile ilintili bir yargılama hukuku ilkesidir¹²¹. İddia ve savunmanın dayanağını oluşturan maddi vakıalarla, ispat araçlarının taraflarca yargılamaya getirilmesine denir¹²². Hâkim bu ilkeye göre pasif konumundadır¹²³. Dava malzemesinin toplanmasında aktif rol üstlenmez. Hukuk yargılamasında kural olarak taraflarca hazırlama ilkesinin (m.25) kabul edilmesinin nedeni; bir dava ile ilgili maddi vakıalarla ispat araçlarını en sağlıklı biçimde toplayıp, mahkeme önüne getirecek olanın, davanın tarafları olacağı düşüncesidir¹²⁴. Hâkim, taraflarca ileri sürülmemiş, olan maddi vakıaları resen gözetemez, onları hatırlatacak davranışlarda dahi bulunamaz. Bu konuda kimin menfaati varsa, o menfaatin gereklerini en

direnme hakkının elinden alınması gibi yasanın öngörmediği bir durum yaratılmış olur(H.G.K.25.6.1997 gün, 97/11,313 E. 569 K.). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 01.02.1995 gün ve 1994/18-789 E. 1995/37 K. sayılı kararında “çekişmesiz yargıda, davanın hasımsız açılması nedeniyle davacının Özel dairenin bozma kararına uyulmasını istemesinin davacı yararına usuli kazanılmış hak doğurmayacağını, hakimin direnme kararı verebileceğini” belirtmiştir. Çekişmeli yargıda ise, taraflarca hazırlama (ihzar) prensibi geçerli olup, hakim tarafların talepleri ile bağlıdır. Hakim, talepte bulunan tarafların iddia ettiği olaylar ve ileri sürdüğü delillerle yetirmek zorundadır. Kendiliğinden araştırma yetkisine ve yükümlülüğüne sahip değildir. Somut olayda, itirazın iptali istemi söz konusu olup, bu niteliğinden dolayı dava, çekişmeli yargı alanına girmektedir ve tarafları ile konusu itibariyle de kamu düzeni ile ilgisi bulunmamaktadır.” (HGK, 12.10.2011, 3-578/629).

¹¹⁸ Üstündağ, s. 179.

¹¹⁹ Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s. 194.

¹²⁰ Özekes, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 67.

¹²¹ Karslı, s. 239. ; Alangoya, İlkeler, s. 3.

¹²² Yılmaz, Şerh, s.261. ; Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.193; Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s.105.

¹²³ Üstündağ, s. 50. “Hakim taraflardan sadece vakıaları alır, bunların takdiri mahkemeye aittir.”

¹²⁴ Alangoya, Dava Temeli, s.93. “Dava malzemesinin toplanmasında ağırlığın taraflara verilmesinin gerçek hayat olayının tespit edilmesinin bir vasıta olarak kabul edildiği, zira gerek vakıaların, gerek bunların delillerinin teminini davada menfaat sahibi olan taraflarca kendi lehlerine olanları eksiksiz getirmelerinin beklendiği yeniden vurgulanmıştır.”

iyi şekilde yerine getirecektir¹²⁵. Zira somut ihtilafa vücut veren hayat olayının kahramanları da davanın taraflarıdır¹²⁶. Dava malzemesinin toplanması bağlamında hukuk ile ceza yargılamasında farklı ilkelerin egemen olması¹²⁷, yani ceza yargılamasında; resen araştırma ve serbest delil ilkesinin geçerli olması, yargılamanın amacı olan gerçeğe ulaşma noktasında farklılık doğurmaz¹²⁸. Birden fazla yargılama usulünün varlığı, birden fazla gerçeğe ulaşılmasına yol açmamalıdır¹²⁹. Zira bu farklılıklar çözmeye çalıştıkları uyuşmazlığın özünden, niteliklerinden kaynaklanmaktadır. Ancak bu ilkedan dolayı hâkimin hakikate ulaşması da sınırlanmıştır¹³⁰. Bundan dolayıdır ki, taraflar dava temelini oluşturan vakıaları¹³¹ eksiksiz ve gerçeğe uygun olarak yargılamaya taşınmalıdır. Bu ilke kapsamında, hâkim, müphem ve çelişik gördüğü vakıalar hakkında izahat isteyebilir. Ancak bu durum davaya taşınan hayat olayları ile sınırlıdır. Hâkim, tarafların söylemediği ya da dilekçede belirtmediği bir hususu resen soramayacağı gibi, bu konularda hatırlatma ya da telkinde dahi bulunamaz. Kanundaki “birinin söylemediği veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz” ifadesinden kasıtın, davada ileri sürülen hayat olaylarını işaret ettiği, hukuksal sebeplerin bunun kapsamına dâhil olmadığını¹³² söyleyebiliriz.

¹²⁵ Alangoya, İlkeler, s. 87 vd. “Medeni usulde eşitler arasındaki özel hukuk çekişmeleri söz konusudur. Yani eşit sujeler bir menfaatler çatışması içindedir ve yargılamaya getirecek olayın tarihsel gelişimini en iyi bilebilecek durumdadırlar. Şimdi böyle bir durumda en uygun düzenlemenin dava malzemesinin getirilmesinde taraflara ağırlık verilmesi olacağı kendiliğinden ortaya çıkıyor. Çıkar çatışmasının tarafları karşı taraf aleyhine olabilecek bütün vakıaları getirme çabasında olacaklardır ve olayı en iyi bilenler olarak onların gerekli vakıaların tümünü getirmesi beklenir.”

¹²⁶ Belgesay, Dava Teorisi, s.106.

¹²⁷ Yani ceza yargılamasında; vakıaların ve delillerin toplanmasında resen araştırma ve serbest delil ilkesinin geçerlidir, keza, ceza yargısında ön planda olan kamu yararı iken, hukuk yargısında kişisel yarar ön plandadır. İşte bu özelliklerinden dolayı bu iki yargı farklılaşır, ancak tekrar etmek de fayda vardır ki, bu farklılıklar, hakikate ulaşmada da farklılık olduğu sonucuna götürmez. Zira bir başka usulün varlığı, yargılamada amaç olan gerçeğin birden fazla olması anlamına gelmemelidir.

¹²⁸ Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s. 181. “Her iki hukuk dalı da (medeni usul ve ceza hukuku) kanunları uygulayarak maddi gerçeği bulup ortaya çıkarmayı amaçlamaktadır.”

¹²⁹ Alangoya, Dava Temeli, s.91. “Usulün amacı gerçeğe ulaşma olduğuna göre farklı usullerde (hukuk, ceza, idare) farklı yargılama usullerinin bulunmasının nedeni, farklı gerçeklerin bulunması değil, bu gerçeğe varmak için her usulde ona uygun bir metodun varlığı gereğidir.

¹³⁰ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 49. “Vakıaların taraflarca getirilmesi ilkesinin cari olduğu davalarda hakikatin araştırılması sınırlıdır.”

¹³¹ Alangoya, İlkeler, s. 103.

¹³² Yılmaz, Islah, s. 156.

E. Hukuki Dinlenme Hakkı İle Dava Sebebi Kavramı Arasındaki İlişki

Bu hakkın kaynağını Anayasa 36. maddesindeki herkes yargı mercileri önünde meşru vasıtaları kullanmak suretiyle iddia ve savunma hakkına sahiptir, hükmü oluşturmaktadır¹³³. Bu hak, taraflarca; yargılamaya ve yargılamanın sonunda alınacak karara etki edebilecek şekilde görüş bildirme olanağı verdiği¹³⁴ için hukuk devleti ve insan onuruna saygı ilkesinin bir sonucudur¹³⁵. Bu sebeple, hukuki dinlenil-

¹³³ "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinde "Hukuki dinlenme hakkı" düzenlenmiştir. Buna göre davanın taraflarının yargılama ile ilgili bilgi sahibi olma, açıklama ve ispat hakkı bulunmaktadır. Maddenin gerekçesinde açıklandığı üzere bu hak Anayasanın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur. İddia ve savunma hakkı olarak da bilinen bu hak, tarafların yargılama konusunda tam bilgi sahibi olmalarını, açıklama ve ispat hakkını tam ve eşit olarak kullanabilmelerini, yargı organlarının da bu açıklamaları dikkate alarak gereği gibi değerlendirme yapıp karar vermelerini zorunlu kılmaktadır. Taraflar "silahların eşitliği ilkesi" gereği iddia ve savunmalarını ileri sürme ve ispat hakkına sahiptirler. Hakim tarafları dinlemeden veya açıklama ve ispat hakkını kullanmaları için kanuna uygun biçimde davet etmeden hükmünü veremez. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2009/52 Esas, 2009/105 Karar sayılı kararında da vurgulandığı üzere; taraflar duruşmaya çağrılmadan, bir başka deyişle taraf teşkili sağlanmadan hüküm verilememesi, Anayasa'nın 36. maddesi ile düzenlenen "iddia ve savunma hakkının kullanılmasına imkan tanınması ilkesi"nin doğal bir sonucudur. Gerçekten de savunma hakkını güvence altına alan T.C. Anayasası'nın 36. maddesi ile HMK'nun 27. maddesinde de açıkça belirtildiği üzere, mahkemece, davalı taraf, dinlenmek ve savunması alınmak üzere kanuni şekillere uygun olarak davet edilmedikçe hüküm verilmesi mümkün bulunmamaktadır. Aksi halde savunma hakkının kısıtlanmış sayılacağı, gerek öğreti gerekse yargısal kararlarda tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Taraf teşkili dava şartı olup, davanın her aşamasında mahkemece kendiliğinden dikkate alınması gerekmektedir. Mahkemenin, dava dilekçesini ve duruşma gününü taraflara kendiliğinden tebliğ edip taraf teşkilini sağlanması, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun amir hükmü gereğidir. Yargılamanın sağlıklı bir biçimde sürdürülebilmesi, iddia ve savunma ile ilgili delillerin eksiksiz toplanıp tartışılabilmesi, itirazların yapılabilmesi, davanın süratle sonuçlandırılabilmesi, öncelikle tarafların duruşma gününden haberdar edilmesi ile mümkün olur. Kişinin hangi yargı merciinde duruşması bulunduğunu, hakkındaki iddia ve isnatların nelerden ibaret olduğunu bilmesi, 7201 Sayılı Tebligat Kanunu ve Tebligat Tüzüğünde açıklanan usule uygun tebligat yapılması ile sağlanabilir. O halde mahkemece duruşma açılıp alacaklıya duruşma gününü bildirir usulüne uygun davetiye tebliğ edilmeden, taraf teşkili sağlanmadan, varsa tarafların gösterecekleri deliller toplanmadan savunma hakkını kısıtlar biçimde dosya üzerinde inceleme yapılarak, alacaklının yokluğunda aleyhine hüküm kurulması isabetsizdir." (12.HD 24.09.2012, 16182/27590).

¹³⁴ Özkes, Hukuki Dinlenme Hakkı, s. 31.

¹³⁵ "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinde "Hukuki dinlenme hakkı" düzenlenmiştir. Buna göre davanın taraflarının, yargılama ile ilgili

me hakkı, kişiyi yargılamanın objesi değil, süjesi haline getirmektedir. Hukuki dinlenilme hakkı, her iki tarafa da eşit¹³⁶ olarak tanınan bir haktır¹³⁷. İlkın tarafların yargılamanın varlığından haberdar¹³⁸ edilmesidir¹³⁹. Müteakiben yargılamaya konu dava dosyası ile ilgili bilgi ve

bilgi sahibi olma, açıklama ve ispat hakkı bulunmaktadır. Maddenin gerekçesinde açıklandığı üzere bu hak, Anayasanın 36 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddelerinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.04.2010 gün ve 2010/11-195E. - 238K. sayılı usulden bozmayı kapsayan ilamının gerekçesinde aynen; "Yasanın aradığı anlamda oluşturulacak kararların hüküm fıkralarının, açık, anlaşılır, çelişkisiz, uygulanabilir olmasının gerekliliği kadar; kararın gerekçesinin de sonucu ile tam bir uyum içinde, o davaya konu maddi olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak; kısaca, maddi olgular ile hüküm arasındaki mantıksal bağlantıyı gösterecek nitelikte olması gerekir" ifadelerine yer verilmiştir. Nitekim, 07.06.1976 gün ve 3/4-3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde yer alan "Gerekçenin, ilgili bilgi ve belgelerin isabetle takdir edildiğini gösterir biçimde geçerli ve yasal olması aranmalıdır. Gerekçenin bu niteliği, yasa koyucunun amacına uygun olduğu gibi, kararı aydınlatmak, keyfiligi önlemek ve tarafları tatmin etmek niteliği de tartışma götürmez bir gerçektir" şeklindeki açıklama ile de aynı ilkeye vurgu yapılmıştır. Anılan husus kamu düzeni ile ilgili olup, gözetilmesi yasa ile hakime yükletilmiş bir ödevdir. Aksine düşünce ve uygulamaya, gerek yargı erki ile yargıcın, gerek mahkeme kararlarının her türlü düşünceden uzak, saygın ve güvenilir olması ilkesi ile bağdaşmaz. Belirtilen anayasal ve yasal düzenlemeler doğrultusunda, borçlu tarafından ileri sürülen itiraz sebeplerinin gerekçesiyle birlikte tek tek tartışılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, takibe (zorunlu takip arkadaşlığı), faize itiraz konularında gerekçe gösterilmeksizin itirazın reddine karar verilmesi isabetsizdir." (12.HD 31.05.2012, 812/18790).

¹³⁶ Özkes, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s.68.

¹³⁷ Yılmaz, Şerh, s.278.

¹³⁸ "Dava, menfi tespit istemine ilişkindir. Yerel mahkemece esas hakkında hüküm verilmesine yer olmadığına karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Davacı, icra dosyası üzerinden gönderilen üçüncü haciz ihbarnamesinin usul ve yasaya aykırı olduğunu beyanla, borçlu bulunmadığını tespit ile davalının %40 tazminatla sorumlu tutulmasına karar verilmesini talep etmiştir. Davalı, icra dosyasında yapılan işlemde herhangi bir kusuru olmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, aynı taleple icra hâkimliğine de başvurulduğu ve karar verildiği gerekçesiyle esas hakkında hüküm verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Dosya kapsamından; davacı vekiline yapılan duruşma gün ve saatinin bildirir davetیه tebliğinin hatalı olduğu anlaşılmalıdır. Şöyle ki; dava tensip zaptında duruşma günü 23.12.2010, saati 10.00 olarak belirlenmiş, dosyadaki tebligat parçasında da duruşma saati, 10.00 yazarken, davacı vekiline çıkartılan tebligata tensip zaptı sureti eklenmemiş ve tebliğatin davacı vekilinde kalan parçasında duruşma günü aynı iken saati 12.00 olarak belirtilmiştir. Dosyada ilk celse davacı asıl ya da vekili katılmaksızın karar verilmiştir. Bu durum, davacı tarafın yargılamaya katılma ve temsil hakkını dolayısı ile iddia ve savunma hakkını kısıtlar mahiyette olduğundan usul ve yasaya aykırı kararın bozulması gerekmiştir." (4.HD 14.06.2012, 8048/10470).

¹³⁹ Tarafın yargılamadan haberdar edilmesi, davetیه çıkartma veya ilan suretiyle yapılabilir. Yazılı tebligat yapılması olanağı varken, ilan yoluyla tebligat yapılması,

belgelere ulaşır, bunları inceleyebilme hakkı da hukuki dinlenme hakkının kapsamı içerisindedir. Dava sebebi, yani vakıalar açısından ise, dava temelini oluşturan hayat olaylarını açıklamaya yarayan ispat araçlarının tartışılabilmesi ve karşı tez geliştirilmesi için önem arz eder¹⁴⁰. Kısaca, hukuki dinlenme hakkı, vakıalar noktasında, üç temel esasa dayanmaktadır. Bunlar konumuz açısından, vakıaların açıklanması, dikkate alınması ve yargılama sırasında mahkemece bilgilendirilme hakkıdır.¹⁴¹ İddia ve savunmanın¹⁴² genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı sebebiyle bir takım sınırlamalar getirilmişse, bu hukuki dinlenme hakkına aykırılık oluşturmaz. Hukuki dinlenme hakkı, dava sebebi ile doğrudan ilgilidir. Zira davanın temelini oluşturan ve taraflarca getirilen vakıaların açıklanması¹⁴³ ve ispatı için mahkemece, taraflara uygun ve makul süre verilerek, hayat olayları müzakere edilmeli ki¹⁴⁴, hakikate ulaşılsın ve sübjektif hak korunsun¹⁴⁵, ancak bu halde toplumun hukuka itimadı ve hukuk güvenliği¹⁴⁶ sağlanabilir. Keza hukuki dinlenme hakkına riayet edilmesi yargılama hukukunun amacının sağlanması ile de doğrudan ilgilidir¹⁴⁷. Zira hukuki dinlenme hakkına uyulmadan yapılan yargılamada, dava sebebi olan vakıaların doğru şekilde tartışılması ve mahkeme tarafından anlaşılması mümkün olmayacağı gibi, somut olaya uygulanacak hukuki tavsif de eksik kalacaktır¹⁴⁸. Kaldı ki bu husus gerçeği söyleme yükümlülüğü ile de ilgilidir¹⁴⁹. Bu çerçevede, vakıaların ileri sürülmesi ve açıklığa kavuşturulması sınırlanmamalıdır¹⁵⁰. Vakıalar dışında, taraflarca da-

bilgilendirme hakkının dolayısıyla hukuki dinlenme hakkının ihlali anlamına gelir. Keza usulsüz tebligat da, hukuki dinlenme hakkının ihlali sayılır.

¹⁴⁰ "Davacı vekili müvekkilinin yeşil ışıkta geçtiğine dair tanık deliline dayanmış, tanık isimlerini bildirmiştir. Mahkemece davalı tanıkları dinlenmiş davacı tanıkları dinlenmemiştir. Maddi vakıanın belirlenmesi için davacı tanık listesindeki tanıkların usulüne uygun çağrılarak dinlenmesi ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru değildir." (17.HD 13.02.2007, 318/407).

¹⁴¹ Özekes, Hukuki Dinlenme Hakkı, s. 331.

¹⁴² Özekes, Hukuki Dinlenme Hakkı, s.35.

¹⁴³ Özekes, Hukuki Dinlenme Hakkı, s.33.

¹⁴⁴ Özekes, Hukuki Dinlenme Hakkı, s.33.

¹⁴⁵ Tuluay, s. 121.

¹⁴⁶ Özekes, Hukuki Dinlenme Hakkı, s. 41.

¹⁴⁷ Özekes, Hukuki Dinlenme Hakkı, s. 65.

¹⁴⁸ Özekes, Hukuki Dinlenme Hakkı, s. 66.

¹⁴⁹ Özekes, Hukuki Dinlenme Hakkı, s. 80.

¹⁵⁰ Özekes, Hukuki Dinlenme Hakkı, s. 122.

yanılmayan hukuki sebebin de tarafların müzakeresine açılması hukuki dinlenilme hakkı kapsamında kalacaktır. Aksinin kabulü, iddia ve savunma hakkına kısıtlama getirecektir¹⁵¹.

F. Hukukun Uygulanması İlkesi İle Dava Sebebi Kavramı Arasındaki İlişki

Bu ilke, aslında hâkim hukuku resen uygular hükmüdür (HMK. m.33)¹⁵². Davanın temelini oluşturan maddi vakıalar¹⁵³ bakımından somut olaya uygulanacak hukuk kurallarıdır¹⁵⁴. Maddi vakıaların hukuki niteliğini, hayat olayına uygulanacak hukuk kuralını araştırıp, bulma ödevi hakimindir¹⁵⁵. Hukuki sebepler, dava dilekçesinin unsur

¹⁵¹ Alangoya, İlkeler, s. 152.

¹⁵² "İİK'nun 65. maddesine dayanan gecikmiş itirazda, tebligatın usulüne uygun olarak yapılmış olması, ancak, muhatabın bir engel nedeniyle süresinde itiraz edememesi halinde gecikmiş itirazda bulunacak kişinin mazeretini gösterir delillerle birlikte, esasla ilgili itirazlarını ve dayanaklarını, engelin kalktığı günden itibaren üç gün içinde icra mahkemesine bildirmesi gerekir. Maddeden de anlaşılacağı üzere, gecikmiş itirazın ön koşulu, usulüne uygun bir tebligatın yapılmış olmasıdır. Usulsüz tebligatta ise, İİK.nun 65. maddesine göre yapılacak incelemeden farklı olarak, tebligat usulüne uygun olarak yapılmamıştır. Bu durumda, mahkeme, tebliğ işleminin 7201 Sayılı Kanun hükümlerine uygun olarak yapıp yapılmadığını inceleyecek ve aynı kanununun 32. maddesi gereğince öğrenme tarihine göre tebliğ tarihini düzeltecektir. Borçlunun dilekçesinde, gecikmiş itirazdan söz etmesi sonuca etkili değildir. Zira, HMK.nun 33. maddesi gereğince, hukuki sebebin ve uygulanacak yasa maddesinin tespiti hakim in görevine giren bir konudur (HGK.5.6.1991-1991/12-258E-344K.). Somut olayda, borçlunun başvuru dilekçesinde, ödeme emri tebligatı usulsüzlüğünü ileri sürmediği, ödeme emri tebliğ tarihinde şehir dışında olduğundan bahisle tebligattan ancak, döndükten sonra haberdar olduğunu belirterek İİK.nun 65.maddesine göre itirazının kabulünü talep ettiği görülmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere, mahkemece, tebligat usulsüzlüğüne ilişkin hukuki tasvir yapılması hali, bu hususun iddia edilmesine bağlıdır. O halde,mahkemece, borçlunun tebligatın usulsüzlüğüne yönelik şikayeti bulunmadığı dikkate alınarak İİK.nun 65.maddesi muvacehesinde işin esasını incelenerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir." (12.HD 13.10.2011, 2856/18899).

¹⁵³ Meriç, Tasarruf İlkesi, s.129.

¹⁵⁴ Özekes, Hukuki Sebep, s.761. ; "Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 15.12.2010 gün ve 2010/13-618 E, 2010/668 K. Sayılı kararında değinildiği gibi, sözleşmeden doğan bir ilişkinin bulunduğu hallerde sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmaz. Bu halde Borçlar Yasası'nın 189 ve devamı maddelerinde düzenlenen satıcının zapta karşı tekeffül hükümleri uygulanmalıdır." (20.HD 10.04.2012, 2011/10285, 2012/5515).

¹⁵⁵ "Davacının temlike konu edilen payları ölünceye kadar bakılması için bağış yapmak istediği halde tapuda satış gibi göstermek suretiyle intikal ettirdiğini ileri sürerek temlikin muvazaalı olduğu iddiasıyla eldeki davayı açtığı görülmektedir. Hemen belirtilmelidir ki, HUMK'nun 74 ve 76. maddeleri hükümlerine paralel düzenlemeler getiren 6100 sayılı HMK'nun 26 ve 33. maddelerine göre; olayları

ları arasında sayılmıştır. Ancak, bu husus doktrinde, dava sebebinden maksat vakia olduğu ve hukuki nitelemeyi hâkimin görevinden dolayı yapması gerekeceğinden¹⁵⁶ ötürü hukuki sebep belirtmenin dilekçenin zorunlu unsuru olmadığı¹⁵⁷, hiç belirtilmese de, hakimin re'sen hukuku uygulayacağı savunulmuştur¹⁵⁸. Buna karşın hukuki sebebin dava (taraf) dilekçelerinde¹⁵⁹ belirtmenin zorunlu olduğuna ilişkin görüş¹⁶⁰, hâkim hukuk resen uygular¹⁶¹ hükmüyle izah edilmeyeceği vurgusu da yapılmıştır¹⁶². Bu görüşe göre, hukuki sebep, yargılamanın esaslı bir unsurudur¹⁶³. HMK 119. maddesinde; dayanılan hukuki sebep, dava dilekçe içeriğinde sayılmış ve eksikliği herhangi bir müeyyideye tabii tutulmamıştır¹⁶⁴. Keza mülga 1086 sayılı HUMK döneminde hukuki sebep, dilekçe içeriğinde sayılmış olmasına karşın¹⁶⁵ (HUMK 179/2), dilekçede gösterilmesinin zorunlu olmadığı¹⁶⁶, hâkimin görevinden ötürü resen bunu uygulayacağı savunulduğu¹⁶⁷ gibi, hukuki

bildirmek ve ileri sürmek taraflara, bu kapsamda nitelemeyi yapmak ve belirlenecek hukuki tavsifle ilgili olarak tatbik edilecek kanun hükümlerini tespit ve tayin ederek uygulamak hakime aittir. Somut olayda, davacının yapmış olduğu temlikin iradi olduğu bir başka ifadeyle akdin satış gibi gösterilmesinin iradeyi fesada uğratan hukuki sebeplerden hiç biriyle illetli bulunmadığı, temlikin davacının bu konudaki sarih iradesi yönünde yapıldığı dosya kapsamıyla sabit olduğu gibi esasen bu husus davalıların da kabulündedir. O halde, TMK'nun 2. maddesi hükmündeki düzenleme karşısında; bir kimsenin kendi muvazaalı işlemine dayalı olarak hak elde etmesi ve bu konuda dava açması hukukça korunamayacağı gibi hakkın suiistimali olarak nitelendirilmesi gerekeceği de kuşkusuzdur. Hal böyle olunca; davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulü yönünde hüküm kurulması isabetsiz olduğu gibi kabule göre de davacı hem kendi payını hem de eşinde intikal eden miras payını davalılara temlik ettiğine göre her iki payın toplamından pay yerine ¼ payın kabul kapsamına alınmış olması da doğru değildir." (1.HD 30.04.2012, 2248/4855).

¹⁵⁶ Özkes, Hukuki Sebep, s. 747.

¹⁵⁷ Özkes, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s.114. ; Gökçen Topuz, Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Ankara 2012, s.118.

¹⁵⁸ Kuru, s.220 vd; Postacioğlu, s.506; Alangoya, İlkeler, s.5; Üstündağ, s.59a.

¹⁵⁹ Özkes, Hukuki Sebep, s.756.

¹⁶⁰ Özkes, Hukuki Sebep, s. 777.

¹⁶¹ Özkes, Hukuki Sebep, s.757.

¹⁶² Özkes, Hukuki Sebep, s.759.

¹⁶³ Özkes, Hukuki Sebep, s.749.

¹⁶⁴ Karşlı, s. 263.

¹⁶⁵ Üstündağ, s. 40.

¹⁶⁶ Postacioğlu, s. 506.

¹⁶⁷ Kuru, s.220.

sebebin gösterilmesinin zorunlu olduğu da vurgulanmıştır¹⁶⁸. Hatta hâkim gösterilen hukuki sebep dışında çözüm haline gidecekse¹⁶⁹, bu hususu bile taraflara bildirmelidir¹⁷⁰. Kanaatimizce bu durum hukuki dinlenilme hakkı ve sürpriz karar verme yasağı ile de ilgilidir¹⁷¹. Doktrinde, hâkimin aydınlatma ödevi kapsamında salt çelişkili ve mütenakız dava sebepleri hakkında hâkimin soru sorabileceği savunulmasına karşın kanaatimizce, hukuki sebepler noktasında da bir müphemiyet ya da çelişki varsa, hâkim aydınlatma ödevi kapsamında bu hususları da taraflara sorabilmelidir, yani hâkim, hukuki sebepler konusunda da taraflara soru sorabilecek ya da müzakere ortamı tesisi edebilmelidir¹⁷². Davacı dilekçesinde muvazaaya dayalı olarak hem tapu iptal tescil; hem de tenkis talebini terdit olmaksızın birlikte talep etmiş; ya da alacaklı davacı borçluya yaptığı ilamsız takibe davalı borçlu tarafından yapılan haksız itiraz üzerine takibin durduğu vakıasına (dava sebebi) dayalı olarak itirazın kaldırılması, itirazın iptali ve alacağın tahsilini birlikte talep etmişse, hâkim, taraflara hangi hukuki sebebe dayandığını açıklattırılmalıdır.

HMK 33. maddesinde bahsedilen Türk Hukuku kavramı ile kastedilen pozitif hukuktur. Yani hâkim, mevzuat, örf ve adet hukukunu bütün halinde uygulamalıdır. Hakimin, hukuku resen araştırıp bulma ödevinin kapsamı yalnızca mevzuatla sınırlı değildir. Keza hakim mahkemeye sunulan hayat olayını, ilişkiler yumağını¹⁷³, görevinden ötürü her hukuki sebep zemininde tetkik etmeye ve ona en uygun hukuki kılıfı giydirmeye görevlidir¹⁷⁴. Davacının somut davayı hukuki tavsif ya da nitelendirmede hata yapması, davanın reddini tazammun etmemelidir.

¹⁶⁸ Özkes, Hukuki Sebep, s.759. "Taraflar, ileri sürdükleri iddia ve savunmalarını haklı kılan ya da onların dayanağı olan hukuki sebepleri bildirmek zorundadır." Benze görüş için bkz. Gürdoğan, Kesin Hüküm İtirazı, s.79. "Kanun hukuki sebeplerin hülasasının da arzualde gösterilmesini istemiştir."

¹⁶⁹ Alangoya, İlkeler, s.159.

¹⁷⁰ Özkes, Hukuki Sebep, s.769. ; Alangoya, İlkeler, s.152 vd.

¹⁷¹ Özkes, Hukuki Sebep, s.768.

¹⁷² Alangoya, İlkeler, s.152.

¹⁷³ Alangoya, İlkeler, s. 99.

¹⁷⁴ Tuluay, s. 130.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

III. Dava Sebebi Kavramının Dava Şartları Işığında Tetkiki

A. Dava Sebebi Kavramının Derdestlik İle İlişkisi

Bir davanın açılması ve halen görülmekte olmasına derdestlik denir. Bu süreç, davanın açılmasıyla başlayıp, dava sonucunda verilen hüküm, şekli anlamda kesinleşene kadar olan süredeki askı durumudur¹⁷⁵. Birinci davanın derdest olması demek, ikinci davanın açıldığı tarihte birinci davanın henüz karar bağlanmamış olması veya karara bağlanmış olmakla beraber, verilen kararın henüz kesinleşmemiş olması demektir¹⁷⁶. Kısaca derdestlik, ikinci davanın açılması ile başlayıp, birinci dava şeklen kesinleşinceye kadar devam eden bir süreçtir¹⁷⁷. Açılan ve halen görülmekte olan her iki davanın aynı dava olması, taraf, dava konusu (talep) ve dava sebebinde ayniyet olmasına bağlıdır. Medeni yargılamada, bir davanın ikame edilip, halen görülmekte iken, aynı konu, sebep ve aynı taraflar arasında ikinci bir dava açılması ihtimalinde derdestlik söz konusu olur¹⁷⁸. Derdestlik, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinde açıkça dava şartı olarak kabul edilmiştir. Bu değişiklik, yerinde olmuştur. Zira aynı davanın ikinci kez görülmesi¹⁷⁹ zaman ve ekonomik kayıplara, çelişik kararların verilmesine, kötü niyetli davranışları önleyerek, kamu düzeninin korunmasına katkı sağlayacaktır. Keza dava şartı olarak derdestlik, tek yargılama, tek hüküm ilkesinin gerçekleştirilmesine de hizmet edecektir. Derdestliğin, dava sebebi ile olan ilgisi çok yakın ve günceldir. Zira bir davada derdestliğin oluşabilmesi, her iki davanın tarafları, netice-i talep ve dava sebebinin aynı olmasına bağlıdır¹⁸⁰. Dava sebebi bakımından ikinci dava ile birinci davadaki yaşam olay-

¹⁷⁵ Tanrıver, s.5.

¹⁷⁶ Tanrıver, s.43.

¹⁷⁷ Tanrıver, s.51.

¹⁷⁸ Kuru, s.244.

¹⁷⁹ "Derdestlik itirazının yasaya konuluş nedeni aynı davanın yeniden açılıp görülmesinde davacı veya davalıların hiçbir hukuki yararının bulunmamasıdır. Bu anlamda derdestlik itirazı ile kesin hüküm arasında ayniyet bulunmaktadır." (21. HD 17.10.2006, 2973/10138).

¹⁸⁰ Tanrıver, s. 60 vd; Yılmaz, Şerh, s.767. ; "Kısmi dava aynı zamanda taraflar arasındaki alacağın tespiti niteliğindedir. Taraflar arasındaki ilk dava kısmi, ikinci dava ise ek dava olup, iki davanın aynı olduğundan söz edilemez." (9.HD 06.10.2008, 29856/25201).

ları aynı ise dava sebebi¹⁸¹ bakımından birliktelik söz konusu olacaktır¹⁸². Buna göre; dava temelini oluşturan, davacının talep sonucunu haklı göstermeye yarayan maddi vakıalar¹⁸³, her iki davada aynıyetlik göstermelidir¹⁸⁴. Hukuki sebepler değil, maddi vakıalar müttehit ise, sebep aynı sayılıp, derdestlik durumu doğacaktır.

B. Dava Sebebi Kavramının Kesin Hüküm İle İlişkisi

Kesin hüküm dava şartıdır. Kesin hükümle sonuçlanan bir dava, taraflar ve bütün mahkemeler için bağlayıcıdır¹⁸⁵ ve bu bağluluk kamu düzeni¹⁸⁶ ile ilgilidir¹⁸⁷ Kesin hükmün taraflar bakımından bağlayıcılığının sebeplerinden birisi, dava sebebi, yani vakıaların taraflarca getirilmesi ilkesine bağlanmıştır¹⁸⁸. Kesin hükmün bağlayıcılığı, hem kişiler hem de devlet için hukuki durumda istikrar yaratır¹⁸⁹. Hukuki

¹⁸¹ “İki davanın aynı dava olmasından kastedilen, tarafları, konusu ve dava sebebinin aynı olmasıdır. Dava sebebinin ise, hukuki sebepler değil, davanın dayanağını oluşturan vakıaların aynı olması gerekir.” (3.HD 18.01.2011, 2010/22984, 2011/221).

¹⁸² Tanrıver, s.95.

¹⁸³ Tanrıver, s.93 vd.

¹⁸⁴ Tanrıver, s. 96; “Somut olayda, derdest bulunduğu ileri sürülen afyon 1. Asliye Hukuk Mahkemesine ait 2007/ 306 E. Sayılı davada da, eldeki davada olduğu gibi, meydana gelen arızalar nedeniyle aracın ayıpsız olan yenisi ile değiştirilmesi talep edilmiş ise de, eldeki davada, araçta ilk dava tarihi olan 2.8.2007 tarihinden sonra meydana gelen ve ilk davada doğal olarak dava sebebi yapılmamış olan 2.10.2007 ve 16.10.2007 tarihli arızalar da dava sebebi olarak gösterilmiş olup, her iki davanın tarafları ve konusu aynı ise de, sebepleri farklı olduğundan dava sebebi itibari ile derdest bir davadan söz etmek mümkün değildir.” (13.HD 23.03.2009, 887/3788).

¹⁸⁵ Meriç, Kesin Hüküm, s.381. “Maddi anlamda kesin hüküm, hükmün olağan kanun yollarına başvurularak değiştirilememesi, daha sonra tekrar dava edilememesi ve daha sonraki davada bağlayıcı olmasıdır. Bu kanuni gerçeklik dolayısıyladır ki, hükümdeki tespitler tarafları ve bütün mahkemeleri bağlar ve aynı konu hakkında aynı taraflar arasında sonraki yargılamada hüküm kurulamaz.”

¹⁸⁶ “Dava sebebi ile kastedilen ise, hukuki sebep olmayıp, davada dayanılan maddi vakıaların aynı olmasıdır. kesin hüküm, kamu düzenine ilişkin olup, taraflarca yargılamanın her aşamasında öne sürülebilen, istek olmasa bile mahkemelerde de resen gözetilmesi gereken olumsuz dava koşuludur ve hükmün taraflarını, tarafların haleflerini bağlar.” (HGK, 30.01.2008, 7-30/43).

¹⁸⁷ Gürdoğan, s.95. “Kararların maddi anlamda kesinliği amme intizamına dahildir. Bu sebeple, kesin hükmü hakim in re’ sen nazara alabilmesi ve tarafların kesin hüküm itirazını dermeyandan feragat edememeleri gerekir.”

¹⁸⁸ Nevhis, Deren-Yıldırım, Kesin Hükümün Subjektif Sınırları, İstanbul 1996, s.39.

¹⁸⁹ Meriç, Kesin Hüküm, s.402. “Bu bağluluk etkisi, mahkeme kararının içeriğini geleceğe yönelik olarak korumaktır. Zira sona eren yargılama hukuki barışı yeniden sağlamalı ve hukuki güvenliği garanti etmelidir.”

güvenlik ve yargı erkine güven kesin hüküm müessesesi ile sağlanır¹⁹⁰. Kesin hükmün bu amacı iki türlü kesin hükümle gerçekleşir. Bir kararın şekli anlamda kesinliği söz konusu karara karşı olağan kanun yollarının tüketilmesidir ki, bir karar şekli anlamda kesinleşince, yani öngörülen tüm kanun yollarının tüketilmesi, görülmekte olan davanın sona erdiği anlamına gelir¹⁹¹. Maddi anlamda kesin hüküm ise, kararın yeniden çekişme konusu yapılamamasını tazammun eder¹⁹². Maddi anlamda kesin hüküm¹⁹³, karara tanınan kanuni hakikat vasfıdır¹⁹⁴. Bu vasa mazhar olan karar hakkında tekrar dava açılamaz, dava mevzuu yapılamaz¹⁹⁵. Keza, kesin hüküm ancak konusunu teşkil eden husus hakkında muteberdir. Kesin hükmün mevcudiyeti için üç şeyin mecmuu gerekir¹⁹⁶. Bunlar taraflar, dava konusu ve dava sebebi, yani vakıaların müttehit olması¹⁹⁷, birleşmesi yahut aynı olması

¹⁹⁰ Gürdoğan, s.29.

¹⁹¹ Gürdoğan, s.29.

¹⁹² Gürdoğan, s.52. "Kesin hükmün menfi neticesi, kesin hükme iktiran eden mesele hakkında yeni bir dava açılamamasıdır."

¹⁹³ Karlı, s.475.

¹⁹⁴ Gürdoğan, s.29.

¹⁹⁵ "Bilindiği üzere, maddi anlamda kesin hüküm, yargısal (kazai) kararlara tanınan yasal gerçeklik (hakikat) vasfıdır. Bu vasıf yargısal (kazai) kararların gerçeğe (hakikate) uygun olarak verildiğinin kabul edilmesini zorunlu kılar. Kesin hüküm kuralı, haklı ve adil kararların korunması yanında, kişiler arasındaki çekişmelerin sonsuza dek devam etmesini önlemek, toplumun istikrar ve düzenini sağlamak, hukukun ve yargının güvenilirliğini korumak amacıyla kabul edilmiştir. Bütün yasal yollar kapandıktan ve verilen hüküm kesinleştikten sonra aynı davanın tekrar yargı önüne getirilmesi toplumda sonu gelmeyen çekişmelere, huzursuzluklara, istikrarsızlıklara, kazanılmış hakların her zaman ortadan kaldırılabileceği endişesine neden olur. Çelişkili kararların çıkmasına sebebiyet verir. bu itibarla, tarafları, mevzuu ve sebebi aynı olan Devletin iştiraki, hakim tarafsız araştırması ve iradesi ile kurulan, tüm yasal yollardan geçmek suretiyle; diğer bir anlatımla şekli yönüyle de kesinleşen önceki hükmün korunmasında kamunun büyük yararı bulunmaktadır." (3.HD 06.06.2012, 10195/14444).

¹⁹⁶ "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 303. maddesi uyarınca her iki davanın taraflarının, dava sebebinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması halinde kesin hükmün koşullarının oluştuğunun kabulü gerekir." (10.HD 29.11.2011, 12893/16535).

¹⁹⁷ "Maddi anlamda kesin hükmün koşulları HUMK m. 237'de açıklanmıştır. Bunlar; dava konularının, dava nedenlerinin ve yanlarının aynı olmasıdır. Somut olayda görülmekte olan dava ile daha önce görülen davanın yanlarının aynı olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Kesin hükmün ikinci koşulu olan müddeabih, dava konusu yapılmış olan hak, yani dava ile elde edilmek istenen sonuçtur. Önceki dava ile yeni davanın konularının aynı olup olmadığını anlamak için hakim eski davada verilen kararın hüküm fıkrası ile yeni davada ileri sürülen talep sonucunun karşılaştırılması gerekir. Eski ve yeni davanın konusu olan maddi şeyler fiziki bakımdan aynı olsa bile, bu şeyler üzerinde talep olunan haklar deği-

gerekir¹⁹⁸. Konumuz bakımından önem arz eden elbette ki, dava sebebi, yani vakıalar olup, kesin hükümde dava sebebinin, talep neticesini haklı kılmaya yönelik vakıalar olduğu belirtilmiştir.¹⁹⁹ Ancak, maddi anlamda kesin hükümde, dava sebebi sadece davaya getirilen bütün vakıalar olarak anlaşılması gerektiği de savunulmuş²⁰⁰, gerekçe olarak ise, kesin hükümde dava sebebi olan vakıaların, hâkim tarafından hukuki sebepler içerisinde altlamaya uğrayacağı vurgusu yapılmıştır. Buna karşın, hukuki altlamadan sonra aynı vakıalara dayanılarak, değişik hukuki sebepler tahtında²⁰¹, ikinci bir davaya kesin hükmün engel olacağı da savunulmuş²⁰², kesin hüküm için dava konusu ve tarafların aynı olması karşısında, belirleyici unsurun vakıa olduğu vurgulanmıştır²⁰³. Kanaatimizce, hukuki altlama görüşünü, HMK 33. maddesindeki hâkim hukuku re'sen uygular hükmüyle

şikse, müddeabihler aynı değil demektir. Kesin hükmün üçüncü koşulu ise davanın sebebinin aynı olmasıdır. Dava sebebi, hukuki sebep olmayıp, davacının davasını dayandırdığı vakılardır. Öyle ise, her iki davanın da dayandığı maddi vakıalar aynı ise, diğer iki koşulun da bulunması halinde kesin hükmün bulunduğundan söz edilebilir. Somut olayın bu açıdan incelenmesinde, ilk davada davacı, davalı bankaya off-shore talimatı vermediğini, aksine davalı banka ile mevduat sözleşmesi yapmak istediği halde talimatı dışında off-shore hesabı açıldığını belirterek paranın iadesi talebi ile alacak talebinde bulunmuştur. Eldeki davada ise off-shore hesabı nedeniyle zarara uğradığı, bu zararın davalı bankanın taahhüt ve garantileri ile yönlendirilmesi sonucu açılan off-shore hesabından kaynaklandığı olgusuna dayalı olarak tazminat talep edilmiştir. Açıkça görüldüğü üzere iki dava açısından dayanan maddi olgularda farklılık bulunmakta olup iki dava arasında sebep birliği mevcut olmadığından; ilk davanın eldeki dava yönünden kesin hüküm teşkil ettiğinden söz edilemez." (HGK, 03.03.2010,11- 75/121); (HGK, 05.07.2006, 19-505/504).

198

Tanrıver, s.38.

199

Gürdoğan, s. 79.

200

Meriç, Kesin Hüküm, s.397. "Kesin hükümde dava sebebi (vakıalar), hakim tarafından hukuki sebep içerisinde altlamaya uğrar. Yargılamadaki altlama faaliyetinden sonra artık dava sebebi, dava açılırken getirilmiş olan dava sebebinin aynısı değildir. Çünkü hakim getirilmiş vakıalar üzerinde altlama faaliyetini yaparken çalışmış ve davacının iddia ettiği hakka sahip olup olmadığını ve eğer davacı getirdiği vakılardan dolayı bir hakka sahipse, hangi hukuki sebepten dolayı bu hakka sahip olduğunu tespit etmiştir. bundan dolayı da hükmünde üzerinde çalışılan vakıalar hukuki sebep ile bir bütün oluşturur.

201

"Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir. Anılan dava ile eldeki davanın konusu aynıdır. Nevarki, tarafları farklı olduğu gibi, ileri sürülen hukuki sebep yönünden, davanın doğmayan bir hakka dayalı olarak açıldığı anlaşılmaktadır. Öyle ise davalılar arasında sebep birliğinin varlığından söz edilemez. Bu durumda, red ile sonuçlanan önceki davanın elde dava bakımından HUMK'nun 237. maddesi anlamında kesin hüküm oluşturduğu söylenemez." (1.HD 22.06.2006, 5914/7327).

202

Gürdoğan, s.80.

203

Gürdoğan, s.81.

açıklamak gerekecektir. Zira hâkim önüne getirilen dava sebebini²⁰⁴, yani hayat olaylarını tüm hukuki sebepler ışığında tetkik etmek zordur²⁰⁵. Bu hâkime verilen bir görevdir²⁰⁶. Taraftan hukuki sebebi bilmesi beklenemez. İşte hâkimin davaya getirilen vakıalara binaen yaptığı yargılama sonunda verdiği hüküm, maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiğinden²⁰⁷, kesin hüküm müessesinde, davanın gerçek sebebi vakılardır²⁰⁸. Zira hükmün dayandırıldığı esas, tüm hukuki sebepler süzgecinden geçirilen hayat vakıalardır²⁰⁹. Kanaatimizce, kesin hükümde dava sebebini, salt vakıa olmadığına ilişkin görüş, hukuki altlamadan²¹⁰ ziyade, hukuki sebeple birleşen vakıanın²¹¹ ya da salt vakıaların²¹² taraflarca açıkça ya da zımnen yargılamaya getirilmemesi ile alakalıdır²¹³. Zira hakim getirilmeyen vakıaları re'sen nazara alamayacaktır²¹⁴. Kaldı ki, hukuki altlama görüşüne göre de

²⁰⁴ "Dava sebebi, hukuki sebep olmayıp, davacının davasını dayandırdığı vakılardır. Öyle ise, her iki davanın da dayandığı maddi vakıalar (olaylar) aynı ise, diğer iki koşulun da bulunması halinde kesin hükmün bulunduğundan söz edilebilir." (HGK; 02.11.2011, 2-561/668).

²⁰⁵ Üstündağ, s.27.

²⁰⁶ Meriç, Tasarruf İlkesi, s.80 vd.

²⁰⁷ Bir maddi vakıanın (dava sebebini) birden fazla hukuksal nedene dayalı olarak ileri sürülmesi hali, doktrin ve uygulamada mütelahik dava olarak adlandırılmaktadır. Bu nitelikteki davalarda mahkemece, davaya uygulanması gereken yasa maddelerinden (hukuksal nedenlerden) sadece birine göre inceleme yapılarak davanın reddi halinde, ilk davada incelenmemiş olan kanun hükümlerine dayanarak yeni bir dava açılması mümkün olmayıp, açılmış ise kesin hüküm nedeniyle reddedilmelidir. Bu durumda davacının iş bu davanın mesnedi olan iki aylık kira bedeline ilişkin keşide edilen çeklerin karşılıksız çıkması olgusunun ilk davada verilen ve kesinleşen red kararının kapsamında kaldığı, mezkur red kararının yukarıda yapılan açıklamalar da gözetildiğinde, aynı maddi vakıaya dayalı olarak açılan iş bu dava bakımından kesin hüküm niteliğinde bulunduğu kabulü zorunludur." (11.HD 25.12.2008, 12577/14418).

²⁰⁸ Kuru, s. 235. "Zira, hakim, bu vakıalarla bağlı olduğu, bunlar dışındaki vakıaları kendiliğinden re'sen nazara alamadığı için, birinci davada yalnız o vakıalara inhisar etmek üzere inceleme yapmış ve yalnız o vakıalara dayanarak kararını vermiştir. Şu halde, kesin hüküm de sadece o vakıalar bakımından mevcuttur."

²⁰⁹ Üstündağ, s.33.

²¹⁰ Özekes, Hukuki Sebep, s.759.

²¹¹ Özekes, Hukuki Sebep, s.759.

²¹² Meriç, Tasarruf İlkesi, s.79.

²¹³ Postacıoğlu, s.514.

²¹⁴ "Davacı tarafından açılan ilk dava olan Konya 1. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2000/987-2002/871 sayılı davada dayanan maddi vakıa, paranın davalı uhdesinde olduğuna yönelik iken, işbu dava davalının çalışanlarının yönlendirmeleri sonucu paranın off-shore hesabına aktarıldığı iddiasına dayalı olarak açılmıştır. Kesin hükümden söz edilebilmesi için, tarafların ve müddeabihin aynı olmasının yanı sıra dava sebeplerinin de aynı olması gerekir, dava sebebinden maksadın ise

hâkim, çekişmeyi öncelikle hukuki açıdan çözmek zorundadır²¹⁵. Bu görüşe göre; hâkim önüne getirilen vakıaları, haksız fili, haksız zenginleşme hükümleri çerçevesinde tetkik etmeyip²¹⁶, salt sözleşmeye aykırılık hukuki sebebi zemininde inceleyip karara bağlamış ise, burada kesin hüküm, sadece sözleşmeye aykırılık sorumluluğu ile sınırlıdır. Zira davada ileri sürülen taleplerden, sadece hükme bağlanmış, tetkik edilmiş olanlar hakkında kesin hüküm mevzu bahis olur²¹⁷. Yani kesin hüküm otoritesinin bağlayıcılık güç ve vasfının, ancak ve ancak kesin hüküm mevzusu²¹⁸ ile kaim olarak sınırlılığı maddenin içeriğinde mündemiçtir²¹⁹. Bu sebeple, maddi anlamda kesin hüküm-

hukuki sebepler değil, bilakis davanın dayanağı olan vakıalar olduğu yerleşmiş yargı kararları ve ağırlıklı doktrin görüşleriyle ortaya konulmuştur. Bu durumda, kesin hüküm bakımından davanın gerçek sebebi vakıalardır. Çünkü hakim, bu vakıalarla bağlı olduğu ve bunlar dışındaki vakıaları re'sen nazara alamadığı için (HUMK'nun 75,1 md.), birinci davada yalnız o vakıalar için inceleme yapmış ve yalnız o vakıalara dayanarak kararını vermiştir, şu halde kesin hüküm yalnızca o vakıalar bakımından oluşmuştur. Buna karşılık aynı taraflar arasında, aynı konuda açılan ikinci davanın dayandığı vakıalar, birinci davada ileri sürülen vakılardan farklı ise, birinci dava sonucunda alınan hüküm ikinci davada kesin hüküm teşkil etmez ve ikinci dava mesmudur; çünkü iki dava arasında sebep birliği mevcut değildir. (11. HD. 2007/5750-2009/473K. bu doğrultudadır.) Somut olayda, ilk açılan davanın dayandığı maddi vakıa ile işbu temyize konu davanın dayanağı maddi vakıa arasında bir ayniyet bulunmadığından, mahkemece, işin esasına girilerek karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığından, dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bent dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir." (11.HD 20.10.2009, 2008/396, 2009/10698).

²¹⁵ Meriç, Kesin Hüküm, s. 413.

²¹⁶ Meriç, Tasarruf İlkesi, s. 79.

²¹⁷ Özkes, Hukuki Sebep, s.765. "Aynı maddi vakıalar, farklı hukuki sebeplerle olsa da aynı hukuki sonuca götürüyorsa ciddi bir sorun ortaya çıkmaz. Ancak aynı maddi vakılardan hareketle, ancak farklı hukuki sebeplere dayanarak farklı sonuçlara da ulaşılabilir."

²¹⁸ Gürdoğan, s.38. ; Meriç, Kesin Hüküm, s.392.

²¹⁹ "Bir mahkeme kararının gerekçesi, o davaya konu maddi olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlerle ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyar; kısaca, maddi olgular ile hüküm arasındaki mantıksal bağlantıyı gösterir. Tarafların o dava yönünden, hukuk düzenince hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri ve Yargıtay'ın hukuka uygunluk denetimini yapabilmesi için ortada usulüne uygun şekilde oluşturulmuş, hükmün hangi nedenle o içerik ve kapsamda verildiğini ayrıntılarıyla gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuyla yer vermeyecek açıklıkta bir gerekçe bölümünün bulunması zorunludur. Bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılması gerektiğini öngören Anayasa'nın 141/3 . maddesi ve ona koşut bir düzenleme içeren 6100 Sayılı HMK'nun 27 ve 297. maddeleri işte bu amacı gerçekleştirmeye yöneliktir. Öte yandan, bazen bir mahkeme

de, dava sebebi, hükmün dayandırıldığı vakialardır²²⁰. Hukuki altlama görüşünden hareket edersek; A, İzmir'deki işletmesinde ürettiği malların Ankara'ya teslimi için B firması ile taşıma sözleşmesi yapmıştır. B, C' ye ait kamyonla malları taşıtırken aracın yolda trafik kazasına karışması üzerine A, uğradığı zarar için trafik kazası vakiasını, haksız fiil hukuki sebebine müsteniden B'ye karşı açtığı davada, mahkemece, salt haksız fiil hukuki sebebi çerçevesinde yapılan yargılamada; B'nin sorumlu olmadığına karar verilip, karar şekli anlamda kesinleşse, A'nın aynı vakia²²¹, yani trafik kazasına dayanarak bu kez sözleşme hukuki sebebi tahtında zararının giderilmesi talep etmesi halinde, ilk davada verilen karar, bu davada maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecektir. Zira ilk davadaki dava sebebi, yukarıda savunulan hukuki altlama görüşü ekseninde, hukuki altlamadan dolayı haksız fiil sorumluluğu ile sınırlıdır. Hukuk yargılamasında

kararının, başka bir dava yönünden kesin hüküm veya güçlü delil oluşturup oluşturamayacağı gibi konularda yapılacak hukuksal değerlendirmelerin sağlıklı olabilmesi de, o kararın yukarıda açıklanan nitelikte bir gerekçeyi içermesiyle mümkündür (Hukuk Genel Kurulu'nun 18.10.2006 tarih ve 2006/11620 E. - 2006/659 K. sayılı kararı)." (12.HD 10.07.2012, 6365/24186).

²²⁰ "Maddi anlamda kesin hükmün unsurları HUMK.'nun 237 nci maddesinde sayılmıştır. Buna göre, tarafları, konusu ve dava sebebi aynı olan bir davada verilen karar kesin hüküm haline geldiğinde artık aynı taraflar arasında, aynı konuda ve aynı hukuki nedene dayalı olarak yeni bir dava açıldığında kesin hüküm itirazı ile karşılaşır ve esasa girilmeden dava şartı yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilir. Bir başka deyişle, kesin hükümden söz edilebilmesi için, tarafların ve müddeabihin aynı olmasının yanı sıra dava sebeplerinin de aynı olması gerekir, dava sebebinden maksadın ise hukuki sebepler değil, bilakis davanın dayanağı olan vakialar olduğu yerleşmiş yargı kararları ve ağırlıklı doktrin görüşleriyle ortaya konulmuştur. Bu durumda, kesin hüküm bakımından davanın gerçek sebebi vakialardır. Çünkü hakim, bu vakialarla bağlı olduğu ve bunlar dışındaki vakiaları re'sen nazara alamadığı için (HUMK'nun 75,1 md.), birinci davada yalnız o vakialar için inceleme yapmış ve yalnız o vakialara dayanarak kararını vermiştir, şu halde kesin hüküm yalnızca o vakialar bakımından oluşmuştur. Buna karşılık aynı taraflar arasında, aynı konuda açılan ikinci davanın dayandığı vakialar, birinci davada ileri sürülen vakialardan farklı ise, birinci dava sonucunda alınan hüküm ikinci davada kesin hüküm teşkil etmez ve ikinci dava mesmudur; çünkü iki dava arasında sebep birliği mevcut değildir." (11.HD 17.11.2009, 2008/2387, 2009/11967); Kuru, s. 237. "İki davanın sebeplerinin aynı olup olmadığını tespit ederken, hukuki sebebin aynı olup olmadığı ile hiç meşgul olmaksızın, doğrudan doğruya iki davanın dayanağı olan vakiaların aynı olup olmadıklarının incelenmesi, bizi daha basit, çabuk ve aynı zamanda emin bir şekilde neticeye götürmektedir."; Gürdoğan, s. 95. "Kesin hüküm itirazı bakımından dava sebebi, talep neticelerinin müstenidi olan vakialardır. Bu sebeple, vakialar aynı ise, bunların hukuki tavsiflerinin farklı oluşuna bakılmayarak, dava sebeplerinin de aynı olduğunu kabul etmek lazımdır."

²²¹ Gürdoğan, s.80 vd.

hâkim taraflarca önüne getirilen hayat olaylarını her hukuki sebep tahtında incelemekle ödevlidir²²². Hukuku uygulamak hâkimin asli işidir. Somut vakıya belirli bir hukuki sebebin uygulanması noktasında taraflar hâkimi sınırlayamaz²²³. Zira tarafların hukuki sebebi yanlış göstermesi yahut hiç belirtmemesi tarafların getirdiği somut vakıya uygun ve doğru hükmü uygulamasından hakimi alıkoyamayacaktır²²⁴. Kesin hükümde dava sebebi noktasında belirleyici unsur vakıalardır²²⁵. Kaldı ki, yukarıdaki örnekte, taraflar sözleşme vakıasını (hukuki muamele) davaya getirmedikleri için²²⁶ hâkim, sözleşme ilişkisine muttali olamadığından²²⁷, somut uyuşmazlığı re'sen sözleşme, yani borca aykırılık hukuki sebebi tahtında tetkik etmesi de mümkün olmayacaktır²²⁸. Benzer şekilde, hukuki atılma görüşüne göre, mülkiyetindeki taşınmaz içinde ya da yakınındaki araziden çıkan kaynak suyunu bent yaparak diğer sakinlerin kullanımına engel olan A'ya karşı ihtiyaç sahipleri tarafından salt haksız fiil ya da mülkiyet hukuki sebepleri bağlamında ikame edilen davanın, hukuki himayeye mazhar görülmemesi, hukuki atılma görüşü zemininde, somut uyuşmazlığın, komşuluk yahut sular rejimi hukuki sebepleri zemininde incelenmesine engel olmayacaktır.

C. Dava Sebebi Kavramının Hukuki Menfaat İle İlişkisi

Her maddi vakıa hukukça değeri haiz değildir. Zira hukuk, her maddi vakıaya hukuki sonuç bağlamamıştır²²⁹. Yargılamanın amacı

²²² Üstündağ, s.56.

²²³ Yılmaz, Şerh, s.360.

²²⁴ Özkes, Hukuki Sebep, s. 759 vd. ; Üstündağ, s. 59a.

²²⁵ Üstündağ, s.176. "Hukukumuz sisteminde durum gayet basittir. Davacı ikinci davasını, önceki davada ileri sürdüğü maddi vakıalara dayanarak aynı netice-i talep ile birlikte olarak, aynı davalıya karşı ileri sürecek olursa, bu davaya karşı davalının kesin hüküm defii mevcut bulunmaktadır. Aynı netice-i talebi, aynı hukuki sebebe dayansa bile, önceki dava vakıalarından farklı olan maddi vakıalara dayanarak inşa eden davacının davasına karşı ise mevzubahis defii kullanılamayacaktır."

²²⁶ Özkes, Hukuki Sebep, s.762.

²²⁷ Özkes, Hukuki Sebep, s.764.

²²⁸ Özkes, Hukuki Sebep, s.760.

²²⁹ "Tespit davasının konusunu ancak bir hukuki ilişki oluşturabilir. Tespit hükmü, hak ve alacakların doğduğu hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığını tespit etmekte olup, miktarları hakkında bir şey içermez. Bu nedenle uygulamada, konusu, yalnızca maddi vakıa yada vakıalar olan tespit davalarının dinlenemeyeceği sonucuna varılmıştır. Kural olarak maddi vakıa yada vakıalar ancak hukuki bir ilişki ile birlikte tespit davasına konu olabilirler." (7.HD 06.03.2007, 691/761).

kendisinden hukuki himaye talep eden kişilerin sübjektif haklarına himaye sağlamaktır. İşte burada dava sebebi anlamındaki hayat olayının hukukça değeri haiz, hukuki değerlendirmeye elverişli olması gerekir²³⁰. Bu sebeple dava şartı olan hukuki menfaat noktasında, hakkın himayeye mazhar görülmesi²³¹, söz konusu hakkın hukuki nitelikleri itibariyle hukuki sonuç doğurmaya elverişli maddi vakıaların tahakkukuna bağlıdır²³². Çünkü iddianın vücut bulmasına sebep evvela maddi olaylardır. Hayat olayı olmadan ne hukuki sebep ne de netice-i talep varit olur²³³. Talebe konu hak, ancak bir vakıaya dayanılarak ileri sürülebilecektir. Hakkın davada ileri sürülebilme şartı, hayat olayına istinaden sübjektif hakkın hukuken himaye edilmesidir²³⁴. Bundan ötürü, vakıaların bu talebi haklı kılmaya elverişli ve hukukça değeri haiz olması gerekir²³⁵. Zira hukuki himayeye dair karar, adli hakikati temsil edeceğinden, adli hakikat vasfını haiz kesin hüküm otoritesine mündemiç hükümle birlikte bütünlük arz eden vakıalardır²³⁶. İşte bu

²³⁰ Yılmaz, İslah, s.149.

²³¹ Yılmaz, Şerh, s. 766.

²³² Tuluay, s.115.

²³³ Meriç, Tasarruf İlkesi, s.95 vd.

²³⁴ Emel Hanağası, Davada Menfaat, Ankara 2009, s.140.

²³⁵ "Hukuki yararın varlığı, dava koşulu niteliğinde olup ; mahkemece, kendiliğinden göz önünde tutulur.

Dava, hakkın ihlali nedeniyle mahkemeden hukuki korunma istemidir. Dava hakkı da, hukuki yarar ile sınırlıdır. Davacı, ihlal edildiğini ileri sürdüğü hakkını elde edebilmek için mahkeme kararına muhtaç bulunmalıdır. Bu bağlamda, hukuki korunmada, (davada) zorunluluk olmalıdır. İdeal veya geleceğe dönük bir yarar yeterli değildir. Kural olarak, eda davalarında hukuki yararın varlığı asıldır ve ayrıca bu yönde bir ispat yükümlülüğü yoktur. Tespit davalarında ise; hukuki ilişkinin varlığının, 'hemen' tespit edilmesinde davacının korunmaya değer bir hukuki yararının bulunması gerekir. Bu da, üç şartın birlikte varlığına bağlıdır : 1-Davacının bir hakkı veya hukuki durumu, güncel (halihazır) bir tehlike ile tehdit edilmiş olmalı; 2-Bu tehdit nedeniyle, davacının hukuki durumu tereddüt içinde olmalı ve bu husus davacıya zarar verebilecek nitelikte bulunmalı ; 3-Yalnız kesin hüküm etkisine sahip olup, cebri icraya yetki vermeyen (icraya konulamayan) tespit hükmü, bu tehlikeyi ortadan kaldırmaya elverişli olmalıdır. Somut olayda; davacının hukuki durumunun güncel bir tehlike altında olmadığı, buna bağlı olarak hukuki durumu konusunda bir tereddüt bulunmadığı ve tespitin de bu tehlikeyi ortadan kaldırmasının söz konusu olmadığı açıktır. Mahkemenin tespite ilişkin hükmünün, bu haliyle hiç bir hukuki değeri de yoktur. Mahkemece, dava koşulu niteliğindeki hukuki yarar yokluğu nedeniyle davanın reddi yerine ; yazılı şekilde karar verilmiş bulunması doğru görülmemiştir." (4.HD 28.12.2007, 14075/16451).

²³⁶ "Dava, davacının rızası hilafına vadeli hesap açmayı, gönderilen paranın davalı banka görevlilerince off-shore hesaba virman edilmesi ve sonrasında banka görevlilerince yapılan yönlendirme ve telkinlerle davacının yapılan işleme karşı koymasının geciktirildiği ve bu suretle doğan davacı alacağının davalının verdiği

vakıaların ileri sürülerek mahkemeden hukuki korunma talep edilebilmesi, hukuki menfaatin varlığına bağlıdır. Keza bu vakıaların da bizzat taraflar tarafından mahkemeye getirilmesi gerekir. Bu tasarruf ve malzemenin taraflarca getirilmesi ilkelerinin de bir sonucudur. Bir mahkeme resen bir davayı başlatamaz, vakıaları yargılamaya getiremez. İşte burada, yani olaylar bütünü vakıalar ile hukuki menfaatin ilişkisi gündeme gelecektir. Zira hukuki korunma talebinde bulunan tarafların haklı sayılması, diğer bir ifadeyle, sübjektif haklarının hi-mayeye mazhar görülebilmesi, ancak, mahkemeye getirdiği vakıa ve delillerin doğru, eksiksiz, aldatıcı ve usuli hileden varestede olmasına bağlıdır²³⁷. Bu nedenle, dava sebebi vakıa ile hukuki menfaatin ilişkisi, ayrılmaz bir bütündür. Aslında bu husus, dürüstlük kuralının bir gereğidir²³⁸. Kaldı ki, hakkın kötüye kullanılması ile hukuki menfaat arasında sıkı bir ilişki vardır²³⁹. Örneğin aynı vakıaya dayanılarak, alacağın parçalara bölünerek birden fazla dava açılmasında, kötü niyet ve

garantiler ve taahhütler sonucu oluştuğu iddiasına dayalı olarak açılmıştır. Mahkemece, kesin hüküm oluşturduğu kabul edilen Antalya Asliye Ticaret Mahkemesinin 2001/60 E,2001/118 K sayılı ilamı ise davacıya off-shore bankasına ait hesap cüzdanı gönderilmesi üzerine, davacının bu duruma derhal karşı çıkmayarak yapılan uygulamayı benimsediği, bu suretle paranın off-shore bankası nezdinde olduğunun kabulünün gerektiği gerekçesiyle verilmiştir. Yukarıda kısaca açıklanmaya çalışıldığı üzere, asıl davada dayanılan maddi vakıa paranın davalı uhdesinde olduğuna yönelik iken işbu davada davalının yönlendirmeleri sonucu paranın off-shore hesabına aktarıldığı iddiasına dayalı olarak açılmıştır. Kesin hükümden söz edilebilmesi için, tarafların ve müddeabihin aynı olmasının yanı sıra dava sebeplerinin de aynı olması gerekir, dava sebebinden maksadın ise hukuki sebepler değil, bilakis davanın dayanağı olan vakıalar olduğu yerleşmiş yargı kararları ve ağırlıklı doktrin görüşleriyle ortaya konulmuştur. Bu durumda, kesin hüküm bakımından davanın gerçek sebebi vakılardır. Çünkü hakim, bu vakıalarla bağlı olduğu ve bunlar dışındaki vakıaları re'sen nazara alamadığı için (HUMK'nun 75,1 md.), birinci davada yalnız o vakıalar için inceleme yapmış ve yalnız o vakıalar dayanarak kararını vermiştir, şu halde kesin hüküm yalnızca o vakıalar bakımından oluşmuştur. Buna karşılık aynı taraflar arasında, aynı konuda açılan ikinci davanın dayandığı vakıalar, birinci davada ileri sürülen vakılardan farklı ise, birinci dava sonucunda alınan hüküm ikinci davada kesin hüküm teşkil etmez ve ikinci dava mesmudur; çünkü iki dava arasında sebep birliği mevcut değildir. Somut olayda, ilk açılan davanın dayandığı maddi vakıa ile işbu temyiz konu davanın dayanağı maddi vakıa arasında bir ayniyet bulunmadığından, mahkemece, işin esasına girilerek hasil olacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kesin hükmün varlığının kabulü ile davanın reddine karar verilmesi hatalı olmuş ve kararın açıklanan nedenle davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir." (11.HD 20.01.2009, 2007/5750, 2009/473).

237 Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.87.

238 Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.62.

239 Hanağası, s. 59.

hukuki menfaat telahuk edebilecektir²⁴⁰. Benzer şekilde, dava sebebi, yani vakıalar anlamında, hukuki menfaat, belirli bir vakıaya dayanarak mahkemeden sübjektif hak himaye gördükten sonra aynı vakıaya dayanarak hakkın ikinci kez mahkemeye tanıtılmak istenmesinde de kendini gösterir. Zira, bu durum haksız zenginleşmeye de sebebiyet verecektir²⁴¹. Bir kişinin, haksız fiil teşkil eden bir vakıaya daya-

²⁴⁰ Hanağası, s.34.

²⁴¹ "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Dürüst Davranma Ve Doğru Söyleme Yükümlülüğü başlıklı 29. maddesinde "Taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar. Taraflar, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdürler." Dürüstlük Kuralına Aykırılık Sebebiyle Yargılama Giderlerinden Sorumluluk başlıklı 327. maddesinin 1. fıkrasında "Gereksiz yere davanın uzamasına veya gider yapılmasına sebebiyet vermiş olan taraf, davada lehine karar verilmiş olsa bile, karar ve ilam harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir." denilmiştir. 4721 Sayılı TMK.'nin Hukukun Uygulanması Ve Kaynakları başlıklı 1. maddesinde "Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hakim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Hakim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.", Dürüst Davranma başlıklı 2. maddesinde "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.", Hakimın Takdir Yetkisi başlıklı 4.maddesinde "Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hakim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.", Hukukun Uygulanması başlıklı 33. maddesinde ise; "Hâkim, Türk hukukunu resen uygular."denilmiştir. 2709 Sayılı 1982 Anayasası'nın Hak Arama Hürriyeti başlıklı 36.maddesinde "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." denilmiştir. 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 61. maddesini sadeleştiren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri başlıklı 77. maddesinde "Haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür. Bu yükümlülük, özellikle zenginleşmenin geçerli olmayan veya gerçekleşmemiş ya da sona ermiş bir sebebe dayanması durumunda doğmuş olur." denilmiştir. Somut olayda alacaklılar vekili tarafından borçlu İstanbul İl Özel İdaresi aleyhine Kartal 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2008/180 E., 2010/492 K. sayılı ilamına dayanılarak Üsküdar 5. İcra Müdürlüğü'nün 2011/23300 takip numaralı dosyasında vekalet ücreti, 2011/22945 takip numaralı dosyasında yargılama gideri, 2011/22944 takip numaralı dosyasında tazminat ve ecrimisil olmak üzere üç ayrı takip başlatıldığı ve her takip dosyasında yeni takip vekalet ücreti talep edilmiş olduğu görülmüştür. Mahkemece aynı ilamda hüküm altına alınan alacak kalemleri için tek ve aynı dosya ile ilamlı icra takibinde bulunulmasını zorunlu kılan türden yasal düzenlemenin mevcut olmadığı gerekçesine dayanılmıştır. Ancak yasalarda bir ilamla hüküm altına alınan haklarla ilgili olarak ayrı takip yapılabileceğine ilişkin hiç bir düzenleme de mevcut değildir. Bu durumda Türk Medeni Kanununun 1., 2., 4. ve 33. maddelerinin, Anayasanın 36.maddesinin, Borçlar Kanununun

narak isteminin haklı görülmesi üzerine, bu kez aynı sebep, yani vakıya dayanarak bu kez sözleşme hukuki sebebi tahtında dava ikame etmesi ihtimalinde, mahkeme menfaat yokluğundan dolayı davayı red edecektir. Yukarıda kesin hüküm başlığındaki örnekte, A'nın, trafik kazası sonrası zararının giderimi için haksız fiil hukuki sebebi altında talebinin mahkemece kabul edilmesi üzerine, bu kere aynı vakıya dayanarak B'ye karşı sözleşmeye, yani borca aykırılık sebebine dayanarak açtığı dava, menfaat yokluğundan red edilecektir. Benzer şekilde, bir davada iddia ve savunma olarak ileri sürülebilecek vakıaların, bağımsız bir davada ileri sürülmesinde de hukuki yarar eksikliği gündeme gelecektir²⁴². Son olarak, söylenmesi gereken, tespit davalarında hukuki menfaat kavramıdır. Tespit davalarında menfaat, ulaşılmak ya

61 ve yeni Türk Borçlar Kanununun 77. maddesinin, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 29. maddesinin gözönüne alınarak uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması gerekir. Genel olarak icra hukukuna ilişkin itiraz ve şikayetlerde Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin uygulanma kabiliyeti yoktur. Ancak yukarıda belirtilen diğer yasa maddeleri gözönüne alındığında bu tip olaylarla sınırlı kalmak üzere objektif iyi niyet kurallarının gözardı edilmemesi gerekir. Hakkın kötüye kullanılmasını; hukuken var olan bir hakkın sınırlarını aşarak ya da o hakkı gerekçe göstererek hukuka aykırı eylemler yapma durumu olarak veya bir hakkın, yasaların tanıdığı yetkilerin sınırları içinde olmakla birlikte, amacından saptırarak kullanılması olarak da açıklayabiliriz. Türk Medeni Kanununun 2. maddesine göre herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Yani bir hak sahibi hakkını kullanırken ve borçlu borcunu öderken objektif iyi niyet kurallarına uymak, dürüst davranmak, başkasını zarara uğratmamak zorundadır. Hak sahibi başkasına zarar vermek amacını taşıyorsa bile hareketi açıkça iyi niyet kurallarına aykırı ise ve başkasını zarara uğratıyorsa veya hak sahibine sağladığı yarar ile başkasına verdiği zarar arasında aşırı dengesizlik varsa bu durumu hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirebiliriz. Anayasa başta olmak üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu hak sahibinin hakkını kullanırken objektif iyi niyet kuralları içinde hareket etmesini emretmiş aksi davranışın hukuk düzeni tarafından korunamayacağını belirtmiştir. Kötü niyetli olmasa da alacaklı tarafından yasadaki boşluktan yararlanılarak bir ilamdaki haklar için ayrı ayrı takip başlatılarak sebepsiz zenginleşmeye neden olacak şekilde fazladan avukatlık ücreti talep edilmesi hakkın kötüye kullanılmasıdır ve hukuk düzeni tarafından korunamaz. Hakim yukarıda belirtilen yasa maddeleri gereğince yasadaki boşluğu objektif iyi niyet kuralları içinde doldurmak zorundadır. İlam bir bütün olmasına rağmen yasal ve geçerli bir neden olmaksızın alacaklının üç ayrı takip başlatmak suretiyle yasalarda belirtilen dürüstlük kuralına uymadığı, borçlunun zarara uğramasına neden olduğu anlaşılmıştır. Yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler karşısında alacaklının bu davranışı hukuk düzeni tarafından korunamayacağı için mahkeme tarafından borçlunun şikayetinin kabulü yerine reddine karar verilmesi isabetli olmuştur." (12.HD.10.09.2012, 18690/25539).

²⁴² Hanağası, s.275.

da elde edilmek istenenden ziyade, dava sebebi, çekişmeli vakıaların bizatihi kendisidir²⁴³. Örneğin mülkiyetin tespiti davalarında hukuki menfaat, arzın üzerindeki muhdesatın davacının emek ve masrafıyla yapıldığı vakıasıdır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

IV. Dava Sebebi Kavramının Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi Bağlamında İrdelenmesi

A. Dava Sebebi Kavramının Delillerin Değerlendirilmesindeki Rolü

Delillerin değerlendirilmesinde; ispatın konusunu, tarafların ihtilafı oldukları çekişmeli vakıalar oluşturur²⁴⁴. Taraflarca hazırlama ve tasarruf ilkesi gereğince, davanın açılmasında, yürütülmesinde, sonlandırılması, vakıa ve delillerin getirilmesinde, her tarafın kendi menfaati gereği davranacağı ve bilgiye yakınlığından²⁴⁵ hareketle, gerçeğin bulunması²⁴⁶ adına hâkim, pasif konumuna getirilmiştir. Ancak bu saik, tarafların tek taraflı ya da birlikte, vakıa ve delillerin getirilmesinde mahkemeyi yanıltma, gerçeği gizleme²⁴⁷ ve usuli hileye başvurmayaacağı anlamına gelmemelidir. Zira delillerin değerlendirilmesi hakikati bulmaya hizmet edecektir²⁴⁸. İşte böylesi bir ihtimalde, hâkim, hukuk yargılamasında her ne kadar kanuni delil sistemi geçerli ise de, taraflarca önüne getirilen hayat olayının gerçekliği noktasında usul hilelerine karşı tamamen kayıtsız olmayıp²⁴⁹, mantık ve tecrübe kuralları ile kendisinin algı ve izlenimlerinden istifade ederek her somut durumda hayatın olağan akış kriterine de işlerlik kazandırabilecektir²⁵⁰.

²⁴³ Hanağası, s.304.

²⁴⁴ Topuz, s.32.

²⁴⁵ Tercan, İsticvap, s.317.

²⁴⁶ Alangoya, Dava Temeli, s. 91.

²⁴⁷ Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.196.

²⁴⁸ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s.34. "Delilleri değerlendirmek ile hakikati aramak iç içedir."

²⁴⁹ Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.57.

²⁵⁰ "Somut olayda, yaralanmanın niteliği ve buna bağlı sonuçları ile aile ilişkisi göz önünde tutulduğunda, yaralanmanın kardeşleri olan temyiz eden davacıların kişilik değerlerinde eksilme duygusunu yaşadıkları, tecrübe kuralları ile sabit olup; ayrıca bu bakımdan bir ispat yükümlülüğü altında dahi değildir" (4.HD 25.10.2011, 2010/9230, 2011/11071).

Zira tasarruf ve malzemenin taraflarca getirilmesi ilkeleri kapsamında dava haklarını kötü niyetli olarak üçüncü bir kişiye zarar verme gayri meşru menfaat temini ya da bir diğer davayı akamete uğratmak için kullanabileceklerdir²⁵¹. Bu bağlamda taraflar yalan ve aldatıcı dava sebeplerini yani hayat olaylarını mahkeme önüne taşıyacaklardır. Bu ihtimalde, hâkim, getirilen gerçeğe aykırı dava sebebi, yani vakıa ile bağlı ve kayıtlı olmaması gerekir²⁵². Örneğin gerçekte boşanma niyet ve iradesi taşımamasına karşın, gerçek dışı hayat vakıası, mesela geçimsizliğe dayanarak kadın eşin babasından kalan emekli maaşını alabilmek için aldatıcı ve yanıltıcı bir sebeple dava ikame edilebilir; yahut şufa davasını akamete uğratmak, yani hükümden düşürmek için davaya konu taşınmazın akitleri işbirliğine girip, aktin muvazaalı icrasından dolayı gerçek bir satış olmadığından bahisle usuli bir hileye başvurabilir. Diğer tarafta böyle bir maddi vakıa ikrar ya da netice-i talebi kabul edebilirler. Bu örneklerde şayet hâkimin hakem konumunda, getirilen vakıalara kayıtsız kalacağı savunulursa, hem hakikate ulaşamayacak²⁵³, hem de medeni yargılama hukukunun amacının gerçekleşmesi için gerekli olan hukuki güven ve istikrar sağlanamayacaktır²⁵⁴. Her iki örnekte de hâkim içtimali hayattaki bir fert gibi kendi algı ve izlenimlerinden, ilk görünüş ispatından²⁵⁵ faydalanıp hayatın olağan akışı ile mantık ve tecrübe kuralları²⁵⁶ marifetiyle vakıaların gerçekliğini süzgeçten geçirebilecek²⁵⁷ ve bu konudaki kanaati güçlü olacaktır²⁵⁸. Konuya örnek sadedinde; davalının yemin deliline maruz ve muhatap kalmamak için alacağın muvazaalı şekilde devredildiği itirazın iptali davasında, temellük eden davacının mahkeme huzurunda "*davalı Hasan kaynak'ın temlik eden Efendi Polat'tan aldığı traktörden dolayı 40.098,00 TL borcu kaldığına, hatta bu borcunu ödemeyeceğini bana da söylediğine, bu*

²⁵¹ Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.69.

²⁵² Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.197.

²⁵³ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s.141.

²⁵⁴ Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.198. ; Arslan, Dürüstlük Kuralı, s. 68.

²⁵⁵ İlk görünüş ispatı bir durumun kişi üzerinde oluşturduğu izlenimdir. Bireyin algılamasına bağlı subjektif bir durumdur. Vakıaların ve delillerin takdirinde yararlanılacak bir ipucu verir. Başlı başına bir hususun ispatına kifayet etmez. Ancak, genel hayat tecrübeleri ve mantık kuralları o takdir ya da değerlendirmeyi tasdik ediyorsa, o vakit ilk görünüş ispatı karineye dönüşür. Bkz. Kamil Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s.137; Topuz, s.136 vd.

²⁵⁶ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s.117. ; Topuz, s.124.

²⁵⁷ Gürdoğan, s.42.

²⁵⁸ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s.66. ; Topuz, s.158.

borcu sonradan benim de davalıdan tahsil etmediğime, Efendi Polat'ın bu alacağını bana prosedür gereği devrettiğine, benim bu temlik nedeni ile Efendi Polat'tan herhangi bir alacağım olmadığına, Efendi Polat'ın bana temlik ettiği bu miktarı davalının bana ödemediğine Allah'ım ve namusum üzerine yemin ederim" şeklindeki yeminli beyanına rağmen, gerek yerel mahkeme²⁵⁹, gerekse temyiz mahkemesi²⁶⁰ davacının talebini hukuki himayeye mazhar görmüştür. Kaldı ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu 225. maddesine göre, yeminin konusunu ancak davanın çözümü cihetinden önem taşıyan, taraflar arasında çekişmeli olan kişiden sadır vakıalar olacağı göz önüne alındığında; yemin teklif olunan kişiden kaynaklanmayan ya da ondan sadır olmayan bir hususta yemin etmesi de hukuki sonuç doğurmayacaktır²⁶¹. Keza davaya getirilen vakıaların doğru olmadığı aşikâr ise mahkeme bunlarla bağlı olmayacak²⁶², ancak, süzgeç yani dakik ve nazikane değerlendirme görevi, asla hâkimin özel bilgisini kullanma yasağı²⁶³ kapsamında kullanılamayacaktır²⁶⁴. Yargıtay hâkime bu ilkeler ışığında maddi gerçeğin doğru olup olmadığını süz-

²⁵⁹ "Davalı tarafa borcun ödendiğine ilişkin bilgi ve belgeleri ibraz etmesi hususunda kesin süre verilmiş ise de davalı taraf yemin deliline dayandığını beyan etmiş ve davalı tarafın yemin metni hususunda temlik alan davacı mahkeme huzurunda yemini ifa etmiştir. Şu halde, Yargıtay bozma ilamında da açıklandığı üzere, davalı taraf davaya konu borcu ödendiğine ilişkin yazılı belge sunmadığı gibi davalı yanca teklif edilen yemin davacı Mehmet Yılmaz tarafından ifa edilmiş olup, davanın kısmen kabulü ile davalı aleyhine icra inkar tazminatına hükümlenerek aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur." (K.Maraş 2.Asliye Hukuk Mahkemesi, 27.10.2011, 2010/368, 2011/818).

²⁶⁰ "Dosyadaki yazılara, kararın bozmaya uygun olmasına, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün onanmasına." (13.HD 24.04.2012, 9016/11124).

²⁶¹ Yılmaz Ejder, Medeni Yargılama Hukukunda Yemin, Ankara 2012, s. 96. "Bir kimse, ancak kendisine ait bir vakıa hakkında kesin bir beyanda bulunabilir ve o konuda yemin edebilir."

²⁶² Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.121. ; Alangoya, İlkeler, s.124.

²⁶³ Karşlı, s.244. ; Alangoya, İlkeler, s.130. "Hakim resmi bilgisi dışında kalan özel bilgisini değerlendiremez. Hem şahit hem hakim olmak mümkün değildir." ; aksi düşünce için bkz. Yıldırım, Delillerin değerlendirilmesi, s.250 vd. "Kanaatimizce, özel bilginin kullandırılmamasının sebebi sürpriz karar verme yasağı olabilir. Genel olarak, hakim delil türleri açısından serbest olduğu ve değerlendirmede özel bilgisini kullanabileceği söylenebilir. Özel bilginin kullanılmasından korkulmamalıdır. Hakimin kanaatine, hakikati bulmasına ve taraflar ile hakim elbirliği ile hareket etmesi ilkesine önem veren diğer görüşü hakime özel bilgisini imkan ölçüsünde kullandırması beklenebilir."

²⁶⁴ Ahmet Cahit İyilikli, Delillerin Değerlendirilmesinde Hakimin Özel Bilgisini Kullanması, Legal Hukuk Dergisi, Ağustos 2004, (2191-2206), s.2198 vd.

geçten geçirmesine imkân tanımaktadır²⁶⁵. Her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanununda taraflarca getirme ilkesi hâkim ise de, doğruyu söyleme (HMK m. 29) ödevi ve dürüstlük kuralı çerçevesinde taraflara gerçeği söyleme mecburiyeti getirmiştir. Hâkim mantık ve tecrübe kuralları ışığında doğruları denetleyebileceği²⁶⁶ gibi dosyadan anlaşılan gerçeğe aykırı beyanlar ile bağlı olmayacaktır²⁶⁷. Zira, gerçeğe aykırı ya da yanıltıcı vakıaların mahkemeye getirilmesi, dürüstlük kuralının ihlali olacağından hâkim re'sen görevinden ötürü bunları dikkate almayacaktır²⁶⁸. Kaldı ki, yargılamanın amacı, hakikate ulaşarak²⁶⁹, hukuki güven ve barışı sağlamak olmalıdır²⁷⁰. Bu başlık altında, üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise kanuni karinelere. Bir kişi davada kanuni karineye dayanıyorsa, yani değil mi ki kendi lehine hak iddia etmekte o halde (HMK. m.190), karinenin temelini oluşturan vakıaları ispatlamak²⁷¹ zorundadır²⁷². Karinenin temelini oluşturan vakıadan kasıt, dava sebebi olan hayat olaylarıdır.

²⁶⁵ "Mahkemece yapılan yargılama sonunda dava konusu senetdeki imzanın davacının eli mahsulü olduğunun anlaşıldığı, davacı yanı senedin hile yolu ile alındığı iddiasında bulunduğu, davacının senedi tanzim tarihi itibari ile 91 yaşında olup görme ve işitme zorluğu çektiği tüm ihtiyaçlarının çocukları tarafından karşılandığı,davalı Yavuz Çınar'ın davacının kiracısı olup,kira artırımını nedeniyle davacıya kira borcu olduğu,bu konumda olan birinin mal sahibi olan davacıya büyük miktarlarda borç para vermesinin hayatın olağan akışına aykırı bulunduğu,senedin alacaklı kısmına borç veren davalı isminin değil de,onun yakın arkadaşı olan diğer davalı Ali Gündoğan'ın adının yazılmasının kambiyo senetlerinin kullanım amacına uygun düşmediği davacının belli miktarda geliri ve taşınmazlarının bulunduğu davacı ile senet lehtar davalı arasında herhangi bir ticari ilişkinin mevcut olmadığı dava konusu senedin davacıya başka bir belge imzalatılması bahane edilerek imzalatıldığı,lehtar davalının kötü niyetli olarak davacı aleyhine takibe geçtiği gerekçesiyle davanın kabulü ile davacının davalılara borçlu olmadığı tespit ve davalı Ali Gündoğan aleyhine %40 tazminata karar verilmiş,hüküm davalılar vekilince temyiz edilmiştir,dosyada ki yazılara kararın dayandığı delillerle gerekçeleri sebeplere,delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre,davalılar vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına"(19 HD.01.06.2006,2005/10757,2006/5875).

²⁶⁶ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s.117.

²⁶⁷ Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.212.

²⁶⁸ Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.27.

²⁶⁹ Karşlı, s.44.

²⁷⁰ Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.57 vd.

²⁷¹ Topuz, s.157.

²⁷² Söz konusu hükme göre (HMK m. 190), kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıayı ispatla mükelleftir.

B. Dava Sebebi Kavramının İkrar ve İsticvap Kurumundaki Rolü

Dava dilekçesinde davacı, istinat ettiği maddi vakıaları, hasmı ile ihtilaf halinde olduğu noktaları belirtecektir. Zira üzerinde ihtilaf bulunmayan vakılarda ispat ve tahkikata lüzum yoktur²⁷³. Bu sebeple, ikrar ve isticvap²⁷⁴, taraflarca ileri sürülen vakıaların gerçekliğinin tespitine hizmet ettiğinden²⁷⁵, konusu, ancak maddi vakıa, yani hayat olaylarıdır²⁷⁶. Usul hukukundaki ikrar müessesinin maddi hukuktaki görünümü Borçlar Kanunu 18. maddesindeki borcun sebebinin içermemiş olsa bile borç tanınması geçerlidir, hükmüdür. Hukuk yargılamasında tasarruf ilkesi ve malzemenin taraflarca getirme ilkesinin bir sonucu olarak maddi hukukta da taraflara tam bir serbesti tanınmış²⁷⁷ ve ikrarda manevi unsur aranmamıştır²⁷⁸. Bir diğer ifadeyle, ikrar, beyanda bulunan kişinin iradesine uygun olmasa, yani ikrarda bulunan kimse ikrar kasıt ve niyeti taşımasa bile salt bu beyan ile ikrara konu vakıa çekişmesiz hale gelecektir²⁷⁹. Bu hukuk yargılamasındaki taraflarca getirilme ilkesinin de bir sonucudur²⁸⁰. Keza burada hukuki sonuca yönelmiş irade değil, beyan iradesi esastır. Meğerki ikrara konu vakıa gerçeğe uygun olmadığı ispatlansın²⁸¹. Taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli uygulandığı dava ve işlerde ikrar hâkimi bağlar²⁸². İkrarın bir delil değil, çekişmeli olan vakıayı çekişmesiz hale getiren bir ispat aracı olduğu da savunulmuştur²⁸³. İkrarın konusunu hukuki sebep oluşturmaz. Kişinin kendi aleyhine olan maddi vakıalar, ikrarın konusunu oluşturur. Kişinin kendi lehine olan maddi vakılarda sadece dinlenilmesi söz konusu olabileceğinden, kişinin kendi lehine olan maddi vakıalar ikrarın konusu olamaz. Belki mahkemece takdiri

²⁷³ Belgesay, s.11.

²⁷⁴ Tercan, İsticvap, s.278 vd.

²⁷⁵ Tercan, İsticvap, s.100.

²⁷⁶ Erdal Tercan, Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Geri Alınması, (Batider 1998, C.XIX, S.3, s.115-133), s.116.; Tercan, İsticvap, s.102. ; Karslı, s.473.

²⁷⁷ Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.182.

²⁷⁸ Adnan Deynekli, İkrarda Manevi Unsur, TBB Dergisi, (2006, S.64, s.321-336), s.330.

²⁷⁹ Taylan Özgür Kiraz, Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, Ankara 2005, s.275.

²⁸⁰ Kiraz, s.282.

²⁸¹ Tercan, İkrar, s.124.

²⁸² Hakim, resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, taraflarca ileri sürülmemiş olan maddi vakıaları da re'sen gözetebilir, bütün delillere kendiliğinden müracaat eder, ikrar ve yemin hakimi bağlamaz ve isticvap hükümleri uygulanmaz.

²⁸³ Tercan, İkrar, s.131.

delil kabul edilebilir. İkrarın taraflarca getirme ilkesi gereğince hâkimi bağlaması²⁸⁴, hukuk yargılamasının, hakikate ulaşma amacı dikkate alındığında; ikrar konusunun aşikar bir şekilde gerçeğe aykırı²⁸⁵ olması halinde de, hâkimin bununla bağlı olduğunu kabul etmek, yargılamasının sadece şekilden ibaret olduğunun kabulü anlamına geleceği gibi, hukuki barış ve güveni de zedeleneyecektir. Bu nedenle, ikrar, gerçeği söyleme ve dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanılırsa, hâkim, ikrarla bağlı olmamalıdır²⁸⁶. Zira hâkim usulüne uygun yapılan ikrarla bağlıdır. Kaldı ki, aksinin kabulü hukuk yargılamasının amacı, yani hakikate ulaşma gayesini akamete uğrayacaktır²⁸⁷. Gerçeğe aykırı ikrarla mahkemeyi bağlı saymak, üçüncü kişi ya da topluma zarar vermek anlamına geldiği gibi, toplumsal barışın bozulmasına da sebebiyet verecektir²⁸⁸.

İsticvap ise, kişinin kendi aleyhine olan bir vakıa hakkında hâkim tarafından sorguya çekilmesidir. Bu sebeple isticvabın konusu sadece isticvap edilecek kimsenin aleyhine olan vakıalardır. Yani kişi lehine olan vakıalar hakkında isticvap olunamaz, ancak iddia ve savunmalar dâhilinde dinlenebilir. İsticvabın amacı ikrarı sağlamaktır. Bu fonksiyonundan dolayı takdiri delil kabul edilebilir²⁸⁹. Her iki düzenlemede taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalarda işlerlik kazanır. Aleyhte sorguya çekilecek taraf isticvaba gelmez ya da gelip de, cevap vermezse isticvap davetiyesinde belirtilen hususları ikrar etmiş sayılır. Hâkim, isticvaba resen başvurabilir. İsticvap, taraf tarafından kötü niyetli ya da gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı kullanılırsa,

²⁸⁴ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s.230.

²⁸⁵ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s.34.

²⁸⁶ Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.202.

²⁸⁷ Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.124.

²⁸⁸ Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.203.

²⁸⁹ "Mahkemece iddia, savunma ve toplanan delillere göre sahtelik iddiasına dayanan menfi tespit davasında verilen kararın kesin hüküm teşkil etmediği, davacı ve parayı davacıya ödeyen Hasan Aslan arasında alacakla ilgili başka davalar bulunduğu, Hasan Aslan'ın bu parayı davacıya vermesinin hayatın olağan akışına uygun düşmediği, ceza mahkemesindeki beyanlar ve isticvap üzerine alınan beyanların davacının davalıya borçlu olmadığını gösterdiği, bedelsizlik definin temlik alacaklına karşı ileri sürülebileceği gerekçesiyle davacının dava konusu bonodan dolayı davalılara borçlu olmadığını tespitine karar verilmiş, hüküm davalılar tarafından temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerekçeleri sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalılar ve kilerinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına" (19.HD 12.10.2006, 2014/9540).

hâkim, isticvabın hukuki sonuçlarına engel olmalı²⁹⁰, hükmünde esas almamalıdır²⁹¹ yahut bu yola başvurmamalıdır²⁹².

V. Dava Sebebi Kavramının Yargılamanın Yenilenmesindeki Rolü

Yargılamanın yenilenmesi kurumu Hukuk Muhakemeleri Kanunu 374 vd. maddelerinde açıkça düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre; kesin olarak verilmiş ya da kesinleşmiş kararlara²⁹³ karşı yargılamanın iadesine başvurulabileceği ön şart olarak getirilmiştir²⁹⁴. Kesin olarak verilmiş kararlar, kararın niteliği gereği üst yargı yolu kapalı olan, bu sebeple, ilk derece mahkemesinin bu anlamda verdiği kararlar; kesinleşmiş olanlar ise; üst kanun yolları tüketilerek şekli²⁹⁵ anlamda²⁹⁶ kanun yolu bulunmayan kararları kastetmiş ise de, yargılamanın yenilenmesi bakımından ön şart sayılan hükmün maddi anlamda kesin hüküm²⁹⁷ teşkil

²⁹⁰ Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.124.

²⁹¹ Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.204.

²⁹² İşte vakıaların açıkça gerçek dışı oldukları anlaşılıyorsa bu ikrar faraziyesinin yürümeyeceği, yani vakıaların ispat külfetini taşıyan tarafça ispatı lüzumunun ortadan kalkmadığını kabul etmek lazımdır. Zaten hakim in belki de bu durumlarda ne resen ne de talep üzerine isticvaba da başvurusu söz konusu olmamalıdır.

²⁹³ “Kesin hüküm, şekli anlamda kesin hüküm ve maddi anlamda kesin hüküm olmak üzere ikiye ayrılır. Şekli anlamda kesin hüküm, sözü edilen karara karşı artık bütün olağan yasa yollarının kapandığı anlamına gelir. Bazı son kararlar verildikleri anda kesindirler. Bir hüküm bir kere şekli anlamda kesinleşirse, artık bu hükme karşı, olağan yasa yollarına başvurulamaz. Bir kararın maddi anlamda kesinleşmesi için öncelikle şekli anlamda kesinleşmesi gerekir.” (HGK, 28.03.2012, 2- 890/239).

²⁹⁴ Ramazan Arslan, Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977, s. 120; “HUMK’nun 445 ve devamı maddesinde düzenlenen yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurma hakkı, kati olarak verilen veya kesinlik kazanmış kararların taraflarına aittir.” (14.HD 21.12.2010, 11837/14489).

²⁹⁵ Gürdoğan, s. 35.

²⁹⁶ Yılmaz, Şerh, s. 1563.

²⁹⁷ “Bu davanın yasal dayanağı “İadei Muhakeme” başlığı altında düzenlenen 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)’un 445 ilâ 453 maddeleri oluşturmaktadır. Anılan Kanunun 445.maddesinde: “Katiyen verilen veya katiiyet iktisap etmiş olan kararlar hakkında aşağıdaki sebeplere binaen iade-i muhakeme talep olunabilir” denildikten sonra; onbir (11) madde halinde bu sebepler sıralanmıştır. Birinci fıkranın (2) bendinde: “Hükme esas ittihaz olunan senedin sahteliğine karar verilmiş veyahut senedin sahte olduğu mahkeme veya bir mevkii resimde ikrar olunmuş veya sahtelik hakkındaki karar hükümden evvel ittihaz olunup iade-i muhakeme talebin de bulunan kimsenin, hüküm zamanında bundan haberi bulunmamış olması”; Maddenin ikinci fıkrasında da; “Birinci fıkranın 4, 5 ve 6 ncı bentlerindeki hallerde yargılamanın iadesinin istenebilmesi, bu sebeplerin kesinleşmiş bir ceza mahkumiyet kararı ile belirlenmiş olması şartına bağlıdır. Delil yokluğundan başka bir sebeple ceza kovuşturmasına başlanamamış veya karar verilememiş ise, ceza mahkemesi kararı aranmaz. Bu takdirde yargılama-

etmesidir²⁹⁸. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 375. maddesinde tahdidi olarak yargılamanın iadesi sebepleri sayılmıştır. Dava sebebi bakımından bizi ilgilendiren sebep, (1) fıkrasındaki; “bir dava sonunda verilen hükmün kesinleşmesinden sonra tarafları, konusu ve sebebi aynı olan ikinci davada öncekine aykırı bir hüküm verilmesi²⁹⁹ ve bu hükmün de kesinleşmiş olmasına” ilişkin düzenlemedir³⁰⁰. Ancak tarafları, konusu

nın iadesi sebeplerinin varlığının, yargılamanın iadesi davasında öncelikle ispat edilmesi gerekir.” Hükmüne yer verilmiş; Atıf yapılan 1.fıkranın; (4).bendinde: “Şahadeti hükme esas itihaz olunan şahidin hükmünden sonra yalan şahadette mahkum edilmiş olması”; (5).bendinde: “Ehlihibrenin kasten hilafı hakikat ihbaratta bulunduğu hükmen tahakkuk etmesi”; (6).bendinde - “Mahkûmunlehin yalan yere yemin ettiği ikrarı veya beyine-i tahririye ile sabit olmuş olması”, halleri sıralanmıştır. Yine aynı Kanunun 448. maddesinde de; “İade-i muhakeme talebini mutazammın arzihal, hükmü veren mahkemeye verilir ve orada tetkik olunur. 445 inci maddenin onuncu numarasında yazılan sebepten dolayı iade-i muhakeme talebini havi arzihal ikinci hükmü ita eden mahkemeye verilir.” Düzenlemesi yer almaktadır. Bu hükümler ortaya koymaktadır ki, kesin verilen veya kesinleşmiş olan kararlar hakkında sayılan sebeplerle yargılamanın yenilenmesi istenebilir. Önemle vurgulanmalıdır ki, ilke olarak, kesin hükme bağlanmış bir davaya yeniden bakılamaz. Bunun en önemli istisnası yargılamanın yenilenmesi yoludur. Yargılamanın yenilenmesi, bazı ağır yargılama hatalarında ve yanlışlıklarından dolayı, madde anlamda kesinleşen hükmün ortadan kaldırılmasını ve daha önce kesin hükme bağlanan bir dava hakkında yeniden yargılama ve inceleme yapılmasını sağlayan olağanüstü bir kanun yoludur. Yargılamanın yenilenmesi, sadece kesinleşmiş olan esasa ilişkin son kararlara karşı başvurulabilecek bir kanun yoludur. Maddi anlamda kesin hüküm gücü bulunmayan kararlara karşı (örneğin çekişmesiz yargıda verilen son kararlar) yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamaz. Yargılamanın yenilenmesi davasının konusunu ise, yargılamanın yenilenmesi istenen dava teşkil eder.” (HGK, 15.06.2011, 20-226/412).

²⁹⁸ Meriç, Kesin Hüküm, s. 399. ; Yılmaz, Şerh, s.1561; Kuru, s. 243; Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi, s.118.

²⁹⁹ Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi, s.120.

³⁰⁰ Dava, yargılamanın yenilenmesi isteğine ilişkindir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiştir. Dosya içeriği ve toplanan delillerden; davacı şirketin kayden maliki olduğu 596 parsel sayılı taşınmazın kıyı kenar çizgisi içerisinde bulunduğu iddiasıyla Hazine tarafından açılan dava sonucu iddianın kabulü ile Seferihisar Asliye Hukuk Mahkemesinin 23/12/1997 tarih 224-322 karar sayılı ilamıyla kıyı kenar çizgisi içerisinde kalan bölüm bakımından iptal ve terkin kararı verildiği, söz konusu kararın Yargıtay denetiminden geçerek kesinleştiği anlaşılmaktadır. Ancak kesinleşmiş hükmü konu olan taşınmazın sicil kaydının Seferihisar Asliye Hukuk Mahkemesinin 15/02/1965 tarih 1964/47 esas, 1965/10 karar sayılı tescil ilamıyla oluştuğu anılan hükümde davanın tarafı Hazine ile yargılamanın yenilenmesini isteyen halefinin taraf bulunduğu görülmektedir. Bu durumda, çekişmeli taşınmaz yönünden birbirine aykırı iki kesin hüküm oluştuğu açıktır. Öyle ise davada HUMK'nin 445. maddesinin 10. bendinin uygulama yeri bulunacağı düşünülmelidir. Hal böyle olunca, davacının yargılamanın yenilenmesi isteğinin dinlenebilir olduğunun kabul edilmesi işin esasına girilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu üzere hüküm kurulması doğru değildir.

ve dava sebebi aynı olmakla beraber, her iki kararda kesinleşmemiş ya da birisi kesinleşmiş ise, bu durum yargılamanın yenilenmesi başvurusu için engel durum olacaktır³⁰¹. Keza, her üç unsur aynı olmasına karşın, her iki hüküm birbirine aykırı değil, veya yargı yolları farklı³⁰² yahut hüküm maddi anlamda kesin hüküm oluşturmuyorsa³⁰³ yargı-

Davacının temyiz itirazı yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenden ötürü HUMK'nin 428. maddesi gereğince bozulmasına." (1.HD 12.07.2006, 6698/8187).

³⁰¹ Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 120; Karşlı, s. 666.

³⁰² "Dava HUMK'nun 445/10. maddesi hükmüne dayanan yargılamanın yenilenmesi isteğine ilişkindir. Bilindiği gibi olağanüstü bir kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi nedenleri HUMK'nun 445. maddesinde sınırlı bir biçimde açıklanmış bulunmaktadır. Sözü geçen maddenin bu dava ile ilgili 10. bendindeki düzenleme ile tarafları, sebebi ve konusu aynı olan bir dava hakkında verilen hükme aykırı yeni bir hüküm verilmesine yasal sebep bulunmadığı halde, aynı veya başka bir mahkeme tarafından önceki hükme aykırı ikinci bir hüküm verilmiş ve her iki hükmün kesinleşmiş olması yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılmıştır. Demek oluyor ki, tarafları sebebi ve konusu aynı olan bir dava hakkında birbirine aykırı kesinleşmiş iki hüküm bulunması halinde yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilir. Bu açıklamaların ışığı altında somut olay incelendiğinde ilk önce hazine ile aide-i muhakeme isteyenler arasında kıyı kenar çizgisinin de tartışıldığı kadastro davasının cereyan etmiş olduğu ve anılan davada 1977 tarihinde onaylı kıyı kenar çizgisi esas alınmak suretiyle taşınmazın tespit dışı bırakılmasına karar verilmiş olduğu görülmektedir. kadastro davası, dava konusu taşınmazın tespit günü itibarıyla mülkiyet durumunun tespitine ilişkindir. Taşınmazın tamamının tespit dışı bırakılmasına esas olan kıyı kenar çizgisi, bilahare Samsun İdare mahkemesi kararıyla iptal edilmiş ve iptal kararı üzerine idarece yeniden belirlenen kıyı kenar çizgisi 12.08.2004 tarihinde onaylanmıştır. Davacı ve dava dışı kişiler Samsun 1. idare Mahkemesinde 2007/1497, 1498,1499 ve 1500 esas sayılı dosyalar da idarece belirlenen kıyı kenar çizgisinin iptali istemiyle de dava açtığı, dosyaya yansıyan bilgi ve belgelere göre bu davaların reddedildiği ancak temyiz yoluna başvurulduğundan kesinleşmediği anlaşılmaktadır. Samsun İdare Mahkemesinin 1999/955-2000/440 E.K. sayılı iptal kararı taşınmazın tesciline ilişkin olmayıp, kadastro mahkemesi kararına esas alınan kıyı kenar çizgisinin iptaline ilişkindir. Açıklanan bu maddi ve hukuki olgular karşısında olayda HUMK'nun 445/10. maddesi koşullarının gerçekleştiğinden söz edilemez. Öncelikle anılan hükmün uygulanabilmesi için her iki hükmün de adliye mahkemesinden verilmiş olması gerekirken birbiriyle çeliştiği iddia olunan hükümlerden birinin kadastro mahkemesi, diğerinin ise idare mahkemesi tarafından verilmiş olması nedeniyle yargılamanın iadesi yoluna başvurulması mümkün olmadığı gibi, somut olayda taşınmazın tesciline ilişkin verilen hüküm ile idare mahkemesince kıyı kenar çizgisinin iptaline ilişkin verilen hükümün konuları da farklı olduğundan 445/10. maddesi hükmünün uygulanması mümkün bulunmamaktadır." (7.HD 28.03.2012, 2011/4294, 2012/2246).

³⁰³ "Mahkemece tarafları, konusu ve dava sebebi aynı olan iki mahkeme hükmü bulursa da söz konusu kesin hükümlerden birinin maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen icra tetkik mercii kararı olması itibarıyla davacının yargılamanın yenilenmesine ilişkin talebinin yerinde olmadığı ve ikinci hükmü veren Mahmudiye Asliye Hukuk Mahkemesinin ilk hükmü veren Mahmudiye İcra Tetkik Mercinin kararından haberdar olduğu, ayrıca HUMK.nun 445/10 maddesi gereğince ikinci

lamanın yenilenmesi sebebi varit olmayacaktır. 6100 sayılı HMK'da derdestliğin dava şartı olarak düzenlenmesinden sonra bu sebebe ilişkin yargılamanın yenilenmesi taleplerinde bir azalma meydana geleceği ihtimal dâhilindedir. Her iki davanın aynı olması için derdestlik ve kesin hükümde bahsettiğimiz üzere üç unsurda aynıyetlik aranacaktır. İncelememiz açısından dava sebebi noktasında yargılamanın yenilenmesinde de aranılacak olan da maddi vakıalardır³⁰⁴. Yargılamanın yenilenmesinde bahsedilen kesin karardan kasıt, maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden karardır³⁰⁵. Bu düzenleme, mülga 1086 sayılı HUMK döneminde (m.445/10), aynı kanunda düzenlenmiş kesin hüküm (m.237) maddesiyle birlikte değerlendiriliyordu³⁰⁶. 6100 sayılı HMK döneminde de yargılamanın yenilenmesi, bu kanundaki kesin hüküm (m.303) ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir³⁰⁷. Çünkü

hükümün iptalini talep edebileceği, davacının ise bu hükme yönelik herhangi bir talebinin bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına." (19.HD 17.03.2006, 723/2730).

³⁰⁴ Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi, s.118.

³⁰⁵ Maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen çekişmesiz yargı kararları ile icra mahkemesinin ihalenin feshi, istihkak ve İİK 89/4. maddesine dayalı olarak açılan tazminat ya da ceza ve tazminat davaları dışındaki kararları yargılamanın yenilenmesine konu olmayacaktır.

³⁰⁶ Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi, s.118.

³⁰⁷ "Yargılamanın iadesi, bazı ağır yargılama hatalarından ve noksanlarından dolayı, maddi anlamda kesin hükmün bertaraf edilmesini ve daha önce kesin hükme bağlanmış olan bir dava hakkında yeniden yargılama ve inceleme yapılmasını sağlayan fevkalade bir kanun yoludur. Yargılamanın iadesi sebepleri HUMK.nun 445. (HMK. 375) maddesinde tahdidi olarak sayılmıştır. HUMK. 445/10. maddesine göre tarafları, dava sebebi ve konusu (müddeabihi) aynı olan bir dava hakkında verilen hükme aykırı yeni bir hüküm verilmesine sebep olabilecek bir madde (kanuni dayanak) yokken, aynı mahkeme veya başka bir mahkeme tarafından önceki (birinci) hükme aykırı ikinci bir hüküm verilmiş bulunması, yargılamanın iadesi sebebidir. Benzer bir düzenleme olan HMK.nun 375/1 maddesi de, "Aşağıdaki sebeplere dayanılarak yargılamanın iadesi talep edilebilir: Bir dava sonunda verilen hükmün kesinleşmesinden sonra tarafları, konusu ve sebebi aynı olan ikinci davada, öncesine aykırı bir hüküm verilmiş ve bu hükmün de kesinleşmiş olması." düzenlemesini içermektedir. Ancak, tarafları, dava sebebi ve konusu aynı olan bir dava hakkında birbirine aykırı kesinleşmiş iki hüküm bulunması halinde, birinci hüküm lehine olan taraf HUMK.nun 237. maddesinde (HMK. m. 303) açıklanan kesin hükmün sonuçlarından istifade etmektedir. Kesin hüküm nedeniyle önceki günlük kesinleşmiş karar HUMK.nun 237. maddesi hükmünce tarafları bağlar. Bu nedenle yargılamanın iadesi talebi üzerine, ikinci hükmün iptaline karar verilir (HMUK. 450/II, HMK. 380). Bundan dolayı, sadece ikinci hükmün iptali için yargılamanın iadesi yoluna başvurulabilir." (10.HD 26.12.2011, 2010/7388, 2011/19631).

maddi anlamda kesin hüküm, her iki davanın dava sebebi, yani vakıalarının aynı hukuki sebep temeline dayandırılarak çözülmüş olmasını gerektirmektedir. Bir diğer ifade ile yargılamanın yenilenmesine baş vurabilmek için her iki davanın tarafları, konusu ve dava sebebinin aynı olması kimi ihtimallerde yetmeyecek, maddi anlamda kesin hükümde, dava sebebinin aynı olması için, vakıaların aynı hukuki sebep ışığında tetkik edilerek hükme bağlanması da zorunlu olacaktır. Aksi halde iki aynı davada, birbirine aykırı kesinleşmiş karar şartı ortaya çıkmayacaktır. Zira hükmün dayandırıldığı vakıalar hukuki sebeple bir bütün oluşturmakta³⁰⁸, tabiri caizse mütemmim cüz teşkil etmektedir³⁰⁹. Bu durum, Hukuk Muhakemeleri Kanunu 376. maddesinde, üçüncü kişilere, hükmü iptal hakkı veren yargılamanın yenilenmesi kurumunu karşımıza çıkarmaktadır. Kural olarak, maddi anlamda kesinlik esas itibarıyla yalnız hüküm fıkrası içindir³¹⁰. Bundan mütevellit,

³⁰⁸ “Bir mahkeme kararının gerekçesi, o davaya konu maddi olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyar; kısaca, maddi olgular ile hüküm arasındaki mantıksal bağlantıyı gösterir. Tarafların o dava yönünden, hukuk düzenince hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri ve Yargıtay’ın hukuka uygunluk denetimini yapabilmesi için, ortada, usulüne uygun şekilde oluşturulmuş; hükmün hangi nedenle o içerik ve kapsamda verildiğini ayrıntılarıyla gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuyla yer vermeyecek açıklıktaki bir gerekçe bölümünün bulunması, zorunludur. Bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılması gerektiğini öngören Anayasa’nın 141/3.maddesi ve ona koşut bir düzenleme içeren 6100 Sayılı HMK’nun 27 ve 297. maddeleri işte bu amacı gerçekleştirmeye yöneliktir. Öte yandan, bazen bir mahkeme kararının, başka bir dava yönünden kesin hüküm veya güçlü delil oluşturup oluşturamayacağı gibi konularda yapılacak hukuksal değerlendirmelerin sağlıklı olabilmesi de, o kararın yukarıda açıklanan nitelikte bir gerekçeyi içermesiyle mümkündür.(Hukuk Genel Kurulu’nun 18.10.2006 tarih ve 2006/11-620 esas, 2006/659 karar sayılı kararı). Bu açıklamaların ışığında somut olaya baktığımızda; mahkemece verilen kararın, mükerrer takibe ilişkin şikayet yönünden yukarıda açıklanan nitelikte bir yasal gerekçeyi içermediği ve Yargıtay denetimine elverişli olmadığı çok açıktır. O halde, borçlunun mükerrer takip şikayetine ilişkin olarak işin esasına yönelik herhangi bir inceleme yapılmaksızın, salt bu nedenle mahkeme kararının bozulması gerekir.” (12.HD 04.05.2012, 2011/31147, 2012/15305).

³⁰⁹ “Hükmün gerekçe bölümünde: iddia ve savunmaların özeti, çekişmeli ve çekişmesiz noktalar ile ret ve üstün tutulma nedenleri, sabit görülen olgulardan çıkarılan sonuçlar ile hukuki nedenin gösterilmesi gerekir. (HUMK.m.388/b.3). Bu bakımdan gerekçe, mahkemenin benimsediği olgular ile hüküm bölümü arasındaki yasal bağ niteliğindedir. Kural olarak, gerekçenin kesin hüküm anlamında değeri bulunmamaktadır. Ancak, hükme sıkı sıkıya bağlı gerekçe; olgu belirlemesi bakımından kesin hüküm oluşturur.” (4.HD 29.05.2007, 381/7238).

³¹⁰ Gürdoğan, s.40.

kanuni hakikat vasfı salt hüküm fıkrasına yöneliktir. Buna karşın, gerekçe bu hakikatten tamamen varestede tutulmuş değildir³¹¹. Gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı hareket edilerek, mahkemeye getirilen vakıalar, yargılama sonunda verilen karar şekli ve maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiğinden, mahkemenin hükmü gerçeğe aykırı, bilinçli yalan ya da eksik vakıalara dayandığında, bu gerekçeler, hükmün bir parçası haline gelebilecektir³¹². Böylesi bir durum, daha çok üçüncü bir kişiye zarar vermek, ya da kendisine haksız bir menfaat sağlamak için başvuru olan bir usul hilesidir. Gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı davranarak, vakıalar gizlenmiş, yanlış beyan, vakıa ve delil uydurma yahut usul hilesi³¹³ marifetiyle taraflar kendi lehine hüküm verilmesini sağlamış ve maddi anlamda kesinleşerek hükmün mütemmim cüzü haline gelmiş dava sebebi söz konusu vakıalar³¹⁴, yani hükmün dayandırıldığı gerekçeler hakikate dayanmadığından, bundan zarar gören üçüncü kişiler, yargılamanın yenilenmesi yoluyla (HMK m. 376) kesin hükmün iptalini talep edebilecektir³¹⁵. Keza bu durum Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 374. maddesinin (h) fıkrasındaki; "lehine karar verilen tarafın, karara tesir eden hileli bir davranışta bulunmuş olması" hali için de geçerlidir³¹⁶. Bu ihtimalde de davanın diğer tarafı, yargılamanın yenilenmesine başvurabilecektir³¹⁷. Zira bu fıkra ile 376. maddedeki yargılamanın yenilenmesi için ön görülen şart ortakır³¹⁸. Bir

³¹¹ Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.209.

³¹² Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.209. "Gerçeği söyleme yükümlülüğü, ihlal edilerek asıl davada ileri sürülen hususlar, o davada mahkemenin vereceği, karar için gerekçe oluşturmuş ve mahkeme hükmünü bu hususlara dayalı olarak vermiş ve böylece gerçeğe aykırı olarak ileri sürülen hususlar hükmün bir parçası haline gelmiş olabilir."

³¹³ Alangoya, İlkeler, s.123.

³¹⁴ Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.126.

³¹⁵ Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.115.

³¹⁶ Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi, s.104.

³¹⁷ Alangoya, İlkeler, s.123; Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi, s.104; Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.125; Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.206.

³¹⁸ "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 376. maddesinde davanın taraflarından birisinin alacaklıları veya aleyhine hüküm verilen tarafın yerine geçenlerin, borçluları veya yerine geçmiş oldukları kimselerin aralarında anlaşarak, kendilerine karşı hile yapmaları nedeniyle hükmün iptalini isteyebilirler, şeklinde benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Kısaca kesinleşen mahkeme kararı aleyhine olan tarafın dışındaki, davanın taraflarından birisinin alacaklılara veya aleyhine hüküm verilenlerin yerine geçen külli ve cüzi haleflerin yargılamanın yenilenmesini isteyebilmeleri, yerlerine ettikleri kişilerin aralarında anlaşarak kendilerine karşı hile yapmaları şartına bağlanmıştır. Mahkemece, yargılamanın yenilenmesi yo-

diğer ifadeyle, kanunda geçen, karara tesir eden hileli bir davranış³¹⁹, ibaresini geniş anlamak, bu bağlamda, lehine karar verilen tarafından dürüstlük kuralına aykırı olarak, vakıaların gizlenmesi, yanlış beyanlarda bulunmak, yahut gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı olarak aldatici ve yanıltıcı beyan ve deliller ikame etmek de hilenin içinde değerlendirilip, yargılamanın yenilenmesine konu olabilecektir³²⁰. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 376. maddesi, bu hakkı davanın tarafı olmayan üçüncü kişilere de tanırken, 374. maddenin (h) fıkrası bunun hile sebebiyle dava aleyhine sonuçlanan tarafa bahşetmiştir. Uygulamada, salt eşinin babasından kalan emekli maaşını alabilmek için gerçeğe aykırı iddia ve savunma ile temin edilen anlaşmalı boşanma ilamının, SGK; alacaklısından mal kaçırmak için haksız ve sözde borçlanma ya da eşler arasındaki mal rejimi tasfiyesinde, muvazaalı anlaşma protokolüne binaen, mal varlığını diğer eş adına tescil eden ilamların, alacaklılar tarafından üçüncü kişi sıfatıyla yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuru olarak iptali mümkün olabilmelidir³²¹.

luyla kaldırılması istenen kesinleşmiş mahkeme kararlarında, yargılamanın yenilenmesini isteyen A.Ç'nin taraf olmadığı, A.Ç. tarafından satım vaadi sözleşmesi ile taşınmazların kendisine satıldığı iddia edilerek yargılamanın yenilenmesinin bulunduğu, kesinleşmiş mahkeme kararının taraflarından kaynaklanan bir hilenin bulunduğu, yargılamanın yenilenmesini isteyen A.Ç. tarafından ileri sürülmediği gibi, dosyada böyle bir hileye delalet edecek delile de rastlanmadığı, bu nedenle, A.Ç'nin yargılamanın yenilenmesini isteyebilmesi için gerekli şartların oluşmadığı, yargılamanın yenilenmesini isteyemeyeceği gözetilerek istemin reddine karar verilmesinde isabetsizlik bulunmadığına göre" (20.HD 07.06.2012, 2011/11268, 2012/8711).

³¹⁹ Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi, s.106.

³²⁰ Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.125.

³²¹ "Davalı alacaklının takip konusu alacağı boşanma davasında protokolde bağlanan tazminata dayanmaktadır. Dayalı ilama bağlanmış alacağın muvazaalı olduğunu ileri sürerek sıra cetveline itiraz etmiştir. Bir hükmün iptalini taraf olmayan üçüncü kişi HUMK'nun 446. maddesine göre alacaklı ve borçlunun anlaşarak hile ile aleyhe hüküm verilmesini sağladıklarını ileri sürerek iade-i muhakeme yoluyla isteyebilir. Hükümden zarar gören üçüncü kişi kendisinden ayrılması gereken payın azaltılması amacı ile dava açılıp karar alındığını iade-i muhakeme davası konu yapılabilir hükmün taraf olmayan alacaklının hüküm lehine olan alacaklıya karşı açacağı sıra cetveline itiraz davası HUMK'nun 446. maddesinde düzenlenen iade-i muhakeme davası yerine geçer. (Belgesay M. Raşit, İcra ve İflas Hukuku C1, 1945, s.437; Kuru,Baki Hukuk Muhakemeleri Usulü CIV, 1991,s.3636). Mahkemece bu yön ve haciz sırasında boşanmış eşlerin aynı yerde bulunmaları hususu da gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle davanın reddinde isabet görülmemiştir." (19.HD. 11.10.2003, 6106/12507).

VI. Borçlar Kanunu'nun 60. Maddesinde Düzenlenen Sebeplerin Yarışması Düzenlemesinin Dava Sebebi Kavramı Bağlamında İrdelenmesi

Borçlar Kanunu 60. maddesi sorumluluk sebeplerinin çokluğu üst başlığı altında sebeplerin yarışması, yani hakların telahukunu düzenlemiştir. Düzenlemeye göre, bir kişinin sorumluluğu birden çok sebebe dayandırılabilirse hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe zarar görene en iyi giderim imkanı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir. Kısaca, bir maddi vakia birden fazla hukuki sebep zemininde ileri sürülebiliyorsa, burada hakların yarışması söz konusu olur³²². Her ikisi de aynı neticeyi husule getirmeye yönelik (matuf) ve mahsus olduğu takdirde iki hak yarışmış olur. Özellikle aynı muhtevaya haiz olan taleplerde alacaklı aynı edayı iki muhtelif hukuki sebep altında talep edebileceği cihetle durum böyledir³²³. Başka bir ifade ile; bir şahsın (alacaklının) diğer bir şahsa (borçluya) karşı aynı dava sebebi ve hakka istinaden belli bir hukuki himaye sağlamak amacıyla değişik hukuksal nedenlere³²⁴ dayanarak istemde bulunması hakların yarışması olarak isimlendirilir. Kanımca, aynı maddi vakiaların muhtelif hukuki tavsifler altında talep edilmesi halinde hakların yarışması mevcuttur³²⁵.

BK. 60. maddesindeki durum için, yani hâkimin tarafların yerine geçerek, onlar adına tercihte bulunması, bir nevi tarafların irade ve beyanını kullanması yargılama hukuku ilkeleri bağlamında mümkün olabilecek midir? Bu husus, doktrinde, hâkim taraflar için en lehe olan hukuk kuralını uygular gerekçesiyle taraftar bulmuştur³²⁶. Keza hu-

³²² Özekes, Hukuki Sebep, s.764. "Bazen vakialar aynı kalsa da, farklı hukuki sebeplere dayanılarak farklı sonuçlara ulaşmak veya farklı taleplere hak kazanmak mümkündür."

³²³ Von , Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, İstanbul 1953, s. 40.

³²⁴ Sema Çağa, Sözleşmeden ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğun Birleşmesi, Seminer Yarışması, Batider,1972-1973, s.18.

³²⁵ "Bir maddi vakianın (dava sebebinin) birden fazla hukuksal nedene dayalı olarak ileri sürülmesi hali, doktrin ve uygulamada mütelahik dava olarak adlandırılmaktadır. Bu nitelikteki davalarda mahkemece, davaya uygulanması gereken yasa maddelerinden (hukuksal nedenlerden) sadece birine göre inceleme yapılarak davanın reddi halinde, ilk davada incelenmemiş olan kanun hükümlerine dayanarak yeni bir dava açılması mümkün olmayıp, açılmış ise kesin hüküm nedeniyle reddedilmelidir." (11.HD 25.12.2008, 12577/14418).

³²⁶ Üstündağ, s.20. "Hakim davacıdan işin mahiyetini (vakiaları) alır ve onun iddiasını her mümkün hukuki düşünce altında tahkik ederek talep ettiği hakkı kendi-

kuk bilgisinin teknik olduğu ve hukukumuzda avukatla temsil zorunluluğu³²⁷ da bulunmadığından, taraflarca hukuki normun, yani vakıa ile ilintili hukuk kuralının ya da hayat olayına uygulanacak kanun hükmünün bildirilmesinin mutlak olmadığı yönündeki görüş³²⁸ de bizi bu düzenlemeye yakın olduğumuz sonucuna götürecektir. Ancak böylesi bir davranışın, hâkimin taraf pozisyonu alacağı ve yargılama-daki eşitlik anlayışına aykırı olduğu da savunulmuştur³²⁹. Taraflardan sübjektif haklarını himaye edecek en iyi hukuki sebebi bilmeleri ve serdetmelerini beklemek doğru olmayacaktır³³⁰. Onlar doğru ve eksiksiz vakıaları getirmekle yükümlüdür. Bu sebeple, kanundaki bu düzenleme, tabiri caizse, terzinin teslim edilen kumaşa en münasip elbiseyi dikme görevi yüklemiştir. Konuyu daha iyi açıklamak sade-dinde, yurt dışındaki A, İstanbul'daki evinin aidat, bakım, vb. işleri için arkadaşı B'ye yetki verse, B' de bu yetki ve temsil ilişkisi çerçevesinde; evin ortak giderleri, zorunlu bakım ve tamiratlarını yaptır-sa, müteakiben evi C' ye kiraya verdiğini düşünsek, hal böyle iken, birinci ihtimalde, malik A, B' nin yaptığı masrafları ödemesi, B, A'ya karşı şifahi sözleşmeye aykırılık, vekaletsiz iş görme ya da iyi niyetli zilyedin yaptığı zorunlu, lüks ve faydalı masrafların iadesi borcuna ilişkin hükümlere mi? İkinci ihtimalde, B, kiracıdan aldığı kira bedel-lerini malik A'ya ödememesi halinde A, vekaletsiz iş görme, şifahi sözleşmeye aykırılık ya da iyi niyetli zilyedin iade borcuna ilişkin hü-kümlere mi? Yahut kira bedelinin artık kendine ödenmesini isteyen malik A, ödenmeyen kira bedelleri ve tahliye için kiracı C'ye karşı, BK 40 vd düzenlenen temsil hükümlerine mi? Yoksa doğrudan aynı

sine tanırdı ve husus bir ihtiyar olmaktan ziyade hakime verilmiş bir mükellefiyet idi.”; Abdürrahim Karslı, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2011, s. 315. “Hakim, davacının bildirdiği hukuki sebeple bağlı olmayıp, davacının dayandığı dava sebebine uygulanacak kanun hükmünü resen araştırıp bulmak ve uygulamakla yükümlü olduğundan, hakların yarışması halinde de davacının kanun hükümlerini eksik göstermesi veya hiç göstermemesi önemli değildir. Hakim davaya uygulanacak kanun hükümlerini resen araştırıp bulmakla yükümlüdür (HMK m.33). Bununla birlikte, hakimin bu kanun hükümlerinden davacı için daha elverişli olan kanun hükmünü resen gözeterek uygulaması daha doğru olacaktır.”; Kuru, Dava Sebebi, s. 220; Aksi görüş için bkz. Özkes, Hukuki Sebep, s.765.

³²⁷ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s.104.

³²⁸ Yılmaz, Islah, s.158.

³²⁹ Özkes, Hukuki Sebep, s.765.

³³⁰ Yılmaz, Şerh, s.361. “Tarafların hukuki sebebi yanlış veya eksik bildirmeleri de hakimi bağlamaz.”

hak niteliğindeki mülkiyet hükümlerine mi dayanacaktır? Tüm bu hususlar, hukuk tekniğini ilgilendiren konular olup, tarafların bunu bilmesi beklenemez. İşte bu aşamada hayat olayını doğru ve eksiksiz getirmek taraflara, en uygun ve en lehe hukuki sebebi uygulamak ise hâkimin ödevidir³³¹. Bu sebeple BK 60. maddesindeki hâkim, zarar gören aksini istemedikçe³³² ya da kanunda aksi öngörülmedikçe zarar görene en iyi giderimi sağlayan hukuki sebebe göre karar verir hükmü; zarar gören davacının talebini haklı kılan, onun sübjektif hakkını en mükemmel şekilde himaye eden, hukuki yönden donatan hukuki sebep uygulanmalı şeklinde anlaşılmalıdır. Keza, kanundaki en iyi giderimden kasıt, kanaatimizce, salt talebi himaye eden zararın miktarı anlamında değil, tüm hukuki amiller, yani zamanaşımı³³³, hak düşürücü süre, faiz ve kanun yolları noktasında anlaşılması gerekir. Zarar görenin aksini istemedikçe ifadesinden ise, tarafın dilekçe de açıkça, maddi vakıa ile bütünleşen hukuki sebebin uygulanmasını istemediği durumlara hasretmiştir. Zira hâkim tarafların hukuki sebebi ile bağlı olmadığı gibi, taraflar belirli bir hukuki sebebin uygulanmasında hâkimi sınırlayamazlar. Hâkim görevinden ötürü, somut olaya uygun düşen hukuki sebebi uygulayacaktır. Kanun koyucunun buradaki amacı, tarafın açıkça dayanmak istemediği ve hukuki sebeple bütünleşen vakıalarda, hâkimin somut olaya söz konusu hukuki sebebi uygulayamayacak olmasıdır. Örneğin, haksız fiil teşkil eden trafik kazasında; taraf, açıkça haksız fiile değil, zararını araç işletenin tehlike sorumluluğu çerçevesinde Karayolları Trafik Kanundaki kusursuz sorumluluk hukuki sebebine göre karar verilmesini talep etmesi ihtimalinde, hâkim Borçlar Kanunu 60. maddesindeki hüküm gereğince, ihtilafı, haksız fiil hukuki sebebine göre değil, talebe uygun olarak Karayolları Trafik Kanunu'nun işletenin kusursuz sorumluluğuna ilişkin hükümlerine göre çözüm yoluna gidecektir.

³³¹ Yılmaz, Şerh, s.371. "Hakların yarışmasının söz konusu olduğu durumlarda, hakim olaya tarafın el lehine olan kanun hükmünü uygulamak durumundadır."

³³² Postacıoğlu, s.510. "Hukuki sebep, tarafların açıkça serdettikleri hukuki sebep olduğu kadar, tarafların serd ettikleri olaylardan açıkça anlaşılabilir yani tarafların hiç olmazsa zimnen kastettikleri hususunda tereddüt duyulamayacak sebepler hâkimin nazarı itibara alacağı sebepleri teşkil eder."

³³³ Yılmaz, İslah, s.154. "Davacının hangi hükme dayandığının kesin olarak ve açıkça göstermemiş olduğu hallerde davacının zamanaşımı bakımından kendi lehine sonuç verecek yasa hükmüne dayanmak isteyeceği haklı olarak varsayılmalıdır."

SONUÇ

Hukuk yargılamasında temel amaç hakikate ulaşmaktır. Zira mahkeme kararları adli gerçekleri temsil ederler. Bundan dolayı hukuk yargılamasında, mahkeme kararlarının inandırıcılığı ve güvenilirliğinden şüphe yahut zaaf duyulmaması esastır. Kaldı ki, kesin hüküm otoritesinin gereği de bunu gerektirir. Hukuk yargılamasında somut davaya vücut veren dava sebebi güncel ve dinamik hayat olayıdır ve yaşamın bir parçasıdır. Kural olarak eşit kişilerin (gerçek-tüzel) özel hukuka ait şahıs ya da malvarlığı ihtilaflarının çözümlendiği hukuk yargılamasında, hayat vakıalarının mahkemeye taşınmasında taraf hâkimiyeti esastır ve hâkimin aktif bir rolü yoktur. Tasarruf ilkesi gereğince bir davanın başlatılması, devamı ve sona erdirilmesine mutlak taraf hâkimiyeti egemendir. Buna karşın hukuki barış, güvenlik ve istikrarın sağlanmasında medeni yargılama hukukunun hakikate ulaşma amacının tesisi noktasında dava sebebi, yani hayat olayları temel ehemmiyet arz eder. Zira, hekimin teşhisindeki isabet ve tedavisindeki sağaltıcılığın, hastanın şikayet ve rahatsızlığını kamilen anlatabilmesi mesabesinde olması gibi, hakikatin gerçekleşmesi ancak mahkemeye taşınan hayat olayının doğru, eksiksiz ve gerçek olmasına bağlıdır. Her ne kadar hukuk yargılamasında tasarruf ilkesi, taraf hâkimiyeti ve kanuni delil sistemi ilkeleri geçerli ise de, bu durum, hâkimin yargılamada pasif durumda olduğu sonucunu doğurmamalı, bilakis hâkim de içtimai hayattaki her insan gibi kendi algı ve izlenimlerinden istifade etmelidir. Hâkimin pasif konumunda olması; tarafların yanlış, aldatıcı ve gerçeğe aykırı getirdiği vakıa, bilgi ve delillerin tahakkümü altına girmesini gerektirmemelidir. Zira mahkemenin kararıyla tarafların getirdiği vakıalar, hükmün temeli haline gelecektir. Hâkim önüne getirilen somut davadaki hayat olaylarını yaşamın olağan akışı, mantık ve tecrübe kuralları ile ilk görünüş karinesi gibi ilkelerin ışığında süzgeçten geçirip, gerçeğe aşikâr uymayan yanıltıcı, yanlış ve aldatıcı vakıalara itibar etmemelidir. Kanaatimizce hukuk yargılamasında dava sebebi kavramı, yargılama hukukunun tüm enstrümanlarında hayat olayı olarak yeknesak algılanmalı ve uygulanmalı; mahkemeye getirilen bu hayat vakıalarının yanlış, aldatıcı ve gerçek dışı olması yahut usul hilesi taşıması ihtimalinde hâkime aktif rol verilerek bu vakıalara itibar edilmemelidir. Zira, dava konusu, yani talep, ancak bir vakıaya dayanılarak talep edilebilirliğindedir ki, soyut hakkın, can suyu

vakıalar olmaklığından nâşi mahkemece yapılan yargılamada verilen hüküm de bu vakıaya (hayat olayına) dayanacaktır, yani hükmün dayanağı, dava sebebi olan vakıalardır. Hükümün maddi anlamda kesin hüküm haline almasıyla, dava sebebi olan vakıalar, hükümle bütünlük arz edip, kesin hükmün vazgeçilmez ve ayrılmaz bir bütünleyici unsuru haline tahvil olacak ve adli hakikati temsil edecektir. Son tahlilde, adli hakikatin dayanağı vakıalar, gerçek ve eksiksiz olarak; tüm yanıtıcı, aldatıcı bilgi ve usuli hilelerden arındırılmalı ki kendisini, normlarının gergefinde adeta bir dantela, bir kaneviçe misali işleyerek sosyal dokuya nakşedecek olan prosedürel hukuk, hakları teminat altına alsın da böylece hukuki güven ve barışın tesisine katkı sağlansın denilse sezadır. İşte bu önem ve kıymetine nisbetle dava sebebi, hukuk yargılamasında hayati ve çekirdek bir kavram olarak karşımıza çıkmaklığından dolayı yargılama hukukunun her müessesinde aynı anlamda yeknesak kullanılmalıdır ki, yargılamanın amacı gerçekleşsin ve hukuki istikrar sağlansın.

KAYNAKLAR

- Alangoya, Yavuz, Dava Temeli, Kazancı Hakemli Dergi, İstanbul 2005. (Dava Temeli)
- Alangoya, Yavuz, Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979. (İlkeler)
- Akyol, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995.
- Arslan, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilemesi, Ankara 1977.
- Arslan, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989. (Dürüstlük Kuralı)
- Belgesay, M. Reşit, Dava Teorisi, İstanbul 1943.
- Belgesay, M. Reşit, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1940.
- Berkin, Necmettin, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969.
- Deren-Yıldırım, Nevhis, Kesin Hükümün Subjektif Sınırları, İstanbul 1996.
- Deynekli, Adnan, İkrarda Manevi Unsur, TBB Dergisi, (2006, S.64, s.321-336).
- Domanıç, Hayri, Hukukta Kazıye Muhkeme Nispi Kuvveti, İstanbul 1964.
- Gürdoğan, Burhan, Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960.
- Hanağası, Emel, Davada Menfaat, Ankara 2009.
- İyilikli, Ahmet Cahit, İİK 120/2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Bir Karar Gerekesi Üzerine Tahlillere ve Düşünceler, (Legal Mihder, 2012/1, C.8.S.21).
- İyilikli, Ahmet Cahit, Delilerin Değerlendirilmesinde Hakimın Özel Bilgisini Kullanması, Legal Hukuk Dergisi, Ağustos 2004, (2191-2206).
- Karslı, Abdürrahim, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2011.

- Kiraz, Taylan Özgür, Taylan, Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, Ankara 2005.
- Kuru, Baki, Medeni Usul Hukukunda Dava Sebebi, (AD 1967/4, 239-268).
- Meriç, Nedim, Türk Hukukunda Maddi Anlamda Kesin Hükümün Objektif Sınırları, (Mihder, 2007/2, S.7, s.377- 434). (Kesin Hüküm)
- Meriç, Nedim, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011. (Tasarruf İlkesi)
- Meriç, Nedim, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, (Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, DEÜHFD, İzmir 2010).
- Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003. (Hukuki Dinlenilme).
- Özekes, Muhammet, Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.1, Ankara 2009, (745-781). (Hukuki Sebep)
- Postacıoğlu, İlhan, Davanın Unsuru Olarak Hukuki Sebep Ve Kesin Hüküm, Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974.
- Tercan, Erdal, Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Geri Alınması, (Batider 1998, C.XIX, S.3, s.115-133).
- Tercan, Erdal, Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, (SÜHFD, M. Şakir Berki'ye Armağan, Konya 1996, s.181- 212), (Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü).
- Tercan, Erdal, Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı, Ankara 2001. (İsticvap)
- Tercan, Erdal, Hakimın Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü Kapsamında Tarafların Dinlenmesi, (Legal, Mihder, 2011, S.18, C.7, s.1-56), (Aydınlatma Yükümlülüğü).
- Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, Ankara 2007.
- Topuz, Gökçen, Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Ankara 2012.
- Tuhr, Andreas Von,(Çeviren Cevat Edege), Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, İstanbul 1953
- Tuluay, Metin, Medeni Yargılama Hukukunda Dava İlişkisi, DÜHFD, 1983.
- Üstündağ, Saim, İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967.
- Yıldırım, M. Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.
- Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012. (Şerh).
- Yılmaz, Ejder, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 2011. (Islah).
- Yılmaz, Ejder, Medeni Yargılama Hukukunda Yemin, Ankara 2012. (Yemin)
- Veldet, Hıfzı, Medeni Hukukun Umumi Esasları, İstanbul 1948, Üçüncü Basım.

JOHN LOCKE'UN LIBERALİZM KURAMI ÜZERİNE

ON THE DOCTRINE OF LIBERALISM BY JOHN LOCKE

İdil Su EKMEKÇİ*

Özet: Bu çalışmada 17. yüzyılın en önemli İngiliz düşünürlerinden ve siyasal düşünce tarihinin de en önemli isimlerinden biri olan John Locke'un liberalizm anlayışını genel hatları ile açıklamaya çalışacağım. John Locke, öncelikle belirtmek gerekir ki, Rousseau'nun etkilendiği düşünürlerden biridir. Locke da, Rousseau gibi toplumsal sözleşme kuramcısı ve doğal hukuk doktrini savunucusudur.

Anahtar Kelimeler: Locke, liberalizm, Leviathan, cezalandırma, kuvvetler ayrımı, mülkiyet, özgürlük, demokrasi.

Abstract: In this study, I will generally try to explain John Locke's understanding of liberalism who is considered to be one of the pioneers of the 17th Century British thinker and the pioneer of the history of political thinking as well. Firstly, John Locke is one of the thinkers that influences Rousseau. Like Rousseau, Locke is the social contract doctrinarian and the defender of the doctrine of law as well.

Keywords: Locke, liberalism, Leviathan, punishment, separation of powers, ownership, liberty, democracy.

GİRİŞ

Kuvvetler ayrılığı kuramını ilk kez ortaya atan da Locke olmuştur. Bu iki teorisyenin dışında doğal hukukun diğer savunucusu Thomas Hobbes olup, teorileri ile iki düşünüre de esin kaynağı olmuştur. Dolayısıyla modern sözleşme kuramcılarının da ilki Hobbes'tur.

* Avukat, İstanbul Barosu; TC. İstanbul Kültür Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi.

I. Hobbes, Locke ve Rousseau'nun genel açıdan yönetim anlayışları

Hobbes, insanların henüz topluluk halindeyken yani henüz bir toplumdan ve devletten söz edemediğimiz doğal durumundaki hallerini bir savaş ve kaos hali olarak görmektedir. Bu düşüncenin temelinde insanların egoist olduğu düşüncesi yatmaktadır. Hobbes için meşru egemenlik ancak monarşi(monark), azınlık(aristokrasi) ve çoğunluk(demokrasi) şeklinde olabilir. Rousseau'nun da meşru egemenlik anlayışının çizgisi bu şekilde olduğunu Toplum Sözleşmesi'ni incelediğimizde anlayabiliyoruz. Hobbes'un en iyi yönetim olarak adlandırdığı monarşi, aynı şekilde Rousseau'nun da doğru yönetim tercihidir. Çünkü Hobbes, barışın ve mutluluğun kaynağını tek kişinin yani monarğin egemenliğinde görür. Locke, Hobbes'un, doğal duruma dair bir savaş ve kaos olarak yaptığı nitelendirmeye karşı çıkar. Aksine doğal durumun bir barış, eşitlik, yardımlaşma ve mutluluk hali olduğunu söyler. Buradaki eşitlik hak ve kuvvet eşitliğidir. Monarşiye de karşı çıkarak en uygun yönetimin demokrasi olduğunu ileri sürer. Rousseau ise demokrasinin uygulanamazlığını savunur. Bunun sebebini, *"Tanrıların bir halkı olsaydı, demokrasi ile yönetilirdi. Böylesine yetkin bir yönetim insanlara göre değil"* tümcesinden anlayabiliyoruz.¹

II. Leviathan

Thomas Hobbes tarafından 1651 tarihinde yazılmış bu eserde, Leviathan mutlak güç ve yetkilere sahip egemen devleti ifade etmektedir. Hobbes'un Leviathan kavramı konumuzla ilintili olduğundan kısaca açıklamakta yarar var. Bu kavramı Hobbes şöyle açıklar: *"Onları(vatandaşları) yabancıların istilasından koruyabilmenin, birbirlerine zarar vermektен engellemenin, kendi sanayilerini ve yeryüzünün meyvelerini güvence altına almanın yolu bütün gücü ve kudreti bir tek insan ya da insanların meclisine vermektir... (Toplumda yaşayan) İnsanlar birbirlerine 'Ben haklarımdan vazgeçiyorum ve tüm haklarımı bu insana ya da insanların meclisine veriyorum' demelidirler. Böylece bütün güç ve kudret tek bir insanda*

¹ Jean - Jacques Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, Öteki Yayınevi, İstanbul, 2007, s.114.

toplanır. Bu devlet ya da civitas olarak adlandırılır. Bu, büyük Leviathan'ın doğması demektir."

Leviathan, insanların hak ve özgürlüklerini korumak için oluşturulan devlettir. Ancak bu, zamanla büyüyerek bireylerin üzerinde tiranlık kurmaya başlar. Krallar, imparatorlar ve sultanlar, insanların üzerlerinde tahakküm kurmaya başlarlar. Locke'un temel haklar olarak bahsettiği yaşam, mülkiyet ve özgürlük hakları baskı altında yok olmaya başlar. Devlet faaliyetleri genişler ve ekonomi gelişir. Böylelikle harcamalar ve borçlanmalar da artar. Bunların sonucunda vergiler de artmaya başlar ve Leviathan artık büyümüştür.

III. Liberalizm Ve Özgürlük Anlayışı

İnsan hakları Locke'a göre üç kategoriye ayrılır. Bunlar; yaşam, hürriyet ve mülkiyettir. Liberalizm, bireyin özgürlüğünü ve temel haklarını güvence altına almayı amaçlar. Bununla birlikte siyasal iktidarın sınırlandırılması da bu amaç doğrultusunda gerçekleşmelidir. Bu anlayışın amacı, bireyin karşısındaki özgürlüğünü kısıtlayıcı engelleri kaldırmak ve temel haklarını korumaktır. Toplumu oluşturan bireyin varlığı, halktan ve toplumdaki daha üstündür. Dolayısıyla Locke'un üç kategori şeklinde temellendirdiği temel haklar da toplum için değil, toplumu oluşturan bireyler içindir. Bireye öncelikli bakılmasıdaki temel sebep ise, bireyin ve haklarının toplum oluşmadan önce var olmasıdır. Liberalizmde devletin otoritesi, bu temel haklarla sınırlandırılmıştır.

Locke'cu liberalizmin hareket noktası, "freedom from" ilkesi yani "bir şeyden özgürlük" ilkesidir. Bu ilke özgürlüğü, devletten yani otoriteden bağımsız olmaya bağlı olarak açıklar ve görür. Rousseau ise "etatist liberalizm" den hareketle özgürlüğün yalnızca "yönetilmemek" ve "müdahale edilmemek" olarak anlaşılmasına karşı çıkar, devleti ise özgürlüğü gerçekleştirecek bir otorite olarak görür. Devleti minimize etmek yerine ona yeniden biçim verilmesi gerektiğini önerir.

Locke'un liberal kuramı olan doğal hukuk öğretisi, insanın devletten üstün olan temel haklarını konu edinir. Örneğin kategorize ettiği

üç temel haktan biri olan özgürlük, bireyin dışarıdan gelen bir baskı altında kalmadan istediği şekilde davranabilmesini ifade ettiğinden "negatif özgürlük" olarak adlandırılır. Dolayısıyla bu düşünselliğin sağladığı insan davranışlarındaki esneklik bize özgürlüğün uygulanışı hakkında ipucu verecektir. Çünkü negatif özgürlüğün temel ilkesi olan "bir şeyden özgürlük", otoritelere pozitif değil, temel hakların uygulanmasını kısıtlayıcı eylemlere ve baskılara gidilmemesi yani bu hakların korunması gerektiği yönünde bir yükümlülük getirir. Rousseau'nun özgürlük anlayışı ise "pozitif özgürlük" tür. Çünkü toplumu oluşturan bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin devlet eli ile güvence altına alınacağını savunur ve otoritelere bu şekilde bir düşünüş ile olumlu bir yükümlülük getirir. Etatist anlayışa yani Rousseau'ya göre devlet, özgürlüğü yerine getirmekte bir aracı durumdadır.

Constant'ın "*Kişilere yasaklanmayan her şey müsaade edilmiş demektir; siyasal iktidarlar için ise, izin verilmemiş her şey yasaklanmıştır*" sözü, liberalizmin özgürlük anlayışını özetler.²

IV.Mülkiyet

Doğal durumda insan özgür olduğu için mallarının efendisi de kendisidir. Fakat Locke, herkesin kralının yine kendisi olduğu durumunda, adaletin tam olarak sağlanamayacağını savunuyor. Tam bir adaletten söz edemediğimiz için de, insanların tam olarak mutlu olduğunu söyleyemeyiz. Locke, mülkiyet anlayışının içerisinde, hak, adalet, eşitlik, özgürlük ve yaşam haklarını açıklamıştır. Bu anlamda mülkiyet, Locke için oldukça temel bir haktır. İnsan dolayısıyla, özgürlüğünü adaletli şekilde kullanabilmek için mülkiyeti koruma altına alması gerekir. Bu da toplum düzenine geçiş ile mümkün kılınır. Çünkü doğa durumu, mülkiyet ve özgürlükleri korumak için yeteri güvenceyi insanlara sağlamamakta ve bunun neticesi olarak da adaletsizliği doğurmaktadır.

Locke, mülkiyet hakkının sınırını da belirlemeye çalışmıştır. Toprağı insana veren Tanrı olduğuna göre, mülkiyet hakkı kutsaldır. Kimse kimsenin mülküne el uzatamaz. Toprağı veren Tanrı, bu nimetten

² Fatih Türe, "Antik Liberalizm mi Yoksa Modern Sofizm mi?," SÜ İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, 23. s. 42, 21 Ocak 2013 <http://www.iibf.selcuk.edu.tr/iibf_dergi/dosyalar/151347998233.pdf>

herkesin yararlanmasını da istediği için her insan sadece ihtiyacını karşılayacak kadar mülk edinmelidir. Şu halde, her insanın mülkiyet hakkı, diğer insanların mülkiyet hakkıyla sınırlanmıştır. Toplumdan önce var olan bu hakkı korumak da toplum yasalarına düşer.³

V. Çoğulcu Demokrasi

Locke'a göre, monarşinin toplumla uyumsuz olduğu yönündeki düşüncesinin temeli, insanın doğal durumundan kurtulmak istemesidir. Çünkü monarşide de insan, doğal durumdaki gibi yeterince özgür değildir. Bu sefer de söz konusu monarkın istekleri devreye gireceğinden insan yine özgür olamayacaktır.

Doğal durumda insanlar tüm erkleri kendileri kullanmaktayken, siyasal toplum düzenine geçtikleri anda anlaşmazlıklarını karara bağlama ve cezalandırma yetkilerini ortak başvuruda bulunabilecekleri bir güce devrederler. Bütün insanları tek bir düşünce altında birleştirmek imkânsız olduğundan, insanların çoğunluğun istemine bağlanmayı kabul etmeleri gerekmektedir. Buna çoğunlukçu demokrasi denir ve bu anlayışta devlet, halkın çoğunluğunun iradesine göre yönetilmelidir. Ve bu karar da her şeyden üstün, mutlak olan iradedir. Çoğulcu(plüralist) demokrasi anlayışı mutlak olduğundan sınırlandırılmaz ve kendisini (çoğunluk tarafından yönetileceği anlayışını) yadsıyamaz. Çoğunluk kararı aynı zamanda azınlığın da temel hak ve özgürlüklerini göz önünde bulundurmalıdır.

Yasaları yapacak olan halk, yürütme erkini de yerine getirmek üzere bir seçim yapar. Seçim sonucu temsilciler seçilir ve bu hükümetin şekli artık demokrasi olmuş olur. Yasama ve yürütme aynı elde toplanırsa kuvvetler birliği ortaya çıkar. Erkler yürütmede birleşirse "diktatörlük rejimi", yasamada birleşirse de "konvansiyonel ya da meclis hükümeti rejimi" ortaya çıkar.⁴ Locke da Rousseau'nun toplum sözleşmesi kuramında açıkladığı üzere karma hükümetin de kimi devletlerde olabileceğini savunmuştur.

³ Müzeyyen Eroğlu, "John Locke'un Devlet Teorisi," Akademik Bakış Dergisi, Sayı 21, Temmuz - Ağustos - Eylül - 2010, s. 6, 21 Ocak 2013 <http://arastirmax.com/system/files/dergiler/9383/makaleler/21/arastirmax_3929_pp_1-15.pdf>

⁴ Eroğlu, 8.

VI. Yasama

Locke, yasama ve yürütme erklerinin gücünün kaynağını halk olarak görmektedir. Dolayısıyla da meşru bir yönetim, özgür insanların iradesine bağlıdır. Ancak Locke, yine de yasamayı sınırlı bir güç olarak kabul etmektedir. Öncelikle yasama erki, halkın canı ve malı üzerinde bir keyfiliğe sahip olamaz. Kimsenin malını, kendi rızası olmaksızın elinden alamaz. Geçici ve keyfi kararlar ile iktidarı zorla ele geçiremez. Devlet rastgele kararlar ile değil; yazılı, öngörülebilir, ulaşılabilir ve anlaşılabilir olan kanunlar içerisinde işlevini sürdürmelidir. Ayrıca kanun yapma yetkisini de kimseye devredemez.

VII. Kuvvetler Ayrımı

Locke'a göre devlette üç erk bulunmaktadır. Bunlar; yasama, yürütme ve federatif güçtür. Yasama erki, en üstün güçtür ve toplumu ve toplumu oluşturan bireyleri korumak amaçlı yasalar koyar. Bu yasaları uygulamak için bir de yürütme erkine ve dış tehditlere karşı da federatif bir güce ihtiyaç vardır. Yasama gücü, toplum içerisindeki bir bireye, başka bir bireyin zarar vermesi halinde cezalandırma yetkisine sahiptir. Aynı zamanda da hangi suçlara hangi cezaların verileceğini belirlemekle de görevlidir. Kanun yapmak için halk tarafından seçilen kişiler, kanunu yaptıktan sonra kendi yaptıkları kanunlara, toplum içerisindeki diğer tüm insanlar gibi boyun eğerler. Bu yasaları uygulamaya koyacak güç ise yürütme erkidir. Yürütme kaynağını yasamadan aldığından yasaların sınırını aşmadan işlevini sürdürür.

Federatif güç ise, savaş ve barış hakkını içermektedir. Yani dış tehditlere karşı güvenlik sağlar. Yasama ve yürütme erklerine bağlıdır. Locke'un, yasama ve yürütmeyi birbirinden bağımsız tutmasındaki amaç, temel olarak hak ve özgürlüklerin yasalara uygun şekilde korunması ile ilgilidir.

Locke'un anlayışında yasama en üstün erkter ve yürütme ona bağlıdır. Yargılama da yasamaya bağlı şekildedir. Montesquie'yu Locke'tan ayıran nokta ise, üç erkin de birbirinden bağımsız olarak çalışması ve birbirlerini denetler durumda olmalarıdır.

VIII. Cezalandırma Yaklaşımı

Locke'a göre toplum oluşmadan önce doğa hukuku vardı ve bu bağıtta kimse başka bir insan üzerinde bir baskı kuramazdı. Yani insanlar bu bağıtta özgürdü. Peki insanlar, kendilerine yönelik gerçekleşen özgürlüklerine saldırı durumunda ne yapıyordu? Bu durumda henüz toplum değil topluluktan söz edebildiğimiz için Locke'a göre bu gibi saldırıların söz konusu olduğu durumlarda yetkinin tamamı kişideydi ve bu yetki cezalandırma yetkisiydi. Dolayısıyla bu dönem Hobbes'un "*herkesin herkesle savaştığı dönem*" şeklinde tanımladığı bir kaos ortamı olasılığını içermektedir.⁵ Devletin yetkisi işte bu kaosu önlemeye yönelik olan tedbirleri almaktır. Bundan dolayı devletin sorumluluğu, insanların toplumsal sözleşme ile devrettikleri cezalandırma yetkisini kullanmaktır. Bu sorumluluk da, güvenlik ve adalet duygusunu, hak ve özgürlüklerin kendisini değil fakat korunmasını içerir. Devlet bu sınırlar içerisinde kaldığı müddetçe meşruluğunu korur.

Devletin meşruluğunu yitirmemesinde liberal görüş; hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerinin etkin rolü olduğunu söyler. Devletin en önemli görevi liberallere göre, insanların doğa bağıtı gereği olan haklarını tanımak ve korumaktır. Bu koruma da hukuk devleti ile gerçekleşir. Devletin işlevini sınırlandıracak olan temel hak ve özgürlükler konusunda kurallara uyulup uyulmadığı, kuvvetler ayrılığı ilkesi ile de bir denetim mekanizmasına tabi tutulur.

Doğa bağıtında yani aklın hukukunda özgürlük yaklaşımı hiç kimseye birbirinin can veya mal özgürlüğünü ortadan kaldırma yetkisi vermemektedir. Ancak doğa bağıtında hakkı ihlal edilen kişinin, ihlal edeni cezalandırma hakkı vardır. Kişi cezalandırırken doğa bağıtının gereğini uygulamaktadır. Fakat bu durumun bir takım insanî duygulardan kaynaklı sakıncaları olmuştur. Bu sakıncalar zamanla yerini kaosa bırakmaya başlayınca da insanlar doğa durumundan çıkmak ve terk etmek istemişlerdir. Böylelikle de insanlar topluluk durumundan çıkıp toplum durumunun gelmeye başlamışlardır.

İnsanlar topluluk halinden siyasal toplum düzenine geçince bir takım sınırlar çizilmiştir. Doğal durumdayken ellerindeki iki haktan

⁵ Türe, 42.

biri olan kendilerine ve başkalarına zarar vermeden her şeyi yapabilme hakkını(yani özgürlük anlayışı) kısmen bırakmışlar; bir diğer hak olan cezalandırma yetkisini de tamamen devlete yani siyasal iktidara bırakmışlardır.

IX. Sonuç Mahiyetinde “Locke’un Kuvvetler Ayrılığı Kuramının Anayasamızdaki Yeri”

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 6. maddesi der ki; “Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir.” 7. madde ise, yasama yetkisinin Türk milleti adına meclise ait olduğunu ve bunun devredilmezliğini belirtmiştir. 8. madde, yürütme yetkisini Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kuruluna devretmiş ve bu yetkinin yasalara uygun olarak kullanılacağını hükme bağlamıştır. 9. madde ise yargı erkini düzenlemiş olup, bu gücü yine millet adına bağımsız mahkemelere devretmiştir. Yasama organlarının işlemlerini denetleme görevi de bir denetleme organı olan Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir. Bahsettiğim bu esaslar 1961 Anayasamızda da vardı ve ilk olarak da kuvvetler ayrılığı ilkesi hukuk sistemimize, 1961 Anayasası ile gelmişti.

Bütün bu açıklamalardan hareketle, anayasamızda bir denetim mekanizmasının işlediğini görebiliyoruz. Bu üç erk birbirlerinden bağımsız olmakla birlikte aynı zamanda bir denetim sisteminin de içerisindedirler. Yürütme ve yargı erklerinin her ikisi de yasalara bağlıdır. Bu anlamda Locke'un kuvvetler ayrımı kuramını anayasamızda görebiliyoruz.

Yasaların Locke'un da belirttiği gibi yazılı şekilde, öngörülebilir, ulaşılabilir ve anlaşılabilir olması toplumu oluşturan bireyler için önemlidir. Çünkü yasalar, egemen gücün bir yansımasıdır. Bu nedenle oluşturulacak anayasada olması gerekenlerden biri bu husustur.

Kanun yapmak, Locke'a göre yukarıda da sözü edildiği gibi, halkın kanunu yapmak üzere birtakım yetkin kişiler seçmesi ve bu kişilerin de kanunları halkın(çoğunluğun) iradesi doğrultusunda yapmasından sonra görevlerinin son bulması işlevi şeklinde olmalıdır. Kanunu yapanlar da tıpkı halk gibi bu kanunlara uyarlar. Burada dikkat çekilmesi gereken nokta kanımca, yasaları yapacak olanları yürüt-

menin değil halkın seçmiş olduğudur. Rousseau'nun tabiri ile "genel iradenin" ortaya sağlıklı bir şekilde çıkması için bu önemli bir noktadır. Yasaları yapacak kişinin monark olması ya da monarkın seçtiği kişi olması veya bu kişileri azınlığın seçmesi birtakım olumsuzluklara yol açacaktır. Çünkü irade, halkın iradesi yani genel irade değil, artık özel irade olmuş demektir. Yürütme organının yasayı veya yasaları yapacak olan kişileri belirlemesi de, kanımca yasamanın yürütmenin eline geçtiğinin bir tezahürüdür. Keza bu da yine sağlıklı olacaktır. Çünkü yürütme erkini belirleyen zaten halktır. Halk tarafından seçilenlerin "seçici" rol oynaması kanımca artık ilk iradeyi yani halkı yadsıyacak ve bu da özel bir irade durumuna dönüşecektir. Bu nedenle yapılacak olan bir anayasada özellikle yasama konusundaki bu hususa yer verilmesi oldukça önemlidir.

KAYNAKLAR

- Geçit, Bekir, John Locke ve John Rawls'un Devlet Anlayışlarında Liberal Düşünüşün, Mersin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Mersin 2011.
- Roussesu, Jean- Jacques, Anayasa Projeleri- Korsika Anayasa Projesi, Polonya Hükümeti ve Reform Tasarısı Üzerine Düşünceler, İstanbul: Say Yayınevi, 2008.
- Roussesu, Jean - Jacques, Toplum Sözleşmesi, İstanbul: Öteki Yayınevi, 2007.
- Rousseau, Jean-Jacques, Toplumsal Sözleşme ve Söylemler -özgün koşut metinler ile birlikte- çev. Aziz Yardımlı, İstanbul: İdea Yayınevi, 2011.

İNTERNET KAYNAKÇASI

- Emeklier, Bilgehan, Thomas Hobbes ve John Locke'un Güvenlik Anlayışlarının Karşılaştırmalı Bir Analizi, Journal of Security Strategies (Güvenlik Stratejileri Dergisi), sayı: 13 / 2011 <<http://www.ceeol.com/aspx/getdocument.aspx?logid=5&iid=735ef105f7204b9e93e8bf57d4260b6e>>
- Eroğlu, Müzeyyen, "John Locke'un Devlet Teorisi," Akademik Bakış Dergisi, Sayı 21, Temmuz - Ağustos - Eylül - 2010, 21 Ocak 2013 <<http://arastirmax.com/>

[system/files/dergiler/9383/makaleler/21/arastirmax_3929_pp_1-15.pdf](http://www.flsfdergisi.com/system/files/dergiler/9383/makaleler/21/arastirmax_3929_pp_1-15.pdf)>

Özgüç, Orhan J.J. Rousseau'da Genel İrade Kavramı, FLSF (Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi), 2012 Güz, sayı: 14 <www.flsfdergisi.com>

Türe, Fatih, "Antik Liberalizm mi Yoksa Modern Sofizm mi?," SÜ İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, 23, 21 Ocak 2013 <http://www.iibf.selcuk.edu.tr/iibf_dergi/dosyalar/151347998233.pdf>

Şura GENÇ*
Seçil COŞKUN**

Özet: Hukuk terminolojisinde sıkça yanlış bir anlam verilerek tanımlanan ensest; evlenmeleri yasak olan reşit kişiler (rıza ehliyeti olan) arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkidir. Ensest ilişkide, mağdur kavramının yer alamayacağı aksine bu ilişkinin karşılıklı rıza ile gerçekleştiği gerçeği göz ardı edilerek; sadece çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel eylem şeklinde algılanması da doğru değildir. O halde karışıklığı önlemek için en azından “rıza dayanan ensest” ve “rıza dayanan ensest” şeklinde bir ayırım yapılmalıdır. Ensestin hangi hukuksal değer ya da değerleri ihlal ettiği noktasında farklı argümanlar ortaya atılmıştır ve suç olarak cezalandırılıp cezalandırılmaması konusunda da kesin bir yargıya varılamamaktadır. Ancak ensest yasağının evrensel biçimde tüm toplumlarda geçerli bulunduğu ve bazı uygulama farklılıklarına rastlansa da, hiçbir toplumun bireylerine, sınırsız bir cinsel ilişki ve evlenme olanağı tanımadığı da açıktır. Ensest, cevaplanamayan birçok soruyu ve çelişkiyi beraberinde getiren bir kavramdır. Bu çalışmada, ensest olgusu; nedenleri, sonuçları, bu ilişkiyi yaşayanlar üzerindeki etkileri ile tarihsel gelişimi, psikolojik, sosyolojik ve hukuki boyutlarıyla incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler: Ensest İlişki, Rıza, Cinsel İstismar, Genel Ahlak- Aile Düzeni, TCK’ da Ensest Başlığı Altında Düzenlenen Bir Suçun Yokluğu.

Abstract: Often described germane legal terminology by giving a false sense of incest, which is forbidden to marry underage persons (consent with permits) between the consensual sexual relationship. Incestuous relationship, the aggrieved may never get the concept of contrast, ignoring the fact that this relationship takes place by mutual consent, not only in perception is not true for children in the form of the sexual act. So to avoid confusion at least, “not based on consensual incest” and “consensual incest” a distinction must be made in the form. Value or values in which incest is violating the legal arguments put forward a different point in punishing the crime and to punish as a definitive judgment can be drawn. But

* Hâkim Adayı, Adalet Bakanlığı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ceza Hukuku yüksek lisans öğrencisi.

** Uzman Yardımcısı, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ceza Hukuku yüksek lisans öğrencisi.

universally valid in all societies, where the prohibition of incest, and some implementation differences, often, the members of any society, open to recognize an unlimited possibility of sexual intercourse and marriage. Incest, and the conflict brought a lot of questions answered by the concept. This study, a case of incest; causes, consequences, effects on people living in the historical development of this relationship, psychological, sociological and legal size are analyzed.

Keywords: Incest, Consent, Sexual Abuse, Public Morality-Family Style, TPC (Turkish Penal Code)'s regulated under Title incest Absence of a crime.

I. KAVRAM

Ensest kelimesinin Latince aslı *incestus* olup sıfat olarak “*pis, kirlenmiş, temiz olmayan*” anlamına gelmektedir. Arapça’da bu kelime fücürle karşılanmaktadır. Osmanlıca- Türkçe Sözlük’te fücür; “*günah, zina*” olarak karşılık bulmaktadır. Toplumumuzda ensest kavramı “*evlenmeleri, ahlâkça, hukukça ve dince yasaklanmış (nikâh düşmeyen) yakın akraba olan kadın ile erkeğin cinsel ilişkide bulunmaları*” anlamında kullanılmaktadır.¹

Psikoloji ve ilgili diğer bilimlerde “*ensest*”; birbirleriyle evli olmayan ve evlilikleri yasaklanmış aile üyeleri arasındaki cinsel temas şeklinde tanımlanmakta ve bu tanım, bazen hem taraflar hem de fiiller bakımından genişletilerek; kan bağından bağımsız olarak “*güven*” ilişkisini ve sadece cinsel birleşmeyi değil, her türlü cinsel eylemi kapsama sokmaktadır.² Her türlü cinsel eylem; hem vajinal hem anal yönü bulunan, oral ya da genital ilişki, zorlama ile karşılıklı mastürbasyon biçiminde gerçekleşen cinsel davranışları ifade etmektedir.³ Bazı araştırmacılar, sadece çekirdek aile bireylerini bu kapsamda değerlendirirken bir grup ise bakmakla yükümlü olan tüm kişileri, biyolojik bağına bakmaksızın bu kapsama almaktadır.

Ensestin bazı yazarlarca çeşitli tanımları yapılmıştır:⁴

Gianeretto, ensesti “*Ana-baba ile çocuklar veya kardeşler arasında çekirdek ailede meydana gelen cinsel ilişki*” olarak tanımlamıştır.

¹ POLAT, Oğuz, Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı, Tanımlar, Ankara 2007, s. 162.

² POLAT, Çocuk İstismarı, s. 160. ; GÖNENLİ, Sinem / SAYGILI, Sefa, “*Aynı Ailede Görülen Çoklu Ensest*”, Düşünen Adam, Y. 2008, S. 21(1-4), s. 33.

³ POLAT, Oğuz, “*Aile İçi Cinsel İstismar: Ensest*”, www.kriminoloji.com.

⁴ Tanımlar için bkz. POLAT, “*Aile İçi Cinsel İstismar: Ensest*”.

Gottlieb, “Sosyal içerikli bir yaklaşımla ensesti aile üyeleri arasında kanunlar veya sosyal normlar ile yasaklanan cinsel ilişki” olarak tanımlamaktadır.

Mayer’e göre, “ensest tanımında ahlâki ve hukuki bir kısıtlama bulunmamaktadır. Ensest birbirleriyle evli olmayan aile üyeleri arasındaki cinsel temas ve ilişkidir. Bu geniş kapsamlı tanıma her türlü uyarıcı cinsel aktivasyon dahil edilmiştir. Bunların arasında pornografik fotoğraflar, cinsellik içeren fiziksel davranışlar; okşama, oral seks, cinsel ilişki ve her türlü cinsel davranış bulunur.”

Ensesti tanımlamak, ona karşı olan yasakların vurgusu temeline dayanır; yani ensest tanımında esas olan unsur “yasak olgusu” dur.⁵ Enseste, sanılanın aksine çoğu kez fiziksel şiddet yaşanmaz. Kişi güvenir, bağlanır ve kendisinden istenileni yapar. Varlığını uzun yıllardır sürdüren ancak sürekli inkâr edilen ensest aslında bir yasaktan çok tabudur. Bu nedenle de ensestin açığa çıkarılması zor olup; toplumda ensest hakkında kesin bilgi sahibi olmak mümkün değildir.

II. KAVRAMSAL YANILGI

Hukuk terminolojisinde sıkça yanlış bir anlam verilerek tanımlanan ensest; “*evlenmeleri yasak olan reşit kişiler (rıza ehliyeti olan) arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkidir.*” Tanımdan da anlaşılacağı gibi, “cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen” suçlardan farklı olarak enseste, taraflardan biri mağdur değildir.⁶ Ensest, suç olarak kabul edildiğinde, “çok failli” suç olarak nitelendirilir.

Ensest, bu kavram yanılığı çerçevesinde, aralarında kan bağı bulunan, evlilikleri kanunlarla engellenen (anne- oğul, baba- kız, dede-torun, kardeşler gibi) akrabalar arasındaki cinsel ilişki olarak tanımlanmaktadır. Oysa psikolojik açıdan da daha geniş çerçevede yapılan tanımlarda, resmi ya da gayri resmi akrabalık bağı bulunan kişiler arasındaki cinsel ilişki de ensest kavramı içerisinde değerlendirilmektedir.⁷

⁵ BARAN Görgün, Aylin / ERBAYDAR, Nüket Paksoy, “Yasak Cinsel İlişki:Ensest”, www.huksam.hacettepe.edu.tr/Turkce/.../ensest08012009.doc, s. 1.

⁶ SANCAR, Türkân Yalçın / YAŞAR, Tuğçe Nimet, “Ensest, “Genel Ahlâk” ve Alman Anayasa Mahkemesinin Kararı”, TBBD 2009, S. 80, s. 247.

⁷ KARAOSMANOĞLU, H. Alp, Psikiyatir, “Ensest ve İlişkili Sorunlar”, www.psiko-

Bazı hukukçular, güven ilişkisi içerisindeki her türlü cinsel eylemi ensest olarak kabul ettiklerinden TCK'da "ensest" in zaten suç olduğunu ifade ederler ve toplumda da böyle bilinmektedir. Oysa burada dile getirilen ve ensest olduğu söylenen suçlar; "cinsel saldırı" (TCK m. 102/3-c) ve "çocukların cinsel istismarı" (TCK m. 103/3) kapsamında olan, cezayı ağırlaştırılan bir neden olarak ortaya çıkan ve rızaya dayanmayan ya da geçerli rızaya dayanmayan cinsel suçlardır.⁸

Adalet Komisyonunda, "Çocukların ve kadınların gerek aile içinde gerek toplum içinde maruz kaldıkları fiziksel ve cinsel şiddet, bu kişilerin antisosyal davranışlar göstermesine ve topluma faydalı bir birey olamamasına neden olmaktadır. Bu konuda bütün ülkelerde giderek daha fazla duyarlılık oluşturulmaktadır." gerekçesiyle TCK'nın 103 ve 104. maddelerinde değişiklik yapılmasına yönelik Kanun teklifinde bulunulmuştur. Bu bağlamda, TCK'nın 103. maddesinde, "Üçüncü derece dahil kan veya kayınhısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından" çocuğun cinsel istismarı suçunun işlenmesi halinde mevcut düzenlemeye oranla cezanın arttırılması teklif edilmiştir.

Diğer yandan TCK'nın 104. maddesinin 2. fıkrasında yer almak üzere, "Suçun, mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi halinde şikâyet aranmaksızın, beş yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." İfadesine yer verilmiştir. Bu suretle, on beş yaşını doldurmuş olan çocuklarla ensest ilişkiye girilmesi, birinci fıkrada tanımlanan suça nazaran daha ağır cezayı gerektiren ve soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olmayan bir suç olarak tanımlanmaktadır. Ancak, görüşülen bu teklifler kanunlaşmamış ve TCK'nın ilgili maddelerinde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Böylece ensestin TCK'da suç olarak düzenlenmesine yönelik umut verici bir adım da sonuçsuz bırakılmıştır.

Basında yer alan haberlerde, yapılan sosyolojik araştırmalarda ve yayınlanan birçok eserde ensest, özellikle cinsel istismar kavramıyla özdeşleştirilerek anlatılmaya çalışılmaktadır. Bu yanılgıya şu örnekleri gösterebiliriz:

net.com.
⁸ Bkz.SANCAR, Türkân Yalçın, "Ensest ve Tartışmada Genel Ahlâk Engeli", Güncel Hukuk, Aralık 2008, s. 25.

Bozbeyoğlu'na göre, "Çocukluk dönemi cinsel istismarlarının büyük bir kısmını çocuğun aile içindeki cinsel istismarı, ensest oluşturmaktadır. Ensestin varlığını ve **ensestin** çocuğa yönelik cinsel saldırı olduğunu kabul etmek, ensest karşısında iyi işleyen bir sistemin geliştirilebilmesi için vazgeçilmez noktalardır."⁹

Yiğit'e göre, "Dokunma ile gerçekleştirilen istismar **içerisinde ensest**, aile içinde, çocuk ve gençlere yönelik yapılan her türlü cinsel eylemdir. Ensest çoğunlukla çocuk ve gence en yakın ve güvenebileceği baba, büyükbaba, erkek kardeş, ağabey, amca, üvey baba, üvey erkek kardeş, teyze, hala gibi birinci dereceden yakın akrabalar tarafından yapılmaktadır. Ensest ilişkilerde cinsel istismar mağdurları genellikle kız çocuklarıdır. Yapılan araştırmalarda, ço-cukların %38'inin **ensest-cinsel istismar vak'alarını** oluşturduğu gözlemlenmektedir."¹⁰

23 Haziran 2009'da "Nüfusbilim Derneği ve Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu" tarafından Türkiye'deki ensest sorunuyla karşılaşan profesyonellerle yapılan görüşmelere dayalı olarak gerçekleştirilen "Türkiye'de Ensest Sorununu Anlamak" araştırması raporunda, "**ensest mağdurları, ensesti uygulayanlar (saldırgan) ve ensest vakaları**" gibi kavramlardan yola çıkılarak ensest anlatılmaya çalışılmıştır.

Marmara Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü'nün araştırmalarında ensest şöyle anlatılmıştır: "*çocuklara dönük cinsel istismarın yüzde 89'u aile içinde meydana geliyor. Her dört çocuktan biri ensest kurbanı oluyor. Kurbanların yüzde 87'si 4-12 yaş grubundaki kız çocukları. Saldırganların yaş ortalaması 28'in üzerinde ve daha çok 40-52 yaşlarında. Yarıya yakını çocukların babaları. Diğerleri ise üvey baba, amca, ağabey, kayınpeder, dayı, amca, dede ve ağabeyler... Çoğunun sabıkası yok. Saldırganlar, sapık, katil, psikopat değil, tamamen "normal" insanlar. Hem de her gelir, her eğitim, her kültür grubundan..."* ifadelerle ensest anlatılmaya çalışılmıştır.

Bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere, ensestin tanımlanması hususunda bir yanlışlık olduğu açıktır. Ensest ilişkide, mağdur kavramının yer alamayacağı aksine bu ilişkinin karşılıklı rıza ile gerçekleştiği gerçeği göz ardı edilmektedir. Ensest ilişkinin tarafları on sekiz yaşından büyük olduğundan, ensestin sadece çocuklara yönelik gerçekleştirilen

⁹ BOZBEYOĞLU/ KOYUNCU/ KARDAM/ SUNGUR, "Ailenin Karanlık Yüzü: Türkiye'de Ensest", Sosyoloji Araştırmaları Dergisi, C. 13, S. 1, Bahar 2010, s. 3.

¹⁰ YİĞİT, Rana, "Çocukların Cinsel İstismarı ve Ensest", AHSBD 2005, C. 8, S. 3, s. 91-96.

cinsel eylem şeklinde algılanması da doğru değildir. O halde karışıklığı önlemek için en azından “rızaaya dayanmayan ensest” ve “rızaaya dayanan ensest” şeklinde bir ayırım yapılmalıdır.¹¹

III. TARİHTE ENSEST

Ensest, bugün uygarlığın temeli olan bir cinsel yasak şeklinde görülmektedir. Ancak tarihin çeşitli dönemlerinde zaman zaman meşru, doğal hatta gerekli sayılmıştır.¹² İnsanlık tarihi incelendiğinde, gelişmişlik düzeyinden ve sosyolojik yapıdan bağımsız olarak, yakın akrabalarla cinsel ilişki kurma ya da evlenme yaşınının, tüm toplumlar tarafından benimsenmiş “değişmez” bir kural konumunda olduğu gözlemlenmektedir.¹³

Toplumun varlığı ve devamı için insanın çoğalması gerektiğinden, bu gerekliliğin önüne geçen etkenler hiçbir zaman dikkate alınmamıştır. Dolayısıyla oldukça sınırlı kişi ve toplumlar arası ilişkilerin söz konusu olduğu dönemlerde, insanların çoğalmasının bir yolu olarak ensest türü cinsel ilişki kabul görmüştür.¹⁴

Mısır, Peru ve Japonya’da kraliyet ailesinin saflığını korumak için bu yolun meşru olarak kullanıldığı gözlemlenmektedir.¹⁵ Tarih boyunca enseste izin verdiği bilinen toplumların sayısı parmakla sayılacak kadar azdır. Mısır Firavunları ailesinde, erkek kardeşlerin abla ile evlenmesine izin verilir, fakat ensestin öteki çeşitleri yine de yasaklandı. Firavunlar, yarı Tanrı sayıldığı için, bu iznin yasağın evrenselliğini sarsmadığı kabul edilir.¹⁶

Roma İmparatorluğu döneminde Kral Guarthigirmus’un kızı ile evlenerek bir oğul sahibi olduğu tarih kitaplarında belirtilmektedir. İskoçya’da bilinen en eski kavim olan Diktenler’de erkeğin kız kardeşinden bir çocuk sahibi olması ve üvey oğulların üvey annelerinden çocuk sahibi olmaları doğal karşılanan eylemler olarak izlenmiştir.¹⁷

¹¹ SANCAR, s. 247.

¹² SANCAR, s. 246.

¹³ CAN, Cahit, Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar, Ankara 2002, s.24.

¹⁴ TUĞRUL, Ahmet Ceylani, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar & Ensest İlişkiler, Ankara 2010, s. 20.

¹⁵ POLAT, Çocuk İstismarı, s. 162.

¹⁶ TUĞRUL, s. 20.

¹⁷ POLAT, Çocuk İstismarı, s. 162.

Can'a göre, "Ensest yasağının uygulanma alanı bulamadığı toplumların var olduğu ileri sürülerek bu 'gerçeklik' yadsınmak istenmektedir. Ancak bu sav aldatıcıdır ve genel olguyu saptırmaktadır. Eski Mısır'da, Peru'da, Havai'de (ve günümüzde bazı adacıklarında) yaşayan ya da yaşamış olan bazı toplumların ensest yasağını yok saydıklarından değil, bu yasağı oldukça sınırlı olarak uyguladıklarından söz edilebilir. Örneğin hem eski Mısır hem de adı geçen diğer toplumlarda, anayla evlenmek kesinlikle yasaklandığı gibi, küçük kız kardeşle de evlenilemez. Ancak erkek kardeşle evlenmek aبلaya tanınan bir ayrıcalık olarak görülmektedir."¹⁸

İlkel klanlarda-aşiretlerde yaşamak ve yaşamları devam ettirmek için aile içi ilişkiler bir anlamda yumuşak bir ethos/etik olagelmıştır. Malenezya'daki ana yanlı toplumlarda ensest tabusunun, yalnızca biyolojik kardeşleri değil, geçmişlerinin aynı anneye dayandığı öne sürülen ama aralarında kan bağı bulunmayan kardeşleri de kapsamaktadır. Malenezya toplumlarında ABD ya da Avrupa'daki akrabalık sistemlerine göre tümü birinci dereceden kuzenler sayılacak kişilerin bir bölümünün evlenmesi de genel kabul görür. Balililerin geleneklerinde ise ensest farklı değerlendirilmektedir. Aşağı kast üyesi ailelerin karşı cinsten ikiz çocuklarının, ana rahmindeyken cinsel ilişkide buldukları varsayılır ve bu ensest olarak değerlendirilir. Yönetici kasttan ailelerin karşı cinsten ikizleri ise evlendirilir. Bu tür inançlar, ensest tabusunun anlaşılmasında da biyogenetik açıklamaların yetersizliğini ortaya koyarken, ensestte evrensel bir tanım getirmeyi de büyük ölçüde güçlendirmektedir.¹⁹

Bu açıklamalar doğrultusunda ensestın tarihsel süreciyle ilgili birkaç genelleme yapılabilir:²⁰

1. Ensest aşağı yukarı bütün toplumlarda ahlâksızlık olarak değerlendirilir.
2. Ender olmakla birlikte, hükümdar soyundan gelen kardeşlerin evlendirilmesi gibi belirli olaylarda kültürlerin ensest tabusunun çiğnenmesine göz yumduğu bilinmektedir.

¹⁸ CAN, s. 25.

¹⁹ CAN, s. 25.

²⁰ SARI, Ahmet, "Şebnem İşigüzel'in "Tabut" Adlı Öyküsüyle Thomas Bernhard'ın "Jau-regg" Adlı Öyküsünde Ensest İlişki", AÜSBED 2007, C. 9, S. 1, s. 18-19.

3. Biyolojik bağların yakınlığı azaldıkça cinsel ilişkilerde konan yasaklar da yumuşatılmakta ya da ortadan kaldırılmaktadır.

IV. ENSEST İLİŞKİDE TARAFLAR

Ensestten bahsedildiğinde, daha önce de belirtildiği gibi bir yanlışlığı olduğu açıktır. Ancak 'rıza'ya dayanan ensest/ rıza'ya dayanmayan ensest' ayrımı dikkate alınarak bir değerlendirme yapılırsa, daha çok rıza'ya dayanmayan ensest ilişkilerde, erkek figürü olarak öncelikle baba, erkek kardeş, ardından dede, ağabey, amca, dayı, gibi erkek akrabalar sıralanmaktadır.

Sayılan kişiler sosyolojik olarak belirli kategorilerde kişiler değildir. Gündelik hayatlarına devam etmelerini engelleyen psikolojik problemleri olmayan, doğru ve yanlış ayırt edebilen, alkolik ya da devamlı işsiz olmayan çoğu zaman eğitim seviyesi yüksek kişilerdir. Kısacası ensestte, bir tacizci profilinin olmadığını söyleyebiliriz.²¹ Dolayısıyla erkek figürü, toplum dışı, tehlikeli bir suçlu veya psikopatik biri değil, tam tersine kanunlara saygılı, işlerini yürütebilen günlük hayatta normal bir insandır.²²

Ensest ilişkide ön plana çıkan kadın figürü, bazen ailede annenin olmayışı yahut annenin pasif kişilik yapısı, hamile olması, hasta olması gibi nedenlerle anneye daha çok yardımla sorumlu bir anlamda anne kimliği yüklenen kişilerdir.²³

Her ne kadar ensest ilişkide baba-kız figürü ön plâna çıksa da diğer ensest çeşitlerinde de taraflar her zaman sorunlu kişilik özellikleri sergilemezler. Ailedeki tüm üyeler duygusal olarak bir boşluk içinde olduklarından bu tabu ilişkinin onlara aslında cinsel ilişki değil insan ilişkisinin sıcaklığını, konforunu ve güvenini vermesi nedeniyle bu tip bir ilişkiye girdiklerini ifade etmektedir. Aile üyeleri arasındaki sevgi bağı her zaman "bilindik" baba-kız, anne-oğul ya da kız kardeş-erkek kardeş sevgisi şeklinde olmayabilir. Ensest, sadece cinsel bir istek olarak değil; sevgi, bir simge olarak da düşünülebilir. Bir yabancıyı, yani aileden olmayan kan bağıyla veya daha önceki yakın ilişkilerle bağlı olunmayan bir insanı sevmeyişi de simgeleyebilir.²⁴

²¹ BOZBEYOĞLU, s. 10.

²² TUĞRUL, s. 18.

²³ TUĞRUL, s. 22.

²⁴ SÜMER, Necati, "Kitab-ı Mukaddes'te Cinsel Motifler", Çukurova Üniversitesi

Ensestin yaşandığı ailelerde yaşanan evlilik çatışmaları, cinsel uyumsuzluk, annenin yaşlı olması nedeniyle cinsel partner olarak yetersiz oluşu, babanın bazen kontrolünü sınırlayan faktörler, babanın kızına karşı aşırı kıskançlık göstermesi, ailenin yerleşim merkezinden uzakta ve çevreyle iletişimlerinin kısıtlı olması, bireylerin mahremiyetine uygun olmayan tek odalı evde yaşanması halleri, bu süreci etkileyen ve kimi zaman hızlandıran faktörlerdir.²⁵

Aile bireylerinin birbirlerine cinsel olarak kenetlenmeleri, enseste yeni bir boyut kazandırır. Bu tip ailelerde, aile bireyleri birbirlerine gerçek desteği sağlayamaz, ayrıca ağır güvensizlikten dolayı da birbirlerine aşırı bağımlılık gösterirler. İletişimin bozulduğu ve enseste olmayı duyulduktan sonra ailenin iyice izole hale geldiği gözlenir. Aile bu olayı sır olarak saklamayı yeğler, böylelikle dış ortamlarda maruz kalınacak travmadan kendisini korumaya çalışır. Dolayısıyla tüm ailenin bireyleri bir anlamda ensest ilişkide rol üstlenmiş olur.²⁶

Yapılan bazı araştırmalar, ensest ilişkilerin yaşandığı ailelerin pek çoğunun çekirdek aile formunu taşımasına rağmen, tek ebeveynli ya da ebeveynlerin her ikisinin de olmadığı aileler dâhil her aile yapısında ensestin yaşanabildiğini göstermektedir.²⁷

Uzun bir zaman ensest, çeşitli raporlarda yalnızca anormal, çoğu zaman alt sosyo-ekonomik düzeydeki ailelere ilişkin bir sorun olarak görülmüş ve bu tip olaylara ailede nadir rastlanıldığı vurgulanmıştır. Ancak, zamanla görülmüştür ki ensest her çeşit sosyo-ekonomik ve kültürel çevrede yaşanmaktadır.

Toplumun temel çekirdeği olan aile, birçok bakımdan toplumsal yapının en “dokunulmaz” alanını oluşturmaktadır. Yalnızca Türkiye’de değil, dünyanın birçok modern toplumunda aile içinde yaşananlar toplumsal düzenin birliği için kapalı kapılar ardında kalmaya mahkûmdur.

Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Adana 2007, s. 180.

²⁵ POLAT, Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı, s. 150-167; GÖNENLİ/SAYGILI, s. 36.

²⁶ TUĞRUL, s. 24.

²⁷ TUĞRUL, s. 25.

V. ENSEST ÇEŞİTLERİ

A. Öz Baba- Kız- Oğul Ensesti

Günümüz toplumlarında ensestin en yaygın biçimi, babalar ile kızlar arasındaki ilişkidir. Aile içinde ensest olgusu utanç, suçluluk duyguları ve tabu oluşu nedeniyle gizlendiğinden bu olgunun gerçek sıklığı tam olarak bilinmemekle birlikte en sık baba kız ensestine rastlanmaktadır. Baba ile kız arasındaki ensest ilişki, babalık rolü ve bu rolün gerekli kıldığı güven duygusundan kaynaklanabilmektedir.²⁸

Baba- kız ensest tipinde farklı iki durumdan söz edilmektedir:²⁹

**Endogamik (endogamic-grup içi evlilik): Bu tür babalar, kendi cinsel ilişkisini aile üyeleriyle sınırlandırır ve ailenin dışındaki kadınlarla cinsel veya sosyal ilişkilere girmek istemez.*

**Rastgele cinsel ilişkide bulunanlar (indiscriminately promiscuous): Bu tür babalar genellikle psikopattır (psychopathic).*

Baba- oğul ensesti de karşımıza çıkabilecek bir ilişki tipidir. Burada en çok gözlemlenen durum, babanın kendi annesiyle geçmişte yaşadığı problemler nedeniyle kadınlara karşı bir kaçış ve güvensizlik içinde olmasıdır.³⁰

B. Kız Kardeş- Erkek Kardeş Ensesti

Aynı aile ortamında yaşayan kardeşler arasında, birlikte büyüme ve gelişme, ortak yaşam deneyimlerine sahip olma, özel hayatı paylaşma olağandır. Bu paylaşımın sonucu, kardeşler arasında cinsel anlamlara gelebilecek etkileşimler ve faaliyetler olabilir.³¹

Kardeş ensesti ilişkisi genellikle uzun süreli olmayıp, iki taraftan birinin aile dışında kendisine partner bulmasıyla sonlanmaktadır. Baba kız ensestinden sonra en sık karşılaşılan ensest türü kardeşler arası ilişkidir.³²

²⁸ TUĞRUL, s. 27.

²⁹ GÖRGÜN/ERBAYDAR, s. 2.

³⁰ POLAT, Çocuk İstismarı, s. 171.

³¹ TOPÇU, Sedat, Cinsel İstismar, Ankara 2009, s. 98.

³² POLAT, Çocuk İstismarı, s. 171.

C. Anne- Oğul Ensesti

Ensest ilişkinin bu türü, genellikle inanılması ve kabul edilmesi güç bir olgudur. Ancak, anne ile oğlu arasındaki ensest ilişki nadir de olsa gerçektir ve son yıllarda literatürde tartışılmaya başlanmıştır.³³

Anne- oğul ensesti için uygun zemine sahip olan veya böyle bir ensest ilişkiyi gizleyen bazı aile özelliklerine bakıldığında, ailede düzgün bir babanın olmaması, annenin sosyal ve duygusal bakımdan tecrit edilmiş olması, bazen madde bağımlılığı ve annenin erkek çocuğuna cinsel deneyimlerini yaşatma arzusu gösterilebilir.³⁴

D. Ensestin Taraflar Üzerindeki Etkileri

Ensest ilişki yasak temeline dayandığı için kim tarafından kime uygulanırsa uygulansın bireylerde travma yaratacağı kesindir. Kişinin yasak ilişki yaşayarak normların dışına çıkmasının toplum tarafından öğrenilmesi ve bu şekilde etiketlenmesi sosyal ilişki ağlarının zedelenmesine neden olur. Özellikle günümüzde ensest ilişkiyi yaşayan kişiler toplum tarafından ayıplanıp kınanmaktadır ve bu ayıbı yaşamları süresince üzerlerinde bir yük olarak taşımak zorunda kalmaktadırlar. Dolayısıyla bireylerin böyle bir **etiketlenme/damgalanma** ile yaşaması, sosyal çevrenin ona kötü gözle bakması kendisini değersiz biri olarak algılamasına yol açar. Karşılaştığı kişi ya da kişiler tarafından ona bir mesafe ile yaklaşılır. Bu da toplumsal uzaklık duygusunun yaşanmasına ve bireyin toplumdan izole olmasına neden olduğu gibi onu yalnızlaştırır ve sonuçta intihara kadar götürebilir. Böylece sosyal bağları kopan birinin ise depresyona girmesi ve daha çok psikolojik sorunlar yaşaması kaçınılmazdır.³⁵

Ensest taraflarının büyük bir kısmı daha sonraki yaşamlarında sağlıklı güven ilişkisini kurmakta çok zorlanmaktadır. Buna bağlı olarak da yakın arkadaşlıklar kurmakta sorunlar çıkmakta ve bir yabancıнын gösterdiği yakın ilgi karşısında kendini soyutlama ya da hemen ortamdaki kaçma tarzında davranışlar görülmektedir. Başka bir davranış modeli de ensest taraflarının ilişkiye cinsellik boyutu yükleme girişimleridir.

³³ TOPÇU, s. 99.

³⁴ TOPÇU, s. 102- 103.

³⁵ GÖRGÜN/ ERBAYDAR, s. 3.

Sonuçta kendisine yakınlaşmaya çalışanların yarattığı tedirginliğe bağlı olarak ya baştan çıkarıcı, cinsellik yüklü davranışlarda bulunurlar ya da kendilerine zarar vermeye yönelik davranışlar içerisine girerler.³⁶

Öte yandan bu kişiler toplumda ayakta durma ve bir kimlik edinme adına, sapkın davranışlar gösterebilirler, hatta bazen suça itilme ya da suç örgütlerinin hedefi haline gelme durumu ile de karşılaşabilirler. Yaşamdan beklentisi azalan bu kişilerin sapma davranışlar gösterme ve suç işlemeye itilme eğilimleri yüksek olduğundan söz edilir. Böylece toplumdaki en kötü çalışma koşullarında ve statüsel saygınlığı olmayan ya da düşük olan mesleklerde çalışmayı kabul ederler.³⁷

“Ensestçi” aile olarak nitelendirebileceğimiz ailelerde yaşayan bireylerin öğrendiği ana tema «insanları ihtiyacın için kullanabilirsin, bu ihtiyaçlar yasak olsa bile» şeklinde biçimlendirilebilir.³⁸

Ensest taraflarında karakter bozukluklarının gelişmesinin sebebi; sosyal tabuların ve yasaklamaların en güçlüsü olan ensest ilişki sonucu, tüm değer yargılarının önemini yitirmesi ve anlamını kaybetmesidir.

Ensest ilişkiye giren özneler (tüm kültürlerde ve normlarda) suçluluk duygusuna kapılmakta ve işledikleri bu “cürmün” ağır acısıyla kıvrınmaktadırlar.³⁹ Ensest ilişki yaşayanlar artık toplumda “öteki” dir.

VI. SOSYOLOJİK AÇIDAN ENSEST

A. Doğa- İnsan- Kültür İlişkileri

İnsan doğası denildiği zaman genellikle, tarihteki tüm değişik konum ve görünümüne karşın insanın temelde aynı kalan özellikleri dile getirilmek istenir. Ancak, insanın biyolojik doğasıyla toplumsal doğası arasındaki farklılığın gözden kaçırılmaması gerekmektedir. İnsan doğası denildiğinde, insan; yemek, içmek, cinsel yaşamını sürdürmek... türünden fizyolojik gereksinimleri ile ele alınmakta, ancak toplumsal yaşamın; bu biyolojik doğayı yönlendirebileceği ve değiştirebileceği gerçeği hiç hesaba katılmamaktadır. Toplumsal insan, özel-

³⁶ POLAT, “Aile İçi Cinsel İstismar: Ensest”, www.kriminoloji.com.

³⁷ GÖRGÜN/ ERBAYDAR, s. 3.

³⁸ POLAT, “Aile İçi Cinsel İstismar: Ensest”, www.kriminoloji.com.

³⁹ SARI, s. 17- 18.

likle cinsel yaşamı konusunda, biyolojik doğasına karşı çıkmakta ve bunu yaparken de kendini dönüştürmektedir.⁴⁰

İnsanlık tarihine bakıldığında; gelişmişlik düzeyinden ve sosyal yapısından bağımsız olarak yakın akrabalarla cinsel ilişki kurma (ensest-hukuk dilinde fücür) ya da evlenme yasağının, tüm toplumlar tarafından benimsenmiş “değişmez” bir kural konumunda bulunduğu görülmektedir. Gerçi, encest yasağının uygulanma alanı bulamadığı bazı toplumların var olduğu ileri sürülerek bu “gerçeklik” yadsınmak istenir; ancak bu sav aldatıcıdır ve genel olguyu çarpıtmaktadır.⁴¹

Encest yasağının evrensel biçimde tüm toplumlarda geçerli bulunduğu ve bazı uygulama farklılıklarına rastlansa da, hiçbir toplumun bireyelerine, sınırsız bir cinsel ilişki ve evlenme olanağı tanımadığı açıktır. Evrensellik doğaya; görecelilik ve öznellik kültüre ilişkin özelliklerdir. Oysa, encest yasağı kuralı bu genel belirlemeyi yalanlamakta ve evrensellik gibi bir doğa özelliğinin kültür alanında da geçerli olduğunu ortaya koymaktadır. Encest yasağı, güdülerin ve eğilimlerin evrenselliği kadar, bu yasağa uygun davranılması amacıyla oluşturulmuş kurumların ve konulmuş kuralların *zorlayıcılıklarının da evrenselliğini* gözler önüne sermektedir.⁴²

Encest yasağının, nedenleri konusunda en tutarlı görüşleri ileri sürmüş bulunan Levi Strauss’un varsayımları üç grup içerisinde ele alınabilir:⁴³

1. *Encest yasağı, doğal bir olaya ilişkin olarak geliştirilmiş sosyal bir düşüncedir:* Yakın akrabalar arasındaki cinsel ilişkiler sonrasında bir kan birliği ortaya çıkmakta ve bunun yaratacağı olumsuz sonuçlardan korunabilmek amacıyla insanlık, encest yasağı kuralını koymaktadır. Ancak insanların çok eski çağlarda bu tür bir sakıncayı bilemeyecekleri gerçeğini göz ardı ettiğinden bu sav, kendisine yöneltebilecek eleştirilere karşı dayanıklı değildir.

2. *Doğal zorunluluk:* Encest yasağı, insanın doğasında zaten var olan “yakın akraba ile cinsel ilişki tiksintisi”nin sosyal alana yansıtıl-

⁴⁰ CAN, s. 23-24 vd.

⁴¹ CAN, s. 25.

⁴² CAN, s. 26.

⁴³ CAN, s. 26 vd.

masını dile getirmektedir. Bu yaklaşımı savunanlar “kanın sesi” olduğu düşüncesiyle bu ilişkilere kendiliğinden zaten girilemeyeceğini savunmaktadırlar. Ancak bu kez de, yakın akraba olduklarını bilmeksizin (anne-oğul, baba-kız, kardeşler) evlenmiş olanların, bu sesi neden duymadıkları ve “dehşet”in neden yakın akrabalığın öğrenilmesinden sonra başladığı sorusu havada kalmaktadır.

3. *Ensest yasağının yalnızca sosyal kaynaklı olduğu düşüncesi*: Bir sosyal kurum olarak ensest yasağı iki değişik görünümde karşımıza çıkmaktadır: İlk olarak, aralarında kan bağı bulunan yakın akrabalarla cinsel ilişki ve evlenmesinin yasak olmasıdır. İkinci olarak da belirli bir biyolojik ölçüt üzerine kurulmuş olan bu yasaklama, akrabalık yaklaşımının tümüyle yokmuş gibi görüldüğü çok daha kapsamlı bir sistemin yansımasıdır. Çünkü, bir çok toplumda dış evlilik (exogamie) kuralı, yakın akrabalara olduğu kadar, birbirleriyle hiçbir akrabalık ilişkisi bulunmayanlara da uygulanmaktadır. Bu tür ensest yasağı, birbirlerine belirli bazı terimlerle hitap edenler arasında geçerli görünmekte, örneğin, aralarında hiçbir akrabalık bulunmamakla birlikte, sosyal ilişkilerinde birbirlerine “anne, baba, kızım, oğlum, kardeşim” demekte olanlar dış evlilik kuralları doğrultusunda birbirleriyle evlenememektedirler. Acaba amaçlanan kan bağı olsun ya da olmasın, yakın çevredekilerle evlenmenin yasaklanması aracılığıyla, daha çok dışa mı açılmak ve toplumsallaşmanın daha mı geliştirilmesidir?

Burada dış evlilik kuralıyla, evrensel ensest yasağının birbirleriyle karıştırılmaması gerektiği belirtilmelidir. Çünkü fücür oluşturacak evlilikler, dış evlilik sisteminin yasaklamış olduğu evliliklerden yalnızca bir bölümünü kapsamına almaktadır. Bu tür bir hipotez fücür yasağının niteliğine ilişkin herhangi bir belirleyicilik de içermemektedir.⁴⁴

Ensest yasağı kuralıyla dış evlilik kuralı aynı kökenden kaynaklanmakla birlikte ayrıntıda farklılaşmakta ve bu iki kural aslında birbirlerini tamamlamaktadır. Başka bir deyişle bu kuralların her ikisi de (armağanlar gibi) karşılıklılık içermekte ancak dış evlilik kuralı bir örgütlenmişliği yansıtmaktadır. Daha açık bir deyişle, toplumun şiddetli bir biçimde enseste karşı çıkması, böyle bir eylemin zarara uğratacağı toplumun, güçlü tepkisini dile getirmektir. Ensest ilişkiye giren kişi

⁴⁴ SÜMER, s. 106.

bir anlamda verme yükümlülüğünden kaçınmış olmaktadır. Şu halde, oğluma bir kız alabilmek istiyorsam kızımı bir başkasına verme cömertliğini göstermek zorundayım. Herkes bu şekilde düşüneneğine göre de bundan bir karşılıklılık doğmuş olacaktır, ya da “bir kadınla cinsel ilişkiye girmeyi kendime yasaklamış olmam, onun bir başkasına verilmesini zorunlu kıldığına göre; bir yerlerde bir kadını kendisine yasaklamış olan bir adam, böylece de benim alabileceğim bir kadın var demektir”. Encest yasağı kuralı, vazgeçme zorunluluğunu ortaya koymakta ama bu vazgeçişin kimin yararına olacağını göstermemektedir. Oysa dış evlilik kuralı, encest yasağının zorunlu kıldığı bu vazgeçişten; kimin kimlerin ya da hangi zümrelerin yararlanacağını ortaya koymaktadır.⁴⁵

Özetle encest yasağı, evlenmeye ilişkin bir kural oluşturmakla kalmamakta, çok önemli bir iletişim aracı konumuna da yükselmektedir. Çünkü kız kardeşini başkasına veren kişi, yakınıyla cinsel ilişkiyi yadsımdan çok; bu kız kardeşi başka bir erkekle ya da kendisini başka bir kadınla birleştiren evliliklere daha büyük değer verdiğini doğrulamış olmaktadır.⁴⁶

Doğadan kültüre geçiş sürecinde cinsel güdünün varlığı ve bu doğrultuda karşıt cinsle cinsel ilişkinin zorunluluğu açısından hayvan ile insan arasında belirleyici bir farklılık bulunmamaktadır. Ancak hayvan, olması gerekene ilişkin çabayı somutlaştıran kuralı koyamamaktadır. Böylece toplumsallığa açılan cinsel güdüyü gerçek anlamına kavuşturan insandır.

Antropolojik açıdan *Strauss*'un görüşleriyle encest yasağını inceledikten sonra, psikanaliz kuramı açısından da irdelemek gerekir. Bu doğrultuda *Freud*, antropolojik bulgulardan yararlanarak söz konusu encest yasağını inceler ve bunun toplumsal bağlamını ortaya koymaya çalışır. Encest yasağı, bu anlamda ilkel dürtülerle başlayıp yerini kültürel sembollerin almasıyla değerlendirilir.⁴⁷ Psikanalizin bize gösterdiğine göre, küçük oğlan çocuğunun cinsel seçiminin yöneldiği ilk obje “incest” karakterlidir, iğrençtir”. Çünkü bu objeyi annesi ya da kız kardeşi temsil eder. *Freud*'un bu yorumu encestin daha çocukluk-

⁴⁵ SÜMER, s. 106.

⁴⁶ SÜMER, s. 107.

⁴⁷ <http://tr.wikipedia.org/wiki/Encest>.

tan itibaren ve içgüdüsel olarak var olan bir davranış olduğunu göstermektedir. Çocuk ilk yönelim olarak; eğer erkek çocuksa annesine, kız çocuksa babasına eğilim göstermektedir. Bu psikolojik yorum ne kadar doğrudur bilinmez fakat gerçek olan bir şey var ki yakın akraba arasındaki ensestin toplumu ahlâki açıdan çöküntüye uğrattığıdır.⁴⁸

Kültürden bağımsız bir güdü olarak cinsellik, önce doğanın bağrında başlamakta, ayrıca karşı cinsin varlığını zorunlu kılan konuyla da bir “toplumsallaşmaya elverişlilik” içermektedir. Doğal cinsel güdüler kapsamındaki bireyin kendinden başkasına zorunlu eğilimi belki de kültürün bu kaynaktan yola çıkılarak yaratılmasının nedenidir.⁴⁹

Biyolojik evrim aracılığıyla bugünkü düzeyine ulaşmış insanın, oluşumunun ilk aşamalarında ensest yasağı kuralına uygun davranmış olduğu düşünülemez; dönemin koşulları zaten bu tür düşüncenin doğmasını bile olanaksız kılmaktadır. Ancak, gelişiminin belirli bir aşamasında ya da koşulların elverdiği anda insanlık, cinsel ilişkilerini sınırlandırmakta ve *ensest yasağı kuralını koyarak kültürel yaşama geçmektedir*. Bu yasakla birlikte, doğanın insan üzerindeki salt egemenliği sona ermekte, nerede başlayıp nerede biteceği bilinmeyen *doğal cinsel güdüler aşılmakta* ve belki de evrim süreci doğrultusunda doğa kendisini aşmaktadır.⁵⁰

*Strauss'*a göre ensest yasağı, ne yalnızca doğal ne de yalnızca kültürel kökenlidir; bu yasak, biraz doğadan biraz da kültürden alınmış öğelerin karışımı da değildir. Ensest yasağı, doğadan kültüre yönelen ilerlemenin aracıdır, hatta bu ilerlemenin “ta kendisi”dir. Çünkü bu yasak, kültürün genel koşulunu oluşturmaktadır. Öte yandan, ensest yasağı ayrıca “kültür”dür.

Çünkü bu yasak kendisi dışında gerçekleşen olaylar düzleminde kuralını koyup dayatmaktadır.⁵¹

Ensest yasağı insanın ne salt biyolojik varlığına ne de salt sosyal varlığına bağlıdır. İnsanın doğal ve sosyal varlığının birleştiği anın

⁴⁸ SÜMER, s. 109.

⁴⁹ CAN, s. 31-33.

⁵⁰ CAN, s. 32.

⁵¹ CAN, s. 34.

göstergesi olan bu yasak, her iki varlık biçimini kaynaştırıp birleştiren bağdır. Doğaya ilişkin bir özellik olan evrenselliğin kültürel bir kuralda varlık kazanması da bu nedenledir.⁵²

Doğa, kadın ve erkeğin birleşmesi zorunluluğunu koymakta, ama birleşmenin koşullarını saptamamaktadır. Doğacak her çocuğun, ana babasının ve atalarının genlerini taşıyacağını öngörmüş olan doğa, kimlerin genlerinin birbirleriyle buluşup kaynaşacağını rastlantılara bırakmakta ve biçim konusunda sessiz kalmaktadır. Kültürel bir kural oluşturan ensest yasağının, doğaya ilişkin bir nitelik içermesinin nedeni de bu bağlamda ele alınabilir. Kültür; çevresindeki çukurları dolduran bir su kaynağı gibi, doğanın boş bıraktığı biçimlerin içini doldurmakta ve bir kural olmasına karşın ensest yasağı böylece evrenselleşmektedir.⁵³

Her annenin, her kız çocuğunun ya da her kız kardeşin “kendisel” nitelikleri ensest yasağının temelini oluşturmaktadır. Bir başka deyişle, *annenin, oğlun, babanın, kızkardeşin... kişisel görünüşleri ve her bireyin kendi öz ailesinin üyelerine ilişkin duyguları ve düşünceleri, onlarla evlenmenin yasaklanmasının da nedeni sayılmaktadır*. Ensest yasağına bu açıdan bakıldığında ister istemez biyolojik ve psikolojik çağrışımlar doğmakta ve herkes, kendi öz annesini, oğlunu, kızını, kızkardeşini göz önünde bulundurarak bu soruna bireysellik ve öznellik katmış olmaktadır. Ensest evliliklere kötü gözle bakılmasının temelinde bireylerde gelişen ancak bir türlü açıklık kazandırılmayan ve açıklanamaz olan bir duygu oluşmaktadır. Aslında bu duygu tüm sistemin temel taşıını oluşturmaktadır.⁵⁴

Ensest yasağı da içinde olmak üzere, toplumsal kuralların ve ilişkilerin niteliklerinin kavranabilmesinde aslanan; kendi dünyasında yaşayan bireyin toplumun diğer üyelerinden soyutlanmış kişisel ve duygusal değerlendirmeleri değil toplumsal bireyin, özellikle başkaları karşısındaki konumu ve bu bağlamdaki toplumsal ilişkileridir. Kuşkusuz bu değerlendirme, aynı kültür bütününe paylaşan bireyler bağlamında bir anlam taşımaktadır.⁵⁵

⁵² CAN, s. 33-36.

⁵³ CAN, s. 38-39.

⁵⁴ CAN, s. 66, 80.

⁵⁵ CAN, s. 79.

Ünlü etnolog *Margaret Mead*'in yıllar önce *Arapesh* yerlileriyle yaptığı ankette yer alan sorulara, bu yerlilerin vermiş oldukları yanıtlar ensest yasağının düzenleyicilik özelliğini açık biçimde ortaya koymaktadır. Ankete başlandığında, yerliler ensest yasağıyla ilgili soruları kavramakta önce zorlanmışlardır. Çünkü onlar için evliliğe konulan sınırlar ve özellikle ensest yasağı, bugün bizim anladığımız gibi olumsuz biçimde (ya da yasaklayıcı yönüyle) değil, tam tersine olumlu biçimde (ya da bir yükümlülüğün karşılığı anlamında) algılanmaktadır. Anket yanıtları karşılıklı bir konuşmaya dönüştürülmüş olsa karşımıza şöyle bir diyalog çıkmaktadır:

Soru: Aranızda kız kardeşiyle yatmış olan kimse var mı?

Yanıt: Elbette yok, biz kız kardeşlerimizle yatmayız, onları başkalarına veririz, başkaları da kendi kız kardeşlerini bize verirler.

Anketçi ısrarını sürdürür ve yeniden sorar:

Peki, böyle bir şey olmuş olsaydı ne düşünürdünüz, ne yapardınız?

Yanıt: Kız kardeşiyle yatmış, soruya da bak!

Anketçi aynı tür soruları yinelemeyi sürdürünce öfkelenen yerli, belki de potansiyel bir ensest suçlusuyla karşı karşıya bulunduğunu düşünerek şöyle haykırır: “Kız kardeşinle evleneceksin demek, sen çıldırdın mı be adam, bir *enişten* olsun istemiyor musun? Sen bir başkasının kız kardeşini alınca bir başkası da senin kız kardeşinle evlenince, iki akraba birden kazanmış olacağını göremiyor musun? Kendi kız kardeşinle evlenirsen akrabasız kalmayacak mısın? Kiminle ava çıkacak, kiminle ekini kaldıracak, kimin evine konuk olacaksın?

Görüldüğü gibi, ensest yasağının yasaklayıcı özelliği bu örnekte tümüyle önemini yitirmekte ve kural, başkalarının yaşamını düzenleyici bir özellik kazanmaktadır. *Strauss*'un da vurguladığı gibi “bir *enişten* olsun istemiyor musun” demiş olan yerlinin sözleri toplumsal yaşamın (iletişimin, kültürün) altın kuralını oluşturmaktadır. Ensest yasağının kültürel içeriği, soyut ve karmaşık bir koşullar bütününden oluşmamakta, çok açık ve yalın bir olgudan kaynaklanmaktadır. Kısacası ensest, ahlâksal bakımdan “mahkûm” edilmezden önce de, sosyal açıdan anlamsızdır.⁵⁶

⁵⁶ CAN, s. 81-83.

B. Hukuksal Düzenlemelerde Toplumsal Ölçütler: Ahlâk-Genel Adap-Aile Düzeni

İnsan eylemlerine doğurdıkları sonuçlar açısından bakıldığında, bunların büyük çoğunluğunun, eylemde bulunanın dışında kalan kişileri de ilgilendirdiği görülür. Eylemin psikolojik, biyolojik ya da sosyolojik kökenli olması, *diğer kişilerin etkilenmesi* olgusunu değiştirmemektedir. Toplum halinde yaşama süreci, bu gerçeği insanlara çabuk öğrettiğinden, eylemlerden bazılarının sosyal düzeni bozucu sonuçlarına karşı her toplum kendisini savunma zorunluluğunu duymuştur. Örf ve âdet, ahlâk kuralları bir ölçüde bu savunmanın araçları olmaktadır.⁵⁷

Eski çağlarda en ağır suçların, toplumsal yaşamın varlığına karşı işlenmiş oldukları varsayılan eylemlerden oluştuğu görülmektedir. Tabu sayılan varlıklara karşı işlenen suçlar en affedilmez olanlarıdır. Cinselliğe ilişkin tabuların ise özellikle “ensest” ilişkilerde belirgin bir konuma yükselmesi, cinsel suçun, psikolojik ve sosyolojik açıdan taşıdığı önemle açıklanabilir.

Toplumsal dayanışma bağına çözebilecek güçte olduğu için tabu sayılarak, dokunulması yasaklanan değerler adına cezalandırılan ve böylece de ağır suç olarak nitelendirilen cinsel suç, ceza hukukunun gelişimine koşturarak daha sonraları, bu hukukun içerisinde yer alan ahlâk kuralları adına cezalandırılmaya başlanmıştır. Giderek ceza hukuku ahlâk ayırımının yapılmasıyla cinsel suç bu kez toplumsal düzen açısından taşıdığı önem dolayısıyla ve “bireyin cinsel özgürlüğü” adına yine özel bir biçimde cezalandırılmıştır. “Son aşamada, ceza hukuku-ahlâk özdeşleştirilmesinden vazgeçildiğinde cinsel suçların cezalandırılması bireyin özgürlüğünden yola çıkarak toplumsal düzenin korunmasını amaçlamaktadır.” Ancak toplumsal düzen, cinselliğe ilişkin bir eylemle doğrudan doğruya değil, bu düzen içerisinde yer alan ahlâk kurallarının çiğnenmesi dolayısıyla yaralanmış sayıldığından, cinsel suç ahlâk ilişkisi varlığını sürdürmektedir.⁵⁸

Cinsel suçlar başlığı altında incelenmekte olan eylemlerin, tarihsel gelişim içerisinde çoğunlukla genel âdâp ya da kurulu aile düzeni

⁵⁷ CAN, s. 462.

⁵⁸ CAN, s. 463.

adına cezalandırıldıkları görülmektedir. Kanunlarda, cinsel suç terimi yerine genel ahlâk, genel âdâp, aile düzeni gibi başlıklar kullanılması, suçun, cinsel güdüye ilişkin olan nedeninin değil, suç ile ihlâl edilen hakkın göz önünde bulundurulmuş olmasının sonucudur.⁵⁹ Bu nedenledir ki, toplumun ahlâk anlayışına aykırı düşen cinsel kökenli eylemlerin, alenî yapılmadıkları ve bir hakkı ihlâl etmedikleri sürece suç sayılamayacakları sonucuna ulaşılmaktadır.⁶⁰

Öte yandan, yine tarihsel gelişim içerisinde, aile düzeni aleyhine işlenen suçların, genel ahlâkı bozucu olduğu düşünülen eylemlerden çok daha sonraki bir aşamada ele alındıkları görülmektedir. Çünkü cinsel suçların yaptırıma bağlanmasının tarihsel nedeninin, toplumun belirli bir suçtan korunması değil, suçun yarattığı duygusal (toplumsal) tepkinin yatıştırılması olduğu görülmektedir. Cinsel suçların cezalandırılmasında, hukuk mantığının gereklerinden çok, toplumsal ölçüm biçiminde özetlenebilecek bir “kefare” isteğinin etkisi altında kalındığı bile söylenebilir.

Bir eylemin genel âdaba aykırı sayılması için ne tür koşulların bir arada bulunması gerekeceği konusunda tartışmalı olmakla birlikte bazı ölçütler önerilmiştir:

1. Herkesin cinselliğe ilişkin ar duygusuna (edep ve iffet duygusuna) aykırı düşecek bir eylemin alenen yapılması,
2. Eylemin şiddet ögesi içermesi,
3. Suçun rızasını geçerli bir şekilde açıklayamayacak bir kişiye karşı işlenmesi,
4. Fuhuşa özendirme ya da fuhuşu kolaylaştırma amacına yönelmiş olması gibi.

Genel ahlâk ve âdaba karşı suç kavramı yukarıda sayılmış bulunan ölçütler doğrultusunda içerik kazanmaktadır. Bu suçlardan bir bölümünün işlenebilmesi, hile, cebir, tehdit kullanılmasını da gerektirdiği ve zor aracılığıyla mağdurun iradesi suçlunun dileğiyle aynı yöne sü-

⁵⁹ EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku, Hususî Hükümler, C. 2, Ankara 1962, s. 673.

⁶⁰ DÖNMEZER, Sulhi, Ceza Hukuku, Hususî Kısım, Umumî Âdâp ve Aile Nizamı Aleyhine Cürümler, İstanbul 1961, s. 21.

rüklendiği için, benzer suçlar aracılığıyla kişi özgürlüğünün ve özellikle cinsel özgürlüğün ortadan kaldırılmış olacağı açıktır.⁶¹

Genel ahlâk ve âdaba karşı suç kavramı doğrultusunda yukarıda saydığımız ölçütler, “ensest ilişkiler” bağlamında geçerliliğini yitirmektedir. Her ne kadar ensest ilişki içerisinde bulunmak, toplumun arduygusunu zedelese de, bu ilişkide aleniyet aranmamaktadır. Yukarıda belirtilen şiddet içerme ve zor kullanma ölçütleri ensest ilişki açısından söz konusu olmayıp, bu ilişki rıza ile gerçekleşmektedir. Dolayısıyla genel ahlâka ve adaba karşı işlenmiş olduğu kabul edilen suçlar konusunda bazı ölçütler getirilmiş olsa da, bu ölçütler ensesti cinsel bir suç olarak nitelendirme konusunda yeterli olmamaktadır.

Aile düzenine karşı işlenmiş olan suçların çoğu kez genel ahlâka ya da âdaba da aykırı düştüğü yadsınamaz. Ancak, bir suçun aile düzenine karşı işlenmiş sayılması için aile düzeni terimi içerisinde korunmak istenen çıkarların neler olması gerekeceği konusu belirlenmelidir.⁶² Toplumun temelini oluşturan “kutsal aile” kavramı, toplumca oluşturulup benimsenen fedakâr anne, baba imajı ve saygıdeğer aile bağlarının korunması gibi bir amaç ensesti aile düzenine karşı işlenmiş suç olarak değerlendirmek için yeterli değildir.

Hukuk alanında, genel ahlâk, âdap ve aile düzenine karşı işlenen suçlar düzenlenirken göz önünde bulundurululan ilk değer, “kişinin cinsel özgürlüğü” olduğu genellemesine gidilebilir. Ancak ensestin yasaklanmasında korunmak istenilen değer niteliği sorunu biraz daha karmaşık görünmektedir. Çünkü bu kavramlar, aynı zamanda kişinin dokunulmaz sayılması gereken cinsel özgürlüğünü sınırlamaktadır.⁶³ Ensest ilişkinin yalnızca düşüncesi bile insanlarda diğer hiçbir tabunun yaratamayacağı duygular, daha doğrusu bir iticilik uyandırmaktadır. Bunun sonucu olarak da ensest, tüm gerçekliğiyle yaşanmakta ancak “kutsal aile” mitini yıkmamak için toplumsal bir konsensüs içinde görmezden gelinmektedir.⁶⁴

⁶¹ CAN, s. 477-479.

⁶² CAN, s. 476.

⁶³ CAN, s. 484.

⁶⁴ İŞIKTAŞ, Yasemin, “Ensest ve Hukuka Yansıması”, İBD, C. 66, S. 4-5-6, İstanbul 1992, s.1.

VII. DİNSEL MOTİFLERDE, MİTOLOJİDE, SANATTA ENSEST

A. Kitab-ı Mukaddes'te Cinsel Motifler

Cinsellik dünyaya gözünü açmış her insanın bir şekilde tesadüf ettiği önemli ve en temel ihtiyacı olarak vazgeçilemez bir olgudur. Cinselliğin sınırları geniş olduğundan ona bir sınır çizmek ve belli bir perspektiften bakmak gerekir. Dinlerin de bu olguya uzak kalması düşünülemez. Bu bağlamda cinselliğin ne olduğu ve nereye kadar olduğunu belirlemek için onu iki semavi din ekseninde incelemek gerekir.

Eski Ahit'te⁶⁵, evlilik dışı ve aşırı olan tüm ahlaksızlıklar cinsel sapma kategorisine koyulmuştur ve cinsel sapma olarak belirtilen davranışlar içersinde ensest (yakın akraba ile cinsel ilişki) de sayılmıştır.⁶⁶

Ensest, yakın akraba arasında yaşanan cinselliklerdir. Bu anlayışa göre toplumda bazı yakın akrabalar arasında cinsel ilişki yasaklanmıştır. Böyle bir yasaktan dolayı akraba olan kişiler asla birbiriyle evlenemezler. Ensest olayı ilkel kabilelerden beri var olan bir totem anlayışıdır. Buna göre tek ve aynı bir totem grubunun üyeleri, aralarında cinsel ilişkide bulunamaz ve dolayısıyla birbirleriyle evlenemezler. Bu egzogami yasasıdır. Yasaya göre ancak dışarıdan evlenilmelidir.⁶⁷

Annelik yapan kişiye ya da onun yerini alan şeylere -kana, aileye, kabileye- bağlı kalma eğilimi her kadının ve erkeğin içinde doğuştan getirdiği bir özelliktir. Fakat bu özellik aile kurumunu belirsizleştirdiği hatta ortadan kaldırdığı için birçok din tarafından yasaklanmıştır. En başta semavi dinler, ensesti şiddetle kınamış ve ret etmişlerdir. Bir ailede anne, baba ve çocukların cinsel kimliği birbirinden tamamen ayrıdır. Herkes kendi cinsel ve ruhsal kimliği oranında kendini tanımlar ve ona göre yaşar. Oysa bir ailede ensest olayının yaşanması aile bireylerinin cinsel kimliğine saldırıdır. Bu yüzden dinler, ensesti çirkin ve tutarsız bir davranış olarak kabul ederler.⁶⁸

İnsanların niçin bu cinsel sapmanın peşinde koştuğu konusunda Eski Ahit şu açıklamayı getirmiştir: İlk insanların sayı olarak az olma-

⁶⁵ *Eski Ahit; Kitab-ı Mukaddes'in ilk bölümünü oluşturan 39 kitaba verilen isimdir. Tevrat ve Zebur'u da kapsamaktadır.*

⁶⁶ SÜMER, s. 100.

⁶⁷ SÜMER, s. 102.

⁶⁸ SÜMER, s. 107.

sı ve aile kurumunun neredeyse çekirdek aile kadar küçük olması bu cinsel sapmanın ortaya çıkma nedeni olabilir. Dinler de bu yasağı keskinleştirdince ensest olayı iyice silikleşmeye başlamıştır. Bu halde yakın akraba ile cinsel ilişki Âdem ve Havva'dan sonra çoğalma tehlikesi kalmadığından yasaklanmıştır. Bu yasağın altı çizili kurallarla hangi akrabalar arasında uygulandığı bellidir. Enseste bulunmanın sınırı iyice keskinleştirilmiş ve kesinleştirilmiştir. Çünkü bu sapıklık, içten eşleşme olarak bilinen şeyin, evliliklerin sürekli olarak kısıtlı bir toplumsal grup içerisinde ve dolayısıyla, az çok aynı soy içerisinde gerçekleşmesinin aşırı uçta bir çeşididir. Dar bir alanda ve birbirine çok yakın kişiler arasında gerçekleştiğinden, ailenin ve akrabalık derecesinin sınırını belirsizleştirmektedir. İşte Eski Ahit, bunun önüne geçmek için kimin kiminle evlenebileceğini net olarak belirtmiştir. Ayrıca, bu yasağı çiğneyenlerin sapıklık içinde olduklarını vurgulamıştır.⁶⁹

*"Hiçbiriniz cinsel ilişkide bulunmak için yakın akrabasına yaklaşmayacak, Rab benim".*⁷⁰ Eski Ahit'te adı sıkça geçen bu sapıklık, bir suç olarak görülmüş ve çeşitli yaptırımlarla desteklenmiştir. Çünkü ensest ilişki, evlilik kurumuna zarar vermekte ve kan bağına dayalı yakınlıkları zedelemektedir. Tevrat'ta belirtildiği üzere kan birliği bulunan kimseler arasında evlenme olamaz. Kardeşler, bir ana babadan olan yakınları, yengeler, sütanneler, babanın kardeşleri ile evlenme yasaktır. İnsanın kızı ya da oğluya da evlenmesi suçtur. Doğal olmayan bir davranış olan ensesti hazırlayan etmenlerin neler olabileceği soruları aslında sadece Yahudi kültüründe var olan sorgulamalar değildir. Bunlar, ta ilkel kabilelerden beri varlığını sürdüren soru işaretleridir. Ensest, sapkın cinselliğin insanlar arasındaki farklı çeşitlerinden yalnızca biridir. Bu sapıklıkla kişiler anne, baba ve kardeş kavramlarını ortadan kaldırmaktadırlar. Bu da aileye önem veren Eski Ahit için çok değerli bir detaydır.⁷¹

Ensest, tüm toplumlarca sertçe eleştirilen bir cinsel sapma olduğuna göre semavi dinlerden Yahudiliğin de elbette bu konuya yaklaşımı bir ölçüde şiddetli olacaktır. İşte Tanrı'nın Eski Ahit'te ensest sapıklığını sert ve şiddetli bir şekilde yasaklamasının altında yatan en önemli

⁶⁹ SÜMER, s. 108.

⁷⁰ *Levililer: 18: 6.*

⁷¹ SÜMER, s. 109.

sebeplerden bir tanesi de onun aile kurumunu yok etmesi ve akrabalığın rolünü belirsizleştirmesidir. Bundan dolayıdır ki ensest, Tevrat pasajlarında üzerinde uzunca durulan bir suçtur. *“Lut Soar’da kalmaktan korkuyordu. Bu yüzden iki kızıyla kentten ayrılarak dağa yerleşti, onlarla birlikte bir mağarada yaşamaya başladı. Büyük kız küçüğüne, babamız yaşlı, dedi. Dünya geleneklerine uygun bir biçimde burada bizimle yatacak bir erkek yok. Gel babamıza şarap içirelim soyumuzu yaşatmak için onunla yatalım. O gece babalarına şarap içirdiler. Büyük kız gidip babasıyla yattı. Ancak Lut farkında değildi. Ertesi gün büyük kız küçüğüne, dün gece babamla yattım, dedi. Bu gece de ona şarap içirelim. Soyumuzu yaşatmak için sen de onunla yat. O gece babalarına şarap içirdiler ve küçük kız babasıyla yattı. Ama Lut yine farkında değildi. Böylece Lut’un iki kızı da öz babalarından hamile kaldılar.”* Yaratılış bölümünde geçen bu pasajlar, Lut peygamberin sarhoşken kızlarının onunla kurduğu cinsel ilişkiden söz etmektedir. Yahudi kültüründe yasak olmasına rağmen kızların peygamber olan babalarıyla cinsel temasa geçmesi doğrusu çok şaşırtıcıdır. Tüm ahlâk ilkelerince ve dinlerce bir tabu olan yakın akraba cinselliğinin burada çok rahatça çiğnenmesi tuhaftır. Çünkü bir peygamberin sarhoş olup kızları tarafından cinsel ilişkiye maruz kalması pek doğal ve uygun olan bir davranış değildir. Bu olay, insanların geldiği noktayı göstermesi bakımından dikkate değerdir. Çünkü bir tabu yıkılmış ve tabiat kanunlarına ters davranılmıştır.⁷²

Eski Ahit’te anne babayla cinsel ilişkiye girme eylemi o kadar “iğrenç bir suç” olarak görülmüştür ki ölümle cezalandırılmıştır. Yine bir adam hem kızı hem de kızının annesiyle evlenirse üçü de yakılmak suretiyle ölümle cezalandırılmıştır. Görüldüğü üzere, Yahudi kültüründe ensest, çok şiddetli yaptırımlara tâbi tutulmuştur. Aksi halde toplum çökecek ve başıboşluk Tanrısal yasaları amaçsız ve işlevsiz bırakacaktır.⁷³

Ensest, sadece aralarında kan bağı bulunan kimseler arasında cinsel istek duyulması şeklindeki kaba biçimiyle karşımıza çıkmaz. Ensest sevgi, bir simge olarak da düşünülebilir; bir yabancıyı yani aileden olmayan kan bağıyla veya daha önceki yakın ilişkilerle bağlı olunmayan bir insanı sevemeyişi simgeler. Ona, yabancı korkusu (xenofobi), nefret ve yabancıya güvensizlik tanımlamaları yakıştırılabilir. Ensest,

⁷² SÜMER, s. 110-111.

⁷³ SÜMER, s. 112-114.

olgun insanın bağımsızlığına karşıt olarak, anne vücudunun ve göbek kordonuyla anneye bağlı oluşun sıcaklığına ve güvenliğine karşılık düşen bir simgedir. Dahası bu cinsel sapıklık aslında derin temelli bir cinsel yaklaşım tarzıdır. Bunun için tüm toplumlarda karşı çıkılan bir cinsel davranış türü olmuştur.⁷⁴

Hıristiyanlıkta her ne kadar sıkça ensest ilişkilere rastlanmasa da bunun tamamen olmadığını söylemek mümkün değildir. Yeni Ahit, yakın akrabalar arası cinsel ilişkiyi fuhuş olarak nitelendirmiştir. Bunu sıradan bir cinsel motif olarak değil şaşırta ve anormal karşılanan bir sapıklık olarak ifade etmiştir. "Aranızda fuhuş olduğu söyleniyor, üstelik putperestler arasında bile rastlanmayan türden bir fuhuş! Biri babasının karısını almış. Siz hala böbürleniyorsunuz! Oysa bunun için yas tutup bu işi yapanı aranızdan atmanız gerekmez miydi?"⁷⁵ Görüldüğü gibi putperestler arasında bile görülmeyen böyle bir günahın Hıristiyanlar arasında görülmesi pek doğal karşılanan bir durum değildir. Yeni Ahit'in bu hayreti şiddetli bir cezaya dönüşmüştür.

Yeni Ahit, soyun devamı ve Tanrı'nın hükmünün daim olması için yakın akrabalar arası cinsel ilişkiyi bir ölçüde uygun görmüştür. Aynı soydan veya aileden olan kardeşlerden birisi öldüğünde diğerinin onun karısını alması ve ondan çocuklar dünyaya getirmesi doğal ve yasal kabul edilmiştir. Böylece hem ailenin dağılması engellenmiş olmakta hem de soyun devamı sağlanarak Tanrı'nın adı yüceltilmiş olmaktadır.⁷⁶

Bu yasak, çeşitli Hıristiyan ülkelerde farklılık göstermektedir. Örneğin 1907'de bir erkeğin ölen kardeşinin karısıyla bir arada oturması İngiliz yasalarına göre kandaşla cinsel ilişki yasağına giriyordu; bir kadının, ölen kocasının erkek kardeşiyle yatması ise; hala yasak sayılıyor. Amerika'da kandaş evlilikleri yasaktır; yeğenle evlenmeye yalnızca birkaç eyalette yasaklanmıştır.⁷⁷

İslamiyet ise bu konuda en geniş sınırlamayı getiren dinlerden biridir. Kur'an; "Babanızın evlendiği kadınlarla evlenmeyin. Şüphe yok ki o bir hayâsızlık ve ilahi gazaba sebep olan iğrenç bir iştir. O ne kötü

⁷⁴ SÜMER, s. 181.

⁷⁵ I. Korintliler: 5: 1- 2.

⁷⁶ SÜMER, s. 182.

⁷⁷ SÜMER, s. 183.

bir yoldur!"⁷⁸ diyerek ensestin sınırlarını genişleten başka yasaklar da getirmiştir.⁷⁹

Günümüz küresel dünyasında, toplumların iç içe geçtiği ve ilişkilerin iyice giriftleştiği bu arenada dinlerin cinselliğe bakışını ortaya koymak önemlidir. Özellikle tarih boyunca ilgiyi üstünde toplamış semavi dinlerin günümüzde bazı konulara yaklaşımı insanları oldukça etkilemektedir. Toplumların zihnini ve bedenini sürekli meşgul etmiş olan cinsellik kavramı, bu noktada dinler tarafından çok önemsenmektedir.

B. Mısır ve Yunan Mitolojisi

Ensest tarihte öyle derin izler bırakmıştır ki, mitolojide de yankısını bulmuştur:

- Tarihte kardeşler arasındaki evliliğe en iyi örnek Mısır Kraliyet ailesidir. Mısır 'da aile, ana-aile yapısında bir aileydi. Soy çizgisi, miras ve yerine geçme hakkı ana soyu çizgisi içerisinde kaldığından ana, onun erkek kardeşi ve çocuklar soyluluk zincirini oluşturmaktaydı. Kraliçenin kocası soylu sayılmıyordu. Çünkü o, krallık ailesine evlenme yoluyla katılmış bir yabancıydı. Krallık hem erkek kardeş hem de kocada bulunmasına rağmen kocanın krallığı sadece evli olduğu sürece geçerliydi. Halktan biri kabul edilen eş evliliğin bitmesi halinde krallıktan da atılıyordu. Buna karşılık erkek kardeş kan bağından dolayı ömür boyu kral olarak yaşamını sürdürme hakkına sahipti. Mısır uygarlığında, kraliçenin erkek kardeşi onun kocası olarak görülmekteydi. Kardeşler arası evlilik müessesesi soy içindeki kanda evliliğin var olduğu düşüncesini oluşturan temeldir. Tarihçiler, ünlü Kleopatra'nın on üç kuşaklık bir ensest soyundan geldiğini, soyun son temsilcisi olduğunu yazmaktadırlar.⁸⁰

- Eski Yunan Uygarlığında da bu konu çok konuşulmuş ve gündeme gelmiştir. Bu konudaki en önemli eser *Sofokles*'in "Oidipus" isimli tragedyasıdır. Yunan mitolojisinde Oidipus, Thebes kralı Louis ve

⁷⁸ Nisa Suresi 21.

⁷⁹ KASAPOĞLU, Abdurrahman, "Ensest Tabusu ve Egzogami Kuralının Kur'an'daki Yansıması", Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi III 2003, S.1, s. 6.

⁸⁰ TUĞRUL, s. 21; POLAT, "Aile İçi Cinsel İstismar: Ensest", www.kriminoloji.com

kraliçe Jacosta'nın oğludur. Louis, kâhinden oğlunun kendisini öldüreceğini ve annesiyle evleneceğini öğrenir. Oğlu doğunca topuklarına bir diken batırarak ölmesi için Citnaeran dağına bırakır. Fakat çocuğu Korentli bir çoban bulur ve Korent kralı Polybusa gönderir. Çocukları olmayan Polybus ve eşi Merope Oidipusu evlat edinirler. Oidipus delikanlılık çağına gelince sokakta bulunmuş bir çocuk olduğunu öğrenir. Buna inanmayan Oidipus, Apollo'dan ana-babasının kim olduğunu sorar. Apollo ona kaderinde babasını öldürmek ve annesiyle evlenmek olduğunu söyler. Oidipus, Apollo'nun Polybus ve Menape'yi kastettiğini zanneder. Onları terk eder ve yolda bir kavgaya tutuşur. Louisa'yı öldürür, Louisa gerçek babasıdır. Thebes şehrine gider. Şehrin bilmesini çözerek şehri zalim Sphynxten kurtarır. Mükâfat olarak Thebes halkı onu kral ilan eder ve kralın dul karısı Jacosta ile büyük bir törenle evlenir. Jacosta'nın Oidipustan 4 çocuğu olur. Günün birinde Oidipus gerçeği öğrenir. Jacosta kendini asar. Oidipus da babasını öldürmenin ve annesiyle evlenmenin cezasını kendi elleriyle vererek gözlerini kör eder ve kızı Antigone ile birlikte şehirden kovulur. Böylece "Oidipus Kompleksi", ensest ilişki bakımından kadın ile oğlu arasında bir kan bağının mı yoksa yasal bir bağın mı (evlat edinme, üvey annelik, üvey babalık) önemli olduğu konusunun Avrupa'da antropolojik açıdan tartışılmasına sebebiyet vermiştir.⁸¹

Bunun dışında Yunan mitolojisinde Zeus'un kardeşi Hera ile evlenmek için babası Uranus'u öldürmesinin hikâyesi vardır.⁸²

Yunan edebiyatında Sophocles, ensest trajedisini şiirsel olarak şöyle ifade etmiştir:

*"Döşek limandır insana
Doğduğun döşek gerdeğin oldu,
Anan avradın oldu.
Hem bebek hem baba
Aynı döşekte"*

"Şu nesle bakın: "Babalar, kardeşler, oğullar, karılar, analar hep birbirine karışmış tohumlar. Sözü eyleminden çirkin ayıplar."

⁸¹ POLAT, "Aile İçi Cinsel İstismar: Ensest"; BARAN/ERBAYDAR, s. 2.

⁸² TUĞRUL, s. 21.

*Sofokles'*in anlatmaya çalıştığı aslında, klasik ve edebi bir yapıtta yer bulan ensestin, ince bir resmi ve sonucunda acı sızlanışın üsluplu ifadesidir.⁸³

Ensest ilişkinin mitolojik boyutunda dikkatimizi çeken şey, ensest ilişkiye bilerek ya da bilmeyerek giren tanrı-yarı tanrıların yaptıkları cürümleri öğrendiklerinde çoğunun kendilerini cezalandırmalarıdır. Tüm kültürlerde ve normlarda ensest ilişkiye giren öznelere, tanrı-yarı tanrılar suçluluk duygusuna kapılmakta, işledikleri cürmün ağır acısıyla kıvrınmaktadırlar.⁸⁴

C. Edebiyat, Tiyatro ve Sinema

Tüm gerçekliğiyle yaşanan ensest, edebiyat ve sanatta da yankısını bulmuştur:

Ensest türü evlilik şeklinin halk hikâyelerimizdeki görüntüsü oldukça farklı bir durum arz etmektedir.⁸⁵

Seyfülmülk hikâyelerinin iki ayrı sahadan derlenmiş kısımlarında karşımıza çıktığı üzere söz konusu unsur kayınvalidenin, damat adayına âşık olması şeklindedir. Nitekim ünlü Türkmen Şairi Magrupı tarafından tasnif edilen “Seypelmelek -Medhalcemal” adlı hikâyede Medhalcemal nice maceralardan sonra kendisini bulan ve onunla evlenmek isteyen Seypelmelek’i önce annesiyle tanıştırmak ister. Ancak damadını gören Gülpazırpan ona âşık olur.

Kayınvalidenin veya babaannenin damadına âşık olması, hikâyede de evlilikle sonuçlanmaz. Zira geleneksel Türk aile yapısında böyle bir şey, yoktur. Evladın sözlüsü, nişanlısı ya da eşi de evlat telakki edilir. O yüzden böyle bir motifin, evlilikle sonuçlanmaması, normaldir.

Seyfülmülk hikâyelerinde karşılaştığımız üzere annenin damadına âşık olması Türkmenlerde kızı tarafından eleştirilir. Çağataylarda ise böyle bir uyarıya gerek kalmaz. Çünkü hikâyelerde yer alan ka-

⁸³ SÜMER, s. 109, 113.

⁸⁴ SARI, s. 18.

⁸⁵ KÖSE, Nerin, “Ensest Evliliğin Türk Halk Hikâyelerindeki İzleri”, Tarih İncelemeleri Dergisi XI, s. 149, 160

rakterlerden anne ya da babaannenin duygularının esiri olmamalarına ve toplumun kınama gücü ile sosyal pozisyonları, bu aşkı kendi elleriyle yok etmelerine sebep olur. Ancak Şah İsmail ve Elif ile Mahmut hikâyelerinde yer alan kayınpederin gelinine sevdalanmasında ise tenkidî bir durumla karşılaşılmamaktadır. Hatta söz konusu hikâyelerde vezir hükümdarını, oğlunun eşleri veya eş adaylarını alabilmesi için teşvik ve yardım eder. Hikâye kahramanının bile bu yollu bir sözde veya davranışta bulunmaması, daha çok hikâyeleri derlendikleri yörenin, konuya bakış açıları, yani bu konudaki değer yargılarıyla ilgili olmalıdır.

Ensest ilişkileri çarpıcı bir şekilde ortaya koyan ve hatta bu öykülerde baba-kız, anne-oğul ilişkisi gibi Türk toplumunun sosyal normlarına ters düşen anlatımlar ve edep dışı ifadelerin yer alması nedeniyle toplatılan Şebnem İşiğüzel'in "Hanene Ay Doğacak" adlı öykü kitabı büyük yankı uyandırmıştır.⁸⁶

"Bir Öğleden Sonra" adlı hikâyede, baba-kız ensestine kızın anlatımıyla yer verilmiştir. Bu hikâyede göze çarpan bazı cümleler şunlardır:

- "Annem ilişkimizi biliyordu. Baştan buna karşı çıkmıştı. Bizi yakaladığı an beni kızı gibi değil de, ikinci kadın, daha doğrusu bir yabancı gibi görmüştü. Bizi öldürmeye bile kalkışmıştı. Annem bizi birlikte yakaladıktan sonra geçirdiği sinir krizi yüzünden hastanede yattı. Beni görmeyi reddediyordu. Ancak babamdan vazgeçmesi imkânsızdı. Annemin doktoru bir ara babamla beni de tedavi etmeye kalkıştı, sonuçta pes etmek zorunda kaldı. Çünkü çoğu kez birbirimize "baba" ya da "kızım" diye hitap etmekte güçlük çekiyorduk.

- "Küçük bir kızken babam benimle her baba gibi ilgilenirdi. Pek çok çocuk gibi benim de ilk aşkım yakın çevremden olacaktı. Öyle de oldu. Ama kafamdaki tek erkek babamdı. Babam zamanla benim için çok farklı, yabancı biri haline gelmeye başlamıştı. Onunla yeni tanışmış, aramızda büyük yaş farkı olan birer sevgili gibiydik."

- "Evet, bizimkisi yasak ilişkiydi. Doğal olarak sapıklıktı. Yalnız bizim ilişkimizde "zor" kullanılmıyordu ve biz çok mutluyduk."

⁸⁶ İŞİGÜZEL, Şebnem, Hanene Ay Doğacak, İstanbul 1994, s. 35-67.

“Suya yazılan mektuplar” adlı hikâyede de anne-oğul ensesti, yaşadıkları ilişkiden sonra yolları ayrılan bir annenin oğluna sürekli yazdığı ancak cevap alamadığı mektuplarla anlatılmıştır:

-“İkimiz de öteki ana-oğullar gibi olmalıydık diye düşünüp hüznülenelim.”

-“Yaşamda bütün doğru ve yanlışları insanlar koymuş, sonra bunlar düzeni oluşturmuşlar. Yanlışlar doğru, doğrular yanlış olabilirdi. Bunu kim engelleyebilirdi ki... Sonra bunlar bir düzen oluşturabilirlerdi. Önemli olan yapmaktan mutlu olduğumuz şeyleri diğer insanların çizdiği çerçeveden çıkarıp yapabilmek. Sen başlangıçta bunu yapabileceğini sandın. Ama sen bunu yapabilecek kadar güçlü değilsin.”

Sonuç olarak bu hikâyelerde aslında, evrensel olan ve her toplumda tabu olarak addedilen ensest eylemi, edebiyata aktarılmaya çalışılmıştır. Öykülerde ensesti yaşayan kişilerin psikolojik durumları ve yaşantıları normallikten sapma göstermekte ve bu figürleri bunalıma itmektedir.

Ensest ilişkilerin tiyatro perdesine yansımaları, Amerikan Tiyatrosu’nda “Bayan Bright’ın Deliliği” adlı oyununda görmektedir.⁸⁷

-“Annenin mutsuz evlilik yaşamı sonucu oğluna yönelmesi ve onunla yakın, hatta romantik aşk ve baştan çıkarıcılık içeren, ancak fiziksel teması engelleyen, samimi bir ilişki kurmasının, oğulda kendi ensest arzularından ötürü bir suçluluk duygusu geliştirip tüm kadınlardan, annesinin bir sembolü haline geldikleri için uzak durmasını sağladığı savunulmaktadır. Ayrıca bu suçluluk duygusunu geliştirerek annesinin bir sembolü haline geldikleri için tüm kadınlardan uzak duran erkek çocuklarının eşcinselliğe yöneldikleri belirtilmiştir.”

İlksen Başarır’ın yönetmenliğini yapmış olduğu “Atlı Karınca” filmi ile ensest, ‘aile içi cinsel istismar boyutuyla’ kapalı kapılar ardından çıkıp tüm çarpıcılığıyla gözler önüne serilmiştir.⁸⁸

Şiir yazmayı çok seven, düzene ehemmiyet veren otoriter; iyi ah-

⁸⁷ UMMANEL, Aliye, Amerikan Tiyatrosunda Eşcinsellik ve Bir Örnek Olarak Lanford Wilson’un “Bayan Bright’ın Deliliği” Oyununun İncelenmesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek lisans Tezi, Ankara 2003, s. 16.

⁸⁸ <http://izlandik.wordpress.com/atlikarinca>

lak, doğruluk timsali bir erkek! Aslında olgunluk dönemini tamamlayamamış bir şair, egemen bir baba figürü...

Hayattan tek beklentisi belki de huzur olan sessiz, sakin, aile olabilmeyenin peşinde vefakar ve bir o kadar da sevgi dolu bir anne..felç geçirdiğinden konuşamayan anneanne ve çocuklar..monotonluğun kabullenildiği huzurlu görünümde süregiden hayat. Ataerkil bir düzen, görünürde her şey normal!

Ancak hikâye boğazımıza düğümleniyor adeta, belirsizlikler gün ışığına çıkıyor. Rahatsız edicilik “ görünmeyen “ haliyle bile tavan yapıyor. Her gün gazetelerin üçüncü sayfalarında görüp de okumaya yanaşmadığımız bir olayın yansıması, o haberleri okumaya meylettirmediğimiz gözlerimiz önünde vuku buluyor, kanımız donuyor. Yıllardır konuşamadıklarımız küçük bir kız çocuğunun gözünden, babanın arzuları kisvesinde damarlarımıza işliyor, “ küçük kız paramparça oluyor”.Tüm bu yaşananlara tanık konuşamayan anneanne ..aslında biz, bu olayları görmezden gelenler, vicdanımız.

Anne duyuyor, ama susuyor, konduramıyor, susuyor. Nefret ediyor ama susuyor. Baba ölüyor. Nasıl? Anne dayanamıyor çünkü artık susamıyor. Baba ölüyor; yaptıkları, iyi ahlak ve hikmeti de yanına alıp derine gidiyor. Dağıttığı, mahvettiği o orta sınıf ailesinin tek mutlu anı da “ atlıkarınca” önünde çektirdiği resim oluyor.

Zaman, mekân çok önemli değil; çünkü ensest her yerde, her zamanda, her sosyal şartta, her düzende. Acııyor, bunaltıyor, can sıkıyor. Ancak “ yaptıklarınız unutulur, hissettirdikleriniz asla” sözü de tam olarak düşüncelerimize ve vicdanımıza işliyor.

VIII. ENSESTİN HUKUKSAL BOYUTU

A. Ensest Suç Olmalı mı?

Ensesti “cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen” suçlardan bağımsız olarak düzenleyen ve cezalandıran bütün ceza kanunları, suçu işleyebilecek kişilerle, evlenmeleri yasak olanlar arasında doğrudan bir ilişki kurmuşlardır. Evlenmeleri yasak olan kişilerin sınırı genişledikçe, suçun kapsamı da genişlemekte ve ilişkinin yakınlık derecesi sadece farklı cezalar verilmesinde bir ölçüt olmaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun "Hısımlık" başlığını taşıyan 129. maddesi evlenmeleri yasak olan kimseleri saymıştır. Buna göre;

"Aşağıdaki kimseler arasında evlenme yasaktır:

1. *Üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında,*
2. *Kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında,*
3. *Evlât edinen ile evlâtlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında."*

Söz konusu yasağa uymamanın MK'da elbette ki bir karşılığı vardır ancak TCK'da bir karşılığı yoktur. İşte tartışma da bu noktada, yani ceza kanununda bir karşılığının bulunmasının gerekip gerekmediği noktasında ortaya çıkmaktadır.⁸⁹

Bu hususa değinmeden önce, ensestin karşılaştırmalı hukuktaki yerini incelemek faydalı olacaktır. Anglo-Amerikan, Kıta Avrupası ve diğer Avrupa dışı toplam 20 ülkenin hukuki durum analizi yapıldığında ensest ilişkinin cezalandırılma nedenleri bakımından hukuki durumun çoğunlukla aynı olduğu, ancak detaylı incelemede farklılıkların ortaya çıktığı sonucuna ulaşılmıştır. İncelenen 13 ülkede, bu tip ilişkiler cezalandırılmakta iken; Çin, Rus Federasyonu, Türkiye, İspanya, Fransa, Hollanda ve Fildişi Sahili Cumhuriyeti hukuk düzeninde cezalandırılmamaktadır. İspanya, Fransa ve Fildişi sahili Cumhuriyeti'nin ceza kanunlarında ensest fiillerinin ağırlaştırıcı neden olabildiği; incelenen diğer hukuk düzenlerinde cezalandırmanın söz konusu olmamasına rağmen –özellikle evlenme yasağı ve Fransa'da ensest ilişkisinden doğan çocukların hukuki olarak tanınmaması gibi- başka yöntemlerle ensestin yasal kabul görmediği tespit edilmiştir.⁹⁰

Ulusal ceza kanunlarının detaylı incelenmesi sonucu, üvey veya evlat edinilmiş akrabalar ve kayın hısımlarının sadece istisnaen normun muhatabı sayıldığı belirtilmektedir. Bazı devletlerde cinsel ilişki benzeri davranışlar ile diğer cinsel ve homoseksüel davranışlar kapsam içine alınmış ve hatta bazen bu tip ensest ilişkileri cezalandırılmıştır. Birbirlerinden çok farklı ceza sınırları olmakla birlikte, Amerika

⁸⁹ Bkz. SANCAR/YAŞAR, s. 247-248.

⁹⁰ Bkz. SANCAR/YAŞAR, s. 248.

Birleşik Devletleri'nin bazı eyaletlerinde ömür boyu hapis cezasına kadar varmaktadır. Cezai hükmün meşrulaştırılmasının gerekçesi; dini, sosyolojik, genetik ve ahlâki ve açıkça tabuya dayalı argümanlara kadar dayanmaktadır.⁹¹

Ensest ilişkiler aşağıda örnekleri verileceği üzere Amerika Birleşik Devletleri'ndeki eyaletlerde ceza kanununun farklı bölümlerinde düzenlenmiş ve bazı eyaletlerde cürüm (ağır suç), bazılarında ise kabahat (hafif suç) olarak kabul edilmiştir:

- Alabama Eyalet Kanunu'nda "Aileye Karşı Suçlar" Başlığı altında düzenlenen ensest, cürüm olarak kabul edilmiştir. 10 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.⁹²

- Alaska Eyalet Kanunu, "Kişiye Karşı Suçlar" Başlığı altında ensesti düzenlemiş ve cürüm olarak kabul etmiştir.⁹³

- Delaware Eyalet Kanunu, "Kişiye Karşı Suçlar" Başlığı altında ensesti düzenlemiş ve ensest olarak nitelendirilecek ilişki türlerini saymıştır. Kanun, ensest suçunu hafif suç (kabahat) olarak düzenlemiştir.⁹⁴

- Mississippi Eyalet Kanunu, "Kamu Ahlak Edep ve İffetine Karşı Suçlar" Başlığı altında ensesti düzenlemiştir.⁹⁵

Bir fiilin suç olup olmadığını belirleme konusunda yasa koyucuyu yönlendiren temel etmenler politika ve ahlâktır. Ensest söz konusu olduğunda ise üzerinde esas olarak durulan "ahlâk" ve daha dar anlamda "cinsel ahlâk temelli toplumsal ahlâk"tır. Ahlâk da hukuk gibi insanlar arasındaki ilişkileri düzenlemeyi kendisine konu edinmiştir. Hatta bir toplumun ahlâki görüşleri, o toplumun ceza hukukunu önemli ölçüde etkilemektedir. Ancak, toplumsal ahlâkın kınadığı bütün fiiller ceza kanunlarına girip, suç niteliğini kazanmamıştır ve kazanması da doğru değildir. Ahlâki anlamda suçluluk ile kanuni anlamda suçluluk birbirinden farklıdır. Hukuk kuralları ile ahlâk kuralları, birbirini kesen iki daireye benzetilebilir. Hukuk kurallarının,

⁹¹ Bkz. SANCAR/YAŞAR, s. 250.

⁹² <http://www.legislature.state.al.us/CodeofAlabama/1975/13A-13-3.htm>.

⁹³ <http://www.touchngo.com/lglcntr/akstats/Statutes/Title11/Chapter41/Section450.htm>

⁹⁴ <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=pen&group=00001-01000&file=281-289.6>

⁹⁵ <http://michie.lexisnexis.com/mississippi/lpext.dll?f=templates&fn=main-h.htm&cp>.

ahlâk kurallarının tümünü bünyesine almış olduğu düşünülemez. Devlet hukuk kurallarını tespit ile yetinmeli, insanların vicdanlarına hitap eden ahlâk kuralları alanına müdahale etmemelidir.

Cinsel ahlâk ya da ahlâksızlık ile ilgili olarak yaşanan norm koyma süreci, belki ceza kanunlarının başka hiçbir alanında olmadığı kadar; hukukla ahlâkı, gelenekleri, töreleri, aileyi bir araya ya da karşı karşıya getirir. Kanun koyucunun bu alanda yapacağı tercihler, gerçekten reformcu olup olmadığını, kalıplaşmış toplumsal önyargıları kırıp kırmadığını, toplumu sadece koruyan değil aynı zamanda ilerletmek isteyen bir yaklaşımı kavrayıp kavramadığı konusunda da ölçüt olacaktır. Ancak unutulmaması gereken bir gerçek de vardır: Ahlâktan iyice uzaklaşan bir hukuk da toplumun zihninde “meşru” değildir.⁹⁶ Ensest, ahlâki olarak toplum tarafından kabul görmeyen bir ilişkidir. Ancak bu bakış açısı ensestin cezalandırılması için yeterli midir?⁹⁷

Almanya’da, kardeş olmalarına rağmen birlikte yaşayarak dört çocuk sahibi olan Patrick S. Ve Susan K. Alman Ceza Kanunu’na göre ensest ilişki suç sayılmasına rağmen bu ilişkilerinden vazgeçmemişlerdir. Ensest suçunun işlendiği iddiasıyla yapılan yargılamada çift, ilişkilerinde bir yanlışlık olmadığını savunarak Alm. CK’nın 173. maddesinin Anayasa’ya aykırı olduğunu iddia edince sorun Anayasa Mahkemesi’nin önüne gitmiş ve mahkeme önemli bir karar vererek “ensest yasağı”nı Anayasa’ya aykırı bulmamıştır. Alm. CK m. 173:“ (1) Her kim fürüuyla cinsel ilişkide bulunursa, üç seneye kadar hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezası ile cezalandırılır.(2) Her kim usulüyle cinsel ilişkide bulunursa, iki seneye kadar hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezası ile cezalandırılır; akrabalık ilişkisi sona ermiş bile olsa bu durum geçerlidir. Aynı şekilde cinsel ilişkide bulunan kan bağı ile bağlı kardeşler de cezalandırılmaktadırlar. (3) Fiilin işlendiği sırada on sekiz yaşını doldurmamış fûru ve kardeşler bu maddeye göre cezalandırılmazlar.”

Ensestin suç olarak kanunlaştırılması sürecinde birçok sosyolog ve psikiyatir, ensestin cezalandırılmasına eleştirel bakmışlardır. Sosyolog ve psikiyatlara göre ensest, travmatik bir olay olup terapi gerektirmekte, “bir denemek” için yapılan bir davranış olmadığı takdirde, kardeşler arası cinsel ilişki için de geçerli olmak üzere, çoğunlukla önceden bozulmuş olan düzenin bir belirtisi olarak değerlendirilmek-

⁹⁶ Bkz. SANCAR/YAŞAR, s. 249-251.

⁹⁷ Bkz. SANCAR/YAŞAR, s. 251.

tedir. Bilirkişilere göre; problemin olağanüstü tahrip gücü dikkate alındığı takdirde kardeş ensesti suç olarak kabul edilmemeli, terapiye başlanabilmesi için cezai olmayan tedbirler yeterli olmalıdır.⁹⁸

Ceza hukuku ve ceza, sosyal yaşamın çekilebilir bir hale getirilmesinde yararlanılabilecek en son araçtır. Çünkü ceza hukukunun bir alana müdahale etmesi demek; suç yaratmak ve ceza vermek, dolayısıyla da temel hak ve hürriyetleri başka hukuk dallarında görülemeyecek bir şekilde kısmak demektir. Eğer toplumsal düzen başka tedbirlerle sağlanabiliyorsa yani başka bir çare varsa, ceza hukukuna başvurulmamalıdır.

Toplum düzenini bozan her sosyal sapmaya karşı devlet ceza müeyyidesi uygulamamalıdır. Toplum bakımından ortaya çıkan tehlike, fiilin işleniş biçimi, faildeki ahlâki kötülük, devletin değişik türde olan cezaî müeyyidelerle müdahalesini zorunlu kılar. Hukukun diğer dallarında mevcut yaptırımların yetersiz kaldığı hallerde, devlet, fiili ceza müeyyidesi ile karşılayacaktır. Ceza hukukunun meşruluğu, cezanın meşruluğu ile açıklanabilecek bir konudur. Cezanın meşruluğu ise, cezanın toplumsal açıdan mutlaka gerekli mi olduğu sorusunun yanıtına bağlıdır.⁹⁹

Bu soruya yanıtlanması açısından Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararında belirttiği gerekçelerin incelenmesi faydalı olacaktır.¹⁰⁰

-“Aile mümkün olan herhangi bir cinsel rekabetten uzak tutulmalı ve “çocukların büyümesi için gereken alan” korunmalıdır. Uzun süre ensest ilişkisine maruz kalmış ergen kız çocuklarında psiko-sosyolojik alanda ağır davranış bozuklukları tespit edilebilmektedir.”

-“Ensestin, oluşabilecek genetik hasarlar ve toplumun ensest ilişki taraflarını ve bu ilişkiden doğan çocukları dışlaması nedeniyle suç sayılması gerekmektedir.”

-“Ensest cezasının kaldırılması durumunda, özellikle toplu iletişim araçlarının kardeş ensestinin, cinsel eylemlerin moda formu olduğuna dair propaganda yapmaları durumunda, bu davranışların

⁹⁸ Bkz. SANCAR/YAŞAR, s. 255-256.

⁹⁹ Bkz. SANCAR/YAŞAR, s. 250.

¹⁰⁰ Bkz. SANCAR/YAŞAR, “Ensest, “Genel Ahlâk” ve Alman Anayasa Mahkemesinin Kararı”, s. 253-280.

anormal olduğu bilincinin kaybolabileceği de belirtilmiştir. Birçok kez, ensest yasağı geleneğinin bozulmasının istenmediğinin üzerinde durulmuştur.”

-“Kişinin özel yaşam biçimi çekirdek alan olarak mutlak anlamda korunur. Ancak bir durumun, dokunulmaz çekirdek alana dahil olup olmadığı içeriğinin şahsiliğine ve hangi yoğunlukta başkalarının alanını ya da toplumun menfaatlerini ilgilendirdiğine göre belirlenmektedir. Kişi, özel yaşam biçiminin dokunulmaz alanına saldırı söz konusu olmadıkça, halkın menfaatinin veya üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması durumunda orantılılık ilkesine uygun olarak alınan devlet önlemlerine uymalıdır”

-“Belirli bir fiile ceza hukukunda hukuki menfaatlerin korunması için “ultima ratio” (son çare) olarak yer verilmesine; o fiilin yasak olmanın ötesine geçerek toplum yönünden zararlı ve insanların yaşam düzenleri için çekilmez hale gelmiş ve engellenmesi ivedilik gerektirmesi durumunda başvurulmaktadır. Ceza normu, elde edilmeye çalışılan amaca ulaşılabilmesi için “uygun” ve “gerekli” olmalıdır. Devlet cezalandırması alanında, “kusur” ve “orantılılık” ilkesi neticesinde, ceza ile suçun ağırlığı ve failin kusurluluğu orantılı olmalıdır. Aile düzeninin bozulmasını önlemek ve bu ilişkiden doğabilecek çocukların fiziksel ve ruhsal gelişimleri için ensestin suç sayılması, ailenin korunması açısından uygun bir tedbir olarak değerlendirilmiştir.”

-“Uluslararası karşılaştırma ile de tespit edildiği üzere, söz konusu cezai hüküm, kültürel tarihe ve ensestin cezalandırılması gerektiği yönündeki, halâ eskisi kadar etkili toplumsal inanca dayanan haklı cezai amaçları gütmesi nedeniyle kendisini meşrulaştırmaktadır.

Bu cezai hüküm -cezalandırdığı dar alanı aşan etkisi ile de-, cinsel özgürlüğün korunması, toplumun ve özellikle ailenin sağlığının korunması vasıtası olarak, kanun koyucunun belirlediği değerleri açıklayan ve bu değerleri muhafaza eden tanıtıcı, hukuki istikrarı sağlayıcı ve dolayısıyla genel önleyici fonksiyonu ifa etmektedir.”

-“Cezai unsurların üvey, evlatlık veya koruyucu (süt) kardeşleri de kapsayacak biçimde genişletilmemesi, söz konusu davranışların ailenin geleneksel modeline kısmen aykırı olmaları ile açıklanabilmektedir. Buna göre -kan bağı ile bağı kardeşlerin mutlak evlenme ya-

sağına karşın- kan bağı ile bağı olmayan kardeşlerin evlenmelerinin yasaklanmadığı (Alman Medeni Kanunu madde 1307 cümle 1) ve evlatlık kardeşlerin, Alman Medeni Kanununun 1308. maddesinin, daha az katı olan özel düzenlemesine tabi oldukları da işaret edilmektedir. Ayrıca bu haller genetik endişe uyandırmamakta ve kan bağı ile bağı kardeşler arasında üvey, evlatlık veya koruyucu (süt) kardeşlere kıyasen daha büyük ölçüde bağımlılık oluşabilmektedir.”

-“Cinsel ilişki benzeri davranışların ve aynı cinsiyetli kardeşler arası eşcinsel ilişkinin cezalandırılmaması ancak diğer taraftan da gebe kalmanın olanaksız olduğu kardeşler arası cinsel ilişkinin suç unsurlarını tamamladığının kabul edilmesi; cinsel özgürlüğün korunması ve genetik hastalıkların önlenmesi (alt) amaçlarına aykırı olmamaktadır.”

-“Ceza hukuku –genel olarak ve söz konusu olan durumla bağılantılı olarak- sosyal yardım önlemlerini aşan bağımsız etkisinden yoksun kılınamaz. Vesayet hukuku ve gençler için teşvik ve sosyal yardıma yönelik tedbirler daha çok somut olayda kurala aykırı davranışların ve sonuçlarının önüne geçme ve ortadan kaldırmayı amaçlamakta olup, genel önleyici ve hukuki istikrarı sağlayıcı etkileri yoktur.”

-“Son olarak ceza tehdidi orantısız değildir. Kişisel yaşam biçiminin sadece dar bir alanına dokunmaktadır. Ensest utancı nedeniyle sadece az sayıda kardeş çiftleri bu yasaktan sınırlayıcı olarak hissedilir şekilde etkilenmektedir. Ensest ilişkisinde bulunan kişilerin cinsel özgürlüğünün korunması ve ağır genetik hastalıkların önlenmesi görüşleri de ceza normunun orantılılığını desteklemektedir.”

Her ne kadar ensest ilişki toplum tarafından kabul edilmese de, ensestin cezalandırılması gerektiği hususu net olarak ortaya konamamaktadır. Ensestin suç olarak kabul edilmesi konusunda bazı sorunlu noktalar mevcuttur.

Kanun koyucunun ensesti cezalandırmasında salt cinsel ilişkiyi göz önüne alması, cinsel davranışları cezasız bırakma eğilimi evlilik, ailenin korunması ve cinsel özgürlüğün muhafazası bakımından uygun değildir. Ayrıca ceza hukuku vasıtalarının, ailenin cinsel davranışlardan kaçınmasını sağlamak ve böylece zararlı etkilerini engellemek veya önemli derecede azaltmak için uygun araçlar olup olmadığı da tartışmalıdır.

Alman Ceza Kanunu ensesti suç olarak öngörürken, ırkın korunmasını esas almıştır. Ancak, ensest ilişkiler sonucu doğan çocuklar için gerçekten ırsî hastalığa yakalanma tehlikesi olup olmadığı sorusu net olarak yanıtlanamamaktadır. Gebeliği önlemek için olası güvenli yolların olduğu, gebeliğin mümkün olmadığı (kısırlık gibi) ve cinsel ilişkinin sonuçsuz kalabileceği zamanlarda aileyi koruma amacı kanun koyucuya gerekçe oluşturmamaktadır.

Kanun koyucu gerçekten aile yapısının korunmasını amaçlasaydı sadece kan bağı olan kardeşler arası cinsel ilişkiyi değil, üvey evlat, koryucu kardeşler arasındaki cinsel ilişkiyi de cezalandırırdı. Ensestin suç olarak kabul edilmesinde aile birliğinin korunması amaçlanıp reşit kardeşler arasındaki cinsel ilişki cezalandırılmıştır. Ancak kardeşlerin birbirlerini reşit olduktan sonra tanımaları durumunda, olmayan aile birliğinin nasıl korunacağı göz ardı edilmiştir. Gerekçede, aile birliğinin korunması hukuki bir menfaat olarak nitelendirilse de bu fiili işleyen çiftler dışında, ensest yaşağını meşrulaştıran herhangi bir hukuki menfaat sahibi mevcut değildir.

Kişisel yaşam biçiminin sadece dar bir alanına dokunulduğu gerekçesiyle ensestin cezai müeyyideye bağlanması meşrulaştırılmamalıdır. Ensest yaşağından kim etkilenmekteyse, yaşam biçiminin merkezi alanına dokunulmakta ve bu dokunma onu derinden ve uzun süreli etkileyebilmektedir.

Sonuç olarak norma atfedilen amaç, ahlâki düşüncelerin korunmasını ön planda tutmuştur. Salt ahlâki kurallara aykırılık nedeniyle ensesti cezalandırmak orantılılık ilkesine aykırıdır. Ceza hukuku son çare olup halkın menfaatlerini korumak için mevcut son araçtır.

B. Ensest Hangi Hukuksal Değerleri İhlal Etmektedir?

Ensest ile zarara uğradığı düşünülen değerlerin başında “genel ahlâk” gelmektedir ve içinin doldurulması son derece zor olan bu kavramla ilgili olarak kesin bir saptama yapmak güçtür. Kanunilik ve belirginlik ilkesinin bir gereği olarak, somutlaştırmanın çok önem taşıdığı ceza normlarında, bu kavrama sıkça atıf yapılması yasayı uygulayanların ahlâk anlayışına göre nasıl farklı yorumların ortaya çıktığı gerçeğini gözler önüne sermektedir. “Genel ahlâk” gibi özellikle

cinsel suçlar ya da cinsel ahlâka aykırı eylemlerle özdeşleştirilen bir kavramın, kadın söz konusu olduğunda, son derece acımasızca, kadın aleyhine bir söylemi beraberinde getirdiği malumdur. Erkek söz konusu olduğunda başka, kadın söz konusu olduğunda ise başka bir *genel ahlâk* anlayışının var olduğu gerçeği, yaşanan her olayda kendisini göstermektedir ve elbette ki bu durumu *ataerkil* yapıdan bağımsız sorgulamak doğru değildir. Ancak “ensest” söz konusu olduğunda, genel ahlâk tersine bir işlev üstlenerek, bu konuyu tartışılmaz ve konuşulamaz bir hale getirmektedir.¹⁰¹

Kutsal kitaplarda yasaklanan, Avrupa’ nın hemen hemen bütün devletlerinde suç olarak kabul edilip ciddi cezalarla yaptırıma bağlanan ensest konusuna ; “ *bu suç oralarda çok işlendiği için toplumsal düzen bozulmuştur. Türkiye toplumunda böyle bir suçun işlenmesi mümkün değildir, genel ahlâk ve ‘kutsal aile’ anlayışı buna engeldir*” şeklinde bir bakış açısının gerçekçiliğinden şüphe etmek gerekir.¹⁰²

Ensestin hangi hukuksal değer ya da değerleri ihlal ettiği noktasında farklı argümanlar ortaya atılmıştır. Bu doğrultuda, ensest ilişkinin, “ailevi” menfaatleri ihlal ettiği yani aile düzenini bozduğu; gelecek nesillerin sağlıklı olmasına dair menfaatlere halel getirdiği, ensest ilişkiden doğacak çocukların ruhsal ve fiziksel açıdan sorunlu olacakları ve karışan roller karşısında bocalayacakları, sosyal ilişkiler kurmakta zorlanacakları da savunulmuştur.¹⁰³

Ensest ilişkiye ceza kanunları da farklı başlıklar altında, daha çok zarar gördüğünü düşündükleri değeri dikkate alarak yer vermişlerdir. Örneğin İtalyan Ceza Kanunu 564. maddesinde yer verdiği ensesti “aile ahlâkı” (morale familiare)na karşı bir suç sayarken; Alman Ceza Kanunu “Şahsi Hale, Evlilik Birliğine ve Aileye Karşı Suçlar” başlıklı bölümde (m. 173) enseste yer vermiştir. Avusturya Ceza Kanunu ise daha farklı bir boyutta, konuyu “cinsel dokunulmazlık ve cinsel özgürlük” sorunu olarak görmüştür (m. 211). İsviçre kanun koyucusu da aileye ilişkin değerleri ön plana çıkararak, Ceza Kanununun 213. mad-

¹⁰¹ SANCAR, s. 23- 24.

¹⁰² SANCAR, s. 24.

¹⁰³ Bkz. SANCAR/YAŞAR, s. 249.

desinde ensesti “aileye karşı” işlenen bir suç saymıştır. Suçun kapsamı, şartları kanundan kanuna değişmektedir. Örneğin İtalyan Ceza Kanunu “skandalın alenileşmesi” ni, ön şart saymıştır.¹⁰⁴

Kanun koyucu bir fiili suç olarak nitelendirirken ahlâki düşünce yapılarını ve ülkenin politik yapısını esas alması doğal karşılanabilir. Ancak hukuk ile ahlâkın eş anlamlı kavramlar olmadığı da göz önüne alınmalıdır. Hukuk belki “asgari ahlâk”tır, ancak ahlâka eş değer değildir.

C. TCK’da “Ensest” Başlığı Altında Düzenlenen Bir Suçun Yokluğu

Ensest, TCK’da bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmemiştir. Bu ilişkinin suç olarak kabul edilmemiş olması, kabul edilebilirliğine değil asla gerçekleşmeyeceğine dair bir söyleme dayanmaktadır.

Ensest ilişki reşit olan kişilerin rıza ile gerçekleştirdiği bir eylem olduğundan, TCK’da bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenen “rıza”nın değerlendirilmesi gerekmektedir. TCK m. 26/2 uyarınca, “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.” Kişi kural olarak reşit olduktan sonra, cinsel yaşamı konusunda istediği gibi tasarrufta bulunabilir. Acaba Türkiye’de fiilin suç sayılmasını engelleyen husus, “rıza”ya verilen mutlak değer midir? Buna “evet” demek mümkün değildir. Türkiye’de yaygın kabul, bu toplumda böyle bir rızanın zaten olmayacağı aksini söylemenin toplumu rahatsız edeceği, inciteceği yönündedir.¹⁰⁵

Yargıtay Ceza Genel Kurulu önüne gelmiş bir uyuşmazlıkta, yerel mahkemenin direnme gerekçelerinde geçen “bir insanın kendi öz babası ile rızayla ilişkiye giremeyeceği, bunun hayatın olağan akışına uygun olmadığı” ifadesi bu anlayışın bir yansımasıdır. YCGK’nın “İnsan olarak babanın kızına karşı toplum kabul etmese bile şehvi arzular duyması görülebiliyorsa bir kızın da babasına karşı aynı duyguları yaşamaması muhtemeldir. Normal bir baba ve çocuk normal ahlâki toplumsal değerlerle yetiştirilenler elbette bu tür ilişkilere razı olmazlar. Ama

¹⁰⁴ Bkz. SANCAR/YAŞAR, s. 249.

¹⁰⁵ SANCAR, s. 23-27.

örneklerini gördüğümüz birçok olayda taraflar bizim düşündüğümüz normal ve insani değerlere sahip olmayabiliyorlar." İfadesi ensest ilişki taraflarını "öteki" kavramı içine dâhil etmektedir.¹⁰⁶

765 sayılı TCK döneminde de ensest suç olarak düzenlenmemişti. Bir milletvekili tarafından ensestin suç haline sokulması teklif edilmişse de TBMM, Adalet Komisyonunun mütalaasına uyarak "yakın akrabalıkları bulunan kimselerin beraber yaşamaları halinde iftiralara maruz kalacaklarını ve bu takdirde toplum hayatında birçok sarsıntının meydana gelebileceğini, toplumdaki ahlâki müeyyidelerin bu menfur (tikindirici) halleri zaten karşıladığını" ileri sürerek ceza kanununda bu hususta düzenleme yapılması teklifini reddetmiştir.¹⁰⁷

Ensestin bağımsız bir suç tipi kabul edilmesinin sakıncası olarak, aileye dışarıdan bir müdahalenin yarar yerine zarar getireceği ve kamuoyunun tahrik edileceği gerekçeleri de gösterilmektedir.¹⁰⁸

D. Ensest İlişkiden Doğan Çocuğu "Tanıma"

İster rızai ister rızai olmayan ensest olsun her iki durumdaki ilişkiden doğan çocuk, evlilik dışı doğmuş çocuktur ve annesi ile soy bağı doğumla kurulurken babası ile soy bağının kurulabilmesi için, babası tarafından tanınması veya anne ve çocuk tarafından babalık davası açılması gerekmektedir. Çocukla babası arasında soybağı kurulabilecek olmasına rağmen, ahlâken ve hukuken kabul edilmeyen/korunmayan bir ilişki ile böyle bir ilişkiden doğan çocuk diğer "normal" kabul edilen bir ilişkiden doğan çocuğa göre hem kendi aile çevresi hem de toplum tarafından kolay kabul edilebilir durumda olmayacaktır. Dolayısıyla çocuğun biyolojik babası olan erkekle arasında soy bağının tespiti ve kurulmasında hem kadının hem çocuğun mağdur olma ihtimali yüksek olacaktır.

Çocuğun doğumuna göre farklı hukuki statüye tâbi kılınması temel uluslar arası insan hakları belgelerinde kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı kabul edilmektedir.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Karar için bkz. TUĞRUL, s. 52; YCGK 2002/5-324 E. 2003/55 K.

¹⁰⁷ DÖNMEZER, s. 15.

¹⁰⁸ İŞIKTAŞ, s. 4.

¹⁰⁹ SAYITA, Sevgi Usta, "Ensest İlişkiden Doğan Çocuğu Tanıma Yasağının Kaldırılmasına Eleştirel Bir Bakış", TBB 2010, S. 88, s. 173.

Tarihsel açıdan tanıma yasağının seyrine bakıldığında, Ortaçağ Kilise Hukukunda, genel olarak evlilik dışı çocuklar “*günah ürünü*” olarak kabul edilip, ana babaları ile aralarında soybağı kurulması yasak kabul edilmiştir. Ancak evlilik içi ve evlilik dışı doğmuş çocuğun hukuken eşit olduğuna dayanarak, böyle bir ilişkiden doğmakta çocuğun payı olmadığı ve buna rağmen ilişkinin faturasının çocuğa çıkarılmasının adalet düşüncesine aykırı olduğu ve çağdaş düşünceye uymadığı ileri sürülmüştür. 21. yüzyılın başlarında hümanist düşüncenin zorlamasıyla evlilik dışı çocuğun evlilikten bağımsız bir değer olarak korunması fikri giderek güçlenmiştir.¹¹⁰

Eski Medeni Kanun’da evlilik dışı çocuk hem nesep bağı hem de malvarlığı hakları açısından evlilik içi çocukla eşit olmayan bir konumdaydı. Evlenmesi yasak kişilerden dünyaya gelen çocuğun tanıma yoluyla, babası ile arasında soybağı kurulması 743 sayılı önceki Medeni Kanun’da evlenme yasağı, soybağının düzgün olup olmadığına bakılmaksızın, kan hısmı olan üstsoy-altsoy, tam kan ve yarım kan kardeşler, amca, dayı, hala, teyze ile yeğenler arasındadır. Aynı zamanda karı kocanın usul ve furuu ile karının usul ve furuu arasında ve evlat edinilen ile evlat edinen arasında evlenmeyi yasaklamıştır. Evlenme yasağı bu kadar geniş sayılsa da doktrindeki baskın görüşe göre; tanıma yasağı sadece evlenmeleri kesin biçimde yasak olan kan hısımlarının ilişkisinden olan çocukları kapsamaktaydı.

SEROZAN bu yasağın “*aslında ataerkil eksenli bir cinsel tabu ve miras uğruna belirli cinsel ilişkilerden doğma çocukları dışlayıp aşağılayan bir yasak olduğunu, ana babanın davranışının cezasını hiçbir katkısı bulunmayan çocuğa çektirmekle bu yasak kuralı anayasal kişilik hakkına ve eşitlik ilkesine de ters düşmekte*” olduğunu ifade etmek suretiyle tanıma yasağını eleştirmiştir.¹¹¹

Bu yasak 4721 sayılı Yeni Medeni Kanun’la, kaynak İsviçre Medeni Kanunu’nun 260. maddesine uygun olarak kaldırılmıştır. Madde gerekçesinde, bu yasağın çocuğun menfaatine uygun olmaması sebebiyle kaldırıldığı ifade edilmektedir. Tanıma yasağının kaldırılması ensest ilişkiye ve bu ilişkiden doğan çocuğun kabul edilmesine yönelik bir anlayış olduğunu ortaya koymamaktadır.

¹¹⁰ SAYITA, s. 174-175.

¹¹¹ SAYITA, s. 178.

Çocuk açısından bakıldığında; çocuğun korunması ve dışlanmamasının yasal yolu, kendini dünyaya getirenlerden bağımsız biçimde bir birey olarak özerkliğinin kabulüdür. Ancak bu anlayışın kabulü ve benimsenmesi ile insan çocukluk döneminde de toplum içinde hakkı olan yeri, ayırimcılığa uğramadan alabilecektir.¹¹²

IX. SONUÇ

Ensest in suç olarak cezalandırılıp cezalandırılmaması konusunda kesin bir yargıya varılamamaktadır. Bir fiilin ceza hukukunda yer almasında fiilin yasak olmanın ötesinde toplum yönünden zararlı ve insanların yaşam düzenleri için çekilmez hale gelmesi önemli rol oynamaktadır.

Ensest, zarara uğramış ensest çocuklarının yaşam hakkına yönelmemekte, kendilerinin belirleyebilecekleri onurlu yaşam haklarını ihlal etmektedir. Ceza hukuku vasıtaları, ailenin cinsel davranışlardan kaçınmasını sağlamak ve böylece zararlı etkilerini engellemek veya önemli derecede azaltmak için uygun araçlar olup olmadığı da tartışmalıdır. Sosyolog ve psikiyatlara göre ensest travmatik bir olay olup terapi gerektirmektedir.

Yaşarken doğru ya da değerli eylemde bulunabilmek bir bilgi sorunudur. Yasaklanan davranışlar ensest ilişkiyle gerçekleştirildiğinde; sevgi, saygı, dürüstlük, minnet, güven gibi değerler tüketilmektedir.

Ensest ilişkide, kişiler yasak olanı “istemenin özgürlüğü” ardında saklar kendilerini, dolambaçlı yollar izler, yalan söyler. Ve hayat çok defa işleri askıda bırakmaya izin vermez; çünkü önem verdiğimiz bu değerleri yeşertmek ve yaşatmak güç olsa da, bir mucizedir. Bir ip üzerinde dolaşmaya alışkın birbirine yakın iki kişinin de ensest ilişkide, asla karşılaşmaması gerekir.

Öte yandan, tarihsel sürece baktığımızda bütün dinlerin yasakladığı ve ağır cezaların öngörölmüş olduğu böyle bir ilişkiye, toplum yapısı ve ahlaki değerler dikkate alındığında devletin müdahale etmemesi düşünülemez. Bu müdahalenin sınırlarının nereye kadar uzanacağı konusunda kesin bir yargıya varmak da zordur. Ancak TCK’da

¹¹² SAYITA, s. 191-192.

yapılacak bir düzenlemeyle “rızaı olmayan ensest” kavramına mutlaka yer verilmelidir. Çocuğun cinsel istismarı suçunun nitelikli halleri içerisinde bu hususun düzenlenmesi, durumun hassasiyetinin görmezden gelinmesine neden olmaktadır. Bu kavrama yer verilerek ve ceza ağırlaştırılarak boşluğun doldurulması gerekmektedir.

Ensest, cevaplanamayan birçok soruyu ve çelişkiyi beraberinde getiren bir kavramdır. Ensest ilişkinin temeline inebilmek ve önleyici tedbirlerle yeniden bu tür durumların yaşanmasını önlemek gerekir. Ensesti, aysbergin su yüzüne yansıyan kısmı olarak görmek yerine, toplumda farkındalık sağlayarak meselenin özüne inilmesi gerekmektedir.

Unutulmamalıdır ki, yaşamda her yapmanın arkasından başka çok yönlü yapmalar, yanlış davranışlar gelir. Zorunlu olarak bu davranışlar, birbirini izler, döngüler sürüp gider, halka halka eklenir, değerleri harcayan ilişkiler kurulur, yaşanır ve tükenir. Böylece kişinin iz bırakan ya da bırakmayan yaşamı oluşur; yarattığı etkilediği, seyircisi olduğu ya da farkında olmadığı olaylar arasında bir kişi o kişi olur.

KAYNAKLAR

- BOZBEYOĞLU, Cavlin Alanur/ KOYUNCU, Ece/ KARDAM, Filiz/ SUNGUR, Altan: *"Ailenin Karanlık Yüzü: Türkiye'de Ensest"*, Sosyoloji Araştırmaları Dergisi, C. 13, S. 1, Bahar 2010.
- CAN, Cahit: *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar*, Ankara 2002.
- DÖNMEZER, Sulhi: *Ceza Hukuku, Hususî Kısım, Umumî Âdap ve Aile Nizamı Aleyhine Cürümler*, İstanbul 1961.
- EREM, Faruk: *Türk Ceza Hukuku, Hususi Hükümler, C. 2*, Ankara 1962.
- GÖNENLİ, Sinem / SAYGILI, Sefa: *"Aynı Ailede Görülen Çoklu Ensest"*, Düşünen Adam, Y. 2008, S. 21
- (1-4).
- IŞIKTAŞ, Yasemin: *"Ensest ve Hukuka Yansımaları"*, İstanbul Barosu Dergisi, C. 66, S. 4-5-6, İstanbul 1992.
- İŞİGÜZEL, Şebnem: *Hanene Ay doğacak*, İstanbul 1994.
- KASAPOĞLU, Abdurrahman: *"Ensest Tabusu ve Egzogami Kuralının Kur'an'daki Yansıması"*, Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi III 2003, S. 1.
- KÖSE, Nerin: *"Ensest Eoliliğın Türk Halk Hikâyelerindeki İzleri"*, Tarih İncelemeleri Dergisi XI.
- POLAT, Oğuz: *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı, Tanımlar*, Ankara 2007.
- SANCAR, Türkân Yalçın / YAŞAR, Tuğçe Nimet: *"Ensest, "Genel Ahlâk" ve Alman Anayasa Mahkemesinin Kararı"*, TBBD 2009, S. 80.
- SANCAR, Türkân Yalçın: *"Ensest ve Tartışmada Genel Ahlâk Engeli"*, Güncel Hukuk, Aralık 2008.
- SARI, Ahmet: *"Şebnem İşigüzel'in "Tabut" Adlı Öyküsüyle Thomas Bernhard'ın "Jauregg" Adlı Öyküsünde Ensest İlişki"*, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 2007, C. 9, S. 1.
- SAYITA, Sevgi Usta: *"Ensest İlişkiden Doğan Çocuğu Tanıma Yasağının Kaldırılmasına Eleştirel Bir Bakış"*, TBBD 2010, S. 88.
- SÜMER, Necati: *"Kitab-ı Mukaddes'te Cinsel Motifler"*, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Adana 2007.
- TOPÇU, Sedat: *Cinsel İstismar*, Ankara 2009.
- TUĞRUL, Ahmet Ceylani: *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar & Ensest İlişkiler*, Ankara 2010.
- UMMANEL, Aliye: *Amerikan Tiyatrosunda Eşcinsellik ve Bir Örnek Olarak Lanford Wilson'un "Bayan Bright'ın Deliliği" Oyunun İncelenmesi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek lisans Tezi, Ankara 2003.
- YİĞİT, Rana: *"Çocukların Cinsel İstismarı ve Ensest"*, AHSBD 2005, C. 8, S. 3.
- BARAN Görgün, Aylin / ERBAYDAR, Nüket Paksoy: *"Yasak Cinsel İlişki: Ensest"*, www.huksam.hacettepe.edu.tr/Turkce/.../ensest08012009.doc.
- KARAOSMANOĞLU, H. Alp: *"Ensest ve İlişkili Sorunlar"*, www.psykonet.com
- POLAT, Oğuz: *"Aile İçi Cinsel İstismar: Ensest"*, www.kriminoloji.com.

<http://tr.wikipedia.org/wiki/Ensest>.

http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html.

<http://www.legislature.state.al.us/CodeofAlabama/1975/13A-13-3.htm>.

<http://www.touchngo.com/lglcntr/akstats/Statutes/Title11/Chapter41/Section450.htm>

<http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=pen&group=00001-01000&file=281-289.6>

<http://michie.lexisnexis.com/delaware/lpext.dll?f=templates&fn=main-h.htm&cp>.

<http://michie.lexisnexis.com/mississippi/lpext.dll?f=templates&fn=main-h.htm&cp>.

ADALET MÜLKÜN TEMELİ MİDİR? IS THE JUSTICE BASE OF THE STATE?

Ayşen SEYMEN ÇAKAR*

Özet: Adalet kelimesinin kesin tanımı yapılamamıştır. Adalet subjektif bir kavramdır ve kişiden kişiye değişmektedir. Bu yüzden adalet, hukuk biliminin konusunu oluşturamaz. Devlet hukuki ve kesin bir kavramdır. Adalet devletin temeli değildir.

Anahtar Kelimeler: Adalet, devlet, hukuk

Abstract: The precise definition of the word justice couldn't be made. Justice is a subjective concept and it change from person to person. Therefore justice can't be the subject of the science of law. State is a legal and precise concept. Justice is not base of the state.

Keywords: Justice, state, law

GİRİŞ

“Adalet mülkün temeli midir?” sorusu akla ilk olarak şu iki soruyu getirmektedir: adalet nedir ve mülk nedir? Adalet kavramı, bugüne kadar üzerinde ortak kabul görmüş bir kavram değildir, bu kavramı doğrulayabilecek ortak bir akıl da mevcut değildir. Adalet, bir değerdir ve diğer tüm değerler gibi subjektif niteliklidir. Bu tür subjektif nitelikli değerler, hukuk biliminin konusunu oluşturamaz. Eğer aksi savunulursa, somut olayda bu değere anlam atfedecek kişi hakimdir ki; bu da hakimin önüne gelen olayda uygulayacağı hukuk kuralını kendisinin yaratması anlamına gelir. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin kabul edildiği bir sistemde bunun savunulması mümkün değildir.

* Arş. Gör., Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi İ.İ.B.F. Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Araştırma Görevlisi.

Mülk, kelimesi ise devlet anlamında kullanılmaktadır. Devlet, unsurları genel kabul görmüş bir terimdir. Devlet kısaca, sınırları belli bir toprak parçası üzerinde egemen insan topluluğudur. Devlet, kendisini meydana getiren kişilerden ayrı ve üstün bir iktidara sahiptir. Bu iktidarın, güç kullanma yetkisine ve tekeline sahip olduğu düşünülecek olursa, temel hak ve özgürlüklere müdahale edebilecek böyle bir üst yapının sınırlarının mutlaka net olarak belirlenmiş olması gerekir. Bunun aksi ise özellikle kişi hak ve hürriyetleri için ciddi tehlikeler yaratabilir. Bu sebeple devlete, net olmayan nitelikler yüklemek, hak ve özgürlükler açısından sakıncalı olabilir.

ADALET NEDİR?

Adalet kavramı, tarih boyunca üzerinde tartışmalar yapılmış, tanımlanmaya çalışılmış bir kavramdır, fakat bu kavramın kesin bir tanımı ilk çağlardan günümüze kadar henüz yapılamamıştır. Böyle olmakla birlikte bu kavramın hukukla ilgili ve hatta hukukun da üzerinde yer aldığını savunanlar vardır.¹ Tarihsel süreç içerisinde pek çok bilindik filozof bu kavramı kullanmış ve tanımlamaya çalışmıştır.²

¹ Aşağıda, tanım denemelerini verirken söz edeceğiz.

² Sokrates, genel olarak adaleti bireysel bir erdem olarak ele almaktadır. Doğruluk, iyilik, ahlak ve adaletin yasalara uymakla sağlanabileceğini; ayrıca bilgi ve düşüncenin hem ahlakın, hem de adaletin temeli olduğunu söyleyen Sokrates, adaleti, iyi olanı kötü olandan ayırma bilgisi olarak tanımlar. Yıldız Karagöz, "Liberal Öğretide Adalet, Hak ve Özgürlük", C.Ü. Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt:26, 2002, s. 269

Sokrat'a göre adalet, iyi olanı kötüden ayırma bilgisidir. Bu bilgi ise, hukuk duygusunda belirginleşmektedir. Hukukun geçerliliği, adalet duygusunda aranır. Anıl Çeçen, "Hukukta Norm ve Adalet", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:32, Sayı:1-4, 1975, s. 103

Platon'a göre adalet, insanlar için olduğu gibi, devlet yaşamının da en yüksek erdemidir. Platon'a göre devlet, bütün topluma birden mutluluk sağlaması için kurulmuştur. Platon, devlet düzeni içindeki adaleti, insanların kendi yeteneklerine ve yetiştirilmelerine uygun davranması, toplumsal sınıflar arasındaki ayrımların gereklerine uyması, kendilerine verilen görevleri yerine getirmesi, bunların da ötesinde en önemlisi yönetici sınıfın işlerine karışmaması ve yönetici sınıfı eleştirmemesi şeklinde ortaya koyar. Yönetici sınıf, toplumu kendiliğinden adalete uygun olarak yönettiği için, bunların işlerine karışmak en büyük suçtur. Yani, Platon'a göre herkesin kendi işiyle uğraşması adalet, farklı sınıflara eşit davranmaya çalışmak ise adaletsizliktir.

Karagöz, a.g.e., s. 269-270

Aristoteles'e göre, yasalara uymamak, onu kendi çıkarlarına göre kullanmak ve dolayısıyla bu şekilde bir eşitsizlik yaratmak adaletsizlik, yasalara uygun davranmak ve eşitliği bozmamak ise adalettir.

Arslan Topakkaya, "Aristoteles'te Adalet Kavramı", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Volume: 2/6, Winter, 2009, s. 629

Adalet kelimesi Arapça kökenli bir sözcüktür. Arapça “adl” sözcüğünden dilimize geçmiştir. Hak, hukuk ve haklılıkla ilgili, içiçe kenetlenmiş bir kavramdır. Çeçen’e göre adaleti, hak ve hukukun gerçekleştirilebilmesi şeklinde tanımlamak mümkündür.³ Çeçen adaleti, temel olarak sosyal mutluluk şeklinde ifade etmiştir. Ona göre en adil düzen, en fazla insana en üst düzeyde mutluluk sağlayan düzendir. Adaletin var olabilmesi için toplumsal mutluluğun objektif ve kollektif bir şekilde varlığı zorunludur.⁴ Çeçen’e göre adalet ile eşitlik içiçedir, eşitlik ve eşitsizlik, adaletli düzende herkes için benzer koşullarda ve düzeyde olacaktır. Herkesin hak ve özgürlükleri eşit düzeyde gerçekleşecektir.⁵

Aristoteles, adaleti dağıtıcı ve denkleştirici adalet şeklinde ikiye ayırır. Ona göre şeref veya malların dağıtımında bir toplum içindeki bireylerin durumuna ve yeteneğine göre, eşit pay verilmesini gerekli kılan dağıtıcı adalet, bir orantıdır. Adaletsizlik ise orantısızlıktır. Eşitlik, bir orta olduğuna göre, hak da bir ortadır. Adalet ya da hak kişilerde ve şeylerde eşitlik olacaktır. Eğer kişiler eşit değilse, eşit şeylere sahip olamayacaklardır. Dağıtıcı adaletten farklı olan düzeltici adalet ise, Aristo’ya göre alışverişlerdeki eşitliği gündeme getirir. Bu anlamda haksızlık, bir adaletsizliktir.

Karagöz, *a.g.e.*, s. 270

Aristo, haksızlığın olduğu bir ortamda yargıcın sağladığı adaleti, düzeltici adalet olarak görür. Ona göre yargıç, eşitsizlik olan bu adaletsizliği denkleştirmeye çalışır, çünkü biri dövülüp, öteki dövünce ya da biri öldürülüp, öteki ölünce yapılan ile maruz kalınan, eşit olmayan bir bölümlenme olacaktır. Buna karşılık yargıç, ceza ile kazancı azaltarak bunları düzeltmeye çalışır. Bu anlamda düzeltici adalet, kar ile zararın ortasıdır.

Karagöz, *a.g.e.*, s. 271

Romalı hukukçu Ulpianus’a göre, hukukla meşgul olacak kimse, önce hukuk adının nereden geldiğini bilmek zorundadır. Nitekim hukuk, adaletten çıkmıştır. Adalet ise, ‘herkese kendi hakkını tanımak konusundaki istikrarlı ve devamlı irade’ olarak tanımlanmıştır.

Muharrem Kılıç, “Değerler Filozofisi ve Hukuksal Değerler”, *Eğitim-Bir-Sen*, Yıl:7, Sayı: 19, (Ocak-Şubat-Mart), 2011, s. 54

Jhering’e göre, hukukun amacı, toplumun yaşam koşullarını güvence altına almaktır. Hukuk, toplumda düzen, güven ve barışı gerçekleştirirken; temelde adaletin topluma yerleşmesine yardımcı olur. Hukukun asıl görevi nedeniyle hakkı ve haklı olanı gerçekleştirme durumundadır. Bu nedenle hukukun izlemesi gereken yönü, ancak adalet düşüncesi aydınlatılabilir.

Çeçen, *a.g.e.*, s. 100

Kelsen’e göre adalet, herkese mutluluk getiren bir düzendir. Ama bir kimsenin mutluluğu, diğerinin mutluluğu ile çatışabileceğinden, herkesi memnun edebilecek bir düzen bulunamayacaktır. O halde, adaletin temelinde ahlaki duygular egemen olmakla beraber, adalet kavramı içinde diğer bazı hukuki unsurların da bulunduğu kabul etmek gerekir.

Turhan Esener, *Hukuk Başlangıcı*, 4. Baskı, İstanbul: Alkım Yayınları, 2001, s. 53

Leibniz, hukukun temelini sevgi olduğunu, adaletin ise insanın akıl yolu ile bulunduğu mutluluk olduğunu ifade etmiştir. Esener, s. 53

3 Çeçen, s. 96

4 Çeçen, s. 97

5 Çeçen, s. 97

Kılıç'a göre adalet, doğrudan hukuku tanımlayan bir değer olarak hukukun meşruiyetini kuran iradeyi oluşturur. Öyle ki; "adil olmayan kanun, kanun değildir" özdeyişiyle bu gerçek ifade edilmiştir.⁶

Başka bir tanımlamaya göre adalet, zihniyetin başlıca rol oynadığı bir fazilettir. İçtimai hayatın heyeti umumiyesi bakımından adalet, bir sulh ve sükun nizamının şartıdır.⁷ Müşahhas bir hareket tarzının adil olduğu hakkındaki hüküm, bu hareket tarzının olması, yapılması lazım geldiğini tazammun etmektedir.⁸

Yekta Güngör Özden'e göre adalet, insanlığın en büyük gıdasıdır; adalet devletin, savunma da adaletin temelidir. Adalet toplumsal bir namustur, insanlığın ikinci güneşidir. Adaletin herkesi gönendirecek biçimde gerçekleşmesi, mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıç güvencesiyle olur.⁹

Uygur, adaleti maddi ve şekli adalet olarak ayırmış; maddi adaleti, belirli temel ilkelerin yerine getirilmesini talep eden adalet olarak tanımlamıştır. Bu temel ilkeler ise insan hakları ve sosyal adalet ile ilgili ilkeler olarak belirtilmiştir.¹⁰ Maddi adalet anlayışı, başta anayasa olmak üzere pozitif hukuk kurallarının adaletin ilkelerine uygun olması demektir. Şekli adalet ise, hukuk kurallarının kendileriyle değil, bu kuralların uygulanması ile ilgili adalettir.¹¹

Esener'e göre, insanlığın çok eskiden beri arzuladığı bir duygu olan, hukukun idealini ve amacını oluşturan adalet, esas anlamında ahlaki vazifelerin yerine getirilmesidir.¹² Başka bir tanıma göre adalet, adaletsizlik duygusunu doğuran nedenleri ortadan kaldırmak aksaklıkları düzeltmek ve adaletsizlik duygusunun doğmasını engellemek şeklinde tanımlanabilir.¹³

⁶ Muharrem Kılıç, *a.g.e.*, s. 53-54

⁷ Hans J. Wolff ve Orhan Münir Çağıl, "Hukuk Prensibi (Principium Iuris) Olarak Adalet Dair", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt:20, Sayı:1-4, 1955, s. 212

⁸ Wolff ve Çağıl, *a.g.e.*, s. 213

⁹ Yekta Güngör Özden, "Bağımsız Yargı ve Adalet", <http://www.caginpulisi.com.tr/75/4.htm> (13.06/2012)

¹⁰ Gülriz Uygur, "Adalet ve Hukuk Devleti", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:53, Sayı:3, 2004, s. 29-30

¹¹ Uygur, *a.g.e.*, s. 30

¹² Turhan Esener, *a.g.e.*, s. 51

¹³ Karagöz, *a.g.e.*, s. 272

Yukarıda verilen tanım denemelerinden gördüğümüz üzere adalet kavramı, ilk çağlardan günümüze kadar kullanılmış, fakat üzerinde mutlak bir anlaşmaya varılamamış ve mutlak bir tanım yapılamamış bir kavramdır. Bazı düşünürlere göre adalet kavramı, 'iyi' kavramı ile, bazılarına göre eşitlik, bazılarına göre hak, bazılarına göre hukukun amacı, bazılarına göre mutluluk, bazılarına göre ise toplumsal iyi ve toplumsal mutluluk vs. kavramlar ile ilişkilendirilmiş ve hatta eş anlamlı olarak kullanılmıştır. Yukarıdaki tanım denemelerinde üzerinde uzlaşılan bir nokta vardır ki; o da adaletin hukukla ilgili bir kavram olduğu şeklindedir. Fakat yapılan tanımlarda dikkati çeken bir nokta şudur: adaletin tanımlanmasında yararlanılan kavramlar, aynı adalet kavramının kendisi gibi göreceli, kişiden kişiye değişebilen kavramlardır. Bazı düşünürler, bu subjektifliği ortadan kaldırılabilmek için çıkar yol aramışlar ve adaletin objektif bir kavram olduğunu, kişi mutluluğundan ziyade toplumun mutluluğunu ifade ettiğini, yani adaletin kişisel olmaktan ziyade toplumsal bir kavram olduğunu öne sürmüşlerdir. Adalet kavramı, kişisel olarak değil de; toplumsal bir kavram olarak ele alınsa bile değişken ve göreceli bir kavram olmaktan çıkmaz. Çeçen, adalet kavramını, toplumla birlikte değişen, bu nedenle göreceli olan bir kavram olarak belirtmiştir. Ona göre, hukukun uygulanmasında adaletin gerçekleşmesi zaman, yer ve düşünce farklarına, hatta bir hukuk ilişkisiyle ilgili tarafların durum ve özelliklerine göre değişik ölçülerin kullanılmasını gerektirir.¹⁴ Adalet kavramının objektif olup olmamasıyla ilgili, objektif adalet ve subjektif adalet ayrımı yapanlar da vardır.¹⁵ Fakat, adaleti objektif yani toplumsal adalet veya subjektif yani kişisel adalet olarak algılamak da adaletin değişken ve göreceli bir kavram olması vasfını değiştirmez. Nasıl ki, insanlar sahip oldukları değerler ve düşünce yapıları itibarıyla birbirlerinden farklı ise; toplumlar da değerleri vs. itibarıyla birbirlerinden farklıdır. Bu sebeple ne kişiler ve ne de toplumlar için ortak bir akıl veya ortak bir değer veya düşünce sistemi mevcut olmayabilir. Bu farklılık yer itibarıyla olabileceği gibi, zaman itibarıyla de söz konusu olabilir. Yani bir toplum veya bir millet her dönemde aynı değerler ve düşünceler sistemine sahip olmayabilir. Çünkü, değerler ve düşünceler de zamanın etkisiyle değişebilen kavramlardır.

¹⁴ Çeçen, *a.g.e.*, s. 97

¹⁵ Esener, *a.g.e.*, s. 55

Adaletin, iktidara eleştiri yapılmaması, çünkü iktidarın kendiliğinden adil olduğu¹⁶ şeklinde düşünülmesi de bu anlamda görecelik yaratır; çünkü iktidarın adil olup olmadığı düşüncesi de, yönetilen bireylere göre değişebilir ki; bu düşünce de sınıflı bir toplumda herkesin kendi işine bakması, başkasının işine karışmaması, adaletin farklı sınıflardaki kişilere farklı yaklaşma, farklı haklar sağlama olduğu; farklı sınıflara eşit yaklaşılmaya çalışmanın ise adaletsizlik olduğu savunulmuştur. Bu teze karşılık, sınıflı bir toplum yapısının başlıbaşına eşitsiz ve onların yaklaşımına göre bu sebeple adaletsiz olduğu savunulabilir, çünkü bu görüşte olanlar adaleti eşitlik kavramı ile değerlendirmişlerdir. Mutlak olarak adil bir iktidar söz konusu değildir, iktidarın adil olup olmadığı, yönetimi altında bulunan kişilerin bakış açısına göre değişir. Teziç'e göre iktidar, ya da daha doğru bir söyleyişle iktidar ilişkisi, emretme ve itaate dayanır. Meşruluk, devlet iktidarının kaynağı ve kullanılış biçimleri bakımından, yönetilenlerin inançlarına uygun olma niteliğidir. İktidarın meşru olması, yönetilenler tarafından kabul edilmesi ve doğal olarak ona itaat edilmesi sonucunu doğurur.¹⁷ Siyasi iktidarın meşruiyeti ile ilgili farklı görüşler mevcuttur. Fakat anayasal bir kavram olan yürütme kuvvetini oluşturan siyasi iktidar, bu sebeple meşruiyetini anayasadan, ya da anayasaya uygunluğundan alır diyebiliriz. Bu sebeple mutlak olarak, herkes için iyi, herkes için ideal bir iktidar veya devlet olduğunu söylemek mümkün değildir. Adalet, genellikle bir ideal olarak ele alınmıştır, fakat herkes

¹⁶ Hükümdarın ahlakı üzerine

Bir ülkede hürriyet, kanunlara olduğu kadar hükümdarın ahlakına da bağlıdır; hükümdar isterse tıpkı kanunlar gibi, insanları hayvan, hayvanları da insan şekline sokabilir. Hükümdar, hür insanları severse hür bir millete hükümdarlık eder; düşük karakterli insanları severse, bir sürü kölesi olur. Saltanat denen o büyük sanatı öğrenmek istiyorsa, onur ve fazileti öğrenir, kişisel değeri olan bir insan olur. Herhangi bir alanda yeteneği olan kişilere de ara sıra bir göz atar. Değerli insan denen rakiplerinden çekinmez; böylelerini sevmeye başladı mı, onlara eşit olur. Şunun bunun kalbini kazanır; ama kimsenin vicdanına buyurmaya kalkmaz. Halk tarafından sevilir. En aşağı sınıftan bir insanın sevgisinden bile hoşlanır; onun da bir insan olduğunu unutmaz. Halk öyle az bir saygıyla yetinir ki, bu saygıyı ona göstermek yerinde bir hareket olur. Hükümdarla halk arasındaki sonsuz mesafe, zaten halkın hükümdarı rahatsız etmesine imkan vermez. Hükümdar, yalvarıp yakaranların isteklerini yerine getirir; ama haksız ve yersiz isteklere dirençle karşı kor; hayır dediği zaman, halkın çıkarına, lütuflarda bulunduğu zaman ise dalkavukların çıkarına çalıştığını bilir.

Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, Çev: Fehmi Baldaş, İstanbul: Hiper Link Yayınları, Tarih Yok, s. 213

¹⁷ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 7. Basi, İstanbul: Beta Yayınevi, 2001, s. 87,89

için mutlak surette ideal olanı bulmak, zor olmanın ötesinde imkansız denecek kadar zordur. Erdoğan'a göre, herkese aynı şekilde uygulanan ve hiç kimseyi bir üst'ün emirlerine tabi kılmayan adil davranış kuralları, hiçbir zaman, herhangi bir kimsenin nelere sahip olması gerektiğini belirleyemez....Özgür bir toplumda bireyin elde edeceği şeyler, daima, kısmen hiçkimsenin önceden göremediği ve belirleme gücüne sahip olmadığı özel şartlara bağlı olacaktır.¹⁸

Adalet kavramı, iyi, kötü, güzel, çirkin vs. kavramlar gibi göreceli ve sübjektif bir kavramdır. Adalet, bir değerdir. Adalet kavramının sübjektif değer yargılarına göre değiştiği, bu konularda objektif ve akla dayalı kararlar verilemeyeceği gerekçesiyle, hukuki pozitivizm düşüncesinde adaletin, hukuki bir kavram olarak değerlendirilemeyeceği öne sürülmüştür.

Keyman'a göre, adil, yani herkese mutluluk getiren bir düzen kurmak mümkün değildir.¹⁹ Keyman, eşitlik kavramının da adalet kavramını tanımlayabilecek bir ölçü olmadığını belirtmektedir.²⁰

¹⁸ Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Gözden geçirilmiş 5. Baskı, Ankara: Orion Kitabevi, 2009, s. 53

¹⁹ Keyman'a göre, birinin mutluluğunun zaman zaman bir başkasının mutluluğu, diğer bir deyişle bir başkasının çıkarı ile çatışması kaçınılmazdır. Bütün çıkar çatışmalarını, herkesi mutlu kılacak biçimde çözen, adil bir toplumsal düzen özlemi, gerçeği olmayan bir tutumdur. Her çıkar çatışması, iki çıkardan birinin diğerine feda edilmesi veya bunlar arasında bir uzlaşma sağlanması yoluyla çözülebilir. Her iki halde de tarafların çıkarları tamamen veya kısmen feda edilmiş olacaktır. Esasen hangi çıkarın daha üstün ve korunmaya değer olduğu, akıl yolu ile saptanamaz. Bunun için çıkarlar arasında uzlaşma sağlamanın en haklı ve adil usul olduğunu bilimsel bakımdan kanıtlamak mümkün değildir. Akıl ancak ortada bir çıkar çatışması olduğunu gösterir; fakat bu çatışmanın objektif ölçülerle nasıl çözüleceği konusunda bir şey söylemez. Çıkarların karşılıklı önemi sorunu, niteliği itibarıyla sübjektif ve sadece değerlendirmeyi yapan bakımdan geçerli olabilen değer yargıları aracılığı ile çözülebilir. Bu gibi değer yargıları hukuk biliminin değil; felsefe, sosyoloji, ahlak gibi başka bilim dallarının konusuna girer. Öyle ise adaletin içeriği sorunu, hukuk biliminin konusu dışında kalmaktadır. S. Keyman, "Hukuki Pozitivizm", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:35, Sayı:1-4, 1978, s. 31

²⁰ Eşitlik olarak adalet, eşitlerin eşit, eşit olmayanların da farklı bir muameleye tabi tutulmalarını ifade eder. Eşitlerin, eşit; eşit olmayanların da farklı muameleye tabi tutulmaları, adaletin önemli bir unsurunu teşkil etmekle birlikte, adaletin içeriğini açıklamak bakımından yeterli olamamakta ve başka ölçülerle tamamlanması gerekmektedir. Kimlerin eşit, kimlerin eşit olmayan durumda buldukları saptanmadıkça, eşitlik ölçüsü boş bir kalıp olarak kalacaktır. Bu sorunun cevabını veremediğimiz sürece, kanunların veya diğer hukuksal durumların adil olup olmadıklarını söyleyebilmemiz mümkün değildir. Aslında adalet kavramının biri sabit, diğeri değişken iki unsuru vardır. Eşitlerin, eşit; eşit olmayanların da farklı

Gözler'e göre de, hukuk bilimi, fizik ötesine ait değildir, fizik alemde bulunur. Dolayısıyla pozitivist teori, tabii hukukun tüm biçimlerini reddeder. Ona göre doğada değişmez bir düzen mevcut değildir, tüm insanlara özgü bir tabii akıl da mevcut değildir.²¹ Gözler'e göre, değerler reel dünyaya ait değildir, doğada iyi veya kötünün ölçüleri bulunmaz, bunları sadece insanlar değerlendirir.²² Değerler alanında ya yokluk, ya da görecelilik tezi geçerlidir. Yokluk tezine göre, değerler hiçbir şekilde reel dünyada mevcut değildir. Dolayısıyla bilimin konusu olamazlar.²³ Görecelilik tezine göre ise, değerler insan subjektivitesi alanında reel olarak mevcuttur; ama değişken oldukları için bilenebilir şeyler değildirler.²⁴ Gözler'e göre, adil olanı, adil olmayandan ayıracak objektif ve evrensel bir ölçüt yoktur ve böyle bir ölçüt, tabiatın gözlemlenmesi yoluyla elde edilemez. Sonuç olarak herkes, kendi bilincinin gereklerine göre, tabii hukuku algılamakta serbest kalır.²⁵

MÜLK NEDİR?

“Adalet mülkün temelidir” cümlesinde mülk terimi devlet anlamında kullanılmaktadır. Peki devlet nedir? Devlet kavramı konusunda farklı yazarlar tarafından farklı tanımlamalar yapılmakla ve devletin unsurları bazen genişletilmekle birlikte devletin temel unsurları konusunda fikir birliği mevcuttur denilebilir. Devlet sözcüğü, dilimize Arapçadan girmiştir. “Devl” kökünden gelir ve el değiştirme, elden

muameleye tabi tutulmaları, sabit ve değişmez unsuru teşkil eder. Değişken unsur ise, eşit ve eşit olmayanların belirlenmesinde kullanılan ölçüdür.... Ahlaki ve politik genel kavramlar konusundaki değişik ve çelişen ölçüler, bir kanunun adil olup olmadığı konusunda farklı sonuçlara götürür. Bir kanunun adil sayılıp sayılmayacağı konusundaki tartışmalar, farklı ahlaki anlayışlardan kaynaklanan ve birbirleriyle çatışan iddialar haline dönüşür. Bunun yanında bazen, adaletin gerekleri ile bir başka değer, özellikle toplumun iyiliğinin çatışma içinde olması mümkündür. Uygur ülkelerde bu çatışmanın çoğu zaman, toplumun mutluluğu ve güvenliği lehine çözüldüğü görülmektedir. Bütün bunlar, eşitlik olarak anlaşılan adaletin, içeriği bakımından hukuk biliminin dışında kaldığını göstermektedir. Keyman, s. 32

²¹ Kemal Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, Ankara: US-A Yayıncılık, 1998, s. 15

²² Gözler, s. 15

²³ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt:1, Bursa: Ekin Yayınevi, 2011, s. 139

²⁴ Gözler, s. 139

²⁵ Kemal Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Bursa: Ekin Yayınevi, 1999, s. 141

ele geçme anlamına gelir.²⁶ Gözler'in tanımına göre devlet "belirli bir insan topluluğunun, belirli bir toprak parçası üzerinde egemen olmasıyla oluşan, hukuki kişiliğe sahip devamlı bir teşkilattır."²⁷ Bu tanımdan yola çıkarak devletin temel olarak üç unsura sahip olduğunu söyleyebiliriz: İnsan unsuru, toprak (ülke) unsuru ve egemenlik unsuru. Devletin insan unsuruna kısaca millet, toprak unsuruna ise kısaca ülke denir. Millet, birbirine bir takım bağlarla bağlanmış bir topluluktur.²⁸ Millet konusunda, objektif ve subjektif olmak üzere iki tür millet anlayışı vardır. Subjektif millet anlayışına göre millet, birbirine; mazi, hatıra, amaç, ideal, istikbal, ülkü birliği gibi bir takım manevi bağlarla bağlanmış insan topluluğudur.²⁹ Anayasamızda kabul edilen millet anlayışı subjektif millet anlayışıdır. Objektif millet anlayışında ise millet, ırksal, dilsel, dinsel gibi bir takım objektif bağlarla birbirine bağlanmış insan topluluğudur. Ülke ise, devletin toprak unsurudur. Bu toprak parçasının sınırlarının belirlenmiş olması gerekir. Çalışmanın kapsamını çok fazla genişletmemek ve konuyu dağıtmamak için bu unsurlar üzerinde daha fazla durmuyoruz.

Devlet terimi hukuki bir terimdir ve devletin hukuki ve biçimsel kaynağı anayasadır. Rousseau'ya göre, devlet, bireylerin biraraya gelmesiyle kurulmuş bir tüzel kişi olduğuna göre ve en önemli işi de kendi varlığını korumak olduğuna göre her parçayı bütünlüğe en uygun biçimde kullanmak ve ondan yararlanmak için genel ve zorlayıcı bir güç gerekir.³⁰ Nasıl doğa insanlara, uzuvlarıyla ilgili olarak kesin bir yetki vermişse, toplumsal anlaşma da siyasal topluluğa kendi organlarıyla ilgili olarak kesin yetkiler vermiştir ve işte genel iradenin yönlendirdiği bu yetki, egemenlik adını alır.³¹ Gözler'in aktardığı üzere egemenlik kelimesi, Latince en üst iktidar anlamına gelen "superanus"

²⁶ Teziç, *a.g.e.*, s. 110

²⁷ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt:1, s. 360

Benzer bir tanım Umar tarafından verilmiştir. Umar'a göre, devlet, "belli bir ülke üzerinde oluşmuş, egemenlik kullanan örgütlü toplumdur.

Bilge Umar, *Hukuk Başlangıcı*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:79, 1997, s. 259

²⁸ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, 2009, s. 66

²⁹ Gözler, s. 67

³⁰ J. J. Rousseau, *Toplum Sözleşmesi ya da Siyaset Hukuku İlkeleri*, Çev: İsmail Yerguz, İstanbul: Say Yayınları, 2008, s. 84

³¹ Rousseau, s. 84

sözcüğünden gelir ve Jean Bodin egemenliği, “emredilmeden ve zorlanmadan emretme ve zorlama gücüdür” şeklinde tanımlamıştır.³²

Devletin temel amaç ve görevlerini sayan anayasamızın 5. maddesi “adalet ilkeleri” kavramına da yer vermiştir.³³ Madde metninde, devletin temel hak ve hürriyetleri koruma görevinden bahsedilirken, devletin, temel hak ve hürriyetleri sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmakla görevli olduğu belirtilmiştir yani devlete bu konuda pozitif bir edim yüklenmiştir. Bu anlamda adalet terimi, temel hak ve özgürlüklerle ilişkilendirilmiştir. Devlete böyle bir pozitif edim yüklenirken, bu edimin yerine getirilmesi için uyulması gerektiği belirtilen ilkeler yani adalet ilkeleri ise açıklanmamıştır. Yukarıda belirttiğimiz gibi adalet kavramı yoruma ve tartışmaya açık ve ilk çağlardan bu yana tanımı kesin olarak yapılamamış bir kavramdır. Bu tür net olmayan bir kavramın anayasada devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılması, yaygın anlayışa uygun olmakla birlikte (adaletin, devletin temeli olduğu anlayışına), kavrama değer atfedecek kişiler bakımından farklılık arz etmektedir. Böyle olunca da bir kişi için adaletli olan devlet, diğer bir kişi için adaletli olmayabilir. Bu da devlete ve hukuka olan inancı sarsabilir. Bunun yerine, özellikle anayasada, net olmayan kavramların kullanılmasından kaçınmak daha uygun olacaktır.

Anayasamızın başlangıç kısmında da adalet kavramına yer verilmiştir. Buna göre “her Türk vatandaşı, bu anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahiptir”.

Adalet kavramı, anayasamızın, Cumhuriyetin niteliklerini sayan 2. maddesinde de kendisine yer bulmuştur.³⁴ Anayasamız başka bazı

³² Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt:1, s. 432

³³ Anayasa madde 5:

Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.

³⁴ Anayasa madde 2:

maddelerinde de adalet kavramına veya “adil” kelimesine yer vermiştir. Örneğin, hak arama hürriyeti başlıklı 36. maddenin ilk fıkrasında, adil yargılanma hakkına; ücrette adalet sağlanması başlıklı 55. maddesinde adaletli ücret kavramına yer verilmiştir. Anayasanın 67. maddesinin 1995 yılında 4121 sayılı kanunla değişik 6. fıkrasında ise “seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir” ifadesi yer almaktadır. Anayasanın, “vergi ödevi” başlıklı 73. maddesinde “vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır” denmiştir. Anayasanın, milletvekili andını düzenleyen 81. maddesinde, milletvekili and metninin içinde de adalet kavramı geçmektedir. Bu and metni içinde, “adalet anlayışı içinde, insan haklarından ve temel hürriyetlerden yararlanma” ifadesi yer almıştır. Yine anayasamızın 103. maddesinde yer alan Cumhurbaşkanının andında da adalet kelimesi geçmektedir.

Ayrıca adalet kavramı, bizzat hukuk hizmetlerinden sorumlu bakanlığa isim olarak verilmiştir. Yine yargılama sistemi içinde, içerisinde hukuk ve ceza mahkemelerinin bulunduğu yargı koluna da adli yargı adı verilmiştir. Bu maddelerden de anlaşılacağı üzere anayasamız da adalet kavramını, farklı anlamlara gelebilen bir üst kavram olarak kullanmış ve kavramın içeriğini doldurmamıştır. Adalet bazen, eşitlik; bazen oranlılık, hatta bazen bizzat hukuk yerine geçmek üzere kullanılmıştır. Örneğin “adli yargı” kavramındaki “adli” kelimesi, hukuk anlamında kullanılmıştır. Yoksa aksi kanıt yöntemiyle düşünecek olursak, eğer bu yargı kolu adli, adaletli ise; ya da bu yargı kolunun adli olduğu belirtilmiş ise, diğerleri adli değil midir, yada adaletli değil midir gibi sorular türetebilmek mümkün olabilirdi.

Anayasamız, adalet sözcüğünü, ağırlıklı olarak, temel hak ve özgürlükler ile birlikte kullanmış ve temel hak ve özgürlüklerden adalet anlayışı içinde yararlanmayı uygun görmüştür. Peki temel hak ve özgürlüklerden, adalet anlayışı içinde nasıl yararlanılacaktır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırı adalet midir? Kanaatimce bu soruya olumsuz cevap vermek gerekecektir. Çünkü, eğer temel hak ve özgürlüklerin sınırı adalet ise, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması mad-

Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.

desinin anayasada ayrıca ve açıkça yer alması anlamsızlaşmaktadır. Çünkü böyle bir inanışa sahip olmak, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında hiçbir sınır tanımamakla aynı anlama gelmektedir. Temel hak ve özgürlük sınırlamasında kime göre adalet kavramından yararlanılacaktır. Eğer cevabımız “hakime göre” ise, bu durumda da hakime temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında yasa koyucunun sahip olduğu bu yetkiyi tanımış oluruz ki; bu da kuvvetler ayrılığı ilkesi ile çelişmektedir. Fakat eğer denildiği gibi, tüm kavramların ve hatta hukukun da üstünde bir adalet kavramı mevcut ise hukuk adalete uygun olmak zorundadır, çünkü meşruiyetini ondan alacaktır. O halde adalet, sınırsız ve asli bir kavram olacaktır. Fakat bu şekilde düşünmek bile bizi mutlak adaletin olmadığı düşüncesine ulaştırmak için yeterlidir. Çünkü eğer hukuk ve hukuk normları meşruiyetini adaletten alacaksa, adil olduğuna inanılan bir hukuk normu niçin değiştirilir veya yerine yenisi yapılır? Cevap şudur ki; zamanın etkisine kapılmayan, eskimeyen, değişmeyen hiçbir kural ve kurum yoktur. Adil olduğuna inanılan değerler de zamanla değişmeye mahkumdur ve Rousseau’nun ifadesiyle, genel irade de yanılmaz değildir.

ADALET KAVRAMININ ULUSLARARASI METİNLERDE DÜZENLENİŞİ

Adalet kavramına bazı uluslararası metinlerde de yer verilmiştir. Örneğin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin önsözünde³⁵, 23. maddesinde³⁶; İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşmenin başlangıç kısmında³⁷, 6. maddesinde adil yargılan-

³⁵ İnsanlık ailesinin bütün üyelerinde bulunan haysiyetin ve bunların eşit ve devir kabul etmez haklarının tanınması hususunun, hürriyetin, adaletin ve dünya barışının temeli olmasına...

³⁶ Her şahsın çalışmaya, işini serbestçe seçmeye, adil ve elverişli çalışma şartlarına ve işsizlikten korunmaya hakkı vardır (md.23/1)

³⁷ Çalışan her kimsenin....adil ve elverişli bir ücrete hakkı vardır (md.23/3)
Dünyada barış ve adaletin başlıca temeli olan ve sürdürülmesi her şeyden önce, bir yandan gerçekten demokratik bir siyasi rejim, öte yandan, insan haklarına birlikte saygı ve bu konuda ortak bir anlayışa dayanan bu temel özgürlüklere bağlılıklarını yineleyerek...

ma hakkını düzenlerken³⁸,41. maddesinde³⁹ adalet kavramına yer verilmiştir. Yine Avrupa Birliği Kurucu Antlaşması da adalet kavramına anlaşmanın çeşitli kısımlarında yer vermiştir.⁴⁰ Birleşmiş Milletler Antlaşması da, amaçlar ve ilkeler başlıklı birinci maddesinde adalet kavramına yer vermiştir.⁴¹ Ayrıca B.M. Antlaşmasının başlangıç kısmında da “Biz Birleşmiş Milletler halkları....adaletin korunması....için çaba harcamaya karar verdik” şeklinde bir ifade yer almaktadır.

SONUÇ

Adalet kavramı, ilkçağlardan günümüze, var olduğuna inanıldığı halde nitelikleri üzerinde ortak bir anlaşmaya varılamayan ve tanımlanamayan bir kavramdır. Pek çok düşünür ve pek çok yazar tarafından adalet kavramı tanımlanmaya çalışılmış ve fakat adaletin, en yüksek erdem olduğu, hukuk dahil pek çok kavramı içine alan bir çerçeve terim olduğu belirtilmiştir. Bazı düşünürler, toplumlar için ortak bir adalet duygusunun varlığını savunurken; diğer bazıları bu duygunun zaman içerisinde değişebileceğini belirtmişlerdir. Adalet, pek çok anlama gelmek üzere kullanılmıştır. Örneğin, eşitlik, orantı, hak, hukuk, erdem, mutluluk, iyi vs. Adaletin tanımını yapmanın zorluğunun bilincinde olarak bazı düşünürler bu kavrama, karşı yorum yöntemiyle ulaşmaya çalışmışlardır. Adaletsizlik nedir veya neler adaletsizdir

³⁸ Kendi kendini savunmak yada kendi seçeceği bir savunucu yada eğer bir savunucu atanması için parasal olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin esenliği gerektiriyorsa, mahkeme tarafından atanacak bir avukatın ücretsiz yardımından yararlanmak....

³⁹ Mahkeme, sözleşme yada ona bağlı protokollerin ihlal edildiğini tespit ederse, ve ilgili sözleşmecinin tarafın iç hukuku bunu ancak kısmen giderme olanağı veriyorsa, ve gerekli ise, mahkeme zarar gören tarafa adil bir karşılık hükmedebilir.

⁴⁰ Örneğin Avrupa Birliği Kurucu Antlaşmasının başlangıç kısmında “Bu antlaşma ve AB’nin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın düzenlemeleri uyarınca bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanı kurmak yolu ile halkaların emniyetini ve güvenliğini garanti altına alarak, kişilerin serbest dolaşımını kolaylaştırmak....”tan söz edilmiştir. Kamuran Reçber, *Avrupa Birliği Kurumlar Hukuku ve Temel Metinleri*, Bursa: Alfa Aktüel Yayınları, 2010, s. 388

⁴¹ Birleşmiş Milletlerin amaçları şunlardır:

1. Uluslararası barış ve güvenliği korumak ve bu amaçla: barışın uğrayacağı tehditleri önlemek ve bunları boşa çıkarmak, saldırı yada barışın başka yollarla bozulması eylemlerini bastırmak üzere etkin ortak önlemler almak ve barışın bozulmasına yol açabilecek nitelikteki uluslararası uyuşmazlık veya durumların düzeltilmesini yada çözümlenmesini barışçı yollarla, adalet ve uluslar arası hukuk ilkelerine uygun olarak gerçekleştirmek (md. 1/1)

sorusunu sorarak bunların dışındakiler adaletlidir, demişlerdir. Fakat her düşünür bu kavramı, kendi yaşadığı zaman dilimi içerisinde ve sosyal şartlarına uygun olarak yorumlamıştır. Bu sebeple adaleti, sınıflı toplum yapısı ile özdeş görenler bile olmuştur.

Adalet bir değerdir ve diğer tüm değerler gibi subjektiftir. Bir kişiye göre adil olan, diğer bir kişiye göre adil olmayabilir. Toplumunu oluşturan istisnasız herkes için ideal olan bir düzen yoktur. Bazı yazarlar, toplumun çoğunluğu için ideal olan, toplumun çoğunluğuna mutluluk veren bir düzen, adil bir düzendir demektedirler. Fakat bu şekilde düşününce de, toplumun diğer kesimine, yani çoğunluğuna karşı feda edilecek azınlığın durumu ne olacaktır. Azınlığın haklarının veya değerlerinin, çoğunluğun değerlerinden daha kıymetsiz olacağını kim takdir edecektir. İşte bu sebeple, adalet bir değerdir ve bu tür değerler subjektif niteliktedir, bunlar için objektif kriterler bulabilmek oldukça zordur.

“Adalet mülkün temelidir” cümlesinde mülk kelimesi, devlet anlamında kullanılmaktadır. Devlet ise, unsurları genel kabul görmüş, hukuki bir kavramdır. Devlet kısaca “belli bir toprak parçası üzerinde egemenlik kurmuş, belli bir insan topluluğunun oluşturduğu, kendisini meydana getiren farklı bir kişiliğe sahip örgütlenme” olarak tanımlanabilir. Devlet bu egemenlik unsuru ve tüzel kişi vasfı sebebiyle pek çok yetkiyi bünyesinde barındırmaktadır. Devletin bu yetkileri bizzat anayasadan kaynaklanmaktadır. Bu sebeple anayasa, devletin, hukuki ve biçimsel formudur da denilebilir. Devletin, kişi hak ve hürriyetleri dahil pek çok alana müdahale edebildiği düşünülürse, sınırsız bir kavram olmaması ve somut şekilde çizilmiş sınırlarının olması gerekir. Bunun için “adalet, mülkün temelidir” cümlesini ve genel olarak adalet kelimesini duygusallıktan uzak, doğru bir değerlendirmeye tabi tutmak gerekir. Adalet mülkün temelidir cümlesinde kanaatimce, adalet, hukuk anlamında kullanılmaktadır; böyle olunca da “hukuk, devletin temelidir” şeklinde doğru bir cümle ile karşılaşırız. Fakat yukarıda ısrarla üzerinde durduğumuz üzere, bu sadece benim değer yargımdır ve başka bir kişi bu cümleyi çok farklı anlama gelecekte şekilde yorumlayabilir. Adalet, en üstün erdem şeklinde anlaşılırsa da, böylesine üst ve sınırsız bir kavramın, mutlaka sınırlandırılması gereken bir kavrama temel teşkil ettiği söylenemez. Pek çok ulusal veya uluslararası hukuk belgesine girmiş olan bu kavramın değerlendiril-

mesinde ve hem de temel hak ve özgürlükler ile birlikte değerlendirilmesinde ölçülü olmak gerekir. Bir değer yargısı belki bir kişi için, devletin temeli olabilir ve fakat herkes için bunun böyle olması mümkün değildir. Bu sebeple, devletin temeli, adalet değildir hukuktur.

KAYNAKLAR

- Çeçen, Anıl, "Hukukta Norm ve Adalet", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:32, Sayı:1-4, 1975, ss. 71-115.
- Erdoğan, Mustafa, *Anayasa Hukuku*, Gözden geçirilmiş 5. Baskı, Ankara: Orion Kitabevi, 2009.
- Esener, Turhan, *Hukuk Başlangıcı*, 4. Baskı, İstanbul: Alkım Yayınları, 2001.
- Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt:1, Bursa: Ekin Yayınevi, 2011.
- Gözler, Kemal, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Bursa: Ekin Yayınevi, 1999.
- Gözler, Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, Ankara: US-A Yayıncılık, 1998.
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, 2009.
- Karagöz, Yıldız, "Liberal Öğretide Adalet, Hak ve Özgürlük", *C.Ü. Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt:26, 2002, ss. 267-295.
- Keyman, S, "Hukuki Pozitivizm", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:35, Sayı:1-4, 1978, ss. 17-56.
- Kılıç, Muharrem, "Değerler Filozofisi ve Hukuksal Değerler", *Eğitim-Bir-Sen*, Yıl:7, Sayı: 19, (Ocak-Şubat-Mart), 2011, ss. 51-54.
- Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, Çev: Fehmi Baldaş, İstanbul: Hiper Link Yayınları, Tarih Yok.
- Özden, Yekta Güngör, "Bağımsız Yargı ve Adalet", <http://www.cagipolisi.com.tr/75/4.htm> (13.06/2012).
- Reçber, Kamuran, *Avrupa Birliği Kurumlar Hukuku ve Temel Metinleri*, Bursa: Alfa Aktüel Yayınları, 2010.
- Rousseau, J.J. , *Toplum Sözleşmesi ya da Siyaset Hukuku İlkeleri*, Çev: İsmail Yerguz, İstanbul: Say Yayınları, 2008.
- Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 7. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2001.

Topakkaya, Arslan, "Aristoteles'te Adalet Kavramı", *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Volume: 2/6, Winter, 2009, ss. 629-633.

Umar, Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:79, 1997.

Uygur, Gülriz, "Adalet ve Hukuk Devleti", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:53, Sayı:3, 2004, ss. 29-38.

Wolff, Hans J. ve Orhan Münir Çağıl, "Hukuk Prensibi (Principium Iuris) Olarak Ada-
lete

Dair", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt:20, Sayı:1-4, 1955, ss. 210-231.

CEZA HUKUKUNDA ÇOCUĞUN RIZA AÇIKLAMA EHLİYETİ

CHILD'S CAPACITY TO CONSENT IN CRIMINAL LAW

Ezgi AYGÜN EŞİTLİ*

Özet: Ehliyet karar vermek için bilgiyi anlama ve kullanma yeteneğidir. Fiile rıza göstermeye ehil olan bir kimse kararına esas olan fiile ilişkin bilgiyi anlamalı ve kararının öngörülebilir sonuçlarını kavramalıdır.

Çalışma, ceza hukuku açısından çocukların rıza ehliyetine ilişkin bilgilere yer vermek çabasıdır.

Anahtar sözcükler: Çocuk, ehliyet, rıza

Abstract: Capacity means the ability to use and understand information to make a decision. A person is capable of consenting to the act if the person is able to “understand” the information that is relevant to making a decision about the act and “appreciate” the reasonably foreseeable consequences of a decision.

This study attempted to obtain data on the capacity to consent of children in light of criminal law.

Keywords: Child, capacity, consent

I. ÇOCUĞUN RIZASI

1. Rıza

Rıza, 5237 sayılı TCK (Türk Ceza Kanunu)' nun 26/2. maddesinde genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir. Buna göre; “kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemez”. Dolayısıyla kişinin üzerinde tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olan bir fiile rıza göstermesi halinde, fiil daha başından itibaren hukuka uygun kabul edilecektir.

* Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usulü Hukuku

Genel olarak rıza herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Ancak Kanun' un bazı özel hükümlerinde, örneğin insan üzerinde deney suçu söz konusu olduğunda¹, rızanın özel şekil şartına bağlanmış genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak tezahür ettiğini gözlemlemek mümkündür.

TCK' nun 6/1-b maddesi gereği çocuk deyiminden; henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılmalıdır.

Çocuklar, hem fiziki ve psikolojik yapıları, hem de hukuki statüleri gereği yetişkinlerden ayrılmakta, bu nedenle de rızaya ehliyet bakımından ayrıca değerlendirilmeleri gerekmektedir.

Özellikle TCK' nun ikinci kitabının ikinci kısmında yer alan kişilere karşı suçlar bakımından çocuğun fiile rızası önem taşımaktadır.

2. Rızaya Ehliyet

Kendi vücudu üzerinde müdahalede bulunulmasına razı olan kimsenin bu rızayı açıklamaya ehil olması gerekmektedir.

Rıza konusunda kişinin o somut olayda anlama ve isteme yeteneğinin (temyiz gücünün) olup olmadığına bakılır. Yapılacak işleme ilişkin anlama ve isteme yeteneğini ortadan kaldıracak derecede akıl hastalığı, yaş küçüklüğü, sağırlık-dilsizlik veya bilinç kaybı gibi arızı nedenlerin mevcudiyeti halinde temyiz gücü yoktur². Bu duruma ceza hukukunda isnat yeteneğinin yokluğu denmektedir. Ancak biz çalışmada, isnat yeteneği ceza hukukunda fail açısından kabul edilmiş bir kurum olduğu içindir ki özel hukukta kullanılan "temyiz gücü" tabirini karşılar şekilde "anlama ve isteme yeteneği" ifadesini kullanmayı tercih ettik. Zira kendisine karşı gerçekleştirilen fiile rıza gösteren kimse fail değil, mağdur konumundadır. Dolayısıyla fiili işlediği esnada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların TCK' nun 31. maddesi gereği fail olarak isnat yetenekleri yok kabul edildiği için cezai sorum-

¹ Çocuk üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmesi için; deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması, herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması ve rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması gerekir (Bkz., TCK, md. 90).

² Boran, B.: "Aydınlatılmış Rıza", *Sağlık Hukuku Kurultayı (1-3 Kasım 2007 Ankara)*, Ankara 2008, s. 86.

lulukları doğamazsa da aynı durumdaki çocukların, suçun mağduru olmaları bakımından anlama ve isteme yeteneğinde kabul edilmiş bir yaş sınırı söz konusu olmadığından, her somut olayda bu yeteneğe sahip olup olmadıkları araştırılacak, temyiz gücüne sahip olmaları halinde ise aksine bir düzenleme olmadıkça rızalarını geçerli kabul etmek gerekecektir.

Rızayı açıklamaya ehil olan kişi, gerçekleştirilecek olan fiilin esasını, amaç ve kapsamını, sonuçlarını, öngörülen risk ve külfetlerin etkisini ölçebilmeli, muhtemel fayda ve zararlarını değerlendirebilecek durumda olmalıdır. Sonuç itibariyle değerlendirilmesi gerekli nokta, o kimsenin o somut olaya münhasır olarak rıza açıklama yeteneğine sahip olup olmadığı, somut olayda fiilin kapsam ve sonuçlarını anlayıp anlayamadığıdır³.

II. ÇEŞİTLİ SUÇLAR BAKIMINDAN RIZA EHLİYETİ

1. Yaralama Suçunda Çocuğun Rıza Ehliyeti

Anayasa' nın 17. maddesi uyarınca; herkesin vücudu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma hakkı vardır. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz.

Yargıtay bir kararında, kanunda yazılı haller dışında ve yaralama suçunun şikâyete tabi halleri haricinde mağdurun rızasıyla vücut bütünlüğünün ihlal edilemeyeceğini belirtmiştir⁴.

Bu görüş eleştirilerek, şikâyete tabi olmamakla beraber ferdin üzerinde tasarruf edebileceği konulara ilişkin suçların da bulunduğu ileri sürülmüştür⁵.

Biz, yaralama suçunun basit tıbbi müdahaleyle giderilemeyen halleri kanunen şikâyete tabi olmadığından⁶, rızanın işlemi hukuka uy-

³ Gunn, M. J./Wong, J.G./Clare, I. C. H./Holland, A. J.: "Decision-making capacity", *Medical law review*, 7, autumn 1999, s. 269 vd.; Erkan, V. U./Yücer, İ.: "Ayrırt Etme Gücü", *AÜHF Dergisi*, C. 60, S. 3, Ankara 2011, s. 489 vd.

⁴ Bkz.; Yargıtay CGK, 01.02.2005 T., 2004/9-213 E., 2005/3 K. Bkz. aynı yönde; İçel, K./Sokullu A., F./Özgenç, İ./Sözüer, A./Mahmutoğlu, F. S./Ünver, Y.: *Suç Teorisi*, İstanbul 2000, s. 188.

⁵ Dönmezer S./Erman, S.: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, GK., C. II, İstanbul 1997, s. 75.

⁶ TCK' nun 86. maddesi gereği; "Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağ-

gun kılamayacağını düşünüyoruz. Zira kanun koyucu yaralamanın bu halini diğer halinden farklı olarak şikâyete tabi kılmamakla birlikte, mağdurun rızası olsa, dolayısıyla şikâyeti olmasa dahi suçun kovuşturulması gerektiğini belirtmektedir. Şu halde basit tıbbi müdahaleyle giderilebilenin ötesinde yaralamaya gösterilen rıza, soruşturma ve kovuşturma için şikâyet şartının aranmaması nedeniyle, kanunen geçersiz sayılmalıdır.

Öte yandan basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek yaralama fiiline⁷ yetişkin bir kimsenin gösterdiği rıza değil mi ki kişinin vücudu üzerinde tasarrufta bulunma hakkı vardır ve Kanunda aksine bir kayıt bulunmamaktadır, kural olarak hukuka uygundur.

Anlama ve isteme yeteneğine sahip çocuklar açısından değerlendirilecek olursa; genel olarak Ceza Hukuku bakımından Kanun belli bir suçta mağdurun yaşını söz konusu etmişse bu yaştan küçük bir kişinin açıkladığı rızanın hukuki değeri yoktur. Aksi takdirde; yani rızada mağdurun yaşının kanunen etkili olmadığı hallerde meseleyi temyiz gücü bakımından ele almak ve somut olayda mağdurun makul bir şekilde hareket ettiğini kabul için yeterli sebepler bulunduğu takdirde rızasına değer tanımak daha uygun olur⁸.

TCK' nun 86/3-b bendi gereği kasten yaralama suçunun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi halinde şikâyet aranmaz. O halde bu durumdaki

lğının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması halinde, *mağdurun şikâyeti üzerine*, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükümlenir”.

7 765 sayılı TCK, takibi şikâyet bağlı kasten yaralama suçunu, kasten yaralama suçundan ayırmada, “hiçbir hastalığı veya mutad iştigallerden mahrumiyeti mucip olmama” veya “bu hallerin on günden ziyade uzamaması” kriterini getirmişti. Elbette buna karar verecek olan adli tabiptir. Ancak zaman unsuru her hekim bakımından olabildiğince ortak bir değer olduğundan, tıbbi tahminde keyfiliğe yer vermemektedir. 5237 sayılı TCK, bu kritere itibar etmemiş, “fiilin kişi üzerindeki etkisinin basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması” kriterini getirmiştir. Kanun, koyduğu nesnel olmayan bu ifadeyle hakimleri kararlarında keyfiliğe sürüklemiştir (Hafızoğulları, Z./Özen, M.: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2010, s. 75).

8 Dönmezer/Erman, s. 71; Şenocak, Z.: Küçükün Tıbbi Müdahaleye Rızası, <http://auhf.ankara.edu.tr>, yararlanma tarihi: 07.08.2008; Artuk, M. E./Gökçen, A./Yeni-dünya, C.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s.466.

bir kimsenin verdiği rıza, yaralama basit tıbbi müdahaleyle giderilebilir ölçüde olsa dahi geçerli bir rıza kabul edilemez.

Çocuğu beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak kişi kapsamında değerlendirmek, dolayısıyla da şikâyetini aramaksızın basit tıbbi müdahaleyle giderilebilir yaralama suçunu soruşturmak ve kovuşturmak mümkündür. Ancak bu yönde bir kabul özellikle çocuğun çocuğu, örneğin sınıf arkadaşlarından birinin diğzerinin parmağını, rızası dâhilinde kan kardeşi olmak adına hafifçe kanatması halinde, içinden çıkılması zor sonuçlara götürebilir. Zira beden ve ruh bakımından eşit konumda olan iki kimse söz konusu olduğunda, diğzerinin beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olduğunu söylemek ve suçü şikâyete tabi olmaktan çıkarmak yerinde değildir. Dolayısıyla her somut olayda; soruşturma aşamasında cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında hâkim, mağdur çocuğun kendisini savunamayacak durumda olup olmadığını ayrıca değerlendirmelidir. Soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı mağdurun kendisini savunamayacak durumda olduğunu tespit etmişse çocuğun şikâyetçi olmamasına değer tanımamalı ve bu evrenin sonunda diğzer unsurların da mevcut olması halinde kamu davasını açmalıdır. Aksi durumda, yani çocuğun kendisini savunabilecek olması halinde ise şikâyet söz konusu olmadığından kovuşturmaya yer olmadığına karar vermelidir. Kovuşturma esnasında çocuğun kendisini savunabilecek durumda olduğunun tespit edilmesi halinde çocuk fiile rıza göstermişse, geçerli rıza bir hukuka uygunluk nedeni olarak suçü ortadan kaldırdığından 5271 sayılı CMK'nun 223/2-d⁹ ve 223/9.¹⁰ maddeleri gereği hâkim derhal beraat kararı vermelidir.

TCK'nun 89/5. maddesi uyarınca; taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağılıdır. Dolayısıyla bu hallerde çocuğun rızasını da geçerli kabul etmek gerekecektir. Ancak, TCK'nun 89/2, 3, 4. fıkralarında ifade olunan taksirle nitelikli yaralama hallerinin bilinçli taksirle işlenmesi durumunda şikâyet aranmaktadır.

⁹ "Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde beraat kararı verilir".

¹⁰ "Derhâl beraat kararı verilebilecek hâllerde durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez".

Yukarıdaki haller çocuğun hem rıza gösterdiği hem de şikâyetçi olmadığı durumları irdelemektedir. İstisnai olarak çocuk şikâyete tabi yaralama suçuna rıza göstermesine karşın fiilin ardından şikâyetçi olabilir. Ancak verilen rıza fiil tüketildikten sonra geri alınamayacağından geçerliliğini korur. Söz konusu halde Cumhuriyet savcısı hukuka uygunluk nedeninin varlığını tespit etme yetkisine sahip olmadığından kamu davasını açmalı, kovuşturma aşamasında hâkim hukuka uygunluk nedeninin varlığı sebebiyle beraat hükmü vermelidir.

Öte yandan çocuğun rıza göstermemesine rağmen şikâyetçi olmaması halinde şikâyet muhakeme şartı olduğundan soruşturma ve kovuşturmaya engel olacak, dolayısıyla hukuka uygunluk nedeninin yokluğu tespit edilemediğinden failin cezalandırılması söz konusu olamayacaktır.

Mağdur çocuğun rızasının bulunmadığı ve şikâyetçi olduğu basit tıbbi müdahaleyle giderilebilir yaralama durumlarında, fail de çocuksa, bu kez fail açısından TCK' nun 31. maddesi¹¹ gereği isnat yeteneğine ilişkin hükümler uygulanma kabiliyeti bulacaktır.

2. Tıbbi Müdahalelerde Çocuğun Rıza Ehliyeti

1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi gereği hekimler her tür tıbbi müdahale için hastanın rızasını almalıdır.

¹¹ "Madde 31- (1) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir.

(2) (Değişik: 29/6/2005 - 5377/5 md.) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz.

(3) (Değişik: 29/6/2005 - 5377/5 md.) Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde onsekiz yıldan yirmidört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası oniki yıldan fazla olamaz".

Doktrinde bazı yazarlar, müdahale ne kadar ağır sonuçlar öngörüyorsa, rıza yeteneği konusundaki kıstasların da o kadar ağır olması gerektiğini, buna karşılık herhangi bir zararlı etkinin öngörülmediği basit müdahalelerde veya hayati tehlike dolayısıyla derhal müdahalenin gerekli olduğu durumlarda, bu konudaki ölçütlerin daha gevşek olabileceğini belirtmektedir¹². Biz burada önemli olan noktanın müdahalenin ağırlığından ziyade, ister basit ister girift olsun, üzerinde müdahalede bulunulacak kişinin müdahaleyi tüm kapsam ve sonuçlarıyla kavrayabilecek ehliyete sahip olması olduğunu düşünüyoruz. Zira bir müdahale ne kadar basit olursa olsun, bu durum hekime rıza ehliyetini değerlendirmek noktasında daha dikkatsiz ve özensiz davranmak yetkisini vermez. Diğer taraftan pek tabi bir kimsenin örneğin kanının alınmasına rıza göstermesi, basitliğinden ötürü bu kimsenin uygulamanın kapsam ve sonuçlarını daha kolay algılamasına sebep olacağından, rıza ehliyeti için aranan kıstas da örneğin bir bilimsel deneyde rıza ehliyeti açısından aranan kıstasa göre daha düşük olacaktır.

Gönüllünün rıza yeteneği olup olmadığını hekim denetleyecektir. Ağırlıklı görüşe göre, çocuğun temyiz gücü olduğunu kabul için yeterli nedenler varsa, rızasına değer tanınmalıdır¹³.

1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi uyarınca; tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her tür ameliye için eğer hasta küçükse veli veya vasisinin rızasını alırlar. Büyük cerrahi müdahaleler için bu rızanın yazılı olması lazımdır. Rızanın sözlü ve gereken hallerde yazılı olarak açıklanmasıyla beraber, rıza hukuk alanında sonuç doğurur. Rıza tıbbi müdahale yapılmadan önce veya en geç yapıldığı anda verilmelidir. Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı ve¹⁴ üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde bu şart aranmaz.

¹² Hakeri, H.: Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 152.

¹³ Boran, s. 90.

¹⁴ Kanun metnindeki "veya" ifadesini "ve" olarak anlamak ve lâfzî yorumdan kaçınarak sistematik bir yorumda bulunmak kanunun amacına daha uygun olacaktır. Aksi yönde bir kabul, hastanın ifadeye muktedir olmadığı her halde, veli ya da vasisi olsa dahi bunların rızasını almaksızın müdahalede bulunulması riskini taşıyacaktır. Şu halde veli ya da vasisinin olmaması veya bulunmaması ve üzerinde müdahale gerçekleştirilecek şahsın da rıza verebilecek bir durumda olmaması halinde rıza şartı aranmayacaktır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinde de benzer bir ifade kullanıldığından, yukarıda söylediklerimiz, bu yönetmelik açısından da geçerlidir.

Hasta Hakları Yönetmeliği' nin 24. maddesi uyarınca; kanuni temsilci tarafından muvafakat verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi mahkeme kararına bağlıdır. Kanuni temsilciden veya mahkemedan izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise, izin şartı aranmaz. 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 tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır.

Her ne kadar 1219 sayılı Kanun' un 70. ve Hasta Hakları Yönetmeliği' nin 24. maddesi; "hasta küçükse hekim velinin rızasını alır" demekten de MK' nın 16. maddesi, "ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir" demek suretiyle, temyiz gücüne sahip küçüklerin bedenleri üzerindeki müdahalelerde kanuni temsilcinin rızasının gerekli olmadığını belirtmektedir. Zira kişinin bedeni üzerindeki hakları şahsına sıkı sıkıya bağlı olan haklarındanır.

Şu halde iki ayrı kanunda yer alan birbiriyle çelişik iki ayrı hüküm söz konusudur. Ancak 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun 1928 tarihlidir ve bu sebeple 2001 tarihli Medeni Kanun "sonraki tarihli kanun" olarak öncelikle uygulanma kabiliyetine sahiptir. Her ne kadar önceki tarihli özel kanunun sonraki tarihli genel kanunun genel bir hüküm ihtiva eden maddesine göre öncelikle uygulanması gerektiğini savunanlarca bu yaklaşıma; MK' nın genel nitelikte, 1219 sayılı Kanunun ise özel nitelikte kanun olduğu, bu sebeple 1219 sayılı Kanunun öncelikle uygulanması gerektiği yönünde bir eleştiri getirilebilirse de Biyotıp Sözleşmesi, 6.2. maddesinde; "yasal olarak bir müdahaleye muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabilir. Küçüğün fikri; yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde artan belirleyici bir etken olarak dikkate alınmalıdır" diyerek, küçüğün de tıpkı

MK' nun 16. maddesinde belirtildiği gibi temyiz gücüne, yani muvafakat verme yeteneğine sahip olabileceğini belirtmektedir.

Biz, uluslararası insan hakları sözleşmelerinin Kanunlara nazaran üst norm olduğu, hatta Anayasa' nın değiştirilemez 2. maddesinde ifade olunan 'insan haklarına saygılı' ifadesi normun normatif unsuruna dâhil olduğundan, bu ifadenin anlam ve kapsamının ancak Türkiye' nin tarafı olduğu insan hakları sözleşmeleriyle açıklanabileceği, bu nedenle de söz konusu sözleşmelerin Anayasa hükmünde kabul edilmesi gerektiği kanısındayız. Ancak her ne kadar Anayasa' nın 90. maddesi; "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, bu sözleşmeler hakkında Anayasaya aykırılık iddiasında bulunulamaz¹⁵" demekle söz konusu Sözleşmelerin normlar hiyerarşisinde kanunların üstünde yer aldığını belirtilmekte ise de aynı maddede bu sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu da ifade edilmektedir. Bir şey aynı anda hem kanun hükmünde hem de kanunların üstünde olamaz. 90. maddede varolan bu çelişki, Anayasa' nın değiştirilemez 2. maddesiyle uyumlu olacak bir şekilde yeniden düzenlenmelidir.

Ancak söz konusu tartışmalara girmeksizin bu hukuki sorunu çözmek mümkündür. Zira Biyotıp Sözleşmesi Kanun hükmünde kabul edilse dahi, Sözleşme' nin uygun bulunduğu Kanun, 1219 sayılı Kanun' a nazaran sonraki tarihli özel kanun niteliği taşıdığından öncelikle uygulanmalı, 1219 sayılı Kanun' un ilgili hükmü bu sözleşme ve eki Protokol' e aykırı olmayacak şekilde yorumlanmalıdır.

Dolayısıyla kural olarak temyiz gücüne sahip küçüğün de rızası alınmalı, hatta küçüğün rızasına tek başına değer tanınmalı, küçük temyiz gücüne sahip değilse, bu kez veli/vasisinin rızasıyla tıbbi müdahalede bulunulmalıdır.

¹⁵ Öğretide bir görüş, uluslararası sözleşmelerin, ancak kişi hak ve hürriyetlerinin kullanımını ve korunmasını genişlettiğinde öncelikle uygulanması gerektiği, aksi halde Kanunlara uygulanma üstünlüğü tanınmasının yerinde olacağı yönündedir (Bkz., Şen, E.: "İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları", *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu/28 Şubat-01 Mart 2008 Ankara)*, Ankara 2008, s. 627).

Öte yandan kanunlardaki çelişkili ifadeler sebebiyle, 1219 sayılı Kanun' un ilgili hükmü iptal edilmedikçe, uygulamada karışıklığa mahal vermemek adına müdahaleye hem temyiz gücüne sahip küçüğün hem de veli/vasisinin rızasını almak yerinde olacaktır. Şu kadar ki temyiz gücüne sahip küçüğün iradesiyle veli/vasisinin iradesi çatıştığında, değil mi ki şahsa sıkı sıkıya bağlı olan bir hak söz konusudur, küçüğün iradesine üstünlük tanınmalıdır.

3. İnsan Üzerinde Deney Suçunda Çocuğun Rıza Ehliyeti

İnsan üzerinde deney suçunun düzenlendiği TCK' nın 90/3-b maddesi; rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun ana-baba veya vasisinin yazılı rızasının yanı sıra üzerinde deney yapılacak küçüğün kendi rızasını da aramakta, böylece henüz 18 yaşını doldurmamış bir küçüğün de temyiz gücüne sahip olabileceğini göstermektedir.

Öte yandan bu Kanun, özel olarak rıza ehliyetine sahip olan gönüllü küçüğün rızasının yanı sıra veli/vasisinin de rızasını aradığından, genel kuraldan ayrılmakta ve temyiz gücüne sahip çocuğun rızasını tek başına geçerli kabul etmemektedir.

Amerikan Pediatri Akademisinin önerilerine göre çocuk hastalardan aydınlatılmış rıza alınırken; hastalar anlaşılabilir bir dil ve yöntemle bilgilendirilmeli, hastalık ya da tıbbi durumun niteliği açıklanarak sunulacak teşhis ve tedavi aşamaları anlatılmalıdır. Tıbbi müdahaleyle elde edilecek başarı olasılığı açıklanmalı, yararlar ve potansiyel riskler konusunda da çocuk hasta mutlaka bilgilendirilmelidir. Hastanın bilgilendirilmesi ve rızasının alınması aşamasında hasta ya da veli/vasisinin yeterliliğinin tam olduğu kanaati oluşmalıdır. Hastanın mümkün olduğu kadar herhangi bir baskı ve etki altında kalmadan karar verebilmesi koşulu sağlanmalıdır¹⁶. Ayrıca Amerika' nın birçok eyaletinde yalnız yaşayıp kendi kendine yeten, evli, hamile ya da ebeveyn olan veya mahkemece reşit kabul edilmiş durumdaki küçüklerin ebeveynlerinden bağımsız ve tek başına yeterli bir rıza ehliyetine sahip oldukları kabul edilmektedir¹⁷.

¹⁶ Boran, s. 88.

¹⁷ Wagner, R. A.: Informed consent, www.emedicinehealth.com.; yararlanma tarihi: 20.08.2008.

Türkiye’deki duruma gelince; 5237 sayılı TCK’ nun 6/1-c maddesi ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun (ÇKK) 3/1-a maddesine göre daha erken yaşta ergin olsa bile¹⁸, 18 yaşını doldurmamış kişi çocuktur. Bu bağlamda 18 yaşını doldurmuş olmamasına rağmen ergin kılınan kişinin çocuk olma hali devam edecektir. Zira ergin kılınma hali, aksini düşünenler de olmakla birlikte¹⁹, sadece Kanunen sınırlı sayıda kabul edilmiş hallerde özgüdür. Bir başka deyişle ergin olmayı gerektiren o hukuki işlemle sınırlı olmak üzere talep edilir ve uygun görülmesi halinde o işlemle sınırlı olarak geçerli olur. Dolayısıyla tüm hukuki işlemlere teşmil ettirilemez.

Nitekim Ülkemizce 14.09.1990 tarihinde imzalanan, 9.12.1994 tarih ve 4058 sayılı Yasa ile onaylanması uygun bulunup 27.01.1995 gün ve 22184 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’ nin 1. maddesi uyarınca da “çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır”.

Kanun, rıza açıklama yeteneğine sahip çocukta okuryazar olması gibi bir ayrıma gitmeksizin rızanın yazılı olmasını şart koşmuştur. Bu hüküm, okuma ve yazma bilen çocuklar açısından yerindedir. Öte yandan, çocuğun okuryazar olmadığı hallerde, tıpkı yetişkinlerde olduğu gibi bilgilendirilmiş olur, bir tarafsız tanığın varlığında alınmalıdır. Ayrıca madde, çocuğun rızasının yanı sıra ana veya babasının rızasını yeterli görmemesi, hem ana hem de babanın yazılı olmasının alınmasını gerekli kılması açısından önemlidir. Öte yandan istisnai hallerde genel kuraldan ayrılarak bunlardan birinin rızasını yeterli kabul etmek gerekebilir. Çünkü MK’ nun 335. maddesine göre velayet birlikte ana ve babaya aitse de aynı Kanun’ un 336 vd. maddeleri uyarınca bu hak ölüm, ortak hayata son verilmesi, ayrılık ve boşanma, ana babanın evli olmaması hallerinde birlikte ana ve babaya değil, Kanunun izin verdiği ölçüde ana veya babadan birine aittir. O halde mademki velayet hakkı çocuğun eğitimi ve bakımı konusunda veliye karar alabilme yet-

¹⁸ 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun (MK)’ nun 11. maddesi uyarınca “erginlik onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar. Evlenme kişiyi ergin kılar”. Yine aynı Kanununun 12. maddesi “onbeş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir” hükmünü ihtiva etmektedir.

¹⁹ Akarca, M.: Çocukların Ceza Hukukundaki Yeri ve Çocukların Korunması, s. 2, dpn 1., <http://www.yargitay.gov.tr.>, yararlanma tarihi: 08.09.2011.

kisi vermektedir, söz konusu hallerde ana veya babadan birinin rızasını geçerli kabul etmek gerekecektir.

Burada üzerinde durulması gerekli nokta, çocuğun rıza açıklama yeteneğine sahip olmadığı hallerde deneyin yapılıp yapılamayacağıdır. Kanun koyucu 90/3. maddede rıza açıklama yeteneğine sahip olan çocuklar üzerinde gerçekleştirilecek deneyleri düzenlemiş, rıza açıklama yeteneğine sahip olmayan çocuklar üzerinde gerçekleştirilecek deneyler açısından suskun kalmıştır.

Bu madde, Kanun koyucunun, deney öznesi olan çocuğun rıza açıklama yeteneğine sahip olması şartını aradığı, bu yeteneğe sahip olmayan çocuklar, örneğin bebekler üzerinde bir deney yapmak söz konusu olduğunda ise veli ya da vasinin rızası olsa dahi çocuğun rızası alınmadığından bilimsel deney yapılamayacağı şeklinde yorumlanabilir.

Söz konusu sorun, 5237 sayılı TCK' nun yapılması aşamasında Adalet Komisyonu görüşmelerinde de dile getirilmiş, ancak tatmin edici bir açıklamada bulunulmamıştır²⁰.

Öte yandan KAHY, 6/1-c maddesinde, gönüllünün olur veremediği durumlarda yasal temsilcinin yetkili olduğunu söyleyerek ve ancak çocuğun kendisine verilen bilgi hakkında değerlendirme yapabilecek ve bu konuda bir kanaate varabilecek kapasitede olması halinde ayrıca bilgilendirileceğini belirterek TCK ile ayrılmaktadır. Bu durumda rıza formunda veli ya da vasisinin imzasının yanı sıra, ancak kendisine verilen bilgi hakkında değerlendirme yapabilecek ve bu konuda bir kanaate varabilecek kapasitede ise gönüllü çocuğun da imzası yer alacak, aksi takdirde veli/vasinin rızası yeterli kabul edilecektir.

Yönetmelik hükmü yerindedir. Zira Biyotıp sözleşmesinin 15. ve TCK' nun yürürlüğe girmesinden çok sonra 2011 yılı itibariyle onaylanan eki protokolün²¹ 17. maddesi de bunu destekler şekilde genel unsurlara ek olarak, araştırmanın sonuçlarının ilgilinin sağlığı üzerinde gerçek ve doğrudan yarar sağlama beklentisinin bulunması ve

²⁰ T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı: Tutanaklarla Türk Ceza Hukuku, Ankara, Şubat 2005, s. 374.

²¹ TBMM 10.03.2011 tarihinde, "Biyotıp Araştırmalarına İlişkin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Ek Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun Tasarısı" nı kabul etmiştir.

muvafakat etme yeteneği bulunan bireyler üzerinde karşılaştırılabilir nitelikte etkinlik doğuracak bir araştırmanın yapılamaması halinde gerekli iznin belirli ve yazılı olarak verilmiş bulunması ve ilgili kişinin itirazda bulunmaması koşuluyla araştırmaya izin verilebileceğini belirtmektedir²². Hatta aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere ilgili Sözleşme gereği rıza açıklama yeteneğine sahip olmayan çocuğun sağlığına doğrudan fayda sağlamasa dahi belirli şartların varlığı halinde bu kimseler üzerinde bilimsel deney yapılabilmektedir.

Muvafakat yeteneğine sahip olmayan çocukların fikri, Biyotıp Sözleşmesi' ne ek Protokol' ün 15. maddesi uyarınca, yaşı ve olgunluk derecesi ile bağlantılı şekilde giderek artan bir faktör olarak dikkate alınmalıdır.

Sözleşmelerin Kanunlar karşısındaki durumuna ilişkin daha önce yaptığımız tartışmalar burada da geçerlidir. Ancak sonraki tarihli özel düzenleme niteliğinde olduğundan bu tartışmalara girmeksizin Sözleşme hükümlerini uygulamak yerinde olacaktır.

Kaldı ki TCK' nun 90. maddesi' nin Biyotıp Sözleşmesi dikkate alınarak hazırlandığı gerçeği karşısında, Kanun' un rıza ehliyeti olmayan çocuklar üzerinde deney yapılmaması amacını taşıdığını söylemek güçtür.

Ancak hala yürürlükte olduğundan, uygulamada karışıklığa yol açmaması adına, TCK' nun ilgili fıkrasının en kısa zamanda mevzuatla uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- Akarca, M.: Çocukların Ceza Hukukundaki Yeri ve Çocukların Korunması, <http://www.yargitay.gov.tr>.
- Artuk, M. E./Gökçen, A./Yenidünya, C.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.
- Boran, B.: "Aydınlatılmış Rıza", *Sağlık Hukuku Kurultayı (1-3 Kasım 2007 Ankara)*, Ankara 2008, s. 85-105.
- Cave, E.: "Seen but not heard? Children in clinical trials", *Medical law review*, 18, Winter 2010, s. 1-27.

²² Bkz. aynı yönde; Cave, E.: "Seen but not heard? Children in clinical trials", *Medical law review*, 18, Winter 2010, s. 10.

- Dönmezer, S./Erman, S.: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, GK., C. II, İstanbul 1997.
- Erkan, V. U./Yücer, İ.: "Ayırt Etme Gücü", *AÜHF Dergisi*, C. 60, S. 3, Ankara 2011, s. 485-522.
- Gunn, M. J./Wong, J.G./Clare, I. C. H./Holland, A. J.: "Decision-making capacity", *Medical law review*, 7, autumn 1999, s. 269-306.
- Hafızoğulları, Z./Özen, M.: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2010.
- Hakeri, H.: Tıp Hukuku, Ankara 2007.
- İçel, K./Sokullu Akıncı, F./Özgenç, İ./Sözüer, A./Mahmutoğlu, F. S./Ünver, Y.: Suç Teorisi, İstanbul 2000.
- Şen, E.: "İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları", *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu/28 Şubat-01 Mart 2008 Ankara)*, Ankara 2008, s. 588-647.
- Şenocak, Z.: Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, <http://auhf.ankara.edu.tr>.
- T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı: Tutanaklarla Türk Ceza Hukuku, Ankara, Şubat 2005.
- Wagner, R. A.: Informed consent, www.emedicinehealth.com.

TÜRKİYE'DE YAŞAYAN BULGARİSTAN GÖÇMENLERİNİN ÇALIŞMA HAYATI İÇİNDE YAŞADIĞI SORUNLARIN UYGULAMALI OLARAK İNCELENMESİ

AN APPLIED ANALYSIS OF PROBLEMS EXPERIENCED IN WORKING
LIFE BY BULGARIAN IMMIGRANTS LIVING IN TURKEY

Murat KORKMAZ*

Özet: Bu çalışmada 1989 sonrasında Türkiye'ye göç etmiş olan Bulgar Türklerinin iş hayatı içerisinde yaşadığı sorunlar ele alınmıştır. Çalışmanın amacı kapsamında özellikle iş ve çalışma hayatı içerisinde yer alan göçmenlerin göçmen olmaları nedeniyle yaşadıkları sorunların neler olduğu, avantaj ve dezavantajların neler olduğunun belirlenmesi yönündedir. Çalışma uygulamalı olarak yapılmıştır. Yapılan uygulamada likert ölçekli bir anket kullanılmıştır. Çalışmaya katılım sağlayan 175 farklı kimlikte kişi bulunmaktadır. Bu kişilerin kimlik bilgileri istenmemiş, ankete kendi hür irade ve düşüncelerini yansıtarak cevap vermeleri istenmiştir. Anket İstanbul ve Ankara'da yaşayan belirli bir bölge içerisinde bulunan kişiler üzerinde uygulanmıştır. Kişilerin sosyo-kültürel yapıları, eğitim ve gelir düzeyleri dikkate alınmıştır. Ayrıca sosyal statüleri ve özellikle kendi içerisinde bulunduğu kültürel fonksiyon yapıları da dikkatle izlenmiştir. Katılımcıların 114 erkek ve 61 i bayan çalışandır. Uygulamadan elde edilen veriler SPSS 17 istatistik programı ile analiz edilmiş, başta güvenilirlik testleri gerçekleştirilmiş ve Cronbach Alfa katsayısı olarak 0,925 değeri elde edilmiştir. Bu durumda çalışmanın güvenilirlik oranı oldukça yüksektir. Yine t-testi, varyans analizi, homojenlik testleri, faktör analizi gibi analiz yöntemleri de uygulanmıştır. Uygulama sonucunda göçmen oldukları için iş hayatı içerisinde sorun yaşadıkları ve bu durumun özellikle kişisel ve toplumsal açıdan ciddi sorunlar meydana getirdiği sonucuna ulaşılmıştır. Göçmen olmaları nedeniyle iş ve çevre açısından yaşanan sorunlar kişisel ve ailevi açıdan da büyük sıkıntılar meydana getirdiği yönünde saptamalar elde edilmiştir. Yine göçmen olmaları ve buna bağlı ortaya çıkan sorunlar göçmenlerin sosyo-kültürel yapılarını da olumsuz yönde etkilemiştir.

Anahtar Kelimeler : Göçmen, Bulgaristan, İş, Çalışma Hayatı, Kültür, Dil, Uyum

Abstract: In this study, problems in working life experienced by Bulgar Turks who immigrated to Turkey after 1989 are discussed. Within the scope of study, the aim is to determine what

the problems, advantages and disadvantages of immigrants being in working life especially are due to being an immigrant. The study was an applied one. A likert scaled questionnaire was used in implementation. 175 people who have different identities participated in the study. Identity information of these people weren't demanded, they were requested to answer the questionnaire on their free will by reflecting their own thoughts. The questionnaire was applied on people living in a certain region of İstanbul and Ankara. Socio-cultural structures, education and income levels of people were taken into consideration. Besides, social statuses and current cultural function structures were carefully monitored. Among the participants, 114 were working men and 61 were working women. Data obtained from the implementation were analyzed with SPSS 17 statistics program, reliability tests were made at first and Cronbach Alpha coefficient were obtained as 0,925. In that case, reliability rate of the study is very high. Such methods as t-test, variance analysis, homogeneity tests, and factor analysis were applied. Following the implementation, it has been concluded that they experience problems in working life just because they are immigrants, and this situation leads to serious problems individually and socially. Some findings have been found out regarding that problems experienced by people in terms of working and society just because they are immigrants cause great troubles for individuals and family. Problems which occur because of being immigrant have affected their socio-cultural structures negatively.

Keywords: Immigrant, Bulgaria, Work, Working Life, Culture, Language, Harmony

GİRİŞ

Literatür açısından değerlendirmelere bakıldığında göçmen tanımının bir yerden farklı bir yere göç eden ve göç ettiği yerde kısa ya da uzun vadeli kalan kişi olarak tanımlandığını görmekteyiz. Daha geniş bir ifade ile göç kişi ya da kişilerin gelecek hayatlarını devam ettirmek için yerleştikleri yerdir. Çalışmamızda yer alan göçmen gruplarını Bulgaristan'dan 1989 yılında zorunlu göçe zorlanmış Türk kökenli çalışanlar oluşturmuştur. Sosyal hayat içerisinde oluşan bazı sorunlar maalesef iş hayatı içerisinde de olmaktadır. Bu sorunlar başta bireylerin sosyo-kültürel yapılarını, işe karşı tutum ve davranışlarını, performans ve verimliliklerini olumlu ya da olumsuz yönde etkilemektedir. 1989 yılında 313.894 göçe zorlanan Türk soydaşımızın yaşadığı sorunlarda bunlara paralellik göstermektedir. Göçe zorlanan soydaşlarımızın en fazla yaşadığı sorun azınlık sorunudur. Bu azınlık kavramı içerisinde Bulgaristan toprakları üzerinde çeşitli zu-

lüm, işkence ve yıldırımlara tabi tutulmuşlardır. Gorbaçov zamanında gerçekleşen bu olumsuzluklar nedeniyle göçmen kardeşlerimiz evlerinden barklarından ve işlerinden hatta ailelerinden ayrılmak göç etmek zorunda kalmıştır. Geçmişe baktığımızda bu göç olgusunun Osmanlı döneminde başladığını görürüz. 1878 yılında Osmanlı imparatorluğunun bir parçası olan Bulgaristan Tuna Vilayeti yakınlarından kurulmuş bir devlettir. Bu devlet topraklarında aslın kökeni Türklüğe dayanan çok sayıda vatandaşımız hayatını sürdürmeye devam etmiştir. Fakat bu göç tarihine bakıldığında Bulgaristan da bulunan Türklerin göç tarihleri 1877-1878 yıllarında başlamıştır. Bu göçün önüne geçmek isteyen Osmanlı devleti Bulgaristan üzerinde azınlık statüsü ile yaşayan Türkler hakkında bir anlaşma yapmıştır. Fakat yapılan bu anlaşmaya Bulgaristan devleti uyum göstermemiş ve kendi toprakları üzerinde yaşayan azınlıktaki Türklere değişik işkence, zulüm ve zorbalıkta bulunmuştur. Kısacası bu kara parçası üzerinde yaşayan Türk azınlığı bir şekilde göç etmeye zorlanmıştır. 1989 yılında yaşanan büyük göç nedeniyle "Glasnost ve Perestroika" çerçevesinde ortaya atılan "Saydamlık ve Yeniden Yapılanma" politikaları çerçevesinde Türk azınlığı üzerinde değişik oyunların oynanmasına neden olmuştur (Hakov, 2002). Sorunun temeline bakıldığında aslında bu göçler Bulgaristan devlet yönetimini derinden etkilemiş ve birçok uluslararası arenada Bulgaristan'ın farklı değerlendirilmesine neden olmuştur (Unat, 1989: 27-34). Göç kavramı aslında birçok alanda göç eden bireylere ya da topluluklara istemedikleri bazı şartlara uyma zorunluluğu getirmektedir. Bunların başında hukuki statü yani göç ettikleri topraklarda uygulanan hukuk kavramları ve bu kavramlara yönelik yaptırımlardır. 1989 yılında Türkiye'ye göç eden Bulgaristan Türk'lerinde bu sorunlardan fazlası ile etkilenmiştir. Özellikle siyasi oluşum içerisinde yer alamamak, haklarını tam olarak savunamamak ve almamak, sosyal güvence haklarından mahrum olmak, eğitim, sağlık, iş bulma, siyasi ve sosyal problemler, ekonomik ve kültürel sorunlar nedeniyle göçmenler uzunca bir süreçte sorun yaşamıştır. Bugün halen Balkanlarda yaşayan yaklaşık olarak 4 milyon Türk azınlık bulunmaktadır. Bu azınlıkların büyük çoğunluğu yine balkanlarda yaşanan sorunlar nedeniyle göç etmek ve göçe zorlanmak koşulu ile topraklarından yaşadıkları ortamdaki kopmak zorunda bırakılmıştır. Kısacası azınlık halinde bulunan Türkler bir şekilde soykırıma uğratılmıştır.

Göç olgusunun kişilerde yarattığı en önemli erozyonların başında yerli halkın sahip olduğu kanuni ve siyasi haklardan tam olarak yararlanamadığı gerçeğidir. Haliyle bu durum göçmenlerin birçok noktada maksimum sıkıntı içinde kalmalarına yetmiştir. Tam sağlık hizmeti alamamak, istediği ya da olması gerektiği işte çalışmamak, eğitim ve özgürlüklerden tam ve istediği şekilde faydalanamamak şeklinde yorumlayabiliriz. Bazı literatür çalışmalarında aslında Bulgaristan devlet yönetimi tarafından gerçekleştirilen bu zorunlu göçün en önemli nedenlerinden birisi, Türk devlet yapısının ve ekonomik işleyişinin çökmesine yönelik yapılmış uygulama olarak değerlendirilmektedir. Bu durum aslında çokta yabancı olmadığımız bir uygulama gibi gelmektedir. Çünkü yaşanan daha önceki sorunlara baktığımızda bu olayın paralellik göstermektedir.

“Bulgaristan’dan göçe zorlanan soydaşlarımızın en önemli göç nedenleri arasında asimilasyonların oluşmuş olmasıdır. Ayrıca Bulgaristan toprakları üzerinde yaşayan halkın kullandığı cami, medrese, çeşme, köprü, hastane ve diğer bazı mekânlar devlet güçleri tarafından yok edilmiş, yağmalanmış ve kullanılamaz hale getirilmiştir”¹

“Bulgaristan Türklerine uygulanan en önemli işkencelerin başında azınlığın inandığı dinini rahat ve huzurlu şekilde yaşayamaz hale gelmesidir. Özellikle komünist rejimin yönetimindeki asker ve emniyet güçleri, Türklerin istediği şekilde ibadet yapmasının önüne geçmiş ve engellemiştir. Hatta inandıkları dinin gerekliliklerine yönelik hiçbir faaliyette bulunmalarına izin verilmemiştir” (Turan, 2003: 13-15).

“İnançlarına göre yaşayan Bulgaristan Türkleri sorgu ve sualsiz olarak ceza evlerine atılmış, çeşitli işkence ve zulümlere tabi tutulmuş hatta birçoğu öldürülmüştür” (Toğrol, 1989: 2-11).

“Balkanlarda yaşanan savaş sırasında Türk asıllı yaklaşık 640 bin Türk hayatını kaybetmiş ve yok olmaya mahkûm edilmiştir” (McCarthy, 1999: 19).

1 Bkz., H. Doğanay, age, 1997, s.190, A. Cebeci, “Bulgaristan’da Son Gelişmeler ve Türklere Karşı Uygulanan Politika” Türk Kültürü, 1970, (89): 342-345, Ö. E. Lütem, Türk-Bulgar İlişkileri 1983-1989 Cilt:I, Avrasya Stratejik Araştırmalar Merkezi yayınları, Ankara 2000, Ö. Turan, The Turkish Minority in Bulgaria (1878-1908), Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları VII. Dizi-Sayı:165, Ankara 1998, R. J. Crampton, The Turks in Bulgaria, 1878-1944, The Turks of Bulgaria: The History, Culture and Political Fate of a Minority. (Edited by Kemal Karpat) The Isis Pres, İstanbul 1990.

“Bulgaristan devleti kurulmadan önceki zaman içerisinde ekilip biçilen tarım alanının yaklaşık 3/2 si Türklere aitti. Toplam nüfusun yani 3,5 milyon nüfusun 1.800 milyona yakını ise Türk vatandaşlarından oluşmaktaydı. 1876 yılından kurulan Bulgaristan devletinden sonra yönetimde bulunan (Pan Slavist) Rus idareciler Türk nüfusunun bu kadar çok olması nedeniyle rahatsızlık yaşayarak Türkleri azınlık statüsüne sokarak yok etmeye çalışmıştır” (Şimşir, 1999: 1-142).

Bulgaristan da uygulanan devlet politikalarına bakıldığında hiçbir zaman Türk kökenli nüfus tam ve eksiksiz olarak gösterilmemiştir. Hiçbir nüfus sayımında bu oran doğruyu göstermemiştir. Her zaman Türkler azınlık olarak kabul edilmiş ve yok edilmek için her türlü siyasi zemin oluşturulmuştur. Yapılan kayıtlı sisteme göre gösterilen Türk nüfus oranı genel oranın %10'unu geçmemiştir. 1961 yılında gerçekleştirilen siyasi oluşumlarda Türk nüfusunun ve bireylerinin zorunlu olarak isimleri değiştirilmeye zorlanmış ve bu yönde yaptırımlar uygulanmıştır.

“Bulgaristan'da 1876 tarihinden itibaren nüfus sayımlarında Türk nüfusunun gerçek oranları gösterilmemiş ve Türk nüfus oranları daima çok az sayı olarak gösterilmiş ve kayıt altına bu şekilde alınmıştır” (Cebeci, 1968: 6).

1946 yılından sonra Bulgaristan Kızıl ordunun istilasına uğramış ve hâkimiyeti ele geçiren komünist rejim Türk azınlığın inanç kavramlarının değiştirilmesi konusunda değişik politikalar uygulamıştır. Bu politikalar her zaman planlı olmuştur. Yine bu rejimin en önemli uygulamalarından birisi Türk okulları Bulgar okulları ile birleştirilmiş ve Türklerin elindeki bütün imkânlar alınmıştır. Birleştirilemeyen okullar ise rejim tarafından kapatılmıştır. Türklerin ibadet hakları ellerinden alınmış, namaz kılmaları yasaklanmıştır. Bu yasaklara karşı çıkanlar çok ciddi ve acımasızca cezalandırılmıştır.²

² Bkz., B. N. Şimşir, 2003. “Berlin Kongresinden 125 Yıl Geçti Bulgaristan'daki Türk Azınlığı” “Balkanlarda Türk Kültürü”, (48):6-11., J. Iqbal,. “(Türk- Bulgar) İkili Anlaşmaları Işığında, Bulgaristan'daki Müslüman-Türk Azınlığı Sorunu”, Bulgaristan'da Türk-İslam Azınlığına Uygulanan Baskılar Hakkında Uluslararası Hukuk Sempozyumu (21-23 Eylül 1987) Kitabı, s. 25-33. İstanbul Barosu Yayınları 1987; H. Pazarıcı, “İkili Anlaşmalardan Doğan Uluslar arası Kurallar Işığında, Bulgaristan'daki Türk Azınlığı Sorunu” Bulgaristan'da Türk-İslam Azınlığına Uygulanan Baskılar Hakkında Uluslar arası Hukuk Sempozyumu (21-23 Eylül 1987) Kitabı s. 35-48. İstanbul Barosu Yayınları 1987; G.D. Poix,. “Bulgaristan'daki

Bulgaristan'da gerçekleştirilen bu soykırım nedeniyle Türk nüfusunda ciddi oranda düşüş meydana gelmiştir. Özellikle 1979 yılında bu oran %3,6'ya, 1981 yılında ise oran %2'lere gerilemiştir. Komünist rejimin en önemli uygulamalarından birisini yine Bulgaristan topraklarında yaşayan Türklerin hukuki haklarının elinden alınması, yine Bulgaristan nüfusuyla orantılı olarak 1984 yılında yapılan bir araştırmada Türk nüfusunun azalmasıyla soykırım uygulandığı sonucuna ulaşılmıştır (Cebeci, 1989: 50).

"Bulgaristan komünist partisi merkezi arşivlerinde bulunan belgeler çerçevesinde ışığında Bulgaristan'dan zorla göç ettirmeye zorlanan Türk azınlık oranına bakıldığında mevcut nüfusun %10 ile 15 oranında azaltılmak istendiğini destekleyen delillere ulaşılmaktadır" Eminov, 1997: 1-25).

"Bulgaristan halkı ve bugünkü toprakları 500 yıl boyunca Osmanlı Türkleri tarafından yönetilmiş ve hâkimiyet sağlanmıştır. Bu süre içerisinde hiçbir Bulgar vatandaşına zarar verilmemiş hak ve hukuku çiğnenmemiştir. Bütün Bulgar halkına eşit ve adil davranılmıştır. Türk halkına sağlanan her türlü imkân ve olanak Bulgar halkına da aynı şekilde sağlanmıştır" (Tanoğlu, 2011: 35-44).

Bugün Bulgaristan AB birliğine katılmış ve tam üyesi olmuş bir dünya ülkesidir. 2007 yılında tam üyeliği kabul edilip birlik içine dâhil olan Bulgaristan topraklarında halen çok sayıda Türk asıllı ve kökenli yurttaşımız yaşamaktadır. Bu azınlık halkın hakları halen çiğnenmekte ve zorla Bulgar kültür ve hukukunun zorla kabul ettirilmesi yönünde gizli uygulamalar yapılmaktadır. Yapılan uygulamalar başta uluslararası hukuk ve mevcut Bulgaristan hukukunda yer alamamaktadır. Bulgaristan hukukunda yer alamamaktadır. Fakat her ne kadar kötü muamele ve işlemler yapılsa da 20 Mayıs 2007 Yılında yapılan genel seçimlerde Hak ve Özgürlükler Hareketi genel seçimlerden %20.26 oy alarak 4 milletvekili çıkarmıştır. Bu milletvekillerinin ikisi Türk asıllı yurttaşımızdır.

Müslüman-Türk Azınlıklar Sorunu Üzerine". Bulgaristan'da Türk-İslam Azınlığına Uygulanan Baskılar Hakkında Uluslar arası Hukuk Sempozyumu (21-23 Eylül 1987) Kitabı s.77-83, İstanbul Barosu Yayınları 1987; H. S. Türk, 1989; "Bulgaristan Türkleri ve Türkiye", Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları Açısından Bulgar Zulmü (29.06.1989) Tebliğler Kitabı, Ankara Üniversitesi Rektörlüğü Yayınları, Ankara, s. 35-44.

ÇALIŞMA HAYATI VE İŞ SÜRECİ

Yukarıda bahsetmiş olduğumuz hususlar çerçevesinde her ne kadar Bulgaristan hakkında bilgi vermiş olsak da konumuz itibariyle azınlık ya da göçmenlerin iş hayatı içerisinde yaşadığı sorunların belirlenmesidir. Bu nedenle yaptığımız bu çalışmada iş hayatı içerisinde göçmen çalışanların ciddi anlamda uyum ve oryantasyon sorunu yaşadığıdır. Örgüt psikolojisi ve oryantasyon süresince yapılan uygulamalar başta adaptasyon ve performans üzerinde olumsuz etkiler meydana getirmektedir. Bunun en önemli nedenleri arasında ise kendinin ait olmadığı hissidir.

Oryantasyon dönemi personelin eğitilmesi, uyum sağlanması ve işe alıştırılması aşamaları kapsamaktadır. Ait olma hissini yaratılması ve örgüt içerisinde kişinin kendine yer edinmesi süreci ise oldukça uzun bir zaman almaktadır. Bu durum olumlu ya da olumsuz yönde bir takım sorunların yaşanmasına neden olmaktadır. Her örgütün kendine özgü bir takım değerleri ve etik kavramları bulunmaktadır. Bu kavramlar çerçevesinde gerçekleştirilen iyileştirmeler başta personelin işe tutumu, alışması, sahiplenmesi, kendini ait hissetmesi, diğer çalışanlarla uyum içerisinde hareket etmesi ve en önemlisi verimlilik ile performansın sağlanmasıdır (Jack, 1987: 144).

Farklı kültür ve disiplinlere ait olduğunu hisseden iş görenin bu oryantasyon dönemi içerisinde verimlilik ve performans sağlanması söz konusu olamaz. Bu nedenle beklenen verimlilik sağlanmadığı gibi diğer örgüt içerisinde çalışanların motivasyonu üzerinde de olumsuz etkiler meydana getirir (Ekinci, 1998: 33).

Farklı kültür ve disiplinlere ait olduğunu hisseden çalışanın üzerindeki en önemli ve en güçlü etkilerden birisi grup ya da örgüt içerisinde kendini ait hissettiği bir yerin olmamasıdır. Bu nedenle öncelikli olarak bireyin “çalışanın” kendini ait hissetmesine yönelik oryantasyon ya da uyum sürecine dair uygulamaların hayata geçirilmesi gerekir (Elmer ve diğ., 1982: 523).

Farklı kültürden gelen çalışanların işe alımı sırasında uygulanması gereken bazı hususlar bulunmaktadır. Bu hususların başında diğer örgüt içerisinde yer alan çalışanlarla yeni işe giren çalışanlar arasında bir uyumsuzluk olacağı söz konusu ise bunun başta yapılan iş ve

diğer örgüt üyeleri üzerindeki oluşturacağı erozyon belirlenmelidir. Öncelikli olarak çalışanların birbiriyle olan uyumuna öncelik verilmeli ve buna yönelik olarak uygulamalar gerçekleştirilmelidir (Richard, ve diğ., 105-106).

Göçmen grupları farklı kültür ve disiplinlerden gelen iş görenlerdir. Bu nedenle bulunduğu ortama ya da yaptığı işe adapte olması çok kısa sürede gerçekleşmez. Çok uluslu işletmelerde ve birçok potansiyelli işletmelerde uygulanan oryantasyon programlarında öncelikli olarak uyum ve ait olma hissinin yaratılmasıdır. Çalışanın kendini bulunduğu ortamda güvende olduğu hissinin yaratılması gerekir. Bu nedenle oryantasyon dönemi içerisinde bu kısıtlara dikkat edilmelidir. Genellikle göçmen grupları içerisinde kişilerin birbirine bağlı ve bağımlı hareket ettiği gözlenmektedir. Bunun en önemli nedenleri arasında bireylerin kendisinden olanların dışındakilerden bir fayda beklemediği ya da güven olgusunun oluşturulamadığıdır (Şenatalar, 1978: 153).

Göçmen gruplara belirli görevler ve sorumluluklar verilmelidir. Bu durum kendilerinin o işe ait olduğu hissinin yaratılmasını yardımcı olacaktır. Ayrıca ast ve üst kavramının eşit ve adil olduğu gerçeğinin bu kültür farklılığına sahip bireylere gösterilmesi gerekir. Bir ayrımcılığın olmadığı, çalışanların tamamının eşit hak ve özgürlüklere sahip olduğu hissinin uyandırılması gerekir (Geylan, 1990: 35).

Göçmen olan çalışanın farklı bir muamele gördüğü hissi yaratılmamalıdır. Bunun en önemli nedeni çalışma ve iş performans kayıplarının oluşmasıdır. Aitlik duygusunun yaratılması dışlandığı ya da diğerlerinden daha fazla çalıştırıldığı olgusunu ortadan kaldıracaktır (Özyurt, 1998: 75-76).

Akışkan iş sürecinde uyum en önemli faktördür. Uyum sağlayamayan çalışandan verimlilik ve performans beklenmesi düşünülemez. Genellikle çalışanlarda hak ettiğini alamama, eşit olgu ve davranışlardan yararlanamama, güven duygusunun kaybolması, örgüt ya da iş çerçevesinde kendine bir yer edinememesi, uygulanan yönetim sistemlerinin kendisi üzerinde adil olmadığı ve ayrımcılık yapıldığı hissinin yaratılması şeklindedir. Bu nedenle kişinin uyum süreci ile güven hissi çalışma hayatının önemli bir kavramı halindedir.

AMAÇ

Bu çalışmada göçmen ve farklı kültürlere sahip olan bireylerin çalışma hayatı içerisindeki süreç değerlendirilerek, ortaya çıkan sonuç çerçevesinde yapılması gereken uygulamaların neler olduğuna işaret etmektir. 1989 yılından itibaren Türkiye Cumhuriyetine zorunlu göçe zorlanan Bulgaristan Türklerinin iş hayatı içerisinde yaşadığı sorunlar uygulamalı olarak değerlendirilmiş ve sorunların neler olduğu hakkında bilgiler sağlanmıştır. Bu alanda yapılacak farklı çalışmalara literatür açısından fayda sağlaması düşünülmüştür. Yine insan kaynakları ve oryantasyon dönemi sürecinde göçmen ve kültür farklılıklarına sahip çalışanlara ne tür uygulamalar yapılacağı yönünde bilgiler vermeye çalışılmıştır.

KAPSAM

Çalışmanın kapsamını 1989 yılından itibaren Türkiye Cumhuriyetine göçe zorlanan, çalışma hayatı içerisinde kendine yer edinmeye çalışan Bulgar göçmenlere yönelik uygulamalı ve araştırmaya dayalı bir çalışma gerçekleştirilmiştir. Bu çalışmada 5'li likert ölçeği kullanılmıştır. Çalışmada kullanılan ankette değişik demografik sorular ve likert ölçeği kapsamında 36 soru yöneltilmiş ve katılımcıların cevaplamaları istenmiştir. Toplam 250 katılımcıya anket dağıtılmış, 9 ay gibi bir süre içerisinde 175 katılımcıdan dönüş sağlanmıştır. Araştırmanın kapsamında göçmen çalışanların iş hayatı içerisinde yaşadığı sorunlar, problemler, istemedikleri uygulamalar veya yönetmelikler, sahip oldukları haklar, sahip olamadıkları haklar ve özgürlükler değerlendirilerek sonuca gidilmiştir.

UYGULAMA

Araştırmaya katılan bireylerin cinsiyetlerine göre %65,1'inin erkek, %34,9'unun kadın olduğu görülmektedir. Katılımcılar yaş gruplarına göre % 24'ü 18-20, %49,1'i 20-30, %18,9'u 30-40, %6,3'ü 40-50, %1,7'si 50-60 yaş grubundadır. Medeni durumlarına göre katılımcıların % 55,4'ü bekar, %44,6'sı evlidir. Mülkiyet durumlarına göre katılımcıların %92'si kiracı iken %8'i de ev sahibidir. Gelir durumuna göre katılımcıların %2,3'ü 0-500 TL, %7,4'ü 501-1000 TL, %62,3'ü 1001-1500 TL, %28'i 1501 TL ve üzeri aylık gelir elde etmektedir. Araştırmaya ka-

tilan bireyler meslek gruplarına göre %0,6'sı işsiz, %1,7'si işçi, %6,3'ü memur, %13,1'i öğrenci, %35,4'ü ev hanımı, %41,1'i serbest meslek, %1,1'i emekli ve %0,6'sı diğer meslek grubuna mensuptur. Katılımcıların eğitim durumuna göre %1,1', okuma yazma bilmemekte, %55,4'ü ilköğretim mezunu, %36'sı lise ve dengi okul mezunu, %6,3'ü üniversite veya yüksekokul mezunu, %1,1'i lisansüstü mezunudur.

Tablo 1: Anket sorularına ilişkin tanımlayıcı istatistikler

Anket Soruları	Ortalama	Standart Sapma	Gözlem Sayısı
1. Göçmen olduğum için iş hayatında zorluk yaşadım	4,3429	1,26270	175
2. Göçmen olmak iş hayatımı olumsuz etkilemiştir	3,9143	1,01062	175
3. Göçmen olmam çalıştığım ortamda uyum sağlayamama neden oldu	3,6171	1,13297	175
4. Göçmen olmam nedeni örgüt içinde bir konum sağlayamadım	3,4343	1,20104	175
5. Göçmen olmam yetki almamama neden olmuştur	3,4457	1,17746	175
6. Göçmen olmam idari kadroya geçememe neden olmuştur	3,4114	1,19956	175
7. Göçmen olmam nedeni ile hep ast kadrosunda kaldım	3,3200	1,19885	175
8. Göçmen olmak çalışma hayatında büyük bir sorundur	3,1543	1,24761	175
9. Göçmen olmam nedeni ile diğer iş arkadaşlarım tarafından dışlandım	3,0457	1,30348	175
10. Çalışma hayatım süresince sürekli sorunlar yaşadım. Bunun dene ise göçmen olmamdır.	3,0743	1,21777	175
11. Çalıştığım ortamda ve örgüt içinde göçmenler hep sorun yaşamıştır.	3,0571	1,19729	175
12. Göçmen olmam nedeni ile bir gruba ve örgüte dahil olduğumu düşünmedim	3,0686	1,22046	175
13. Göçmen olmak bana ve diğer göçmenlere iş hayatında ve çalışma süresince bir sorun yaratmamıştır.	3,0286	1,17654	175
14. Eğitimli ve nitelikli olmak iş hayatı içinde bir farklılık sağlamadı.	3,0690	1,15095	175
15. Çalıştığım sürece hep düşük maaş aldım.	3,0057	1,16213	175
16. Hakettiğimi alamadım.	3,0686	1,13253	175
17. Sosyal imkan ve olanaklar bizlere sağlanmadı	2,9660	1,18850	175
18. Hedef ve beklentilerimi sağlayamadım.	3,0400	1,29260	175
19. Türkiye de yaşamak ve çalışmak istemezdim.	3,0629	1,19460	175

Anket Soruları	Ortalama	Standart Sapma	Gözlem Sayısı
20. Türkiye'deki çalışma hayatı geldiğim yerdeki çalışma hayatından daha zormuş.	3,1657	1,20867	175
21. Türkiyede çalışma hayatına daha zor adapte oldum.	3,0514	1,15105	175
22. Burada yaşadığım iş sorunları Bulgaristan da yaşadığım sorunlardan daha fazlaydı.	3,0857	1,18834	175
23. İş kanun ve yönetmelikleri göçmenleri bu çerçevenin dışında tutmaktadır.	2,9829	1,24787	175
24. Göçmenler için yeterli imkan ve olanaklar sağlanmamaktadır.	3,1314	1,16948	175
25. Göçmenler diğer yerli toplum bireylerine göre daha fazla çalışmaktadır.	3,0171	1,22931	175
26. Göçmenler daha ağır işlerde istihdam edilmektedir.	3,0514	1,24230	175
27. Çalıştığım süre içinde hiçbir sorun ve dışlanma ile karşılaşmadım.	3,0743	1,18911	175
28. Hep hak ettiğim değeri sağladım ve aldım.	3,0571	1,11270	175
29. Göçmen olmam neden ile bir ayrımcılık yaşamadım, dışlanmadım.	2,9543	1,11838	175
30. Göçmen olmak sorun yaşamak değildir.	2,9885	1,06976	175
31. Göçmen olmam nedeni ile hep sahiplenildim.	2,7257	1,06359	175
32. Göçmen olmam bana diğer çalışanlardan daha iyi ayrımcılık sağlamıştır.	2,3600	1,00664	175
33. Göçmen olmam nedeni ile hep üstün görüldüm.	2,4171	0,99852	175
34. Göçmenler iş hayatı içinde hep ayrımcılıklı olarak görülmektedir.	2,4229	0,83290	175
35. Göçmenler diğer yerli toplum bireylerine göre daha fazla ücret almaktadır.	2,6971	1,05304	175
36. Göçmenler daha fazla imkan ve olanaklardan yararlanmaktadır.	2,9771	0,18428	175

Anket sorularına verilen yanıtlara ilişkin ortalama, standart sapma ve gözlem sayıları yukarıdaki tabloda gösterilmiştir. Tanımlayıcı istatistik sonuçlarına göre "Göçmen olmam bana diğer çalışanlardan daha iyi ayrımcılık sağlamıştır." ifadesi 2,3600 ortalama değeri ile katılımcıların en az katıldıkları ifade olarak belirlenmiştir. "Göçmen olduğum için iş hayatında zorluk yaşadım." ifadesi 4,3429 ortalama değeri ile katılımcıların en fazla katıldıkları ifade olarak saptanmıştır. Sonuç olarak göçmenlere göre yaşamış oldukları en büyük sorun iş hayatında karşılaştığı zorluklardır.

Güvenilirlik Analizi

Tablo 2: Cronbach Alfa Katsayısı

Cronbach Alfa Katsayısı	Gözlem Sayısı
0,925	28

Tablo 3: Güvenilirlik analizi tablosu

	Madde silindiği durumda ölçek ortalaması	Madde silindiği durumda ölçek varyansı	Düzeltilmiş madde toplam korelasyonları	Madde silindiğinde Cronbach Alfa Katsayısı
2. Göçmen olmak iş hayatımı olumsuz etkilemiştir	84,1897	345,357	,502	,923
3. Göçmen olmam çalıştığım ortamda uyum sağlayamama neden oldu	84,4885	341,754	,531	,923
4. Göçmen olmam nedeni örgüt içinde bir konum sağlayamadım	84,6724	344,326	,438	,924
5. Göçmen olmam yetki almamama neden olmuştur	84,6609	346,422	,399	,925
6. Göçmen olmam idari kadroya geçememe neden olmuştur	84,6954	339,820	,543	,923
7. Göçmen olmam nedeni ile hep ast kadrosunda kaldım	84,7874	344,573	,433	,924
8. Göçmen olmak çalışma hayatında büyük bir sorundur	84,9483	339,263	,530	,923
9. Göçmen olmam nedeni ile diğer iş arkadaşlarım tarafından dışlandım	85,0575	341,962	,447	,924

	Madde silindiği durumda ölçek ortalaması	Madde silindiği durumda ölçek varyansı	Düzeltilmiş madde toplam korelasyonları	Madde silindiğinde Cronbach Alfa Katsayısı
10. Çalışma hayatım süresince sürekli sorunlar yaşadım. Bunun dene ise göçmen olmamdır.	85,0287	338,017	,574	,922
11. Çalıştığım ortamda ve örgüt içinde göçmenler hep sorun yaşamıştır.	85,0460	342,033	,491	,923
12. Göçmen olmam nedeni ile bir gruba ve örgüte dahil olduğumu düşünmedim	85,0345	340,970	,505	,923
13. Göçmen olmak bana ve diğer göçmenlere iş hayatında ve çalışma süresince bir sorun yaşatmamıştır.	85,0805	340,410	,543	,923
14. Eğitimli ve nitelikli olmak iş hayatı içinde bir farklılık sağlamadı.	85,0287	337,103	,634	,921
15. Çalıştığım sürece hep düşük maaş aldım.	85,1034	339,550	,572	,922
16. Hakettiğimi alamadım.	85,0402	343,611	,487	,923
17. Sosyal imkan ve olanaklar bizlere sağlanmadı	85,1437	339,395	,561	,922
18. Hedef ve beklentilerimi sağlayamadım.	85,0690	338,226	,535	,923
19. Türkiye de yaşamak ve çalışmak istemezdim.	85,0460	339,131	,564	,922

	Madde silindiği durumda ölçek ortalaması	Madde silindiği durumda ölçek varyansı	Düzeltilmiş madde toplam korelasyonları	Madde silindiğinde Cronbach Alfa Katsayısı
20. Türkiyedeki çalışma hayatı geldiğim yerdeki çalışma hayatından daha zormuş.	84,9425	337,997	,582	,922
21. Türkiyede çalışma hayatına daha zor adapte oldum.	85,0575	338,817	,596	,922
22. Burada yaşadığım iş sorunları Bulgaristan da yaşadığım sorunlardan daha fazlaydı.	85,0230	338,150	,590	,922
23. İş kanun ve yönetmelikleri göçmenleri bu çerçevenin dışında tutmaktadır.	85,1264	335,256	,625	,921
24. Göçmenler için yeterli imkan ve olanaklar sağlanmamaktadır.	84,9770	338,566	,591	,922
25. Göçmenler diğer yerli toplum bireylerine göre daha fazla çalışmaktadır.	85,0920	336,523	,606	,922
26. Göçmenler daha ağır işlerde istihdam edilmektedir.	85,0575	337,696	,572	,922
27. Çalıştığım süre içinde hiçbir sorun ve dışlanma ile karşılaşmadım.	85,0345	343,351	,467	,924
28. Hep hak ettiğim değeri sağladım ve aldım.	85,0517	342,616	,523	,923
29. Göçmen olmam neden ile bir ayrımcılık yaşamadım, dışlanmadım.	85,1552	344,536	,472	,924

Güvenilirlik analizi uygulamasında 1, 31, 32, 33, 34, 35 ve 36 numaralı soruların silinmesi durumunda Cronbach Alfa katsayısı artacağı için bu sorular analiz dışı bırakılmıştır. Bu sorular analizden çıkarıldıktan sonra yeniden güvenilirlik analizi gerçekleştirilmiş ve sonuç olarak Cronbach Alfa katsayısı 0,925 olarak hesaplanmıştır. Cronbach Alfa katsayısına göre %92,5 oranında anket sonuçlarının güvenilir olduğu tespit edilmiştir.

Faktör Analizi

Tablo 4: Barlett Küresellik Testi sonuçları

Kaiser-Meyer-Olkin Measure of Sampling Adequacy.		,859
Bartlett's Test of Sphericity	Approx. Chi-Square	2557,168
	df	378
	Sig.	,000

Barlett Küresellik Testi sonuçlarına göre anlamlılık değeri 0,000 olduğu için %5 hata payı ile değişkenler arası anlamlı korelasyon bulunduğu belirlenmiştir. KMO istatistiğine ölçeğin %85,9 oranına faktör analizine uygun olduğu sonucuna varılmıştır.

Tablo 5: Açıklanan varyans ve özdeğer tablosu

Faktörler	Özdeğerler	Açıklanan Varyans Yüzdesi	Kümülatif Yüzde
1	9,396	33,559	33,559
2	2,684	9,587	43,146
3	1,861	6,645	49,791
4	1,333	4,760	54,550
5	1,195	4,266	58,816
6	1,081	3,861	62,677
7	1,032	3,684	66,361
8	1,013	3,617	69,978

Faktör analizi sonuçlarına göre özdeğeri 1’den fazla 8 faktör tespit edilmiştir. Elde edilen 8 faktör toplam değişkenliğin %69,978’ini açıklamaktadır.

T-Testi Uygulaması

Tablo 6: Cinsiyete göre 8 numaralı ifadeye ilişkin tanımlayıcı istatistikler

	Cinsiyet	N	Ortalama	Standart Sapma
s8	Erkek	114	3,0088	1,22291
	Kadın	61	3,4262	1,25776

Tablo 7: Cinsiyete göre 8 numaralı ifadeye ilişkin t-testi sonuçları

Homojen Levene Varyans Testi		t- testi istatistiği	
F	Anlamlılık	t	Anlamlılık
,953	,330	-2,131	,035

Göçmenler arasında cinsiyete göre “Göçmen olmak çalışma hayatımda büyük sorundur.” ifadesine verilen yanıtlara ilişkin tanımlayıcı istatistikler ve t-testi sonuçları yukarıdaki tabloda gösterilmektedir. T-testi sonuçlarına bakıldığında varyans testi anlamlılık değeri $0,330 > 0,05$ olduğu için %5 hata payı ile cinsiyetler arasında homojen varyans varsayımı kabul edilir. Cinsiyet ortalamalarına ilişkin anlamlılık değeri $0,035 < 0,05$ olarak hesaplanmıştır. Buna göre %5 hata payı ile cinsiyetlere göre “Göçmen olmak çalışma hayatımda büyük sorundur.” ifadesine verilen yanıt ortalamaları birbirinden farklıdır. Sonuç olarak, kadınlar için erkeklere göre göçmen olmak çalışma hayatında daha büyük ölçüde sorun oluşturmaktadır.

Varyans Analizi Uygulaması

Yaş gruplarına göre “Göçmen olmak bana ve diğer göçmenlere iş hayatında ve çalışma süresince bir sorun yaşatmamıştır.” ifadesine verilen yanıtlara ilişkin ortalama değerler varyans analizi kullanılarak karşılaştırılmıştır.

Tablo 8: Varyans analizine ilişkin Levene Testi

Levene İstatistiği	df1	df2	Anlamlılık
1,486	4	170	,208

Tablo 8' de yaş grupları arasındaki varyans değerlerinin homojen olup olmadığını tespit edebilmek için Levene testi sonuçları gösterilmektedir. Anlamlılık değeri $0,208 > 0,05$ olduğu için %5 hata payı ile yaş grupları arasındaki varyans değerlerinin homojen olduğu belirlenmiştir.

Tablo 9: Varyans analizi F testi sonuçları

	Kareler Toplamı	df	Kareli Ortalama	F	Anlamlılık
Gruplar arası	22,860	4	5,715	4,457	,002
Grup içi	217,997	170	1,282		
Toplam	240,857	174			

Tablo 9'da varyans analizine ilişkin F testi sonuçları ve F testi anlamlılık değeri gösterilmektedir. Anlamlılık değeri $0,002 < 0,05$ olduğu için %5 hata payı ile yaş grupları arasında 13 numaralı soruya verilen ortalama yanıtların en az birinin farklı olduğu belirlenmiştir.

Tablo 10: Varyans analizine ilişkin çoklu karşılaştırma tablosu

(I) Yaş	(J) Yaş	Ortalama Farkı (I-J)	Standart Hata	Anlamlılık
18-20	20-30	,39480	,21317	,347
	30-40	1,02165*	,26342	,001
	40-50	,56710	,38355	,578
	50-60	1,47619	,67674	,192
20-30	18-20	-,39480	,21317	,347
	30-40	,62685	,23188	,058
	40-50	,17230	,36261	,989
	50-60	1,08140	,66510	,483
30-40	18-20	-1,02165*	,26342	,001
	20-30	-,62685	,23188	,058
	40-50	-,45455	,39425	,778
	50-60	,45455	,68286	,963
40-50	18-20	-,56710	,38355	,578
	20-30	-,17230	,36261	,989
	30-40	,45455	,39425	,778
	50-60	,90909	,73758	,732
50-60	18-20	-1,47619	,67674	,192
	20-30	-1,08140	,66510	,483
	30-40	-,45455	,68286	,963
	40-50	-,90909	,73758	,732

Tablo 10’da yaş grupları arasında 13 numaralı soruya verilen yanıtlara ilişkin ortalama değerleri, yaş grupları arası ortalama fark değerleri ve anlamlılık değerleri verilmiştir. Anlamlılık değerlerine göre 18-20 yaş ve 30-40 yaş grupları arasında 13 numaralı soruya verilen yanıtlara ilişkin ortalama değerler arasında farklılık bulunmaktadır. Diğer yaş grupları arasındaki farklılık istatistiksel açıdan anlamlı bulunmamaktadır. Buna göre, daha genç yaşta göçmenlerin orta yaş grubundaki göçmenlere göre iş hayatında ve çalışma süresince daha az sorun yaşadıkları belirlenmiştir.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Araştırma, Türkiye’de yaşayan Bulgaristan göçmeni vatandaşlar arasından 175 katılımcı seçilerek gerçekleştirilmiştir. Katılımcılara çalışma hayatı ve uyumla ilgili 36 soru sorulmuştur. Bireylerin ifadelerine katılma durumlarına göre her soru için skor değerleri atanmıştır. Bu değerlere göre her soru için tanımlayıcı istatistikler hesaplanmıştır. Araştırmaya katılanların “Göçmen olmam bana diğer çalışanlardan daha iyi ayrıcalık sağlamıştır.” ifadesine en düşük oranda katıldıkları, “Göçmen olduğum için iş hayatında zorluk yaşadım.” ifadesine en yüksek oranda katıldıkları saptanmıştır.

Ayrıca katılım sağlayan bireylerin kendilerine hukuki süreç içerisinde ciddi sorunlar yaşatıldığı yönünde de beyanlar bulunmaktadır. Bu durumda bazı mülkiyet, iş hukuku ve sağlık alanlarında yaşanan hukuki sorunlar nedeniyle ülke ve ülke yönetimine ilişkin sorun yaşadıklarını belirtmektedirler. Bu durum katılımcıların kendileri hakkında yürütülen ve uygulanan hukuki sürece inanmadıklarını göstermektedir.

Gerçekleştirilen güvenilirlik analizi sonucunda anket sonuçlarının %92,5 oranında güvenilir olduğu saptanmıştır. Bu sonuca göre gerçekleştirilen araştırmanın son derece güvenilir olduğu belirlenmiştir. Faktör analizi uygulanarak tüm soruların kaç faktör yapısı ile açıklanabileceği araştırılmıştır. Faktör analizi uygulaması sonucunda analizin tutarlı olduğu belirlenmiş, toplam 8 faktör ile tüm anket sonuçlarının açıklanabileceği tespit edilmiştir.

Göçmen olmanın katılımcıların çalışma hayatında büyük sorun olup olmadığı konusunda katılımcılar arasında cinsiyete göre t-testi uygulanmıştır. Test sonucuna göre kadınlarda erkeklere göre göçmen

olmak çalışma hayatlarında daha büyük ölçüde sorun oluşturmaktadır. “Göçmen olmanın katılımcılara ve diğer göçmenlere iş hayatında ve çalışma süresince bir sorun yaşatmamıştır.” İfadesine ilişkin yaş gruplarına göre varyans analizi uygulanmıştır. Varyans analizi sonucuna göre daha genç yaştaki göçmenlerin orta yaş grubundaki göçmenlere göre iş hayatında ve çalışma süresince daha az sorun yaşadıkları tespit edilmiştir.

KAYNAKLAR

- Adem, M., (1976), Eğitim Planlaması, A.Ü. Eğitim Fakültesi Yayınları, Ankara.
- Akyüz, Y., (1982), Türk Eğitim Tarihi: Başlangıcından 1982'ye, A.Ü.S.B.F., Basın Yayın Yüksek Okulu Yayınları, Ankara.
- Abadan, U.N., (1989), Türklerin Bulgaristan'dan Zorunlu Göçü, Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları Açısından Bulgar Zulmü (29.06.1989) Tebliğler Kitabı, Ankara Üniversitesi Rektörlüğü Yayınları, Ankara.
- Ağanoğlu, H. Y., (2001), Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Balkanlar'ın Makûs Talihi: Göç, Kum Saati yayınları, İstanbul.
- Andersen, A., (2000); 2000'e Doğru İnsan Kaynakları Araştırması, Çev: Faruk TÜRKOĞLU, Sabah Yayınları, İstanbul.
- Artan, S., (1976), Endüstri İşletmelerinde Yöneticinin Yetiştirilmesi ve Türkiye' deki Uygulama: İTİA Yayını, Eskişehir.
- Artan, S., (1989), Personel Yönetimi: 2.Baskı, Gül Basım ve Yayın, İstanbul
- Aşkun, İ.C.,(1982) İş gören: Baytes Yayıncılık, Eskişehir.
- Akıllıoğlu, T, (1989), “Bulgaristan'ın Türk Azınlığa Karşı Giriştiği Uygulamaların Uluslar arası İnsan Hakları Bakımından İncelenmesi”, Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları Açısından Bulgar Zulmü (29.06.1989) Tebliğler Kitabı, Ankara Üniversitesi Rektörlüğü Yayınları, Ankara.
- Babadoğan, C., ve Kıymet, S.,(1990), Toprak Mahsulleri Ofisi Genel Müdürlüğü Eksper Kursu İzleme Değerlendirmesi Araştırması, Ankara.
- Bingöl, D.,(2003), İnsan Kaynakları Yönetimi, Beta Yayınları, İstanbul.
- Burack, E.H., & Smith, R.D.,(1982), Personnel Management, John Wily Sone Inc., New York.
- Büyükuslu, A.R., (1998), Globalizasyon Boyutunda İnsan Kaynakları Yönetimi, Der Yayınları, İstanbul.
- Balkan Göçmenleri Federasyonu, Yayınlanmamış Göç İstatistikleri (27.aralık 2006).
- Börklü, M.Y.,(1999), Tarihsel Seyri İçinde Bulgaristan Türklerinin Durumu Ve Türkiye'nin Bölge Türklerine Yönelik Politikaları, (<http://www.rumeliturk.net/> tarih Erişim Tarihi 27.12.2006).
- Cebeci, A., (1968), “Bulgaristan Türklerinin Göçü Hakkında”, Türk Kültürü, 6(63).
- Cebeci, A.,(1970), “Bulgaristan'da Son Gelişmeler ve Türklere Karşı Uygulanan Politika”, Türk Kültürü, (89).

- Cebeci, A.,(1970), "Bulgaristan'dan Gelen Soydaşlarımız Uyum Sıkıntısı Çekmektedirler". Türk Yurdu Dergisi, 9(28).
- Clarke, I. J.,(1975), Population Geography (Second Edition) Pergamon Pres, England.
- Crampton, R. J.,(1990), The Turks in Bulgaria, 1878-1944, The Turks of Bulgaria:The History, Culture and Political Fate of a Minority. (Edited by Kemal Karpat) The Isis Pres, İstanbul.
- Caruth, D., ve diğeri.,(1998), The Contemporary Organization, Quorum Books, New York.
- Cenzo, D. A., & Stephen P, R.,(1996), Human Resource Management, 5 Ed., John Wiley&Sons Inc., New York.
- Coombs, P. H.,(1974), Eğitim Planlaması Nedir, Milli Eğitim Yayınevi. İstanbul.
- Devlet Planlama Teşkilatı.,(1990.), Bulgaristan'dan Türk Göçleri, DPT Sosyal Planlama Başkanlığı Hizmete Özel Rapor, Ankara.
- Dimitrova, D.,(1998), Bulgarian Turkish Immigrants of 1989 in the Republic of Turkey, Between Adaptation and Nostalgia: The Bulgarian Turks in Turkey, Dedicated to the 50th anniversary of the Universal Declaration of Human Right (Edited by Antonina Zhelyazkova) International Center for Minority Studies and Intercultural Relations, 76-139, Sofia.
- Doğanay, H.,(1997), Türkiye'nin Beşeri Coğrafyası. Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları No: 2982, Bilim ve Kültür Etkinlikleri Dizisi:877, İstanbul.
- Deniz, N.,(1999), Global Eğitim,Türkmen Kitapevi, İstanbul.
- DİE, (1995), "Kamu Kurum ve Kuruluşları Hizmet Öncesi ve Hizmet İçi Eğitim İstatistikleri", Ankara.
- Efil, İ.,(1999.), İşletmelerde Yönetim ve Organizasyon, Alfa Yayınları, İstanbul.
- Eren, E.,(1993), Yönetim Psikolojisi, Beta Yayıncılık, İstanbul.
- Eminov, A.,(1990), There are No Turks in Bulgaria:Rewriting History by Administrative Fiat. The Turks of Bulgaria:The History, Culture and Political Fate of a Minority. (Edited by Kemal Karpat) The Isis Pres, İstanbul.
- Eminov, A.,(1997), Turkish and other Muslim Minorities in Bulgaria, Hurst&Company, London.
- Eminov, A., (2003), "Bulgaristan'daki Türkler" Balkanlarda Türk Kültürü Dergisi, (47).
- Eroğlu, H.,(1987). "Milletlerarası Hukuk Açısından Bulgaristan'daki Türk Azınlığı Sorunları", Bulgaristan'da Türk Varlığı Sempozyumu (7 Haziran1985) Bildiriler Kitabı, Atatürk Kültür Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Türk Tarih Kurumu Yayınları Dizisi:7, Ankara.
- Finnigan, J.,(1997), The Right People in The Right Jobs, Çev. Dogan Sahiner, Rota Yayın Tanıtım, İstanbul.
- Flippo, E. B.,(1996), Principles of Personel Management, Mc Graw Hill Inc, USA.
- Güzelcik, E.,(1999), Küreselleşme ve İşletmelerde Değişen Kurum İmajı, Sistem Yayıncılık, İstanbul.
- Grieve, W.P., (1987), "Türlere Yönelik Bulgar Zulmünün Milletlerarası İnsan Hakları Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Bulgaristan'da Türk-İslam Azınlığına Uygulanan Baskılar Hakkında Uluslar arası Hukuk Sempozyumu (21-23 Eylül 1987) Kitabı, İstanbul Barosu Yayınları.

- Hakov, C.,(2002), "Bulgaristan Türklerinin Göçmenlik Serüveni", Türkler, Yeni Türkiye yayınları (Editörler: Hasan Celal Güzel, Kemal Çiçek, Salim Koca), Ankara.
- Iqbal, J.,(1987), "(Türk- Bulgar) İkili Anlaşmaları Işığında, Bulgaristan'daki Müslüman-Türk Azınlığı Sorunu", Bulgaristan'da Türk-İslam Azınlığına Uygulanan Baskılar Hakkında Uluslar arası Hukuk Sempozyumu (21-23 Eylül 1987) Kitabı, İstanbul Barosu Yayınları.
- Kalkandelen, H., (1979), Hizmet İçi Eğitim El Kitabı, Türkiye Gazetecilik ve Matbaacılık Sanayi, Ankara.
- Kavmeyer, R. A.,(1982), Planning and Using a Total Personnel System, Van Nostrand Reinhold Company, USA.
- Kaynak, T.,(1990) Organizasyonel Davranış, İ.Ü. İşletme Fakültesi Yayınları, İstanbul.
- Klaus and Steinbuch, P.A.,(1993), Personelwirtschaft, Kiehl: Verlag in Ludwighafen,
- Koçel, T.,(1999), İşletme Yöneticiliği, Yönetim ve Organizasyon, Organizasyonlarda Davranış Klasik-Modern-Çağdaş Yaklaşımlar, 7. b.s, Beta Basım, İstanbul.
- Lütem, Ö.E.,(2000), Türk-Bulgar İlişkileri 1983-1989 Cilt:I, Avrasya Stratejik Araştırmalar Merkezi yayınları, Ankara.
- Mccarthy, J.,(1999), Death and Exile The ethnic Cleansing of Otoman Muslims 1821-1922, The Darwin Pres, Inc. Princeton, New Jersey.
- Mutluer M.,(2003), Uluslararası Göçler ve Türkiye. Kuramsal ve Ampirik Bir Alan Araştırması Denizli/Tavas, Çantay Kitabevi, İstanbul.
- Noe, R. A.,(1999), İnsan Kaynaklarının Eğitimi ve Gelisimi, Çev. Canan ÇETİN, Beta Basım,İstanbul.
- Özgür, E.M.,(1998), Türkiye Nüfus Coğrafyası, GMC Basın Yayın, Ankara.
- Pazarcı, H.,(1987), "İkili Anlaşmalardan Doğan Uluslar arası Kurallar Işığında, Bulgaristan'daki Türk Azınlığı Sorunu", Bulgaristan'da Türk-İslam Azınlığına Uygulanan Baskılar Hakkında Uluslar arası Hukuk Sempozyumu (21-23 Eylül 1987) Kitabı, İstanbul Barosu Yayınları.
- Philips, J. J.,(1987), Recturing, Training And Retraining New Employees,63Jossey Bass Inc, California.
- Pigors, P., & Myers, C. A.,(1981), Personnel Administration: A Point Of View Pigors, Paul and Myers, Charles A., Personnel Administration: A Point Of View and Method, Mc Graw Hill Inc, Singapore.
- Poix, G.D.,(1987), "Bulgaristan'daki Müslüman-Türk Azınlıklar Sorunu Üzerine", Bulgaristan'da Türk-İslam Azınlığına Uygulanan Baskılar Hakkında Uluslar arası Hukuk Sempozyumu (21-23 Eylül 1987) Kitabı, İstanbul Barosu Yayınları.
- Poulton, H.,(1991), The Balkans, Minorities and States in Conflict, Minority Rights Publications, London.
- Sabuncuoğlu, Z.,(1984) Personel Yönetimi, Anadolu Üniversitesi Basımevi, Eskişehir.
- Sönmez, A.,& Hürer, A.,(1988) İşletmelerde Meslek Eğitimi, Eğitici Personel, İş Pedagojisi Ders Notları, 3.baskı, M.E.S.S. Yayın.
- Senatarlar, F.,(1978) Personel Yönetimi, İstanbul Üniversitesi Kitapevi, İstanbul.
- Shestack, J.J.,(1987), "Bulgaristan'ın Türk-İslam Azınlıklara Uyguladığı İnsan Hakları İhlali", Bulgaristan'da Türk-İslam Azınlığına Uygulanan Baskılar Hakkında Uluslararası Hukuk Sempozyumu (21-23 Eylül 1987) Kitabı, İstanbul Barosu Yayınları.

- Sobhan A.,(1987), “Bulgaristan’daki Etnik Türk Azınlığı Üzücü Olay”, Bulgaristan’da Türk-İslam Azınlığına Uygulanan Baskılar Hakkında Uluslararası Hukuk Sempozyumu (21-23 Eylül 1987) Kitabı, İstanbul Barosu Yayınları.
- Şimşir, B.N.,(1985), Türk Basınında Bulgaristan Türkleri: Zorla Ad Değiştirme Sorunu, Başbakanlık Basın-Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü, Ankara.
- Şimşir, B. N.,(1990) The Turkish Minority in Bulgaria:History and Culture, The Turks of Bulgaria:The History, Culture and Political Fate of a Minority (Edited by Kemal Karpat) The Isis Pres, İstanbul.
- Şimşir, B.N.,(2003), “Berlin Kongresinden 125 Yıl Geçti Bulgaristan’daki Türk Azınlığı” Balkanlarda Türk Kültürü (48).
- Tanyeli, H.,(1998), Personel Eğitimi, Sen Yuva Matbaası, Ankara.
- Taymaz, H.,(1997), Hizmet İçi Eğitim: Kavramlar, İlkeler, Yöntemler, Tapu ve Kadastro Vakfı Matbaası, Ankara.
- Turtop, N.,(1992), Personel Yönetimi, İlk-San Matbaası, Ankara.
- Tutar, H.,(2000), Küreselleşme Sürecinde İşletme Yönetimi, Hayat Yayınları,İstanbul.
- Tanoğlu, A.,(1952-1953), “Bulgaristan Türklerinin Son Göç Hareketi (1950-1951)” İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Dergisi 14(1-4).
- Tatarlı, İ.,(2002), “Bulgaristan’daki Türk Varlığı”, Uludağ Üniversitesi Balkanlardaki Türk Kültürünün Dünü-Bugünü-Yarını Uluslararası Sempozyumu 26-28 Ekim 2001, Bursa.
- Toğrol, B.,(1989), 112 Yıllık Göç (1878 - 1989) 1989 yazındaki Üç Aylık Göçün Tarihi Perspektifinde Psikolojik İncelemesi, Boğaziçi Üniversitesi Matbaası, İstanbul.
- Tsoneva, D.,(2005), The Puzzle of the Bulgarian-Turkish Interethnic Cooperation in Post-Communist Bulgaria, By Submitted to Central European University Nationalism Studies Program in partial fulfilment of the requirements for the degree of Masters of Arts, Budapest.
- Turan, Ö.,(1998), The Turkish Minority in Bulgaria (1878-1908), Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları VII. Dizi-Sayı:165, Ankara.
- Turan, Ö.,(2003), “Bulgaristan’dan Türk Göçleri” Balkan Türkoloji Araştırmaları Merkezi BAL-TAM Türklük Bilgisi Dergisi, 2(3).
- Türk, H. S.,(1989), “Bulgaristan Türkleri ve Türkiye”, Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları Açısından Bulgar Zulmü (29.06.1989) Tebliğler Kitabı, Ankara Üniversitesi Rektörlüğü Yayınları, Ankara.
- Vasileva, D.,(1992), “Bulgarian Turkish Emigration and Return” International Migration Review 26(2).
- Werther, W. B., and Davis, Jr.K.,(1994), Human Resources and Personnel Management, Mc Graw Hill Book Company - Literatür Yayıncılık, İstanbul.
- www.rumeliturk.net/tarih/bulgaristanturkleri, Erişim Tarihi: 27.12.2006.
- Yalçın, S.,(1994), Personel Yönetimi, 5. baskı, Beta Basım, İstanbul.
- Yalçın C.,(2004), Göç Sosyolojisi, Anı Yayıncılık Ankara 2004.
- Yusuf S.,(2005), “Türkiye’ye Yönelik Soydaş Göçleri ve Sonuçları”, Uluslararası Göç Sempozyumu 8-11 Aralık 2005, Uluslararası Göç Sempozyumu Bildiri Kitabı, Zeytinburnu Belediyesi Yayınları, İstanbul.

TAZMİNAT HÜKMÜNÜN DEĞİŞTİRİLMESİ AMACIYLA AÇILAN DAVANIN YARGILAMA HUKUKUNDAKİ YERİ

CHANGING THE LAW, PLACE OF JURISDICTION FOR THE PURPOSE
OF PROVISION OF COMPENSATION LAWSUIT

İsmet MAZLUM*

Özet: Hüküm taraflar mahkemeye sunulan vakalara göre verilir. Bu vakalar kural olarak hükmün verilmesinden sonra da değişmeyen vakalardır. Bu nedenle verilen kesin hükmün değiştirilmesi söz konusu olmaz. Ancak bazı hallerde hükmün temelini oluşturan vakalar hükmün verilmesinden sonra değişebilir. Bu ise hükmün daha sonraki koşullara uyması sonucunu doğurur. İşte bu tür değişikliklerin olabileceği hallerde değişiklik davası açılması kabul edilerek verilen hükmün değişen koşullara uygun olarak tekrar gözden geçirilmesi ve yeni koşullara göre yeni bir hükmün verilmesi sağlanır.

Anahtar Kelimeler: Değişiklik davası, tazminat, hüküm, zarar

Abstract: Cases the parties are referred to the terms presented to the court. As a rule, does not change the facts. This reason, given the final judgment after the administration of the provision in question will not be replaced. However, in some cases after the administration of the provision provision forms the basis of the facts may vary. This means that the provision of further meet the conditions. Here is where there may be changes in this type of change was accepted and the judgment opening proceedings in accordance with changing conditions, revised and given new provision is provided in accordance with the new conditions.

Keywords: Amendment of a judgment, indemnity, arbitration, damage

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul Hukuku-İcra ve İflas Hukuku Araştırma Görevlisi

GİRİŞ

Tazminat hükmünün değiştirilmesi amacıyla açılan davanın yargılama hukukundaki yerini tespit ederken öncelikle Borçlar Kanunu'nun 75'inci maddesinde yer alan düzenleme bize yardımcı olacaktır. Bu bağlamda madde hükmü değerlendirildiği zaman bir zararın varlığı ve zararın tespit edilmesinde yaşanan zorluklar karşımıza çıkmaktadır.

Hakimin zararı belirlemesi tazminatı da belirlemesine imkan sağlayacaktır. Bu nedenle zararın belirlenmesi çok büyük önem taşır. Ancak zararın belirlenmesi her zaman kolay olmaz. Bazı hallerde hükmün temelini oluşturan vakıalar hükmün verilmesinden sonra değişebilir. Bu ise hükmün daha sonraki koşullara uymaması sonucunu doğurur. Bu tür değişikliklerin olabileceği hallerde değişiklik davası açılması kabul edilerek verilen hükmün değişen koşullara göre tekrar gözden geçirilmesi ve yeni koşullara göre yeni bir hüküm verilmesi sağlanır.

Karar verme sırasında zararın tam olarak belirlenemiyor olması değişiklik davasının açılmasına imkan sağlamaktadır. Ancak bu durum belirsiz alacak davası ile kısmi dava arasında değişiklik davasının bir benzerlik mi olduğu veya bu davaların bir alt çeşidi mi olduğu sorusunu gündeme getirebilir. Bu bağlamda çalışmamızda değişiklik davasının belirsiz alacak davası ve kısmi dava karşısındaki yeri belirlenmeye çalışılmış ve aralarındaki benzerlikler ve farklılıklar ortaya konulmuştur.

Kesin bir hükmün varlığına rağmen açılabilen bir dava olması sebebiyle değişiklik davası çalışılması gereken bir dava olarak doktrinde yer almaktadır. Bu özelliği sebebiyle yargılamadaki yerinin belirlenmesi de çalışmamızın önemli bir kısmını oluşturacaktır.

1. ZARARIN BELİRLENMESİ

Tazminat davasında önemli noktalardan biri zararın miktarının belirlenebilmesidir. Çünkü zarar tazminatın üst sınırını oluşturmaktadır. Ancak burada kastedilen tazminatın zarara eşit olması değildir. Zarar ancak tazminatın üst sınırının belirlenmesinde yol gösterici konumdadır.

Haksız fiilin borç doğurmasının sebebi zarardır. Borçlar hukuku bakımından esas alınan nokta haksız fiilin borç kaynağı yönüdür¹. Haksız fiil nedeniyle zarar gören ya da zarar tehlikesiyle karşı karşıya kalan kişilerin tazminat davası dışında başvurabilecekleri başka yollar da mevcuttur. Bu yollar borçlar hukuku kapsamı dışında yer alır.

Zararın belirlenmesi tazminatın belirlenmesine de katkı sağlayacaktır. Bu bağlamda hakim tazminatı belirlerken zararı esas alacak ve uğranılan zarara göre bir hüküm tesis edecektir. Tazminat belirlenirken tek başına zarara göre bir değerlendirme yerine, yararların da hesaplandığı bir tazminat miktarı hakim tarafından hesaplanır. Zarar ve yarar miktarlarını ispatın mümkün olmadığı hallerde hakim takdir yetkisini kullanacaktır².

I. Zarar Miktarının Takdiri ve İspatı

Zararı ispat yükümlülüğü zarar görene aittir. Borçlar Kanunu 50/1'e göre, "Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır." hükmüne yer vermiştir.

İspat, genel anlamda bir iddianın doğru ve gerçek olup olmadığı konusunda hakimi inandırma faaliyetidir³. Bir başka ifadeyle, dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların var olup olmadıkları hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işleme ispat denir⁴.

İspatın konusunu tarafların üzerinde anlayamadıkları ve uyumsuzluğun çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur (HMK.m.187/1).

Hakim davada hangi çekişmeli vakıaların ispat edilmesi gerektiğini tespit ettikten sonra bu vakıaların kimin tarafından ispat edilmesi gerektiğini tespit edilmesiyle ispat yükü sorunu ortaya çıkar. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 190/1'e göre, "İspat yükü, kanunda özel bir

¹ Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Ankara, 2012, s. 410.

² Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), İstanbul, 1995, s.527.

³ Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özkes, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2012, s. 538.

⁴ Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder: Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2012, s. 357.

düzenleme bulunmadıkça iddia edilen vakiya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Burada vakiyayı hangi tarafın ileri sürdüğü değil; o vakiyadan hangi tarafın lehine hak çıkardığı önemlidir. Örneğin, haksız fiil sebebiyle tazminat talep eden davacı lehine, mahkemenin tazminata karar verebilmesi için, haksız fiilin vuku bulunduğunu, davalının kusurlu bulunduğunu ve fiilin hukuka aykırı olduğunu, zararın doğduğunu ve fiil ile zarar arasında illiyet bağı bulunduğunu tazminat talebinde bulunan ispat etmelidir.⁵

Zarara uğrayan kişi bunu her türlü delille kanıtlayabilir. Haksız fiiller hukuki işlemde farklıdır. Kesin delille ispat zorunluluğunun istisnasını oluşturmaktadır. Bu bağlamda takdiri deliller ile ispatı mümkündür. Takdiri delillerin koşulları ve hükümlerini kanunun tayin etmediği delillerdir⁶. Takdiri deliller hakimi bağlamaz. Hakim serbestçe bu delilleri takdir etme hakkına sahiptir. Hakim takdiri deliller ile ispatın mümkün olduğu olaylarda ispat aracı niteliğindeki her şeyi delil olarak kabul edebilir ve buna dayanarak karar verebilir (HMK.m.192).

Bazı hallerde, zarar mevcut olduğu halde gerçek miktarını kanıtlamak mümkün olmayabilir. Örneğin, bir kimsenin çantasında ne kadar para olduğunu her zaman bilmesi mümkün olmayabilir⁷. Zararın gerçek miktarının belirlenemediği bu gibi durumlarda bunun miktarını belirleme görevi Borçlar Kanunu’nun 50/2’nci maddesine göre hakime verilmiştir. İlgili madde, “Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hakim olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre hakim zarar mevcut ise miktarını belirlerken zarar görenin ekonomik ve sosyal durumunu somut olayda uğrayabileceği zarar miktarının ne olabileceğini, bu miktarın yaşamın olağan akışına uygun olup olmadığı gibi unsurları göz önünde tutarak bir belirlemede bulunacaktır⁸.

⁵ Pekcanitez, / Atalay, / Özekes, s. 565.

⁶ Kuru, / Arslan, / Yılmaz, s.404. Pekcanitez, / Atalay, / Özekes, s. 607.

⁷ Kılıçoğlu, s. 401.

⁸ Kılıçoğlu, s. 401.

II. Zararın Belirlenmesinde Esas Alınacak Zaman

Zararın hesaplanmasında haksız fiilin işlendiği an yani olay anı esas alınmalıdır. Bunun sonucu olarak zarar gören kişi olaydan çok sonra dava açmış açılan dava yıllarca sürmüş karar geç verilmiş olabilir. Bu durumda dava anı mahkemenin zararı hesaplama anı ya da mahkemenin hükmü verdiği an değil olay anı esas alınmalıdır⁹. Yargıtay da bu görüştedir. Yargıtay bir kararında, "...bilindiği gibi zarar haksız fiilin işlenmesinden önce mağdurun malvarlığının içinde bulunduğu durum ile eylemin işlenmesinden sonra malvarlığının içine düştüğü durum arasındaki farktan ibarettir. Bunun içindir ki bu farkın meydana geldiği günde doğmuş olan zararın ödetilmesi telafisi yoluna gidilmek zorunludur, diğer bir ifade ile zararın meydana geldiği gündeki durum gözetilerek bu zararın giderilmesi gerekir. Ne var ki mahkeme bu ilkeyi gözetmeyen ve bilirkişi incelemesi yapıldığı gündeki rayiçlere dayanılarak zararı belirleyen raporu esas alarak hüküm kurmuştur.." şeklinde bir sonuca ulaşmıştır¹⁰. Bir başka ifadeyle zararın meydana geldiği gündeki durum gözetilerek, bu zararın giderilmesi gerekir.

Paranın değerinde meydana gelebilecek azalmalar nedeniyle olay anının esas alınması zarar görenin zararını karşılayamaz hale gelebilir. Bu durumda haksız fiil tazminat alacağına zarar görenin talep etmesi halinde olay anından itibaren gecikme faizi de uygulanacaktır. Gecikme faizi talebine rağmen zarar görenin zararının karşılanmaması halinde zarar gören Borçlar Kanunu 122'nci maddesine dayanarak, gecikme faiziyle karşılanmayan munzam zararının tazminini de talep edebilecektir¹¹.

III. Yararların Hesaba Katılması

Haksız fiil, zarar gören kişiye, bir taraftan zarar verirken diğer taraftan bazı ekonomik yararlar sağlamışsa bu yararlar tespit edilen zarar miktarından düşülecektir. Şayet yararlar hesaba katılmadan tazminata karar verilirse zarar gören, zararını tazmin ettirmesine ilave olarak yararları da kazanmış olacaktır. Bunun sonucunda zarar gören

⁹ Kılıçoğlu, s. 402.

¹⁰ Yarg. 4.HD, T.19.11.1979, E.10740, K.12706

¹¹ Kılıçoğlu, s. 402.

haksız fiil sayesinde zenginleşmiş olur. Tesbit edilen bu zarar miktarından haksız fiilin zarar görene sağladığı yararların düşülmesi şeklinde “net zararın” bulunması işlemine yararların hesaba katılması adı verilmektedir¹².

Ancak yararların hesaplanması işleminde bir yararın indirim sebebi olabilmesi için, o yararın zarar verici eylemin uygun ve normal bir sonucu olması gerekir. Yargıtay, “...tazminattan indirilecek yararların zararı oluşturan haksız fiil nedeniyle elde edilmiş bulunmasını yeterli görmemiştir. Burada da uygun illiyet bağı teorisinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. O halde bir yararın dikkate alınabilmesi için o yararın zarar verici fiilin uygun ve normal bir sonucu olması gerekir. Haksız fiil sonunda malvarlığında meydana gelen artma zararı oluşturan haksız fiilin uygun nedeni ve sonucu değilse indirim söz konusu olamayacaktır¹³.

Yararların hesaba katılması malvarlığı zararlarında gündeme gelebileceği gibi şahısvarlığı zararlarında da gündeme gelebilir. Örneğin, kişi haksız fiil sonucu hastanede tedavi amacıyla yatmışsa hastanede yattığı süre içinde yaptığı harcamalar tazmin edilecektir. Ancak bu durumda zarar gören kişinin bu süre içinde evinde yapacağı gıda harcamaları, su, elektrik, yakıt gibi giderlerden yaptığı tasarrufların bu zarardan düşülmesi gerekir¹⁴.

2. BEDENSEL BÜTÜNLÜĞÜN İHLALİ HALİNDE ZARARIN KAPSAMI

Bedensel zarar, bir kimsenin gerek bedeninde gerekse ruh bütünlüğünde meydana getirilen zarardır¹⁵. Bir başka ifadeyle zarar görenin beden ve ruh bütünlüğünün maddi veya manevi bir zarar meydana getirecek şekilde bozulmasına, bedensel zarar denir¹⁶. Yapılan bu tanımlardan da anlaşılabilceği gibi, bedensel zarar, ya beden bütünlü-

¹² Oğuzman/ Öz, s. 530.

¹³ Yarg. 4.HD, T.4.7.1983, E. 6000, K. 6724

¹⁴ Akünal, Teoman: Haksız Fiil Zararlarından Doğan Denkleştirme Sorunu, İstanbul, 1997, s. 94 vd. Kılıçoğlu, s. 402.

¹⁵ Uygur, Turgut: Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara, 2003, s. 2139.

¹⁶ Eren, Fikret: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), İstanbul, 2008, s. 711.

ğünün ihlali şeklinde ya da ruh bütünlüğünün ihlali şeklinde olabileceği gibi; bu zararların birbirlerini etkilemesi sonucu da ortaya çıkabilir.

Beden bütünlüğünün ihlalinde, mekanik veya psişik bir müdahale ve darbe sonucu bedende anatomik bir değişiklik ve bozulma meydana gelir. Yani zarar görenin beden bütünlüğü mekanik veya psişik bir müdahale ile bozulmaktadır¹⁷. Bir başka ifadeyle beden bütünlüğünün ihlalinde, zarar görenin bedeninde anatomik bir değişiklik ve bozulma söz konusudur. Bunlar yaralanma ya da hastalık şeklinde oluşabilir¹⁸.

Ruh bütünlüğünün ihlali halinde ise mekanik veya psişik bir etki ve güç meydana gelebileceği gibi, psişik bir müdahale ve güç sonucu da meydana gelebilir. Ayrıca ruh bütünlüğünün ihlalinde beden anatomisinde bir değişme meydana gelmemektedir. Burada daha çok zarar görenin duygu ve zeka yeteneklerinde bir değişme olmakta, ruh sağlığı bozulmaktadır¹⁹. Bir başka ifadeyle kişinin duygu, irade ve zeka yeteneklerinde değişiklik olmakta, ruh sağlığı ruhsal bütünlüğün ihlali halinde bozulmaktadır²⁰.

Borçlar Kanunu 54'üncü maddesinde bedensel zararın bir tanımını yapılmamış sadece bu zararları sayma yoluna gitmiştir. Madde metninde bedensel zararlar özellikle şunlardır ifadesi kullanılmıştır. "Özellikle" ifadesi kanun koyucunun bedensel zararları sayarken sınırlı bir sayma yoluna gitmediğinin; örnekleyici bir sayma yolunu tercih ettiğinin bir göstergesi olarak kabul edilmelidir. Borçlar Kanunu'nun 54'ncü maddesinde sayılan zararların kapsamında tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar yer almaktadır.

I. Tedavi Giderleri

Tedavi giderleri, zarar görenin sağlığına kavuşması için yaptığı tüm giderleri kapsar. Bu bağlamda, uygun neden sonuç bağı çerçevesinde davacın sağlığını koruma, çalışma gücünü yeniden kazandır-

¹⁷ Eren, s. 711.

¹⁸ Gökcan, Hasan Tahsin: Haksız Fiil Hukuku ve Maddi-Manevi Tazminat Davaları, Ankara, 2008, s. 539.

¹⁹ Eren, s. 712.

²⁰ Gökcan, s. 539.

ma ve kendi ihtiyaçlarını görme kabiliyetini artırma giderleri, doktora muayene ettirilme, doktorun göstereceği lüzum üzerine teşhis için gereken klinik ve laboratuvar muayenelerinin yaptırılması ve tedavisinin sağlanması, teşhis ve tedavi için gerekirse sağlık kurumuna yatırılması, tedavisi süresince gerekli doktor, hastabakıcı, hastane ameliyat, ilaç ve iyileştirme vasıtalarının, protez araç ve gereçlerinin sağlanması, takılması, muayene ve tedavi için başka yere, kaza yerinden hastaneye götürülme giderini kapsar²¹.

Tedavi giderleri arasında sadece zararın olumsuz sonuçlarını gidermek için yapılan giderler değil iyileşmesi mümkün olmayan bir sakatlık veya hastalığın artmasını önlemek için yapılması zorunlu giderler de yer alır²². Zarar görenin yakınlarının hastaneye gelip giderken yaptıkları ulaşım giderleri de bunlarla zarar gören arasında vekalet ilişkisinin bulunması halinde ödenecek tedavi giderlerine dahil olur. Buna karşılık vekalet ilişkisinin bulunmaması halinde, zarar görenin bu giderleri zarar olarak isteyebilmesi ancak kendisinin yakınlarına veya üçüncü kişilere karşı vekaletsiz iş görme ilişkisi içinde tazminat borçlusu olması halinde söz konusu olabilir²³.

Kişi bedensel bir zarara uğraması sonucunda sakat kalmışsa, yaşamını devam ettirmesi başkasının bakımını gerektirebilir. Bu durumda maddi zararın kapsamına bakıcı giderleri de dahil edilmelidir²⁴. Buna ilişkin olarak Yargıtay bir kararında, "...davacının vücudundaki kırıkları nedeniyle hastaneden çıktıktan sonra evinde bir süre daha bakım ve gözetime gereksinimi olduğu, bu durumun evlat veya yakınları için ek külfet oluşturacağı ve yardımcı kişi tutmayı haklı kılacağı gözetilerek yardımcı kişi ücretinin saptanması ve buna göre karar verilmesi gerekirken, davacının bakımını oğlunun ve gelinin yapabileceği kabul edilerek hüküm kurulması yanlıştır."²⁵

Tedavi giderlerinin ispatı bağlamında mümkün olan bilgi ve belgelerin tümünün mahkemeye ibraz edilmesi gerekirse de bunların mutlaka belgeye bağlanması şart değildir. İddia olunan tedavi har-

²¹ Kılıçoğlu, s. 404; Uygur, s. 2140; Eren, s. 533.

²² Eren, s. 712; Gökcan, s. 540.

²³ Eren, s. 713.

²⁴ Kılıçoğlu, s. 404.

²⁵ Yarg. 19. HD, T. 7.10.1994, E. 1655, K. 9098

camasının yapıldığı kanısına ulaşıyorsa, mahkemece bu harcama miktarı bilirkişi aracılığıyla araştırılmalıdır²⁶. Yani tedavi giderleri her türlü delille ispat edilebilecektir²⁷. Yargıtay bir kararında, "Tazminat davalarında tedavi ve bununla ilgili yol giderleri iş kaybı zararı ceza dosyasındaki delillerle ve her türlü delille ispat edilebilir. Mahkemece bilirkişi raporundaki görüş benimsenerek maddi zararın ispat edilemediği gerekçesiyle davanın reddedilmiş olması yasaya aykırıdır. Tedavi giderlerinin bu konuda uzman doktor bilirkişiye tespit ettirilmesi mümkündür."²⁸.

Tedavi giderlerin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmış olması da mümkündür. Bu durumda harcamayı yapan kurumlar alacak hakkına sahip olan zarar gören yerine zarardan sorumlu kişiye ya kendi özel yasalarındaki hükümlere dayanarak ya da Borçla Kanunu 61-62 hükmü gereğince rücu hakkını kullanabilecektir²⁹.

Sonuç olarak dikkate alınacak tedavi giderleri somut olayın özelliğine uygun olan giderler olmalıdır. Somut olayın gerektirdiği bir gider fiilen yapılmış olsa da hesaba katılmaz³⁰.

II. Çalışma Gücünün Azalması veya Kaybından Doğan Zarar

Çalışma gücü, zarar görenin iş gücünün yani beden ve fikir gücünün gelir getirici şekilde kullanılması demektir³¹. Burada önemli olan kazanç kaybı veya azalması değil, çalışma gücünün kaybı veya azalmasıdır. Bu kayıp veya azalmadan doğan olumsuz ekonomik sonuçlar zararı oluşturur³². Bir başka ifadeyle, bir kimsenin bedensel, ruhsal ya da zihinsel kabiliyetlerine bağlı olarak sağlamış olduğu ekonomik verimliliğinde ortaya çıkan zarardır. Çalışma gücünün azalması veya kaybı geçici olabileceği gibi, sürekli de olabilir.

²⁶ Yarg. 4.HD, T. 30.5.1996, K.4332, E. 4798

²⁷ Çelik, Ahmet: Tazminat Davalarında Geçici İş Göremezlik Zararları ve Tedavi Giderleri, 2004, s.165.

²⁸ Yarg. 4. HD, T.2.6.1994, K.1898, E. 5093.

²⁹ Kılıçoğlu, s. 404.

³⁰ Oğuzman/ Öz, s. 534.

³¹ Eren, s. 713.

³² Eren, s. 713.

A. Çalışma Gücünün Geçici Olarak Kaybı

Hükümün verileceği anda zarar gören tamamen iyileşmiş, çalışma gücündeki azalma sona ermişse zarar; zarar görenin iyileşme anına kadar çalışmamasından doğan kazanç kaybından ibaret olur³³.

Çalışma gücünün geçici olarak kaybında kazanç kaybının hesabı çalışma gücünün muhtemel kayıp süresi dikkate alınarak yapılır³⁴.

B. Çalışma Gücünün Sürekli Olarak Kaybı

Zarar görenin çalışma gücü sürekli olarak azalmış ya da kaybolmuşsa zarar, geleceğe ilişkin farazi bir zarar olarak hesaplanır³⁵. Gelecekteki zararın hesabında şahsın yaşına ve durumuna göre muhtemel çalışma süresi zaman içinde elde etmesi muhtemel gelir dikkate alınır³⁶. Bununla birlikte gelecekteki zararın hesaplanmasında başlıca etken olabilecekler ise³⁷;

Beden ve ruh tamlığının ihlal biçimi ile derecesi; sakatlığın hastalığın çeşidi ve derecesi göz önünde tutulmalıdır.

Beden ve ruh tamlığı ihlallerinin zarar görenin sanat ya da mesleğine yapmış olduğu etki ve bunun oranı göz önünde tutulmalıdır.

Bedensel zarar sonucu, zarar görenin çalışma gücünü hangi oranda kaybettiği; zararın hesaplanmasında önemli bir unsur olacaktır. Kayıp oranı zarar gören organ veya vücut kısmının türü göz önünde tutularak belirli tıbbi kurallara göre tespit edilebilir. Bunun yanında zarara uğramış olan organın zarar gören bakımından gelir sağlama-sındaki etkisinin de göz önünde tutulması gerekir. Örneğin, bir ayağın kesilmesinin futbolcunun çalışma gücüne etkisi ile bir yazara olan etkisi aynı değildir. Bu nedenle kişilerin durumlarının her olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilerek zararın hesabı gerekir.

Zararın tayininde ayrıca zarar görenin elde ettiği ve elde edebileceği gelirler de rol oynar. Zarar tayininde esas alınacak gelir zarar veri-

³³ Reisoglu, Safa: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), İstanbul, 2010, s. 215; Eren, s.713.

³⁴ Oğuzman/ Öz, s. 535.

³⁵ Eren, s. 713.

³⁶ Reisoglu, s. 215.

³⁷ Karahasan, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku (Genel Hükümler) Öğreti ve Yargıtay Kararları, İstanbul, 2003, s. 1181.

ci olayın gerçekleştiği andaki gelirdir³⁸. Ancak bu gelire zarar görenin ileriki yıllarda elde edeceği terfileri, ücret ve gelir artışları da eklenmelidir. Ayrıca zararın hesaplanmasında çalışma süresi ve yaşam süresi de hesaba katılmalıdır.

III. Ekonomik Geleceğin Sarsılması Zararları

Bedensel zarar dar anlamda çalışma gücünü azaltmamakla birlikte, zarar gören şahsın ekonomik gelişmesini zorlaştırmışsa bundan doğan maddi zararın da tazmini gerekir³⁹. Ekonomik geleceğin sarsılmasına yol açan olay, mağdurun geçici veya sürekli iş göremez derecede yaralanması nedeniyle ortaya çıkabilir. Zarar gören belirli bir meslek sahibi ve uğradığı zarar bu mesleğin sürdürülmesinde önemli olabilir. Bir başka ifadeyle bedensel zarar halinde bir kişi çalışma gücünü tam olarak korusa bile iş yaşamında ekonomik rekabette yeni bir iş bulmakta veya eski işini korumakta güçlük çekebilir veya aynı işte çalışsa bile eskisine oranla daha çok emek sarfetmek, daha çok dikkat ve çaba harcamak zorunda kalabilir⁴⁰. İşte meydana gelebilecek bu gibi durumlar zarar görenin ekonomik geleceğinin sarsılmasına yol açmaktadır. Bu yüzden zarar görenin zararı tazmin edilirken bu hususlarda da hesaba katılmalıdır.

Yargıtay bir kararında, “ ...davacının öğretmen olup elindeki yanıkların mesleğini yapmasına engel olmadığı bu durumun maaşında azalmaya da yol açmadığı ekonomik geleceğinin tehlikeye girmediği gerekçesiyle iş gücü kaybına dayalı tazminatın istemin reddine karar verilmiştir. Ancak davacının haksız fiil sonucu yaralanmasına bağlı olarak oluşan meslekte kazanma gücüne ilişkin kaybının işini yapmasına engel olmasa bile aynı işi meslektaşlarına oranla meydana gelen kayıptan dolayı daha fazla efor sarfederek yapmak zorunda kalması halinde zarar gerçekleşmiştir. Bu nedenle mahkemece davacının çalışma gücünün azalmasından kaynaklanan zararına yönelik isteminin yasal olmayan gerekçeyle reddi doğru görülmemiştir.”⁴¹.

³⁸ Eren, s. 715.

³⁹ Reisoglu, s. 216.

⁴⁰ Eren, s. 717.

⁴¹ Yarg. 11.HD, T.11.5.2006, K.3415, E. 5510

3. TAZMİNATIN TESPİTİ

I. Tazminat ile Zarar Arasındaki İlişki

Tazminatın kapsamını tayin eden temel unsur uğranılan zarardır. Borçlar Hukuku bağlamında haksız fiilin borç kaynağı olması yönüyle ilgilenilmektedir. Haksız fiilin borç doğurmasından amaç doğan zararın giderilmesidir⁴². Tazminat zararın üst sınırını oluşturur. Bu sınırın üzerinde tazminata hükmedilmesi söz konusu olmaz. Çünkü tazminatın amacı zararı gidermektir⁴³.

Tazminat zararın altında kalabilir. Tazminat davasında birinci aşama zararın hesabı, ikinci aşama ise tazminatın hesaplanmasıdır. Tazminatın hesaplanmasında indirim sebeplerinin dikkate alınması sebebiyle tazminat zararın altında kalabilir⁴⁴.

II. Tazminatın Şekli ve Kapsamı

Borçlar Kanunu'nun 51'nci maddesine göre, hakim tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler. Bu bağlamda tazminata genellikle para olarak hükmedilmektedir. Ancak kanunun bu düzenlemesi hakime para yerine başka bir tazmin şekline de karar verebilme olanağı tanımıştır.

Zararın tazmininde en çok iki yol karşımıza çıkmaktadır. Zararın para ödenerek giderilmesi söz konusu ise nakden tazmin; para ödenmesi dışında bir yolla giderilmesi söz konusu ise bu tarzdaki tazmin aynen tazmin olacaktır.

Aynen tazmin halinde haksız fiilden önceki durum yeniden ve aynen tesis olunur⁴⁵. Bu durumda zarar görenin malvarlığının eski haline getirilmesi için para ödenmesi dışında bir yol izlenecektir. Örneğin, zarar verilen malın tamir edilmesi veya yok edilen bir malın bir eşinin verilmesi gibi hallerdir.

Nakden tazminde ise, zararın para ile ödenerek giderilmesi kararı na hükmedilmektedir. Bir başka ifadeyle nakden tazmin zarar görenin

⁴² Kılıçoğlu, s. 410.

⁴³ Oğuzman/ Öz, s. 548.

⁴⁴ Kılıçoğlu, s. 411.

⁴⁵ Reisoğlu, s. 169.

malvarlığında meydana gelen azalmanın değer olarak karşılanması anlamına gelmektedir⁴⁶. Nakden tazmin peşin olarak ödeme şeklinde yapılabileceği gibi irat biçiminde de yapılabilir.

Bedensel bütünlüğün ihlali halinde çalışma gücünün azalmasında doğacak zararın karşılanmasında irat şeklinde tazminata karar verilmesi tercih edilebilir⁴⁷. Ancak irat şeklinde ödenecek tazminat belirli aralıklarla uzun sürede bazen ömür boyunca ödeneceği için ileride alacaklının hakkını elde etmesi tehlikeye düşebilir. Bu tehlikeyi önlemek için, Borçlar Kanunu'nun 51/2'ye göre tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilirse borçlunun güvence göstermekle yükümlü olacağı hüküm altına alınmıştır.

III. Tazminatın Kapsamını Etkileyen Unsurlar

A. Kusurun Ağırılık Derecesi

Borçlar Kanunu'nun 51/1'nci maddesine göre hakim tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirleyecektir. Böylece Borçlar Kanunu kasten bir zarara sebep olan şahsın tazminat borcuyla dikkatsizlikle zararın doğmasına yola açan kişinin sorumluluğu arasında bir fark yaratma, hafif kusur halinde tazminatın miktarını azaltma imkanını hakime tanımıştır⁴⁸. Bir başka ifadeyle, bir haksız fiili kasten işleyen kimse ile aynı haksız fiili hafif bir ihmali sonucu işleyen bir kimsenin aynı miktarda tazminata mahkum edilmesi adil bir sonuç doğurmamaktadır. Diğer yandan kusurun var olup olmadığı tartışılacak olaylarda tazminatı düşük tutma imkanı olmayınca hakimlerin tazminata hiç karar vermeme eğilimi göstermeleri ihtimali vardır. Kusurun hafifliği gerekçesi ile tazminatı düşük tutma imkanı bu ihtimali de önleyebilir⁴⁹.

Bununla birlikte Borçlar Kanunu kusurun ağırlığını tazminat miktarının tayininde ölçü olarak aldığına göre, zararın hesabından sonra sorumlu kişinin kusuru ağır ise tazminat zarar miktarına eşit olabilir.

⁴⁶ Oğuzman/ Öz, s. 549.

⁴⁷ Oğuzman/ Öz, s. 549.

⁴⁸ Reisoğlu, s. 171.

⁴⁹ Oğuzman/ Öz, s. 549.

Sorumlu kişinin kusuru hafif ise hükmedilecek tazminat miktarı zarara denk olmayabilir⁵⁰.

Borçlar Kanunu'nda tazminatın belirlenmesinde rol oynayan somut olayın niteliği ve kusurun ağırlığını sadece tazminat miktarının belirlenmesinde değil, tazminatın şeklini belirlerken de göz önünde tutulması gereken bir unsur olarak dikkate alınmalıdır⁵¹. Bu bağlamda hakim somut olayın niteliğini ve kusurun ağırlığını göz önünde tutarak sorumlu kişiyi parasal bir tazminata değil verdiği zararı aynen tazmin etmeye mahkum edebilir.

B. Zarara Uğrayanın Rızası

Zarara uğrayan kişi haksız fiili ve sonuçlarını kabul etmiş ise meydana gelen sonuçtan faili sorumlu tutmak mümkün değildir. Bu nedenle böyle bir durumun varlığı halinde hakim tazminatın indirilmesine karar verebilir⁵². Borçlar Kanunu'nun 52/1'e göre tazminat miktarının indirilmesine ilişkin olarak zarar görenin, zararı doğuran fiile razı olması durumunda hakimin tazminatı indirebilmesine veya tamamen kaldırabilmesine olanak sağlamıştır.

Ancak rıza her durumda hakimin bu takdir yetkisi kullanmasına izin vermez. Zarar verenin davranışı, zarar görenin razı olduğu sınırı aşmışsa bu takdirde fiil hukuka aykırı olarak kabul edilir ve sorumluluğa yol açar⁵³. Zarar rıza beyanının uygun sonucu olmalıdır. Sadece rıza beyanı ile uygun illiyet bağı içinde bulunan zararların tazmini taleplerinde tazminattan bu sebeple indirim yapılabilir. Diğer yandan somut olayda zarar rızanın sonucu değilse, bu rıza zarar doğuran fiilin işlenmesine yol açacak nitelikte olsa bile, tazminattan indirim sebebi olmamalıdır⁵⁴.

Borçlar Kanunu'nda düzenleme alanı bulan zarar görenin zarara razı olması durumu ile Medeni Kanunu'nun 24/2'de yer alan rıza halleri birbirinden farklılık gösterir. Kılıçoğlu'na göre Medeni Kanun'un 24/2 de öngörülen rıza koşulları varsa bu durum bir

⁵⁰ Kılıçoğlu, s. 412.

⁵¹ Kılıçoğlu, s. 412.

⁵² Önen, Turgut: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Ankara, 1999, s. 148.

⁵³ Oğuzman/ Öz, s. 553.

⁵⁴ Oğuzman/ Öz, s. 553.

hukuka uygunluk sebebi oluşturur. Bu durumda haksız fiil borç doğurmaz ve sorumluluk gündeme gelmez. Sorumluluk olmadığı içinde tazminat ve bundan indirim sebebi de söz konusu olmaz. Borçlar Kanunu'nda düzenlenen rıza hukuka uygunluk sebebinin koşularını taşımayan rızadır⁵⁵.

C. Zarar Görenin Birlikte Kusuru

Zarar görenin makul bir insandan beklenen davranışta bulunmaması olarak zararın meydana gelmesinde veya artmasında etkili olmasına birlikte kusur denir⁵⁶. Bir başka ifadeyle zararın meydana gelmesinde veya artmasında zarara uğrayan kimse de kusurluysa, yani zarara uğrayan kimse normal bir insanın kendi menfaatlerini korumak için sakınması gerekli bir eylemde bulunmuşsa bu durumda birlikte kusurun varlığından söz edilir⁵⁷.

Borçlar Kanunu'nun 52/1'e göre, zarar gören, zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş veya tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise bu durumda hakim tazminattan belli bir oranda indirim veya tamamen kaldırabilme yetkisine sahiptir. Bu düzenlemeden hareketle zarar görenin kusurlu davranışının derecesine göre birlikte kusurun varlığı iki tür etki gösterebilir;

İlk olarak, zarar görenin birlikte kusuru zararın meydana gelmesinde başlıca etken ise zarar verenin sorumluluğunun kalkması haklı olarak kabul edilebilir. Bu durumda zarar verenin sorumluluğu için gerekli olan fiille zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmadığı veya kesildiği söylenebilir⁵⁸.

İkinci olarak da zarar görenin kusurlu davranışları ağır nitelikte değilse, haksız fiil faili doğan zarardan sorumlu olacaktır. Ancak bu durumda zarar görenin kusurlu davranışları hükmedilecek tazminat miktarının indirilmesine ya da tazminat isteminin tamamen reddine yol açacaktır⁵⁹.

⁵⁵ Kılıçoğlu, s. 413.

⁵⁶ Tekinay, Selahattin/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul, 1993, s.594 vd.

⁵⁷ Reisoglu, s. 172.

⁵⁸ Oğuzman/Öz, s. 554; Kılıçoğlu, s. 413; Önen, s. 149.

⁵⁹ Oğuzman/Öz, s. 554; Kılıçoğlu, s. 413; Önen, s. 149.

Birlikte kusur zararın doğmasına yol açabileceği gibi, zararın artmasına da yol açabilir. Özellikle zarar görenin tahrik oluşturan fiilleri şeklinde ortaya çıkan durumlarda zararın doğumunda birlikte kusurun varlığından söz edilir⁶⁰. Birlikte kusurun zararın artmasında etkili olabileceği haller ise daha çok bedensel zararın varlığı halinde zararın artmasını önleyecek tedbirlerin alınmamasında ortaya çıkar. Alınacak tedbir zarar gören için bir tehlike teşkil etmiyorsa ve makul bir insandan bu tedbire başvurusu beklenirse zarar görenin aksine bir davranışı birlikte kusurun doğmasına yol açacaktır⁶¹.

D. Zarar Verenın Ekonomik Durumu

Borçlar Kanunu'nun 52/2'nci maddesine göre zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödemediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hakim tazminatı indirebilir.

Kural olarak zarar verenin bu madde hükmünden yararlanabilmesi için iki unsurun varlığı aranır;

İlk olarak zarardan sorumlu olan kişinin ağır kusurunun bulunmaması gerekir. Bir başka ifadeyle zarar veren, kasıtlı hareket etmemiş ve zararın meydana gelmesinde ağır bir ihmali yoksa zarar verenin, zararın tamamından sorumlu tutulması hakkaniyete aykırı olur. İkinci olarak, zararın tamamının tazminine hükmedilmesinin sorumluyu zor duruma düşürecek olması halinde de tazminatta indirim uygulanabilir. Her ne kadar zarara görenin zararının tamamı zarar veren tarafından giderilmek gerekiyorsa da bazı hallerde bu durum zarar verenin zor duruma düşmesine neden olabilir. Burada sözü edilen zor durum zarar görenin ekonomik açıdan muhtaç duruma düşmesi, işini ve düzenini kaybetmesi olarak anlaşılmalıdır⁶².

Burada dikkat edilmesi gereken husus ise Borçlar Kanunu'nun 52/2'nci fıkrasının uygulandığı hallerde 1'inci fıkradan farklı olarak tazminat talebinin reddine karar verilemeyecektir. Burada sadece indirim sebebi söz konusu olabilecektir⁶³.

⁶⁰ Kılıçoğlu, s.414.

⁶¹ Oğuzman/Öz, s. 555.

⁶² Kılıçoğlu, s. 416.

⁶³ Kılıçoğlu, s. 415.

4. DEĞİŞİKLİK DAVASI

Hüküm taraflarca mahkemeye sunulan vakıalara göre verilir. Bu vakıalar kural olarak hükmün verilmesinden sonra da değişmeyen vakılardır. Bu nedenle verilen kesin hükmün değiştirilmesi söz konusu olmaz. Ancak bazı hallerde hükmün temelini oluşturan vakıalar hükmün verilmesinden sonra değişebilir. Bu ise hükmün daha sonraki koşullara uyması sonucunu doğurur. İşte bu tür değişikliklerin olabileceği hallerde değişiklik davası açılması kabul edilerek verilen hükmün değişen koşullara uygun olarak tekrar gözden geçirilmesi ve yeni koşullara göre yeni bir hükmün verilmesi sağlanır⁶⁴.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bu davaya ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktadır. Değişiklik davası Alman Usul Kanunu'nda düzenlenmiştir. Ancak maddi hukuka ilişkin münferit düzenlemelerde, değişiklik davasının uygulanma biçimini oluşturan hükümler bulunmaktadır.

Değişiklik davası, hükmün verilmesinden sonra hükmün temelini oluşturan vakıaların değişmesi sebebiyle değişen koşullara göre hükmün değişmesini sağlayan bir davadır⁶⁵. Bir başka ifadeyle, maddi hukukun açıkça izin verdiği hallerde kesin bir biçimde hükme bağlanmış bulunan bir davada hükmün verilmesi sırasında gözetilen koşulların öngörülemez bir boyutta ve esaslı bir biçimde değişikliğe uğramış olması sebebiyle kısmen ya da tamamen işlevselliğini kaybetmiş olan hükmün, değişen şartlara uyarlanmasını sağlamak amacıyla açılan dava değişiklik davası olacaktır.

I. Değişiklik Davasının Yargılama Hukukundaki Yeri

Borçlar Kanunu'nun 75'inci maddesinde yer alan düzenleme tazminat hükmünün değiştirilmesine yöneliktir. İlgili düzenlemeye göre, bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hakim kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilecektir. Değişiklik davasının yargılama hukukundaki yerini tespit ederken bu madde düzenlemesinde yer alan ifadeler yol gösterici niteliktedir.

⁶⁴ Pekcanitez, / Atalay, / Özekes, s. 730.

⁶⁵ Pekcanitez, / Atalay, / Özekes, s. 375.

Madde metninde yer alan "...kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde tazminat hükümünün değiştirilebileceği..." ifadesi ile kesinleşmiş bir mahkeme kararının varlığı ve bunun sonucunda gidilebilen bir hukuki çare olarak değişiklik davasının açılabilmesi sonucu ortaya çıkmaktadır.

A. Değişiklik Davasının Hukuksal Çare Olabilme Özelliği

Değişiklik davası kararın kesinleşmesinden sonra gidilebilecek dar ve teknik anlamda bir kanun yolu değildir. Medeni usul hukukunda tarafların özel hukuka ilişkin hakları söz konusu olduğundan kanun yolu kontrolü kendiliğinden değil ancak taraflardan birisinin başvurusu üzerine yapılır. Mahkeme kararlarına karşı, tarafların karşı koyabilecekleri bazı başvuru olanakları düzenleme alanı bulmuştur. Bu başvuru olanaklarına hukuki çare denir⁶⁶. Değişiklik davası ancak hukuki çare olarak değerlendirilebilecek bir dava olarak kabul edilebilir. Ancak hukuki çare ve kanun yolu birbirlerinden tamamen ayrılabilen kavramlar değildir. Geniş anlamda kanun yolu hukuki çareyi de kapsar bir nitelik taşır. Kanun yolu ise, davanın taraflarına tanınan bir hukuki yoldur ve bununla yanlış olan kararların daha doğru bir ifadeyle yanlış olduğu iddia edilen kararların tekrar incelenmesi ve değiştirilmesi sağlanır⁶⁷. Kanun yolu da kendi içerisinde geniş anlamda kanun yolu ve dar anlama kanun yolu olmak üzere ikiye ayrılır⁶⁸.

Geniş anlamda kanun yolundan anlaşılması gereken mahkemelelerin her türlü yargısal kararlarının bir üst derece yargı yerince gözden geçirilmesini ve gerekiyorsa yargılama yapıp yeni bir karar alınmasını öngören hukuki yol olarak kabul edilir.

Dar ve teknik anlamda kanun yolu ise, mahkemelerin yalnızca nihai kararlarının bir üst derece yargı yerince gözden geçirilmesini gerekiyorsa yeniden yargılama yapıp yeni bir karar verilmesini he-

⁶⁶ Pekcanitez, / Atalay, / Özekes, s. 738.

⁶⁷ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 585; Pekcanitez, / Atalay, / Özekes, s. 738; Karlı, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, 2011, s. 657; Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul, 2009, s.506; Postacıoğlu, İlhan: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul, 1966, s. 517.

⁶⁸ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 585; Pekcanitez, / Atalay, / Özekes, s. 738; Karlı, s. 657; Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s.506; Postacıoğlu, s. 517.

defleyen hukuki bir yoldur. Bir hukuksal çare türünün dar ve teknik anlamda kanun yolu sayılabilmesi için aktarıcı etki ve erteleyici etkiye aynı anda ve birlikte sahip olması gerekir. Aktarıcı etki ile kastedilen, kararın bir üst mahkeme tarafından incelenmesidir. Erteleyici etki ise, nihai karar aleyhine kanun yoluna başvurulması halinde hükmün şekli anlamda kesinleşmesinin önlenmesidir⁶⁹. Değişiklik davası ilk derece mahkemesinde hakimin bedensel zararı tam olarak belirleyememesi halinde kanunu tazminat hükmünü değiştirme yetkisi vermesi sonucunda açılan bir dava olması nedeniyle erteleyici ve aktarıcı etkiye sahip değildir. Bu nedenle değişiklik davası dar ve teknik anlamda bir kanun yolu olarak kabul edilemez.

Kesinleşmiş bir mahkeme kararının varlığı değişiklik davasının maddi anlamda kesin hükmün istisnası olarak kabul edilmesine yol açar. Bu nedenle kesin hükmün incelenmesinde yarar vardır.

B. Kesin Hüküm

Yargılama faaliyeti, taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona erdiren maddi gerçeğe ulaşmayı hedefler. Yargılama faaliyeti sonucunda verilen hüküm ile tespit edilen adli gerçek maddi gerçeğe örtüştüğü ölçüde adaletin hukuk güvenliğinin toplumsal barış ve düzenin sağlanması olanaklı olur⁷⁰.

Kesin hüküm kişiler arasındaki uyuşmazlıkların kesin bir biçimde çözümlenmesidir. Kesin hükmün amacı⁷¹;

Kişiler arasındaki uyuşmazlıkların kısa sürmesi yani davaların sonsuz bir şekilde devam etmemesi mahkeme kararlarına ancak belirli bir dereceye kadar itiraz olanağı tanınması ve kanunla belirlenen bu dereceden sonra mahkeme kararlarına kesin ve itiraz edilemez bir nitelik verilmesidir. Mahkeme kararına tanınan bu nitelik sayesinde karara bağlanmış bir uyuşmazlık ne doğrudan doğruya bir dava konusu olarak ne de başka bir uyuşmazlıkta gerek bekletici sorun veya def'i yolu ile ileri sürülmek suretiyle tekrarlanamaz

⁶⁹ Pekcanitez, / Atalay, / Özekes, s. 739.

⁷⁰ Yasan, Candan: " Kesin Hükmün Zaman İtibariyle Etkisi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, Özel S. 2009, s. 651-686.

⁷¹ Arslan, Ramazan: "Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği", Ankara Barosu Dergisi, 1988/5-6, s.722-737.

Kesin hükümün kabulü ile ulaşılmak istenen ikinci amaç uyumsuzlukları bütün bir gelecek için kesin olarak sona erdirmektir. Bu amacın gerçekleşmesi için aynı konuda çelişen kararların ortaya çıkmasına engel olmak gereklidir. Bunu sağlamanın yolu da belirli koşullar altında mahkeme kararlarına adli gerçeklik gücü tanımaktır.

Kesin hüküm hem kişiler hem de devlet için hukuki durumda istikrar yaratır. Kesin hüküm bu amacını şekli anlamda kesin hüküm ve maddi anlamda kesin hüküm ile sağlayabilir⁷².

Şekli anlamda kesin hüküm, henüz kesinleşmemiş olan mahkeme kararlarına karşı gidilebilecek kanun yollarının tüketilmesidir. Şekli anlamda kesin hükümün amacı belli bir mahkeme kararına belli bir noktadan sonra itiraz edilmesini önlemek ve kararın öngördüğü duruma kesinlik kazandırmaktır⁷³.

Maddi anlamda kesin hüküm ise, mahkemelerin yargısal kararlarına tanınan kanuni gerçeklik niteliğine denir⁷⁴. Şekli anlamda kesin hüküm maddi anlamda kesin hükümün ön koşuludur. Maddi anlamda kesin hükümün amacı şekli anlamda kesin olan bir hükümün kanunun öngördüğü hukuki durumun bir noktadan sonra fiili gerçekle örtüştüğünün kabulüdür.

Hukuki barışın ve güvenliğin sağlanması, ayrıca mahkeme kararlarına güvenin temini amacıyla uyumsuzlukların gelecek için kesin olarak çözümlenmesi gerekir. Bu nedenle maddi anlamda kesin hüküm taraflar arasındaki uyumsuzluğu gelecek için kesin olarak çözümlenmeyi amaçlar⁷⁵. Ancak bazı davalar hakkında hüküm verirken mevcut koşullar hüküm verildikten ve kesinleştikten sonra değişebilir. Bu durumda verilen kesin hükümün değişen koşullara uydurulması amacıyla değişiklik davası açılabilir. İşte bu bağlamda değişiklik davası maddi anlamda kesin hükümün bir istisnasını oluşturmaktadır.

⁷² Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 665.

⁷³ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 666; Pekcanitez, / Atalay, / Özkes, s. 712; Karlı, s. 512; Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s.506

⁷⁴ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 667; Pekcanitez, / Atalay, / Özkes, s. 714; Karlı, s. 512; Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s.506

⁷⁵ Pekcanitez, / Atalay, / Özkes, s. 729.

II. Değişiklik Davasının Kapsamı

Bedensel zarar, bir kimsenin gerek bedeninde gerekse ruh bütünlüğünde meydana getirilen zarardır⁷⁶. Bir başka ifadeyle zarar görenin beden ve ruh bütünlüğünün maddi veya manevi bir zarar meydana getirecek şekilde bozulmasına, bedensel zarar denir⁷⁷. Yapılan bu tanımlardan da anlaşılacağı gibi, bedensel zarar, ya beden bütünlüğünün ihlali şeklinde ya da ruh bütünlüğünün ihlali şeklinde olabileceği gibi; bu zararların birbirlerini etkilemesi sonucu da ortaya çıkabilir.

Bedensel zarar sonucunda bir kimsenin sadece bir maddi zararının varlığından bahsedilemez. Maddi zararın yanında bir kimsenin ruh bütünlüğüne ilişkin olarak manevi zararın olması da mümkündür. Bu durum kişinin maddi kişisel varlığına yani bedensel bütünlüğüne bir saldırı sonucu ortaya çıkmaktadır. Borçlar Kanunu'nun 56'ncı maddesinde düzenleme alanı bulmuştur. İlgili maddeye göre, hakim bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda olayın özelliklerini göz önünde tutarak zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilecektir. İlgili düzenleme dikkate alındığında bedensel zararın, manevi zarar ile olan ilişkisinin varlığı tespit edilebilir. Ayrıca tazminat hükmünün değiştirilmesine ilişkin olarak açılan değişiklik davasının Borçlar Kanunu'nda düzenlendiği yer bakımından da manevi tazminatı kapsar bir nitelik taşır. Tazminat hükmünün değiştirilmesi madde başlığı ile 75'inci maddede düzenlenmiştir. Manevi tazminata ilişkin düzenleme ise Borçlar Kanunu'nun 56'ncı maddesinde düzenleme alanı bulmuştur. Bu bağlamda da değerlendirildiği zaman maddelerin düzenleniş yerleri sayesinde tazminat hükmünün değiştirilmesinde esas alınan bedensel zarar ifadesi ile manevi zararı da kapsayan bir sonuç çıkacaktır.

Sonuç olarak madde metninde yer alan "bedensel zarar" ifadesiyle kastedilenin maddi zarar yanında manevi zararı kapsar nitelikte anlaşılması gereklidir.

Tartışma konusu olan bir diğer nokta ise sadece bedensel zararın artması halinde mi değişiklik davasının açılacağı sorundur. Bedensel zararın azalması halinde de değişiklik davasının açılabilmesi söz konusu olabilecek midir?

⁷⁶ Uygur, s. 2139.

⁷⁷ Eren, s. 711.

Borçlar Kanunu'nun 75'inci maddesinde bedensel zararın kapsamının karar verme sırasında tam olarak belirlenememesi halinde bu dava açılabilir. İlgili düzenlemede sadece bedensel zararın kapsamının belirlenemediği haller bakımından bu davanın açılması düzenlenmiş; zararın kapsamına ilişkin olarak zararın artması veya azalması bağlamında bir sınırlamaya gidilmemiştir. Bu bağlamda bu davayı zararın artması halinde zarar gören açabileceği gibi; zararın azalması halinde zarar veren tarafta açılabilir.

III. Değişiklik Davasının Açılması İçin Öngörülen Süre

Borçlar Kanunu'nun 75'inci maddesinde değişiklik davasının açılabilmesi için öngörülen süre belirlenmiştir. İlgili maddeye göre bu süre kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde tazminat hükümünün değiştirilmesine imkan sağlayacaktır. Söz konusu olan iki yıllık sürenin niteliği konusunda bir belirlemede bulunulmalıdır. Bu bağlamda sürenin hak düşürücü süre mi yoksa zamanaşımı şeklinde mi değerlendirmek gerektiği büyük önem taşır.

Kanun koyucu bir hakkın belirli süre geçtikten sonra talep ve takip edilmemesi konusunda tercihi iki şekilde kullanabilir⁷⁸. Bu süre ya zamanaşımı olarak ya da hak düşürücü süre olarak öngörülebilir. Zamanaşımı, belirli bir süre içinde alacaklının alacağını elde etmek hususunda hareketsiz kalması yüzünden borçluya ifadan süresiz kaçınma hakkı verir⁷⁹. Bir başka ifadeyle zamanaşımı bir borç ilişkisini ve bu ilişkiden doğan borcun muaccel hale gelmesinden itibaren kanunda öngörülen belirli bir sürenin geçmesini gerektirir⁸⁰. Hak düşürücü süre ise, bir borç ilişkisini ve alacak hakkının varlığını değil, bir hukuksal durumun meydana gelip gelmemesini taraflar arasında bir hakkın doğumuna yol açan hukuksal ilişkinin kurulup kurulmamasını etkiler⁸¹. Bir başka ifadeyle, sürenin geçmesi ile hakkın gerçekten düştüğü kurum hak düşürücü süre olacaktır.

⁷⁸ Kılıçoğlu, s. 847.

⁷⁹ Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 2011, s. 621

⁸⁰ Kılıçoğlu, s. 847.

⁸¹ Kılıçoğlu, s. 847

Hak düşürücü süre ile zaman aşımı arasında bunların hukuksal yapılarından kaynaklanan bazı önemli farklar vardır⁸²:

Zamanaşımı borcu eksik borca çevirdiği halde; hak düşürücü süre hakkı sona erdirir.

Zamanaşımı ileri sürülmedikçe hakim tarafından dikkate alınmaz. Hak düşürücü süre ise ileri sürülme dahi hakim tarafından dikkate alınır.

Zamanaşımı sadece borçlu tarafından ileri sürülebildiği halde, hak düşürücü süre taraflar veya ilgili herkes tarafından ileri sürülebilir.

Zamanaşımının durması veya kesilmesi söz konusu olduğu halde, hak düşürücü sürenin durması veya kesilmesinden söz edilemez.

Tazminat hükmünün değiştirilmesine ilişkin olan Borçlar Kanunu'nun 75'inci maddesi değerlendirildiği zaman hakim kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde tazminat hükmünü saklı tutma yetkisine sahiptir. Bu sürenin tespiti bağlamında kanun hakime açıkça yetki vermiştir. Hak düşürücü süreye ilişkin yapılan bu değerlendirmelerin "iki yıllık" süre içinde geçerli olduğu kabul edilmelidir.

IV. Değişiklik Davasının Açılmasında Varlığı Gerekli Olan Koşullar

Değişiklik davası açılabilmesi için öncelikle bedensel zararın kapsamının karar verme sırasında tam olarak hakim tarafından belirlenemiyor olması gerekir. Burada hakimin tam olarak bir belirleme yapamaması halinden kastedilenin hukuki vasıflandırma veya hukuki bilginin saf kullanımı dışında kalan haller olarak anlaşılmalıdır.

Yargılama sadece hukuki vasıflandırma ve yalın hukuki bilginin kullanıldığı bir faaliyeti kapsamaz. Hayat ilişkilerinin ve uyuşmazlıkların çeşitli olması sonucu hakim çözmek zorunda olduğu uyuşmazlıkta hukuki bilgi dışında kalan teknik ve özel bilgiye de ihtiyaç duyabilir. Bu durumda hakimin bu konuda bilirkişinin görüşünü alması gerekir⁸³. Bilirkişi, tecrübe prensipleri hakkında hakimde eksik olan bilgiyi

⁸² Oğuzman, / Öz, s. 621; Kılıçoğlu, s. 847; Reisoğlu, s. 339; Önen, s. 234.

⁸³ Pekcanitez, / Atalay, / Özekes, s. 656.

veren ve bu tecrübe prensiplerine dayanarak sabit olan bir olaydan sonuçlar çıkaran veya kendi özel bilgisine dayanarak uyuşmazlık konusu olayları tespit eden kişidir⁸⁴. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266'ncı maddesine göre mahkeme çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verilebilecektir. Bununla beraber aynı maddenin ikinci cümlesinde hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamayacağına ilişkin düzenleme yapılarak bilirkişiye başvurunun sınırı belirlenmiştir. Bu bağlamda bir değerlendirmede bulunulacak olursa, bedensel zararın kapsamının hakim tarafından tam olarak belirlenememesi halinde, hakimin teknik ve özel bilgiyi gerektiren konularda bilirkişiye başvurmuş olmasına da rağmen hala tam bir belirlemeyi yapamaması halinde değişiklik davasına başvurulmalıdır.

Borçlar Kanunu'nda tazminat hükmünün değiştirilmesine ilişkin olarak yapılan düzenlemede hakimin tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabileceği düzenlenmiştir. Madde metninde kullanılan "saklı tutabilir" ifadesi bir tercih hakkı vermektedir. Ancak bu tercih hakkının nasıl değerlendirilebileceğine ilişkin olarak bir düzenleme Borçlar Kanunu'nun 75'inci maddesinde yer almamaktadır. Bu durumun açıklığa kavuşturulabilmesi bağlamında değişiklik davasının açılabilmesi diğer hallerinde incelenmesi gerekir. Bu düzenlemeler yol gösterici nitelikte olacaktır.

Türk Medeni Kanunu'nun çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik olarak yeni koşullara göre durumun değiştirilmesine ilişkin olarak düzenlenen 183'üncü maddeye göre, ana veya babanın başkasıyla evlenmesi başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması halinde hakim re'sen veya ana ve babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır. Bu düzenlemede değişiklik davasının uygulanma alanına girmektedir⁸⁵. Burada değişiklik davasının açılabilmesi için hakimin re'sen veya taraflardan birinin talebinin yeterli olduğu belirlenmiştir. Yani bu düzenlemede bir tercih hakkı vermektedir.

⁸⁴ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 429; Pekcanitez, / Atalay, / Özkes, s. 658; Karlı, s. 534; Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s.506.

⁸⁵ Pekcanitez, / Atalay, / Özkes, s. 730.

Borçlar Kanunu'nun 75'inci maddesinde saklı tutabilir ifadesiyle bir tercih hakkı yaratılmıştır. İşte bu tercih hakkının kullanılması bağlamında Türk Medeni Kanunu'nun 183 üncü maddesi de değerlendirildiğinde tarafların ve hakimın bunu kullanabilecekleri şeklinde bir sonuç ortaya çıkacaktır.

Tazminat hükmünün değiştirme yetkisinin sadece hakime bırakılmış olması Anayasa ile de güvence altına alınmış olan hak arama hürriyetinin de kısıtlanması anlamına gelecektir. Sadece hakim kararıyla anayasa bağlamında güvence altına alınmış olan bir hakkın sınırlandırılması hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmayacaktır. Bu bağlamda sadece hakime bırakılmış bir yetkiden bahsedilemez. Saklı tutulabilme ile tazminat hükmünün değiştirilebilmesinin tarafların talebi ve hakimın kullanabileceği bir yetki olarak anlaşılması gerekir.

Değişiklik davasının açılabilirdiği hallerde bu davalara karşı şartlarının varlığı halinde karşı dava da açılacaktır. Bu durumu engelleyen bir düzenleme mevcut değildir. Karşı davanın açılabilmesinin şartları Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 132'nci maddesinde sayılmıştır. İlgili maddeye göre, asıl davanın açılmış ve halen görülmekte olması ve karşı davada ileri sürülecek olan talep ile asıl davada ileri sürülen talep arasında takas veya mahsup ilişkisinin bulunması yahut bu davalar arasında bağlantının mevcut olması aranan şartlardır. Bu şartları taşıyan bir dava değişiklik davasına karşı dava olarak açılacaktır.

V. Değişiklik Davasının Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava Karşısındaki Durumunun Değerlendirilmesi

A. Değişiklik Davasının Belirsiz Alacak Davası Karşısındaki Durumunun Değerlendirilmesi

Bir alacak davasında davacı alacağın miktarını belirlemelidir. Davacı tarafından belirlenmiş olan bu alacak miktarının da talep sonucunda gösterilmesi gerekir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119/1-f'ye göre de davacı dava dilekçesinde açık bir şekilde talep sonucunu yazmak zorundadır. Ancak davacının bu talep sonucunu açık bir şekilde belirleyemediği haller de söz konusu olabilmektedir. Bu durum, davacının bazı olumsuz sonuçlar ile karşılaşmasına sebep olur.

Bu bağlamda belirsiz alacak davasının en önemli amaçlarından biri talep sonucunu tam olarak belirleyemeyen davacının yüksek yargılama giderlerine mahkum edilmesini önlemektir⁸⁶. Bununla birlikte belirsiz alacak davası ile davacı yanlış ya da düşük talepte bulunma riskinden de kurtulmuş olur. Belirsiz alacak davası davacının gereksiz masraf yapmasına ikinci bir dava açmasına ve çelişik hüküm verilmesine de engel olmaktadır. Bu anlamda usul ekonomisine de katkı sağlamış olacaktır⁸⁷.

Belirsiz alacak davası Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107/1'inci maddesinde düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarının ya da değerinin tam olarak belirlenmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkansız olduğu hallerde davacının hukuki ilişki ile asgari bir miktar veya değer belirterek belirsiz alacak davası açabilmesi kabul edilmiştir. Buna göre davacının bu tür bir dava açabilmesi için dava açacağı miktarı ya da değeri tam ve kesin olarak belirlemesi gerçekten mümkün olmamalı ya da alacağın objektif olarak imkanız olması gereklidir. Alacağın miktar ya da değeri davanın başında biliniyor veya tespit edilebiliyorsa bu yola başvurulmaz⁸⁸.

Buna göre belirsiz alacak davasının açılabilmesi için gerekli olan ilk koşul davacının dilekçesinde talep sonucunu belirleyemediği veya belirlemesinin imkansız olduğu bir durumun varlığıdır. Pekcanitez/Atalay/Özekes'e göre, talep sonucunun imkansız olması davacının talep sonucunu hiçbir şekilde belirleyemediği hallerden biri olarak gösterilebilir. Örneğin, zarar gören kişinin zararın sonuçlarının dava açtığı sırada tam olarak belirlemesinin mümkün olmadığı hallerde bu dava açılabilir. Yazara göre, diğer bir imkansızlık hali olarak hukuki bir durumun varlığı hali gösterilmiştir. Bu durumda davacının talep sonucunu belirleyebilmesi için gereken bilgilerin üçüncü kişi ya da davalıda olması gösterilmiştir. Örneğin hastaneden gördüğü tedaviden sonra zarar gören kişinin, davalının kusurunu bilmesi gerekir ki bu konuda talep edebileceği tazminat miktarının belirlemesi mümkün olabilsin. Belirsiz alacak davası açılabilmesi için gerekli olan ikinci

⁸⁶ Pekcanitez, / Atalay, / Özekes, s. 373.

⁸⁷ Pekcanitez, / Atalay, / Özekes, s. 374.

⁸⁸ Karşlı, s. 345; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 269; Pekcanitez, / Atalay, / Özekes, s. 376.

durum ise, talep sonucunun belirlenimin davacıdan beklenemeyecek olmasıdır. Bu bağlamda, Pekcanitez/ Atalay/ Özekes'e göre, bu durumda talep sonucunun belirlenmesinin ne zaman davacıdan beklenemez olduğu davacının talep sonucunu belirlemesi halinde yüksek bir yargılama gideri tehlikesi taşıması halinde söz konusu olacaktır⁸⁹.

Belirsiz alacak davasında talep sonucunun belirlenemiyor olması davacının dava dilekçesinde alacağının hiç göstermeyeceği anlamına gelmez. Davacı dava açarken belirleyebildiği bir asgari miktarı dava dilekçesinde göstermek zorundadır.

Belirsiz alacak davası açıldıktan sonra yargılama ırasında karşı tarafın verdiği bilgiler veya yapılan tahkikat sonucunda alacağın miktarının veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenmesi halinde davacı iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini arttırabilecektir (HMK.m. 107/2).

Ayrıca belirsiz alacak davasında zamanaşımı dava sonunda alacağın tümü için davanın açıldığı tarihte kesilmiş sayılacaktır. Ancak Kılıçoğlu, bu sonucu eleştirerek; zamanaşımının kesilmesi davanın açılmasına bağlanan bir maddi hukuk kuralı olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte, henüz dava konusu edilmeyen veya takip konusu yapılmayan taleplerin zamanaşımını kesmeyeceğini ifade etmiştir⁹⁰.

Belirsiz alacak davasında alacağı tahkikat sırasında belirlenen davacının ıslah yoluna başvurmadan veya karşı tarafın iznine gerek olmadan talep sonucunu arttırabilecektir.

Belirsiz alacak davası ve değişiklik davası için buraya kadar yapılan değerlendirmeler ışığında değişiklik davasının belirsiz alacak davasına karşı durumu tespit edilebilir. Bu bağlamda:

İlk olarak değişiklik davası sayesinde hükmün kesinleşmesinden sonra değişen koşullara uygun olarak yeniden gözden geçirilmesi ve yeni koşullara göre yeni bir hüküm verilmesi sağlanır⁹¹. Yani değişiklik davasının açılması halinde kesin bir hükmün varlığından söz edilebildiği halde, belirsiz alacak davasının açılmasında kesin bir hükmün varlığından söz edilemez. Aksi halde bu durum Hukuk Muhakemeleri

⁸⁹ Pekcanitez, / Atalay, / Özekes, s. 378.

⁹⁰ Kılıçoğlu, s. 856.

⁹¹ Pekcanitez, / Atalay, / Özekes, s. 375.

Kanunu'nun 114/1-i hükmü uyarınca aynı davanın daha önceden kesin hükme bağlanmamış olması şeklinde belirtilen dava şartına aykırılık oluşturacaktır.

İkinci olarak değışiklik davasında zararın kapsamının tam olarak belirlenemiyor olması hükmün kesinleşmesinden sonra da varlığını sürdürecektir. Belirsiz alacak davasında ise başlangıçta belirsiz olan alacak en geç ispat aşamasında; delillerin toplanması ya da bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da hakimin takdiri ile belirli hale gelebilmektedir⁹².

Üçüncü ve son olarak da kanunda açıkça belirlenen hallerde değışiklik davası açılabilirdiği halde belirsiz alacak davasının açılabilmesi için kanunda belirtilen koşulların varlığı yeterli olur.

B. Değişiklik Davasının Kısmi Dava Karşısındaki Durumunun Değerlendirilmesi

Kısmi dava, alacağın tamamının değil, sadece bir kısmının dava edildiği hallerde açılan bir davalardır. Davacı davasını açarken alacağının tamamını dava edebileceği gibi alacağının bir kısmını da dava edebilir. Davacı, hukuki menfaati bulunmak şartıyla alacağının bir kısmını da dava ederek geri kalan kısmını saklı tutabilir⁹³.

Ancak talep konusunun niteliği itibariyle bölünebilir olduğu durumlarda sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir (HMK.m.109/1). Ancak davacının davalıdan farklı hukuki ilişkilere dayanarak birden fazla talebi varsa, bunlardan sadece birini veya birkaçını talep ederek açtığı dava kısmi dava olmaz. Çünkü davacı farklı ilişkilere dayanarak kaynaklanan alacaklarını tam olarak istemektedir⁹⁴.

Bununla birlikte artık dava açılırken talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hali dışında, kısmi dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamın taşımaz (HMK.m. 109/3).

Kısmi dava halinde, dava açan davacının alacağının geri kalan kısmı için zamanaşımı kesilmemiş olacaktır. Ayrıca kısmi dava açan

⁹² Pekcanitez, / Atalay, / Özekes, s. 376.

⁹³ Karşlı, s. 341; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 278; Pekcanitez, / Atalay, / Özekes, s. 410.

⁹⁴ Pekcanitez, / Atalay, / Özekes, s. 376.

davacı, dava sırasında alacağıın geri kalan kısmını talep etmek isterse bunu ancak ıslah ya da karşı tarafın açık rızası ile yapabilecektir. Yine ıslah yoluyla talep sonucunu arttıran kısmi davanın davacısı dava tarihinden değil ancak ıslah tarihinden itibaren faiz talep edebilir⁹⁵.

Kısmi dava ve değişiklik davası için buraya kadar yapılan değerlendirmeler ışığında değişiklik davasının kısmi davaya karşı durumu tespit edilebilir. Bu bağlamda:

İlk olarak değişiklik davası sayesinde hükmün kesinleşmesinden sonra değişen koşullara uygun olarak yeniden gözden geçirilmesi ve yeni koşullara göre yeni bir hüküm verilmesi sağlanır⁹⁶. Yani değişiklik davasının açılması halinde kesin bir hükmün varlığından söz edilebilirdiği halde, kısmi davanın açılmasında kesin bir hükmün varlığından söz edilemez. Kısmi davanın açılabilmesi için gerekli unsur olarak ancak talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olmaması koşulu aranır. Aksi halde kesin hükmün varlığı kısmi dava için, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114/1-i hükmü uyarınca aynı davanın daha önceden kesin hükme bağlanmamış olması şeklinde belirtilen dava şartına aykırılık oluşturacaktır.

İkinci olarak değişiklik davasında zararın kapsamının tam olarak belirlenemiyor olması hükmün kesinleşmesinden sonra da varlığını sürdürecektir. Kısmi davada ise ilk açılan dava pilot dava olacak ve kısmi davada verilen hüküm açılacak ek davada kesin delil olacaktır⁹⁷.

Üçüncü ve son olarak da kanunda açıkça belirlenen hallerde değişiklik davası açılabilirdiği halde kısmi davanın açılabilmesi için kanunda belirtilen koşulların varlığı yeterli olur.

SONUÇ

Tazminat davasında önemli noktalardan biri zararın miktarının belirlenebilmesidir. Çünkü zarar tazminatın üst sınırını oluşturmaktadır. Ancak burada kastedilen tazminatın zarara eşit olması değildir. Zarar ancak tazminatın üst sınırının belirlenmesinde yol gösterici konumdadır.

⁹⁵ Pekcanitez, / Atalay, / Özekes, s. 412.

⁹⁶ Pekcanitez, / Atalay, / Özekes, s. 375.

⁹⁷ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 279.

Zararın belirlenmesi tazminatın belirlenmesine de katkı sağlayacaktır. Bu bağlamda hakim tazminatı belirlerken zararı esas alacak ve uğranılan zarara göre bir hüküm tesis edecektir. Tazminat belirlerken tek başına zarara göre bir değerlendirme yerine, yararların da hesaplandığı bir tazminat miktarı hakim tarafından hesaplanır. Zarar ve yarar miktarlarını ispatın mümkün olmadığı hallerde hakim takdir yetkisini kullanacaktır.

Değişiklik davası, hükmün verilmesinden sonra hükmün temelini oluşturan vakıaların değişmesi sebebiyle değişen koşullara göre hükmün değişmesini sağlayan bir davadır. Bir başka ifadeyle, maddi hukukun açıkça izin verdiği hallerde kesin bir biçimde hükme bağlanmış bulunan bir davada hükmün verilmesi sırasında gözetilen koşulların öngörülemez bir boyutta ve esaslı bir biçimde değişikliğe uğramış olması sebebiyle kısmen ya da tamamen işlevselliğini kaybetmiş olan hükmün, değişen şartlara uyarlanmasını sağlamak amacıyla açılan dava değişiklik davası olacaktır.

Değişiklik davası kararın kesinleşmesinden sonra gidilebilecek dar ve teknik anlamda bir kanun yolu değildir. Değişiklik davası ancak hukuki çare olarak değerlendirilebilecek bir dava olarak kabul edilebilir.

Hukuki barışın ve güvenliğin sağlanması, ayrıca mahkeme kararlarına güvenin temini amacıyla uyuşmazlıkların gelecek için kesin olarak çözümlenmesi gerekir. Bu nedenle maddi anlamda kesin hüküm taraflar arasındaki uyuşmazlığı gelecek için kesin olarak çözümlenmeyi amaçlar. Ancak bazı davalar hakkında hüküm verirken mevcut koşullar hüküm verildikten ve kesinleştikten sonra değişebilir. İşte, değişiklik davasının açılabilirdiği hallerde kesin bir hükmün varlığı söz konusudur. Bu bağlamda değişiklik davası maddi anlamda kesin hükmün bir istisnasını oluşturmaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 75'inci maddesinde bedensel zararın kapsamının karar verme sırasında tam olarak belirlenmemesi halinde bu dava açılabilir. Madde metninde yer alan "bedensel zarar" ifadesiyle kastedilenin maddi zarar yanında manevi zararı kapsar nitelikte anlaşılması gereklidir. Ayrıca ilgili düzenlemede sadece bedensel zararın kapsamının belirlenmediği haller bakımından bu davanın açılması düzenlenmiş; zararın kapsamına ilişkin olarak zararın artma-

sı veya azalması bağlamında bir sınırlamaya gidilmemiştir. Bu bağlamda bu davayı zararın artması halinde zarar gören açabileceği gibi; zararın azalması halinde zarar veren tarafta açabilecektir.

Değişiklik davası Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda genel olarak düzenlenmemiştir. Ancak belirsiz alacak davası açabilme imkanı tanınmış olması bu konuda en azından kanuni bir zemin oluşturulduğu anlamına gelmektedir. Ayrıca çeşitli kanunlarda değişiklik davası açabilme imkanı da düzenlenmiştir. Belirsiz alacak davasının değişiklik davası için hukuki bir zemin hazırlaması yanında farklılıkları da mevcuttur. Değişiklik davasının kesin bir hükme rağmen açılabilen bir dava olması belirsiz alacak davası ile arasındaki en büyük ayrımı yaratmaktadır. Diğer farklar da çalışmamızda yer aldığı şekildedir. Kısmi dava bakımından da değişiklik davası ile ilgili olarak aralarındaki ayrımın en keskin noktası belirttiğimiz noktalar ve bunun yanında kesin bir hükmün varlığı oluşturur.

Sonuç olarak değişiklik davası, zararın tazmini bağlamında hem zarar gören hem de zarar verene imkanlar sağladığı gibi; zararın tam ve kesin olarak tazminine olanak sağlaması sebebiyle de tazminat hukukunun en önemli ilkelerinden biri olan tazminatla zenginleşme yasasına da hizmet etmiş olacaktır.

KAYNAKLAR

- Akünel, Teoman: Haksız Fiil Zararlarından Doğan Denkleştirme Sorunu, İstanbul, 1997.
- Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul, 2009.
- Arslan, Ramazan: "Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği", Ankara Barosu Dergisi, 1988/5-6, s.722-737.
- Çelik, Ahmet: Tazminat Davalarında Geçici İş Göremezlik Zararları ve Tedavi Giderleri, 2004.
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), İstanbul, 2008.
- Gökcan, Hasan Tahsin: Haksız Fiil Hukuku ve Maddi-Manevi Tazminat Davaları, Ankara, 2008.
- Karahasan, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku (Genel Hükümler) Öğreti ve Yargıtay Kararları, İstanbul, 2003.
- Karslı, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, 2011.

- Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Ankara, 2012.
- Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder: Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2012.
- Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 2011.
- Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), İstanbul, 1995.
- Önen, Turgut: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Ankara, 1999.
- Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2012.
- Postacıoğlu, İlhan: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul, 1966.
- Reisoğlu, Safa: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), İstanbul, 2010.
- Tekinay, Selahattin/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul, 1993.
- Uygur, Turgut: Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara, 2003.
- Yasan, Candan: “ Kesin Hükümün Zaman İtibariyle Etkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, Özel S. 2009, s. 651-686.

VERGİ HUKUKUNDA MALİ MÜŞAVİRLERİN SORUMLULUĞU

RESPONSIBILITY OF FINANCIAL CONSULTANTS IN TAX LAW

Bünyamin ÇİTİL*

Özet: “Vergi hukuku’nda mali müşavirlerin sorumluluğu, 213 sayılı Yasa’nın mükerrer 227. maddesinde düzenlenmiş ve mali müşavirlerin şekli ödevlerini kusurlu bir şekilde yerine getirmemeleri nedeniyle ziyaa uğrayan vergi, ceza ve gecikme faizinden mükellefle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulacağı esası getirilmiştir. Borcun, vergiyi doğuran olayla doğmasına rağmen, tek yanlı bir tarh işlemine dayanması nedeniyle tahakkuk edip kesinleşmedikçe sorumluluk müessesesine başvurulamayacağı, borcun tahakkuktan sonra belirlenen vadesinde ödenmemesi üzerine alacaklı amme idaresince, mükellefle birlikte mali müşavire de sorumluluk hükümleri kapsamında ödeme emri düzenlenebileceği, sorumlunun ödenen vergi ve cezalardan dolayı adli yargı mahkemelerinde açacağı dava ile mükellefe rüce edebileceği, gecikme zammının sorumluluk kapsamında düşünülmemesi hakkında”

Anahtar Kelimeler; Borç, vergi, mali müşavir, sorumluluk, zarar, kusur, ödeme emri

Keywords: Dept, tax, financial advisor, commitment, damage, fault, payment order

GİRİŞ

Sorumluluk, uyulması gereken bir kurala uyulmaması sonucu doğan zararın, zarar veren tarafından karşılanması veya zarar verenle ailevi, kamusal ve sosyal nedenlere dayalı bağ nedeniyle, istisnai düzenlemelerle zararı karşılama zorunluluğu getirilen kişilerin zararı giderme yükümlülüğünü ifade eder. Sorumluluk; zarar verenin ku-

* Hakim, İzmir 4. Vergi Mahkemesi Üyesi

surunun bulunup bulunmadığına göre kusurlu ve kusursuz sorumluluk diye ikiye ayrılır. Kusurlu sorumlulukta, zarar verenin zarardan sorumlu tutulabilmesi için kast, ihmal veya unutkanlık gibi nedenlerle zararı oluşumuna sebebiyet vermesi gerekir. Kusursuz sorumlulukta ise zararın oluşumunda kusuru olmayan kişinin fiil ile zarar arasındaki illiyet bağının bulunması yeterlidir. Ancak kusursuz sorumluluktan bahsedilebilmesi için zarar ile fiil arasındaki illiyet bağının, mücbir sebep ve beklenmeyen hal veya üçüncü kişinin fiilleriyle kesilmemesi gerekir.

Ayrıca, sorumluluk zararın tek veya birden fazla kişi tarafından tazmin zorunluluğu yönüyle müteselsil sorumluluk ve bireysel sorumluluk diye de ayrıma tabi tutulabilir. Müşterek sorumluluk; birden fazla kişinin kusuru neticesinde zararın doğması halinde, zarar verenleri borçtan hissesi oranında sorumlu tutan bir sorumluluk türüdür. Kusur, zarara sebebiyet verenlerin ortak kastından doğabileceği gibi, ortak kasıt iradesi olmadan bir birinden bağımsız ihmaller zincirinin toplamından da meydana gelebilir. Hatta, kusurlu fiillerden, birinin kastı diğerinin ihmali ile zarar meydana gelmiş olsa da yine müşterek sorumluluk vardır¹. Müteselsil sorumluluk ise birden fazla borçlunun, haksız fiil nedeniyle doğan zarardan, belirli bir sıralamaya göre sorumlu tutulmasıdır. Müşterek sorumluluk ve müteselsil sorumluluğun birleştiği sorumlulukta ise borçluların tümü alacaklıya karşı aynı anda ve borcun tamamıyla sorumlu tutulur. Alacaklının, müşterek ve müteselsil borçlulardan birine dava açması diğer borçlu için de zamaşımını durdurur. Müşterek ve müteselsil sorumluluk bir dış ilişki sorumluluğudur. Borçlular arasında ise müteselsil sorumluluk yoktur. Borcu alacaklıya ödeyen, ödediği tutarı değil kusurunu aşan tutarı kusurlu olanlardan kusuru oranında talep eder. Borçlulardan biri için yapılan feragat ve ibra, diğer borçlular için de hüküm ifade eder. Rücu hakkı olan için yapılan bu gibi işlemler rücu edilen içinse hüküm ve anlam ifade etmez².

¹ Gürsoy, Kemal Tahir, *Birden Fazla Kimselerin Aynı Zarardan Sorumluluğu*, <http://www.google.c...m=bv.41248874,d.bGE-auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1973-30-01-04/AUHF-1973-30-01-04-Gursoy2.pdf>. s.62. _erisim, 19.01.2013

² Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E:2002/8575, K:2002/9454 sayılı karar, www.turkhu-kuksitesi.com.showthread.php?t_34041 Erisim 18.01.2013

I. VERGİ HUKUKUNDA MÜKELLEF

Devlet, İl özel İdaraları ve Belediyelerin yaptığı hizmetler karşılığında genel kamu giderlerine bireylerin mali gücüne göre katılımı vergilendirme ile olur. Tarh, tebliğ ve tahakkuk süreci vergilendirmenin aşamaları olup, salınan vergilerin tahsili ile de vergi borçlusu ile vergi alacaklısı arasında vergilendirme ilişkisi son bulur, somut vergi borcu ortadan kalkar³. Vergi alacağı, vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile doğar⁴. Vergi alacağının doğması demek, vergi borçlusu açısından da aynı anda vergi borcunun doğduğu demektir. O halde; vergi borcu, vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesi veya hukuki durumun tekemmülü tarihinde doğmuş denilebilir.

Vergi Hukuku'nda mükellef kavramı 213 sayılı Yasa'nın 8. maddesinde tanımlanmış olup, buna göre, Vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu terüttüp eden gerçek ve tüzel kişiler, verginin mükellefidir. Maddi yönüyle tanımlanan mükellef, Yasa'nın 157-257. maddelerinde düzenlenen mükellefin ödevleri ile ilgili hükümlerle de şekli görevler yönüyle tanımlanmıştır. Buna göre; mükellef, vergi ödeme gibi maddi ödevler yanında defter tutma, beyanname verme ve bildirimde bulunma gibi şekli ödevlere de sahiptir⁵.

II. VERGİ HUKUKUNDA SORUMLULUK VE TÜRLERİ

Mükellefle ilişkisi nedeniyle vergilendirme ile ilgili maddi veya şekli ödevleri yerine getirmekle yükümlü tutulan 3. kişi, vergi hukuku anlamında sorumludur. Kanundaki deyimiyle, verginin ödenme bakımından, alacaklı vergi dairesine karşı muhatap olan kişi vergi sorumlusudur. Bu sorumluluk, sorumluların ödediği vergilerden dolayı asıl mükellefe rücu etmek hakkını kaldırmaz(VUK/11. md.). Ancak bu sorumluluk vergi hukukundaki tüm sorumluluk hallerini tanımlayan ortak bir anlam ifade etmez. Vergi kanunlarındaki tüm sorumluluk halleri farklı özellikler taşımakla birlikte benzer yönleri birleştirildi-

³ Öncel, Mualla- Ahmet Kumrulu- Nami Çağan, *Vergi Hukuku*, 10. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002 s. 88.

⁴ 213 sayılı *Vergi Usul Kanunu'nun 19. maddesinde vergi alacağı tanımlanmış, olup vergi alacağı mükellef ve sorumlu açısından da aynı anda oluşmuş bir vergi borcudur.*

⁵ Gerçek, Adnan, *Türk Vergi Hukukunda Vergi Sorumlusu, Sorumluluk Halleri ve Türlerinin İncelenmesi*, A.Ü.H.F. Dergisi, Cilt 54, Sayı:3 2005, s.157-193

ğinde 3 başlık altında ele alınabilir. Vergi sorumlusu, 1) başkasının vergisini keserek ödemekten sorumlu olanlar, 2) başkasının vergisini kendi malvarlığından ödemek zorunda olan fer'i vergi sorumluları, 3) başkasının şekli ödevlerini doğru yapmaktan sorumlu olan vergi sorumlusu olarak üçe ayrılabilir.

A) Vergi Kesmekle Yükümlü Tutulan Vergi Sorumlusu

Vergi borcunun tahsili ve hazineye intikali için vergi mükellefinin bir başka vergi mükellefine yapacağı ödemelerden kesinti yapmakla zorunlu tutulması, ayrı bir vergi sorumluluğu türüdür. 193 sayılı Yasa'nın 94. maddesi buna örnektir. Bu tür sorumluların görevi vergi dairesi için ara ödeyici olma⁶. Bu sorumluların malvarlığında azalma olmaz. Sorumlu, vergi mükellefinden kesmeyi ihmal ettiği vergiyi, vergi dairesine ödedikten sonra vergi borcu için asıl mükellefe rücu etme hakkına sahiptir⁷. Vergi kesen durumundaki vergi sorumluları, mükellef adına vergi borcunu kesip vergi dairesine ödemekle sorumludur. Bu görevi yerine getirmedikleri takdirde kayba uğrayan vergi sorumlulardan ikmalen ya da re'sen tarhiyat yoluyla alınır. Burda vergi mükellefine yapılan vergilendirme işlemlerinin aynısı sorumlulara da yapılır. Bu görevlerini yerine getirmeme sonucu kesilen ceza ya da gecikme zamlarını ise mükellefe rücu edemezler⁸. Bunun nedenini ise bu tip ilişkilerde sorumlunun belirli bir ekonomik büyüklüğe sahip mükelleflerden, mükelleflerin ise örneğin, ücretli, vergiden muaf esnaf ve zirai mahsül teslim eden küçük çiftçiler gibi defter ve belge düzenine tabi olmayanlardan oluşmasıdır.

B) Fer'i Vergi Borçlusunu Durumundaki Vergi Sorumlusu

Üçüncü kişinin vergisini kendi malvarlığından ödemekten sorumlu olan vergi sorumlusu, asıl mükellefle birlikte veya onun yerine geçerek vergi borcunu kendi malvarlığından ödemek zorunda olan kişiyi ifade etmektedir⁹. Vergiyi doğuran olayla ilgisi olmadığı halde, asıl vergi borçlusunu ile birlikte veya onun yerine vergiyi kendi

⁶ Aksoy, Şerafettin, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, 5. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1999, s.36

⁷ Kaneti, Selim, *Vergi Hukuku*, 2. b, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989, s.82

⁸ Kırbaş, Sadık, *Vergi Hukuku*, Ankara, Eylül 1998, s.76-77

⁹ Gerçek, age s.159

malvarlığından ödeyen vergi sorumlusuna 'fer'i vergi borçlusu da denilmektedir¹⁰. Vergi hukukunda yer verilen bu müessese ile vergi alacağını güvence altına almak amaçlanmıştır. Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesinde yer verilen kanuni temsilcilerin durumu buna örnek verilebilir. Vergiyi doğuran olay, bu tür sorumluların kişiliğinde gerçekleşmemesine rağmen vergi sorumlusu bu vergileri kendi malvarlığından ödemek zorundadır.

C) Vergi Ödevlisi Durumundaki Vergi Sorumlusu

Başkasının şekli vergi ödevlerinin doğru yapılmamasından sorumlu olan vergi sorumlusu, mükellefle ilgili bir işlem yapılması veya onun şekli ödevlerinin yerine getirilmesi sırasında vergi kanunları ve diğer kanunlarda belirlenen usul ve esaslara uygun hareket etmekten sorumlu tutulan kişileri ifade etmektedir¹¹. Bu tür vergi sorumlusu, asıl mükellefin şekli ödevlerinin doğru yapılması yükümlülüğünü üzerine almıştır. Bu tür bir sorumluluk müessesesinin amacı mükellefle ilgili şekli ödevlerin doğru ve eksiksiz yapılmasını sağlamaktır. Bu tür sorumluluğu da kendi içinde ikiye ayırmak gerekir. Birincisi, mükellefin ödevlerinin tam ve eksiksiz olarak yerine getirildiğini kontrol etme görevi verilenler; ikincisi ise bu yazının asıl konusunu oluşturan ve mükellefin şekli ödevlerini kontrol etmenin dışında; şekli ödevleri, bizzat gerçeğe uygun olarak düzenlemekle görevli kılınan 3568 sayılı Yasa'nın 12. maddesi uyarınca yetki almış serbest muhasebeci, serbest muhasebeci mali müşavirleridir¹². Mali müşavirlerin bu sorumluluğu, bir kusur sorumluluğudur.

III- MALİ MÜŞAVİRLERİN YETKİ VE GÖREV ALANLARI

A) Mali Müşavirlerin Görev Alanları,

Mali müşavirlerin sorumluluk alanları 3568 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde düzenlenmiştir.

¹⁰ O'Hermann Piper, *Steuerschuld und Steuerhaftung*, 1964, s.8'den nakleden Öncel, a.g.m., s.45

¹¹ Gerçek, age s. 160

¹² Akkaya, Mustafa, *Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu*, AÜHF Dergisi, Cilt 46, Sayı 1-4, 1997, s.189

Buna göre:

“Gerçek ve tüzel kişilere ait teşebbüs ve işletmelerin;

a) Genel kabul görmüş muhasebe prensipleri ve ilgili mevzuat hükümleri gereğince, defterlerini tutan, bilanço, kar/zarar tablosu ve beyannameleri ile diğer belgelerini düzenleyen ve benzer işlerini,

b) Muhasebe sistemlerini kuran, geliştiren, işletmecilik, muhasebe, finans, mali mevzuat ve bunların uygulamaları ile ilgili işlerini düzenleyen veya bu konularda müşavirlerini,

(a) ve (b) bentlerinde belirtilen konularda, belgelerine dayanılarak, inceleme, tahlil, denetim yapan, mali tablo ve beyannamelerle ilgili konularda yazılı görüş veren, rapor ve benzerlerini düzenleyen, tahkim, bilirkişilik ve benzeri işlerini bir işyerine bağlı olmaksızın yapan meslek mensuplarına SMMM denilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

B- Mali Müşavirlerin Sorumluluğunun Türü

Mali müşavirlerin hukuki sorumluluğu Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 227. maddesinin 1. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; Vergi beyannamelerinin 3568 sayılı Kanuna göre yetki almış serbest muhasebeci, serbest muhasebeci mali müşavir veya yeminli mali müşavirler tarafından da imzalanması mecburiyetini getirmeye, bu mecburiyeti beyanname çeşitleri, mükellef grupları ve faaliyet konuları itibarıyla ayrı ayrı uygulamaya, Maliye Bakanlığına yetki verilmiş olup, bu yetki çerçevesinde Tebliğlerle beyannamelerin ve bildirimlerin Serbest Muhasebeci ve Mali Müşavirlere mükellef grupları itibarıyla imzalatılması ve e-şifre ile elektronik ortamda düzenlenerek gönderilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Yasa ile mali müşavirlere görevleri ile ilgili 3568 sayılı Yasa'dan farklı olarak e- beyanname düzenleme ve imzalama görevleri verilmiştir.

Mükerrer 227. madde ile mali müşavirlerin görev ve yetkilerinden daha önemli olarak sorumlulukları ve sorumluluğun niteliğine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir.

Buna göre beyannameyi imzalayan meslek mensupları, imzaladıkları beyannamelerde yer alan bilgilerin defter kayıtlarına ve bu kayıtların dayanağını teşkil eden belgelere uygun olmamasından dolayı ortaya çıkan vergi ziyana bağlı olarak salınacak vergi, ceza, gecikme faizlerinden mükellefle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmuşlardır.

Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere mali müşavirlerin sorumluluğu, müşterek ve müteselsil sorumluluktur. Müşterek ve müteselsil sorumluluk; alacaklının borcunu, borçlulardan almak konusunda herhangi bir sıralamaya ve dış ilişki olarak kusur oranına göre borçlulardan birine başvurmaya ihtiyaç duymadığı bir sorumluluktur.

Bu durumda vergi alacaklısı kamu idaresi alacağını tahsil bakımından vergi mükellefi ve mali müşavirden herhangi birine aynı anda ve alacağın tümünü almak konusunda yönelme hakkına sahiptir.

C- Sorumluluğun Kapsamı

Mali müşavirlerin sorumlu oldukları borç, 3568 sayılı Yasa'nın 2. maddesi ile düzenlenen mükellefi temsilen yaptıkları ödevlerin kusurlu bir şekilde yerine getirilmemesi nedeniyle ziyaa uğratılan vergi, ceza ve gecikme faizinden dolayı Vergi Alacaklısına karşı sorumluluktan kaynaklanmaktadır. Bu sorumluluk, mali müşavirin düzenlediği beyanname, beyannamedeki matrah bilgileri ve dayandığı belgelerdeki eksiklik ya da yanlışlığın, vergi ziyana sebebiyet vermesi nedeniyle doğar. Beyandaki bilgilerin eksik veya yanlış olması, bu yanlışlığın, mesleki bilgi çerçevesinde harici araştırmaya ihtiyaç duymadan, belgeler üzerinde yapılan inceleme ile ortaya çıkacak olması halinde sorumluluğa hükmedilebilir. O nedenle, mali müşavirin sorumlu tutulabilmesinin ilk şartı; beyannamenin mali müşavir tarafından elektronik ortamda düzenlenmesi ve imzalanmasıdır. Düzenlenen beyanname, vergiyi doğuran olayı, matrahı ve tahakkuk eden vergiyi tam olarak temsil etmiyorsa beyan dışı bırakılan matrah farkı üzerinden mali müşavir sorumludur. Ancak, mali müşavirin sorumluluğu şekli ödevlere ilişkin bir sorumluluk olduğundan, usulüne uygun olarak mükellefçe düzenlenen ve belgelerin maddi gerçekliğine ilişkin yapılan incelemeler sonucu tarh edilen vergi ve cezalarda mali müşavirin sorumluluğuna hükmedilmez. Örneğin, mükellefçe düzenlenen belgeler ile mali müşavir tarafından düzenlenen belge ve tablolar arasında şekli bir uyumsuzluk bulunmamasına rağmen, mükellefçe alınan ya da düzenlenen ve mali müşavirin mesleki bilgi çerçevesinde anlaşılamayan sahte belgelere istinaden tarh edilen vergi ve cezalardan dolayı mali müşavirin sorumluluğuna hükmedilemez¹³.

¹³ Danıştay, 4. Dairesinin E:2004/2404, K:2005/207 sayılı kararı,html/www.danustay.

Mükellefin ilgili döneme ait beyannamesinin mali müşavir tarafından düzenlenip verilmemesi halinde mali müşavirin vergi hukuku anlamında sorumluluğundan bahsedilemez. Zira, mali müşavir tarafından alacaklı vergi idaresi adına yapılmış bir vergilendirme işlemi hiç oluşmamıştır. Bu nedenle beyanname verilmemesi nedeniyle yapılan tarhiyata ilişkin vergi ve cezalar ile 213 sayılı Yasa'nın mükerrer 355. maddesi uyarınca beyanname vermeme nedeniyle mükellef adına kesilecek özel usulsüzlük cezasının mükerrer 227. maddesi uyarınca mali müşavirden istenmesi mümkün değildir. Bu olsa olsa mali müşavir ile mükellef arasında yapılan özel hukuk hükümlerini havi sözleşmeye aykırılıktan bir sorumluluk doğurur. Bu ise mali müşavirin vergi idaresine karşı sorumluluğunu değil mükellefe karşı özel hukuktan kaynaklanan sorumluluğunu gündeme getirir. Mükellef adına düzenlenen beyanname içeriği matrahın dayanağını oluşturan mali tabloların kusurlu bir şekilde eksik veya yanlış düzenlenmesi, sorumluluğun doğuş nedenini oluşturur. Bu kusur ise kasten, hataen, unutkanlık veya mesleki bilgiye yeterince vakıf olamama gibi nedenlerle gerçekleşebilir.

Verilen beyanname nedeniyle sonradan ikmalen ya da re'sen tarhiyat yapılmışsa ziyaa uğratılan vergi, vergi ziyai cezası ve gecikme faizi, sorumluluk hükümleri gereği mali müşavirden takip edilir.

Gecikme zammına gelecek olursak, gerek uygulamada gerek teoride ve yargı kararlarında, gecikme zammı ve gecikme faizinin ceza niteliğinde olmadığı genel kabul gören bir husus¹⁴ olduğundan, gecikme zammının ceza içinde ve mali müşavirlerin sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bu görüşü destekleyen husus, 6183 sayılı Yasa'nın 1. maddesinde gecikme zammı ve gecikme faizinin cezalardan ayrı olarak sayılması ve vergi cezaları üzerinden ayrıca gecikme zammı ve gecikme faizi hesaplanmayacağı kural ve normlarına dayanır.

Ayrıca; asıl borçlu mükellef, tarh edilen vergi ve kesilen cezalara karşı uzlaşma talebinde bulunup, vergi alacaklısı kamu idaresi ile uz-

gov.tr.kelime/ Erisim_21.01.2013
¹⁴ Doğrusöz, Bumin, *Gecikme Zammı ve Gecikme Faizinde Kargaşa*, Mali Çözüm Dergisi Sayı 8, <http://www.istanbulsmmmmodası.org.tr/yayinlar.asp?Gid.=1&Yid=8>
 Erisim 24.01.2013

laşmışsa, vergi idaresinin uzlaşma ile vazgeçtiği alacak asıl borçluyu ibra niteliği taşıdığından, uzlaşma ile ibra edilen (vazgeçilen) vergi ve cezanın mali müşavirden istenmesi de mümkün değildir.

D- Sorumluluğun Başlangıç Zamanı

Sorumluluk, sorumluluğun ilgili olduğu vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesi ile doğar. Borcun ödenmesi ile de sorumluluk sona erer. Sorumluluğun diğer bir özelliği ise fer'iliğidir. Bu ilke gereği, asıl borçludan istenmediği müddetçe sorumludan istenmesi mümkün değildir¹⁵. Ancak, borçlu ve sorumludan aynı anda istenmesine ise müşterek ve müteselsil sorumluluğun doğası gereği bir engel de bulunmamaktadır. Vergi Usul Kanunu'nun 19. maddesi gereği vergi borcu vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu ile doğduğundan, tarh işlemi var olan durumu tespit eden, belirtici bir işlem niteliği taşır¹⁶. O nedenle, sorumluluğun başlangıç tarihi vergiyi doğuran olayın gerçekleştiği dönem olarak alınmalıdır. Ancak, bu tarihte zaten mükellef bile takip edilmediğinden, sorumluluğun da bu tarihte belirlenmesi ve sorumluluğa bu tarihte yönelimi mümkün değildir.

E) Sorumlunun Hangi Aşamada Takip Edileceği Konusu

Vergi inceleme raporu ile sorumluluğu tespit edilen mali müşavir adına, mükellefe ait vergi ve cezaların ihbarname ile mi yoksa ödeme emriyle mi takibe başlanması konusunda tartışma ve farklı görüşler bulunmaktadır. Borcun mali müşavirlerden sorumlu sıfatıyla ancak ödeme emri aşamasında istenebileceği görüşünün kendi içinde dayandığı haklı temelleri bulunmaktadır. Bu fikre göre müşterek ve müteselsil sorumluluktan bahsedilebilmesi için vadesi gelmiş bir borcun ödenmemiş olması gerekir. Oysa ki ihbarnamenin muhteviyatını düzenleyen 213 sayılı Yasa'nın 38. maddesine bakıldığında borcun ödenmesi gereken vadesine ilişkin bir bilgi bulunmamaktadır. Kaldı ki, ihbarnamenin şeklini düzenleyen Yasa maddesinde sorumluya ilişkin bir ibare de yoktur. Bu nedenle, ihbarname ile vergi mükellefi adına tarh edilen vergi ve cezaların mükellefçe dava konusu edilmemesi halinde dava açma süresinin bittiği tarihte veya dava konusu edilmesine

¹⁵ Öncel, Mualla-Kumrulu, Ahmet- Çağan,Nami, age. s.80

¹⁶ Öncel, Mualla-Kumrulu,Ahmet- Çağan,Nami, age. s.90

rağmen olumsuz sonuçlanması halinde karar tarihinden itibaren 30 gün içinde tahakkuk eder; tahakkuk tarihinden itibaren bir ay içinde ise ödenir. Tahakkuk tarihinden bir ay sonrası, borcun mükellef açısından vadesini oluşturur. Borcun muaccel olması için vadesinin belirlenmesi gerekir. Bu vadeden önce borç muaccel olmadığından sorumlu adına ihbarname düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır¹⁷.

Mali müşavirler, “vergi ödevlisi durumundaki sorumlu” olduklarından borçlu kavramının içinde yer alırlar. Müşterek ve müteselsil sorumlulukta tüm borçlular alacaklılara karşı tüm malvarlıkları ile sorumlu olduklarından, bu meslek mensupları da borçlu kavramı nedeniyle bu sorumluluğa tabidirler. Borç vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesi ile doğmakla beraber tarhiyat işlemi ile tespit edilen borç, bir sözleşmeye ve haksız fiile dayanmadığı, tek taraflı bir işlemle ortaya çıktığı için tereddütlü bir borçtur. Bu nedenle tahakkuk etmeyen vergi, mükellef için kabul edilmediği müddetçe kesinleşmiş bir borç olmadığından ve mükellefin bile kabul etmediği müddetçe bu borçtan dolayı takibi mümkün bulunmadığından, tereddütü ortadan kalkmayan ihbarname aşamasındaki borcun, sorumlu sıfatıyla davacıdan istenmesi de mümkün değildir. Öte yandan; özel hukuka dayanan bu sorumluluk çeşidi, tartışmalı da olsa alacağını, açacağı dava ile tüm borçlulara yöneltecektir. Bu nedenle; alacaklı kamu idaresi, bir mahkeme kararına ihtiyaç duymadan tek taraflı bir vergisel işlemle sorumluya yöneleceğinden, idari işlemin tek yanlı olmasının da getirdiği mahsurların ancak kesinleşmiş bir borç aşamasında, sorumluya yönelmeyi zorunlu kıldığı görülmelidir.

Mali müşavirlerin sorumluluğuna gidilebilmesi için borcun tahakkuk etmesi ve tahakkuk tarihinden itibaren borcun vadesi olan tahakkuk tarihinden sonraki bir ay içinde mükellefince ödenmemesi gerektiğinden, ödeme emri ile takibinde bir sorun bulunmamaktadır. Ödeme emrinden önce, 6183 sayılı Yasa'nın 37. maddesi uyarınca sorumlu adına bir tebligat işlemi ile vade belirlenmesine gerek bulunmamaktadır. Zira, müşterek ve müteselsil sorumluluğun doğası gereği

¹⁷ Gür, Mehmet Fatih, “Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlerin Sorumlulukları ve Yargı Kararları Karşısındaki Durumu-1”, Yaklaşım Dergisi, Aralık 2011/ Sayı:228, Yazarın makalesine atfen belirtilen görüş idari uygulama ve Danıştay içtihatları ile de kesinlik kazanmıştır. Bkz. Danıştay 4. Dairesinin E:2004/2404, K: 2005/207 Yüksek Mahkeme kararında sorumlu adına tahakkukun kesinleşmesinden itibaren ödeme emri düzenlenerek sorumlunun bu şekilde takip edilmesi gerektiği gerekçeyle Yerel Mahkeme kararını bozmuştur.

borçlulardan biri için doğan bir hukuki durum, diğer borçlular için de doğar. Örneğin, borçlulardan biri için zamanışımının kesilmesi diğeri için de hüküm ifade edeceği veyahut borçlulardan birinin ibra edilmesi halinde bunun diğeri borçlu için de hüküm ifade edeceği açıktır. Bu nedenle asıl borçlu için tahakkuk tarihinden bir ay sonrası, borcun vadesi ise bu tarih sorumlu için de borcun vadesini oluşturur.

IV- SORUMLULUĞUN YARGISAL BOYUTU

Adına ödeme emri düzenlenen vergi sorumlusu; asıl borçluya ait vergi, ceza ve gecikme faizinden sorumlu olup, gecikme zammından sorumlu olmadığından, gecikme zammının ödeme emrine konu edilmesi mümkün değildir. Sorumlu, ödeme emrine karşı işlemin tarafına tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde vergi yargısında açacağı davada, vergi ve cezaların kendi şekli yükümlülüklerinden kaynaklanmadığını ileri sürebilecektir. Mahkemece; vergi ve cezaların, mali müşavirin şekli sorumluluğundan kaynaklanmadığı sonucuna ulaşırsa, ödeme emrine itiraz sebepleri arasında yer alan “böyle bir borcum yoktur” kapsamında görülerek ödeme emrinin iptaline karar verilir. Verilen karar, vergi ve cezayı sadece sorumlu yönüyle hukuk aleminden kaldırır. İptal hükmünün, asıl borçlu mükellef adına, lehe bir sonuç ve anlam ifade etmesi beklenmez. Ödeme emrine açılan davayı kaybeden sorumlu, dava açma yoluna gitmeden vergi ve cezayı ödeyerek mükellef aleyhine adli yargı mahkemelerinde rücu davası açabileceği gibi, ödeme emrine karşı açtığı davayı kaybettikten sonra borcu ödeyerek de adli yargı mahkemelerinde açacağı dava ile mükellefe rücu edebilir. Ancak, ödeme emrini kaybetmesi nedeniyle, aleyhine hükmolunan haksız çıkma zammının “rücu” kapsamı alacağı dahil edilmesi pek mümkün görünmemektedir.

SONUÇ

Mükellef adına tarh edilen vergi, ceza ve gecikme faizinin, mali müşavirin şekli ödevlerinin kusurlu bir şekilde yerine getirmemesinden kaynaklandığı durumda, mali müşavirin müşterek ve müteselsil olarak bu vergi, ceza ve gecikme faizinden sorumlu tutulacağı, beyanamenin mali müşavir tarafından hiç düzenlenmemesinin vergi sorumluluğunun dışında olduğu, vergi ve cezaların tek yanlı tarh işlemi ile doğması nedeniyle mükellef tarafından kabul edilmediği müddetçe tereddütlü bir alacak olduğu, borcun ancak tahakkuk aşamasını ta-

mamlaması ile kesinleşmiş bir alacak olacağı, tahakkuk tarihinden bir ay sonraki tarihin borcun vadesi olduğu, bu tarihe kadar ödenmeyen borcun, mali müşavirden mükellef gibi ödeme emri ile takip edilebileceği, ödeme emrine konu borcun dava konusu edilmeden veya dava konusu edilmesine rağmen aleyhe sonuçlanması üzerine vergi idaresine ödenerek, ödenen bu tutarların adli yargı mahkemelerinde açılan dava ile mükellefe rüce edilebileceği, ancak ödeme emrine karşı açılan davanın reddedilmesi nedeniyle vergi idaresince sorumludan alınan haksız çıkma zammının rücuya konu edilemeyeceği, Yasa'da gecikme zammına yer verilmediğinden, sorumlu adına düzenlenen ödeme emrinde gecikme zammına yer verilemeyeceği yönünde sonuçlara ulaşılarak bu konudaki görüşler paylaşılmıştır.

KAYNAKLAR

- Akkaya, Mustafa, *Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu*, AÜHF Dergisi, Cilt 46, Sayı 1-4,1997
- Aksoy, Şerafettin, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, 5. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1999,
- Danıştay*, 4. Dairesinin E:2004/2404, K:2005/207 sayılı kararı,html/www.danustay.gov.tr.kelime/ Erisim_21.01.2013
- Doğrusöz, Bumin, *Gecikme Zammı ve Gecikme Faizinde Kargaşa*, Mali Çözüm Dergisi Sayı 8, html/www.istanbulsmmmodası.org.tr yayımlar.asp?Gid.=1&Yid=8 Erisim 24.01.2013
- Gerçek,Adnan, *Türk Vergi Hukukunda Vergi Sorumlusu, Sorumluluk Halleri ve Türlerinin İncelenmesi*, A.Ü.H.F. Dergisi, Cilt 54,Sayı:3, 2005
- Gür, Mehmet Fatih, *Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlerin Sorumlulukları ve Yargı Kararları Karşısındaki Durumu-I, Yaklaşım Dergisi, Aralık 2011/ Sayı:228*
- Gürsoy, Kemal Tahir, *Birden Fazla Kimselerin Aynı Zarardan Sorumluluğu*, http//www.google.c...m=bv.41248874,d.bGE-auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1973-30-01-04/AUHF-1973-30-01-04-Gursoy2.pdf. s.62._erisim, 19.01.2013
- Hermann Piper, *Steuerschuld und Steuerhaftung*, 1964, s.8'den nakleden Öncel,a.g.m.
- Kaneti, Selim, *Vergi Hukuku*, 2. b, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989,
- Kırbaş, Sadık, *Vergi Hukuku*, Ankara, Eylül 1998,
- Öncel, Mualla- Ahmet Kumrulu- Nami Çağan, *Vergi Hukuku*, 10. Bası,Ankara,Turhan Kitabevi,2002
- Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E:2002/8575, K:2002/9454 sayılı karar, www.türkhukuksitesi.com.showthread.php?t_34041 Erisim 18.01.2013

BASKI GRUPLARI VE DEMOKRASİ

PRESSURE GROUPS AND DEMOCRACY

Tülay KİTAPÇIOĞLU*

Özet: Baskı gruplarının demokrasi üzerindeki etkilerini konu alan bu çalışmada, baskı grupları kavramı, benzer kavramlar ile birlikte açıklanmış ve çeşitli yönleriyle ele alınmıştır. Ülkemizin baskı gruplarına bakış açısı ile baskı gruplarının ortaya çıkışı ve gelişimi değerlendirilirken diğer ülkelerdeki uygulamalara da ilgili olan bölümlerde yer verilmiştir. Bu değerlendirmelerde, Anayasa ve yasal düzenlemelerdeki değişiklikler ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatları göz önünde bulundurulmuştur.

Anahtar Sözcükler: Baskı grupları, demokrasi, kolektif özgürlük, çoğulcu demokrasi, sivil toplum kuruluşları, barolar, siyasi partiler, dernekler, vakıflar, lobby.

Abstract: In this study which addresses effects of pressure groups on democracy, the term “pressure groups” is explained with similar terms and handled with its different aspects. While our country’s pressure groups and their emergence and development are evaluated, practices in other countries are also given a place. In these considerations, amendments made to constitution and legal arrangements and European Human Rights Court’s jurisprudences are taken into consideration.

Keywords: Pressure groups, democracy, collective freedom, pluralistic democracy, non-governmental organization, bar association, political parties, associations, endowments, lobby.

* Avukat, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi

GİRİŞ

Baskı grupları kavramı, soyut bir kavram olduğu için günümüze kadar farklı tanımları yapılmış ve değişik açılardan değerlendirilmiştir. Genel olarak baskı grupları, siyasi iktidarı etkilemeyi amaçlamakta olup bir toplumun gerçek anlamda demokratik gelişiminin sağlanması için zorunlu olan ve birden fazla kişinin bir araya gelmesi ile oluşan gruplardır.

Baskı gruplarının demokrasi üzerindeki etkilerinin öneminin ve demokrasi için vazgeçilmez olmasının nedenlerinin ortaya konulması ve işlevselliğinin artırılması amacıyla kaleme alınan bu makalede baskı grupları kavramı, benzer kavramlarla ilişkileri ve çeşitleri ele alınmıştır. Diğer yandan Türkiye’de baskı gruplarının günümüz bakış açısıyla değerlendirilmesi yapılırken tarihi, hukuki gelişimi ve yapılan Anayasa ve yasa değişiklikleri göz önünde bulundurulmuştur. Toplu hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması ve geliştirilmesi bağlamında uluslararası alanda yapılan düzenlemelere, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatlarına, diğer ülkelerin uygulamalarına ilgili olan bölümlerde yer verilmiştir. Son olarak baskı gruplarının demokrasiye olan etkileri ayrı bir başlık altında değerlendirilmiştir.

I. BASKI GRUPLARI KAVRAMI

A. Genel Olarak

Toplu eylem özgürlükleri, birden çok kişinin birlikte kullanabildiği, öznelerini sürekli ya da geçici gruplar oluşturan ve bireylerin tek başına gerçekleştiremedikleri amaçları hedef alan özgürlüklerdir. Bunlar örgütlü (dernek) ve örgütlü olmayan (toplanma, gösteri ve yürüyüş) toplu özgürlükler olarak ikiye ayrılır¹. Gruplar, geçici olabileceği gibi sürekli de olabilir. Süreklilik gösteren gruplardan başlıcaları; dernekler, sendikalar ve siyasal partilerdir.

Toplu eylem özgürlüklerin konusunu oluşturan baskı grupları, demokratik toplumun vazgeçilmez bir parçasını teşkil etmektedir². Bu

¹ Kaboğlu, İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayıncılık, 3.Baskı, Kasım, 2006, s. 284.

² Kaboğlu, İbrahim, Kolektif Özgürlükler, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları:8, Diyarbakır, 1989, s.33.

özgürlükler, ifade özgürlüğünün etkili birer aracı olmasının yanı sıra katılımcı demokrasi içinde vazgeçilmez araçlardır³.

Farklı mesleklerde olan kişiler, farklı düşünce ve ideolojilere sahip olan kişiler, belirli çıkarları savunmak için bir araya gelen menfaat grupları, dernekler, amaçları doğrultusunda faaliyet gösterirken iktidarla karşı karşıya gelmektedirler. Böylesi bir durumda, grupların amaçlarının gerçekleşmesi, iktidarın aldığı bir kararın uygulanmasını önlemeyi ya da amaçları ile paralel yönde karar almalarını gerekli kılabilir. Bu itibarla, siyasal amaç gütmeyen bir araya gelen kişilerin oluşturdukları dernek, grup ve örgütler, belli koşulların gerçekleşmesiyle baskı grubu niteliğini kazanmaktadır⁴. Bu düşünceye göre baskı grubu olabilmenin temel kriteri, grubun iktidarla çatışması anında baskıcı niteliğe sahip olması gerekliliğidir.

Doktrinde bir başka görüşe göre, bir grubun baskı grubu olarak belirlenmesinde, çıkar ve baskı gibi sözcükler yerine doğrudan çoğulcu toplumda grupların yeri ve rolü nazara alınmalıdır. Bu değerlendirme yapılırken de, grup teorisinden yararlanılmalıdır⁵. Grup teorisi açısından bakıldığında, siyasal iktidar, toplumu birleştirici, koruyucu, geliştirici özellikleriyle göze çarpar. Grupların yasaların değişmesi için yaptıkları faaliyetlerin yanı sıra çıkarlarına uygun düşen kimseler tarafından desteklenmesi ve demokratik çatışmanın uzlaşma içinde sürmesi sistemin sağlıklı işlediğinin bir göstergesidir.

Kanaatimce, bir toplumun gerçek anlamda demokratik gelişiminin sağlanması için varlığının zorunlu olduğunu düşündüğüm baskı gruplarının belirlenmesinde toplumdaki yerinin ve siyasi iktidara karşı duruşunun birlikte değerlendirilmesi gerekir.

B. Baskı Gruplarının Çeşitli Tanımları ve Unsurları

*Akad'*a göre baskı grupları, sosyal güçlerin örgütlendiği çeşitli meslek kuruluşlarıyla derneklerin, sendikaların bir bütün olarak ikti-

³ Kaboğlu, İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri, s.284.

⁴ Akad, Mehmet, Baskı Gruplarının Siyasal İktidarla İlişkileri (Doktora Tezi), Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s.64.

⁵ Zabunoğlu, Yahya, Baskı Grupları (Doktora Tezi), , Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1967, s.33. Grup teorisinin amaçlarından birisi, örgütlenmiş grupların yönetim sistemi üzerine gösterdikleri etkinliklerin ve hedeflerine yönelik faaliyetlerin çözümlenmesidir. Bkz. Akad, Mehmet, s.40-62.

darı kendi amaçları doğrultusunda baskı altında tuttıkları gruplardır⁶. Bir başka tanıma göre baskı grupları, hürriyetçi çoğulcu demokratik parlamenter sistemlere özgü ve demokratik katılım açısından son derece önemli olan sivil toplum kuruluşları, lobby, çıkar grubu, örgütlü grup, siyasal grup vb. isimlerle anılan ve ortak bir çıkar etrafında toplanan, siyasal karar verme sürecini etkilemeyi amaçlayan topluluklar baskı grubu kavramıyla ifade edilmektedir⁷.

Tunaya'ya göre, genel bir anlatımla, bilinçli ve örgütlü menfaat grubudur. Baskı grubu, etkilemeye dayanır. Etkileme ise, kolektif bir menfaat ya da bir grubun çıkarı adına yapılır. Baskı, iktidardan istenilen şeyin elde edilmesi için sarf edilen çabadır. Mesela, aynı meslekten olan insanların bir grup oluşturmak suretiyle özel bir örgüt kurmaları, ortak isteklerini devletten istemeleri ve bunun için de kamuoyunu etkileyerek inandırmaları, çıkar ya da baskı grubunu ortaya çıkarır⁸. *Arı*'ya göre baskı grupları, ortak çıkarlar etrafında toplanan ve işbirliği içinde resmi kuruluşlarla temas kurarak görüş ve isteklerin bu yolla ilettikleri taktirde daha iyi sonuç alabileceklerini düşünen örgütlü gruplardır⁹.

Bu grupların baskıcı niteliği, siyasal iktidarla karşılaşma anında kendini gösterdiği gibi bunun bir adım öncesinde örgütlenme amacında da saklıdır. Bu itibarla, grupların baskı grubu niteliğini kazanması için iktidarla çatışmasını beklemek zorunlu değildir¹⁰. Kanaatimce de, toplumda belirli bir amaç ya da çıkar doğrultusunda bir araya gelen grupların baskı grubu niteliğini kazanabilmesi için siyasal iktidarla aralarındaki çatışmada üstünlük sağlamaları ya da etkin olmaları şartı aranmamalıdır. Çoğulcu grupların çıkarlarını ve isteklerini iktidara iletmeleri, gruba mensup olan üyelerin iradelerinin dolaylı olarak toplumun çıkarları doğrultusunda hareket etmeleri yeterli olmalıdır.

⁶ Akad, Mehmet, s. 64.

⁷ Tutkun, Yücel, "Uluslar Arası Platformda Etkinliğimizi Arttırabilmek İçin Lobi - Sivil Toplum Örgütlerinin Faaliyetleri Nasıl Olmalıdır?" (http://scholar.google.com.tr/scholar?start=70&q=bask%C4%B1+gruplar%C4%B1&hl=tr&as_sdt=0) (E. T:14.12.2011).

⁸ Tunaya, Tarık Zafer, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, 5. Baskı, Araştırma, Eğitim, Ekin Yayınları, İstanbul, 1982, s.321.

⁹ Arı, Tayyar, *Uluslararası İlişkiler ve Dış Politika*, 7. Baskı, MKM Yayıncılık, Bursa, 2008, s.76.

¹⁰ Akad, Mehmet, s.67.

Baskı gruplarının temel unsurlarını şu şekilde ifade etmek mümkündür:

- a. Toplumdaki sosyal güçlerin bilinçli örgütlenmesi.
- b. Kendi çıkarları doğrultusunda toplumsal çıkarlarını iktidara iletme.
- c. Kitlenin gerçek iradesini belirleyen ve yönetime meşruluk kazandıran çoğulcu grupların varlığıgibi¹¹

II. BASKI GRUPLARININ TARİHİ VE HUKUKİ GELİŞİMİ

Baskı grupları olgusu, toplumda kendiliğinden ortaya çıkmış olmamakla beraber tarihsel sürecin sosyo-ekonomik yapıdaki uzantılarıdır¹². Türkiye’de baskı grupları ve bu grupların faaliyetleri, çok partili rejimle artmaya başlamıştır¹³. Baskı gruplarının gerekliliğinin ve ortaya çıkış aşamalarının anlaşılması için o dönemin yapısı ve ihtiyaçları birlikte değerlendirilmelidir.

A. 1961 Anayasası Dönemi

1961 Anayasasında kollektif özgürlüklerin güvencesi bakımından kullanılan ölçüt “özedokunmama”dır. 1961 Anayasasında, kanunun kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve millî güvenlik gibi sebeplerde olsa bir hakkın özüne dokunulamayacağı düzenlenmiştir (md.11/2). 1971 yılında bu hüküm, kanunun temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunulamayacağı şeklinde değiştirilmiştir¹⁴.

Bu dönemde, gençlik kuruluşları etkisini artırmıştır. İstanbul Üniversitesi’nin kuruluş yıllarında, Millî Türk Talebe Birliği siyasi ve ekonomik alanda baskı girişimlerinde bulunmuştur. Tramvay şirketi gibi yabancı şirketlere ve yabancı okullara karşı ilk hareketler bu örgütün faaliyetleri arasında yer almıştır. Yükseköğretim kurumlarındaki ilk hareketlenmeler, eğitim ve reform istekleriyle 1964’de başlamıştır¹⁵.

¹¹ Akad, Mehmet, s.67.

¹² Akad, Mehmet, s.83.

¹³ Aslan, Seyfettin/Gül, Cengiz, “Geçmişten Günümüze Türkiye’de Baskı Grupları”, Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Dergisi, C:5, Sayı:1,Sivas, 2004, s.85.

¹⁴ Kaboğlu, İbrahim, Kolektif Özgürlükler, s.265.

¹⁵ Tunaya, Tarık Z., s.322.

Ülkemizde bu dönemde, yasama ve yürütme üyeleri seçim zamanından başlayarak çeşitli grupların baskısı altında olmuştur. 1969-1970 döneminde meclise sunulan sözlü ve yazılı sorunun neredeyse tamamı milletvekillerinin seçim bölgelerinin isteklerini kapsamaktaydı¹⁶. Bu dönemdeki baskı gruplarına örnek olarak meslek kuruluşlarının faaliyetleri gösterilebilir. Bankacılığı sınırlayan, bazı şartlara bağlayan, avukatlık stajının uzatılmasını öngören kanun tasarılarıyla mücadele ve fahri tıp asistanlarının kadrolara bağlanmasını öngören tasarıya destek verme gibi¹⁷.

1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararda, *adaletli dengeyi* ölçü olarak kullanılmıştır. Bu karara göre, 1630 sayılı kanunun 63.md.'de, 2.md. gereğince dernek kurma hakkına sahip olmadıkları halde, dernek kuranlara verilecek ceza düzenlenmiş ve derneğin kapatılacağı da öngörülmüştür. AYM' si, 63.maddede derneğin kapatılmasına neden olan eylemlere yönelik verilecek ceza ile tüzel kişiliğe ve dernek üyelerine yöneltilen kapatma gibi ağır bir ceza arasında adaletli bir denge bulunmadığına değinmiştir¹⁸.

B. 1982 Anayasası Dönemi

1982 Anayasası, ülkemizde siyasi, ekonomik ve toplumsal çalkantılara askerle çözüm aranmasının bir neticesidir. 1961 Anayasasının getirdiği çoğulcu ve özgürlükçü anlayışın yerinesessiz çoğunluk olarak nitelendirilen bilinçsiz ve örgütsüz kesimlerin propagandasıyla demokrasi ve özgürlük gibi kavramlara ilgi azalmıştır¹⁹. 1982 Anayasası, kolektif özgürlüklerin güvencesi noktasında, 1961 Anayasasından farklı bir sistem öngörmektedir. Buna göre, demokratik toplum düzeninin gerekleri ilke olarak getirilmiştir²⁰. Derneklerin ve siyasi partilerin yalnızca yargıç kararı ile kapatılmasının dışında temel hak ve hürriyetlerin korunması hususunda da ayrı bir hüküm getirilmiştir (md.40).

¹⁶ Akad, Mehmet, s.125.

¹⁷ Aslan, Seyfettin/GÜL, Cengiz, s.94.

¹⁸ AYM, 18,19, 20.12.1973, E.1973/3, K.1973/37 (Kaboğlu, İbrahim, s.269).

¹⁹ Caniklioğlu, Dikmen, Meltem, Sivil Toplum ve Türkiye Demokrasisindeki İzdüşümleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s.160-161.

²⁰ Kaboğlu, İbrahim, Kolektif Özgürlükler, s.270.

1982 Anayasası, temel hak ve özgürlükler açısından sınırlamalar getirmiş, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme gibi sivil toplum için vazgeçilmez olan etkinlik alanları neredeyse kullanılamayacak ölçüde kısıtlanmıştır. 1982 Anayasasında sivil toplum ve demokrasi ile ilgili olarak yapılan değişiklikleri 3 ana başlık altında incelemek mümkündür. Bu değişiklikler:

1. 1995 Değişiklikleri

1995’de Anayasa’da yapılan değişikliklerin bir kısmı sivil toplum ve demokrasi bakımından önem taşımaktadır. Dernekler yönünden siyasi amaç gütmeye, siyasi faaliyette bulunma, siyasi partilerden destek görme ve onlara destek olma, diğer sivil toplum kuruluşlarıyla ortak amaçlı hareket etme, siyasi partiler açısından da yurt içinde ve dışında örgütlenme yasakları bu değişikliklerle ortadan kaldırılmıştır.

1995’de yapılan bir diğer önemli değişiklik, belir koşullarda derneklerin kendiliğinden dağılmış sayılacağını bildiren hüküm de kaldırılmıştır. Bunun yanında, vakıflar da derneklere tanınan haklardan yararlanabilecektir. 1995’te yapılan iyileştirmelerden biri de, silahlı kuvvetler ve kolluk mensupları hariç olmak üzere devlet memuru olmayan kamu görevlilerinin dernek özgürlüğünü kısıtlama olanağı veren hükmün yürürlükten kaldırılmasıdır. Bu değişiklik ile ‘yasaklama’ ifadesi çıkarılmıştır²¹. Devlet memurunun haklarının ise görevlerinin gerektirdiği ölçüde kanunla sınırlandırılabilmesi kabul edilmiştir²².

1982 Anayasa’sının 52.maddesinde yer alan “sendikal faaliyet” ile ilgili hüküm 1995’de tamamen yürürlükten kaldırılmıştır. Değişiklikten önceki düzenlemede, sendikaların 13.maddedeki yasaklara aykırı davranamayacakları, siyasi amaç güdemeyecekleri, siyasi faaliyette bulunamayacakları, dernek, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve vakıflarla bu amaçlarla hareket edemeyecekleri düzenlenmişti²³. Öte yandan, bu değişiklik 13. maddede yer alan genel sınırlama sebeplerinin dernek kurma özgürlüğünün uygulanmasını engellemediği için çarpıcı bir hukuki değişiklik olarak nitelendirile-

²¹ Batum Süheyl/İnceoğlu Sibel/Öztezel Aslıhan/Tokuzlu Bertan Lami, Çoğulculuk, Toplumsal Katılım ve Gelişim Vakfı, Nisan, 2003, s.71.

²² Caniklioğlu, Dikmen, Meltem, s.168.

²³ Caniklioğlu, Dikmen, Meltem, s.168.

meyecektir²⁴. Nitekim, sivil toplum kuruluşlarının siyasi amaç gütmesi ve siyasi faaliyette bulunması yasağı kaldırılırken örneğin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanılmasındaki usulün kanunla düzenleneceğine ilişkin hükmün varlığını koruması yapılan iyileştirmelerin yeterli olmadığını göstermektedir²⁵.

Demokratik toplumun gerekleri bakımından baskı grupları, siyasi partiler ve sivil toplumun özgürlük ve etkinlik alanının Anayasa ile güvence altına alınmasının önemi düşünüldüğünde oldukça kısıtlayıcı olan 1982 Anayasa'sında yapılan bu değişikliklerin bir anlamda özgürlük alanını genişlettiğini söylemek mümkündür.

2. 2001 Değişiklikleri

2001 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile dernek kurma hürriyetinin yer aldığı 33.madde tekrar düzenlenmiştir. 33.maddenin 2.fıkrasındaki dernek kurmak için bilgi ve belgelerin yetkili mercie verilmesi ve bu mercinin kanuna aykırılık görmesi halinde derneğin faaliyetinin durdurulması veya kapatılması için mahkemeye başvurusu imkanı kaldırılmıştır. 2001 değişikliğinden önceki halinde de dernek kurulması izne tabi değildi. Derneğin kuruluşunda izin sistemi değil bildirim sistemi geçerliydi. Fakat yetkili merci, bilgi ve belgelerde eksik görürse derneğin kapatılması veya faaliyetlerinin durdurulması için mahkemeye başvurabiliyordu. Uygulamada idarenin tüzük incelemesi adı altında yaptığı bir öndenetim vardı. Bu öndenetim yetkisi de, idareye olması gerekenden fazla takdir yetkisi vermekteydi. Doğrudan izin sistemi olmasa da bu hüküm aslında idareye dolaylı bir izin yetkisi tanımaktaydı. 2001 yılında yapılan değişiklik bu uygulamaya son verecek niteliktedir²⁶.

1982 Anayasasının 34.maddesinde yer alan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına ilişkin olarak değişiklik yapılmıştır. Değişiklikten önceki halinde, şehir düzeninin bozulmasının önlenmesi için yetkili olan idari mercinin, gösteri yürüyüşünün yapıldığı yeri tespit edeceğine ilişkin bir düzenleme, 2001 değişikliği ile ortadan kaldırılmıştır. *Kaboğlu'* na göre, 2001'de yapılan bu değişiklik, ayrıntılı,

²⁴ Batum Süheyl/İnceoğlu Sibel/Öztezel, Aslıhan/Tokuzlu, Bertan, Lami, s.72.

²⁵ Caniklioğlu, Dikmen, Meltem, s.167.

²⁶ Batum Süheyl/İnceoğlu Sibel/Öztezel, Aslıhan/Tokuzlu, Bertan, Lami, s.73.

katı ve yasaklayıcı düzenlemeyi öngören 34.maddenin özgürlüğün amacına uygun hale getirilmesini sağlamıştır²⁷.Gözler'e göre ise, bu değişikliğin hukuki olarak doğrudan bir sonucu bulunmamaktadır²⁸. Kanunla kamu düzeni sebebi ile gösteri yürüyüşlerine sınırlama getirilebileceği düzenlendiğinden idareye verilen yetki ortadan kaldırılarak bu yetkinin kanunla sınırlanabileceğinin düzenlenmesi kanaatimce hak ve özgürlüklere getirilen güvence açısından önem ifade eder.Ayrıca, 34.maddenin 3.fıkrasında yer alan hüküm de ortadan kaldırılmıştır. Bu hükme göre, kanunun gösterdiği yetkili merci, kamu düzeninin ciddi şekilde bozacak olayların çıkması halinde belirli bir toplantı ya da gösteri yürüyüşünü yasaklayabilir veya 2 ayı aşmamak üzere erteleyebilir. Bu hüküm ortadan kalkmış olsa dahi Anayasanın mevcut haline göre toplantı ve gösteri yürüyüşü kanunla sınırlanabilecektir²⁹.

1982 Anayasasında, dernek kurma özgürlüğü ve toplantı, gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ayrı maddelerde düzenlenmiştir.Toplantı, yürüyüş ve gösteri özgürlüklerine ilişkin olarak İHAS' da, dernek kurma ve toplantı özgürlüğü aynı maddede düzenlenmişken (md.11), BM Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmede, dernek kurma hakkı ile toplanma hakkı farklı hükümlerde düzenlenmiştir³⁰.1982 Anayasasının 34.maddesinin son fıkrasında yer alan, dernek, vakıf, sendika ve kamu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kendi konu ve amaçları dışında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyememelerine ilişkin yasak ta 2001 değişikliği ile ortadan kaldırılmıştır. Ancak tüzel kişilerin ihtisas ilkesine tabi olmalarından dolayı bu değişikliğin hukuk düzeninde yarattığı doğrudan bir sonuç yoktur³¹.1982 Anayasasının 51.maddesinde sendikaların mahkeme kararı ile kapatılabileceğine ilişkin düzenleme 2001 değişikliğe ile ortadan kalkmıştır.

²⁷ Kaboğlu, İbrahim, Anayasa Hukuku, s.287.

²⁸ Daha detaylı bilgi için bkz: <http://www.anayasa.gen.tr/teblig2002.htm> GÖZLER Kemal, "3 Ekim 2011 tarihli Anayasa Değişikliği: Abesle İştigal Örneği" (E.T:15.12.2011).

²⁹ <http://www.anayasa.gen.tr/teblig2002.htm> (E.T:15.12.2011).

³⁰ BM Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmenin 21.maddesinde yer alan toplantı özgürlüğüne ilişkin düzenleme şöyledir;"Barışçıl bir biçimde toplanma hakkı hukuk tarafından tanınır. Bu hakkın kullanılmasına ulusal güvenliği veya kamu güvenliğini, kamu düzenini (ordre public), sağlık veya ahlaki veya başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma amacı taşıyan, demokratik bir toplumda gerekli bulunan ve hukuca uygun olarak getirilen sınırlamaların dışında başka hiçbir sınırlama konamaz."

³¹ <http://www.anayasa.gen.tr/teblig2002.htm> (E.T:15.12.2011).

Değişiklikten sonraki halinde ise, sendikaların ancak milli güvenlik, kamu düzeni, genel ahlak gibi nedenlerle kanunla sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Böylesi bir düzenleme ise, önceden yargı kararını gerektiren bir durumun, artık yasamanın yapacağı düzenleme ile belirlenmesi gerektiğini gösterir ki bu durum yargının sahip olduğu bir yetkinin yasamaya devri niteliğini taşımaktadır.

3. 2010 Değişiklikleri

1982 Anayasasının 51.maddesinin 4.fıkrasında 'sendika kurma hakkı' başlığı altında yer alan aynı zamanda ve aynı iş kolunda birden fazla sendikaya üye olunmasını yasaklayan hüküm 2010 değişikliği ile yürürlükten kaldırılmıştır.

2010 değişikliklerinden belki de en önemli denilebilecek değişiklik, geçici 15.maddenin kaldırılmasıdır. Bu durum, MGK tarafından çıkartılan kanunlardan biri olması sebebi ile Anayasa Yargısı yolu ile denetlenmesi de imkansızdı. Geçici 15.maddenin kaldırılması, yargısal denetim imkanının sağlanması sebebi ile önem taşır.

Türkiye'de, dernek özgürlüğü, 1995 yılından sonra Anayasa, Dernekler Kanunu ve Medeni Kanunda yapılan değişikliklerle evrensel ölçülere uygun olmaya başlamıştır. Çoğulcu demokrasi anlayışının yerleşmesi bakımından baskı gruplarının yeri düşünüldüğünde bu alandaki gelişmelerin önemi ortaya çıkar³².

III. BASKI GRUPLARININ ÇEŞİTLERİ

A. Genel Olarak

Baskı grupları çok çeşitli olabilmektedir. Ekonomik, ahlaki, dini ve benzeri amaçlara dayanarak kurulabilen örgütlerdir. Bu grupları şu kategorilere ayırmak mümkündür:

- a. İşverenler (Büyük Endüstri Sahipleri, Ticaret ve Sanayi Odaları, Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği)
- b. Çiftçiler (Kooperatifler, Birlikler)
- c. Serbest Meslek Kuruluşları (Barolar, Tabip Odaları)

³² Batum, Süheyl/İnceoğlu Sibel/Öztezel Aslıhan/Tokuzlu Bertan Lami, s. 46.

- d. İşçiler (Sendikalar)
- e. Milli konular (Eski Muharipler, emekliler)
- f. Dini konular (Tarikatlar)
- g. Ahlaki konular (Saygısızlıkla Savaş Derneği, Misyoner Kurumları)
- h. Gençlik ve Öğrenci Kuruluşları
- i. Silahlı Kuvvetler³³

Bir başka yazar, baskı gruplarını amaçları, faaliyet sahaları, örgütlenme şekilleri gibi kriterleri dikkate alarak kategorize etmiştir. Bu görüşe göre, baskı gruplarının ekonomik bakımdan amaçları olabileceği gibi kültürel amaçlı baskı grupları da olabilir³⁴. Bu yönüyle düşünülürse, TÜSİAD, ekonomik amaçlı baskı grubu iken TEMA kültürel amaçlı baskı grubudur.

B. Dernekler

Dernek kurma hak ve özgürlüğü ilk kez II.Meşrutiyet sonrasında 120.maddeyle Anayasaya girmiştir. Ancak ilk dernekler, 1856 Kırım Savaşı sonrasında kurulmuştur³⁵.

Klasik kolektif özgürlük öznesi olarak dernek, birlikte düşünme ve ortak düşünce biçiminin somutlaştığı yerdir. Böylesi bir gruplaşma, bireye düşüncelerini paylaşma, fikir ve görüşlerini açıklama olanağı sağlar. Bu itibarla, düşüncenin düzenli ve sürekli bir biçimde yayılmasını da sağlar. Kamuoyunun aydınlatılmasını sağlayan bu grupların faaliyetleri hükümet ve parlamento üzerinde baskı yaratabilir. Dernekler bu etkiyi özgürlükleri savunarak, siyasal kararlar karşısında tavır koyarak, toplumu rahatsız eden sorunlar üzerinde bilgilenmeye olanak veren haberleri yayarak, reformlar önererek, çözüm yolları geliştirerek sağlar³⁶.

Dernek özgürlüğünün kolektif ve bireysel özellikleri vardır. Kolektif yönü, bir derneğin tüzel kişilik olarak sahip olabileceği hak ve

³³ Tunaya Tarık Zafer, s.325. ARI, ABD’de, etkili olan ulusal baskı gruplarını altı gruba ayırmıştır. Bunlar, ticari dernekler, şirketler, sendikalar, meslek kuruluşları, kitle örgütleri, medya kuruluşları ve derneklerdir. ARI Tayyar, s.136-146.

³⁴ Topçu Adnan, s.38.

³⁵ Caniklioğlu, Dikmen, Meltem, s.178.

³⁶ Kaboğlu, İbrahim, Kolektif Özgürlükler, s.59-60.

yükümlülüklerdir. Dernek özgürlüğünün bireysel yönü ise kişilerin dernek kurma, bunlara üye olma veya olmama konusundaki serbest iradeleridir³⁷.

1982 Anayasasında dernek kurmaya ilişkin düzenlemeler toplantı hak ve hürriyetleri başlığı altında yer almaktadır. Herkesin önceden izin almaksızın dernek kurma veya kurulmuş bir derneğe üye olma hakkı, 1982 Anayasasında güvence altına alınmıştır (md.33/1). Ayrıca, derneklerin kapatılması veya faaliyetten alıkoyması da hakim kararına tabi kılınarak yargısal bir güvence sağlanmıştır (md.33/5)³⁸1982 Anayasasında, dernek kurma özgürlüğüne iki önemli sınırlama getirilmiştir. İlki, silahlı kuvvetler ve kolluk kuvveti mensuplarına ve görevlerinin gerektirdiği ölçüde devlet memurlarına kanunla sınırlamalar getirilebileceğine ilişkin düzenlemedir. (md.33/6). İkincisi, dernek kurma özgürlüğünün kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usullerin kanunla gösterilmesini öngören düzenlemedir (md.33/4)³⁹.

İHAS md.11/1'e göre, herkes dernek kurmak, çıkarlarını korumak için bir araya gelerek sendika kurmak ve sendikaya katılma hakkına sahiptir. Bu hakların kullanımının sınırlanması için ise genel ölçüt ve nedenler belirlenmiştir⁴⁰(md.11/2). Bu hakların kullanılmasının sınırlanması, ulusal güvenlik, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın, ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacı ile ve yasayla sınırlanabilir.

Derneklerin kuruluşlarına ilişkin işlemler, 5253 sayılı Dernekler Kanunu'na dayanılarak 25772 sayılı Dernekler Yönetmeliği'nde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği (TÜSİAD), Türkiye'de siyasi sürece etki bakımından en etkili baskı gruplarından biri olma niteliğine sahiptir. Batı'daki sanayi meslek

³⁷ Batum Süheyl/İnceoğlu Sibel/Öztezel Aslıhan/Tokuzlu Bertan Lami, s.71.

³⁸ Önceden izin alma yasakları ve yargıç kararıyla kapatılma, 1961 Anayasasında da düzenlenmiştir. Karşılaştırma için bkz: (md.28/1, md.29/1, 46/1, md.56/2, md.22/6, md.29/3).

³⁹ 1982 T.C Anayasasından farklı olarak Almanya Anayasası, tüzel kişilerin doğaları olarak verdiği ölçüde temel haklardan yararlanacağını düzenlemiştir (md.19). İtalya Anayasası, tüzel kişiliğe sahip toplumsal kuruluşlara da insan haklarını tanıyarak güvence altına almıştır (md.2). Portekiz Anayasası ise, tüzel kişilerin doğalarıyla bağdaşan haklardan yararlanacağını ve ödevlere tabi tutulacağını düzenlemiştir (md.12). Kaboğlu, İbrahim, Anayasa Hukuku, s.286.

⁴⁰ Kaboğlu, İbrahim, Anayasa Hukuku, s.285.

kuruluşları, ticaret hayatına problem oluşturabilecek her türlü problemi hükümet, parlamento ve kamuoyu üzerinde yaptıkları çalışmalar sonucunda çözümlenebilmektedirler. Ülkemizdeki siyasi hayatın karmaşıklığı, siyasi partilerin seçim zamanında ülkenin genel sorunlarından uzaklaşarak belli amaçlar peşinde koşmaları, sanayi alanında yapılacak çalışmalara olanak vermemektedir. TÜSİAD, bu durumun bilincinde olarak 1971 yılında imzaladıkları protokolle devamlılık sağlamayı ve görevlerini yürütmek amacıyla lüzumlu olan mali yardımları yapmayı taahhüt etmişlerdir.⁴¹

TÜSİAD siyasal süreci nasıl etkilemektedir? TÜSİAD, düzenlediği gezi, panel ve toplantılarla siyasi iktidarı etkilemekte ve aynı zamanda sorunları ve çözüm önerilerini kamuoyuna sunduğu gazete, dergi, kitap gibi yayınlarla görüşlerini ifade etmektedir. Örneğin, 1979 yılında gazetede yer alan haberlerle Ecevit Hükümetini istifaya sürükleyen süreci başlatmış ve kamuoyunun hafızasında *'hükümet düşüren müessesesi'* olarak kalmıştır⁴². Bunların yanı sıra TÜSİAD, 24 Aralık 1995'de yapılan erken genel seçimlerden sonra merkez sağdaki partileri, seçmenin uyarısını dikkate alarak uzlaşmaya çağırması ve sonrasında 26. Genel Kurulun açılış konuşmasında güçlü bir hükümet istemesi, bu baskı grubunun ne derece 'baskın' olduğunu göstermektedir⁴³.

Türkiye'de 1970'li yıllardan itibaren özellikle sanayi burjuvazisi içinde siyasi iktidarı ekonomik ve siyasal açıdan eleştiren, para politikasından eğitime, seçim sisteminden anayasaya kadar birçok konuda alternatif projeler üreten ve bu projeleri topluma yayan bir kamusal topluluk kendisini göstermiştir. Güneydoğu Raporları ve Bülent TANÖR tarafından hazırlanıp TÜSİAD tarafından sahiplenilen Demokratikleşme Perspektifleri başlıklı proje rehberi, devleti temsil eden kimselerin de tepkisini çekmiştir. Tüm bu faaliyetler, burjuvaziyi ülke içindeki siyasal koşullara daha duyarlı hale getirebilir ve demokratik hukuk devletinde sivil toplumun gücünü artırabilir⁴⁴.

⁴¹ Aslan, Seyfettin, Gül, Cengiz, s.97.

⁴² Şahim, Tarık, Siyasi Katılım ve Baskı Grupları, Makro Ltd. Şti., Ankara, 1994, s. 102.

⁴³ Aslan, Seyfettin, Gül, Cengiz, s.98.

⁴⁴ Caniklioğlu, Dikmen, Meltem, s.116.

C. Vakıflar

Vakıfların kökeni hem Doğu'da, hem de Batı'da bulunmaktadır. Bizim toplumumuzda ise, vakfın temelleri İslam Hukukuna dayanmaktadır. Vakıf, İslam topluluklarında hayır, sosyal yardımlaşma, dayanışma gibi toplumsal düşüncelerle ortaya çıkmıştır. Tanzimat sonrasında vakıfların merkezi yönetim ve denetimi Evkaf Nezareti'ne bağlanmıştır. 1924'de Evkaf Nezareti ortadan kaldırılmış ve Vakıflar Genel Müdürlüğü kurulmuştur. 1935'de, 2762 sayılı kanun ile bu alan yeniden düzenlenmiştir. Sonrasında 1967'de çıkarılan 903 sayılı kanun ile tekrar düzenleme yapılmıştır⁴⁵.

1982 Anayasasının 33.maddesinde dernek özgürlüğüne ilişkin yapılan düzenlemeler son fıkra uyarınca vakıflar için de uygulanacaktır. Bu itibarla, tekrardan kaçınmak için dernekler kısmında anayasal düzenlemeye ve değişikliklere ilişkin yapılan açıklamalara atıfta bulunmakla yetiniyorum.

İHAS'ın 11.maddesinin 1.fıkrasında güvence altına alınan hükme göre, herkes asayiş bozmayan toplantılar yapma hakkına sahiptir. Bu itibarla, bireyler bir araya gelerek dernek, vakıf veya sendika kurabilecek ya da kurulmuş olan bu örgütlere üye olabileceklerdir. Ancak bu hakkın kullanılması, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde kamu düzeninin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın, ahlakın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla yasayla sınırlanabilir (md.11/2).

Hali hazırda yürürlükte olan 5737 sayılı Vakıflar Kanunu, Anayasa değişikliklerine uygun olarak düzenlenmiştir. Bu kanunun amaçları, vakıfların yönetimi, faaliyeti ve denetimi, yurtiçi ve yurtdışındaki taşınır ve taşınmaz vakıf kültür varlıklarının tescili, muhafazası, onarımı ve yaşatılması, vakıf varlıklarının ekonomik şekilde işletilmesi ve değerlendirilmesine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi, Genel Müdürlüğün teşkilatının düzenlenmesidir (md.1).

1994 yılında kurulan Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı (TESEV), ulusal ve uluslararası pek çok önemli konunun özgürce ve nitelikli bir biçimde tartışılması amacı ile kurulmuştur. TESEV, ken-

⁴⁵ Caniklioğlu, Dikmen, Meltem, s.178.

disini toplumun karşılaştığı sorunlara çözüm oluşturma hedefiyle araştırmalar yürüten düşünce üretme merkezi olarak tanıtılmaktadır. TESEV, demokratik süreçte sivil toplumun daha aktif olmasını, bu konuda kamuoyunun bilinç kazanmasını, Kopenhag kriterleri doğrultusunda değişim gerçekleştirmeyi, Türkiye'nin içinde bulunduğu bölgedeki rolünü teşvik etmeyi hedeflemektedir⁴⁶. TESEV' in 2009 yılında yayınladığı faaliyet raporu incelendiğinde kürt sorunu ile ilgili olarak rapor yayınladığı, Türkiye'nin siyasi sisteminde güvenlik kurumlarının rolüne ve önemine dikkat çeken reform yayınladıkları ve bu çalışmayı bir konferansla kamuoyuna duyurdukları, yargı reformu konusunda bir dizi konferans düzenledikleri, AB ile ilişkileri konusunda çalışmalar yapıldığı görülmektedir.

TESEV' in misyonu, amaçları ve somut anlamda çalışmaları değerlendirildiğinde sivil toplum kuruluşu olmasından öte siyasi iktidarı etkileme, bireylere uygulanacak işlemler hakkında kamuoyunu bilgilendirme, değişim sürecini hızlandırma gibi işlevlerinin olması sebebiyle bir baskı grubu olduğunu söylemek mümkündür. TESEV, her yıl yayınladığı faaliyet raporlarıyla, demokratikleşmenin hızlanması amacıyla yayınlanan kitaplarla ve dış politika alanında yürüttüğü araştırma projeleri, seminer ve panellerle siyasal sürece dahil olmakta ve kamuoyunu bilgilendirmektedir. Tüm bu sebeplerle, TESEV' in demokrasinin vazgeçilmez unsuru olan baskı grubunun iyi bir örneği olduğunu söylemek mümkündür.

D. Sendikalar

Örgütsel yapı olarak derneklerle benzer olan sendikalar, amaç ve işlev bakımından derneklerden ayrılır. Sosyal hakları geliştirmekte en etkili araç olan sendikalarda, mesleki çıkarları savunma ve sosyal hakları gerçekleştirme amacı ön plandadır. Sendikaların amaçlarını gerçekleştirmeye yönelik bu faaliyetleri ise etkili ve önemli bir baskı aracı olmaktadır. Hatta sendikaların baskı grubu olarak işlevleri derneklerden daha belirgindir⁴⁷.

⁴⁶ <http://www.tesev.org.tr/default.asp?PG=HAKTRS02> (E.T:18.12.2011).

⁴⁷ Kaboğlu, İbrahim, Kolektif Özgürlükler, s.60, Balkır, Gönül, Türk Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması, Kocaeli Üniversitesi Yayınları, Kocaeli, 2009, s.190-191; Batum Süheyl/İnceoğlu Sibel/Öztezel Aslıhan/Tokuzlu Bertan Lami, s.76.

Sosyal devlet anlayışının ve demokrasinin en önemli unsurlarından birini oluşturan sendikaların gerek anayasalarda gerekse yasalarda belirtilen görev ve yetkileriyle bir taraftan imzaladıkları toplu iş sözleşmeleriyle işkolları düzeyinde sosyo-ekonomik hayatı etkilerken diğer yandan bazı devlet kuruluşlarının sosyo-ekonomik kararlarına ve çalışma mevzuatının hazırlanmasına sağladıkları katkılarla siyasi hayatı da etkilemektedir⁴⁸.

Sendikalardaki otoriter eğilimler, ileri sanayi ülkelerinde ve çoğu kez bu ülkelerin gelişmiş sendikalarında görülen bürokratikleşmenin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak Türkiye’de sendikacılık henüz bu ölçüde bürokratikleşme aşamasına varmadığı halde demokratik kurallardan sapma eğilimlerinin görülmesi şaşırtıcıdır⁴⁹. Türkiye’de ‘etkili’ olarak nitelendirilebilecek baskı gruplarından sendikaların iç işleyişinin de demokratik olması asıl amaca ulaşılması bakımından bir gerekliliktir.

Günümüz sendikacılığında görülen bürokratlaşma ve merkezileşme eğilimleri sendikaıçi demokrasiyi olumsuz etkilemesine rağmen sendikaıçi demokrasi, gerçekleşmesi mümkün ve gerekli bir olgudur. Sendikaıçi demokrasinin sağlanması, her şeyden önce sendika üyelerinin bilinçlenmeleri ve sendikanın yönetim faaliyetlerine ilgili duymaları ile mümkün olur. Öte yandan, sendikaların tek amacı üyelerinin ekonomik çıkarlarını geliştirmek olmadığından üyelerine demokratik yaşamın kurallarını öğretmeleri faydalı olacaktır⁵⁰.

Türkiye’de işçi sendikalarının kurulması, çok partili yaşama geçişle paralellik gös-termektedir. 1946’da sınıf esasına dayalı dernek kurma yasağı kaldırılmış ardından 1947’de Sendikalar Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu kanun, sendikaların siyasete uzak olmasını öngö-rüyor ve grev hakkı tanımyordu. Bu kısıtlı alan dahilinde 1952 yılında Tür-

⁴⁸ Demir, Fevzi, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir, 2005, s.310. Nitekim AYM’si verdiği bir kararda, sendika özgürlüğünün ikili karakterini “sendika kurma özgürlüğü bir yandan demokrasiye dayalı düzeni oluşturan kişiliğe bağlı hak ve ödevlerdendir. Öte yandan da toplumsal yaşantıyı çağdaş uygarlık düzenine erişirme amacını güden sosyal ve iktisadi hak ve ödevlerdendir” biçiminde ifade etmiştir. E.1972/3. K.1970/48, K.T:8.2.1972, AYMK, R.G. 19.10.1972-1434. BALKIR Gönül, s.206

⁴⁹ Şahlanan, Fevzi, Sendikaların İşleyişinin Demokratik İlkelere Uygunluğu, Fakülteler Matbaası, 1980, s.1.

⁵⁰ Şahlanan, Fevzi, s.12-13.

kiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu (Türk-İş) kurulmuştur⁵¹. Daha özgürleştirici bir anayasa niteliğinde olan 1961 Anayasası sayesinde 1963'te yeni bir Sendika Kanunu, Toplu-İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu yürürlüğe girmiştir. Böylece sendikaların baskı grubu olarak daha etkili olması mümkün olmuştur. 1982 Anayasasında sendika özgürlüğüne ilişkin hükümler, çalışma ile ilgili hükümler başlığı altında yer bulmaktadır. Kanaatimce, bir hakkı veya özgürlüğü tanıyan hükmün çalışma ile ilgili hükümler kısmında yer alması sistematik açıdan yerinde değildir.

1982 Anayasası, sendikanın fonksiyonunu, çalışma ilişkilerine ve üyelerinin ekonomik ve sosyal menfaatlerinin korunmasına indirgemmiştir. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Uzmanlar Komisyonu ve Sendika Özgürlüğü Komitesi, işçi sendikalarının işkolu esasına göre kurulmasını ve ülke çapında faaliyet gütmelerini emreden kuralı uluslararası normlara aykırı bulmuştur⁵². 1995, 2001 ve 2010 yılında Anayasa'da yapılan değişikliklerle sendika faaliyetlerinin alanları genişletilmiş ve güvence altına alınmıştır.

Hiç kimsenin bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanmaması, ancak kanunla sınırlanabilmesi 1982 Anayasasında güvence altına alınmıştır (md.51/1,2). 1982 Anayasasında güvence altına alınan sendika özgürlüğünün kuruluş, teşkilat ve denetim esasları 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile düzenlenmiştir. Bu kanunun 3.maddesinde yer alan sendikaların Türkiye çapında faaliyette bulunması koşulu sendikaları güçlendirici nitelikte olsa dahi sendika kurmayı zorlaştırdığı için kısıtlayıcı bir hükümdür⁵³.

Sendika özgürlüğü kapsamında ele alınması gereken diğer bir husus, kamu görevlilerinin sendika kurma hakkıdır. Kamu görevlilerinin sendikal hakları, herhangi somut ve ciddi bir hak talebi olmaksızın ilk kez 1961 Anayasasında tanınmıştır. Ancak bu güvenceler, 1971 değişikliği ile ortadan kaldırılmıştır. 1982 Anayasası da ilk halinde kamu görevlilerinin sendikal hakları konusunda sessiz kalmıştır. 1995 ve 2001 iyileştirmeleriyle kamu görevlilerine grev hakkını içermemekle beraber sendika kurma hakkı yeniden tanınmıştır⁵⁴.

⁵¹ Aslan, Seyfettin/ Gül Cengiz, s.95.

⁵² Caniklioğlu, Dikmen, Meltem, s.180.

⁵³ Batum Süheyl/İnceoğlu Sibel/Öztezel Aslıhan/Tokuzlu Bertan Lami, s.77

⁵⁴ Batum Süheyl/İnceoğlu Sibel/Öztezel Aslıhan/Tokuzlu Bertan Lami, s.77.

Türkiye’de sendikalar siyasal süreci etkilemek için ne gibi yöntemlere başvururlar? Sendikalar siyasal süreçte söz sahibi olabilmek için gösteri yürüyüşleri, mitingler ve toplantılar düzenlerler. Bunların yanı sıra, sendika yöneticileri seminerler düzenleyerek ve bildiriler yayımlayarak kamuoyunu aydınlatmayı ve işçi lehine değişimi gerçekleştirmeyi amaçlamaktadırlar. Sendikalaşma özgürlüğünün korunması ilkesi sadece istenen sendikaya üye olma hakkını değil serbestçe sendikal faaliyette bulunabilme hakkını da içine alır. Bonn Anayasasında, yalnız çalışanın sendikalaşma özgürlüğü değil aynı zamanda serbestçe sendikal çalışmalarda bulunabilmesi de sağlanmış ve böylece işverene karşı korunmuştur (md.9/3). Nitekim Alman Federal Anayasa Mahkemesi bir kararında, sendika seçimleri için işyerinde ve çalışma saatlerinde yapılacak propaganda çalışmalarını belli sınırlar içinde meşru sayılması gerektiğini ifade etmiştir⁵⁵.

ABD’de yaygın olan bir uygulamaya göre, toplu iş sözleşmelerine “örgütlenme” veya “sendikal güvenlik” başlıkları altında düzenlenen birtakım hükümlerle işverenin sadece toplu sözleşmeye taraf olan sendika üyesi işçileri ya da belli bir süre içinde sendikaya girecek işçileri işe alması ya da en azından bu işçilere öncelik tanınması şartı getirilmektedir. Böylesi bir hüküm, işçinin hiçbir sendikaya üye olma hakkını ihlal etmekle birlikte sendikal çoğulculuk ilkesine de aykırı düşmektedir. Fransız Danıştay’ı bu konu ile ilgili bir kararında, işe aldırma tekelinin tanınmasını sendikal özgürlüğe aykırı bulmuştur⁵⁶.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 23. maddesinin 3. fıkrasında, herkesin çıkarlarının korunması için sendikalar kurma ve katılma hakkının olduğu düzenlenmiştir. Böylece, sendika hakkı, dernek kurma hakkından ayrı bir biçimde sosyal haklarla beraber ele alınmıştır⁵⁷.

İHAS’ta sendika özgürlüğüne ilişkin yapılacak açıklamanın tekrar mahiyetinde olmaması için dernekler kısmına atıfta bulunmak ile yetiniyorum. BM Medeni Ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmenin 22.maddesinde herkesin kendi çıkarlarını korumak için sendika ku-

⁵⁵ Tanör, Bülent, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, May Yayınları, İstanbul, 1978, s.265.

⁵⁶ Tanör, Bülent, s.267.

⁵⁷ Balkır, Gönül, s.198

rabileceği düzenlenmiş ve bu maddenin hiçbir hükmünün Sendika Kurma Özgürlüğü Ve Sendika Hakkının Korunmasına İlişkin 1948 tarihli Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesine taraf olan devletlere bu sözleşmede öngörülen güvencelere zarar verecek hukuki uygulamalarda bulunma yetkisini vermeyeceği hüküm altına alınmıştır. Ekonomik, Sosyal Ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nin 8.maddesinde herkesin ekonomik ve sosyal çıkarlarının geliştirmesi ve korunması için sendika kurma ve dilediği sendikaya girme hakkı vardır.

Avrupa Sosyal Şartı'nın 5.maddesinde, taraf devletlerin çalışanların ve çalıştıranların ekonomik ve sosyal çıkarlarının korunması için yerel, ulusal veya uluslararası örgütler kurulmasını veya bu örgütlere üye olunmasını sağlamak veya geliştirmek amacıyla ulusal mevzuatın bu özgürlüğü zedelemesini veya zedeleyici bir biçimde uygulamasını önlemeyi taahhüt ettikleri vurgulanmıştır. Böylece bu düzenleme ile tüm çalışanlara sendika hakkı tanınmıştır⁵⁸.

Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından yapılan çalışmalarda, çeşitli sözleşmelerde sendikal haklar değişik yönleriyle tanınarak güvence altına alınmıştır. Sendika hakkını ele alan sözleşme veya tavsiye kararlarından bazıları; "1948 Tarihli Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunmasına İlişkin 87 Sayılı Sözleşme", "1949 tarihli Örgütlere ve Toplu Pazarlık Hakkına İlişkin 141 Sayılı Sözleşme", "1978 tarihli Kamu Yönetiminde Çalışma İlişkilerine Dair 151 Sayılı Sözleşme"ler gibi⁵⁹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir başvurucunun 11.maddenin ihlali iddiası ile yaptığı başvuru üzerine, Belçika Ulusal Polis Sendikası davasında, ihlal olmadığı yönünde karar vermiştir. Başvurucu, bölge ve belde memurları bakımından kadrolaşmanın yapısı, işe alma şartları ve meslekte ilerleme gibi konularda İçişleri Bakanlığı ile istişare edebilmek için en fazla temsil kabiliyetine sahip olan örgüt olarak tanınmak gerektiğini ancak kendisine bu statünün hükümet tarafından tanınmadığından şikayet etmiştir. Mahkeme, sendika özgürlüğünün örgütlenme özgürlüğünün özel bir şekli olduğunu fakat 11.maddede devletin sendikalara veya onların üyelerine belli biçimde davranması-

⁵⁸ Balkır, Gönül, s.201.

⁵⁹ Balkır, Gönül, s.151.

nı (istişare etmesini) güvence altına almadığını ifade etmiştir. Mahkemeye göre, sözleşmenin 11.maddesinin 1.fıkrası, sendikanın görüşünün dinlenmesini sağlayan usullerin seçiminde sözleşmeci devletleri serbest bırakmıştır. Sendikalarla istişare etmek, bu usullerden biridir ancak başka usullerde vardır. Ayrıca, başvuru sendika taleplerinin hükümet tarafından ihmal edildiğinden şikayetçi olmamıştır. Bu nedenlerle, Mahkeme, 11.maddenin ihlal edilmediği yönünde karar vermiştir⁶⁰.

Gerçekten sözleşmenin 11.maddesi çıkarların korunması için sendika kurma özgürlüğünün varlığını ve belli bazı durumlarda sınırlandırabileceğini düzenlemiştir. Bununla beraber sendika ile devlet arasında bu özgürlüğün kullanılmasında nasıl bir yol izleneceği somut olarak belirlenmemiştir. Bu itibarla, Mahkemenin 11.maddenin ihlal edilmediği yönündeki kararı yerindedir.

E. Barolar

Barolar, avukatlık mesleğinin dayanışma ile korunması ve geliştirilmesi için kurulan, avukatlığın ortak ihtiyaçlarını karşılamayı hedefleyen, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunan ve koruyan tüzel kişiliğe sahip kamusal niteliği haiz bağımsız, demokratik-nitelikteki meslek kuruluşlarıdır.

Türkiye Barolar Birliği, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşudur. (1982 Ana-yasası 135.madde). Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gönüllü üyelik, yasayla kurulma, hukuki nitelikleri, işlevleri, faaliyetleri itibariyle sivil toplum kuruluşlarından farklıdır⁶¹. Baroların demokratik kitle örgütü veya sivil toplum kuruluşu olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Ancak baroların ikili fonksiyonun olduğunu söyleyebiliriz. Bir tarafı sivil toplum diğer tarafı politik toplum içinde olan özel kurumlardır. Barolar mesleki ve ekonomik çıkarların yanı sıra demokratik taleplerde de bulunan bir kurumdur. Baroların bu özelliği, onları demokratik kitle örgütüne yaklaştırır. Ne

⁶⁰ 27.10.1975 tarihli Belçika Ulusal Polis Sendikası Davası hakkında detaylı bilgi için bkz: <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihgoster.asp?id=20> (E.T.15.12.2011).

⁶¹ <http://www.step.org.tr/images/UserFiles/Image/dokumanlar/STEPSon-YanRaporlar/Uluslararası%20STEP%20Türkiye%20Ulke%20Raporu.zip> s.31. (E.T.18.12.2011).

var ki, mecburi üyelik ve zorunlu aidatlar gibi nedenlerle barolar, sivil toplum kuruluşu değildir. Fakat baroların bu özelliği, ülkenin içinde bulunduğu birçok koşulda hassasiyet göstermesine, sivil toplum kuruluşu gibi hareket etmesine engel değildir⁶².

Barolar, varlığını mesleki sorunları çözmek ve mesleki temelin sürmesi, devam etmesi doğrultusunda mücadele ederek devam ettirirler. Somut hukuk normlarına göre barolar;

- a. Meslek Örgütü (1982 Anayasası md.135 ve Avukatlık Kanunu md.76)
- b. Hukuk Kurumu (Avukatlık Kanunu md.76)
- c. Siyasal Baskı Grubu (1982 Anayasası md.135)⁶³

1982 Anayasası, diğer sivil örgütler gibi barolara da kısıtlamalar getirmiştir. Baroların etkinliğinin azaltılması için siyaset yasağının konulması, mali ve idari işlerde Adalet Bakanlığı'na bağlı olması gibi düzenlemeler yapılmıştır. 1995 yılında yapılan iyileştirmelerle meslek kuruluşları için getirilen siyaset yasağı kaldırılmıştır. Böylece, baroların siyaset yapma hakkı pozitif hukuk normlarıyla sağlanmıştır. Baroların geniş anlamda siyaset yapması sadece bir hak olarak değil aynı zamanda bir yükümlülük olarak ta değerlendirilmelidir. Baroların anayasal ve yasal kuruluş amaçları incelendiğinde sadece mesleki amaçların yerine getirilmesinin yeterli olmadığı siyaset yapmalarının da gerekli olduğu görülür. Anayasanın 135.maddesinde yer alan ortak ihtiyaçların karşılanması, mesleki faaliyetlerin kolaylaştırılması ve mesleğin genel çıkarlarına uygun gelişmesinin sağlanması hedeflerine ulaşılması için mesleki çalışmalarının yanında siyasal baskı grubu olarak ta çalışmaları gerekmektedir⁶⁴.Gerçekten de meslek kuruluşları, o mesleğe mensup olan kişilerin menfaatlerini ön planda tutarken siyasi yaşama da katılmış olmaktadır.

Türkiye'nin son zamanlarda gündemini meşgul eden birçok konu, hukuku yakından ilgilendirmektedir. Bunlardan ilki, merkezin-

⁶² Bilgici, Özcan, Baskı Gruplarının Siyasi Karar Alma Organları Üzerindeki Etkisi: Türkiye Barolar Birliği Örneği (Yüksek Lisans Tezi) ,Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ekim, 2010, s.79.

⁶³ Bilgici, Özcan, s.80.

⁶⁴ Bilgici, Özcan, s.85.

de PKK sorunu olan tüm Ortadoğu'yu ilgilendiren alanın hukuksal zeminde tartışılması, ikincisi, Avrupa Birliği ile Türkiye'nin ortaklık hukuku çerçevesinde ilerlemesi ve ilişkilerin yoğunlaştırılması, üçüncüsü Arabuluculuk Yasası tartışmasıdır⁶⁵. Türkiye'nin uzun yıllardır aşılamayan bir sorunu olan kadına yönelik şiddet konusunda da barolar ve TBB'nin duruşu ve yaptığı çalışmalar çözüme ulaşmada katkı sağlayıcı niteliktedir. Bu sorunların ortak yönü, çözüm için hukuka duyulan ihtiyaçtır. Nitekim, barolar ve TBB, siyasi ve hukuki yönü bulunan bu sorunlara çözüm arayışında etkin rol oynamalıdır. TBB'nin siyasal iktidarı etkileme çabaları, demokrasinin gelişimi, siyasal katılımın artması ve toplumsal sorunlara daha duyarlı hale getirilmesi konularında önemlidir. Son yıllara kadar siyasal sistem ve kamuoyu üzerinde etkinliği sınırlı olan barolar ve TBB, 2009'da etkinliğini artırmıştır. Bu durumu destekleyen örnekler, imam hatipli bir başbakanı içine sindiremediğini ifade edebilmesi, katsayı eşitsizliğini ortadan kaldıran kararın iptalini ve hukukun üstünlüğünü koruma adına talep etmesi, Ergenekon Terör Örgütüne ilişkin soruşturma ve kovuşturmayı takip için komisyon oluşturması, Arabulucuk Yasasının görüşüldüğü toplantıya alınmaması ve tepki olarak kırmızı kart göstererek girmeleri gibi⁶⁶.

IV. BASKI GRUPLARI KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARLA İLİŞKİLERİ

A. Baskı Grupları ve Çıkar Grupları

Bazı yazarlar, çıkar grupları ile baskı gruplarını aynı anlamda kullanırken bazı yazarlar ise ayırım yapmayı daha doğru bulmaktadır. Çıkar grupları ile baskı grupları arasında ayırım yapan yazarlara göre, çıkar grubunun baskı grubu olabilmesi için siyasal süreci etkileme faaliyetlerinde bulunması gerekir⁶⁷. *Levine ve Cornwell*'e göre ise, çıkar veya baskı grupları, bazı ortak amaçları gerçekleştirmek için bir araya gelen ve bazen siyasal süreçte de yer alan örgütlü gruplardır.

⁶⁵ Bilgici, Özcan, s.89.

⁶⁶ Bilgici, Özcan, s.114-115.

⁶⁷ Bu konuda Hague, Harrop ve Breslin çıkar grubu kavramını tercih etmektedirler. ARI Tayyar s. 76. Bu konuda Hague, Harrop ve Breslin çıkar grubu kavramını tercih etmektedirler.

Akad' a göre, adı ister çıkar grupları ister baskı grupları olsun, çağın anlayışına paralel olarak bir anlamda toplumun çıkarlarını yönetenlere ileterek bu yönde bir kamuoyu oluşturur ve siyaset alanında aktif rol oynarlar. Bu nedenledir ki, baskı grubundan, toplumdaki çeşitli sosyal güçlerin bilinçli bir biçimde örgütlenerek kendi çıkarları doğrultusunda toplumsal çıkarları iktidara ileten ve onunla karar verme işlemini paylaşarak kitlenin gerçek iradesini belirleyen ve yönetime meşruluk kazandıran çoğulcu gruplar anlaşılmalıdır⁶⁸. Bu düşünceden hareket edildiğinde, çıkar grupları ve baskı grupları arasındaki ayırmda ortadan kalkmış oluyor. Diğer yandan, *Truman'* a göre, çıkar grubu, bir veya birden fazla ortak amacı paylaşan ve toplum içinde kendi görüşlerini ve davranış biçimlerini korumak, yaymak ve geliştirmek için faaliyetler gerçekleştiren gruplardır. Yazara göre, toplumda ortaya çıkan her grup, çıkar grubu değildir. Grubun üyeleri tarafından amaçların gerçekleştirilmesi için belli yöntemler kullanılıyorsa çıkar grubu olarak adlandırılmalıdır⁶⁹. *Ballise*, çıkar grupları yerine baskı grupları ifadesini kullanmayı tercih etmekte ve baskı grubunu, belli bir uyum ve ortak amaç çerçevesinde bir araya gelen ve siyasal karar alma sürecini etkilemeye çalışan toplumsal gruplar olarak tanımlamaktadır⁷⁰.

B. Baskı Grupları Ve Siyasi Partiler

Teknik olmayan genel anlamda partiler, siyasal toplulukların tarihi kadar eskidir. Kral saraylarında oluşan gruplar çıkarlarını gerçekleştirebilmek için kendilerini kabul ettirmek için uğraşmışlardır, aynı durum cumhuriyetlerde de görülmüştür. Siyasi partilerin temsil ettikleri düşüncelerin hedef içeriğini tarihsel bakımdan belli kategorilere ayırmak mümkündür. Ama bütün siyasi partiler tek iddiayı taşımaktadır. Tüm partilerin hedefi yurttaşların en yüksek refah düzeyine erişmelerini sağlamaktadır⁷¹.

Çağdaş demokratik devletlerde, siyasi partiler belli görüşler ve önderler etrafında bireyleri toplamak ve bireylerin isteklerini siyasi

⁶⁸ Akad, Mehmet , s.67.

⁶⁹ Arı, Tayyar, s. 76.

⁷⁰ Arı, Tayyar, s.77.

⁷¹ Doehring Karl, Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku),Yeniden Düzenlenmiş İkinci Baskı, Türkçeye Çeviren: Ahmet Mumcu, İnkılap Yayınevi, Ankara, 2002, s. 186.

iktidara ulaştırmak suretiyle demokrasinin gelişmesine yardımcı olurlar. G. Vedel; “*Demokrasi, siyasi partiler olmaksızın yaşayamaz ancak siyasi partiler yüzünden de son bulabilir.*” söylemiyle siyasi partilerin demokrasinin vazgeçilmezi veya sona erişti olabileceğini vurgulamıştır⁷².

1982 Anayasası, dernek kurma özgürlüğünün ulusal güvenlik, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın, ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacı ile sınırlanabileceği düzenlenmişken parti kurma hakkına yalnızca vatandaş olma kaydı koyulmuştur. Partilerin serbestçe kurulabilmesi, kurulmanın hukuksal yönden herhangi bir izne ve tescil yükümlülüğüne bağlı olmamasını ifade eder. Kanuna dayanan ya da zorla gerçekleştirilen iki partili ya da tek partili sistem, partilerin serbestçe kurulması esasına aykırılık teşkil eder⁷³.

Siyasi partilerle baskı gruplarını ayıran temel kriter, fonksiyonel bir yaklaşımla belirlenebilir. Siyasal partiler, ortak görüşleri paylaşan insanların siyasal iktidarı ele geçirmek amacıyla kurdukları örgüt olarak tanımlanmaktadır⁷⁴. Bir başka tanıma göre, siyasal partiler, halkın desteğini sağlamak suretiyle siyasal iktidarı ele geçirmeye ve sürdürmeye çalışan sürekli ve aynı zamanda istikrarlı bir örgüte sahip siyasal topluluklardır⁷⁵.

Duverger, siyasal partilerin kökenini iki ayrı kolla açıklamaktadır. Bunlar; “seçimlerde ve parlamentoda doğan partiler” ve “parlamento dışı doğan partiler” dir. Demokrasinin geliştiği toplumlarda ikinci türün geçerli olduğunu ve bunların sendikalar, tarım kooperatifleri ve köylü meslek kuruluşları, öğrenci dernekleri ve üniversite grupları, kilise ve dinsel mezhepler, sanayi ve ticaret gruplarıncı kurulduğunu ifade etmektedir⁷⁶.

⁷² Akad, Mehmet/Dinçkol, Vural, Bihterin, Genel Kamu Hukuku, Gözden Geçirilmiş Dördüncü Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2006, s.401.

⁷³ Tanilli, Server, Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981, s.223-224.

⁷⁴ Özbudun, Ergun, 100 Soruda Siyasi Partiler :Partilerin Hukuki Rejimi : Türkiye’de Partiler, Sosyal Bilimler Derneği Yay., Ankara, 1974, s. 77-78. Özbudun, Ergun, Siyasi Partiler, Ankara, S.B.D., 1974, s.4.

⁷⁵ Özbudun, Ergun, Siyasi Partiler, s.4.

⁷⁶ Akad, Mehmet, s.86.

Siyasal partilerin sendika ve derneklerden amaç ve boyutları açısından farkları bulunmaktadır. Siyasi partilerin diğer gruplardan en önemli farkı, alanı itibariyle içinde tüm bu gruplar üzerinde etkili olan iktidar mekanizmasının teşekkül etmiş olmasıdır⁷⁷. Ayrıca, baskı grupları, siyasi partilerin aksine devlet yönetimi makamlarına kendi temsilcilerini getirmek ve böylece devlet politikasını kendi görüşlerine paralel olarak saptayıp yürütme amacı gütmemeleridir. Bu grupların amacı siyasi iktidarı çeşitli yollarla etkilemektir⁷⁸. Partiler, katılımı seçmenleri kadrolaştırmak suretiyle gerçekleştirir. Siyasal partiler, eğitim, seçim, kanaat oluşturma ve parlamento işlevleri çerçevesinde amaçlarını yerine getirirler⁷⁹. Sendika ve derneklerden başlıca farkları ise, siyasal iktidarı ele geçirme eğiliminin olması, devlet yönetimi makamlarına kendi temsilcilerini getirmesi, devlet politikasını kendi düşüncelerine göre yürütme amacını taşıması, çok geniş bir alana yayılması ve ülkenin temel sorunlarını kucaklaması bakımındandır⁸⁰. Baskı gruplarının temel amacı ise, toplumdaki sosyal güçlerin çıkarlar etrafında örgütlenerek iktidarla diyalog kurmaktır. Bu nedendir ki, baskı gruplarının *görünürdeki fonksiyonu*, çıkarların savunulması iken iktidarla ilişkileri ise *saklı fonksiyonu* meydana getirir⁸¹.

Baskı grupları ile siyasiler arasındaki bir ilişki biçimi ise, baskı gruplarının hangi partiye mensup olduğuna bakmaksızın politikacılarla doğrudan kurduğu diyalogdur. Kendi çıkarlarını siyasal karar alma sürecinde ortaya koyabilmek için bu kişilerle bağlantı kurarlar. Seçimlerde destek verir ve oy toplanmasına yardımcı olurlar⁸². Kanaatimce böyle bir yaklaşım, baskı gruplarının demokratik yollardan sorunları dile getirme ve iktidara ulaştırma amacından uzaklaşmasına sebep olmaktadır.

Siyasi partilerin önceden izin almaksızın kurulması, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsuru olması 1982 Anayasasında düzenlenmiştir (md.68/2,3). Siyasi partiler, meclis çalışmalarına parti mec-

⁷⁷ Topçular, Hamide, Hukuk Sosyolojisi Dersleri (Sosyoloji Açısından Hukuk), Işın Yayıncılık, Ankara, 1984, s.160.

⁷⁸ Batum Süheyl/İnceoğlu Sibel/Öztezel Aslıhan/Tokuzlu Bertan Lami, s.71.

⁷⁹ Kaboğlu, İbrahim, Kolektif Özgürlükler, s.61.

⁸⁰ Teziç, Erdoğan, Siyasal Partiler, Gerçek Yay., İstanbul, 1976, s.8, AKAD Mehmet, s.70.

⁸¹ Akad, Mehmet, s.70-71.

⁸² Akad, Mehmet, s.87.

lis grupları aracılığıyla katılırlar. 1982 Anayasasına göre, siyasi parti grupları, en az yirmi üyeden meydana gelir (md.95/2). 1961 Anayasasında on olan üye sayısının yirmiye çıkarılmasının nedeni meclis çalışmalarını kolaylaştırmaktır⁸³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye Birleşik Komünist Partisi'nin isminde komünist kelimesinin geçmesi ve tüzüğünde azınlıklar yaratmak suretiyle Türk ulusunun bölünmesi amacını güttüğü gerekçesiyle AYM'si tarafından kapatılma kararının verilmesini, İHAS md.11 ihlali olarak değerlendirmiştir. Mahkeme, fiili bir şiddet tehlikesi veya ifadede bulunulmasıyla bir şiddet hareketinin doğrudan tahrik edilmesi arasında nedensellik bağı kurulmadan sadece ifadelerin içeriğinin kısıtlamaları gerektirdiği sonucuna ulaşmak için yeterli saymıştır. Ayrıca, Mahkeme, TBKP'nin henüz faaliyetlerine başlamadan kapatıldığını, sadece partinin tüzük ve programına dayanarak kapatma kararı verildiğini ancak AYM'nin kararından da anlaşılacağı üzere tüzük ve programda partinin gerçek amaçlarını düşündürecek bir şey olmadığını ifade eder⁸⁴.

Toplumu oluşturan bireylerin kaygılarının ve isteklerinin siyasal iktidara aktarılmasında demokrasi için vazgeçilmez olduğunu düşündüğümüz siyasi partiler veya baskı gruplarının ifade özgürlüğünü kullanmalarına sınırlama getirilmesi ancak belli koşullarla mümkündür. Bir partinin sadece programından dolayı yargılanması siyasi partilerin demokrasinin gelişimi için sağlayacakları katkıyı engellemek anlamına gelir ki bu da kabul edilebilir bir durum değildir.

C. Baskı Grupları Ve Lobby

Lobby kavramı, baskı grupları kavramından farklı olmasına rağmen zaman zaman aynı anlamda kullanılmıştır. Lobby sözcüğü, parlamentonun koridoru ile aynı anlamdadır. Lobbyciler, genellikle meclis koridorlarında milletvekilleri ile ilişki kurarak belirli konularda, bir yasanın çıkarılması için faaliyet gösteren ve siyasileri ikna etmeye çalışan kişiler olabileceği gibi aynı zamanda bağımsız çalışan ve

⁸³ Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s.286.

⁸⁴ 30.01.1998 tarihli Türkiye Birleşik Komünist Partisi Davası hakkında detaylı bilgi için bkz: <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=732> (E.T: 15. 12.2011).

yalnızca bu işten geçimlerini sağlayan kişiler de olabilir⁸⁵. Bir başka tanıma göre lobby; karar alıcıların belli politikaları benimsemeleri ve uygulamalarını sağlamak amacıyla girişilen etkileme faaliyetidir⁸⁶.

ABD' de 1946 tarihli Federal Lobby Kanunu'nda Amerikan Kongre' sindeki yasaları etkilemeye veya yasanın çıkmasını veya çıkmamasını sağlamaya çalışan bunun için doğrudan toplanan veya asıl amacı bu olan kişiler Lobbyci olarak tanımlanmakta ve bu vasıfları taşıyan kişilerin her üç ayda bir harcamalarına ilişkin kayıtları sunmaları istenmektedir⁸⁷.

Türkiye' de lobbycilik, genellikle bir örgüt adına mecliste kulis faaliyeti yapma biçiminde görülmektedir. Bu nedenle, bağımsız bir kanun simsarlığından ziyade baskı gruplarının çıkarları doğrultusunda faaliyet gösterme söz konusu olmaktadır. Baskı grupları, belirli çıkarlar çevresinde ve ortak amaca yönelik olarak kurulmuş iken lobbyciler, salt yasama üyeleri üzerinde etkinlik sağlayarak karar aldırma amacı ile faaliyet göstermektedir⁸⁸. Daha önce ifade ettiğimiz doktrindeki baskı grubunun siyasi iktidar üzerindeki etkin rolüne ve karar aldırma konusundaki etkinliğine göre baskı grubu niteliğinin kazancağı yönündeki düşüncenin lobbyciliğin ülkemizde var olmadığı kabul edildiği taktirdedayanacağının olmadığı görülmektedir.

D. Baskı Grupları ve Sivil Toplum Kuruluşları

Sivil toplum genel olarak devletten ayrı, devletle arasındaki ilişkide özerkliğe sahip olan ve toplumun üyeleri tarafından kendi çıkarlarını, korumak ve yaymak için gönüllü olarak kurulan örgütlenmelerin oluşturdukları bir birliktelik alanıdır⁸⁹.

⁸⁵ Nitekim, 1946' da ABD' de çıkarılan bir yasayla kanun simsarlığı düzenlenmiş ve böylelikle nasıl çalışacakları, hangi mali ilkelere uyacakları düzenlenmiştir. DION Leon, Les Groupes Et Le Pouvoir Politique Aux Etats- Unis, Quebec, P.U. Laval, 1965, s.113 vd. Akad, Mehmet, s.69' dan naklen.

⁸⁶ Tutkun, Yücel, "Uluslar Arası Platformda Etkinliğimizi Arttırabilmek İçin Lobi - Sivil Toplum Örgütlerinin Faaliyetleri Nasıl Olmalıdır?" http://scholar.google.com.tr/scholar?start=70&q=bask%C4%B1+gruplar%C4%B1+&hl=tr&as_sdt=0 (E. T:14.12.2011).

⁸⁷ Tutkun, Yücel, "Uluslar Arası Platformda Etkinliğimizi Arttırabilmek İçin Lobi - Sivil Toplum Örgütlerinin Faaliyetleri Nasıl Olmalıdır?" http://scholar.google.com.tr/scholar?start=70&q=bask%C4%B1+gruplar%C4%B1+&hl=tr&as_sdt=0 (E. T:14.12.2011).

⁸⁸ Akad, Mehmet, s.69.

⁸⁹ Caniklioğlu, Dikmen, Meltem, s. 21.

Feodalitenin çözülmesi, burjuvazinin ortaya çıkışı ve gelişmesi ile birlikte Batı Avrupa'da, 12.yüzyıldan itibaren şehirlerin yeniden önem kazanmasıyla birlikte şehir hayatını düzenleyen Roma Hukuku (CorpusJurisCivilis) yeniden kullanılmaya başlanmıştır. Sivil toplumdaki 'sivil' terimi, şehir hayatının getirdiği hak ve yükümlülükleri ifade eder⁹⁰.

Sivil toplum kuruluşu ifadesi son zamanlarda yaygın bir şekilde baskı grubunun yerine de kullanılmaya başlanmıştır. Ancak baskı grubunun asıl amacı siyasal iktidarı üyelerinin çıkarlarının kamu yararı ile uyumlu olduğuna dikkat çekerek karar mekanizmalarını bu yönde hareket etmeye sevk etmektir. Sivil toplum kuruluşunun en temel özelliğiningönüllü örgütlenme olduğu düşünüldüğünde birçok baskı grubunun sivil toplum kuruluşu olmadığını görebiliriz. Kaldı ki, sivil toplum kuruluşları, devletin bir parçası değildir. Ancak devlet politikalarını etkileyebilir ve devletten maddi destek alabilir. Sivil toplum kuruluşları, siyasi alandaki konumları itibariyle adeta partilerin ve onların temsil ettikleri siyasi görüş farklılıklarının üzerinde bir noktada durmaktadırlar. Sivil toplum kuruluşlarının siyasal iktidarla ilişkisi daha çok yönetime katılma ve hükümet politikasının oluşmasına yardımcı olma şeklindedir. Baskı gruplarının temel amacı ise, siyasal iktidarı üyelerinin çıkarları doğrultusunda yönlendirmek ve karar mekanizmalarının bu yönde hareket etmesini sağlamaktır⁹¹.

V. BASKI GRUPLARININ DEMOKRASİ ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

Demokrasi, tarih boyunca farklı şekillerde tanımlanmıştır. Birbirinden farklı tanımlara rağmen demokraside bulunması gereken özellikler, belli aralıklarla seçim, şeffaflık, seçimler arasındaki dönemlerde bireylerin istek ve şikayetlerini ifade edebilmeleri, muhalefetin iktidar olma imkanının bulunması, farklı düşüncelere saygı gibi.Sosyal ilişkiler ve sosyal grupları olan toplulukların sürekliliği, toplumu oluşturan birey, grup ve toplulukların asgari ölçüde birleşmelerine ve birbirlerine saygı göstermelerine bağlıdır⁹².

⁹⁰ Bayhan, Vehbi, "Demokrasi ve Sivil Toplum Örgütlerinin Engelleri: Patronaj ve Nepotizm", Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C:26, No:1, Sivas, Mayıs, 2002, s.4.

⁹¹ Bilgici, Özcan, s.15-16.

⁹² Bayhan, Vehbi, s.7.

Gelişmiş toplumlarda, örgütlü insan toplulukları ön plana çıkmaktadır. Bireyin bu örgütlenme içerisinde yer almaması halinde, kamusal yaşam üzerinde etkili olma, siyasi iktidarı etkileme imkanları da sınırlı olmaktadır⁹³. Böylesi bir toplumda, birey ile devlet arasındaki bağın kopmuş olmasından dolayı bireyin endişelerini, kaygılarını, isteklerini veya ihtiyaçlarını siyasi iktidara ulaştırma imkanı olmamaktadır.

Çoğulcu demokrasi, vatandaşların sadece seçimden seçime var olduklarını gösterdikleri bir rejim değildir. Çoğulcu demokrasinin gerçek anlamda uygulandığı toplumlarda, bireyler, örgütlü insan toplulukları aracılığıyla devamlı bir şekilde siyasi iktidara yön verirler. Bu itibarla, baskı grupları bireylere kamusal yaşama katılma imkanı veren araçlardan birini oluştururlar. Bir toplumun demokrasi alanında gelişmişlik düzeyini en iyi gösteren araçlardan birisi derneklerin sayısı, ne kadar aktif faaliyette bulunduğu ve bireylerin kaçının bu derneklere üye olduğudur⁹⁴. Çoğulcu toplum tipinin ortaya çıkışıyla bu yapının temel taşını oluşturan baskı grupları da hemen her sistemde yer almışlardır. Bunun neticesinde, dernekler, sendikalar, birlikler, meslek kuruluşları, yerel örgütler biçiminde kendini gösteren baskı grupları kamu hukuku alanında hak ve özgürlüklerin korunmasında siyasal iktidar-çıkar grupları bağlamında etkin rol üstlenmişlerdir⁹⁵. Demokratik bir devlet düzeninde, tüm kuruluşların niteliklerine uygun düştüğü ölçüde demokratik yapıya sahip olması gerekir⁹⁶.

Gruplar tarafından hükümet üzerinde kurulan baskı teşkilatsız olarak da yapılabilir ve bu durum hemen her hukuk sisteminde de vardır. Örgütlenmiş baskı, temsili demokraside farklı bir nitelik kazanır. Çoğulcu demokratik sistemlerde, çeşitli etkiler ve baskılar siyasi iktidara ulaşabilmelidir⁹⁷. Ancak böyle bir toplumda bireyler isteklerini örgütlü bir yapı içinde dışa vurma imkanına sahip olur.

Baskı grupları, iki farklı çıkar çatışmalarını birlikte sürdürmektedir. Bunlardan ilki, siyasal iktidarı elinde tutan yönetim organları iken, ikincisi ise, kamuoyunun kendi görüşlerine paralel olması için kitleye

⁹³ Batum Süheyl/İnceoğlu Sibel/Öztezel Aslıhan/Tokuzlu Bertan Lami, s. 45.

⁹⁴ Batum Süheyl/İnceoğlu Sibel/Öztezel Aslıhan/Tokuzlu Bertan Lami, s. 45

⁹⁵ Akad, Mehmet/ Dinçkol, Vural, Bihterin, s.410-411.

⁹⁶ Şahlanan, Fevzi, s.1.

⁹⁷ Tunaya Tarık Zafer, s.321.

dönük yapılan faaliyetlerdir. Baskı grupları, faaliyetlerinin her aşamasında istemlerini değişik yollardan dile getirdikleri kitleye hesap vermenin sorumluluğunu duyacaklardır⁹⁸. Baskı grupları, sadece salt çoğunluğu denetlemekle kalmamakta iktidara katılma ve karar verme sürecine dahil olma noktasında da önemli bir konumda bulunmaktadır. Demokrasiler modern niteliğini toplumsal güçler karşısında etki-tepki olgusunun varlığından almaktadır⁹⁹.

Baskı gruplarının bir ülkede uygulanacak kurallar sisteminin oluşturulmasındaki etkisi büyüktür. Bu zincirin ilk halkasını iktidarın meşruiyetini toplumdan alması aslında toplumu oluşturan bireylerin bir araya gelerek oluşturdukları grupların çıkarlarının göz önünde bulundurulmasıyla doğru orantılıdır. Çoğulcu demokrasi anlayışının gerekliliğine inanan bir toplumda, uzlaşma içinde sürdürülebilecek tartışmaların, baskı gruplarının kamuoyunu ve iktidarı etkilemesi ile sağlandığının kabul edilmesi gereklidir¹⁰⁰. Bu itibarla demokrasi, sivil toplum aidiyetli bir kavramdır ve demokratik hukuk devletinden ayrı olarak düşünülmesi imkansızdır. Demokratik bir devlette, siyasi partiler ve gruplar, güçlerini ancak gelişmiş bir sivil ortamdan alır¹⁰¹. Nitekim, Freeom House tarafından Dünyada Özgürlük-Siyasal ve Sivil Özgürlükler Üzerine Yıllık Araştırma (Freedom in the World – The Annual Survey of Political and Civil Liberties) adıyla yayınlanan çalışma raporunda demokrasi için gerekli unsurlar arasında sivil özgürlükler, sivil toplum ve demokrasi kültürünün de olması gerektiği belirtilmiştir¹⁰².

Çaha'ya göre, liberalize olmayan bir sivil toplumun demokrasiye dayanak oluşturmaması, 28 Şubat 1997'de Türkiye'de görülmüştür. Bu dönemde, demokratik kurumları baypas eden askerin yanında yer alan gruplar, demokratik cephede olması gereken sivil toplum grup-

⁹⁸ Akad Mehmet, s.84-85. Baskı grupları faaliyetlerini üç alanda sürdürürler; kamuoyu, parlamento ve hükümet. Bu çerçevede üç işlevi yerine getirirler; hak ve özgürlüklerin korunması, çeşitli sorunlar hakkında topluma bilgi verilmesi ve böylece ortak bir kanaat oluşturulması ve nihayet gerekli gördükleri reformların ilgili kurumlarca benimsenmesi için geniş bir anlatım kampanyası düzenlemek. Bu konuda bkz: Akad Mehmet, Dinçkol, Vural, Bihterin, s.410-411.

⁹⁹ Akad, Mehmet, s.63.

¹⁰⁰ Akad, Mehmet, s.109.

¹⁰¹ Caniklioğlu, Dikmen, Meltem, s.94.

¹⁰² Caniklioğlu, Dikmen, Meltem, s.129. Daha detaylı bilgi için bkz: <http://www.fredomhouse.org/template.cfm?page=1> (E.T:14.12.2011).

larıydı. Türkiye’de, Türk-İş, DİSK, TESK, TÜSİAD ve TİSK gibi sivil toplum unsuru oluşturması beklenen gruplar, militarizmin yanında yer alanlar olmuştur diyerek sivil toplumun her zaman demokratik adımlar atmadığını ifade etmiştir¹⁰³.

Baskı gruplarının demokrasinin gelişimindeki rolünü gösteren bir diğer etken, seçim sistemlerinin neticesinde ortaya çıkan boşlukların doldurulmasında kendisini göstermektedir. Parlamentoda temsil edilme olanağına kavuşmayan baskı grupları, iktidar üzerinde dışarıdan etki yaparak boşluğun giderilmesine katkıda bulunurlar¹⁰⁴. Modern demokrasilerde sivil toplum, devlete karşı değer, söylemler, çözümler geliştirebilecek yeterlilikte ekonomik, ideolojik ve örgütsel kapasiteye sahip olan sosyal grupların varlığı ile mümkün olabilir. Bu gruplar, gerekirse siyasi politikaları yeniden oluşturacak, değiştirecek, sınırlayacak kriz anlarında çözüm üretebilecek gücü temsil etmektedir¹⁰⁵.

Bir görüşe göre, sivil toplum farklılıkları sürekli gündeme getirmek suretiyle farklılıkların ayrıcalığa dönüşmesine ve toplumsal bölünmeye neden olabilme tehlikesini de beraberinde taşımaktadır. Sivil toplum, niteliği gereği, siyasi partilerden daha ağırlıklı olarak bölgesel, etnik, dinsel, milliyetçi ve cinsiyete dayalı talepleri temsil eder. Bu nedenle, sivil toplum, demokrasinin bir gereği olduğu gibi aynı zamanda demokrasi için tehdit yaratma potansiyeline de sahiptir¹⁰⁶. Kanaatimce, demokratik düzene hangi grupların zarar verme tehlikesi taşıyacağıının belirlenmesi şahsi ideolojik düşünceler sonucu ulaşılabilecek yargılar olduğundan belirlenmesi oldukça zordur. Böylesi bir belirlemenin yapılamadığı bir durumda, demokrasinin gereği olan sivil toplumun yine demokrasi için bir tehlike oluşturabileceği düşüncesi de çelişki yaratmaktadır.

Keane; “...ben, özerk kamusal alanlardan oluşan güvenli ve bağımsız bir sivil toplum olmaksızın özgürlük ve eşitlik, katılımcı planlama ve toplulukların kendi kararlarını kendilerinin almaları gibi hedeflerin içi boş sloganlar olmaktan öteye gidemeyeceklerini savunuyorum. Ne var ki, devletin koruy-

¹⁰³ Çaha Ömer, “Liberal ve Sosyalist Ülkelerde Sivil Toplum”, Liberal Düşünce, C.4, Sayı:16, s.120. <http://www.liberal.org.tr/incele.php?kategori=MTg=&id=Nzgz> (E.T: 02.01.2012).

¹⁰⁴ Caniklioğlu, Dikmen, Meltem, s.95.

¹⁰⁵ Bayhan, Vehbi, s.6.

¹⁰⁶ Caniklioğlu, Dikmen, Meltem, s.104.

cu, yeniden bölüştürücü ve çatışmaları dolayımlayıcı işlevleri olmayınca da sivil toplumu dönüştürmek için verilen mücadeleler gettolaşmış, bölük pörçük ve durgun bir hal alacak veya kendilerine özgü yeni eşitsizlik ve özgürsüzlük biçimleri yaratacaklardır." sözleriyle güvenli ve bağımsız bir sivil toplumun özgürlükçü ve eşitlikçi demokrasi için ne denli önemli olduğunu ifade etmiştir¹⁰⁷.

Baskı gruplarının siyasi karar alma mekanizmalarını etkileme sürecinde kullandıkları yöntemler şu şekilde kategorize edilebilir:

- a. İkna
- b. Baskı ve Tehdit
- c. Siyasi Partilerle İlişki Kurma
- d. Kulisçilik-Lobbycilik
- e. Özel Ayrıcalıklar Sağlama
- f. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Düzenleme
- g. Medya ve Kamuoyu Oluşturma
- h. Yayın Organları Aracılığı İle Kamuoyunu Bilgilendirme
- i. Panel, Konferans ve Seminerler Düzenleme
- j. Grevler
- k. İtaatsizlik ve Sabotaj¹⁰⁸

Çoğulcu demokrasiler, belirli faaliyet alanlarının tümünü derneklere ve diğer sivil toplum örgütlerine terk etmekte ve devletin rolünü ise sadece bu örgütleri desteklemekle sınırlandırmaktadır. Örnek olarak, Avrupa Kültür Başkenti Organizasyonuna katılmak amacıyla sivil toplum örgütlerinin oluşturduğu girişim grubu verilebilir. Bu grup, İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin yardımıyla, İstanbul'un etkinliğe aday olabilmesi için kurulmuştur¹⁰⁹.

Demokrasinin aralıklar yapılan seçimlerden ibaret olmaması, seçimler arasındaki süreçte toplumun siyasi karar alma sürecinde

¹⁰⁷ Keane, John, Demokrasi ve Sivil Toplum, Çev. Necmi Erdoğan, İstanbul 1994, s.37.

¹⁰⁸ Topçu Adnan, s.51, Akad, Mehmet/Dinçkol, Vural, Bihterin, s.412-413.

¹⁰⁹ Batum, Süheyl/İnceoğlu, Sibel, Öztezel, Aslıhan/Tokuzlu, Bertan, Lami, s. 46.

isteklerini iktidara ulaştırabilmesi gerekliliğini de beraberinde getirir. Toplumda birden çok kişinin belli düşünceyle bir araya gelerek oluşturdukları grupların önemi bu anda ortaya çıkmaktadır. Baskı grupları, siyasi amaçlar taşımasa dahi bu grupların siyasetle ilgisinin kesilmesi (dépolitisation) demokratik bir düzenin devamını sekteye uğratar. Gerçekten de, siyasi partilerin ve baskı gruplarının siyasete katılımdaki rolü oldukça büyüktür. Bu nedenledir ki, bu katılmaya “örgütsel katılma” denmektedir¹¹⁰. Baskı grupları aracılığı ile siyasete katılma, bireylerin belli dönemlerde oy kullanarak siyasal tercihlerini ifade etmelerinin yanı sıra iktidarla sürekli ilişkileri belirleyen ve ona geçerlik sağlayan bir davranış biçimi oluyor¹¹¹.

Bu açıklamalardan anlaşıldığı gibi baskı grupları, çeşitli yöntemler kullanarak iktidarın aldığı kararlardan yasaların hazırlanma ve uygulama aşamalarına kadar etkin olabilmekte ve bir anlamda sesini duyurabilmektedir. Bu doğrultuda, baskı gruplarının hak ve özgürlüklerin korunmasında güçlü birer kurum olarak toplum yaşamında var olduklarının ve yargı sistemi dışında toplumsal korumanın mümkün olduğunun bir örneği olarak kabul edilmesi gereklidir¹¹². Bu itibarla, baskı gruplarının siyasal yaşama katılımda etkisinin olması, siyasal karar alma sürecinde rol almaları, çoğulcu demokrasi anlayışının gereği olmaktadır. Toplumdaki beklentilerin ve ihtiyaçların göz ardı edildiği, dile getirilmediği devletlerde çoğulcu demokrasi anlayışının yerleşmesi önemli bir faktör olabilecek baskı gruplarının var olması ve aktif olarak faaliyet göstermesi ile mümkündür. Baskı gruplarının, sivil toplum örgütlerinin demokrasiye olumlu katkılarının olabilmesi için gruplara mensup olan bireylerin demokrasi bilincine sahip olması gerekmektedir.

SONUÇ

Tüm bu anlatımlar ışığında baskı gruplarını, gerçek anlamıyla çoğulcu demokratik rejimlerde kendisini gösterebilen, ortak bir durum, düşünce veya amaçla bir araya gelen, menfaatleri doğrultusunda siyasal iktidarı etkileme amacı taşıyan ve kendisini tanıtma eğiliminin

¹¹⁰ Akad, Mehmet, s.115.

¹¹¹ Akad, Mehmet, s.131.

¹¹² Akad, Mehmet/Dinçkol, Vural, Bihterin, s.413.

dışında da birçok konuda kamuoyunu bilgilendirme yönünde düzenlemeler ve çalışmalar yapan gruplar olarak ifade etmek mümkündür.

Çok önceden var olmasına rağmen belirgin olarak çok partili rejimle birlikte bilinçli olarak örgütlenen baskı gruplarına ilişkin yapılan hukuki düzenlemeler başlangıçta oldukça kısıtlıyken sonrasında yapılan iyileştirmelerle hareket edebilme ve faaliyette bulunma imkanı genişlemiştir. Öte yandan, 1982 Anayasasında sendika özgürlüğüne ilişkin hükümler, çalışma ile ilgili hükümler başlığı altında yer almaktadır. Kanaatimce, bir hakkı veya özgürlüğü güvence altına alan hükümün çalışma ile ilgili hükümler kısmında yer alması sistematik açıdan yerinde olmayıp çalışmanın dışında bireye bir toplu hak ve özgürlüğü sağladığını, güvence altına aldığını gösterecek şekilde düzenlenmesi daha doğru olurdu.

Doktrindeki bir görüşe göre sivil toplumun farklılıkları gündeme getirmek suretiyle bireyler arasında bölünmeye neden olabileme ihtimali taşımakta ve demokrasi için tehlike oluşturabilmektedir. Kanaatimce, demokratik düzene zarar verme potansiyeli taşıyan grupların belirlenmesi şahsi ideolojik düşünceler neticesinde ulaşılabilmesi nedeniyle oldukça zordur. Bu nedenle, demokrasi için vazgeçilmez olan bir kurumun aynı zamanda demokrasi için bir tehlike olabileceğinin kabulü çelişki yaratmaktadır.

Baskı grupları, olumlu ya da olumsuz tarafları olsa da, kısıtlamalara tabi tutulmasının gerektiği savunulsa da demokrasi için olmazsa olmaz bir unsur olduğu kabul edilmelidir. Böylesi bir kabulün ardından bir toplumda aktif olarak faaliyette bulunan baskı gruplarının etkinliğini önleyici işlem tesis edilmemesi, yargı kararlarıyla Anayasa'da ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde belirlenen sınırlamaların gerektirdiği koşulların oluşmadığı durumlarda cezalar öngörülmemesi ve kapatma kararları verilmemesi gibi birtakım yükümlülükler doğmaktadır. Demokrasinin salt seçimlerden vuku bulmayan bir rejim olmadığını düşünürsek ortak çıkar veya düşünce ile bir araya gelen insanların toplumdaki beklentileri ifade edebilmesi ve kamuoyunu aydınlatabilmesi için baskı gruplarının aktif olarak faaliyette bulunulmasını engelleyici düzenlemelerden ve kararlardan ziyade hak ve özgürlükleri genişletilerek güvence altına alınması gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- AKAD Mehmet, DİNÇKOL VURAL Bihterin, Genel Kamu Hukuku, Gözden Geçirilmiş Dördüncü Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2006
- AKAD Mehmet, Baskı Gruplarının Siyasal İktidarla İlişkileri (Doktora Tezi), Fakülter Matbaası, İstanbul, 1976
- AKTAN, Can C., Politikada Rant Kollama, Amme İdare Dergisi, C:26, Sayı:4, Todaie Yayınları, Ankara, 1993
- ARI Tayyar, Uluslararası ilişkiler ve Dış Politika, 7. Baskı, MKM Yayıncılık, Bursa, 2008
- ASLAN Seyfettin, GÜL Cengiz, "Geçmişten Günümüze Türkiye'de Baskı Grupları", Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Dergisi, C:5, Sayı:1, Sivas, 2004, Sayfa: 85-100
- BALKIR Gönül, Türk Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması, Kocaeli Üniversitesi Yayınları, Kocaeli, 2009
- BATUM Süheyl, İNCEOĞLU Sibel, ÖZTEZEL Aslıhan, TOKUZLU Bertan Lami, Çoğulculuk, Toplumsal Katılım ve Gelişim Vakfı, Nisan, 2003
- BAYHAN Vehbi, "Demokrasi ve Sivil Toplum Örgütlerinin Engelleri: Patronaj ve Nepotizm", Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C:26, No:1, Sivas, Mayıs, 2002, Sayfa:1-13
- BİLGİCİ Özcan, Baskı Gruplarının Siyasi Karar Alma Organları Üzerindeki Etkisi: Türkiye Barolar Birliği Örneği (Yüksek Lisans Tezi), Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ekim, 2010
- CANIKLIOĞLU DİKMEN Meltem, Sivil Toplum Ve Türkiye Demokrasisindeki İzdüşümleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007
- ÇAHA Ömer, "Liberal ve Sosyalist Ülkelerde Sivil Toplum", Liberal Düşünce, C.4, Sayı:16. <http://www.liberal.org.tr/incele.php?kategori=MTg=&id=Nzgz> (E.T: 02.01.2012)
- DEMİR Fevzi, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir, 2005
- GÖNEL Aydın, Önde Gelen STK'lar-Araştırma Raporu, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı, İstanbul, 1998
- GÖZLER Kemal, "3 Ekim 2011 tarihli Anayasa Değişikliği: Abesle İştigal Örneği" <http://www.anayasa.gen.tr/teblig2002.htm> (E.T:15.12.2011)
- KABOĞLU İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayıncılık, 3.Baskı, Kasım, 2006
- KABOĞLU İbrahim, Kolektif Özgürlükler, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları:8, Diyarbakır, 1989
- ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005
- ÖZBUDUN Ergun, 100 Soruda Siyasi Partiler :Partilerin Hukuki Rejimi : Türkiye'de Partiler, Sosyal Bilimler Derneği Yay., Ankara, 1974.
- ÖZBUDUN Ergun, Siyasi Partiler, Ankara, S.B.D., 1974

SARIBAY Ali Yaşar, Postmodernite, Sivil Toplum ve İnsan, İletişim Yay., İstanbul, 1994

ŞAHLANAN Fevzi, Sendikaların İşleyişinin Demokratik İlkelere Uygunluğu, Fakülteler Matbaası, 1980

ŞAHİM Tarık, Siyasi Katılım ve Baskı Grupları, Makro Ltd. Şti., Ankara, 1994

TANİLLİ Server, Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981

TANÖR Bülent, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, May Yayınları, İstanbul, 1978

TOPÇUOĞLU Hamide, Hukuk Sosyolojisi Dersleri (Sosyoloji Açısından Hukuk), Işın Yayıncılık, Ankara, 1984

TUNAYA Tarık Zafer, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, 5. Baskı, Araştırma, Eğitim, Ekin Yayınları, İstanbul, 1982

TUTKUN Yücel, "Uluslar Arası Platformda Etkinliğimizi Arttırabilmek İçin Lobi – Sivil Toplum Örgütlerinin Faaliyetleri Nasıl Olmalıdır?" http://scholar.google.com.tr/scholar?start=70&q=bask%C4%B1+gruplar%C4%B1+&hl=tr&as_sdt=0 (E. T:14.12.2011)

ZABUNOĞLU Yahya, Baskı Grupları (Doktora Tezi), Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1967

İnternet Kaynakları

<http://www.tesev.org.tr/default.asp?PG=HAKTRS02> (E.T:18.12.2011)

<http://ihami.anadolu.edu.tr/aihgoster.asp?id=20>(E.T: 15.12.2011)

<http://www.step.org.tr/images/UserFiles/Image/dokumanlar/STEPSon-YanRaporlar/Uluslararası%20STEP%20Türkiye%20Ulke%20Raporu.zip>(E.T.18.12.2011)

<http://www.freedomhouse.org/template.cfm?page=1> (E.T:14.12.2011)

TÜRK CEZA KANUNUNUN 301 VE AVUKATLIK KANUNUNUN 58'İNCİ MADDELERİ MUVACEHESİNDE ADALET BAKANLIĞININ/BAKANININ SORUŞTURMA İZNİ YETKİSİNİN NİTELİĞİ

THE NATURE OF THE AUTHORITY OF MINISTRY/MINISTER OF JUSTICE ON
THE PERMISSION FOR INVESTIGATION IN THE FACE OF THE ARTICLE
301 OF TURKISH CRIMINAL CODE AND THE ARTICLE 58
OF ATTORNEYSHIP ACT

Erdin BAYRAM*

Özet: Adalet Bakanlığına/Bakanına tanınan yetkilerden biri, unvan ve meslek kaynaklı görev suçlarında soruşturma izni yetkisi, diğeri de unvana bakılmaksızın tüm kişiler hakkında talep edilebilen eylem ve suç kaynaklı soruşturma izni yetkisidir. Her iki tür soruşturma izni yetkisinin Türk Ceza Kanununun 301 ve Avukatlık Kanununun 58'inci maddeleri özelinde karşılaştırmalı olarak incelendiği çalışmada, hukuki sorunlara ve uygulamada karşılaşılan kavram karışıklığına yer verilerek öneriler sunulmuştur.

Anahtar kelimeler: Soruşturma, izni, Avukat, Türk, Ceza, Kanunu, Adalet, Bakanlığı, Yetki

Abstract: One of the authorities that are invested to Ministry/ Minister of Justice is the permission for investigation in the offences regarding title and profession and the other is the permission for investigation resulting from act and crime, which can be invoked for all persons regardless of the their titles. In this study in which two types of permission for investigation are examined specifically in respect of the Article 301 of Turkish Criminal Code and the Article 58 of Attorneyship Act in a comparative manner, the suggestions are presented by having legal problems and the concept confusion included.

Keywords: Investigation, Permission, Lawyer, Turkish, Crime, Law, Justice, Ministry, Authority.

* Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimi

I. GİRİŞ

Bazı kanunlarda, suç işlendiği şüphesiyle yapılacak soruşturmanın Adalet Bakanlığının veya bizzat Adalet Bakanının iznine tabi kılındığına rastlanılmaktadır. İzin yetkisinin kullanılması, kimi zaman hukuki bir değerlendirme ile kimi zaman da kamu yararı bakımından bir takdir hakkı kullanılarak yapılır. Ne tür bir değerlendirme yapılması gerektiği kanun metninden, içtihatlardan ya da kanunun gerekçesinden anlaşılır.

Soruşturma, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 2'nci maddesinde “*Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre.*” şeklinde tanımlanmıştır. Cumhuriyet savcısı suç şüphesine muttali olduktan sonra soruşturma işlemlerine başlamak için kanun hükmü gereği, herhangi bir kurum, kurul veya idari merciin iznine ihtiyaç duyduğu hallerde, artık genel usulle soruşturma yapamayacak izin konusunda olumlu veya olumsuz bir sonuç alınıncaya kadar, soruşturma dışı yapılan inceleme işlemleri devreye girecektir.

Bu çalışmamızda, ceza muhakemesi şartı ve “izin” sistemini açıkladıktan sonra, Adalet Bakanlığının genel olarak tüm soruşturma ve kovuşturma izni yetkilerini¹ değil de sınırlandırma yaparak sadece 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 301 ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 58'inci maddelerindeki yetkisinin niteliğini, karşılaştırmalı şekilde “soruşturma izni” ve “izin” terimleri üzerinde yoğunlaşarak inceleyeceğiz.

II. CEZA MUHAKEMESİ ŞARTI “İZİN”

II.I Genel Olarak Ceza Muhakemesi Şartı

Hukukumuzda şikâyet dışında muhakeme şartları, sistematik ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmemiş olduğundan adlandırılması, kapsamı ve içeriği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Öğretide yargılama faaliyetinin bazı koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak

¹ Adalet Bakanlığının diğer bir kısım izin yetkileri için bakınız. 2802 sayılı Kanunun 76/2, 5237 sayılı Kanunun 299, 5271 sayılı Kanunun 161/1, 1512 sayılı Kanunun 153'üncü maddeleri.

yapılabilmesi değişik adlarla anılmakta olup, bunlar ceza muhakemesi şartı, dava şartı, yargılama şartı gibi terimler altında incelenmekle birlikte aslında, özünde anlatılmak istenen konuda bir farklılık yoktur.² Ceza Muhakemesi Kanununa baktığımızda ise bahsi geçen terimler yerine “*Duruşmanın Sona Ermesi ve Hüküm*” başlıklı 223’üncü maddenin 8’inci fıkrasında “...*soruşturma veya kovuşturma şartının...*” denildiği görülmektedir. Bu çalışmamızda, ceza yargılaması faaliyetinin nasıl yapılacağını düzenleyen temel kanunun adının “Ceza Muhakemesi Kanunu” olması sebebiyle “ceza muhakemesi şartı” terimini kullandık.³

Ceza muhakemesi şartı ile cezalandırılabilme şartını birbirine karıştırmamak gerekir. Eğer bir şart bizzat failin iradesiyle oluşturuluyor veya buna sebebiyet veriliyorsa cezalandırılabilme şartı, buna karşın failin dışında bir organ veya kişi tarafından şart gerçekleştiriliyorsa muhakeme şartı olduğu kabul edilir.⁴ Örneğin resmi belgede sahtecilik suçunda belgenin başkalarını aldatacak şekilde düzenlenmesi cezalandırılabilme şartı, bir suçun soruşturması veya kovuşturmasının şikâyet ya da izne bağlanması ise muhakeme şartıdır.

Kamu davasının mecburiliği ilkesi uyarınca suç haberinin alınması ile birlikte soruşturma re’sen başlatılır. Ceza muhakemesi hukukumuzda kural olarak bu ilke benimsenmiştir. Ancak sakıncalarının giderilmesi için de kanunlarda izin şartına yer verilerek ilkenin istisnalarından biri oluşturulmuştur.⁵

Ceza muhakemesinde kovuşturma yapılabilmesinin izin şartının gerçekleşmesine bağlandığı halde, şartın gerçekleşmeyeceği anlaşılırsa kovuşturma yapılmaz.⁶ Bulunulan soruşturma veya kovuşturma

² Prof Dr. Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Beta, İstanbul-2007, s.234 Sinan Bayındır, “Sermaye Piyasası Kanunu’nun 49. Maddesinde Yer Alan “Yazılı Başvuru Şartı”nın Hukuki Mahiyetine ve Sonuçlarına İlişkin Bir Değerlendirme”, *TBB Dergisi*, 93. Sayı, 2011 Mart-Nisan, s.235

³ Bakınız, 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 162’nci ve 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun 42’nci maddelerinde benzer olarak “muhakeme şartı” terimi kullanılmıştır.

⁴ Prof Dr. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara-2008, s.552

⁵ Sinan Bayındır, a.g.m., s.219

⁶ Prof. Dr. Yener Ünver-Prof. Dr. Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara-2012, s.104

aşamasına göre, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı veya düşme hükmü verilir. Soruşturma izin şartına bağlanmışsa henüz izin alınmayan inceleme aşamasında soruşturma kaydı da yapılmaması gerekir. Bu durumda Bakanlık Muhabere kaydı üzerinden yapılan inceleme işlemi, izin şartı gerçekleşmezse bir karar verilmesine gerek olmaksızın sonlandırılır.

II.II İzin Sistemi

İzin yetkisinin özünü oluşturan takdir ve değerlendirme yetkisi, "denetlenebilen/ gerekçeli, bağımlı değerlendirme yetkisi" ve "denetlenemeyen, özgür değerlendirme yetkisi" olarak ilkin ikiye; özgür değerlendirme yetkisi de "gerekçeli ancak denetlenemeyen sınırlı özgür değerlendirme yetkisi" ve "gerekçesiz denetlenemeyen tam özgür değerlendirme yetkisi" şeklinde ayrıca ikiye ayrılır.⁷ Öğretide yapılan bir diğer ayırım da özü itibarıyla aynı olmakla birlikte, aktif ve pasif izin yetkisi diye adlandırılan ayırımdır. Aktif izin yetkisi bazı görevlileri yaptıkları işin önemi gereği korumak, pasif izin yetkisi ise fiili esas olarak kamu yararını değerlendirebilmek düşüncesiyle getirilmiştir.⁸ İlk ayırma "denetlenebilen /gerekçeli, bağımlı ve aktif değerlendirme/izin" yetkisine, serbest meslek olarak yapılırsa dahi görevleri gereği doğrudan doğruya soruşturma veya kovuşturmayaya maruz kalmamaları için kanunlarda bazı unvan ve meslekler için öngörülen izin yetkisi örnek olarak verilebilir ki, bu da hâkim, Cumhuriyet savcısı, avukat ve memur gibi kişilerin görevleri sebebiyle haklarında suç isnat edildiğinde uygulanan izin sistemidir. İkinci ayırım olan "denetlenemeyen, özgür ve pasif değerlendirme/izin" yetkisine, kişiye ve unvana göre değil de suçun niteliğine göre kanunlarda, özellikle de Türk Ceza Kanununda öngörülen izin sistemi örnek olarak gösterilebilir.

Öğretide bazı görüşler, unvan ve kişi temelli soruşturma izni uygulamasını kamu görevlileri dokunulmazlığı şeklinde adlandırıp muhakeme şartı olan izin başlığı yerine dokunulmazlık başlığı altın-

⁷ Sami Selçuk, "301. ve 305. Maddelerdeki İzin Yetkisi Nedir, Ne Değildir." *Star Gazetesi*, 22/04/2008

⁸ Ranieri s.120 ve Sabatini I, s. 313'ten naklen, Kunter/Yenisay/Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Birinci Kitap, Beta Yayınevi, İstanbul-2009, s.99

da değerlendirmektedirler.⁹ Bu adlandırmaya katılmak mümkün değildir. Şöyle ki, anayasal bir kurum olan dokunulmazlık soruşturma yapılmasına değil sadece milletvekilinin tutulmasına, sorguya çekilmesine, tutuklanmasına ve yargılanmasına engeldir. Kamu görevlilerinin soruşturulması için kanunla düzenlenen izin sisteminin kısmen dokunulmazlık kurumu ile benzer yönleri bulunsa da her iki sistem, var oluş nedenleri ve hukuki niteliğinin farklılığı karşısında birbiriyle karıştırılmamalıdır.

Suçun niteliğinden kaynaklanan izin yetkisinde toplumun genel çıkarını ilgilendiren konuda, kamu menfaati düşünülerek siyasi sorumluluğu olabilen ancak hukuki sorumluluğu olmayan değerlendirme yetkisi, devlet adamlarınca kullanılarak olumlu ya da olumsuz bir karar verilmelidir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu dönemindeki 160/2'nci fıkra uygulamasında yanlış yapılarak yargı organı gibi yorum yapıp hukuki görüş bildirilmek suretiyle değerlendirme yapılmıştır. Yanlışlar yapıla gelerek kıdem kazanınca doğruya dönüşmez, aksine müzminleşir.¹⁰ 5759 sayılı Kanunla değişik 5237 sayılı Kanunun 301'inci maddesi ve diğer kovuşturma izni maddeleri uygulamasında da yine çoğu kez hukuki değerlendirme yapılarak izin yetkisi kullanılmaktadır..

Anayasa Mahkemesine Şişli 2. Asliye Ceza Mahkemesince itiraz yoluyla yapılan, Türk Ceza Kanununun 301'inci maddesinin soruşturma yapılmasını Adalet Bakanının iznine bağlayan 4. fıkrasının iptali istemli başvurunun, reddine dair 07/05/2009 tarihli ve 2009/57 sayılı kararın gerekçesinde özetle, "*İtiraz konusu kuralla ülkenin politik çıkarları nedeniyle maddede düzenlenen suçtan dolayı soruşturma yapılması Adalet Bakanının talebine bağlı tutulmuştur. Adalet Bakanı'na tanınan bu yetki, yargısal değerlendirmeden ziyade Devlet ve toplum yararı açısından bir takdir yetkisinin kullanılmasıdır.*"¹¹ denilmek suretiyle yetkinin hukuki değerlendirme yapılmaksızın kullanılması gerektiği üzerinde durulmuştur. Kaynak 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununun gerekçesinde de

⁹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e, s.104

¹⁰ Sami Selçuk, "Türk Ceza Yasası'nın 301. Maddesine İlişkin Değişiklik Nasıl Olmalı? 4" *Star Gazetesi*, 10/01/2008

¹¹ http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2772&content=ET:16/02/2013

kanun koyucunun kimi suçların özelliklerini gözeterek başka bir makamca kamu yararı açısından ayrıca yargılama yapılmasının değerlendirilmesine gereksinim duyduğu ve suçun niteliğinden kaynaklı izin sistemini düzenlediği belirtilmiştir.¹²

Hukuki değerlendirme yapılarak yetki kullanılması aynı zamanda idare mahkemelerine hukuki gerekçeyi denetleme adına, yapılan işlemi iptal etme hakkını tanımakta olup, kanun koyucunun suçun niteliği gereği izin sistemini getirmesini bertaraf eder şekilde, tekraren işin yargı organı tarafından değerlendirilerek başa dönülmesi sonucunu da ortaya çıkarmaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ifade özgürlüğü yorumundan yola çıkarak ve aynı zamanda suçun şartlarının da oluşmadığını belirterek, hukuki gerekçelerle izin verilmeyen bir işlemin iptali için idare mahkemesine açılan davada, işin esasına girilip ifade özgürlüğü ve eleştiri hakkı kavramları değerlendirilmek suretiyle esastan red kararı verilmiştir.¹³ Bu kararın karşı anlamından idare mahkemelerinin esastan iptal kararı da verebileceği anlaşılmaktadır. Kanaatimizce izin verip vermeme yetkisinin kamusal yarar açısından izin merciinin takdirinde bulunduğu hareketle, işlemin esastan yargı denetimine tabi olmadığı gerekçesiyle red kararı verilmesi, öğretide yapılan suçun niteliğinden kaynaklanan, gerekçe gösterilmeyen ve denetlenemeyen izin kavramı ayırımına daha uygun olurdu. Bu haliyle, Türk Ceza Kanununun 301'inci maddesinin değiştirilme amacını aşar şekilde verilecek muhtemel bir idari yargı iptal kararını müteakip, kanun hiç değişmemiş gibi dolanılarak izin verilmemesi sebebiyle yapılmayan soruşturma, yapılabilecek demektir.

Unvan ve kişi kaynaklı izin sisteminin gerekçeli ve idari yargı denetimine açık bir yetki olduğu konusunda herhangi bir tereddüt olmadığı gibi sistemin sebebi de genel olarak ülke yararı değil bazı unvanlardaki kişilerin basit, soyut suç isnatlarıyla karşılaşmaksızın görevlerini bağımsız yapabilmeleridir.

¹² Sami Selçuk, "Türk Ceza Yasası'nın 301. Maddesine İlişkin Değişiklik Nasıl Olmalı? 3" *Star Gazetesi*, 09/01/2008

¹³ Ankara İdare Mahkemesinin kararı için bakınız. <http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=23&p=18536> ET:26/02/2013

III. TÜRK CEZA KANUNUNUN 301'İNCİ MADDESİNDEKİ İZİN SİSTEMİ

III.I 765 Sayılı Türk Ceza Kanununda İzin Sisteminin Tarihsel Gelişimi

01/03/1926 tarihli ve 765 sayılı Kanunun 160'uncu maddesinin ilk halinde "157 ve 158 nci maddelerde beyan olunan hallerde takibat icrası Adliye Vekaletinden ve 159 ncu maddede yazılı surette Büyük Millet Meclisi Riyasetinden izin verilmesine bağlıdır."¹⁴ şeklinde düzenleme bulunmakta olup mülga Türk Ceza Kanununun yürürlüğe girdiği ilk zamanlarda yetki bu günkü 301'inci maddenin karşılığı olan mülga 159'uncu maddede Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca kullanılmıştır. İlk değişikliğin yapıldığı 11/06/1936 tarihli ve 3038 sayılı Kanunla maddeye, Devletin silâhlı kuvvetlerini tahkir ve tezyif edenler hakkında takibat yapılmasını Millî Müdafaa Vekâletinin iznine bağlayan hüküm ile Büyük Millet Meclisi Reisi bulunmadığı zaman vekilinin yetkili kılındığı hüküm ilave edilmiştir.¹⁵ Daha sonra 29/06/1938 tarihli ve 3531 sayılı Kanunla aynı maddede "Takibata izin verme yetkisinin farklı mercilere ait olması doğru görülmeyle yetki bir mercide, Adliye Vekaletinde toplanmıştır."¹⁶ gerekçesiyle ikinci değişiklik yapılmıştır. İzne ilişkin 160'uncu maddedeki son değişiklik de 159'uncu maddede yapılan değişiklik sebebiyle sadeleştirmeyi amaçlayan 20/09/1946 tarihli ve 4956 sayılı Kanununla yapılan değişikliktir. Bu değişiklikle oluşan madde metni artık yeni Türk Ceza Kanunun yürürlük tarihine kadar uygulanmış, 5237 sayılı Kanunun 301'inci maddesinin ilk halinde izin sistemi getirilmediğinden izin sisteminin kabul edildiği 5759 sayılı Kanunun yürürlük tarihine kadar izin alınmaksızın soruşturmanın yapıldığı bir ara dönem oluşmuştur.

¹⁴ http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/td_v2.goruntule?sayfa_no_ilk=4&sayfa_no_son=19&sayfa_no=39&v_mecelis=1&v_donem=2&v_yasama_yili=&v_cilt=23&v_birlesim=064 ET: 17/02/2013

¹⁵ http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc016/kanuntbmmc016/kanuntbmmc01603038.pdf ET:17/02/2013

¹⁶ <http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d05/c026/tbmm05026083ss0320.pdf> ET:17/02/2013

III.II 30/04/2008 Tarihli ve 5759 Sayılı Kanunla Değişik 301'inci Madde

Türk Ceza Kanununun 301'inci maddesinde yeni bir düzenleme yapılarak izin sisteminin getirilmesi ihtiyacı, söz konusu madde düzenlemesi ve uygulamasının ifade özgürlüğünü sınırlayıcı sonuçlar ortaya çıkarması neticesinde uluslararası kurumların da konuya belgelerinde yer vermeleriyle gündeme gelmiştir.

Özellikle Avrupa Komisyonunun 08/11/2006 ve 06/11/2007 tarihlerinde açıklanan Türkiye İlerleme Raporları ile Avrupa Parlamentosunun 24/10 2007 tarihinde kabul ettiği AB-Türkiye İlişkilerine Dair Tavsiye Kararı ve 2007 AB Genişleme Stratejisi Belgesinde, başta 301'inci madde olmak üzere ceza kanunlarındaki bazı düzenlemelerin şiddet içermeyen düşünce açıklamalarını sınırlandırma amacıyla kullanıldığı, Türkiye'de birçok kişinin 301'inci maddeden yargılanmasının üzüntü verici olduğu, maddenin Avrupa ve Avrupa Birliği standartlarıyla uyumlu hale getirilerek değiştirilmesi veya yürürlükten kaldırılması gerekliliği, ifade edilmiştir.¹⁷ Daha çok anayasa hukukunun konusu olan, yargının elindeki yetkileri aşırı kullanmasını ifade eden "yargısal aktivizm" sonucu, ilk derece mahkemeleri ve Yargıtay tarafından 301'inci maddenin aşırı, tutucu ve dar yorumuyla uygulanması maddede değişiklik ihtiyacını gündeme getirmiş;¹⁸ uluslararası toplumda ülkenin itibarını yükseltmek, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gündeminde olan dava sayısını azaltmak ve 301'inci maddeyle ilgili mahkeme kararlarının kamuoyunu meşgul etmesinin önüne geçmek gibi amaçlarla¹⁹ 30/04/2008 tarihli ve 5759 sayılı çerçeve Kanun²⁰ ile izin konusunu da içeren değişiklik yapılmıştır.

¹⁷ Havvana Yapıcı, "Avrupa Ceza Kanunlarında Yer Alan Devletin Kurum, Organ, Değer ve Sembollerine Karşı Suçlar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nun 301. Maddesi" *Yasama Dergisi*, Sayı:7, Ekim, Kasım, Aralık- 2007, s. 43-44

¹⁸ Taha Akyol, "Yargısal Aktivizm" *Hürriyet Gazetesi*, 28/01/2013

¹⁹ Süleyman Özar, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin A. Taner Akçam v. Türkiye Kararı Işığında Türk Ceza Kanunu'nun 301. Maddesini Yeniden Düşünmek" *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:70, Sayı:2012/3, s.438

²⁰ Çerçeve Kanun tanımı için bakınız. Erdin Bayram, "Kanun Sistematiğinde Madde", *Yasama Dergisi*, Sayı:8, Ocak, Şubat, Mart, Nisan-2008, s.105

Değişiklik öngören kanun teklifinde suçun kovuşturulması izne bağlanmışken Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonunda yapılan düzenlemede ve teklifin kanunlaşan halinde, soruşturulması izne bağlanmıştır. Bu durumda Cumhuriyet savcısının suçun öğrenilmesi anından itibaren tüm soruşturma işlemlerini Adalet Bakanının izninden sonra yapması gerekmekte olup, kovuşturmanın değil de soruşturmanın izne bağlanması “daha çok ifade özgürlüğünü” koruma amacına dayandırılabilir.²¹ TBMM Adalet Komisyonu üyelerinin, suçun kovuşturulması izne bağlandığı takdirde korunan değerlerin hassas olması sebebiyle soruşturma evresinde şüphelilerin çeşitli yollarla yıpratılarak kamu oyu nezdinde yargılanacağı ancak, iznin verilmemesi karşısında bu defa kesinleşmiş mahkeme kararıyla suçsuzluklarını belgeleme imkânının da ellerinden alınacağı yönünde görüş bildirmeleri üzerine; Adalet Komisyonunda, düşünciyi açıklama hürriyeti ve hükümde belirtilen değerleri birlikte koruma amacı, suç tipinin uzunca bir soruşturma ve delil toplama evresini zorunlu kılmaması nedenleriyle kanun teklifinde yer alan “kovuşturma” ibaresi “soruşturma” olarak değiştirilmiş,²² TBMM Genel Kurulunca da Adalet Komisyonu değişikliği benimsenerek teklif kanunlaştırılmıştır.

Maddede düzenlenen izin yetkisi bizzat Adalet Bakanına tanınan ve idare hukuk anlamında Bakanlığın diğer ast kademelerine devredilemeyen bir yetkidir. Çünkü kanun soruşturma yapılmasını Adalet Bakanlığının değil bizzat Adalet Bakanının iznine bağlamıştır.²³ Mülga Türk Ceza Kanununun 160'uncü maddesinde ise takibat yani soruşturma izni tam aksine Adalet Bakanının değil Adalet Bakanlığının iznine tabi kılınmıştı. Yetki devrine açık olan bu düzenleme, ülke yararı

²¹ Prof. Dr. R. Cengiz Derdiman, “TCK’ nunun 301. Maddesindeki Değişikliğin Hukukî ve Siyasî Sonuçları” *Paradoks e-Dergi*, Yıl:5, Sayı:1 Ocak-2009, s.12 http://www.paradoks.org/?menu=pages&p=issue_details&id=3 ET: 21/01/2013

²² 5237 sayılı TCK’nın 301’inci maddesinde değişiklik yapan 5759 sayılı Kanunun TBMM Adalet Komisyonu raporu sıra sayısı:215, s.12 ve 17 <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss215.pdf> ET: 21/01/2013

²³ 2992 sayılı Adalet Bakanlığı Teşkilat Kanununun “Yetki devri” başlıklı 31’inci maddesi: Bakan, Müsteşar ve her kademedeki Bakanlık ve kuruluş yöneticileri, sınırlarını açıkça belirlemek şartıyla yetkilerinden bir kısmını astlarına devredebilir. Anayasa ve kanunlarda Bakan ve Müsteşar tarafından münhasıran kullanılması öngörülen yetkiler devredilemez. Yetki devri, yetki devreden amirin sorumluluğunu kaldırmaz.

değerlendirmesini gerektiren izin sisteminin amacına aykırıydı. Denetlenemeyen özgür izin yetkisi sisteminde yetki, ülke yararını takdir edecek belirli bir kişi tarafından kullanılmalıdır. Eğer yetki devrine imkan tanınacak şekilde bir kuruma yetki verilirse, bu durumda hatalı, sistemin var oluş sebebine aykırı düzenleme yapılmış olur, mülga Kanun düzenlemesinde olduğu gibi. Neyse ki yeni düzenlemede doğru olan yapılarak bizzat Adalet Bakanına yetki tanınmıştır. Bu anlamda yeni düzenleme mülga Türk Ceza Kanunu düzenlemesinin bir adım önündedir.

III.III İzin Yetkisinin Kullanılmasına Dair İdari Düzenleyici İşlem

Adalet Bakanlığının "Soruşturma ve kovuşturma yapılması Adalet Bakanı'nun iznine bağlı suçlarla ilgili işlemler" konulu, 09/05/2008 tarihli ve (18/1) numaralı Genelgesinin (B) bendi altında, 301'inci maddede ilişkin izin işlemlerinin yürütülmesindeki usul düzenlenmiştir.²⁴

Söz konusu genelgenin özetle yargı yetkisine müdahale anlamına gelmesi sebebiyle tümünden iptali, dayanağı Türk Ceza Kanununun 299 ve 301'inci maddelerinin izin yetkisine dair (3) ve (4) numaralı fıkralarının da itiraz davası yoluyla iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulması, istemli dava Danıştay 10. Dairesinin 2008/6288 esasına kayden açılmış, yapılan yargılama neticesinde 05/06/2012 tarih ve 2012/2761 sayıyla genelgenin yargı yetkisine müdahale niteliği taşımadığı gerekçesiyle red kararı verilmiştir.²⁵ Her ne kadar genelgenin tümünden iptali istemli dava yargı yetkisine müdahale niteliği taşımadığı gerekçesiyle reddedilse de genelgenin bazı usuli hatalar taşıdığı yadsınamaz.

Genelgenin (B) bendinin (1) numaralı alt bendinde, öncelikle ihbar ve şikâyetlerin soruşturma defterine kaydedilmesi istenmektedir. Soruşturma yapılmasının izne bağlandığı bir suç bakımından yapılacak ihbar ve şikâyetlerin, hemen soruşturma kaydının yapılarak soruşturma

²⁴ <http://www.cigm.adalet.gov.tr/genelgelerimiz/genelgemetinleri/18noluyeni.pdf> ET:17/02/2013

²⁵ <http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=77&p=18122> ET:20/02/2013

numarasının verilmesi TBBM Adalet Komisyonunca kanun teklifinde yer alan “kovuşturma” ibaresinin “soruşturma” şeklinde değiştirilmesi gerekçesine²⁶ ve soruşturmanın izne bağlanması sistemine aykırıdır. Bu sebeple 301’inci maddesinin ihlal edildiği ihbar ve şikâyetini alan Cumhuriyet başsavcılıkları, soruşturma başlatmaksızın kaybolması muhtemel delilleri toplayıp Bakanlık Muhabere kaydı üzerinden yazışma yaparak izin konusunda Adalet Bakanlığına başvurmalıdırlar.²⁷

Ayrıca suç isnadıyla karşılaşan kişiye, daha izin konusu açıklığa kavuşup soruşturma izni alınmadan Genelgenin B-4 numaralı alt bendinde “şüpheli” sıfatının yüklenmesi de doğru değildir. Yine Genelgenin aynı alt bendinde Cumhuriyet savcısından, soruşturma izni talep etme düşüncesinde ise fezlekeli evrakı göndermesi aksi durumda gereğine mahallinde tevessül etmesi istenerek, kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesi beklenmektedir. Cumhuriyet savcısının izin almadan önce soruşturma dahi yapamayacağı bir konuda kendisinden böyle bir karar vermesini beklemek, sanki suçun Türk Ceza Kanununun 299’uncu maddesinde olduğu gibi kovuşturmasının izne bağlandığı düşüncesini oluşturmaktadır. Halbuki kanunda suçun soruşturulması izne bağlanmıştır. Soruşturma makamına, daha soruşturma yapıp yapmayacağı bile belli olmayan bir aşamada, diğer bir ifadeyle inceleme aşamasında, “yeterli delil yoksa kovuşturmaya yer olmadığına karar verebilirsin” hatırlatması yapmak ve uygulamada bu sebeple soruşturma izni istenilmemesi düşüncesiyle gönderilen fezlekeli evrakı gereğine mahallinde tevessül edilmesi için iade etmek, soruşturmanın izne bağlandığı kanunun lafzına olduğu gibi ruhuna da aykırılık içermektedir. Nitekim Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi kanun yararına bozma istemli 2003/5733, 2006/10350 ve 2006/10703 sayılı kararlarının gerekçesinde, 4483 sayılı Kanuna göre soruşturmanın izin koşuluna bağlandığını, izin alınmadan ceza soruşturmasının başlamayacağını dolayısıyla kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilemeyeceğini belirtmiştir.²⁸

²⁶ Bakınız dipnot 18altında yapılan açıklama, kovuşturmanın değil de soruşturmanın izne bağlanması gerekçesi.

²⁷ Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt IV, Adalet Yayınevi, Ankara-2010, s.8343-8344

²⁸ Mine Güliz Baykal, *5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları Ve İadesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mar-

IV. AVUKATLIK KANUNUNUN 58'İNCİ MADDESİNDEKİ İZİN SİSTEMİ

IV.I Mülga Ve Yürürlükteki Kanun Maddelerinde İzin Sisteminin Tarihsel Gelişimi

Avukatlar hakkında görev sebebiyle ve görev sırasında işlendiği iddia olunan suçlarla ilgili soruşturma izni sistemi, ilk olarak mülga 27/06/1938 tarihli ve 3499 sayılı Avukatlık Kanununun 49'uncu maddesinde düzenlenmiştir.²⁹ Hatta ilk kanun maddesine bakıldığında, soruşturma izninin diğer bir ifadeyle takibat icrasının Adliye Vekaletinin/Adalet Bakanlığının değil bizzat Adliye Vekilinin/Adalet Bakanının iznine tabi olduğu görülmektedir.

Maddenin TBMM Adalet Komisyonu açıklamasında ".....avukatların vazifesinden doğan veya vazife sırasında işlenen suçlarından dolayı haklarında yapılacak takibatın hâkimler gibi Adliye vekilinin iznine bağlı olduğu gösterilmektedir."³⁰ denilerek, geçmişte de günümüzde olduğu gibi yargılama faaliyetinin üç sacayağı olan hâkimler, Cumhuriyet savcıları ve avukatların soruşturma usulünde paralel düzenleme yapılmak istendiği anlaşılmaktadır.

Yürürlükte olan 19/03/1969 tarihli ve 1136 Avukatlık Kanununun soruşturma iznine dair 58'inci maddesinin ilk halinde yetkinin Adalet Bakanlığına tanınması dışında mülga Kanun ile benzer düzenleme yapılmıştır.³¹ Maddede 02/05/2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanunla yapılan

mara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul-2010, s.25 ve 26

²⁹ Mülga 3499 sayılı Kanunun 49/1. Fıkrası Hükmü "Avukatların vazifeden doğan veya vazife sırasında işlenen suçlarından dolayı haklarında takibat icrası Adliye vekilinin iznine bağlıdır. Tahkikat Adliye vekilinin tensib edeceği makam tarafından yapılır." http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc018/kanuntbmmc018/kanuntbmmc01803499.pdf ET: 24/02/2013

³⁰ Bakanız TBMM Adalet Komisyonu Raporu. <http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d05/c026/tbmm05026081ss0297.pdf> ET:24/02/2013

³¹ 1136 sayılı Kanunun 58/1. Fıkrasının İlk Şekli "Avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılır."

http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc052/kanuntbmmc05201136.pdf ET:24/02/2013

ilk değişiklikte Avukatların Türkiye Barolar Birliği ve baro organlarındaki görevlerinden doğan suç isnatlarında da soruşturma izni istenmesi hükmü fıkraya ilave edilmiş,³² 23/01/2008 tarihli ve 5728 sayılı *Kanunla yapılan* son değişiklikte ise maddenin temel ceza kanunlarına uyumu sağlanmıştır.

IV.II Maddenin İsnat Olunan Suçlar ve Avukatlık Mesleği Yönünden Kapsamı

Madde metnine göre avukatların “avukatlık”, “Türkiye Barolar Birliği organları” veya “baro organlarındaki” görevlerinden doğan veya “görev sırasında” işlediği isnat olunan suçları bakımından soruşturma izni talep edilmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Görevi kötüye kullanma, görevi ihmal ve güveni kötüye kullanma gibi bir kısım görevden doğan suçlar ile görev sırasında işlenebilecek hakaret, tehdit, yaralama gibi suçlarda madde kapsamında soruşturma iznine tabidir. Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkındaki soruşturma usulünü düzenleyen 4483 sayılı Kanundan farklı olarak, görev sırasında işlenen ancak görevden doğmayan hakaret, tehdit ve yaralama gibi suç isnatlarında da avukatlar, memurlar ve diğer kamu görevlilerine nazaran daha geniş bir güvenceye kavuşturulmuşlardır.

Maddenin düzenleniş biçimi ve maddede ilgili değişikliği yapan 4667 sayılı Kanunun Bakanlar Kurulu Tasarısının 21’inci maddesinin “...avukatların Türkiye Barolar Birliği ve baro organlarındaki görevlerinden dolayı suç işlemeleri halinde de soruşturmanın Adalet Bakanlığının izniyle yapılacağı...”³³ şeklindeki gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde, avukatların Türkiye Barolar Birliği ve baro organlarındaki görevleri “sırasında” işleyebilecekleri ancak görevlerinden doğmayan hakaret, tehdit, yaralama gibi suçlarda soruşturmanın izne bağlı olmayacağı şeklinde bir yorum yapılabilir. Bu bakımdan maddede yer alan “görev sırasında” ibaresi yerine “ bu görevleri sırasında” ibaresinin yazılması daha uygun olurdu. Böylece mevcut halinde, avukatların

³² http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc085/kanuntbmmc085/kanuntbmmc08504667.pdf ET:24702/2013

³³ Tasarının 21’inci Maddesi gerekçesi için bakınız. <http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c062/tbmm21062094ss0413.pdf> ET:24/02/2013

“görev sırasında” diye bağlanan cümle, avukatların “bu görevleri sırasında” şeklinde bağlanarak madde okunuşu ile ortaya çıkan kapsam tereddüdü giderilebilirdi.

Madde ile ilgili bir diğer kapsam sorunu da kurum avukatlarının kendilerine benzer suçlar isnat edildiğinde, 58'inci maddeye göre mi yoksa 4483 sayılı Kanuna göre mi soruşturma izni talep edileceği konusudur. Avukatlık Kanununun ek 1'inci maddesi hükmüne göre, kurum avukatları serbest çalışan ve baroya kaydı zorunlu olan avukatların tüm yetki ve haklarına sahip, onların ödevleriyle yükümlüdürler. Dolayısıyla kurum avukatları hakkında görevlerinden doğan ve görevleri sırasında işledikleri isnat olunan suçlar sebebiyle 58'inci madde uyarınca soruşturma izni talep edilmelidir. Ayrıca Avukatlık Kanunu kurum avukatları açısından 4483 sayılı Kanuna göre daha özel bir kanun olup evleviyetle uygulanmalıdır. Ancak avukatların kurumlarında, örneğin sınav komisyonu veya ihale komisyonu üyeliği gibi idari görevlerinden doğan suçlar bakımından Cumhuriyet başsavcılıklarınca 4483 sayılı Kanun hükümleri gereğince, bu görevleri sırasında işledikleri isnat olunan görev dışı suçlarından ise genel hükümler uyarınca, işlem yapılmalıdır.³⁴

IV.III Soruşturma İzni Yetkisinin Kullanılmasına Dair İdari Düzenleyici İşlem

Adalet Bakanlığının “Avukatlar hakkında yapılan inceleme ve soruşturma işlemleri” konulu, 01/01/2006 tarihli ve (13) numaralı Genelgesinin “ (III) İhzaire incelemeler” başlıklı altında, 58'inci maddeye ilişkin soruşturma izni işlemlerinin yürütülmesi usulü düzenlenmiştir.³⁵ Genelgede soruşturma izni talebine dair ihzaire incele-

³⁴ Farklı gerekçeyle aynı yönde görüşler için bakınız.

Hasan Tahsin Gökcan, *Açıklamalı Avukatlık Yasası Avukatların Görev Suçları Özel Soruşturma Usulü Hukuki Sorumluluk Vekalet Ücreti*, Seçkin Yayınevi, Ankara-2012, s.55-58

İbrahim Topuz, *Kamu Görevlilerini Soruşturma ve Yargılama Usulleri*, HD Yayıncılık, İstanbul-2010, s.360

Farklı görüş için bakınız.

Abdullah Ayhan Şan, *Özel Soruşturma Usulleri*, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Nisan-2008, s.388

³⁵ <http://www.cigm.adalet.gov.tr/genelgelerimiz/genelgemetinleri/13nolu.pdf>
ET:24/02/2013

meler başlığı altında toplam 12 bentte yapılan düzenlemelerde tek çelişkili yan, (2) numaralı bentte “soruşturma evrakına” ibaresinin kullanılmasıdır. İhzaire incelemeler başlığı altında bu ibareye yer verilmesi çelişkilidir. Soruşturma izni alınmadan henüz soruşturma evresi başlamayacağı için bu ibarenin yerine “inceleme evrakına” denilseydi, hem ihzaire incelemeler başlığını yazıp hem de alt tarafta soruşturma evrakına denilerek kavram karışıklığı da oluşturulmamış olurdu.

V. HER İKİ İZİN SİSTEMİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Adalet Bakanının Türk Ceza Kanununun 301’inci maddesi kapsamındaki izin yetkisi, denetlenmemesi ve gerekçe gösterilmemesi gereken, kamu yararı bakımından değerlendirme yapılarak takdir hakkının kullanıldığı, suç ve fiil kaynaklı bir yetkidir. Bir Kuruma değil makama, kişiye tanınan suç niteliğine bağlı soruşturma izni yetkisi, aynı zamanda bu özelliği sebebiyle devredilemez. Geneldir çünkü maddede düzenlenen suçu işlediği isnat olunan kişinin unvanı, mesleği ve benzeri durumlarına bakılmaksızın yetki kullanılır.

Avukatlık Kanununun 58’inci maddesinde düzenlenen Adalet Bakanlığının soruşturma izni yetkisi, gerekçe gösterilmesi gereken, denetlenebilir dolayısıyla iptal davasına konu olabilen, unvan kaynaklı bir yetkidir. Kurum olarak Adalet Bakanlığına tanınması sebebiyle yetkinin idare hukuku anlamında devredilmesi mümkündür. Sadece avukat unvanına sahip kişiler madde düzenlemesinden yararlandığı için özel bir düzenlemedir. Türk Ceza Kanununun 301’inci maddesindeki izin yetkisi düzenlemesine göre Avukatlık Kanununun 58’inci maddesi daha özel bir düzenleme olduğundan her iki izin sisteminin aynı avukat kişi üzerinde kesiştiği durumlarda, örneğin adli merciler önünde yapılan savunmanın devletin kurum ve organlarını aşağıladığı iddiasıyla avukat hakkında izin talepli fezleke düzenlendiğinde, öncelikle özel hüküm içeren 58’inci madde açısından değerlendirme yapılmalı, izin verildiği takdirde 301’inci madde değerlendirmesine geçilmelidir. 58’inci maddeden izin verilmediği zaman genel düzenleme olan 301’inci maddeden o aşamada değerlendirme yapılmasına ihtiyaç yoktur. Olur ki izin vermeme işlemi iptal davası neticesinde izin verme olarak değişirse bu defa 301’inci madde değerlendirmesi

yapılmalıdır. Kısaca biri diğzerinin yerine ikame edilmeden **özel hüküm tüketilerek sırası geldiğinde genel hüküm olan 301'inci madde değerlendirmesine geçilmelidir.**

VI. SONUÇ

Adalet Bakanlığına/Bakanına tanınan her iki soruşturma izni yetkisinin var oluş sebebi ve kullanılma biçimi, hem bilimsel hem de yargısal içtihatlarda farklılık içermesine rağmen uygulamada yetki, soruşturma izni verilmemesi halinde hukuki gerekçesiyle birlikte kullanılmaktadır. Avukatlık Kanununun 58'inci maddesi açısından hukuki gerekçe gösterilmesi idari yargı denetimine tabi olan işlem bakımından yerindedir. Ancak 301'inci maddenin düzenlediği soruşturma izni yetkisinin kullanılmasında hukuki gerekçe gösterilmesi aslında yargı denetimine açık olmayan işlemi idari yargı tarafından denetlenebilir hale getirmektedir. Bu bakımdan 301'inci maddeden soruşturma izni verilmemesi durumunda "Olur" yazısına hukuki gerekçe yansıtılmaksızın izin merciine bilgi notu **şeklinde gerekçe sunulmalıdır** ki suçun niteliğinden kaynaklanan izin siteminin var oluş sebebi de zedelenmesin.

Her iki izin sisteminin kullanılma usulünü açıklayan idari düzenleyici işlemlerin içeriğinde henüz soruşturma izni verilmesinden önceki aşamaya ilişkin olarak yer alan, şüpheli, soruşturma defterine kayıt ve soruşturma evrakı gibi terimler değiştirilerek kavram karışıklığına son verilmelidir.

Avukatlık Kanununun 58 ve 59'uncu maddeleri ile Hâkimler ve Savcılar Kanununun 82 ve 89 maddeleri, yargılama faaliyetinin üç sacayağı hâkim, Cumhuriyet savcısı ve avukatların soruşturma usulü ve izin merciinde paralellik veya yeknesaklık olacak şekilde, tek aşamalı izin sitemi getirilerek değiştirilmelidir. Böylece iki aşamalı izin nedeniyle yavaş işleyen sistem hızlanır. Uzun süre inceleme, soruşturma ve kovuşturma tedirginliğiyle çalışılmak durumunda kalınmaz. Bu arada paralel mevzuat çalışmasında Hâkimler ve Savcılar Kanununun 82'nci maddesinin soruşturma izni yetkisini Adalet Bakanlığına tanıdığı hâlde, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının değişik 159'uncu maddesiyle hâkim ve Cumhuriyet savcıları hakkında

soruşturma izni/oluru yetkisi Adalet Bakanına tanınarak hâkim ve Cumhuriyet savcılarının avukatlara nazaran daha güvenceli, yetki devrine kapalı bir izin sistemine kavuşturulduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

KAYNAKLAR

- Akyol Taha, “ Yargısal Aktivizm” *Hürriyet Gazetesi*, 28/01/2013
- Bayındır Sinan, “Sermaye Piyasası Kanunu’nun 49. Maddesinde Yer Alan “Yazılı Başvuru Şartı”nın Hukuki Mahiyetine ve Sonuçlarına İlişkin Bir Değerlendirme”, *TBB Dergisi*, 93. Sayı, 2011 Mart-Nisan
- Baykal Güliz Mine, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin *UNSURLARI VE İADESİ*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul-2010
- Bayram Erdin, “Kanun Sistematiğinde Madde”, *Yasama Dergisi*, Sayı:8, Ocak, Şubat, Mart, Nisan-2008
- Derdiman Cengiz, “TCK’ nunun 301. Maddesindeki Değişikliğin Hukukî ve Siyasî Sonuçları” *Paradoks e-Dergi*, Yıl:5, Sayı:1 Ocak-2009
- Gökcan Tahsin Hasan, *Açıklamalı Avukatlık Yasası Avukatların Görev Suçları Özel Soruşturma Usulü Hukuki Sorumluluk Vekalet Ücreti*, Seçkin Yayınevi, Ankara-2012
- Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Birinci Kitap, Beta Yayınevi, İstanbul-2009
- Özar Süleyman, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin A. Taner Akçam v. Türkiye Kararı Işığında Türk Ceza Kanunu’nun 301. Maddesini Yeniden Düşünmek” *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:70, Sayı:2012/3
- Özgenç İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara-2008
- Selçuk Sami, “Türk Ceza Yasası’nın 301. Maddesine İlişkin Değişiklik Nasıl Olmalı? 3” *Star Gazetesi*, 09/01/2008
- Selçuk Sami, “Türk Ceza Yasası’nın 301. Maddesine İlişkin Değişiklik Nasıl Olmalı? 4” *Star Gazetesi*, 10/01/2008
- Selçuk Sami, “301. ve 305. Maddelerdeki İzin Yetkisi Nedir, Ne Değildir.” *Star Gazetesi*, 22/04/2008
- Şan Ayhan Abdullah, *Özel Soruşturma Usulleri*, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Nisan-2008
- Topuz İbrahim, *Kamu Görevlilerini Soruşturma ve Yargılama Usulleri*, HD Yayıncılık, İstanbul-2010

- Ünver Yener - Hakeri Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara-2012
- Yapıcı Havvana, "Avrupa Ceza Kanunlarında Yer Alan Devletin Kurum, Organ, Değer ve Sembollerine Karşı Suçlar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nun 301. Maddesi" *Yasama Dergisi*, Sayı:7, Ekim, Kasım, Aralık- 2007
- Yaşar Osman- Gökcan Tahsin Hasan, Mustafa Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt IV, Adalet Yayınevi, Ankara-2010
- Yurtcan Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Beta, İstanbul-2007

İNTERNET SİTELERİ

- www.tbmm.gov.tr
www.anayasa.gov.tr
www.cigm.adalet.gov.tr
www.kararara.com
www.paradoks.org

FIDIC İNŞAAT İŞLERİ ŞARTNAMESLERİNE GÖRE TARAFLAR ARASINDAKİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ MEKANİZMALARI

THE SETTLEMENT MECHANISM OF DISPUTES AMONG THE
PARTIES ACCORDING TO FIDIC CONDITIONS OF CONTRACT

Tunay KÖKSAL*

Özet: İnşaat projelerine ilişkin uyuşmazlıkların hızlı, hatta mümkünse çıktığı anda şantiyede çözülebilmesini temin edebilecek alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına, özellikle de uluslararası inşaat projelerinde inşaat sektörünün ihtiyacı bulunmaktadır. Modern bir ihale sistemi, başvuran isteklilerin etkili bir ön yeterlilik değerlendirilmesine alınmasıyla başlamalı ve yüksek kaliteli ihale dökümanlarına dayanan bir ihale prosedürü ve işveren ile müteahhit arasında gelecekteki muhtemel riskleri adil olarak dağıtan dengeli sözleşme şartları ile devam etmelidir.

Anahtar Sözcükler: FIDIC, Sözleşme Şartları, Uyuşmazlıkların Çözümü, İşveren, Müteahhit.

Abstract: Construction Industry needs alternative dispute settlement mechanisms which are able to solve rapidly the disputes relating to especially international construction projects, even in the construction site as far as they emerge. A modern tender system shall begin with an efficient evaluation of the pre-qualification of applicants, and proceed with a tender procedure based on high quality tender documents, and carry on with the balanced conditions of contract which fairly distributes possible risks of future among the employer and the contractor.

Keywords: FIDIC, Conditions of Contract, Dispute Settlement, Employer, Contractor.

GİRİŞ

Ülkemizde bir şahsın arsasının üzerine bir kaç dairelik apartman yaparak işe başlayan yap-satçı müteahhitler ile halen dünyanın her yerinde en son teknolojileri kullanarak mühendislik şaheseri inşaat eserlerini vücuda getiren uluslararası inşaat firmalarımız bir anlamda

* Dr., Uluslararası Ticaret / Lojistik ve İnşaat Hukuku Öğretim Üyesi

aynı kefeye konulmak suretiyle her ikisi de “müteahhit” adı altında değerlendirilmektedir.

Bu makalede, FIDIC Şartnamelerinin değişik baskılarında öngörülmüş olan müteahhit ve iş sahibi arasındaki uyuşmazlıkların çözüm mekanizmaları, karşılaştırmalı olarak incelenmektedir.

I. FIDIC 1987 BASKISININ ÖNGÖRDÜĞÜ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ MEKANİZMASI

İngiliz Sivil Mühendisler Enstitüsünün Genel Şartnamesinde (6.baskıda), tarafların bu Enstitü kurallarına göre uzlaştırma yoluna gidebilecekleri belirtilmiştir. Bu genel şartlara göre de, tahkime gitmeden önce mühendisin kararı gerekmektedir.

Günümüzde hemen hemen bütün ülkelerde yeni ve yüksek teknolojileri, ihtisası ve büyük mali kaynakları gerektiren sanayi, ticari veya turistik tesislerin ve altyapı tesislerinin inşası için uluslararası ihalelere çıkmaktadır. Yatırım anlaşmaları olarak nitelendirilebilecek anahtar teslimi proje sözleşmeleri, diğer bir deyişle otoyol, demiryolu, liman, havaalanı, metro, atıksu arıtma tesisi, baraj, sanayi tesis ve benzeri yatırımların inşasına ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesinde FIDIC'in standart sözleşmelerinden önemli ölçüde yararlanılmaktadır. Günümüzde uluslararası yatırım sözleşmelerinin yaklaşık yüzde 30'unda FIDIC kurallarının kullanıldığı bilinmektedir. Dünya Bankası, borç vererek veya doğrudan finanse ettiği inşaat projelerinin gerçekleştirilmesinde taraflara FIDIC Kurallarını önermektedir.¹

Uluslararası Ticaret Odası (UTO) ve FIDIC işbirliği içerisinde, FIDIC Sözleşmelerinden doğan tahkim davaları için özel bir tahkim kodu hazırlamaktadırlar. Halihazırda hazırlık aşamasında olan bu kodun amacı, FIDIC sözleşmelerinden doğacak sorunların UTO tahkimi ile etkin biçimde çözüme kavuşturulmasını sağlamaktır.

FIDIC Genel Şartnamesinin (1987 baskı) 67'nci maddesine göre, inşaat sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık ister teknik ister hukuki konulara ilişkin olsun, tahkim prosedüründen önce mühendise havale edecektir. Mühendisinin kararı, tipik bir ihtiyari uzlaştırma kararıdır. Ancak, bu karara karşı 70 gün içinde itiraz edilmediğinde, mühendis

¹ H.A. Dumont, “The FIDIC Conditions and Civil Law”, ICLR 1988, s. 43 vd.

kararı taraflar açısından bağlayıcı bir nitelik kazanacaktır; diğer bir deyişle, mühendis kararına konu teşkil eden uyuşmazlıklar bakımından taraflar ve yargı mercileri bakımından kesin delil teşkil edecektir. Bu bakımdan kesinlik kazanmış bir mühendis kararı, hakem-bilirkişi kararı niteliğindedir. Mühendis kararına her iki tarafça uyulmadığı veya mühendisin başlattığı uzlaştırma prosedürüne her iki tarafça iştirak edilmediğinde, tahkime veya mahkemeye gitme imkanının olduğu açıktır.²

FIDIC Genel İdari Şartnamesinin “Uyuşmazlıkların Halli” başlıklı bölümünde 67. maddede 4 alt madde halinde inşaat sözleşmesinden doğabilecek taraflar arasındaki her türlü uyuşmazlığın çözümüne ilişkin detaylı bir prosedür öngörülmüştür.

İnşaat sözleşmelerinin FIDIC Sözleşmesi formunda aktedilenlerinde hakemliğin durumu biraz karışıktır. Zira FIDIC şartnamelerinin öngördüğü mühendis, bir resmi arabulucu veya müdahaleci olan ancak hakem sıfatını taşımayan bir görevli olarak, hemen her gün doğabilecek nitelikteki teknik ve benzer nitelikli zorlukların üstesinden gelmeye çalışan bir fonksiyon üstlenmektedir.

Teknik ve mali konularda mühendisin vereceği her kararı, iş sahibi ile müteahhidin kabul etmesi halinde, mühendis dolaylı olarak uzlaştırma fonksiyonunu yerine getirmiş olur.

Karayalçın'a göre: “İşveren ile müteahhit arasında hatta işveren ve müteahhit ile mühendis arasında büyük bir inşaat sözleşmesinin uygulanmasında çeşitli görüş farklılıklarının ve uyuşmazlıkların ortaya çıkması olağandır. Mühendis, taraflar arasındaki görüş farklılıklarının ve uyuşmazlıkların giderilmesi için gereken gayreti gösterecek, mesleki bilgisi, tecrübesi ve tarafsız tutumu ile uyuşmazlığın giderilmesini sağlamaya çalışacaktır”.³

“Taraflar arasında anlaşma sağlanamazsa işveren veya müteahhit, FIDIC Genel İdari Şartnamesinin 67. maddesinde düzenlenen prosedürün uygulanmasını talep edebilir. Bu aşama, uyuşmazlığın ciddi bir hal aldığı ve taraflardan birinin, uyuşmazlık bu maddeye göre mü-

² Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Üçüncü Bası, (İstanbul: Beta, Haziran 2005), s. 386.

³ Yaşar Karayalçın, “FIDIC İnşaat Sözleşmesi Genel Şartlarında Mühendisin Hukuki Durumu”, *İnşaat Sözleşmeleri* (Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996), 2.Tıpkı Basım, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001), s. 298.

hendis tarafından sulh ile sona erdirilemediği takdirde tahkim yoluna başvuracağı aşamadır".⁴

"Mühendisin dolaylı uzlaştırmacı gayretlerinin olumlu sonuç veremeyerek uyuşmazlığın ciddi bir hal aldığı durumlarda, 67. maddede düzenlenen prosedüre başvurulacaktır. Burada mühendis doğrudan doğruya uzlaştırmacı görev yapacaktır".⁵

"67. madde çerçevesinde müteahhit veya işveren tarafından açıkça uzlaştırmacı olarak göreve davet edilmesi halinde mühendisin, "daha evvel almış olduğu kararlarla bağlı olmadan işlemleri gözden geçirecek yeni kararlar verebileceği" 2.6. maddede belirtilmiştir. Bu hükümden, mühendisin 67. maddede belirtilen prosedür başlamadığı hallerde karar ve görüşlerini gözden geçiremeyeceği ve değiştiremeyeceği sonucuna varılmamalıdır. Amaç, tarafları bir noktada anlaştırmak, taraflar arasında bir tampon ve emniyet sübabı görevini yerine getirmek olduğu için, ikinci safhada belirtilen prosedür başlatılmadığı hallerde de mühendis öneri veya kararını evleviyetle gözden geçirebilir".⁶

Uzun süreli sözleşmelerde ve özellikle uluslararası inşaat sözleşmelerinde taraflar, aralarında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların hangi esaslara göre giderileceğini sözleşmelere koyacakları özel hükümlerle düzenlerler. Tahkim yoluyla uyuşmazlıkları gidermek, çeşitli nedenlerle özellikle büyük inşaat sözleşmelerinde devlet mahkemelerine başvurma yoluna tercih edilmektedir.

"Uluslararası inşaat sözleşmelerinde taraflar, ulusal veya uluslararası meslek kuruluşlarının uzlaşma ve tahkim ile ilgili düzenlemelerinin uygulanması yolunda da bir tercih yapabilirler".⁷

"FIDIC Genel Şartnamesinin 67. maddesine göre, uyuşmazlıkların halli prosedüründe, taraflar arasındaki uyuşmazlığın ciddi bir safhaya intikal ettiği, mühendise yapılacak yazılı başvurunun 67. maddeye dayandırılarak yapıldığının özel olarak belirtilmesiyle açıklanır. Bu açıklama, ilgili tarafın son aşama olan tahkim yoluna başvurma niyetini de gösterir".⁸

⁴ Karayalçın, a.g.e., s. 299.

⁵ Karayalçın, a.g.e., s. 299.

⁶ Karayalçın, a.g.e., s. 299.

⁷ Karayalçın, a.g.e., s. 300.

⁸ Karayalçın, a.g.e., s. 301.

“Müteahhit veya iş sahibi uyuşmazlığın sırayla üç kademedede giderilmesini sağlamaya çalışır: Genel Şartname, mühendis kararlarından memnun olmayan tarafın (işveren ve müteahhit) hakeme başvuracağı esasını düzenlemiştir”.⁹

“İşveren ve müteahhit arasında mühendisin görüş, talimat, tespit, belge ve değerlendirmesi ile ilgili herhangi bir anlaşmazlık çıktığı takdirde, mühendisten bu anlaşmazlık konusunda bir karar vermesi talep edilecektir. Talepte bulunan tarafın, bu başvurunun, Şartname-nin 67.1. maddesine göre yapıldığını bildirmesi gerekir. Mühendis de, kendisinden talep edilen kararında, aynı maddeye göre karar verdiğini belirtecektir”.¹⁰

“Mühendis kararını 84 gün içinde verecektir. Karardan tatmin olmayan taraf, kararı tebellüğ ettiği tarihten itibaren 70 gün içinde diğer tarafa, anlaşmazlık konuları ile ilgili tahkim prosedürünü başlatmak niyetini duyuracaktır. Eğer mühendis 84 gün içerisinde talep edilen kararı vermemişse, 70 günlük süre, 84 günlük dönemin sona erdiği günün ertesi gününden başlayacaktır. 70 gün içerisinde yapılacak bu bildiri, tahkime gitme hakkını tesis edecektir”.¹¹

“67.1. maddede öngörülen bu prosedür tamamlandıktan sonra 67.2. maddede öngörülen “Dostça Hal Tarzı”na geçilecektir. Bu maddeye göre, taraflara konuyu sulhen aralarında halletmeleri için 56 günlük bir süre tanınmıştır. Taraflar sulh olsunlar veya olmasınlar, tahkim prosedürüne ancak 56 gün geçtikten sonra başvurabileceklerdir”.¹²

“Yukarıda zikredilen iki aşama geçildikten sonra 67.3. maddeye göre, Uluslararası Ticaret Odasının Uzlaştırma ve Tahkim Tüzüğü’ne tabi bir tahkim prosedürüne başlanabilecektir”.¹³

“Tahkime başlama niyeti bildirimiminin 70 gün içerisinde verilmiş olması halinde, mühendis kararı kesinleşmiş olacak ve mühendisin kararını uygulamayan taraf aleyhine tahkim prosedürü, 67.1. ve 67.2. maddelerdeki sürelerle bakılmaksızın başlayabilecektir”.¹⁴

⁹ Karayalçın, a.g.e., s. 301.

¹⁰ Karayalçın, a.g.e.,s. 301.

¹¹ Karayalçın, a.g.e., s. 301.

¹² Karayalçın, a.g.e., s. 302.

¹³ Karayalçın, a.g.e., s. 302.

¹⁴ Karayalçın, a.g.e., s. 302.

“Şartnamenin 67.1. ve 67.2. maddelerinde öngörülen süreler, çabuk sonuçlandırılması istenilen bir uyuşmazlığın asgari sürecinin tahmininin yapılabilmesini kolaylaştırmaktadır”.¹⁵ Türegün’e göre: “Sürelerin tamamen kullanıldığı bir durumda, mühendis kararı 84 gün, tahkim niyetinin bildirimini 70 gün, sulh teşebbüsü 56 gün olmak üzere 210 gün (30 hafta) tahkime başlama süresine ilaveten, Uluslararası Ticaret Odası (ICC) kuralları içerisinde hakem heyetinin kuruluşu, dava başvuru harçları ve hakem ücretleri ile ilgili avansların ICC’ye gönderilmesi, Uluslararası Hakem Mahkemesi Sekreteryası ile ilk yazışmaların da yaklaşık 12 hafta sürebileceği dikkate alındığında, 40-45 haftalık bir süreden sonra en iyi şartlarla hakemlerin kararlarını 28-30 haftada verecekleri varsayılsa bile, bu kararın uluslararası hakem mahkemesi tarafından kontrolü ve hakemlere kararlarını imzalama izni verilmesi, tarafların tabi oldukları kanunlara göre, muhtemelen kararın verildiği ülkede temyiz edilmesi, kararın tenfiz edileceği yerde tenfiz davası açılması ve tenfiz kararının temyizi aşamaları yıllar alacaktır”.¹⁶

“FIDIC Şartnamesine göre, mühendisin her kararı için uyuşmazlık prosedürüne başvurulabilecektir. Mühendisin işin seyrine tesiri olan acil sonuç isteyen kararlarının acil uygulamasını temin eden tek hüküm, Şartnamenin 13.1. maddesinde öngörülen “müteahhit, her konuda mühendisin talimatlarına kesinlikle uyar” düzenlemesidir. Bu düzenleme nedeniyle, mühendisin istediği bir iş değişikliğinin zaruri olup olmadığı veya bu değişikliğin müteahhidin mesleki yeteneği ile bağdaşmadığı yolunda çıkacak bir uyuşmazlıkta, müteahhit mecburen mühendisin talimatını yerine getirmeye çalışacaktır. Müteahhidin mesleki yeteneğini aşan konuda yapacağı her kusurlu imalat, müteahhit yıllar sonra tahkimdeki davasını kazanırsa, işverenin üzerine mali bir yük olarak kalacaktır”.¹⁷

“Uygulamada yukarıda zikredilen sorunu çözmek için tavsiye edilen yöntem şudur: FIDIC ikinci kısma (Özel Uygulama Şartlarına) koyulacak özel bir düzenleme ile, bu gibi durumlarda işin devamı sırasında iş yerinde hazır bulunacak, ücreti işveren ve müteahhit tara-

¹⁵ Karayalçın, a.g.e., s. 302.

¹⁶ Necip Türegün, “FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, *İnşaat Sözleşmeleri* (Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996), 2.Tıpkı Basım, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001): 281.

¹⁷ Türegün, a.g.e., s. 281.

findan müştereken karşılanacak, uluslararası isim yapmış, muteber, teknik bir sözleşme tatbikatçısının bulundurulması ve onun vereceği geçici kararları veya Uluslararası Ticaret Odasının Uluslararası Bilirkişilik Merkezinin Usulüne veya Tahkim Öncesi Hakem Usulüne başvurulması, bunların kararlarını tarafların, tahkime gitmek hakkı saklı kalmak kaydı ile, aynen uygulayacakları öngörülmelidir".¹⁸

"Eğer ortada 67.2. maddeye göre sulh teşebbüsüne konu olmuş bir mühendis kararı yoksa, 67.4. maddede bahsedilen hal hariç olmak üzere, hakem kendisine sunulan uyuşmazlığa bakamayacak ve böylece konu doğrudan mahkemeye intikal edecektir".¹⁹

"67.1. maddede belirtilen "uyuşmazlık prosedürüne uyulması halinde tahkim başlamayacaktır" biçimindeki düzenlemenin ise, taraflara adalet yolunu kapadığını iddia etmek mümkün değildir. Zira, bu takdirde tahkim yolu kapanacak fakat mahkemeye başvurma yolu her zaman açık kalacaktır".²⁰

2. FIDIC 1987 BASKISINA GÖRE UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ MEKANİZMASININ ELEŞTİRİSİ

"67.1. maddeye göre, işveren ve müteahhit, mühendisin bu madde prosedürüne uygun olarak verdiği kararlarını, bu kararlar dostça bir hal tarzıyla veya tahkim kurulu kararıyla revize edilmedikçe veya edilmeye kadar, derhal yürürlüğe koymak zorundadırlar".²¹

"Bu hükmün uygulamada genellikle sadece müteahhide yönelik olarak uygulandığı gözlenmektedir. Böyle bir halde mühendis kararı, müteahhit görüşüne aykırı ise, müteahhit bu kararı sözleşmeye aykırı davranmamak için aynen uygulamakta ve genelde işin sonunda veya duruma göre işin devamı sırasında, iddiasını hakeme veya ilgili mahkemeye intikal ettirmektedir".²²

"Eğer karar işverenin görüşünün aleyhine ise işveren, 67. maddeye göre uyuşmazlıkların halli prosedürüne başvurmak yerine, mühendis kararını uygulamamayı tercih etmekte ve bu durumda da müteah-

¹⁸ Türegün, a.g.e., s. 281.

¹⁹ Türegün, a.g.e., s. 282.

²⁰ Türegün, a.g.e., s. 282.

²¹ Türegün, a.g.e., s. 262.

²² Türegün, a.g.e., s. 262.

hit, 69.1. maddenin kendisine verdiği sözleşmeye son vermek hakkını, işverenin elindeki kesin ve avans teminat mektuplarını, nakit teminatını ve sahadaki makina ve teçhizatını riske sokmamak için kullanamamakta ve bu kez muaccel olan hakkını, yine genelde işin sonunda, nadiren işin devamı sırasında, sözleşme ile tespit edilmiş merciye uyumsuzluk olarak intikal ettirmektedir".²³

"İşverenlerin bu tutumu nedeniyle, inşaat işlerinin tatbikatında ortaya çıkan risklerin adilane dağılımının FIDIC şartnameleleri ile sağlanması amacına hizmet etmekten uzaklaşmakta olduğu görülmektedir".²⁴

"Projelerin müteahhide teslimindeki gecikme, mühendisin çalışma temposundaki aczinden veya yeteneksizliğinden olabileceği gibi, eğer aynı mühendis sözkonusu ise, tasarım hatalarından da doğmuş olabilir. Bu durumda mühendis kendi hatalarını işverenden gizleme gayretine düşecektir. Zira doğacak parasal yükümlülükten dolayı işverenin mühendise rücu hakkı mevcuttur. Diğer taraftan, işverenin kusurundan kaynaklanan bir hata durumunda ise, işveren tarafından atanan ve ücretini işverenden alan bir mühendisin, FIDIC Genel İdari Şartnamesinin 2.6. maddesinde öngörülen tarafsızlık ilkesine ne derecede sadık kalacağı da şüpheli bir durumdur".²⁵

"67. maddede öngörülen üç aşamalı prosedür yerine tarafların uzlaşmasında daha etkili olabilecek sürekli, güçlü bir uzlaştırma kurulunun daha inşaat sözleşmesi imzalanırken oluşturulması, bu kurulun uzlaştırma konusunda başarılı olamaması halinde tarafların tahkim yoluna başvurabilmesi, yeni çözüm önerisinin esasını oluşturmaktadır. Bu yeni yöntemde mühendisin teknik ve mali görevleri yine devam edecek, taraflar faydalı görürlerse mühendise "zorunlu uzlaştırmacı" görevini de verebilecekler; fakat her halükarda uyumsuzluk uzlaştırma kurulunun bağlayıcı mahiyette olmayan tavsiyeleri alınmadan taraflar dava yoluna veya tahkim mekanizmasına başvuramayacaklardır".²⁶

"Uluslararası İnşaat Projelerinde ABD'de 1980 yılında başlayan daimi bir Uyuşmazlık İnceleme Kurulu (Dispute Review Board) uygu-

²³ Türegün, a.g.e., s. 262.

²⁴ Türegün, a.g.e., s. 279.

²⁵ Türegün, a.g.e., s. 279-280.

²⁶ Karayalçın, FIDIC İnşaat Sözleşmesi Genel Şartlarında Mühendisin Hukuki Durumu, s. 306.

lamasının, büyük ve hatta daha küçük projelerde başarıyla sürdürüldüğü, proje fiyatına göre bu kurulların masraflarının tahkim giderlerinden daha düşük olduğu, sözleşme yapılırken kurul üyeleri, işveren ve müteahhit tarafından ismen seçildikleri için uzmanlık, saygınlık ve tarafsızlık açısından daha etkili oldukları belirtilmiştir”.²⁷

“ABD’deki bu uygulamayı, Dünya Bankası da değerlendirerek FIDIC Genel Şartlarının 67. maddesinin bu yönde değiştirilmesini önermiştir. Uyuşmazlıkları giderme ve uzlaştırma kurulunun nasıl oluşturulacağı, görevleri ve bunun gibi hususlardaki öneriler ve tartışmalar uzun süre devam etmiştir”.²⁸

Uluslararası inşaat sözleşmelerinde taraflar arasındaki uyuşmazlıkların giderilmesinde nihai çözüm uluslararası tahkimdir. Ancak bu yol, taraflar için pahalı ve riskli bir yoldur. Uluslararası tahkime başvurmadan uyuşmazlıkların giderilmesinde diğer alternatiflerin tüketilmesi ve geliştirilmesi gerekmektedir. Nitekim, büyük inşaat işlerinde son yıllarda uyuşmazlığın tahkime başvurmadan giderilmesinde “Sürekli Uzlaştırma Kurulu”, mühendisin yanında veya onun yerine alternatif bir çözüm olarak ortaya çıkmıştır. Bu durum çerçevesinde, FIDIC Genel İdari Şartnamesinin 1999 yılında yayınlanan 5.baskısında, uyuşmazlıkların giderilmesi konusunda FIDIC Genel Şartnamesinin 67. maddesinde öngörülen düzenlemeler ihtiyaca cevap verecek biçimde değiştirilmiştir.

1996 yılında, 1987 yılında yayınlanan 4. baskı FIDIC’e ek bir doküman yayınlanarak, “Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulu” ilk defa düzenlenmiştir.

FIDIC Genel Şartnamesinin 1999 yılında yayınlanan 5’inci baskısında, Genel Şartlar bölümü 20 madde halinde düzenlenmiş olup; bu maddelerin bölüm başlıkları aşağıdaki gibidir:

Madde 1- Genel Hükümler

Madde 2- İşveren

Madde 3- Mühendis

²⁷ Karayalçın, FIDIC İnşaat Sözleşmesi Genel Şartlarında Mühendisin Hukuki Durumu, s. 306.

²⁸ Karayalçın, FIDIC İnşaat Sözleşmesi Genel Şartlarında Mühendisin Hukuki Durumu, s. 306.

- Madde 4- Müteahhit
- Madde 5- Atanmış (İsimlendirilmiş) Alt Müteahhitler
- Madde 6- Personel ve İşçiler
- Madde 7- Tesis, Malzemeler ve İşçilik
- Madde 8- Başlama, Gecikmeler ve İşin Durdurulması
- Madde 9- Tamamlama Testleri
- Madde 10- İşverenin Teslim Alması
- Madde 11- Hata Sorumluluğu
- Madde 12- lçme ve Değerlendirme
- Madde 13- Değişiklikler ve Uyarlamalar
- Madde 14- Sözleşme Fiyatı ve deme
- Madde 15- Sözleşmenin İşveren Tarafından Sona Erdirilmesi
- Madde16- İşin Durdurulması ve Sözleşmenin Müteahhit Tarafından Sona Erdirilmesi
- Madde 17- Risk ve Sorumluluk
- Madde 18- Sigorta
- Madde 19- Mücbir Sebepler
- Madde 20- İddialar, Uyuşmazlıklar ve Tahkim

3. FIDIC 5. BASKIYA GÖRE UYUşMAZLIKLARIN ZMMEKANİZMASI

Ülkemizdeki inşaat sözleşmelerinde ve kamu ihalelerinde işveren idareler, Türkçe baskısı mevcut olduğu için halihazırda da FIDIC Şartnamelerinin 1987 yılında yayınlanan 4.baskısını yaygın olarak kullanmayı tercih etmektedirler. Zira, FIDIC Őartnameleri bağlayıcı mevzuat gibi olmadıkları için, sonradan çıkan baskının önceki baskıları geçersiz kılması veya onların yerine geçmesi söz konusu değildir. Taraflar, 1999 yılında yayınlanan 5. baskı (Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by The Employer, First Edition, 1999) yerine aralarındaki sözleşme için 1987 tarihli 4.baskı FIDIC Őartnamelerini esas alabilirler. Ancak, yabancı işveren idarelerin ihaleye çıkarıldığı projelerin veya uluslararası finans kuruluşlarının kredileriyle finanse edilen projelerin uluslararası ihalelerinde İngilizce baskısı kullanıldığı için, FIDIC'in 1999 baskı Şartnamelerinin esas alındığı gözlenmektedir.

İki baskı arasında en önemli fark olarak, uyuşmazlıkların çözüm yollarını düzenleyen “İddialar, Uyuşmazlıklar ve Tahkim” başlıklı yeni 20.maddenin öngördüğü düzenlemeler aşağıda incelenmektedir.

FIDIC (1999 baskı) Genel İdari Şartnamenin “Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulunun Atanması” başlıklı 20.2. maddesine göre: “Uyuşmazlıklar, ‘Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulunun Kararını Elde Etme’ başlıklı 20.4. maddeye uygun olarak, bir Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulu (USK) tarafından karara bağlanacaktır. Taraflar, ihale ekinde belirtilen tarihe kadar müştereken bir USK atayacaklardır.

USK, ihale ekinde belirtildiği gibi, uygun nitelikli bir veya üç üyeden oluşacaktır. Eğer sayı belirtilmemişse ve taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, Kurul üç üyeden oluşacaktır.

Eğer Kurul üç üyeden oluşacaksa, taraflardan herbiri diğer tarafın onayına tabi olarak bir üye atayacaktır. Taraflar, bu her iki üyeye de danışacak ve başkanlığı yürütmek üzere atanacak üçüncü üye üzerinde anlaşacaklardır.

Bununla birlikte, eğer sözleşmede potansiyel üyelerin bir listesi mevcutsa, Kurula atanması mümkün olmayan veya atanmayı kabul etmeyecek herhangi bir şahıstan ziyade, üyeler bu listedeki isimler arasından seçileceklerdir.

Tarafların üzerinde anlaştıkları değişikliklerle birlikte, ekte yer alan Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Anlaşmasının Genel Şartlarına atıf yaparak, taraflar ile tek üye veya üç üyenin herbiri arasındaki anlaşma, bu Genel Şartlara dahil edilecektir.

Kurulun danışacağı herhangi bir uzmanın ücreti de dahil, tek üyenin veya üç üyeden herbirinin ücret koşulları, atanma şartları üzerinde anlaşıldığı sırada taraflar arasında karşılıklı olarak kararlaştırılacaktır. Taraflardan herbiri bu ücretin yarısının ödenmesinden sorumlu olacaktır.

Tarafların anlaşacakları herhangi bir zamanda, görüşünü vermesi için, taraflar müştereken bir meseleyi Kurula havale edebilirler. Diğer tarafla anlaşma sağlanmadan, taraflardan hiçbiri herhangi bir mesele hakkında Kurula danışamaz.

Eğer herhangi bir zamanda taraflar anlaşılırlarsa, Kurul üyelerinden bir veya birden fazlasının yerini almak üzere veya yerini almaya

hazır olmak üzere uygun kişi veya kişileri atayabilirler. Taraflar aksi-ni kararlaştırmadığı sürece, eğer bir üyenin ölümü, maluliyeti, istifası veya atama süresinin dolmasının bir sonucu olarak tasarruf etme (karar alma) kabiliyeti kalmaz veya tasarrufta bulunmayı reddederse, yeni atama yürürlüğe girecektir.

Eğer bu şartlardan hiçbiri gerçekleşmez ve yerini alma mümkün olmazsa, yerine geçilecek kişinin atanmasının veya üzerinde anlaşılmasının gerektirdiği durumlarda ve bu alt-maddede tanımlandığı biçimiyle aynı şartlarda eski üyenin yerini alacak yeni üyenin ataması yapılacaktır.

Üyelerden herhangi birinin atamasına (görevlendirilmesine), her iki tarafın karşılıklı anlaşması ile son verilebilir; fakat işveren veya müteahhit bunu tek başına yapamaz. Aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, her üye dahil Kurulun atanması (görevlendirilmesi), 14.12. maddede düzenlenen görevden alma yürürlüğe girince sona erecektir”.

“Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulu Hakkında Anlaşma Sağlanamaması” başlıklı 20.3. maddeye göre: “Eğer aşağıdaki hallerden biri gerçekleşirse;

- (a) 20.2. maddenin birinci paragrafında belirtilen tarihe kadar Kurulun ek üyesinin atanması konusunda taraflar anlaşmaya varamazlarsa,
- (b) O tarihe kadar üç üyeli kurulun, diğer tarafın onayına tabi bir üyesini her bir taraf atayamazsa,
- (c) O tarihe kadar taraflar, kurula başkanlık edecek üçüncü üyenin atanması konusunda anlaşmaya varamamışlarsa,
- (d) Tek üyenin veya üç üyeden birinin ölüm, maluliyet, istifa veya görevlendirilmesinin bitmesi sonucunda tasarrufta bulunamaması (karar alamaması) veya tasarrufta bulunmayı (karar almayı) reddetmesinden itibaren 42 gün içinde yerine geçecek kişinin atanması konusunda taraflar anlaşamazsa, o zaman ihale ekinde ismi belirtilen atamaya yetkili resmi görevli veya kuruluş, her iki tarafın veya bir tarafın talebi üzerine ve taraflarla gereken danışmaları yaptıktan sonra, Kurulun bu üyesini atayacaktır. Bu atama nihai ve kesin olacaktır. Taraflardan her biri, atamaya yetkili kuruluş veya resmi görevlinin ücretinin yarısını ödemekten sorumlu olacaktır.”

“Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulunun Kararını Elde Etme” başlıklı 20.4. maddeye göre: “Eğer mühendisin sertifikaları, tespitleri, talimatları, görüşleri ve değerlendirmelerine ilişkin olanlar da dahil olmak üzere, işlerin yürütülmesine ilişkin veya sözleşmeyle bağlantılı veya sözleşmeden kaynaklanan herhangi bir çeşit uyuşmazlık taraflar arasında doğarsa, taraflardan herbiri uyuşmazlığı, yazılı olarak karar vermesi için Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kuruluna havale edebilir ve bu başvurunun suretlerini diğer tarafa ve mühendise iletir. Bu başvuruda, başvurunun bu alt maddeye göre yapıldığı belirtilmelidir. Üç üyeli bir kurulun, bu başvuruyu, Kurulun başkanının eline geçtiği gün aldığı kabul edilir.

Kurulun bu gibi bir uyuşmazlıkta bir karar verebilmesi amacıyla talep edeceği her türlü ilave bilgiler, şantiye alanına daha fazla geçiş imkanı ve uygun kolaylıklar, her iki tarafça vakit geçirilmeksizin Kurula sağlanmalıdır. Başvuruyu aldıktan itibaren 84 gün içinde veya Kurulun önerip her iki tarafın onaylayacağı başka bir süre içinde Kurul, bu alt maddeye göre verildiği belirtilen gerekçeli kararını vermelidir. Aşağıda tanımlanan bir tahkim kararında veya bir dostça çözümde gözden geçirilene kadar veya bu prosedürlerden geçirilmediği takdirde karar, kendisine derhal yürürlük kazandıracak biçimde her iki taraf üzerinde bağlayıcı olacaktır. Sözleşmeden vazgeçilmediği, reddedilmediği ve sona erdirilmediği takdirde, müteahhit sözleşmeye uygun olarak işlerini yürütmeye devam edecektir.

Her iki taraf da Kurulun kararından tatmin olursa, o zaman taraflardan herbiri, kararı aldıktan itibaren 28 gün içinde, karardan tatmin olduğunu diğer tarafa bildirir. Eğer Kurul, başvuruyu aldıktan itibaren 84 gün içinde (veya kararlaştırılan başka bir süre içinde) bir karar veremezse, o zaman taraflardan herbiri, bu sürenin bitiminden itibaren 28 gün içinde, tatmin olmadığını diğer tarafa bildirir.

Her iki durumda da, tatmin olunmadığına ilişkin bildirimde bu alt maddeye göre bildirim yapıldığı belirtilmeli ve bildirimde uyuşmazlık konusu mesele ve tatmin olmamanın nedenleri belirtilmelidir. 20.7. maddede ve 20.8. maddede belirtilen istisnalar hariç, bu alt maddeye uygun olarak, tatmin olunmadığına ilişkin bir bildirim verilmediği takdirde, taraflardan hiçbirisi bir uyuşmazlığa ilişkin olarak tahkim prosedürünü başlatmaya yetkili olmayacaktır.

Eğer Kurul, her iki taraf için uyuşmazlık konusu olan bir mesele hakkında kararını verir ve Kurulun kararının alındığı tarihten itibaren 28 gün içinde taraflardan herhangi birince tatmin olunmadığına ilişkin bildiri verilmezse, o zaman karar her iki taraf için de kesin ve bağlayıcı hale gelecektir.”

“Dostça Çözüm” başlıklı 20.5. maddeye göre: “Yukarıda zikredilen 20.4. maddeye göre tatminsizlik bildirisi verildiği durumlarda, tahkim başlamadan önce uyuşmazlığı dostça halledebilmek için her iki taraf da girişimde bulunabilir. Bununla birlikte, her iki taraf da aksini kararlaştırmadığı takdirde, dostça çözüm için herhangi bir girişimde bulunulmamış olursa bile, tatminsizlik bildirimini verildiği günden itibaren 56 gün geçtikten sonra, tahkim prosedürü başlatılabilir.”

“Tahkim” başlıklı 20.6. maddeye göre: “Dostça çözümlenmediği takdirde, hakkında Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulunun kesin ve bağlayıcı kararının bulunmadığı herhangi bir uyuşmazlık, nihai olarak uluslararası tahkim ile çözümlenecektir. Her iki tarafça aksi kararlaştırılmadığı takdirde:

- (a) Uyuşmazlık, nihai olarak Uluslararası Ticaret Odasının Tahkim Kurallarına göre çözümlenecektir.
- (b) Uyuşmazlık, bu kurallara uygun olarak atanacak üç hakem tarafından çözümlenecektir.
- (c) Tahkim, “Hukuk ve Lisan” başlıklı 1.4. maddede belirtilen iletişim dilinde yürütülecektir.

Hakemler, uyuşmazlıkla ilgili olarak Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulunun herhangi bir kararını ve mühendisin bütün belgelerini, tespitlerini, talimatlarını, görüşlerini ve değerlendirmelerini açma, gözden geçirme ve kontrol etme konusunda tam yetkiye sahip olacaktır. Uyuşmazlıkla herhangi bir biçimde ilişkili olan herhangi bir meselede, mühendisin hakemler önünde tanıklık yapmaya çağırılmasına ve delil sunmasına, hiçbir mazeret engel olmayacaktır.

Kararını elde etmek için veya tatminsizlik bildiriminde belirtilen tatminsizlik gerekçeleri için, Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulunun önüne daha önce konulan delillere ve iddialara ilişkin olarak hakemler önündeki işlemlerde taraflardan hiçbiri sınırlanmayacaktır. Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulunun her kararı, tahkimde delil olarak kabul edilebilecektir.

Tahkim, inşaat işlerinin tamamlanmasından sonra veya önce başlatılabilir. İşlerin devamı sırasında yürütülmekte olan herhangi bir tahkim gerekçesiyle tarafların, mühendisin ve Kurulun yükümlülükleri değiştirilemeyecektir.”

“Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulunun Kararına Uymama” başlıklı 20.7. maddeye göre: “ (a) 20.4. maddede belirtilen süre içerisinde taraflardan hiçbiri, tatminsizlik bildirimini vermemişse,(b) Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulunun ilgili kararı (eğer varsa) bağlayıcı hal almışsa, (c) Bir taraf karara uymamışsa, o zaman diğer parti, sahip olabileceği diğer haklarına hanel gelmeksizin, bu uymama durumunu 20.6. maddeye göre tahkime götürebilir. 20.4. madde ve 20.5. madde bu başvuruya uygulanmayacaktır.”

“Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulunun Görevlendirme Süresinin Dolması” başlıklı 20.8. maddeye göre: “Eğer taraflar arasında sözleşmeden doğan veya sözleşmeyle ilgili veya işlerin yürütülmesiyle ilgili bir uyuşmazlık ortaya çıkarsa ve görevlendirme süresinin dolması veya başka herhangi bir nedenle Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulu mevcut değilse; (a) 20.4.madde ve 20.5.madde uygulanmayacaktır ve (b) 20.6.maddeye göre, uyuşmazlık doğrudan tahkime götürülebilecektir.”

FIDIC 1999 (5.Baskı) Genel İdari Şartnamenin ekinde “Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Anlaşmasının Genel Şartları” yer almaktadır. Bu genel şartlar arasında; tanımlar, genel hükümler, garantiler, Kurul üyesinin genel yükümlülükleri, işverenin ve müteahhidin genel yükümlülükleri, ödemeler, sürenin sona ermesi, üyenin hatası, uyuşmazlıklar gibi hususlarla ilgili ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır.

Tarafların aralarındaki inşaat sözleşmesinden doğacak uygulama ve yoruma ilişkin uyuşmazlıkları, Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kuruluna götürebilmeleri için önce işveren, müteahhit ve Kurul üyeleri arasında üç taraflı bir “Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Anlaşması”nın imzalanması gerekmektedir. Bu anlaşmanın ekinde ise, Kurulun kendisine havale edilen uyuşmazlıkları incelerken ve karar verirken uygulayacağı usul kurallarının düzenlendiği dokuz maddelik “Usul Kuralları” yer almaktadır.

SONUÇ

Yirmibirinci yüzyılın başında, uluslararası müteahhitlik hizmetleri sektörü, inşaatla ilgili yan servisler ve yardımcılar ve ortaklar aracılığıyla faaliyette bulunan özgün yapısı ile, aynı zamanda hem fırsatlar ile hem de zorluklar ile karşı karşıya bulunmaktadır.

Uluslararası müteahhitlik hizmetleri sektörünün yurtdışındaki iş olanaklarını etkileyen geniş faktörler yelpazesinde; altyapı projelerinin uluslararası finansmanı, uluslararası ihale prosedürleri ve standart sözleşme formları, uluslararası tahkim ve uyumuşmazlıkların alternatif zm mekanizmaları, ihracat kredisi sigortası ve yabancı inşaat pazarlarına giriş engellerinin kaldırılması hususları önceliğe sahip meseleler olarak öne çıkmaktadır.

Global lkte altyapı ihtiyaçı her geçen gün artmakla birlikte, dünya çapında altyapı alanında yeni inşaat ve bakım faaliyetleri için gereken fonları bulmakta genel olarak güçlük çekildiği gözlenmektedir. Bu durum karşısında yeni bir finansman yöntemi olarak, altyapı yatırımlarının finansmanında ve alt yapı hizmetlerinin yürütülmesinde kamu-özel sektör ortaklığı (Public-Private Partnership) modeline daha fazla işlerlik kazandırmak güncel bir çözüm yolu olarak ortaya çıkmaktadır.

FIDIC tarafından 1999 yılında yayınlanan 5'inci baskı yeni kırmızı, sarı ve gümüş renkli kitapların (genel ve zel Őartnamelerin), diğer bir deyişle standart sözleşme formlarının, geçmişte olduğundan daha fazla olarak inşaat riskini müteahhite yüklediği görülmektedir. Ancak Asya, Afrika ve Latin Amerika lkelerinin çoğunda halen 1987 yılında yayınlanan 4'nc baskı kırmızı kitap, inşaat sözleşmelerinin hazırlanmasında ve uluslararası ihalelerde yaygın olarak kullanılmakta olup; yeni baskı FIDIC tip Şartnamelerinin bu eski baskı versiyonunun tamamen yerini almasının biraz daha zaman alacağı anlaşılmaktadır.

Modern bir ihale sistemi, başvuran isteklilerin etkili bir n yeterlilik değerlendirmesine alınmasıyla başlamalı ve yüksek kaliteli ihale dökümanlarına dayanan bir ihale prosedürü ve işveren ile müteahhit arasında gelecekteki muhtemel riskleri adil olarak dağıtıan dengeli sözleşme Şartları ile devam etmelidir.

İnşaat projelerine ilişkin uyumuşmazlıkların hızlı, hatta mümkünse çıktığı anda Şantiyede çözülebilmesini temin edebilecek alternatif

uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına, özellikle de uluslararası inşaat projelerinde inşaat sanayinin özel ihtiyacı bulunmaktadır.

Günümüzdeki uygulamada ihracat kredisi sigortası şirketlerinin sağladığı sigortaların kapsamı politik ve ticari riskler ile sınırlı olup; çevresel, sosyal ve kültürel riskleri azaltma kapasiteleri ihmal edilebilir düzeydedir. Geleneksel inşaat faaliyeti, işverenlerin ve onların müşavir mühendislerinin belirlediği teknik kriterlere ve şartlara dayanan talimatları yerine getirdiği için, müteahhitin inşaat işinin çevresel boyutlarını etkileme kapasitesi, üçüncü taraflar tarafından hazırlanan ihale dökümanları ve dizaynlar (çizimler) ile inşaatın yapılmakta olduğu yabancı ülkedeki ulusal mevzuat ile sınırlıdır.

Haziran 2003’de dünyanın en büyük ve en ünlü özel finans kuruluşlarından bazıları Ekvador Prensiplerini kabul etmişlerdir. Bu yol gösterici prensipler, kredi veren kuruluşların finanse ettikleri inşaat projelerinin sosyal açıdan sorumlu ve çevresel açıdan sakıncasız gelişmesini garanti etmeyi amaçlamaktadır. Nitekim, Avrupa Uluslararası Müteahhitler Birliği Genel Kurulu’nun 15 Nisan 2004 tarihinde İstanbul’daki konferansının konusunun “İhracat Kredi Sigortası ve Proje Finansmanında Çevresel ve Sosyal Standartlar” olarak seçilmesi, gelişmekte olan ülkelerdeki altyapı projeleri için uluslararası finansman sağlamada yeni standartların önemini vurgulamaktadır.

2001 yılında Dünya Ticaret Örgütüne üye olan Çin, taahhütlerinin aksine, kabul ettiği yeni hukuki düzenlemeler ile yabancı müteahhitlerin Çin’in inşaat pazarına girmelerinin önünde yeni giriş engelleri yaratmıştır. Avrupa Komisyonu’nun ve diğer uluslararası kuruluşların işbirliği içinde yürüttükleri Çin Hükümeti nezdindeki ikna çabalarının kısmen başarılı olması sonucunda, Çin inşaat pazarına uluslararası inşaat şirketlerini daha fazla çekebilmek için, Çin’in yeni mevzuatının yabancı müteahhitler için öngördüğü ikamet şartı, yabancı mühendis sayısına getirilmiş olan sınırlamalar, belirli sermaye getirme mecburiyetleri gibi pazara giriş engeli niteliğindeki kısıtlamalar yumuşatılmıştır.

Yukarıda uluslararası müteahhitlik sektörünün gündemindeki son gelişmeler böylece değerlendirildikten sonra, konuyu ülkemizin yurtdışı müteahhitlik hizmetleri sektörü açısından ele aldığımızda sektörün gündemindeki başlıca sorunlar olarak başlıca şu hususlar dikkati çekmektedir: Bürokraside daha etkin bir koordinasyon oluşturma gereği, finansman bulma ve teminat mektubu temin etme güç-

lülü, sosyal güvenlik, dış pazarlar hakkında bilgi edinme zorluğu, tanıtım eksikliği, sektörün belli bölgelerde yoğunlaşması ve yeni pazarlara açılmaması, iş alınarak faaliyet gösterilen tüm ülkeler ile “Çifte Vergilendirmenin Önlenmesi” ve “Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması” anlaşmalarının henüz tamamlanamamış olması, Türk teknik müşavirlik ve mühendislik firmalarının yurtdışında yeterince etkin olamaması, teknik ve tecrübe bakımından yetersiz Türk inşaat firmalarının yurtdışında iş üstlenmesi nedeniyle sektörün olumlu imajının zedlenmesi.

Yukarıda özetlenen sorunlar biran önce halledilerek, ülkemizin halihazırda oldukça yüksek olan mevcut cari açığını kapatabilmek için, geleneksel olarak döviz kazandırıcı ihracat ve turizm sektörlerinin yanısıra, önündeki engellerin kaldırılması ve mümkün olan her türlü hukuki, mali desteğin sağlanması suretiyle acilen yurtdışı müteahhitlik hizmetleri sektörünün önünün açılması zarureti bulunmaktadır.

KAYNAKLAR

- H.A.Dumont, *The FIDIC Conditions and Civil Law*, ICRL(1988).
- FIDIC, *Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer*, First Edition, Geneva 1999.
- FIDIC, *Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction*, Fourth Edition, Geneva 1987.
- FIDIC, *Supplement to Fourth Edition 1987 of Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction*, First Edition, Geneva 1996.
- Yaşar Karayalçın, “FIDIC İnşaat Sözleşmesi Genel Şartlarında Mühendisin Hukuki Durumu”, *İnşaat Sözleşmeleri* (Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996), 2.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 287-308.
- Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Üçüncü Bası, Beta, İstanbul Haziran 2005.
- Türegün, Necip. “FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, *İnşaat Sözleşmeleri* (Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996), 2.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 249-285.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi Kararı

T. 12.04.2011 * Haksız tahrik, failin haksız bir fiilin yarattığı
E. 2010/5-211 hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında
K. 2011/49 hareket ederek bir suç işlemlerini ifade eder ki,
bu durumda fail suç işleme yönünde önceden
bir karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin
ruhsal yapısında yarattığı karışıklığın sonucu
olarak suç işlemeye yönelmektedir.

(5237 sayılı TCK m. 31/3, 148/1,149/1-c)

Nitelikli yağma suçundan sanık O.T.'in beraatına, sanık O.K.'in ise, eylemine uyan 5237 sayılı TCY'nun 148/1 ve 31/3. maddeleri uyarınca 5 yıl 4 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkin, Çanakkale Ağır Ceza Mahkemesince verilen 15.01.2008 gün ve 115-11 sayılı hükmün sanık Oğuz müdafii ile yerel Cumhuriyet savcısı tarafından sanıklar aleyhine temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 5. Ceza Dairesince 05.02.2009 gün ve 10497-1207 sayı ile;

"Sanık Oğuz hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve sanıklar Oğuz ile Olcay haklarında yağma suçundan kurulan hükümlerin incelenmesinde ise;

Sanık Oğuz'un tuvalette zorla mağdurun cüzdanındaki 20 YTL. ile cep telefonunu alması ve mağdurun sııttörtünü de zorla alarak kendisine verdiği diğer sanık Olcay'ın olayı görüp müdahalede etmeden dışarıda gözcülük etmek suretiyle gerçekleşen eylemlerinin her iki sanık bakımından TCK.nun 149/1-c maddesine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden yazılı gerekçelerle sanık Olcay'ın beraatine ve diğer sanık Oğuz'un da TCK.nun 148/1. maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi,

Sanık Oğuz'un tehdit ederek zorla mağduru hürriyetinden yoksun kıldığı oluşa uygun kabul edildiği halde 5237 sayılı TCK.nun 109/2. maddesi yerine aynı Kanununun 109/1. maddesi uyarınca ceza tayin edilmesi" isabet-sizliklerinden bozulmasına karar verilmiştir.

Yerel mahkeme ise 31.12.2009 gün ve 250-479 sayı ile;

"Sanık Oğuz mağdur Hamza'yı tutarak parktaki tuvalete sokmuş, burada darp ederek 20 TL parasını ve cep telefonunu almıştır. Ayrıca mağdurun sweat şörtünü çıkarttırıp tuvaletin dışındaki sanık Olcay'a fırlatmıştır. Sanık Olcay, mağdura ait şörtü almaksızın oradan ayrılmıştır. Mağdur Hamza da bunu doğrulamıştır.

Dosya kapsamında birleştirme kararı verilen, mahkememizin 2007/132 esas sayılı dosyası kapsamında Gökçeada Sulh Ceza Mahkemesinin 15.01.2007 gün ve 2007/2 sayılı sanık O.K. hakkındaki sorgu tutanağında, tanık olarak dinlenen Olcay . beyanında, sanık Oğuz'un, tuvalette mağdurun parasını aldığı sırada tuvaletin önünde beklediğini belirtmiş, tutanak da yer aldığı şekilde 'Ancak beni de döver diye korkumdan engel olamadım, daha sonra ben onlardan ayrıldım' demiştir. Aynı gün, Gökçeada Sulh Ceza Mahkemesinin 15.01.2007 gün ve 2007/3 sayılı, sanık Olcay . hakkındaki sorgu tutanağında ise, gözle görülür bir şekilde 2007/2 sayılı sorgu tutanağındaki tanık beyanı kopyalanarak bu tutanağa yapıştırılmıştır. Ancak, yine 2007/3 sayılı sorgu tutanağında açıkça görüldüğü gibi 'Ancak beni de döver diye korkumdan engel olamadım, daha sonra ben onlardan ayrıldım' şeklindeki cümlenin üstü çizilerek paraf edilmiştir. Sanık Olcay, tüm aşamalarda sanık Oğuz'dan korkusunu ifade etmeye çalışmıştır.

Olayın meydana geldiği, Gökçeada İlçe merkezi nüfusu 5500 olup, küçük bir yerleşim yeri olması dolayısıyla ilçe sakinleri birbirini tanımaktadır. Dosya kapsamından, sanık Oğuz'un suç işlemeye eğilimli, çevresinde korku duyulan bir şahıs olarak tanındığı anlaşılmaktadır. Sanık Oğuz'un olaydan kısa bir süre önce yine bir öğrenciye yönelik olarak (mahkememizin 2008/313-426 sayılı kararıyla) kasten öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm giydiği çevresinde de bilinmektedir. Nitekim, 10.04.2007 tarihli 1 nolu duruşmaya katılan sanık Oğuz'un babası da onu çevresine zarar veren birisi olarak tanımlamıştır. Oluşa ilişkin yukarıdaki gerekçede de belirtildiği gibi, mağdurun arkadaşları olan tanıklar Nizamettin, Semih, Serdar ve Arkin, sanık Oğuz'u tanımaları nedeniyle olay yerinden kaçmışlardır.

Mahkememizce duruşmalardaki gözlemler sonucunda, sanık Oğuz'un, diğer sanık Olcay'dan bir yaş küçük olmasına rağmen fiziksel nitelikleri bakımından oldukça iri yapılı ve boylu olduğu, sanık Olcay'ın ise bedensel nitelikleri bakımından kısa boylu ve sanık Oğuz'un yanında adeta çocuk gibi kaldığı gözlenmiş; davranış biçimleri itibarıyla de sanık Oğuz'un baskın kişiliğine karşılık sanık Olcay'ın çekingen ve ezik halinin dikkat çektiği, bu nedenlerle sanık Oğuz'un kolaylıkla sanık Olcay'ı etkisi altında tutabileceği gözlemlenmiştir.

Tüm bu deliller ve değerlendirmeler sonucunda, olay esnasında, sanık Olcay'ın, sanık Oğuz'un kendisini de döveceğinden korktuğu, tuvaletin önünde kısa bir süre bekleyip, daha sonra da ilk fırsatta oradan ayrıldığına ilişkin savunmasının doğruluğu hususunda duruşmalarda mahkememizce tam bir vicdâni kanaat oluşmuştur. Nitekim, olay esnasında önce tuvalet önünde bekleyen sanık Olcay'ın kısa bir süre sonra da mağdura ait tişörtü almaksızın oradan ayrılıp gittiğini mağdur da doğrulamıştır. 14.01.2007 tarihli tutanakta, bu tişörtün olay yerinde bulunduğu ve mağdura teslim edildiği belirtilmiştir. Böylelikle, suça herhangi bir şekilde iştiraki saptanamayan sanık Olcay'ın üzerine atılı suçun sabit olmaması nedeniyle, sanık Olcay hakkındaki mahkememizin 2007/115 esas-2008/11 karar sayılı kararında direnmek gerekmiştir" gerekçeleriyle yağma suçu yönünden direnerek ilk hükümdeki gibi sanık Olcay'ın beraatına, sanık Oğuz'un ise basit yağma suçundan cezalandırılmasına karar vermiştir.

Bu hükmün de sanık O.K. müdafii ile Cumhuriyet savcısı tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının "bozma" istekli, 05.10.2010 gün ve 221063 sayılı tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

İnceleme sanıklar hakkında yağma suçundan kurulan hükümlerle sınırlı olarak yapılmıştır.

Özel Daire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanık O.T.'in üzerine atılı nitelikli yağma suçunun sabit olup olmadığı, buna bağlı

olarak da sanık O.K.'ın eyleminin nitelendirilmesi noktalarında toplanmakta ise de, yerel mahkeme direnme hükmünün yeni hüküm olup olmadığı hususu Yargıtay İç Yönetmeliğinin 27. maddesi uyarınca ön sorun olarak değerlendirilmelidir.

İncelenen dosya içeriğinden;

Yerel mahkemece bozma kararından sonra yapılan yargılama sonucunda, sanık O.T.'ın üzerine yüklenen yağma eyleminin sabit olmadığına ilişkin direnme gerekçesinde, *“Dosya kapsamında birleştirme kararı verilen, mahkememizin 2007/132 esas sayılı dosyası kapsamında Gökçeada Sulh Ceza Mahkemesinin 15.01.2007 gün ve 2007/2 sayılı sanık O.K. hakkındaki sorgu tutanağında, tanık olarak dinlenen Olcay . beyanında, sanık Oğuz'un, tuvalette mağdurun parasını aldığı sırada tuvaletin önünde beklediğini belirtmiş, tutanak da yer aldığı şekilde 'ancak beni de döver diye korkumdan engel olamadım, daha sonra ben onlardan ayrıldım' demiştir. Aynı gün, Gökçeada Sulh Ceza Mahkemesinin 15.01.2007 gün ve 2007/3 sayılı, sanık Olcay . hakkındaki sorgu tutanağında ise, gözle görülür bir şekilde 2007/2 sayılı sorgu tutanağındaki tanık beyanı kopyalanarak bu tutanağa yapıştirilmiştir. Ancak, yine 2007/3 sayılı sorgu tutanağında açıkça görüldüğü gibi 'ancak beni de döver diye korkumdan engel olamadım, daha sonra ben onlardan ayrıldım' şeklindeki cümlelerin üstü çizilerek paraf edilmiştir. Sanık Olcay, tüm aşamalarda sanık Oğuz'dan korkusunu ifade etmeye çalışmıştır.*

Olayın meydana geldiği, Gökçeada İlçe merkezi nüfusu 5500 olup, küçük bir yerleşim yeri olması dolayısıyla ilçe sakinleri birbirini tanımaktadır. Dosya kapsamından, sanık Oğuz'un suç işlemeye eğilimli, çevresinde korku duyulan bir şahıs olarak tanındığı anlaşılmaktadır. Sanık Oğuz'un olaydan kısa bir süre önce yine bir öğrenciye yönelik olarak (mahkememizin 2008/313-426 sayılı kararıyla) kasten öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm giydiği çevresinde de bilinmektedir. Nitekim, 10.04.2007 tarihli 1 nolu duruşmaya katılan sanık Oğuz'un babası da onu çevresine zarar veren birisi olarak tanımlamıştır. Oluşa ilişkin yukarıdaki gerekçede de belirtildiği gibi, mağdurun arkadaşları olan tanıklar Nizamettin, Semih, Serdar ve Arkın, sanık Oğuz'u tanımaları nedeniyle olay yerinden kaçmışlardır.

Mahkememizce duruşmalardaki gözlemler sonucunda, sanık Oğuz'un, diğer sanık Olcay'dan bir yaş küçük olmasına rağmen fiziksel nitelikleri bakımından oldukça iri yapılı ve boylu olduğu, sanık Olcay'ın ise bedensel nitelikleri bakımından kısa boylu ve sanık Oğuz'un yanında adeta çocuk gibi kaldığı

gözlenmiş; davranış biçimleri itibariyle de sanık Oğuz'un baskın kişiliğine karşılık sanık Olcay'ın çekingen ve ezik halinin dikkat çektiği, bu nedenlerle sanık Oğuz'un kolaylıkla sanık Olcay'ı etkisi altında tutabileceği gözlemlenmiştir.

Tüm bu deliller ve değerlendirmeler sonucunda, olay esnasında, sanık Olcay'ın, sanık Oğuz'un kendisini de döveceğinden korktuğu, tuvaletin önünde kısa bir süre bekleyip, daha sonra da ilk fırsatta oradan ayrıldığına ilişkin savunmasının doğruluğu hususunda duruşmalarda mahkememizce tam bir vicdâni kanaat oluşmuştur. Nitekim, olay esnasında önce tuvalet önünde bekleyen sanık Olcay'ın kısa bir süre sonra da mağdura ait tişörtü almaksızın oradan ayrılıp gittiğini mağdur da doğrulamıştır. 14.01.2007 tarihli tutanakta, bu tişörtün olay yerinde bulunduğu ve mağdura teslim edildiği belirtilmiştir. Böylelikle, suça herhangi bir şekilde iştiraki saptanamayan sanık Olcay'ın üzerine atılı suçun sabit olmaması nedeniyle" denilmek suretiyle, ilk kararda yer almayan ve daire denetiminden geçmemiş bulunan yeni ve değişik gerekçelerle hüküm kurulduğu anlaşılmaktadır.

Ceza Genel Kurulunun süreklilik kazanmış uygulamalarına göre, şeklen ısrar kararı verilmiş olsa dahi;

a) Bozma kararı doğrultusunda işlem yapmak, b) Bozma kararında tartışılması gereken hususları tartışmak, c) Bozma sonrasında yapılan araştırmaya, incelemeye, toplanan yeni kanıtlara dayanmak,

d) İlk kararda yer almayan ve daire denetiminden geçmemiş bulunan yeni ve değişik gerekçelerle hüküm kurmak, Suretiyle verilen karar; özde direnme niteliğinde olmayıp, bozmaya eylemli uyma sonucu verilen yeni bir hükümdür. Bu nitelikteki bir hükmün temyiz edilmesi halinde ise incelemenin Yargıtay'ın ilgili dairesi tarafından yapılması gerekir.

Yerel mahkemece, bozma ilamından sonra, ilk hükümde yer almayan yeni ve değişik gerekçelere dayanılarak karar verilmiştir. İlk hükümde bulunmayan bu husus, Özel Dairece denetlenmemiş olup, Özel Dairece denetlenmeyen bir konunun ilk kez ve doğrudan Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmesine yasal olanak bulunmamaktadır.

Bu itibarla yerel mahkemenin son uygulaması özde direnme kararı olmayıp, eylemli uyma sonucunda verilen yeni bir hüküm niteliğinde olduğundan, dosyanın temyiz incelemesi yapılmak üzere Özel Daireye gönderilmesine karar verilmelidir.

SONUÇ :

Açıklanan nedenlerle;

Yerel mahkemenin son uygulamasının yeni hüküm niteliğinde olduğu nazara alınarak dosyanın, bozma kararına uyularak sanık O.K. hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan kurulan hüküm de dahil olmak üzere temyiz incelemesi için Yargıtay 5. Ceza Dairesine gönderilmek üzere Yargıtay C.Başsavcılığına TEVDİİNE, 12.04.2011 günü yapılan müzakerede oybirliği ile karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı

T. 19.04.2011 * Ceza Genel Kurulunun süreklilik kazanmış
E. 2011/1-47 uygulamalarına göre, şeklen ısrar kararı verilmiş olsa dahi; a) Bozma kararı doğrultusunda işlem yapmak, b) Bozma kararında tartışılması gereken hususları tartışmak, c) Bozma sonrasında yapılan araştırmaya, incelemeye, toplanan yeni kanıtlara dayanmak, d) İlk kararda yer almayan ve daire denetiminden geçmemiş bulunan yeni ve değişik gerekçelerle hüküm kurmak, Suretiyle verilen karar; öзде direnme niteliğinde olmayıp, bozmaya eylemli uyma sonucu verilen yeni bir hükmüdü. Bu nitelikteki bir hükmün temyiz edilmesi halinde ise incelemenin Yargıtay'ın ilgili dairesi tarafından yapılması gerekir.

(5237 sayılı TCK m. 81/1, 29, 62, 53/1 ve 63)

Üç kişiyi kasten öldürme suçundan sanık B.Y.'in, 5237 sayılı TCY'nın 81/1, 29, 62, 53/1 ve 63. maddeleri uyarınca maktul sayısınınca uygulama yapılmak suretiyle 10'ar yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına, hak yoksunluğuna, mahsuba, zoralıma ve tutukluluk halinin devamına ilişkin, Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 24.12.2008 gün ve 128-319 sayılı hüküm; sanık müdafii ile katılanlar vekili tarafından temyiz edilmekle, dosyayı inceleyen Yargıtay 1. Ceza Dairesince 12.05.2010 gün ve 4110-3535 sayı ile;

"1- Katılanlar Fatma, Fatih, Esat, Tolgahan ve Kezban'ın 6136 sayılı Yasaya aykırılık suçundan kurulan hükmü temyize yetkisi bulunmadığından, vekillerinin bu suçtan kurulan hükme yönelik temyiz isteminin CMUK'nun 317. maddesi uyarınca reddine karar verilmiştir.

2- Sanık hakkında maktul Bülent'i öldürme suçundan kurulan hüküm yönünden;

Oluşa ve dosya içeriğine göre, maktul Bülent'in; diğer maktuller, babası Hayati ve tanık Murat ile birlikte yüksek fiyattan alıcısının hazır olduğunu belirtilerek tapuda sanığa gösterdikleri yerden farklı ve daha kıymetsiz bir yeri satmaktan ibaret haksız tahrik oluşturan eylemi nedeniyle, 12 yıldan 18 yıla kadar hapis cezası öngören TCK'nun 29. maddesi gereği üst sınıra yakın bir ceza tayin edilmesi yerine, 12 yıl hapis cezası tayini, aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.

Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanığın maktuller Bülent, Hakan ve Hacı Gazi'yi öldürme ile 6136 sayılı Yasaya aykırılık suçlarının sübutu kabul, oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde suçların niteliği tayin, takdire ilişkin cezayı azaltıcı sebebin niteliği takdir kılınmış, savunması inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümlerde eleştiri ve bozma nedeni dışında bir isabetsizlik görülmemiş olduğundan, sanık müdafinin duruşmalı incelemede ve temyiz dilekçesinde, eksik incelemeye, suç vasfına, yasal savunmaya, katılanlar Fatma, Fatih, Esat ve Tolgahan vekilinin bir sebebe dayanmayan, katılan Kezban vekilinin ise, suç vasfına, haksız tahrik bulunmadığına yönelen ve yerinde görülmeleyen temyiz itirazlarının reddiyle;

1. Sanık hakkında maktul Bülent'i öldürme ve 6136 sayılı Yasaya aykırılık suçlarından kurulan hükümlerin, tebliğnamedeki düşünce gibi onanmasına,

2. Sanık hakkında maktuller Hakan ve Hacı Gazi'yi öldürme suçlarından kurulan hükümler yönünden;

Oluşa ve dosya içeriğine göre; maktullerin, diğer maktul Bülent ve babası Hayati ile tanık Murat'ın, birlikte, yüksek fiyat ile alıcısının hazır olduğunu belirtilerek tapuda sanığa gösterdikleri yerden farklı ve daha kıymetsiz bir yeri satmaktan ve zararını isteyen sanığı tehdit etmekten ibaret haksız tahrik oluşturan eylemleri nedeniyle 12 yıldan 18 yıla kadar hapis cezası öngören TCK'nun 29. maddesi gereğince üst sınıra yakın bir ceza tayin edilmesi yerine, 12 yıl hapis cezası tayin edilerek sanığa eksik ceza tayini,

Bozmayı gerektirmiş, katılanlar Fatma, Fatih, Esat ve Tolgahan vekili ile katılan Kezban vekilinin temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görülmesi olduğundan, hükümlerin tebliğnamedeki düşünceye aykırı olarak bozulmasına, bozma nedenine ve tutuklulukta geçen süreye göre sanık müdafinin tahliye isteminin reddine” karar verilmiştir.

Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesince 14.10.2010 gün ve 284-244 sayı ile;

“Maktuller ve birlikte çalışanların, sanığa gösterdikleri araziden başka daha değersiz bir arazi sattıkları, sanığın birikimlerini buraya yatırdığı, bundan dolayı mağdur olup zarara girdiği, daha sonra bu zararının giderilmesi için birçok kez temasa geçtiği, fakat olumlu bir cevap alamadığı gibi her defasında oyalandığı, hatta talebinden vazgeçirilmek istenildiği, buna ilişkin bazı tehditler aldığı, olay günü yine aynı amaçlı olarak maktullerle birlikte çalışanlarla görüşmek isterken anlaşamadıkları ve yine olumlu sonuç alamadığından öfkeye kapılarak ilk defa Hacı Gazi Özgül ve Hakan Erdem’i üzerindeki tabancasıyla birçok kez ateş etmek suretiyle öldürdüğü, bundan sonra da maktul Bülent’i evinden çağırarak, aynı öfke ile ona da birçok defa ateş edip öldürdüğü kanaat ve sonucuna varılmıştır.

Kabul edilen bu oluşa göre, sanık öldürme fiillerini haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında işlemiştir.

Her bir öldürme fiilinden dolayı TCK’nın 81. maddesine göre cezalandırılmalıdır.

Arazi alım satımı sebebiyle maktul ve yakınları tarafından kandırılarak mağduriyete ve zarara uğratılmış olması ve bunların giderilmesi için çaba sarf ettiği halde olumlu sonuç alamaması, hatta haklı olduğu bu girişimlerden vazgeçirilmek istendiği ve tehditler aldığı, bunlara rağmen olay tarihinde de yine zararının giderilmesine yönelik hareket ettiği, yine de sonuç alamadığı, böylece zincirlemeli bu haksız fiillerin meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında suçları işlediği kabul edilmekle, hakkında TCK’nın 29. maddesi uyarınca haksız fiillerin dereceleri göz önünde bulundurularak verilecek cezalarından lehine azami indirim yapılması uygun bulunmuştur.

Sanığın kabulü ve duruşma aşamasındaki davranışları lehine takdiri indirim nedeni kabul edildiğinden TCK’nın 62. maddesi uyarınca ayrıca indirim yapılması gerekmiştir” şeklindeki gerekçe ile önceki hükümde direnilmiştir.

Bu hükmün de sanık müdafii ile katılan Kezban Erdem vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının “onama” istemli, 12.02.2011 gün ve 340183 sayılı tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanığın maktul Bülent Arslan’ı öldürme suçundan verilen hüküm kesinleştiğinden, inceleme; sanığın, maktuller Hacı Gazi Özgül ve Hakan Erdem’i kasten öldürme suçundan kurulan hükümlerle sınırlı olarak yapılmıştır.

Sanık B.Y.’in, haksız tahrik altında kasten öldürme suçundan cezalandırılmasına karar verilen somut olayda, Özel Daire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanık hakkında, 5237 sayılı TCY’nın 29. maddesi uyarınca haksız tahrik nedeniyle en üst oranda indirim yapılmasında isabet bulunup bulunmadığının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğine göre;

Olaydan önce sanığın yatırım amacıyla arsa arayışına girdiği, bir arkadaşı aracılığıyla maktul Bülent Arslan ile tanıştığı, maktul Bülent Arslan’ın sanığa; *“bir arsa var, yüz milyara alır, yüz kırkbeş–yüzelliye de satar, karı paylaşıyoruz, alıcısı da hazır”* dediği, sanık ile maktulün anlaştıkları, ertesi gün buluştukları ve alacakları arsayı İlhan isimli bir şahsa satma hususunda da anlaşarak, maktul Bülent’in babası Hayati Arslan’ın tanıdığı ve arsayı satacak olan Murat Duyar ile görüşmek üzere Oyaca Kasabası’na gittikleri, sanığın maktuller Bülent Arslan ve Hakan Erdem ile Hayati Arslan ve Murat Duyar’la pazarlık yaptığı, ancak adı geçen kişilerin sanığa, tapuda satacakları arsa yerine, yola daha yakın ve değeri daha yüksek olan ve aynı zamanda tapuda da başkası adına kayıtlı bulunan başka bir arsayı gösterdikleri ve 25.000 TL peşin, 20.000 TL bir hafta sonra ve kalan 35.000 TL için de, Aralık ayında ödenmek üzere senet düzenlemek suretiyle toplam 85.000 TL’ye anlaşarak noterde işlem yaptıkları,

Ancak bir süre sonra İlhan isimli şahsın söz konusu arsayı satın almaktan vazgeçtiği,

Olaydan sonra taraflardan şüphelenen sanığın, yaptığı araştırma sonucunda, kendisine tapuda satılan arsanın maktuller Bülent Arslan ve Hakan Erdem ile Murat Duyar'ın kendisine gösterdikleri arsa değil, tapuda başkası adına kayıtlı ve değeri çok daha düşük başka bir arsa olduğunu öğrendiği, bunun üzerine maktullerden mağduriyetinin giderilmesini istediği, ancak aradan uzun süre geçmesine rağmen mağduriyetinin giderilmediği, Bülent Arslan ve Hakan Erdem ile Murat Duyar'ın sanığı oyaladıkları ve sanıktan kaçmaya başladıkları, telefonlarına cevap vermedikleri, bu duruma öfkelenen sanığın, uzun arayışlardan sonra maktul Hakan Erdem'i bulduğu, adı geçen maktulün sanığa; *"iki arsam ve arabam var, sana bir süre güvence olarak vereyim, bu şekilde mağduriyetini gidereyim"* dediği ve sanığın ikinci kez taraflarla anlaşmaya vardığı,

Yapılan anlaşmaya göre, iki adet arsanın tapusunu sanığın bir akrabasının üzerine geçirdikleri, bir süre sonra maktullerin sanığa; *"daha önce aldığımız 35 milyarlık çeki iade edelim, 72,5 milyarlık çek verelim, zararını giderelim, sen de önce aldığın bir arsa ile sonra aldığın iki arsayı bize geri ver"* şeklinde öneride buldukları, bu öneriyi kabul eden sanığın, arsaları iade ederek maktul Hacı Gazi Özgül'den toplam 72.500 TL'lik üç adet çek aldığı,

Sanığın bu işlemleri yaparken savunmasına göre 45.000 TL borçlandığı ve maktullerin verdiği çekin vadesi geldiğinde karşılığının çıkmadığı, maktuller ile Murat Duyar tarafından üçüncü defa mağdur edildiğini düşünen ve aramalarına rağmen maktuller ile Murat Duyar'ı bulamayan sanığın, yine savunması doğrultusunda maktuller tarafından telefon ile tehdit edildiği,

Olay günü Murat Duyar ile telefonla görüşen ve bir arkadaşından emanet olarak aldığı araba ile adı geçen şahsın köyüne giden sanığın, önce maktul Hakan Erdem'i, daha sonra da maktul Hacı Gazi Özgül ile Murat Duyar'ı aracına aldığı, hava karardıktan sonra aralarındaki olayları konuşmak üzere dolaşmaya çıktıkları, aracı maktul Hakan Erdem'in kullandığı, olay yerinde sanığın ruhsatsız silahı ile Hakan Erdem ve Hacı Gazi Özgül'e öldürücü bölgelerden dörder adet mermi çekirdeği isabet edecek şekilde ateş ettiği, bu sırada Murat Duyar'ın olay yerinden kaçtığı, sanığın maktulleri olay yerinde bırakarak olayların meydana gelmesine asıl neden olduğunu düşündüğü maktul

Bülent Arslan'ın köyüne giderek, üzerinde eşofman olan maktulü evinden aldığı, aracına bindirip köy yolunda ilerledikleri sırada olayı anlattığı ve *"başına bu işleri siz açtınız, bak ne hale geldim"* dediği, Bülent Arslan'ın da sanığın aksi kanıtlanamayan savunmasına göre sanığa, *"sen onlara ateş mi ettin, senin ecdadını kazırım"* şeklinde sözler söylediği ve yerel mahkemece bu kısmı kabul edilmeyen sanığın savunmasına göre, eşofmanın cebinden çıkardığı silahı sanığın kafasına dayadığı, sanığın da bir el ateş ederek Bülent Arslan'ı öldürdüğü,

Dosyada bulunan otopsi raporlarından; maktul Hakan Erdem'e; birisi göğüs ön sağ klavikula alt iç hizası birinci kaburga aralığına, birisi göğüs ön sol altıncı kaburga aralığına, birisi sağ kol orta iç kısmına, birisi sağ ön kolda dirseğin dört santim alt kısmına olmak üzere dört adet mermi çekirdeği isabet ettiği, vücudunda haricen başka bir bulguya rastlanmadığı, ölümünün ateşli silah mermi çekirdekleri yaralanmasına bağlı iç organ yaralanmalarından gelişen iç ve dış kanama sonucu meydana geldiği,

Maktul Hacı Gazi Özgül'e; birisi göğüs ön sağ köprücük kemiği iç üst hizasına, birisi göğüs ön sol parasiternal hat onuncu kaburga aralığına, birisi sağ kol orta iç tarafına, birisi toraks sol yan orta koltuk hattı sekizinci kaburga aralığına olmak üzere dört adet mermi çekirdeği isabet ettiği, vücudunda haricen başkaca bir bulguya rastlanmadığı, ölümün ateşli silah mermi çekirdekleri yaralanmasına bağlı iç organ yaralanmaları ile gelişen iç ve dış kanama sonucu meydana geldiği, mermi çekirdekleri elbiseli bölgelere isabet ettiğinden kesin atış mesafesi tayini yapılamadığı,

Jandarma Kriminal Dairesi Ekspertiz Raporuna göre; olay yerinde elde edilen dokuz adet kovandan sekizinin sanığın kendisine ait olduğunu belirttiği silahtan, birinin ise sanığın maktul Bülent Arslan'dan aldığını beyan ederek kolluğa teslim ettiği silahtan atıldığı,

Buna karşın sanığın savunmalarında; maktul Bülent Arslan'ın, küfür ederek başına silah dayadığını belirttiği, ancak ateş ettiğine ilişkin bir beyanının bulunmadığı,

Kriminal Polis Laboratuvarları Daire Başkanlığı'nın ekspertiz raporuna göre de; sanıkla maktul Bülent Arslan'a ait svaplarda atış artığına rastlanılmadığı, maktul ile sanığa ait olduğu belirtilen tabancaların

namlu ve fişek yataklarından alınan svaplarda da atış artıklarına rastlanılmadığı,

Aynı raporda; maktule ait eşofman üstünün sol omuz bölgesinde mevcut üç adet delik etrafında atış artıkları tespit edildiği ve dağılımın yoğunluğuna göre, atışın yakın mesafeden yapıldığı sonucuna ulaşıldığı,

Adli Tıp Uzmanı tarafından sanığın olaydan sonra yapılan muayenesi sonucu vücudunda herhangi bir travmatik lezyonun saptanmadığı,

Anlaşılmaktadır.

Maktul Bülent Arslan'ın babası olan Hayati Arslan aşamalarda benzerlik gösteren beyanlarında; "Öldürülen Hakan ile Murat isimli şahısları emlakçı olduğum için tanırım. Bana köylerinden arsa bulurlar. Bu arsaları satar onlara da emeklerinin karşılığı olarak biraz harçlık veririm. Sanık ile alışveriş konusunda görüşmedim. Ben ve oğlum sanığa arsa satmadık. Satılmasına aracılık etmedik. İşleri oğlumla birlikte yaparız. Oğlum benden habersiz iş yapmazdı. Bütün yaptığı işlerden haberim olurdu. 2006 yılının altıncı ayıydı. Oğlumla birlikte, Murat Duyar ve Hakan Erdem'i ziyarete gitmiştik. Önder Yücel olarak tanıdığım sanık da oradaydı. Sanık, Murat'a; 'siz bana yanlış yer sattınız, alın tarlanızı verin paramı' dedi. Onlar da; 'tarla sahibi parayı yemiş, para yok' dediler. Ben, devreye girip; adama yanlış yer sattıysanız bedeline katlanacaksınız, parasını vereceksiniz, dedim. Benim ve oğlumun konuyla ilgimiz bu kadardı. Oğlumun silahı vardı. Ancak daha önce jandarma tarafından yakalandı. Benim tabancam da polis tarafından yakalanmıştı",

Maktul Bülent Arslan'ın eşi şikâyetçi Cennet Arslan da aşamalarda benzer nitelikteki beyanlarında; "16.02.2007 günü saat 20.30 sıralarında evimizin önünde korna sesi duydum. Mutfağın kapısını açtım. 'Ben gündüz gelen Önder, Bülent'i çağırır mısın konuşacağım' dedi. Eşim yatıyordu. Sesi duyunca 'tamam' dedi. Üzerine eşofmanını giydi ve dışarı çıktı. Hava sisliydi. Arabadan sesler geliyordu. Önder isimli şahıs; 'bir dakika konuşalım' dedi. Eşimi arabanın yanına kadar götürdü. Yanındaki kişilerle birlikte eşimi arabaya zorla bindirerek alıp götürdüler. Önder dediğim kişi, şimdi huzurda bulunan ve asıl adının Bayram olduğunu öğrendiğim kişidir. Olay tarihinde eşimin tabancası yoktu",

Maktul Hacı Gazi Özgül'ün oğlu olan Fatih Özgül kollukta; "16.02.2007 günü saat 20.30 sıralarında Oyaca Beldesi'nde bulunan babam Hacı Gazi Özgül'e ait petrol istasyonda idik. İstasyonda Özgür Topal ve Uğur isimli kişiler de vardı. Ben aracımın Oyaca'ya gelmek için yola çıktığımda Belde girişinde B.Y.'in arabasını gördüm. Yanında Hakan Erdem de vardı. Bana; 'babam bekliyoruz, gelmeyecek mi' dediler. Ben de petrole geçin, oraya gelir dedim. Ancak petrole gitmediler. Babamı evimizden alıp petrole gitmek için yola çıktığımızda B.Y. ve Hakan Erdem hala Belde girişinde bekliyorlardı. Biz babamla yanlarında durduk. Babam, B.Y.'e; 'petrole gel, orada görüşürüz' dedi. Ancak B.Y.; 'Başkan, benim aracıma bin, arabada görüşelim' dedi. Babam bu şahsın arabasına bindi ve istasyona gittik. Özgür Topal da araçla giderek Murat Duyar'ı istasyona getirdi. İstasyonda babam, B.Y., Hakan Erdem ve Murat Duyar bir süre oturdular. Ancak Bayram ısrarla; 'araca binelim orada görüşelim' dedi. Babam da; 'burada görüşelim' diye ısrar etti. Ancak B.Y.'in ısrarı sonucu araca binmek için dışarı çıktılar. B.Y., aracı Hakan Erdem'in kullanmasını istedi. Ben o sırada yanlarında idim. Ben Hakan Abiye aracı sen kullanma dedim. Ancak şoför mahalline Hakan Abi geçti. Sağ arka koltuğa babam, sol arka tarafa B.Y., ön sağ tarafa da Murat Duyar oturdu. Oyaca Beldesi'ne doğru hareket ettiler. Ben de aracımın onları takip ettim. Haymana yolundan Oyaca'nın içerisine girdiler. Bu sırada aracı kaybettim. Oyaca Beldesi'nin Ankara istikametinden girişinde aracı tekrar gördüm. Hızlı bir şekilde gidiyordu. Ben petrol istasyonuna döndüm. Bir süre sonra Murat Duyar yürüyerek petrole geldi. Ne oldu diye sorduğumda; 'B.Y. babamla Hakan'ı vurdu, bana da ateş etti, ben araçtan kendimi atıp kaçtım, babam şu an Oyaca'nın girişinde vurulmuş şekilde yatıyor' dedi. Murat ile birlikte benim kullandığım araçla babamın vurulduğu yere geldik. Babam sırtı yukarı vaziyette yerde yatıyordu. Olay yerinde Hakan'ı görmedim. Bu esnada Özgür ve Uğur geldi. Özgür ile birlikte halen nabız atışları devam eden babamı alıp hastaneye götürmek için benim kullandığım araca bindirdik ve hastaneye götürdük. Yolda babamın nabız atışları durdu. Uğur ve Murat Duyar da Hakan Erdem'i hastaneye getirdiler. Burada doktorlar babamın ve Hakan'ın öldüğünü söylediler",

Yargılama aşamasında talimatla ve yaşı nedeniyle vekili huzurunda alınan beyanında ise önceki beyanlarını tekrarlar; "Murat Duyar koşarak petrole geldi. 'B.Y. babamı vurdu' dedi. Ne oldu diye sorduğumda; 'bir şey olmadı, köyü çıkarken Bayram aracı kenara çekin, bunaldım diyerek arabayı durdurdu ve ateş etmeye başladı' dedi. Murat'ın söylediğine göre önce babama, daha sonra da Hakan'a ateş etmiş. O sırada Murat kaçtığını, aracın

içinde herhangi bir sorun olmadığını, Bayram'ın sinirlenerek küfretmeye başladığını söyledi. Ben olay yerine gittiğimde babamı yolun kenarında yatarken gördüm. Ayrıca sırtında ayak izi vardı. Önceki ifademde olayı detayları ile anlatamamış olabilirim. Şimdiki beyanım doğrudur",

Olayın tek görgü tanığı olan Murat Duyar kolluk ve Cumhuriyet savcılığında benzer olacak şekilde; "B.Y.'i altı yedi ay kadar önce Haya-ti Arslan ve oğlu Bülent Arslan bizimle tanıştırdı. Bizim bölgemizden yer istediler. Biz de kendisine yer verdik. Bu satıştan yaklaşık iki üç ay sonra B.Y.'e sattığımız yeri Oyaca Belediyesi Eski Başkanı Hacı Gazi Özgül geri satın aldı. Karşılığında biraz para ve ağırlıklı olarak da çek verdi. Çeklerin karşılığı çıkmayınca sanık parasını almak için Hacı Gazi Özgül ile daha önce tartışmıştı. B.Y., 16.02.2007 günü gündüz iki üç defa beni cep telefonumdan aradı. 'Oyaca'ya geleceğim, benim işimi halledelim' dedi. Tamam, gel halledelim dedim. Aynı gün saat 19.00 sıralarında Oyaca Kasabası'nda Özgür Topal gelip; 'Başkan seni çağırıyor, Önder ve Hakan da yanında' dedi. Özgür ile Eski Belediye Başkanı Hacı Gazi Özgül'ün petrol istasyonuna gittik. Ben gittiğimde B.Y.'e ait aracın içerisinde Başkan, Önder ve Hakan Erdem oturuyorlardı. Direksiyonda Hakan vardı. Bana araca bin dediler. Ben de bindim. B.Y.; 'arabayla Oyaca'da dolaşalım' dedi. Ben; petrolde oturalım dedim. Ancak Başkan; 'gel dolaşalım, önemli değil' dedi. Tamam diyerek arabanın ön tarafına bindim. Sol arkada Bayram, benim arkamda da Başkan oturuyordu. Oyaca içerisinde bir tur atıp köyün çıkışına doğru giderken alacak verecek meseleleri konuşuluyordu. Bayram; 'ne zaman ödenecek' diye soruyordu. Oyaca çıkışına varınca Bayram; 'arabayı müsait bir yere çekin konuşalım' dedi. Başkan da; 'sağda bir yerde dur' dedi. Hakan da durdu. Aynı konu konuşulurken B.Y. aşağıya indi. Biz de indik. B.Y. hiçbir şey söylemeden Başkan'a ateş etti. Başkan yıkılırken bana doğru attı. Ancak beni vuramadı. Ben kendimi yan tarafta bulunan şarampole attım. Tahminim beni vuruldu sandı. Daha sonra Hakan'a da ateş açtı. Daha sonra bizi bırakarak arabasına binerek olay yerinden kaçtı. Ben olayın şoku ile koşarak petrole gittim. Başkanın oğlu Fatih ile beraber yaralıların yanına geldik. Daha sonra Özgür'e telefon ettik. Başkanı kendi arabası ile oğlu ve Özgür götürdü. Biz de Uğur ile birlikte benim aracım ile Hakan'ı hastaneye götürdük. Daha sonra vefat ettiklerini öğrendik",

Maktul Hacı Gazi Özgül'ün, sanık B.Y.'e silah çekip çekmediği, ateş edip etmediği ve kendisinde silah olup olmadığı yönündeki bir soru üzerine; "Başkanın yanında silah olup olmadığını bilmiyorum. Kendisine ateş edildiğinde silah çekmedi" şeklinde anlatımda bulunmuş,

09.07.2008 günü Gerede Asliye Ceza Mahkemesince talimatla alınan beyanında; “Hayati Arslan’ı bir buçuk yıl önce Turgut ismi ile tanımıştım. Olaydan sonra isminin Hayati olduğunu öğrendim. Kendisi ile herhangi bir alış verişim olmadı. Maktul Bülent, Hayati’nin oğlu olup onun yanında çalışır. Bir yıl kadar önce Hayati benden hesaplı bir tarla istedi. Bir tanıdığına verecekti. Ben de bulabileceğimi söyledim. Daha sonra Hayati tekrar aradı. Tarlayı görmek istediğini söyledi. Ancak geleceği gün ben Ankara’da idim. Hakan Erdem’e talimat vererek onları karşılamasını istedim. Telefonla irtibat kurarak yeri Hakan aracılığı ile gösterdim. İki gün sonra yeri beğendiklerini söyleyip almak istediler. Tarla bir başkasının elindeydi. Ben ondan almıştım. Fakat tapu Celal Dağdeviren adına kayıtlıydı. Bu yüzden onu da çağırdım. Hep birlikte tapuya gittik. Hayati’nin yanında oğlu Bülent ve yeri alan B.Y., benim yanımda da Hakan Erdem vardı. Tapuda işlemleri yapıp 45 milyarını nakit, 35 milyarını da senet olarak aldım. Hayati, Bülent ve Bayram’ı yolcu ettikten sonra iş yerine döndük. Yanımda çalışan Hakan; ‘iki gün önce tarlaya bakmaya geldiklerinde Hayati’nin, kendisine; tarlanın gerçek yerini göstermemesini, daha güzel ve yola yakın olan bir tarlayı göstermesini istediğini, bu şekilde Bayram’a, satın aldığı tarlayı değil, bir başkasına ait yola yakın tarlayı gösterdiğini’ söyledi. Bu duruma çok kızdım. Ne Hayati, ne de Bayram ile bu konuda bir şey görüşmedim. Bir ay sonra Bayram, satın aldığı yeri bir başkasına satacaktı. Hatta alacak kişi kadastro memuru ile tarlanın yerini belirleyip ölçmek istemiş. Bana telefon ile durumu bildirdiler. Akşama doğru yanıma gelen Bayram; ‘tarlanın yerinin kendisine gösterilen yer olmadığını, çok daha ileride, yola uzaklığı iki kilometre olan değersiz bir yer olduğunu’ söyledi ve tarlayı iade edeceğini bildirerek parasını istedi. Ancak benim o an nakit param yoktu. Kendisinden aldığım 35 milyarlık senedi geri verdim. 45 milyar nakit karşılığı olarak da aynı yerde iki arsa ve bir tarlayı tapuda adına bedelsiz olarak devrettim. Amacım parayı ödeyinceye kadar teminat vermekti. Ancak durum hem beni, hem de Bayram’ı rahatsız etti. Bu yüzden araştırmaya başladık. Meğer bu işi Hayati ile oğlu Bülent baştan tezgâhlanmış. Bayram’a uygun bir yer bulup satın alacağını, bir kaç kişiye satabileceğini, hatta müşterinin de hazır olduğunu söyleyip kandırılmışlar. Hatta satın alacağını söyledikleri yerin alıcısını bile bulmuş ve Bayram ile arasında pazarlık yaptırmışlar. Oysa alıcı Hayati’nin adamıymış. Bu şekilde pazarlama işi yapmışlar. Bayram gibi pek çok kişiyi dolandırmışlar diye öğrendik. Eski Belediye Başkanı Hacı Gazi Özgül bu işi temizlemem ve Bayram’ın zararını karşılamam gerektiğini söyledi. Bayram arsayı alırken faizle para almıştı. Bu yüzden

bir an önce işin çözülmesini istiyordu. Psikolojik durumu iyi değildi. Hacı Gazi Özgül; 'benim teminat olarak verdiğim arsaları iade edip ilk başta sattığımız tarla ile sonradan teminat olarak verdiğim tarlayı 97,5 milyara vadeli olarak satın alabileceğini ve bunun için de çek verebileceğini' söyledi. Bayram da bu çekleri borçlu olduğu kişilere verebileceğini söyleyerek aldı. İki ay sonra çeklerin ödenmediğini ve icraya verdiğini söyledi. Parayı alamadığı için faizle aldığı paranın faizinin yükseldiğini söyledi. Psikolojisi daha da bozulmuştu. Hacı Gazi ile de araları bozulmuştu. Hacı Gazi'nin, telefon görüşmesi sırasında Bayram'ı tehdit ettiğine dair Hakan'dan bilgi almıştım. Ben bizzat tehdit olayını şahit olmadım. Ancak Bayram devamlı surette Hayati, Hacı Gazi ve Bülent'in kendisini tehdit ettiğini söylüyordu. Olay günü Bayram Oya-ca Beldesi'ne, Hacı Gazi Özgül'ün petrol istasyonuna gitmiş. Bu durumu bana telefonla bildirdiler. Hacı Gazi'nin yeğeni Özgür Topal araba ile gelerek beni evden aldı. İstasyona gittiğimde yanımda çalışan Hakan da oradaydı. Bayram, önce Hakan'la telefonla görüşmüş. Onu alıp işi çözmesi için aracılık yapmasını istemiş. Direksiyonda Hakan, arka koltuğun sol tarafında Bayram, sağ tarafında Hacı Gazi oturur şekilde aracın içerisinde konuşuyorlardı. Ben gittiğimde bayağı sert tartışıyorlardı. Ben büroya gidip konuşalım dedim. Ancak kabul etmediler. Ben de aracın sağ ön koltuğuna bindim. Hacı Gazi; 'arabayı çalıştır' dedi. Hakan da çalıştırdı. Belde dışında تنها bir yere gittik. Yolda gerek Hakan, gerekse Hacı Gazi Özgül, Bayram'a; 'bu işin arkasını bırakmasını, çekleri nasıl olsa alacağını, işleri iyi gitmediği için ödeyemediğini, böyle devam ederse kendisinin de zarar göreceğini, çoluk çocuğunu düşünüp düşünmediğini' sorup örtülü olarak tehdit ediyorlardı. Ben aralarına girip sakinleştirmeye çalışıyordum. Bayram; çok fazla borç altına girdiğini ve ödeyemediğini söyledi. Aralarında tartışmaya başladılar. Tartışma kavga-ya dönüştü. Hacı Gazi ile Bayram birbirlerine yumruk vurdular. Bu yüzden Hakan durdu ve aracın kapılarını merkezi kilit sistemi ile kilitledi. Hacı Gazi üzerinde bulunan tabancayı çıkarıp mekanizmayı çalıştırarak ağzına mermi verdikten sonra Bayram'a doğrultup tetiğe bastı. Ancak silah ateş almadı. Gazi mekanizmayı tekrar çekmeye çalıştı. Bu sırada kilidi açan Bayram dışarıya çıktı. Hacı Gazi de dışarıya çıktı. Ben de hemen dışarı çıkıp kendimi aşığıya şarampole doğru düştüm. Hava karanlıktı. En az on kez tabanca ile arka arkaya ateş edildiğini duydum. Arabanın uzaklaştığını görünce olay yerine hiç gitmeden arabanın tersi yöne, yani benzinliğe doğru koşmaya başladım. Benzinliğe ulaştığımda oradakilere durumu söyleyip olay yerine geldik. O zaman Hacı Gazi ile Hakan'ın vurulmuş olduğunu gördük. Aslında arabada

iken ben sadece Hacı Gazi'nin elinde tabanca görmüştüm. Ancak olay yerine gittiğimizde jandarma gelmeden önce Hacı Gazi ve Hakan sağdılar. Hacı Gazi yolun sağ tarafında yüzükoyun yatmıştı. Sağ elinde tabancası vardı. Bu tabancayı olay yerine benimle gelen Hacı Gazi'nin oğlu Fatih aldı ve beline soktu. Tabancayı almamasını, jandarma geldiğinde inceleme yapacağını söyledim. Ancak silahın kendilerine ait olduğunu söyleyip beni dinlemedi. Yolun öbür tarafında Hakan yerde yatıyordu. Hakan'ın elinde de tabanca gördüm. Ancak bu tabancayı sonradan kim aldı, jandarma tespit etti mi bilmiyorum. Tabancaların her ikisi de şarjörlü idi. Renklerini hatırlayamıyorum. Normal bir ondörtlü-onaltılı büyüklüğünde idiler. Bayram'ın silahı olup olmadığını bilmiyorum. Biz hastaneye gittiğimizde yaralılarla ilgilenirken, Bayram'ın, Bülent Arslan'ı da vurduğunu duydum. Ancak olayın nasıl meydana geldiğini bilmiyorum. Olayda ben de mağdur oldum. Bu alım satımı ben istemedim. Her şey Hayati Arslan ve Bülent Arslan'ın tezgâhından çıkmıştır. Bayram bu tezgâha düşmüş ve zarar görmüştür. Olayın gerçekleşmesinde ölenlerin yanında Hayati'nin daha fazla kusuru vardır. Hatta Hayati'nin yanında bu işlere yardım etmesi için alıcı satıcı kılığında insanlar bulunmaktadır. Olaydan sonra konu ile ilgili ifade vermiştim. Ancak olayın şoku ile biraz da korku ve endişe altında ayrıntıları tam olarak anlatamadım. Şimdi olayı daha iyi değerlendirdim. Şimdiki beyanıma itibar edilmesini istiyorum",

30.07.2008 günü yine Gerede Asliye Ceza Mahkemesince talimatla alınan ikinci beyanında ise; *"Olay günü Bayram beni cep telefonu ile aradı. Çek bedelinin ödenmemesinden dolayı sıkışık olduğunu söyledi. Ama Başkan'ı vuracağını söylemedi. Aksine Başkanın, kendisini vuracağını söylemişti. Ben bu durumu Hakan'dan da duymuştum. Olay günü Hakan'ın kullandığı araba ile, yanında ön tarafta ben, arka sol tarafta Bayram, sağ tarafta Hacı Gazi oturuyordu. Alacak verecek ile ilgili tartışıyorlardı. Daha sonra Hacı Gazi'nin talimatı ile Hakan aracı çalıştırdı. Köyün dışında kuytu bir yere gittik. Arabanın içinde tartışmanın etkisi ile kavga etmeye başladılar. Birbirlerine vuruyorlardı. Biz ön tarafta olduğumuz için müdahale edemedik. Hakan arabayı sağa çekerek kapıları kilitledi. Gazi, belinden çıkardığı silahın mekanizmasını çalıştırıp Bayram'a doğrultarak tetiğe bastı. Ancak silah ateş almadı. Tekrar mekanizmayı çekti. Bu sırada Bayram kapıyı açarak dışarıya çıktı. Biz de hemen dışarı çıktık. Kaçmaya başladık. Bu sırada arka arkaya silah sesi geldi. Ben kimin ateş ettiğini görmedim. Bayram'ın tabancası olduğunu da bilmiyordum. Jandarmada yanlış ifade vermişim. Yoksa araba içinde*

hiç bir şey olmayıp dışarıda Bayram silahu Hacı Gazi'ye doğrultup ateş etmiş değildir. Bizzat bunu görmüş değilim. Mahkemede verdiğim ifade doğrudur. Olayın şokuyla yanlış anlatmış veya anlattıklarım yanlış anlaşılabilir. Jandarmadaki ifademi kabul etmiyorum, mahkemede verdiğim beyanuma itibar edilmesini istiyorum" şeklinde anlatımda bulunmuşlardır.

Tanık Emir Deveci aşamalarda benzer olacak şekilde; "Sanık samimi arkadaşımıdır. Ramazan ayında bana; 'bir arsa aldım, işin yoksa gidelim, tapuyu alacağım, arsayı biraz kar etmek için aldım' dedi. Birlikte gittik. Tapuda, orada tanıdığım Murat, Hakan ve tanımadığım iki kişi daha olduğu halde Celal diye hitap edilen tanımadığım toplam altı kişi araziyi aldılar. İki gün sonra Bayram ile karşılaştık. 'Araziyi alacak kişiye gideceğim, benimle gel' dedi. Birlikte Cebeci yolu üzerinde bir gazinoya gittik. Gazinocu; 'arsayı almak için 1.500 Lira kaparo vermişim, ancak almaktan vazgeçiyorum, paramı ver' dedi. Bayram da; 'ben siz gerçek alıcı olduğunuz için aldım, niye vazgeçtiniz' dediğinde, gazinocu; 'ben o parayı başka yere bağlayacağım' dedi. Bayram; 'biraz daha düşürürüm' dedi ve alttan aldı. Fakat karşı taraf kesin kararlıydı. Parasını verdik ve döndük. Bayram; 'galiba beni dolandırdılar, tuzağa düştüm' diyordu. Birkaç kez telefon görüşmesinde ve yüz yüze bana; bunlar bu işi çözmeye çalışıyorlar, fiyatı da düşürdüm, beni bu pisliğin içinde çıkartın dediğimde, herkes bunu sinesine çekecek diye tehdit vari sözler söylediklerini söylemişti",

Tanık Uğur Gültekin; "Olaydan önce arsa almak için Hakan Erdem'le görüşmüştüm. Birlikte arsaya bakmaya gidecektik. B.Y. ile Hakan Erdem ve Hacı Gazi Özgül arasında alacak borç ilişkisi varmış. Hakan Erdem; Hacı Gazi Özgül ve Bayram arasındaki alacak borç ilişkisini çözmek istediğini söyledi. Birlikte araca binip yanımdan uzaklaştılar. Murat daha sonra onlara katılmış. Ben de geç kaldığım için kendi aracım ile gidecektim. Bu sırada Murat gelerek Bayram'ın ateş ettiğini ve ölü olabileceğini söyledi. Birlikte olay yerine gittiğimizde Hacı Gazi Özgül'ün yüzü üstü yatar vaziyette olduğunu gördüm. Oğlu da oradaydı. Babasının göğsündeki silahu almak istedi. Murat müdahale etti. Oğlu ile birlikte Hacı Gazi Özgül'ü arabaya taşıdık. On metre ötede Hakan Erdem'in sağ kolu üzerine kıvrılmış şekilde yattığını gördüm. Bayram o sırada orada değildi. Hakan Erdem'i belki kurtarabiliriz diye benim aracıma koyduk. Olay yerinde ondörtlü olarak tabir edilen bir tabanca vardı. Murat, 'tabancaya dokunma' dedi. Ben şahısları hastaneye götürdüğümünden jandarmayı görmedim. Murat, bana; 'Bayram'ın şahıslara ateş ederek vurduğunu' söyledi. Bu kişiler arasında önceden beri var olan arsa ilişkisini ve cinayetin bu nedenle işlendiğini biliyorum",

Tanık Recep Yücel de, aşamalarda benzer olacak şekilde; “*Ramazan ayında akrabam olan B.Y. beni arayarak; Oyaca’ya gidelim dedi. Birlikte gittik. Çınar Emlak’ta tanımadığım Murat Duyar ve Hakan isimli şahıslarla buluştuk. Bayram’ın, aralarındaki bir arsa alım satımından dolayı mağduriyeti vardı. Orada bu konu konuşuldu. Murat Duyar; ‘senin mağduriyetine sebep olduk, bunu çözelim, anlaşalım’ dedi. Ben de olaya ve yapılan anlaşmaya tanışım. Murat’ın üzerinde olan iki parça araziye Bayram’ın işlerinin yoğunluğu nedeniyle benim üzerime vereceğine dair anlaştık ve bu anlaşmayı da Murat yerine getirdi. Murat bir hafta sonra beni aradı; ‘üzerindeki arazilerle ilgili görüşmek istiyorum, sana verdiğim tapuyu almak istiyorum, sana da para vereceğiz’ dedi. Bayram’la görüştim. Ben, Bayram, Murat, Hakan ve orada tanıdığım Hacı Gazi ile oturup konuşuldu. Araziye Murat’a devrettiğim takdirde çek vereceklerini söylediler. Bayram kabul etmedi ve biz ayrıldık. Gazi ile Bayram birbirlerinin telefonlarını aldılar. Daha sonraki olayları bilmiyorum. Duyduğum kadarıyla bir hafta sonra taraflar Gazi, Hakan, Bayram buluşmuş, üzerime kayıtlı tarlayı çek karşılığı almışlar. Üzerime kayıtlı bulunan arazileri vekâletle Murat Duyar’a teslim ettim”*,

Tanık Ali Adıgüzel de; “*Sanıktan 45.000 Lira alacağım vardı. Sanık olaydan önce bir kaç defa yanıma geldi. Hacı Gazi Özgül ve Murat denilen kişilerden arsa aldığını, kendisine satan kişilerin, ‘arsayı al 50.000 Lira karla satarız dediğini, ancak arsanın değerinin verdiği paradan daha düşük olduğunu, buna karşılık arsayı kendisine satan kişilerden çek aldığını’ söyleyerek alacağıma karşılık bana üç çek verdi. Çekleri bankayı ibraz ettiğimde karşılığının olmadığını söylediler. Ben daha önce sanığa Hacı Gazi Özgül ve Murat ile ticari ilişkim olduğunu, bunların ticaret ahlakının olmadığını söyledim. Sanığın maktulü öldürmesi ile ilgili bilgim yoktur. Sanık bana; ‘ölen kişilerin tehditte bulunduğunu, ailen var, bu parayı isteme, hayatın söz konusu’ dediklerini söylemişti”*,

Tanık Atay Çınar; “*Haymana İlçesi Oyaca Kasabası’nda emlakçılık yaparım. B.Y. isimli şahsı olaylardan önce Murat Duyar vasıtasıyla tanıdım. Murat Duyar benim yanımda iki yıl, Hakan Erdem de dört ay kadar işçi olarak çalışmışlardı. Haziran ayında Murat yanıma geldi. B.Y. isimli şahsa bir arsa sattığını, Bayram’ın arsayı satmak istediğini, benim yanıma gelirse yardımcı olmamı istedi. Söz konusu tarlayı Murat 34.000 Liraya satın almıştı. B.Y.’e ise 85.000 Liraya sattığını öğrendim. Murat Duyar ile Hakan Erdem bu işte birlikte hareket ediyorlardı. Daha sonra B.Y. işyerime geldi. Bana; ‘Murat Duyar ile Hakan Erdem bana 85.000 Liraya bir yer sattı, fakat bana göstermiş*

oldukları yeri değil, başka bir yeri sattılar' dedi. Yanında akrabaları da vardı. Murat Duyar ile Hakan Erdem'i emlak bürosuna çağırdık. Burada tartıştılar. Murat Duyar; 'biz hata yaptık, gösterdiğimiz arsayı değil başka arsayı sattık, bunu telafi etmek için araba ve iki arsa vereyim ve bunu telafi edelim' dedi. Bu sırada köylümüz Sebahattin Öztürk ile sanığın amcası Recep Yücel de vardı. Murat Duyar ve Hakan Erdem ile B.Y. arasındaki problemi çözmüştük. Daha sonra Bayram'ın, almış olduğu üç arsayı, Hacı Gazi Özgül'e 35.000 Lirası peşin, kalanı üç adet çek olmak üzere anlaşarak sattığını ve çeklerin de karşılıksız çıktığını öğrendim. Daha sonra Ali isminde, kim olduğunu bilmediğim bir kişi yanıma geldi; 'Hacı Gazi'nin verdiği çekler karşılıksız çıktı, bu şahıs öder mi' diye sordu. Ben de; öder ama ne zaman öder bilemem dedim. Olay günü Bayram'a ait aracı emlak bürosu önünde görünce durdurdum. Çay içmek için davet ettim. Aracı Hakan Erdem kullanıyordu. Biz çay içerken Özgür Topal; 'Hacı Gazi Özgül sizi çağırıyor' diye Bayram'a söyledi. İş yerimden çıktılar. Sonraki olayları bilmiyorum. Celal Dağdeviren isimli kişi tefecilik yapar. Yüksek faizle para verir. Murat Duyar, Hacı Gazi Özgül ve Hakan Erdem'in bu kişiden para aldığını biliyorum. Söz konusu tarlayı Celal Dağdeviren, Murat'a 20.000 Lira yüksek faizle para vererek almıştı. Celal bu arsayı tapuda B.Y.'e geçirmiştir" şeklinde beyanda bulunmuşlardır.

Sanık 16.02.2007 günü kollukta, müdafii huzurunda alınan savunmasında; "Yedi sekiz ay önce bir arkadaşım, Bülent Arslan ve Hayati Arslan'ı yanıma getirdi. Haymana İlçesi Oyaca Kasabası'nda, Murat Duyar'a ait satılık bir arsa olduğunu, arsanın alıcısının da hazır olduğunu söylediler ve benim aracılık yapmamı istediler. Alıcıyı yanıma getirdiler. Pazarlık yaparak 145.000 Liraya anlaştık. Daha sonra Bülent ve Hayati ile birlikte arazinin yanına gittik. Bana araziyi gösterdiler. Arsa sahibi Murat Duyar ile 85.000 Liraya anlaştık. Ertesi gün tapuya gidip paralarını verip, arsayı üzerime aldım. Alıcısı İlhan isimli şahsı aradım. Arsayı aldığımı ve kendisine vereceğimi söyledim. Bana; 'abimle aramda sıkıntı çıktı, şu anda alamayacağım, gel görüşelim' dedi. Aynı gün İlhan isimli şahsın gazinosuna gittim. Kendisi ile görüştüğümde bana; 'arsayı almayacağım, sözümünden caydım' dedi. Daha sonra tapuda aldığım arsa ile bana gösterilen yerin aynı olmadığını da tespit ettim. Murat Duyar'a; bana yanlış bir yeri sattıklarını söyledim. Bunun üzerine Murat Duyar bana; 'ben suçluyum, bu arsa satışını planlı bir şekilde organize ettik' dedi. Ben de; benim paramı iade edin, ben bu arsayı almak için 45.000 Lira borç aldım de-

dim. Paramın karşılığı olarak tapuda iki arsa verdiler. Bu grup içerisinden Hacı Gazi isimli şahıs bana; 'ben eski belediye başkanım, sen mağdur oldun, senin mağduriyetini gidereceğim' dedi. 12.01.2006, 01.01.2007 ve 01.02.2007 tarihli toplam 72.500 Liralık üç çek verdi. Bunun üzerine bana verilen arsaları devrettim. Ancak çekler karşılıksız çıktı. Hacı Gazi Özgül ve Murat'ı arayıp; beni mağdur ettiniz, bir araya gelelim, bu işi çözelim dedim. Bu talebimi birkaç defa yineleyince Murat, telefonla ve yüz yüze; 'herkesin yaptığı yanına kar kalacak, herkes kendi mağduriyetini kendisi gidersen, ben gazino çalıştırdım, adamlarımı üzerine gönderim, bu iş burada kapansın' dedi. Bu sözleri telefonla konuşurken megafonu açarak Emir Deveci'ye de dinlettim. Bu şahıslar duyduğuma göre bu yolla birçok kişiyi dolandırmışlar. Hayati Arslan'ı aradım. Bana; 'köydeyim, köye gel' dedi. Evlerine gittim. Evin önünde Hayati ile Bülent beni karşıladılar. Köye çağırdıkları için ve daha önce de beni tehdit ettikleri için bulundurma ruhsatlı adıma kayıtlı tabancamı yanıma aldım. Onlara bu işi bir şekilde çözümlen, bana yardımcı olun dedim. Bu konuşma dostane ve samimi bir havada geçti. Bana; 'evde misafirler var, bu işi yarın çözelim' dediler. Ertesi gün Hakan Erdem ile buluşup Oyaca'ya gittik. Atay Çınar'a ait emlak bürosuna gittik. On dakika orada kaldık. Sonra Hacı Gazi'yi aradım. Oyaca'nın içerisinde buluştuk. Hakan Erdem ve Hacı Gazi ile birlikte Hacı Gazi'nin benzinliğine gittik. Yirmi dakika orada Murat Duyar'ı bekledik. Murat geldikten sonra benzinlik kalabalık olduğu için Haymana yolundan yavaş yavaş benim arabamla Hakan'ın şoförlüğünde, Murat Duyar önde, Hacı Gazi ile ben arkada ilerlemeye başladık. Hakan; 'sen arkaya geç, aracı ben kullanayım' demişti. Araba içerisinde mağduriyetimle ilgili konuşmaya başladık. Konuşma esnasında bana; 'bu işi uzatma, bu iş burada kapansın, çoluk çocuğun var, kimsenin başına bir iş gelmesin' dediler. Ben de; böyle bir şey olamaz, borçluyum, paramı ödeyin dedim. Arabayı تنها bir yere götürdüklerinin farkına vardım. Havanın karanlık olması nedeni ile Oyaca'ya geri dönelim dedim. O anda Murat Duyar küfür ederek bana birkaç yumruk attı. Hacı Gazi de beni iterek, 'otur lan şuraya' dedi. Arabayı da durdurdular. Ben arabadan kendimi dışarı atıp bagajdan kendimi savunmak için sert bir cisim aramaya başladım. Bulundurma ruhsatlı silahım belimde idi. Ancak her hangi bir şekilde kullanma amacım yoktu. Ta ki Hacı Gazi tabancasını çekti ve tetiğe bastı. Tetiğin düştü-

ğünü duydum, ancak ateş almadı. Tekrar mekanizmayı çekip bıraktı. Ben de kendimi savunmak için silahımı çektim. Mermiyi ağzına verip Hacı Gazi Özgül'e ateş ettim. Hatırladığım kadarıyla dört veya beş el ateş ettim. Daha sonra Hakan Erdem bana doğru yöneldi. Ona da dört beş el ateş ettim. Bu esnada Murat Duyar kaçtı. Hacı Gazi ben ateş ettikten sonra kapı açık olduğu için arka koltuğun üzerine, oradan da yere toprak zemine düştü. Paniğe kapılarak olay yerinden Gölbaşı istikametine doğru ayrıldım. Olay yerinden ayrıldığımda öldüklerini bilmiyordum. Kendimi korumak için ateş ettim. Teslim olduğumda öldüklerini öğrendim. Oradan Karataş Köyü'ne Hayati'nin evine gittim. Hayati evde yoktu. Oğlu Bülent çıktı. Üzerinde eşofmanı vardı. Beni eve davet etti. Ancak eve girmek istemedim. Arabanın içerisinde oturdum. Bana; 'evin önünden ayrılalım, başka bir yerde konuşalım' dedi. Aracıyla köyün çıkışına doğru ilerlerken olayı anlattım ve iki kişinin yaralandığını söyledim. Bu iş büyümesin, aracı olun, husumete dönüşmesin dedim. O da bana; 'sen onlara silah mı çektin, senin ecadını kazırım' dedi ve eşofmanının alt veya üst cebinde bulunan silahı çektir, mermiyi ağzına verdi, bana doğru tam kafamın sağ tarafına yöneltti. Bunun üzerine direksiyonu sağa sola çevirip ani fren yapınca dengesini kaybederek sendeledi. Ben de panikleyerek silahımı çekip ateş ettim. Kaç el ateş ettiğimi hatırlamıyorum. Kapıyı açtım. Kendisi aşağıya düştü. Ben de Ankara'ya teslim olmaya geldim. Aslında Oyaca Beldesi'nde teslim olacaktım. Ancak can güvenliğim nedeni ile Ankara'da teslim oldum. Arabadan inerken Bülent'in silahını da aldım. Havluya sarıp getirdim. Her iki olayda planlı bir şey yapmadım. Olay anlık gelişti. Korkuya kapılmam nedeni ile olay gerçekleşti. Kendimi savunmak için ve korkudan ateş ettim. Öldürmek kastım yoktu. Yaralamak için ateş ettim. Her iki olaydan da çok pişmanım",

Her iki olayda çok sayıda mermi kullandığı, bu mermileri ne maksatla nereden temin ettiği şeklindeki bir soruya; "Ben tabancamı her zaman yanımda taşımam. Bu şahıslar beni çağırdıkları zaman tedirgin oldum ve korktum. Bu nedenle bulundurma ruhsatlı tabancamı yedek şarjörü ile beraber yanıma aldım. Her bir şarjör onyedim mermi alır. İçlerinde kaç tane var bilmiyorum, saymadım. Oyaca'da meydana gelen olaydan sonra panikle kaçarken Oyaca istikametinden Karataş Köyü'ne doğru gelirken tabancadaki şarjörü çıkartıp yedek şarjörü takmıştım. İlk şarjörde kaç mermi kaldığını bilmiyorum. O şarjörü

daha sonra görmedim. Ben genelde şarjörü tam doldurmam, eksik bırakırım. Çünkü şarjörün yayı bozuluyor” şeklinde açıklamada bulunmuş, Cumhuriyet Savcılığı ve sorguda bu savunmalarını tekrarlamış,

Duruşmalarda ise, önceki savunmalarını tekrar ederek; “Maktuller tarafından üç defa dolandırıldım, mağduriyetimin giderilmesi için olay tarihinde kendileri ile temas kurmak istedim, fakat mağduriyetim giderilmediği gibi tehdit de edildim, bana karşı silahlı saldırıda bulunmaları üzerine bulundurma ruhsatlı silahımı kullandım, suçları meşru savunma altında işledim” şeklinde beyanda bulunmuştur.

Olayın oluşumunda ve sanığın eylemlerini haksız tahrik altında gerçekleştirdiği hususunda Özel Daire ile yerel mahkeme arasında herhangi bir uyumsuzluk bulunmamaktadır.

Uyuşmazlık; yerel mahkemece haksız tahrik hükümlerinin uygulanması aşamasında en üst oranda indirim yapılarak ceza tayininin yerinde olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Haksız tahrik, 5237 sayılı TCY’nın 29. maddesinde; “Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir, diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir” şeklinde, ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenmiştir.

Haksız tahrik, failin haksız bir fiilin yarattığı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında hareket ederek bir suç işlemesini ifade eder ki, bu durumda fail suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısında yarattığı karışıklığın sonucu olarak suç işleme yönelmektedir.

Haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için;

- a) Tahriki oluşturan bir fiil olmalı,
- b) Bu fiil haksız bulunmalı,
- c) Fail öfke veya şiddetli elemin etkisi altında kalmalı,
- d) Failin işlediği suç bu ruhi durumun tepkisi olmalı,
- f) Haksız tahrik teşkil eden eylem, mağdurdan sadır olmalıdır.

5237 sayılı Yasada, 765 sayılı TCY'nda yer alan ağır tahrik-hafif tahrik ayırımına son verilmiş ve tahriki oluşturan fiilin, somut olayın özelliklerine göre hakim tarafından değerlendirilmesi yapıp, sanığın iradesine olan etkisi göz önüne alınarak maddede gösterilen iki sınır arasında belirlenen oranda indirim yapılması şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Yerleşmiş yargısal kararlarda kabul edildiği üzere, gerek fail gerekse maktulün karşılıklı haksız davranışlarda bulunması halinde, tahrik uygulamasında kural olarak, haksız bir eylem ile maktulü tahrik eden fail, karşılaştığı tepkiden dolayı tahrik altında kaldığını ileri süremez. Ancak maruz kaldığı tepki, kendi gerçekleştirdiği eylemle karşılaştırıldığında aşırı bir hal almışsa, başka bir deyişle tepkide açık bir oransızlık varsa, bu tepkinin artık başlı başına haksız bir nitelik alması nedeniyle fail bakımından haksız tahrik oluşturduğu kabul edilmelidir.

Karşılıklı tahrik oluşturan eylemlerin varlığı halinde, fail ve maktulün tahrik oluşturan haksız davranışları birbirlerine oranla değerlendirilmeli, öncelik-sonralık durumları ile birbirlerine etki-tepki biçiminde gelişip gelişmedikleri göz önünde tutulmalı, ulaştıkları boyutlar, vahamet düzeyleri, etkileri ve dereceleri gibi hususlar dikkate alınmalı, buna göre; etki-tepki arasında denge bulunup bulunmadığı gözetilerek, failin başlangıçtaki haksız davranışına gösterilen tepkide aşırılık ve açık bir oransızlık saptanması halinde, failin haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılması yoluna gidilmelidir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu ile Ceza Dairelerinin duraksamasız uygulamalarına göre; failin, ilk haksız hareketin mağdurdan veya maktulden kaynaklandığına ilişkin savunmasının aksinin ispatlanamaması durumunda, "kuşkudan sanık yararlanır" ilkesi uyarınca sanık yararına haksız tahrik hükümleri uygulanmaktadır.

Tahrik nedeniyle yapılacak indirim oranı belirlenirken haksız hareketin işleniş şekli, niteliği, yeri, zamanı, yöresel koşullar ve tahrik eden ile edilenin durumları göz önüne alınıp değerlendirilmeli, eğer haksız hareket bu özellikleri itibarıyla yoğun ve önemli boyutlara ulaşmışsa ancak bu takdirde haksız tahrikin ağır ve şiddetli olduğu kabul edilmelidir.

Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Sanık, yatırım amaçlı bir arsa almak istemiş, ancak bu arsanın kendisine gösterilmesi aşamasında tapuda herhangi bir araştırma yapmamıştır. 85.000 TL'ye kendisine satılan arsanın 145.000 TL'ye bir başkasına satılmasına aracılık etmeyi kabul etmiş, ancak hiç tanımadığı kişiler tarafından neden kendisine böyle bir kazanç sağlandığını, maktullerin arsayı neden doğrudan alıcısı olan üçüncü şahsa satmadıklarını hiç sorgulamamış, kendisine gösterilen arsa ile tapuda satışı yapılan arsanın aynı yer olmadığını, kendisine gösterilen yerden daha değersiz ve yola uzak olduğunu öğrendiğinde de, hukuksal yollara başvurarak hakkını yasal zeminde arama çabası içerisine girmemiştir.

Dolayısıyla maktullerden kaynaklanan ve haksız tahrik oluşturduğu kabul edilen eylemlerin ulaştığı boyutlara göre indirim yapılması gerekirken, oluşa ve dosya içeriğine uygun düşmeyen nedenlerle en üst oranda indirim yapılmasının yasaya aykırı olduğu, bu nedenle de sanık hakkında 5237 sayılı TCY'nın 29. maddesinin uygulaması sırasında en üst oranda indirim yapılması adalet ve nasafet kurallarına uygun bulunmadığından isabetli değildir.

Bu itibarla, yerel mahkeme direnme hükmü, yalnızca sanık müdafii ile katılan Kezban Erdem vekili tarafından temyiz edilmiş olup, bu durum karşısında aleyhe temyiz bulunmayan maktul Hacı Gazi Özgül'e ilişkin direnme hükmünün, yukarıda belirtilen eleştiri çerçevesinde onanmasına, maktül Hakan Erdem'e yönelik eylemi nedeniyle kurulan hükmün ise, 5237 sayılı TCY'nın 29. maddesinin uygulaması sırasında en üst oranda indirim yapılması suretiyle eksik ceza tayini isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan **Ceza Genel Kurulu Başkanı ve bir kısım Genel Kurul Üyesi;** "yerel mahkeme direnme hükmünün isabetli bulunduğundan onanmasına karar verilmesi" gerektiği yönünde karşıoy kullanmışlardır.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesinin 14.10.2010 gün ve 284-244 sayılı direnme hükmünün,

a) Maktul Hacı Gazi Özgül'ü öldürme eyleminden kurulan ve eleştiri dışında usul ve yasaya uygun bulunan hükmün, aleyhe temyiz bulunmadığından **ONANMASINA**,

b) Maktul Hakan Erdem'i öldürme eyleminden kurulan hükmün ise, 5237 sayılı TCY'nın 29. maddesinin uygulaması sırasında en üst oranda indirim yapılması suretiyle eksik ceza tayini isabetsizliğinden **BOZULMASINA**,

2- Dosyanın, Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına **TEVDİİNE**, **19.04.2011** günü yapılan müzakerede tebliğnamedeki isteme aykırı olarak, oyçokluğuyla karar verildi.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
DİSİPLİN KURULU KARARLARI
DECISIONS OF THE DISCIPLINARY COMMITTEE

- T. 20.01.2012 • Disiplin kovuşturmasında, yargı önünde çözümlenecek hususlarda karar alınması mümkün değildir.
E. 2011/539
K.2012/15 • Hâkim ve savcılarla ilişkilerinde, avukat, hizmetin özelliklerinden gelen ölçülere uygun davranmak zorundadır. Bu ilişkilerde karşılıklı saygı esastır.

(Av.K. m.34; TBB Meslek Kuralları m. 4, 5, 17)

Adana Baro Başkanlığı tarafından tutulan 02.07.2010 tarihli tutanakta, şikâyetli avukatın Baro Başkanlığına bildirmiş olduğu "A. Caddesi K.Ö.İş Merkezi Kat: 18 Seyhan/ADANA" adresinde bulunmadığı, büroda yapılan incelemede Avukat F.K.'ya ait Vergi Levhası ve Sigortalı çalıştığına ilişkin belge de olmadığı belirlenmiştir.

Şikâyetli avukata Baro Başkanlığı tarafından değişik tarihlerde çıkarılan tebligatlarda yer alan "adresten ayrıldı iade", "adres bırakmadan ayrıldı iade", "muhatap ikamet etmek üzere İstanbul'a taşındı iade" şerhlerinin bulunması ve İlçe Nüfus Müdürlüğünden alınan Nüfus Kayıt Örneğinde ikamet adresinin "T. Mahallesi H.Y. Caddesi No:13/95 Şişli/İSTANBUL olarak belirtilmesi nedeniyle Adana Baro Başkanlığı tarafından şikâyetli avukat hakkında Avukatlık Yasasının 43/3.maddesi uyarınca cezalandırılması için re'sen başlatılan disiplin kovuşturmasında şikâyetli avukatın eyleminin disiplin suçunu oluşturduğu kabul edilerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat soruşturma ve kovuşturma aşamalarında savunma yapmamıştır. Karara karşı itiraz dilekçesinde özetle, tutanağın bürosunda düzenlenmediğini, sahte olduğunu, tebligat parçalarındaki iade şerhlerinin posta dağıtıcısının tek taraflı beyanı olduğunu, karar dâhil pek çok tebligatın aynı adreste alındığını, baro tarafından gönderilen pek çok bildirim bu adreste kendisine ulaştığını belirterek cezanın kaldırılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikâyetli avukatın şikâyet tarihi itibarıyla Adana Barosuna kayıtlı avukat olduğu, başka bir disiplin kovuşturması için bürosuna çıkartılan tebligatlarda yer alan adresten ayrıldığına ilişkin iade şerhleri nedeniyle bir Baro Yönetim Kurulu üyesi ile bir Baro çalışanı tarafından adreste araştırma yapılarak tutanak tutulduğu, ayrıca Nüfus Müdürlüğünden de adres belirtir şekilde kayıt alındığı, kayıttaki adresin de İstanbul olması, bu adresin ne iş ne de ikamet adresi olarak Baroya bildirilmemiş olması nedeniyle kovuşturma açıldığı, kovuşturmada da aynı gerekçeler ile ceza tayin edildiği anlaşılmıştır.

Avukatlık Yasasının 43/3.maddesine göre “bürosunu veya konutunu değiştiren avukat yenilerinin adreslerini bir hafta içerisinde Barosuna bildirmek zorundadır.”

Şikâyetli avukatın eylemi Avukatlık Yasasının Altıncı kısmında düzenlenmiş bulunan 43/3 maddesine aykırı bulunmakta olup eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenle Baro Disiplin Kurulunun eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesinde ve Avukatlık Yasasının 136/1.maddesi uyarınca kınama cezası tayininde hukuki isabetsizlik bulunmamış kararın onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukatın itirazının reddi ile Adana Barosu Disiplin Kurulunun “**Kınama Cezası Verilmesine**” ilişkin kararının **ONANMASINA**, katılanların oybirliği ile karar verildi

- T. 02.03.2012** • **Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek E. 2011/622 avukatlık görevi, gerekse Türkiye Barolar Birliği ve baro organlarındaki görevleri dolayısı ile K.2012/106 öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır.**
- **Avukat, aynı işte menfaati zıt tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olursa" işi reddetmek zorundadır.**
 - **Bir anlaşmazlıkta taraflardan birine hukuki yardımda bulunan avukat, yararı çatışan öbür tarafın vekâletini alamaz hiçbir hukuki yardımda bulunamaz. Ortak Büroda çalışan avukatlar da, yararı çatışan kimseleri temsil etmemek kuralı ile bağlıdır.**
- (Av.K. m.34, 36, 38/b; TBB Meslek Kuralları m.3, 4, 36)**

Şikayetli avukat hakkında, şikâyetçilerin de ortağı olduğu S.S.Ç.K.K.S.Sitesi Yapı Kooperatifinin vekili olarak görev yaptığı, Kooperatif başkan ve yöneticileri hakkında, "1163 Sayılı Yasaya Muhalefet" suçundan dolayı Çorlu 1.Sulh Ceza Mahkemesinin 2006/950 Esasında açılan kamu davasında şüphelilerin vekili olarak yer aldığı, bu eyleminin Avukatlık Yasasının 36 ve 38.maddelerine aykırı olduğu iddiaları ile yapılan şikâyet üzerine açılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmalarında, kendisinin S.S.Ç.K.K.S. Sitesi Yapı Kooperatifinin vekili olarak görev yaptığını, kooperatifin yöneticileri aleyhine, gerçekte iftira niteliğinde ve asılsız şikâyetler nedeni ile Çorlu 1.Sulh Ceza Mahkemesinin 2006/950 Esas sayılı dosyası ile "1163 Sayılı Yasaya Muhalefet" suçunu işlediklerinden bahisle dava açıldığı ve kendisinin de anılan kooperatife hukuk müşavirliği hizmeti veren avukat olarak, yönetim kurulu üyelerinin savunmalarını üstlendiğinin doğru olduğunu, ceza davasında müvekkili olan yöneticilerin haksız olarak itham edildiklerini, bu kişilerin aynı konuda genel kurulda ibra edildiklerini, bu sebeple kooperatifin bir zararının olmadığını

nı, şikâyetçilerin yöneticileri haksız ve dayanaksız biçimde her konuda şikâyet ettiklerini, kendisi hakkındaki şikâyetin de kötü niyetli ve kendisinin kooperatif vekilliklerinden ayrılmayı sağlamaya yönelik olduğunu, bildirerek, kovuşturma aşamasında ileri sürdüğü hususlara ilişkin belgelerini sunmuştur.

Dosyadaki belgelerin incelenmesinde, Çorlu Cumhuriyet Başsavcılığının 28.11.2006 tarih 2006/761 iddianame no.lu iddianamesi ile 18 kişi hakkında 1163 Sayılı Yasaya Muhalefet iddiası ile kamu davası açıldığı, şüphelilerin S.S.Ç.K.K.S. Sitesi Yapı Kooperatifinin Başkanı, Yönetim Kurulu ve Denetim Kurulu üyeleri, müşterisinin A.G. olduğu, duruşma tutanaklarına göre bir kısım sanıkların vekilinin şikâyetli avukat olduğu, disiplin kovuşturmasındaki şikâyetçinin kooperatif ortağı sıfatıyla katılma talebinde bulunduğu, katılma talebinin kabul edildiği ve yargılama sonucunda bir kısım sanıklar hakkında mahkûmiyet, bir kısım sanıklar hakkında da beraat kararı verildiği, şikâyetli avukatın bu dosyadaki vekillik görevinden şikâyetten sonra çekildiği, çekilme dilekçesinin müvekkillerinden L.B.'ye tebliğ edildiği karar duruşmasına kadar görevinin devam ettiği anlaşılmıştır.

Şikâyetli avukat hakkında şikâyetçi A.G. tarafından yapılan şikâyet üzerine başlatılan disiplin soruşturmasında, Baro Yönetim Kurulu tarafından görülmekte olan davada kooperatif yöneticileri ile kooperatif arasında menfaat çatışması olmadığı gerekçesi ile kovuşturma açılmasına yer olmadığına karar verilmiş, şikâyetçinin itirazı üzerine Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu tarafından eylemin Avukatlık Yasasının 34, 38/b, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 35 ve 36 maddelerine aykırılık oluşturduğu gerekçesi ile kararın kaldırılmasına karar verilmiştir. Diğer şikâyetçi M.T. tarafından aynı konuda yapılan şikâyet üzerine başlatılan disiplin soruşturmasında da Baro Yönetim Kurulu tarafından görülmekte olan davada kooperatif yöneticileri ile kooperatif arasında menfaat çatışması olmadığı gerekçesi ile kovuşturma açılmasına yer olmadığına karar verilmiş, şikâyetçinin itirazı üzerine Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu tarafından eylemin Avukatlık Yasasının 34, 38/b, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 35 ve 36 maddelerine aykırılık oluşturduğu gerekçesi ile kararın kaldırılmasına karar verilmiştir. Bunun üzerine başlatılan 2011/5 Esas numaralı kovuşturmada da 11.03.2011 tarih ve 2011/8 karar sayılı karar ile birleştirme kararı verilmiş ve her iki dosya birlikte yürütülerek

şikâyetli avukatın ayrı ayrı kınama cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Karara karşı şikâyetçiler tarafından yapılan itirazların kovuşturmanın çerçevesini belirleyen Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu kararının kapsamının dışında araştırmalar yapılması talebini içerdiği görülmüş, M.T.'nin itirazının süresinde olmadığı ancak Baro Disiplin Kurulu kararında itiraz yeri ve süresi belirtilmediği için süresinde kabul etmek gerekmiştir. Şikâyetli avukat itirazlarında, önceki savunmalarını tekrar ederek cezanın kaldırılmasına karar verilmesini ve duruşma yapılmasını talep etmiştir. Avukatlık Yasasının 157.maddesi uyarınca ancak işten veya meslekten çıkarma cezasına yahut işten yasaklamaya dair kararların incelenmesi sırasında duruşma yapılması mümkün olduğundan inceleme dosya üzerinden yapılmış, şikâyetli avukatın bu yöne ilişkin talebi kabul edilmemiştir.

Dosyada bulunan Çorlu 1.Noterliğinin 03.03.2004 tarih 3659 sayılı genel vekâletnamesi ve Çorlu 4.Noterliğinin 05.08.2010 tarih 7378 sayılı genel vekaletnamesi ile şikâyetli avukatın kooperatif vekili olarak görevlendirildiği, zaten taraf beyanları ile de şikâyetli avukatın kooperatif vekili olduğu ve Çorlu 1.Sulh Ceza Mahkemesinin 2006/950 Esas sayılı davasında sanıklar vekili olarak görev yaptığı tarihte de bu görevini sürdürdüğü taraflar arasında ihtilafsızdır. Bu durum şikâyetli avukatın savunmalarında da kabul edilen bir husustur.

Şikâyetli avukat savunmasında ve eklediği belgelerde şikâyetçi tarafından gerek kendisi gerekse müvekkili aleyhine pek çok şikâyetle bulunulduğu ve dava açıldığını, bu şikâyetlerin mahkemelerce hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirildiğini, şikâyetçi aleyhine bu nedenlerle açtığı manevi tazminat davasında lehine karar verildiğini, şikâyetçinin şikâyetlerinin hakkın kötüye kullanılması düzeyine gelişini nazara alınarak verilen cezanın kaldırılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Şikâyetli avukatın da kabul ettiği gibi, kendisi kooperatifin avukatı iken, kooperatif eski başkan ve yönetim kurulu üyeleri hakkında 1163 Sayılı Yasaya Muhalefet suçu işlendiği iddiası ile dava açılmış ve şikâyetli avukat kooperatifin vekili olmasına karşın bu kişilerin savunmasını üstlenmiştir. İddia karşısında, suçun sübutu halinde kooperatif tüzel kişiliğinin zarara uğrayacağı, maddi zarar olmasa dahi kamu

davasının konusunu oluşturan iddianın, sanıkların kooperatif yöneticilikleri sıfatından kaynaklandığı, dolayısı ile iddia karşısında kooperatif tüzel kişiliği ile sanıklar arasında menfaat çelişkisinin bulunduğu açıktır. Şikâyetli avukatın, yargılama sonuçlanmadan, sanıkların haklı olduğunu, dolayısı ile menfaat çelişkisinin bulunmadığını değerlendirme yetkisi ise bulunmamaktadır.

Avukatlık Yasası 34. maddesinde “Avukatlar yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun bir şekilde davranmak Türkiye Barolar Birliğince belirtilen Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler”. Avukatlık Yasasının 36. maddesine göre “Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse Türkiye Barolar Birliği ve baro organlarındaki görevleri dolayısı ile öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır. Yine Avukatlık Yasasının 38/b. maddesine göre de “Aynı işte menfaati zıt tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olursa” işi reddetmek zorundadır.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3.maddesinde “Avukatlık mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam sadakatle yürütür”. 4.maddesinde “Avukatlık mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır”. hükmüyle belirlenen ilkeler göz önünde bulundurulduğunda maddenin asıl amacının mesleğe olan güveni sarsmamak olduğu bellidir. Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları 36.maddesi “Bir anlaşmazlıkta taraflardan birine hukuki yardımda bulunan avukat, yararı çatışan öbür tarafın vekâletini alamaz hiçbir hukuki yardımda bulunamaz. Ortak Büroda çalışan avukatlar da, yararı çatışan kimseleri temsil etmemek kuralı ile bağlıdır.” hükmü ile avukat işi retle yükümlendirilmiştir.

Bu nedenlerle şikâyetli avukatın eylemi Avukatlık Yasasının 34, 36 ve 38/b.maddeleri ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3, 4 ve 36.maddelerine aykırı olup disiplin suçunu oluşturmaktadır. Şikâyetli avukatın disiplin sicil özetinde 07.10.2006 tarihinde kesinleşmiş uyarma cezası bulunmaktadır. Uyarma cezaları Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarına aykırılık eylemlerine uygulanan bir ceza olduğundan, bu dosyadaki Avukatlık Yasasının 6. Kısımındaki Avu-

katların Hakları ve Ödevlerine ilişkin suçlar yönünden tekrüre esas kabul edilmemiştir.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulunca eylemin disiplin suçu oluşturduğu yönündeki değerlendirmede hukuki isabetsizlik bulunmamış, ancak her iki şikâyetçiye karşı farklı eylemlerin bulunmadığı, şikâyetli avukatın kooperatifin vekilliği yanı sıra menfaat çatışması olan yöneticilerin vekilliği görevini üstlenmesinin tek bir eylem oluşu ve tek bir cezayı gerektirdiği göz önüne alınarak kararın düzeltilerek onanmasına, şikâyetli avukatın bir kez kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetçilerin itirazların reddine, şikâyetli avukatın itirazının kabulü ile Baro Disiplin Kurulunun şikâyetli avukatın **iki kez "Kınama Cezası"** ile cezalandırılmasına ilişkin kararının **DÜZELTİLEREK ONANMASINA**, Şikâyetli Avukat S.T.'nin **bir kez "KINAMA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA**, katılanların oybirliği ile karar verildi.

- T.03.03.2012** • İlk başvurunun reddinden sonraki başvurular ile bir mahkemenin kararının, ulaşılmaya çalışılan başka mahkeme kararları ile etkisiz bırakılmak istenmesi kamunun inancını sarsmakta, uyuşmazlığın adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde kuşku yaratmaktadır.
- E. 2011/604**
- K.2012/91**
- Avukatlığın amacı, hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derece ve yargı organları, hakemler. Resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır.
- (Av.K. m.2, 34; TBB Meslek Kuralları m.3, 4)

Şikayetli avukat hakkında, müvekkili H. Eczanesi sahibi adına Sosyal Güvenlik Kurumu aleyhine, ilaç satışı ile ilgili sözleşmeden doğan ihtilaf nedeni ile 09.07.2009 tarihli ihtiyati tedbir istemi ile Ankara 8.Asliye Hukuk Mahkemesine tevzi edilen başvuruyu yaptığı, 2009/36 D.İ Esasına kaydedildiği, 10.07.2009 tarihli karar ile ihtiyati tedbir isteminin reddedildiği, buna rağmen 13.07.2009 tarihinde aynı kişi vekili olarak aynı dilekçe ile yeni bir başvuru yaptığı, bunun da 2009/37 D.İ Esası ile aynı mahkemeye tevzi edildiği, 14.07.2009 da yine aynı kişi adına ve aynı mahiyetteki dilekçe ve taleple arka arkaya iki defa daha başvurduğu, bu taleplerin de 2009/38 D.İ ve 2009/39 D.İ Esas sayılı ile aynı mahkemeye tevzi edildiği, eylemin disiplin yönünden değerlendirilmesi istemi ile Ankara 8. Asliye Hukuk Mahkemesinin bildirmesi üzerine açılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmalarında, müvekkilinin ilaç satım sözleşmesinin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından müfettiş raporuna dayanılarak haksız biçimde feshedildiğini, müvekkilinin bu sebeple çok büyük mağduriyetine sebebiyet verildiğini, aynı nitelikteki çok sayıda davasının eczaneler lehine sonuçlandığını, başka mahkemelerce ihtiyati tedbir kararları da verildiğini, ilk başvurusunda ihtiyati tedbir talebinin reddedilmesi üzerine, müvekkilinin uğradığı zararın artarak devam ettiği için yeniden başvuruda bulunduğunu, HUMK. da tekrar tedbir istemeyi önleyen bir yasal düzenleme bulunmadığını, haksızlı-

ğa uğrayan kişilerin sığınabileceği makamın mahkemeler olduğu ve avukat olarak da bu yönde yardımcı olmak görevinin olduğunu, mahkemenin red kararının yerinde olmadığını, sonraki başvuruların da aynı sebeple zorunluluktan yapıldığını, ancak aynı mahkemeye tevzi edilmesi karşısında, reddedileceğinin anlaşılması üzerine talebinden feragat edildiğini, eyleminin Meslek Kurallarına aykırı olmadığını, bildirmiştir.

Dosya içinde ki belge ve bilgiler ile şikâyetli avukatın taleplerine ilişkin olarak verilmiş bulunan mahkeme kararlarının incelenmesinde;

Şikâyetli avukatın 09.07.2009 tarihli dilekçesi ile “Sözleşmenin 2 yıl süre ile feshedilmesi işleminin durdurulması” talepli olarak başvuruda bulunduğu, dilekçenin saat 10,5 itibarıyla Ankara 8. Asliye Hukuk Mahkemesine tevzi edildiği, mahkemenin 10.09.2009 tarih 2009/36-36 Dİ. sayılı kararı ile talebin reddine karar verdiği,

Şikâyetli avukatın 13.07.2009 tarihli aynı nitelikli dilekçesi ile aynı taleple tekrar başvurduğu, dilekçenin saat 14.58 itibarıyla aynı mahkemeye 2009/37 Dİ. Esas ile tevzi edildiği, şikâyetli avukatın yetkilettiği avukatın 15.07.2009 tarihli dilekçe ile talepten feragat ettiğini bildirdiği,

Şikâyetli avukatın 14.07.2009 tarihli iki dilekçe ile tekrar başvuruda bulunduğu, dilekçeler saat 10.38 ve 11.06 itibarıyla yine aynı mahkemeye 2009/38 Dİ. ve 2009/39 Dİ. sayıları ile tevzi edildiği, aynı şekilde 15.07.2009 tarihli dilekçe ile feragat edildiği ve her üç talebin de feragat nedeni ile reddine karar verildiği, anlaşılmıştır.

Böylece şikâyetli avukat tarafından reddedilen ihtiyati tedbir isteminin, daha sonra verilen dilekçeler ile başka bir mahkemeye tevzi edilmesi suretiyle elde edilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. Şikâyetli avukat da savunmalarında, istemin haklılığı ve müvekkilinin mağduriyetinden söz ederek, başvuruların amacının, aynı konuda başka kişiler adına verildiğini ileri sürdüğü ihtiyati tedbir kararını elde etmeğe çalıştığı anlamına gelen açıklamalarda bulunmaktadır.

Disiplin kovuşturmasında, kovuşturmaya konu hukuki ihtilaf tarafların hukuki durumlarının veya haklılık derecelerinin tespiti mümkün olmayıp, bu husus ilgili mahkemeler ve başvurulacak yargı yolları sonucunda belirlenecektir. Disiplin kovuşturmasının amacı, şikâyetli avukatın görevini yerine getirirken Avukatlık Yasası ve Tür-

kiye Barolar Birliği Meslek Kurallarına göre eylemlerinin değerlendirilmesini yapmaktır.

Ŗikâyetli avukatın, ilk başvurusunun reddinden sonraki başvuruları ile bir mahkemenin kararı, ulaşılmaya çalışılan başka mahkeme kararları ile etkisiz bırakılmak istenmiş, kamunun inancı sarsılmış, uyuşmazlığın adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde kuşku yaratılmıştır.

Avukatlık Yasasının 2.maddesine göre “Avukatlığın amacı, hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derece ve yargı organları, hakemler. Resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır.” 34. maddesine göre “Avukatlar yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır zen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler.”

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3.maddesine göre “Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam bir sadakatle yürütür.” 4.maddesine göre “Avukat mesleğin itibarını sarsacak her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.”

Ŗikâyetli avukat, Ŗikâyete konu olayda yukarıda bildirilen Yasa ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarına aykırı davranmakla, eylemi disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Ancak Ŗikâyetli avukatın eylemi Avukatlık Yasasının altıncı kısmında bulunan 34.maddeyle de aykırı olduğundan Avukatlık Yasasının 136/1.maddesine göre en az kınama cezası verilmesi gerekmesine rağmen, tayin edilen uyarma cezasında hukuksal isabet bulunmamasına ise de, aleyhte itiraz bulunmaması sebebiyle bu hususa sadece değinilmekle yetinilmiş ve Baro Disiplin Kurulu kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç, Ŗikâyetli avukatın itirazının reddi ile Baro Disiplin Kurulunun **“Uyarma Cezası Verilmesine”** ilişkin kararının **ONANMASINA**, katılanların oybirliği ile karar verildi.

10.02.2012
E. 2011/578
K.2012/58

- **Disiplin kovuşturmasında şikayetten vazgeçme, disiplin kovuşturmasını ortadan kaldıran bir işlem değildir.**

Şikayetli avukat hakkında, Uşak 2.İcra Müdürlüğünün 2008/2389 Esas sayılı dosyasının haciz ve muhafaza işlemleri sırasında borçlunun kızı olan şikayetçiye hakaret ettiği iddiası ile yapılan şikayet ve Adalet Bakanlığının kovuşturma izni vermesi ve şikayetli avukat hakkında kamu davası açılması üzerine açılan disiplin kovuşturması sonucunda, Uşak Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/423 Esas, 2011/156 Karar sayılı kararı ile, şikayetçinin yargılama aşamasında şikayetinden vazgeçmesi gerekçesi ile kamu davasının düşmesine karar verilmesi dikkate alınarak disiplin cezası tayin edilmemiştir.

Şikayetli avukat savunmalarında, çalıştığı hukuk bürosu tarafından takip edilen Uşak 2.İcra Müdürlüğünün 2008/2389 Esas sayılı dosyasında hacizli canlı hayvanların muhafaza alınması için borçlunun adresine gidildiğinde, borçlunun kızı olan şikâyetçinin sürekli video ve fotoğraf çektiğini, kendisine hakaret ve darpta bulunduğunu, bu sebeple şikâyetçi hakkında Uşak Sulh Ceza Mahkemesinin 2008/747 Esas sayılı davasının açıldığını, şikâyetçiye hakaret etmediğini, muhatap almadığını belirtmek için kim olduğunu sorduğunu, icra memuru tarafından tutulan tutanakta gelişen olayların da tutanağa yazıldığını ve kendisinin hakareti ile ilgili bir ibare bulunmadığını, bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikayetli avukat hakkında Adalet Bakanlığının 02.06.2009 tarihli “olur”u ile kovuşturma izni verilmesi üzerine açılan kamu davasının kesin sonucunu beklemiş, Uşak Ağır Ceza Mahkemesinin 07.04.2011 tarih, 2009/423 Esas, 2011/156 Karar sayılı, kararı ile şikâyetli avukat hakkında hakaret iddiası ile açılan kamu davasında, şikâyetçi vekilinin şikâyetinden vazgeçmesi nedeni ile kamu davasının düşürülmesine karar verildiği, kararın temyiz edilmeksizin 17.05.2011 tarihinde kesinleştiği, bir kamu zararı veya kişisel bir zarar meydana gelmediği gerekçesi ile şikâyetli avukat hakkında “Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına” karar vermiş, karara Uşak Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından itiraz edilmiştir.

Uşak Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/423 Esas, 2011/156 Karar sayılı kararında, iddia, savunma, deliller ve gerekçe bölümlerinde kovuşturma konusu şikâyet ile ilgili şikâyetçinin iddiası, şikâyetli avukatın savunması ve tanık açıklamalarının özetlerine yer verildikten sonra, Cumhuriyet Savcısının esas hakkındaki mütalaası bölümünde, “bu celse katılan vekili tarafından sanık hakkındaki şikâyetten vazgeçildiği” açıklaması ile kamu davasının şikâyete tabi olduğu ve bu sebeple düşme kararı verilmesinin talep edildiği, “Dosya kapsamı ve belirtilen hususlar birlikte nazara alındığında” başlıklı bölümde dava konusu olaydan tamamen başka bir olay ile ilgili açıklama ve gerekçenin yer aldığı, bir cep telefonunun alınmasından söz edildiği, darp olayından söz edildiği, belirtilen olayların dava konusu olay ile ilgisinin bulunmadığı görülmüş, hüküm bölümünde de sanık “E.M.”ye yüklenen fiilin hakaret suçu olduğu, mağdur vekilinin şikâyetten vazgeçmesi nedeni ile kamu davasının düşürülmesine karar verilmiştir. Oysa karardan da açıkça görüldüğü gibi katılanın (şikâyetçinin) kamu davasında vekili de bulunmamaktadır.

Karar bu biçimi ile kesinleşmiş bulunduğu gibi, Baro Disiplin Kurulu kararına itiraz eden Uşak Cumhuriyet Başsavcılığının itirazında da, kararda maddi hata olduğu ve şikâyetli avukat hakkındaki kamu davasının düşmediği veya bu yönde kaldırılması isteminde bulunulduğu bildirilmediği için, kararın sanık açısından kazanılmış hak oluşturduğu kabul edilmiştir.

Ceza kovuşturması şikâyetten vazgeçme ile düşmekte ise de, disiplin kovuşturmasında şikâyetten vazgeçme, disiplin kovuşturmasını ortadan kaldıran bir işlem değildir. Kaldı ki, şikâyetçinin, disiplin kovuşturmasında şikâyetinden vazgeçtiğine ilişkin bir başvurusu da bulunmamaktadır.

İtiraz eden Uşak Cumhuriyet Başsavcılığı, şikâyetli avukat hakkında, başka ceza kovuşturmaları da bulunduğunu gerekçe göstererek, şikâyetli avukatın meslek kuralları çerçevesinde etik bir davranış sergilemediği, bu nedenle Baro Disiplin Kurulu kararının yasaya uygun olmadığı gerekçesi ile itiraz etmiştir.

Bu nedenlerle, şikâyetli avukat hakkında Uşak Ağır Ceza Mahkemesinin düşme kararı ile Baro Disiplin Kurulu kararının gerekçesinde belirtilen, disiplin sicil özeti, suç işleme kastının olmadığı gibi

hususlarda hukuksal isabet bulunmamakta ise de incelenen Ağır Ceza Mahkemesi tutanakları ve kararında özetlenen tanık açıklamalarında, şikâyetli avukatın, şikâyetçiye karşı hakaret oluşturacak söz veya sözler söylediğini gösteren yeterli delil bulunmamakla, sonucu itibariyle yerinde bulunan Baro Disiplin Kurulu kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, Uşak Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının reddi ile Uşak Barosu Disiplin Kurulunun "**Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına**" ilişkin kararının **ONANMASINA**, oy birliği ile karar verildi.

- T.20.01.2012** • **Disiplin kovuşturmasında, yargı önünde çözümlenecek hususlarda karar alınması mümkün değildir.**
- E.2011/539**
- K.2012/15**
- **Hâkim ve savcılarla ilişkilerinde, avukat, hizmetin özelliklerinden gelen ölçülere uygun davranmak zorundadır. Bu ilişkilerde karşılıklı saygı esastır.**

(Av.K. m.34; TBB Meslek Kuralları m. 4, 5, 17)

Şikayetli avukatın, Danıştay'da görülmekte olan bir dava nedeni ile müvekkili davanın tarafı olmadığı halde, Danıştay Başkanı ve bir kısmı emekli olmuş, bir kısmı da görev dağılımı gereği uyuşmazlığın hiçbir aşamasında katılması mümkün olmayan Daire Başkanlarını da muhatap almak üzere gönderdiği 07.12.2009 tarihli bir ihtarnamede yargılama sürecini etkilemeye ve Danıştay mensuplarını uyarmaya yönelik ifadelerle yer verdiği, böylece Avukatlık Yasasına ayıkırı hareket ettiği, iddiaları ile yapılan şikâyet üzerine açılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülünce, "Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" karar verilmiştir.

Şikayetli avukat ve vekilleri aşamalarda savunmalarında, şikâyet konusu edilen yazıda sözü edilen davanın İstanbul Barosu tarafından açıldığını, davanın açılması yönünde beyanda bulunan Yönetim Kurulu üyelerinin soruşturmadan çekilmeleri gerektiğini, Anayasamız ve Uluslararası sözleşmeler karşısında eşitlik ilkesinin her uyuşmazlıkta dikkate alınması gerektiğini, davanın konusunu oluşturan üniversite giriş sınavındaki öğrencilere uygulanan kat sayı farkının ayrımcılık oluşturduğunu, çocukların kendi seçimleri dışında ailelerinin yönlendirmesi sebebiyle mezun oldukları bölümlere göre farklı değerlendirmeye tabi tutulmasının, istemedikleri ve yeteneklerine uygun olmayan branşlarda eğitim almak zorunda bırakılmaları sonucunu doğurduğundan insan haklarına da aykırı olduğunu, HUMK 573. maddesine göre hakimlerin sorumluluğunun bulunduğunu, bu sorumluluklarının hatırlatılması suretiyle uyarılmalarının avukatın görevine dahil olduğunu, başka davalarda da başka kurumların davaya

dahil olmalarını ve davaya etki etmelerinin örnekleri bulunduğunu, görevleri ile ilgili olarak Danıştay üyelerinin Anayasanın 148.maddesine göre Yüce Divan'da yargılanabileceklerinin düzenlendiğini ve bunu hatırlatmanın suç oluşturmayacağını bildirmişlerdir.

Şikâyetli avukatın 07.12.2009 tarihli "ihtarname" başlıklı yazısında isimlerini yazdığı Danıştay Başkanı ve 13 Daire Başkanı'na hitaben "Yüksek Öğretim Kurumu'nun öğrenciler arasında ayrımcılığa yol açan farklı katsayı uygulamasını kaldırarak tek katsayıya yönelik vermiş olduğu kararın yürütmesini Danıştay 5.Dairesi durdurdu. YÖK'ün karara itirazı üzerine bu konuda karar vereceksiniz. Danıştay 5.Dairesinin vermiş olduğu yürütmenin durdurulması kararı evrensel hukuk ilkelerine ve Anayasa'nın 10.maddesine aykırıdır. İş bu yasaya aykırı kararın kaldırılması gerekmektedir, aksi takdirde yüce divanda yargılanmanız için yasal yollara müracaat edileceği ihtar olunur" denilmektedir.

Şikâyetli avukatın müvekkilinin söz konusu davada taraf olmadığı anlaşılmaktadır. Şikâyetli avukatın, görülmekte olan davanın sonucundan etkileneceği iddiası ile İdari Yargılama Usulü Yasasının 31.maddesine göre HUMK. hükümlerinin uygulanacağı belirtilen "davaya katılma" talebinde bulunduğuna ilişkin bir savunma ve belge de bulunmamaktadır. Şikâyetli avukatın, görülmekte olan davanın esası ile ilgili ileri sürdüğü hususların değerlendirilmesi, bu yönde bir katılma talebinde bulunulması halinde, yargı kuruluşlarınca değerlendirilebilecek ve gereğince yasal itiraz yollarına başvurulabilecek bir husustur.

Disiplin kovuşturmasında, yargı önünde çözümlenecek hususlarda karar alınması mümkün olmayıp, şikâyetli avukatın işlem ve eylemlerinin Avukatlık Yasası ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları açısından değerlendirilmesi yapılacaktır.

Şikâyetli avukatın, müvekkilinin dava ile ilgili yasal bağlantısını belirtmeksizin ve bağlantısı var ise davaya katılma talebinde bulunup bu yönde karar ve bunun devamı ile ilgili girişimlerde bulunmaksızın vekillik görevine dahil olduğu gerekçesi ile, Danıştay Başkanı ve dava ile ilgili karara katılıp katılmayacakları belli olmayan Danıştay Daire Başkanlarına "ihtarname" başlığı ile gönderdiği yazı, yazının üslubu ve bütünü incelendiğinde, HMUK 573.maddesinde hakimlerin tazminat sorumluluğunun düzenlenmesinde alınmış karar ve yapılmış

işlemlerden söz edildiği, hakimlerin bu yönden sorumluluğu yoluna gidilebilmesi için ihtar edilmeleri gerektiği gibi bir düzenlemeye yer verilmediği, alınmış bir karar bulunmadığı halde ihtarname gönderilmesinde şikâyetli avukatın muhataplarını alacakları karar ile ilgili olarak etkilemeye çalıştığı anlamı ortaya çıkmaktadır.

Kurulumuzun yerleşmiş kararlarında, avukatların yaptıkları icra takiplerinde dahi takip borçlularına, ileride mallarının haczedilebileceği, hapsen tazyik kararı alınabileceği, araçlarının trafikten men edilebileceği gibi ihtarları dahi disiplin suçu olarak kabul edilmektedir.

Avukatlık Yasasının 34.maddesinin göndermesi ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 4.maddesine göre "Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır." 5.maddesine göre "Avukat yazarken de konuşurken de düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklamalıdır." 17.maddesine göre "Hâkim ve savcılarla ilişkilerinde, avukat, hizmetin özelliklerinden gelen ölçülere uygun davranmak zorundadır. Bu ilişkilerde karşılıklı saygı esastır." .

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulunun değerlendirmesinde hukuksal isabet bulunmamış, yeniden incelemeyi gerektiren bir halin de olmaması sebebiyle, şikâyetli avukat hakkında verilen "Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararın kaldırılarak, şikâyetli avukatın "uyarma cezası ile cezalandırılmasına" karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetçinin itirazlarının kabulü ile Baro Disiplin Kurulunun "**Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına**" ilişkin kararın **KALDIRILMASINA**, Şikâyetli Avukat M.K.'nin **UYARMA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA** oybirliği ile karar verildi.

Prof. Dr. Baki Kuru

İcra ve İflas Hukuku El Kitabı,

**Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş 2.Baskı,
Adalet Yayınları, Ankara/2013**

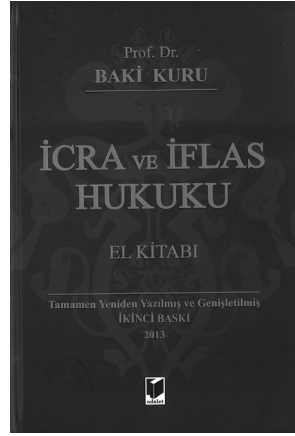
Hukuk yargılaması ile icra-iflas hukukunun tartışmasız en önemli ismi olan Prof.Dr. Baki Kuru, seksenbeş yaşında yenilenmiş bir kitabı meslektaşlarının yararlanmasına sunuyor. Eselerinin tümünde "hakimler, avukatlar ve lisansüstü araştırma yapanlar için başvuru" niteliği bulunan hocamızın 1700 sayfaya yaklaşan İcra ve iflas Kanunu'nda yapılan değişiklikleri en izleyebilecekleri eserini meslektaşlarımıza haber vermekle yetiniyoruz.

Tek (bir) cilt olan ve İcra ve İflâs Hukukunun bütün konularını (bölümlerini) kapsayan (içeren) bu El Kitabı, özellikle hâkimler, avukatlar ve lisansüstü araştırma yapanlar için başvuru (müracaat) kitabı olarak düşünülmüş ve hazırlanmıştır. Bundan dolayı, kitabın uygulamaya (tatbıkata) dönük bir kitap olarak hazırlanmasına özen gösterilmiştir.

Bu nedenle, Yargıtay'ın İcra ve İflâs hukukuna ilişkin olup çeşitli dergi ve kitaplarda yayımlanmış olan kararlarına, El Kitabı'nda geniş ölçüde yer verilmiştir. Hatta, yayımlanmamış Yargıtay kararları da, Kitapta inceleme konusu yapılmıştır. Bu yapılırken, Yargıtay kararlarının yalnız zikredilmesiyle yetinilmemiş, hemen her Yargıtay kararı, ilişkin olduğu konunun bütünü içine sindirilerek incelemeye tâbi tutulmuştur. Böylece, bu El Kitabı'nda, her konu hakkında, Yargıtay'ın en son görüşü belirtilmiş ve incelenmiştir.

Bundan başka, İsviçre Federal Mahkemesi'nin (ve bazı İsviçre kantonlarının mahkemelerinin) hukukumuz bakımından faydalı olan kararlarına da, El Kitabı'nda yer verilmiştir.

Değerli hocamızın sağlıklı olmasını, yeni eserler vermesini diliyoruz.

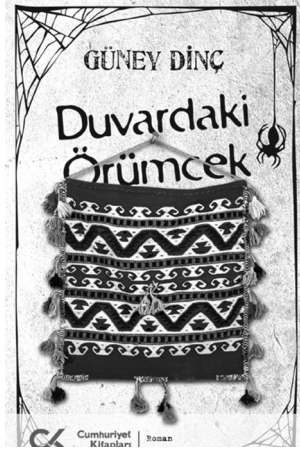


Güney Dinç,
DUVARDAKİ ÖRÜMCEK, Roman.
Cumhuriyet Kitapları, 2013

İzmir Barosu önceki başkanlarından ve Türkiye Barolar Birliği önceki yönetim kurulu üyelerinden Güney Dinç, edebiyat ve tarih alanında ardı ardına güzel ürünler vermektedir. Daha önce bir kısmını tanıttığımız bu ürünlerden *Kartpostallarla Balkan Savaşı (1912-1913)* çeşitli belgesel ve eserlere malzeme sağlamış ve atıflar yapılmıştır.

Güney Dinç yeni eserinde “Türkiye’nin 1950’lerden günümüze uzanan yakın tarihine” bakmaktadır. Bir güney kasabasındaki tek başına bir adam ve duvardaki bir örümcek arasında kurduğu ilişki konu ediliyor.

Meslektaşımızı bu eserinden dolayı kutluyor ve meslektaşlarımıza öneriyoruz.



Bir güney kasabasındaki evinde tek başına bir adam ve duvarda bir örümcek... Adam, geçmişiyile hesaplaşıyor. Örümcek, adamı izliyor: Hovardaca tüketilen yaşamları, değeri bilinmeyen sevgileri, tutuklanmaların, işkencelerin acısını izliyor ürküntüyle...

Dönüşümleri izliyor: Solcu üniversite öğrencisinin ünlü bir avukata, avukatın bir yat ustasına, sanat tutkunu bir genç kızın duyarsız bir iş bağımlısına, birbirine âşık karı-kocanın iki yabancıya, özgürlüklerin tutsaklığa, devrimin karşıdevrime dönüşmesini...

Adam, çağının yanulgularıyla, kişisel yitikleriyle iç içe, kaçınılmaz sonu beklerken, beklenmedik bir konuk onu yaşama yeniden bağlayacak, ömrünün son demlerine sıcak bir ışık getirecektir...