

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner

Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu,
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdür / Managing Director

Av. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı

Yayımdan Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-President Head of the Publishing Department

Av. Hüseyin Özbek

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı

Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye

Av. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu

Türkiye Barolar Birliği Genel Yayın Yönetmeni

Gizem Özkan

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD
Araştırma Görevlisi

Mustafa Horuş

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri Sorumlusu

Danışma Kurulu / Board of Advisors*

Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Fahrettin Demirağ

Yargıtay Onursal Başkanı - Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fazıl Sağlam

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muhammet Özkes

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sanem Baykal

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Türkan Yalçın

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

*İsme göre alfabetik sıralanmıştır

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

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yayın dili Türkçe'dir.

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 Sokak No: 8

06520 Balgat - ANKARA

Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312) 286 55 65

web:www. barobirlik.org.tr

e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 105 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 Sokak 25/B Demirtepe - Ankara

www.senmatbaa.com

Basım Tarihi / Printing Date : 03. 01. 2020

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

YAYIN KURALLARI

1. 1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.
2. Dergiye gönderilecek yazıların; özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. a) Yazılar, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.
b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, **özeti ve anahtar kelimeleri; Türkçe ve İngilizce olarak** yer almalıdır.
- c) Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
4. **Dipnotlar** sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnotta 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 İtaliye** verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.
Örneğin: Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
5. Yazıların **kaynakça kısmında; yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalıdır.**
Örneğin: Erem Faruk, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
6. Yazıların elektronik nüshası **yayin@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.
7. Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
8. Yazarın; unvan, görev yaptığı kurum, ORCID, telefon numarası, haberleşme adresi ve e-posta adresini göndermesi zorunludur.
Makalenin ilk sayfasında dipnot olarak belirtilmesi zorunlu olan bilgilerden, “makalenin gönderim tarihi”; yazının yazar tarafından, dergimizin yayın ilkelerine uygun bir şekilde gönderildiği tarihi, “makalenin kabul tarihi”; yazının dergimizde yayınlanmasının yayın kurulumuzca uygun bulunarak, yazının kabul edildiği ve yazara “hakem raporlarından sonra kesinlik kazanmak üzere yazının hangi sayımızın yayın listesine alındığının” bildirildiği tarihi ifade eder.
Bu aşamadan sonra aşağıdaki maddede yer alan “hakem süreci” başlar ve her yazı, en az iki hakeme gönderilir.
9. Yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakemlere gönderildiği konusunda bilgi verilmez.
Hakem/hakemler tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Hakem raporları düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem/hakemlerin adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve “yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği” bildirilir. Bu süreç hakemin/hakemlerin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına/bulmalarına kadar devam eder.
10. Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçedir.
11. Türkiye Barolar Birliği, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
12. Yazarlara ve hakemlere, talep etmeleri halinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üçer adet, hakemlere birer adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKAN'DAN / FROM the PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

9 Tolga YILDIRIM

Affın Hukuki Mahiyeti ve 2018/2929 Sayılı Kanun Teklifinin Kısa Bir Değerlendirmesi / The Legal Nature of Amnesty and a Brief Criticism of Proposed Bill No. 2018/2929

55 Gökhan ALBAYRAK

Afetten Etkilenen Devletin İnsani Yardımlara Keyfi Olarak Rıza Göstermemesi Sorunu: Uluslararası Hukuk Açısından Myanmar Nargiz Kasırgası Örneği / The Problem of Arbitrary Withholding of Consent of Affected State by Disaster to Humanitarian Assistance: The Case of Cyclone Nargis in Myanmar in Terms of International Law

77 Osman Korkut KANADOĞLU

Barolar ve Avukatların Meslek Özgürlükleri / Bar Associations and Freedom of Profession of Lawyers

123 Çiğdem İLERİ

"Dijital Miras" - Alman Federal Mahkemesi'nin "Facebook" Kararı Üzerine Bir İnceleme / "Digital Inheritance" - A Review on the "Facebook" Decision of the German Federal Court of Justice

153 Ayşen ÇİLENTİ KONURALP

Türk Hukukunda Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme ve Hukukî Niteliği Konusunda Bir Değerlendirme / An Assessment on Contract in Favour of Third Parties and Its Legal Character Under Turkish Law

187 Munise Gülen KURT

Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam / Informed Consent in Medical Treatment

219 Murat Can PEHLİVANOĞLU

Karşılaştırmalı Hukukta Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarında Gösterilecek Teminat Kapsamında "Şirketin Muhtemel Zararları" Kavramı / A Comparative Law Analysis of the Concept of "Corporation's Prospective Damages" under the Security Statute for General Assembly Resolution Annulment Actions

247 Nadire ÖZDEMİR

Iris Marion Young Teorisine Genel Bir Bakış: Yapısal Adaletsizlik ve Adaletsizlikten Sorumluluğa İlişkin Sosyal Bağlantı Modeli / An Overview of Iris Marion Young Theory: Structural Injustice and Social Connection Model of Responsibility

269 Nazlı Hilal DEMİR

Strasbourg Kararlarındaki Karabataklar:(Toplumsal) Cinsiyet Stereotipleri / Black Cormorants in Strasbourg Judgments: Gender Stereotypes

MAKALELER / ARTICLES

313 İbrahim KAPLAN

İsviçre Birleşme Kanunu (FusG) ile TTK'da Düzenlenmiş Bulunan Şirketlerin Birleşme, Bölünme ve Malvarlığının Devri Sözleşmeleri / Switzerland Merger Law (FusG) and Agreements of Company Mergers, Demergers, and Asset Transfer which Regulated in TCC (Turkish Commercial Code)

başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım,

Bizim yıllardır ısrarla söylediğimiz şudur: Arabuluculukta avukatı dışlayarak başarıya ulaşmak m¼mk¼n değildir.

Biz iş uyuşmazlıklarında dava şartı olan arabuluculukta işçinin yanında avukatı olmadan m¼zakereye katılmasını, sosyal devlet ilkesine aykırı buluyoruz.

Arabuluculuk g¼r¼řmelerine mali m¼řaviriyle, avukatıyla katılan ve zaten ekonomik olarak da g¼çlü olan işveren karşısında yalnız kalan işçinin dezavantajlı durumu, onun mağduriyetiyle sonuçlanmaktadır.

T¼rkiye Barolar Birliği olarak en başından itibaren tespit ettiğimiz sıkıntılarla birlikte ç¼z¼m önerimizi de paylaşmıştık. Talep eden her işçiye, maddi durum araştırması yapılmaksızın baro tarafından avukat g¼revlendirilmesine y¼nelik somut bir önerimiz var. Işçinin yanına baronun g¼c¼n¼ koyalım ki, emeğin hukukunu koruyabilelim. Bu sorunu barolar ve avukatlar olarak ç¼zmeye talibiz. G¼revlendirilecek avukatların m¼zakere y¼ntemleri, iletişim becerileri ve işçi alacağının hesaplanması konularında meslek içi eğitim almalarını sağlamaya hazırım.

Bu önerimizin hayata geçmesi için bir yasal d¼zenleme ile adli yardım fonunun desteklenmesini talep ediyoruz. Devletimizin bu g¼c¼ var. Herhangi bir fondan k¼ç¼k bir kaynak aktarıldığında t¼m işçilerimizi baronun hukuk g¼vencesine alırız. Sayın Adalet Bakanı ile bakanlık yetkilileri ile g¼r¼řt¼k. Sendika temsilcileriyle g¼r¼řt¼k ve destek aldık. Bu konunun ısrarlı takipçisiyiz.

Bir başka konu, 24 Kasım 2019 tarihinde gerçekteştirilen arabulucu sınavıyla başlayan tartışmadır.

Bu sınava giren ve 70 asgari puanı aldığı halde kota sebebiyle arabulucu olmaya hak kazanamamış meslektaşlarımızdan Başkanlığımıza, resmi ve gayri resmi kanallardan binlerce mağduriyet içeren mesaj ve başvuru ulaşmıştır. Bu başvuruların ortak noktası, kanunda yer alan bir sınırlama olmamasına rağmen, arabulucu sınavında kota uygulanması olmuştur.

Kişisel olarak da hakkaniyete uygun bulmadığım ve arabuluculuk uygulamasına da zarar verdiğiğine inandığım kota uygulaması, Yönetim Kurulumuzca da değerlendirilmiş ve kota uygulamasının kaldırılması için takipçi olunması yönünde karar alınmıştır.

Yönetim Kurulumuzun bu kararı doğrultusunda Adalet Bakanlığı'na arabuluculukta kotanın kaldırılmasına ilişkin bir yazı yazdık. Asgari başarı puanını alan her adayın arabuluculuk siciline kayıt yaptırma hakkına sahip kılınmasının; hakkaniyete, ihtiyaca ve dolayısıyla kamu yararına daha uygun olacağına dikkat çektik.

Avukatlık mesleğinin özünde kriz çözme mesleğidir. Bu sebeple 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35/a maddesinde avukatlara mahsus arabuluculuk benzeri bir uzlaşma kurumu düzenlenmiştir. Böylece kanun koyucu, avukatların arabuluculuk yapma vasfında olduğu ön kabulünü ortaya koymuştur. Bize göre; arabuluculuk eğitimini almış ve kanundaki diğer şartları taşıyan tüm avukatlara sınav şartı olmaksızın ve bir kotaya tabi tutulmaksızın arabuluculuk yapma hakkı tanınmalıdır.

Türkiye Barolar Birliği olarak amacımız sorunlara sağlıklı, hakkaniyetli ve kalıcı çözümler üretmektir.

Saygılarımla.

Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

AFFIN HUKUKİ MAHİYETİ VE 2018/2929 SAYILI KANUN TEKLİFİNİN KISA BİR DEĞERLENDİRMESİ*

THE LEGAL NATURE OF AMNESTY AND A BRIEF CRITICISM OF PROPOSED BILL NO. 2018/2929

Tolga YILDIRIM**

Özet: Af yasalarının gerekliliği her dönemde düşünürlerin gündeminde olmuştur. Affin hukuki ve felsefi mahiyeti üzerine sayısız çalışma yapılmış olmasına rağmen bu kavramın meşruluğu halen tartışılmaktadır. Af yasalarının çokça tartışılmasının nedeni, affin kuvvetler ayrılığı ve devletin cezalandırma yetkisine karşılığında bulunabilir. Türkiye’de yakın zamanda af konusu ciddi biçimde ele alınmıştır. 2018 yılı Haziran ayındaki seçimi takiben, bir siyasi parti tarafından hazırlanan yasa taslağı Meclise sunulmuştur. Bu çalışmada öncelikle affin hukuki mahiyetinin ne olduğu teorik olarak araştırılmış, sonraki kısımda Meclis’e sunulan af taslağı incelenmiş ve son kısımda ulaşılan sonuçlar ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Özel Af, Genel Af, Affı Meşrulaştıran Nedenler, Koşullu Salıverme, Erteleme, 2018/2929 aayılı Kanun Teklifi.

Abstract: The necessitation of amnesty laws has remained on the agenda of philosophers at all times. Despite myriad scientific studies have been done on the legal and philosophical nature of amnesty, the legitimacy of this concept is still discussed. The reason why amnesty laws have been heavily debated may be found in amnesty’s contradiction to separation of powers and state’s authority to punish. The amnesty/pardon topic has recently come to the fore in Turkey. Following the presidential election in June 2018, a collective pardon bill was proposed to the Parliament. In this paper, the legal nature of amnesty is studied at the outset, the above-mentioned bill is discussed in the following part and the results are presented at the last section.

Keywords: Pardon, Amnesty, the Reasons that Justify Amnesty, Probation, Suspension of Penalty, the Bill No. 2018/2929

* Bu makale Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı 2018-2019 Güz Döneminde Prof. Dr. Türkân Yalçın tarafından verilen “Ceza Hukuku” dersi kapsamında hazırlanan ödevin geliştirilmiş halidir. Bu kapsamda kıymetli katkılarından dolayı Sn. Prof. Dr. Türkân Yalçın’a teşekkürü borç bilirim.

** Ankara Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi, law.tolgayildirim@gmail.com, ORCID: 0000-0002-3537-3793, Makalenin Gönderim Tarihi: 23.06.2019, Kabul Tarihi: 23.06.2019

I. GİRİŞ

Her devlette, şu ya da bu biçimde, şüpheli, sanık veya hükümlülerin affedildiği ve af müessesesinin bulunduğu görülmektedir.¹ Tarihsel süreçte kimi zaman af yetkisi hükümdara verilmiş, kimi zaman affın hükümdarlar tarafından kötüye kullanılmasına tepki duyulmuş, müessesenin kötüye kullanılmasını önlemek için anayasal hükümlere başvurulmuştur.² Bununla beraber af imtiyazının hükümdarın elinden alınıp meclislere verilmesi çözüme vesile olmamış, çok zaman meclislere hâkim çoğunluk partileri tarafından af yetkisi amacından saptırılmış, siyasal amaçlarla iktidarı elinde tutabilmek için genel af çıkartabilme endişesi içinde olunmuştur.³ Bu gelişmeler neticesinde af yetkisinin hangi kuruma ait olması gerektiği daha fazla tartışılmış, affın yasamaya mı yoksa yürütmeye mi tevdi edilmesi gereken bir yetki olduğu hususu halen çözümlenememiştir.

Af, genel olarak anayasa hukuku ve ceza hukuku tarafından düzenlenen, aynı zamanda hüküm ve neticeleri bakımından borçlar hukuku, idare hukuku ve muhakeme hukuku alanlarını da etkileyen, çok yönlü bir müessesedir.⁴ Teknik yönleri açısından ceza kanunlarının düzenlemesi kapsamında kalan bu müessese, kaynağını anayasal metinlerden almaktadır.⁵ Affın kaynağını neden anayasadan aldığı sorusunun cevabını “kuvvetler ayrılığı” ilkesinde bulmak mümkündür.⁶ Esasen mahkemelerin bağımsızlığı ve mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ilkelerinin kuvvetler ayrılığı ilkesiyle bağdaştırılabilmesi için af yetkisinin anayasada düzenlenmesinin tercih edilmesi yerindedir.⁷

¹ Kemal Gözler, “Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2001, Cilt: 18, s. 298. EA: <http://www.anayasa.gen.tr/af.htm>, ET: 07.10.2018.

² Çetin Özek, “Umumi Af”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Yıl: 1959, Cilt: 24, Sayı: 1-4, s. 118. E.A.: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/96209>, ET: 07.10.2018.

³ Özek, s. 121.

⁴ Selahattin Keyman, *Türk Hukukunda Af (Genel Af-Özel Af)*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1965, s. 1; Özek, s. 118.

⁵ Ayhan Döner, “Cezaî ve İdari Yaptırımların Farklılığı Bağlamında TBMM’nin Af Yetkisi”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2008, Cilt: 12, Sayı: 3-4, s. 35.

⁶ Affın kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılığı ve bu konuya ilişkin tartışma için bkz. Hakkı Demirel, “Af Selâhiyeti”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 1957, Sayı: 4, s. 117 vd. EA: <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1957-4/2.pdf>, ET: 18.01.2019.

⁷ Mesude Atila, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Hukuku’nda Af Kurumu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 2010, Sayı: 1, s. 280. EA: <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2010-1/2010-1-atila.pdf>, ET: 04.11.2018.

Beş kısımdan oluşan bu çalışmada; öncelikle af müessesesinin hangi tarihî ve fikrî orijinden doğduğu incelenecek, affın hukuki niteliğinin analizi bağlamında devletin cezalandırma yetkisi, affı meşrulaştırma nedenleri, Türk hukukunda affın nasıl yer aldığı ortaya koyulacak, sonrasında kamuoyu gündeminde bulunan 2018/2929 sayılı Kanun teklifi irdelenecek ve son olarak da konuya ilişkin değerlendirmeler kısaca belirtilecektir.

II. AFFIN TARİHSEL VE DÜŞÜNSEL KÖKENİ

A. TARİHSEL ARKA PLAN

Af müessesesinin, tarihte ceza hukukuna koşut bir varlığının bulunduğunu tahmin etmek güç değildir. Bununla beraber af kavramını salt hukuk bakımından değil, dinsel referanslar bağlamında da ele almak mümkündür. Meray; İslam, Hristiyanlık ve Budizm gibi dinlerin affa hangi biçimde yer verdiğini incelemiş ve bu dinlerde affın hep en ulvî, en yüksek hareket tarzı olarak telkin edildiği sonucuna varmıştır.⁸

Tarihte bilinen ilk af uygulaması olarak; 30 tiranı yenip Atina'ya demokrasiyi getiren General Thrasybulus'un yenilen oligarşik radikallere yönelik ilan ettiği affa işaret edilmektedir.⁹ Bu bağlamda tarihteki ilk af -şaşırtıcı olmayan biçimde- toplumsal barışı tesise matuf olmuştur.

Af yetkisinin Roma hukukunda da mevcut olduğu, prensin bir mahkûma absolutio veya indulgentia veyahut da restitutio in integrum bahşederek onu affetmek hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir.¹⁰ Yine İslam hukukunda cezayı düşüren sebeplerden biri olarak af müessesesi de sayılmaktaydı. Bu kapsamda had suçlarının Allah'a karşı işlenmiş olması nedeniyle affı mümkün değilken; kısas ve diyet cezalarının mağdurun kendisi veya velileri tarafından, ta'zir cezalarının ise hem devlet hem de mağdur tarafından affı mümkün olarak kabul edilmiştir.¹¹

⁸ Seha L. Meray, *Ceza Hukukunda Af (Konusu Üzerine Bir Deneme)*, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, Ankara, 1944, s. 4-6.

⁹ Meray, s. 9. Benzer yönde açıklamalar için bkz. Amnesty and Pardon-Historical Overview, EA: <http://law.jrank.org/pages/506/Amnesty-Pardon-Historical-overview.html>, E. T.: 27.10.2018.

¹⁰ Tahsin Adam, "Af Salâhiyeti", *Adliye Ceridesi*, Yıl: 1941, No. 41, s.849-850. Özek, 1959, s. 123.

¹¹ Halil Cin/Ahmed Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 5. Basım, Osmanlı Araştırma-

Af yetkisinin monarkın elinden alınıp parlamentoya verilmesi şeklindeki önemli bir gelişmenin İngiltere’de 1700 yılında yaşandığı görülmektedir. Bu tarihte kraliyet hanedanında yaşanan sıralı ölümler sonucunda taht varisinin belirlenememesi üzerine çıkarılan Act of Settlement’ın 3. madde son fıkrasında, Avam Kamarası’nda başlatılan azletme (impeachment) işlemi üzerine Krallık tarafından verilecek af belgesinin şüpheli/sanık tarafından savunma kapsamında kullanılmayacağı¹² belirtilmiştir.¹³

18. yüzyıl Çin idaresindeki Moğol halkında affa benzer biçimde kimi suçlarda cezaların tebdil (değiştirme) yoluyla hafifletildiğini, hatta ölüm cezasında dahi ceza bedelini ödemenin kabul gördüğünü görmekteyiz.¹⁴ Benzer biçimde en geç 16. yüzyılın birinci yarısında kaleme alındığı tahmin edilen Tsaayın Biçik’te (Yargıçlar Kitabı) “Bir kadın bir hükümdara gider ve kendisine veya yakınlarına verilmiş olan bir cezanın affı için ricada bulunursa, karşı cinse duyulan saygıdan ötürü genel olarak küçük cezalar affedilir. Büyükler ise yarı yarıya indirilir.” hükmü yer almaktadır.¹⁵

Osmanlı İmparatorluğunun son dönemlerindeyse, dönemin büyük devletlerinin af müessesesini Osmanlı’nın iç meselelerine karışma vesilesi olarak kullandığını, bu doğrultuda bazı Bulgar ve Rum çetelerinin işledikleri suçlara rağmen genel affa tabi tutulduğu dikkat çekicidir.¹⁶ Hatta affın Osmanlı tarihindeki enteresan bir örneği olarak; 2. Abdülhamit’e suikast düzenleyen, ancak başarısız olan suikast sonucu olay yerinde bulunan 26 kişinin ölümüne sebep olan ve yapılan yargılama neticesinde idam cezasına mahkûm edilen Belçika vatanı Edward Joris’in bizzat 2. Abdülhamit tarafından affedilmesini görmekteyiz.¹⁷

ları Vakfı Yayınları, İstanbul, 2011, s. 302.

¹² “...that no Pardon under the Great Seal of England be pleadable to an Impeachment by the Commons in Parliament.”

¹³ Yasanın tam metnine ulaşmak için bkz. EA: [https://www.legislation.gov.uk/aep/Will3/12-13/2](https://www.legislation.gov.uk/aep/Will3/12-13/2https://www.legislation.gov.uk/aep/Will3/12-13/2), E. T.: 23.10.2018. Aynı doğrultuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Adam, s. 850 vd.

¹⁴ Curt Alinge, Moğol Kanunları (Çev. Coşkun Üçök), Sevinç Matbaası (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 227), Basım Yeri Belirtilmemiş, 1967, s. 138-139.

¹⁵ Alinge, 1967, s. 39-40 ve 147.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Meray, s. 10 vd.

¹⁷ Bu kapsamda Bardakçı, “Batı dünyası teröristin hükümdarın hayatına kastettiği-

Affin Cumhuriyet tarihindeki yerine baktığımızda, Cumhuriyetin ilk yıllarından bu yana –Milli Mücadele dönemi dâhil- af kanunlarının çıkarıldığı, hatta Cumhuriyetin kuruluşuyla beraber ilk af kanununun çıkarıldığı müşahede edilmektedir. Bu tür kanunlar vasıtasıyla genellikle toplumla yeni kurulan devlet arasındaki boşluğun azaltılması amaçlanmış ve toplumsal barış sağlanmaya çalışılmıştır. Örneğin, Cumhuriyetin 10. yılı vesilesiyle 1933'te çıkarılan Af Yasasıyla tek parti rejiminin katı uygulamalarının unutulması ve halkla devletin yaklaşması hedeflenmiş, dönemin siyasi çalkantılarının giderilmesinde af 'araç olarak' kullanılmıştır.¹⁸ Bundan başka; 1938, 1950, 1960, 1963, 1966 ve 1974 yılında af kanunları çıkarılmıştır. Yine geçmişte doğrudan af kanunu olmayıp dolaylı yoldan af benzeri hükümler getiren ve "dolayısıyla af kanunu" olarak adlandırılan pek çok kanun yürürlüğe girmiştir.¹⁹

ni bile gözardı etmiş, sarayla Babıali üzerindeki baskılarını arttırdıkça arttırmış ve Abdülhamid için Joris'i serbest bırakmaktan başka bir yol kalmamıştı." yorumunu yaparken; Engin "II. Abdülhamid'in idam cezasından hoşlanmadığını, bundan dolayı Joris'i affettiğini, bunu Belçika istediği için değil, kendi iradesiyle yaptığını, hatta Joris'in daha sonra Osmanlı hizmetinde kullanıldığı"nı aktarmaktadır. Hangi yorumun doğru olduğu konumuz kapsamında bulunmamakla beraber, aktarılan olaylar ve yorumlar Osmanlı'nın af müessesesini diplomatik baskılardan kurtulmak için araç olarak kullandığını göstermekte ve Meray'dan 16. dipnotta aktarılan bilgiyi teyit etmektedir. Bardakçı'nın yazısı için bkz. Murat Bardakçı, "Biz 'Hasta Adam'ken Belçikalı katili salmuştık", *Hürriyet*, 4 Haziran 2000. EA: <http://www.hurriyet.com.tr/murat-bardakci-biz-hasta-adam-ken-belcikali-katili-salmistik-39159248>, ET: 27.10.2018. Engin'in konuya ilişkin makalesi için bkz. Vahdettin Engin, "Sultan II. Abdülhamid'e Düzenlenen Ermeni Suikastı ve Bu Sebep Belçika ile Yaşanan Diplomatik Kriz", *Türk Tarih Kurumu Belleten*, Yıl: 1995, Cilt: 59, Sayı: 225, s. 428. EA: <https://drive.google.com/file/d/0B7liBn5XLsAflWNiQjRBeDZBVG8/view>, ET: 27.10.2018.

- ¹⁸ Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası mensupları ile İzmir Suikastı kapsamındaki hükümlüler ve Rauf Orbay'ın yasadan faydalanmak istemeyişine ilişkin olarak ek bilgi için bkz. Cahide Sınmaz-Sönmez, "Cumhuriyetin Onuncu Yıl Dönümü Kutlamaları ve 26 Ekim 1933 Tarihli Genel Af Yasası", *Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*, Yıl: 2004, Sayı: 33-34, s. 96-100. Dönemin 150'likleri söz konusu yasa kapsamına alınmamıştır. Ancak bu kişiler 1938'de çıkarılan başka bir yasayla affedilmişlerdir. Seyfullah Çakmak, "Türk Hukukunda Af Sorunu", *Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu Sempozyumu* (Der. Serap Keskin-Kızıroğlu), 1. Basım, Okan Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 44. EA: <http://earsiv.okan.edu.tr/xmlui/handle/123456789/251>, ET: 20.01.2019.
- ¹⁹ Türkiye'deki af uygulamalarının detaylı açıklamaları için bkz. Timur Demirbaş, *Çeza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, s. 690-692. Başka bir çalışmada Kuzu, 1923 yılından 2001 yılına kadar 52 tane af kanununun çıkarıldığını belirtmektedir. Burhan Kuzu, "Af Müessesesi ve Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2001, Sayı: 18, s. 254. EA:

B. DÜŞÜNSEL ARKA PLAN

1. Platon

Platon, cezalandırmaya ilişkin olarak “Bir devlet kalıcı ve insanlık ölçüleri içinde olacaksa, onur ve cezaların doğru dağıtılması gerekir” demiş ve Perslerin devlet düzeninin bozulmasında temel etkenin halkın özgürlüğünü fazlasıyla kısıtlayarak ve gereğinden çok baskı uygulayarak devlette uyum ve birliği yok etmesi olarak tespit etmiştir.²⁰ Dolayısıyla Platon’a göre, ceza siyaseti ve suç-ceza ölçülülüğü doğru tespit edilemediği takdirde devlet düzeni bozulacaktır.

Ütopyasında ise filozof, demokratik yönetimleri “suçu kesinleşmiş bazı kimselere gösterdiği affediciliğin aşırı olması, ölüme veya sürgüne mahkûm edilmiş insanların diğer insanlar arasında hiçbir şey yokmuş gibi yaşamaya devam etmesi” yönünden eleştirmiş ve demokrasinin geniş hoşgörüsünü kinayeli biçimde dile getirmiştir.²¹ Bu bağlamda Platon’un cezanın da, affetmenin de aşırılığına karşı olduğu çıkarımını yapmak olanaklıdır.

2. John Locke²²

John Locke, siyasal iktidarın mülkiyeti düzenlemek ve korumak için, ölüm cezası dâhil diğer bütün daha hafif cezaları içeren yasaları yapma hakkı olduğunu ve bunun kamu yararı doğrultusunda uygulanacağını dile getirir. Locke her ne kadar kendi temelleri üzerinde duran ve doğası gereği topluluğun korunması amacına göre hareket eden kurulu bir devlette sadece yasanın egemen bir iktidar olabileceğini belirtse de, birçok durumda yöneticinin yasanın ciddiyetini hafifletme ve bazı suçluları affetme iktidarına sahip olmasının uygun olduğunu savunur. Dolayısıyla affin yürütmeye tevdi edilmesi gereken bir yetki olarak tanımlanması fikrinin kökenini Locke’ta görebiliriz.

http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg18/Kuzu.PDF, ET: 07.10.2018. Doğrudan ve dolayısıyla af kanunlarının detaylı bir dökümü ve değerlendirilmesi için bkz. Çakmak, s. 43-51.

²⁰ Platon, Yasalar (Çev. Candan Şentuna/Saffet Babür), 1. Basım, Ara Yayınları, Basım Yeri Belirtilmemiş, 1988, s. 134, 135.

²¹ Platon, Devlet (Çev. Neval Akbıyık), Karizma Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 304, 305.

²² Bkz. John Locke, Hükümet Üzerine İkinci İnceleme (Çev. Fahri Bakırcı), 1. Basım, Babil Yayınevi, 2004, Ankara, s. 125, 136.

Ona göre hükümetin amacı olabildiğince çok sayıda kişinin korunmasını sağlamak olduğundan, suçlular bile, masumlara karşı bir önyargıları olmadığını ispatlayabildiklerinde serbest bırakılabilirdiler. Ancak bu düşüncenin temellendirmesine katılmak; argümanın ceza hukukunun varlık nedeniyle çelişmesi, “önyargı” kavramının muğlaklığı, suçluların önyargı sahibi olmadığını ispatlamanın güçlüğü gibi nedenlerle pek mümkün gözükmemektedir.

3. Jean Jacques Rousseau

Bir başka toplum sözleşmecisi olan Rousseau; yasanın koyduğu ve yargıcın verdiği cezadan suçluyu bağışık tutma ya da bu cezayı bağışlama hakkının yalnızca yargıçla yasanın üstünde olana, yani egemen varlığa ait olduğunu dile getirmiş, ancak bu durumda da egemen varlığın hakkının pek açık olmadığını, bu hakkın nadiren kullanıldığını dile getirmiştir.²³ Rousseau'nun bağışlamayı “hak” olarak tanımlaması, Hobbes'u çağırıştırması bakımından dikkat çekicidir.

4. Montesquieu

Montesquieu, bağışlama yetkisinin hükümdarın başlıca niteliği olduğunu, hükümdarların toplumun sevgisini kazanmak bakımından bağışlama işinden kimi zaman çok kazançlı çıktıklarını ve bağışlamanın doğru zamanda yapılması gerektiğini ifade etmektedir.²⁴ Yazar, suç ve cezaların orantılılığından bahsederken de “ılımlı hükümetlerde suçun bağışlanmasının çok yararlı önlemlerden biri olduğu, ılımlı hükümdara tanınan bu bağışlama yetkisinin akıllı uslu kullanılırsa çok iyi sonuçlar verebileceği, bağışlamayan istibdat hükümetinin ise böyle bir mutluluktan yoksun kalacağı”na değinmektedir.²⁵

5. Cesare Beccaria

Klasik okulun önemli isimlerinden Beccaria'nın affa şiddetle karşı olduğu hususu, muhtelif kaynaklarda çokça dile getirilmiştir.²⁶ Ger-

²³ Jean Jacques Rousseau, Toplum Sözleşmesi (Çev. Vedat Günyol), 2. Basım, Çan Yayinevi, Basım Yeri Belirtilmemiş, 1965, s. 50.

²⁴ Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine (Çev. Fehmi Baldaş), Hiperlink Yayınevi, İstanbul, Nisan 2014, s. 119, 120.

²⁵ Montesquieu, s. 118.

²⁶ Keyman, s. 17; Türkân Yalçın Sancar, “ ‘23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen

çekten de Beccaria “Suçlar ve Cezalar Hakkında” isimli kült eserinin sonunda bulunan “Aflar Hakkında” bölümünde yasalar ve onları uygulayanların kimsenin gözünün yaşına bakmaması, yasaları eğip bükmemesi gerektiğini savunmakta ve af karşıtı duruşunu şöyle ifade etmektedir: “Unutulmamalıdır ki, suçların affa uğrayabileceklerini ve cezanın suçların kaçınılmaz sonucu olmadığını göstermek, suçlularda cezasız kalma umudunu ve düşünüyü kışkırtmak demektir.”²⁷ Beccaria dönemin egemenlerinin bireysel aflar (pardon) yürürlüğe koymalarını sertçe eleştirmiş, af yetkisinin yasa koyucuya ait bir yetki ve erdem olduğunu da savunmuştur.²⁸ Dolayısıyla af yetkisini yasa koyucuya tanınması bakımından Beccaria, Locke’tan farklılaşmaktadır.

Beccaria’nın düşüncelerini bütüncül olarak değerlendirdiğimizde, kendisinin suçlarla cezalar arasında orantılılık bulunmasını, suçlara ilişkin cezaların yalnızca yasalarla belirlenmesini, cezaların ılımlı olmasını ve acımasız yasaların cezasızlığa yol açacağını öne sürdüğünü görürüz. Ünlü düşünür bu gerekçelerden hareketle cezaların ılımlı ve yargılamanın düzenli, kurallara uygun ve çabuk olduğu bir hukuk düzeninden af kavramının çıkartılması gerektiğini beyan eder.²⁹ Dolayısıyla Beccaria’nın cezaların affından ziyade adil kanunlar ve kanunilik ilkesi kapsamında oluşturulmuş ölçülü suç ve cezalara sahip bir yargısal sistemde çıkarılan gereksiz ve keyfi aflara karşı olduğunu söylemek mümkündür.

6. Jeremy Bentham

Jeremy Bentham’ın genel itibarıyla af kurumunun aleyhinde olduğu kabul edilmektedir.³⁰ Esasen düşünür, “Eğer yasalar fazla sertse, af çıkarma yetkisi gerekli bir çaredir ancak bu çarenin kendisi bir musi-

Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertilenmesine Dair Kanun’un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2001, Sayı: 18, s. 4-5; Hasan Dursun, “Af Kavramına Genel Bir Bakış”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl: 2009, Sayı: 85, s. 375-376. E.A.: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2009-85-572>, ET: 04.11.2018; Sibel Can, “Türk Hukukunda Af Kurumu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2016, Sayı: 65 (4), s. 1296. EA: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/2150/22261.pdf>, E.T.: 04.11.2018.

²⁷ Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında* (Çev. Sami Selçuk), 3. Basım, İmge Yayınevi, Mart 2013, Ankara, s. 218-219.

²⁸ Beccaria, s. 218.

²⁹ Beccaria, s. 31, 45, 132, 217.

³⁰ Keyman, s. 18.

bettir/fenalıktır. İyi yasalar yapılmalıdır-ki onları hükümsüz kılacak sihirli değneklere ihtiyaç kalmasin. Ceza zaruriyse affedilmemeli; yok zaruri değilse, hükümlü onu çekmeye mahkûm edilmemelidir.” diyerek ideal bir hukuk düzeninde affın yer almaması gerektiğini savunmaktadır.³¹ Bu düşünceleriyle Bentham’ın Beccaria’ya yaklaştığı gözlemlenmektedir.

Bunun yanında, Bentham kamusal karışıklıkların, komplo ve ayaklanmalar gibi cezalandırmanın faydadan daha ziyade fenalık getireceği durumlarda, af yetkisini kullanmanın zorunlu olduğunu da dile getirmektedir.³²

7. Hugo Grotius

Grotius “Savaş ve Barış Hukuku” adlı eserinde; suçların cezalandırılmasının gerekli olmakla birlikte, birtakım durumlarda bağışlamaya yer olup olmadığını düşünmek gerektiğini, ceza yasalarının olmadığı çağlarda da ceza vermeye izin verildiği, ancak bunun böyle olmasının cezanın her zaman çektirilmesi gerektiğini göstermeyeceğini, çünkü cezanın çektirilme zorunluluğunun cezaların konmasındaki amaçlara bağlı olduğunu, bu amaçların moral yönden gereksizliği, başka amaçlarla çatışması veya ceza ile güdülen amaca başka yoldan ulaşılabilmesi halinde ceza vermenin gerekli olmadığını savunmaktadır.³³ Dolayısıyla Grotius’un cezalandırmada amaçlara odaklandığını, bu amaçlara ulaşılması ya da ulaşılmasının gerekli olmadığını anlaşılması durumunda affa karşı olmadığını çıkarımını yapmamız mümkündür.

C. DEĞERLENDİRME

Gerek tarihsel gerekse de düşünsel örneklerin ortaya koyduğu sonuç, ceza adaletinin gelişiminde af müessesesinin mühim bir yeri olduğu gerçeğidir. Geçmişte özellikle suç-ceza orantılılığının ortadan kalkması, adli hatalardan dolayı adalet duygusunu zedeleyecek biçimde ağır cezalara hükmedilmesi gibi durumlarda af, tecziyeyi tersine

³¹ Jeremy Bentham, *Theory of Legislation* (Translated by R.Hildreth), Trübner & Co., London, 1864, p. 357. EA: <https://archive.org/details/legislation00bentuoft/page/n3>, ET: 07.10.2018.

³² Bentham, p. 356.

³³ Hugo Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku-Seçmeler* (Çev. Seha L. Meray), Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1967, s. 142.

çeviren bir denge unsuru olarak belirlemektedir. Affa yetkili makam bağlamındaki tartışmalara baktığımızda, 1982 Anayasası'ndaki Cumhurbaşkanı'na tanınan özel af yetkisinin kökenini Bentham'ın yaklaşımında, TBMM'ye tanınan özel ve genel af yetkisinin kökenini özellikle Rousseau ve Beccaria'da bulabiliriz.

III. AFFIN HUKUKİ ANALİZİ

A. DEVLET AYGITININ CEZALANDIRMA İMTİYAZI VE AF

Af, türüne göre değişebilmekle birlikte kimi zaman suç ve cezaların kimi zaman yalnızca cezaların ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir. Peki devlet, her suçun genel pasif süjesi olmakla birlikte, özellikle doğrudan kişilere karşı işlenen suçlar bakımından şüpheli, sanık veya hükümlüleri af yetkisine gerçekten sahip midir? Bir diğer deyişle, devletin tecziye ve af yetkisinin teorik temelleri nelerdir? Bu soruları yanıtlamak için devlete tanınacak af imtiyazının bir hak mı yoksa bir yetki mi olduğu tartışılmalıdır. Zira tecziye ve af kavramları bir nevi birbirlerinin ters fonksiyonu niteliğinde olduğundan, devletin ceza verme imtiyazını³⁴ "hak" olarak tanımak, affı da bir hak olarak devlete bahşetmek anlamına gelecektir. Dolayısıyla af başlığının bağlamından uzaklaşmadan bu hususun netleştirilmesi gerektiği mülahaza edilmektedir.

Cezalandırmanın hak mı yetki mi olduğu tartışması; ilk bakışta sığ, soyut ve felsefi temelli, kavram kargaşasının yaşandığı ve çok da gerekli olmayan bir teorik değerlendirme olduğu yönünde intiba uyandırabilmektedir. Ancak hukukun kelimeler ve kavramlar üzerinden yürüdüğünü ve tıpkı bir inşaat mühendisinin yapıya göre uygun malzemeyi seçmesi gibi, hukukçunun da doğru kavramları seçip doğru yerde kullanmasının önem arz ettiği bir gerçektir.

Oppenheimer'a göre,³⁵ devletin suçları cezalandırması –her ne kadar tarih bilimi devletin (suçu) cezalandırmasına ilişkin teorideki kopukluğu gidermekte başarısız olsa da- kişisel ölç kavramının devamı olarak

³⁴ Hak-Yetki tartışmasından uzaklaşabilmek adına "imtiyaz" kavramı tercih edilmiştir.

³⁵ Bu paragraftaki açıklamalar için bkz. Heinrich Oppenheimer, *The Rationale of Punishment*, University of London Press, London, 1913, p. 35. EA: http://etheses.lse.ac.uk/426/1/Oppenheimer_The%20rationale%20of%20punishment.pdf, ET: 21.10.2018.

adlandırılmak zorundadır. Devletin gücünün artmasıyla ceza hukuku, o döneme kadar yalnızca medeni hukukun elinde kalmış alanlarda müşterek hâkimiyet ilan etmeye başlamıştır. Yazara göre ceza hukukunun ortaya koyduğu silahların gücü, bireyin kendi vazgeçilmez haklarının korunmasında o silahlara daha fazla güvenmesini sağlamıştır.

Gramatica meşhur eseri “Toplumsal Savunma İlkeleri”nin başlangıcında³⁶ devletin “cezalandırma hakkı”ndan bahsetmiştir. Yazar eserinin devamında cezalandırma hakkına sahip devletin öznel hakkına ilişkin sorunu ele almış ve jus puniendi (cezalandırma hakkı)-toplumsal savunma sistemi ilişkisini incelemiştir. Bu kapsamda aslında toplumsal savunmanın devletin üstlendiği bir ödev olduğu, “toplum yaşamına karşı” diye belirlenen kimselere toplumsal savunma önlemlerini uygulama ödevinin özel bir “ödev-hak” olduğu, söz konusu ödev-hakkın yalnızca bu anlamda toplumsal savunma yetkisi (potestà/gücü) olarak tanımlanabileceğini belirtmiştir.³⁷ Dolayısıyla yazarın -kendi teorisi bakımından- ceza hukuku yerine ortaya koyduğu toplumsal savunma hukukunda devleti toplumsal savunma yetkiyle donattığını söylemek mümkündür.

Bettioli devletin ceza vermesini subjektif bir hak olarak ifade etmiş; ancak kamu davasının hukuk sahasında mutlak bir kanuniyete tabi olduğunu, “cezalandırmak hukuku”nu tanımayanların ya da devletin herhangi bir hukuki sınıra tabi olmaksızın “cezalandırmak hakkı” olduğunu savunanların, ferde hürriyet hakkı tanımayarak cezalandırmayı devletin mutlak bir parçası olarak kabul ettiklerini belirtmiştir.³⁸

Devletin ceza verme imtiyazına ilişkin olarak Dönmezer-Erman, devletin kendisiyle rekabet halindeki diğer egemenlikleri ortadan kaldırarak egemenliği tek başına ele geçirdiği ve tekel olarak ceza verme hakkına malik olduğunu ilan ettiğini, cezalandırma hakkına devletin hemen bir anda ve tümüyle sahip olmadığını ve bu hakkı yavaş yavaş ve dereceli olarak kazandığını belirtmektedir.³⁹

³⁶ Filippo Gramatica, *Toplumsal Savunma İlkeleri*, (Çev. Sami Selçuk), 2. Basım, İmge Yayınevi, Ankara, 2005, s. 34.

³⁷ Gramatica, s. 109, 110.

³⁸ Giuseppe Bettioli, “Suç ve Cezanın Sukutu Meselesi” (Çev. Faruk Erem), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 1955, Cilt: 12, Sayı: 1, s. 3. EA: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/329/3311.pdf>, ET: 23.10.2018.

³⁹ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, Cilt:

Bir toplum sözleşmecisi olan Hobbes, “Leviathan”ın “cezalandırma hakkı nereden gelir” başlıklı bölümünde, devletin kurulmasından önce herkesin her şeyi yapmaya, dolayısıyla kendi varlığını korumak için herhangi birini boyun eğdirmeye, yaralamaya veya öldürmeye hakkı olduğunu, her devlette kullanılan cezalandırma hakkının temelini buna dayandığını ifade eder.⁴⁰ Benzer biçimde Rousseau suçlunun hüküm giymesini işini “özel bir iş” olarak tanımlayıp bu işin egemen varlığa bırakılmadığını, egemen varlığın kendi başına kullanamayıp başkasına bırakabileceği bir hak olduğunu ifade etmektedir.⁴¹ Ancak M.Ö. 8500’lerde ilk köylerin oluşmaya başladığını, M.Ö. 7000’lerde Çatalhöyük’te 5,000-10,000 civarında bireyin yaşadığı kentlerin oluştuğunu buna karşın krallık ve imparatorluk benzeri düzenli devlet yapılarının ancak tarihte ilk olarak M.Ö. 3100 civarında Mısır’da oluştuğunu, ilk yazılı kanunların ise M.Ö. 1776’da Hammurabi Kanunu olarak ortaya çıktığını⁴² düşünecek olursak, Hobbes ile Rousseau’nun savunduğu ve “tecrüde devleti/egemen gücü tarihin başından itibaren yetkili” gören toplum sözleşmesi teorisinin ütopyik kaldığını söyleyebiliriz. Bu konuda Selçuk benzer biçimde “devletin yaptırım uygulama, özellikle ceza verme yetkisini tekeline alması, hiç kuşkusuz uzun bir evrimin sonucudur. O nedenle devletler ortaya çıkar çıkmaz bu tekelin doğduğunu ileri sürmek elbette olanaksızdır.” demektedir.⁴³

Bir görüşe göre cezalandırma tarihsel süreçte bir hak olarak ortaya çıkmış ve zamanla yetkiye dönüşmüştür.⁴⁴ Ama bu hakkın toplumun

1, 11. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 1994, s. 43, 44.

⁴⁰ Thomas Hobbes, *Leviathan* (Çev. Semih Lim), 11. Basım, Yapı Kredi Yayınları, Ocak 2013, İstanbul, s. 232.

⁴¹ Rousseau, s. 50.

⁴² Yuval Noah Harari, *Sapiens-A Brief History of Humankind*, Vintage Books, London, p. 116-117.

⁴³ Sami Selçuk, “Eski Çağlarda Suç Hukuku”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, Cilt: 2, Ankara, 2015, Ankara Üniversitesi Yayınları, s. 1025. EA: <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/873.pdf>, E.T.: 16.11.2018.

⁴⁴ Veysel Dinler, *Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Isparta, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 44. EA: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, E.T.: 23.10.2018. Benzer biçimde Oppenheimer’ın “yargının faili mahkeme önüne gelme ve mahkemeyi (suçsuzluğuna) ikna etmeye zorlamak için etkin bir usulî metot tesis etmesiyle, devlet önce arabulucu, sonra hâkim olarak (anlaşmazlıklara) müdahil olmuştur; ancak hiçbir zaman taraf olmamıştır” düşüncesini de yeri gelmişken zikretmek gerekir. Oppenheimer, p. 34. Taraf olmama düşüncesini devletin suçun genel pasif süjesi olup olmaması bakımından değil, itham sistemindeki gibi itham

bizatihi kendi farazi soyut varlığında oluştuğu mülahaza edilebilir. Toplumun gelişim süreci boyunca şahısların –meşru müdafaa hakları saklı kalmak üzere- işlenmiş suçlardan doğan karşılık verme hakkına ilişkin olarak devlet aygıtını yetkilendirdiğini kabul etmek olanaklıdır. Zira -kişilere yönelmiş bazı suçlar bakımından- kısasa kısas ilkesi uygulanabilir ise de bu ilkenin tüm suçlar bakımından sürdürülebilirliği yoktur.⁴⁵ Böylece insanoğlu cezalandırmada standartlaşma ve “yasa önünde eşitlik” noktasına doğru yol almıştır. Bu şekilde devlet mekanizması yetkilendirilerek ihkak-ı hak yasağı şekillendirilmiştir. Dolayısıyla devlet aygıtı, cezalandırma yetkisini (hakkını değil) hakkın gerçek sahipleri olan ve kendi varlığına rıza gösteren gruptan almıştır.

Cezalandırmada “hak” tabiri “yetki”ye kıyasla daha geniş bir anlam tasavvur etmemize neden olmaktadır. Oysa devletin işlenen suçta ceza verme imtiyazı sınırlandırılabilir ve akla yatkın olmalı, evrensel insan haklarını zedelememelidir. Ancak buna rağmen devletin cezalandırma imtiyazının neden hak değil de yetki olması gerektiği salt bu argümanlarla açıklanamaz. Zira yetkinin olduğu gibi hakkın da doğal sınırları bulunmaktadır. Yetki kadar hak da sınırlandırılabilir bir görünüm arz etmektedir. Diğer taraftan, devleti cezalandırmada subjektif hak sahibi olarak adlandırırsak, “ubi societas, ibi ius” özdeyişiyle somutlaşan ve “toplumsal düzeni sağlayan hukuk anlayışının devlet aygıtından önce de var olduğu, hukukun devletle kaim olmadığı” fikrine aykırı bir yaklaşım sergilemiş oluruz. Zira devlet değil, toplumun bizatihi kendisi toplumsal düzene aykırı gelen davranışları tecziye etmek istemiş ve bunun için başlangıçta devlete ihtiyaç da duymamıştır.

edenle itham edilenin yargıç karşısında eşit pozisyonda olması, yargıcın kendiliğinden harekete geçmemesi, devleti temsil eden yargıcın taraftan ziyade hakem olması şeklinde düşünmek uygun olacaktır.

⁴⁵ “Kişinin başkalarına davrandığı gibi kendisine davranılması makul ve açık bir düşünce gibi görünmektedir. Başka birini öldüren kimsenin ölüme mahkûm olacağı aşikâr bulunacaktır. Ancak diğerinin gözünü çıkararak birinin gözünü oymada (etik gelişimimizin mevcut durumu gereği) hemen tereddüt edilecektir. Ayrıca kısas ilkesine göre tecavüz eden kişiye ne ceza verilecektir? Kant kastrasyon yoluyla diye düşünürdü. Fakat bunun bariz biçimde kısasa kısas ilkesinden ayrılma olduğu ortadadır.” Harald Hoffding, “State’s Authority to Punish Crime”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Year: 1912, Vol. 2 (5), p. 700-701. EA: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.tr/&httpsredir=1&article=1126&context=jclc>, ET: 04.11.2018.

Devletlerin oluşmasıyla beraber ceza hukukunun özel hukuktan kamu hukukuna doğru kaydığını⁴⁶ ve kamusal bir ilişki bağlamında ele alındığını, toplumun bu konuda devleti yetkilendirdiğini veya devletin aşırılıkların önüne geçmek maksadıyla cezalandırmayı tekeline aldığını söylemek mümkündür. Bir başka deyişle, toplum ilk başta örf ve adetlerine aykırı davranışları cezalandırmak ihtiyacı hissetmiş; toplumda ancak hukuk bilinci giderek geliştikten sonra ilkel ceza hukuku uygulamalarının (kişisel öç ve kısasta aşırılık, başkasının fiilinden sorumluluk gibi) yarattığı rahatsızlık nedeniyle toplum cezalandırma hakkına ilişkin olarak giderek güçlenen ve “tarafsız olduğu varsayılan” devleti yetkilendirmiştir diyebiliriz.⁴⁷ Dolayısıyla devletin cezalandırma hakkının yetkiye dönüşümü fikri, bu açıdan sosyal sözleşmecilerden ayrılabilir.

Tecziye yetkisinin toplum tarafından geri verilmemek üzere devlete tanınmış olması, mezkûr imtiyazın yetki kavramından uzaklaşıp hak kavramına yaklaşmasını gerektirmez. Yine devlet bu yetkiyi toplumun (ve günümüzde belli ölçüde uluslararası toplumun) belirlediği sınırlar dâhilinde kullanabilecektir. Toplumun tecziye bakımından devleti yetkilendirmesine paralel biçimde, af konusunda da devleti yetkilendirdiğini söylemek mümkündür. Bu bakımdan yetkide paralellik ilkesi gereğince devletin cezalandırmada münhasıran kendine tevdi edilmiş bir hakka değil, yetkiye sahip olduğunu söylemek mümkündür. Pozitif hukuk açısından konuya baktığımızda anayasa koyucununun 87. maddede TBMM’nin görev ve yetkileri arasında genel ve özel affa karar vermeyi saydığını, benzer biçimde 104. maddede Cumhurbaşkanı’nın görev ve yetkileri arasında -şartları olduğu takdirde kişilerin cezalarını hafifletmeye veya kaldırmaya yer verdiğini görüyoruz. Bu minvalde Soyaslan’ın “ne olursa olsun her hal ve durumda suçluyu cezalandırmak veya bağışlamak devlet için bir haktır.”⁴⁸ biçimindeki düşüncesine katılmak zordur. Dolayısıyla özellikle af konusu bakımından cezalandırmanın bir yetki olarak kabul edilmesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir.

⁴⁶ Roma’nın Krallık Dönemi’nde “suç hukukunun özel hukuk görünümünde olduğu” fikri için bkz. Selçuk, s. 1045.

⁴⁷ Kent devletinin insana özgü öç kavramına sınırlama getirmesi ve öç almaya meşru bir sınırlama çizmesi fikri için bkz. Selçuk, s. 1022.

⁴⁸ Doğan Soyaslan, “Af”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2001, Cilt: 18, s. 413. EA: http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg18/Soyaslan.PDF, ET: 07.10.2018.

B. AFFI MEŞRULAŞTIRAN NEDENLER

Düşünsel arka plan bölümünde kısaca görüşlerine yer verilen yazarların devletin cezalandırma yetkisine bir istisna teşkil etmesi bakımından af müessesesine mesafeli yaklaşıtlarını müşahede etmekteyiz. Ancak herhalde bu sonuç çok da şaşırtıcı, sürpriz bir çıkarım değildir. Zira özgürlükçü ceza hukuku⁴⁹ anlayışını benimsemiş bir devletin demokratik toplum düzeninin sınırları dâhilinde kendi vatandaşlarının her türden hak ve özgürlüğünü güvenceye alması, bu hak ve özgürlüklere yöneltilen tehditleri bertaraf etmek amacıyla suç ve ceza politikası gütmesi; o devletin bizatihi kendi varoluş sebebidir, içkin özüdür. Af gibi cezayı veya suçu tamamen/kısmen ortadan kaldıran bir müesseseye gerek toplumun gerekse düşünürlerin mesafeli olması anlaşılabilir bir tepkidir. Bu noktada affı neyin meşrulaştırdığını ortaya koymak gerekir.

Affı meşru kılan yegâne gerekçelerden biri, adli hatalardır. Adalet denilen kavramın yahut neyin adil olduğunun izafiliği, her halde izah-
tan varestedir. Diğer taraftan normalde “kesin hüküm” kavramı hakikatini ifadesi kabul edilirken kimi zaman kesin hükmün adli hatanın bir ifadesi olduğu türden hadiseler de rastlanmaktadır.⁵⁰ Dolayısıyla gerek yasaların gerekse o yasaları uygulayan yargıçların her zaman adil olabileceklerini topyekûn kabul etmek mümkün değildir.⁵¹ Ceza usul mevzuatının son derece mükemmel olduğu, yargıçların en ehil kişiler arasından seçildiği yerlerde dahi bazen adli hataların yapılması imkân dâhilindedir.⁵² Af yetkisi adli hataların düzeltilmesinde son

⁴⁹ Toroslu, özgürlükçü ceza hukukunu “mağdura ve suçluya, sosyal savunmaya ve özgürlüklere ilişkin şartların dengeli bir sentezini sağlayarak, bir yandan özel ve kamusal sülhlerin saldırlarına karşı vatandaşların temel haklarını, sosyal menfaatleri, demokratik kurumları, yani uygar bir biçimde birlikte yaşamak için gerekli olan şartların bütününe koruyan, öte yandan da bireylere hukukî kesinlik ve eşitlik sağlayarak, tarafların aleti haline gelmeyecek ve adli keyfilikleri önleyecek şekilde oluşturulan bir ceza hukuku” olarak tanımlamaktadır. Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 17. Basım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2012, s. 23.

⁵⁰ Faruk Erem, “I. Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 1962, Cilt: 19, Sayı: 1, s. 4. E.A.: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/340/3578.pdf>, ET: 23.10.2018.

⁵¹ Neticede beşeri adaletin hiçbir zaman ilahi adalete erişmek gibi bir kaygısı olmakla birlikte ceza muhakemesinin asıl amacı mutlak gerçeği değil, maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır.

⁵² Keyman, s. 34.

çare olabilir.⁵³

Doğal hukuk ekolünün önemli isimlerinden Cicero “toplumların kurumlarına ve yasalarına göre belirlenmiş her şeyin adil olduğunu düşünmek tam bir budalalık olur.”⁵⁴ diyerek gerek kurumsal olarak yasama, yürütme ve yargı mercilerinin yaptığı işlemlerin gerekse yasaların bizatihi kendisinin adalet duygusunu zedeleyebileceğini ifade etmiştir. Gerçekten “mahkemelerde yargılayan aslında yargıçlar değil, devletin kişiliğini temsil eden egemen güç”⁵⁵ ise, özellikle politik yansımaları olan davaların -kimi zaman istemli kimi zaman istemsiz biçimde- vicdanı yaralayan sonuçlar doğurması olasıdır. Bu bakımdan kimi zaman politik niteliği olmayan davalarda adli hataların oluşması kimi zamansa siyasi niteliği ağır basan davaların adil olmayan sonuçları affı meşru kılabilir.

Adalet duygusunun zedelenmesinin bir örneğini politik yansımaları haiz bir dava olan Debs v. U.S. davasında görmek mümkündür.⁵⁶ Bu davada Amerika Birleşik Devletleri’nin 1. Dünya Savaşı’na katılmasına karşı çıkan, savaş karşıtı söylemlerde bulunan ve kapitalizmi yeren konuşmalar yapan sosyalist politikacı Eugene V. Debs, 1917 tarihli Kontrespiyonaj Yasası’na (Espionage Act) dayanılarak 10 yıl hapis cezasına çarptırılmıştı. Savunma tarafının Amerikan Anayasası’nın Haklar Bildirgesi’ndeki (Bill of Rights) ek 1. maddede⁵⁷ belirtilen ifade özgürlüğü (right of free speech) temeli üzerine kurguladığı davada Yüksek Mahkeme, mezkûr yasanın Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiş ve cezayı onamıştı. Davada konumuz bakımından önem arz eden husus, 1919’da Debs hapse girdikten 2 yıl sonra sağlık durumunun da kötüleşmesiyle beraber dönemin Amerikan Başkanı Harding’in infaz edilen süreye göre Debs’in cezasını kısaltma (commutation of sentence) yoluna gitmesidir. Bu işlemin savaşın sona ermiş olmasından

⁵³ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Cilt: 2, 2. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 2399.

⁵⁴ Cicero, Yasalar Üzerine (Çev. C. Cengiz Çevik), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 3. Basım, Ocak 2018, İstanbul, s. 22.

⁵⁵ Hobbes, s. 204.

⁵⁶ Kararın tam metni için bkz. Debs v. U.S., 249 U.S. 211 (1919). EA: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/211/>, ET: 06.10.2018.

⁵⁷ Söz konusu düzenlemeye göre Kongre ifade ve basın özgürlüğünü kısıtlayacak yasa çıkartamaz. “Congress shall make no law... abridging the freedom of speech or of the press...” bkz. Bill of Rights, EA: <https://www.constitutionfacts.com/us-constitution-amendments/bill-of-rights/>, ET: 10.02.2019.

da kaynaklandığı düşünülebilir. Somut vakıanın sarih biçimde ortaya koyduğu gerçek, cezai nitelikteki kanunların uygulanmasında kimi zaman haksız sonuçlar doğabileceği, bu bakımdan af yetkisinin bu haksızlıkları gidermede önemli bir fonksiyona sahip olduğudur.

Yukarıda ifade edilen hususları göz önünde tutmak gerekmele birlikte, af kanunlarının meşruluk nedenlerini salt adli hatalardan hareketle açıklamaya çalışmak doğru bir hareket tarzı olmayacaktır. Af, adli hataların önüne geçmek için çok istisnai ve tali bir yol olarak görülmemelidir.⁵⁸ Zira en başta adli hataları mevcut hukuksal düzen içerisinde giderebilecek yargılamanın yenilenmesi gibi yollar mevcuttur. Hatta Erem, yargılamanın yenilenmesi kurumunun adli hatanın giderilmesinde aftan daha doğru olduğunu şu şekilde belirtmekte ve aksi bir yaklaşımın yaratabileceği önemli bir tehlikeye işaret etmektedir: “Lehe muhakemenin iadesinde masum olduğu halde mahkûm edilmiş bir kimse bahis konusu olabileceğine göre affın hukuken izahına imkân yoktur. Bir insan, masum olmak kusurundan dolayı mı af edilecektir? Burada gerekli olan şey «af» değil, «hata»nın topluca tamiridir. Esasen adli hataların tamirinde de kullanılmış olmasına rağmen affın maksat ve gayesi bilhassa bu değildir. Adeten af, adli hataların tamirine arızî ve istisnâî bir çaredir. Kaldı ki, kazaî kararlarda hata edilmesinden dolayı af yetkisinin kullanılması düşündürücü bir haldir. Yargılama konusunda hata edilmiş ise bu hata yine yargılama organlarında giderilmelidir. Zira, başka organların hükümlerde hata görmesi yolu açılmamalıdır. Bunun sonu «yargılama erki» ne müdahale ile biter.”⁵⁹

Affin çıkarılma amaçlarından bir diğeri de cezaevlerinin doluluk oranının düşürülmesidir. Buna örnek olarak 2006 İtalyan Af Kanunu verilebilir. Söz konusu Kanun ile İtalyan cezaevlerindeki yüksek doluluk oranı düşürülmek istenmiş⁶⁰ ve 22.384 mahkûm serbest bırakılmıştır.⁶¹ Yine İtalya’da 1959-1995 yılları arasında çıkarılan bir dizi affın ha-

⁵⁸ Yalçın Sancar, s. 39.

⁵⁹ Erem, s. 6.

⁶⁰ Stefano Maffei, Isabella Merzagora Betsos, “Crime and Criminal Policy in Italy- Tradition and Modernity in a Troubled Country”, *European Journal of Criminology*, Year: 2007, Vol. 4 (4), p. 467. EA: <https://doi.org/10.1177%2F1477370807080722>, ET: 07.10.2018.

⁶¹ Barbarino/Mastrobuoni’nin çalışmasının gerek güncel tarihli (2014) olması gerekse de çalışmada Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria raporuna atıfta bulunulması sebebiyle salıverilen mahkûm miktarı 22.384 olarak alınmıştır. Alessandro Barbarino, Giovanni Mastrobuoni, “The Incapacitation Effect of In-

pishane popülasyonu üzerindeki etkisinin kısa süreli olduğu, bu yıllar arasında hapisane popülasyonunun yıllık 449 kişi arttığı, af kanununun çıktığı yıllarda popülasyonun 3.700 kişi düştüğü, ancak aftan hemen sonraki yıllarda popülasyonun 2.944 kişi arttığı saptanmıştır.⁶² Başka bir deyişle, hapisane popülasyonunun -affin çıkarıldığı yıllar hariç- yıllık ortalama artış hızı 1.165 kişi olduğundan, afların hemen ertesinde popülasyon diğer yıllara oranla takriben 2,5 kat artmaktadır.⁶³ Bu veri ışığında suç işlenmesine doğrudan ya da dolaylı etkide bulunan etmenlerin kriminolojik açıdan giderilmediği durumlarda affin pratikte faydasının ne olduğunu sorgulamak olanaklıdır. Tutuklevlerinin boşaltılmasına matuf af girişimlerinin bu bakımdan daha çok sayısal verilere dayalı çalışmalar ışığında bilimsel olarak yeniden değerlendirilmesi gerekliliği tezahür etmektedir.

Türkiye açısından af kanunlarının hapisane popülasyonuna etkisi yönünden benzer türde bilimsel analizlere rastlanamamış olmakla birlikte, kamuoyunda “Rahşan affi” olarak bilinen 4616 sayılı Kanunla getirilen düzenleme sonucunda hapisane popülasyonunun 70.000 civarından 40.000’e düştüğü, ancak 3 yılda % 60 artarak 64.000’e yükseldiği ifade edilmektedir.⁶⁴ Dolayısıyla İtalya örneğine benzer biçimde Türkiye’de de af çıkarıldıktan sonra üç yıl gibi kısa bir sürede hapisane popülasyonunun neredeyse eski haline döndüğünü görmekteyiz. Bununla birlikte 2004’te yasalaşan 5237 ve 5275 sayılı Kanunlardaki bazı hükümlerin, eski yasal düzenlemelere kıyasla daha ağır olması hususunun cezaevlerindeki mahkûm popülasyonunun artmasına etki ettiği söylenebilir.⁶⁵

carceration: Evidence From Several Italian Collective Pardons”, *American Economic Journal: Economic Policy*, Year: 2014, Vol. 6, No. 1, p. 2, 10. E.A.: <https://doi.org/10.1257/pol.6.1.1>, E.T.: 23.11.2018. Bunun dışında farklı salıverilen miktarlarıyla da karşılaşılmaktadır. Örneğin, Maffei/Betsos 2007’de yazdıkları makalede 2006 af kanunuyla 15.000’den fazla mahkûmun serbest bırakıldığını belirtmektedirler. Maffei, Betsos, p. 467. Konu hakkında dünya basınına yansıyan haberlerdeyse salıverilen mahkûm miktarının 25.000 civarında olduğu belirtilmiştir. John Hooper, “Pardon Makes a Mockery of 90% of Italian Trials”, *The Guardian*, 8 November 2006. EA: <https://www.theguardian.com/world/2006/nov/08/italy.johnhooper>, ET: 07.10.2018.

⁶² Burada belirtilen değerler, 1959-1995 yılları arasındaki ortalama değerlerdir. Barbarino, Mastrobuoni, p. 8.

⁶³ Barbarino, Mastrobuoni, p. 8-9.

⁶⁴ İlgili haber için bkz. EA: <https://www.ajanshaber.com.tr/iste-turkiyenin-genel-af-karnesi-haber-13585>, ET: 24.11.2018.

⁶⁵ 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun’un (mülga) 19/1’inci maddesi ile 5275

Her ne kadar Demirbaş cezaevlerinin boşaltılması isteğini affın amaçları arasında saysa da⁶⁶, böyle bir amacın meşruiyetini mercek altına almak gerekir. Zira cezaevlerinin dolu olması nedeniyle devletin cezalandırma yetkisinden vazgeçmesi, toplumda ceza adaletinin doğruluğu ve işlerliğine olan inancı zedeleyecek⁶⁷ ve nihayetinde devlet kavramının sorgulanmasına yol açacaktır.⁶⁸ Af için gerçek bir zorunluluk olmadığı halde, sırf siyasi rant elde etmek için cezaevlerini boşaltma gibi hukuksal ve insanî temeli olmayan fikirlerden hareketle affa sarılmak, hem toplumsal barışa katkı sağlamayacak hem de toplumda adalete olan güveni sarsacaktır.⁶⁹ Dolayısıyla toplumsal ve ekonomik şartlar düzeltilmeden, cezaevlerinin dolmasına yol açan nedenler hesaba katılmadan, doluluğundan şikâyet edilen cezaevlerini boşaltmanın bir yolu olarak affa başvurmak, son derece sağlıklı bir yaklaşımdır.⁷⁰

Genel olarak affı meşrulaştıran sebeplere çeşitli eleştiriler getirilmekle birlikte, af yetkisine yöneltilen bu eleştiriler aslında yetkinin kötüye kullanılmasından kaynaklanan sakıncalara dayanmaktadır. İyi şekilde kullanıldığı ve aşırıya kaçılmadığı takdirde bu yetkinin çeşitli hukuki ve sosyal faydalarından kuşku duymamak gerektiği doktrinde dile getirilmektedir.⁷¹

sayılı Kanun'un 107/2'nci maddesini kıyasladığımızda yeni düzenlemeyle koşullu salıverme sürelerinin arttırıldığını görmekteyiz. İki düzenlemenin karşılaştırması için bkz. Demirbaş, s. 663-664. Her ne kadar 5237 sayılı Kanun'un 7/3'üncü maddesi gereği, koşullu salıvermeye ilişkin hükümler hariç olmak üzere, infaz rejimine ilişkin hükümler derhal uygulanacaksa da, koşullu salıvermeye ilişkin şartların 5275 sayılı Kanunla ağırlaştırılmasının cezaevi popülasyonuna olumsuz etkide bulunduğu mülahaza edilebilir. Bu mülahazaya 5237 sayılı Kanun'la getirilen ve cezaların içtimai sonucunu doğuran hükümler (Ör.: 267/4 ve 272/5 md.ler nedeniyle md. 109'dan da ceza verilmesi veya md. 43/3 kapsamında bazı suçlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanamaması) sebebiyle mahkum popülasyonunun artmış olabileceği hususu da eklenebilir.

⁶⁶ Demirbaş, s. 685.

⁶⁷ Maffei/Betsos, yukarıda zikredilen çalışmalarında ceza adaleti sistemine kamusal güven açısından asıl zararlı etkiyi 2006'da çıkarılan yasanın verdiği sonucuna varmışlardır. Maffei, Betsos, p. 478- 479.

⁶⁸ Kuzu, s. 255.

⁶⁹ Yalçın Sancar, s. 8.

⁷⁰ Yalçın Sancar, s. 39.

⁷¹ Toroslu, s. 457.

C. TÜRK HUKUKUNDA AF

1. Genel Olarak

Türk Anayasalarında af geçmişten bugüne yer almıştır. Osmanlı İmparatorluğunda cezaların tahfifi ve affına yönelik yetki, 1876 Anayasasının 7. maddesiyle Padişaha tanınmıştı.⁷² 1924 Anayasası 26. maddede “genel ve özel af ilân etmek, cezaları hafifletmek ve değiştirmek, kanun soruşturmalarını ve kanun cezalarını ertelemek, mahkemelerden çıkıp kesinleşen ölüm cezası hükümlerini yerine getirmek gibi görevleri Büyük Millet Meclisi ancak kendisi yapar.” derken, 42. maddedeyle Cumhurbaşkanına “Hükümetin teklifi üzerine, daimî mâlûllük veya kocama gibi özlük sebeplerden dolayı belli kimselerin cezalarını kaldırabilme veya hafifletebilme” yetkisini vermiştir.⁷³

1961 Anayasası 64 ve 97. maddelerinde af yetkilerini parlamento ve Cumhurbaşkanı arasında paylaşarak günümüze yakın bir af düzenlemesi getirmişti.⁷⁴ 1982 Anayasası’na baktığımızda, anayasa koyucu tarafından 87. maddede Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin nitelikli çoğunlukla genel ve özel af⁷⁵ ilanına karar vermek için yetkilendirildiği görülmektedir.⁷⁶ Bunun yanında 104. maddede sürekli hastalık,

⁷² 1876 Anayasası metni için bkz. EA: <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1876/1876ilkmetinler/1876-ilkhal-turkce.pdf>, ET: 15.11.2018.

⁷³ 1924 Anayasası metni için bkz. EA: <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/mevzuat/anayasalar/1924.html>, ET: 29.10.2018.

⁷⁴ 1961 Anayasası metni için bkz. EA: <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm>, ET: 15.11.2018.

⁷⁵ Gözler, TBMM’ye hem amnisti (genel af) hem de gras (özel af yetkisi) tanınmasını ve böylece gras yetkisini Cumhurbaşkanı ve TBMM’nin paylaşmasını ilginç bulduğunu belirtmektedir. Konuya ilişkin tartışma ve ek bilgi için bkz. Gözler, s. 327.

⁷⁶ TBMM’nin af yasalarına ilişkin olarak Atila şöyle demektedir: “TBMM’nin af işlemi de genel manada bir idari işlemdir. Anayasa’nın 125. maddesi gereği “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır”. TBMM, af iradesini bir “kanun” ile ortaya koyar. Dolayısıyla TBMM tarafından çıkarılan af yasalarına karşı da anayasaya aykırılık iddiasıyla yargı yoluna başvurulması (iptal davası açılması) mümkündür.” Atila, s. 282. Mezkûr düşüncenin yasayı idari işleme indirmek gibi bir mantıksal sakatlıkla malûl olduğu sarihdir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında “Af, yargısal sonuçlar doğursa da, niteliği itibariyle bir yargı işlemi değildir; yas(a)ma ya da devlet başkanı tarafından tesis edilen bir yürütme işlemidir.” diyerek TBMM’nin af işleminin bir yasama işlemi olduğunu, Cumhurbaşkanının af işlemininse bir yürütme işlemi olduğunu tespit etmiştir. Dolayısıyla affin bir idari işlem sayılması uygun olmayacaktır. AYM Kararı, E. 1985/30, K. 1986/10, KT: 18.3.1986. E.A.: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/341c0b89-3990-41c3-900d-a384b5e670ed?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.: 21.10.2018. Af kurumunun af ilanında izlenen usule göre yasama veya yargı tasarrufu olarak kabul edilmesi yönündeki benzer görüş için bkz. Can, s. 1295.

sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletme veya kaldırma yetkisi Cumhurbaşkanına tanınmaktadır.⁷⁷

2. Tasnif ve Terminoloji Meselesi

Affin Anayasada genel ve özel af olarak ikiye ayrıldığı, genel ve özel affın TBMM'nin görev ve yetkileri kapsamında sayıldığı, koşulları olduğu takdirde Cumhurbaşkanının istisnai olarak kişilerin cezalarını hafifletebileceği veya kaldırabileceği yukarıda belirtilmişti. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "dava ve cezanın düşürülmesi" başlıklı dördüncü bölümünde affa yer verilmiştir. (md. 65) Burada kanun koyucunun Anayasaya uygun biçimde genel-özel af tabirlerini kullandığı görülmektedir.

Pozitif hukuk bakımından terminoloji konuyu çok basit biçime indirgese de, doktrinde konuya eğilen ilk yazarların⁷⁸ genel ve özel affı muhtelif açılardan tasnife tabi tuttukları görülmektedir.

a. Genel Affın Tasnifi

Meray 1944 yılındaki bir çalışmasında, umumi affı, "tam umumi af" ve "nakıs umumi af" olarak ikiye ayırmaktadır.⁷⁹ Bu bağlamda; tam umumi af "kati olarak hükmedilememiş ve bakılmakta olan

⁷⁷ Af yetkisinin hangi oranda olması gerektiği tartışmalarına ilişkin uygulanabilirliği tartışmalı bir öneriyi Dönmezer-Erman ortaya atmaktadır. Yazarlar "genel af yetkisinin politik etkilerden kurtarılması gereklidir. Siyasal etkilere açık olan yasama organının bu konuda sahip olması zorunlu olan yetkinin bu etkilerden mümkün olduğu kadar kurtarılması için, önceden yasama organınca genel affın yapılmasına karar verilmesi, böylece Devlet Başkanına yetki veren bir kanunun yayınlanması ve bu kanun çerçevesinde af yetkisinin Devlet Başkanınca ferdileştirilerek kullanılması yerinde olur. Bu suretle af yetkisi adeta ikili bir aşamadan sonra kullanılabilir: önce yasama organı bu yetkinin kullanılması için gerekli durumun ve ortamın bulunduğu ve hangi sınırlar içerisinde geçerli olabileceğine karar verecek, ondan sonra Devlet Başkanı yetkiyi somut bir biçimde kimler ve ne gibi suçlar hakkında kullanacağını belirleyecektir." düşüncesini savunmaktadır. Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt: 3, 12. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 218. Bu öneri, -dönemin siyasal rejimi göz önünde tutulduğunda- af yetkisinin yürütme organınca siyasal etkilerden bağımsız biçimde kullanılması için ortaya atılmıştı. Türkiye'nin bugünkü siyasal rejimi bakımından, devlet başkanlığı makamının siyasal bir fonksiyonu haiz bulunması nedeniyle yazarların hareket noktasının artık geçerli olmadığı mülahaza edilmektedir.

⁷⁸ Bu kapsamda Seha Meray'ın 1941 tarihli "Ceza Hukukunda Af" ve Selahattin Keyman'ın 1965 tarihli "Türk Hukukunda Af" eserleri üzerinden tasnif biçimleri incelenecektir.

⁷⁹ Bu konuya ilişkin Meray'ın açıklamaları için bkz. Meray, s. 17.

âmme davasını ortadan kaldırır”, nakıs umumi af ise “katiyet kesbetmiş mahkûmiyetlere, hükümden sonra müdahale ederek, onların cezai neticelerini ortadan kaldırır.” Oysa bu ayırım oldukça yapaydır. Zira Keyman’ın da belirttiği gibi, genel af esas itibariyle geçmişin unutulması anlamına gelir.^{80/81} Geçmişin unutulması ifadesi, içinde hem suçun hem de cezanın ortadan kalkması anlamlarını ihtiva ettiğinden, nakıs umumi affın tek başına cezai neticeleri ortadan kaldırdığını savunmak, genel affın doğasıyla çelişmek, onu özel affa benzetmek olacaktır. Bu hususta Keyman, İtalyan Ceza Kanununda tam olmayan genel affa asli ve fer’i cezaların ortadan kalkacağına, ancak mahkûmiyetin cezai neticelerinin olduğu gibi kalacağına öngörüldüğünü aktarmaktadır.⁸² Dolayısıyla Meray’ın nakıs umumi af tabiriyle bu ayırımı kastetmiş olabileceği mülahaza edilmektedir.

Meray, aftan istifade edecekler bakımından genel affı külli, kısmi, şarta bağlı ve mutlak umumi af olarak dörde ayırmaktadır.⁸³ Keyman ise umumi affı üçlü tasnife tabi tutmakta; tam genel af-tam olmayan genel af, mutlak genel af-umumi genel af⁸⁴-kısmi genel af, taliki şartlı genel af-infisahi şartlı genel af olarak ayırmaktadır.⁸⁵

b. Özel Affın Tasnifi

Meray; özel (hususî) affı ana başlık olarak gayri şahsi hususî af ve hususî af biçiminde, alt bölüm olarak belirttiği hususî affı ise şahsi hususî af-kollektif hususî af olarak bölümlendirmektedir.⁸⁶ Bir kere bu ayırımın, hem üst başlığın hem alt başlığın “hususî af” olarak nitelendirilmesi nedeniyle karmaşa yarattığını belirtmek gerekir.

⁸⁰ Keyman, s. 43.

⁸¹ İngilizcede “amnesty” (genel af) kelimesini Latince “abolitio” ve “amnestia” kelimeleri karşılamaktadır. EA: <http://latin-dictionary.net/search/english/amnesty>, ET: 27.10.2018. “Abolitio” nun bir anlamıysa “bir şeyin iz ve delillerini yok etmek, hafızadan tamamen silmek” anlamına gelen “obliteration” kelimesidir. EA: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/obliteration>, ET: 27.10.2018.

⁸² Keyman, s. 58.

⁸³ Meray, s. 17-19.

⁸⁴ Gözler ise umumi ve genel tabirlerinin aynı şeyi ifade etmesi hasebiyle bu tabiri kullanmadığını belirtmektedir. Gözler, s. 298.

⁸⁵ Keyman, s. 57-63.

⁸⁶ Meray, s. 42-43.

Keyman ise daha sistematik bir yaklaşım sergileyerek özel af kavramını, cezaya olan tesirine göre, yararlanacak suçlulara göre ve şarta tabi olmasına göre üçe ayırmaktadır.⁸⁷ Cezaya tesir yönünden özel af, cezayı tamamen kaldıran özel af-cezayı azaltan özel af- cezayı değiştiren özel af olarak tasnif edilir. Yararlanacak kişiler bakımından özel af ferdi özel af-toplu özel af olarak bölümlenirken, şarta tabi olma bakımından taliki şartlı-infisahi şartlı özel af olarak ayrılmaktadır.

c. Terminoloji Karmaşası

Görüldüğü üzere genel ve özel affı tasnif çabaları konuyu daha karmaşık hale getirmiş, bazı af türlerinin anlaşılmasına neden olmuştur. Yukarıda anlatılan af türlerinin farklı ülkelerdeki farklı af uygulamalarından kaynaklandığı görülmektedir. Bu husus af konusunda yapılacak mukayeseli hukuk çalışmalarını terminolojik bakımdan zorlaştırmaktadır. Örneğin, Gözler 22 ülkeyi kıyasladığı bir çalışmada bu zorlukları göz önünde tutarak genel-özel af kavramlarını kullanmaktan kaçınmıştır. Yazar, söz konusu çalışmada Türk hukuk doktrininde bulunan “genel af” ve “özel af” kavramlarının Fransız literatüründeki “amnistie” ve “grâce” kavramlarını karşılamadığını belirterek “amnistie”nin genel af, “grâce”ın ise özel af olarak tercüme edilmesine karşı çıkmaktadır.⁸⁸ Bu terminolojik karmaşanın konuyu anlamayı kolaylaştırmaktan ziyade zorlaştırdığı, bu nedenle söz konusu sınıflandırmanın yerinde olmadığı mülahaza edilmektedir. Affın sistematik incelenmesi bakımından daha çok affın hukuki niteliği ve hukuk dünyasında yarattığı sonuçlara eğilmek gereklidir.

3. Affın Hukuki Niteliği

a. Tanım

Af, yukarıda da ifade edilmeye çalışıldığı şekilde, -cezalandırmanın bir nevi ters-fonksiyonu olarak- cezaya ya da hem suç hem de cezaya yönelmiş bir işlemdir. Cezalandırma nasıl ki mahkemenin verdiği bir karara dayanan kolektif bir yargısal işlem olarak vücut

⁸⁷ Konuya ilişkin ek açıklamalar ve tasnif yöntemi için bkz. Keyman, s. 67-72.

⁸⁸ Gözler, s. 300.

buluyorsa, af işlemi de kimi zaman bir yasama işlemine kimi zaman bir yürütme işlemine dayanarak, ama her seferinde siyasi bir tasarruf olarak⁸⁹ vücut bulur. Bu bağlamda affı, suç teşkil eden fiiller için devletin tecziye yetkisini ortadan kaldıran yahut verilmiş olan cezaların kısmen/tamamen infazını önleyen bir yasama veya yürütme işlemi⁹⁰ olarak tanımlamak mümkündür. Bu kapsamda affın atıfet⁹¹ niteliğini haiz olup olmadığının ve bu tartışmadan çıkan sonuçların da tartışılmasında fayda vardır.

b. Affın Atıfet Niteliği

Af gerçekten bir atıfet işlemi midir? Özel affın atıfet niteliği yadsınmamakla birlikte, genel af asla yalnızca bağışlamak, bahşetmek değildir; genel af daha çok maziye bir daha açmamak üzere kapatmak, unutmaktır.⁹² Dolayısıyla özel affın atıfet niteliğinde olduğu tartışmadan münezzehdir.

Bu durum genel af ve özel affı temel bir noktada ayırtırmaktadır. Genel af -özünde "oblivionis"⁹³ bulunduğu- geçmişe ve bugüne etkili biçimde suçu, mahkûmiyeti, mahkûmiyete bağlı her türlü ehliyetsizliği bertaraf etmekteyken; özel af -indulgentia/indulgence⁹⁴ sıfatıyla- etki ve sonuçları bakımından geleceğe yönelmiştir.⁹⁵ Bu bağlamda mezkûr husustan çıkan bir başka sonuç da, genel affın fiile, özel affın şahsa/cezaya yönelmiş olmasıdır.⁹⁶ Zira suçu ve cezayı ortadan

⁸⁹ Affın bir kazai (yargısal) tasarruf değil, siyasi tasarruf olduğu fikri için bkz. Özek, s. 133.

⁹⁰ Özek'in tanımına şöyledir: "Af, suç teşkil eden fiiller için ceza vermek hakkını ortadan kaldıran, verilmiş olan cezaların kısmen veya tamamen infazını önleyen, yetkili mercilerce yapılmış hukukî tasarruflardır." Özek, s. 119.

⁹¹ Arapça kökenli bir isim olan "atıfet" kelimesi, "iyilik, bağış, lütuf, karşılık beklemeden gösterilen sevgi" anlamına gelmektedir. Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, Cilt: 1, Ankara,1988, s. 102.

⁹² Meray, s. 8; "Genel af suçun yaptırımının bağışlanması değil, bütün neticeleriyle silinip ortadan kaldırılması olduğundan (TCK m. 65/1) geçmişin unutulması anlamına gelir. Özel affın esası ise, bir suçu bağışlamak, mazur görmek şeklinde tezahür eder." Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 2403.

⁹³ Latince "oblivionis" affetme, unutma anlamındadır. Günümüz İngilizcesinde dahi "oblivion" kelimesi affetme, unutulma olarak kullanılmaktadır.

⁹⁴ Katolik Roma'da cezaların hafifletilmesi anlamında indulgentia tabiri kullanılmaktaydı. Ayrıntılı bilgi için bkz. EA: <http://www.newadvent.org/cathen/07783a.htm>, ET: 24.02.2019.

⁹⁵ Meray, s. 53.

⁹⁶ Meray, s. 52.

kaldıran bir kavram olarak genel af doğal olarak fiile odaklanmaktadır.⁹⁷ Dolayısıyla genel af bir atıfetten ziyade bir unutmaya iradesidir. Esasen, unutmaya eylemi özünde bağışlamayı barındırmakla beraber, unutmaya bağışlamaktan daha fazlasını özünde ihtiva etmektedir.

Gerçek her ne kadar böyle ise de, Türk doktrininde genel af ile özel af bakımından yukarıda açıklanan ayrıma değinilmediği, af türlerini genel olarak atıfet işlemi olarak kabul etme eğiliminin bulunduğu müşahede edilmektedir.⁹⁸

Affin kapsamına girmeyen bireyler bakımından, bu kişilerin af talebinde bulunabileceğine dair bir hak oluşmayacağı yönünde gerek yargı içtihatlarında⁹⁹ gerekse doktrinde¹⁰⁰ sarıh bir eğilim mevcuttur. Başka bir deyişle, bireyler affın atıfet veya unutmaya niteliğine dayanarak kendilerinin de benzer durumda bulunduğu ve affedilmeleri ge-

⁹⁷ Bu argümana karşı çıkan Özek genel affın fiili suç olmaktan çıkardığını kabul etmemekte, genel affın suçu kaldırmadığını, ancak kamu davasını ortadan kaldırdığını savunmaktadır. Özek, s. 140-142. Bettiol'e göre; kanunlar ve doktrin genel affı ceza davasını düşüren bir sebep olarak, özel affı ise cezayı düşüren bir sebep olarak ele almaktadır. Bettiol, s. 3. Ancak bu eleştirilere karşılık, genel affın fiili suç olmaktan çıkarıp çıkarmamasından ziyade genel affın işlenmiş olan fiilin unutulmasına yönelik olduğu söylenebilir. Fiil unutulduğunda zaten ortada ceza normunun somutlaşmış maddi unsuru da kalmayacaktır. Dolayısıyla genel affın unutmaya iradesini, özel affın bağışlama iradesini barındırdığını kabul etmek daha iyi bir çözüm olacaktır.

⁹⁸ Genel affın atıfet muamelesi sayılmaması gerektiğine değinen çalışmalar için bkz. Keyman, s. 56. Özek, s. 8. Alacakaptan af müessesesine ilişkin bir çalışmada "af ve benzeri atıfet muameleleri" ifadesini kullanmış, özel affın atıfet niteliğinden ayrıca bahsetmemiştir. Buradan hareketle yazarın genel-özel af arasında ayrım gözetmeden hepsini atıfet işlemi saydığını kabul etmek olanaklıdır. Uğur Alacakaptan, "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıvermeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanuna Genel Bir Bakış", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2001, Sayı: 18, s. 399. E.A.: http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg18/alacakaptan.pdf, E.T.: 04.11.2018. Soyaslan genel affın bir "unutmaya" olduğuna değinmekle birlikte, "özel af da bir atıfet [atıfet] muamelesidir." demektedir. Soyaslan, 2001, s. 416, 422.

⁹⁹ Anayasa Mahkemesi somut norm denetimiyle önüne getirilen bir davada, af kanununun belirli tarihler arasında işlenen suçları kapsamaması konusunu ele alırken şu yorumu yapmaktadır: "Anayasamızda fertlerin temel hak ve hürriyetleri arasında aftan yararlanma diye bir hak gösterilmiş değildir. Bu sebeple suçlular, affedilmelerini bir hak olarak isteyemezler. Anayasa'nın affa yetkili kıldığı merci affın kapsamını da belli etmeye yetkilidir." AYM Kararı, E: 1964/12, K: 1964/47, KT: 09.06.1964. EA: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/51f0e578-a91a-47e3-a5fb-e346a85def49?excludeGerekce=True&wordsOnly=False>, E.T.: 07.10.2018.

¹⁰⁰ Can, 2016, s. 1297. "Mahkûm affedilmek hususunda bir hakkı olduğunu iddia edemez." Adam, 1941, s. 861. Özek, 1959, s. 134.

rektiğini ileri süremezler. Buna benzer biçimde Özbudun yasamanın af konusundaki takdir yetkisinin sınırlarının tespiti bakımından “kamuooyuyla en yakın temas halinde bulunan devlet organının yasama olduğu, bu nedenle bu organın af konusundaki takdir hakkının sınırlandırılmasının affın bir “atıfet” olma niteliğiyle bağdaşmayacağı”nı öne sürmektedir.¹⁰¹ Dolayısıyla anayasal sınırlar dâhilinde kalmak kaydıyla, yasamanın affın kişi ve madde yönünden kapsamını belirlemek bakımından yasamanın genellik ve asliliğinden kaynaklanan bir takdir yetkisi olduğu yadsınamaz. Ancak yasa koyucunun takdir yetkisinin doğal sınırını özel olarak eşitlik ilkesi, genel olarak hukuk devleti ilkesinin oluşturduğunu söyleyebiliriz.¹⁰² Yasa koyucu sınıflandırma ve farklılaştırmadaki takdir yetkisi¹⁰³ bakımından, eşitlik ilkesinin bağlayıcılığı nedeniyle tamamen serbest değildir.

c. Genel-Özel Af Arasındaki Farklar

Doktrinde bir görüş genel af-özel af arasındaki farkları şöyle izah etmektedir:¹⁰⁴

- Genel af belirli bir şahsı değil, fakat bazı durumlarda veya belirli bir zamanda yapılmış olan kanuna aykırı hareketlerin şu veya bu nevelerini hedef alan genel bir tedbirdir. Hâlbuki özel af şu veya bu şahsı hedef alan ve suçun içeriğini değil, suçlunun şahsiyetini göz önüne alan bir tedbirdir.
- Genel af bütünsel ve köklü neticeler doğurur. Hâlbuki özel affın neticeleri kısmî ve sınırlıdır.
- Genel af açılan kamu davalarını durdurur ve henüz açılmamış olanlar açılmaz. Hâlbuki özel af mutlaka mahkûmiyet kararından sonra müdahale eder.

¹⁰¹ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 12. Basım, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011, s. 313.

¹⁰² Mithat Sancar, “Devlet Aklı” *Kıskacında Hukuk Devleti*, 6. Basım, İletişim Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 237.

¹⁰³ Adam, Meclisin af yetkisi konusunda üç tahdit öne sürmektedir: Af için sebep/gerekçe gösterilmesi, bu sebeplerin yargısal mercilerin göz önünde tutabileceği sebepler olmaması ve Meclisin af bahşederken af müessesesinin gayelerinden birini hedeflemesi. Adam, 1941, s. 862.

¹⁰⁴ Bkz. Adam, 1941, s. 851.

Bir başka görüş ise bu farkları şöyle belirtmektedir:¹⁰⁵

- Genel affa tabi fiiller hakkında henüz açılmamış kamu davaları artık açılmaz, açılanlar düşer, kesin hükümle hakkında karar verilmiş olanlar bütün cezai neticeleriyle ortadan kalkar. Ancak özel af verilmiş cezayı kaldırır, hafifletir veya değiştirir.
- Genel af esas itibariyle fiillere, özel af ise faillere yöneliktir.
- Genel af kesin hükümden önce veya sonra olabilir. Özel affa kural olarak kesin hükümden sonra müdahale eder.
- Genel af kural olarak bütün suçlulara veya belirli bir kategorideki suçlulara etkili olur. Özel affaysa tek bir hükümlü söz konusudur.¹⁰⁶

ç. Affın Mecburiliği

Affin kapsadığı kişilerin aftan yararlanmak istememeleri durumunda ne olması gerektiği hususu da doktrinde yoğun biçimde tartışılan bir konudur. Bu hususta 5237 sayılı TCK'nın -765 sayılı TCK gibi- sessiz kalma yolunu seçtiğini görmekteyiz.¹⁰⁷ Konuya ilişkin bir düşünceye göre; hukukumuzda af mecburidir, affın sonuç doğurması için af kapsamına giren bireyin affedilmeyi kabul etmesi aranmayacaktır. Bu noktada genel af ile özel af arasında bir fark da bulunmamaktadır.¹⁰⁸ Ancak bu durum kişilerin beraat etme hakkını elinden alacağı için af kanunlarına kabule ilişkin madde konmasının uygun olacağı da savunulmaktadır.¹⁰⁹

Bununla beraber literatürde adli muhakeme süreci aftan sonra sanığın isteğiyle devam etse dahi sanık hakkında cezaya mahkûm olunması halinde af kanunu hasebiyle cezanın infaz edilemeyeceği ifade

¹⁰⁵ Keyman, 1965, s. 44-46.

¹⁰⁶ Ancak burada toplu özel afların ya da tek bir kişi için çıkarılmış genel affın mevcut olabileceğini unutmamak gerekir.

¹⁰⁷ Toroslu, 2012, s. 458.

¹⁰⁸ Meray, 1944, s. 29, 48; Toroslu'ya göre özel affın reddi yönünden sorun yoktur, çünkü hüküm verilmiş, suçluluk tespit edilmiştir. Genel af bakımından ise, af kanununda hüküm bulunmadığı müddetçe, affı reddin mümkün olmadığı kabul edilmelidir. Toroslu, 2012, s. 458; Umumi affın mecburiliğine ilişkin bkz. Özek, 1959, s. 171.

¹⁰⁹ Veli Özer Özbek, Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, Cilt: 1, 4. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 996; Toroslu, 2012, s. 458; Yalçın Sancar, 2001, s. 9.

edilmektedir.¹¹⁰ Ancak sanıyorum ki böyle bir durum muhakemenin temel ilkelerinden olan usul ekonomisine aykırılık¹¹¹ teşkil edecektir. Diğer taraftan infazı kabil olmayan bir cezanın, tecziyenin esasına ilişkin temel fikirlerle sarahaten çelişeceğini de kabul etmek uygun olacaktır. Salt maddi gerçeğe erişmek uğruna, infaz edilemeyecek bir ceza doğuracak olan yargılama sürecini devam ettirmek külfetten başka bir şey olmasa gerektir.

Benzer biçimde hüküm kesinleştikten sonra çıkan ve cezayı infaz edilemez hale getiren afta, suçluluğuna hükmolunan faile cezanın yerine getirilmesini istemek yetkisinin verilmesinin düşünülemeyeceği de dile getirilmektedir.¹¹² Burada da artık devletin tecziyesinde bir yarar kalmadığını ileri sürmek mümkün olduğu gibi aksi yönde bir düşünce affın mecburiliğiyle ters düşecektir.

d. Affın Ertelemeden Farkı

Doktrinde affın; erteleme, şartla salıverme gibi kurumlardan farkı tartışılmıştır. Konunun kapsamını genişletmemek bakımından kısaca erteleme ve af arasındaki farklar incelenecektir.

Erteleme, ilk defa suç işleyen faile verilen cezanın infaz edilmesinin belli bir süre için geri bırakılması ve failin bu süre içinde yeniden suç işlememesi halinde, cezanın infaz edilmiş veya hükümlülüğün hiç vuku bulmamış sayılmasıdır.¹¹³ Yargıtay'a göre "erteleme devletin cezalandırma hakkından hâkim aracılığı ile ve koşula bağlı olarak vazgeçmesidir."¹¹⁴ Erteleme müessesesiyle amaçlanan, hâkimin her olayın özelliğini nazara alıp tertip edilecek cezayı suçlunun kişiliğine ve suça uydurması, böylece daha insancıl ve dengeli bir ceza adaleti oluşturmasıdır.¹¹⁵

¹¹⁰ Özek, 1959, s. 172. Özek yukarıda alıntılanan düşünceyi "sanığın suçlu olup olmadığının ve suç işlenmişse hukuka aykırı bir sebebin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi" olarak nitelendirmekteyse de, umumi affın soruşturma ve kovuşturmayı ortadan kaldıran niteliğiyle mezkûr argüman uyusmamaktadır.

¹¹¹ Kunter usul ekonomisinden bahsederken "ucuzluk" tabirini kullanmakta ve ceza muhakemesinin mümkün olabildiğince ucuz olması gerektiğini, bu ucuzluğun hem vatandaşlar hem de devlet için faydalı olduğunu belirtmektedir. Nurullah Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Basım, Yaylacık Yayınevi, İstanbul, 1989, s. 33-34.

¹¹² Toroslu, 2012, s. 458.

¹¹³ Toroslu, 2012, s. 422.

¹¹⁴ Yargıtay 5. CD, E 1980/3557, K 1980/3806, KT: 19.11.1980. EA: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-1980-3557.htm>, ET: 29.10.2018.

¹¹⁵ Yargıtay İBGK, E 1976/3-4, K 1976/3, KT: 07.06.1976. EA: <http://www.kazanci.com>

Ertelemeye af arasında cezaya etki bakımından benzerlik olduğunu söylemek mümkündür. Ancak bu benzerlik yadsınmamakla birlikte, ertelemeye affın muhtelif farkları bulunmaktadır. Erdem bu farkları; koşullar, amaç, karar verecek organ ve sonuçlar bakımından dört başlık altında incelemektedir.¹¹⁶

Karar verecek organ bakımından iki müessese arasındaki fark net biçimde ortadadır: Ertelemeye yargısal merciler karar verirken, af yasama veya yürütmenin yetki sahasındadır.

Koşullar bakımındansa, ertelemeye karar verilmesi için failin “suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması” gerekir (TCK md. 51/1). Mahkeme kararlarının gerekçesiz olması düşünülemeyeceğinden, erteleme kararını doğuran nedenler doğal olarak hükme yansiyacaktır. Oysa af kararının verilmesi bakımından, yasama organı -yasama yetkisinin özünde bulunan aslilik ve genellikle ilkeleri doğrultusunda- sadece anayasal sınırlar içinde, keyfiliğe kaçmadan ve eşitlik ilkesini ihlal etmeden af kapsamını belirlemek kriteriyle bağlıdır. Anayasamızda af konusunda yasama organına konulmuş tek sınır; orman suçları için genel ve özel af çıkarılamayacağı, ormanları yakmak, yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçların genel ve özel af kapsamına alınamayacağıdır¹¹⁷ (Ay. md. 169/3). Yasama bakımından hâl böyle olmakla birlikte, Cumhurbaşkanının af yetkisinin sebep unsuru daha dar bir çerçeveye¹¹⁸ sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla af konusunda Cumhurbaşkanının istisnai durumu hariç, takdir konusunda geniş bir hareket sahası mevcutken, erteleme bakımından böyle değildir ve her seferinde ertelemenin gerekçeleri hükme yansıtılmalıdır.

com/kho2/ibb/giris.htm, E: 29.10.2018.

¹¹⁶ Bkz. Mustafa Ruhan Erdem, “Ceza Hukukunda Cezaların Ertelenmesine İlişkin Düzenlemelere Anayasal Bir Bakış”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2001, Cilt: 18, s. 33 vd. EA: http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg18/Erdem.PDF, ET: 04.11.2018.

¹¹⁷ 1961 Anayasası 131. maddede şimdiki düzenlemeden farklı biçimde orman suçları için genel af çıkarılamayacağı belirtilmiş, bir bakıma orman suçları için özel af ilanına açık kapı bırakılmıştı. 1970 tarihli ve 1255 sayılı Kanun ile genel af sınırlandırılması da kaldırılmıştır. Ancak 1982 Anayasası ile orman suçları için genel ve özel af çıkarılamayacağı hususu geri getirilmiştir.

¹¹⁸ Diğer demokratik anayasalarda devlet başkanına yönelik bu yönde bir sınırlama bulunmaması hususuna yönelik bkz. Gözler, 2001, s. 328.

Amaç bakımından, erteleme -yukarıda da belirtildiği üzere- cezanın bireyselleştirilmesini hedef alır. Oysa affın hedefi verilmiş cezanın hafifletilmesi, dönüştürülmesi, kaldırılması veya kamu davasının ortadan kaldırılmasıdır. Dolayısıyla erteleme her zaman hükümle beraber ortaya çıkabilirken, genel affta kimi zaman ceza davası dahi ortada olmayabilir.

Sonuçları bakımından, erteleme ile infisahi şartlı aflar benzeşirler. Bu durumda affta da ertelemeye de şartın bozulmasıyla infaz öngörülmektedir. Ancak koşulsuz aflar ertelemeye farklı biçimde, herhangi bir koşula bağlı değildir.

Bu hususlara ek olarak, 5237 sayılı TCK'nin yaptığı erteleme düzenlemesiyle mahkûmiyetin hiç olmamış sayılması yerine "erteleme sürecinin sonunda cezanın çekilmiş sayılacağı" hükmü getirilmiştir (md. 51/8). Kanun koyucu bu şekilde 765 sayılı TCK'den ayrı bir düzenleme yoluna gitmiştir.¹¹⁹ Böylece erteleme bir tür koşullu af olmaktan çıktığı ve bir infaz kurumu haline getirildiği dile getirilmektedir.¹²⁰

e. Siyasi Suçlarda Af

Doktrinde genel affın adi suçlardan ziyade siyasi suçlara yönelmesi gerektiği, adi suçlar bakımından bu yola başvurmanın hata olacağı ileri sürülmüştür.¹²¹ Bu düşüncenin kabul gördüğü de gözlemlenmektedir.¹²² Neyin siyasi suç olup neyin olmadığı, siyasi saiklerle (düzeni değiştirmek adına) adi suç işlenip işlenemeyeceği, bu tür atipik durumlarda söz konusu adi suçların siyasi nitelik kazanıp kazanmayacağı yönünde muğlaklık olduğu malumdur.¹²³ Ancak özellikle ifade

¹¹⁹ Toroslu, 2012, s. 427.

¹²⁰ Özbek, 2010, s. 796.

¹²¹ Naci Şensoy, "Siyasi Suçlar", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl: 1951, Cilt: 17, Sayı: 1-2, s. 69. EA: <http://dergipark.gov.tr/iuhfm/issue/9118/114121>, ET: 28.10.2018.

¹²² Özek; siyasi suçluların ideal gayelerle hareket eden, ahlaki düşüklükleri olmayan, çabalarının -yerli veya yersiz- memleket menfaatine olduğuna inanan kimseler olduğunu, bu bakımdan affa layık kimseler olduklarını siyasi suçluların affedilmesinin cezaların genel önleme kuvvetini zedelemeyeceğini belirtmektedir. Yazar basın suçlarını da siyasi suç kapsamında kabul etmektedir. Özek, 1959, s. 145. Affın yalnızca siyasi suçlara hasredilmesi fikrine ilişkin tartışmalar için bkz. Yalçın Sancar, 2001, s. 6.

¹²³ Bayraktar, konuya ilişkin olarak kült çalışmasında siyasi suçları, "tam siyasi suç-

hürriyetinin kullanımından kaynaklanan durumları siyasi suç kapsamında kabul etmek olanak dâhilindedir. Kuzu, ülkemizde şimdiye kadar çıkarılan afların sosyal temeli bulunmadığını, tüm özgürlüklerin kaynağı niteliğindeki düşünceyi açıklama özgürlüğünün günümüzde ülkelerin demokratik niteliğinin tespitinde en belirgin ölçüt sayıldığını ve asıl affı hak eden suçların düşünce suçları olduğunu ifade etmektedir.¹²⁴ Ülkemizde ifade hürriyetinin orantılılık ilkesi ve AİHM kriterleri hilafına sınırlanması şeklinde bir yargısal tandansın mevcut olduğu mülahaza edildiğinden, herhalde bir af çalışmasının ilk olarak kapsamı gereken vakıalar, ifade hürriyetinin siyasi saikler doğrultusunda kullanılmasından doğan ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı davalar olmalıdır.

IV. 2018/2929 SAYILI KANUN TEKLİFİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ¹²⁵

A. TEKLİFİN BAŞLIĞI, AMACI VE GEREKÇESİ

1. Başlık ve Amacın Değerlendirilmesi

24 Eylül 2018 tarih ve 2018/2929 sayılı kanun teklifinin başlığı “Bazı Suçlardan Şartlı İndirim ile Tutuklu ve Hükümlülerin Salıverilmesine Dair Kanun Teklifi” şeklindedir. Kanun teklifinin amacı, 1. maddede şu şekilde açıklanmıştır: “Bu kanunun amacı, 19 Mayıs 2018 tarihi dâhil olmak üzere bu tarihten önce işlenen, Kanunda ayrı tutulanlar hariç, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Özel Kanunlardaki suçlar yönünden tabi oldukları infaz

lar” ve “nispi siyasi suçlar” olarak ikiye ayırmaktadır. Yazar; siyasi suçun incelenmesi bakımından sentez ve analiz metotlarının kullanıldığını, kendisinin de konuyu sentezci bakış açısıyla ele aldığını, sentezci bakış açısında siyasal suçun objektif ve sübjektif anlayışlar doğrultusunda ele alındığını belirtmektedir. Köksal Bayraktar, *Siyasi Suçlar*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982, s. 47. Tam siyasi suçlar bakımından yazar “ihlal edilen hukuki menfaat”i esas alan objektif görüşü benimserken, nispi siyasi suçların bir kısmı bakımından bu görüşünden ayrılmakta, failin saikini esas alan sübjektif görüşün göz önünde bulundurulması gerektiğini dile getirmektedir. Bayraktar, 1982, s. 102, 135. Siyasi suç kavramını açıklayan bu görüşler için bkz. Bayraktar, 1982, s. 70-135. Dolayısıyla siyasi suçlara af getirilip getirilmemesi konusu tartışırken “siyasi suç” denilen kavramın muhtevasını ortaya çıkarmanın pek de kolay olmadığı değerlendirilmektedir.

¹²⁴ Kuzu, 2001, s. 295-296.

¹²⁵ Meclis’e sunulan af teklifinin tam metnine ulaşmak için bkz. EA: <http://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-0970.pdf>, ET: 04.11.2018.

hükümlerine göre çekilmesi gereken toplam ceza sürelerinden şartlı indirim yapılması ve bunun sonucu olarak infazı gereken cezası kalmayan hükümlü ve tutukluların salıverilmesidir.”

Kanun teklifinin başlık ve amacının genel hatlarıyla değerlendirilmesinde ilk göze çarpan husus, “af” kelimesinin kullanımından kaçış eğilimidir. Gerek maddede gerekse ilgili madde gerekçesinde 19 Mayıs 2018 tarihine kadar işlenen suçlar yönünden şartlı indirim ve salıvermeye vurgu yapılmakta; ancak af kelimesi geçmemektedir. Genel gerekçede; ülkede yeni hükümet sistemiyle birlikte siyasal anlamda köklü bir değişiklik meydana geldiği, cezaevlerindeki fizikî koşulların giderek kötüleştiği ve sosyal barışı tehdit edebilecek nitelikte olduğu, suç işleme oranlarının yıllar içinde arttığı, FETÖ/PDY mensubu hâkim ve savcılarının örgütün stratejileri için buldukları konumu silah olarak kullandıkları, teklifle toplumsal barışı ve uzlaşmanın sağlanmasının esas alındığı gibi yukarıda affı meşrulaştıran nedenler olarak sayılan pek çok husus sayılmıştır. Hatta genel gerekçede “Cezaevleri ve infaz hukuku ile ilgili yeni bir düzenleme yapmak, af çıkarmak, cezalarda indirim yapılmak suretiyle bu sorunları çözmek adına oluşan fikir ve söylemler, 2018 yılı Mayıs ayı ortalarında toplumun tamamı ile paylaşılmıştır.” ifadesine dahi yer verilmiştir. Lâkin nedense af niteliğinde olduğunu düşündüğümüz bu taslak metinde “af kanunu” ibaresi geçmemektedir.

Yukarıda af müessesesinin detaylı analizi yapılırken verilmiş olan cezanın tahfif edilmesi yahut kaldırılmasının yasama/yürütme organı tarafından cezanın affedilmesi anlamına geldiği detaylı biçimde ortaya konulmuştur. Lakin tahfif ya da kaldırma odaklı her kanun “doğrudan af kanunu” olmayabileceği gibi bu tür kanunlar hukuk dünyasında “dolayısıyla af kanunu” niteliğinde de belirebilir.¹²⁶ Bir kanunun başlığında veya muhteviyatında af kanunu olduğunun belirtilmemesi ya da af kanunu olmadığının belirtilmesi, gerek kanunun yargısal de-

¹²⁶ Şunu da belirtmek gerekir ki ceza alt sınırı –söz gelimi- ceza kanununda 10 yıl olan bir suçun cezasının kanun değişikliği sonucu 5 yıla düşürülmesi gibi bir durumda, kanunilik ilkesinin zaman bakımından bir sonucu olarak o suçtan hükümlü olanlar, 5237 sayılı TCK md. 7/2 gereğince bu durumdan faydalanacaklardır. Lehe değişikliğin hükmün infazına başlandığında dahi uygulanması hususu için bkz. Toroslu, 2012, s. 66. Ancak bu durumda aslında tahfif sonucu, o suçu işleyenler açısından doğmakla birlikte bu tür bir yasal değişikliğe “af niteliği” atfedilerek 3/5 nitelikli çoğunluk aranmasının uygun olmayacağı mülhaza edilmektedir.

netiminde¹²⁷ gerekse kanunun bilimsel değerlendirilmesinde¹²⁸ çok da etkili olmayacak, kanunu yapan kanun koyucunun savlarından ziyade metnin işlevine bakılacaktır. Argumentum a contrario yaklaşımla ifade etmek gerekirse; yasal metinlerin adına bakılarak adında “af” kelimesi bulunmayan her kanun teklifinin nitelikli çoğunluk aranmadan kabul edilmesi gibi bir yaklaşım, nihayetinde anayasa metninin etrafından dolaşılması gibi bir durumun meşru sayılması anlamına gelecektir.

2. Gerekçenin Değerlendirilmesi

Teklifin gerekçesine bakıldığında, şu hususlar ön plana çıkmaktadır: 2017 yılındaki Anayasa değişikliği, yıllar içinde ekonomik ve sosyal yapının kötüleşmesi, FETÖ/PDY mensubu hâkim ve savcılarının adalet mekanizmasında örgüt stratejisi doğrultusunda açtığı yaralar, cezaevi koşullarındaki kötüleşen koşullar.

2017 yılındaki Anayasa değişikliği sonucunda ülkede siyasal anlamda köklü bir değişiklik meydana geldiğinden bahsedilmiş, bu değişikliğin genel bir barışmayı da gerekli kıldığı dile getirilmiş, ancak parlamenter sistemden başkanlık sistemine geçiş halinde nasıl bir barışma ihtiyacının ortaya çıktığı tam olarak anlaşılamamıştır. Bir ihtimal, bu teklif kapsamındakilerin yeni sisteme ısındırılmasının amaçlandığı düşünülebilir.

¹²⁷ Nitekim Anayasa Mahkemesi 4758 sayılı “3 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” hakkında, “Anayasa’da, yasalama süreci özel usullere bağlanmış olan yasama işlemlerinin başka isimler altında ve farklı yöntemler uygulanarak oluşturulması durumunda, Anayasa koyucunun iradesinin tam anlamıyla etkili ve egemen kılınabilmesi için bu işlemlerin anayasal denetimlerinin gerçek nitelik ve içerikleri gözetilerek yapılması gerekir.” diyerek bu hususu açıkça dile getirmiştir. Mahkeme bu argümandan hareketle, söz konusu yasanın, yasa kapsamında bulunan hükümlülerin cezalarından 10 yıllık bir indirim öngörmesini ve 10 yıllık indirim yapıldıktan sonra ceza süresi dolmuş olanlara infisahi koşul getirmesini “toplu ve şartlı özel af” olarak yorumlamış, yasanın adıyla bağlı kalmamıştır. Dava konusu kanun hükümleriyse, kanunun af niteliğinde olmasına rağmen nitelikli çoğunlukla kabul edilmemesi gerekçesiyle Mahkeme tarafından oybirliğiyle iptal edilmiştir. AYM Kararı, E 2002/99, K 2002/51, KT: 28.5.2002. EA: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/395ede4e-e84c-4327-91c6-d9360348a956?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.: 03.11.2018.

¹²⁸ Bu konuda benzer minvalde bilimsel bir değerlendirme için bkz. Yalçın Sancar, 2001, s. 40. Af kanununun genel af mahiyetinde olması için bu terimin kullanılmasına ihtiyaç olmadığı fikri için bkz. Keyman, 1965, s. 64.

Bununla birlikte gerekçede ülkemizde yıllar içinde sosyal ve ekonomik değişiklikler meydana geldiği, zaman içinde ekonomik yapının yozlaştığı, sağlıksız kentleşme, ücret, enflasyon, kişi başına düşen gelir gibi makroekonomik değişkenlerin ve dijital yayınlarla sosyal paylaşım sitelerindeki şiddet öğelerinin suçların artmasına yol açtığı hususları dile getirilmiştir. Oysa Türkiye’de kişi başına düşen gelir -namı diğer- “Rahşan affı”ndan bu yana artmakta olup enflasyon oranı Rahşan affının tartışıldığı döneme göre çok daha düşük durumdadır. Dolayısıyla gerekçede “enflasyon, kişi başına düşen gelir gibi makro ekonomik değişkenlerin suçların artmasına yol açması” ifadesiyle neyin kastedildiği tartışmaya açıktır. Öte taraftan, gerekçenin yukarıda alınılan bölümünde aslında ekonomik ve sosyal değişkenlerin kötüleşmesi kastedilmektedir. O halde, söz konusu “kötüleşme” eğilimi tersine çevrilmeden, af müessesesinin işletilmesi ne kadar doğru olabilir? Bu husus da ayrı bir tartışma konusudur. Keza, sosyal ve ekonomik etmenlerin suça olan tesirinin azaltılması bakımından hangi tedbirlerin alındığı, dijital platformlardaki şiddet öğelerinin suç işlenmesine nasıl bir etkisi olduğu hususları da cevapsız kalmıştır.

Gerekçede yer verilen bir diğer husus, FETÖ/PDY mensubu hâkim ve savcılarının vermiş oldukları kararların adalet mekanizmasında açtığı yaralardır. Bu hususta yorum yapabilmek için öncelikle toplam hâkim/savcı sayısı ile ihraç edilen hâkim/savcı sayısının ele alınması gerekir. Eylül 2017 ayında Adalet Bakanı tarafından açıklanan verilere göre, 3,920 FETÖ/PDY mensubu hâkim/savcı ihraç edilmiştir. Aynı açıklamada toplam hâkim/savcı miktarının 16,164’e ulaştığı belirtilmiştir.¹²⁹ Toplam sayının olağanüstü hal döneminde mesleğe alınan hâkim ve savcılarını da kapsadığı göz ardı edilmemekle birlikte, ihraç edilen hâkim/savcı miktarının toplam miktara oranı % 24,25’tir. Dolayısıyla ihraç edilenlerin hepsinin -ihraç işlemi olabilecek olası bir hatadan muaf biçimde- örgüt mensubu kabul etsek, ihraç edilenlerin hepsinin ceza mahkemelerinde çalıştığını (hiçbirinin idari hâkim, icra hâkimi, sulh/asliye hukuk hâkimi vb. olmadığını) varsaysak ve -gerekçede iddia edildiği gibi- bu kişilerin verdiği kararların hepsinin örgüt stratejisi doğrultusunda alınmış yanlı ve yanlıştır.

¹²⁹ Milliyet Haberi, “Bakan Gül: ‘3 Bin 920 Fetö Mensubu Hâkim ve Savcı İhraç Edildi’ ”, EA: <http://www.milliyet.com.tr/bakan-gul-3-bin-920-feto-mensubu-hakim-istanbul-yerelhaber-2266083/>, ET: 04.11.2018.

nu düşünsek dahi, bahse konu kararlar takriben tüm kararların ¼'üne denk gelecektir. Kaldı ki bu varsayımların mübalağalı olduğu da sarıhtır.

Yukarıdaki sayısal verilere ek olarak, tartışmanın hukuki boyutunu da ele almak gerekir. Adli hataların affı meşrulaştıran bir neden olduğu yukarıda ortaya konmuştur. Ayrıca adli hata, bir kişi için bile gerçekleşmiş olsa, -başka bir deyişle bin suçlu yerine bir tane masum gereksiz yere hapse atılsa- bile af, kullanılması meşrulaşan bir mekanizma olarak tezahür etmektedir. Ancak affa ihtiyaç kalmayacak biçimde hukuk düzeni içerisinde adli hataları giderecek bir dizi mekanizma mevcuttur-ki bunlardan en önemlisi, olağanüstü bir kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi müessesesidir. Gerekçede bu hususa ilişkin şu ibareler bulunmaktadır: "Örgütün hukuk sitemini [sistemini] kullanarak gerçekleştirdiği haksızlıklar ve mağduriyetlerin, "yargılamanın yenilenmesi ve diğer kanun yollarıyla" giderilmesi de hukuken mümkün olmamıştır." Bu husus da gerekçede havada kalan bir başka argümandır. Yargılamanın yenilenmesi ve diğer kanun yollarının neden işletilemediği sarahaten belirtilmemektedir. Eğer burada kastedilen, bir ceza dosyasında sanık lehine delillerin mevcut olmaması ya da yeni olay veya delillerin ortaya konulamamasıysa, bu mantık yürütmesi neticesinde kamuoyunda bütün mahkeme kararları üzerinde şüphe uyanması gibi bir durum hâsıl olacaktır. Bu durumun ceza adaletine olan inanca menfi bakımdan tesiri kaçınılmazdır.

Bununla beraber, teklif sahiplerine göre, bahis konusu örgütün hiyerarşisine tabi hâkim ve savcılar 2006-2016 yılları arasında vermiş oldukları hukuka aykırı kararlar ve usulsüz tutuklamalarla tutuklu ve hükümlü sayısında ülkemizin dünyada yedinci, Avrupa'da birinci sırada yer almasına neden olmuşlardır. Bahse konu örgüt mensupları tarafından yargı eliyle yapılan haksızlıklar yadsınmamakla birlikte, gerekçede belirtilen 2006 yılı öncesinde ne kadar adil bir ceza hukuku sistemine sahip olduğumuzun da sorgulanması ve belki de Türkiye'nin -kendi tarihsel bütünlüğü içinde- ceza adaletinin toplumdaki hatalı algılanışından kaynaklı bir "Ceza Hukuku" sorunsalı olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

Yine teklif sahipleri gerekçenin devamında, cezaevlerinin doluluğundan bahisle, kanun teklifine meşru bir temel oluşturmak istemiş-

lerdir. Cezaevlerinin boşaltılmasının bir af sebebi olabileceğine yukarıda değinilmişti. Bu noktada ülkemizde tutuklu ve hükümlü sayısının yüksekliğini yadsımak mümkün değildir. Ancak bu gerekçeye iki açıdan itiraz edilebilir. Birincisi; sanırım -tutarlı olmak adına- kamuoyunda infial uyandıran olaylarda toplumsal tepkiyi gidermek maksadıyla yargı eliyle yapılan hatalı tutuklama/gözaltı işlemlerine de aynı tepkiyi göstermek gereklidir. Zaten -günah keçisi metaforunu hatırlatırcasına- kamuoyundaki tepkileri dindirmek için bireyleri tutuklayan bir ceza adaletinin af gerekçesinde belirtilenlerden çok daha derin problemleri olduğu sarihtir. İkinci olarak, cezaevlerinin boşaltılmasının pratikte sayısal anlamda faydasının olmadığına ilişkin örneklerle yukarıda yer verilmişti. Bu bakımdan suç işlenmesinin önüne geçmek için gerekli tedbirleri almadan cezaevlerini boşaltmak, kısa vadede yeniden hapisanelerin dolmasına yol açacaktır.

B. TEKLİFİN KAPSAMI VE İSTİSNALARI

Teklifte “kanun kapsamındaki suçlardan dolayı hükümlü veya tutuklu olanların; kesinleşmiş hükümlerde, hükmolunan cezaların toplamından, tabi oldukları infaz hükümlerine göre çekilmesi gereken cezadan bir defaya mahsus olmak üzere beş yıl indirilir. İndirim yapıldıktan sonra infazı gereken ceza kalmaması durumunda hükümlü salıverilir.” denilmektedir.

“Kapsam” kenar başlıklı 2. madde incelendiğinde, teklifin cezayı hafifletmesi, ceza kalmaması durumundaysa salıvermeye işaret etmesi bakımından bir af kanunu niteliğinde olduğu açıktır. Mesele bunun bir genel af mı yoksa özel af mı olduğunu belirlemektir.

5237 sayılı TCK 65/1 maddesinde; genel af halinde kamu davasının düşeceği, hükmolunan cezaların bütün neticeleriyle ortadan kalkacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin 2 ve 3. fıkralarında; özel affa hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebileceği, infaz kurumunda çektirilecek sürenin kısaltılabileceği ya da cezanın adli para cezasına çevrilebileceği, cezaya bağlı ya da hükümde belirtilen hak yoksunluklarının özel affa rağmen etkisinin devam edeceği ifade edilmiştir.

Kanun teklifine yukarıda belirtilen hükümler doğrultusunda bakıldığında, teklifin “özel af” kapsamına girdiği görülmektedir. Bunun

ilk gerekçesi teklifin cezada hafifleştirmeyi temel almasıyken, ikinci gerekçesi teklifin hak yoksunluklarına ilişkin hüküm içermemesidir. Teklifin 6. maddesinde belirtilen “salıverilen hükümlülerin, bihakkin tahliye tarihine kadar hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemleri ve bu hapis cezasının kesinleşmesi halinde, yapılan indirim geri alınarak cezaların infazına başlanacağı” hükmü, infisahi bir şart getirmektedir. Dolayısıyla bu kanun teklifinin hukuki mahiyeti itibarıyla bir infisahi şartlı, cezayı azaltan, toplu özel af niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür.

Ancak bu noktada başka bir soru gündeme gelmektedir. Yukarıda teferruatıyla açıklandığı üzere, özel af ile genel af arasındaki en büyük fark; özel affın hükümden sonra etkili olması, buna karşıt olarak genel affın hem suça hem de cezaya etkili olmasıdır. Yasa koyucu genel affın bu özelliğini TCK'nin 65. maddesinde “genel affın kamu davasını düşürmesi” ifadesiyle izah etmektedir. Yani genel af, hem soruşturma öncesinde hem soruşturma ve kovuşturma devam ederken hem de infaz esnasında etkisini göstermektedir. Ancak bundan farklı olarak özel af mahkûmiyetten sonraya etki etmektedir.¹³⁰ Bu mülahazalar bağlamında teklif kapsamında soruşturması devam eden ve tutuklu olan şüpheli ve sanıkların da bulunması önemli bir karmaşaya yol açmakta, infisahi şartlı özel af niteliğinde olduğunu tespit ettiğimiz teklifin hukuki mahiyetini muğlak hale getirmektedir. Teklifte soruşturması veya kovuşturması devam edenler bakımından kamu davasının düşmesi, davanın açılmaması veya hükme bağlanmasının durdurulması gibi bir durum söz konusu olsaydı, buna net biçimde genel af denilebilirdi.¹³¹ Ancak teklifte sadece tutukluların salıverilmesi hususunun yer aldığı, soruşturma ve kovuşturmanın kesintiye uğramayacağı görülmektedir. Bu istisnai durumdan ötürü teklif bir nevi genel affa yaklaşmakta, ancak kamu davalarını tam olarak kaldırmadığından genel

¹³⁰ Keyman, 1965, s. 72-73. Keyman, özel affın bu niteliğini açıklarken kimi zaman özel af çıkarıldığında yargılamanın devam ettiğini ve hükmün kesinleşmediğini, ancak hüküm kesinleşmemiş olsa dahi özel affın -yasal koşulları bulunduğu takdirde- sonradan verilecek kesin hükme etki edebileceğini belirtmektedir.

¹³¹ Bu konuda geçmişte şartlı genel af niteliğinde olduğu kabul edilen bir af kanunu düzenlemesi için şu çalışmaya bakılabilir: Türkân Yalçın Sancar, “Anayasa Mahkemesinin “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartlı Salıvermeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun” Hakkında Verdiği İptal Kararına İlişkin Bir Değerlendirme”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 2002, Sayı: 2, s. 163-165.

af da denilememektedir. Dolayısıyla teklifin kanunlaşması halinde sui generis bir af türü olarak hukuk dünyasında tezahür edeceği değerlendirilmektedir.

Teklifte tutukluluk süresinin mahsup edilmesi bakımındansa ayrı bir karmaşa vardır. Şöyle ki; gerek soruşturma gerekse kovuşturmalarda alt sınırın esas alınması hususu teklifte belirtilmiş olsa da, alt sınır belirlenirken 61. maddedeki ölçütlerin dikkate alınması ifade edilmiş, md. 61/5 uyarınca teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerin göz önünde bulundurulacağına değinilmiştir.

Öncelikle 61. maddenin “cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi” bölümünde bulunduğunu ve madde kenar başlığının da “cezanın belirlenmesi” olduğunu belirtmek gerekir. Soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminin, kovuşturma evresinde mahkemenin 61. maddeyi nazara alarak tutukluluk durumunu değerlendirmesinin ve tutukluluğun devamı veya sonlandırılmasına ilişkin bir gerekçeli kararda söz konusu hususlara yer verilmesinin ne kadar uygun olduğu tartışmalıdır. Teklifin yasalaşması halinde 61. maddede sayılan kavramların uygulanması bakımından, kanun önünde eşitlik ilkesinin bizzat kanun eliyle ihlal edildiğine dair pek çok hukuki itirazın doğacağını göz ardı etmemek gerekir.

Teklifin 3. maddesindeki istisnalardan hareketle kapsadığı suçlara bakıldığında;

- 5237 sayılı TCK’de uluslararası suçlar arasında sayılan göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçlarına,
- Kasten öldürme ve nitelikli halleri, insan üzerinde deney, organ veya doku ticareti, işkence ve eziyet, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar hariç olmak üzere kişilere karşı işlenmiş tüm suçlara,
- Topluma karşı işlenmiş tüm suçlara,
- Kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlara,
- Adliyeye karşı suçlara,
- Devletin egemenlik alametlerine ve organların saygınlığına karşı suçlara ceza indirimi getirdiği görülmektedir. Teklifin, 5237 sayılı Kanun kapsamında “istisna olarak” af kapsamına almadığı suçlar

devletin güvenliğine, anayasal düzene, milli savunmaya ve devlet sırlarına karşı işlenmiş suçlardır.¹³² Yine teklifin, 5237 sayılı TCK istisnalarının 765 sayılı eski TCK'deki muadil suçları; Atatürk aleyhine işlenen suçları ve anayasal kısıt nedeniyle orman suçlarını kapsamına almadığı görülmektedir. Dolayısıyla teklifin aslında çok geniş bir yelpazedeki suç türüne şartlı özel af getirdiği sarihdir.

V. SONUÇ

Ceza hukukunda af müessesesi cezayı kaldıran istisnai bir hüküm olarak dönemden döneme çokça tartışılmış olup gelecekte de aynı ehemmiyeti koruyacağı benzetilmektedir. Devletin cezalandırma yetkisinin ayrıksı yönünü oluşturan affa en çok itiraz, siyasi amaçlar uğruna af müessesesinin kullanılmasından kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan tarihsel gelişimiyle beraber değerlendirildiğinde, affın pek temiz sicilli olduğu da söylenemez. Keza pek çok düşünür de affın istismar edilebilirliği temelinden hareketle bu müesseseye karşı eleştiriler yöneltmiştir. Ancak bu noktada affı meşrulaştıran nedenlerin kimi zaman ağır bastığını da görmezden gelemeyiz. Dolayısıyla affı kontrast kutuplar doğrultusunda yorumlamak pek mümkün görünmemektedir.

2018 yılı Türkiye'sinde af gündemi çokça polemik konusu olmuş, sonunda bir grup milletvekili affa ilişkin kanun teklifini TBMM'ye sunmuştur. Bu çalışmada öncelikle affın teorik altyapısı ortaya konulmaya çalışılmış, teorik altyapı doğrultusunda bahse konu af teklifi değerlendirilmiştir.

Yapılan değerlendirme neticesinde şu sonuçlara ulaşılmıştır:

- İnceleme konusu 2018/2929 sayılı kanun teklifi, adı itibariyle olmasa da, muhtevası itibariyle bir af tasarısıdır. Söz konusu tasarı,

¹³² Öztürk/Erdem, devletin kendisine yönelik suçlar yerine kişilere karşı suçları affetme eğilimi nedeniyle eleştirmektedir. Yazarlar bu düşünceyi şu şekilde dile getirmektedirler: "Karşı olduğumuz bir başka nokta da, devletin kendisine yönelik suçları değil de, kişilere yönelik suçları affetmesidir. Her suçun mağduru aynı zamanda devlettir gibi sözler doyurucu olmaktan uzaktır. Devlet, kişilere karşı suçlarda gösterdiği cömertliği kendisine karşı işlenen suçlarda göstermek istemektedir. Devlet af yetkisini kullanmak istiyorsa, bunu her şeyden önce kendisine yönelik suçlar bakımından yapmalıdır." Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 434.

kolektif özel af görünümünde olmasına rağmen, tutukluluk durumlarına da etki etmesi bakımından genel affa yaklaşmakta ve sui generis bir nitelik arz etmektedir.

- Affa neden ihtiyaç duyulduğu teklifin genel gerekçesinde oldukça zayıf biçimde izah edilmiştir. Bu gerekçeler, ayakları yere basan ve bilimsel bir temellendirmeden hayli uzaktır.
- Kamuoyunda hâlihazırda devam eden af tartışmalarında affı meşrulaştırma bakımından en makul ve gerçekçi sebebin cezaevlerinin doluluk oranı olabileceği belirtilmelidir.
- Ancak bu yönde atılacak bir adım, suçla mücadelede devleti zaafa uğratmakla kalmayıp kısa sürede cezaevlerinin yeniden dolmasıyla sonuçlanacaktır. Çalışmada yer verilen İtalyan af örnekleri de bu hususu teyit etmektedir. Zira suça neden olan etmenlerin kriminolojik incelemesi ve bu etmenlerin azaltılması yolunda çalışmalar yapılmadan devletin tecziye yetkisinden kısmen/tamamen vazgeçmesi, sadece devletin adaletine olan toplumsal inancın daha da azalması neticesini doğuracaktır.
- Teklif suç tiplerinin çok büyük çoğunluğunu kapsamaktadır. Bu nedenle af teklifinin bu suçlardan dolayı mağdur olanlar ve bu suçlardan zarar görenler bakımından tepkiyle karşılanması ihtimal dâhilindedir.¹³³ Affın temel maksatlarından biri toplumsal barışı sağlamaktır. Dolayısıyla teklifin gerekçesinde “toplumsal barışı sağlamak” olarak koyduğu kendi hedefine ulaşma imkânının bulunmadığı mülahaza edilmektedir.

Sonuç olarak; ülkemizde gelecek nesillere uzlaşmış bir toplum bırakmak istiyorsak, suçları türlü vesilelerle affetme çabasına girmek yerine, demokratik değerleri benimsemiş, uzlaşabilen, farklılıklarına saygı duyan bir toplum inşa etme ve bu toplumda suçu azaltma ve ceza adaletini güçlendirme yoluna girmek elzemdir. Ceza adaletinin sağlıklı biçimde işlediği bir sistemde affa en az derecede ihtiyaç duyulacağı tahayyül edilmektedir.

¹³³ Bir gazetecinin konuya ilişkin açık mektubu için bkz. Gökçer Tahincioğlu, “Açık Mektup: Ben Affetmiyorum”, Milliyet, 30.09.2018. EA: [http://www.milliyet.com.tr/yazarlar/gokcer-tahincioğlu/acik-mektup-ben-affetmiyorum-2751526/](http://www.milliyet.com.tr/yazarlar/gokcer-tahincioглу/acik-mektup-ben-affetmiyorum-2751526/), ET: 18.01.2019.

Kaynakça

Kitaplar, Makaleler, E-Makaleler

- Adam Tahsin, "Af Salâhiyeti", Adliye Ceridesi, Yıl: 1941, No. 41, s. 849-867.
- Alacakaptan Uğur, "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıvermeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanuna Genel Bir Bakış", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2001, Sayı: 18, s. 379-400. EA: http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg18/alacakaptan.pdf, ET: 04.11.2018.
- Alinge Curt, Moğol Kanunları (Çev. Coşkun Üçok), Sevinç Matbaası (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 227), Basım Yeri Belirtilmemiş, 1967.
- Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya A. Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Cilt: 2, 2. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Atila Mesude, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Hukuku'nda Af Kurumu", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 2010, Sayı: 1, s. 275-284. EA: <http://www.ankarabarusu.org.tr/sites/ankarabarusu/tekmakale/2010-1/2010-1-atila.pdf>, ET: 04.11.2018.
- Barbarino Alessandro, Mastrobuoni Giovanni, "The Incapacitation Effect of Incarceration: Evidence From Several Italian Collective Pardons", *American Economic Journal: Economic Policy*, Year: 2014, Vol. 6, No. 1, p. 1-37. EA: <https://doi.org/10.1257/pol.6.1.1>, ET: 23.11.2018.
- Bayraktar Köksal, Siyasi Suçlar, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982.
- Beccaria Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında (Çev. Sami Selçuk), 3. Basım, İmge Yayınevi, Ankara, Mart 2013.
- Bentham Jeremy, Theory of Legislation, Trübner & Co., 1864, London. EA: <https://archive.org/details/legislation00bentuoft/page/n3>, ET: 07.10.2018.
- Bettiol Giuseppe, "Suç ve Cezanın Sukutu Meselesi" (Çev. Faruk Erem), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 1955, Cilt: 12, Sayı: 1, s. 1-19. EA: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/329/3311.pdf>, ET: 23.10.2018.
- Can Sibel, "Türk Hukukunda Af Kurumu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2016, Sayı: 65 (4), s. 1291-1312. EA: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/2150/22261.pdf>, ET: 04.11.2018.
- Cicero, Yasalar Üzerine (Çev. C. Cengiz Çevik), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 3. Basım, İstanbul, Ocak 2018.
- Cin Halil, Akgündüz Ahmed, Türk Hukuk Tarihi, 5. Basım, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 2011.
- Çakmak Seyfullah, "Türk Hukukunda Af Sorunu", Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu Sempozyumu (Der. Serap Keskin Kızıroğlu), 1. Basım, Okan Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 39-53. EA: <http://earsiv.okan.edu.tr/xmlui/handle/123456789/251>, ET: 20.01.2019.
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011.
- Demirel Hakkı, "Af Selâhiyeti", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 1957, Sayı: 4, s. 117-119. EA: <http://www.ankarabarusu.org.tr/sites/ankarabarusu/tekmakale/1957-4/2.pdf>, ET: 18.01.2019.

- Dinler Veysel, Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Isparta, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. EA: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, ET: 23.10.2018.
- Döner Ayhan, "Cezai ve İdari Yaptırımların Farklılığı Bağlamında TBMM'nin Af Yetkisi", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2008, Cilt: 12, Sayı: 3-4, s. 33-54.
- Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt: 1, 11. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 1994.
- Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt: 3, 12. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997.
- Dursun Hasan, "Af Kavramına Genel Bir Bakış", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl: 2009, Sayı: 85, s. 373-402. EA: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2009-85-572>, ET: 04.11.2018.
- Engin Vahdetin, "Sultan II. Abdülhamid'e Düzenlenen Ermeni Suikastı ve Bu Sebep ile Belçika ile Yaşanan Diplomatik Kriz", *Türk Tarih Kurumu Bülteni*, Yıl: 1995, Cilt: 59, Sayı: 225, s. 413-428. EA: <https://drive.google.com/file/d/0B7liBn5XLsAfLWNiQjRBeDZBVG8/view>, ET 27.10.2018.
- Erdem Mustafa Ruhan, "Ceza Hukukunda Cezaların Ertelenmesine İlişkin Düzenlemelere Anayasal Bir Bakış", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2001, Cilt: 18, s. 17-39. EA: http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg18/ERDEM.PDF, ET: 04.11.2018.
- Erem Faruk, "I. Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 1962, Cilt: 19, Sayı: 1, s. 3-48. EA: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/340/3578.pdf>, E.T.: 23.10.2018.
- Gözler Kemal, "Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2001, Cilt: 18, s. 298-329. EA: <http://www.anayasa.gen.tr/af.htm>, ET: 07.10.2018.
- Gramatica Filippo, Toplumsal Savunma İlkeleri, (Çev. Sami Selçuk), 2. Basım, İmge Yayınevi, Ankara, 2005.
- Grotius Hugo, Savaş ve Barış Hukuku-Seçmeler (Çev. Seha L. Meray), Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1967.
- Harari Yuval Noah, Sapiens-A Brief History of Humankind, Vintage Books, London.
- Hobbes Thomas, Leviathan (Çev. Semih Lim), 11. Basım, Yapı Kredi Yayınları, Ocak 2013, İstanbul.
- Hoffding Harald, "State's Authority to Punish Crime", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Year: 1912, Vol. 2 (5), p. 691-703. EA: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.tr/&httpsredir=1&article=1126&context=jcl>, E.T.: 04.11.2018.
- Keyman Selahattin, Türk Hukukunda Af (Genel Af-Özel Af), Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1965.
- Kunter Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Basım, Yaylacık Yayınevi, İstanbul, 1989.

- Kuzu Burhan, "Af Müessesesi ve Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2001, Sayı: 18, s. 254-297. EA: http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg18/Kuzu.PDF, ET: 07.10.2018.
- Locke John, *Hükümet Üzerine İkinci İnceleme* (Çev. Fahri Bakırcı), 1. Basım, Babil Yayınevi, Ankara, 2004.
- Maffei Stefano, Betsos Isabella Merzagora, "Crime and Criminal Policy in Italy-Tradition and Modernity in a Troubled Country", *European Journal of Criminology*, Year: 2007, Vol. 4 (4), p. 461-482. EA: <https://doi.org/10.1177%2F1477370807080722>, ET: 07.10.2018.
- Meray Seha L., *Ceza Hukukunda Af (Konusu Üzerine Bir Deneme)*, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, Ankara, 1944.
- Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine* (Çev. Fehmi Baldaş), Hiperlink Yayınevi, İstanbul, Nisan 2014.
- Oppenheimer Heinrich, *The Rationale of Punishment*, University of London Press, London, 1913. EA: http://etheses.lse.ac.uk/426/1/Oppenheimer_The%20rationale%20of%20punishment.pdf, ET: 21.10.2018.
- Özbek Veli Özer, *Türk Ceza Kanununun Anlamı*, Cilt: 1, 4. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Özbudun Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 12. Basım, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011.
- Özek Çetin, "Umumi Af", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Yıl: 1959, Cilt: 24, Sayı: 1-4, s. 118-175. EA: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/96209>, ET: 07.10.2018.
- Öztürk Bahri, Erdem Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 10. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.
- Platon, *Yasalar* (Çev. Candan Şentuna/Saffet Babür), 1. Basım, Ara Yayınları, Basım Yeri Belirtilmemiş, 1988.
- Platon, *Devlet* (Çev. Neval Akbıyık), Karizma Yayınevi, İstanbul, 2006.
- Rousseau Jean Jacques, *Toplum Sözleşmesi* (Çev. Vedat Günyol), 2. Basım, Çan Yayınevi, Basım Yeri Belirtilmemiş, 1965.
- Sancar Mithat, "Devlet Aklı" Kısacasında Hukuk Devleti, 6. Basım, İletişim Yayınevi, İstanbul, 2012.
- Selçuk Sami, "Eski Çağlarda Suç Hukuku", Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, Cilt: 2, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2015, s. 1013-1058. EA: <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/873.pdf>, ET: 16.11.2018.
- Sınmaz Sönmez Cahide, "Cumhuriyetin Onuncu Yıl Dönümü Kutlamaları ve 26 Ekim 1933 Tarihli Genel Af Yasası", *Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*, Yıl: 2004, Sayı: 33-34, s. 89-101. EA: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/45/793/10164.pdf>, ET: 19.01.2019.
- Soyaslan Doğan, "Af", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2001, Cilt: 18, s. 412-437. EA: http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg18/Soyaslan.PDF, ET: 07.10.2018.

Sensoy Naci, "Siyasi Suçlar", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Yıl: 1951, Cilt: 17, Sayı: 1-2, s. 53-74. EA: <http://dergipark.gov.tr/ihufm/issue/9118/114121>, ET: 28.10.2018.

Toroslu Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 17. Basım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2012.

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, C. 1, 1988, Ankara.

Yalçın Sancar Türkân, " '23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2001, Sayı: 18, s. 1-47.

Yalçın Sancar Türkân, "Anayasa Mahkemesinin '23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun' Hakkında Verdiği İptal Kararına İlişkin Bir Değerlendirme", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 2002, Sayı: 2, s. 155-173.

Mahkeme Kararları

Debs v. U.S., 249 U.S. 211 (1919). EA: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/211/>, ET: 06.10.2018.

AYM Kararı, E 1964/12, K 1964/47, KT: 09.06.1964. EA: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/51f0e578-a91a-47e3-a5fb-e346a85def49?excludeGerekce=True&wordsOnly=False>, E.T.: 07.10.2018.

AYM Kararı, E 1985/30, K 1986/10, KT: 18.3.1986. EA: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/341c0b89-3990-41c3-900d-a384b5e670ed?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.: 21.10.2018.

AYM Kararı, E: 2014/120, K: 2015/23, KT: 05.03.2015. EA: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a6fc72d5-eb5c-4755-a5b7-549e212847d1?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, ET: 27.10.2018.

Yargıtay İBĞK, E 1976/3-4, K 1976/3, KT: 07.06.1976. EA: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, EA: 29.10.2018.

Yargıtay 5. CD, E 1980/3557, K 1980/3806, KT: 19.11.1980. EA: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-1980-3557.htm>, ET: 29.10.2018.

Diğer Kaynaklar

Bardakçı Murat, "Biz 'Hasta Adam'ken Belçikalı katili salmuştık", *Hürriyet*, 4 Haziran 2000. EA: <http://www.hurriyet.com.tr/murat-bardakci-biz-hasta-adam-ken-belcikali-katili-salmistik-39159248>, ET: 27.10.2018.

Tahincioğlu Gökçer, "Açık Mektup: Ben Affetmiyorum", *Milliyet*, 30.09.2018. EA: <http://www.milliyet.com.tr/yazarlar/gokcer-tahincioglu/acik-mektup-ben-affetmiyorum-2751526/>, ET: 18.01.2019.

Hooper John, "Pardon Makes a Mockery of 90% of Italian Trials", *The Guardian*, 8 November 2006. EA: <https://www.theguardian.com/world/2006/nov/08/italy.johnhooper>, ET: 07.10.2018.

Milliyet, "Bakan Gül: '3 Bin 920 Fetö Mensubu Hâkim ve Savcı İhraç Edildi' " , EA: <http://www.milliyet.com.tr/bakan-gul-3-bin-920-feto-mensubu-hakim-istanbul-yerelhaber-2266083/>, ET: 04.11.2018.

- 1876 Anayasası Metni, EA: <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1876/1876ilkmetinler/1876-ilkhal-turkce.pdf>, ET: 15.11.2018.
- 1924 Anayasası Metni, EA: <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/mevzuat/anayasalar/1924.html>, ET: 29.10.2018.
- 1961 Anayasası Metni, EA: <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm>, ET: 15.11.2018.
- Bill of Rights, EA: <https://www.constitutionfacts.com/us-constitution-amendments/bill-of-rights/>, ET: 10.02.2019.
- Act of Settlement, EA: <https://www.legislation.gov.uk/aep/Will3/12-13/2><https://www.legislation.gov.uk/aep/Will3/12-13/2>, E.T.: 23.10.2018.
- Amnesty and Pardon-Historical Overview. EA: <http://law.jrank.org/pages/506/Amnesty-Pardon-Historical-overview.html>, ET: 27.10.2018.
- <http://latin-dictionary.net/search/english/amnesty>, ET: 27.10.2018
- <https://www.merriam-webster.com/dictionary/obliteration>, ET: 27.10.2018.
- <http://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-0970.pdf>, ET: 04.11.2018.
- <http://www.newadvent.org/cathen/07783a.htm>, ET: 24.02.2019.
- <https://www.ajanshaber.com.tr/iste-turkiyenin-genel-af-karnesi-haber-13585>, ET: 24.11.2018.

AFETTEN ETKİLENEN DEVLETİN İNSANI YARDIMLARA KEYFİ OLARAK RIZA GÖSTERMEMESİ SORUNU: ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN MYANMAR NARGİZ KASIRGASI ÖRNEĞİ

THE PROBLEM OF ARBITRARY WITHHOLDING OF CONSENT OF AFFECTED STATE BY DISASTER TO HUMANITARIAN ASSISTANCE: THE CASE OF CYCLONE NARGIS IN MYANMAR IN TERMS OF INTERNATIONAL LAW

Gökhan ALBAYRAK*

Özet: Doğal afetlerin, insan yaşamına ciddi zararlar vermesi olgusu yeni değildir. Kasırga, deprem gibi doğal afetler on binlerce kişinin hayatını kaybetmesine yol açabilmekte ve bu durum devletlerin insan hakları yükümlülükleri bağlamında bazı tartışma konularını gün yüzüne çıkarabilmektedir. Ayrıca afet olaylarında devletin ne gibi sorumluluklarının olduğu meselesi de son yıllarda uluslararası afet hukuku konularında çeşitli çalışmaların yapılmasına da neden olmuştur. Özellikle Myanmar'da 2008 yılında meydana gelen Nargiz Kasırgası sonrasında, söz konusu devletin hükümetinin insani yardım taleplerine keyfi olarak rıza göstermemesi neticesinde, afet olaylarında devletlerin ne gibi davranışlarda bulunmak durumunda oldukları tartışma yaratmıştır. Buna mukabil, 2016 yılında Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun "Afet Olaylarında Kişilerin Korunması Hakkında Taslak Maddeler" metninin çalışmasını bitirmesi de konu hakkındaki ilgiyi artırmıştır. Bu makalede, belirtilen söz konusu hususlar bağlamında Myanmar Nargiz Kasırgası sonrasında Myanmar yönetiminin insani yardımlara rıza göstermemesi sorunu uluslararası hukuk normları bağlamında incelenecektir. İnceleme bakımından ise özellikle devletlerin insan hakları yükümlülüklerine ve son zamanlarda inceleme konusu haline gelen koruma sorumluluğu kavramına ağırlık verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Doğal Afet, Myanmar, İnsan Hakları, Uluslararası Hukuk Komisyonu, İnsani Yardım

Abstract: The phenomenon of harmful impacts of natural disasters to human life is not new. The natural disasters such as hurricane and earthquake may cause loss of life of tens of thousands of peoples and this situation brings to light some discussion themes

* Dr. Öğr. Üyesi, Kırklareli Üniversitesi, İİBF Uluslararası İlişkiler Bölümü Devletler Hukuku Anabilim Dalı, albayrak87@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1205-2479, Makalenin Gönderim Tarihi: 26.06.2019, Kabul Tarihi: 26.06.2019

about the human rights obligations of states. Likewise, the subject of what types of obligations the states have in the case of disasters inspires making several studies within international disaster law in recent years. Especially, the arbitrary withholding of consent of Myanmar government after the Cyclone Nargis in 2008 sparked a debate about which acts states are obliged to do in the case of disasters. On the other hand, the concluding of the text of “the Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters” by the International Law Commission in 2016 fostered interest on this subject. In this paper, the issue of the withholding of consent of Myanmar administration to humanitarian assistance after the Cyclone Nargis will be examined in the context of the norms of international law. It will be concentrated on human rights obligations of states and responsibility to protect that becomes subject of study in recent times.

Keywords: Natural Disaster, Myanmar, Human Rights, International Law Commission, Humanitarian Assistance

Giriş

Devletin uluslararası sorumluluğunu doğuran davranışlar, sadece icrai eylemleri (*acts*) değil, ihmali eylemleri (*omissions*) de kapsar.¹ Bu durum devletlerin bazı hallerde pozitif yükümlülüklerinin bulunmasından kaynaklanır. Devletin pozitif yükümlülükleri, onların belli eylemlerde bulunmalarını gerektirir. Özellikle son dönemde insan hakları hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde, devletin insan haklarının korunmasında negatif statü hakkı olarak sınıflandırılan alanlarda dahi pozitif yükümlülükleri vardır. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde düzenlenen yaşam hakkı, gerçekleşen ölüm olaylarında devlete bir soruşturma yapma yükümlülüğü yüklemektedir.² Yine Uluslararası Adalet Divanı’nda görülen Korfu Boğazı davasında Arnavutluk’un kendi karasularındaki mayınlar

¹ Yusuf Aksar, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 179. Uluslararası sorumluluğun hem icrai hem de ihmali fiillerle doğabileceği hususu Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 2001 yılında kabul edilen Uluslararası Haksız Fiiller Dolayısıyla Devletlerin Sorumluluğu Hakkındaki Taslak Maddeler’de de belirtilmiştir (2. madde).
International Law Commission, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf, Erişim Tarihi: 13.12.2019

² David Harris, Michael O’Boyle, , Colin Warbrick, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, (çev. Mehveş Bingöllü Kılı, Ulaş Karan). Şen Matbaa, Ankara, 2013, s. 50

konusunda Birleşik Krallık'ı uyarmamasından doğan zararlardan sorumlu olduğu belirtilmiştir.³ Dolayısıyla ihmali eylemler de devlete atfedilebilen davranışlardır ve belli sonuçları olabilir. 2008 yılında meydana gelen Nargiz Kasırgasında, Myanmar'daki yönetimin, felaketten hemen sonra kasırgadan etkilenenler için yapılan insani yardım⁴ tekliflerine rıza göstermemesi de bu bağlamda ihmali bir eylemdir. Bu eylem sonucunda Myanmar'ın bir sorumluluğunun olup olmadığı uluslararası hukuk açısından farklı yönleriyle inceleme konusu yapılmıştır. Bu çalışmada Myanmar'ın Nargiz Kasırgasından hemen sonra insani yardımlara keyfi olarak rıza göstermemesi sorunu, Myanmar'ın insan hakları yükümlülükleri açısından ve özellikle Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan "Afet Olaylarında Kişilerin Korunması Hakkında Taslak Maddeler"⁵ (*Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters*) çerçevesinde incelenecektir. Sözü edilen taslak maddeler, bir yumuşak hukuk kaynağı teşkil etmekle beraber, belgede ortaya konulan meselelerin teamül kurallarını kodifiye etme ve birçok antlaşmaya dağılan maddeleri sistemleştirme rolü bulunmaktadır. Bu bakımdan pek çok yumuşak hukuk kaynağı gibi, sözü edilen taslak maddeler de bir bakıma yumuşak-sert hukuktur.⁶

³ ICJ Reports (1949), Corfu Channel Case, Judgment of April 9th, 1949, s. 23. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-EN.pdf>, Erişim Tarihi: 11.12.2019

⁴ İnsani yardım terimi, Küresel İnsani Yardım Raporu'nda (2019) insan eliyle yarattılan krizler ve doğal tehlikelerden kaynaklanan afetler sırasında veya sonucunda yaşamların kurtarılması, acının azaltılması ve insan onurunun korunması amacıyla yapılan yardımlar şeklinde tanımlanır. Global Humanitarian Assistance Report 2019, Development Initiatives, 2019, https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/GHA%20report%202019_0.pdf, Erişim Tarihi: 11.12.2019

⁵ Madde metni için bakınız. International Law Commission, Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters, United Nations, 2016, http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/draft_articles/6_3_2016.pdf&lang=EF, Erişim Tarihi: 25.12.2018. Taslak maddelerin Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından yapılan yorumu için bakınız. http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/commentaries/6_3_2016.pdf&lang=EF, Erişim Tarihi: 25.12.2018

⁶ Bahsettiğimiz bu tanım, Arnold N. Pronto'ya aittir. Pronto yumuşak hukuk ve sert hukuk ayırımının, hukuk kuralının içeriği ve formunu ayırt etme bakımından eksik olduğunu, bu bakımdan aslında yumuşak hukuk formunun içinde sert hukuk içeriğinin bulunabileceğini, sert hukuk formunun içinde de yumuşak hukuk içeriğinin bulunabileceğini belirtmektedir. Bu bakımdan Pronto Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun taslak çalışmalarını yumuşak-sert hukuk olarak adlandırmaktadır. Arnold N. Pronto, "Understanding the Hard/Soft Distinction in International Law", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 48, 2015, ss. 941-956

1. Myanmar'ın Siyasal Durumu ve Kasırga

Myanmar, veya diğer adıyla Burma,⁷ güneydoğu Asya bölgesi devletlerinden biridir. Myanmar'ın Hint Okyanusu'ndaki Bengal Körfezi ve Andaman Denizinde kıyıları yer almakla birlikte, Hindistan, Bangladeş, Tayland, Laos ve Çin ile de kara sınırları bulunmaktadır. İngilizlerin Myanmar'da 19. yüzyılda kurdukları koloni 1948 yılında son bulmuş ve aynı yıl Myanmar bağımsızlığını kazanmıştır.

Myanmar, yer aldığı bölge itibariyle tropik iklim kuşağında olduğu için özellikle bölgesel muson yağmurlarından epey etkilenmekte, sel tehlikeleri ile sıklıkla karşılaşmakta ve yine kuvvetli kasırgaların da hedefi olabilmektedir. Ayrıca bulunduğu alan tektonik açıdan da hareketli bir bölge olduğu için depremler de görülebilmektedir.

Myanmar ülkesinde 2017 yılı itibariyle Dünya Bankası verilerine göre yaklaşık 53 buçuk milyon insan yaşamaktadır.⁸ Nüfusun yaklaşık yüzde 65'ini Birmanlar oluşturmaktadır. Birmanlar dışında ülkede Şanlar, Karenler, Çinliler, Hintler ve diğer bazı etnik gruplar yaşamaktadır. Nüfusun yaklaşık yüzde 90'ı Budist inancına sahiptir. Yine oranı kesin olarak bilinmese de önemli sayıda Müslüman nüfus da bulunmaktadır. Myanmar, dünyanın en az gelişmiş ülkelerinden biridir ve halkının çoğunluğu yoksul durumdadır.

1948 yılında İngiliz sömürgesi olmaktan kurtularak bağımsızlığını kazanan Myanmar'da 1962 yılında askerler yönetime el koymuş ve ülkede tek parti rejimi kurulmuştur. 1974 yılında yapılan anayasada devletin tek partili sosyalist rejim olduğu belirtilmiştir.⁹ Sonraki yıllarda ekonomik ve sosyal baskılar sonucu askeri rejim tek parti sisteminden vazgeçse de, ülkede bulunan partilerin özgür olduğunu söylemek güçtür. Nargiz Kasırgasından sonra 2010 yılında yapılan seçimlerde askerlerin desteğine sahip olan Birlik Dayanışma ve Kalkınma Partisi kazanan parti olsa da, askeri cunta ülke siyasetindeki belirleyici rolünü 1962 yılından beri sürdürmektedir. Özellikle 2015 yılında yapılan seçimlerde yıllarca siyasi tutsak olarak yaşayan, 1990'daki askeri cunta tarafından kabul edilmeyen seçimlerin de galibi olan Nobel Barış Ödü-

⁷ 1989 yılında ülkenin Burma olan ismi Myanmar olarak değiştirilmiştir. Fakat siyasi nedenlerle bu isim günümüzde de kullanılmaktadır.

⁸ <https://data.worldbank.org/indicator/sp.pop.totl>, Erişim Tarihi: 12.03.2019

⁹ Rafis Abazov, "Myanmar, Profile", Encyclopedia of Modern Asia Vol. 4, Ed. David Levinson, Karen Christensen. Thomson Gale, New York, 2002, s. 248

lü sahibi Aung San Suu Kyi'nin partisi çoğunluğu elde ederek ülkede bir demokratikleşme imkânı doğurmuş durumda olsa bile, askerinin siyasetteki ağırlığının bittiğini söylemek şu an için mümkün gözükmemektedir. Bu durum, yönetimde olan partinin, Rohingya'lara¹⁰ karşı uygulanan politikalara sessiz kalmasında açıkça belli olmaktadır. 1978 yılında Rohingya'ların vatandaşlığının tanınmaması ve akabinde yüz binlercesinin mülteci haline gelmesi süreci,¹¹ son yıllarda da hız kazanmış ve yine yüz binlercesi Bangladeş'e sığınmak durumunda kalmıştır ve tıpkı 2008 Nargiz Kasırgası hadisesinde olduğu gibi Myanmar yönetimi Rohingya'lara yapılmak istenen insani yardım taleplerinin sonuç bulmasını engellemeye çalışmaktadır.

Kısacası Myanmar, son yıllarda bazı demokratik gelişimlere sahne olmuşsa da ülkenin genel anti-demokratik yapısı, askerlerin yönetimdeki baskın etkisi ve ülkenin kötü insan hakları karnesi, ülkenin uluslararası camiia tarafından sıklıkla eleştirilmesine yol açmaktadır. Myanmar'ın uluslararası camiadaki bu kötü algılanışı, Nargiz Kasırgası sonrasında yaşananlarla da perçinlenmiş ve ülkedeki askeri yönetimin bu tavrı uluslararası afet hukuku bakımından da önemli bir örnek olay teşkil etmesine sebep olmuştur.

2. Nargiz Kasırgası ve Myanmar Yönetiminin Tavrı

Kasırgalar,¹² devletleri zor durumda bırakan ve önemli can ve mal kayıplarına sebep olabilen doğal afetlerdir. Boyutlarına bağlı olarak güçlü veya güçsüz her devleti ve halkını yardıma muhtaç bir hale sokabilmektedir. Çünkü devletler, her ne kadar bu tip doğal afetlere hazırlıklı hale gelmeye çalışsalar bile, kısa sürede doğal afetlerin yaralarını sarmak her zaman mümkün olamayabilir. 2005 yılında yaşanan Katrina Kasırgasının, Amerika Birleşik Devletleri'nin güney eyaletlerinde (özellikle New Orleans şehrinde) yarattığı yıkım, doğal afetlerin güçlü devletleri bile zorda bırakmasına bir örnek teşkil etmektedir.

¹⁰ Arakanlı Müslümanlar

¹¹ "Myanmar", Worldmark Encyclopedia of the Nations, Vol. 4, Ed. Timothy L. Gall, Jeneen M. Hobby. Thomson Gale, Farmington Hills, 2007, ss. 550-551

¹² Büyük fırtınalar, oluştuğu coğrafyaya göre tayfun, kasırga veya siklon olarak adlandırılabilirler. Özellikle Nargiz Kasırgası Hint Okyanusunda oluştuğu için siklon olarak da adlandırılıyor. Fakat biz tüm büyük fırtınalar için kasırga sözcüğünü kullanacağız.

2 Mayıs 2008 tarihinde başlayan, Myanmar'ın güney bölgesi olan Irrawaddy deltasında etkili olan Nargiz Kasırgası da Hint okyanusu civarındaki en yıkıcı kasırgalardan biri olarak tarihe geçmiştir. Kayıplar ve teşhis edilenlerle birlikte kasırga yaklaşık 140.000 insanın ölümüne yol açmıştır ve 800.000 insanı yerinden etmiştir.¹³

Kasırgadan hemen sonra askeri cunta, diğer devletlerden gelen yardımları bloke edeceğini, yardımların sadece yiyecek, ilaç veya finansal yardımlarla sınırlı tutulmasını deklare etmiştir. Yine askeri cunta ülkesi üzerinde yabancı yardım personeline veya yardım amaçlı da olsa herhangi bir askeri personelin varlığına izin vermeyeceğini açıklamıştır. Cuntanın bu tavrı Amerika Birleşik Devletleri, Kanada ve diğer büyük güçlerin yönetimleri, Birleşmiş Milletler mercileri ve çeşitli sivil toplum kuruluşlarından ciddi eleştiriler almıştır. Hatta Fransa'nın Birleşmiş Milletler nezdindeki elçisi, Myanmar yönetiminin tavrının insanlığa karşı suç teşkil edebileceğini belirtmiştir.¹⁴ Dönemin Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri Ban Ki-moon, Myanmar yönetiminin kasırga sonrasındaki yavaş tutumunun kabul edilemeyeceğini ve bunun insani krize yol açtığını ifade etmiştir.¹⁵

2008 yılının Mayıs ayının başında gerçekleşen kasırga sonrasındaki Myanmar yönetiminin tavrı sonucunda, Myanmar üzerinde artan baskılar neticesinde askeri cunta ancak Mayıs ayının sonlarına doğru yardımları kabul edeceğini bildirmiş ve gerekli olan yardımlar bu süreçten sonra gerçekleştirilmiştir. Fakat kasırgadan etkilenenlerin hayatlarının kurtarılması için sağlanacak yardımlarda, çoğu zaman günler değil saatler bile önem taşımaktadır. Dolayısıyla uluslararası insani yardımlar konusunda Myanmar askeri yönetiminin kasırgadan sonraki ilk haftalardaki blokajının uluslararası hukuk açısından ne şekilde devletin sorumluluğuna yol açabileceği tartışma konusu olmuştur. Bu bağlamda insani yardımlara keyfi olarak rıza gösterilmemesi hususu bakımından öncelikle konu ile doğrudan bağlantılı olan uluslararası

¹³ Donald M Seekins, "State, Society and Natural Disaster: Cyclone Nargis in Myanmar (Burma)", *Asian Journal of Social Science*, C. 37, 2009, ss. 717-718

¹⁴ *BBC News*, "France angered by Burmese delays", 17 Mayıs 2008, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/asia-pacific/7405998.stm>, Erişim Tarihi: 9. 2. 2019

¹⁵ *UN News*, "Response to cyclone in Myanmar 'unacceptably slow' – Ban Ki-moon", 12 Mayıs 2008, <https://news.un.org/en/story/2008/05/259002-response-cyclone-myanmar-unacceptably-slow-ban-ki-moon>, Erişim Tarihi: 11.12.2019

afet hukuku ve yine ilgili insan hakları yükümlülükleri noktasında bir değerlendirme yapılması zaruri gözükmektedir.

3. Uluslararası Afet Hukuku ve İnsan Hakları

Uluslararası afet hukuku (*international disaster law*), veya diğer adıyla uluslararası afet müdahale hukuku (*international disaster response law*), uluslararası hukukun görece yeni alanlarından biridir. Uluslararası afet hukuku, doğal afetler ve insan kaynaklı afetlere ilişkin olarak bu afetlere hazırlık aşamasında, afet sırasında ve sonrasında devletlerin fiilleri hakkındaki hukuki meselelerle ilgilenen bir hukuk alanıdır.¹⁶ Afetlerin önlenmesi, afet halinde veya sonrasında insani yardım meseleleri, afet sonrası iyileştirme ile ilgili iki taraflı ve çok taraflı antlaşmalar çok da yeni olmamasına rağmen,¹⁷ bu alanda bir sistematik yaklaşım sunma girişimlerinin yeni olduğunu söylemek gerekir. Fakat yine de afet halinde yardım konusunun uluslararası alanda “ortak” bir hassasiyet teşkil etmesi ve bu konuda evrensel bir girişimin ilk örneğine 1927 yılında kurulmasına karar verilen Uluslararası Yardım Birliği (*The International Relief Union*) ile rastlanmaktadır.¹⁸ İtalyan Kızılhaç başkanı Ciraolo’nun 1921 yılındaki önerisi, Uluslararası Kızılhaç Komitesi’nin girişimleri ve Milletler Cemiyeti’ndeki görüşmeler ile afet halinde yardım ile ilgilenen bir örgütün kurulması fikri kabul edilmiş ve sonuçta Uluslararası Yardım Birliği’ni kuran antlaşma imzalanmıştır. Birlik, 1932 yılında aktif görevine başlamış fakat İkinci Dünya Savaşı öncesinde ömrü kısa olmuştur.

İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra çeşitli ikili ve bölgesel afet antlaşmaları yapılmasına rağmen, konu hakkında genel ve evrensel bir antlaşma bugüne kadar yapılamamıştır. Bunun yanında özel nitelikli bazı antlaşmaların yapıldığı görülmektedir. Bu antlaşmaları şöyle sıralamak mümkündür:

¹⁶ <https://reliefweb.int/report/world/international-disaster-law-information-sheet>, Erişim Tarihi: 13.12.2019

¹⁷ Andrea De Guttry, “Surveying the Law”, *International Disaster Response Law*. Ed. Andrea de Guttry, Gabriella Venturini, Marco Gestri, TMC Asser Press, The Hague, 2012, ss. 3-44

¹⁸ Peter Macalister-Smith, “The International Relief Union - Reflections on the Convention Establishing an International Relief Union of July 12, 1927”. *Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis/Legal History Review*, C. 54(3-4), 1986, ss. 363-374

- 1986 Nükleer Kazanın Erken Bildirimi Hakkında Sözleşme
- 1986 Nükleer Kaza veya Radyolojik Acil Hal Durumunda Yardıma İlişkin Sözleşme
- 1992 Endüstriyel Kazaların Sınırışan Etkileri Hakkında Sözleşme
- 1998 Afet Zararlarını Azaltma ve Yardım Operasyonları için Telekomünikasyon Kaynakları Hakkında Tampere Sözleşmesi
- 2000 Sivil Savunma Yardımı Çerçeve Sözleşmesi

Bu sözleşmelerin konularına bakıldığı zaman, afet ile ilgili konuların bir boyutunu veya özel bir durumunu düzenlemektedirler. Son zamanlarda ise uluslararası afet hukuku konusundaki genel bir sözleşmenin eksikliği bazı yumuşak hukuk (*soft law*)¹⁹ belgeleri ile biraz olsun kapatılmaya çalışılmaktadır. Fakat tabiidir ki bu belgeler bağlayıcı nitelikte olmadıkları için, uluslararası afet hukukundaki bağlayıcı normlar, yukarıda belirttiğimiz bazı özel antlaşmalar haricinde insan hakları hukuku veya uluslararası çevre hukuku gibi diğer uluslararası hukuk alanlarından çıkartılmakta ve bir inceleme sahası böylece yaratılmaktadır. Dolayısıyla aslında söylenebilir ki, uluslararası afet hukuku konu hakkındaki özel düzenlemelerle birlikte, diğer ilgili uluslararası hukuk normlarının incelenmesinden ibarettir. Bu cihetle Nargiz Kasırgası örneğinde uluslararası afet hukukunun yukarıda saydığımız özel düzenlemeleri haricinde uluslararası insan hakları hukuku normlarının incelenme ihtiyacı zuhur etmektedir. Yine bu bağlamda da insani yardımlara keyfi olarak rıza gösterilmemesi hususu, yaşam hakkının incelenmesini gerekli kılmaktadır.

1948 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nde yaşam hakkı 3. maddede yer almıştır:

“Herkes yaşam, özgürlük ve kişi güvenliği hakkına sahiptir.”

Beyanname'nin şekli olarak bağlayıcı olmaması gerçeğinin yarattığı ihtiyaç sonucunda 1966 yılında imzaya açılan Medeni ve Siyasi Hak-

¹⁹ Aşağıda bu alandaki en önemli şekli anlamda yumuşak hukuk kuralı olan ve Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan Afet Olaylarında Kişilerin Korunması Hakkındaki Taslak Maddeler'e değineceğiz.

lar Uluslararası Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yaşam hakkı düzenlenmiştir. Madde metninin ilk fıkrası şöyledir:

*"1. Her insan, doğumla kazandığı/(varlığına yerleşik) yaşam hakkına sahiptir. Bu hak, yasa ile korunacaktır. Hiç kimse yaşamından keyfi olarak yoksun bırakılamayacaktır."*²⁰

Yaşam hakkının insan hakları hukukunda özel bir yeri olduğu kuşkusuzdur. Çünkü yaşam hakkı olmaksızın diğer hakların korunmasının da bir önemi kalmayacaktır. Dolayısıyla bu hakkın korunması önceliklidir demek yanlış olmayacaktır.

Yukarıda belirttiğimiz bu iki belge ve madde açısından şunların belirtilmesi lazımdır. Evrensel Beyanname her ne kadar bağlayıcı olmayan bir işlem olmasına karşılık, içeriğindeki haklar bugün itibarıyla büyük ölçüde uluslararası teamül kurallarını yansıtmaktadır.²¹ Yine sözleşme bağlamında vurgulanması gerekir ki, böylesine genel kabul görmüş bir sözleşmenin uluslararası teamül kurallarının gelişmesine katkısının olmadığını söylemek mantıksız olur.²² Bu bakımdan özellikle yaşam hakkı özelinde Sözleşme'yi imzalamamış olan Myanmar'ın, uluslararası teamül kuralları açısından yükümlülüğünün olmadığını söylemek mümkün gözükmemektedir. Bu bakımdan Emre Öktem'in ifadeleri ile şu husus belirtilebilir ki, "*çok taraflı antlaşmaların yüksek sayıda onay işlemine konu olması, devletlerin antlaşmalarda yer alan normların evrensel düzeyde uygulanması gerektiği yönündeki kanaatlerinin delilini oluşturur*"²³. Hatta yaşam hakkını *jus cogens*, yani emredici bir norm olarak görenlerin de bulunduğunu söylemek lazımdır.²⁴ Ayrıca

²⁰ Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri-II. Cilt/ Uluslararası Sistemler, Legal, İstanbul, 2010, s. 102

²¹ Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt I, Legal, İstanbul, 2012, s. 65

²² 2019 Mart ayı itibarıyla sözleşmeye 172 devlet taraftır. Bakınız. <http://indicators.ohchr.org/>, Erişim Tarihi: 5.3.2019

²³ Emre Öktem, Uluslararası Teamül Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 261

²⁴ Uluslararası Hukuk Komisyonu'nda hazırlanan *jus cogens* normlar hakkındaki taslak maddeler çalışmasının raportörü Dire Tladi'nin raporunda, yaşam hakkının *jus cogens* norm olarak kabul edilmesi yönünde bir eğilimin olduğundan bahsedilmektedir. Bu konuda bazı devletlerin mahkeme kararlarından, İnsan Hakları Komitesi'nin genel yorumu (29. genel yorum), Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu'nun genel yorumundan (3. genel yorum) ve Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu'nun bir kararındaki yorumundan örnekler vermektedir. International Law Commission, Fourth Report on Peremptory Norms of General

şu hususu da belirtmek gerekir ki, büyük doğal afetler afetten etkilenen devlet için ulusun hayatını tehdit edecek boyutta olabilir ve söz konusu devletler olağanüstü hal ilan etmek durumunda kalabilirler. İnsan hakları sözleşmelerinin geneli de bu durumlarda devletlere aykırılık tedbirleri alma imkânı tanır.²⁵ Fakat Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'ne²⁶ göre yaşam hakkı aykırılık tedbirlerinin uygulandığı zamanlarda dahi uygulanması askıya alınamayacak haklardandır. Dolayısıyla devletler doğal afetler neticesinde olağanüstü halin arkasına sığınarak yaşam hakkı ile bağlantılı yükümlülüklerinden kurtulamayacaklardır.

Sözleşme'nin 6. maddesi genel olarak kabul edildiği üzere devlete sadece negatif bir yükümlülük yüklememektedir. Yani devletin sadece bireylerin yaşam hakkına "dokunmaması" yetmez. Bu bağlamda devletin yaşam hakkının korunmasında pozitif eylemlerde bulunması da gereklidir²⁷ ve insan hakları hukukunda buna pozitif yükümlülükler denmektedir. Dolayısıyla Myanmar Nargiz Kasırgası örneğinde belirtebiliriz ki, devletin bir kasırga sonrasında hareketsiz kalması yetmez. Tersine bu tip doğal afetler sonrasında devletin hareketsiz kalması, afetten etkilenen insanların yaşamı için en tehlikeli durumlardan biridir. Devletlerin böyle durumlarda harekete geçmesi, pozitif eylemlerde bulunması, insanların yaşamını kurtarmak için bütün varlıklarını seferber etmesi beklenir. Bunun yanında afetin boyutu ve ihtiyaçlar devletin kapasitesini aştığında, o devlet uluslararası camiadan gelen yardımlara keyfi olarak rıza göstermeme durumuna düşerse, bu du-

International Law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur, 31 January 2019, ss. 56-57. Ayrıca bakınız. Paul Gormley, "The Right to Life and the Rule of Non-Derogability: Peremptory Norms of jus cogens", The Right to Life in International Law, Ed. Bertrand G. Ramcharan, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, s. 154

²⁵ Mehmet Emin Çağırın, Uluslararası Alanda İnsan Hakları, Barış Kitap, Ankara, 2011, s. 103

²⁶ Bu husus Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 4(2). maddesinde belirtilmiştir. Madde metninde kullanılan ifadeler şöyledir: "2. Sözleşmenin 6, 7, 8 (1 ve 2 fıkralar), 11, 15, 16 ve 18. maddelerindeki yükümlülüklerde hiç bir azaltma yapılamaz." Söz konusu yaşam hakkı Sözleşme'nin 6. maddesinde yer almakta ve 4 (2) maddesinde sayılan haklardan birini teşkil etmektedir.

²⁷ Manfred Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, N. P. Engel Publisher, Kehl, 2005, ss. 122-124

rum da yaşam hakkının ihlali olacaktır. Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi'nin 2018 yılında yaşam hakkı konusunda hazırladığı genel yorumunda, doğal afetler konusunda devletlerin çeşitli hazırlıklar yapması ve doğal afet anlarında diğer devletlerle bilgi paylaşımında bulunması ve onlarla işbirliği halinde bulunmasının yaşam hakkı yükümlülükleri ile doğrudan ilgili olduğunu belirtmiştir.²⁸ Doğal afetler ile insan hakları ve özel olarak yaşam hakkı arasındaki bağı daha iyi anlamak için Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun afet olaylarında kişilerin korunması hakkında hazırladığı taslak maddelere bakmak faydalı olabilir. Her ne kadar taslak maddeler yumuşak-sert hukuk (*soft-hard law*) olsa da, insan hakları yükümlülüklerinin doğal afetlerdeki pozisyonunu anlamak için etkili olacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, insani yardımları keyfi olarak kabul etmemek suretiyle gerçekleşen ölümler konusunda ve doğal afetler sonucunda insanların yaşam için gereken minimum düzeye ulaşamamaları durumunda devletin fiilleri zalimane, insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele yasağının da ihlali teşkil edebilir. Bu bağlamda yaşam hakkı ile bağlantılı olarak bu yasağın ihlali de insan hakları bağlamında tartışılabilir. Söz konusu devlet fiilleri çerçevesinde insanların bulunacağı durumun insanlık dışı bir muamele teşkil edeceğini söylemek gerekir.²⁹ Ayrıca bu yasağın, *jus cogens* nitelikte bir norm olarak³⁰ Myanmar'ı da bağlayacağı açıktır. Yine yukarıda belirttiğimiz insan hakları ile bağlantılı olarak insani yardımlara keyfi olarak rıza göstermeme sorunu, sağlık hakkı ve gıda hakkı ile ilgilidir. Devletin bu yardımlara rıza göstermemesi nedeniyle gıdasız kalarak ve sağlıklarını kaybederek insanların yaşamlarını yitirmesi kuşkusuz gıda ve sağlık hakkının ihlali olacaktır.

²⁸ Human Rights Committee, General Comment No. 36 on Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the Right to Life, 30 October 2018

²⁹ İnsan onuruyla da bağdaşmayan insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele yasağı, 1984 tarihli İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin kapsamı dâhilindedir ve ayrıca Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 7. maddesinde yer almaktadır.

³⁰ Nigel S. Rodley, "Integrity of the Person", International Human Rights Law, Ed. Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, Sandesh Sivakumaran, Oxford University Press, Oxford, 2010, s. 212

4. Afet Olaylarında Kişilerin Korunması Hakkındaki Taslak Maddeler ve 13. Madde

Uluslararası afet hukukunda son yıllardaki en önemli gelişme kuşkusuz Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2016 yılında yayınladığı "Afet Olaylarında Kişilerin Korunması Hakkındaki Taslak Maddeler" (*Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters*) oldu. Taslak maddelerin ortaya çıkması konu hakkındaki ilgiyi artırdı ve konu hakkında çeşitli uluslararası hukuk çalışmaları da yayınlanmaya başladı. Konu, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun gündemine 2006 yılında girmiş ve 2007 yılında da Komisyon 59. oturumunda bu konu hakkında çalışma kararı vermiş³¹ ve hazırlanacak taslak maddeler için Eduardo Valencia-Ospina'yı özel raportör olarak atamıştı. Uzun çalışmaların ardından 2016 yılında taslak maddelerin son hali ortaya çıkmış ve maddeler Komisyon tarafından Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na konu hakkında bir sözleşme metninin hazırlanması hususunun değerlendirilmesi amacıyla sunulmuş oldu.³²

Taslak maddeler, 18 maddeden oluşmaktadır. Taslak maddelerin amacı 2. maddede afetlere etkili ve yeterli müdahalede bulunmayı kolaylaştırmak, afet risklerini azaltmak ve ilgili kişilerin esaslı ihtiyaçlarını karşılamak olarak belirtilmiştir. Yine taslak maddelerde; afet olaylarından etkilenen kişilerin insan haklarının korunması hususu, uygun olduğu ölçüde afet halinde devletlerin işbirliği ödevi, afet halinde afetten etkilenen ve afet olayı dolayısıyla zor durumda kalan insanlara insani amaçlarla yardım etmek isteyen devlet ve kuruluşların durumu meseleleri ele alınmıştır.

Nargiz Kasırgasındaki Myanmar yönetiminin tutumu ile bağlantılı olarak Afet Olaylarında Kişilerin Korunması Hakkındaki Taslak Maddeler içinde 13. madde özel olarak incelenmeye değerdir. Madde-nin metni şu şekildedir:

³¹ Official Records of the General Assembly, Sixty-second Session, Supplement No. 10 (A/62/10), prg. 37, https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_62_10.pdf, Erişim Tarihi: 13.12.2019

³² Report of the International Law Commission, Sixty-eighth session (2 May-10 June and 4 July-12 August 2016), United Nations, New York, 2016, https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2016/english/a_71_10.pdf&lang=EFSRAC, Erişim Tarihi: 11.12.2019

“On Üçüncü Madde

Afetten Etkilenen Devletin Dış Yardıma Rızası

1.Dış yardımın sağlanması, afetten etkilenen Devletin rıza vermesini gerektirir.

2.Dış yardıma rıza vermekten keyfi olarak kaçınılamaz.

3.Mevcut taslak maddeler bakımından bir dış yardım teklifi yapıldığında, afetten etkilenen Devlet, mümkün olduğunda, teklifle ilgili kararını zamanında açıklar.”

Madde metnine baktığımızda uluslararası hukuktaki rıza prensibi ile rıza vermekten keyfi olarak kaçınılamayacağı hali arasında bir denge kurulmuştur denebilir. Normal bir zamanda bir dış yardımın kabul edilip edilmeyeceği, dış yardımı kabul edecek devletin egemenliği ile ilgili bir konudur. Bir devletin rızasını almadan, o devletin ülkesine yardım amaçlı dahi olsa girmek veya o ülkeye yardım malzemesi sokmak uluslararası haksız fiil teşkil edecektir.³³ Ayrıca söz konusu devletin rızası açık bir biçimde olmalı, hür olarak verilmeli ve devleti temsil edecek yetkili bir organ tarafından verilmelidir.³⁴ Fakat bu rıza prensibi ve bir anlamda rızanın kutsanması karşısında özellikle 1980’li yıllarda afetler sonucunda yardım etmek isteyen devletlerin ve sivil toplumun yardıma muhtaç olan insanlara yardım edebilmesinin bir hak olduğu savunulmaya başlanmıştır. Bu görüşün arkasında Fransız sağlık örgütleri ve dönemin Fransa başkanı Mitterrand bulunmaktaydı ve bir tür karışma hakkının (*droit d’ingerence*) savunulması gerektiğini düşünüyordular.³⁵ Tabii ki bu doktrinin uluslararası teamül kuralı hali-

³³ Uluslararası Haksız Fiiller Dolayısıyla Devletlerin Sorumluluğu Hakkında Taslak Maddeler uyarınca bir uluslararası haksız fiil, devlete atfedilebilen ve bir uluslararası yükümlülüğü ihlal eden bir fiildir (2. madde). International Law Commission, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf, Erişim Tarihi: 13.12.2019. Buradaki uluslararası yükümlülük ise hem uluslararası bir teamül kuralı olan hem de Birleşmiş Milletler Şartı’nın 2. maddesinde yer alan iç işlerine karışma yasasıdır.

³⁴ James Crawford, State Responsibility: General Part, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, ss. 283-289

³⁵ Carlo Focarelli, “Duty to Protect in Cases of Natural Disasters”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law., Ed. Rüdiger Wolfrum, Oxford University Press, Oxford, 2013

ne geldiğini ve bir norm olduğunu söylemek zordur. Fakat doğal afet durumlarında rızaya mutlak rol biçmek de pek mümkün gözükmemektedir. İnsani yardım tekliflerinin keyfi olarak reddedilmesi, yani devletin rıza vermeme durumundaki keyfiliği uluslararası hukuka aykırı bir durumun oluşmasına sebebiyet verebilecektir. Fakat buradaki keyfilik hususunun da yoruma açık olduğu ve belirsizlik içerdiği kuşkusuzdur. Bazı devletler de madde metnine ilişkin yorumlarında bu hususu dile getirmiştir.³⁶ Keyfilik hususunu her olayın özelliklerini de gözeterek,³⁷ devletin mesnetsiz, ölçüsüz, akla dayanmayan, bulunduğu çağa göre beklenenin dışında olan eylemleri şeklinde anlamak lazımdır. Örneğin kasırga sonrası Myanmar yönetimi insani yardım taleplerini uzunca bir süre ret etmesinin sebebi olarak ulusal egemenlik ve yabancı güçlerin manipülasyonlarını önleme gibi hususları ileri sürdü. Fakat insani yardım talepleri ile ileri sürdüğü bu hususlar arasında akla dayanan bir ilişki görmek mümkün değildir. Yardımı kabul etmeme ile ulusal egemenlik arasında nasıl bir ilişkinin olduğu mantıklı bir şekilde ortaya konulamamıştır. Açıkça ulusal kapasitesinin afetin yol açtığı ve acil bir şekilde kapatılması gereken yaraları sarmaya yetmeyecek bir ülkenin bu hususlara dayanması keyfi bir tutum olacaktır.

Madde metninden anlaşıldığı üzere devletlerin doğal afet durumlarında insani yardımlar konusunda rıza verip vermeme noktasında sınırsız bir egemenlikleri yoktur. Madde metninin bu hali daha önce hazırlanmış olan Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün insani yardımlara ilişkin aldığı kararlar paralellik taşımaktadır. Söz konusu kararda da insani yardıma ihtiyaç duyan devletin iyiniyetli (*bona fide*) yardım taleplerini keyfi ve haksız olarak ret edemeyeceği belirtilmiştir.³⁸

³⁶ Sandesh Sivakumaran, "Arbitrary Withholding of Consent to Humanitarian Assistance in Situations of Disaster", *International and Comparative Law Quarterly*, C. 64, 2015, s. 516

³⁷ Keyfilik hususuna karar verirken olay bazlı bir değerlendirmenin yapılması gerektiği Raportör'ün dördüncü raporunda da belirtilmiştir. Fourth Report on the Protection of Persons in the Event of Disasters,

^by Mr. Eduardo Valencia-Ospina, Special Rapporteur, 2011, Doc. A/CN.4/643, s. 217

³⁸ Institute of International Law, Sixteenth Commission, Humanitarian Assistance Resolution, 2003, <https://www.ifrc.org/Docs/idrl/I318EN.pdf>, Erişim Tarihi: 12.12.2019

Bu taslak maddelerin metninden çıkan diğer bir sonuç ise, uluslararası hukuk doktrininin son yıllarında ağırlığı artan bir görüş olan egemenliğin sadece bir yetki değil ayrıca bir sorumluluk olduğu cihetle “koruma sorumluluğu” (*responsibility to protect*) ile afetten etkilenen devletlerin durumu arasında bir kesişim noktası bulunmasıdır. Dolayısıyla Nargiz Kasırgası ve insani yardımlara keyfi olarak rıza gösterilmemesi meselesinde son olarak koruma sorumluluğu yaklaşımına ve bu yaklaşımla doğal afet arasındaki ilişkiye değinmekte yarar vardır.

5. Koruma Sorumluluğu ve Doğal Afetler

Koruma sorumluluğu kavramı, uluslararası hukukun gündemine 2000’li yılların başında insani müdahalenin eksikliklerinin üzerine yeni bir model olarak geldi. İnsani müdahalenin tek taraflı yönü ve devlet egemenliği ilkesine ters yanları doktrinde epey tartışma yaratmıştı. Fakat, özellikle dönemin Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri Kofi Annan’ın da ön plana taşıdığı gibi, yoğun insan hakları ihlallerinin yaşandığı yerlerde bir önlemin alınması gerekliliği aşıkardı.³⁹ Bu ihtiyaç dolayısıyla Kanada öncülüğünde kurulan Müdahale ve Devlet Egemenliği Uluslararası Komisyonu (*International Commission on Intervention and State Sovereignty-ICISS*) 2001 yılında koruma sorumluluğu ile ilgili raporunu yayınladı⁴⁰ ve ardından 2005 yılında kavram Birleşmiş Milletler Dünya Zirvesi sonuç belgesinde de yer aldı.⁴¹ Bu gelişmeler sonrasında ise kavram pek çok kez Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin kararlarında yer aldı.⁴²

Koruma sorumluluğu kavram olarak, öncelikle devletin ve ikincil planda da uluslararası toplumun, bir devlet ülkesi sınırları içinde yaşayan halkın yoğun insan hakları ihlallerine uğramasını önlemek,

³⁹ Pinar Gözen Ercan, “İkinci On Yılına Gिरerken Koruma Sorumluluğunu Yeniden Düşünmek: Lex Ferenda Olarak R2P”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5(2), 2015, s. 167

⁴⁰ The Responsibility to Protect, ICISS, 2001, <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>, Erişim Tarihi: 12.12.2019

⁴¹ Yıldırım Sak, “Uluslararası Hukukta İnsancıl Müdahale ve Libya Örneği: Suriye’de Yaşanan ya da Yaşanacaklar için Dersler”, *Uluslararası İlişkiler*, C. 11(44), 2015, s. 139

⁴² Ümmühan Elçin Ertuğrul, “Koruma Sorumluluğu: İnsani Müdahaleyi Makyajlamak”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20 (2), 2016, ss. 441-470

böyle bir duruma maruz kalan insanların acılarına son vermek ve yaralarını sarmak sorumluluğunu anlatır. Egemenliğin hem bir hak, hem de bir sorumluluk olduğu vurgulanmaya çalışılmıştır. Fakat hangi insan hakları ihlalleri halinde veya ne zaman koruma sorumluluğu kavramının devrede olacağı konusu epey tartışmalıdır. Özellikle doğal afetler durumunda yaşanabilecek insan hakları ihlallerinde koruma sorumluluğunun uygulama alanı bulup bulamayacağı tartışmalıdır. 2001 yılındaki raporda koruma sorumluluğu kavramı doğal afetleri de kapsayacak şekilde geniş bir biçimde ele alınmışken⁴³, daha sonraları kavramın soykırım, etnik temizlik, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar bağlamında ortaya çıkabileceği şeklinde daha dar bir yoruma yönelinmiştir. Fakat bu dar yorumda dahi, doğal afetler sonucunda insanların yardıma muhtaç kalması halinde yönetimin insani yardımlara izin vermemesi durumunun insanlığa karşı suç oluşturabileceği hakkında iddialar ileri sürülmüştür.⁴⁴

Ortada bir insanlığa karşı suçun var olması için, sivil halka karşı yaygın veya sistematik bir şekilde gerçekleştirilen öldürme, imha, köleleştirme, nüfusun zorla yer değiştirilmesi, hapsedme, işkence, tecavüz ve benzer diğer insanlığa karşı eylemlerin vuku bulması gerekir.⁴⁵ Uluslararası Ceza Mahkemesini kuran Roma Statüsü'nün (1998) 7. maddesinde bu tip insanlığa karşı suç oluşturabilecek fiiller sayılırken, tüketici bir sayım yapılmamış, "diğer benzeri insanlık dışı eylemler" ifadesi zikredilerek daha farklı fiillerin de şartları varsa kapsama dâhil olabileceği belirtilmiştir.⁴⁶ Pek tabiidir ki, doğal afet sonrasındaki fiiller de bu yüzden insanlığa karşı suç kategorisi içerisinde değerlendirilebilecektir. Uluslararası ceza hukuku açısından, insanlığa karşı suçların işlenmesi için bir silahlı çatışmanın vuku bulması gerekmemektedir.⁴⁷

⁴³ The Responsibility to Protect, ICISS, 2001, s. 33, <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>, Erişim Tarihi: 12.12.2019

⁴⁴ Rebecca Barber, "The Responsibility to Protect the Survivors of Natural Disaster: Cyclone Nargis, a Case Study", *Journal of Conflict & Security Law*, C.14(1), 2009, ss. 3-34

⁴⁵ Ezeli Azarkan, "Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52(3), 2003, ss. 275-297

⁴⁶ Roma Statüsü'nün metni için bakınız. Rome Statute of the International Criminal Court, https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf, Erişim Tarihi: 29.04.2019

⁴⁷ Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/Rifat Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınları Ankara, 2017, ss. 507-508

Bariş zamanında da bu suç işlenebilir. İnsanlığa karşı suç, kasıtlı olarak icrai veya ihmali fiillerle işlenebilen bir suçtur.⁴⁸ Bu noktadan, doğal afetler durumunda devletin, yardımları kabul etmemesi ve kendisinin de afetzedelerin hayatlarını bir şekilde tehlikeye atması bazı açılardan insanlığa karşı suç olarak addedilebilir. 2008 Nargiz Kasırgası sonrası Myanmar'daki cuntanın, özellikle afetten sonraki ilk üç hafta sürecinde insani yardımları kabul etmemesi, kabul ettiği yardımları da etkili bir şekilde afet bölgesine ulaştırmaması sonucunda gerçekleşen ölümler ve yaşanan zulmün bir insanlığa karşı suç teşkil ettiği belirtilmiştir.⁴⁹ Çünkü cuntanın eylemlerinin sivil nüfusa yönelmiş bir devlet politikası sonucunda önemli sayıda ölüme ve benzer nitelikte insanlık dışı eylemlere yol açması hususu söz konusudur. Kuşkusuz her insan hakları ihlali insanlığa karşı suç teşkil etmez ve bir fiilin insanlığa karşı suç teşkil edebilmesi için Roma Statüsü'nün 7. maddesinde sayılan tipteki fiillerin ağırlığında olan bir insanlık dışı fiil olması gerekir.⁵⁰ Yine Myanmar yönetiminin yardım bahanesiyle ülkesine yapılacak müdahalenin insani yardımlara rıza göstermemenin nedeni olarak sunulmayacağı, insan yaşamı menfaatinin üst konumda olduğu ve cuntanın bu eyleminin bu bağlamda insanlığa karşı suç teşkil ettiği öne sürülmüştür.⁵¹ Belirtmek gerekir ki, belirtilen bu iddialar mesnetsiz değildir ve sağlam temellere dayanmaktadır. Yani Myanmar'ın bu bağlamda insanlığa karşı suç işlediğini iddia etmek abartılı bir yorum olmayacaktır. Fakat yine de Myanmar'ın fiillerinin değerlendirilmesinde sivililerin yaşadığı acıların ve sivil kayıplarının fiilin doğrudan hedefi olup olmadığı konusunun⁵² da Myanmar'ın savunmasının ana hatlarından

⁴⁸ Nathan Willis, "Natural Disaster, National Sovereignty and State Negligence: An International Law Analysis of the Denial of Emergency Relief After Cyclone Nargis in Myanmar (Burma)", *The University of Tasmania Law Review*. C. 31(2), 2012, s. 147

⁴⁹ Stuard Ford, "Is the Failure to Respond Appropriately to a Natural Disaster a Crime against Humanity? - The Responsibility to Protect and Individual Criminal Responsibility in the Aftermath of Cyclone Nargis", *Denver Journal of International Law and Policy*, C. 38(2), 2010, ss. 227-276

⁵⁰ Christopher K. Hall, Carsten Stahn, "Article 7: Crimes Against Humanity", *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Ed. Otto Triffterer, Kai Ambos, C. H. Beck, Hart, Nomos, München, 2016, s. 237

⁵¹ Ashley Mclachlan-Bent/John Langmore, "A Crime against Humanity? Implications and Prospects of the Responsibility to Protect in the Wake of Cyclone Nargis", *Global Responsibility to Protect*, C. 3, 2011, ss. 37-60

⁵² Mark Klamburg (Ed), *Commentary on the Law of the International Criminal Co-*

biri olması muhtemeldir. Eğer bu suçun işlendiği gündemde ise koruma sorumluluğu perspektifinin de devrede olacağını söylemek gerekir. Pek tabiidir ki, gereken yaptırımlar konusunda koruma sorumluluğunu aktive edecek olan organ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi olacaktır. Bu noktada da Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin olaydaki sorumluların belirlenmesi maksadıyla meseleyi Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin önüne getirebilme yetkisinin olduğunu belirtmemiz gerekir. Bu durumda Myanmar Roma Statüsünü imzalamamış olsa bile Uluslararası Ceza Mahkemesi, söz konusu fiilleri uluslararası ceza hukuku bakımından değerlendirebilecektir.⁵³

Sonuç

Devletlerin kendi ülkelerinde egemen yetkilerinin bulunması ve iç işlerine karışılması yasağı uluslararası hukukun temel bir ilkesi olarak Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 2. maddesinde yer almaktadır. Kuşkusuz egemenlik ilkesi ve devletlerin iç işlerine karışılması yasağı korunması gereken önemli menfaati teşkil etmektedir. Devletlerin milli yetki sahasına giren hallerde rızasının aranması ve onların rızası hilafına yapılacak eylemlerin uluslararası hukuka aykırı olacağı açıktır. Fakat bu menfaat ve ilkeler sınırsız bir biçimde korunması gereken menfaat ve ilkeler olamazlar. Çünkü günümüzde korunması gereken ve devletlerin milli yetkilerinin dışında telakki edilen pek çok menfaat oluşmuştur. Örneğin insan hakları önceleri devletlerin içişleri alanında görülürken, bugün insan haklarının korunması menfaati uluslararası alanda ortak bir menfaati (*common interest*) teşkil eder. Dolayısıyla egemenlik ilkesi menfaati ile ortak menfaatler arasında bir denge kurulması şarttır.

Myanmar'da gerçekleşen Nargiz Kasırgası örneği de göstermektedir ki, insan haklarının korunması konusundaki bazı hususlarda ulus-

urt, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels, 2017, s. 32

⁵³ Söz konusu yetki Roma Statüsü'nün 13(b) maddesinde belirtilmiştir. Söz konusu maddedeki ifadeler şu şekildedir: "Bu Statü hükümleri gereğince, 5. maddede bahsedilen bir suç ile ilgili olarak Mahkeme, aşağıdaki koşullarda yargı yetkisini kullanabilir: ... (b) Birleşmiş Milletler Şartı'nın VII. Bölümüne uygun olarak hareket eden Güvenlik Konseyi tarafından Mahkeme savcısına başvuru bu suçların bir veya birden fazlasının işlenmiş görüldüğü durum."

lararası hukuktaki rıza prensibinin biraz olsun yumuşatılması ve keyfi bazı davranışların devletlerin rızasından bağımsız olarak sorumluluk doğurabilmesi gerekmektedir. Devletler, kendi insanların yaşamları tehlike altına girdiğinde egemenlik ilkesi ardına saklanamamalıdır. Nargiz Kasırgası örneğinde de Myanmar yönetiminin doğal afet sonrası uluslararası camiadan gelen insani yardım taleplerini kritik bir süre boyunca keyfi olarak ret etmesi yaşam hakkının ihlalini teşkil etmiş ve hatta insanlığa karşı suç işlendiği iddialarına güçlü bir dayanak hazırlamıştır. Dolayısıyla Myanmar'ın mezkûr eylemi ile uluslararası hukuka aykırı davrandığını söylemek gerekecektir. Bu bağlamda günümüzde uluslararası hukukta rıza ilkesinin bazı durumlarda yumuşadığını söylemek mümkündür. Özellikle belli alanlarda uluslararası teamül kurallarının gelişmesi ve *jus cogens* normların oluşması süreci uluslararası hukukta rıza ilkesinin gün geçtikçe daha da yumuşayacağını göstermektedir.

Kaynakça

- “Myanmar”, Worldmark Encyclopedia of the Nations, Vol. 4, Ed. Timothy L. Gall, Jeneen M. Hobby. Thomson Gale, Farmington Hills. 2007
- Abazov Rafis, “Myanmar, Profile”, Encyclopedia of Modern Asia Vol. 4, Ed. David Levinson, Karen Christensen, Thomson Gale, New York, 2002
- Aksar Yusuf, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013
- Azarkan Ezeli, “Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52(3), 2003, ss. 275-297
- Barber Rebecca, “The Responsibility to Protect the Survivors of Natural Disaster: Cyclone Nargis, a Case Study”, *Journal of Conflict & Security Law*, C. 14(1), 2009, ss. 3-34
- BBC News, “France angered by Burmese delays”, 17 Mayıs 2008, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/asia-pacific/7405998.stm>, Erişim Tarihi: 9. 2. 2019
- Crawford James, State Responsibility: General Part, Cambridge University Press, Cambridge, 2013
- Çağırın Mehmet Emin, Uluslararası Alanda İnsan Hakları, Barış Kitap, Ankara, 2011
- De Guttry Andrea, “Surveying the Law”, International Disaster Response Law, Ed. Andrea de Guttry, Gabriella Venturini, Marco Gestri, TMC Asser Press, The Hague, 2012, ss. 3-44

- Ertuğrul Ümmühan Elçin, "Koruma Sorumluluğu: İnsani Müdahaleyi Makyajlamak", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20(2), 2016, ss. 441-470
- Focarelli Carlo, "Duty to Protect in Cases of Natural Disasters", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Ed. Rüdiger Wolfrum, Oxford University Press, Oxford, 2013
- Ford Stuard, "Is the Failure to Respond Appropriately to a Natural Disaster a Crime against Humanity? - The Responsibility to Protect and Individual Criminal Responsibility in the Aftermath of Cyclone Nargis", *Denver Journal of International Law and Policy*, C. 38 (2). 2010, ss. 227-276
- Fourth Report on the Protection of Persons in the Event of Disasters, by Mr. Eduardo Valencia-Ospina, Special Rapporteur, 2011, Doc. A/CN.4/643
- Gemalmaz Mehmet Semih, *Ulusal üstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri-II. Cilt/ Uluslararası Sistemler, Legal*, İstanbul, 2010
- Gemalmaz Mehmet Semih, *Ulusal üstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt I, Legal*, İstanbul, 2012
- Global Humanitarian Assistance Report 2019, Development Initiatives, 2019, https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/GHA%20report%202019_0.pdf, Erişim Tarihi: 11.12.2019
- Gormley Paul , "The Right to Life and the Rule of Non-Derogability: Peremptory Norms of jus cogens", *The Right to Life in International Law*, Ed. Bertrand G. Ramcharan. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, ss. 120 - 159
- Gözen Ercan Pınar, "İkinci On Yılına Girerken Koruma Sorumluluğunu Yeniden Düşünmek: Lex Ferenda Olarak R2P", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5(2), 2015, ss. 165-182
- Hall Christopher K., Carsten Stahn, "Article 7: Crimes Against Humanity", *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Ed. Otto Triffterer, Kai Ambos, C. H. Beck, Hart, Nomos, München, 2016
- Harris David/O'Boyle Michael/Warbrick Colin, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, (çev. Mehveş Bingöllü Kılı, Ulaş Karan), Şen Matbaa, Ankara, 2013
- <http://indicators.ohchr.org/>, Erişim Tarihi: 5.3.2019
- <https://data.worldbank.org/indicator/sp.pop.totl>, Erişim Tarihi: 12.03.2019
- <https://reliefweb.int/report/world/international-disaster-law-information-sheet>, Erişim Tarihi: 13.12.2019
- Human Rights Committee, General Comment No. 36 (2018) on Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the Right to Life, 30 October 2018
- ICJ Reports (1949), *Corfu Channel Case*, Judgment of April 9th, 1949, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-EN.pdf>, Erişim Tarihi: 11.12.2019

- Institute of International Law, Sixteenth Commission, Humanitarian Assistance Resolution, 2003, <https://www.ifrc.org/Docs/idrl/I318EN.pdf>, Erişim Tarihi: 12.12.2019
- International Law Commission, Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters, United Nations, 2016, http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/draft_articles/6_3_2016.pdf&lang=EF, Erişim Tarihi: 25.12.2018
- International Law Commission, Fourth Report on Peremptory Norms of General International Law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur, 31 January 2019
- International Law Commission, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf, Erişim Tarihi: 13.12.2019
- Klamberg Mark (Ed), Commentary on the Law of the International Criminal Court, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels, 2017
- Macalister-Smith Peter, "The International Relief Union - Reflections on the Convention Establishing an International Relief Union of July 12, 1927", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review*. C. 54(3-4), 1986, ss. 363-374
- Mclachlan-Bent, Ashley/Langmore John, "A Crime against Humanity? Implications and Prospects of the Responsibility to Protect in the Wake of Cyclone Nargis", *Global Responsibility to Protect*, C. 3, 2011, ss. 37-60
- Nowak Manfred, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, N. P. Engel Publisher, Kehl, 2005
- Official Records of the General Assembly, Sixty-second Session, Supplement No. 10 (A/62/10), https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_62_10.pdf, Erişim Tarihi: 13.12.2019
- Öktem Emre, Uluslararası Teamül Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2013
- Pronto Arnold N., "Understanding the Hard/Soft Distinction in International Law", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 48, 2015, ss. 941-956
- Report of the International Law Commission, Sixty-eighth session (2 May-10 June and 4 July-12 August 2016), United Nations, New York, 2016, https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2016/english/a_71_10.pdf&lang=EFSRAC, Erişim Tarihi: 11.12.2019
- Rodley Nigel S. , "Integrity of the Person", *International Human Rights Law*, Ed. Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, Sandesh Sivakumaran, Oxford University Press, Oxford, 2010, ss. 209-232
- Rome Statute of the International Criminal Court, https://www.icc-cpi.int/nr/rdonl-yres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf, Erişim Tarihi: 29.04.2019
- Sak Yıldırım, "Uluslararası Hukukta İnsancıl Müdahale ve Libya Örneği: Suriye'de Yaşanan ya da Yaşanacaklar için Dersler", *Uluslararası İlişkiler*, C. 11(44), 2015, ss. 121-153

- Seekins Donald M., "State, Society and Natural Disaster: Cyclone Nargis in Myanmar (Burma)", *Asian Journal of Social Science*, C. 37, 2009, ss. 717-737
- Sivakumaran Sandesh, "Arbitrary Withholding of Consent to Humanitarian Assistance in Situations of Disaster", *International and Comparative Law Quarterly*, C. 64, 2015, ss. 501-531
- Tezcan Durmuş/ Erdem Mustafa Ruhan/ Önok, Rifat Murat, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017
- The Responsibility to Protect, ICISS, 2001, <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>, Erişim Tarihi: 12.12.2019
- UN News, "Response to cyclone in Myanmar 'unacceptably slow' - Ban Ki-moon", 12 Mayıs 2008, <https://news.un.org/en/story/2008/05/259002-response-cyclone-myanmar-unacceptably-slow-ban-ki-moon>, Erişim Tarihi: 11.12.2019
- Willis Nathan, "Natural Disaster, National Sovereignty and State Negligence: An International Law Analysis of the Denial of Emergency Relief After Cyclone Nargis in Myanmar (Burma)", *The University of Tasmania Law Review*, C. 31(2), 2012, ss. 134-154

BAROLAR VE AVUKATLARIN MESLEK ÖZGÜRLÜKLERİ

BAR ASSOCIATIONS AND FREEDOM OF PROFESSION OF LAWYERS

Osman Korkut KANADOĞLU**

Özet: Bugün baroların hukuksal statüsü üzerine yapılan tartışmaların, ülkenin siyasal sosyal durumundan bağımsız olarak değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Ancak avukatlık mesleğinin özgür, özerk ve bağımsız karakterinin, değişmez değerler olarak korunması bir zorunluluktur.

Avukatların meslek özgürlüklerin koruma alanının tespit edilmesi ve bu alana yapılan müdahalelerin anayasal meşruluğunun belirlenebilmesi için sistematik bir bilginin oluşturulmasıyla, bu konudaki hukuk malzemesinin somut uyuşmazlıkların çözümünde kullanımı kolaylaştırılmış olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Baro, Avukatlık, Meslek Özgürlüğü

Abstract: Today's discussions on the legal status of bar associations is not possible to evaluate independently of the political and social situation of the country. Nonetheless, it is a necessity to protect the free, autonomous and independent character of the legal profession as invariable values.

It is necessary to establish a systematic information in order to determine the protection area of lawyers' professional freedoms and to determine the constitutional legitimacy of the interventions in this protection area. Thus, the use of the legal material on this issue in the concrete disputes will be facilitated.

Keywords: Bar Associations, Lawyer, Freedom of Profession

* Prof. Dr., Girne Üniversitesi Hukuk Fakültesi, kkanadoglu@yahoo.com.tr, ORCID: 0000-0002-0499-5856, Makalenin Gönderim Tarihi: 15.09.2019, Kabul Tarihi: 15.09.2019

** Yardımları için Güneş Sarıtaş'a teşekkür ederim.

I. Giriş

Sürekli bir dönüşüm yaşanan avukatlık mesleğine ilişkin olarak, öncelikle bu dönüşümün gerektirdiği teknik ve mesleki niteliklerin gerekleri tartışılması gerekirken, ülkemizde son dönemde özellikle meslek örgütü olan baroların konumu ve mesleğin sahip olması gereken temel özelliklerin (II) korunması ön plana geçmiştir.

Bu korumanın etkin biçimde sağlanabilmesi için avukatların çalışma özgürlüklerinin tam olarak güvence altına alınması gerekmektedir (III). Bu açıdan avukatlık mesleğinin sadece hangi usul ve şartlar altında yerine getireceğine ilişkin ayrıntıları içeren salt mesleğin icrasına yönelik sınırlandırmalar ile “mesleki faaliyetin yetkili kişiler tarafından icrası anlamında” çalışma özgürlüğüne ilişkin müdahaleler arasındaki ayrımın doğru yapılması önem taşıyacaktır.

Bu çalışmada barolar ve avukatların meslek özgürlüğü kavramları, karşılaştırmalı hukuk yaklaşımıyla ele alınacaktır. Avukatlık mesleğine getirilen sınırlamaların anayasallığı öncelikle Anayasa Mahkemesi ve diğer yüksek mahkemelerin içtihadı ekseninde incelenecektir. Anayasa'nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile özdeşliğini sağlamaya yönelik 2010 Anayasa Değişikliğiyle öngörülen bireysel başvuru kurumunun da etkisiyle Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına daha fazla atıfta bulunmaktadır. Çalışma kapsamında ayrıca her iki Mahkeme'nin de etkileşim içinde olduğu Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararlarına da başvurulmuştur. Avrupa temel hak dogmatığının oluşturulmasında büyük önem taşıyan Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin avukatların meslek özgürlüğüne ilişkin kararlarından elde edilen bulgular, özetlenerek aktarılacak ve Türk hukuk uygulamasında ne ölçüde karşılık bulduğu ortaya konulmaya çalışılacaktır.

II. Meslek Örgütü Olarak Barolar

1. Siyasal ve Sosyolojik Gelişim

Barolar ile buldukları ülkenin siyasal ve sosyolojik gelişimi arasında önemli bir etkileşim bulunmaktadır. Farklı coğrafyalardan verilecek örnekler bu tespiti doğrulamaktadır;

ABD'de bazı eyaletlerde avukatlık yapmak için bir baroya üye olmak zorunluymken, bazılarında değildir. Dolayısıyla ilk grup meslek

örgütü, devlet desteğine dayalı zorunlu üyelik modelini, ikincisi ise serbest piyasaya dayanan gönüllülük bazlı bir üyeliği benimsemiştir. 1870’de New York Şehir Barosu Derneği kurulmuş¹; gönüllülük esasına dayanan bu yapıdan sonra 1920’de “birleşmiş baro” denilen zorunlu üyeliğe dayanan yeni bir model önerilmiş ve 1960’larda baskın eyalet baro modeli haline gelmiştir.

Almanya’da avukatlık devlet destekli bir proje olarak görülmüş olup, bugün de mesleğin kamusal özelliği yerli yerinde durmaktadır. 1878’de çıkarılan Avukatlık Kanunu ile Alman avukatlar ilk kez ve uzun bir süre tek, kendine özgü, ulusal ölçekte kanunla belirlenmiş bir meslek grubu olmuşlardır. 1959 yılında Federal Avukatlık Kanunu yenilenmiştir.²

Türkiye’de ise ilk baroyu 1870’de konsolosluk mahkemelerinde görev yapan yabancı avukatlar kurmuştur.³ Tanzimat ile Batı usulü hukuk sistemi ve mahkemelerin kabul edilmesiyle, bu mahkemelerde savunma işini “dava vekili” denen ve hukukçu olmayan kişiler yerine getiriyordu.⁴ Dava vekilleriyle ilgili ilk nizamname ise 1876 tarihli Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname’dir.⁵ Bu Nizamname ile Dava Vekilleri Cemiyeti’nin kurulması öngörülmesine rağmen Osmanlı ve yabancı dava vekilleri, ilk Osmanlı Barosu olan Dersaadet Dava Vekilleri Cemiyetini 1880 tarihinde kurabilmişlerdir.⁶ Cumhuriyet döneminde 1926’da avukatlığı meslek haline getiren ilk Kanun’u, 1938’de yapılan yeni Avukatlık Kanunu izlemiş, 1961 Anayasası sonrasında 1969’da “liberal bir başlıkla” yapılan revizyonla birlikte şimdi de yürürlükte olan 1136 sayılı Kanun yapılmıştır.⁷

¹ VA Coşar, “Avukatlık Mesleğinin Ve Baroların Tarihsel Gelişimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 76, Sy. 2018/4, s. 232.

² Bu konuda ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Elveriş İ. , *Barolar ve Siyaset*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014, s. 8-48.

³ A. Bozkurt, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesine Bir Bakış”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 76, Sy. 2018/4, s. 220.

⁴ Tanzimat sonrasında şer’iye mahkemeleri yanında nizamiye mahkemelerinin kurulmasından sonra çıkarılan nizamnamelerde dava vekilliğiyle ilgili çeşitli hükümler bulunmaktadır, bkz. Yılmaz E., “Bir Meslek Olarak Dünden Yarına Doğru Avukatlık”, *AÜHFD*, Sy. 1-4, 1995, s. 197.

⁵ MH Elçi, “Geçmişten Geleceğe Avukatlık”, *İzmir Barosu Dergisi*, Temmuz 2010, Sy. 3, Yıl 75, (<http://www.elcihukukburosusu.com/makale/Gecmisten-Gelecege-Avukatlik>).

⁶ F Demirel, *Adliye Nezareti Kuruluşu ve Faaliyetleri (1876-1914)*, Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, İkinci Baskı, İstanbul 2010, s. 287.

⁷ M Toprak, *Geçmişten Günümüze Avukatlık Kanunları*, TBB Yayınları, Ankara 2014.

1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesiyle mesleki bağımsızlık ör-selenmiş; Adalet Bakanlığının idari vesayet yetkileri arasına baroların idari ve mali denetimi, baro yöneticilerini görevden alma, yurtdışına gitme için izin verilmesi yetkileri de eklenmişti. Bu düzenlemeler, bağımsızlık yanında savunma hakkı bakımından da kısıtlayıcıydı. Zira bir avukat devlete karşı suçlardan dolayı soruşturuluyorsa, o avukatın baktığı davalarla ilişkisini kesmesi gerekiyordu.⁸

1980'lerden sonra iş hacminin artması ve özellikle hukuk fakültesi sayısının her geçen gün artması⁹ avukat sayısını da artırmıştır.¹⁰ Staj sonrası mesleğe kabulün otomatik olması (baro sınavı olmaması) nedeniyle Türkiye'de de ABD'de olduğu gibi bu konuda belirleyici rolü barolar ve hukuk fakülteleri birlikte yerine getirmektedir.¹¹

2001 yılında Avukatlık Kanunu'nda 4667 sayılı Kanun ile yapılan önemli değişikliklerle yirmi değişik yerde Bakanlık onayı kaldırılmış ve Türkiye Barolar Birliği (TBB) ve barolar daha bağımsız hale getirilmiştir.¹²

Nihayetinde Türkiye'de baro hem ortak çıkarları koruyan ve siyasa sisteme iktidar olmaksızın etki etme olanağı bulunan¹³ bir menfaat

⁸ Özellikle askeri yönetim dönemi ve sonrasında 1136 sayılı Avukatlık Yasası, 1982 Anayasası'nın kısıtlayıcı niteliğine uygun hale getirilmiştir. 1984 tarihli yasa, hem avukatlık mesleğine hem de barolara önemli zararlar vermiştir, bkz. <https://www.istanbulbarosu.org.tr/FooterContent.aspx?ID=1&Desc=Tarih%C3%A7e;http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/avkanunu.pdf>.

⁹ Hukuk programı bulunan üniversite sayısını Gözler, 82 olarak vermektedir, K Gözler, "İlahiyat Nereye Gidiyor? Hukukun Sefaleti ve İlahiyatın Zenginliği Üzerine Gözlemler Bırakın Sayılar Konuşsun!", <http://www.anayasa.gen.tr/hukuk-ilahiyat.htm>.

¹⁰ 2008'de yapılan bir araştırmada Türkiye'de şehirli nüfusun %20'den azı "hayatlarında bir kez avukat tuttuğu" nu göstermektedir. Zira % 73 "kendi kendilerini savunabileceklerini" düşünmektedir, bkz. Elveriş İ. , Barolar ve Siyaset, s. 1. Yine başka bir araştırmada katılımcıların % 38,3'ü avukatı olmasa da mahkemede haklarının korunacağına inanmaktadırlar, bkz. Jahic G./Kalem S. , "Vatandaşın Gözünden Mahkemeler: Katılım, Tutumlar ve Güven", in: Adalet Gözet Yargı Sistemi Üzerine Bir İnceleme (der. S. Kalem), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009, s. 56.

¹¹ AV Coşar, "ABD'de Avukatlık Mesleği ve Ortak Avukatlık Modelleri", <https://www.hukukihaber.net/abd-de-avukatlik-meslegi-ve-ortak-avukatlik-modelleri-makale,5104.html>.

¹² Ö Çine, "Avukatlık Mesleğinin Kısa Tarihi", <https://m.bianet.org/biamag/insan-haklari/144224-avukatlik-mesleğinin-kisa-tarihi>.

¹³ De Tocqueville bu durumu dolaylı biçimde şöyle ifade etmiştir; "ABD'de hemen hemen hiçbir siyasal sorun ortaya çıkmasın ki, er ya da geç hukuki bir soruna

grubudur, hem de anayasal bir statüye sahip olduğu için korporatist bir özelliğe sahiptir. Ülkedeki sosyo- ekonomik değişim sonucu avukatlığın heterojenleştiği bir ortamda baro, salt koruyucu ve savunucu bir menfaat grubu haline gelmiştir.¹⁴ Ancak bu örgütlenme yapısı içerisinde sorunlarının yeterince savunulmadığını düşünen genç- bürosunu yeni açmış ya da sözleşmeli çalışan- avukatların platform ya da sendika gibi yeni örgütlenme modellerine yöneldiği de görülmektedir.¹⁵

2. Bağımsız, Özgür ve Özerk Avukatlık

Avukat, yargının bağımsız bir organıdır. Bu kısa cümle, avukatın hukuk devletindeki özel konumunu en mükemmel biçimde tanımlamaktadır. Avukatlık diğer mesleklerden farklıdır; özel haklara ve özel yükümlülöklere dayanır.¹⁶

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Avukatlık Mesleğinin İcrasındaki Özgürlükler Hakkında 21 Numaralı Tavsiye Kararı'nda da "özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilgili maddeleri ışığında, avukatlık mesleğinin icrasındaki özgürlöğe, ayrımcılık yapılmadan ve otoriterler veya kamudan gelebilecek yersiz müdahaleler olmadan saygı gösterilmesini, korunmasını ve teşvik edilmesi için gereken tüm tedbirler alınmalıdır." ibaresi yer almaktadır.

Avukatlığın en temel özelliği bağımsızlığıdır; ancak bu özelliktir ki, avukatın yargının diğer organlarının (yargıç ve savcılar) yanında eşit düzeyde ve eşit haklarla hukuk devletindeki görevini yerine getirmesini güvence altına alır. Ne yazık ki bu eşit konum Anayasa Mahkemesi kararlarında tam olarak vurgulanmamaktadır.¹⁷ Anayasa

dönüşmesini."

¹⁴ İ Elveriş, Barolar ve Siyaset, s. 67.

¹⁵ S Ünal, "Avukatların Sendikalaşması ve Avukatlar Sendikası Pratiği", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 76, Sy. 2018/4, s. 292 vd; S. Emir, "İşçi Avukatlar, Namıdğer Kırmızı Yakalılar ve Avukatlık Mesleğinin Proleterleşmesi Üzerine", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 76, Sy. 2018/4, s. 548 ve 553.

¹⁶ Uluslararası belgelerde bu konudaki ilkeler için bkz. D. Ç. Sever, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hak Öznesi Olarak Avukatlar", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 76, Sy. 2018/4, s. 243-245.

¹⁷ Buna karşılık 1961 Anayasası döneminde verdiği ilk kararlarda Anayasa Mahkemesi avukatların konumunu daha güçlü biçimde vurgulamaktaydı; "Bu takdirde hâkim ve avukat, müşterek bir vazife ifasını, hakkın taharrisini deruhte etmiş olur. Salâhiyetlerini hakka hizmet yolunda kullanan ve hâkim huzurunda yalnız kanun

Mahkemesi'ne göre avukat sadece, "Bilgi ve deneyimlerini öncelikle adalet hizmetine vererek, adalete ve hakkaniyete uygun çözümler için hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında yargı organlarıyla yetkili kurul ve kurumlara yardımcı görev" bilen kişidir.¹⁸

Avukata özgü bağımsızlığın korunması baroların en önemli görevidir. Özerk organlar (kamu tüzel kişileri) olarak barolar¹⁹, avukatlık üzerinde devletten uzak bir denetim makamıdır. Ülkemizde barolar da dahil olmak üzere meslek kuruluşları yasa ile kurulan "kamu kurumu niteliğindeki" kuruluşlar olup faaliyet gösterdikleri alanda tekel konumundadırlar. Bu tür kuruluşlar aynı zamanda meslek mensupları üzerinde mesleki faaliyete izin verme, mesleki standartları belirleme ve disiplin cezası verme gibi kamusal yetkiler kullanmaktadır.²⁰ Baronun sorumluluğu, meslektaşları ve hak arayan vatandaşlara yöneliktir. Barolar, devlet etkisine karşı avukatların özgürlüğü ve demokratik hukuk devletinde avukatlığın bağımsız konumu için çalışır.²¹ Avukatlık mesleğinin genel hukuki çerçevesinin belirlenmesine katılım, baroların öz görevidir.

100 yılı aşan deneyimin de gösterdiği üzere demokratik hukuk devletinde, güçlü bir özyönetim (özerklik) olmadan avukatlık mesleğinin özgürlük ve bağımsızlığının güvence altına alınması mümkün

-
- ve vicdanının sesini yükselten avukat, kuvvei kazaiye vazifesini ifa eden makinenin en kuvvetli çarklarından biridir.", E 1963/301, K 1963/271, K 13.11.1963.
- ¹⁸ E 2007/16, K 2009/147, K 15.10.2009; Bayram Akın Başvurusu, B. No. 2015/19278, 7.3.2019.
- ¹⁹ Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği üzere; "Üyelerinin çokluğu, ürettikleri iş ve hizmetlerin toplumun temel ihtiyaçlarına yönelik olması ve ülke genelinde yaygınlığı; çoğulcu demokratik gelişim ortamında etkili bir sivil toplum örgütü rolünde bulunmaları; örgütlülüğün üyelere getirdiği yararlar ile toplum çıkarlarının uygun düzeylerde dengelenebilmesi ve demokratik toplum kültürünün, kamu düzeninde olumsuzluk yaratmadan derinleştirilebilmesi nedenleriyle bu kuruluşlara kamusal nitelik kazandırılarak Anayasa'da yer verilmiştir.", E 2000/78, K 2002/31, K 19.2.2002.
- ²⁰ Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre; "Türkiye Barolar Birliği'nin kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olması ve Avukatlık Kanunu ile genel olarak avukatlık asgari ücret tarifesini belirleme yetkisinin Türkiye Barolar Birliği'ne verilmiş olması, belirli uyumsuzlukların niteliklerinin yasa koyucu tarafından gözetilerek bunlara ilişkin davalarda avukatlık asgari ücretinin maktu olarak belirleneceği yolunda yasal bir düzenleme yapılmasına engel oluşturmamaktadır", E. 2009/62, K. 2011/96, Kt. 9.6.2011.
- ²¹ Nitekim AİHM'e göre, insan haklarının korunmasında çok önemli bir rol oynayan avukat birlikleri bağımsız kalabilmeyi başarmalıdır, Hajibeyli ve Aliyev v. Azerbaijan, B. No: 6477/08 ve 10414/08, 19.4.2018.

değildir. Avukat bir memur değildir ve devletin vesayetine bağlı kılınamaz. Aksine avukat özel bir kamusal yarara yönelik bağımsız bir meslek icra etmektedir. Bu bağlamda avukatlık mesleğinin tanımında yer alması gereken unsurlar şöyle özetlenebilir;

a) Bağımsızlık: Avukatlık konumunun özü bağımsızlıktır (Avukatlık Kanunu md. 1; TBB Meslek Kuralları md. 1).²² Avukatın bağımsızlığı her şeyden önce devlete karşı bağımsız olmak ve devletin talimatlarına bağlı olmamaktır. Tüm hukuki işlemlerde avukat, bağımsız bir temsilci ve danışman olarak sadece müvekkiline karşı sorumludur. Üçüncü bir özel kişi karşısında da aynı şekilde bağımsızdır. Ancak avukatlığın işçileşmesi sürecinde bir avukatlık bürosunda bağımlı olarak ve ücret karşılığında iş sözleşmesi kapsamında çalışan avukatların bu çalışma biçimlerinin avukatlığın en temel özelliği oluşturan bağımsızlık ile bağdaşmadığı da açıkça ortadadır.²³

b) Gizlilik (Sır Saklama): Güven, avukatın temsil ve danışmanlık işlevinin temelini oluşturur; “müvekkil avukatına güvendiği için gelir.”²⁴ Bu nedenle gizlilik her avukatın hem görevi hem de hakkıdır. Vekaleti bağlamında görevi nedeniyle öğrendiği her şeyi avukat bir sır olarak saklamalıdır. Nitekim Yargıtay’a göre; Avukatlık meslek sırrı, avukatın mesleğini icra ederken öğrendiği, herkes tarafından bilinmeyen, açıklanması halinde vekil edenin maddi ya da manevi zarara uğrayacağı, üçüncü kişilerden gizlenen özel yaşama dair bilgilerdir. Avukatın mesleği ile bağlantılı olarak öğrendiği, vekil edene ait özel ilişkileri, sağlık bilgileri, mali durumu, kişisel bilgileri gibi gerektiğinde bulunduğu yer ya da adresi de sır kapsamına dâhildir. Avukatın meslek sırrını koruması ise uluslararası antlaşmalar ve Anayasamızda güvence altına alınan özel yaşamın gizliliğinin sonucu olmanın yanında yerine getirilen kamu hizmetinin içeriği ve niteliği ile de ilgilidir.”²⁵

²² T Şenol, “Bağımsız Avukatlık”, *TBB Dergisi*, Sy. 54, 2004, s. 271-280.

²³ G Gürseler, “Bir Avukat Yanında Aylıklı Olarak Çalışan Avukatın Durumunun Avukatlık Yasası Açısından Değerlendirilmesi”, *TBB Dergisi*, Sayı 63, 2006, s. 69-70; Gürseler G., “Ücretli Avukat”, *TBB Dergisi*, Sy. 71, 2007, s. 227-238; Çıvgın Y/Gökçe F., “Avukatlık Mesleğindeki Dönüşüm ve İşçi Avukatlık”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2018/4, s. 523.

²⁴ J M Lemmer, “Savunma Avukatının Hak ve Dokunulmazlığının Sınırı”, in: Özgür ve Bağımsız Savunma, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2005, s. 159.

²⁵ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 14.11.2011, 2009/19013 E, 2011/21017 K

Ancak ne yazık ki Anayasa Mahkemesi, avukatın sır saklama yükümlülüğünü anayasal bir ilke olarak nitelendirmeyip, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenen bir meslek etiği ilkesi derekesine indirgemıştır.²⁶ Yasaların, avukatlara mahkemeler ve tüm devlet makamları karşısında sır saklama yükümlülüklerine dayatabilmelerini sağlayacak biçimde düzenlemeler içermesi gerekir. Bu yükümlülük kapsamındaki hiçbir belgeye el konulamaz.²⁷

Serbest meslek icra eden avukatların özel hayatının, sosyal olarak ilişkiye girdikleri iş hayatının bir bölümünü ve dolayısıyla ev / bürosunu da kapsadığı tespitini yapan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), gizlilik ilkesini Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında koruyan önemli bir içtihat geliştirmiştir. Konuyla ilgili olarak 1992 yılında verdiği ilk kararında AİHM; özellikle avukat bürosunun aranması sırasında bağımsız gözlemci gerekliliği konusunda özel bir usuli güvence sağlanmaması durumuna dikkat çekerek; arama amacına yönelik olarak herhangi bir sınırlama içermeden, her türlü belgenin aranması ve el konulmasının, aramanın mesleki gizliliğe tecavüz edecek şekilde orantısız olmasına yol açacağını belirtmiştir. Aranan kişi avukat olduğunda, bu mesleki gizliliğinin ihlali; adaletin gerektiği şekilde dağıtılamaması gibi olumsuz sonuç doğurabileceği gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesinde güvence altına alınan hakları da ihlal edebilecektir. Mahkemeye göre, bu durum ayrıca başvuranın müvekkilleriyle mevcut ilişkilerini ve mesleki itibarını da etkileyecektir.^{28 29}

²⁶ E 2012/94, K 2013/89, K 10.7.2013.

²⁷ C O Örs, "Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma", *TBB Dergisi* 2016 (123), s. 112.

²⁸ Niemietz v. Almanya, B. No: 13710/88, 16.12.1992, prg. 26-37. Söz konusu karara ilişkin ayrıca bkz. E Şen/FB Bodur, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğünden Kaynaklanan İmtiyazlar", *TBB Dergisi* 2018 (138), s. 13-16.

Avukat bürolarının arama emrinin belirli bir sınırlama öngörmeden, geniş terimleri içermesinin ve kolluğa geniş yetki verecek şekilde hazırlanmasının ölçülülük ilkesine aykırı olacağına ilişkin ayrıca bkz. Smirnov v. Rusya, 7.6.2007; Aleksanyan v. Rusya, 22.12.2008; Kolesnichenko v. Rusya, 9.4.2009; Yuditskaya vd. v. Rusya, 12.2.2015.

²⁹ Nietmietz kararından farklı olarak Servulo v. Portekiz kararında AİHM, arama öncesi bir soruşturmanın açılmış olması, hâkimden bir dizi terimler kapsamında arama izninin alınması, arama sırasında Barolar Birliği temsilcisinin ve sonrasında da şikâyet imkânının bulunması gibi usuli güvencelerin varlığı ve aramanın yasaya uygun yapılmış olması sebebiyle bir hak ihlali görmemiştir (Servulo & Asociados - Sociedade de Advogados, RI v. Portugal, B. No: 27013/10, 03.09.2015).

Leotsakos v. Yunanistan başvurusunda da AİHM, müdahalenin yasaya dayandığını, kara para aklama ve hakimlere rüşvet verilmesinin önlenmesine yönelik meşru bir amaç izlediğini, fakat buna karşın “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığına karar vermiştir. Savcının avukat hakkında verdiği arama emrinin “genel” bir içeriğe sahip olması, arama yapanların başvuru bilgilerini bilgilendirdiğine dair herhangi bir delilin bulunmaması, arama sırasında başvuru sahibinin hiçbir zaman arama yerinde bulunmaması, Ceza Muhakemesi Kanunu’na göre arama sırasında üçüncü bir bağımsız kişinin (komşunun) aramaya katılma zorunluluğunun bu olayda doğru uygulanmaması (hukuki bilgiye sahip olmayan bu kişilerin varlığının mesleki gizliliğin korunması adına yeterli olmaması), arama sonrasında ele geçirilenlerin araştırılan suçla ilgisi hakkında bilginin olmaması ve başvuru sahibinin ele geçirilenlere erişiminin olmaması gibi nedenlerle AİHM, 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.³⁰

Bir başka başvuruya konu olan olayda da savcı, müvekkilinin şüpheli durumunda olduğu bir soruşturmaya dayanarak, savunma avukatı olarak çalışan başvuru sahibinin iki yıldaki tüm hesap işlemlerini bankadan istemiştir. Müvekkilinin nişanlısı tarafından başvuru sahibine avukata ödenen ödemelerin yasadışı ilişki / faaliyetlerden kaynaklandığı gerekçesiyle bankadan, başvuru sahibine bu izleme / araştırma konusunda bilgi verilmemesi istenmiş ve bankadan elde edilenler de delil olarak dava dosyasına dahil edilmiştir. Alman makamların haklı neden olmadan, bilgilere erişmek suretiyle mesleki gizliliğini ihlal ettikleri gerekçesiyle avukat tarafından yapılan başvuru üzerine AİHM, savcılarının kişiler hakkında bilgi taleplerinin oldukça geniş kapsamlı olduğuna ve müdahaleyi yalnızca zaman kesiti olarak sınırladıklarına dikkat çekerek, o zaman aralığında tüm banka işlemlerine erişerek başvuru sahibinin mesleki faaliyetleri ve dahası diğer müvekkilleri hakkında bilgilere ulaşılmasının ve bu tür soruşturma tedbirlerinde (bilgi taleplerinde) usuli güvencelerin olmamasının, 8. maddeyi ihlal edeceğine karar vermiştir.³¹

³⁰ Leotsakos v. Yunanistan, B. No: 30958/13, 7.12.2018). Hukuki bilgiye sahip olmayan kişilerin varlığının mesleki gizliliğin korunması adına yeterli olmadığını ilişkin ayrıca bkz. İliya Stefanov v. Bulgaristan, B. No: 65755/01, 22.5.2008.

³¹ Sommer v. Almanya, B. No: 73607/13, 28.2.2017. Bu tür durumlardaki usuli güvenceler ve etkili yargı denetiminin önemi için ayrıca bkz. Brito Ferrinho Bexi-

Büroda çalışan tüm avukatların ortak olarak kullanıldığı bilgisayarın sabit diskindeki tüm verilere ve bir flash belleğe el konulması üzerine AİHM'e göre, başvuruçular üzerinde uygulanan (dijital verilere el koyulması ve bunların iade ya da imhasının reddi) tedbirler sosyal bir ihtiyaç baskısına karşılık gelmemekte, takip edilen meşru amaçlarla orantılı olmayıp, demokratik bir toplumda gerekli değildir. Bu nedenle Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.³²

Ayrıca avukat - müvekkil gizliliğine aykırı bir şekilde başvuruçular tarafından AİHM'e yapılan **bireysel başvuruların** dosyalarına el konulması da AİHM'in benzer iddiaları incelediği **Hajibeyli v. Azerbaycan başvurusunda** olduğu gibi AİHS'nin 34. maddesinde düzenlenen **bireysel başvuru hakkını** ihlal etmektedir.³³

Son olarak, Kopp v. İsviçre başvurusuna konu olayda; İsviçre'de Adalet ve Polis Dairesi başkanının kocası olan ve avukatlık yapan başvuruçunun, bir soruşturmada şüphelilerin telefon konuşmasında isminin geçmesi ve eşinin görevi sebebiyle de durumun risk olarak değerlendirilmesi sonucunda hukuk bürosunun telefon kayıtları dinlenilmiştir. Dinleme sonucunun araştırma konusuyla ilgili olmadığı tespit edilince de herhangi bir rapor edilme durumu söz konusu olmamıştır. AİHM, bir hukuk bürosundan yapılan telefon görüşmelerinin "özel yaşam" kavramları kapsamında olabileceğini (bkz. Niemietz v. Almanya) ve avukat- müvekkil arasındaki özel ilişkiye saygı duyulması için hukuk bürosunun tüm telefon görüşmelerinin profesyonel nitelikte olduğunun varsayılması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca mahkeme, mevzuat ve uygulamayla ilgili iki noktaya dikkat çekmiştir; yasanın niteliği (koruma gücü) / öngörülebilirliği ve arama / izleme kararının denetimi. AİHM'e göre kişinin sahip olduğu mesleki ayrıcalıklar da dikkate alınarak, avukat-müvekkil arasındaki ilişkinin korun-

ga Villa-Nova v. Portekiz, 1.12.2015, 69436/10. Fransa'da "kara para aklama" suçu ile mücadele bağlamında avukatlara getirilen şüpheli işlemleri bildirim yükümlülüğü, sınırlı sayıda iş için geçerli olması ve bildirimlerin baro konseyinin başkanına yapılması öngörüldüğü için Sözleşme'ye uygun bulunmuştur, bkz. Michaud v. Fransa, B. No: 12323/11, 6.3.2013.

³² Kırdök ve Diğerleri v. Türkiye, B. No: 14704/12, 03.12.2019.

³³ Aliyev v. Azerbaycan, B. No: 68762/14, 20.9.2018), bkz. <https://anayasagundemi.com/2018/09/26/ihamin-aliyev-v-azerbaycan-kararinin-ozet-cevirisi-insan-haklari-avukatinin-calismalari-nedeniyle-tutuklanmasi-evinin-ve-ofisinin-aranmasi-susturma-ve-cezalandirma-amaclidir/>.

masının hangi durumları kapsayacağı yasayla net bir şekilde belirtilmelidir. Bu kapsamda, iç hukuk bireye 8. maddede korunan haklarına yönelik olabilecek keyfi müdahaleye karşı koruma sağlamalıdır; yerel yasalar, kamu makamlarının, iletişimin dinlenilmesi gibi gizli tedbirlere başvurabilme konusunda yetkilendirilmesi durumunu ve bu durumun koşullarını belirtebilecek bir gerekli açıklığa sahip olmalıdır.

Sonuçta AIHM, savunma haklarıyla doğrudan ilişkili olan bu uygulamanın bağımsız bir yargıç tarafından denetlenmeden, bir görevli ile uygulanmasını ilginç bularak, yazılı olan veya olmayan İsviçre Hukuku'nun, yetkililerin konuyla ilgili takdir yetkisinin kapsamını ve uygulama şeklini öngörülebilir bir açıklıkla belirlemediği için avukat olan başvuru Kopp'un, demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğünün gerektirdiği asgari koruma derecesine sahip olmadığına ve 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁴

Anayasa Mahkemesi ise 5271 sayılı Kanun'un 130. maddesine göre arama sonucu el konulmasına karar verilen materyaller bakımından bürosunda arama yapılan avukatın bunların müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyması halinde bu materyallerin ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürleneceğini ve yetkili hâkimin el konulan materyalin avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu saptadığında el konulan materyal derhâl avukata iade edileceğini belirtse de somut olayda Halkın Hukuk Bürosunda yapılan aramada el konulan ve arama sırasında avukat ile müvekkili arasındaki mesleki yazışmalar olduğu ifade edilen ve ayrı bir torbaya konularak mühürlenilen belgeler hakkında ilgili Hâkimlik tarafından ne yönde karar verildiği, başvuruların bu karara karşı itiraz yoluna başvurup başvurmadıkları ve başvurulmuş ise itiraz merciince itirazın ne şekilde sonuçlandırıldığı hususlarında bilgi ve belge bulunmadığı gerekçesiyle hak ihlali iddiasının kabul edilmez olduğuna karar vermiştir.³⁵

c) Sadakat: Avukatlık faaliyetine kılavuzluk edecek olan, müvekkilin verdiği vekalet kapsamındaki çıkarlarıdır. Hukuk ve yasalar

³⁴ Kopp v. İsviçre, B. No: 23224/94, 25.3.1998, prg. 50-75. Müvekkil ile olan iletişimin dinlenilmesine ilişkin bir diğer karar için bkz. Pruteanu v. Romanya, B. No: 30181/05, 3.2.2015.

³⁵ Günay Dağ ve Diğerleri Başvurusu (No: 2013/1631, 17/12/2015, prg. 121).

çerçevesinde müvekkilin çıkarına olan her şeyi yapmalıdır. Avukatın müvekkili karşısındaki en önemli görevlerinden biri de sadakattir.³⁶ Sadakat yükümlülüğü, temelini avukat ile iş sahibi arasındaki özel güven ilişkisinde bulmaktadır. Örneğin avukat çıkar çatışmasına yol açacak diğer her türlü görevi reddetmekle yükümlüdür.³⁷

Bu yükümlülük, avukatın müvekkiline karşı olan diğer meslekî yükümlülüklerinin de temelini oluşturur. Sadakat yükümlülüğü, özellikle her iki tarafa hizmet ve taraf değiştirme yasaklarının, sır saklama yükümlülüğünün, müvekkili uyuşmazlık konusunda bilgilendirme, talimatların gerektirdiklerini yapma ile vekâlet görevinin ifası için veya ifası dolayısıyla alınanları iade ve müvekkile hesap verme, uygun olmayan zamanda vekâletten çekilme yasağı ile sözleşmenin son bulmasından sonra özenli işlemlerde bulunmayı sürdürme yükümlülüklerinin temelini oluşturur.³⁸

Avukatlık mesleği bakımından hassasiyeti olan en önemli uyuşmazlıklar avukatın müvekkile sadakati ilkesi ile daha kapsamlı görevlerine ilişkin saygınlık ve dürüstlük, meslektaşlara saygı ve özellikle hukukun üstünlüğüne ve adil yargılanma hakkına saygı gibi ilkelerin çatışmasından kaynaklanmaktadır.³⁹ Sadakat yükümlülüğüne aykırılık gerek mesleki disiplin gerekse ceza hukuku bakımından cezalandırılır.⁴⁰ Talimata uygun, çıkarları gözetici davranma olarak açıklanabilecek sadakat yükümlülüğü, özen yükümlülüğünden farklı olarak işin görülmesiyle sona ermez. Bir yükümlülük olarak devam eder.⁴¹

³⁶ TBB Meslek Kuralları'nın 3. maddesinde "kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle mesleki çalışmasını yürütmek" hükmü yer almaktadır.

³⁷ N Aday, "Avukatın Çatışan Menfaatleri Temsil Yasağı Bakımından "Aynı İş" Olgusu ve Bu Yasağın Avukatın Mesleki Yükümlülükleri İçindeki Yeri", *Erciyes Üniversitesi HFD*, C. 10, Sy. 2, Aralık 2015, s. 1-35.

³⁸ Hanağası E. , Avukatlık Hukuku, https://abs.cu.edu.tr/Dokumanlar/2015/HFS403/683489615_avukatlik_hukuku_dogu_akdeniz_universitesi_hukuk_fakultesi_yrd._doc._dr._emel_hanagasi.pdf.

³⁹ A Özen, Avukatlık Kanunu ve İlgili Mevzuat, Bilge Yayınevi, İstanbul 2018, s. 259.

⁴⁰ Vekilin, üslendiği işin görülmesi aşamasına, vekil edenin çıkarlarını gözeterek, sonucun elde edilebilmesi için işlerin olağan akışına ve yaşam deneyimlerine göre gerekli dikkat ve özeni göstermemesi halinde üstleneceği sorumluluğa ilişkin bkz. T. Uyar, "Avukatın "Özen Yükümlülüğü" (Av. K. m. 34; TBK.m.506/III) ve "Görevi Kötüye Kullanma Suçu" (TCK. m. 257/2)", *TBB Dergisi* 2017 (131), s. 385-404.

⁴¹ S Güner, "Avukatın Özen Yükümlülüğü", *TBB Dergisi*, 2000/2, s. 559.

d) Kamu Yararına Yönelik Yükümlülük: Avukatlık faaliyeti özel olarak kamu yararına hizmet eder. Özgür ve bağımsız avukatlık, yargının bir organı olarak hukuk devletinin bütünleyici bir parçasıdır. Böylelikle mahkemeler ve savcılık yanında “hak savaşında” özgün bir işlev yerine getirir; müvekkilin hem hukuken dinlenilmesini hem de mahkeme önünde silahların eşitliğini sağlar. Gerçekten de kişiler hak arama özgürlüklerini avukatlar eliyle kullanır.⁴² Nitekim 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nda savunmanın yargının kurucu unsurlarından olduğu yazılıdır. Buna göre savunma olmadan yapılacak bir yargılama, gerçek bir yargılama olarak kabul edilemez.

Her yurttaş, finansal ilişkilerinden bağımsız olarak hakkını elde edebilmelidir. Bunun için avukatlar adli yardım ve zorunlu müdafilik kapsamında avukatlık yapmakla yükümlüdürler. AİHS’de de mali olanaktan yoksun ise ve adaletin selameti gerektiriyorsa mahkeme tarafından tayin edilecek bir müdafii yardımından yararlanma hakkı bulunmaktadır.

Sonuç olarak bağımsız olmayan avukat, kötü bir meslek icra etmiş olur. Hakkını arayan yurttaş ancak bağımsız bir avukata güvenir, kendisine açılır ve adalet beklentisi, ekonomik varlığı ve kişisel kaderiyle kendisini ona teslim eder.

Tarih, diktatörlerin en hızlı ve acımasız biçimde avukatlığı nasıl güçsüzleştirdiğinin örnekleriyle doludur (Nazi diktatörlüğü dönemi gibi⁴³). Birey olmaya ve insan onuruna saygı göstermeyen, vatandaşlarının hak taleplerine karşı çıkan bir devlet hiçbir zaman bağımsız avukatlığa izin vermez.

⁴² Avukatla temsil hakkı, savunma hakkının temeli ve en önemli gereklerindedir. Bu hak, yeterli hukuki donanımına sahip olmayan bireyin savunmasını avukatın hukuki yardımıyla yapmasını güvence altına alır, (Pham-Hoang v. Fransa, B. No: 13191/87, 25.9.1992, prg. 39).

⁴³ Ancak belirtmek gerekir ki, Alman Avukatlar Birliği de Nasyonal Sosyalistlerin idaresi altında kendilerini yeni Nazi Almanya’sının gerekleriyle uyumlu hale getiren bir “eşgüdüm” tecrübe etmiştir. Bunda elitlerin yönetimindeki baronun avukatların sorunlarının çözümüne şekilsel yaklaşımları büyük rol oynamıştır, bkz. KF Ledford, “Avukatlık ve Liberalizmin Sınırları: Weimar Cumhuriyeti’nde Alman Barosu”, (cev. K. Akbaş), *Ankara Barosu Dergisi* 2018/4, s. 301-303.

III. Avukatların Çalışma Özgürlüğü

Anayasa'nın 48. maddesi bağlamında avukatların çalışma özgürlüğü de yine Anayasa'nın 13. maddesindeki ilke ve kurallara uygun olarak sınırlandırılabilir. Bunlar arasında yer alan ölçülülük ilkesinin gereği, müdahalenin ağırlığı, onu haklı kılan amacın ağırlığıyla orantılı olmalıdır. Bu ilkenin katı bir uygulamasının sonucu biçiminde Alman Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilen basamak teorisine (Stufentheorie) göre bu konuda kural koyma yetkisinin kapsamı şöyle derecelendirilebilir⁴⁴;

- Salt meslek icrasına ilişkin kurallar,
- Mesleğe ilişkin öznel izin koşullarıyla meslek seçimine getirilen sınırlamalar,
- Nesnel koşullar ile meslek seçiminin sınırlandırılması.

1. Mesleğin İcrasına İlişkin Kurallar

Salt mesleğin icrasına ilişkin müdahaleler, meslek seçim özgürlüğünü etkilemez; aksine sadece meslek mensubunun meslek faaliyetini hangi yolla yerine getirebileceğini belirler. Bu tür müdahaleleri, kamu yararına yönelik adil ve akılcı her düşünce meşru kılar.⁴⁵ Müdahale, korunan kamusal yararlar gerçek bir ilişki içinde bulunmalı ve aşırı yük getiren ve beklenemez bir ölçüde olmamalıdır. Avukatlık mesleğinin icrasına ilişkin farklı konularda çeşitli ulusal ve ulusalüstü mahkeme kararlarına konu olmuş şu örnekler verilebilir;

a) Yüksek Mahkemede vekillik için 5 yıllık deneyim koşulu⁴⁶: Alman Avukatlık Kanunu'nun 226/2. maddesi gereği Eyalet Yüksek Mahkemesi'nde avukatlık yapabilmek için ilk derece mahkemelerinde 5 yıl vekillik yapma koşulu aranmaktadır. Bu koşulu sağlamayan bir avukatın yaptığı şikâyeti, Anayasa Mahkemesi kabul edilmez bularak reddetmiştir. Başvurucunun mesleki faaliyet özgürlüğünü sınırlandıran bu koşul, Yüksek Mahkemede vekillik yapmak için belirli bir

⁴⁴ B Pieroth/P Silberkuhl, Die Verfassungsbeschwerde, ZAP Verlag, 2008 Münster, s. 433 vd.; Schmidt R. , Grundrechte, 12. Auflage, Verlag Rolf Schmidt, Bremen 2010, s. 306-332.

⁴⁵ BVerfGE 7, 377, 405; 78, 155, 162.

⁴⁶ Beschluss vom 08 Januar 2001 - 1BvR 437 / 99.

deneyimin avukatın kendisine ait görevleri gereği gibi yerine getirebilmesine yönelik haklı bir amaca dayanmakta olup, sınırlama da bu amaçla orantılıdır. Zira Anayasa Mahkemesi'ne göre yargının iyileştirilmesi ve müvekkilin Yüksek Mahkeme önünde daha deneyimli bir avukat tarafından korunması amacı ile avukatı varoluşsal olarak çok da etkilemeyen bir gelir kaybı karşı karşıya gelmektedir. Yasa koyucunun öngördüğü beş yıllık süre bu amaca ulaşmak için çok da uzun değildir.

b) Avukatların mahkeme önünde cübbe giyme yükümlülüğü⁴⁷: 1969'da Freiburg Eyalet Mahkemesi'nde görülen bir davada cübbe giymeyi reddeden bir avukat, Mahkeme tarafından davadan çıkarılmıştır. Anayasa şikayetinde bulunan avukatın başvurusu reddedilmiştir. Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre bu konu yasada açıkça düzenlenmemişse de anayasa öncesi dönemden beri varolan örf adet hukukuna dayanmaktadır. En az 100 yıldır avukatlar tüm duruşmalara cübbeyle çıkmaktadır. Avukatların mahkeme önünde cübbe giyme yükümlülükleri, meslek icrasına ilişkin bir kural olarak anayasaya uygundur, çünkü kamu yararına yönelik adil ve akılcı bir düşünce, bu müdahaleyi haklı kılmaktadır. Duruşmaların iyi bir düzen ve uygun bir biçimde yürütülmesinde kamusal bir çıkar bulunmaktadır. Cübbe giyilmesiyle, yargının bağımsız bir organı olan avukatların görünür olması sağlanmaktadır. Ortamın kararlılığına ve nesnelliğine de ayrıca katkı sağlamaktadır. Önemsiz görülebilecek bu küçük müdahale ölçülüdür.

Belirtmek gerekir ki, serbest avukatlık haklarının idari işlemlerle ihlali söz konusu olduğunda, avukatlık mesleğinin kendi özerk idaresini yerine getiren organlarının sessiz kalacağı düşünülemez. Yine Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre; "Geçen zaman içinde idarenin yasallığı ilkesi ve meslek özgürlüğü üzerinde hukuki bir inanç hâkim olmuştur ve avukatların özerk idaresini sağlayan organların kurumsal ağırlığı ve mesleki uzmanlığa dayanan otoritesi, devletin ya da kamuoyunun bu konumdan sapan bir tutumuna karşı koyabilecek bir durumdadır."

⁴⁷ BVerfGE 28, 21.

Öte yandan cübbe zorunluluğu sadece mesleki statüye ilişkin baroların düzenleme ve disiplin uygulamasına tabi olan bir konu değildir. Mesleki yükümlülüklerle uygun davranış kuralı olma boyutuyla baroların yetki alanına girmekle beraber, yargılama usulüne ilişkin boyutuyla mahkemelerin de karar alanına girmektedir.

c) Tekil Kayıt Zorunluluğu: Alman Avukatlık Kanunu'nun 2007'de "Avukatlığın Özerkliğinin Güçlendirilmesine Dair Kanun" ile ilga edilmeden önceki 171. maddesine göre avukatlar, ya Federal Mahkemede temyiz davalarında ya da bunun dışındaki tüm mahkemelerde vekillik görevini ifa edebileceklerdir.⁴⁸ Anayasa Mahkemesi'ne göre Federal Yüksek Mahkemeye özgü tekil kayıt zorunluluğu, adil ve akılcı bir kamusal yararı amaçlamaktadır. Bu kamusal yarar da temyiz başvurularında nitelikli bir avukatlık sayesinde yargının güçlenmesidir; hem müvekkiller uzman bir danışmanlıktan yararlanacaktır, hem de Federal Yüksek Mahkeme, geçersiz hukuki araçlarla yüklenmeyecektir.⁴⁹

Buna karşılık Alman Anayasa Mahkemesi aynı Kanun'un 25. maddesinin öngördüğü tekil zorunluluğunu 2000 yılında anayasaya aykırı bularak iptal etmişti. Bu maddeye göre Eyalet Yüksek Mahkemesi'nde kayıtlı olan bir avukat başka bir mahkemede kayıtlı olamayacaktır. Bu durum meslek icrasına zarar vermektedir. Yüksek Eyalet Mahkemesi'nde kayıtlı olan avukatlar, sadece bu Mahkemede davaları yürütebilecekler; buna karşılık buraya kayıtlı olmayanlar, bu Mahkemede mesleklerini icra edemeyecektir. Anayasa Mahkemesi, tekil kayıttan beklenen yararların gelişen teknik araçlar (fax, laptop vs.) ve e-mail gibi iletişim araçları ile ulaşılabilirlik sorunun aşıldığını, avukatların farklı mahkemelerdeki duruşma günlerine yetişebildiklerini, Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin diğerlerine göre bir özelliğinin olmadığını vurgulamıştır. Üstelik avukatlığın uzmanlaşmasına yönelik yasa koyucunun çabasını da dikkate almak gerekmektedir. Uzmanlaşma gereğini ortaya çıkaran ise Eyalet Yüksek Mahkemesi'ndeki tekil kayıt zorunluluğu değildir. Uzmanlığın ortaya çıkmasına yol açan dava

⁴⁸ İlk baromuz olan Dava Vekilleri Cemiyetine kayıtlı olan dava vekilleri sınıfına göre, birinci sınıf dava vekili bidayet, istinaf ve temyiz mahkemelerinde, ikinci ve üçüncü sınıf dava vekili ise yalnız bidayet ve istinaf mahkemelerinde vekâlet ederdi, Demirel F. , Adliye Nezareti Kuruluşu ve Faaliyetleri (1876-1914), s. 288.

⁴⁹ BVerfGE 106, 216.

konularında daha önce olmayan çeşitliliktir. Anayasa Mahkemesi, önceleri Eyalet Yüksek Mahkemesi kararlarının yayınlanmadığını, kararları arasında içtihat farklılığı olabileceğini, avukatların uzmanlaşmadıklarını belirterek önceki koşullardaki değişimi de dikkate almış ve dinamik bir yorumda bulunmuştur. Eş zamanlı kayıt olanağı, davalarının farklı vekiller arasında bölünmesini istemeyen müvekkiller bakımından da seçme özgürlüğünü artırmaktadır.⁵⁰

Ülkemizde ise 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 66. maddesinde her avukatın, bölgesi içinde sürekli olarak avukatlık edeceği yerin baro levhasına yazılmakla yükümlü olduğu, bir baro levhasına yazılmış olan avukatın sürekli olmamak şartıyla, memleketin her yerinde avukatlık yapabileceği hükme bağlanmıştır. Aynı Kanun'un 69. maddesine göre, başka bir baroya nakil isteğinde bulunan avukat hakkında bir disiplin kovuşturmasının devam etmesi halinde bu kovuşturma sonuçlanmadan önce nakil isteği ile ilgili hiçbir işlem yapılamamaktaydı. İtiraz yoluyla kendisine başvurulmuş Anayasa Mahkemesi, çalışma özgürlüğünü sınırladığını tespit ettiği bu hükmü, Anayasa'nın çalışma özgürlüğünün düzenlendiği 48. maddesinde bu özgürlüğün sınırlandırılması konusunda özel bir sınırlama nedenine yer verilmediği gerekçesiyle, Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.⁵¹

Bu karar eleştiriye çok açıktır. Şöyle ki; 2001 Anayasa Değişiklikleriyle genel sınırlama nedenlerinin kaldırılarak, özel sınırlama nedenleriyle sınırlı bir sınırlama rejimine geçilmiştir. Ancak bu değişikliklerle beraber her bir temel hakkın niteliğine uygun bir düzenleme öngörülmediği için çalışma özgürlüğü sınırlama kaydı içermeyen bir temel hak olarak kalmıştır.⁵² Anayasa Mahkemesi de kararında bu özgürlüğe niteliğiyle bağdaşmayacak biçimde pozitif bir öz güvencesi tanıyarak, neredeyse bir çekirdek hak düzeyine çıkarmıştır.

⁵⁰ BVerfGE 103, 1.

⁵¹ E 2008/73, K 2009/120, K 1.10.2009.

⁵² Oysa 1961 Anayasası'nın çalışma ve sözleşme hürriyetini düzenleyen 40/2. maddesinde, "Kanun, bu hürriyetleri, ancak kamu yararı amacıyla sınırlayabilir." hükmü yer almaktadır. Nitelikli yasa kaydı içeren bu düzenleme biçimi özellikle salt meslek icrasına ilişkin sınırlamalar bakımından en uygun düzenleme biçimidir.

Ancak sonraki kararlarında Anayasa Mahkemesi, bu içtihadını düzelterek, sınırlama kaydı içermeyen hakların, "hiçbir şekilde sınırlandırılmayan mutlak haklar" olmadığı sonucuna ulaşmıştır.⁵³ Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi'ne göre, belirli kamu kurumlarında çalışanların, buralardan ayrıldıkları tarihten itibaren iki yıllık süre geçmeden, ayrıldıkları idare aleyhine dava almaları ve takipte bulunmalarına engel olan yasal düzenleme, Anayasa'da güvence altına alınan adil yargılanma hakkının alt kavramlarından biri olan silahların eşitliği ilkesinden kaynaklanmakta ve çalışma hürriyetine aykırı bir yön içermemektedir.

d) Avukatlar için nesnellik kuralı ve ifade özgürlüğü⁵⁴: Nesnellik kuralına uymadıkları için uyarma cezasına hükmolunan avukat, Alman Anayasa Mahkemesi'ne anayasa şikayetinde bulunmuştur. Bu avukat, trombotik vasküler oklüzyon sonrasında hastanede kalp krizi geçirerek ölen kişinin eşini, ilgili doktorlara karşı açılan soruşturmada temsil etmektedir. Eş, doktorların trombin oluşumunu önleyecek tedbirleri almadığını iddia etmektedir. Savcılığın soruşturma sırasında adli tıp kurulundan aldığı rapora göre ise ölüm olayı önleyici bir tedaviyle engellenemeyecektir. Bu rapora karşı yaptığı itirazında avukat şu ifadeleri kullanmıştır; "Bunca yıllık avukatlık yaşamımda böyle bir saçmalık okumamıştım. Bu alışıldık ölçüyü aşmakta. Bu saygıdeğer beylerin iddiası, kendilerinin görülemeyen şeyleri görebilme yetenekleri olduğunu söylemeleri sonucunu doğurmaktadır. Gerçekte ise bu onurlu beyler mesleki açıdan aşırı yüklemeye maruz kalmışlardır."

Bu ifadeleri nedeniyle, yetkili baro avukata uyarı cezası vermiş ve itirazı reddedilmiştir. Baroya göre meslek kuralları içinde yer alan nesnellik kuralı ihlal edilmiştir. Bu ilke gereği, avukat raporu ancak "doğru" ya da "yanlış olarak değerlendirilmelidir. Başvurulan Mahke-

⁵³ E 2013/18, K 2013/132, K 14.11.2013. Ancak bu kararında Anayasa Mahkemesi'nin sınırlama kaydı içermeyen hakların, "Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak sınırlandırılması(nın) mümkün" olabileceğine ilişkin yorumu yeterli açıklıktan yoksundur. Zira bu nitelikteki sınırlama nedenleri ancak anayasal bir değer ya da 3. kişilerin çatışan haklarından elde edilebilir.

⁵⁴ Birleşmiş Milletler tarafından 1990'da kabul edilen "Avukatların Rolüne Dair Temel İlkeler" başlıklı belgenin 20. maddesine göre avukatlar, "bir mahkeme, yargı yeri veya hukuki ya da idari bir makam önünde mesleki nedenlerle buldukları sırada veya konuyla ilgili yazılı veya sözlü taleplerinde buldukları beyanlardan ötürü hukuki ve cezai muafiyetten yararlanır."

me de Alman Federal Barosunca çıkarılan Meslek Kuralları'nın 1. ve 10. maddeleri içinde yer alan nesnellik kuralının ihlal edildiğine hükmetmiştir. 1. Madde, avukatın kendisine teslim edilen çıkarları nesnel biçimde savunması gerektiğini; 10. Madde ise nesnel davranış gereğinin tüm makamlara karşı geçerli olduğunu belirtmektedir.

Alman Anayasa Mahkemesi kararında iki önemli tespitte bulunmuştur. İlki, Baronun Meslek Kurallarının, avukatlık mesleğinin icrasına yapılan sınırlandırma için yeterli hukuksal temeli oluşturmasıdır. Mahkemeye göre meslek özgürlüğünün yasaya dayalı olarak düzenlenmesi gereği iki nedene dayanmaktadır. Biri, meslek özgürlüğü temel hakkının en yüksek hukuksal değer olan insanın kişiliğini ve kişinin kendisini geliştirdiği iş bölümüne dayalı endüstri toplumunun çok önemli bir alanını korumuş olmasıdır. Diğeri ise bu özgürlüğün kullanılmasıyla kamusal çıkarların uyumlaştırılmasında hangi kamusal çıkar karşısında bireyin özgürlüğünün ne ölçüde geri çekileceğine karar vermenin yasama organının sorumluluk alanına girecek olmasıdır. Buna karşılık Federal Avukatlık Kanunu, bu konuda baroların düzenleme yapmasına dair açık bir hüküm içermemektedir. Kanun'un 177. maddesi avukatlık mesleğinin icrasına ilişkin sorunlara ilişkin genel görüşünün ne olduğunu, avukatlığın hukuksal statüsüne ilişkin bir yönetmelik (kılavuz) içinde belirleme yetkisini Federal Baroya vermektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi'ne göre; yasama organının mesleki yükümlülüklerin kurala bağlanmasında doğrudan bir ilişki kurmaksızın, baronun salt mesleki statüye ilişkin görüşleri, temel hak sınırlaması için meşru bir dayanak oluşturmayacaktır.

İkinci tespit ise şöyle özetlenebilir; Yargının bağımsız organı ve hak arayanın vekili olarak avukatın görevi, adil bir karar verilmesine katkı yapmak, mahkemeyi –ve savcılığı- yanlış bir karara karşı korumak, bu hukuka aykırı müdahaleye ya da devletin güç aşımına karşı vekilini korumaktır. Ancak bu görevin yerine getirilmesi avukata –ve hâkime-davanın taraflarının kişiliklerinin saldırıya uğradığını hissetmelerine izin vermez. “Nesnellik kuralının ihlal edilebilmesi için davanın bir tarafının veya yargılama sürecinin fırsat vermediği cezalandırılabilir bir hakaretin olması, gerçek olmayan olguların bilinçli olarak yayılması ya da bu şekilde aşılayıcı ifadelerin söz konusu olması gerekir.”⁵⁵

⁵⁵ BVerfGE 76, 171.

Sonuç olarak Alman Anayasa Mahkemesi, avukatın sözlerini bu nitelikte görmemiştir.

Bir başka avukatın yaptığı anayasa şikayetinde Alman Anayasa Mahkemesi verdiği kararda, ilgili mahkeme kararıyla bir bağlantı içinde olan, karara karşı maddi itirazları içeren ve böylece keskin de olsa kararın eleştirilmesine hizmet eden bir suçlamanın hakaret olarak kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir.⁵⁶ Nitekim bir avukatın yargılama esnasındaki “hâkimin yazıları doğru okuyamadığı”, “mahkeme kararına Adalet Bakanlığının tepelerinden gelen müdahalelerin olduğuna dair şüphelerin varlığına” yönelik ifadeleri bu özellikleri yanında kişinin aşağılanması ve değersizleştirilmesinin ön planda olmadığı gerekçesiyle hakaret olarak görülmemiştir.⁵⁷

Avukatların mesleklerine ilişkin, özellikle de davalara ve yargıçlara ilişkin söylemleri nedeniyle yargılanmasına ilişkin bir başvuru olan *Morice v. Fransa* davası, AİHM içtihadında bu konudaki en önemli örneklerden biridir. Bir hâkimin öldürülmesi davasında ölen kişinin eşi ve çocuklarını temsil eden *Morice*, daha sonra davadan çekilen iki hâkimin keşif ve tanığın yeniden dinlenmesi istemlerine ilişkin tutumuyla ilgili olarak *Le Monde*'a bir röportaj vermiştir. Hâkimlerin şikâyeti üzerine *Morice* hakkında hakaret ve iftiraya dayanarak ceza davası açılmış ve bu dava sonucunda *Morice* para cezasına mahkûm edilmiştir.

İlk aşamada başvuruyu reddeden Daire kararına karşı Genel Kurul, bir maddi vakaya ilişkin ifadeler ile değerlendirme içeren ifadeler arasındaki ayrımı dikkate alarak, bu değerlendirmelerin doğruluğunun test edilmesi güç olsa da “gerçekliğe ilişkin bir temele” dayanıp dayanmadığına göre değerlendirme yapılacağını belirtmiştir. Bu tür bir temelin bulunmaması halinde bu ifade, ifade özgürlüğü sınırını aşabilecektir. Olayda AİHM, başvuru konusu ifadelerin bir temeli olduğuna karar vermiştir. Öte yandan Mahkeme, yürüttükleri kamusal faaliyet nedeniyle hâkimlere karşı kullanılan ifadelerin diğer kişilere göre daha geniş bir eleştiri sınırı içinde olduğunu kabul etmektedir.

⁵⁶ Beschluss vom 20. Mai 1999 (1 BvR 1294/96).

⁵⁷ AGH Saarland, 12.08.2002 - AGH 2/02.

Mahkemeye göre, “Avukatların ifade özgürlüğü meselesi, adil bir yargısal düzenin etkili biçimde yürütülmesi için çok önemli olan avukatların bağımsızlığıyla da ilgilidir. Demokratik bir toplumda savunma avukatının ifade özgürlüğünün –çok hafif bir ceza ile bile olsa sınırlandırılması sadece istisnai durumlarda gerekli olabilir”.⁵⁸ Mahkeme, bu noktada dava sırasında duruşma veya dilekçelerdeki ifadeler ile mahkeme dışındaki ifadeler bakımından da bir ayırım yapmıştır. Duruşma veya dilekçelerdeki ifadeler savunma ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının da bir parçası olduğundan bunlar bakımından yoğun bir koruma alanı öngörülmesinin yanı sıra dışarıdaki ifadeler de avukatların işlevlerinin bir parçası olabilecektir ve avukatın özellikle toplumun dikkatini çeken davalarda -gizlilik gerektiren konular dışında- kamuoyunu bilgilendirmesinde de fayda vardır.⁵⁹

Bu karardan sonra verilen Bono v. Fransa kararında da terör eyleminde bulunma iddiasıyla yargılanan müvekkiline Suriye’de işkence ile imzalatılan itirafların dosya içeriğinden çıkarılması talebinde bulunan avukatın bu itirafla hâkimlerin “Suriye’de yapılan işkence suçuna dâhil olduğu” şeklindeki ifadeleri nedeniyle disiplin cezası alan Bono’nun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, bu ifadelerin hâkimlere bir hakaret olarak görülebileceğini ifade etmekle birlikte, “işkence suçuna dâhil olma” ibaresinin işkence iddiaları karşısında hâkimlerin Suriye istihbaratının işkence yaptığını bilmeleri gerekmesine rağmen bir uluslararası talep çıkarmalarının, yani usuli tercihlerinin şikâyete konu olduğu şeklinde yorumlamıştır.⁶⁰

AİHM önüne gelen bir başka başvuruda, savcı tarafından tanıklık yapmak için bir kişinin mahkemeye çağrılması işlemi “rol manipülasyonu” olarak nitelendirmesi nedeniyle avukat olan başvuran hakkında yargılama sırasında kullandığı ifadelerden ötürü hakaret davası açılarak para cezasına hükmedilmiştir. Başvurucu, eleştirilerin gerçeklere dayandığını, bir savunma avukatının karşı tarafın duymak istemeyeceği ifadeleri kullanmakta serbest olması gerektiğini ve 10. maddenin, bu şekilde kamu otoritesinin müdahalesini / müdahale

⁵⁸ Morice v. Fransa, (Genel Kurul), B. No: 29369/10, 23.04.2015.

⁵⁹ Kararın ayrıntılı tahlili için bkz. DŞ Sever, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hak Öznesi Olarak Avukatlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2018/4, s. 246-249.

⁶⁰ Bono v. Fransa, Beşinci Daire, B. No: 29024/11, 15.12.2015.

tehdidini, savunmayı engelleyecek şekilde yorumlanmaması gerektiğini ve dolayısıyla müdahalenin, gereklilik şartını yerine getirmediğini ifade etmiştir. Hükümet ise savcıların yargı organları arasındaki yerine ve önemine atıf yaparak yargıya olan güvenin sağlanmasında araç oldukları sebebiyle onlara karşı eleştirilerin daha dar yorumlanması gerektiğini ileri sürmüştür.

Mahkeme'ye göre avukatların özel statüsü, onlara, adalet idaresinde halk ve mahkemeler arasında aracı olarak merkezi bir konum vermektedir ki, bu durum da Baro kısıtlama / yasaklarını açıklamaktadır; "Avukatlar adaletin işleyişine dair kamuoyu önünde yorum yapma hakkına sahip olsa da eleştirilerinde bazı belirli sınırları aşmamak durumundadırlar. Bununla bağlantılı olarak, yargısal karar temelindeki sorunlar hakkında kamuoyunun bilgi edinme hakkı, adaletin uygun şekilde sağlanmasının gerekleri ve hukuk mesleğinin saygınlığının korunması da dahil olmak üzere konuyla ilgili çeşitli menfaatler arasında bir denge kurulması ihtiyacının göz önüne alınması gerekmektedir." Mahkeme, resmi görev yapan memurlara karşı kabul edilebilir eleştiri sınırlarının sadece kişilere göre daha geniş olduğunu, ancak bu memurların davranışlarının, tıpkı politikacılar gibi sürekli denetim altında olacağı ve bu nedenle her türlü eleştiriye katlanmak zorunda oldukları anlamına gelmediğini, aksine görev başındaki memurların sözlü hakaret mahiyetindeki saldırılara karşı korunması gerektiğini yinelemiştir. Ancak olayda başvuruçunun temel eleştirisi, sert de olsa, bir ceza davasında taraflardan biri sayılması gereken savcının dava devam ederken seçtiği stratejisi hakkındadır. Dolayısıyla, savcının mesleki veya diğer nitelikleri hedef yapılmamıştır. Bu nedenle AİHM'e göre, savcı bu eleştirileri hoşgörü ile karşılamalıdır. Zira her ne kadar savunma avukatının ifade özgürlüğü sınırsız olmasa da «silahların eşitliği ilkesi» tarafların argümanlarının tartışılması lehine bir durum oluşturmaktadır. Bu doğrultuda mahkeme, dile getirilen görüşlerin, savunmasının bir parçası olması ve savunma hakları ile ilintili olacağı sebebiyle, bu ifadelere yönelik -hafif olsa dahi-cezaların «caydırıcı» etkisinden bahsederek, savunma avukatına verilen cezanın, demokratik bir toplum için gerekli; zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca yönelik olmadığına karar vermiştir.⁶¹

⁶¹ Nikula v. Finlandiya, B. No: 31611/96, 30.11.2000, prg. 45-49. Savcıya yönelik ifa-

Başvuruya konu başka bir olayda; 17 yaşında araba kovalamacası sonrasında jandarma tarafından öldürülen, işçi sınıfından gelen yabancı kökenli bir gencin babasının avukatı olan başvurucu, jandarmanın beraati üzerine basına, jürinin beyazlardan oluştuğuna dikkat çekerek, kararın öngörülebilir bir karar olduğunu söylemiştir. Yerel mahkeme, açıklamaların savunma hakkının kullanılmasına katkıda bulunmadığı ve jürinin ırksal kökenine değindiği, ırksal çağrışımlar ile iftira amacı taşıdığını ifade ederek, en hafif ceza olarak uyarı cezası vermiştir.⁶²

İç hukukta verilen bu karara karşı yapılan başvuruda verdiği yakın tarihli kararında AİHM, avukatın müvekkilinin savunmasını belirli şartlar altında mahkeme dışında da medya aracılığıyla sürdürebileceğine karar vermiştir. Mahkeme'ye göre bu şartlar şunlardır; ifadelerin mahkemenin faaliyetini engellememesi, izin verilebilir yorum ifadelerinin gerçekliğe ilişkin bir temele sahip olması, açıklamanın kamu yararı tartışmasının bir parçası olarak yapılmış olması ve avukatın müvekkilin çıkarına yönelik olarak mevcut çareleri kullanmış olmasıdır. Bu değerlendirme sonrasında Mahkeme, başvurucunun ifadelerinin, başsavcıyı beraat kararına itiraz etmeye ikna etmekte analitik bir girişim olabileceğini, başvurucunun ifadesinin spesifik bir şekilde jüriye ya da hâkime yönelik olmadığı, kişisel bir düşmanlığı da yansıtmadığını vurgulamıştır. Bu kapsamda, başvurucunun yorumu, jüri seçiminde bir tartışmaya dikkat çekmekte ve gerçeklere dayanan bir değer yargısı içermektedir. Sonuç olarak, AİHM'e göre bu ifadeler, jüri ve mahkemeye yönelik hakaretten ziyade ceza adaleti sistemine ve sosyal ilişkilere yönelik bir eleştiridir.⁶³

delerin konu olduğu başka bir başvuruda, başsavcının babasına yönelik olarak yapılan hakaretlerin, herhangi bir olgusal temeli olmayan değer yargılarını içermesi ve başvurucuya Baro tarafından uyarı cezası verilmesinin mesleki faaliyetine yönelik bir sonuç doğurmayacağı sebebiyle, avukatın 10. maddenin ihlal edildiğine ilişkin iddiası kabul edilemez bulunmuştur, Szpiner v. Fransa, B. No. 2316/15, 25.01.2018.

⁶² Ottan v. Fransa, B. No: 41841/12, 19.04.2018, prg. 25-28.

⁶³ Ottan v. Fransa, B. No: 41841/12, 19.04.2018. Ayrıca AİHM, bir avukata mahkeme yargıci hakkında sarf ettiği sözlerden dolayı beş gün hapis cezası verilmesinin avukatlık mesleği üzerinde caydırıcı bir etki yapacağını vurgulamıştır. AİHM, avukatların mahkemelerdeki ifade özgürlüklerinin sınırsız olmadığını ve yargının otoritesini korumak için bu özgürlüğün sınırlanabileceğini kabul etmekle birlikte demokratik bir toplumda avukatın ifade özgürlüğünün hafif bir cezai yaptırım şeklinde olsa bile sadece istisnai hallerde sınırlanmasının gerekli olabileceğine hükmetmiştir. Mahkeme, böyle bir hürriyeti bağlayıcı cezanın avukatların mah-

Mahkeme, gerçek durumu yansıtmayan ve sert bir dil içeren yargıya yönelik ifadelerin, avukatlardan beklenen mahkemelerin saygınlığına katkıda bulunma sorumluluğu ile bağdaşmayacağını ifade etmiştir.⁶⁵

Fuchs v. Almanya kararı ise bilgisayarına çocuk pornografisi indirmekle suçlanan müvekkili duruşma sırasında savunurken, mahkeme önünde bilirkişiye yönelik kişisel yorumların / hakaretlerin ifade özgürlüğü kapsamında korunamayacağına ilişkindir. Bilirkişinin suç duyurusunda bulunması ile para cezası alan avukat, ayrıca olayla ilgili olarak mesleğine ait yükümlülüğü (mesleğine yönelik güvene layık olmak) yerine getirmemesinden dolayı disiplin cezası da almıştır. AİHM, cezaların yasaya dayandığını, bilirkişilerin itibarını ve haklarını korumak gibi meşru bir temeli olduğunu ve demokratik bir toplumda gerekli olduğunu ifade etmiştir. Avukatın yargılama sırasında müvekkilinin çıkarlarını savunmasının, bilirkişinin delilleri bilerek bozduğunu ima etmesine izin vermeyeceğini, rahatsız edici ifadelerin objektif eleştiriyi içermediğini ve genellikle bilirkişinin çalışmalarını küçümseme ve bilirkişi incelemelerinin faydasız olduğunu ifade etme amacı taşıdığını saptayan Mahkeme, görevlerini başarılı şekilde yerine getiren bilirkişilerin, gereksiz rahatsızlıklardan arındırılmış şekilde görevlerini yerine getirmeleri gerektiğine önem vererek; onları küfür-lü sözlü saldırıdan korumak gerektiği, disiplin cezaları da dahil olmak üzere, cezaların orantılı olduğu sonucuna varmıştır.⁶⁶

Benzer bir başvuruda, mahkeme hakimini, davranışından dolayı Yüksek Yargı Kurulu'na şikâyet eden başvuru, şikâyet içeriğini çoğaltarak aynı mahkemenin diğer hakimlerine mektupla göndermiştir. Burada, hâkimin vermiş olduğu birtakım kararlar hakkında bilgiye yer verilirken, diğer kısımda hakimler için kabul edilemez bulunduğu davranışlar betimlenmektedir; kasten / ağır ihmalle kötülük yapma. AİHM, başvuru tarafından yapılan ilk eleştiriyi (hâkimin haksız ve keyfi karar vermesi), karar verilen davalardan birisinde taraf vekili olarak yer aldığı için gerçeklere dayanan değer yargıları oluşturması nedeniyle aşırı olarak değerlendirmemiştir. Hakimin önyargılı olduğu ve isteyerek kötünîyet / ağır ihmal gösterdiğine ilişkin ikinci eleştiri bakımından AİHM, başvurucaunun şikâyet ettiği kararlarda kötülük

⁶⁵ Schöpfer v. İsviçre, B. No: 56/1997/840/1046, 20.05.1998.

⁶⁶ Fuchs v. Almanya, B. No: 29222/11 ve 64345/11, 27.01.2015.

unsuru gösteren bir kanıt sunmadığını, yargıç hakkındaki mektubu da aleyhine açtığı davanın sonucunu beklemeden dolaştırdığını, başvurucunun eleştirilerinin duruşmada da yapılmadığını, duruşmanın hiçbir aşamasıyla ilgisi olmayacak başkaca birçok hakime gönderdiğini belirtmiş ve hakimın itibarı zedelendiği için ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁶⁷

Tüm bu kararlar ışığında, avukatların yargılamadaki önemli rollerine vurgu yapan AİHM’in, avukatların kullandıkları ifadelerin Sözleşme’nin korumasından yararlanabilmesi için gerçek bir temele dayanmasını ve mahkemelerin uygun bir şekilde yönetilmesi ile kamunun mahkemelere olan saygısının korunmasına katkı yapmasını beklediği söylenebilecektir.⁶⁸

Ülkemizde ise nesnellik kuralı 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 34. ve 134⁶⁹ ile TBB Meslek Kurallarının 5. ve 15. maddelerinde yer almaktadır.⁷⁰ Bu maddelerin uygulamasına yönelik bir uyuşmazlıkta; temyiz dilekçesinde mahkeme hâkimine yönelik olarak ‘1.860,00 TL adli para cezası ile iki kez cezalandırılmasına şeklinde toplamda 3.720,00 TL olan ve de temyiz sınırının üstünde olan cezayı laf cambazlığı yapılarak 1.860,00 TL para cezasına iki kez çarptırılması şeklinde verilen kararlar temyiz hakkımız elimizden alınmıştır’ şeklinde beyanlara yer verdiği için bir avukata, il barosu tarafından uyarı cezası verilmiştir. Ancak TBB Disiplin Kurulu bu kararı, “laf cambazlığı” de-

⁶⁷ Peruzzi v. İtalya, B. No: 39294/09, 30.06.2015. Buna karşın başka bir kararında, başvurucunun, hâkim hakkında Yüksek Yargı Kurulu’na tarafsız olmadığı ve rüşvet aldığına ilişkin şikayette bulunması ve ilgili hakimın bu sebeple tazminat davası açmasında; AİHM, şikayet içeriğinin sızdırılması sebebiyle mesleki onuruna yönelik saldırıda, başvurucunun kusuru olmadığı için sorumlu tutulamayacağı ve yerel mahkemelerin, başvurucuyu tazminat ödemeye mahkum etmesi durumunda, tazminat miktarının yüksek olmasının (50.000 avro) orantısız bir müdahale olacağı sebebiyle 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir (Pais Pires de Lima v. Portugal B. No: 70465/12, 12.02.2019). Benzer bir başvuruda AİHM, avukatın “bir hâkim ve savunma avukatı arasındaki büyük aşinalığa” dikkat çeken ifadesinin cezalandırılmasını, 10. maddeyi ihlal ettiğini belirtmiştir, (L.P. ve Carvalho v. Portekiz, B. No: 24845/13 ve 49103/15, 08.10.2019).

⁶⁸ Ayrıca bkz. Casado Coca v. İspanya, B. No: 15450/89, 24.02.1994, prg. 54; Kyprianou v. Kıbrıs, B. No: 73797/01, 15/12/2005, prg. 173.

⁶⁹ Anayasa Mahkemesi, Avukatlık Kanunu’nun bu maddesini 1961 Anayasası’na uygun bulmuştur, E. 1969/37, K. 1971/8, Kt. 21.1.1971.

⁷⁰ İngiltere ve Galler’de Baro Standartlar Kurulu’nun sosyal medya kullanımına ilişkin rehberi için bkz. <https://www.barstandardsboard.org.uk/uploads/assets/c7cea537-53f8-42a8-9f6d8ef1832a7db9/Social-Media.pdf>.

yiminin, mahkeme hâkimini küçük düşürme, aşağılama, hakaret etme amacı ile değil, savunmanın esasına doğrudan doğruya etkin ve yararlı olan, temyiz nedeninin yasal gerekçesini aynı ölçütle etkin bir şekilde ortaya koymak amacıyla, savunma ile bağlantılı kullanıldığının hiçbir tereddüde meydan vermeyecek açıklıkta olduğu gerekçesiyle kaldırılmıştır. Nihayetinde Adalet Bakanlığı'nın açtığı dava üzerine Ankara 15. İdare Mahkemesi; tam tersi bir gerekçeyle Disiplin Kurulu kararını iptal etmiştir. Karar Bölge İdare Mahkemesi tarafından da onanmıştır.⁷¹ Bu kararın aşağıda yer alan Anayasa Mahkemesi içtihadıyla tam olarak örtüştüğü söylenemez.

Anayasa Mahkemesi önüne gelen bir başvuruda, avukat olan başvurucu, Cumhuriyet savcısına *“Mütalaaya karşı savunmalarımızı hazırlamamız için süre talep ediyoruz, ancak mütalaayı kabul etmiyorum, Savcı Hukuk Fakültesini yeniden okusun, Hukuk Fakültesini okumadı ya dosyayı okumadı ya da mahkemenin yaptığı işleri esas almıyor ya da değer biçmiyor, daha önceki tahliye taleplerimizi de tekrar ediyoruz, müvekkilimin tahliyesini talep ediyorum,”* şeklinde sözler sarf etmiştir. Bu sözleri nedeniyle kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakarete bulunma suçundan adli para ceza ile cezalandırılmasına ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. Kararın Yargıtay tarafından onanarak kesinleşmesi sonrasında başvuru Anayasa Mahkemesi bu iddia kapsamında özetle şu değerlendirmeleri yapmıştır;

Başvurucunun cezalandırılmasına neden olan sözler, avukatlık mesleğinin icrası esnasında duruşma anında sarf edilmiştir. Savunma avukatlığı yapan başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik müdahaleler demokratik bir toplumda çok istisnai durumlarda gerekli olarak kabul edilebilir. Çünkü silahların eşitliği ilkesi ve yargılamanın adilliğine ilişkin mülâhazalar, savların taraflar arasında serbest ve yerine göre hararetli bir biçimde müzakeresini gerektirir. Hâkimlere nazaran Cumhuriyet savcılarının kendilerine yönelik eleştiriler karşısında daha hoşgörülü olmaları gerekir. Cumhuriyet savcısının hukuk fakültesini okuyup okumadığı hususundaki eleştiriler abartılı görülebilirse de bu konudaki eleştirilerin temel amacının Cumhuriyet savcısının mütalaada benimsediği yaklaşımı eleştirmek olduğu tespitinde bulu-

⁷¹ İlgili kararlar için bkz. Disiplin Kurulu Kararları ve İdari Yargı Kararları (der. Ü. Dinc), C. III, TBB Yayınları, Ankara 2017, s. 77-89.

nan Anayasa Mahkemesi, başvuruçunun Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.⁷²

Bir başka başvuruda Anayasa Mahkemesi, hak arama hürriyeti ile bağlantılı olarak ifade özgürlüğü ile maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı arasında adil bir dengenin gözetilip gözetilmediğini değerlendirmiş ve savunmalarında istikrarlı bir biçimde, "sapkınlık derecesinde şikayet dilekçeleri verme" sözlerini kullanan avukatın değer yargısı içeren bu ifadelerinin olgusal bir temelinin bulunup bulunmadığı konusunda bir değerlendirme yapılmadığı için ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.⁷³

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, bir avukatın duruşma sırasında sarf ettiği ve bu nedenle para cezasına mahkûm edildiği "*keşke maymundan gelselerdi*" şeklindeki sözleri, avukatın bu sözleri söylemeden de temsil etmesi ve savunmasının mümkün olduğunu göz önünde bulundurarak ifade özgürlüğünün korumasından yararlandırmamıştır.⁷⁴

Vekil sıfatı ile mahkemeye sunulan dilekçede katılana yönelik olarak 'davacı baba, dürüst olmayıp yalancı ve dolandırıcı mizaçtadır. Çalışmayı sevmemektedir. Gayri meşru işlerle uğraşmaktadır, Davacı baba ahlaken dürüst olmayıp, müvekkilime çok zarar verdiği gibi müşterek çocuklarına da kandırdığı' şeklinde ifadeler nedeniyle avukatın 1.500 TL adli para cezası ile cezalandırılmasını, Anayasa Mahkemesi, ifade özgürlüğünün ihlal edilmesi olarak değerlendirmiştir. Zira Anayasa Mahkemesi'ne göre, hakaret oluşturduğuna hükmedilen bu ifadeler, "vekilinin menfaatlerini korumak için ileri sürdüğü tezlerin bir parçası, dolayısıyla uyuşmazlıkla bağlantılı ve olayın bütünü ışığında objektif bakımdan savunulabilir bir amaca hizmet" etmiştir.⁷⁵

Çok yakın tarihte verdiği bir kararda ise Anayasa Mahkemesi, müdafinin duruşma savcısına yönelik kendisini kastederek "Asmayı da düşünüyor musunuz?" ve Mahkeme Heyetine hitaben "Beni çoluk çocukla uğraştırmayın." demesi sonrasında beş yıl denetimli serbestlik tedbiri altına alınmasını, bu sözlerin duruşma sırasında ortamın ger-

⁷² Keleş Öztürk Başvurusu, B. No: 2014/15001, 27.12.2017.

⁷³ Meral Özata Özgürol Başvurusu (No. 2015/2326, 26.12.2018).

⁷⁴ Emine Rezzan Aydınoglu Başvurusu (No: 2013/8396, 11.3.2015).

⁷⁵ Kenan Gül Başvurusu (B. No. 2015/17892, 19.2.2019).

gin olduğu bir anda Cumhuriyet savcısı ile girilen polemik sonucunda ve kamuoyu önünde değil de sadece duruşma salonunda söylenmiş olduğunu gözeterek Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.⁷⁶

Buna karşılık, bir avukatın dava dosyalarına sunduğu dilekçelerde “...yeni bir ara kararı Mahkemece resen bulunarak dava uzatılmaya veya red edilmek için öküz altında buzağı aranmaya çalışılmaktadır.’, ‘...bir takım bozma kararında resmi veriler hiçe sayılarak kafadan... karar verilmiştir’, ‘... ancak mahkeme hakimi bu dilekçelerden tınmamış, adeta davalı tarafmış gibi davranmaya devam etmiştir’, ‘...Mahkeme hakimi... taşınmaz için muradına ermiştir...’, ‘...yargılamanın seyrinin zıvanadan çıkartarak...’ ” gibi hâkime yönelik ifadelerinden dolayı mahkûm edilmesinde Anayasa Mahkemesi bir hak ihlali bulmamıştır.⁷⁷ Söz konusu ifadelerin olgusal bir temeli olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi, avukatlığın saygınlığını koruyabilecek idari yaptırım gibi daha yumuşak müdahale olanağının varlığını göz ardı etmiştir.

Yargıtay ise davada alacaklı vekili olan sanık avukatın, duruşmayı yöneten mahkeme hâkiminin duruşmaya geç ve dosyaya hazırlanmadan çıktığını gösterir nitelikte davranışlar sergilemesi nedeniyle yargılamanın 15 ay gibi bir zaman uzamasına neden olduğunu düşündüğü ve olay günü duruşma tutanağına ara kararını eksik yazdığı kanısıyla şikâyetçi hâkime karşı sarfettiği “Bak biz iddia etmiyoruz, burası emniyetçe tespit edilen adrestir, dosyayı incelemeyen çıkarsanız böyle olur, on beş aydır yargılama ağır ceza mahkemesi gibi devam etmektedir. Vergi dairesinden dosyaya gelen yazıyı yazmamanız da dosyayı incelemediğinizi göstermektedir. Burada babanızın uşağı yok” şeklindeki

⁷⁶ Bayram Akın Başvurusu (B. No. 2015/19278, 7.3.2019). Buna karşılık bu karardan kısa bir süre önce D, E başvurusunda verdiği kararda Anayasa Mahkemesi farklı bir yol izlemiştir. Duruşma esnasında avukat D, E'nin “Derdimizi bir çocuğa anlatsak çocuklar bile anlar ancak siz anlamaktan acizsiniz. Kasti olarak gazete haberlerine göre hareket ederek müvekkilimi süründürüyorsunuz.” ifadesi ile mahkeme heyetine hakaret ettiği gerekçesiyle disiplin cezasına çarptırılması ve idari yargıda işlemin iptali için açılan davanın reddedilmesi üzerine başvuru Anayasa Mahkemesi, ihlal edildiği ileri sürülen hakkın nitelemesini kendisi yaparak ifade özgürlüğüyle ilişkilendirmekten kaçınmış ve başvuru maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına yönelik ihlal iddialarını temellendirmediğini gerekçe göstererek kabul edilemezlik kararı vermiştir (No: 2014/11453, 9.1.2019, prg. 54).

⁷⁷ Ahmet Haluk Altan Başvurusu, B. No: 2015/14340, 12.11.2019.

sözlerin, katılanın onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olmayıp, rahatsız edici ve ağır eleştiri niteliğinde olup hakaret suçunun unsurlarının oluşmadığına karar vermiştir.⁷⁸

Buna karşılık Hakimler ve Savcılar Kurulu, bir terör şüphelinin sorgusu için CMK'den atanan bir avukatı, "Bu avukat bana güven vermedi; terör örgütü sempatzanı olabilir" diye mahkeme salonundan çıkararak dönemin Dargeçit Sulh Ceza Hakimine, "hizmet içinde ve dışında, resmi sıfatının gerektirdiği saygınlık ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak" fiilinden önce kınama cezası verip, sonrasında hakimin olumlu sicil ve terfilerini gerekçe göstererek cezayı "2 gün aylıktan kesme"ye düşürmüştür.⁷⁹

e) Müdafilik: Meslek özgürlüğünün koruması, bir avukatın en önemli görev alanlarından biri olan müdafiliği de kapsar. Savunma hakkı, hukuk devletine uygun bir ceza yargılaması için anayasal bir ilke niteliğini taşır. Vatandaşın, silahların eşitliği ilkesinden kaynaklanan nedenlerle, güvendiği ve çıkarlarını bağımsız, özgür ve özgeci biçimde koruyacağını bekleyebileceği bir müdafii yanında bulunması zorunludur. AİHS de 6/1-c maddesinde ceza davalarına ilişkin olarak her sanığın bir müdafii tarafından temsil edilme hakkını korumaktadır. AİHM'e göre silahların eşitliği ilkesi gereği sanığın da iddia makamını oluşturan savcı gibi hukuki donanıma sahip bir avukat yardımından yararlandırılması gerekir.⁸⁰

Avukat da anayasal olarak korunan meslek özgürlüğü kapsamında müvekkilinin tam olarak hakkını savunmakla yükümlüdür. Avukatın mesleki faaliyeti kamu yararına yönelik olarak etkili ve hukuk devletine uygun düzenlenmiş bir yargıyla iç içedir. Mahkemenin bir avukatı savunmasından uzaklaştırmaya yönelik bir müdahalesinin, mesleğini serbestçe icra etme özgürlüğü bakımından değerlendirilmesi gerekir.

- Müdafii görevden yasaklanması: Müdafii görevden yasaklanması, mesleği serbestçe icra etme hakkına ağır bir müdahale oluşturur. Bu müdahale, düzenli bir ceza yargılamasına yönelik kamusal çıkara

⁷⁸ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2014/16690 E. 2014/14210 K.

⁷⁹ http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/1334766/HSK__Sempatzan_olabilir__diyerek_avukati_sorguya_almayan_hakime_ceza_verdi.html.

⁸⁰ Monnet et Morris v. Fransa, B. No: 14032/88, 3.9.1992, prg. 46.

hizmet etmelidir. Ancak böylelikle meşru bir amacı yerine getirebilir. Bunun karşısında ise müdafii mesleğini serbestçe yerine getirebilmesindeki çıkar yer alır. Her iki çıkarın dikkate alındığı dengeli bir tartım yapılmalıdır. Savunma amacına aykırı davranışların olduğu olaylarda müdafii görevden yasaklanması, düzenli bir ceza yargılamasının gereğidir. Görevden yasaklama bir ceza değildir, ancak avukatın görevini sanığın müdafii ve yargının bir organı olarak konumuna uygun bir şekilde savunmasının dışında kalan davranışları nedeniyle davaya etki etmesinin önlenmesine yönelik usulü bir tedbirdir.⁸¹ Bu bağlamda avukatın olası dolandırıcılık yoluyla elde edilen paranın güvence altına alınmasına yönelik bir davranışı, Alman Ceza Usul Yasasının 138a/1-3 maddesi kapsamında bir yararlandırma oluşturur. Ayrıca belirtmek gerekir ki bu maddede yer alan yasaklama nedenleri tümüyle avukatın müdafilik yaptığı somut yargılamaya ilişkin davranışlarına özgülülmüştür.

Türk ceza hukukunda ise gerek CMK md. 151/3'deki düzenleme, gerekse 676 sayılı OHAL KHK'si kesinlikle somut davada düzenli bir ceza yargılaması yapma amacına yönelik bir önlem niteliğinde değildir. Sanığın yargılandığı davadaki savunmasıyla hiçbir ilgisi olmayan bir davranışı nedeniyle müdafii cezalandırılmasına yol açmaktadır. Hakkında belirli suçlardan dolayı kovuşturma (OHAL'de soruşturma) başlatılan bir avukatın, bu ithamla doğrudan hiçbir bağlantısı olmayabilecek bir başka davada müdafilik görevinden yasaklanabilmesi hem müdafii çalışma özgürlüğünü, hem de sanığın adil yargılanma hakkını ihlal edecektir.⁸² Nitekim Anayasa Mahkemesi, bu hükmü Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir;⁸³ "Savunma hakkının etkin şekilde kullanılmasına ve maddi gerçeğe ulaşma amacına hizmet eden müdafii, müdafilik görevini üstlendiği kişinin işlediği ileri sürülen suçla herhangi bir bağlantısı bulunmaksızın veya müdafilik görevini kötüye kullandığına ilişkin herhangi bir olgu mevcut olmaksızın basit bir suç şüphesi nedeniyle müdafilik görevinden yasaklanmasına imkân tanıyan kurallar, müdafii yardımından yararlanma ve çalışma hakkı bağlamında bireyi olağan dışı ve aşırı bir yük altına sokmakta;

⁸¹ BVerfGE 39, 156.

⁸² Uygulamada bu tür kısıtlama örnekleri için bkz. İnsan Hakları Raporu (2016-2017), TBB Yayınları, Ankara 2017, s. 53-54.

⁸³ E 2018/73, K 2019/65, Kn24.7.2019, prg. 45.

dolayısıyla müdafî yardımından yararlanma ve çalışma hakkına oran-tısız bir sınırlama getirmektedir.”

- **Müdafî ile yapılan görüşmelerin dinlenmesi:** Etkin bir savunmanın varlığı için müdafîi ve müvekkil arasındaki gerekli olan güven ilişkisini bozan ya da ortadan kaldıran ve müdafîin müvekkilin çıkarlarını etkili biçimde temsil etmesini engelleyebilecek müdahaleler de avukatın meslek özgürlüğüne karışmak anlamına gelir. Bu bağlamda müdafîin tutuklu müvekkiliyle görüşmelerinin dinlenmesi, müdafîin meslek özgürlüğünü ihlal edecektir.⁸⁴ Zira bu özgürlük avukata kamu yararına da olacak biçimde devlet kontrolü ve vesayetinden serbest biçimde mesleğini icra etmesini güvence altına alır ve özellikle avukat ve müvekkil arasındaki güven ilişkisini korur.⁸⁵

Hazırlık soruşturması sırasında polis tarafından alınacak ifadeler de dahil olmak üzere soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında sanığın üçüncü kişilerin duymayacağı şekilde müdafîi ile görüşme

⁸⁴ AİHM, avukat müvekkil görüşmesinin ancak demokratik bir toplumda gerekli olacak şekilde ve orantılı bir şekilde ancak istisnai durumlarda önemli bir suçun engellenmesi, hapisane güvenliğine karşı önemli bir tehdidin olması gerektiğini, yalnızca bir kişinin terör ile bağlantılı bir suçtan tutuklu bulunmasının haktan faydalanmasını engellemeyeceğini belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, hukuka uygun bir sebep ile sınırlandırma yapılabilmesi için bu sınırlandırmanın belirli koşullarla düzenlenerek öngörülebilir olması gerektiğini de vurgulamıştır (Altay v. Türkiye (no. 2), B. No: 11236/09, 09.04.2019). Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre yargı-cın, suç oluşturduğu belirtilen eylemi açıkça ortaya koyması gerekecektir; eylemin gerçekleştiğine ilişkin şüphenin açıkça nitelendirilmesi (adını koyması) gerekmektedir; Beschluss vom 04.07.2006 – 2BvR 950/05.

⁸⁵ Anayasa Mahkemesi, 18.10.2016 tarihli ve 6749 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un (d) bendinin birinci cümlesinin "Cumhuriyet savcısının kararıyla, görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir, tutuklu ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli hazır bulundurulabilir, tutuklunun avukatına veya avukatın tutukluya verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tuttukları kayıtlara el konulabilir veya görüşmelerin gün ve saatleri sınırlandırılabilir." bölümünün iptali istemini esastan görüşmeye başlamıştır, bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mahkeme-gundemi/genel-kurul/24-temmuz-2019-genel-kurul-gundemi-ve-sonuclari/>. Bu görüşme sonucunda Anayasa Mahkemesi, devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal suçlar, millî savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından olağanüstü hâlin devamı süresince tutuklu ve avukat görüşmesine bazı kısıtlamalar getirilmesini öngören kuralın, olağanüstü hâlde müdafî yardımından yararlanma ile tutukluluğa itiraz haklarını durumun gerektirdiği ölçüyü aşacak şekilde sınırlandırmadığına karar vermiştir (E 2016/205, K 2019/63, K 24.7.2019).

hakkını AİHM, AİHS md. 6/3-c gereğince kabul etmiştir.⁸⁶ AİHM örneğin, soruşturmanın başlangıç aşamasından itibaren müdafii ile şüpheli arasındaki konuşmaların bir görevli tarafından⁸⁷, hatta bir yargıç tarafından⁸⁸ dahi dinlenilmesini AİHS'in 6. maddesine aykırı görmektedir.⁸⁹

CMK'nın 154. maddesi ile Ceza İnfaz Kanunu'nun 59. ve 114. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, cezaevi idarelerinin tüm telefon görüşmelerini dinlediği ve avukatlarla telefon görüşmelerinin gizliliği konusunda herhangi bir hükme yer verilmediği görülmektedir. Uygulamada birinci sorun, telefon görüşmesi hakkı kısıtlanan hükümlü veya tutukluların avukata erişim hakkının, diğer yandan avukatın müvekkiliyle iletişim kurmasının engellenmesidir. İkinci sorun ise, avukatlar bakımından gizlilik imkânının bulunmamasıdır. Bu konuya ilişkin bir tutuklu tarafından yapılan bir bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi hapisanelerde haberleşme hürriyetinin sınırlandırılması bakımından devletlerin takdir marjının geniş olduğunu belirtmekle birlikte, tutukluların telefon yasağının avukatları da içermesi konusunda 114/5'te yer alan temas ve görüşme imkânına ilişkin hükmün telefon imkânını içerdiği yorumunu yapmış; 115. maddedeki tedbire ilişkin hükme ise hiç değinmemiştir. Kararda gizlilik meselesine değinmeksizin avukatla telefonla görüşme imkânı tanınması gereğine vurgu yapılmış ve ihlal kararı verilmiştir.⁹⁰

Aynı şekilde müdafinin cep telefonuyla yaptığı görüşmelerin izlenmesi, anayasal açıdan özellikle korunan vekalet ilişkilerini dikkate almadığı için yalnızca haberleşmenin gizliliğini değil meslek özgürlüğünü de ihlal eder.⁹¹ Hatta Anayasa Mahkemesi, böyle bir izlemeyi müvekkili yargılamanın salt bir nesnesi haline getireceği için insan onuruna da aykırı bulmuştur.

⁸⁶ Brennan/Birleşik Krallık, B. No: 39846/98, 16.10.2001.

⁸⁷ Ocalan v. Türkiye, B. No: 46221/99, 12.03.2003, prg. 146-149.

⁸⁸ Lanz v. Avusturya, B. No: 24430/94, 31.01.2002, prg. 50-53.

⁸⁹ S İnceoğlu, "Hukuk Devleti İlkesi Bakımından Adliye Gözlemleri ve Adalet Barometresi Araştırmaları", in: Adalet Gözet Yargı Sistemi Üzerine Bir İnceleme, der. S. Kalem, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009, s. 111.

⁹⁰ Mehmet Koray Eryaşa Başvurusu, Başvuru no. 2013/6693, 16.4.2015, par. 67.

⁹¹ BVerfG, 18.04.2007- 2 BvR 2094/05.

Aynı konuyla ilgili olarak AİHM, Türkiye hakkında Av. Cevat Özel'in yaptığı başvuruda (mülga) Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu uyarınca hakkında yapılan dinlemede uygulanan kanunun yetkiyi kötüye kullanmaya karşı etkin güvenceleri barındırmadığı, bu kapsamda "telefon görüşmeleri tespit edilen kişi hakkında ceza davası açılmadıkça ve tespit edilen veriler delil unsuru olarak kullanılmadıkça ya da gizli bir bilgi ifşa edilmedikçe, ilgili kişinin telefon görüşmelerinin tespit edildiğini bir gün öğrenmesi"nin mümkün olmaması gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.⁹² Neyse ki Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 136. maddesinde "Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135 inci madde hükmü uygulanamaz" hükmü ile müdafinin iletişiminin dinlenmesi engellenmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de Hilmi Yıldız başvurusunda benzer bir değerlendirme yaparak AİHM içtihadını da dikkate alarak CMK 135-137 hükümlerinin yeterli güvenceleri içerdiği sonucuna varmıştır.⁹³

AİHM müvekkil ile avukat arasındaki yazışmalara el konulmasının 8. maddenin ihlali anlamına geldiğine ilişkin 2018 yılında verdiği Laurent v. Fransa kararında da müvekkiline polis gözetiminde, mahkeme girişindeyken verdiği belgeleri polis memurunun okumasının haberleşmenin gizliliğine bir müdahale niteliğinde olduğu, hukuka aykırı bir eylem olmaksızın bu tür bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığını belirtmiştir.⁹⁴

- Dosya içeriğine erişim: Anayasa Mahkemesi, müdafinin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi bakımından sadece müvekkilin konumunu dikkate alarak, "ifadesi ya da savunması alınırken başvurucuya erişimi kısıtlanan belgelerin içeriğine ilişkin sorular sorulmuş veya başvurucunun tutukluluk kararına yönelik itirazında bu belgelerin içeriğine atıfta bulunmuş olması durumunda başvurucunun tutukluluğa temel teşkil eden belgelere erişiminin olduğunu, bunların içerikleri hakkında yeterli bilgiye sahip bulunduğunu" kabul etmiş ve salt bu gerekçeyle bir hak ihlalinin olmadığını açık olduğuna karar vermiştir.⁹⁵

⁹² Cevat Özel v. Türkiye, B. No. 19602/06, 7.6.2016, prg. 35.

⁹³ Hilmi Yıldız Başvurusu, Başvuru No: 2013/299, 4.2.2016, par. 65

⁹⁴ Laurent v. Fransa, B. No: 28798/13, 24.5.2018. Ayrıca bkz. Campbell ve Fell v. İngiltere, B. No: 7819/77, 7878/77, 28.6.1984.

⁹⁵ Gültekin Avcı Başvurusu, No. 2015/17921, 10.1.2019, prg. 107 ve 110.

Bu karar çeşitli açılardan eleştiriye açıktır; öncelikle başvuruçunun soruşturma ve tutukluluğuna karar verilirken sözlü olarak öğrendikleri üzerine yaptığı savunma üzerinden dosya içeriğine erişimi engellenen müdafinin savunma hakkı arasında bir bağlantı kurmak, avukatlık mesleğinin gerekleriyle hiçbir şekilde bağdaşmamaktadır. Öte yandan somut olayda CMK md. 153/2'ye göre soruşturmanın güvenliğini tehlikeye düşürebilecek şüpheyi yaratan somut olguya ilişkin hiçbir değerlendirme yapılmadığı için bu tedbirin zorunlu ve orantılı olup olmadığı sorusu da açıkta kalmaktadır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi aynı normun anayasaya aykırılık iddiasını reddederken yukarıdaki tespiti haklı kılacak değerlendirmelerde bulunmuştur; “Ancak, dosyaya erişim hakkına getirilecek kısıtlamanın, kısıtlama kararıyla ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olması, savunma hakkının yeterince kullanılmasını engelleyecek nitelikte bulunmaması gerekmektedir. (...) kısıtlama kararının, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri gözetilerek sanığın savunma hakkına zarar vermemek koşuluyla ve yalnızca Kanun’un 153. maddesinin (2) numaralı fıkrasında sayılan suçlar yönünden **soruşturmanın amacının tehlikeye düşebileceği durumlarla sınırlı olarak** verilebileceği anlaşılmaktadır. Aksi takdirde verilen kısıtlama kararı hukuka aykırı hale geleceği gibi kısıtlama kararına dayanılarak soruşturma ve kovuşturma evrelerinde verilen kararlar da hukuka aykırı hale gelecektir.”⁹⁶

Alman Ceza Kanunu’nun 261/2. maddesinde düzenlenen suç da müdafinin meslek özgürlüğüne bir müdahale oluşturabilir. Bu açıdan anayasaya uygun biçimde dar yorumlanmalıdır. Şöyle ki, müdafinin aldığı ücret ya da avansın “kara para aklama” olarak nitelendirilebilmesi için müdafinin aldığı zaman bu paranın katalog bir suçtan kaynaklandığını kesin olarak bilmesi gerekmektedir.⁹⁷ Dolayısıyla savcılık ve mahkemelerin bu maddenin uygulamasında, müdafinin özel konumunu soruşturmanın başlangıcından itibaren uygun biçimde dikkate almaları gerekir.

Nitekim AİHM de adaletin adil işleyebilmesi için silahların eşitliği ilkesine dikkat çekerek; savunmanın bilgisinin olmadığı ve yorum yapma imkanının bile bulunmadığı bir davada adil yargılanma hakkının da ihlal edileceğini açıkça ifade etmiştir.⁹⁸

⁹⁶ E 2014/195, K 2015/116, K 23.12.2015.

⁹⁷ BVerfGE 110, 226.

⁹⁸ Bulut v. Avusturya, B. No: 17358/90, 22.02.1996, prg. 46-50. Aynı yönde bkz.

f) Quota litis yasağı: Avukatın dava sonucunda elde edilen nakti veya aynı değer üzerinden yüzde cinsinden ücret almasının yasaklanması (quota litis yasağı), avukatın başarıya endeksli bir ücret anlaşmasını müvekkilin başka türlü haklarını takip etmekten alıkoyan kişiliğinden kaynaklanan özel durumları dikkate alarak kararlaştırıldığı hallerde istisnai olarak izin vermediği takdirde, Alman Anayasa Mahkemesi'nce meslek özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilmiştir.⁹⁹

Avukatlık Kanunu'nun 2/5/2001 tarihli 4667 sayılı Kanun ile değiştirilen 164. maddesine göre "Yüzde yirmibeşi aşmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir." Ancak aynı maddenin üçüncü fıkrası quota litis yasağına hiçbir istisna tanımaksızın ücret sözleşmelerinin, dava konusu para dışındaki mal ve haklardan bir kısmının aynen avukata ait olacağı hükmünü taşıyamayacağını öngörmüştür.¹⁰⁰

2. Meslek Seçimine Getirilen Sınırlamalar

Bir mesleğe kabul için öngörülen kişisel özellikler, yetenekler ve yeterlilikler, özellikle de mesleki öğrenim, mesleğe ilişkin getirilen öznel izin koşullarıdır. Bu koşullar, mesleğe girişi ancak belirli niteliklere sahip adaylara açan mesleğin hukuki statüsünün bir parçasıdır. Bu öznel koşullar sadece genel kabul görmüş ve toplumun belirli bir zamana özgü politikasından bağımsız ortak değerleri ortaya koymaz; korunan çoğunlukla yasakoyucu tarafından toplumun en önemli değerleri derecesine çıkarılan kamusal yararlarıdır. Öznel koşullar bu amaca ulaşmak için ölçülü, özellikle de orantılı olmak zorundadır.

Kremzov v. Avusturya, B. No: 12350/86, 29.05.1997.

⁹⁹ BVerfGE 117, 163.

¹⁰⁰ Örneğin, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 03.10.2005 tarihli (Esas No: 2005/7970, Karar No: 2005/14434) kararında "Tarafların avukatlık sözleşmesini serbestçe düzenleyebilecekleri avukatlık ücretinin, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade edeceği, yüzde yirmi beşi aşmamak üzere, dava veya hükmolunan şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesinin avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabileceği, ancak dava konusu para dışındaki mal ve haklardan bir kısmının aynen avukata ait olacağı hükmünü sözleşmenin taşıyamayacağı yokluk halleri hariç, avukatlık sözleşmesinin bir hükmünün geçersizliği, bu sözleşmenin tümünü geçersiz kılmayacağı belirtilmiştir" denilmiştir, bkz. Oruç V. , "Dava Sonucuna Katılma Yasağı Üzerine Düşünceler", <https://www.hukukihaber.net/dava-sonucuna-katilma-yasagi-uzerine-dusunceler-makale,3856.html>.

a) İhtiyatlı, Dürüst ve Onurlu Olma Yükümlülüğü:

23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun ile değiştirilen Avukatlık Kanun'unun 5/1-a maddesiyle, TCK md. 53'de belirtilen süreler geçmiş olsa bile, "milli savunmaya karşı suçlardan, devlet sırlarına karşı suçlardan ve casusluk suçlarından tümcesinin" kapsamına giren taksirli suçlardan mahkûm olanların avukatlık mesleğine kabul istemlerinin reddolunacağı hükme bağlanmaktaydı. Anayasa Mahkemesi'ne göre, avukatlık mesleğinin saygınlığı, buna karşı toplumun güven duygusunu göz önüne alarak, bu mesleği icra edecek olanların belli suçlardan mahkûm olmaları hâlinde, aslî cezanın yanı sıra sürekli olarak hak yoksunluklarının öngörülebilecektir. Ancak Anayasa Mahkemesi, çalışma özgürlüğüyle hiçbir ilişki kurmaksızın, "dava konusu düzenlemeler(in), meslek veya görevlerin özellikleri, suçların niteliği, bu suçlara verilen cezalar ve cezaların süresi, kasıtlı veya taksirle işlenip işlenmediğine bakılmaması ve bir kademelendirme de yapılmaması ve bu suçlardan mahkûm olanların belirli meslekleri ve görevleri sürekli olarak icra edememeleri, işledikleri suçlara göre adaletli ve eylemle orantılı olmayan ölçüsüz bir hak yoksunluğuna yol açması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen "Hukuk Devleti" ilkesine aykırı" olduğunu saptayarak iptaline karar vermiştir.¹⁰¹

Anayasa Mahkemesi benzer şekilde bir başka kararında, adayın avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlarının çevresince bilinmesi durumunun avukatlık mesleğine giriş engeli olacağına ilişkin hükmü (Avukatlık Kanunu md. 5/1-c), "avukat adayları için öngörülebilir olmadığı gibi baroların keyfi yorum ve uygulamalarına karşı da yeterince koruma sağlayacak nitelikte olmadığından hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırı" bularak iptal etmiştir.¹⁰²

AİHM ise başvurucuların mahkumiyetlerinin esas alınarak, Barolar Birliği'ne olan başvurularının reddedilmesine yönelik iç hukuktaki düzenlemenin, AİHS md. 8'e aykırı olduğu iddiasını iki farklı kararda değerlendirmiştir;

Başvuruculardan birisi, daha önceki mahkumiyetini (süresi dolan mahkumiyet) baroya iletmemiştir ve daha sonra olayın öğrenilmesiyle

¹⁰¹ E 2008/17, K 2010/44, K 25.2.2010.

¹⁰² E 2012/116, K 2013/32, K 28.2.2013.

stajyer listesinden çıkartılmıştır. Baro, süreci ve işlenen suçun niteliğini göz önüne alarak, yüksek ahlaki karaktere sahip olmadığı gerekçeyle talebi reddetmiştir. AİHM ise bu müdahalenin meşru bir amacı olduğunu ve demokratik bir toplumda gerekli olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre, avukatlar adalet işleyişinde en önemli rolü oynamaktadır. Bu rol, ihtiyatlı, dürüst, onurlu olmayı gerektiren mesleki davranışları ile ilgili olarak bir dizi görev ve kısıtlama gerektirmektedir.

Diğer başvuru ise avukat olarak baroya kabul edilmiş, fakat sonrasında adli yardım sistemini yanılmaktan mahkûm olmuştur. Tekrar baroya kabul başvurusu ise bu mahkûmiyet sebebiyle reddedilmiştir. Lekavičienė davasında AİHM, bireylerin mahkûmiyet sürelerinin sona ermesinin yüksek ahlaki bir karakter kazandığı anlamına gelmediğine; ayrıca başvuru sahiplerinin gelecekte (4 yıl sonra) baroya tekrar başvurabileceklerine dikkat çekmiştir. AİHM'e göre, başvuranların özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına yapılan müdahaleler, adaletin iyi ve doğru şekilde çalışmasını sağlayarak, diğerlerinin haklarını korumak için demokratik toplumda zorunlu bir ihtiyaçtır.¹⁰³

b) Hukuk öğretiminde devlet sınavı¹⁰⁴: Hukuk öğrenimi Almanya'da eyaletler tarafından çıkarılan yasalarla düzenlenmiştir. Ancak Federal Parlamento'nun (Bundestag) çıkardığı ve 01.07.2003'ten itibaren yürürlükte olan Hukukçu Eğitimi Reformu Yasası, hukuk öğrenimine ve staj eğitimine ilişkin genel kuralları belirlemektedir.¹⁰⁵

Aşağı Saksonya ve Hamburg'da da hukuk öğrenimini tamamlayabilmek için iki aşamalı bir devlet sınavı düzenlenmiştir. Sınavlar yazılı ve sözlü biçimde eyaletlerde bu amaçla adalet bakanlığı bünyesinde oluşturulan ve bağımsız karar alabilen bir resmi daire tarafından yapılmaktadır. Anayasa şikayetine başvuranlar, girdikleri devlet sınavında sınav değerlendirmesi yapan komisyonun konuyu yanlış anladıklarını, doktrini dikkate almadıklarını, verilen yanıtların doğru ve yeterli hukuki gerekçeye dayanmış olmasına rağmen yüzeysel, yetersiz ve çelişkili bir biçimde eleştirildiğini ileri sürmüşlerdir. Kararın

¹⁰³ Jankauskas v. Litvanya, B. No: 50446/09, 29.5.2019; Lekavičienė v. Litvanya, B. No: 48427/09 27.6.2017.

¹⁰⁴ BVerfGE 84, 34.

¹⁰⁵ Sert-Çelik Ç. , "Almanya'da Hukuk Eğitimi ve Stajyerlik", *TBB Dergisi*, Sy. 54, 2004, s. 340.

iptali için açılan davayı idare mahkemesi reddetmiştir. Mahkemeye göre, sınavı yapanlar yanlış olgulardan hareket etmedikleri, genel değerlendirme ölçütlerini ihlal etmedikleri ve konuya yabancı görüşlerle hareket etmedikleri için kararları takdir yetkileri kapsamında kalmaktadır. Eyalet Yüksek İdare Mahkemesi, sınavı yapan komisyonun bir yargıç gibi karar verdiğini, sınav yaparken bağımsız olup, bakanlığın talimatlarıyla bağlı olmadığını da belirterek kararı onamıştır. Federal Yüksek İdare Mahkemesi'nin de kararın temyizi kabil olmadığına karar vermesi üzerine başvuru Alman Anayasa Mahkemesi şu tespitlerde bulunmuştur;

“Belirli bir mesleğe kabul için öngörülen ve verilen eğitim ile bu eğitim sonucu kazanılması gereken yeterliliği ispatlayan bir sınava ilişkin düzenlemeler, meslek seçimi özgürlüğüne bir müdahale oluşturur. Hukuk öğrenimi için getirilen her iki devlet sınavı için gereken performans gereklilikleri ve bu performansı değerlendirecek ölçütler yasayla belirlenmelidir. Sadece sınavın içeriği değil usulü de meslek özgürlüğünün koruma alanı içindedir.”

Anayasa Mahkemesi'ne başvuranların şikâyeti, sınav usulüne değil, sınav sonucu yapılan değerlendirmeye ilişkindir. Başvuranlar, sınav sırasında yapılan eleştirel değerlendirmeler ve buna dayalı sınav notunun itiraz edilebilir olmasını istemektedir ki, Anayasa Mahkemesi'ne göre başvuranlar özünde taleplerinde haklıdırlar. “Mesleğe ilişkin bitirme sınavında ortaya konan performansın değerlendirilebilmesi, usulü temel hak korumasını zorunlu kılmaktadır. Ancak yargısal denetim bu noktada zorluklarla karşılaşmaktadır; sınavı yapanın öznel izlenimleri, mesleki uzmanlığına ilişkin özellikleri not vermesini etkileyecektir. Bu nedenle sınav usulünün mümkün olduğunca nesnellik ve tarafsızlığı garanti etmesi zorunludur. Bu bağlamda sınav yapacakların seçimini, sayılarını, birbirleriyle ilişkilerini ve not farklılıklarını içeren kuralların yanında hukuk devletinin bir gereği olarak sınava girenlerin bu usul kuralları hakkında zamanında bilgilendirilmeleri ve karar verilirken kendi argümanlarının dikkate alınmasının sağlanması gereklidir. Devlet sınavlarında, adayın sınava girmeye karar verdikten sonra, performansının ayrıntılı biçimde nasıl değerlendirileceği ve hangi görüşlerin burada belirleyici olduğu konusunda kapsamlı biçimde bilgilendirilmek zorundadır. Ancak böylelikle yapılan itirazlar denetlenebilir ve değerlendirilebilir.”

Sınav sonucunun meslek açısından taşıdığı pratik önem ve temel hak boyutu dikkate alındığında somut olayda ilgili yasal düzenlemeleri tam olarak belirli görmeyen Anayasa Mahkemesi; sınav konularının sadece kaba hatlarıyla belirtilmesine, not skalasının gerçek anlamda tanımlanmamış ve sadece çok genel olarak sayılmış olmasına vurgu yapmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "İdare Mahkemelerinin denetim ölçütleri de soyuttur. Hangi koşullarda genel geçerli değerlendirme ölçütlerinin ihlal edilmiş kabul edileceği, konuya yabancı görüşlerin hangi özellikleriyle göz ardı edilebileceği gibi ölçütlere yer vermeyen içtihadıyla İdare Mahkemeleri yargısal denetime özgü halleri dışlamıştır. Kararın sadece keyfi olup olmadığına yönelik salt uç örneklerle sınırlı bir denetim, yargıcın keyfilik sınırını aşmasına yol açabilir."

Fakat sonuç olarak Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre; meslek özgürlüğünü güvence altına alan anayasal düzenlemeden mesleğe ilişkin bir sınav için şu genel değerlendirme ilkesi elde edilebilir; "Savunulabilir ve güçlü argümanlarla mantıklı biçimde gerekçelendirilen bir çözüm yanlış olarak değerlendirilemez."

Türkiye'de tarihsel süreç içinde avukatlık mesleğinde sınav süreklilik kazanamamış olmakla birlikte tamamen de kaldırılması düşünülmemiştir. 2001 yılında, 4667 sayılı Yasa'yla 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda yapılan ek ve değişikliklerle sınav yeniden getirilmiştir. 2006 yılında, 5558 sayılı Avukatlık Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Dair Kanun'un 1. maddesiyle bu sınav zorunluluğu kaldırılmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi şu haklı gerekçeyle sınav zorunluluğunu kaldıran bu yasal düzenlemeyi anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir;

"Savunma, 'sav-savunma-karar' üçgeninden oluşan yargının vazgeçilmez ögesidir. Adaletli bir yargılamanın varlığı, ancak avukatın etkin katılımıyla sağlanabilir. Avukatlığın önemi ve özelliği nedeniyle bu mesleğe girişin kimi koşul ve kayıtlamalara bağlı kılınması, hukuk devletinin ve adil yargılanma hakkının gereğidir.

Avukatın seçkinliği ve üstün nitelikler taşıması hem kamunun hem de yargının beklediği bir husus olup, bunun sağlanmasında mesleğin gelişmesine katkı kadar mesleğe seçilme de önem kazanır. Sadece temel hukuki konularda eğitilmiş olmak, bir mesleği yürütmek için yeterli olamaz. Mesleki açıdan yetkinlik, stajyerlik gibi özel eğitimlerin yanı sıra mesleğe girişte seçme ya da elemeyi de içerir."¹⁰⁶

¹⁰⁶ E 2007/16, K 2009/147, K 15.10.2009.

Bu karar sonrasında TBB tarafından hazırlanan ve 17.6.2014 tarihli ve 29033 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Staj Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik”le avukatlığa girişte sınav şartı getirilmesi üzerine, 2014 tarih ve 5552 sayılı Kanun’un 94. maddesiyle, 1136 sayılı Kanun’un 182. maddesine eklenen ikinci fıkrayla, yönetmelikle veya diğer bir düzenleyici işlemle avukatlık stajına kabulde, staj döneminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejimin öngörülemeyeceği kurala bağlanmak suretiyle TBB’nin avukatlığa girişte sınav koşulu getiremeyeceği kanun hükmü hâline getirilmiştir. Bu hükmün çalışma özgürlüğüyle ilgili olduğunu tespit eden Anayasa Mahkemesi bu kez iptal kararı vermemiştir. Anayasa Mahkemesi’ne göre; “avukatlığa giriş koşullarının da kanunla belirlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda avukatlık mesleğine giriş koşullarının belirlenmesi hususunda asli yetki yasama organına ait olup yasama organınca genel çerçevesi kanunla belirlendikten sonra bu konuda idari düzenleyici işlemler yapılabilir.”¹⁰⁷

Tüm bu süreç sonrasında, TBMM’nin sınav koşulunu getirmede hareketsiz kalarak, Anayasa Mahkemesi’nin kararlarının gereğini yerine getirilmesi zorunluluğunu öngören Anayasa’nın 153. maddesine aykırı bir ihmal içinde bulunduğu rahatlıkla söylenebilir.¹⁰⁸

IV. Sonuç

Bağımsız, özgür ve özerk bir avukatlık için barolar büyük önem taşımaktadır. Meslek için vazgeçilmez olan bu niteliklerin korunması, baroların katılıma ve farklı görüşlere açık bir yapıda, şeffaflık içinde çalışmalarını sürdürebilmesine bağlıdır. Baroların bu yöndeki etkinliği, gerek avukatlar gerekse hak arayan süljelerin yargıya olan güven ve memnuniyetinin sağlanmasına da hizmet edecektir.

Avukatlık mesleğine ilişkin kuralların uygulanmasında çıkan uyuşmazlıkların salt genel ilkeler üzerinden çözülmesi her zaman so-

¹⁰⁷ E 2014/177, K 2015/49, K 14.5.2015.

¹⁰⁸ Bu çalışmanın teslim edilmesi sonrasında, 17.10.2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanun’un 3. maddesiyle Avukatlık Kanunu’nun 16. maddesinde yer alan “taşıyanlardan,” ibaresi “taşıyan ve Hukuk Mesleklerine Giriş Sınavında başarılı olanlardan,” şeklinde değiştirilmiştir.

mut olaylar bakımından sistematik bir çözümü sağlamayabilecektir. Bu durumda konunun avukatların meslek özgürlüğü bağlamında ele alınması, olaydan olaya değişen çözümler yerine, temel hak uyuşmazlıklarına özgü bir dogmatik üzerinden sistematik bir bilgiye erişilmesine katkı sağlayacaktır. Çalışmanın bütününde aktarılan mahkeme kararlarıyla, avukatların meslek özgürlüğüne ilişkin genel bir anayasal rejim ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Avukatların meslek özgürlüğüne ilişkin anayasal normların dinamik biçimde yorumlanıp uygulanabilmesi için ilgili hükümlerin güncel anlam ve amacının dikkate alınması gerekmektedir. Avukatların meslek özgürlüğünün teorik olarak değil, pratik uygulanabilir ve etkin olacak şekilde garanti edilmesi ancak böyle gerçekleşebilecektir. Günümüzde yaşanan genel ekonomik sorunlara paralel biçimde hukuk mezunları ile avukat sayısındaki artışa dayalı ciddi mali sıkıntılar yaşanmaktadır. Bu kriz halinin, hukukçular ile özgürlükçü demokratik anayasal düzen arasındaki bağı çözmemesi gerekir. Ülkemizde avukatlar, her türlü karşı müdahaleye rağmen mesleklerinin icrasında özgürlükçü yaklaşımdan vazgeçmemektedir. Bu yaklaşımın başarılı olması ise nihayetinde mesleki çıkarları korumada gereken çözümlerin bulunmasına bağlıdır.

Kaynakça

Kitaplar

- Demirel F, Adliye Nezareti Kuruluşu ve Faaliyetleri (1876-1914), Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, İkinci Baskı, İstanbul 2010
- Elveriş İ, Barolar ve Siyaset, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014.
- Özen A, Avukatlık Kanunu ve İlgili Mevzuat, Bilge Yayınevi, İstanbul 2018.
- Pieroth B/Silberkuhl P, Die Verfassungsbeschwerde, ZAP Verlag, Münster 2008.
- Schmidt R, Grundrechte, 12. Auflage, Verlag Rolf Schmidt, Bremen 2010.
- Toprak M, Geçmişten Günümüze Avukatlık Kanunları, TBB Yayınları, Ankara 2014.
- Disiplin Kurulu Kararları ve İdari Yargı Kararları (der. Ü. Dinç), C. III, TBB Yayınları, Ankara 2017.
- İnsan Hakları Raporu (2016-2017), TBB Yayınları, Ankara 2017.

Makaleler

- Aday N, "Avukatın Çatışan Menfaatleri Temsil Yasağı Bakımından "Aynı İş" Olgusu ve Bu Yasağın Avukatın Mesleki Yükümlülükleri İçindeki Yeri", *Erciyes Üniversitesi HFD*, C. 10, Sy. 2, Aralık 2015.

- Bozkurt A, "Avukatlık Mesleğinin Tarihesine Bir Bakış", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 76, Sy. 2018/4.
- Coşar VA, "Avukatlık Mesleğinin ve Baroların Tarihsel Gelişimi", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 76, Sy. 2018/4.
- Çıvgın Y/Gökçe F, "Avukatlık Mesleğindeki Dönüşüm ve İşçi Avukatlık", *Ankara Barosu Dergisi* 2018/4.
- Elçi MH, "Geçmişten Geleceğe Avukatlık", *İzmir Barosu Dergisi*, Temmuz 2010, Sy. 3, Yıl 75.
- Emir S, "İşçi Avukatlar, Namudüğer Kırmızı Yakalılar ve Avukatlık Mesleğinin Proleterleşmesi Üzerine", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 76, Sy. 2018/4.
- Güner S, "Avukatın Özen Yükümlülüğü", *TBB Dergisi*, 2000/2.
- Gürseler G, "Bir Avukat Yanında Aylıklı Olarak Çalışan Avukatın Durumunun Avukatlık Yasası Açısından Değerlendirilmesi", *TBB Dergisi*, Sayı 63, 2006.
- Gürseler G., "Ücretli Avukat", *TBB Dergisi*, Sy. 71, 2007.
- Jahic G/Kalem S, "Vatandaşın Gözünden Mahkemeler: Katılım, Tutumlar ve Güven", in: *Adalet Gözet Yargı Sistemi Üzerine Bir İnceleme* (der. S. Kalem), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009.
- İnceoğlu S, "Hukuk Devleti İlkesi Bakımından Adliye Gözlemleri ve Adalet Barometresi Araştırmaları", in: *Adalet Gözet Yargı Sistemi Üzerine Bir İnceleme*, der. S. Kalem, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009.
- Ledford KF, "Avukatlık ve Liberalizmin Sınırları: Weimar Cumhuriyeti'nde Alman Barosu", (çev. K. Akbaş), *Ankara Barosu Dergisi* 2018/4.
- Lemmer JM, "Savunma Avukatının Hak ve Dokunulmazlığının Sınırı", in: *Özgür ve Bağımsız Savunma*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2005.
- Örs C.O, "Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma", *TBB Dergisi* 2016 (123).
- Sert-Çelik Ç, "Almanya'da Hukuk Eğitimi ve Stajyerlik", *TBB Dergisi*, Sy. 54, 2004.
- Sever DÇ, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hak Öznesi Olarak Avukatlar", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 76, Sy. 2018/4.
- Şen E/Bodur FB, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğünden Kaynaklanan İmtiyazlar", *TBB Dergisi* 2018 (138).
- Şenol T, "Bağımsız Avukatlık", *TBB Dergisi*, Sy. 54, 2004.
- Uyar T, "Avukatın "Özen Yükümlülüğü" (Av. K. m. 34; TBK.m.506/III) ve "Görevi Kötüye Kullanma Suçu" (TCK. m. 257/2)", *TBB Dergisi*, 2017 (131).
- Ünal S, "Avukatların Sendikalaşması ve Avukatlar Sendikası Pratiği", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 76, Sy. 2018/4.
- Yılmaz E, "Bir Meslek Olarak Dünden Yarına Doğru Avukatlık", *AÜHFD*, Sy. 1-4, 1995.

İnternet Kaynakları

- Coşar AV, "ABD'de Avukatlık Mesleği ve Ortak Avukatlık Modelleri", <https://www.hukukihaber.net/abd-de-avukatlik-meslegi-ve-ortak-avukatlik-modelleri-makale,5104.html>.

- Çine Ö, "Avukatlık Mesleğinin Kısa Tarihi", <https://m.bianet.org/biamag/insan-haklari/144224-avukatlik-mesleginin-kisa-tarihi>.
- Hanağası E., Avukatlık Hukuku, https://abs.cu.edu.tr/Dokumanlar/2015/HFS403/683489615_avukatlik_hukuku_dogu_akdeniz_universitesi_hukuk_fakultesi_yrd._doc._dr._emel_hanagasi.pdf.
- <https://www.istanbulbarosu.org.tr/FooterContent.aspx?ID=1&Desc=Tarih%C3%A7e>.
- <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/avkanunu.pdf>.
- <https://www.barstandardsboard.org.uk/uploads/assets/c7cea537-53f8-42a8-9f6d8ef1832a7db9/Social-Media.pdf>.
- http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/1334766/HSK___Sempatizan_olabilir_diyerek_avukati_sorguya_almayan_hakime_ceza_verdi.html.
- <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mahkeme-gundemi/genel-kurul/24-temmuz-2019-genel-kurul-gundemi-ve-sonuclari/>.
- Oruç V, "Dava Sonucuna Katılma Yasağı Üzerine Düşünceler", <https://www.hukukihaber.net/dava-sonucuna-katilma-yasagi-uzerine-dusunceler-makale,3856.html>.

Anayasa Mahkemesi Kararları

- E 1963/301, K 1963/271, K 13.11.1963.
- E 1969/37, K 1971/8, K 21.1.1971.
- E 2007/16, K 2009/147, K 15.10.2009.
- E 2009/62, K 2011/96, K 9.6.2011.
- E 2012/94, K 2013/89, K 10.7.2013.
- E 2008/73, K 2009/120, K 1.10.2009.
- E 2013/18, K 2013/132, K 14.11.2013.
- E 2018/73, K 2019/65, K 24.7.2019.
- E 2016/205, K 2019/63, K 24.7.2019.
- E 2014/195, K 2015/116, K 23.12.2015.
- E 2008/17, K 2010/44, K 25.2.2010.
- E 2012/116, K 2013/32, K 28.2.2013.
- E 2014/177, K 2015/49, K 14.5.2015.
- Bayram Akın Başvurusu, B. No: 2015/19278, 7.3.2019.
- Günay Dağ ve Diğerleri Başvurusu, B. No: 2013/1631, 17.12.2015.
- Keleş Öztürk Başvurusu, B. No: 2014/15001, 27.12.2017.
- Meral Özata Özgürol Başvurusu, B. No: 2015/2326, 26.12.2018.
- Emine Rezzan Aydınoglu Başvurusu, B. No: 2013/8396, 11.3.2015.
- Kenan Gül Başvurusu, B. No: 2015/17892, 19.2.2019.
- Ahmet Haluk Altan Başvurusu, B. No: 2015/14340, 12.11.2019.
- Mehmet Koray Eryaşa Başvurusu, B. No: 2013/6693, 16.4.2015.

Hilmi Yıldız Başvurusu, B. No: 2013/299, 4.2.2016.

Gültekin Avcı Başvurusu, B. No:2015/17921, 10.1.2019.

Yargıtay Kararları

Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 14.11.2011, 2009/19013 E, 2011/21017 K

Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2014/16690 E 2014/14210 K

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 03.10.2005 tarihli (Esas No: 2005/7970, Karar No: 2005/14434).

AİHM Kararları

Hajibeyli ve Aliyev/ Azerbaycan, B. No: 6477/08 ve 10414/08, 19.4.2018.

Niemietz v. Almanya, B. No: 13710/88, 16.12.1992.

Smirnov v. Rusya, B. No: 71362/01, 7.6.2007.

Aleksanyan v. Rusya, B. No: 46468/06, 22.12.2008.

Kolesnichenko v. Rusya, B. No: 19856/04, 9.4.2009.

Yuditskaya vd. v. Rusya, B. No: 5678/06,12.2.2015.

Sérvulo & Associados - Sociedade de Advogados, RI v. Portugal, B. No: 27013/10, 03.09.2015.

Leotsakos v. Yunanistan, B. No: 30958/13, 7.12.2018.

İliya Stefanov v. Bulgaristan, B. No: 65755/01, 22.5.2008.

Sommer v. Almanya, B. No: 73607/13, 28.2.2017.

Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova v. Portekiz, B. No: 69436/10, 1.12.2015.

Michaud v. Fransa, B. No: 12323/11, 6.3.2013.

Kırdök ve Diğerleri v. Türkiye, B. No: 14704/12, 03.12.2019.

Aliyev v. Azerbaycan, B. No: 68762/14, 20.9.2018.

Kopp v. İsviçre, B. No: 23224/94, 25.3.1998.

Pruteanu v. Romanya, B. No: 30181/05, 3.2.2015.

Pham-Hoang v. Fransa, B. No: 13191/87, 25.9.1992.

Morice v. Fransa, (Genel Kurul), B. No: 29369/10, 23.04.2015.

Bono v. Fransa, B. No: 29024/11, 15.12.2015.

Nikula v. Finlandiya, B. No: 31611/96, 30.11.2000.

Szpiner v. Fransa, B. No. 2316/15, 25.01.2018.

Kyprianou v. Kıbrıs, B. No: 73797/01, 15.11.2005.

Amihalachioaie v. Moldova, B. No: 60115/00, 20.07.2004.

Hacıbeyli ve Aliyev v. Azerbaycan, B. No: 6477/08 ve 10414/08, 19.06.2018.

Schöpfer v. İsviçre, B. No: 56/1997/840/1046, 20.05.1998.

Fuchs v. Almanya, B. No: 29222/11 ve 64345/11, 27.01.2015.

Peruzzi v. İtalya, B. No: 39294/09, 30.06.2015.

Pais Pires de Lima v. Portugal B. No: 70465/12, 12.02.2019.

L.P. ve Carvalho v. Portekiz, B. No: 24845/13 ve 49103/15, 08.10.2019.
Casado Coca v. İspanya, B. No: 15450/89, 24.02.1994.
Monnet et Morris v. Fransa, B. No: 14032/88, 3.9.1992.
Altay v. Türkiye (no. 2), B. No: 11236/09, 09.04.2019.
Brennan/Birleşik Krallık, B. No: 39846/98, 16.10.2001.
Ocalan v. Türkiye, B. No: 46221/99, 12.03.2003.
Lanz v. Avusturya, B. No: 24430/94, 31.01.2002.
Cevat Özel v. Türkiye, B. No: 19602/06, 7.6.2016.
Laurent v. Fransa, B. No: 28798/13, 24.5.2018.
Campbell ve Fell v. İngiltere, B. No: 7819/77, 7878/77, 28.6.1984.
Bulut v. Avusturya, B. No: 17358/90, 22.02.1996.
Kremzov v. Avusturya, B. No: 12350/86, 29.05.1997.
Jankauskas v. Litvanya, B. No: 50446/09, 29.5.2019.
Lekavičienė v. Litvanya, B. No: 48427/09 27.6.2017.

Alman Anayasa Mahkemesi Kararları

BVerfGE 7, 377, 405; 78, 155, 162.
Beschluss vom 08 Januar 2001 – 1BvR 437 / 99.
BVerfGE 28, 21.
BVerfGE 106, 216.
BVerfGE 103, 1.
BVerfGE 76, 171.
Beschluss vom 20. Mai 1999 (1 BvR 1294/96).
BVerfGE 39, 156.
Beschluss vom 04.07.2006 – 2BvR 950/05.
BVerfG, 18.04.2007- 2 BvR 2094/05.
BVerfGE 110, 226.
BVerfGE 117, 163.
BVerfGE 84, 34.

“DİJİTAL MİRAS” - ALMAN FEDERAL MAHKEMESİ’NİN “FACEBOOK” KARARI ÜZERİNE BİR İNCELEME

“DIGITAL INHERITANCE” - A REVIEW ON THE “FACEBOOK” DECISION OF THE GERMAN FEDERAL COURT OF JUSTICE

Çiğdem İLERİ*

Özet: İnternetin akıl almaz yükselişi karşısında özel hukuk ilişkileri de bundan nasibini almakta ve dijital platformlarda kurulan, yürütülen ve sonlandırılan hukuki ilişkilerin sayısı giderek artmaktadır. Söz konusu ilişkilerin bir görünüm biçimi olan “*dijital miras*” kavramı bir Facebook hesabı sahibinin ölümü üzerine ailesinin, hesabın mirasçısı olup olmadığı sorusu bakımından dünyada ilk kez bir Yüksek Mahkeme tarafından tartışılmıştır. Alman Federal Mahkemesi kararı, her ne kadar konuyu çeşitli yönlerden ele almış ve takdir görmüş olsa da, bazı çevrelerce eleştirilerin hedefi olmaktan kurtulamamıştır. “*Dijital miras*” konusunun, dünyanın her yerinde olduğu gibi ülkemizde de hem öğreti hem de yargı organları tarafından ele alınmaya ve en nihayetinde de yasal düzenlemeye muhtaç olduğu aşikârdır.

Anahtar Kelimeler: Dijital Miras, Miras Hukuku, Kişisel Verilerin Korunması, Özel Hayatın ve Telekomünikasyonun Gizliliği

Abstract: By skyrocketing of the Internet; private law relationships have been affected and the number of legal relationships established, conducted and terminated on digital platforms have been increased accordingly. The concept of “*digital inheritance*”, as a reflection of aforementioned legal relationships, has been held and examined for the first time before a Supreme Court within the framework of the right of being inheritor of a family after death of a Facebook account holder. Despite the fact that the decision of the German Supreme Court has examined the case elaborately and has been praised by some legal societies; some has criticized frankly. It is obvious that the concept of “*digital inheritance*” has to be held and discussed by the Turkish doctrine and the Turkish judicial authorities and eventually be legislated in Turkey as well as in other countries.

Keywords: Digital Inheritance, Law of Inheritance, Law of Personal Data Protection, Right to Privacy, Confidentiality of Communication

* Avukat, Bucerius Law School Hamburg Doktora Öğrencisi, cigdemileri2@gmail.com, ORCID: 0000-0002-4732-3240, Makalenin Gönderim Tarihi: 08.05.2019, Kabul Tarihi: 08.05.2019

I. GİRİŞ

Dijital dünyanın dört bir tarafımızı kuşattığı ve büyük bir hızla *analog* dünyanın yerini aldığı günümüz koşullarında, hukuki ilişkiler de bu durumdan nasibini almaktadır. Dijital çağın kaçınılmaz bir sonucu olarak; çeşitli özel hukuk ilişkilerinin dijital platformlarda kurulması ve yürütülmesi (dijital içerikli sözleşmeler), bu ilişkilere uygulanacak hukuk kurallarının tespiti ve bu hususta bilhassa, Türk Medeni Kanunu ve/veya Türk Borçlar Kanunu’nun yeterliliği bakımından tereddüt ve mevcut hukuk kurallarının dijital dünyanın gerisinde kaldığı endişesi yaratmaktadır. İç hukukumuzda dijital çağın gereklerine denk düşecek şekilde bir “*dijital güncelleme*”nin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ya da ne zaman gerçekleşeceği belli olmadığından, en azından bugün için mevcut mevzuat hükümleri uyarınca bir değerlendirme yapılması gerektiği ortadadır.

İnternetin önlenemez yükselişi ile ortaya çıkan ve dijital dünyadaki yerini gün geçtikçe sağlamlaştıran sosyal medya platformları ile özel hukukumuz bakımından değerlendirme ve incelenmeye muhtaç yeni hukuki ilişkiler ve kavramlar doğmaktadır. Sosyal medya platformlarının başını çeken *Facebook* şirketi, 2018 yılı verilerine göre her ay 2,7 milyar insanın *Facebook*, *Instagram*, *WhatsApp* ve *Messenger* platformlarını kullandığını ve *Facebook* sosyal ağının aylık aktif kullanıcı sayısının 2,3 milyarı geride bıraktığını açıklamıştır.

Dünya üzerindeki insanların neredeyse %40’ının sosyal medya platformlarını kullandığı gerçeği karşısında, bu platformlarda ortaya çıkan hukuki ilişkilerin mercek altına alınması mutlak bir gereklilik haline gelmektedir. Bu ilişkilerin görünüm biçimlerinden biri ise söz konusu platformlar aracılığıyla edinilen sosyal medya hesaplarının kullanıcılarının (bir diğer ifadeyle hesap sahiplerinin) ölümü halinde ortaya çıkmakta ve “*dijital miras*” kavramını *bilhassa* miras hukuku kapsamında incelemeyi gerektirmektedir.

Alman Federal Mahkemesi (BGH-Bundesgerichtshof), 12.07.2018 tarihli kararında,¹ 15 yaşındaki bir Facebook kullanıcısının ölümü halinde sosyal medya hesabının miras kalıp kalamayacağı hususunu değerlendirmiş ve dijital teknoloji alanında Avrupa hukukunun temel

¹ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178 vd.

taşlarından birini oluşturacak bir hükme imza atmıştır. Söz konusu hüküm, yalnızca bir süredir tartışmalara konu olan “dijital miras” konusunun bir yüksek mahkeme tarafından etraflıca ele alındığı ilk karar olmakla kalmayıp aynı zamanda, internet ortamında (bir diğer ifadeyle çevrimiçi platformlarda) sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılabilirliği hususunda da önemli ipuçları vermektedir.²

Bu çalışmada; öncelikle “dijital miras” konusu ele alınarak söz konusu kavramın anlamı ve içeriği değerlendirilecek, akabinde sosyal medya (somut olay bakımından *Facebook*) kullanıcı hesaplarının miras yoluyla yasal mirasçılara geçip geçemeyeceği hususunu etraflıca ele alan Alman Federal Mahkemesi’nin *Facebook* kararı incelenecek ve ardından “dijital miras” kavramı Türk hukuku bakımından ele alınacaktır.

II. “DİJİTAL MİRAS” KAVRAMI

Dijital dünyanın hızla *analog dünyanın* yerini alması sonucunda, pek çok özel hukuk ilişkisi de dijital platformlarda kurulur hale gelmiştir. Bu ilişkilerin doğal bir sonucu olarak; sanal edinimlerin artması sebebiyle, ölüm halinde söz konusu hukuki ilişkilerin ve edinimlerin akıbetinin ne olacağı sorusu bir süredir hukuki tartışmaların konusunu oluşturmaktadır.³

Öğretide “*dijital miras*” (digital inheritance / digitales Erbe)⁴ olarak ifade edilen bu kavram bakımından, henüz genelgeçer bir tanımlamadan söz etmek mümkün değildir. Federal Mahkeme konuya ilişkin kararında da dijital miras kavramını tanımlamamıştır. Dijital mirasın kapsamı ile ilgili genelgeçer bir tanımlama bulunmadığı gibi *dijital olmayan* mirasın (malvarlığının) kapsamına ne girdiğine ilişkin herkesçe kabul gören bir belirleme de bulunmamaktadır.⁵ Her ne kadar Federal

² Giorgio Resta, “Personal Data and Digital Assets after Death: a Comparative Law Perspective on the BGH Facebook Ruling”, *EuCML* 2018, s. 201.

³ Christina-Martina Leeb, “Bekannt verstorben - Rechtsfragen des Umgangs mit Social Media Daten Verstorbener”, *K&R* 2014, s. 693.

⁴ Bastian Biermann, *Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht*, 5. Baskı 2018, § 50 N. 2; Hannes Ludyga, “„Digitales Update“ für das Erbrecht im BGB?”, *ZEV* 2018, s. 1.

⁵ Stephanie Herzog, Kroiß/Horn/Solomon, *Nachfolgerecht, Der digitale Nachlass*, 2. Baskı 2019, N. 2.

Mahkeme⁶ ve öğretilerdeki bazı yazarlar;⁷ Alman Medeni Kanunu'nun 1922. maddesinde ifade edilen "*külli halefiyet ilkesi*" gereğince böyle bir ayırımın yapılamayacağını, bu kapsamda dijital olsun veya olmasın *tüm malvarlığı değerlerinin* miras hukuku bağlamında miras kapsamında olacağını ifade etseler de, değerlendirme yapılırken bilhassa fiziki farklılıkları nedeniyle iki alan birbirinden ayrılmakta ve "*dijital dünya*" ile "*çevrimdışı/analog dünya*" biçiminde ele alınmaktadır.⁸

Alman hukukunda dijital miras kavramına ilişkin olarak çoğunlukla Alman Barolar Birliği'nin 2013 yılına ait *görüş*⁹ yazısına atıf yapılmakta ve burada ifade edildiği üzere dijital miras (digitaler Nachlass / digitales Erbe) şu şekilde tanımlanmaktadır: "Fikri mülkiyet hakları, web sitelerindeki haklar ve alanlar (domains) ile sağlayıcı ile miras bırakan arasında internetin kendisinin ve aynı zamanda çeşitli internet hizmetlerinin *kullanılması* bakımından kurulmuş tüm sözleşme ilişkileri dâhil olmak üzere dijital malvarlığının tümü dijital mirastır."¹⁰ Dijital mirasa ilişkin bir başka tanımlama ise şu şekildedir: "Dijital miras kavramının içine miras bırakanın dijital malvarlığının tümü girmektedir;¹¹ buna göre, donanım ve yazılıma ek olarak kaydedilmiş veriler, telekomünikasyon şirketleri ve internet servis sağlayıcıları ile kurulmuş sözleşme ilişkileri, erişim yetkileri, e-posta hesaplar, sosyal medya ağlarındaki üyelikler ve internetteki kullanıcı hesapları dijital mirasın kapsamındadır."¹²

Dijital miras, "miras bırakanın internet ortamındaki hesaplarının ve verilerinin tümü" biçiminde de tanımlanabilir.¹³

⁶ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178.

⁷ Knut Lange-Werner/Marian Holtwiesche, "Digitaler Nachlass - eine Herausforderung für Wissenschaft und Praxis (Teil 1)", ZErB 2016, s. 125; BeckOGK/Preuß, 41. Baskı 2016, BGB §1922 N.376.

⁸ Herzog, a.g.e., N. 1.

⁹ Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass - 34/2013, <https://anwaltverein.de/files/anwaltverein.de/downloads/newsroom/stellungnahmen/2013/SN-DAV34-13.pdf> Son Erişim Tarihi: 01.05.2019).

¹⁰ Bräutigam, Peter, DAV Stellungnahme Nr. 34/2013, s. 93.

¹¹ Wolfgang Burandt/Dieter Rojahn, Erbrecht (Beck'sche Kurz-Kommentare), 3. Baskı 2019, § 1922 N. 3.

¹² Staudinger/Kunz, 17. Baskı 2017, BGB §1922 N. 594.

¹³ Age.

Söz konusu tanımlama, öğretide bazı yazarlarca dar kapsamlı bulunmakta ve bilhassa miras bırakanın kendisinde (kendi uhdesinde) saklanan dijital bilgi ve verilerin dijital miras kapsamına alınmamış olması yönünden eleştirilmektedir.¹⁴ Bir diğer ifadeyle; dijitalleşmenin akıl almaz artış hızı karşısında dijital miras bakımından mümkün meretebe en geniş kapsamlı tanımlamanın tercih edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁵

Öğretide bazı yazarlar tarafından öne sürülen ve oldukça geniş kapsamlı biçimde oluşturulmuş “dijital miras” tanımı şu şekildedir:¹⁶

- “Sabit disklerde, tablet PC’lerde, akıllı telefonlarda, CD’lerde, DVD’lerde, USB yığın depolama aygıtları, disketler veya diğer depolama ortamlarında depolanan veriler,¹⁷
- Kapsamına uygun düşen yazılım ve donanımlar da dâhil olmak üzere internette veya bulut (Cloud) sisteminde depolanan veriler ile internet ağına erişimler (World Wide Web),¹⁸
- Miras bırakanın e-posta hesapları, profesyonel veya sosyal ağlar veya internette ödeme hizmeti sağlanmasına ilişkin hizmet sağlayıcılarıyla akdetmiş olduğu sözleşme ilişkileri,¹⁹
- Elektronik postalar, çevrimiçi adres defterleri, internetteki iletişim bilgileri, web sitelerindeki haklar ve miras bırakanın dijital parası,²⁰
- İnternette depolanan fotoğraf ve videolar ile internet ortamındaki forum ve blog sitelerindeki yazılara (paylaşımlar) ilişkin telif hakları, dijital fotoğraflar üzerindeki resim hakkı,²¹

¹⁴ Pascal Salomon, “Digitaler Nachlass – Möglichkeiten der notariellen Vorsorge”, *NotBZ* 2016, s. 325; Anton Steiner/Anna Holzer, “Praktische Empfehlungen zum digitalen Nachlass”, *ZEV* 2015, s. 262; Florian Deusch, “Digitales Sterben: Das Erbe im Web 2.0”, *ZEV* 2014, s. 2.

¹⁵ Bastian Biermann, *Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht*, 5. Baskı 2018, § 50 N. 2.

¹⁶ Hannes Ludyga/Veris-Pascal Heintz, “Endlich Rechtsklarheit beim digitalen Nachlass? Das “Facebook-Urteil” des BGH”, *JM* 2018, s. 398.

¹⁷ Deusch, a.g.e., s. 2.

¹⁸ Philip Wunderlin/Andrzej Bielajew, “Digitaler Nachlass – was geschieht mit unseren “IT-Daten” nach dem Tod?”, *IPRB* 2014, s. 224; Stephanie Herzog, “Der digitale Nachlass – ein bisher kaum gesehenes und häufig missverstandenes Problem”, *NJW* 2013, s. 3745.

¹⁹ Ludyga/Heintz, a.g.e., s. 399.

²⁰ Hannes Ludyga, “Digitales Update für das Erbrecht im BGB?”, *ZEV* 2018, s. 2; Benedikt Klas/Christine Möhrke-Sobolewski, “Digitaler Nachlass – Erbschutz trotz Datenschutzes”, *NJW* 2015, s. 3473.

²¹ Steiner/Holzer, a.g.e., s. 262.

- Çevrimiçi sağlayıcılar aracılığıyla alınan müzik ve dil eserleri ile elektronik kitaplar üzerinde edinilen kullanım hakları,²²
- *Ve diğer tüm mevcut veya gelecekte ortaya çıkacak dijital ürünler*²³ dijital miras kapsamına girmektedir.

Bir başka görüşe göre ise dijital mirasın tanımı şu şekilde de yapılabilmektedir: "Miras bırakanın dijital malvarlığının tümü, bir diğer deyişle, miras bırakanın tüm elektronik verileri de dâhil olmak üzere bilgi teknolojileri sistemlerini ilgilendiren hukuki ilişkilerinin tümü dijital miras anlamına gelmektedir."²⁴

Teknolojinin önlenemez hızına ayak uydurmakta güçlük çeken hukuk düzeni, dijital dünyanın gereklerine ve insan hayatına derin müdahalesine daha fazla duyarsız kalamamış olacak ki son yıllarda dijital platformlarda kurulan hukuki ilişkilerin yapısı ve sonuçları üzerine kaleme alınan eserlerde bir artış olduğu gözlemlenmektedir.²⁵ Dijital miras kavramı da söz konusu ilişkilerin dikkate değer bir boyutunu oluşturmasına rağmen; bu konu, (en azından Almanya'da) ancak çok kısa bir süredir yargı kararlarında ele alınmaya başlanmıştır.²⁶ Aşağıda kapsamlı şekilde değerlendirileceği üzere; "*Facebook davası*"²⁷ ile bir yüksek mahkeme ilk defa dijital miras kavramını çeşitli açılardan inceleyerek konuya ilişkin pek çok hukuki soruya ışık tutmuştur. Alman Federal Meclisi (*Bundestag*) de konuyu yasama gündemine almış durumdadır.²⁸

²² Stefan Gloser, "Digitale Erblasser und digitale Vorsorgefälle" - Herausforderungen der Online-Welt in der notariellen Praxis - Teil I", *MittBayNot* 2016, s. 13.

²³ Herzog, a.g.e., N. 1.

²⁴ A.g.e.

²⁵ Dijital miras bakımından bkz. Christian Alexander, "Digitaler Nachlass als Rechtsproblem? - Überlegungen aus persönlichkeitsrechtlicher, datenschutzrechtlicher und vertragsrechtlicher Sicht", *KE&R* 2016, s. 30; Bastian Biermann, "Der digitale Nachlass im Spannungsfeld zwischen Erbrecht und Datenschutz, zugleich Besprechung des Urteils des KG Berlin v. 31.5.2017 - 21 U 9/16", *ZErB* 2017, s. 210; Holger Bleich, "Ableben 2.0 - Wie mit den Internet-Hinterlassenschaften Verstorbener umzugehen ist", *c't* 2013, s. 62; Merle Bock, "Juristische Implikationen des digitalen Nachlasses", *AcP* 2017, s. 370; Peter Bräutigam, "Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken - Zivilrechtlicher Austausch von IT-Leistungen gegen personenbezogene Daten", *MMR* 2012, s. 635 vs.

²⁶ Herzog, a.g.e., N. 9.

²⁷ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, *NJW* 2018, s. 3178 vd. (Landgericht Berlin, 17.12.2015, Az. 20 O 172/15 ve Kammergericht Berlin, 31.05.2017 - 21 U 9/16 sayılı kararları, *FamRZ* 2017, s. 1348 vd.)

²⁸ Konuya ilişkin bkz. www.digitaler-neustart.de (Son Erişim Tarihi: 01.05.2019).

III. ALMAN FEDERAL MAHKEMESİ FACEBOOK KARARI

A. SOMUT OLAY

2012 yılında 15 yaşındaki kızını Berlin'deki bir metro (tren) kazasında kaybeden bir anne, söz konusu olayın gerçekten bir kaza mı yoksa intihar mı olduğunu anlamak, yani kızının gerçek ölüm nedenini bilmek istemektedir. Bu sebeple; ölen kızının Facebook hesabındaki yazışmalara ulaşmak isteyen anne, söz konusu yazışmaların olası bir intihar bakımından ipucu verebileceğini düşünmektedir.

Kızının Facebook hesabının giriş bilgilerine (kullanıcı adı ve şifre) sahip olan anne, hesaba ulaşmaya çalıştığında girişimi başarısız olur çünkü söz konusu hesap, ölen kızının vefatının Facebook'a (muhtemelen herhangi bir başka kullanıcı tarafından) bildirilmesinden sonra *anıtlaştırılmış*²⁹ durumdadır. Anıtlaştırılmış hesabın sahibi olan müteveffa; ölmeden önce hesabının kime miras kalacağını belirlemediği, ayrıca bunu Facebook'a bildirmediği ve dolayısıyla hesap anıtlaştırıldı için,³⁰ annenin ölen kızının Facebook hesabına girişi mümkün olmaz. Erişim amacını da bildirerek söz konusu hesaba giriş talebiyle Facebook'a başvuran anne, Facebook'un ret cevabıyla karşılaşır. Facebook şirketi, ret cevabına gerekçe olarak kullanıcı sözleşmesi genel işlem şartlarını ve en önemlisi Telekomünikasyon Kanunu'nun (*Telekommunikationsgesetz – TKG*) 88. maddesinin 3. fıkrasında ifadesini bulan "telekomünikasyonun gizliliği"³¹ ilkesini gösterir.

²⁹ "Anıtlaştırılmış hesaplar, bir kişi vefat ettikten sonra kişinin arkadaşlarının ve ailesinin bir araya gelip anılarını paylaşmalarını sağlayan Facebook ortamındaki bir platformdur. Bir hesabın anıtlaştırılması ayrıca hesaba giriş yapılmasını engelleyerek hesabın güvende tutulmasına yardımcı olur. Vefat eden kişinin bir aile üyesi veya yakın arkadaşı kişinin vefat ettiğini Facebook'a bildirirse söz konusu hesap anıtlaştırılır." (Daha fazla bilgi için bkz. <https://tr-tr.facebook.com/help/requestmemorialization> Son erişim tarihi: 01.05.2019)

³⁰ Facebook, kullanıcı hesaplarının sahiplerinin vefatları halinde hesaplarını miras bırakabilecekleri kişiyi tayin etmelerine imkân tanımakta, bir diğer ifadeyle atanmış mirasçılığın geçerliliğine ilişkin herhangi bir beis görmemektedir. (Daha fazla bilgi için bkz. <https://tr-tr.facebook.com/help/requestmemorialization> Son erişim tarihi: 01.05.2019)

³¹ Telekomünikasyon Kanunu'nun 88. maddesine göre; telekomünikasyonun içeriği ve telekomünikasyona ilişkin tüm durumlar (bilhassa telekomünikasyona dâhil olan kişiler), telekomünikasyon gizliliğinin kapsamına girmektedir. Telekomünikasyon gizliliği ayrıca bağlantıdaki başarısız denemelerin özel koşullarını da kapsar. Her hizmet sağlayıcısı, telekomünikasyonun gizliliğini korumakla yükümlüdür. Söz konusu yükümlülüğe sahip bir hizmet sağlayıcısı, teknik sistemlerinin

Bunun üzerine ölen kızın annesi; kızının "mirasçısı" sıfatıyla Facebook'u dava ederek, vefat eden küçük kızının Facebook hesabına ve esasen hesapta tutulan konuşma geçmişine ulaşmayı talep etmiştir. Davacı anne ile dava dışı baba, vefat eden kızlarının mirasçıları ve (kızlarının sağlığında) onun yasal temsilcileridir.

B. YARGILAMA SÜRECİ

Davacı annenin talebinin Berlin Eyalet Mahkemesi³² tarafından kabul edilmesinin akabinde; davalı Facebook'un temyiz yoluna gitmesi sonucunda Berlin Eyalet Yüksek Mahkemesi,³³ Facebook'un temyiz talebini kabul etmiş ve kararını esasen Facebook'un savına benzer şekilde gerekçelendirmiştir: Telekomünikasyonun gizliliği prensibi, vefat eden kişinin mirasçılarının (kızlarının sosyal medya hesabına) erişim hakkını engellemektedir.

Eyalet Yüksek Mahkemesi kararında; miras hukuku bakımından, Alman Medeni Kanunu'nun (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*) 1922. maddesi uyarınca, miras ortaklığının vefat eden kişinin kullanıcı hesabına erişim hakkı talep edip edemeyeceğini tartışmamıştır. Eyalet Yüksek Mahkemesi bunun yerine Telekomünikasyon Kanunu'nun 88. maddesinin 3. fıkrasını dayanak göstererek; hizmet sağlayıcısı Facebook'un, vefat eden küçüğün kullanıcı hesabı aracılığıyla gerçekleştirilen ve hâlihazırda davalı Facebook'un servis sunucuları üzerinde saklanan iletişim geçmişinin içeriğini ve koşullarını müteveffanın ailesine (mirasçılara) bildirmesinin yasak olduğunu ifade etmiştir.³⁴

Telekomünikasyon Kanunu'nu dijital miras kurumu önünde bir engel olarak gören Eyalet Yüksek Mahkemesi kararı, -bilhassa sohbet arkadaşları arasındaki ilişki bakımından- 3. kişi konumundaki servis

korunması da dâhil olmak üzere, telekomünikasyon hizmetlerinin ticari tedariki için gerekli olanın ötesinde içerik veya özel telekomünikasyon koşullarının bilgisini edinemez ya da bunları 3. kişiler ile paylaşamaz. Hizmet sağlayıcıları, telekomünikasyon gizliliği kapsamında kalan bilgi ve olguları yalnızca hükümde belirtilen amaçlar için edinebilir ve kullanabilirler. Söz konusu bilgi ve olguların "başkaları" (3. kişiler) ile paylaşılması yalnızca Telekomünikasyon Kanunu ya da bir başka yasal düzenlemenin öngördüğü ve açıkça telekomünikasyon işlemlerine ilişkin olduğu durumlarda mümkündür.

³² Landgericht Berlin, 17.12.2015, Az. 20 O 172/15.

³³ Kammergericht Berlin, 31.05. 2017 – 21 U 9/16, FamRZ 2017, s. 1348 vd.

³⁴ Kammergericht Berlin, 31.05. 2017 – 21 U 9/16, FamRZ 2017, s. 1350.

sağlayıcılarında bulunan dijital verilerin miras bırakılmasını imkânsız hale getirmesi sebebiyle eleştirilere hedef olmuştur.³⁵

Davacı anne, Eyalet Yüksek Mahkemesi kararı üzerine davayı bir üst mahkemeye taşımış ve netice itibariyle uyuşmazlık, Alman Federal Mahkemesi tarafından ele alınarak nihayete kavuşturulmuştur.³⁶

C. FEDERAL MAHKEME KARARI

Sosyal medya hesaplarının hukuki açıdan ne şekilde sınıflandırılıp ele alınacağını değerlendiren Federal Mahkeme, dijital miras bağlamında hukuk pratiği açısından yol gösterici olacak bir karara imza atmıştır.

Somut uyuşmazlığı farklı hukuki perspektiflerden ele alan Federal Mahkeme; esas olarak Alman miras hukukunun en temel prensibi olan “külli halefiyet ilkesi”nden (*Universalsukzession*) yola çıkarak, dijital miras konusunun da Alman Medeni Kanunu’nun miras hukukuna ilişkin 5. kitabı (1922 vd. maddeleri) kapsamında ele alınabileceğini ifade etmiştir.³⁷

Federal Mahkeme; kararında, Telekomünikasyon Kanunu ve Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Yönetmeliği’nin koruma amaçlarından uzak bir konum benimsemiş ve telekomünikasyonun gizliliği ya da kişisel verilerin korunması ilkelerinin dijital miras bakımından istisnai bir hukuki muameleyi haklı çıkarmayacağını belirtmiştir.³⁸

1. MİRAS HUKUKU BAKIMINDAN

Telekomünikasyonun gizliliği ya da kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilkelerin; terekenin, müteveffanın ailesine (mirasçılara) intikaline engel oluşturmayacağı kabulüne dayanan Federal Mahkeme, bu nedenle de miras hukuku bakımından nazara alınacak özel bir duru-

³⁵ Bastian Biermann, “Mündliche Verhandlung zum digitalen Nachlass vorm BGH Facebook und die Toten”, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bgh-verhandlung-digitaler-nachlass-erbe-facebook-telekommunikation/> (Son erişim tarihi: 01.05.2019).

³⁶ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178 vd.

³⁷ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 17.

³⁸ Nicola Preuß, “Digitaler Nachlass – Vererbbarkeit eines Kontos bei einem sozialen Netzwerk”, NJW 2018, s. 3146.

mun söz konusu olmadığını, meselenin genel miras hukuku esaslarına dayanılarak çözüleceğini hükme bağlamıştır.

Öğretide ileri sürülen hâkim görüşe göre; miras hukukuna ilişkin külli halefiyet ilkesi, esasen malvarlığına dayalı bir intikal anlamına geldiğinden, yalnızca kişinin kendisini ilgilendiren ya da doğrudan kişilik hakkına ilişkin olan hukuki ilişkiler veya kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklar, miras yoluyla intikal etmez, miras bırakanın ölümüyle sona erer.³⁹ Buna karşılık; miras bırakanın malvarlıksal hakları ve/veya malvarlığını ilgilendiren hukuki ilişkileri -aynı zamanda kişiye bağlı unsurları bünyelerinde bulundursalar dahi- kural olarak mirasçılara geçmektedir.⁴⁰ Buna göre; miras bırakanın borçlar hukuku ilişkileri de kural olarak miras yoluyla intikal etmekte, dolayısıyla mirasçılar, miras bırakanın tarafı olduğu borç ilişkisinden doğan tüm hak ve borçların varisi olmaktadır.⁴¹ Konuyu bu bağlamda ele alan Federal Mahkeme de Facebook ile miras bırakan arasındaki kullanıcı sözleşmesi ve bu sözleşmeden doğan “(sosyal medya) kullanıcı hesabına erişim hakkı”nın miras yoluyla mirasçılara intikal ettiğini karara bağlamıştır.⁴²

Federal Mahkeme; kullanıcının vefatı üzerine Facebook hesabının mirasçılara intikali sebebiyle ortaya çıkan sözleşmedeki taraf değişikliği durumunda, (sosyal medya) kullanıcı hesabına erişim talebinin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir özellik gösterdiği gerekçesiyle hesaba erişimin engellenemeyeceğini ifade etmiştir.⁴³

Aksi kararlaştırılmadığı sürece, kullanıcı hesabının aktif (etkin) şekilde kullanımı yalnızca miras bırakanın kendisine özgülenmiştir; bir diğer ifadeyle, hesabın aktif şekilde kullanım hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak özelliğini göstermekte olup terekeye dâhil değildir, dolayısıyla miras bırakana ait sosyal medya hesabını aktif şekilde kullanım imkânı, miras bırakanın ölümü ile ortadan kalkmaktadır.⁴⁴

³⁹ BeckOK BGB/Müller-Christmann, § 1922 N. 24; BeckOGK/Preuß, § 1922 BGB N. 158; Knut Lange-Werner, „Erbrecht“, 2. Baskı 2017, § 9 N. 31; MüKoBGB/Leipold, 7. Baskı 2017, § 1922 N. 19; Staudinger/Kunz, § 1922 N. 70.

⁴⁰ BeckOK BGB/Müller-Christmann, § 1922 N. 24; BeckOGK/Preuß, § 1922 BGB N. 158.

⁴¹ BeckOGK/Preuß, § 1922 BGB Rn. 175; Preuß, a.g.e., s. 3146.

⁴² BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 23.

⁴³ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 32 vd.

⁴⁴ Herzog, a.g.e., N. 27; Karin Raude, “Der digitale Nachlass in der notariellen Pra-

Bunun haricinde ise sosyal medya hesabına ilişkin sözleşme ilişkisi mirasçılara intikal etmektedir ve bu bağlamda, sosyal medya hesabının, miras hukukuna ilişkin genel ilkelerden hareketle ele alınması mümkündür.⁴⁵ Bu durumun sonucu olarak da mirasçılar, söz konusu kullanıcı sözleşmesinin tarafı haline geldiklerinden, bunların hesaba ve hesap içeriğine erişimleri de mümkün olmalıdır; ancak mirasçılar, vefat edene ait sosyal medya hesabını (aktif biçimde) kullanmaya devam edemezler.

Federal Mahkeme; Facebook kararında, oldukça ayrıntılı gerekçelerle şu soruya yanıt aramıştır: *Kullanıcı sözleşmesinin konusu ve içeriği (bilhassa miras bırakanın sohbet arkadaşlarının kişilik haklarının korunmasına yönelik temel gerekçeler), gizlilik esasına tabi içeriklerin korunması bakımından hesabın mirasçılara intikali hususunda bir sınırlama doğurur mu?*⁴⁶ Federal Mahkeme bu hususta, sohbet arkadaşlarının muhtemel azami gizlilik beklentileri ile “sözleşme kuralları ve bunun altında yatan teknik koşullara göre” gizliliğin korunması gerekliliği arasında bir ayırım yapmaktadır.⁴⁷ Bu bağlamda; her kullanıcı, sohbet arkadaşı/partneri ile mesajlaşırken yazılan mesajların akıbeti, üçüncü kişiler tarafından görülebilme ve ulaşılabilmeye ihtimali ile bunların üzerindeki tasarruf imkânı bakımından kendi riskini ve sonuçlarını üstlenir.⁴⁸

Miras hukuku bakımından da geçerli olan irade serbestisinin koşulları göz önünde bulundurulduğunda; kural olarak, ölüme bağlı bir tasarruf ile bir kişinin mirasçılıktan çıkarılması kabul edilebilir bir durumdur ve koşulları varsa bu işlem, geçerli olmaktadır. Federal Mahkeme kararına göre; böylesi bir mirasçılıktan men etme durumu, Facebook’un genel işlem şartlarında öngörülmemiş olduğu için, Federal Mahkeme bu soruyu cevaplandırmamış ve Facebook hesabının mirasçılara intikalinin genel işlem şartlarıyla topyekûn engellenebilmesinin mümkün olup olmadığı sorusunu tartışmaya açık bırakmıştır.⁴⁹

xis”, RNotZ 2017, s. 20; Antonia Kutscher, Der digitale Nachlass, 1. Baskı 2015, s. 101; MüKoBGB/Leipold, § 1922 N. 25.

⁴⁵ Preuß, Nicola, “Digitaler Nachlass – Vererbbarkeit eines Kontos bei einem sozialen Netzwerk”, NJW 2018, s. 3148.

⁴⁶ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 39 vd.

⁴⁷ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 39 vd.

⁴⁸ Preuß, a.g.e., s. 3148.

⁴⁹ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 25.

Federal Mahkeme kararında ayrıca, Facebook’un öngördüğü anıtlştırılmış hesap düzenlemesinin genel işlem şartlarının denetimine ilişkin hükümler kapsamında değerlendirildiğinde geçerli olmadığını, çünkü söz konusu düzenlemenin, Alman Medeni Kanunu’nun genel işlem şartlarının içerik denetimine ilişkin 307. maddesinin 1. ve 2. fıkraları uyarınca sözleşmenin karşı tarafının durumunu ağırlaştırıcı nitelik taşıdığını belirtmiştir.⁵⁰ Öyle ki söz konusu anıtlştırılmış hesap düzenlemesi, her ne kadar kullanıcı sözleşmesinin miras yoluyla intikalini engellemese de, miras yoluyla elde edilen bu ilişkinin (mirasçılar açısından) tabir yerindeyse içini boşaltmaktadır. Federal Mahkeme; Facebook’un anıtlştırılmış hesap uygulamasının malvarlığının tüm hak ve borçlarıyla mirasçılara intikal edeceğini öngören külli halefiyet ilkesini, dolayısıyla Alman Medeni Kanunu’nun 1922. maddesini ihlal ettiğini, bu uygulamanın 1922. maddenin öngördüğü temel ilkelere aykırı olduğunu ve bu sebeple de söz konusu genel işlem şartları düzenlemesinin geçersiz olduğunu karara bağlamıştır.⁵¹

Bu hususta ileri sürülen bir görüşe göre; anıtlştırılmış hesap uygulaması yoluyla ortaya çıkan kullanıcı sözleşmesinin “içinin boşaltılması” durumu, yasal olarak öngörölmüş külli halefiyet ilkesi ile bağdaşmıyorsa, bu durumda, kullanıcı hesabının miras yoluyla intikalinin toptan engellenmesi durumu da evleviyetle sözleşmenin karşı tarafının durumunu ağırlaştırıcı nitelik taşımaktadır ve bu nedenle, böylesi bir standart sözleşme hükmü de genel işlem şartlarının içerik denetimine ilişkin kurallarla bağdaşmaz.⁵²

Yukarıda ifade edildiği üzere; Federal Mahkeme’ye göre Facebook kullanıcı sözleşmesinin doğasından, sözleşme ilişkisinin miras yoluyla devredilemeyeceği ve özellikle sözleşme ilişkisinin kişiye sıkı sıkıya bağlılık özelliği taşıdığı sonucu çıkmamaktadır. Federal Mahkeme; davalı Facebook’un ileri sürdüğünün aksine, kullanıcı sözleşmesinin temelinde yatan ve zımni bir şekilde öngörölen miras bırakanın sohbet arkadaşlarının kişilik haklarının korunması amacının, sözleşmeye kişiye sıkı sıkıya bağlı bir nitelik kazandırdığı görüşünü reddetmektedir.⁵³

⁵⁰ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 25.

⁵¹ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 25.

⁵² Preuß, a.g.e., s. 3148.

⁵³ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 35.

Öte yandan Federal Mahkeme somut olayda bu görüşü bir adım öteye taşıyarak, bir sosyal medya (Facebook) hesabının miras yoluyla intikali sorusuna cevap aranırken; kullanıcı hesabı içeriklerinin ölenin şahsına bağlı haklara mı yoksa miras yoluyla intikal edebilen malvarlıksal haklara mı ilişkin olduğuna yönelik bir ayırım yapılamayacağına işaret etmektedir.⁵⁴ Federal Mahkeme'ye göre; kanun koyucunun iradesi, kişiye sıkı sıkıya bağlı nitelik gösteren hukuki ilişkilerin de mirasçılara intikal edebileceği yönündedir çünkü Alman Medeni Kanunu'nun 2047. maddesinin 2. fıkrası ve 2373. maddelerine göre dijital olmayan (analog) belgeler ve bu kapsamda miras bırakana ait günlükler ile kişisel mektuplar mirasçılara kalmaktadır.⁵⁵

Netice itibariyle konuyu bilhassa miras hukuku bağlamında ele alan Federal Mahkeme, somut olayda Facebook kullanıcı hesabının intikali bakımından miras hukukunun alışıl gelmiş ilkelerinin uygulanmaması için hiçbir sebep bulunmadığını belirterek, hukuken dijital içeriklerin de analog dünya içerikleriyle aynı şekilde ele alınması gerektiğini karara bağlamıştır.

2. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI, TELEKOMÜNİKASYON VE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ BAKIMINDAN

Federal Mahkeme tarafından; anayasal bir hak olan ve Telekomünikasyon Kanunu'nun 88. maddesinin 3. fıkrasında da ifadesini bulan telekomünikasyonun gizliliği ilkesi ile öngörülen koruma kapsamının alanına mirasçılarının girmediği, aksine mirasın intikali ile birlikte mirasçılarının "telekomünikasyonun gizliliği kapsamında korunan iletişimin bir parçası" olduğu, bir diğer ifadeyle; Facebook hesap sahibinin mirasçılarının kanun kapsamında korunan iletişimin dışında kalan "diğerleri/ diğer 3. kişiler" arasında sayılamayacağı kabul edilmektedir.⁵⁶

Her ne kadar bir sosyal medya hizmet sağlayıcısı ile kullanıcı sözleşmesi akdedildiğinde, sosyal medya kullanıcıları arasındaki yazışmaların her koşulda gizli kalması ve bu yazışmaların sosyal medya hizmet sağlayıcısı (somut olayda Facebook) tarafından üçüncü kişiler-

⁵⁴ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 35.

⁵⁵ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 41.

⁵⁶ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 54.

le paylaşılmaması haklı ve yerinde bir beklenti olsa da, sosyal medya hizmet sağlayıcısının kullanıcı sözleşmesinden doğan yazışmaları ve diğer içerikleri sağlama ve iletme yükümlülüğü baştan itibaren kullanıcının kendi şahsına değil, kullanıcı "hesabına" bağlı bir yükümlülüktür.⁵⁷ Bir diğer ifadeyle; sosyal medya servis sağlayıcısı (Facebook), içerik ve yazışmaları belli bir kişiye değil, aksine ilgili kullanıcı hesabına iletmekle yükümlüdür.⁵⁸ Buna göre; bir başka kullanıcı hesabına mesaj gönderen bir Facebook kullanıcısı, sosyal medya servis sağlayıcısının (somut olayda Facebook'un) söz konusu mesajı, yalnızca hedeflenen hesaba ileteneğine güvenmekte haklıdır. Bununla birlikte; hiç kimse, bir başka kullanıcı hesabına gönderdiği mesajın yalnızca hesap sahibi tarafından görülmesini (hesap sahibi dışındaki tüm 3. kişiler tarafından görülmemesini) bekleyemez ve aynı şekilde, buna yönelik herhangi bir talepte de bulunamaz.⁵⁹ Bu sebeple; bir Facebook kullanıcısı, üçüncü kişilerin hukuka uygun olmayan yollardan ve hatta hesap sahibinin izniyle hesaba erişebileceğini, ayrıca aynı zamanda hesap sahibinin ölümü durumunda, söz konusu kullanıcı sözleşmesinin miras yoluyla mirasçılara intikal edebileceğini hesaba katmak zorundadır.⁶⁰

Federal Mahkeme kararında ayrıca, 25.05.2018 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) kapsamında da bir değerlendirme yaparak ve bahsi geçen tüzüğü somut olaya uygulayarak, davacıların talebinin söz konusu tüzük ve bu tüzük kapsamında korunan kişisel verilerin korunması ilkesi ile çelişmediğini ifade etmiştir. Federal Mahkeme'ye göre; Genel Veri Koruma Tüzüğü, yalnızca hayatta olan kişiler bakımından uygulama alanı bulduğundan, miras bırakanın veri korunmasına ilişkin haklarının etkilenip etkilenmediğinin yürürlükte olan tüzük bağlamında değerlendirilmesi mümkün değildir.⁶¹

Federal Mahkeme; Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün 6. maddesi 1/(b) bendi (1. alternatif) ya da 6. maddesi 1/(f) bendi⁶² kapsamında,

⁵⁷ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 40.

⁵⁸ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 41.

⁵⁹ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 44.

⁶⁰ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 44.

⁶¹ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 14.

⁶² Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü m. 6/1 (b) bendi 1. alternatifine göre, veri sahibinin taraf olduğu bir sözleşmenin uygulanması ve (f) bendine göre, özellikle veri sahibinin çocuk olması halinde veri sahibinin kişisel verilerin korunmasını

mirasçılara hesap içeriğinin iletilmesi ve söz konusu içeriklere daimi şekilde ulaşmalarının sağlanması yoluyla miras bırakanın sohbet arkadaşlarının kişisel verilerinin işlenmesinin mümkün olduğunu hükme bağlamıştır.⁶³ Bu bağlamda; bir diğer ifadeyle, hem miras bırakanın sohbet arkadaşlarına karşı olan sözleşmesel yükümlülüklerinin yerine getirilmesi (Genel Veri Koruma Tüzüğü 6. maddesi 1/(b) bendi 1. alternatif) hem de (çocuk) miras bırakanın korunmayı gerektiren üstün menfaati sebebiyle (Genel Veri Koruma Tüzüğü 6. maddesi 1/(f) bendi) verilerinin işlenmesi hukuka uygun ve gereklidir.⁶⁴

3. DEĞERLENDİRME VE ELEŞTİRİLER

Alman Medeni Kanunu'nun 1922. maddesinin 1. fıkrasına göre; bir kişinin ölümü halinde, o kişinin "*malvarlığı*" mirasçılara intikal eder.⁶⁵ Bundan hareketle; Alman hukukunda bazı yazarlarca ve birtakım yargı kararlarında, yalnızca malvarlığı değerlerinin terekeye dâhil olacağı ve dolayısıyla mirasçılara intikal edeceği, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak ve değerlerin (*höchstpersönliche Positionen*) ise külli halefiyet ilkesi kapsamında değerlendirilemeyeceği savunulmuştur.⁶⁶ Benzer bir değerlendirme ve sınıflandırma, dijital veri ve içerikler bakımından da yapılmaktadır.⁶⁷

Alman Federal Mahkemesi, yukarıda detaylarıyla incelenen Facebook kararında esasen şu soruya yanıt vermiştir: "*Medeni hukuk perspektifinden, vefat eden bir kimsenin dijital mirasının mirasçısı kimdir?*" Fe-

gerektiren menfaatleri veya temel hakları ve özgürlüklerinin bir kontrolör veya üçüncü bir kişi tarafından gözetilen meşru menfaatlere ağır basması haricinde, söz konusu menfaatler doğrultusunda işleme faaliyetinin gerekli olması halinde (verileri) işleme faaliyeti hukuka uygundur.

⁶³ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 70.

⁶⁴ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 71.

⁶⁵ Hükmün Almanca orijinal hali şu şekildedir: Mit dem Tode einer Person (Erbfall) geht deren Vermögen (Erbschaft) als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über.

⁶⁶ Thomas Hoeren, "Der Tod und das Internet - Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail- und www-Accounts nach dem Tode des Inhabers", NJW 2005, s. 2114; Mario Martini, "Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet", JZ 2012, s. 1147; Klaus Brisch/ Marco Müller-ter Jung, "Digitaler Nachlass - Das Schicksal von E-Mail- und De-Mail-Accounts sowie Mediacenter-Inhalten", CR 2013, s. 446; Kammergericht Berlin, 31.05.2017 - 21 U 9/16, FamRZ 2017, s. 496.

⁶⁷ Bräutigam, a.g.e., s. 635.

deral Mahkemeye göre; dijital miras kurumu, ancak miras hukukunun genel ilkeleri doğrultusunda ele alınacaktır.⁶⁸

Wüsthof'a göre, sınırlı (sınırlandırılmış) dijital miras diye bir kavram bulunmamaktadır.⁶⁹ Lange/Holtwiesche'ye göre ise dijital ve dijital olmayan miras biçiminde bir ayırım yapmak hukuken mümkün değildir; miras hukuku açısından, çeşitli aktif ve pasiflerden meydana gelen yalnızca bir ve tek miras söz konusu olabilmektedir.⁷⁰

Bu bağlamda, öğretide ileri sürülen bir görüşe göre; malvarlığı kavramının yalnızca parayla ölçülebilen değerlerle eş tutulamayacağı, bu kavramın içinde kişisel ya da kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların da bulunabileceği kabul edilmelidir.⁷¹ Benzer şekilde; Alman Medeni Kanunu'nun 1922. maddesi çerçevesinde kastedilen malvarlığı kavramının kapsamının, genel malvarlığı kavramından daha geniş olduğu ve "miras bırakılabilir malvarlığı" ifadesinin mümkün olan en geniş bağlamda ele alınması gerektiği savunulmaktadır.⁷² Bir diğer deyişle; Alman Medeni Kanunu'nun 1922 ve 1967. maddeleri uyarınca, hak ve borçların (aktif ve pasiflerin) tümü bir kül halinde mirasçılara intikal etmektedir. Bu intikal durumu; eşyanın kendisine değil, aksine eşya üzerindeki hukuki konuma ilişkindir.⁷³

Dijital dünyanın popüler unsurlarından biri olan sosyal medya uygulamaları bakımından; hesap sahiplerinin ölümü halinde sosyal medya hesaplarının (ya da hesabın kullanıldığı internet sayfalarının) miras hukuku açısından akıbetinin ne olacağı hususu, Federal Mahkemenin kararı öncesinde de son birkaç yıldır Alman öğretisinde tartışıl-

⁶⁸ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 71.

⁶⁹ Lucas Wüsthof, "Anmerkung zum Urteil des LG Berlin vom 17.12.2015 (20 O 172/15) - Zum digitalen Nachlass", ErbR 2016, s. 223.

⁷⁰ Lange/Holtwiesche, a.g.e., s. 125.

⁷¹ Stephanie Herzog, "Der digitale Nachlass - ein bisher kaum gesehenes und häufig missverstandenes Problem", NJW 2013, s. 3747. (Karşı görüş olarak örneğin bkz. Beck'scher Onlinekommentar, 48. Baskı 2018, §1922 N.99. "Dijital mirasın miras yoluyla intikali bakımından dikkate alınacak herhangi bir özel hüküm bulunmayıp mevcut Miras Hukuku hükümleri kapsamında değerlendirme yapılması gerekir. Tereke, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ve kişilik hakkının fazlasıyla ön plana çıktığı pozisyonlar ve ilişkiler haricinde tüm malvarlığı hakları ve malvarlıksal olmayan haklar biçiminde mirasçılara intikal eder.")

⁷² Staudinger/Marotzke, §1922 N. 46 ve N.113; Andreas Frieser, Erbrecht Kommentar, 4. Baskı 2013, BGB §1922 N.8.

⁷³ Staudinger/Marotzke, §1922 N. 236.

maya başlanmıştı. Öğretide bu kapsamda ileri sürülen bir görüşe göre; mirasçılar, Alman Fikri Mülkiyet Kanunu'nun 28, 30 ve 64. maddelerine göre -hesap sahiplerinin ölümü halinde- sosyal medya hesaplarının sahibi konumundadır ve vefat eden kişinin, fikri mülkiyet haklarını kullanmaya yetkilidir.⁷⁴

Federal Mahkeme'nin güncel kararı öncesinde de sosyal medya hesaplarına ilişkin olarak kurulan sözleşme ilişkileri, bu ilişkilerin arka planlarında fazlasıyla kişisel bir karaktere sahip olmaları sebebiyle tartışma konusu olmuştur; çünkü gerçekten de Facebook ve benzeri sağlayıcılarda oluşturulan kullanıcı profilleri, kullanıcının kişiliğine ve kişilik özelliklerine uyarlanmış durumdadır.⁷⁵ Bu bakımdan; sosyal medya üyeliği, kişisel özelliklerin öne çıkması bakımından dernek üyeliğine benzetilmiş ve Alman Medeni Kanunu'nun 399 ve 38. maddelerinin⁷⁶ kıyasen sosyal medya hesapları bakımından da uygulanabileceği ifade edilmiştir.⁷⁷ Öte yandan bu görüş, Berlin Eyalet Mahkemesi ve Alman Federal Mahkemesi tarafından (Facebook'a ilişkin olarak) kabul görmemiş; çünkü hesap sahipliği bakımından açık ve net bir isim (hesap sahibinin kullanıcı adı oluşturma) yükümlülüğü bulunsa da, en nihayetinde buna yönelik bir içerik denetiminin yapılmadığı ifade edilmiştir.⁷⁸

Bu bağlamda her ne kadar bir görüşe göre; bir kimsenin kullanıcı profili başka bir kimse tarafından devralınmasa da,⁷⁹ Alman Federal Mahkemesi, bu durumun hesap sahibinin ölümü halinde ortaya çıkan sözleşmenin tasfiyesi ilişkisinin mirasçılara intikalini etkilemeyeceğini ve bu nedenle, mirasçıların içeriğe erişim hakkı bulunduğunu hükme

⁷⁴ Herzog, NJW 2013, s. 3750; Hoeren, a.g.e., s. 2116; Martini, a.g.e., s. 1147; BeckOGK/Preuß, BGB §1922 N. 390.

⁷⁵ Herzog, Stephanie, Kroiß/Horn/Solomon, Nachfolgerecht, Der digitale Nachlass, 2. Baskı 2019, Rn. 35a.

⁷⁶ Alman Medeni Kanunu'nun m. 38 hükmüne göre, dernek üyeliği devredilemez ve miras yoluyla intikal edemez. Madde 399'a göre ise edim borcunun asıl alacaklıdan başka birine ifa edilmesi alacağın kapsamı değiştirilmeden mümkün olamaz ya da alacağın devri borçlu ile yapılan anlaşma neticesinde yasaklanmış ise bu durumda alacak devredilemez.

⁷⁷ Klas/Möhrke-Sobolewski, a.g.e., s. 3474; Frieser, a.g.e., §1922 N. 20, MüKo-BGB/Leipold, §1922 N. 21; OLG Hamm, 07.03.2006 Az.: 15 W 99/05, ZEV 2006, s. 322.

⁷⁸ Landgericht Berlin, 17.12.2015, Az. 20 O 172/15, ErbR 2016, s. 223; BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 25 ve N. 33.

⁷⁹ Klas/Möhrke-Sobolewski, a.g.e., s. 3474.

bağlamıştır.⁸⁰ Buna göre; mirasçılar, sağlayıcıdan hesaptaki içeriğe ulaşımı talep edebilecekleri gibi, hangi içeriğin hesapta kalacağına ya da silinmesi gerektiğine de karar verme yetkisini haizdirler.⁸¹ Bir diğer ifadeyle, hesap sahibinin vefatı ile kullanıcı hesabında yer alan dijital veriler ve içerikler üzerinde tasarruf etme yetkisi mirasçılara intikal etmektedir. Buna göre; Berlin Eyalet Mahkemesi somut olaya ilişkin verdiği kararda açıkça, *en azından* hesaptaki içerik ve verilerin akıbetine karar verilmesi amacıyla dahi olsa, vefat eden kullanıcının hesabına erişim izninin mirasçılara verilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁸²

Öte yandan; Federal Mahkeme ve öğretideki hâkim görüşe göre; sosyal medya hesaplarına ilişkin sözleşme ilişkileri de Alman Medeni Kanunu'nun 1922. maddesi uyarınca, hesap sahibinin vefatı halinde mirasçılara intikal etmektedir.⁸³ Bu görüş, Federal Mahkeme kararı öncesinde de öğretide ileri sürülmüş olup borçlar hukuku bağlamında bir kullanma ilişkisi sayılan sosyal medya hesaplarına yönelik sözleşmelerin de terekeye dâhil olduğu ve mirasçılara intikal ettiği ve bu nedenle, mirasçıların da hesapta saklanan verilere ulaşma hakkı bulunduğu ifade edilmiştir.⁸⁴ Buna göre; söz konusu intikalin, servis sağlayıcılarının çıkarlarına ters düşmediği çünkü (kişiye değil) *hesaba bağlı kullanım ilişkisinde* intikali engelleyebilecek nitelikte bir gizlilik ilişkisinin mevzubahis olmadığı kabul edilmektedir.⁸⁵ Bu görüşün tam aksini savunan ve verdiği hüküm Federal Mahkeme tarafından bozulan Berlin Eyalet Yüksek Mahkemesi kararında, Telekomünikasyon Kanunu'nun 88. maddesinin 3. fıkrasının, sosyal medya hesabı üzerindeki hakların mirasçılara (somut olayda müteveffanın ebeveynlerine) geçişine engel olacağı; çünkü olası bir intikal halinde, 88. maddede ifadesini bulan telekomünikasyonun gizliliği ilkesi kapsamında korunan ve mirasçının sohbet arkadaşlarına ait olan hakların zedeleneceği ileri sürülmüştür.⁸⁶

⁸⁰ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 25.

⁸¹ Herzog, Nachfolgerecht, Der digitale Nachlass, N. 35a.

⁸² Landgericht Berlin, 17.12.2015, Az. 20 O 172/15, ErbR 2016, s. 223.

⁸³ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178; Stephanie Herzog/ Matthias Pruns, Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis, 1. Baskı 2018, §4 N.41 vd.; Constantin Willems, "Erben 2.0 - zur Beschränkbarkeit der Rechtsnachfolge in das digitale Vermögen", ZfPW 2016, s. 506; Steiner/Holzer, a.g.e., s. 263; Klas/Möhrke-Sobolewski, a.g.e., s. 3474; Herzog, NJW 2013, s. 3747 vd.

⁸⁴ BeckOGK/Preuß, N. 101.

⁸⁵ Landgericht Berlin, 17.12.2015, Az. 20 O 172/15, ErbR 2016, s. 224.

⁸⁶ Paul Czaplinski/Steffen Kurth, "Annahme zu KG: Kein Recht der Eltern auf Zu-

Berlin Eyalet Mahkemesi ise Federal Mahkeme ile benzer şekilde, Facebook ve benzer nitelikteki sağlayıcıların asli edim borcunun kullanıcılarına bir iletişim platformu sağlamak ve iletişim içeriklerinin paylaşılmasına aracılık etmek olduğunu hükme bağlamıştır.⁸⁷ Bu nedenle; sözleşmenin tarafının değişmesi –ya da hesabın kime ait olduğu- hususu, hizmet sağlayıcısı Facebook tarafından yerine getirilen edim borcunda herhangi bir değişiklik yaratmamaktadır.⁸⁸

Benzer şekilde; Federal Mahkeme de kararında açıkça, Facebook'un edim yükümlülüğünün yalnızca hesap ("*kullanıcı hesabının kendisi*") odaklı olduğunu, dolayısıyla kullanıcı odaklı olmadığını ifade etmiştir.⁸⁹ Federal Mahkeme'ye göre Facebook'un edim yükümlülüğü; bir iletişim platformu sağlamak, kullanıcıların talebi doğrultusunda içerikleri yayımlamak ve mesajları bir başka kullanıcı hesabına iletmekten ibarettir. Buna göre; Facebook'un edimi, salt teknik bir edim olup hesap sahibinin kim olduğuyla ilgili değildir.⁹⁰ Bu nedenle somut olayda, Facebook hesabının miras yoluyla intikali sözleşmeyle ya da Alman Medeni Kanunu'nun 38 ve 399. maddeleri uyarınca ortadan kalkmamıştır.⁹¹ Bu noktada önemle tekrar belirtmek gerekir ki hesabın miras yoluyla intikalinin Genel İşlem Şartları (sözleşme) ile engellenmesinin mümkün olup olmadığı sorusu Federal Mahkeme tarafından cevaplanmamıştır.

Söz konusu karar, öğretide genel olarak memnuniyetle karşılanırsa da kimi yazarlarca eleştirilmektedir: Federal Mahkeme kararına yöneltile en önemli eleştirilerden biri; Federal Mahkeme'nin vermiş olduğu kararda iki temel anayasal hakkı (miras hakkı ve kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı) karşı karşıya getirerek, bunlardan birine açıkça üstünlük tanınması noktasındadır. İnternet Hukuku Uzmanı Boehme-Neßler'a göre; Federal Mahkeme'nin Facebook kararı hukuki açıdan oldukça problemlili olup Federal Mahkeme meseleyi yalnızca miras hukuku bakış açısıyla değerlendirerek eksik inceleme yapmış ve analog dünya ile dijital dünya arasındaki mevcut ve yadsınamaz farkı

⁸⁷ gang zum Facebook-Accounts des verstorbenen Kindes", EWIR 2017, s. 543. Landgericht Berlin, 17.12.2015, Az. 20 O 172/15, ErbR 2016, s. 224.

⁸⁸ Herzog, Nachfolgerecht, Der digitale Nachlass, N. 35a.

⁸⁹ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 41.

⁹⁰ Herzog, a.g.e., N. 35a.

⁹¹ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 35 vd.

görmezden gelmiştir.⁹² Boehme-Neßler; bu durumu bir örnekle açıklamakta ve bir dolapta duran fotoğraf albümü ya da mektuplarla dolu bir çekmecenin, bir dijital ortamda bulut (*Cloud*) sisteminde depolanan veriler ile eş değer tutulamayacağını ifade etmektedir.⁹³

Federal Mahkeme kararının kilit noktalarından birini, Facebook'taki diğer kullanıcıların (miras bırakanın sohbet arkadaşlarının/iletişim ortaklarının) haklarının etkilendiği durumda, dijital miras hususunun ne şekilde ele alınacağı sorusu oluşturmaktadır. Kararı eleştiren bir görüşe göre;⁹⁴ telekomünikasyonun gizliliği ile miras hukuku bağdaşmaz iki kavramsa, bir diğer deyişle, birbirleri ile çelişiyorsa bu durumda somut olay bakımından iletişimin gizliliği üstün tutulmalıdır. Buna göre; bu üstünlük, sosyal medya platformunda mesajlarını paylaşan herkesin korunması adına mirasçılara karşı da ileri sürülmelidir.

Boehme-Neßler; Federal Mahkeme'nin somut olayı oldukça spesifik ve dar bir bakış açısıyla yalnızca miras hukuku açısından ele aldığı ve mektupların miras yoluyla intikalinden yola çıkarak Facebook hesaplarının da miras yoluyla intikal edebileceği biçiminde bir değerlendirmede bulunduğunu, ancak bu karşılaştırmanın son derece sakıncalı olduğunu ve bu karşılaştırmada bilhassa diğer sohbet arkadaşlarının haklarının göz ardı edildiğini ifade etmektedir.⁹⁵ Bir diğer ifadeyle; Facebook ile kullanıcılar arasındaki sözleşme modelinin "gizlilik" esasına dayandığı, kullanıcıların aralarındaki yazışmaların yine gizlilik ilkesi kapsamında olduğu ve bu yazışma ortamlarının "özel alan" olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁹⁶ Facebo-

⁹² Boehme-Neßler, Voelke, zur BGH-Entscheidung: "Juristisch hochproblematisch", 12.07.2018, <https://www.tagesschau.de/inland/facebook-erbe-107.html>, Son Erişim Tarihi: 01.05.2019.

⁹³ Boehme-Neßler, Voelke, zur BGH-Entscheidung: "Juristisch hochproblematisch", 12.07.2018, <https://www.tagesschau.de/inland/facebook-erbe-107.html>, Son Erişim Tarihi: 01.05.2019.

⁹⁴ Görüş yazısı için bkz. <https://www.datev-blog.de/2018/07/17/rechtsnachfolge-in-der-virtuellen-welt/> (Son Erişim Tarihi: 01.05.2019).

⁹⁵ Boehme-Neßler, Voelke, zur BGH-Entscheidung: "Juristisch hochproblematisch", 12.07.2018, <https://www.tagesschau.de/inland/facebook-erbe-107.html>, Son Erişim Tarihi: 01.05.2019.

⁹⁶ Boehme-Neßler, Voelke, zur BGH-Entscheidung: "Juristisch hochproblematisch", 12.07.2018, <https://www.tagesschau.de/inland/facebook-erbe-107.html>, Son Erişim Tarihi: 01.05.2019.

ok hesapları üzerinden sohbet (*chat*) ortamında birbirlerine mesajlar gönderen kullanıcılar, bu iletişimi kurarken göndermiş oldukları mesajların ve dolayısıyla konuşma içeriklerinin gizli kalacağını varsaymakta olup bu varsayıma dayanmakta da Facebook ile aralarındaki sözleşme gereğince haklıdırlar.⁹⁷

Yukarıda da ifade edildiği üzere; Federal Mahkeme'nin Facebook kararında en çok eleştirildiği noktalardan biri, dijital dünya ile dijital olmayan (analog) dünya arasındaki yadsınamaz farkın görmezden gelindiğine yöneliktir. Meseleyi Facebook kararından önce de ele alan bazı yazarlara göre; dijital mirası dijital olmayan mirastan ayıran karakteristik özelliği, dijital ortamdaki bazı verilere yalnızca ilgili servis hizmeti sağlayıcıları aracılığıyla erişilebilmesidir ki bu sağlayıcılar, kişisel verilerin korunması ya da kişilik hakkına ilişkin itiraz ve gerekçeler ileri sürerek dijital ortamdaki söz konusu verilere erişimi engellebilirler.⁹⁸

Yukarıda ifade edildiği üzere, özel ve kişisel içerikli verilere erişim hakkının mirasçılara intikal edip edemeyeceği meselesi öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüşe göre; verilerin malvarlıksal haklara mı yoksa kişilik hakkına mı ilişkin olduğu ayrımı, dijital verilerin miras yoluyla intikalinin değerlendirilmesi bakımından yeterli bir ölçüt değildir.⁹⁹

IV. TÜRK HUKUKU AÇISINDAN İNCELEME

A. GENEL OLARAK

Alman hukuku ile paralel şekilde, Türk hukukunda da külli halefiyet ilkesi geçerli olup vefat halinde, miras bırakanın özel hukuk ilişkilerinin tümü (tereke) aktifi ve pasifiyle bir küll halinde mirasçılara intikal etmektedir.¹⁰⁰ Miras bırakanın ölümüyle mirasçılara geçen özel hukuk ilişkilerinin tümü tereke olarak nitelendirilmektedir.¹⁰¹

⁹⁷ Boehme-Neßler, Voelke, zur BGH-Entscheidung: "Juristisch hochproblematisch", 12.07.2018, <https://www.tagesschau.de/inland/facebook-erbe-107.html>, Son Erişim Tarihi: 01.05.2019.

⁹⁸ Bräutigam, Peter, DAV Stellungnahme Nr. 34/2013, s. 93 vd.; Klas/ Möhrke-Sobolewski, a.g.e., s. 3476.

⁹⁹ BeckOGK/Preuß, N. 390; Herzog/Pruns, a.g.e., § 2 N. 17 vd.

¹⁰⁰ Mustafa Dural, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, 7. Baskı 2013, N. 41.

¹⁰¹ Necip Kocayusufoğlu, Miras Hukuku, 3. Baskı 1987, §3 II.

Her ne kadar tereke; Türk Medeni Kanunu'nun 576. maddesinde malvarlığına eşit bir kavram olarak nitelendirilmiş ve kullanılmış olsa da, malvarlığı kavramının tanımı kanunda yapılmamıştır. Bu nedenle, malvarlığı ya da tereke kavramının kapsamına hangi hukuki ilişkilerin girdiği meselesi yoruma ve değerlendirmeye açıktır.

Bununla birlikte, öğretide ileri sürüldüğü üzere; ölümle birlikte, mirasçılara, miras bırakanın "sadece devir ve intikal edebilen özel hukuk ilişkileri geçer, onun şahsına bağlı olanlar ölüm ile sona erer."¹⁰² Bir diğer ifadeyle; miras yoluyla geçebilecek hakların malvarlıksal haklar olduğu ancak kişiler hukuku ya da aile hukukuna ilişkin hak ve borçların mirasçılara intikal etmeyeceği ileri sürülmektedir.¹⁰³

Yukarıda ifade edildiği üzere; Alman kanun koyucusu, miras bırakanın günlüklerinin ve kişisel mektuplarının dolayısıyla bunlar üzerindeki miras bırakanın şahsına ait hakların mirasçılara intikal edeceğini açıkça düzenleyerek, bir anlamda, kimi durumlarda terekeye miras bırakanın şahsına ait olan (ve malvarlıksal haklardan sayılmayan) hakların da dâhil olabileceğini öngörmüştür. Türk Medeni Kanunu'nun miras hukukuna ilişkin hükümlerinde ise böyle bir düzenleme öngörülmemiştir. Dolayısıyla; Alman Federal Mahkemesi'nin benimsediği şekilde, kanun koyucunun iradesinden yola çıkarak ve günlükler ve kişisel mektuplar ile benzerlik kurularak, Türk hukukuna göre de bir sosyal medya hesabının mirasçılara intikal edebileceği *doğrudan* ileri sürülememektedir. Öte yandan; Türk Medeni Kanunu'nun 653. maddesi 2. fıkrasının ilk cümlesinden hareketle bir değerlendirme yapılması mümkün olabilir: Buna göre, aile belgeleri ile aile için özel anı değeri olan eşya, mirasçılardan birinin karşı çıkması hâlinde kural olarak satılamaz. Aile fotoğrafları, hatıra defterleri, günlükler ve mektupların bu kapsamda değerlendirilmesi mümkündür.¹⁰⁴ Söz konusu manevi değeri olan belgeler, kural olarak miras bırakanın yakınlarına ve ailesine özgülenmektedir. Bir diğer ifadeyle, manevi değeri olan bu belgeler üzerinde de mirasçılardan söz hakkı bulunmaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükmünden hareketle, bu hükmün kapsamına giren belge ve eşyalar bakımından öğretide yalnızca fiziki

¹⁰² Dural, a.g.e., N. 57.

¹⁰³ Dural, a.g.e., N. 68.

¹⁰⁴ Dural, a.g.e., N. 2053.

belge ve eşyalar örnek verilmiş olsa da, zamanın gerekleri ve teknolojinin mevcut durumu göz önüne alındığında, aile belgeleri ve aile için özel anı değeri olan *eşyalara* dijital ortamda rastlanması kuvvetle muhtemeldir. Örneğin; miras bırakanın sosyal medya hesabında yer alan aile fotoğrafları bakımından, Türk Medeni Kanunu'nun 653. maddesinin 2. fıkrası gündeme gelecek ve sosyal medya hesabında yer alan ve bilhassa manevi değeri olan bilgi ve belgeler bakımından mirasçılardan miras bırakanın ölümünden sonra hesaba erişim talebi -miras hukuku bakımından- hukuka uygun bir hal alacaktır. Bu bağlamda ayrıca, Alman Federal Mahkemesi'nin değerlendirme biçimine uygun şekilde, miras bırakanın sosyal medya hesabında yer alan yazışmaların da günlükler ve kişisel mektuplar ile benzer biçimde ele alınmaması için Türk miras hukukunda da hiçbir hukuki bir engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte, meselenin birden çok boyutu olduğu unutulmamalı ve bilhassa sosyal medya hesabı üzerinden kişisel paylaşımların yapıldığı dijital platformlara giriş şartları (örneğin kullanıcı sözleşmeleri) ile bunların hukuki nitelikleri göz önünde bulundurulmalıdır.

B. TÜRK HUKUK ÖĞRETİSİNDE “DİJİTAL MİRAS” KAVRAMI

Başta Almanya olmak üzere pek çok Avrupa ülkesi ve bilhassa ABD’de dijital miras kavramı ve bundan kaynaklı ilişki ve problemler hukuk düzeni içerisinde yer bulmaya başlamıştır ve bu kavram, güncel hukukun önemli sorunlarından biri olarak işaret edilmektedir.

Türk hukukunda ise konuya ilişkin herhangi bir yasal düzenleme olmamasının yanı sıra dijital miras kavramı, Türk öğretisinde de sınırlı sayıda yazar tarafından ele alınmıştır. Meseleyi farklı yön ve bakış açılarından değerlendiren yazarlar, en nihayetinde dijital içerikli malvarlığı değerleri ya da hukuki ilişkilerin miras yoluyla intikali bakımından görüş bildirmişlerdir.

Bir kimsenin ölümünden sonra dijital dünyada sahip olduğu malvarlığı değerlerinin ya da yürüttüğü hukuki ilişkilerin (somut inceleme özelinde sosyal medya hesaplarının) mirasçılara intikalinin yani en nihayetinde dijital mirasın hukukten mümkün olup olmadığı sorusu tartışmaya açıktır, çünkü dijital mirası mümkün kılan hiçbir yasal düzenleme (en azından şu an için) bulunmamaktadır.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Yasemin Maraşlı Dinç, “Ölümden Sonra Sosyal Medya Hesaplarının Hukuki Akı-

Öğretideki bir görüşe göre, sosyal medya hesaplarının miras yoluyla intikali sorunu, hesabın niteliğine göre ele alınmalı; hesabın salt kişiler arasındaki iletişim için kullanımı, hesap aracılığıyla maddi kazanç elde edilmesi ya da hesabın her iki kullanım tarzını da bünyesinde barındıran karma bir nitelik taşıyıp taşımadığı hususları üzerinde durularak inceleme yapılmalıdır.¹⁰⁶ Bu görüşe göre; hesabın salt kişiler arasındaki iletişim için kullanımı durumunda, her ne kadar anayasal hak niteliğini taşıyan özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği ilkelerinin -bilhassa sosyal medya üzerinden kurulan iletişimin diğer tarafı bakımından- ihlali iddia edilebilir olsa da, yine anayasal bir hak olan miras hakkı gereğince sosyal medya hesaplarının özel anı niteliği taşıyan bir eşya olarak kabulü ile kanuni mirasçılara intikalinin mümkün olduğu ileri sürülmektedir.¹⁰⁷ Bu görüş aynı zamanda, maddi kazanç elde edilmesi amacıyla kullanılan (bilhassa reklam alınması yoluyla gelir edilen) sosyal medya hesaplarının da tıpkı fiziki bir malvarlığı değeri gibi sağlar arası tasarruflara konu olabilmesi imkânından hareketle hakkaniyet gereğince ölüm halinde mirasçılara intikal edebileceğini savunmaktadır.¹⁰⁸ Aynı görüşe göre, her iki kullanım amacını da bünyesinde barındıran karma nitelikli sosyal medya hesapları bakımından da yine bunların miras yoluyla intikali mümkün sayılmaktadır.¹⁰⁹

Dijital miras konusunu e-posta hesaplarının intikali bakımından ele alan bir görüşe göre; özel yaşamın gizliliği kapsamında değerlendirilerek aile bireyleri arasında dahi paylaşılmayan ve kişiye özel sayılan özel mektuplarla benzer şekilde, kişisel paylaşımları içeren e-postaların mahremiyeti de bu açıdan değerlendirilmeli ve özel yaşamın gizliliğinin mirasçılara karşı da geçerli olduğu kabul edilmelidir.¹¹⁰ Bununla beraber; aynı görüş tarafından, e-posta hesabı içeriğinde e-imza alt yapısı ile yapılmış sözleşmeler ya da maddi değeri olan ekonomik verilerin bulunması durumunda bunların miras yoluyla intikal edebileceği

beti: Dijital Miras", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2019, S. 142, s. 275.

¹⁰⁶ A.g.e., s. 278 vd.

¹⁰⁷ A.g.e., s. 280. Özel anı değeri taşıyan eşyalar bakımından bkz. Ömer Uğur Gençcan, *Miras Hukuku*, Ankara 2016, s. 1385.

¹⁰⁸ A.g.e., s. 281 vd.

¹⁰⁹ A.g.e., s. 283.

¹¹⁰ Servet Yetim, "Elektronik Posta (E-posta) Hesabı İçeriği Mirasa Konu Olur Mu?", *Terazi Hukuk Dergisi*, Ankara 2008, C. 3, S. 21, s. 57-60.

savunulmaktadır.¹¹¹ Bir diğer ifadeyle, kişinin özel hayatını ilgilendiren e-posta içeriklerinin miras yoluyla intikal etmeyeceği, öte yandan söz konusu e-posta hesaplarında maddi içerikli (bilhassa iş hayatına ya da ticari hayata ilişkin) verilerin ise mirasçılar tarafından öne sürülmesi ve bilirkişi aracılığıyla da ispatlanması şartıyla mirasa konu olabileceği kabul edilmektedir.¹¹² Yine öğretilerde benzer şekilde; kişilik hakkının ölümle sona ermeyeceği, ölen kişinin mahremiyetine saygı duyulması gerektiği öne sürülmekte ve bu bağlamda, kişinin mahremiyet bilgilerini taşıyan e-posta hesaplarının -aksi yönde bir vasiyetname yoksa- mahremiyet hakkı gereğince mirasçılara intikal etmeyeceği ileri sürülmektedir.¹¹³ Bununla birlikte, ölenin bilhassa ticari işleri için kullandığı e-posta hesap içeriklerinin ise intikal kapsamında değerlendirilebileceği kabul edilmektedir.¹¹⁴

Öğretilerdeki bir başka görüş ise sosyal medya hesaplarının akabeti tartışmasında, miras bırakanın sosyal medya hesaplarını kullanmak için servis sağlayıcıları ile yaptığı kullanım sözleşmesinden yola çıkılması gerektiğini ileri sürmekte ve bu sözleşmenin esas itibarıyla borç doğuran bir sözleşme olarak kabulü ile sözleşme taraflarının kimliklerinin önem arz etmemesi sebebiyle miras yoluyla intikalinin mümkün olduğunu savunmaktadır.¹¹⁵ Aynı görüş tarafından, dijital bilgilerin ekonomik değeri olsun ya da olmasın miras yoluyla intikalinin mümkün olduğu, çünkü miras bırakana gönderilmiş özel hayatıyla ilgili bir mektup ya da miras bırakanın günlüğü mirasçılara intikal ediyorsa bu durumun dijital bilgilerin geçişine de kıyasen uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir.¹¹⁶

C. DEĞERLENDİRME

Öğretilerde de isabetli şekilde ileri sürüldüğü üzere; sosyal medya hesaplarının miras yoluyla intikali bakımından, yalnızca sosyal medya

¹¹¹ A.g.e., s. 57.

¹¹² A.g.e., s. 57-59.

¹¹³ İlyas Çeliktaş, "Vefat Eden Kişinin Elektronik Posta Hesabı Mirasçılara İntikal Eder Mi?", *Terazi Hukuk Dergisi*, Ankara 2011, C. 6, S. 62, s. 38.

¹¹⁴ A.g.e., s. 38.

¹¹⁵ Nurten İnce Akman, "Miras Bırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçiş (Dijital Tereke)", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Kayseri 2018, C. 9, S. 2, s. 555.

¹¹⁶ A.g.e., s. 556.

hesabında yer alan içeriklerin değil, aynı zamanda sosyal medya kullanıcı sözleşmesinin mirasçılara miras yoluyla geçip geçmeyeceğinin değerlendirilmesi gerekir.

Federal Mahkeme; Facebook kararında her ne kadar sözleşmesel ilişki bakımından da bir değerlendirme yapmış olsa da, kararının temel dayanak noktasını, Alman Medeni Kanunu'nun günlükler ve kişisel mektupların da terekeye dâhil olduğunu öngören 1922. maddesi oluşturmaktadır. Yalnızca bu bağlamda bir değerlendirme yapıldığına; sosyal medya (Facebook) hesabında yer alan bilgi ve yazışmaların, günlükler ve kişisel mektuplar gibi mirasçılara intikal edeceği çıkarımını, yukarıda değinildiği üzere Türk miras hukuku bakımından da yapmak mümkündür.

Ne var ki bu hususta, Alman öğretisinde de ifade edildiği üzere, yalnızca miras hukuku bakımından değerlendirme yapılması hukuki açıdan sakıncalı sonuçlar doğurabilir. Dolayısıyla, sosyal medya (Facebook) ortamında yapılan paylaşım ve yürütülen yazışmaların (bunların analog dünyada karşılığını bulan) günlük ve kişisel mektuplardan ayrıldığı noktaya değinmek gerekir: Facebook kullanıcı hesabı aracılığıyla yürütülen tüm faaliyetlerin ön şartı, Facebook kullanıcı sözleşmesinin akdedilmesidir. Söz konusu kullanıcı sözleşmesinin en önemli özelliği ise sözleşme taraflarının (yani sosyal medya kullanıcı hesabı sahiplerinin) yukarıda da ifade edildiği üzere, gizlilik esasına dayanarak ve güvenerek söz konusu kullanıcı sözleşmesine taraf olmalarıdır. Dolayısıyla; kullanıcı hesabı sahipleri, sözleşme ilişkisine girerken, paylaşılan hesap içeriklerine ve yazışmalara yalnızca muhatap olunan hesap sahipleri tarafından ulaşılabileceğine güvenmekte haklıdırlar. Bu nedenle; her ne kadar bir sosyal medya (Facebook) hesabı kullanıcısı, hesap içeriklerinin ve diğer hesap sahipleriyle olan yazışmaların (muhatap hesap sahipleri dışında) 3. kişiler tarafından görülebilme ihtimalini mutlak surette engelleyemeyecek olsa da, bu durum ancak istisnaidir ve hâlihazırda zaten Facebook kullanıcı sözleşmesi ile sözleşmenin temel dayanağı olan gizlilik ilkesine uygun değildir. Dolayısıyla; hesap içeriklerine 3. kişiler tarafından her zaman ulaşılabileceği (dolayısıyla kullanıcı sözleşmesinin ihlali) riskinin bulunduğu gerekçesine dayanarak, bu verilerin evleviyetle mirasçılara intikal edebileceği sonucunu çıkarmak Facebook kullanıcı sözleşmesinin prensipleriyle bağdaşmamaktadır.

Alman hukukunda da söz konusu olduğu üzere, Türk hukuku bakımından da kanunlarla korunan ve anayasal bir hak olan özel hayatın gizliliği ilkesinin (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 20. maddesi) önemli bir yansıması olan telekomünikasyonun gizliliği prensibi ve kişisel verilerin korunması mevzuatı kapsamında yapılacak bir değerlendirmeye göre de, mirasçılarının sosyal medya hesabını miras yoluyla elde etmelerini *doğrudan* engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Federal Mahkeme kararında da incelendiği üzere, hesap sahibinin mirasçılarının, bu ilkeler kapsamında kendilerine karşı koruma sağlanması amaçlanan 3. kişilerden olup olmadığı ise bir yorum ve değerlendirme meselesidir.

Dijital miras konusuna ilişkin Türk mevzuatında da herhangi bir hüküm bulunmaması sebebiyle, *hukukun dijitalleştirilmesi* süreci başlayana ve mevzuatta bu hususa ilişkin bir düzenlemeye yapılınca kadar, meselenin öğreti ve yargı kararları ile alınması ve ilerleyen zamanlarda daha da önem kazanacak olan dijital miras meselesine bir çözüm getirilmesi beklenmektedir.

V. SONUÇ

Teknolojinin ve internetin gündelik hayatı hızla ele geçirmesi sonucunda bilhassa özel hukuk ilişkilerinin internet ortamında kurulması, yürütülmesi ve sonlandırılması oldukça sık rastlanır bir durum haline gelmiştir. Durum böyle olmakla birlikte, internet ortamında yürütülen özel hukuk ilişkilerinin hukuki açıdan ne şekilde ele alınacağı sorusuna halen tam anlamıyla bir cevap verebilmek ise mümkün değildir.

Durum yalnızca Türk hukuku ya da Alman hukuku bakımından böyle olmayıp pek çok ülke hukukunun, dijital dünyanın gereklerine yetişemediği ve bunların gerisinde kaldığı aşikârdır. Dijital hayatın ve dijitalleşmiş hukuki ilişkilerin görünüm biçimlerinden biri olan dijital miras kavramı, ilk defa bir Federal Mahkeme tarafından kapsamlı şekilde ele alınmış olmakla birlikte, verilen karar pek çok soru işaretini de beraberinde getirmiştir.

Sosyal medya hesaplarının miras yoluyla intikali hususunun yalnızca miras hukuku açısından değerlendirilmesi, Alman öğretisinde de işaret edildiği üzere isabetli olmayacaktır. Facebook kullanıcı he-

sabını, günlük ve kişisel mektuplardan ayıran en önemli fark, kişisel paylaşımların yapıldığı sosyal medya platformuna girilmesi için Facebook kullanıcı sözleşmesinin akdedilmiş olmasıdır. Dolayısıyla, Alman hukuku bakımından değerlendirme yapılırken, bahsi geçen sözleşme şartlarının göz ardı edilmemesi gerekir. Sözleşmenin temelinde yatan gizlilik prensibi gereğince; kullanıcı sözleşmesini akdeden kullanıcı hesap sahiplerinin hesap içeriklerine, muhatap olunan hesap sahibi ve/veya sahipleri dışında hiç kimsenin ulaşamayacağı kabulü gerekir. Benzer bir değerlendirmenin Türk hukuku açısından da yapılması mümkündür. Bu kapsamda; Facebook hesabında yer alan içeriklerin, günlük ve kişisel mektuplarla benzer biçimde mirasçılara intikal edebileceği sonucunu çıkarmak Facebook kullanıcı sözleşmesinin şartları ve Anayasa'da ifadesini bulan "özel yaşamın gizliliği/ telekomünikasyonun gizliliği" ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla; Türk ve Alman hukukları bakımından, Facebook kullanıcı hesabı ile günlük ve kişisel mektupların aynı kapsamda değerlendirilmemesi, Facebook kullanıcı hesabının, kullanıcı sözleşmesi ve anılan anayasal haklar uyarınca miras yoluyla intikal edemeyeceğinin kabulü gerekir.

İfade edildiği üzere; dijital miras meselesi, Türk hukuku bakımından -en azından şu an için- tam anlamıyla yabancı bir kavramdır. Bu sebeple; mesele yasal bir düzenlemeye kavuşuncaya kadar, dijital miras konusuna öğreti ve yargı kararları ile yön verilmesi gerekmektedir. En nihayetinde, önemi ve hukuki ilişkilerdeki yeri giderek artan dijital dünyanın gereklerine hukuk düzeni içerisinde de bir an evvel cevap verilmeli, ayrıca bu bağlamda, bu ilişkilerin görünüm biçimlerinden biri olan dijital miras kavramının Türk Medeni Kanunu kapsamındaki yeri değerlendirilmeli ve hukukun dijitalleştirilmesi hususu mutlak surette en yakın zamanda yasama gündemine alınmalıdır.

Kaynakça

- Alexander Christian, "Digitaler Nachlass als Rechtsproblem? – Überlegungen aus persönlichkeitsrechtlicher, datenschutzrechtlicher und vertragsrechtlicher Sicht", K&R 2016, s. 30.
- Beck'scher Online-Kommentar BGB, 41. Baskı 2016.
- Biermann Bastian, "Der digitale Nachlass im Spannungsfeld zwischen Erbrecht und Datenschutz, zugleich Besprechung des Urteils des KG Berlin v. 31.5.2017 – 21 U 9/16", ZErB 2017, s. 210.

- Biermann Bastian, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 5. Baskı 2018, s. 1.
- Biermann Bastian, "Mündliche Verhandlung zum digitalen Nachlass vorm BGH Facebook und die Toten", <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bgh-verhandlung-digitaler-nachlass-erbe-facebook-telekommunikation/> (Son erişim tarihi: 01.05.2019).
- Bleich Holger, "Ableben 2.0 - Wie mit den Internet-Hinterlassenschaften Verstorbener umzugehen ist", *c't* 2013, s. 62.
- Bock Merle, "Juristische Implikationen des digitalen Nachlasses", *AcP* 2017, s. 370.
- Bräutigam Peter, "Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken - Zivilrechtlicher Austausch von IT-Leistungen gegen personenbezogene Daten", *MMR* 2012, s. 635.
- Brisch Klaus/Müller-ter Jung Marco, "Digitaler Nachlass - Das Schicksal von E-Mail- und De-Mail-Accounts sowie Medientercenter-Inhalten", *CR* 2013, s. 446.
- Burandt Wolfgang/Rojahn Dieter, Erbrecht (Beck'sche Kurz-Kommentare), 3. Baskı 2019.
- Czaplinski Paul/Kurth Steffen, "Annahme zu KG: Kein Recht der Eltern auf Zugang zum Facebook-Accounts des verstorbenen Kindes", *EWiR* 2017, s. 543.
- Çeliktaş İlyas, "Elektronik Posta (E-posta) Hesabı İçeriği Mirasa Konu Olur Mu?", *Terrazi Hukuk Dergisi*, Ankara 2011, C. 6, S. 62, s. 34.
- Deusch Florian, Digitales Sterben: Das Erbe im Web 2.0, *ZEV* 2014, s. 2.
- Dural Mustafa, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, 7. Baskı 2013.
- Frieser Andreas, Erbrecht Kommentar, 4. Baskı 2013, BGB §1922 N. 8.
- Gençcan Ömer Uğur, Miras Hukuku, Ankara 2016, s. 1385.
- Gloser Stefan, "Digitale Erblasser und digitale Vorsorgefälle - Herausforderungen der Online-Welt in der notariellen Praxis - Teil I", *MittBayNot* 2016, s. 13.
- Herzog Stephanie, "Der digitale Nachlass - ein bisher kaum gesehenes und häufig missverstandenes Problem", *NJW* 2013, s. 3745.
- Herzog Stephanie, Nachfolgerecht, Der digitale Nachlass, 2. Baskı 2019.
- Herzog Stephanie/Pruns, Matthias, Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis, 1. Baskı 2018, §4 N. 41 vd.
- Hoeren Thomas, "Der Tod und das Internet - Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail- und www-Accounts nach dem Tode des Inhabers", *NJW* 2005, s. 2114.
- İnce Akman Nurten, "Miras Birakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçişi (Dijital Tereke)", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Kayseri 2018, C. 9, S. 2, s. 555.
- J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 5: Erbrecht, 17. Baskı 2017.
- Klas Benedikt/Möhrke-Sobolewski Christine, "Digitaler Nachlass - Erbenschutz trotz Datenschutz", *NJW* 2015, s. 3473.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip, Miras Hukuku, 3. Baskı 1987.
- Kutscher Antonia, Der digitale Nachlass, 1. Baskı 2015, s. 101.

- Lange-Werner Knut/Holtwiesche Marian, "Digitaler Nachlass - eine Herausforderung für Wissenschaft und Praxis (Teil 1)", ZErB 2016, s. 125.
- Lange-Werner Knut, Erbrecht, 2. Baskı 2017, § 9 N. 31.
- Leeb Christina-Martina, "Bekannt verstorben - Rechtsfragen des Umgangs mit Social Media Daten Verstorbener", K&R 2014, s. 693.
- Ludyga Hannes, "Digitales Update für das Erbrecht im BGB?", ZEV 2018, s. 2
- Ludyga Hannes/Heintz Veris-Pascal, "Endlich Rechtsklarheit beim digitalen Nachlass? Das Facebook-Urteil des BGH", JM 2018, s. 398.
- Maraşlı Dinç Yasemin, "Ölümden Sonra Sosyal Medya Hesaplarının Hukuki Akıbeti: Dijital Miras", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2019, S. 142, s. 274.
- Martini Mario, "Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet", JZ 2012, s. 1147.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 10: Erbrecht §§ 1922-2385, 7. Baskı 2017.
- Preuß Nicola, "Digitaler Nachlass – Vererbbarkeit eines Kontos bei einem sozialen Netzwerk", NJW 2018, s. 3146.
- Raude Karin, "Der digitale Nachlass in der notariellen Praxis", RNotZ 2017, s. 20.
- Resta Giorgio, "Personal Data and Digital Assets after Death: a Comparative Law Perspective on the BGH Facebook Ruling", EuCML 2018, s. 201.
- Salomon Pascal, "Digitaler Nachlass" – Möglichkeiten der notariellen Vorsorge, NotBZ 2016, s. 365.
- Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass – 34/2013, <https://anwaltverein.de/files/anwaltverein.de/downloads/newsroom/stellungnahmen/2013/SN-DAV34-13.pdf> Son Erişim Tarihi: 01.05.2019).
- Steiner Anton/Holzer Anna, "Praktische Empfehlungen zum digitalen Nachlass", ZEV 2015, s. 262.
- Willems Constantin, "Erben 2.0 – zur Beschränkbarkeit der Rechtsnachfolge in das digitale Vermögen", ZfPW 2016, s. 506.
- Wunderlin Philip/Bielajew Andrzej, "Digitaler Nachlass – was geschieht mit unseren "IT-Daten nach dem Tod?", IPRB 2014, s. 224.
- Wüsthof Lucas, "Anmerkung zum Urteil des LG Berlin vom 17.12.2015 (20 O 172/15) – Zum digitalen Nachlass", ErbR 2016, s. 223.
- Yetim Servet, "Elektronik Posta (E-posta) Hesabı İçeriği Mirasa Konu Olur Mu?", *Tezrazi Hukuk Dergisi*, Ankara 2008, C. 3, S. 21, s. 49.

TÜRK HUKUKUNDA ÜÇÜNCÜ KİŞİ YARARINA SÖZLEŞME VE HUKUKÎ NİTELİĞİ KONUSUNDA BİR DEĞERLENDİRME*

AN ASSESSMENT ON CONTRACT IN FAVOUR OF THIRD PARTIES AND ITS LEGAL CHARACTER UNDER TURKISH LAW

Ayşen ÇİLENTİ KONURALP**

Özet: Türk Borçlar Kanunu (TBK) madde 129 hükmünün temel norm olarak düzenlediği üçüncü kişi yararına sözleşme, vaadeden ve vaadettirenin lehdar yararına bir edim yükümlülüğü kararlaştırıldığı sözleşme türünü ifade eder. Bu sözleşme türü lehdara alacak hakkı kazandırılıp kazandırılmaması ayrımı bakımından eksik ve tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak adlandırılır. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşme bir ifa modalitesi belirlenmesi sayılmakla birlikte, tam üçüncü kişi yararına sözleşme, sözleşme tarafları dışında bir üçüncü kişinin alacak hakkı kazanıyor olması dolayısıyla nispi ilkesine aykırılık teşkil eder. TBK madde 129 hükmünün yetersiz bir düzenleme olması nedeniyle, sözleşmenin kuruluşu, katılanların nitelikleri, lehdarın hak kazanımı, tarafların birbirlerine ve lehdara karşı ileri sürebilecekleri def'i ve itirazlar, lehdar ile vaadettiren arasındaki alacaklılık ilişkisi, lehdarın alacak hakkının kabulü, reddi ve hakkın geri alınması, borca aykırılık halinde seçimlik hakların durumu gibi çözüme kavuşması gereken sorunlar mevcuttur. Bu çalışmanın amacı, bu sorunları tespit etmek ve öğretilerdeki görüşler ışığında çözüm önerileri sunmaktır.

Anahtar Kelimeler: Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, Vaadettiren, Vaadeden, Lehdar, Nispiilik, Def'i, Müteselsil Alacaklılık, İfa Yardımcısı

Abstract: Contract in favour of third parties, which is regulated by the fundamental norm of 129th article of Turkish Code of Obligations (TCO), refers to a contract by which the promisor and the promisee agreed on a performance to a non-contracting third party. This contract is called as fictitious or genuine contract in favour of third parties depending upon whether the third party is entitled to

* Bu makale, İ.D. Bilkent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinin 6.6. maddesinin, doktora tez savunmasına girebilmek için tez konusunda en az bir yayın yapmış olma şartının gerçekleştirilmesi amacıyla, tez konusundan türetilerek yazılmıştır.

** İ.D. Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora öğrencisi, İ.D. Bilkent Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Asistanı, aysen.cilenti@bilkent.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5626-6970, Makalenin Gönderim Tarihi: 13.06.2019, Kabul Tarihi: 13.06.2019

a real claim from the contract. While the fictitious contract in favour of third parties is solely an agreement of the parties on the modality of the performance, genuine contract in favour of third parties is an exception to the doctrine of privity since it entitles a claim to a non-contracting third party. Due to the inadequate nature of Article 129 of TCO, matters like establishment of the contract, qualifications of the parties, entitlement of the third party, objections that the parties direct to each other, the relation of the claims of the promisee and the third party, third party's recognition and refuse of the claim, annulment of the claim, rights of the parties in case of breach of the contract bring out many legal controversies to solve. This study aims to determine these controversies and to offer solutions in the light of the doctrine.

Keywords: Contract in Favour of Third Parties, Promisee, Promisor, Beneficiary, Doctrine of Privity, Plea, Joint Credit, Auxiliary Persons

Giriş

Üçüncü kişi yararına sözleşme, bu çalışma boyunca çok defa üzerinde durulacağı üzere, bir sözleşmenin taraflarının, sözleşmenin içerdiği edim yükümlülüklerinden en az birinin bir üçüncü kişiye ifa edilmesini kararlaştırdıkları durumda ortaya çıkar. Bu nitelik sözleşme ilişkisini alacaklı ve borçlu arasında sınırlandıran klâsik düşünceden sapması nedeniyle, üçüncü kişi yararına sözleşme kavramını sıradan borç ilişkilerine nazaran nitelikli bir konuma taşır.

Üçüncü kişi yararına sözleşmeyi düzenleyen temel norm olan Türk Borçlar Kanunu (TBK) madde 129 hükmü,¹ genel nitelikli bir düzenlemedir. Bunun neticesinde, genel bir kavram olan, yani bağımsız bir sözleşme türünü ifade etmeyen üçüncü kişi yararına sözleşmede, sözleşme tarafları kendi aralarındaki ilişkide hangi özel sözleşme türünün edim içeriğini kararlaştırmış iseler, üçüncü kişi yararına sözleşme de bu sözleşme ilişkisinin karakterine bürünür. Bu kaçınılmaz durum, üçüncü kişi yararına sözleşmenin dogmatik gelişimi bakımından olumsuz bir sonuca yol açmıştır. Zira üçüncü kişi yararına sözleşme tarafların amacına göre farklı sözleşme tiplerini içinde barındırdığı

¹ Madde 129- Kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir. Üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da, tarafların amacına veya örf ve âdete uygun düştüğü takdirde edimin ifasını isteyebilirler. Bu durumda, üçüncü kişi veya ona halef olanlar bu hakkı kullanmak istediklerini borçluya bildirdikten sonra, alacaklı borçluyu ibra edemeyeceği gibi, borcun nitelik ve kapsamını da değiştiremez.

için, onun dogmatik yapısı sistematik olarak bir bütün halinde gelişmemiş ve uygulamadaki sorunlara yönelik kapsayıcı ve soyut bir üçüncü kişi yararına sözleşme kavramı oluşmamıştır.² Uygulamada üçüncü kişi yararına sözleşmenin en çok karşılaşılan türlerinden olan üçüncü kişi lehine hayat sigortası sözleşmeleri³ ile taşıma sözleşmeleri⁴ göz önüne alındığında, durum daha açık hale gelir. Her iki sözleşme türü de üçüncü kişi yararına sözleşme karakteri taşır ve Türk Ticaret Kanunu'nda oldukça ayrıntılı özel düzenlemelere sahiptir. Üstelik özel düzenlemeler genel nitelikli ve emredici olmayan bir norm olan TBK madde 129 hükmünü⁵ bertaraf etmektedir. Bu durumda her iki sözleşme türünün kanunî düzenlemeleri ve tipolojik farklılıkları düşünüldüğünde, her iki tür için ortak bir teorik gelişim ve çözüm yöntemi geliştirmenin neredeyse imkânsız olduğu açıkça görülür.

Yukarıda açıklandığı gibi, TBK madde 129 hükmünün genel nitelikli olması, ticari hayatta tipikleşmiş ve somut olaydaki yaygın kullanım alanları ayrıntılı kanunî düzenlemelere kavuşturulmuş olan üçüncü kişi yararına sözleşmenin, üst bir kavram değilmiş gibi, adeta parçalanmasına neden olmaktadır. Fakat uygulamada yaygın olarak karşılaşılan üçüncü kişi yararına sözleşme türleri bakımından durum bu olsa da, özel olarak düzenlenmemiş, tarafların aksini kararlaştırmamış olmaları nedeniyle TBK madde 129 hükmünün uygulama alanına bırakılmış sözleşmelerde, örneğin sözleşme taraflarının bir kira veya satım sözleşmesini üçüncü kişi yararına yapmaları ihtimalinde, bu hükmün taşıdığı zayıflıkların ve düzenleme eksikliğinin nasıl giderileceğinin önemi büyüktür. İşte bu çalışmada üçüncü kişi yararına sözleşme kavramının sözleşme hukuku içerisindeki yeri, eksik ve

² Üçüncü kişi yararına sözleşmenin dogmatik gelişiminin eksikliğinin, genel bir kurum olarak düzenlenmesi mevhumuna bağlanması bakımından bkz. Joachim Gernhuber, *Das Schuldverhältnis*, Mohr Siebeck, Tübingen 1989, s. 468.

³ Üçüncü kişinin geçerli şekilde lehdar olarak atandığı hayat sigortası sözleşmelerinin üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği taşıdığı yönünde bkz. Kemal Şenocak, *Üçüncü Şahıs Lehine Hayat Sigortası Sözleşmesi*, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 41 vd.

⁴ Taşıma sözleşmelerinin üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği taşıdığı yönünde bkz. Vural Seven, *Taşıma Hukukunda Gönderilen*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 88 vd.

⁵ TBK madde 129 hükmünün içeriğini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu (OR) madde 112 hükmünün emredici olmadığı yönünde bkz. Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, *Die Wirkung der Obligationen: Beziehungen zu Dritten*, Art. 110-113 OR, Stämpfli Verlag, Bern 2002, OR 112, N. 31.

tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin farkı ve hükümleri, sözleşmenin katılanları, içerdiği yarar, TBK madde 129 hükmünün düzenlemesi doğrultusunda incelenecektir. Bu inceleme yapılırken TBK madde 129 hükmünün cevapsız bıraktığı sorular doktrindeki görüşler ışığında ele alınacaktır.

1. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Kavramı ve Hukukî Düzenlemenin Biçimi

Üçüncü kişi yararına sözleşme, sözleşme taraflarının, sözleşmeye taraf olmayan bir üçüncü kişiyi yararlandırma amacı taşıyarak, sözleşmede onun lehine bir edim yükümlülüğü kararlaştırdıkları halde ortaya çıkar.⁶ Sözleşmenin borçlusu vaadeden, alacaklısı vaadettiren, yararlanan üçüncü kişi ise lehdar olarak adlandırılmaktadır.⁷ Vaadeden ve vaadettiren arasındaki ilişki kapama ilişkisi, vaadettiren ile lehdar arasındaki ilişki değer ilişkisi, lehdar ile vaadeden arasındaki ilişki ise direkt edim ilişkisi olarak adlandırılmaktadır.⁸ Lehdar yararına bir edim yükümlülüğü belirlenirken, taraflar aynı zamanda lehdarın bağımsız bir alacak hakkı ve buna bağlı olarak ifayı talep yetkisine sahip olacağını kararlaştırmış iseler, tam üçüncü kişi yararına sözleşme söz konusu olur.⁹ Fakat lehdar sözleşmeden bağımsız bir alacak hakkı

⁶ Andreas von Tuhr/Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischer Obligationenrechts, 6. Bası, Schulthess, Zürich 1974, s. 236; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 218; Haluk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2018, s. 456; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 1169. Bkz. "Bir sözleşmede ifanın taraflarca üçüncü kişiye yapılmasının kararlaştırılmasına, üçüncü kişi yararına sözleşme denir". Yarg. 11. HD E 2016/13448 K. 2018/5013 T 9.7.2018 (kazanci.com; Erişim Tarihi: 31.05.2019). "Anılan sözleşme, BK' nın 111 ve 112. maddelerinde düzenlenmiş "üçüncü şahıs yararına sözleşmedir", gerçekte de "üçüncü şahıs yararına sözleşme" sözleşmenin tarafı olmayan bir şahsa, onun yararına bir edim kararlaştırılmasıdır. Sözleşmenin taraflarından biri (borçlu) diğerine karşı (alacaklı) bir üçüncü şahsa (=yararlanma) edimi ifa edeceğini yükümlenmektedir". Yarg. 13. HD E 1990/4646 K. 1990/4682 T 26.6.1990 (kazanci.com; Erişim Tarihi: 31.05.2019).

⁷ Terminoloji için bkz. Eren, s. 1169; Walther Hadding, Der Bereicherungsausgleich beim Vertrag zu Rechten Dritter, Mohr Siebeck, Tübingen 1970, s. 10 vd.; Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 448, 429.

⁸ Terminoloji için bkz. Oğuzman/Öz, s. 430; Hadding, Bereicherungsausgleich, s. 12 vd.

⁹ Şener Akyol, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, Vedat Kitapçılık, İstanbul

elde etmiyor, yalnız vaadettiren vaadedenin lehbara ifade bulunmasını talep edebiliyor ise, eksik üçüncü kişi yararına sözleşme söz konusu olur.¹⁰ Üçüncü kişi yararına sözleşme, sıradan sözleşmeler gibi ani edimli-süreklı edimli veya ivazlı ve ivazsız sözleşme olmak gibi çeşitli ölçütler ile sınıflara ayrılabilir. Fakat eksik üçüncü kişi yararına sözleşme ve tam üçüncü kişi yararına sözleşme ayrımı, bu çalışma boyunca inceleneceği üzere, üçüncü kişi yararına sözleşmenin nitelikleri ve sonuçları bakımından özellik arz eden asıl ayrımdır.

Tam üçüncü kişi yararına sözleşme, lehdarın, yani sözleşmeye taraf olmayan bir üçüncü kişinin malvarlığında bir alacak hakkı meydana getirdiği için, Türk Hukukuna hâkim olan nispilek ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.¹¹ Nispilek ilkesi dolayısıyla, bu kurumun geçerli

2008, s. 10; Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Bası, Schultess, Zürich 1988, s. 474; Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 14. Bası, CH Beck, München 1987, s. 218; Konrad Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, A. Deichert Verlag, Leipzig 1899, s. 42; RGR Kommentar zum BGB, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Bd. 2, Teil 1 / §§ 241 - 413, 12. Bası, de Gruyter, Berlin 1976, BGB 328, N. 2; İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu- Yürürlük Kanunu, Cilt 1, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, TBK 129, N. 34; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432 ohne Schutzumschlag, 7. Bası, C.H. Beck, München 2016, BGB 328, N. 1.

¹⁰ Bucher, s. 474; İstanbul Şerhi/Öz, TBK 129, N. 31; Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Bası, Stämpfli Verlag, Bern 2017, s. 1281; Haluk Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 1963, s. 68; Gernhuber, s. 471.

¹¹ Oğuzman/Öz, s. 431; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 19; Thomas Raab, Austauschverträge mit Drittbeteiligung, Mohr Siebeck, Tübingen 1999, s. 24; Panajotis Papanikolaou, Schlechterfüllung beim Vertrag zugunsten Dritter, Duncker Humboldt, Berlin 1977, s. 27. Bkz. "Sözleşmelerin nispileği ilkesi gereğince sözleşme ancak tarafları hakkında hüküm ifade eder ve sözleşmenin tarafı olmayanlar bu sözleşmeye dayanarak bir edimin ifasını isteyemezler. Genel kural bu olmakla birlikte hukukumuzda bu ilkeye getirilmiş istisnaları içeren kurallar da bulunmaktadır. Bunlardan birisi de 818 sayılı BK'nın 111. maddesinde düzenlenen başkası lehine şart hükümleridir. Buna göre taraflar sözleşmede, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişi yararına bir şart taraflarca kararlaştırılabilir. Bu şart ile sözleşmenin tarafı, sözleşmeye taraf olmayan kişi yararına bir edimi yerine getirmeyi üstlenir". Yarg. 15. HD E 2015/5619 K 2016/2683 T 10.5.2016 (kazanci.com; Erişim tarihi: 31.05.2019); "Ancak, borç ilişkilerinin nispileği ilkesi mutlak olmayıp, kanun koyucu tarafından sınırlı sayıda istisnalar öngörülmüştür. Özellikle, 6098 sayılı TBK'nın 129. maddesinde düzenlenen «üçüncü kişi yararına sözleşme» bu istisnalardan biri olduğu gibi 4721 sayılı TMK'nın 1009. maddesi ile de taşınmaz mallarda, bir kısım sözleşmelerden doğan kişisel hakların tapu siciline şerh edil-

olarak kabul edilebilmesi ancak kanunî bir düzenleme ile mümkün olabilir ki, TBK madde 129/2 hükmü bu istisnayı düzenleyerek tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin Türk Hukukunda geçerli olarak kabul edildiğini göstermektedir.¹² Eksik üçüncü kişi yararına sözleşme ise, tarafların lehara bir alacak hakkı bahşetmediği, yalnız onun lehine bir ifa modalitesinin kararlaştırıldığı ihtimali ifade eder.¹³ Bu nedenle sözleşme serbestisinin bir sonucudur ve nispi ilkesine aykırılık teşkil etmez.¹⁴ Sözleşme serbestisinin bir sonucu olan bu sözleşme türü, kanunî bir düzenleme mevcut olmasa bile geçerli olarak kabul edilmelidir.

TBK, üçüncü kişi yararına sözleşmeyi 129 ve 130. maddelerinde düzenlemektedir. TBK madde 130 hükmü, sorumluluk sözleşmelerindeki özel bir durumu düzenlediği için bu çalışmanın kapsamına dâhil edilmemiştir. TBK madde 129 hükmü ise üçüncü kişi yararına sözleşmeyi düzenleyen temel normdur. Bu genel nitelikli hüküm, üçüncü kişi yararına sözleşmeyi bağımsız bir sözleşme türü olarak değil, genel bir kavram olarak düzenlemiştir. Dolayısıyla üçüncü kişi yararına sözleşme, vaadeden ve vaadettiren arasındaki sözleşmesel ilişkide her türden özel sözleşme türünü (isimli- isimli, tipik-atipik gibi) içerebilir.¹⁵ Kanun koyucunun bu hükmü getirme amacı, nispi ilkesine aykırılık teşkil eden tam üçüncü kişi yararına sözleşme kurumunun geçerli olarak kabul edildiğini göstermektir.¹⁶ Bu nedenle hüküm, ile-

mek suretiyle o taşınmaz üzerinde sonradan hak kazanan üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilme olanağı sağlanmıştır". YİBGK, E 2017/6 K 2018/9 T 5.10.2018 (lexpera.com; Erişim Tarihi: 31.05. 2019).

¹² İçerik olarak TBK madde 129/2'yi karşılayan OR madde 112/3 hükmünün işlevinin tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin geçerli olarak kurulabileceği göstermek olduğu yönünde bkz. Berner Kommentar/Weber, OR 112, N. 12.

¹³ Papanikolau, s. 26; Münchener Kommentar/Gottwald, BGB 328, N. 9.

¹⁴ Julius von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, §§ 328 - 345 (Vertrag zugunsten Dritter, Draufgabe, Vertragsstrafe), Recht der Schuldverhältnisse mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 15. Bası, Sellier-de Gruyter, Berlin 2015, BGB 328, N. 5; İstanbul Şerhi/Öz, TBK 129, N. 22; Oğuzman/Öz, s. 436, 437.

¹⁵ Akyol, s. 88; Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, "Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul 2016, C. 22, S.3, s. 1762; Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann, *Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, 11. Bası, München 2017, s. 182; Basler Kommentar, *Obligationenrecht I*, Art 1-529 OR, 6. Bası, Helbing Lichtenhein Verlag, Basel 2015, OR 112, N. 2.

¹⁶ OR md. 112 için bu yönde bkz. Berner Kommentar/Weber, OR 112, N. 30. Zira

ride de ifade edileceği üzere üçüncü kişi yararına sözleşmeye yönelik sorulara cevap vermek ve sorunları çözmek bakımından yeterli değildir.¹⁷ Bu nedenle öğretide, üçlü ilişkiler yaratmak bakımından üçüncü kişi yararına sözleşmeye yapısal olarak benzeyen ve karşılaştırmalara konu edilen alacağın temliki ve havale hükümlerinin, bünyesine uygun düştüğü ölçüde kıyasen üçüncü kişi yararına sözleşmeye uygulanabileceği kabul edilmektedir.¹⁸ Ayrıca TBK'nın genel hükümlerinin, örneğin sözleşmenin kuruluşu, ifa modaliteleri veya borca aykırılığa ilişkin düzenlemelerin üçüncü kişi yararına sözleşmeye uygulanması gerekir. Örneğin, ileride de inceleneceği üzere, sözleşmenin kuruluşu açısından üçüncü kişi yararına sözleşmeyi sıradan sözleşmelerden ayrı değerlendirmeye gerek yoktur. Ayrıca vaadeden ve vaadettiren arasındaki kapama ilişkisinde mevcut sözleşme türünün karakteri, ileride inceleneceği üzere, üçüncü kişi yararına sözleşmeye hâkim olacağı için, bu sözleşme türüne ait hükümlerin üçüncü kişi yararına sözleşme bakımından uygulama alanı bulması doğal bir sonuçtur.

2. Eksik Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme-Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Ayrımı

Yukarıda da ifade edildiği üzere, eksik üçünü kişi yararına sözleşme ile tam üçüncü kişi yararına sözleşme arasındaki fark, lehdar için bağımsız bir alacak hakkı tanınmış olup olmamasında yatmaktadır. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede vaadeden ve vaadettiren lehdar yararına bir alacak hakkı kararlaştırmakta, bu bağımsız alacak hakkının doğal bir sonucu olarak lehdar edimin kendisine ifası konusunda

Roma Hukukunda hâkim olan alteri stipulari nemo potest ilkesi ve etkisini Kıta Avrupası Hukukunda göstermesi nedeniyle tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin geçerliliği yüzyıllar boyunca tartışmalı bir konu olmuş, ancak kanuni düzenlemeler ile geçerliliği kesin olarak kabul edilmiştir. Bu ilke ve tarihi gelişim için bkz. Walter Bayer, *Der Vertrag zugunsten Dritter: neuere Dogmengeschichte-Anwendungsbereich-dogmatische Strukturen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1995, s. 5 vd.

¹⁷ Alman Medeni Kanunu (BGB) hükümlerinin yetersiz olması açısından bu yönde bkz. Hadding, *Bereicherungsausgleich*, s. 8.

¹⁸ Alacağın temliki bakımından bkz. Hans Heilmann, "Der Vertrag zugunsten Dritter als schuldrechtliches Verfügungsgeschäft", *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1971 Zürich, C. 11, S. 67, s. 171. Üçlü ilişkilerin geniş anlamda havale ilişkisi sayılması ve havale hükümlerinin ve doktrindeki görüşlerin üçüncü kişi yararına sözleşmeye de uygulanması gerektiği yönünde bkz. Hadding, *Bereicherungsausgleich*, s. 7.

bağımsız bir talep yetkisi kazanmaktadır.¹⁹ Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede ise lehdar yararına bir alacak hakkı kararlaştırılmamakta, o yalnızca edimden yararlanan ve “ifayı kabule yetkili olan” kişi durumunda bırakılmaktadır.²⁰ Bunun doğal bir sonucu olarak ise lehdar kendisine ifada bulunulması konusunda bağımsız bir talep yetkisine sahip değildir.²¹ Bu durumda lehdar adına ifayı talebe yetkili olan vaadettirendir, fakat o yalnızca lehbara ifayı talep etmeye yetkilidir, ifanın kendisine yapılmasını talep edemez.²² Üstelik tam üçüncü kişi yararına sözleşmede bağımsız bir alacak hakkı kazanmış bulunan lehdar, bu hak üzerindeki tasarruf yetkisini serbestçe kullanabileceğinden, hakkı temlik edebilecek, rehnedebilecek, takasa konu edebilecek; adeta bu alacak hakkının tüm nimetlerinden yararlanabilecektir.²³ Öyleyse bu iki sözleşme türü arasındaki fark, lehdarın konumuna etkisi bakımından dikkatlice ortaya konmalıdır.

Üçüncü kişi yararına sözleşmenin tarafları, sözleşmenin tam üçüncü kişi yararına sözleşme olması, yani lehbara bir alacak hakkı bahşedilmesi konusundaki iradelerini yorum faaliyetine gerek bırak-

¹⁹ Hellwig, s. 42; Nomer, s. 457; Eren, s. 1174; İstanbul Şerhi/Öz, TBK 129, N. 34; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 220; Berner Kommentar/Weber, OR 112, N. 6; Dieter Medicus/Stephan Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 19. Bası, C.H. Beck, München 2010, s. 387. Bkz. “Tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde ise üçüncü kişi, vaadedilen edimin ifasını talep yetkisine sahiptir. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmeden doğan borç da üçüncü kişiye ifa edilir. Sözleşmede aksine bir hüküm yoksa bu yetkinin vaadettirene de tanınması gerekir.” Yarg. 11. HD E 2016/13448 K 2018/5013 T 9.7.2018 (kazanci.com; Erişim Tarihi: 31.05.2019).

²⁰ Arif Kocaman, Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısında Teorik Sınırı Sorunu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Olgaç Matbaası, Ankara 1989, s. 100; Nomer, s. 457; Tandoğan, s. 68; Larenz, s. 217; İstanbul Şerhi/Öz, TBK 129, N. 31.

²¹ Claire Huguenin, Obligationenrecht, 2. Bası, Schultess, Zürich 2014, s. 331; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 220; Nomer, s. 457; von Tuhr/Escher, s. 236; Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht Bd. 1: Art. 1-183, 2. Bası, Schultess, Zürich 1929, OR 112, N. 5; Eren, s. 1173; Oğuzman/Öz, s. 430.

²² Oğuzman/Öz, s. 431. Bkz. “Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişi sadece vaadeden tarafından teklif edilen ifayı kabul yetkisine sahip olup, buna karşılık ondan borcun ifasını isteme hakkına sahip değildir. Bu tür sözleşmelerden yalnız vaadettiren lehine alacak hakkı doğar. Borcun üçüncü kişiye ifasını talep hakkı da vaadettirene aittir”. Yarg. 11. HD E 2016/13448 K 2018/5013 T 9.7.2018 (kazanci.com; Erişim Tarihi: 31.05.2019).

²³ Akyol, s. 182; Nomer, s. 458; Heilmann, SJZ s. 172; Peter Ruppert, Die Rechtstellung des Dritte bei Leistungstörungen im Bereiche des §328 des Bürgerliches Gesetzbuch, Würzburg Universität Verlag, Würzburg 1965, s. 40 vd.

mayacak açıklıkta ortaya koymuş olabilirler.²⁴ Fakat taraf iradeleri her zaman bu denli açık değildir. TBK'nın üçüncü kişi yararına sözleşmeyi düzenleyen temel normu olan 129. madde, “ *tarafların amacına veya örf ve âdete uygun düştüğü takdirde*”, lehdar veya haleflerinin de edimin ifasını isteyebileceklerini ifade ederek, tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığı bakımından taraf iradeleri ile örf ve âdet olmak üzere iki ölçüt saymıştır. Kanun koyucu bu düzenleme ile taraf iradelerinin örf ve âdet hukukuna nazaran öncelikli olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Dolayısıyla taraf iradeleri örf ve âdet hukuku kurallarından sapabilir. Fakat İsviçre öğretisinde, tarafların örf ve âdet hukukundan sapan iradelerini lehbara açıklamakla yükümlü oldukları, aksi halde bağımsız bir alacak hakkı kazandığı varsayımı ile hareket eden lehbara karşı *culpa in contrahendo* benzeri bir sorumluluk altına girecekleri savunulmaktadır.²⁵

TBK madde 129/2'nin esas ölçütü olan taraf iradeleri,²⁶ öğretilerde sözleşmenin amacını da kapsayacak şekilde yorumlanmıştır. Sözleşmenin amacı bu bakımdan taraf iradelerinden bağımsız bir ölçüt değildir. Fakat sözleşmenin tipik amacı iradelerin yorumlanması bakımından yardımcı bir araçtır olarak kullanılabilir.²⁷ Bunun bir sonucu olarak öğretilerde bazı yazarlar sözleşmenin amacını temel iki gruba ayırarak kategorik bir ayrıma gitme eğilimi göstermiştir. Öğretilerde, üçüncü kişiye güvenceli bir hukukî pozisyon sağlamanın amaçlandığı üçüncü kişi yararına sözleşmelerde,²⁸ sözleşmenin amacı gereği üçüncü kişinin kendisine ifayı talep imkânı veren bağımsız bir alacak hakkına sahip olması gerektiği, dolayısıyla taraf iradelerinin de bu yönde yorumlanması gerektiği ifade edilmiş olmakla birlikte,²⁹ bu çıkarım kanımızca

²⁴ Lehdarın ifayı kendi adına talep yetkisi olduğu sözleşmede belirtilmişse, artık tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığından şüphe yoktur. Yani tarafların “alacak hakkı” kazanımını açıkça ifade etmeleri gerekmez. Bkz. Oğuzman/Öz, s. 432.

²⁵ Berner Kommentar/Weber, OR 112, N. 50.

²⁶ TBK metninde tarafların amacı ifadesi kullanılmasına rağmen tarafların iradeleri ifadesini kullanmak daha doğru olur. Bkz. Akyol, s. 21.

²⁷ Bayer, s. 133; Karş. Eren'e göre sözleşmenin niteliği taraf iradeleri yanında ek bir ölçüttür. Bkz. Eren, s. 1174.

²⁸ İleride ifade edileceği üzere bu sözleşmeler özellikle de tarafların aile hukukundan kaynaklanan yükümlerini yerine getirmek üzere aile bireyleri yararına yaptıkları hayat sigortası sözleşmelerini kapsamaktadır.

²⁹ Berner Kommentar/Weber, OR 112, N. 43; Otto Palandt, Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 7, 76. Bası, C. H. Beck, München 2017, BGB 328, N. 3.

haklı olarak eleştirilmektedir.³⁰ Zira sözleşmenin amacı üçüncü kişiye güvenceli bir hukukî pozisyon sağlamak olsa bile, tarafların bu amacı üçüncü kişiye bağımsız bir alacak hakkı kazandırmak yolunu tercih etmeksizin taşımaları da mümkündür. O halde sözleşmenin amacını böylesine kategorik yorumlamak yerine somut olayda taraf iradelerinin o amaca hizmet eden bağımsız alacak hakkı sağlama olgusu ile örtüşüp örtüşmediği tespit edilmelidir.³¹

Tam üçüncü kişi yararına sözleşme ile eksik üçüncü kişi yararına sözleşme birbirinden ayrılırken yapılacak olan yorum faaliyeti, kanun koyucu bu mesele için özel yorum kuralları getirmediği için, genel yorum kurallarına başvurulur.³² Ayrıca yorum faaliyeti ancak kanunun emredici hükümlerinde aksine bir düzenleme mevcut değil ise sonuç ifade eder. Zira kanun koyucu bazı hallerde tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığını kabul etmiştir. Örneğin TBK madde 130 hükmü sorumluluk sigortalarında üçüncü kişi yararına sözleşmenin özel bir türünü düzemektedir ve emredici bir hükümdür. Dolayısıyla ancak böyle bir özel hükmün varlığı söz konusu değilse yorum faaliyeti başvurulur.³³

Son olarak belirtmek gerekir ki, sözleşmenin tam üçüncü kişi yararına sözleşme olduğunu ileri süren kimse, bunu ispatla yükümlüdür.³⁴ Zira kanun koyucu tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığı yönünde bir varsayım öngörmemiştir.³⁵ Bu nedenle somut olayda tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığının kanıtlanamadığı hallerde eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin mevcut olduğunu kabul etmek gerekir.³⁶

³⁰ Bayer, s. 135.

³¹ Bayer, s. 135.

³² Akyol, s. 23.

³³ Berner Kommentar/Weber, OR 112, N. 59 vd.; Eren, s. 1174.

³⁴ Paul Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse I, §241 bis 432, 5. Basi, Heymann, Berlin 1928, BGB 328, N. 8.

³⁵ Berner Kommentar/Weber, OR 112, N. 44; Basler Kommentar/ Gonzenbach/ Zellweger/Gutknecht, OR 112, N. 10.

³⁶ Berner Kommentar/Weber, OR 112, N. 74; Oğuzman/Öz, s. 431; Eren'e göre "eksik üçüncü kişi yararına sözleşme kural, tam üçüncü kişi yararına sözleşme ise istisnadır." Bkz. Eren, s. 1174.

3. Sözleşmenin Amacı

Üçüncü kişi yararına sözleşme genel bir kurum olduğu ve bünyesinde her türden özel sözleşme türünü barındırabildiği için, sözleşmenin amacını sınırlı olarak saymak mümkün değildir.³⁷ Fakat öğretide üçüncü kişi yararına sözleşme, içerdiği tipik amaç bakımından iki sınıfa ayrılmıştır. Bunlardan ilki, ifa yolunu kısaltmak amacıyla üçüncü kişi yararına sözleşme yapılmasıdır. Bu durumda vaadedenin vaadettirene, vaadettirenin ise lehdara karşı borç altına girdiği hallerde, aynı ifa hareketinin iki kez tekrarlanmasının önlenmesi amacıyla üçüncü kişi yararına sözleşme yapılmakta, vaadedenin direkt olarak lehdara ifada bulunması sağlanmaktadır.³⁸ İkinci kategori ise lehdara güvenceli bir hukuki pozisyon sağlanmasının amaçlandığı halleri kapsar. Bu durum genellikle, vaadettirenin lehdara karşı aile hukukundan kaynaklanan bir yükümlülük altında olduğu hallerde görülür. Vaadettiren lehdara güvenceli bir pozisyon sağlamayı amaçlayarak ona yarar sağlamak için vaadedenin ona ifada bulunmasını sağlar.³⁹ Bunun en tipik örneği üçüncü kişi lehine hayat sigortası sözleşmelerindeki lehdar atama kayıtlarıdır.⁴⁰

Üçüncü kişi yararına sözleşmenin tipik amacı yukarıda ifade edilen ayrıma tâbi tutulsa da, sözleşmenin nihaî amacı lehdara “yarar” sağlamaktır. Sağlanacak yarar TBK madde 129/1’de de açıkça ifade edildiği üzere, üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmak yoluyla gerçekleşir. Dolayısıyla üçüncü kişi yararına sözleşmeden söz edebilmek için, belirlenen yararın mutlaka bir edim yükümlülüğünü içermesi gerekir.⁴¹ Elbette sözleşme edim yükümlülüğü yanında başka türden yükümlülükler de içerebilir. Fakat sadece yan yükümlülükler veya başka türden subjektif faydalar sözleşmenin içerdiği yararın ko-

³⁷ İfa sebebi, bağışlama sebebi veya alacak sebebi gibi her türden amaç güdülebilir. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 218.

³⁸ Hellwig, s. 45; Hans Theodor Soergel, Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, §§ 328-432 BGB, 13. Bası, Kohlhammer Verlag, Stuttgart 2010, Vor. BGB 328, N. 3; Josef Esser/Eike Schmidt, Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil Teilband II, 8. Bası, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2000, s. 294.

³⁹ Esser/Schmidt, s. 295.

⁴⁰ Esser/Schmidt, s. 295.

⁴¹ Patrick Krauskopf, Der Vertrag zugunsten Dritter, Universitätsverlag Freiburg, Freiburg 2000, s. 53; İstanbul Şerhi/Öz, TBK 129, N. 9.

nusunu oluşturamaz.⁴² Bu halde TBK madde 129 hükmünün düzenlediği anlamda bir üçüncü kişi yararına sözleşmeden söz edilemezdi. Bunun yanında edim yükümlülüğünün türü ve içeriği bakımından sıradan sözleşmeler için yapılan ayrımlar geçerlidir. Maddî ve manevî edim yükümlülükleri, yapma, yapmama ve katlanma içerikli edim yükümlülükleri üçüncü kişi yararına sözleşmenin konusunu oluşturabilir.⁴³ Burada amaç edimin lehdara yarar sağlıyor olmasıdır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, vaadettirenin üçüncü kişi yararına sözleşmenin kuruluşu ile bir menfaatini tatmin etmeyi amaçlıyor olması, sözleşmenin geçerliliği için aranan şartlardan biri değildir.⁴⁴

4. Sözleşmenin Hukukî Niteliği ve Kuruluşu

Üçüncü kişi yararına sözleşme vaadeden ve vaadettiren arasında kurulmuş bir sözleşme ilişkisini ifade eder. Dolayısıyla vaadeden ve vaadettiren arasındaki sözleşme dışı borç ilişkilerinin üçüncü kişi yararına sözleşmeye vücut vermesi mümkün değildir.⁴⁵ Fakat bu kural vaadeden ve vaadettiren arasındaki kapama ilişkisi bakımından geçerlidir. Vaadettiren ve lehdar arasındaki değer ilişkisi ise sözleşmesel veya sözleşme dışı (örneğin haksız fiil, sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade talebi veya dar anlamda kanundan doğan borçlar olmak üzere) bir borç ilişkisine dayanabilir.⁴⁶ Bunun yanında kapama ilişkisinin sözleşmesel niteliği, ona temel teşkil eden borcun bir sözleşme ilişkisinden doğmuş olmasını zorunlu kılmaz. Vaadeden ve vaadettiren, sözleşme dışı bir ilişkiden doğmuş olan bir alacak hakkını yapacakları bir üçüncü kişi yararına sözleşmeye konu edip, bu alacağa konu edimin lehdara ifasını sağlayabilirler.⁴⁷

⁴² Esser/Schmidt, AT II, S. 296.

⁴³ Akyol, s. 79; Ruppert, s. 43; Koller, s. 1275; Eren, s. 1171; Oğuzman/Öz, s. 439; Planck's Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, Bd. 2, Hälfte 1, § 241 - 432, 4. Bası, Guttentag Verlag, Berlin 1914, BGB 328, N. 3a.

⁴⁴ Staudinger/Klumpp, BGB 328, N. 27, 28. Fakat vaadettiren çoğu zaman vaadedenin lehdara ifası ile değer ilişişindeki borcundan kurtulduğu için onun bakımından menfaat şartı gerçekleşir.

⁴⁵ Akyol, s. 87; Hellwig, s. 44; Krauskopf, s. 43; Berner Kommentar/Weber, OR 112, N. 18; Oertmann, BGB 328, N. 1; Staudinger/Jagmann, Vor BGB 328, N. 33.

⁴⁶ İstanbul Şerhi/Öz, TBK 129, N. 10.

⁴⁷ Hans Heilmann, "Der Vertrag zugunsten Dritter - ein schuldrechtliches Verfügungsgeschäft", *Neue Juristische Wochenschrift*, München 1968, S. 40, s. 1854; İstanbul Şerhi/Öz, TBK 129, N. 5.

Öğretide hâkim görüş, üçüncü kişi yararına sözleşmenin borçlandırıcı bir işlem olduğu kabul edilmiştir.⁴⁸ Tartışmalı olmakla birlikte kanun koyucunun üçüncü kişi yararına tasarruf işlemine cevaz vermediği kabul edilmektedir.⁴⁹ Fakat bu kural, tam üçüncü kişi yararına sözleşme bakımından öğretide isabetle bir istisna ile birlikte kabul edilmektedir. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede kural olarak alacak hakkı sözleşmenin kurulması ile birlikte lehdarın şahsında doğar, yani vaadettirenden lehdara devrolunmaz, aslen kazanılır.⁵⁰ Fakat bir sözleşmenin, sözleşme değişikliği yolu ile sonradan üçüncü kişi yararına sözleşmeye dönüştüğü hallerde, hâlihazırda mevcut bir alacak hakkı üçüncü kişiye devredilmektedir. Öğretide hâkim görüşe göre bir alacak hakkını devrettiği için tasarruf işlemi sayılan bu işlem, geçerli kabul edilmelidir.⁵¹ Zira TBK madde 129/1 hükmünün lafzında, bir “edim yükümlülüğü koydurmak” ifadesini kullanılmıştır. Dolayısıyla sözleşme alacak hakkı bakımından kurucu olabileceği gibi, hâlihazırda mevcut bir alacak hakkını devrediyor olmasının önünde bir engel yoktur.⁵² Hükmün lafzı edim yükümlülüğü koydurmak ifadesi ile her iki ihtimali de olumlu karşıladığı için, istisnaen bu tasarruf işlemi geçerli kabul edilmelidir. Esasında bu işlem malvarlığı devri bakımından alacağın temlikine çok benzer. Hatta öğretide “gerçek olmayan bir alacağın temlik halı” olarak adlandırılmıştır.⁵³ Fakat temlik işleminin tarafları alacağı devreden ile devralan iken, üçüncü kişi yararına sözleşmenin tarafları vaadeden ve vaadettiren olduğu için, malvarlığı devri bakımından benzerlik gösteren bu iki işlem kavramsal bakımdan tamamen farklıdır.⁵⁴

⁴⁸ Krauskopf, s. 45; Oğuzman/Öz, s. 438; Soergel/Hadding, BGB 328, N. 31, 117; RGRK/Ballhaus, BGB 328, N. 6a.

⁴⁹ Oğuzman/Öz, s. 438; Her tasarruf işlemi türünün geçerliliğinin ayrı ayrı incelemesi için bkz. Bayer, s. 194 vd.

⁵⁰ Akyol, s. 177, 180; Hellwig, s. 253; Raab, s. 458; Heinrich Dörner, *Dynamische Relativität*, C.H. Beck, München 1985, s. 169 vd.; Felicitas Parapatits, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, Manzche Verlag, Wien 2011, s. 61; Karl-Heinz Hoffmann, *Der Vertrag zugunsten Dritter von Todes wegen: Eine Erbeinsetzung im Valutaverhältnis*, Archiv für die civilistische Praxis, 1959 Tübingen, S. 158, s. 210; Medicus/Lorenz, s. 388; Fikentscher/Heinemann, s. 181.

⁵¹ Hellwig, s. 47; Bucher, s. 474; Soergel/Hadding, BGB 328, N. 32.

⁵² Arif Kocaman, “İsviçre/Türk Hukukunda Üçüncü Kişi Lehine Temlik Geçerli Sayılır mı?”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Ankara 1991, S. 16, s. 94. vd. Kocaman, *Üçlü İlişkiler*, s. 176.

⁵³ Bucher, s. 474.

⁵⁴ Bucher, s. 475.

Kanun koyucu aksine bir düzenleme öngörmediği için, üçüncü kişi yararına sözleşme kuruluşu bakımından sıradan sözleşmelerden ayrılmaz. Sözleşmenin kuruluşuna hâkim olan güven teorisi bu sözleşme türü bakımından da geçerli kabul edilmelidir.⁵⁵ Fakat üçüncü kişi yararına sözleşmeyi, özellikle de tam üçüncü kişi yararına sözleşmeyi, sıradan bir sözleşmeden ayıran lehdarı yararlandırma kaydıdır. Bu nedenle sözleşmenin üçüncü kişi yararına olarak kurulduğunun kabulü için, vaadedenin bu sözleşme ile üçüncü kişiye ifa taahhüdünde bulunma veya üçüncü kişinin bağımsız alacak hakkı kazanacağını kabul etme yönündeki iradesinin incelenmesi gerekir.⁵⁶

Üçüncü kişi yararına sözleşme, TBK md. 12'nin sözleşmeler bakımından öngördüğü şekil serbestisi gereği, kural olarak bir şekil şartına tâbi değildir.⁵⁷ Bu bakımdan belirleyici olan kapama ilişkisinin içeriğidir. Buna göre kapama ilişkisi şekil şartına tâbi bir sözleşmesel ilişkiyi içeriyorsa, yani taraflar bu sözleşmeyi üçüncü kişiyi yararlandırma kaydı olmadan, salt ikili bir ilişki öngörerek yapmış olsalardı şekil şartına tâbi olacak idiyse, üçüncü kişi yararına sözleşme de aynı şekle tâbi olmalıdır.⁵⁸ Vaadettiren ve lehdar arasındaki değer ilişkisinin şekle tâbi olup olmaması ise, üçüncü kişi yararına sözleşmenin şekli bakımından bir etkiye sahip değildir.⁵⁹

⁵⁵ İrade beyanları bakımından sıradan sözleşmeler gibi bir inceleme yapılması gerektiği yönünde bkz. Basler Kommentar/ Gonzenbach/ Zellweger-Gutknecht, OR 112, N. 5.

⁵⁶ Heinrich Lange, "Die Auswirkung von Leistungsstörungen beim echten Verträge zugunsten Dritter im Rechtsbereich des Dritten", Neue Juristische Wochenschrift, München 1965, S. 15, s. 658.

⁵⁷ Akyol, s. 94; Gernhuber, s. 481; Eren, s. 1171; Rona Serozan, Sağlık Arası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s. 126; Manfred Harder, Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall, Duncker Humblot Verlag, Berlin 1968, s. 139.

⁵⁸ Gernhuber, s. 481. Bkz. "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 129. maddesine göre; kendi adına sözleşme yapan kişi sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir. Üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da tarafların amacına veya örf ve âdete uygun düşüğü takdirde edimin ifasını isteyebilirler. Ancak 13.10.2005 tarihli sözleşme gayrimenkul mülkiyetini geçirme borcu yüklemesine rağmen resmi şekilde düzenlenmemiştir." Yarg. 14. HD E 2015/4647 K 2015/3762 T. 6.4.2015 (kazanci.com; Erişim Tarihi: 31.05.2019).

⁵⁹ Gernhuber, s. 481.

5. Sözleşmenin Katılanları

Üçüncü kişi yararına sözleşme, yukarıda da ifade edildiği gibi vaadeden ve vaadettiren arasında kurulan sözleşmesel bir ilişkiyi ifade eder. Lehdar değer ilişkisinde vaadettiren ile bir sözleşmesel ilişkinin tarafı olabilir, fakat mutlak surette üçüncü kişi yararına sözleşmenin tarafı değildir.⁶⁰ Aksi halde, yani lehdar da sözleşmenin tarafı olsaydı, kavramsal olarak üçüncü kişi yararına sözleşme değil, sözleşmede taraf çokluğu olan hallerden biri söz konusu olurdu.⁶¹ Böyle olmakla birlikte, lehdar sözleşmeye tamamen yabancı bir üçüncü kişi değildir. Hatta kendisine yapılan ifa ve değer ilişkisindeki konumu düşünüldüğünde hem vaadeden hem de vaadettirenle oldukça yakın ilişkiler içerisinde. Bu nedenle lehdar, öğretide isabetli olarak, sözleşmenin “nitelikli bir katılanı” olarak ifade edilmiştir.⁶² Fakat gerek eksik, gerekse tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin kurulabilmesi için lehdarın rızası aranmaz, hatta onun sözleşmeden haberdar olması dahi gerekmez.⁶³

Vaadeden üçüncü kişi yararına sözleşmenin taraflarındandır, fakat sözleşme tarafı olmanın yanında özel bir konumu mevcuttur. Zira vaadeden, vaadettirenin değer ilişkisinde lehdara karşı altına girmiş olduğu bir borcu ifa ediyor olması nedeniyle vaadettirenin ifa yardımcısı sıfatını haizdir. Elbette vaadeden bu sıfatı ancak değer ilişkisindeki bir borcu ifa ediliyor ise haiz olur. Bunun için öğretide vaadedenin kapama ilişkisinde lehdara karşı ifayı üstlendiği edimin, değer ilişkisinde lehdara ifa edilecek edimin içeriği ile örtüşüyor olması aranmıştır.⁶⁴ Vaadedenin ifa yardımcısı sıfatı, lehdarın vaadedenin davranışları ne-

⁶⁰ Gerhard Hassold, Zur Leistung im Dreipersonenverhältnis, C.H. Beck, München 1981, s. 259; Bucher, s. 480; Oğuzman/Öz, s. 439; Kocayusufpaşaoğlu, s. 19; Eren, s. 1170; Nomer, s. 458. Jeremy Stephenson, Unterschiede Zwischen dem Schweizerischen und dem Englischen Recht dargestellt am Vertrag zugunsten Dritter, Econom Druck AG, Basel 1983, s. 34. Bkz. “Burada üçüncü şahıs kavramı hukuki işlemin meydana gelmesine katılmayan şahısları ifade eder. Hukuki işlemi kuranlar “taraf” işlemin kurulmasını katılmayanlar ise “üçüncü şahıstır”. Yarg. 13. HD E 1990/4646 K 1990/4682 T 26.6.1990 (kazanci.com; Erişim Tarihi: 31.05.2019).

⁶¹ Ruppert, s. 33.

⁶² Soergel/Hadding, BGB 328, N. 14.

⁶³ Eren, s. 1170.

⁶⁴ Parapatits, s. 91; Raab, s. 176.

deniyle vaadettirene yönelteceği tazminat talebinin hukukî sebebinin ifa yardımcılarından sorumluluğun kapsamına girmesi bakımından önem taşır.⁶⁵

Kanun koyucunun aksini öngörmemiş olması nedeniyle, sıradan bir sözleşmenin tarafı sıfatını haiz olabilecek herkesin vaadeden ve vaadettiren sıfatını haiz olabileceğinin kabulü gerekir. Vaadeden, vaadettirene (tam üçüncü kişi yararına sözleşmede aynı zamanda üçüncü kişiye de) karşı borç altına girdiği için fiil ehliyetini haiz olmalıdır.⁶⁶ Vaadettiren de, kendisine ifa edilebilecek bir edimin lehdara ifa edilmesini talep ettiğinden, yani aslında bir malvarlığı değerinden feragat ederek olası bir malvarlığı artışını engellediğinden, vaadedene karşı borç altına giriyor olmasa bile fiil ehliyetini haiz olmalıdır.⁶⁷ Lehdarın durumu ise daha niteliklidir, zira o sözleşmenin tarafı değildir. Bu nedenle lehdarın sözleşmenin kurulması aşamasında hak veya fiil ehliyetini haiz olması, hatta belirli olması aranmaz.⁶⁸ İlk olarak, lehdar sözleşmenin kuruluşu aşamasında henüz kişilik kazanmamış olabilir. Örneğin doğmamış, hatta ana rahmine düşmemiş bir gerçek kişi veya ileride kurulacak bir tüzel kişi olabilir.⁶⁹ Bunun yanında sözleşme lehdara borç yüklemeksizin onun lehine bir edim yükümlülüğü içermekte, lehdar bu yarara sözleşmenin tarafı olmaksızın kavuşmaktadır. Bu nedenle onun bu kayıttan yararlanması ve tam üçüncü kişi yararına sözleşme halinde alacak hakkı kazanması için fiil ehliyetini haiz olması gerekmez.⁷⁰ Kendi lehine kararlaştırılmış yararlandırma kaydından istifade etmek veya kendisi yararına kararlaştırılan alacak hakkını kazanmak bakımından fiil ehliyetini haiz olması aranmasa da lehdar, yapacağı bazı işlemler için fiil ehliyetinin haiz olmalıdır. İlk olarak vaadedenin lehdara yapacağı ifa, lehdarın tarafı olacağı ve borç altına gireceği bir sözleşmenin kurulmasını gerektiriyor olabilir. Bunun yanında tam üçüncü kişi yararın sözleşmenin varlığı halinde lehdar kendi alacak hakkı üzerinde, alacak hakkını reddetmek, kabul etmek

⁶⁵ Parapatits, s. 96.

⁶⁶ Staudinger/Klump, BGB 328, N. 5.

⁶⁷ Krauskopf, s. 64.

⁶⁸ Ehliyet bakımından bkz. Akyol, s. 178; Stephenson, s. 34; Serozan, s. 118; Eren, s. 1170; Belirlilik bakımından bkz. Tandoğan, s. 70; Eren, s. 1170; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 219; Zürcher Kommentar/Oser, OR 112, N. 7.

⁶⁹ Akyol, s. 99; Gernhuber, s. 483.

⁷⁰ Ruppert, s. 21; Huguenin, s. 329; İstanbul Şerhi/Öz, TBK 129, N. 13.

veya devretmek gibi tasarruf işlemlerini gerçekleştirmeyi amaçlıyor olabilir. Bu ihtimallerde lehdarın fiil ehliyetini haiz olması veya yasal temsilcisinin rızasının alınmış olması şartı aranır.⁷¹

Sözleşmenin kurulması anında lehdarın belirli olması gerekmez, fakat belirlenebilir olması aranır.⁷² Belirlenebilirlik, üçüncü kişinin belirlenmesinin bazı olgulara bağlanması veya sözleşmenin tarafları ile üçüncü kişilerin seçimine bırakılması gibi ölçütlerin kullanılıyor olmasını ifade eder.⁷³ Bu durumda lehdarı belirleme yetkisini haiz olan vaadeden veya vaadettirenin, bu belirlemeyi yapmamasının hukukî sonucu ne olur? Üçüncü kişiyi belirleme yetkisi vaadedene bırakılmış ve vaadeden bu yetkiyi kullanıp belirlemeyi yapmamış ise, bu belirlemeyi yapmadıkça borcunu ifa edemeyeceği için, borçlu temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulur.⁷⁴ Belirleme yetkisi vaadettirende iken, o bu belirlemeyi yapmazsa, belirleme ifa için hazırlık aşaması niteliği taşıdığından, alacaklı temerrüdü söz konusu olur.⁷⁵ Lehdarın belirlenmesinin bazı olguların gerçekleşmesi gibi başka ölçütlere bırakıldığı hallerde, bu belirlemenin yapılması imkânsız olabilir. Eğer belirleme sözleşmenin kurulurken imkânsız ise sözleşme TBK madde 27 hükmü gereği geçersiz sayılmalıdır. Belirleme sonradan imkânsız hale gelirse, TBK madde 136 hükmü gereği, sonraki kusursuz imkânsızlık nedeniyle borç sona erer.⁷⁶

6. Kapama İlişkisinin Niteliği ve Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Bakımından Belirleyiciliği

Üçüncü kişi yararına sözleşme kurulduğu vakit, vaadeden ile vaadettiren arasında kapama ilişkisi, vaadeden ile lehdar arasında ise direkt edim ilişkisi ortaya çıkar. Kapama ilişkisi, yukarıda da ifade edildiği üzere taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiyi ifade eder. Direkt edim ilişkisi ise, vaadeden ile lehdar arasındaki ifa ilişkisinden ibaret

⁷¹ Krauskopf, s. 67.

⁷² Raab, s. 50; Oğuzman/Öz, s. 440; von Tuhr/Escher, s. 246; RGRK/Ballhaus, BGB 328, N. 23. Bkz. "Borçlar Kanunu'nun 111. maddesi eda zamanında tayini kabil üçüncü bir şahıs lehine borç şart edilmesine müsait ise de" YİBGK, E. 1945/20 K. 1947/6 T. 5.2.1947 (kazanci.com; Erişim Tarihi: 31.05.2019).

⁷³ Gernhuber, s. 481; İstanbul Şerhi/Öz, TBK 129, N. 18.

⁷⁴ Krauskopf, s. 117.

⁷⁵ Krauskopf, s. 121.

⁷⁶ İstanbul Şerhi/Öz, TBK 129, N. 19.

sayıldığı için, öğretide sözleşmesel değil, sözleşme benzeri *sui generis* bir güven ilişkisi olarak tanımlanmaktadır.⁷⁷ Belirtmek gerekir ki kapama ilişkisi ile değer ilişkisi ayrı ayrı kurulan birbirinden bağımsız ilişkileri değil, bir bütünün parçalarını ifade eder.⁷⁸ Değer ilişkisi ise üçüncü kişi yararına sözleşme ve kapama ilişkisinden tamamen bağımsızdır. Üçüncü kişi yararına sözleşmenin kurulmuş olması kendiliğinden bir değer ilişkisi kurmaz, değer ilişkisi sonradan da ortaya çıkabilir.⁷⁹ Dolayısıyla üçüncü kişi yararına sözleşme ile değer ilişkisi kuruluşları, içerikleri ve sona ermeleri bakımından birbirinden tamamen bağımsızdır.⁸⁰

Vaadeden ve vaadettiren arasındaki sözleşmesel ilişki olan kapama ilişkisi, üçüncü kişi yararına sözleşmenin içeriği ve akıbeti bakımından belirleyici olan temel ilişkidir. Zira taraflar sözleşmenin içeriğini, üçüncü kişiye bir hak kazandırılıp kazandırılmadığını, bu hakkın içeriğini, üçüncü kişinin borca aykırılık karşısındaki ikincil taleplerini, kısacası sözleşmesel ilişkinin içeriğini ve tüm koşullarını, emredici hukuk kurallarına aykırılık teşkil etmemek kaydıyla bu ilişkide belirlerler.⁸¹ Dolayısıyla vaadeden, vaadettiren ve üçüncü kişinin hukukî konumu bakımından yapılacak her türlü değerlendirme, ancak kapama ilişkisinde aksi belirtilmemiş ise geçerlidir. Yukarıda da ifade edildiği gibi sözleşmenin şeklinin kapama ilişkisinin şekline tâbi olması da bu özellikten kaynaklanmaktadır.

Kapama ilişkisinin sözleşmenin kaderini belirlemedeki bu rolü, lehdara karşı ileri sürülebilecek def'i ve itirazlar bakımından önem taşır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, vaadeden ve vaadettiren sözleşmesel bir ilişkinin tarafları olarak birbirlerine karşı bu ilişkiden doğan her türden def'i ve itirazı ileri sürebilirler. Sözleşmenin üçüncü kişi yararına olması tarafların birbirlerine karşı olan konumu bakımından bir nitelik arz etmez.⁸² Bunun yanında lehdara ifade bulunmakla yükümlü olan vaadeden, kapama ilişkisinden doğan tüm def'i ve itirazları

⁷⁷ Raab, s. 480; Münchener Kommentar/Gottwald, BGB 328, N. 30 Türk Hukukunda Akyol bu ilişkiyi sadece bir "edim ilişkisi" olarak tanımlamıştır. Bkz. Akyol, s. 175.

⁷⁸ Harder, s. 136.

⁷⁹ Gernhuber, s. 478; von Tuhr Escher, s. 253.

⁸⁰ Bayer, s. 209.

⁸¹ Raab, s. 27; Parapatits, s. 71.

⁸² Silvia Dullinger, "Zur Aufrechnung beim Vertrag zugunsten Dritter", Juristische Blätter, Wien 1988, C. 3, S. 110, s. 156.

lehdara karşı ileri sürebilir. Vaadedenin lehdara karşı sahip olduğu bu def'i ve itiraz imkânı, kanun koyucu tarafından TBK'da düzenlenmemiştir. Alman Medeni Kanunu (BGB) madde 334 hükmü ise bu imkânı açıkça düzenlemektedir. Fakat Alman öğretisinde bu imkânın kanunda düzenlenmemiş olsa da mevcut olduğu, zira lehdara ifa kaydının kapama ilişkisinden doğup onun taşıdığı "zayıflıklarla" yüklü olduğu kabul edilmiştir.⁸³ Bu nedenle açıkça düzenleme bulmamasına rağmen Türk ve İsviçre borçlar hukuku bakımından da aynı def'i ve itiraz imkânının mevcut olduğu kabul etmek gerekir.⁸⁴ Bunun bir istisnası, TBK madde 141 hükmü ile getirilmiş olan takas yasağıdır. Buna göre vaadeden vaadettirenden olan bir alacağı ile üçüncü kişiye olan borcunu takas edemez. Esasında böyle bir hüküm mevcut olmasaydı bile tam üçüncü kişi yararına sözleşmede vaadedenin böyle bir takas imkânından yararlanamayacağını kabul etmek gerekirdi. Zira onun vaadettirenden olan alacağı ile bağımsız bir alacak hakkı sahibi olan üçüncü kişiye olan borcu arasında karşılıklılık ilişkisi yoktur.⁸⁵ Bunun yanında TBK 141 hükmü emredici olmadığından, tarafların bu hükmün aksini kararlaştırarak takas def'inin üçüncü kişiye karşı da ileri sürülebileceğine karar vermeleri mümkündür.⁸⁶

Kapama ilişkisinden doğan ve tam üçüncü kişi yararına sözleşmede özellik arz eden bir diğer def'i ise ödemezlik def'idir. Vaadedenin kapama ilişkisinde vaadettirenden olan alacağını elde edememesi halinde lehdara olan borcunu ifadan ödemezlik def'i sayesinde kaçınabileceği kabul edilmektedir.⁸⁷ Esasında tam üçüncü kişi yararına sözleşmede lehdarın bağımsız bir alacak hakkı sahibi olduğu düşünüldüğünde, vaadedene yönelttiği ifa talebinin kaynağı olan alacak

⁸³ Achill Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis, Guttentag Verlag, Berlin 1904, s. 138.

⁸⁴ Akyol, s. 141; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 226; Serozan, Sağlararası İşlem, s. 126; Eren, s. 1177; Krauskopf, s. 318; Zürcher Kommentar/Oser, OR 112, N. 10; Robert Simmen, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (OR 82), Stämpfli Verlag, Bern 1971, s. 92; von Tuhr/Escher, s. 249.

⁸⁵ Krauskopf, s. 326; von Tuhr/Escher, s. 249. Tabii karşılık şartı, vaadedenin alacağı ile lehdarın alacağı arasında sağlanmamaktadır. Vaadedenin alacağı ile vaadettirenin alacağı arasında karşılıklılık şartı mevcuttur. Fakat tam üçüncü kişi yararına sözleşmede vaadeden vaadettirene karşı takas def'inde bulunabiliyor olsaydı bile, lehdarın bağımsız alacak hakkı devam edeceğinden, bu def'iyi ileri sürmesi onun için ekonomik olarak anlamsız olurdu.

⁸⁶ Akyol, s. 221.

⁸⁷ Akyol, s. 217.

hakkı ile vaadedenin vaadettirenden olan alacağı arasında bir karşılık ilişkisi bulunmamaktadır. Fakat öğretide ödemezlik def'i için gerekli olan karşılık şartının bu iki alacak hakkı arasında değil, vaadedenin vaadettirenden olan alacağı ile vaadettirenin vaadedenden olan ve üçüncü kişiye ifa talebini içeren alacak hakkı arasında aranması gerektiği kabul edilmiştir. Bu nedenle kapama ilişkisinden bu şart sağlanıyor ise, vaadeden üçüncü kişiye karşı da ödemezlik def'ini ileri sürebilir.⁸⁸

Def'iler ve itirazlar bakımından kapama ilişkisi belirleyici rol oynamaktadır. Zira taraflar sözleşmenin katılanlarının hukukî durumlarını tayin ettikleri bu ilişkide, hem lehdarı yararlandırma kaydının hangi şartlar altında geçerli olduğunu belirler, hem de üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilecek/sürülemeyecek def'iler konusunda anlaşma serbestisine sahiptirler. Fakat bunun yanında vaadeden direkt edim ilişkisinden doğan tüm def'i ve itirazları da lehdara karşı ileri sürülebilir.⁸⁹ Örneğin tam üçüncü kişi yararına sözleşmede lehdar vaadedeni ibra etmişse, vaadeden borcun sona erdiği itirazını lehdara karşı ileri sürebilir.⁹⁰ Öğretide TBK madde 141 hükmünün yasaklayıcı içeriğinin yalnızca vaadedenin vaadettirenden olan alacağının takası bakımından geçerli olduğu, dolayısıyla tam üçüncü kişi yararına sözleşmede vaadedenin lehdardan olan alacağının ona olan borcu ile takas edilebileceği ileri sürülmüştür.⁹¹ Fakat öğretide Lange, sözleşmenin amacını ve tarafların iradelerini ileri sürerek, isabetli olarak bu imkâna karşı çıkmaktadır. Zira taraflar, özellikle de vaadettiren, üçüncü kişi yararına sözleşme yaparken lehdara fiilen ifade bulunulmasını amaçlamaktadır. Dolayısıyla taraflar arasında böyle bir irade uyuşması mevcut iken, vaadedenin lehdara olan borcunu ondan olan alacağı ile takas etme imkânından örtülü olarak feragat ettiği kabul edilmelidir.⁹² Dolayısıyla TBK madde 141'in yasaklayıcı içeriğine dâhil olmasa da, vaadedenin takas def'i imkânının taraflar aksini kararlaştırmamış iseler mevcut olmadığı kabul edilmelidir.

⁸⁸ Simmen, s. 92; Raab, s. 552.

⁸⁹ Bucher, s. 483.

⁹⁰ Gernhuber, s. 494.

⁹¹ Akyol, s. 221; İstanbul Şerhi/Öz, TBK 129, N. 53; Eren, s. 1179; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 226.

⁹² Lange, s. 662.

Def'i ve itirazlar üzerinde kapama ilişkisinin kapsayıcı ve geniş, direkt edim ilişkisinin ise sınırlı etkisinin yanında, bu ilişkilerden tamamen bağımsız olan değer ilişkisi vaadedenin lehbara yöneltebileceği def'i ve itirazlar bakımından kural olarak tamamen etkisizdir. Zira vaadedenin kendisine tamamen yabancı olan bu ilişkiden doğan def'i ve itiraz imkânlarından yararlanamaz.⁹³

7. Lehdar ve Vaadettiren Arasındaki Tek Başına-Birlikte Alacaklılık İlişkisi

Lehdar ve vaadettiren arasındaki alacaklılık ilişkisi, yalnızca lehdarın bağımsız bir alacak hakkı sahibi olduğu tam üçüncü kişi yararına sözleşme bakımından önem arz eder. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede hem lehdar hem de vaadettiren alacaklıdır. Her ne kadar öğretilerde vaadettirenin yalnızca dava takip yetkisine sahip olduğu yönünde bir görüş mevcut olsa da,⁹⁴ hâkim görüş, isabetli olarak, vaadettirenin de gerçek anlamda bir alacak hakkını haiz olduğunu kabul etmektedir.⁹⁵ Vaadettirenin kendi alacak hakkı üzerindeki tasarruf yetkisi düşünüldüğünde, onun durumunun yalnızca dava takip yetkisini haiz olmaktan ibaret olmadığı, onun aynı zamanda sözleşmenin alacaklısı olduğunu kabul etmek daha isabetlidir. Zira vaadettiren, kural olarak kendi alacak hakkı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilir, örneğin vaadedeni ibra edebilir, alacak hakkını rehin konusu edebilir veya temlik edebilir.⁹⁶

Lehdarın alacak hakkı, kapama ilişkisinde kendi yararına belirlenmiş olan edimin kendisine ifası talebini içerir.⁹⁷ Vaadettirenin alacak hakkı ise "edim içeriği" olarak buna eş olmakla birlikte, "hukukî yönü" bakımından farklılık gösterir. Zira vaadettiren ifanın kendisine değil lehbara yapılmasını talep etme yetkisine sahiptir.⁹⁸ Dolayısıyla lehdar ve vaadettiren arasında, içerikleri aynı fakat hukukî yönleri

⁹³ Serozan, s. 130; Hadding, Bereicherungsausgleich, s. 217; Bucher, s. 483; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 226.

⁹⁴ Walther Hadding, "Zur Auslegung des § 335 BGB", Archiv für die civilistische Praxis, Tübingen 1971, S. 171, s. 415.

⁹⁵ Lange, s. 658; Dörner, s. 170; Oğuzman/Öz, s. 443; Bucher, s. 480; İstanbul Şerhi/Öz, TBK 129, N. 35; Serozan, s. 127; Eren, s. 1173.

⁹⁶ Hellwig, s. 318, vd.

⁹⁷ Tandoğan, s. 69; Papanikolau, s. 49; Berner Kommentar/Weber, OR 112, N. 6.

⁹⁸ Tandoğan, s. 69; von Tuhr/Escher, s. 250.

farklı olan bu iki alacak hakkı sebebiyle bir alacaklılar çokluğu hali söz konusudur.⁹⁹ Öğretide bir görüş bu alacaklılar çokluğu halinin müteselsil alacaklılık olduğunu ileri sürmektedir.¹⁰⁰ Ancak öğretide çoğunluk görüşü isabetli olarak müteselsil alacaklılık görüşüne karşı çıkmaktadır.¹⁰¹ Zira vaadettiren kendisine ifayı talep edemediği, vaadeden ise yalnızca lehdara ifa ile borçtan kurtulabildiği için, bu durum müteselsil alacaklılığın en temel iki özelliğine aykırılık teşkil etmektedir.¹⁰² Bu nedenle öğretide isabetle *sui generis bir alacaklıların çokluğu halinin* mevcut olduğu görüşü kabul edilmektedir.¹⁰³ Fakat vaadeden ve vaadettiren anlaşarak tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin yalnızca lehdar yararına bir alacak hakkı doğuracağını, vaadettirenin ayrıca alacaklı olmayacağını, dolayısıyla üçüncü kişinin tek başına alacaklılık halinin söz konusu olacağını kararlaştırabilirler.¹⁰⁴ Bunun yanında vaadettirenin kendi alacak hakkı üzerindeki tasarruf yetkisi, birlikte alacaklılık halinin lehdarın tek başına alacaklı olduğu bir hale dönüşmesi sonucunu doğurabilir. Bu durumda vaadettiren, içeriği lehdara ifayı talepten ibaret olan alacak hakkını, vaadeden ile bir ibra sözleşmesi yaparak sona erdirmektedir.¹⁰⁵ Vaadettirenin alacak hakkının sona ermesi ile lehdar sözleşmenin tek alacaklısı haline gelir. Belirtmek gerekir ki, vaadettirenin alacak hakkını bir üçüncü kişiye devretmesi¹⁰⁶ de lehdar ile olan birlikte alacaklılık halini sona erdirir. Fakat lehdar ile alacağı devralan arasında birlikte alacaklılık ilişkisi doğacağı için lehdarın tek başına alacaklı hale geldiğini söylemek mümkün olmaz.

⁹⁹ Dörner, s. 171; RGRK/Ballhaus, BGB 328, N. 28.

¹⁰⁰ Hellwig, s. 311.

¹⁰¹ Krauskopf, s. 350; Oğuzman/Öz, s. 443; Wilhelm Rütten, *Mehrheit von Gläubigern*, Mohr Siebeck, Tübingen 1989, s. 181; Hadding, *AcP* 171, s. 413; Oertmann, 335/2; Fikentscher/Heinemann; s. 186; Palandt/Grüneberg, 335/1; İstanbul Şerhi/Öz, TBK 129, N. 35.

¹⁰² Raab, s. 478; Rütten, s. 181; Koller, s. 1288. Bkz. "Ancak bu halde vaadettiren ile üçüncü kişi, vaadedene karşı müteselsil alacaklı sıfatına sahip olmazlar. Zira burada üçüncü kişi veya vaadettiren, borcun içlerinden birine değil, sadece üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilirler. Dolayısıyla gerek eksik gerekse tam üçüncü kişi yararına sözleşme olsun, borcun ancak üçüncü kişiye ifası istenebilir". Yarg. 11. HD E 2016/13448 K 2018/5013 T 9.7.2018 (kazanci.com; Erişim Tarihi: 31.05.2019).

¹⁰³ Tandoğan, s. 69; Raab, s. 478; Münchener Kommentar/Gottwald, BGB 335, N. 1. Müteselsil alacaklılık taraftarı olan Hellwig, kanun koyucunun bir istisnayı düzenlemeyi unuttuğunu ileri sürerek üçüncü kişi yararına sözleşmedeki alacaklılar çokluğu bakımından bir örtülü boşluğu işaret etmektedir. Bkz. Hellwig, s. 311.

¹⁰⁴ Akyol, s. 11.

¹⁰⁵ Hellwig, s. 323.

¹⁰⁶ Vaadettirenin alacak hakkını temlikî yönünde bkz. Ruppert, s. 39 vd.

8. Lehdarın Alacak Hakkının Kabulü, Reddi ve Geri Alınması

Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede lehdarın bağımsız bir alacak hakkı olması, bu alacak hakkının kabulü, reddi ve geri alınması kavramlarını beraberinde getirmektedir. Belirtmek gerekir ki, bu kavramlar eksik üçüncü kişi yararına sözleşme için bir anlam ifade etmez. Zira lehdarın bir alacak hakkı bulunmadığından, bu alacak hakkının kabulü, reddi veya geri alınması gibi işlemler kavramsal olarak söz konusu olamaz. Ayrıca, aşağıda yapılacak inceleme lehdarın alacak hakkına ilişkindir. Vaadettirenin lehdara ifayı talepten ibaret olan alacak hakkı bu üç beyanın konusunu oluşturmaz. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmeye özgü bu üç irade beyanı, nitelikleri, kapsamaları ve sonuçları ile birlikte incelenmelidir.

Alacak hakkının kabulü, ancak lehdar tarafından ileri sürülebilecek bir irade beyanını ifade eder. TBK madde 129/2 hükmü, “üçüncü kişi veya ona halef olanlar bu hakkı kullanmak istediklerini borçluya bildirdikten sonra” ifadesini içermektedir. Kanun koyucunun burada tercih ettiği “*hakkı kullanma*” ifadesi, doktrinde alacak hakkının kabulü olarak ifade edilmiştir.¹⁰⁷ Alacak hakkının kabulü, lehdar tarafından gerçekleştirilecek, tek taraflı, şekle tâbi olmayan bir irade beyanı ile gerçekleşir.¹⁰⁸ Bu irade beyanının bir yenilik doğuran hakkın kullanılması niteliği taşıdığı kabul edilmektedir.¹⁰⁹ Bu bildirim, TBK madde 129/2 hükmünün de açıkça ifade ettiği üzere borçluya yapılmalıdır, vaadettirene yapılacak beyan sonuç doğurmaz.¹¹⁰ Kabul bildirimini açık olabileceği gibi, örtülü bir beyanla da gerçekleşebilir.¹¹¹ Örneğin lehdarın alacak hakkı üzerinde tasarrufta bulunması, onu temlik etmesi, alacak hakkını kabul ettiği anlamına gelmelidir. Alacak hakkının kabulü bir yenilik doğuran hak olarak nitelendirildiği için, öğretilerde bu beyanın şarta bağlanamayacağı kabul edilmektedir.¹¹² Bunun yanında bir kez kabul edilen hakkın, bu beyandan dönülerek reddedile-

¹⁰⁷ Alacak hakkının kabulü ifadesi için bkz. Akyol, s. 185.

¹⁰⁸ Hellwig, s. 262.

¹⁰⁹ Akyol, s. 186; von Tuhr/Escher, s. 247, dn. 10.

¹¹⁰ İstanbul Şerhi/Öz, TBK 129, N. 42; OR 112/3 hükmü bakımından aynı yönde bkz. Bucher, s. 479.

¹¹¹ Robert Bachmann, Das Recht aus einem Verträge zu Gunsten eines Dritten und seine zurückweisung seitens des Dritten, Buchdruckerei Robert Roste, Leipzig 1906, s. 32; Heilmann, SJZ, s. 174; Dörner, s. 127.

¹¹² Planck/Siber, BGB 333, N. 3.

meyeceği ifade edilmektedir.¹¹³ Fakat hakkın kabulü bir irade sakatlığı sonucu gerçekleşmişse, kabul beyanı iptal edilip hakkın reddedilmesi mümkündür.¹¹⁴ Belirtmek gerekir ki, alacak hakkının kabulü alacağın doğumu açısından bir anlam ifade etmez. Alacak hakkı tam üçüncü kişi yararına sözleşme kurulduğu gibi aslen ve derhal lehdar üzerinde doğar.¹¹⁵ Kabul beyanının önemi, bu beyandan sonra alacak hakkının vaadettiren tarafından geri alınamaz hale gelmesi, yani geri alma yasağının başlamasıdır. TBK madde 129/2 hükmü, “üçüncü kişi veya ona halef olanlar bu hakkı kullanmak istediklerini borçluya bildirdikten sonra, alacaklı borçluyu ibra edemeyeceği gibi, borcun nitelik ve kapsamını da değiştiremez” ifadesini kullanarak, alacak hakkının kabulünü geri alma yetkisi bakımından zamansal sınır olarak belirlemiştir.¹¹⁶ Bu yönüyle kabul beyanı lehdarın alacak hakkı bakımından koruyucu bir işleve sahiptir.¹¹⁷

TBK madde 129/2 hükmünün lafzında, vaadettiren için kabul beyanının ardından “borçluyu ibra edemeyeceği gibi, borcun nitelik ve kapsamını da değiştiremez” ifadesi kullanılmıştır. Bu ifade öğretide geniş yorumlanmış, vaadettirenin lehdarın alacak hakkını tamamen veya kısmen ortadan kaldırdığı veya lehdarın alacak hakkının kullanılmasını zorlaştırdığı örneğin onu normalde ileri sürülemeyecek def’iler ile yüklediği her halin geri alma yasağının kapsamına girdiği kabul edilmiştir.¹¹⁸ Ayrıca Türk öğretisinde Akyol’un isabetle belirttiği üze-

¹¹³ Oertmann, BGB 333, N. 4; von Tuhr/Escher, s. 250.

¹¹⁴ Staudinger/Jagmann, s. 333, N. 10.

¹¹⁵ Derhal kazanım bakımından bkz. Parapatits, s. 153; Ruppert, s. 24. Aslen kazanım bakımından bkz. Münchener Kommentar/Gottwald, BGB 328, N. 3; Larenz, s. 218; Heilmann, SJZ 173, 174; Krauskopf, s. 73 vd.; von Tuhr/Escher; Dörner, s. 169 vd.; Eren, s. 1174; Ruppert, s. 22; Palandt/Grüneberg, BGB 328, N. 5; Medicus/Lorenz, s. 388; Akyol, s. 177, 180; Bayer, s. 219 vd.; Hoffmann, s. 210; Hassold, s. 249 vd.; Oertmann, BGB 328, N. 3. Bkz. “Üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişiye özgü bir hak tanınmış olur. Üçüncü kişi, yararına kurulan sözleşmeden doğan hakkını derhal, herhangi bir irade açıklamasına, sözleşmeye katılmasına, kabul açıklamasında bulunmasına, hatta bu durumu bilmesine gerek kalmadan kazanır. Alacak doğrudan doğruya üçüncü kişinin (davalının) kişiliğinde doğar”. Yarg. 3. HD E 2004/12296 K 2004/13423 T 6.12.2004 (kazanci.com; Erişim Tarihi: 31.05.2019).

¹¹⁶ Koller, s. 1286; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 226; Soergel/Hadding, BGB 328, N. 72; Bucher, s. 479; İstanbul Şerhi/Öz, TBK 129, N. 40.

¹¹⁷ Bucher, s. 479.

¹¹⁸ OR md. 112/3 hükmünün “borçtan kurtarma” (entbinden) ifadesinin geniş yorumlanması gerektiği yönünde bkz. Krauskopf, s. 308.

re, hükümdeki “ibra” ifadesi teknik anlamıyla kullanılmamaktadır. Bu ifade vaadettirenin lehdarın alacak hakkını ortadan kaldırdığı her hali ifade eder.¹¹⁹ Bu nedenle öğretide geri alma yetkisinin tek başına vaadettirene ait olduğu, tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılabilceği kabul edilmektedir.¹²⁰ Fakat vaadettiren isterse vaadeden ile bir anlaşma yaparak bu yetkiyi kullanma hakkını vaadeden ile paylaşabilir.¹²¹ Sonuç olarak vaadettiren, vaadedenin rızasına ihtiyaç duymadan lehdarın alacak hakkını sona erdirecek veya kısıtlayacak tasarruf yetkisine sahiptir. Bu yetkinin kullanılması yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliği taşır.¹²² Vaadettiren geri alma beyanını vaadedene yöneltmelidir, bu beyanın lehdara yöneltilmesi yeterli değildir.¹²³ Bu yetkinin kullanılması ile lehdara tanınan alacak hakkı eğer sona erdiriyor ise, geçmişe etkili olarak sona erer.¹²⁴

Lehdarın alacak hakkını reddi, Türk Borçlar Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu’nda düzenlenmemiştir. Alman Medeni Kanunu’nun 333. maddesi ise lehdarın alacak hakkını reddetme yetkisini haiz olduğunu açıkça düzenlemiştir. Belirtmek gerekir ki Alman öğretisinde bu hükmün varlığının ret hakkının kabulü için şart olmadığı, lehdarın kendi rızası dışında malvarlığına katılan alacak hakkını, adeta vasiyet alacağını reddeden vasiyet alacaklısı gibi ortadan kaldırabileceği ileri sürülmüştür.¹²⁵ Türk ve İsviçre öğretisinde de, vasiyet alacağının reddedilebildiği hukuk sistemlerinde, hakkın irade dışında malvarlığına girmesi bakımından vasiyet alacaklısı ile aynı konumda olan lehdarın durumunun farklı yorumlanmaması gerektiği kabul edilmiştir. Bu nedenle ret hakkının varlığı, kanunda açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen Türk ve İsviçre öğretisinde de kabul edilmektedir.¹²⁶ Bu hak,

¹¹⁹ Akyol, s. 149, 158.

¹²⁰ Bucher, s. 481.

¹²¹ RGRK/Ballhaus, BGB 328, N. 39.

¹²² Akyol, s. 150; von Tuhr/Escher, s. 248. Karş. İstanbul Şerhi/Öz, TBK 129, N. 40.

¹²³ Soergel/Hadding, BGB 328, N. 74.

¹²⁴ Akyol, s. 154.

¹²⁵ Hans Gerhard Barz, Das Zurückweisungsrecht des Dritten beim Verträge zugunsten Dritten, Max Schmerfow Buchdruckerei, Kirchhain 1932, s. 11 vd., Bachmann, s. 35.

¹²⁶ von Tuhr/Escher, s. 249, 250; Gediz Kocabaş, Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede Yararlananın Edimi Ret Hakkı, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Cevdet Yavuz’a Armağan Özel Sayısı)*, İstanbul 2016, C. 22, S. 3 s. 1813; Serozan, s. 129.

lehdarın nispi ilkesine aykırı olarak ona kazandırılan alacak hakından kurtulabilmesi için ona tanınmış bir çıkış yoludur. Öğretide ret beyanının lehdar tarafından vaadedene yöneltilmesi gerektiği kabul edilmiştir.¹²⁷ Bu beyan yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğini taşır.¹²⁸ Alacak hakkı reddedildiği vakit, geçmişe etkili olarak sona erer.¹²⁹ Üstelik alacak hakkı sona erdiği için, aynı alacak hakkı için tekrar kabul beyanında bulunulamaz.¹³⁰

9. Lehdara İfa ve İfanın Sonuçları

Hem eksik hem de tam üçüncü kişi yararına sözleşmede vaadeden, ifayı lehdara yapmak hususunda vaadettirene karşı borç altına girer. Tam üçünü kişi yararına sözleşmede ayrıca lehdar da bu borcun alacaklısıdır. Vaadedenin borcuna ilişkin ifa modaliteleri, sözleşmenin diğer tüm unsurları bakımından olduğu gibi, temel sözleşmesel ilişki olan kapama ilişkisinde vaadeden ve vaadettiren tarafından belirlenir. Fakat öğretide lehdarın, ifa modaliteleri konusunda taraflara ek külfetler yüklemeyen “önemsiz değişiklikler” talep edebileceği kabul edilmektedir.¹³¹ Bunun yanında taraflarca aksi kabul edilmiş olmadıkça lehdarın vaadeden ile anlaşarak ifa yerine veya ifa uğruna edimi kabul edebileceği, bunun için vaadettirenin rızasının aranmayacağı kabul edilmektedir.¹³²

Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede vaadedenin lehdara ifasının “üçlü borcu sona erdirmeye etkisi” olduğu kabul edilmektedir.¹³³ Buna göre tek bir ifa hareketi ile vaadeden vaadettirene ve lehdara karşı üstlendiği borçtan kurtulur.¹³⁴ Ayrıca bu ifa hareketi vaadedenin ifa yardımcısı olarak hareket ettiği durumlarda, değer ilişkisinde vaadettirenin lehdara karşı üstlendiği borcu da, ifa edildiği oranda sona erdirir.¹³⁵ Dolayısıyla tek bir ifa hareketi üç alacak hakkını sona erdirmek-

¹²⁷ Barz, s. 24, 25; Bachmann, s. 35; Staudinger/Jagmann, BGB 333, N. 5; Münchener Kommentar/Gottwald, BGB 333, N. 2.

¹²⁸ Akyol, s. 195; Kocabaş, s. 1808; Barz, s. 14.

¹²⁹ Barz, s. 13, 37; Kocabaş, s. 1808; Berner Kommentar/Weber, OR 112, N. 116.

¹³⁰ Hellwig, s. 263 vd.

¹³¹ Lange, s. 658, özellikle dn. 16.

¹³² Lange, s. 658; Planck/Siber, BGB 335, N. 7b.

¹³³ Hassold, s. 268.

¹³⁴ Hassold, s. 268; Werner Lorenz, “Bereicherungsrechtliche Drittbeziehungen”, Juristische Schulung, München 1968, S. 9, s. 444.

¹³⁵ Gernhuber, s. 479; Akyol, s. 229, s. 80; İstanbul Şerhi/Öz, TBK 129, N. 11.

tedir. Esasında bu nedenle, bizatihi üçüncü kişi yararına sözleşmenin kendisi değer ilişkisindeki borç ilişkisi bakımından bir ifa uğruna edim olarak görülmektedir.¹³⁶

Lehdara yapılan ifa ile kapama ilişkisinden doğan alacak hakkının sönmesi, lehdarın değer ilişkisindeki alacağını ifa edildiği oranda sona erdirse de, bu ilişki tam tersi ihtimalle geçerli değildir. Yani, değer ilişkisindeki borç vaadettirenin lehdara ifası ile sona erse de, tam üçüncü kişi yararına sözleşmede vaadedenin lehdara ifa borcu kendiliğinden sona ermez.¹³⁷ Fakat bu durumda alacak hakkı lehdarın malvarlığında sebepsiz zenginleşme teşkil eder. Vaadeden henüz lehdara ifade bulunmamış ise alacak hakkının geri alınması,¹³⁸ geri alma yasağı başlamış ise geriye temlik işlemi¹³⁹ ile sebepsiz zenginleşmenin giderilmesi söz konusu olur. Fakat vaadeden hâlihazırda lehdara ifade bulunmuş ise, vaadettiren lehdara sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade talebi yöneltebilir.¹⁴⁰

10. Borca Aykırılıktan Doğan Seçimlik Hakların Durumu ve Tazminat Talebi

Lehdarın bağımsız bir alacak hakkı sahibi olmadığı eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede, borca aykırılık ilişkisi ile tazminat taleplerini ileri sürülmesi münhasıran vaadeden ve vaadettiren arasında gerçekleşir. Lehdarın vaadedenden kendi zararının tazminini talep etme konusunda bir yetkisi yoktur. Vaadettiren sözleşme tarafı olarak vaadedenden kendi zararı için tazminat talebinde bulunabileceği gibi, lehdarın uğradığı zarar karşılığında lehdara tazminat ödenmesini de talep edebilir.¹⁴¹ Lehdarın tazmin edemediği zararları için değer ilişkisinde vaadettirene yönelebileceği kabul edilmektedir.¹⁴²

¹³⁶ Parapatits, s. 124.

¹³⁷ Bucher, s. 482; İstanbul Şerhi/Öz, TBK 129, N. 10.

¹³⁸ Akyol, s. 146.

¹³⁹ Krauskopf, s. 399; Bernhard Berger, Allgemeines Schuldrecht, Stämpfli Verlag, Bern 2012, s. 806.

¹⁴⁰ Kapama ilişkisinin geçerli olduğu bu ihtimalde sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade talebi münhasıran vaadettiren ile lehdar arasında gerçekleşmektedir. Bkz. Akyol, s. 230; İstanbul Şerhi/Öz, TBK 129, N. 10; Berger, s. 805; Huguenin, s. 335; Lorenz, s. 444.

¹⁴¹ Tandoğan, s. 68; Nomer, s. 457; von Tuhr/Escher, s. 237; Papanikolau, s. 56.

¹⁴² Papanikolau, s. 56.

Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede ise bağımsız bir alacak hakkı sahibi olan lehdar, bu alacak hakkına bağlı ikincil taleplerden olan tazminat talebinin de sahibidir.¹⁴³ Kendi zararı için kendisine tazminat ödenmesini talep edebilen lehdarın yanında, vaadettiren de lehdarın zararı için lehdara tazminat ödenmesini talep etme hakkına sahiptir.¹⁴⁴ Ayrıca hem eksik hem de tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, edimin yerine geçen kaim değer lehdara ifasının vaadettiren tarafından talep edilebileceği kabul edilmektedir.¹⁴⁵

Vaadeden, vaadettiren ve lehdarın yetkileri tazminat talebi bakımından açıkken, borca aykırılık halleri için kanunun öngörmüş olduğu diğer seçimlik haklar bakımından lehdar ve vaadettiren arasındaki ilişki oldukça tartışmalıdır. Kanun koyucu TBK'da bu seçimlik hakları düzenlerken ikili bir ilişki modelini esas almış, yalnız alacaklı ve borçludan söz etmiştir. Oysa lehdarın da alacaklı olduğu fakat sözleşmenin tarafı olmadığı tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, lehdarın konumunun nasıl değerlendirileceği açık değildir. Bu nedenle öğretilerde farklı taraf menfaatlerini esas alan görüşler, lehdara veya vaadettirene öncelik tanıyan farklı çözüm önerileri sunmuştur. İlk olarak vaadettirenin sözleşme tarafı sıfatını haiz olmasından yola çıkan görüşe göre, o seçimlik hakların kullanımı konusunda tek yetkilidir.¹⁴⁶ Zira onun sözleşme tarafı olmak sıfatıyla sahip olduğu yenilik doğuran hakları kullanma yetkisi, lehdarın alacaklı sıfatını haiz olması nedeniyle bertaraf edilemez.¹⁴⁷ Bu görüşten yola çıkan fakat lehdarın durumunun ağır derecede kötüleştirilmemesi gerektiğini ileri süren bir diğer görüşe göre ise bu hakları kullanmada yetkili vaadettiren olmakla birlikte, alacaklı olan lehdarın menfaatini de etkileyen bu haklar sadece onun rızası ile kullanılabilir.¹⁴⁸ Alacağın temlikinde yenilik doğuran hakların geçişinin kıyasen uygulanması gerektiğini ileri süren bir diğer gö-

¹⁴³ Tandoğan, s. 69; Nomer, s. 458; Gerhard Cohen-Martens, Die Stellung des Dritten bei nichtordnungsmässiger Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages zu seinen Gunsten, Verlag von Emil Ebering, Berlin 1925, s. 32; Berger, s. 808; Fikentscher/Heinemann, s. 185; İstanbul Şerhi/Öz, TBK 129, N. 48.

¹⁴⁴ Cohen-Martens, s. 32; Tandoğan, s. 70; Medicus/Lorenz, s. 389; Fikentscher/Heinemann, s. 185.

¹⁴⁵ Papanikolau, s. 87.

¹⁴⁶ Hellwig, s. 259; Bayer, s. 341; Cohen-Martens, s. 42 vd.; Gernhuber, s. 501.

¹⁴⁷ Gernhuber, s. 501.

¹⁴⁸ Lange, s. 661, vd.; von Tuhr/Escher, s. 249 dn. 19; Soergel/Hadding, BGB 335, N. 3.

rüşe göre ise, borç ilişkisini sona erdiren dönme hakkı dışındaki diğer tüm seçimlik haklar alacaklı olan lehdara ait olmalıdır.¹⁴⁹ Kanımızca borç ilişkisinin tarafı olma sıfatını esas alarak vaadettirene öncelik veren görüş yerindedir. Lehdarın rızasının alınması gerektiği görüşü ise bu rızasının verilmemesi halinde nasıl bir yol izleneceği konusunda bir çözüm sunmamaktadır. Rıza verilmemesi halinde hâkime gidilecek ise, borca aykırılık ihtimalinde hemen her halde hâkime gidilmesinin ticari hayattaki karmaşık sözleşme ilişkileri bakımından pek çok soruna yol açabilir. Ayrıca karmaşık ticari ilişkiler düşünüldüğünde, vaadettirenin birden çok lehdarın rızasını alması pratikte imkânsız hale gelebilir, bu nedenle isabetli bir yaklaşım değildir.¹⁵⁰ Bu durumda lehdar vaadettirenin kullandığı seçimlik hak sebebiyle zarara uğrasa bile değer ilişkisinde vaadettirene başvurarak zararını tazmin edebileceğinden, onun durumunun ağırlaştırıldığından söz edilemez.¹⁵¹ Seçimlik hakların lehdar ve vaadettiren arasında paylaşılması gerektiği kabul edildiğinde ise hangi alacaklıya öncelik verileceği sorunu ortaya çıkacağı için, bu görüşün pratikte gerçek anlamda bir çözüm sunduğunu söylemek mümkün değildir.

Sonuç

Kabul etmek gerekir ki genel nitelikli bir hüküm olan TBK madde 129 hükmünün asıl işlevi, kanun koyucunun, sözleşme hukukumuzda hâkim olan nispilik ilkesinin bir istisnası olan tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin geçerli olarak kurulabileceğini kabul ettiğini göstermektedir. Sözleşme serbestisinin bir sonucu olarak, bir ifa modalitesinden ibaret olan eksik üçüncü kişi yararına sözleşme ise kanunda açıkça düzenlenmemiş olsa bile geçerli olarak kurulabilir. Dolayısıyla düzenlemenin işlevi, genel nitelikli bir norm olması, düzenlenin hukukî sorunlar karşısındaki eksikliğini kaçınılmaz kılar.

¹⁴⁹ Krauskopf, s. 269; Kocayusufoğlu, s. 19, dn. 35. Nomer'e göre lehdar temerrüt ve ayıptan sorumluluk hükümlerine göre talepte bulunabilir, fakat sözleşmeden dönemez. Vaadettiren de dönme hakkını ve diğer seçimlik hakları kullanma yetkisine sahip olmakla birlikte, eğer lehdar hâlihazırda bir hakkı kullanmayı seçti ise, onun oluru alması gerekir. Yazar seçimlik hakların sınıflandırılması görüşü ile rıza ölçütünü birleştirmekte ve rıza ölçütünün zamansal sınırını lehdarın haklarını kullanmak istediğini bildirmesine bağlamaktadır. Bkz. Nomer, s. 458.

¹⁵⁰ Gernhuber, s. 501. Gernhuber, rıza görüşünü yalnızca basit sözleşme ilişkilerini hesaba kattığı gerekçesi ile eleştirmiştir.

¹⁵¹ Raab, s. 518.

Kanun koyucunun eksik bıraktığı alanlarda doktrin bu boşluğu isabetli olarak genel hükümler ve diğer üçlü borç ilişkilerinin hükümlerinin kıyasen uygulanması ile doldurmaktadır. Bu nedenle sözleşmenin kuruluşunda, içerdiği edim yükümlülüğünün türünde, sözleşme taraflarının kişilikleri ve ehliyetlerinde, sözleşmeye ait diğer ifa modalitelerinde yukarıda anıldığı gibi sıradan sözleşmelere ait genel hükümlerin uygulanması isabetli bir çözümdür. Bu çözüm yolu, bir ifa modalitesi olarak ifa yardımcısı kullanmaktan ibaret görülen eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede neredeyse tüm sorunları kapsayıcı bir yöntemdir. Fakat tam üçüncü kişi yararına sözleşme, lehdarın sahip olduğu alacak hakkı sebebiyle nitelikli bir durum arz etmekte, lehdarın alacaklılık sıfatının beraberinde getirdiği hukukî sorunlara nasıl çözüm bulunacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu durumda ise öğretinin diğer üçlü ilişkilere, özellikle de alacağın temlik ve havaleye başvurma çözümü oldukça isabetlidir. Üstelik alacak hakkının kabulü, reddi ve geri alınması TBK madde 129 hükmünde düzenlenmiş olduğu için, bunların yenilik hak doğuran haklar olarak birbiri karşısındaki zamansal sınırı ve kullanıma şekli de bu hak sınıfının özelliklerine tâbidir. Lehdarın sözleşmenin kuruluşu sırasında hak ve fiil ehliyetine sahip olmasının şart olmaması, belirlenebilir olmasının yeterli görülmesi ise öğretinin ulaştığı çözümlerdendir. Lehdarın hukukî konumu bakımından öğretilerdeki en tartışmalı hususlardan biri, onun borca aykırılık karşısında seçimlik hakları kullanma konusundaki yetkisinin ne olduğudur. Kendi zararı için tazminat talep etme yetkisini haiz olduğu konusunda hiçbir şüphe olmayan lehdar, sözleşmenin tarafı olmadığı için, borca aykırılık halinde seçimlik hakların kullanımı konusundaki yetki vaadettirene bırakılmalıdır. Her ne kadar öğretilerde karşı yönde görüşler olsa da, lehdarın değer ilişkisinde vaadettirene başvurarak kendi zararını talep edebilmesi, onun durumunun orantısız şekilde kötüleşmediğinin kanıtıdır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, kanun koyucunun özel olarak düzenlediği üçüncü kişi yararına sözleşme türlerine ait hükümlerin TBK madde 129 düzenlemesinden sapabileceği -örneğin taşıma veya hayat sigortası sözleşmesine ait düzenlemeler-, dolayısıyla özel sözleşme türlerine ait hükümlerin saklı olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle bu çalışma boyunca yapılan çıkarımlar, ancak tarafların aksini kararlaştırmadığı hallerde veya aksi yönde özel düzenlemelere tâbi olmayan üçüncü kişi yararına sözleşmeler bakımından geçerlidir.

Kaynakça

- Akyol Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- Bachmann Robert, Das Recht aus einem Verträge zu Gunsten eines Dritten und seine zurückweisung seitens des Dritten, Buchdruckerei Robert Roste, Leipzig 1906.
- Barz Hans Gerhard, Das Zurückweisungsrecht des Dritten beim Verträge zugunsten Dritten, Max Schmerfow Buchdruckerei, Kirchhain 1932.
- Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art 1-529 OR, 6. Bası, Helbing Lichtenhein Verlag, Basel 2015. (Basler Kommentar/Gonzenbach/ Zellweger-Gutknecht)
- Bayer Walter, Der Vertrag zugunsten Dritter: neuere Dogmengeschichte-Anwendungsbereich-dogmatische Strukturen, Mohr Siebeck, Tübingen, 1995.
- Berger Bernhard, Allgemeines Schuldrecht, Stämpfli Verlag, Bern 2012.
- Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Die Wirkung der Obligationen: Beziehungen zu Dritten, Art. 110-113 OR, Stämpfli Verlag, Bern 2002. (Berner Kommentar/Weber)
- Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Delikt-recht, 2. Bası, Schultess, Zürich 1988.
- Cohen-Martens Gerhard, Die Stellung des Dritten bei nichtordnungsmässiger Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages zu seinen Gunsten, Verlag von Emil Ebering, Berlin 1925.
- Dörner Heinrich, Dynamische Relativität, C.H. Beck, München 1985.
- Dullinger Silvia, "Zur Aufrechnung beim Vertrag zugunsten Dritter", Juristische Blätter, Wien 1988, C. 3, S. 110, s. 150-156.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Esser Josef/Schmidt Eike, Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil Teilband II, 8. Bası, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2000.
- Fikentscher Wolfgang/Heinemann Andreas, Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Bası, München 2017.
- Gernhuber Joachim, Das Schuldverhältnis, Mohr Siebeck, Tübingen 1989.
- Hadding Walther, Der Bereicherungsausgleich beim Vertrag zu Rechten Dritter, Mohr Siebeck, Tübingen 1970. (Bereicherungsausgleich)
- Hadding Walther, "Zur Auslegung des § 335 BGB", Archiv für die civilistische Praxis, Tübingen 1971, S. 171, s. 403-421. (AcP)
- Harder Manfred, Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall, Duncker Humblot Verlag, Berlin 1968.
- Hassold Gerhard, Zur Leistung im Dreipersonenverhältnis, C.H. Beck, München 1981.
- Heilmann Hans, "Der Vertrag zugunsten Dritter als schuldrechtliches Verfügungsgeschäft", Schweizerische Juristen-Zeitung, 1971 Zürich, C. 11, S. 67, s. 169-175. (SJZ)
- Heilmann Hans, "Der Vertrag zugunsten Dritter - ein schuldrechtliches Verfügungsgeschäft", Neue Juristische Wochenschrift, München 1968, S. 40, s. 1853-1857.

- Hellwig Konrad, Die Verträge auf Leistung an Dritte, A. Deichert Verlag, Leipzig 1989.
- Hoffmann Karl-Heinz, Der Vertrag zugunsten Dritter von Todes wegen: Eine Erbeinsetzung im Valutaverhältnis, Archiv für die civilistische Praxis, 1959 Tübingen, S. 158, s. 178-222.
- Huguenin Claire, Obligationenrecht, 2. Bası, Schulthess, Zürich 2014.
- İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu- Yürürlük Kanunu, Cilt 1, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018. (İstanbul Şerhi/Öz)
- Kılıçoğlu Yılmaz Kumru, "Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Cevdet Yavuz'a Armağan Özel Sayısı)*, İstanbul 2016, C. 22, S.3, s. 1759-1771.
- Kocabaş Gediz, Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede Yararlananın Edimi Ret Hakkı, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Cevdet Yavuz'a Armağan Özel Sayısı)*, İstanbul 2016, C. 22, S.3, s. 1797-1822.
- Kocaman Arif, Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısında Teorik Sınırı Sorunu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Olgaç Matbaası, Ankara 1989. (Üçlü İlişkiler)
- Kocaman Arif, "İsviçre/Türk Hukukunda Üçüncü Kişi Lehine Temlik Geçerli Sayılır mı?", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Ankara 1991, S. 16, s. 91-99.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, 5. Bası, Filiz Kitabevi İstanbul 2010.
- Koller Alfred, Schweizer Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Bası, Stämpfli Verlag, Bern 2017.
- Krauskopf Patrick, Der Vertrag zugunsten Dritter, Universitätsverlag Freiburg, Freiburg 2000.
- Lange Heinrich, "Die Auswirkung von Leistungsstörungen beim echten Verträge zugunsten Dritter im Rechtsbereich des Dritten", *Neue Juristische Wochenschrift*, München 1965, S. 15, s. 657-664.
- Larenz Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, 14. Bası, C.H. Beck, München 1987.
- Lorenz Werner, "Bereicherungsrechtliche Drittbeziehungen", *Juristische Schulung*, München 1968, S. 9, s. 441-448.
- Medicus Dieter/Lorenz Stephan, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 19. Bası, C.H. Beck, München 2010.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432 ohne Schutzumschlag, 7. Bası, C.H. Beck, München 2016. (Münchener Kommentar/Gottwald)
- Nomer Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2018.
- Oertmann Paul, Recht der Schuldverhältnisse I, §241 bis 432, 5. Bası, Heymann, Berlin 1928.
- Oğuzman Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Palandt Otto, Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 7, 76. Bası, C. H. Beck, München 2017. (Palandt/Grüneberg)

- Papanikolau Panajotis, Schlechterfüllung beim Vertrag zugunsten Dritter, Duncker Humboldt, Berlin 1977.
- Parapatits Felicitas, Der Vertrag zugunsten Dritter, Manzche Verlag, Wien 2011.
- Planck's Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, Bd. 2, Hälfte 1, § 241 - 432, 4. Bası, Guttentag Verlag, Berlin 1914. (Planck/Siber)
- Raab Thomas, Austauschverträge mit Drittbeteiligung, Mohr Siebeck, Tübingen 1999.
- Rappaport Achill, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis, Guttentag Verlag, Berlin 1904RGR Kommentar zum BGB, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Bd. 2, Teil 1 / §§ 241 - 413, 12. Bası, de Gruyter, Berlin 1976. (RGRK/ Ballhaus)
- Ruppert Peter, Die Rechtstellung des Dritte bei Leistungstörungen im Bereiche des §328 des Bürgerliches Gesetzbuch, Würzburg Universität Verlag, Würzburg 1965.
- Rütten Wilhelm, Mehrheit von Gläubigern, Mohr Siebeck, Tübingen 1989.
- Serozan Rona, Sağlıklararası İşlem Yoluyla Ölümü Bağlı Kazandırma, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.
- Seven Vural, Taşıma Hukukunda Gönderilen, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Simmen Robert, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (OR 82), Stämpfli Verlag, Bern 1971.
- Soergel Hans Theodor, Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, §§ 328-432 BGB, 13. Bası, Kohlhammer Verlag, Stuttgart 2010. (Soergel/Hadding)
- von Staudinger Julius, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, §§ 328 - 345 (Vertrag zugunsten Dritter, Draufgabe, Vertragsstrafe), Recht der Schuldverhältnisse mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 15. Bası, Sellier-de Gruyter, Berlin 2015. (Staudinger/Klump)
- Stephenson Jeremy, Unterschiede Zwischen dem Schweizerischen und dem Englischen Recht dargestellt am Vertrag zugunsten Dritter, Econom Druck AG, Basel 1983.
- Şenocak Kemal, Üçüncü Şahıs Lehine Hayat Sigortası Sözleşmesi, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- Tandoğan Haluk, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 1963.
- Tekinay Selahattin Sulhi/ Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/ Altop Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- von Tuhr Andreas/Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischer Obligationenrechts, 6. Bası, Schulthess, Zürich 1974.
- Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht Bd. 1: Art. 1-183, 2. Bası, Schulthess, Zürich 1929. (Zürcher Kommentar/Oser)

TIBBİ MÜDAHALELERDE AYDINLATILMIŞ ONAM*

INFORMED CONSENT IN MEDICAL TREATMENT

Munise Gülen KURT**

Özet: Kişi özerkliği ve kişinin kendi kaderini belirleme hakkı kapsamında önemi giderek artan aydınlatılmış onam hasta-hekim ilişkisinin önemli bir unsuru haline gelmiştir. Hekim mesleğini icra ederken her ne kadar tedavi özgürlüğüne sahip olsa da; kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı vazgeçilemez kişilik haklarından olduğu için hekim her tıbbi müdahaleden önce hastanın rızasını almak zorundadır. Hastanın uygulanacak tıbbi müdahaleye serbest iradesiyle karar verebilmesi de hekimin bu konuda onu aydınlatarak yol göstermesine bağlıdır. Bu sebeple aydınlatılmış onam bir taraftan kişinin özgür bir biçimde kendi geleceğini belirleme hakkını korurken diğer taraftan tıp etiğinde yer alan yararlılık, zarar vermeme, özerkliğe saygı ve adalet ilkelerinin sağlanması bakımından büyük bir önem arz eder.

Anahtar Kelimeler: Rıza, Aydınlatılmış Onam, Aydınlatılmış Rıza, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü

Abstract: Within the scope of individual's self-determination and making decision about his destiny rights, the importance of being aware about one's own condition has been gradually increased and informed consent became an important part of the relation between patient and doctor. Although doctors have freedom of implementing any treatment choice, they must seek patient's consent before implementing it, because the person's self-determination right is one of the unalienable rights. Patient's decision with free will depends on the detailed information provided by the doctor about the treatment that will be implemented to the patient. For that reason, informed consent protects the patient's decisionfreely to determine his future on one hand, and it fulfils the principles of effectuality in medical ethics, respect to self-determination, nonmaleficence, and justice, on the other.

Keywords: Consent, Informed Consent, Informed Acquiescence, Doctor's Obligation to Inform

* Bu çalışma Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı kapsamında 2018 Güz döneminde alınan Tıbbın Uygulanmasından Doğan Özel Hukuk Sorunları dersi için hazırlanan ve sunumu gerçekleştiren ödevin makale olarak düzenlenmiş halidir.

** Avukat, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, av.munisekurt@outlook.com, ORCID: 0000-0001-8603-6626, Makale Gönderim Tarihi: 08.12.2019, Kabul Tarihi: 08.12.2019

GİRİŞ

Uzun yıllardan beri uluslararası belgelerde yer almaya başlayan sağlık konusu, günümüzde ülkelerin ekonomik, sosyal ve kültürel gelişmişlik düzeyine bağlı olarak anayasalarla güvence altına alınmış ve temel haklar bağlamında değerlendirilmeye başlanmıştır. Sağlığı bir hak olarak düzenleyen ilk belge, BM'nin uzmanlık birimlerinden WHO'nun 1946 tarihli Anayasası'nda yer alan tanıma göre; *"Sağlık bir bütün olarak fiziksel, ruhsal ve sosyal esenlik durumudur ve yalnızca hastalık ya da maluliyet yokluğu değildir. Ulaşılabılır en yüksek sağlık standartlarından yararlanma, ırk, din, siyasi görüş, ekonomik ya da sosyal durum farkı gözetilmeksizin her insanın temel haklarından biridir"*. Ancak yaşam hakkının olmadığı bir ortamda sağlık hakkı hiçbir anlam ifade etmeyecektir. Çünkü kişinin hak ve özgürlüklerini kullanabilmesi, yaşam hakkını kullanabilmesine bağlıdır. Bireyin sağlıklı ve eksiksiz bir beden varlığına sahip olması ve bunu sürdürebilmesini ifade eden yaşama hakkı Anayasamızda vücut bütünlüğü ile birlikte düzenlenmiş olup Anayasa'nın 17. maddesine göre; *"Herkes, yaşama, maddî ve maneî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz"*. Türk Medeni Kanunu madde 24/2'ye göre ise; *"Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır"*. Yaşama hakkına, sağlık hakkına ve vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleler yasak olmakla beraber, bu müdahaleler belirli şartların varlığı halinde hukuka uygun olarak kabul edilecektir.

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olması için aranan şartlar içerisinde müdahalede bulunulacak kişinin "rıza"sının ayrı bir önemi vardır. Ancak günümüzde "rıza"nın varlığı tek başına tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyip, aydınlatılmış rızanın varlığı aranmaya başlanmıştır. Hem hekimin hukuki ve cezai sorumluluğu açısından hem de hastanın haklarını kullanması bakımından büyük bir öneme sahip olması sebebiyle bu çalışmada genel olarak tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarından bahsedildikten sonra aydınlatılmış onam (aydınlatılmış rıza) konusuna değinilmesi yerinde olacaktır.

I- TIBBİ MÜDAHALENENİN HUKUKA UYGUNLUK KOŞULLARI

Tıbbi müdahale kavramının doğrudan doğruya tanımlanmadığı Türk Hukukunda bu boşluk ikincil mevzuatlarla, öğretisi ve yargı kararlarında yer alan tanımlarla doldurulmaya çalışılmıştır. Hukukumuzda tıbbi müdahale kavramının sıklıkla anıldığı Biyotıp Sözleşmesi¹ de bu kavramı direk tanımlamamış, Sözleşme' nin Açıklayıcı Raporu' nun 29. paragrafında tıbbi müdahale kavramının nasıl anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre; *"Müdahale terimi, tüm tıbbi hareketleri, özellikle önleyici bakımı, teşhisi, tedaviyi, rehabilitasyonu veya bu kapsamdaki araştırmaları kapsayacak kadar geniş anlaşılmalıdır"*. Hasta Hakları Yönetmeliği madde 4'e göre ise; *"Tıbbi müdahale: Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi, ifade eder"*.

Tıbbi müdahale; kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir rahatsızlığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek ayrıca tedavinin mümkün olmadığı durumlarda rahatsızlığı hafifletmek, acıları dindirmek ya da kişileri hastalıklardan korumak ve nüfus planlaması yapmak için tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kimseler tarafından, tıp biliminin kabul edilen kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen her tür faaliyettir.² Bu bağlamda hekimin doğrudan vücut bütünlüğüne yönelik olmayan sözleri, önerileri, davranışları ve hastayla ilişkisinde kullanacağı yaklaşım tarzı dahi tıbbi müdahale kavramı içerisinde değerlendirilecek ve hekimin hastasını sağlığına kavuşturmak için yaptığı herşey etik ve ahlaki olmanın yanında hukuki olarak tıbbi müdahale şeklinde isimlendirilecektir.³ Kısaca insan üzerinde tıp biliminin uygulanması ile bağlantılı olarak yapılan her türlü müdahale tıbbi müdahale olarak adlandırılır.⁴ Tıbbi müdahalelerinin kişinin vücut bütünlüğü-

¹ Avrupa Konseyi düzenlemesi olan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi Türkiye Cumhuriyeti tarafından kabul edilerek TBMM'de 5013 sayılı Kanun'la 03.12.2003 tarihinde iç hukuk düzenlemesi haline gelmiştir.

² Cüneyt Çilingiroğlu, Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul, 1993, s.15.

³ Mustafa Süttaş, Hasta ve Hasta Yakını Hakları, İstanbul, 2000, s.42; Özlem Yenerer Çakmut, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul, 2013, s.24.

⁴ Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, 16.Baskı, Ankara, 2019, s.48; Caner Taşatan, "Tıbbi

ne yönelik saldırı niteliğinde olan diğer müdahalelerden farkı; kanun koyucunun tıp mesleğini belirli kurallara bağlayıp düzenleyerek, bu işlemlerin uygulanması bakımından meslek mensuplarına özel yetki vermiş olması ve müdahalenin kişinin sağlık refahını artırmayı amaçlamasıdır. Buradan hareketle tıbbi müdahale kavramının üç unsurdan oluştuğunu söyleyebiliriz.⁵ Bu unsurlar;

- Tıbbi müdahalenin tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilmesi,
- Kişinin sağlık refahının sağlanması, korunması ya da artırılması amaçlarına yönelmesi,
- Tıp biliminin kural ve standartlarına uygun olarak ve tıbbın sınırları içinde uygulanan fiziki ve ruhi tüm hareketlerden oluşmasıdır.

Tıbbi müdahalenin uygulanması sonucu meydana gelecek zararlar doğrudan insan hayatı ve vücudu üzerinde ortaya çıkacağı için, tıbbi müdahalenin kim tarafından uygulanacağı oldukça önemlidir. Tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili olan kişiler Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da düzenlenmiştir. Bu kanuna göre; hekimler, diş hekimleri, ebeler, sağlık memurları, sünnetçiler, hasta bakıcıları ve hemşireler tıbbi müdahalede bulunmaya ehil kişilerdir. Ancak sayılanlardan her biri sadece mevzuatta yetkili kılındığı tıbbi müdahalelerde bulunabilirler.⁶

Tıbbi müdahalede bulunurken kişinin yararına olacak mutlak bir amacın bulunması da gereklidir.⁷ Bu amaçlar hastalığı teşhis, tedavi ve kişiyi hastalıktan korumak olabilir. Ancak hekim bu amaçlardan biriyle tıbbi müdahalede bulunurken, sonuca ulaşmak için yaptığı mü-

Kayıtlar", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk ABD, İstanbul, 2015, s.8.

⁵ Emel Badur, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Ankara, 2017, s.34.

⁶ Özge Yücel, "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hasta Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuksal İlişkinin Niteliği", Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed. Özge Yücel/Gürkan Sert, Ankara, 2018, s.194.

⁷ Özlem Yenerer Çakmut, "Hastanın Tedaviyi Reddetme ve Durdurma Hakkı", Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu (2009/Girne), Ankara, 2010, s.44.

dahalenin özenle ifasından sorumlu olsa da hastayı iyileştirmeye borçlanmaz.⁸ Bunun temelinde hekimlik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olduğu görüşü yer almaktadır.⁹ Hekimlik sözleşmesi kanunda açıkça düzenlenmiş iş görme sözleşmelerinden değildir. Ancak Türk Borçlar Kanunu madde 502/2'ye göre; “*Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düşükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır*”.

Sebepsiz bir tıbbi müdahale kişinin vücut bütünlüğünü ihlal edeceğinden hekimin sorumluluğuna yol açacaktır. Tıbbi açıdan gereklilik endikasyon olarak adlandırılır ve endikasyon tıbbi müdahalenin sebebini gösterir.¹⁰ Ancak geniş anlamda tıbbi müdahale; güzelleşmek için yapılan estetikleri, üreme amacıyla yapılan tedavileri, gelenek-görenek- inanç gereği veya delil toplamak amacıyla yapılan müdahaleleri de kapsadığından endikasyon tıbbi müdahalenin kurucu unsuru değildir.¹¹ Bu nedenle endikasyon şartı, hekimin müdahalesinin tıp biliminin verilerine göre ve özenli bir biçimde yapılması şartı içinde ele alınabilir.¹² Hekimlik uzmanlık isteyen bir meslektir ve hekim tıp bilimince kabul edilen metotları bilmekle, takip etmekle ve uygulamakla yükümlüdür. Hekim, kullanacağı yöntemi seçerken serbest olsa dahi tıp bilimince kabul edilen yöntemlerden yararlanmak zorundadır.¹³

⁸ Erman Erçeltik, “Özel Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk ABD, İzmir, 2011, s.131; Taşatan, s.32.

⁹ Erçeltik, s.32; Y 13.HD, E 2013/32755, K 2014/1498, 22.01.2014, <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay,E.T.07.12.2019>, “Dava, davacının tedavisini üstlenen davalı hastane ve istihdam ettiği doktorunun teşhis ve tedavi sırasındaki kusurları nedeniyle oluşan zararın giderilmesi isteğine ilişkindir. Borçlar Kanunu’nun vekâlet akdini düzenleyen 386 ve devamı maddeleri uyarınca “Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. Vekil vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur”.

¹⁰ Yücel, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hasta Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuksal İlişkinin Niteliği, s.226.

¹¹ Özge Yücel, “Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavramlar ve Özneler”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed. Özge Yücel /Gürkan Sert, Ankara, 2018, s.33.

¹² Hakeri, Tıp Hukuku, s.236.

¹³ Yenerer Çakmut, 2010, s.46; Brigitte Tag, “Tıp Ceza Hukukunda Özerklik, Rıza ve Etik”, Çeviren: Yener Ünver, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular”, C.3, S.2, 2006, s.193; Y.12.CD,

Tıbbi Deontoloji Nizannamesi madde 13'e göre; *"Tabip ve dış tabibi, ilmî icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muamele edilemez. Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır"*. Tıp bilimi sürekli gelişen ve değişen bir yapıya sahip olduğu için hekim bu gelişmeleri takip etmekle ve uygulamakla yükümlüdür.

Her tıbbi müdahalenin kendiliğinden bir müessir fiil olduğu kabul edilirse, bu müdahaleleri hukuka uygun kılacak hukuka uygunluk nedenlerine gereksinim duyulacaktır.¹⁴ Bütün ceza normları hukuki bir menfaati korur ve hukuk düzeni bir bütün olduğu için korunan menfaatle ilişkili bütün normların beraber değerlendirilmesi gerekir. Eğer ki fiil bir hukuk normu tarafından belirli bir amaç için meşru kabul edilebiliyorsa artık o fiilin hukuka aykırılığından söz edilemez.¹⁵

A- Hastanın ve/veya Yasal Temsilcisinin Aydınlatılmış Onamı

Tıbbi müdahalede hastanın rızası hem özel hukuk hem ceza hukuku bakımından önemli bir hukuka uygunluk nedenidir. Ancak rızanın geçerli olması için bir takım unsurların varlığı önem arz eder. Her şeyden önce verilen rızanın hukuka ve ahlaka aykırılık teşkil etmemesi gerekir. Rızayı verecek kişi de önemlidir çünkü rızayı veren kişinin temyiz kudretine sahip olması ve rızayı verirken iradesinin sakatlanmamış olması gerekmektedir.¹⁶ Bir diğer önemli husus da, rızanın ge-

E.2013/11225, K.2013/15909, 11.06.2013, <https://www.corpus.com.tr/#!/Yar-gitay>, E.T.07.12.2019, "Hasta tıbbi müdahale konusunda aydınlatılmış ve tıbbi müdahaleye rıza vermiş olsa dahi, aydınlatma ve rıza tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesinin ön şartı olup, hekim müdahalesi tıp biliminin gerektirdiği şekilde yapılmamış ise başka bir anlatımla tıbbi müdahale kusurlu bir şekilde yapılmış ise hekim doğan sonuçtan sorumlu olacaktır. Rıza ve aydınlatma, tıp biliminin gereklerine uygun kusursuz bir tıbbi müdahale için verilmiş olup, kusurlu müdahale hallerinde, ön koşullar gerçekleşmiş olsa dahi hekim yine de doğan zararlı sonuçtan sorumlu olacaktır. Hekime yüklenebilecek bir kusur olmamasına rağmen tıbbi müdahale başarısızlıkla sonuçlanmışsa, bu durumda da komplikasyon söz konusu olacağından, hekimin sorumluluğuna gidilemez".

¹⁴ Barış Erman, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara, 2003, s.28.

¹⁵ Yüksel Ersoy, "Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları", *TBB Dergisi*, S 53, 2004, s.169; Berna Özpınar, Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara, 2007, s.18.

¹⁶ Esra Dünder Aravacak, "Çocuklarda Aydınlatılmış Onam", *İzmir Barosu Dergisi*,

çerlilik unsuru olan ve hastanın neye rıza gösterdiğini bilmesini sağlayan “aydınlatma yükümlülüğü” yerine getirilmiş olmalıdır.¹⁷ Hizmet edimi ihtiva eden ilişkilerde, hizmeti ifa eden kişinin karşı tarafı aydınlatması gerektiği, bu tür ilişkilerin güven unsurunun ön plana çıktığı ilişkiler olması nedeniyle daima gündemde olan bir husustur.¹⁸ Hekim ile hasta arasındaki ilişki asil-vekil ilişkisi olup bu ilişki bilgi asimetrisi problemini içermektedir.¹⁹ İlişkinin niteliği gereği vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi, söz konusu ilişki bakımından hekimin hastasını aydınlatma yükümlülüğünü gündeme getirmektedir.²⁰

Hastanın kendi kaderini tayin etme hakkını kullanabilmesi için aydınlatılması şarttır. Günümüz hukuk sistemlerinde “Kim iyileştiriyorsa haklıdır” tezi geçerliliğini kaybetmiştir.²¹ Aydınlatılan hastanın iradesi hekimin sınırlarını oluşturur.²² Aydınlatılmış onam, hastaya bilgi aktarmanın haricinde bu bilgiyi anlaşılır kılma, hastanın sorularını yanıtlama, gerekiyorsa başkalarına danışmak için fırsat tanıyarak birlikte en doğru karara varma sürecidir.²³ Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği'nin düzenlediği III. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu

S.1, 2017, s.13.

¹⁷ Özpınar, s.24; Yener Ünver, “Türk Hukukunda Rıza”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular”, C 3, S 2, 2006, s.239.

¹⁸ Özlem Yenerer Çakmut, “Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam”, *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Sempozyum Bildirileri*, Mersin, 2009 s.7; Nermin Ersoy, “Aydınlatılmış Onam Öğretisinin Gelişimi”, *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi*, C 3, S 1, s.1.

¹⁹ Elif Akkaş, “Vekâlet Teorisi Çerçevesinde Hasta-Hekim İlişkisi Üzerine Bir Çalışma: Isparta İl Merkezi Hastaneleri Örneği”, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sağlık Yönetimi ABD*, Isparta, 2012, s.26.

²⁰ Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C 52, S 3, 2003, s.55.

²¹ Tag, s.194.

²² Rosenu Henning, “Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza”, Çeviren: Ali Kemal Yıldız, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular”, C.3, S.2, 2006, s.49; Yenerer Çakmut, 2009, s.7.

²³ Abdi Özasan, “Aydınlatılmış Onam”, *Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezaî Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi*, No.48, s.44; Hatice Betül Gemicci/Özlem Evrim Göksoy/Ahmet Doğan/Murat Doğan/Vefik Arıca, “Çocuklarda Aydınlatılmış Onamda Güncel Yaklaşımlar”, *Journal of Clinical and Experimental Investigations*, C 5, S 3, 2014, s.497.

Sonuç Bildirgesi'ne²⁴ göre; aydınlatılmış onamın dayandığı iki temel ilke vardır. Bunlar; güvene dayanan ilişki kavramı ile bireyin kendi hakkında karar verme hakkıdır.²⁵ Yine bu bildiriye göre, "Aydınlatma" ve "Onam" aydınlatılmış onam kavramının iki temel boyutudur. Buna göre aydınlatma; bilginin sunulmasını ve sunulan bilginin anlaşılmasını, onam ise gönüllülük ve yeterlilik öğelerini içeren temel özellikleri ifade eder.²⁶ Hastanın yeterliliği hastanın temyiz kudretine sahip olması demektir. Temyiz kudretine sahip olmak hastanın kendi geleceğini belirleyebilmesi için yaşının ve yaşına oranla akli düzeyinin yeterli olması anlamına gelir.²⁷

B-Rızanın Yerine Geçen Hukuka Uygunluk Sebepleri

Kişinin tıbbi müdahaleye açık bir rızası olmasa dahi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren bir takım durumlar da düzenleme altına alınmıştır. Bunlar müdahalenin gerçekleşmesinde üstün özel yararın veya üstün kamu yararının bulunduğu durumlardır.

1-Varsayımsal Rıza(Üstün Özel Yarar)

Hastanın kendisinden veya yasal temsilcisinden onam alınamadığı durumlarda, ikincil nitelikteki varsayımsal rıza hukuka uygunluk koşulu olacaktır.²⁸ Tıbbi müdahalenin varsayımsal rıza ile hukuka uygun olması bilinci kapalı hastalarda ve normal rızanın fiili nedenlerden ötürü alınamadığı durumlarda söz konusu olmaktadır.²⁹ İnsan Hakları ve

²⁴ III. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu "Yüksek Riskli Hastaya Yaklaşımın Etik ve Hukuksal Boyutları" Sonuç Bildirgesi, *Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni*, S.7-8, Ocak Temmuz 2009, s.22, www.teth.org.tr/bultenler/7.pdf , E.T.07.12.2019.

²⁵ Hamide Tacir, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul, 2011, s.111.

²⁶ Nesrin Çobanoğlu, "Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onam", *Sağlık Hukuku Digestası*, Y.1, S.1, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s.77; Yasemin N. Oğuz, "Psikiyatride Onam ve Aydınlatılmış Onam", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Tıp Fakültesi Deontoloji ABD, Ankara, 1994, s.66; III. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu "Yüksek Riskli Hastaya Yaklaşımın Etik ve Hukuksal Boyutları" *Sonuç Bildirgesi*, *Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni*, S.7-8, Ocak- Temmuz 2009, s.22, www.teth.org.tr/bultenler/7.pdf , ET 07.12.2019.

²⁷ Selda Yıldırım, "Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Yönetimi ABD, İstanbul, 2015, s.59.

²⁸ Henning, s.55.

²⁹ Nermin Ersoy/Müeser Özcan Şenses /Rahime Aydın Er, "Acil Tıp'ta Aydınlatılmış Onam", *Ulus Trauma Acil Cerrahi Dergisi*, C.16, S.1, 2010, s.4.

Biyotıp Sözleşmesi madde 8'e göre; *"Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakat alınmadığında, ilgili kişinin sağlığı için gerekli olan herhangi bir tıbbî müdahale derhal yapılabilir"*. Acil durum, kişiye derhal veya kısa süre içerisinde müdahale yapılmadığı takdirde kişinin hayatının tehlike altına gireceği, kalıcı bir eksiklik veya önemli bir hastalığa yakalanacağı hallerdir.³⁰ Bir durumun acil durum olarak kabul edilebilmesi ilk olarak, hastanın travma anı, ani bir hastalıktan dolayı karar veremeyecek durumda olması; ikinci olarak, hayatını tehdit eden bu durumun derhal müdahale gerektirmesi koşullarına bağlıdır.³¹ Hasta Hakları Yönetmeliği madde 24'e göre; *"Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbî müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir"*.

Hekim yapılmakta olan bir operasyon sırasında varsayımsal rızaya dayanarak ameliyatı genişletebilir ancak burada en önemli nokta müdahalenin genişletilmesinin hayati bir öneme sahip ve ertelenemez olmasıdır. Hasta Hakları Yönetmeliği madde 31'e göre; *"Hastaya tıbbî müdahalede bulunulurken yapılan işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek tıbbî zaruret hâlinde rıza aranmaksızın tıbbî müdahale genişletilebilir"*.

Varsayılan rızanın belirlenebilmesi için hastanın kendi kaderini belirlemeye yönelik daha önceden yaptığı açıklamaların da değerlendirilmesi gerekir.³² Hastanın varsayımsal rızasına dayanarak tıbbî müdahalede bulunulabilmesi için öncelikle hastanın iradesi olsaydı nasıl bir tercih yapacağı sorusunun cevabı aranmalı, zorunluluk durumlarında dahi hastanın daha önceden sahip olduğu iradesine saygı gösterilmeli ve müdahalede bulunulmamalıdır.³³ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi madde 9'a göre; *"Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınmalıdır"*.

³⁰ Hasan Tahsin Gökcan, *Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 2.Baskı, Ankara, 2014, s.207

³¹ Pelin Çavdar, "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.22, S.3, 2016, s.750.

³² Gökcan, s.211.

³³ Zafer Adem Gencer, *Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara, 2014, s.79.

Acil olamayan durumlarda hasta iradesini açıklayacak durumda değilse hastanın ayırt etme gücünü kazanması beklenmeli ya da hasta-ya temsil kayyımı atanmalıdır. Hasta sürekli olarak temsile ihtiyaç duyacaksa kendisine bir vasi atanmalıdır.³⁴ Aksi halde yapılan müdahale hukuka aykırı olacaktır.

2-Açlık Grevi ve Ölüm Orucundaki Hükümlüler

Açlık grevleri çoğunlukla isteklerini elde etmek için başka yolu kalmayan kişilerin başvurduğu bir protesto yolu olup, bu kişilerin belli bir süre beslenmeyi reddederek yetkililer üzerinde etki oluşturmayı ve bu etki sonucu belli kazanımlar edinmelerini amaçlamaktadır.³⁵ Açlık grevi ve ölüm orucu günümüzde anayasada yer verilen başka yollarla düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti kapsamında ele alınmaktadır.³⁶ Anayasamızın 26. maddesine göre; “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir”.

Genel kabule göre; protestoda amaç esasen hedefe ulaşmak değil, karşı tarafa bir mesaj iletilmesi olduğu için açlık grevi biçiminde ortaya çıkan protesto, belli sınırlar içinde meşru kabul edilirken belli bir noktadan sonra protestonun ölümle veya sakat kalmayla sonuçlanması göz önüne alınarak gayrı meşru kabul edilmektedir.³⁷ Türk hukukunda da konuya ifade özgürlüğüne saygı ve yaşam hakkını koruma dengesi içerisinde bakıldığından bilincini kaybetmiş hükümlü, tutuklu ve gözaltındaki kişilere acil ve zorunlu durumlarda müdahale edilebileceği sonucuna ulaşılmaktadır.³⁸ Nitekim Türk Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 82. maddesine göre;

³⁴ Yücel, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hasta Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuksal İlişkinin Niteliği, s.219.

³⁵ Gürçan Altun/Betül Uğur Altun, “Açlık ve Açlık Grevinin Klinik, Etik ve Hukuki Açından Değerlendirilmesi”, *Klinik Gelişim Dergisi Adli Tıp Özel Sayısı*, C22, 2009, s.144; Bedia Boran, “Açlık Grevi/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y.65, S.3, s.96.

³⁶ Metin Feyzioğlu, “Açlık Grevi”, *AÜHF Dergisi*, C43, S.1, 1993, s.158.

³⁷ Ahmet Taşkın, “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda Beslenmenin Reddi”, *TBB Dergisi*, S.62, 2006, s.236.

³⁸ Ömer Ömeroğlu, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında; Hükümlü, Tutuklu ve Gözaltındakilerin Açlık Grevi, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu”, *EÜHFHD*, C.15, S.3-4, 2011, s.83; Hasan Tahsin Gökcan, “Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması”, *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları*, Ed. Özge Yücel/Gürkan Sert, Ankara, 2018, s.171.

“(2) Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, birinci fıkra gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayatî tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhâl hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbî araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır.

(3) Yukarıda belirtilen hâller dışında, bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülerin sağlık veya hayatlarının ciddi tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı hâlinde de ikinci fıkra hükümleri uygulanır.

(5) Bu madde uyarınca hükümlülerin sağlıklarının korunması ve tedavilerine yönelik zorlayıcı tedbirler, onur kırıcı nitelikte olmamak şartıyla uygulanır”.

Bu maddeler kişinin tedaviyi durdurma, reddetme hakkını ve özerklik ilkesini ihlal ettiği için İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine aykırılık teşkil etmektedir.³⁹ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi madde 5’e göre; “Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir”. Hasta Hakları Yönetmeliği madde 25’e göre; “Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir.” Açlık grevi ve ölüm orucu hak arama, istekleri kabul ettirme yöntemi olarak kullanıldığı ve insan yaşamını ilgilendirdiği için hukukun, tıbbın ve tıp etiğinin alanına girmektedir.⁴⁰ Her iki alanda da tartışmalara neden olsa da tartışmalar daha çok tıp etiği alanında yoğunlaşmıştır. Kısa süreli ve sahte açlık grevleri çok büyük sorun olmamakla birlikte, uzun süreli açlık durumları sonu-

³⁹ Yücel, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hasta Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuksal İlişkinin Niteliği, s.221.

⁴⁰ Murat Sevinç, “Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak Açlık Grevleri”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C.57, S.1, 2002, s.112.

cu grevcilerin ölmeleri ya da kalıcı sağlık sorunlarıyla karşı karşıya kalmaları hekimlerin mesleki etik değerleriyle çatışmaktadır.⁴¹ Bu durumda önemli olan grevcinin gerçek niyetidir. Çünkü yaşama döndürülmeyi önceden açık bir biçimde reddetmiş olan bir grevcinin bilinci bozulduğu zaman “hastanın yararına davranma ilkesi” hekimi grevciyi yaşama döndürmeye sevk etse dahi “geçerli ve bilgilendirilmiş reddetmenin varlığı” ve “özerkliğe saygı ilkesi” hekimleri müdahaleden alıkoyar.⁴²

3-Üstün Kamu Yararı

Kişinin rızası olmaksızın yapılan bir tıbbi müdahalede üstün kamu yararı varsa müdahale hukuka uygun kabul edilecektir. Burada hukuka uygunluk sebebi kanunun verdiği bir yetkinin kullanılmasıdır.⁴³ Kanunun hastayı tedaviye mecbur etmesinin sebebi yeni mağdurlar yaratılmasının önlenmesidir ki bu durumda korunan yararlar arasında bir denge bulunmaktadır.⁴⁴ Türk Medeni Kanunu’nun 24/2. maddesinde; “*Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır*”. ifadesi yer almaktadır. Anayasamızın 17/2. maddesine göre; “*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz*”. Umumi Hifzısıhha Kanunu’nda yer alan maddeler “*kanunda yazılı haller*”e örnektir. Bu Kanun’un 67. maddesine göre; “*57 nci maddede zikrolunan sari ve salgın hastalıklar vakaları hakkında tetkikat yapan tabip bu tetkikatı kolaylaştırmak üzere hastanın yanına girmeye ve hastayı ve icabına göre evin sair sakinlerini muayeneye ve hastalığın sureti zuhur ve seyrine dair izahat ve malumat talebine salahiyyettardır. Bu hususta mümaneatı görülenler bu kanunda zikredilen ahkâmı mahsusa mucibince cezalandırılır*”. Aynı Kanun’un 284. maddesine göre; “*66 ve 67 inci maddelerde zikredildiği üzere sari hastalıklar hakkında tetkikatta bulunmağa salahiyyettar*

⁴¹ Altun/Uğur Altun, s.144.

⁴² Altun/Uğur Altun, s.144.

⁴³ Nebahat Kayaer, “Tıp Hukukunda Aydınlatılmış Onam Alınmama Halleri”, *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl 78, S3, s.156.

⁴⁴ Doğan Soyaslan, “Hekimlerin Ceza Hukuku Yönünden Sorumlulukları”, *Ankara Barosu Sağlık Hukuku Digestası*, Y1, S1, 2009, s.121.

memurlara muhalefet eden kimseler Türk Ceza Kanununun 195 inci maddesi mucibince cezalandırılır”.

Kişilik hakkına müdahale teşkil eden bir tıbbi müdahaleyi kanunda yazılı hallerde gerçekleştirmek gerekebildiği gibi mahkeme kararıyla gerçekleştirmek de gerekebilir. Bunlara örnek olarak kandaki alkol miktarının belirlenmesi amacıyla mahkemeler tarafından yapılmasına karar verilen tıbbi muayeneler, soybağına ilişkin davalarda soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlık yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemeler verilebilir.⁴⁵

II- TIBBİ MÜDAHALEDE ONAM HAKKININ TEMELLERİ

Onam hakkının koruduğu bir takım hukuki değerler vardır. Bunlar vücut bütünlüğünü koruma, özerklik hakkı ve tedaviyi durdurma ve reddetme haklarıdır.⁴⁶ Bu haklar birbirleriyle yakından ilişkili ve birbirlerini tamamlayan haklar olup hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının tıp hukukuna yansımalarıdır.⁴⁷ Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında; *“Aydınlatma yükümlülüğü, sadece hastanın özgür iradesinin korunmasına değil, aynı zamanda vücut bütünlüğünün korunmasına da hizmet eder. Bu durum, söz konusu yükümlülüğün kişilik hakkı temeline dayanmasından kaynaklanır, çünkü genel olarak kişilik hakkının korunması, hak sahibinin vücut bütünlüğüne yapılan müdahalelere serbest iradesiyle karar vermesini kapsar. Bu sebeple her iki değer birbirine ayrılmaz şekilde bağlıdır”*⁴⁸ ifadesine yer vermiştir.

A-Vücut Bütünlüğü

Vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı hakkı kişinin doğumundan ölümüne kadar geçecek süre içerisinde, vücut bütünlüğüne yönelik olarak bir başkasının ve hatta kendisinin gerçekleştireceği saldırılardan korunmasını esas alır.⁴⁹ Vücut bütünlüğü ile ifade edilmek istenen kişi-

⁴⁵ Zafer Kahraman, “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C7, S1, 2016, s.497.

⁴⁶ Ahmet Turla/Hülya Köprülü/Emine Şirin Karaaslan/Gözde Yüksel, “Aydınlatılmış Onam”, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi Dış Hekiliği Fakültesi Dergisi*, C.7, S.2, s.158.

⁴⁷ Tacir, s.107.

⁴⁸ Sabah Altay, “Tıbbi Müdahalede Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırı Davranışın Hukuki Sonuçları”, *Sağlık Hukuku’nda Dünyadaki Son Gelişmeler*, İstanbul, 2009, s.217.

⁴⁹ Yenerer Çakmut, 2009, s.1.

nin fiziksel ve ruhsal tamlığıdır ki bu tamlığa zarar verecek hareketler söz konusu hakkın ihlali olacaktır.⁵⁰ Bu hak ulusal ve uluslararası belgelerde açıkça düzenlenmiş olup Anayasamızın 17. maddesine göre; “Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz”. Kişiliğin korunmasını düzenleyen Türk Medeni Kanunu madde 23’e göre; “Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz”. Bu maddenin amacı kişiliği bizzat kişinin kendisinden gelen saldırılara karşı korumak olmayıp kişiliği oluşturan unsurların hak sahibi tarafından hukuki işlemlere konu edilmesini önlemek olduğundan, bir kimsenin kendi hayatına son vermesi bu maddenin kapsamına girmeyecektir.⁵¹ Ancak yaşama hakkı bağlamında, hastaların çekmekte oldukları acıyı sonlandırmak adına, kendi rızalarıyla hayatlarına son verilmesine ilişkin sözleşmelerin Türk Medeni Kanun madde 23’e göre geçerli olamayacağı açıktır.⁵²

B-Özerklik Hakkı

Özerklik kavramının tıp etiğine girmesi tesadüfi olmayıp, insan ilişkilerinin günümüzde vardığı noktanın bir sonucudur. Özellikle Batı toplumlarında insan hayatına ve kişilik haklarına verilen önem bu açıdan önemli bir çıkış noktası olmuştur.⁵³ İlk olarak Antik Yunan’da kullanılan ve Türkçe’ye özerklik olarak çevrilen otonomi kelimesi, tıp etiği açısından kişinin özgür iradesini ve özgür düşünme yeteneğini kullanarak kendi geleceği hakkında karar alması ve bu kararı aksiyona geçirmesi anlamına gelmektedir.⁵⁴

Aydınlatılmış onam, tıbbi etiğin temel ilkelerinden özerklik (otonomi) ilkesine dayanmaktadır.⁵⁵ Kişinin kendisiyle ilgili karar verme,

⁵⁰ Yenerer Çakmut, 2009, s.1.

⁵¹ Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükmeleri Kişiler Hukuku, 12.Baskı, İstanbul, 2015, s.361.

⁵² Mehmet Ayan/Nurşen Ayan, Kişiler Hukuku, 8.Baskı, Ankara,2016, s.107; Akipek/Akıntürk/Ateş, s.361

⁵³ Erdem Aydın, “Tıp Etiğinde Temel İlkeler”, www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/ekler/doc/ilkeler.doc, E.T.07.12.2019;Turla/Köprülü/Karaaslan / Yüksel, s.157.

⁵⁴ Tacir, s.108; Nermin Ersoy/Erdem Aydın, “Tıbbi Etik’te Özerklik ve Özerkliğe Saygı İlkesi”, *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi*, C2, S2, 1994, s.71.

⁵⁵ Murat Civaner/Cem Terzi, “Hastanın Kendi Kaderini Tayin Hakkı: Aydınlatıl-

özgür isteğini ve düşünme yeteneğini kullanarak verdiği bu özgür kararı eyleme dönüştürmesi ise özerklik ilkesinin bir sonucudur.⁵⁶ Tıp etiğinde hasta ve hekim arasındaki ilişkiyi düzenleyen temel ilkelerden birisi olan özerklik, hastanın bir kişi olarak kendi bedeni üzerinde tek egemen olduğunu ve istemediği müdahalelerin yapılmaması gerektiğini vurgulamaktadır.⁵⁷

Hasta özerkliği karar verme yeteneğine sahip olan hastaların tedavilerinin gidişatını kontrol etme yetkilerinin bulunması ve hastaların karar verme sürecine aktif olarak katılmaları anlamına gelir.⁵⁸ Bu bağlamda hekimin hasta üzerinde neleri, ne zaman, nasıl yapacağı ve bunun sınırının ne olduğu konusunda, hastanın doğru karar verebilmesi için hastayı “bilgilendirmesi”, başka bir ifadeyle, “aydınlatması” büyük bir öneme sahiptir. Hekim hastanın bu hakkını kullanarak yaptığı seçime özerkliğe saygı ilkesi gereği uymak zorundadır.⁵⁹

C-Tedaviyi Reddetme ve Durdurma Hakkı

Günümüzde hasta özerk bir birey olarak hasta-hekim ilişkisinin merkezinde yer almaya başlamıştır.⁶⁰ Artık hekimin uygulayacağı tıbbi müdahalenin zeminini hastanın aydınlatılmış onamı oluşturmaktadır.⁶¹ Hasta gerekli bilgiyi hekimden aldıktan sonra kendi geleceği hakkında karar verme hakkı bağlamında müdahaleye rıza göstermeyebilir, yani müdahaleyi reddedebilir ya da verdiği rıza üzerine başlanan müdahaleyi sonlandırabilir. Yaygın olan kullanımıyla, kişinin tıbbi tedaviyi kabul ettiğinin göstergesi haline gelmiş onamın, aynı zamanda tedaviyi reddetmeyi ve durdurmayı da içeren bir anlamı vardır.⁶² Hasta Hakları Yönetmeliği madde 25'e göre; “*Kanunen zorunlu*

muş Onam”, *Ulusal Cerrahi Dergisi*, C17, S2, 2001, s.83; Turla/Köprülü/Karaaslan/Yüksel, s.157.

⁵⁶ Yenerer Çakmut, 2010, s.60.

⁵⁷ Turla/Köprülü/Karaaslan/Yüksel, s.158.

⁵⁸ Tacir, s.109; Dott.Fabio Massimo Scaramuzzino, “İtalya’da Hekimlerin Sorumluluğu ve Bilgilendirilmiş Rıza”, Çeviren: Gülsüm Ayhan Aygörmmez, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, CIV, S2, 2009, s.30.

⁵⁹ Yenerer Çakmut, 2009, s.7.

⁶⁰ Tacir, s.109.

⁶¹ Henning, s.1; Yenerer Çakmut, 2009, s.7.

⁶² Selçuk Polat, “Tıpta Aydınlatılmış Onam ve Özerklik İlkesi”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İnsan Hakları

olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir”.

Bu hak çerçevesinde kişinin yaşama hakkının mı yoksa kendi kaderini belirleme hakkı bağlamında özerk iradesinin mi üstün tutulacağı süregelen tartışmalar arasındadır.⁶³ Günümüzde yaşama hakkı tek başına bir anlam ifade etmekten uzaklaşmış, kaliteli ölüm kavramının yaygınlaşmasıyla yaşamını yeterince nitelikli bulmayan kişilerin ölmek için profesyonel yardım alma eğilimi ortaya çıkmıştır.⁶⁴ Bu nedenle konuyu yaşam hakkını sonlandırmak isteyen kişinin duygu ve düşüncelerine göre değerlendirmek daha doğru olacaktır. Aksi halde yaşama hakkı kişiye bir mükellefiyet gibi yüklenmiş olacaktır ki bu da insanı en yüksek değer olarak gören ve onun değerlerini korumayı amaçlayan bir hukuk anlayışına ters düşecektir.⁶⁵

III- ONAMIN GEÇERLİLİK UNSURU OLARAK AYDINLATILMA

Amacı teşhis, tedavi ya da korumaya ilişkin olsa da, kişinin vücuduna yönelik tıbbi müdahalelerin hukuka uygun sayılabilmesi için kişinin onamı gerekmektedir. Onamının geçerliliği bakımından kişinin neye onam verdiğini bilmesi önem arz etmektedir ki bu bilme durumu da hastanın aydınlatılması ile mümkün hale gelir.⁶⁶ Aydınlatılmış

ABD, İstanbul, 2015, s.71; Çobanoğlu, s.76.

⁶³ Sibel İnceoğlu, “İnsan Hakları Bakımından Ötanazi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlginin Rızası ve Diğer Güncel Konular”, C3, S2, 2006, s.290.

⁶⁴ Yasemin Oğuz, “Yaşamın Sonlandırılmasına İlişkin İsteme ve Eyleme Üzerine Düşünceler”, *Türkiye Biyoetik Derneği VI. Tıp Etiği Kongresi: Biyoetikte Yeni Ufuklar*, İstanbul, 2010, s.21; Tacir, s.254; Selman Karakul, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı II”, *Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.4, S.7, 2017, s.51,52.

⁶⁵ Kudret Güven, “Ötanazi ve Kişilik Hakları”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2008, s.490; Soyaslan, s.119.

⁶⁶ Hayrunnisa Özdemir, “Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C12, S3-4, 2008, s.348; Ozanoğlu, s.62; Battal Yılmaz, “Aydınlatılmış Rıza”, *Sağlık Hukuku Digestası*, Y.1, S.1, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s.167; Hakan Hakeri, “Aydın-

olma kısaca hastanın neye anlaşma yaptığından haberdar olmasıdır.⁶⁷ Geniş anlamda hastanın aydınlatılması ise hastanın hastalığı, uygulanması planlanan tanı ve tedavi yöntemleri, diğer tedavi seçenekleri, meydana gelebilecek muhtemel sonuçları, söz konusu işlemlerin hasta üzerinde oluşturabilecek etkileri ve müdahalenin yapılmaması ya da ertelenmesi halinde söz konusu olabilecek sonuçları hakkında bilgilendirmesi olarak ifade edilebilir.⁶⁸ Hekimlik Meslek Etiği Kuralları madde 26'ya göre; *"Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır"*. Yargıtay'da birçok kararında rızanın varlığını yeterli bulmamış ve aydınlatılmış rızanın varlığını aramıştır.⁶⁹

A-Aydınlatmanın Amaçları ve Kapsamı

Hasta-hekim arasındaki güvene dayalı ilişkide güç paylaşımı çok önemli bir husustur. Hekim aydınlatma ile bir taraftan hastasıyla arasındaki güveni tesis ederken bir taraftan da hastanın tedaviyi kabul ya

latma ve Ceza Hukuku Bakımından Sonuçları", Ankara Barosu 6. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2015, s.25.

⁶⁷ Ersoy/Özcan/Aydın Er, s.3.

⁶⁸ Ozanoğlu, s.56; Özcan, s.39.

⁶⁹ Y 13. HD, E 2015/11729, K 2016/9861, 07.04.2016, [.](https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay, ET 07.12.2019,)

da reddederek kendi geleceğini belirleme hakkını kullanmasını sağlar.⁷⁰ Bu nedenle hastanın bilgilendirilmesi çok önemlidir. Bilgilendirme iki aşamadan oluşur. İlk aşama bilginin açıklanmasıdır ve bu aşamada hekim hastalığın teşhisi, tedavisi ve komplikasyonlarıyla alakalı önem arz eden her detayı hasta ile paylaşmalıdır.⁷¹ İkinci aşama bilginin hasta tarafından anlaşılmasıdır. Hasta tarafından anlaşılmayan aydınlatma hekimi sorumluluktan kurtarmaya yetmeyecektir.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü sadece tıbbi müdahale öncesine ait olmayıp müdahalenin tamamlanmasının ardından, hastanın sağlığının korunması için gerekli yaşam tarzı, kullanması gereken ilaçlar hakkında da bilgi verilmelidir.⁷² Hekim yararlılık ve zarar vermeme ilkesi bağlamında tıbbi müdahalenin faydalarını ve risklerini tartmalı, bu konuda hastayı bilgilendirerek yönlendirmeli, hastanın zararına olacak her türlü tıbbi girişimden uzak durmaya çalışmalı ve ayrıca müdahale sonrası hastanın iyileşme sürecini uygun bir şekilde yürütmelidir.⁷³ Hasta Hakları Yönetmeliği madde 15' e göre ;
"Hastaya;

- a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,
- b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,
- c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,
- ç) Muhtemel komplikasyonları,
- d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,
- e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,
- f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,
- g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir".

⁷⁰ Ozanoğlu, s.77; Tuğçe Oral, "Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümlülüğü", *Ankara Barosu Dergisi*, S2, 2011, s.189.

⁷¹ Gemici/Göksoy/Doğan/Doğan/Arıca, s.497.

⁷² Altay, s.227.

⁷³ Berna Arda/Serap Şahinoğlu Pelin, "Tıbbi Etik: Tanımı, İçeriği, Yöntemi ve Başlıca Konuları", *Ankara Tıp Mecmuası*, C48, 1995, s.330.

Hastanın aydınlatılması yükümlülüğünün temelini tedavinin riskleri hakkında bilgilendirilmesi oluşturduğu için hasta, kendisine uygulanacak müdahalenin tüm olası riskleri konusunda aydınlatılmalıdır.⁷⁴ Bu riskler yapılan müdahaleye bağlı olarak tıp bilimi ve deneyimlerine göre bilinen ya da bilinmesi mümkün olan risklerdir.⁷⁵

Aydınlatmanın kapsamı her somut olaya göre farklılık arz edecek, müdahalenin zorunluluğu, aciliyeti ve rizikonun ağırlığına göre aydınlatma genişleyecektir.⁷⁶ Örneğin basit bir soğuk algınlığında aydınlatmanın kapsamı daha dar tutulabilecekken cerrahi müdahale gerektiren bir durumda aydınlatmanın kapsamı daha da genişletilecektir. Aciliyet durumunun bulunmadığı ve müdahalenin büyük riskler taşıdığı hallerde hekim hastayı farklı alternatiflerden yararlanma, önlemler alma konusunda daha yoğun ve ayrıntılı aydınlatma yükümlülüğü altında olacakken, aciliyet durumu söz konusu ise aydınlatmanın kapsamı daraltılacaktır.⁷⁷

Aydınlatma yükümlülüğünün tamamen ortadan kalktığı bazı haller de mevcuttur. Bu haller; hastanın açıkça aydınlatılmayı istememesi, hastanın kendisine uygulanması düşünülen tıbbi müdahale ile ilgili zaten bilgi sahibi olması ve hastanın bilincinin kapalı olup acil müdahalede bulunulmasında hastanın üstün yararının olması durumlarıdır.⁷⁸

B-Aydınlatmanın Yükümlüsü ve Muhatabı

Hastayı bilgilendirme ve aydınlatma hekimin hastaya karşı yükümlülüklerindedir. Hekim ile hasta arasında güven ilişkisi olması yanında hekim hastaya karşı bir hizmeti ifa eden kişi durumundadır.⁷⁹ Hekimin bu hizmeti uzmanlık gerektiren ve yönetmeliklerle özel olarak düzenlenen bir ifa olduğu için sorumluluk bakımından daha ağır şartlara tabidir. Günümüzde sağlık sistemlerinde hasta merkezli paradigma değişikliği, hastaların haklarını daha fazla arama eğilimi, yasal düzenlemeler ve tıbbi alanda meydana gelen hızlı teknolojik ilerleme-

⁷⁴ Yenerer Çakmut, 2009, s.13.

⁷⁵ Yenerer Çakmut, 2009, s.14.

⁷⁶ Doğan, s.145; Yenerer Çakmut, 2009, s.11.

⁷⁷ Yenerer Çakmut, 2009, s.15.

⁷⁸ Yenerer Çakmut, 2009, s.16.

⁷⁹ Tacir, s.111.

ler neticesinde hasta beklentilerinde artış gerçekleşmiştir. Bu süreçte malpraktis dava sayılarında da ciddi artışlar olmuştur. Hekimlerin haklarında dava açılması kaygısı, tanıyı koyamama endişesi, hasta yakınlarının şiddetine hedef olma, şikâyet edilme, yönetimden gelecek baskılar gibi nedenlerle, sorumluluğu üzerlerinden atma çabası, hastaya doğrudan müdahale etmek yerine, öncelikle kendilerini koruma anlayışı geliştirmelerine yol açmıştır. Bu anlayış değişikliği ile hekimler aydınlatılmış onama doğru yönelmişler, hastayı teşhis ve tedavi sürecine daha fazla katarak hekimlik uygulamalarında kendi güvenliklerini ön plana çıkarmaya başlamışlar, özellikle aydınlatılmış onam formlarını doldurma konusunda daha fazla özen göstermişlerdir. Ancak bu formlar aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispatı konusunda tek başlarına yeterli değildir. Bu noktada üzerinde durulması gereken husus; hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinin ispatının hastaya değil hekime ait olmasıdır.⁸⁰ Bunun temelinde hekimliğin uzmanlık gerektiren bir meslek olması ve bu ilişkide hekimin güçlü, hastanın güçsüz tarafı oluşturması yatmaktadır.

Hekim aydınlatma yükümlülüğünü bizzat yerine getirmelidir.⁸¹ Bu yükümlülüğü kendisi yerine getirmeyip bir başka meslektaşına bıraktığı durumlarda bunun rizikosuna kendisi katlanır.⁸² Hasta Hakları Yönetmeliği madde 18/2'ye göre; *"Hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbi müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir. Bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık meslek mensubunun farklı olmasını zorunlu kılan durumlarda, bu duruma ilişkin hastaya açıklama yapılmak suretiyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık meslek mensubu tarafından bilgilendirme yapılabilir"*.

Tıbbi müdahaleler kişinin vücut bütünlüğüne yönelik, bireyin kişilik haklarıyla ilişkili müdahalelerdir. Bu nedenle tıbbi müdahalelerin hukuka aykırı nitelik arz etmemesi, hukuka uygun icra edilmelerine bağlıdır. Hukuka uygunluk sebeplerinden en önemlisi de rızadır.

⁸⁰ Y.4.H.D, E.1976/6297, K.1977/2541, 07.03.1977, [https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay,ET07.12.2019,..davalı hekimin aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde bildirdiğini ispat edemediğine göre..](https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay,ET07.12.2019,..davalı%20hekimin%20aydınlatma%20görevini%20yerine%20getirdiğini,%20bütün%20veri%20ve%20sonuçları%20tıp%20bilimine%20uygun%20olarak%20davacının%20anlayacağı%20biçimde%20bildirdiğini%20ispat%20edemediğine%20göre..)

⁸¹ Hakeri, Tıp Hukuku, s.311.

⁸² Yücel, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hasta Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuksal İlişkinin Niteliği, s.203; Yenerer Çakmut, 2009, s.20.

Özerklik ilkesi ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında bu rızayı verme yetkisi bizzat hastanın kendisinde olsa da rızanın geçerli olabilmesini bu rızayı veren kişinin rıza ehliyetine sahip olup olmaması da etkilemektedir.⁸³ Aydınlatılmış onamın aydınlatma ve onam olarak iki yönü olduğundan daha önce bahsetmiştik. Aydınlatma kısmı bilginin aktarılması ve anlaşılmasından oluşurken, onam kısmı da yeterlilik ve gönüllülük unsurlarını zorunlu kılar. Yeterlilik hastanın ehliyetiyle ilgili bir durumdur. Türk Medeni Kanun madde 16'ya göre; “*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*”. Vücut bütünlüğü kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olsa da hasta-hekim arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olduğu ve bu ilişkinin tarafı olan hastanın ücret ödeme yükümlülüğü altına gireceği varsayılmakta, her ne kadar ayırt etme gücüne sahip olsa da küçüğün yasal temsilcilerinin rızası olmadan kendi işlemleriyle borç altına giremeyeceği ileri sürülmektedir.⁸⁴

Çocuklar hem ruhsal hem de fiziksel olarak gelişimlerini tamamlamamış olduklarından anlama ve karar verme yetenekleri tam değildir.⁸⁵ Bu nedenle, çocuklarla ilgili kararların verilmesi sürecinde, çocukların sahip oldukları hakların yasal temsilcileri aracılığı ile kullanılması söz konusudur. Bu süreçte belirleyici ölçüt, aile yararı kavramıyla özdeş tutularak genellikle yetişkinler arasında bir tahakküm unsuru olarak görülen ve günümüzde çocukla ilgili bütün işlerde gözetilmesi gereken bir ilke olarak yerini alan “çocuğun üstün yararı” kavramı olacaktır.⁸⁶ Bağlayıcı olarak ilk kez 1989 BM Çocuk Hakları

⁸³ Esra Dünder Aravacık, “Çocuklarda Aydınlatılmış Onam”, *İzmir Barosu Dergisi*, 2017, S.1, s.13; Erçeltik, s.78.

⁸⁴ Zarife Şenocak, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C50, S4, 2001, s.70.

⁸⁵ Aravacık, s.25.

⁸⁶ Özge Yücel, *Çocuğun Kayyum Tarafından Temsili*, Ankara, 2011, s.40; Y 2.HD, E 2015/1170, K 2015/9552, 07.05.2015, <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargıtay,ET07.12.2019>, “Ana babanın çocuklarla ilgili karar alırken onların menfaatlerini ve üstün yararlarını göz önünde tutmaları asıldır. Buna aykırı bir tutum haklı görülemez. Küçüğe yapılacak müdahalenin amacı, niteliği ve sonuçları ile yapılmaması halinde ortaya çıkabilecek tehlikeler konusunda aydınlatıldıkları halde ana ve babanın haklı bir sebep göstermeksizin müdahaleye karşı çıkmaları durumunda çocuğun üstün yararı esas alınarak müdahalenin gerekli olup olmadığına karar verilmelidir”.

Sözleşmesi madde 3’de “*Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yüksek yararı temel düşüncedir.*” şeklinde düzenlenen bu kavram çocuğun hak ve yükümlülüklerinin genişletip sınırlandırılmasında kullanılan en temel kriter halini almıştır.⁸⁷ Ancak içeriğinin ve uygulamada neyin çocuğun yararına olduğunun belirlenmesi bakımından yeterince zor olan bu kavram çocuğun iradesi ile başkalarının çocuk için faydalı bulduğu şeyler çatıştığında iyice karmaşık bir hal almaktadır.⁸⁸

Çocukların karar sürecine katılmalarına imkân verilmesi gerektiği başta Çocuk Hakları Sözleşmesi ve İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi olmak üzere birçok sözleşmede yer almaktadır. Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 12’ye göre; “*Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar*”. Hasta Çocuklar Bildirgesi⁸⁹ madde 4/1’e göre; “*Tıpkı ebeveynleri gibi çocuklar da, yaşları ve kavrayışları paralelinde bilgilendirilme hakkına sahiptir*”. İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi madde 6/2’ye göre; “*Kanuna göre bir müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunabilir. Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınacaktır*”.

Sonuç olarak ebeveynlerin çocukları için her zaman en yararlı ve güzel olanı tercih etmek isteyeceği su götürmez bir gerçek olsa da yetkin kabul edilen çocuktan da onam alınmalı ve bunun için tanı, tedavi süreci, tedavinin içeriği çocuğun anlayabileceği tarzda, yaşına uygun olarak basit ve kısa bir şekilde anlatılmalıdır.⁹⁰ Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar yasal temsilcileriyle birlikte aydınlatılacakken,

⁸⁷ Yücel, 2011, s.41,42.

⁸⁸ Özge Yücel, “Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi”, *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.2, 2013, s.118.

⁸⁹ Avrupa Hastanede Bulunan Çocuklar Birliği’nin 1988 Leiden’ de yaptığı 1. Konferansında ortaya koyduğu Bildirge 2001 yılında Brüksel de yapılan 7. Konferansta yeniden düzenlenerek yayımlanmıştır.

Mustafa Sütlaş, <https://bianet.org/biamag/saglik/79515-hasta-cocuklar-bildirgesi>, ET 07.12.2019.

⁹⁰ Gemici/Göksoy/Doğan/Doğan/ Arıca, s.501.

tam ehliyetsizler bakımından sadece yasal temsilcilerinin aydınlatılması yeterli olacaktır.⁹¹

C-Aydınlatmanın Usulü

Aydınlatmanın yeri kişinin mahremiyet ve özerklik hakkını ihlal etmeyecek şekilde belirlenmelidir.⁹² Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliği madde 18/6' ya göre; *"Bilgilendirme uygun ortamda ve hastanın mahremiyeti korunarak yapılır"*.

Aydınlatmanın tıbbi müdahaleden önce yapılması kesin olmakla birlikte zamanı hakkında kanunda açık bir hüküm yer almamakta, uygun zamanın belirlenmesinde somut olay göz önüne alınmaktadır.⁹³ Ancak her halde bu zaman uygulanacak tıbbi müdahalenin türüne ve risklerine göre hastanın anlama, seçenekleri değerlendirme yeterliliğine sahip olduğu, üçüncü kişilere ve yakınlarına danışma imkânı bulabileceği boyutta olmalıdır.⁹⁴

Aydınlatmanın şekliyle alakalı yasal bir düzenleme bulunmayıp, aydınlatmanın yazılı yapılması ispat açısından hekime kolaylık sağlamaktadır.⁹⁵ Ancak yazılı formların kesin belge niteliğine sahip olmayıp, hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde değerlendirildiği göz önüne alındığında; bu formlar tek başına hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispatlamaya yetmeyecektir.⁹⁶ Aydınlatma bilginin sunulması ve anlaşılmasını içeren iki yönlü bir mekanizmaya sahip olduğundan asıl önem arz eden husus bilginin hasta tarafından anlaşılmasıdır. Hasta Hakları Yönetmeliği madde 18'e göre; *"Bilgi, mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verilir"*. Aydınlatma yükümlülüğü hekime ait olduğu için hekim hastası için her kolaylığı sağlayarak anlama sürecini kolaylaştırmalı, gerekiyorsa tercüman tutmalı, hastanın herhangi bir engeli varsa ona uygun şekilde hasta ile iletişime geçmelidir.⁹⁷

⁹¹ Ozanoğlu, s.72.

⁹² Yücel, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hasta Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuksal İlişkinin Niteliği, s.208.

⁹³ Ozanoğlu, s.61; Yenerer Çakmut, 2009, s.21.

⁹⁴ Özpınar, s.25; Ozanoğlu, s.73; Gökcan, s.189.

⁹⁵ Oral, s.193; Erçeltik, s.71; Gökcan, s.199; Gerfried, s.10; Yenerer Çakmut, 2009, s.21.

⁹⁶ Erçeltik, s.71.

⁹⁷ Polat, s.80; Gökcan, s.200; Y 13. HD, E 2015/11729, K 2016/9861, 07.04.2016,

IV- ONAM EHLİYETİ VE ONAMIN ŞEKLİ

Onam, gönüllülük ve yeterlilik unsurlarını içermelidir.⁹⁸ Gönüllülük hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı bağlamında her türlü baskıdan uzak, kendi özgür iradesiyle tıbbi müdahaleye rıza göstermesi, ya da tıbbi müdahaleyi durdurması ve reddetmesini ifade ederken yeterlilik hastanın fiil ehliyetidir. Onamın geçerli olabilmesi için kişinin karar verme yeterliliğine sahip olması önem arz eder.⁹⁹ Karar verebilme yeterliliği, kişinin sunulan bilgileri kavrayabilmesini, bu bilgileri değerlendirerek sağlıklı sonuçlara varabilme kabiliyetine sahip olmasını temel alan geniş bir kavramdır.¹⁰⁰ Yetersizlik ise belli bir eylemi gerçekleştirmek ve kendi yasal rolünü üstlenmek için yeterli zihinsel kapasiteye sahip olmama halidir.¹⁰¹

Konumuz bakımından önemli hususlardan biri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeterliliğine sahip ancak henüz reşit olmamış kişinin rızasının geçerli olup olmayacağıdır. Türk Medeni Kanunu madde 16'ya göre; *"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"*. Benzer bir düzenleme 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun' un "Ahkamı Umumiye" başlıklı 70'nci maddesinde; *"Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahti hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar"* şeklinde yer almaktadır. Ancak ebeveynlerin velayetleri altındaki çocuklarının menfaatlerini göz önünde tutarak, onlar adına en doğru kararı alıp uygulayacaklarını kabul eden bu düzenlemeler her zaman çocuğun menfaatlerine ve üstün yararına uygun düşmemektedir.

[https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay, ET 07.12.2019, "Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir"](https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay, ET 07.12.2019,).

⁹⁸ Oğuz, s.66.

⁹⁹ Birgül Tüzün/İmdat Elmas/Erdem Akkay, "Çocuklara Yönelik Tıbbi Girişimlerde Etik Bir Sorun: Onam", III. Tıbbi Etik Sempozyumu Bildirileri, Ankara, 1998, s.189.

¹⁰⁰ Tüzün/Elmas/Akkay, s.190.

¹⁰¹ Gemici/Göksoy/Doğan/Doğan, s.495.

Bu hususta T.C.Kamu Denetçilik Kurumu'nun 31/ 12/ 2015 tarihli Tavsiye Kararı¹⁰² na değinmek yerinde olacaktır. Şikâyete konu olan olayda şikâyetçi, 18 yaşından küçük olduğu ve yanında velisi olmadığı için Ağız ve Diş Sağlığı Merkezinde kendisine barkod verilmeyerek kayıt aşamasına geçilmediğinden sağlık hizmeti alamamış bu nedenle mağdur olmuştur. Kararın hukuka ve hakkaniyete uygunluğunun değerlendirildiği kısımda, herkesin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na göre yaşama maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme dolaısıyla sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı olduğu ve bu hakkın hem erişkinlere hem de çocuklara tanınarak bu çerçevede devlet tarafından çocuklara ve erişkinlere sağlık hizmeti verilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Küçüğe yapılacak tıbbi bir müdahale kural olarak yasal temsilcisinin izniyle yapılabilecek olsa da; kararda Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne gönderme yapılarak "çocuğun yüksek menfaati" nin öncelikli olarak benimsenmesi gerektiği ve çocukla ilgili her türlü kararda onun üstün yararının esas tutulması gerektiği üzerinde durulmuştur.

Vücut bütünlüğünü ihlal eden ve özellikle ağır riskler taşıyan tıbbi müdahalelerde küçüğün rızası yanında yasal temsilcisinin de rızasının aranmasının temelinde küçüğün korunması ilkesi yer almaktadır.¹⁰³ Ancak bu korumanın hekimlik mesleğinin gereği olarak, hekim tarafından zaten gözetilmek zorunda olduğu dikkate alındığında bir anlam ifade etmeyeceği açıktır.¹⁰⁴ Hasta Hakları Yönetmeliği madde 24'e göre; "Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz. Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır". Çocukların sürece katılma yeterliliklerini yaş esasına göre tespit etmek birçok hukuk düzeni ta-

¹⁰² <http://www.kdkcocuk.gov.tr/anasayfa/cocuk-kararlar/15-yasini-dolduran-cocugun-tek-basina-saglik-hizmeti-alma-hakki.pdf>, ET 07.12.2019.

¹⁰³ Şenocak, s.75; Aravacık, s.31.

¹⁰⁴ Şenocak, s.76.

rafından uygun görülse de bunun mutlak bir kural gibi ve koşulsuz uygulanması çocukların kişilik haklarının sınırlanması anlamına geleceği için her somut olayda çocuğun durumuna göre değerlendirme yapılması daha doğru olacaktır.¹⁰⁵

Kanunun öngördüğü istisnalar dışında onamın geçerliliği için bir şekil şartı aranmamıştır. Onamın yazılı şekilde alınması hekime ispat açısından kolaylık sağlasa da her zaman hekimi sorumluluktan kurtarmaya yetmeyecektir. Çünkü hastanın rıza göstermesi tek başına tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyecek, bu rızanın hastanın aydınlatılmış iradesine dayanıp dayanmadığı önem arz edecektir.¹⁰⁶ Bu nedenle hastanın anlayabileceği şekilde hastanın tıbbi müdahale ve riskler konusunda aydınlatılması hekim için bir yükümlülüktür.

Hasta Hakları Yönetmeliği madde 28'e göre; *"Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir"*. Onamın geçerliliği bakımından şekil şartı arayan başlıca mevzuatlar ve ilgili maddeler şunlardır:

- Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair 1219 sayılı Kanun madde 70; *"Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır."*
- Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun madde 5; *"On sekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur"*.
- Türk Medeni Kanunu madde 23/3; *"Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür"*.

¹⁰⁵ Aravacık, s.25.

¹⁰⁶ Ozanoğlu, s.62; Gemici/Göksoy/Doğan/Doğan/ Arıca, s.497.

SONUÇ

İnsan ve toplum ilişkilerinde olduğu gibi tıp hukuku alanında da bir takım etik ilkelerin varlığı kaçınılmazdır. Özellikle son yıllarda tıp alanında yaşanan gelişmelerde etik ilkelerin varlığı ve tartışması bir hayli önemli hale gelmiştir. Günümüz tıp etiğinde genel olarak dört ilkenin varlığından söz edilebilir. Bunlar “yararlılık”, “zarar vermeme”, “özerkliğe saygı” ve “adalet” ilkeleridir. Hekimin başkalarına yardım etmesini ve yararlı olmasını yükümlülük durumuna getiren yararlılık ilkesi, zarar vermeme ilkesi ile birbirlerini tamamlayıcı niteliktedir. Ancak bireyi öne çıkararak hekimin yararlılık ve zarar vermeme yükümlülüğünü geri plana atan “özerkliğe saygı ilkesi” çerçevesinde hekim, hastasının yalnızca tıbbi yönden yararını öngörmeyecek; ona özerk bir kişi olmasından kaynaklanan haklarını da kullanabilme imkânı tanıyacaktır. Hekimin uygulayacağı tedavinin sınırlarını artık hekim değil hastanın özgür iradesi oluşturacaktır. Ancak bu iradenin oluşmasında yol gösterici olacak kişi yine hekim olacaktır. Hekimin hastasını aydınlatması yani; hastanın hastalığı, uygulanması planlanan tanı ve tedavi yöntemleri, diğer tedavi seçenekleri, söz konusu işlemlerin hasta üzerinde oluşturabileceği etkiler ve müdahalenin yapılmaması ya da ertelenmesi halinde söz konusu olabilecek sonuçlar hakkında hastayı bilgilendirmesi hekimin yükümlülükleri arasındadır. Hasta ancak bu aydınlatma sonucu geçerli bir irade ortaya koyabilecektir.

Kişinin özerklik ilkesi ve kendi kaderini belirleme hakkı çerçevesinde özgür iradesinin geçerliliği için aydınlatılmış olmasının yanında bir de bu iradenin yeterlilik unsurunu içermesi gerekmektedir. Rızayı veren kişinin temyiz kudretine sahip olması ve rızayı verirken iradesinin sakatlanmamış olması rızanın geçerliliği bakımından büyük önem taşımaktadır. Kişinin temyiz kudretine sahip olmaması ya da rıza verecek durumda bulunmaması halleri ilgili kanunlar, yönetmelikler ve doktrindeki görüşler çerçevesinde çalışmada detaylı bir şekilde incelenmiştir. Hastanın tıbbi müdahaleye rızasının geçerli bir rıza olup olmadığı somut olay üzerinde gerekli şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine göre belirlenecektir. Aksi halde kişinin vücut bütünlüğünün ihlali kanuna aykırı olup söz konusu müdahale hem hukuki hem de cezai sorumluluklar doğuracaktır.

Kaynakça

- Akipek Jale/Akıntürk Turgut/Ateş Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 12. Baskı, İstanbul, 2015
- Akkaş Elif, "Vekâlet Teorisi Çerçevesinde Hasta-Hekim İlişkisi Üzerine Bir Çalışma: Isparta İl Merkezi Hastaneleri Örneği", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sağlık Yönetimi ABD, Isparta,2012
- Altay Sabah,"Tıbbi Müdahalede Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırı Davranışın Hukuki Sonuçları",Sağlık Hukuku'nda Dünyadaki Son Gelişmeler, İstanbul, 2009, s.215-229
- Altun Abdurrahim,"Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C1, S1, 2018, s.37-52
- Altun **Gürcan/Uğur** Altun Betül, "Açlık ve Açlık Grevinin Klinik, Etik ve Hukuki Açından Değerlendirilmesi", *Klinik Gelişim Dergisi*, Adli Tıp Özel Sayısı, C22, 2009, s.141-147
- Aravacı Esra Dünder, "Çocuklarda Aydınlatılmış Onam", *İzmir Barosu Dergisi*, 2017, S1, s.11-51
- Arda Berna/Şahinoğlu Pelin Serap, "Tıbbi Etik: Tanımı, İçeriği; Yöntemi ve Başlıca Konuları", *Ankara Tıp Mecmuası*, C48, 1995, s.323-336
- Ayan Mehmet/Ayan Nursen, Kişiler Hukuku,8.Baskı, Ankara, 2016
- Aydın Erdem, "Tıp Etiğinde Temel İlkeler", www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/ekler/doc/ilkeler.doc, ET 07.12.2019
- Badur Emel, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Ankara, 2017
- Boran Bedia, "Açlık Grevi/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım", *Ankara Barosu Dergisi*, Y 65, S 3, s.96-104
- Civaner Murat/Terzi Cem, "Hastanın Kendi Kaderini Tayin Hakkı: Aydınlatılmış Onam", *Ulusal Cerrahi Dergisi*, C17, S2, 2001, s.82-91
- Çavdar Pelin, "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C22, S3, 2016, s.735-764
- Çilingiroğlu Cüneyt, Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul, 1993
- Çobanoğlu Nesrin, "Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onam", *Sağlık Hukuku Digestası*, Y1, S1, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s.70-87
- Erçeltik Erman, "Özel Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk ABD, İzmir, 2011
- Erman Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara, 2003

- Ersoy Nermin/Aydın Erdem, "Tıbbi Etik'te Özerklik ve Özerkliğe Saygı İlkesi", *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi*, C2, S2, 1994, s.71-74
- Ersoy Nermin/Özcan Şenses Müeser/Aydın Er Rahime, "Acil Tıp'ta Aydınlatılmış Onam", *Ulus Trauma Acil Cerrahi Dergisi*, C16, S1, 2010, s.1-8
- Ersoy Yüksel, "Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları", *TBB Dergisi*, S53, 2004, s.161-189
- Feyzioğlu Metin, "Açlık Grevi", *AÜHF Dergisi*, C43, S1, s.157-168
- Gemici Hatice Betül/Göksoy Özlem Evrim/Doğan Ahmet/Doğan Murat/Arıca Vefik, "Çocuklarda Aydınlatılmış Onamda Güncel Yaklaşımlar", *Journal of Clinical and Experimental Investigations*, C5, S3, 2014, s.496-503
- Gencer Zafer Adem, *Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara, 2014
- Gerfried Fischer, "Hekimim Aydınlatma Yükümlülüğü", Çeviren: Efe Direnisa, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular", C3, S2, 2006, s.3-17
- Gökcan Hasan Tahsin, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 2.Baskı, Ankara, 2014
- Gökcan Hasan Tahsin, "Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması", Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed. Özge Yücel/Gürkan Sert, Ankara, 2018, s.155-189
- Güven Kudret, "Ötenazi ve Kişilik Hakları", II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2008, s.485-493
- Hakeri Hakan, "Aydınlatma ve Ceza Hukuku Bakımından Sonuçları", Ankara Barosu 6. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2015, s.25-37
- Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, 16.Baskı, Ankara, 2019
- Hakeri Hakan, "Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Rıza Alınması", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular", C3, S2, 2006, s.31-49
- Henning Rosenu, "Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza", Çeviren: Ali Kemal Yıldız, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular", C3, S2, 2006, s.49-59
- <http://www.kdkcocuk.gov.tr/anasayfa/cocuk-kararlar/15-yasini-dolduran-cocugun-tek-basina-saglik-hizmeti-alma-hakki.pdf>, E.T.07.12.2019
- III.Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu "Yüksek Riskli Hastaya Yaklaşımın Etik ve Hukuksal Boyutları" Sonuç Bildirgesi, *Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni*, S7-8, Ocak_Temmuz 2009, s.22, www.teth.org.tr/bultenler/7.pdf, E.T.07.12.2019

- İnceoğlu Sibel, "İnsan Hakları Bakımından Ötenazi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular", C3, S2, 2006, s.289-307
- Kahraman Zafer, "Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C7, S1, 2016, s.479-510
- Kayaer Nebahat, "Tıp Hukukunda Aydınlatılmış Onam Alınmama Halleri", *İzmir Barosu Dergisi*, 2013, S3, s.147-169
- Oder Bertil Emrah, "Hak ve Özgürlükler Temelinde Ötenazi: Anayasa Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme", *Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötenazi*, Derleyen: Nur Centel, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Disiplinler arası Hukuk Çalışmaları Serisi, No.1, İstanbul, 2011, s.1-26
- Oehler Wolfgang, "Doktorun Sorumluluğu Bağlamında Hastanın Doktor Tarafından Aydınlatılması ve Bunun Hastanın Rızasıyla İlişkisi Hakkında Düşünceler", Çeviren: Yener Ünver, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, CIV, S2, 2009, s.15-29
- Oğuz Yasemin Neyyire, "Psikiyatride Onam ve Aydınlatılmış Onam", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Tıp Fakültesi Deontoloji ABD, Ankara, 1994
- Oğuz Yasemin, "Yaşamın Sonlandırılmasına İlişkin İsteme ve Eyleme Üzerine Düşünceler", Türkiye Biyoetik Derneği VI. Tıp Etiği Kongresi: Biyoetikte Yeni Ufuklar, İstanbul, 2010
- Oral Tuğçe, "Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü", *Ankara Barosu Dergisi*, S2, 2011, s.185-210
- Ozanoğlu Hasan Seçkin, "Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C52, S3, 2003, s.55-77
- Ömeroğlu Ömer, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında; Hükümlü, Tutuklu ve Gözaltındakilerin Açlık Grevi, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu", *EÜHFD*, C15, S.3-4, 2011, s.83-110
- Özaslan Abdi, "Aydınlatılmış Onam", *Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi*, Sempozyum Dizisi, No.48, s.43-54
- Özdemir Hayrunnisa, "Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C12, S3-4, 2008, s.348-379
- Özpinar Berna, *Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları*, Ankara, 2007
- Polat Selçuk, "Tıpta Aydınlatılmış Onam ve Özerklik İlkesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İnsan Hakları ABD, İstanbul, 2015

- Scaramuzzino Dott.Fabio Massimo, "İtalya'da Hekimlerin Sorumluluğu ve Bilgilendirilmiş Rıza", Çeviren: Gülsüm Ayhan Aygörmez, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, CIV, S2, 2009, s.29-43
- Sevinç, Murat, "Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak Açlık Grevleri", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C.57, S.1, s.111-135
- Soyaslan Doğan, "Hekimlerin Ceza Hukuku Yönünden Sorumlulukları", Ankara Barosu Sağlık Hukuku Digestası, Y1, S1, 2009, s.119-138
- Sütlaş Mustafa, *Hasta ve Hasta Yakını Hakları*, İstanbul, 2000
- Şenocak Zarife, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C50, S4, 2001, s.65-80
- Tacir Hamide, *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, İstanbul, 2011
- Tag Brigitte, "Tıp Ceza Hukukunda Özerklik, Rıza ve Etik", Çeviren: Ünver, Yener, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular", C3, S.2, 2006, s.187-205
- Taşatan Caner, "Tıbbi Kayıtlar", *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk ABD, İstanbul, 2015
- Taşkın Ahmet, "Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda Beslenmenin Reddi", *TBB Dergisi*, S.62, 2006, s.230-261
- Turla Ahmet/Köprülü Hülya/Karaaslan Emine Şirin/Yüksel Gözde, "Aydınlatılmış Onam", *Ondokuz Mayıs Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesi Dergisi*, C7, S2, s.157-163
- Tüzün Birgül/Elmas İmdat/Akkay Erdem, "Çocuklara Yönelik Tıbbi Girişimlerde Etik Bir Sorun: Onam", III. Tıbbi Etik Sempozyumu Bildirileri, Ankara, 1998, s.189-193
- Ünver Yener, "Türk Ceza Hukuku Açısından Ötenazi", *Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötenazi*, Derleyen: Nur Centel, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Disiplinler arası Hukuk Çalışmaları Serisi No.1, İstanbul, 2011, s.27-71
- Ünver Yener, "Türk Hukukunda Rıza", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular", C3, S2, 2006, s.227-289
- Yenerer Çakmut Özlem, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul, 2013
- Yenerer Çakmut Özlem, "Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam", *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk*, Sempozyum Bildirileri, Mersin, 2009, s.1-39
- Yenerer Çakmut Özlem, "Hastanın Tedaviyi Reddetme ve Durdurma Hakkı", *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu (2009/Girne)*, Ankara, 2010, s.41-93

- Yıldırım Selda, "Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Yönetimi ABD, İstanbul, 2015
- Yılmaz Battal, "Aydınlatılmış Rıza", Sağlık Hukuku Digestası, Y1, S1, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s.167-181
- Yücel Özge, "Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi", *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C1, S2, 2013, s.117-137
- Yücel Özge, *Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili*, Ankara, 2011
- Yücel Özge, "Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavramlar ve Özneler", Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed. Özge Yücel/Gürkan Sert, Ankara, 2018, s.23-46
- Yücel Özge, "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hasta Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuksal İlişkinin Niteliği", Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Editörler: Özge Yücel/Gürkan Sert, Ankara, 2018, s.193-233

**KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA
GENEL KURUL KARARLARININ İPTALİ
DAVALARINDA GÖSTERİLECEK
TEMİNAT KAPSAMINDA “ŞİRKETİN
MUHTEMEL ZARARLARI” KAVRAMI**
A COMPARATIVE LAW ANALYSIS OF THE CONCEPT OF
“CORPORATION’S PROSPECTIVE DAMAGES” UNDER
THE SECURITY STATUTE FOR GENERAL
ASSEMBLY RESOLUTION ANNULMENT ACTIONS

Murat Can PEHLİVANOĞLU*

Özet: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 448(3) düzenlemesinde genel kurul kararlarının iptali istemiyle açılan davalarda davalı şirket tarafından davacıdan teminat gösterilmesini mahkemeden isteme hakkına yer verilmiştir. Bu hüküm davacılar tarafından dava hakkının kötüye kullanılmasının engellenmesi için alınan tedbirlerden birini oluşturmakta olsa da dava açılmasının önünde bir engel teşkil eder hale gelmemesi konusunda mahkemelerce hassas bir dengenin gözetilmesi gerektiği açıktır. Diğer yandan, hükmün lafzının mahkemelerce teminat gösterilmesine karar verilmesi konusunda uygulanacak ilkeler konusundaki suskunluğu sebebiyle uygulamada maddenin hedeflenen hukuki yararların muhafazası dairesinde işletiminde güçlüklerle karşılaşmaktadır. Teminat gösterilmesi kurumunun usul hukuku üzerinden anlamlandırılması kadar şirketler hukuku ilkeleri çerçevesinde yorumlanması gerektiğinden, konunun gerek 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu gerekse TTK uyarınca genel kurul kararlarının iptali davalarıyla alakadar hükümler üzerinden incelenmesi bir zorunluluktur. Çalışmada TTK m. 448(3) hükmünde mahkemelere tanınan takdir yetkisinin tayinindeki ana ölçüt konumundaki “şirketin muhtemel zararları” kavramı incelenmekte, hükmün amacı ve muhtemel zararların içerisine giren tutar kalemleri değerlendirilmekte, bu noktada Amerika Birleşik Devletleri (ABD) şirketler hukukundan faydalanılmak suretiyle hükmün anlamı ve şirketin muhtemel zararları kalemleri somutlaştırılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının İptali Davası, Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarında Teminat Gösterilmesi, Şirketin Muhtemel Zararları, Kötü Niyetli İptal Davaları, Teminatın Miktarı

* Dr., İstanbul Kent Üniversitesi, can.pehlivanoglu@kent.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7326-1859, Makalenin Gönderim Tarihi: 06.07.2019, Kabul Tarihi: 06.07.2019

Abstract: 6102 numbered Turkish Commercial Code Article 448(3) contemplates that the defendant corporation may move to request the plaintiff to post security in a general assembly resolution annulment action. While this provision represents one of the measures implemented to curb the abuse of the judicial process by stockholders, it may become an unreasonable obstacle before the initiation of such lawsuits if interpreted wrongly. Since the wording of the provision is silent regarding the principles which would be adopted in the application of the provision, it is challenging to enforce the provision in accordance with its enactment purpose. The nature of security for expenses statutes requires them to be interpreted in the light of both corporate law and civil procedure law. In this paper, the concept of “corporation’s prospective damages”, which is the primary criteria governing judicial discretion given to the courts under TTK Art. 448(3), is analyzed; the legislative intent behind the enactment of the provision is evaluated and the specific expenses and damages under the “corporation’s prospective damages” are explained. In order to underline the provision’s meaning and the specific expenses and damages it is provided for, security-for-expenses statutes of American corporate law are investigated.

Keywords: Annulment of Corporations’ General Assembly Resolutions, Security-For-Expenses Statutes, Prospective Corporate Damages, Malicious Annulment Actions, Security Amount

I. GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 36. maddesine göre herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir. Bu doğrultuda, Türk hukukunda kural olarak anayasal hakkını kullanarak dava açan bir kimsenin teminat gösterme yükümlülüğü bulunmamaktadır.¹ Zira kişilerin hak arama hürriyetini kullanmaktan, dava açmaları dolayısıyla yapacakları masraflar sebebiyle vazgeçmeleri arzulan bir sonuç değildir.² Bununla beraber, çeşitli kanunlarda bazı özel hallerde teminat gösterilmesi konusunda düzenlemelere yer verilerek dava açan kimsenin önceden belirlenen özel bir yükümlülüğü yerine getirmesi şart koşulmuştur.³ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 448(3) hükmü işte bu mezkûr düzenlemelerden bir tanesini oluşturmaktadır.⁴

¹ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin 2011, s. 342.

² Aziz Serkan Arslan, “HMK Hükümlerine Göre Teminat Kurumu ve Dava Şartı Niteliği”, *DEHFD*, C 16, Özel Sayı 2014 (Basım Yılı: 2015), s. 943.

³ Yargıtay 12. H.D 2016/8903 K 2017/552 T 17.01.2017 (www.hukukturk.com).

⁴ TTK m. 448(3): “Mahkeme, şirketin istemi üzerine muhtemel zararlarına karşı

Uygulamada TTK m. 448(3) hükmü özellikle genel kurul kararlarına karşı açılan iptal davalarında gündeme gelmekte, bu davalarda çoğu zaman mahkemeden davalı şirket tarafından davacının teminat göstermesi talep edilmektedir. TTK, davalının isteminin kabul edilip edilmeyeceği kadar istemin kabulü halinde gösterilmesi gereken teminatın nitelik ve miktarını belirleme konusunda da takdir merciini mahkeme olarak öngörmüştür. Üstelik TTK, mahkemece bu takdirin kullanımında göz önüne alınacak tek ölçütü “şirketin muhtemel zararları” olarak belirtmiştir. Oysa bu kavramın kapsamına hangi zararların girdiği veya mahkemece teminatın tutarına hükmedilirken zarar hesaplamasının nasıl yapılacağına ilişkin Kanun’da herhangi bir ilkeye veya objektif kritere yer verilmemiştir. Bu durum hiç kuşkusuz hukuk güvenliği ve belirliliğini olumsuz etkilemektedir.

Bu çalışmada, pay sahipleri tarafından ikame edilebilecek genel kurul kararlarının iptali davaları açısından TTK teminat düzenlemesinde yer alan “şirketin muhtemel zararları” kavramı değerlendirilmektedir. Bu çerçevede “şirketin muhtemel zararlarının” içerisine hangi tutar kalemlerinin girdiğinin tespitinde, öncelikle teminat kurumunun amacı ilgili kanun hükümleriyle bütüncül şekilde yorumlanarak incelenmekte, akabinde teminat kurumunun ABD hukukundaki muadiline ait ilkelerden faydalanılarak düzenlemenin amacı ile şirketin muhtemel zararlarının içerdiği kalemler somutlaştırılmaktadır.

II. Genel Kurul Kararlarının İptali Davaları

TTK m. 407(1) uyarınca “pay sahipleri şirket işlerine ilişkin haklarını genel kurulda kullanırlar” ve yine TTK m. 408(1) dairesinde “genel kurul, kanunda ve esas sözleşmede açıkça öngörülmüş hallede karar alır”. Bu anlamda genel kurul anonim şirketin bir iç organı niteliğinde olup, şirketi temsil etmemekte ve istisnai haller dışında etkisi dış ilişkiye yansıyan kararlar almamaktadır.⁵ Bu doğrultuda, genel kurulda oluşturulan irade anonim şirketin iradesi olarak kabul edilmekte,⁶ kararların hukuki sonuç doğuran bir irade beyanı olması nedeniyle

davacıların teminat göstermesine karar verebilir. Teminatın nitelik ve miktarını mahkeme belirler”.

⁵ Ünal Tekinalp, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, İstanbul 2011, s. 165.

⁶ Tekinalp, s. 165.

bir hukuki işlem niteliğinde olduğu ifade edilmektedir.⁷ Hiç kuşkusuz, uygulamada pay sahipleri açısından genel kurulda alınabilecek kararlar arasından en önemlilerini (ve davalara konu olabilecek kararları) esas sözleşmenin değiştirilmesi, yönetim kurulu üyelerinin seçimi ile kâr payının dağıtımına ilişkin kararlar oluşturmaktadır (TTK m. 408(2)).

Genel kurulda alınan kararlara karşı çeşitli dava yollarına başvurmak mümkün olup,⁸ genel kurul kararlarına karşı iptal davası açılması bu yollardan bir tanesini oluşturmaktadır (TTK m. 445). Buna göre, yokluk ve geçersizlik halleri dışında kalan sakatlıklarda genel kurul kararları iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olmaktadır.⁹ İptal davalarında davacı taraf pay sahipleri, yönetim kurulu ve yönetim kurulu üyelerinden birisi olabilmekte (TTK m. 446), davalı ise anonim şirket tüzel kişiliği olmaktadır.¹⁰ Pay sahiplerinin genel kurul kararlarının iptalini dava edebilmeleri TTK m. 446 hükmüyle bazı özel koşullara da bağlanmıştır.¹¹

TTK m. 445 uyarınca genel kurul kararları kanuna, esas sözleşmeye veya dürüstlük kurallarına aykırılık durumunda mahkemece iptal edilebilmekte olup, kararın iptali için anılan sebeplerin en az birinin varlığının davacı tarafından ispatı gerekmektedir.¹² İptal istemlerinin ilgili genel kurul kararının alındığı tarihten itibaren üç ay içerisinde anonim şirketin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde dava açılarak¹³ ileri sürülmesi gerekmektedir (TTK m. 445). Gerek TTK m. 340 hükmü gerekse iptal davası hakkının emredici niteliği sebebiyle bu dava hakkının esas sözleşme ile sınırlanması mümkün değildir.¹⁴

⁷ Hasan Pulaşlı, "Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı ve Müeyyidesi", *İÜFM, CLXXI S2*, 2013, s. 335.

⁸ Tekinalp, s. 223.

⁹ Hasan Pulaşlı, *Yeni Şirketler Hukuku Genel Esasları*, Ankara 2012, s. 528.

¹⁰ Pulaşlı, s. 548.

¹¹ Pulaşlı, s. 535.

¹² Pulaşlı, s. 527.

¹³ Genel kurul kararlarının iptaline ilişkin davada iptal istemi ilgili kararlarının iptali olup, davanın konusunu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri olmadığından bu davalar açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı değildir (TTK m. 5(A)).

¹⁴ Pulaşlı, s. 527.

Genel kurul kararlarının iptali davası neticesinde verilen iptale ilişkin mahkeme kararı bozucu yenilik doğuran kararlardandır.¹⁵ Mahkeme kararı, kesinleşmesiyle beraber bütün pay sahipleri hakkında hüküm ifade etmekte (TTK m. 450), üstelik geçmişe etkili olarak hüküm göstermekte¹⁶ yani iptal üzerine genel kurulca ilgili konuda sanki hiç karar verilmemiş bir durum ortaya çıkmaktadır.¹⁷ Ancak geçmişe etki, ortaklık içi ilişkilerle; genel kurul kararlarının ortaklık ve üçüncü kişiler arasındaki hukuki ilişkinin unsuru veya geçerlilik şartı olduğu hallerde söz konusu olmaktadır.¹⁸ Bununla beraber, iptal edilebilir kararlar başlangıçta geçersiz olmadıklarından iptal edilinceye kadar sağlıklı bir genel kurul kararının hukuki sonuçlarını meydana getirmektedir. Diğer yandan, TTK m. 449 uyarınca mahkemece verilecek bir tedbir kararı ile ilgili kararın uygulanmasının dava süresince geriye bırakılması da mümkündür.¹⁹

III. Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarında Teminat Gösterilmesi

A. Genel Olarak

TTK dairesinde anonim şirketlerde genel kurul kararlarının iptali için açılacak davalar önceden teminat verilmesi koşuluna bağlı olmakla beraber, mahkeme davalı şirketin talebi üzerine teminat gösterilmesine karar verebilmektedir (TTK m. 448(3)). Teminat hükmüne mülga Türk Ticaret Kanunu'nda da aynen yer verilmiş olup, öğretide mülga kanundaki maddenin kaynağını Alman hukukundan aldığı ancak Almanya'da yürürlükteki hukukta artık genel kurul kararları aleyhine dava açanların teminat göstermesi düzenlemesine yer verilmediği ifade edilmektedir.²⁰

Anonim şirketlere ilişkin yasal düzenlemelerin temel amaçlarından birisini bu şirketlere yatırılan sermayenin boş yere elden çıkarıl-

¹⁵ Yargıtay HGK. E 2003/775 K 2003/780 T. 17.12.2003 (www.hukukturk.com).

¹⁶ Erdoğan Moroğlu, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul 2007, s. 341.

¹⁷ Yargıtay HGK. E 2003/775 K 2003/780 T 17.12.2003 (www.hukukturk.com).

¹⁸ Moroğlu, s. 342.

¹⁹ Yargıtay 11. HD. E 1978/3158 K 1978/3661 T 06.07.1978 (www.hukukturk.com).

²⁰ Ersin Çamoğlu, Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Kararlarının İptali Davasında Teminat, *GSUHD*, 2006/1, s. 233.

masını engellemek suretiyle piyasada bu hukuki yapılara karşı güven ve ilgiyi sağlamak oluşturmaktadır.²¹ Bu nedenle, pay sahiplerinin genel kurul kararlarının iptali davası haklarını kullanabilmelerini zorlaştırıcı uygulamalardan kaçınmak gerektiği kadar, iptal davası hakkının anonim şirkete (dolayısıyla yöneticilere) ve (özellikle kapalı şirketlerde) diğer pay sahiplerine karşı bir tehdit aracı olarak kullanılmasını da önlemek gerekmektedir.²²

Dava hakkının zorlaştırılmaması ile davanın bir tehdit aracı olarak kullanılmamasını temin arasındaki hassas dengenin tesisinde kanun koyucunun öngördüğü tedbirlerden birini genel kurul kararlarının iptali davalarında teminat gösterilmesi kurumu oluşturmaktadır. Bu doğrultuda, teminat kurumu gerek davalı şirketin iptal davası nedeniyle uğrayabileceği zararları karşılamada bir güvence olmakta gerekse şirketin mesnetsiz davalarla taciz edilmesini ya da daha en başından dava tehdidi altında bırakılmasını önlemek yönünde bir hukuki ve ekonomik yarar sağlamaktadır.²³

1. Teminat Düzenlemesinin Davacı Tarafa Etkisi

Teminat kurumunun kurgulanmasında, muhtemel davacıların mesnetsiz davalar açıp da teminat olarak depo edecekleri tutarları dava sonucunda kaybetme riskini göze almayacakları kabulünden hareket edilmektedir.²⁴ Dolayısıyla hukuk sistemi teminat kurumu vasıtasıyla, en azından teorik düzeyde, şahsi menfaatlerin tatmini için açılmak istenen davaların önüne bir bariyer çekmiş olmaktadır. Neticede bu surette, kişilerin davanın açılmasından önce şirketi, diğer pay sahiplerini ve yöneticilerini dava tehdidi altında bırakarak menfaat elde etmeleri ya da dava açıldıktan sonra diğer ilgilileri dahil etmeksizin gizli sulh anlaşmaları yapmaları engellenmiş olmaktadır.²⁵

²¹ Yargıtay HGK. E 1964/836 K 1964/500 01.07.1964 (www.hukukturk.com).

²² Moroğlu, s. 396.

²³ Moroğlu, s. 309.

²⁴ Bununla beraber, şirketler hukuku alanında kişilerin sadece maddi güdülerle hareket etmedikleri sabittir (Bkz. Murat Can Pehlivanoglu, "Controlling the Non-Pecuniary Private Benefits of Influencing Shareholders in Publicly Traded Corporations Through Judicial Dissolution" (2018), GGU Theses and Dissertations 73) ve iptal davalarına ilişkin yargılama sürecinin taraflar nezdindeki ekonomik, sosyal ve psikolojik maliyetleri de eş değildir. Dolayısıyla teminat kurumunun kurgusu eleştiriye açıktır.

²⁵ Lapchak v. Baker, 298 NY 89 (1948) (www.westlaw.com).

Teminat gösterilmesi hususu dünyanın çeşitli hukuk sistemlerinde pay sahipleri tarafından açılan mesnetsiz davaların sayısını azaltmak amacıyla geçmişten bu yana kullanılan bir tedbir durumundadır.²⁶ Bu doğrultuda, pay sahiplerinin dava hakları çerçevesinde öngörülen teminat düzenlemelerinin genel olarak temel hedefinin şirketin zararlarını karşılamadan çok mesnetsiz davaları engellemek olduğu söylenebilecektir.²⁷ Dolayısıyla, teminat gösterilmesi hususunun açacağı davada haklı çıkacak ilgilileri dava açmaktan caydırmak şeklinde bir etki doğurması arzulanan bir sonuç değildir.²⁸

Türk hukukunda genel kurul kararlarının iptali davalarında dava değerinin belirlenmesinin mümkün olmadığı varsayımıyla bu davaların maktu harca ve maktu vekalet ücretine tabi tutulması neticesinde,²⁹ iptal davalarının ciddi hukuki temellere dayandırılmaksızın açılarak şirket ve diğer pay sahipleri üzerinde bir baskı aracı olarak kullanılmaya elverişli hale geldiği bir gerçektir³⁰. İşte bu noktada teminat kurumu, mali açıdan davanın açılmasında davacıya sağlanan kolaylığı, esasen mesnetsiz davaların engellenmesi hedefinde kullanılabilirlik üzere mahkemenin takdiri halinde teminat gösterilmesi gereğini yaratmak suretiyle dengelemiş olmaktadır.

Diğer yandan, genel kurul kararlarının iptali davalarında teminata hükmedilmesi kadar hükmedilecek teminat miktarı da (özellikle muhtemel davacılar durumundaki azınlık pay sahiplerinin haklarının korunması çerçevesinde) önem taşımaktadır. Uygulamada TTK m. 448 hükmü ya hiç işletilememekte ya da mahkemelerce davalıların talep ettiği fahiş miktarda teminat tutarları ile karşılaşmakta ve diğer yandan davacılar da teminat miktarını azaltmak ve hatta teminat kararının hiç verilmemesi için çaba göstermektedir. Anılan hukuki mücadelenin ortasında kalan mahkemelerin ise teminat kurumunun hedeflediği hukuki yararın sağlanmasındaki fonksiyonu çoğu zaman tespit edilen teminat tutarı üzerinden somutlaşmakta; neticede salt teminat göste-

²⁶ Masafumi Nakahigashi/Dan W. Puchniak, "Land of the Rising Derivative Action", Ed. Dan W. Puchniak/Harald Baum/Michael Ewing- Chow, *Derivative Action in Asia: A Comparative and Functional Approach*, Cambridge 2012, s. 155 vd.

²⁷ Miriam R. Albert, "Security for Expenses Statutes: Easing Shareholder Hopelessness", *Fordham Journal of Corporate and Financial Law*, Vol. 24 No. 1 2019, s. 44.

²⁸ Shapiro v. Magaziner, 418 Pa. 278 (1965) (www.westlaw.com).

²⁹ Moroğlu, as. 396.

³⁰ Çamoğlu, s. 234.

rilmesine karar verilmesi değil aynı zamanda takdir ve tayin edilecek teminat tutarının (azlığı ya da çokluğunun) da belirleyici rolü olduğu görülmektedir.

2. Teminat Kurumunun Hak Arama Hürriyetiyle İlişkisi

TTK dairesinde iptal davası hakkı, kanunen tanınan ve sahibinin rızası ile dahi vazgeçilemez niteliğiyle³¹, pay sahipleri açısından vazgeçilmez bir hak durumundadır³². Bu yönüyle, her ne kadar sınırları TTK metninde belirtilmiş olsa da düzenleme Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36. maddesinin "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" ilkesiyle alaka içerisindedir. Nitekim kişilerin mahkemeye erişiminin önünde yer alan usul hukukundan kaynaklı düzenlemeler temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal sınırlamaların kapsamına girdiğinden, iptal davaları özelinde teminat düzenlemesinin de hak arama hürriyetini ihlali mümkündür.

Anayasa Mahkemesi güncel bir kararında, Anayasa'nın 13. maddesi dairesinde, yargısal başvuruların önündeki hukuki veya fiili sınırlamaların mahkemeye erişim hakkını ihlal edebileceğini, ancak başvuruların birtakım usul kurallarına tabi kılınmasının tek başına mahkemeye erişim hakkını zedelediğini, ayrıca usul kurallarının öngörülemesiz olmamasını ve erişimi zorlaştıracak ölçüde şekilcilikten kaçınılması gerektiğini vurgulamıştır.³³ Anayasa Mahkemesi başka bir kararında ise hak arama hürriyetine yönelik sınırlamalar özelinde orantılılık ilkesini uygularken, ilgili sınırlamayla ulaşılmak istenen meşru amaç ile kişinin bireysel yararı arasında makul bir orantının varlığının bulunması gerektiğini belirtmiştir.³⁴

³¹ Nuri Erdem, 6102 sayılı 'Yeni' TTK'ya Göre Anonim Ortaklık Pay Sahiplerinin 'Müktesep' (Kazanılmış) Hakları, *Regesta Ticaret Hukuku Dergisi*, Yıl 2012, C2 S1, s. 36.

³² TTK m. 391 madde gerekçesinde, iptal davasının açılmasının yönetim kurulu onayına tabi tutulamayacağı belirtilerek, iptal davasının pay sahibinin vazgeçilmez haklarından olduğu vurgulanmıştır.

³³ T.C. Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Numarası: 2016/1235 Karar Tarihi: 24.10.2019 (www.hukukturk.com).

³⁴ T.C. Anayasa Mahkemesi Kararı E 2018/71 K 2018/118 T 27.12.2018 (www.hukukturk.com)

Teminat kurumunun kişilerin hak arama özgürlüğünü kullanımlarını ilgilendirdiği sabittir.³⁵ Dolayısıyla, yukarıda Anayasa Mahkemesi tarafından ortaya konulan değerlendirmeler teminat kurumu açısından düşünüldüğünde, iptal davası özelinde teminat düzenlemesinin varlığının başlı başına hak arama hürriyetinin ihlali anlamına gelmediği açıktır. Bununla beraber, mahkemelerin hükmün uygulanması sırasında takdir yetkisini kullanımı pay sahipleri açısından vazgeçilmez bir hakkın, dolayısıyla hak arama hürriyetinin ihlaline sebep olabilecektir. Hal böyle olunca, teminat metninde objektif ölçütlerin bulunmaması, örneğin muhtemel zararların örneklendirilmemesi veya hükmedilebilecek teminat tutarının belirtilmemesi, hak arama hürriyeti açısından sakıncalı bir durum olarak öne çıkmaktadır. Mahkemelerin takdir yetkisini kullanırken şirketin muhtemel zararları kavramına yükleyecekleri anlam, pay sahiplerinin vazgeçilmez hakkı olan dava hakkının kanunun öngördüğünden daha fazlasıyla sınırlandırılması sonucuna da yol açabileceğinden, mahkemelerin hak arama hürriyetinin tesisindeki rolü hayatidir.

B. TTK m. 448 Uyarınca Teminat Gösterilmesi

TTK m. 448 hükmüne göre bir pay sahibi tarafından ikame edilen genel kurul kararının iptali davasında mahkemece teminat gösterilmesine karar verilmesi iki koşula bağlı olup, bunlardan ilkinin davalı şirketin talebi diğerini ise dava nedeniyle şirketin zarar görmesinin muhtemel olması oluşturmaktadır.³⁶ Bu anlamda, teminatı talep edecek taraf davalı şirket olmakta, teminatı gösterecek taraf ise davacı durumundaki kimse olmaktadır. Bununla beraber, öğretilerde teminat göstermesi söz konusu olan davacılar ile kastedilenin esasen pay sahipleri olduğu, iptal davası açma yetkisi olan diğer kişilerden yönetim kurulu ile yönetim kurulu üyelerinin teminat yükümlülüğünün kapsamının dışında tutulması gerektiği ifade edilmektedir.³⁷ Öte yandan, TTK m. 448(3) hükmün lafzından hareket edildiğinde, muhtemel zararların ortaya konulabilmesi teminata karar verilmesi açısından bir ön koşul niteliğinde olduğundan, davalı tarafından istem ileri sürülürken herhangi bir muhtemel zararın ortaya konamaması ya da her durumda

³⁵ Yargıtay 12. HD E 2014/12188 K 2014/15555 T 29.05.2014 (www.hukukturk.com).

³⁶ Çamoğlu, s. 234.

³⁷ Moroğlu, s. 311.

mahkemede bu yönde kanaat oluşmaması halinde mahkemece herhangi bir teminata hükmedilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Genel kurul kararlarının iptali davalarında teminat kurumuna TTK düzenlemesinde yer almayan hususlar yönünden 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) genel hükümleri uygulanmaya devam edecektir.³⁸ Bu doğrultuda, usul hukuku açısından davalı tarafından teminata ilişkin istem dava esasına girilmeden evvel yapılmalıdır. Diğer yandan, şirketin zarar görmesinin muhtemel olduğu konusunda ispat yükü şirkete aittir.³⁹ Hâkim teminat konusunda karar vermeden önce davacılar dahil tarafları dinleyebilecektir.⁴⁰ Üstelik teminata hükmedilmesi için dava konusu genel kurul kararlarının yürütülmesinin ertelenmesine karar verilmiş olmasına gerek bulunmamaktadır.⁴¹ Teminat yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde verilecek davanın usulden reddi kararına karşı kanun yoluna başvurmak mümkün olup, usulden reddedilen dava esas hakkında verilmiş bir karar olmadığından davacı teminat yükümlülüğünü yerine getirerek davayı yeniden açabilecektir.⁴² Bununla beraber, TTK hükmünün "şirketin muhtemel zararları" kavramı HMK'nun teminata ilişkin sisteminden bir sapma olduğundan,⁴³ anılan kavramın öncelikle genel hüküm niteliğindeki HMK düzenlemesi ile karşılaştırılarak anlandırılması gerekmektedir.

C. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Teminat Gösterilmesi

HMK m. 84 teminat gösterilmesi gereken hallere ilişkin bir genel düzenleme niteliğinde olup,⁴⁴ "davalı tarafın muhtemel yargılama giderlerini karşılayacak uygun bir teminat" gösterilmesi gerekli halleri tahdidi olarak işaret etmektedir. HMK açısından yargılama giderleri için teminat gösterilmesi dava şartlarından biri olarak düzenlenmiş olup (HMK m. 114(1)(ğ)), gerekli teminatın gösterilmemesi halinde dava usulden

³⁸ Yargıtay HGK E 1980/11- 1871 K 1980/2309 T 17.10.1980 (www.hukukturk.com).

³⁹ Çamoğlu, s. 235.

⁴⁰ Arslan, s. 967.

⁴¹ Moroğlu, s. 311.

⁴² Arslan, s. 969.

⁴³ İsmail Kırca/Çağlar Manavgat/Feyzan Hayal Şehriyalı Çelik, Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 2(2), 2. Bası, BTHAE, Ankara 2016, s.239.

⁴⁴ Yargıtay 11. HD E 1988/2749 K 1988/5770 T 11.10.1988 (www.hukukturk.com).

reddedilecektir.⁴⁵ Diğer yandan, teminatın gösterilmesini gerektiren koşullarda değişiklik olması halinde teminatın azaltılması, artırılması, değiştirilmesi ya da kaldırılmasına karar verilebilecektir (HMK m. 87(2)). Bu doğrultuda teminat gösterilmesi gereken sebep ortadan kalktığına ise teminatın iadesine karar verilecektir (HMK m. 89).

Her ne kadar mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (m. 97) düzenlemesinde mezkûr ifade “*diğer tarafın muhtemel zarar ve ziyanyla masarifi muhakemesine mukabil*” şeklinde yer almış olsa da HMK bu hükmü “*muhtemel yargılama giderleri*” ile sınırlı tutmuş ve “*muhtemel zararlar*” kavramına yer vermemiştir. Diğer yandan, yargılamanın iadesine ilişkin HMK m. 378(2) ve ihtiyati tedbire ilişkin HMK m. 392(1) düzenlemeleri HMK m. 84 yaklaşımdan ayrı olarak TTK gibi “*muhtemel zararlar*” kavramı üzerinden kurgulanmış olup, mevzuattaki bu terminolojik ayrıklık kuşkusuz teminat düzenlemelerinin yorumunda önem taşımaktadır.⁴⁶

HMK m. 84 uyarınca teminat gösterilmesi gereken hallerin yargılama giderlerini karşılamada güçlük çekileceği varsayılan durumlara ilişkin olduğu kabul edilmektedir.⁴⁷ Bu çerçevede, teminatın dava açanın haksız çıkması halinde karşı tarafın uğrayabileceği zararın ödenmemesi ihtimalinin ortadan kaldırılmasına yönelik olduğu ifade olunmaktadır.⁴⁸ Dolayısıyla HMK altında teminat gösterilmesi gerekli durumlar, kanun koyucu tarafından giderlerin istenebilmesinin zor veya imkânsız olacağı zannedilen hallerden bir seçki niteliğindedir.⁴⁹

HMK teminatın tutar ve şeklinin hâkim tarafından serbestçe tayin edileceğini düzenlemiş olsa da (HMK m. 87(1)) madde lafzının teminatın davacının davasında haksız çıkması durumunda davalının yapacağı muhtemel yargılama giderlerini karşılamaya yetecek miktarda olmasını işaret etmesi, hâkimin bu serbestliğini sınırlamaktadır (HMK m. 84(1)). Yine tarafların teminatın çeşidi veya şeklini sözleşme ile kararlaştırmış olmaları halinde teminat bu anlaşmaya göre belirlenecektir (HMK m. 87(1)). Nitekim HMK “*yargılama giderleri*” içerisinde yer alan kalemleri de açıkça düzenlemiştir (HMK m. 323).

⁴⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 346.

⁴⁶ Yargıtay 12. HD E 2016/8903 K 2017/552 T 17.01.2017 (www.hukukturk.com).

⁴⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 344.

⁴⁸ Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku, Yetkin 2018, s. 442.

⁴⁹ Yargıtay 12. HD E 2014/12188 K 2014/15555 T 29.05.2014 (www.hukukturk.com).

IV. Muhtemel Zararlar Kavramı

TTK m. 448(3) uyarınca davacının şirketin muhtemel zararlarını karşılayacak bir teminat göstermesinin talep edilmesi halinde mahkemenin teminata hükmedip hükmetmeme ya da teminata hükmedilmesi halinde bunun tutarının ne olacağı konusundaki takdir yetkisine karşı kanunun ortaya koyduğu ilkeler ve ölçütler mezkûr maddedeki “şirketin muhtemel zararları” kavramında saklıdır. Öte yandan gerek içtihatlar gerekse öğreti, madde lafzında yer almamakla beraber hüküm tamamlayıcı birtakım başka ilkelerden de söz etmektedir.

Yargıtay, teminat miktarının her durumda davacının dava hakkını kullanmasına ve yargı denetiminin gerçekleşmesine engel olmayacak şekilde, iptali istenen genel kurul kararının önemi ve niteliği de göz önünde tutulmak suretiyle belirlenmesi gerektiği görüşündedir.⁵⁰ Bunun yanı sıra, öğretilerde davacının pay sahibi olması halinde pay sahibinin şirketteki durumunun da dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır.⁵¹ Nitekim bu doğrultuda Yargıtay bir kararında, davacının şirketteki paylarının yüzde on beşine denk gelen bir tutarda teminata hükmedilmesini uygun bulmuştur.⁵²

TTK m. 448(3) düzenlemesinin teminata ilişkin lafzı, mahkemenin takdir yetkisini kullanırken dikkate alması gereken ilkeler ve objektif ölçütler bağlamında başkaca bir kaynağa başvurmayı gerektirmeyecek kadar açıktır. Zira kanun lafzı “şirketin muhtemel zararları” kavramına vurgu yaparak mahkemenin kanaatini hangi olgular üzerine inşa etmesi gerektiğini zaten ortaya koymuştur. Buna göre, her şeyden önce şirketin zararının “muhtemel” yani henüz doğmamış olması ve ayrıca bu zararın doğrudan “şirkete ait bir zarar” niteliğinde olması gerekmektedir. Dolayısıyla, düzenleme uyarınca davalının teminat gösterilmesi talebi halinde mahkemece yapılması gereken iş “şirketin muhtemel zararları” olarak nitelendirilebilecek kalemlerin tespiti ve tetkikinden ibarettir. Şirketin muhtemel zararları dahiline alınabilecek kalemlerin tespiti için ise maddenin amacı dairesinde kavramın kendisi kadar düzenlemeyle alakası bulunan TTK m. 451 hükmünün irdelemesi gerekmektedir.

⁵⁰ Yargıtay 11. HD E 1983/1401 K. 1983/2033 T 19.04.1983 (www.hukukturk.com).

⁵¹ Moroğlu, s. 311.

⁵² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E 2014/221 K 2014/19502 T 11.12.2014 (www.hukukturk.com).

A- Şirketin Muhtemel Zararlarının Kapsamı

TTK m. 448(3) uyarınca şirketin muhtemel zararının tetkik ve tespitini yapacak olan mercii mahkemedir. Dolayısıyla, teminat gösterilmesini isteyen davalı her ne kadar bu isteminde teminatın miktar ve niteliğine yönelik bir talepte de bulunabilirse de mahkemenin bu isteme uyma mecburiyeti bulunmadığının altı çizilmelidir.⁵³ Aynı şekilde mahkemenin, davacının teminat gösterilmesi talebinin reddi ya da daha düşük tutarda teminat gösterilmesi talebini kabul mecburiyeti de yoktur.

TTK düzenlemesinin şirketin muhtemel zararlar kavramını tanımlamamış olması karşısında, bu kavramın içeriğinin ilk aşamada genel düzenleme niteliğindeki HMK üzerinden anlamlandırılması ihtiyacı bulunmaktadır. Bu kabulden hareketle, şirketin muhtemel zararları kavramının içerisine muhtemel yargılama giderlerini de alacak şekilde şirketin her türlü zararını ifade ettiği söylenebilecektir.⁵⁴ Bu doğrultuda, şirketin muhtemel zararlarını (1) muhtemel yargılama giderleri ve (2) diğer muhtemel zararlar olarak ikiye ayırmak mümkündür.

aa- Muhtemel Yargılama Giderleri

Muhtemel zararlar altında bir kalem olarak muhtemel yargılama giderleri kavramının neleri ihtiva ettiğinin değerlendirilmesinde HMK hükümlerinden faydalanılmalıdır. HMK m. 323 yargılama giderlerinin celse, karar ve ilam harçları, dava nedeniyle yapılan tebligat ve posta giderleri, dosya ve sair evrak giderleri, geçici hukuki koruma tedbirleri ve protesto, ihbar, ihtarname ve vekaletname düzenlenmesine ilişkin giderler, keşif giderleri, tanık ile bilirkişiye ödenen ücret ve giderler, resmi dairelerden alınan belgeler için ödenen harç, vergi, ücret ve sair giderler, vekil ile takip edilmeyen davalarda tarafların hazır buldukları günlere ait gündelik, seyahat ve konaklama giderlerine karşılık hakimın takdir edeceği miktar; vekili bulunduğu halde mahkemece bizzat dinlenmek, isticvap olunmak veya yemin etmek üzere çağrılan taraf için takdir edilecek gündelik, yol ve konaklama giderleri, vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekalet ücreti, yargılama sırasında yapılan diğer giderlerden oluştuğunu

⁵³ Kırca/Manavgat/Çelik, s. 240.

⁵⁴ Kırca/Manavgat/Çelik, s. 239.

düzenlemektedir. Bu kalemler için davacı tarafından yatırılan bir gider avansı bulursa dahi teminatın tayini aşamasında yatırılmış gider avansı tutarının dikkate alınmaması gerekmektedir.⁵⁵

HMK sisteminde muhtemel yargılama giderleri, öncelikle o dava özelinden kaynaklı yargılama giderleriyle ilişkili olup, başkaca bir hukuki ilişki veya davadan kaynaklı giderlerin dikkate alınması söz konusu değildir. Nitekim Yargıtay isabetli şekilde, davacı ile davalı arasındaki sözleşmenin davalı tarafından fesih edilmesi akabinde açılan bir davada, mahkemece yargılama giderlerinden bahsedilmeksizin üçüncü kişilere ödenen tazminatların karşılığı olacak bir miktarın teminat olarak gösterilmesine karar verilmesini HMK m. 84 amacına ve kapsamına aykırı kabul etmiştir.⁵⁶

bb- Yargılama Giderleri Haricindeki Muhtemel Zararlar

Yargılama giderleri haricindeki muhtemel zararlara dahil kalemlere ilişkin olarak örnek bir HMK hükmü bulunmamaktadır. Bununla beraber, öğretide TTK m. 449 uyarınca dava konusu kararın yürütülmesinin geri bırakılması halinde ihtiyati tedbir niteliğindeki bu karar için de ayrıca teminat gösterilmesine hükmedilebilecek olduğu, zira TTK m. 448(3) uyarınca teminatın sadece anonim şirketin zararlarına ilişkin iken ihtiyati tedbir söz konusu olduğunda gösterilecek teminatın üçüncü kişilerin zararlarını da ilgilendirdiği vurgulanmaktadır.⁵⁷ Teminata ilişkin yapılan bu ayırım, TTK m. 448(3) lafzına da uygun şekilde, yargılama giderleri haricindeki muhtemel zararların öncelikle salt şirketi ilgilendirir zararlar olması gerektiğini ortaya koyması açısından önem taşımaktadır.

Öğretide Çamoğlu, muhtemel zararların maddiden çok manevi zararları işaret ettiğini, bu kapsamda teminat gösterilmesine karar verilebilmesi için anonim şirketin manevi menfaatlerinin, adının ve itibarının zedelenmesi ihtimalinin kanıtlanmasının yeterli olduğunu ifade etmektedir.⁵⁸ Çamoğlu'nun görüşünden hareketle, örneğin bir şirketin genel kurul kararlarına karşı iptal davası açıldığının duyulması sebe-

⁵⁵ Arslan, s.967.

⁵⁶ Yargıtay 23. HD E 2015/2192 K 2016/1033 T 23.02.2016 (www.hukukturk.com).

⁵⁷ Moroğlu, s. 326.

⁵⁸ Çamoğlu, s. 235.

biyle potansiyel yatırımcıların yatırım kararından vazgeçeceğinin ya da yatırımcıların şirketin paylarına yatırımlarını daha düşük bir fiyatla yapmaya başladıklarının ispatlanabilmesi durumu, teminat gösterilmesini haklı çıkarabilecek ve de teminatın miktarını tayin edecek bir muhtemel zarar olarak ileri sürülebilecektir. Ancak örneğin, genel kurul kararlarının kural olarak şirket içi kararlar olduğundan hareketle, aynı kabulün iptali talep edilen her tür genel kurul kararı için uygulanması ya da örneğin şirketten mal tedarik eden bir alıcının şirketten alım yapmaktan vazgeçmesi hali gibi üçüncü kişilerle ilişkiler açısından için ileri sürülebilmesi her durumda mümkün olmayacaktır.

Çamoğlu tarafından yapılan değerlendirmenin yerindeliği hiç kuşkusuz TTK m. 448(1) uyarınca davanın açıldığına ilişkin usulüne uygun olarak yapılacak ilana dayanmaktadır.⁵⁹ Zira ilan gereğinin amacı bilgilendirmedir.⁶⁰ Bununla beraber, usulüne uygun ilan gereğinin; internet sitesinde, şirket esas sözleşmesinde gösterilen şekillerde ve her durumda en azından tescili zorunlu genel kurul kararlarının iptali davalarında Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilanı da kapsadığı⁶¹; bu ilanların genel kurul davalarının birlikte görülmesinin zemini oluşturacağı ve de şirkete yönelik belirli bir kamuoyu kanaatine sebep olacağı da bir gerçektir.⁶² Bu nedenle, her ne kadar usule uygun bir ilan yapılması teminat talebinde bir ön şart olmasa da, ilanın gereği gibi ve zamanında yapılmış olması muhtemel zararların ispatı açısından önemli bir vasıtaadır.

Öte yandan, mahkemece bir genel kurul kararının yürütülmesinin geri bırakılması kararı verilmesi, davalı şirket açısından muhtemel zararların somut şekilde ortaya konabilmesinde kolaylık sağlasa da, muhtemel zararların mevcudiyetinin ispatı için mutlaka bu yönde bir karar verilmiş olmasına gerek yoktur. Yine de hiç kuşkusuz, mahkemece dava konusu kararının yürütülmesinin geri bırakılması yönünde TTK m. 449 uyarınca karar verilmediği hallerde iptali istenen genel kurul kararının geçerliği etkilenmediğinden ve dava konusu kararlar

⁵⁹ Çamoğlu, s. 235.

⁶⁰ Moroğlu, s. 315.

⁶¹ Pulaşlı, s. 548. Bu konuda örnek ilan metni için bkz. <https://www.ticaret sicil.gov.tr/genel/ornekilanmetinleri.php>, ET 11.05.2019.

⁶² Çamoğlu, s. 235.

mahkemece iptal edilene kadar geçerliğini koruduğundan,⁶³ muhtemel zararın mevcudiyeti konusunda mahkemece daha temkinli davranılmalıdır. Zira genel kurul kararının yürütülmesinin geri bırakıldığı bir durumda, örneğin kar dağıtılması kararının durdurulması halinde pay sahipleri karlarını alamayacak ve bunlar şirkette durarak enflasyon etkisine maruz kalabilecekken;⁶⁴ bu yönde bir mahkeme kararı olmadığında, örneğin enflasyon riski de söz konusu olmayacaktır.

cc- Muhtemel Zararların Örneklendirilmesi

Şirketin muhtemel zararların tayininde, her ne kadar genel kurul kararlarının iptali davasına ilişkin olmasa da çeşitli yol gösterici içtihatlar mevcuttur. Örneğin Yargıtay, idari davalarda yürütmenin durdurulması kararının uygulanmamasından kaynaklı tazminat davalarına ilişkin bir değerlendirmede, bir idari işlemin iptali davasının reddi halinde bu davanın açılmasından dolayı idarenin her zaman zarara uğramayacağını belirtmiş, örneğin bir vergi davasının reddi halinde bu davadan dolayı verginin geç ödenmesi nedeniyle oluşacak faiz zararının mahkemede gösterilmiş teminattan alınabileceğini; öte yandan bir memurun açtığı davada yürütmenin durdurulması kararı üzerine görevine dönerek çalışan bir memurun aldığı maaşın yaptığı hizmetin karşılığı olduğu ve bu nedenle kendisinden geri alınamayacağı için idarenin yaptığı ödemelerin teminattan karşılanmasının söz konusu olmadığı ifade etmiştir.⁶⁵ Diğer yandan, Yargıtay bir başka kararında, ihtiyati tedbir kapsamında gösterilen teminatın güvence sağladığı muhtemel zararların kapsamına ihtiyati tedbir kararı kalktıktan sonra ihtiyati tedbir nedeniyle alacaklının alacağını geç almasından doğan zararlarının da (örneğin yoksun kalınan faiz) girdiğini belirtmiştir.⁶⁶

Yargılama giderleri haricinde kalan şirketin muhtemel zararlarının, şirketin dava sonunda haklı çıktığı (yani kararın iptal edilmediği) durum açısından, şirketin dava açılmamış olsa idi hiçbir şekilde yapmamış olacağı masraflar ve katlanmamış olacağı zararlar olarak

⁶³ Hasan Pulaşlı, s. 548.

⁶⁴ Haydar Arseven, "Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Kararlarına Karşı Kötü niyetle Açılan İptal Davasının Müeyyideleri", Halil Arslanlı'nun Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi 1978, s. 284.

⁶⁵ Yargıtay İBKE 1979/07 K 1979/02 T 22.10.1979 (www.hukukturk.com).

⁶⁶ Yargıtay 15. HD E 1990/2066 K 1990/2059 T 08.05.1990 (www.hukukturk.com).

düşünülmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda, genel kurul kararlarının iptali davalarında iptal kararının hukuki etkisinin, şirketin muhtemel zararların takdirinde göz önüne alınması gereklidir. Dolayısıyla, bir kararın şirket ile üçüncü kişiler arasındaki ilişkide ancak bu ilişkinin unsuru veya geçerlilik şartı olduğu hallerde iptalinin geçmişe etkili olacağı göz önüne alınarak, iptal davasına konu kararların mahkemece iptali durumunda üçüncü kişiler ile ilişkilerin geçmişe yürür şekilde etkilenmeyecek olduğu hallerde üçüncü kişiler ile ilişkilerden doğacak zararların şirketin muhtemel zararları dahilinde kabul edilmesi söz konusu olamayacaktır. Örneğin, TTK m. 408(2)(f) uyarınca önemli miktarda şirket varlığının toptan satışı konusunda bir genel kurul kararına karşı iptal davası açıldığı bir olayda, olası bir iptal halinde yönetim kuruluna verilen bu özel yetkinin sakatlanacağı⁶⁷ endişesiyle alıcının alım yapmaktan cayması riski ile şirketin aynı satış bedelini karşılayacak alternatif bir alıcı bulamaması riski, bir muhtemel zarar olarak ileri sürülebilecektir.

Başka bir örnekle, görev süresi henüz dolmamış olan yönetim kurulu üyelerini azledip yerine yenisini seçen bir genel kurul kararı daha sonra kesin hükümle iptal edilir ise, iptal edilen kararlar atanan yönetim kurulunun görevde kaldığı süre içerisinde iyi niyetli üçüncü kişilerle temsil yetkisi içinde girdiği ilişkiler açısından iptal kararı geçmişe etkili olmayacaktır.⁶⁸ Buna karşın, aynı konunun şirket içi ilişkiye yansımaları değerlendirildiğinde, iptal kararı neticesinde iptal tarihinde görev süresi dolmamış bulunan eski yönetim kurulu üyeleri görevlerine dönerek devam edebileceklerinden,⁶⁹ iptal kararı sonucunda görevi sona erecek sonradan seçilmiş yönetim kurulu üyelerinin sözleşmeleri uyarınca hak kazanabilecekleri tazminatlar şirketin katlanacağı bir zarar olduğundan, şirket dava tarihinde buna karşı bir sigorta yaptırmış olursa ve dava sonucunda karar iptal edilmez ise, şirket bu sigortayı sırf dava açıldığı için yaptırmış olduğundan şirketin sigortaya ödediği primler şirketin bir zararı olarak değerlendirilebilecek, bu ödemeler daha en başta bir muhtemel zarar olarak teminat hükmü dairesinde dikkate alınabilecektir.

⁶⁷ Yargıtay 11. HD E 2005/1362 K 2006/1253 T 13.02.2006 (www.hukukturk.com).

⁶⁸ Moroğlu, s. 342.

⁶⁹ Moroğlu, s. 342.

Diğer yandan, örneğin genel kurul kararı iptal edilmeden önce genel kurul kararına istinaden kâr payını tahsil etmiş kişilerin TTK m. 512 dairesinde bu tutarları geri vermesi gerekebilecek,⁷⁰ bu halde kar payını iyi niyetle tahsil etmiş kişilerin geri vermesi söz konusu olmayacağından şirketin dava sonucunda malvarlığında dağıtılmış (ancak geri alınamayacak) kara ilişkin karşılık tutabilmek adına dava süresince yatırımdan sakınması ya da yine bu nedenle yatırımdan sakındığı tutarın enflasyondan etkilenmesi halinde bir zararı (dolayısıyla da dava başında bu konuda bir muhtemel zararı) ortaya çıkacaktır. Yine kâr payı dağıtım kararının iptaline ilişkin bir davada bilançoda usulsüzlükler iddia edildiğinde ve bu nedenle dava neticesinde TTK m. 553 uyarınca yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna başvurulabileceği ihtimali bulunduğu anda, şirketçe sadece dava açıldı diye TTK m. 361 uyarınca yaptırılan bir sigorta, davacının davasında haksız çıkması halinde şirketin bir zararı olacağından, şirket tarafından bu sigortaya ödenecek primlerin muhtemel zararlar dahiline alınması mümkündür.

B- Teminat Düzenlemesinin TTK m. 451 Karşısında Değerlendirilmesi

Öğretide TTK m. 451 hükmüyle tanınan dava hakkının TTK m. 448(3) teminat hükmüyle birbirlerini tamamlayıcı nitelikte oldukları kabul edilmektedir.⁷¹ Dolayısıyla, iptal davası hakkının zorlaştırılması ile iptal davası hakkının tehdit aracı olarak kullanılması arasındaki dengenin tesisinde teminat kurumuna biçilen rolün anlaşılmasında TTK m. 451 düzenlemesi önem taşımaktadır. Zira iki düzenlemenin tamamlayıcı nitelikleri göz önüne alınarak iki hükme de birbirlerinin düzenledikleri alanlara uzanacak şekilde hukuki etki verilmemesi gerekmektedir.

TTK m. 451 uyarınca “genel kurul kararlarına karşı kötü niyetle iptal veya butlan davası açıldığı takdirde davacılar bu sebeple şirketin uğradığı zararlardan müteselsilen sorumludurlar”. Ancak belirtmek gerekir ki, TTK m. 451 hükmü kanunda bulunmasaydı dahi kötü niyetle açılan iptal davalarına karşı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 49 daire-

⁷⁰ Moroğlu, s. 342.

⁷¹ Çamoğlu, s. 240.

sinde, davayı bir haksız fiil olarak nitelendirmek suretiyle dava yolu zaten mevcuttu. Hal böyle iken TTK m. 451 hükmünün özel bir düzenleme olarak sorumluluğu sadece kötü niyete (kasta) bağlaması, TBK hükümlerinden daha dar bir sorumluluk çerçevesi oluşturduğundan,⁷² kanun koyucunun bu düzenlemesini bilinçli bir tercih olarak değerlendirmek gerekmektedir.

TTK m. 451 hükmü uyarınca kötü niyetin anonim şirkete zarar vermek şeklinde ortaya çıkması gerekmektedir.⁷³ Bir başka deyişle, davanın genel kurul kararının geçerli olduğunu bilindiği halde şirkete zarar vermek amacıyla açılmış olması aranmaktadır.⁷⁴ Üstelik, kötü niyetle açılan iptal davalarına karşı tazminat davasında zararın ispatı davacı şirkete ait olmaktadır.⁷⁵ Bu doğrultuda, TTK m. 451 hükmünün anonim şirkete zarar verme şeklindeki özel kastı kapsadığı hususu TTK m. 448(3) teminat hükmünün kapsamının değerlendirmesinde dikkate alınmalıdır.⁷⁶ Ayrıca mahkemenin tedbir kararı vermediği hallerde kural olarak zarar doğmayacağından TTK m. 451 dairesinde bir sorumluluk da olmayacağı olgusu,⁷⁷ tedbir kararının verilmediği hallerde teminat gösterilmesine hükmedilip hükmedilmeyeceği hususunda göz önüne alınması gereken bir noktadır.

O halde TTK m. 451 karşısında, TTK m. 448(3) uyarınca şirketin muhtemel zararlarının takdiri yapılırken bu teminatın şirkete karşı açılan kötü niyetli davalar sebebiyle şirketin uğrayacağı zararın tamamının karşılanması için hasredilmiş bir fon olarak görülmemesi gerekmektedir. Yine aynı yaklaşımla, mahkemece iptal davasının haklılığı konusunda davacının dava dilekçesinden yaklaşık bir ispatın mevcut olduğu anlaşıldığında, davanın kötü niyetli ikame edilmediği kanaatiyle teminat gösterilmesine yer olmadığına da karar verilmemesi gerekmektedir. Zira aksi bir tutum iki hükmün birbirlerinin düzenleme alanına müdahalesi sonucunu doğurarak hukukun yanlış uygulanmasına sebebiyet verecektir.

⁷² Moroğlu, s. 395.

⁷³ Moroğlu, s. 338.

⁷⁴ Arseven, s. 282.

⁷⁵ Pulaşlı, s. 549.

⁷⁶ Benzer yönde bkz. Arseven, s. 280.

⁷⁷ Arseven, s. 286.

V. ABD Şirketler Hukukunda Teminat Kurumu ve Kapsamı

ABD şirketler hukukunda pay sahiplerinin dava hakları çerçevesinde teminat kurumu 1944 yılından bu yana yürürlükteki hukukta kendine yer bulmaktadır.⁷⁸ Bununla beraber, günümüz Amerikan hukuku öğretisinde bu kurum etkisiz nitelikte kabul edilmekte ve önemini yitirmiş bir kuram olarak görülmektedir.⁷⁹ Nitekim tarihsel süreçte teminat kurumunun özellikle şirketlerde azınlık pay sahibi konumunda bulunan ve şirketten mali açıdan sembolik bir çıkarı bulunan kimselerce şirket değil de salt şahsi menfaatler düşünülerek açılan davalara karşı tedbir amacıyla öngörüldüğü ifade edilmektedir.⁸⁰ Üstelik bu davalar açısından teminat kurumu davanın esasına ilişkin bir değerlendirme ihtiva etmemekte⁸¹ ve usul hukukuna ilişkin bir nitelik taşımaktadır. Bu doğrultuda, Amerikan hukukunda teminat kurumunun içerik ve uygulamasının incelenebilmesi için öncelikle bu kurumun kaynağının nerede aranacağına tespiti gereklidir.

ABD şirketler hukuku gerek federal düzeyde gerekse eyalet düzeyinde çıkartılmış kanunlara tabi bir alan durumundadır.⁸² Bu nedenle genel bir federal şirketler hukukundan ya da genel bir eyalet şirketler hukukundan söz etmek mümkün değildir. Bununla beraber, şirketler hukukunun sadece bir kısım alanlarına dair federal kanunlar bulunmakta, diğer kısım alanları ise eyalet hukuku düzeyinde düzenlenmektedir.⁸³ Şirketler hukukunun eyaletlerin hukukuna tabi alanları, eyaletler arasında farklılık göstermekte olsa da bunların büyük kısmında neredeyse yeknesaklık sağlandığı söylenebilmektedir.⁸⁴ Bu doğrultuda değerlendirildiğinde, halka açık olmayan (kapalı) şirketlerde pay sahiplerinin bazı dava haklarını kullanmaları sırasın-

⁷⁸ Daniel J. Dykstra, *The Revival of the Derivative Suit*, University of Pennsylvania Law Review Vol. 116; 74, s. 88.

⁷⁹ James D. Cox, "Searching for the Corporation's Voice in Derivative Suit Litigation: A Critique of Zapata and the Ali Project", *Duke Law Journal Vol. December 1982 No. 6*, s. 965.

⁸⁰ McClure v. Borne Chemical Co., 292 F.2d 824 (1961) (www.westlaw.com).

⁸¹ Beyerbach v. Juno Oil Co., 42 Cal. 2d 11 (1954). (www.westlaw.com).

⁸² CTS Corp. v. Dynamics Corp., 481 U.S. 69 (1987) (www.westlaw.com).

⁸³ Lucian Arye Bebchuk, "Federalism and the Corporation: Desirable Limits on State Competition in Corporate Law", *105 Harv. L. Rev.* 1435 (1992), s. 1142

⁸⁴ Brett H. McDonnell, "Two Cheers for Corporate Law Federalism", *30 J. Corp. L.* 99 (2005), s. 109

da mahkemece teminat gösterilmesinin talep edilmesi konusu, eyalet hukukunun düzenlediği ve eyaletler arasında büyük ölçüde benzerlik taşıyan şirketler hukuku alanlarından biri olarak öne çıkmaktadır.

A- Kapalı Şirketlerde Pay Sahiplerinin Dava Haklarının Tasnifi

ABD şirketler hukukunda genel olarak pay sahiplerinin dava haklarını doğrudan (direct action) ve dolaylı davalar (derivative action) olarak ikiye ayırmak mümkündür.⁸⁵ Buna göre, pay sahibinin münferiden, şirkette pay sahibi olmasından kaynaklı olarak şirkete karşı ileri sürebileceği haklara ilişkin davalar doğrudan davalar olarak kabul edilmektedir.⁸⁶ Diğer yandan, tarihsel gelişim içerisinde yatırımcı fonlarının şirket yöneticilerin inisiyatifinde değerlendirilmeye başlaması neticesinde, yöneticilerin denetlenmesini ve yatırımcıların menfaatlerini gözetmesini sağlamak üzere pay sahiplerine kendilerinin doğrudan ve şirketin dolaylı zararlarının tazmini için şirketin hakları adına dolaylı davalar ikame edebilme hakkı tanınmış, bu davalara da dolaylı davalar denmiştir.⁸⁷

TTK m. 449 hükmünün Amerikan hukukundaki karşılığı olan “masraflar karşılığı teminat” (security for expenses statutes) maddeleri içerik ve kapsam bakımından eyaletten eyalete farklılık göstermekle beraber, genel olarak pay sahipleri tarafından açılacak her davada uygulama bulmamakta, sadece davacı tarafta yer alacak pay sahiplerince davalı tarafta yer alacak şirkete ve (çoğu zaman yönetim kurulu üyelerinden oluşan) sorumlu tutulacak diğer ilgili kişilere⁸⁸ karşı açılan dolaylı zararlara ilişkin davalarda gündeme gelmektedir.⁸⁹ Dolaylı davalar için öngörülen teminatın meşruiyetinin bu davalarda esas davacı olan ve dava sonunda verilecek kararlar zararları giderilecek olan

⁸⁵ Schuster v. Gardner, 127 Cal. App. 4th 305 (2005) (www.westlaw.com).

⁸⁶ Jara v. Suprema Meats, Inc., 121 Cal. App. 4th 1238 (2004) (www.westlaw.com).

⁸⁷ Cohen v. Beneficial Indus. Loan Corp., 337 U.S. 541 (1949) (www.westlaw.com).

⁸⁸ Her ne kadar bu davalarda davacı pay sahibi tarafından şirketin zararının şirkete ödenmesi talep ediliyor olsa da davada şirketin de (en azından nominal) bir davalı olarak gösterilmesi gerektiği kabul edilmektedir (Smyly v. Smith, 216 Ga. 529 (1961) (www.westlaw.com)).

⁸⁹ Note, “Security for Expenses Legislation- Summary, Analysis and Critique”, 52 Colum. L. Rev. 267, s. 275.

kişinin şirketin kendisi olmasına karşın, şirketin bu davayı kendisinin açmayı tercih etmemiş olmasına dayandığı belirtilmektedir.⁹⁰ Zira bu davalarda pay sahipleri, şirket yönetiminin dava açmama yönündeki iradesinin hatalı olduğu kanaatine vararak kendisini adeta şirketin temsilcisiymiş gibi atayarak dava açmış olmakta,⁹¹ bu da hiç kuşkusuz şirketi kendi tercih etmediği hukuki ve ekonomik risklerin odağında bırakmaktadır.

Dava haklarının bu tasnifi altında, örneğin, pay sahiplerinin oy haklarını ya da bilgi edinme haklarını kullanmalarına ilişkin bir dava doğrudan haklara dayalı bir dava olacağından bu haklara ilişkin davalarda teminat yükümlülüğü gündeme gelmeyecektir.⁹² Yine, kâr payı dağıtılması talepli bir dava da pay sahibi doğrudan dava hakkını kullandığından teminat gösterilmesine gerek yoktur.⁹³ Diğer yandan, şirketin malvarlığının bir kısmını sebepsiz yere üçüncü kişilere aktarması sebebiyle açılan bir dava şirketin doğrudan pay sahiplerinin ise dolaylı zararına ilişkin olarak şirketin hakları adına açılmış bir dava olacağından teminat yükümlülüğünün kapsamına girebilecektir.⁹⁴ Nitekim teminat yükümlülüğünün devreye girdiği dava hakları açısından mevcut bu farklılığın, uygulamada teminat yükümlülüğünden kaçabilmek amacıyla davacılarca hedeflenen hukuki sonuca ulaşmayı temin edecek başkaca dava haklarının kullanılmasına neden olduğu vurgulanmaktadır.⁹⁵

B- Teminat Gösterilmesine İlişkin Eyalet Kanunları

ABD şirketler hukukunda teminat kurumunun temel işlevinin davalıları salt uyuşmazlığı sulh olarak çözümlemeye zorlamak amacıyla mesnetsiz olarak açılan davaları caydırmak olduğu kabul görmektedir.⁹⁶ Şirketler hukukunun öncüsü konumundaki Delaware şirketler

⁹⁰ Donner Management Co. v. Schaffer, 142 Cal. App. 4th 1296 (2006) (www.westlaw.com).

⁹¹ Beyerbach v. Juno Oil Co., 42 Cal. 2d 11 (1954) (www.westlaw.com).

⁹² Bkz. Steven L. Emmanuel, Corporations and Other Business Entities, 7th Ed., Wolters Kluwer 2013, Chapter Essay Exam Questions and Answers, Q 79

⁹³ Knapp v. Bankers Securities Corp., 230 F.2d 717 (1956) (www.westlaw.com).

⁹⁴ West Hills Farms, Inc. v. RCO Ag Credit, Inc., 170 Cal. App. 4th 710 (2009) (www.westlaw.com).

⁹⁵ Albert, s. 73.

⁹⁶ Wood v. Gordon, 112 Cal. App. 2d 374 (1952) (www.westlaw.com).

hukukunda teminata ilişkin bu yönde bir düzenleme bulunmamakla beraber, günümüzde dokuz eyaletin şirketler hukuku düzenlemeleri bir çeşit “masraflar karşılığı teminat” hükmü içermektedir.⁹⁷ Bu kapsamda, eyalet hukukunda yeknesaklık sağlama politikasıyla hazırlanan ve eyaletlerin büyük bir kısmı tarafından kısmen ya da tamamen iç hukuka aktarılmış model kanunlardan “Model Business Corporation Act” (“MBCA”), Kaliforniya eyaletinin şirketler kanunu olan “California Corporations Code” (“CORP”) ve New York eyaletinin şirketler kanunu olan “New York Business Corporation Law” (“BCL”) ilgili hükümleri ABD hukukunun pay sahiplerinin dava hakları kapsamında teminat kurumuna ilişkin genel yaklaşımına ışık tutar niteliktedir.⁹⁸

Öncelikle belirtmek gerekir ki model kanunlardan 1971 tarihli MBCA içerisinde teminat kurumuna yer verilmiş ve bu model maddeler birçok eyaletin muadil hükmünün mehazi olarak kullanılmış iken,⁹⁹ bu hüküm günümüzde geçerli 2016 tarihli MBCA düzenlemesine alınmamıştır. Bu durum teminat kurumunun Amerikan hukukunda önemini yitirme sürecinde olduğunu göstermesi açısından önemlidir. Günümüzde ise MBCA m. 7.46(2)’de TTK m. 451 hükmüne benzer olarak mesnetsiz olarak ya da uygunsuz amaçla dava açan davacının, davalının davayı savunma masraflarını ödemesine hükmedilebileceğini düzenlenmiştir. Nitekim anılan maddenin gerekçesinde savunma masraflarının davacıya yükletilmesi yaptırımının, davalı tarafından savunma masrafları sebebiyle davanın başlangıç aşamalarında sulh olunmasından caydırmak olduğu belirtilmiştir.¹⁰⁰

New York hukukunda, BCL m. 627 hükmüne göre pay sahiplerinin ikame edecekleri dolaylı davalarda, davacı pay sahibinin şirket sermayesinin yüzde beşi ya da daha fazlasına tekabül eden sayıda paya sahip olmaması ya da alternatif olarak sahip olunan payların değerinin elli bin Amerikan Dolarını aşmaması halinde, davalı şirketin davacıdan, davalının davayla bağlantılı olarak yapacağı avukatlık ücreti

⁹⁷ Albert, s. 44.

⁹⁸ Nitekim tarihsel süreçte New York hukukunun teminat konusundaki düzenlemesi diğer eyaletlere mehoz teşkil etmiştir (Murdock v. Follansbee Steel Corp., 213 F.2d 570 (1954) (www.westlaw.com)).

⁹⁹ Albert, s. 46.

¹⁰⁰ Bkz. MBCA Sec. 7.46 Official Comment.

retleri ve şirketin davayla bağlantılı olarak rücu borcu altında gireceği meblağ dahil mahkemece belirlenecek makul masrafları, gösterilecek teminat suretiyle talep hakkı bulunmaktadır. New York hukukuna göre, makul masrafların kapsamına davayla bağlantılı olarak yapılan muhasebe masrafları dahi girmekte, ayrıca şirketin dava sebebiyle rücu borcu altına girebileceği durumlardan biri yönetim kurulu üyelerinin davaya ilişkin bir sorumluluğunun doğması halinde şirket tarafından yönetim kurulunun tazmin edileceğine dair kurallardan doğan hukuki ilişki olarak öne çıkmaktadır.¹⁰¹

MBCA düzenlemesinin suskunluğunu karşın BCL, teminat gösterilmesi yükümlülüğünü dava türü kadar teminatın karşılayacağı meblağ ve bu yükümlülük altına girecek davacı pay sahipleri yönünden de sınırlamıştır. Bu çerçevede, sadece azınlık pay sahiplerince ikame edilen davalar için teminata hükmedilmesi yolunun açık bulunması, azınlığın tehdit veya baskı amacıyla dava hakkını kullanmasını önleyici olmaktadır. Pay değeri veya oranı açısından getirilen bu sınırlama, şirkette azınlık durumunda bulunmayan bir kimsenin şirkete karşı dava açtığında, bu davadan (şayet dava haksız ikame edildiyse) neticede pay değerinin etkilenmesi suretiyle kendisinin de zarar görebileceği varsayımından kaynaklanmaktadır.¹⁰² Dolayısıyla, New York hukukunda çoğunluk pay sahibi bir kimsenin şirket çıkarlarını gözetmeksizin dava ikame ederek, bir nevi kendi paylarının değerini de hiçe sayarak, azınlığa veya yönetim kuruluna zarar verme ihtimali teminat hükmü açısından değerlendirilmemiş (ya da önemsenmemiş) bir olgudur.

Diğer yandan Kaliforniya hukukunda, CORP m. 800(c) hükmü pay sahiplerinin ikame edecekleri dolaylı davalarda, davalı şirketin, yargılamanın şirket ya da pay sahiplerine fayda sağlayacağı yönünde makul bir ihtimalin bulunmadığı ya da davalıların dava konusu işlem ile ilişkisi bulunmadığı gerekçesine dayanarak davacıdan teminat göstermesini talep hakkı bulunmaktadır. Burada, yargılamanın şirkete fayda sağlayıp sağlamayacağının denetiminde davacının davayı kazanmak için çürütmesi gerekli davalı savunmalarının değerlendiril-

¹⁰¹ Marks v. Seedman, 309 F. Supp. 332 (1969) (www.westlaw.com).

¹⁰² Murdock v. Follansbee Steel Corp., 213 F.2d 570 (1954) (www.westlaw.com).

mesi gerektiği ifade olunmaktadır.¹⁰³ Üstelik talep halinde mahkemece her durumda elli bin Amerikan Doları tutarını geçmeyecek şekilde, davalının avukatlık ücretleri ile davayla bağlantılı olarak CORP m. 317 uyarınca şirketin rücu borcu altına girebileceği tutarlar da dahil olmak üzere davayı savunmadaki makul masraflarına karşılık teminat gösterilmesine karar verebilecektir (CORP m. 800(d)). Nitekim CORP m. 317 hükmüne bakıldığında, maddenin yönetim kurulu üyelerinin şirketteki görevlerini icralarından kaynaklı olarak açılacak bir davada sorumluluğun doğması halinde şirket tarafından yönetim kurulunun hangi koşullarda tazmin edilebileceğinin kurallarına ilişkin olduğu görülmektedir.

New York hukukunun teminat kurumuna ilişkin yaklaşımında Kanun lafzının teminat gösterilmesi isteminin kabul görüp görme-yeceği yönündeki değerlendirmede doğrudan objektif kriterlere yer verdiği,¹⁰⁴ öte yandan hem New York hem Kaliforniya hukukunun teminat gösterilmesini istem hakkı bulunması halinde gösterilecek teminatın tutarının takdirinde hangi kalemlerin dikkate alınması gerektiği konusunda yine lafzın yol gösterdiği dikkat çekmektedir. Yine Kaliforniya hukukunun teminat miktarını bir azami tutar ile sınırlayarak mahkemenin takdir yetkisini dizginlediği görülmektedir. Diğer yandan, New York hukukunun aksine teminat gösterilmesini azınlık pay sahipleriyle sınırlamadığından Kaliforniya kanun koyucusunun azınlık kadar çoğunluk pay sahibinin de dava hakkını gerek azınlık gerekse yönetim kurulu üzerinde baskı veya tehdit aracı olarak kullanabileceğini kabul ettiği ifade edilebilecektir. Öte yandan, teminat miktarında dikkate alınması gereken “rücu ilişkisi” kavramı CORP içerisinde açıkça yönetim kurulu üyelerini işaret etmekte iken BCL içerisinde bu yönde açık bir atfın yer almamasına karşın mahkemelerde BCL düzenlemesinin CORP ile aynı yönde yorumlandığı görülmektedir.¹⁰⁵

¹⁰³ Donner Management Co. v. Schaffer, 142 Cal. App. 4th 1296 (2006) (www.westlaw.com).

¹⁰⁴ Marks v. Seedman, 309 F. Supp. 332 (1969) (www.westlaw.com).

¹⁰⁵ Fuller v. American Mach. & Foundry Co., 91 F. Supp. 710 (1950) (www.westlaw.com).

VI. SONUÇ

Mahkemelerce TTK m. 448(3) hükmündeki takdir yetkisinin kullanımında göz önüne alınacak ilke ve ölçütlerin belirlenmesi hukuk güvenliği ve belirliliği açısından önem arz ettiği kadar, pay sahibinin vazgeçilmez nitelikteki iptal davası hakkı ile hak arama hürriyetinin ihlal edilmemesi açısından elzemdir. Bu doğrultuda mezkûr hükmün yorumunda, öncelikle hükmün amacının şirketin zararlarının karşılanmasından çok mesnetsiz davaların caydırılması olduğu kabul görmeli ve dava açılmasının zorlaştırılmaması gereği dikkate alınmalıdır. Nitekim ABD şirketler hukukunda teminat gösterilmesine ilişkin maddelerin lafzında yer alan tedbirler kadar yine maddelerin lafzında yer verilen teminat tutarı hesabında dikkate alınması gerekli kalemler Türk hukuku açısından da yol gösterici olabilecektir.

ABD şirketler hukukunda bazı eyaletlerde, teminat gösterilmesi koşullarının karşılandığı hallerde mahkemece teminat gösterilmesine karar verilmesi gerekmekte olup, bu halde mahkemelere sadece teminatın tutarını takdirle sınırlı bir yetki sağlanmıştır.¹⁰⁶ Oysa TTK altında mahkemelerin daha baştan teminat gösterilmesi istemini ret hakkının bulunduğu dikkat çekici bir husustur. Bu doğrultuda, TTK dairesinde şirketin muhtemel zararları kavramı, sadece teminatın tutarının tayininde değil aynı zamanda teminat gösterilmesi isteminin kabul görüp görmeyeceğinde de mahkemelerce esas alınacak bir ilke konumundadır. Diğer yandan, TTK sisteminde teminat gösterilmesi talebine ilişkin olarak şirketin ispatı yükü konusunda maddede bir yönlendirme bulunmaması, taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu bir hukuk davası açısından uygunsuzdur.

Muhtemel zararların, yargılama giderleri haricinde içerdiği kalemleri belirlerken genel kurul kararlarını iptali davalarının hukuki niteliği ve sonuçlarının TTK m. 451 hükmü karşısında irdelenmesi önemlidir. Diğer yandan, ABD hukuku ile paralel olarak, TTK m. 448(3) hükmünün amacı çerçevesinde davanın mesnetsiz olup olmadığının

¹⁰⁶ Albert, s. 66.

anlaşılmasında davacının şirketteki durumu belirleyici unsurlardan biri olarak görülmeli¹⁰⁷, bu noktada davacının kararın iptal edilmesindeki yararı ve çıkarı ile davalı şirketin kararın geçerli kalmasındaki yararı ve çıkarının birlikte değerlendirilmelidir.¹⁰⁸

Kaynakça

- Arseven Haydar, "Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Kararlarına Karşı Kötü niyetle Açılan İptal Davasının Müeyyideleri", Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi 1978, s. 277- 287.
- Arslan Aziz Serkan, "HMK Hükümlerine Göre Teminat Kurumu ve Dava Şartı Niteliği", *DEHFD, C16, Özel Sayı* 2014, s. 943- 974.
- Çamoğlu Ersin, "Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Kararlarının İptali Davasında Teminat", *GSUHD*, 2006/1, s. 233- 240.
- Erdem Nuri, 6102 sayılı 'Yeni' TTK'ya Göre Anonim Ortaklık Pay Sahiplerinin 'Müktesep' (Kazanılmış) Hakları, *Regesta Ticaret Hukuku Dergisi* Yıl 2012, C. 2 S. 1, s. 29- 44.
- Kırca İsmail/Manavgat Çağlar/Şehriali Çelik Feyzan Hayal, Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 2(2), 2. Bası, *BTHAE*, Ankara 2016.
- Kuru Baki, Medeni Usul Hukuku, Yetkin 2018.
- Moroğlu Erdoğan, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul 2007.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Yetkin 2011.
- Pulaşlı Hasan, "Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı ve Müeyyidesi", *İÜFM, CLXXI S. 2*, 2013, s. 335- 345.
- Pulaşlı Hasan, Yeni Şirketler Hukuku Genel Esasları, Ankara 2012.
- Tekinalp Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, İstanbul 2011.
- Albert Miriam R., "Security for Expenses Statutes: Easing Shareholder Hopelessness", *Fordham Journal of Corporate and Financial Law*, Vol. 24 No. 1 2019.
- Bebchuk Lucian Arye, "Federalism and the Corporation: Desirable Limits on State Competititon in Corporate Law", *105 Harv. L. Rev.* 1435 (1992).
- Cox James D., "Searching for the Corporation's Voice in Derivative Suit Litigation: A Critique of Zapata and the Ali Project", *Duke Law Journal* Vol. December, 1982 No. 6.

¹⁰⁷ Moroğlu, s. 310.

¹⁰⁸ Moroğlu, s. 334.

- Dykstra Daniel J., "The Revival of the Derivative Suit", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 116, 74.
- Emmanuel Steven L., *Corporations and Other Business Entities*, 7th Ed., Wolters Kluwer 2013, Chapter Essay Exam Questions and Answers, Q 79
- McDonnell Brett H., "Two Cheers for Corporate Law Federalism", 30 *J. Corp. L.* 99 (2005).
- Nakahigashi Masafumi/Puchniak Dan W., "Land of the Rising Derivative Action", Ed. Dan W. Puchniak/Harald Baum/Michael Ewing- Chow, *Derivative Action in Asia: A Comparative and Functional Approach*, Cambridge 2012.
- Note, "Security for Expenses Legislation- Summary, Analysis and Critique", 52 *Colum. L. Rev.* 267.
- Pehlivanoğlu Murat Can, "Controlling the Non- Pecuniary Private Benefits of Influencing Shareholders in Publicly Traded Corporations Through Judicial Dissolution" (2018), *GGU Theses and Dissertations* 73.

IRIS MARION YOUNG TEORİSİNE GENEL BİR BAKIŞ: YAPISAL ADALETSİZLİK VE ADALETSİZLİKTEN SORUMLULUĞA İLİŞKİN SOSYAL BAĞLANTI MODELİ

AN OVERVIEW OF IRIS MARION YOUNG THEORY:
STRUCTURAL INJUSTICE AND SOCIAL CONNECTION
MODEL OF RESPONSIBILITY

Nadire ÖZDEMİR*

Özet: Bu makale, 21. yüzyılın sosyo-hukuki gündemine ilişkin önemli soru ve sorunlara dikkat çekmiş olan Iris Marion Young'ın adalet teorisini konu etmektedir. Tanımlayıcı bir çalışma olarak tasarlanan bu çalışma Young'ın teorisinde temel sayılabilecek "yapısal adaletsizlik" ve bu adaletsizlikten sorumluluğa ilişkin "sosyal bağlantı modeli" kavramlarını açıklayarak, bunların önemi ilişkisel yaklaşımları kapsamında değerlendirecektir.

Anahtar Sözcükler: Iris Marion Young, Yapısal Adaletsizlik, Sosyal Bağlantı Modeli, İlişkisel Adalet, İlişkisel Özerklik

Abstract: This paper aims to discuss Iris Marion Young's theory of justice, which raised important questions regarding the socio-legal agenda of the 21st century. As a descriptive work, this article aims to explain two main concepts of Young's theory as 'structural injustice' and 'social connection model of responsibility' and evaluate their significance in terms of relational approaches.

Keywords: Iris Marion Young, Structural Injustice, Social Connection Model of Responsibility, Relational Justice, Relational Autonomy

I. Giriş

Adalet, hukuk felsefesi öğretisinin öteden beri tartıştığı ve tartışmalarını farklı disiplinlerin görüşleriyle beslediği bir kavramdır. Adalet kavramı üzerine görüşler dönemsel olarak siyaset, sosyoloji veya ekonomi gibi alanların dehlizlerine kaymış veya bu alanların etkisi altında şekillenmiştir. Örneğin Martha Nussbaum, 1950'lerden itibaren

* Dr. Ar. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi, naozdemir@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1406-4833, Makalenin Gönderim Tarihi: 10.04.2019, Gönderim Tarihi: 10.04.2019

geleneksel normatif adalet teorilerinin ne kavramsal bir analiz ne de olgusal bir ampirik sorgulama sağladığı gerekçesiyle pozitivism etkisi altında önemsizleştirildiğini vurgular.¹ Ancak Nussbaum'a göre iki yaratıcı kaynak bu geçici durgunluğu canlandırmıştır. Birincisi John Rawls veya Jurgen Habermas gibi Kant çizgisindeki yazarların eserleri, ikincisi ise ahlaki, siyasi ve hukuki düşüncenin gündemini yeni sorularla canlandıran feminist doktrin ve düşünürlerdir.² Bu çalışmada, söz konusu doktrine önemli katkılarda bulunmuş günümüz siyaset felsefesi isimlerinden Iris Marion Young'ın yapısal adaletsizlik ve bu adaletsizlikten sorumluluğa ilişkin sosyal bağlantı modeli üzerinde durulacaktır. Tanımlayıcı bir çalışma olarak tasarlanan bu makale Young'ın teorisinde temel sayılabilecek söz konusu iki kavramı açıklamayı ve bunların önemini ilişkisellik yaklaşımları kapsamında tartışmayı hedeflemektedir.

II. Adaletin Konusu Olarak Yapı

Young, insanlar arasındaki ilişkileri anlamak için, büyük ölçekli sosyal yapıları göz önünde bulunduran bir düşünme tarzına sahip olmak gerektiğini belirtir.³ Bu düşünme tarzı birey olanaklarını mümkün kılan veya adaletsiz bir şekilde bunları ortadan kaldıran güç ilişkilerini ve yapıları anlamaya yönelik teorik bir çerçeve sunar. Adaletsiz olarak belirlenmiş olan sosyal yapılar toplumdaki eşitsizliklerin temel sebebidir. Bu anlamda Young'ın adalet kavramı yapıyı temele alan bir yaklaşım üzerinden şekillenmektedir.

Young, toplumun temel yapısını adaletin konusu olarak gören Rawls'un görüşlerini paylaşır.⁴ Ayrıca, modern toplumların temel yapısına ilişkin kaynakların veya konumların (*position*) dağıtımını yanı sıra üç hususun daha önemli olduğunu altını çizer. Young'a göre toplumsal yapılar, işbölümü ve karar verme mekanizmasında adalet ve

¹ Martha C. Nussbaum, "The Future of Feminist Liberalism", Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association, 2000, Vol. 74, No.2, s. 47.

² Nussbaum, 2000, ss. 47-48.

³ Vlasta Jalusić ve Mojca Pajnik, "When I Think about Myself as Politically Engaged, I Think of Myself as a Citizen: Interview with Iris Marion Young", Dancing with Iris: The Philosophy of Iris Marion Young içinde, Ann Ferguson, Mechthild Nagel (Eds), New York: Oxford University Press, 2009, s. 24.

⁴ Iris Marion Young, "Taking the Basic Structure Seriously", Perspectives on Politics Vol. 4, no. 1 (March 2006), ss. 91-97.

normların egemen kültürün özelliklerine göre oluşturulması anlamına gelen normatiftik⁵ bağlamlarında tartışılmalıdır.⁶ Toplumun yapısal ve kurumsal ilişkilerini temel alan bir adalet teorisi, yalnızca ve öncelikli olarak dağıtım sorularına odaklanan adalet teorilerinden daha elverişlidir.⁷ Zira, haklar, özgürlükler veya iktidar gibi sorulara dağıtıcı odaklı yaklaşmak, bu kavramların anlamını gizlemeye meyillidir.⁸ Örneğin iktidarın dağıtıcı bağlamda ele alınması güç sahibinin veya gücü kullananların kimler olduğuna odaklanır ve böylece tahakküm olgusunun kendisini görmeye ve tartışmaya engel olur.⁹ Dolayısıyla Young kendi teorisinde dağıtıcı adalet paradigmasından farklı olarak “yapı” kavramı üzerinde durmakta ve adaletsizliğe yapısal bir yaklaşım getirmektedir.

Young’ın teorisi, sosyal kurumlara nüfuz ve istila etmiş adaletsizliklerin bireysel yaşamlar üzerindeki etkisini konu alır.¹⁰ Sosyal kurumların ve bu kurumların işleyişine dair süreçlerin içine bu derece sinmiş adaletsizlikleri yapısal bir sorun olarak görür. Bu anlamda yapısal adaletsizlik, sosyal süreçlerin birtakım kişileri sistematik olarak tahakküm altında tutup onların kapasitelerini geliştirmelerini engellemesine sebep olur. Öte yandan, aynı sosyal süreçler başka kişileri tahakkümü uygulayan konumuna sokup onların kapasitelerini geliştirmeleri adına geniş fırsatlar yaratır.¹¹ Toplumdaki gruplar arasında fırsat eşitsizliği doğuran yapısal adaletsizlik, bu anlamda toplumsal bir sorun olarak karşımıza çıkar. Young, soyut bir kavram olan yapısal adaletsizliği somut olarak açıklamak için yoksul ve tek ebeveyn olan *Sandy* isimli bir kadının hikayesini anlatır. *Sandy*’nin hikayesi, yapısal adaletsizliğe işaret eden, belirli davranış ve politikalarla açıklanması

⁵ Young, normal olan ve olmayan davranış arasındaki ayrımın egemen kültürün anlayış biçimine göre şekillendiği ve bu anlayışın ayrımcılığı veya şiddeti teşvik ettiği takdirde bunlara maruz kalanların sistematik adaletsizliklerle yüzleştiğini belirtir (Bkz. Young, 2006, s. 95).

⁶ Young, 2006, ss. 92-96.

⁷ Iris M. Young, “Toward a Critical Theory of Justice”, *Social Theory and Practice*, Vol. 7, No. 3 (Fall 1981), s. 282.

⁸ Young, 1981, ss. 279-302, s. 283.

⁹ Young, 1981, ss. 279-302, s. 285.

¹⁰ Christian Barry; Luara Ferracioli, Young on Responsibility and Structural Injustice, *32 Crim. Just. Ethics* 247 (2013), s. 247.

¹¹ Iris Marion Young, *Responsibility for Justice*, New York: Oxford University Press, 2011, s. 52.

zor, kendine özgü bir yanlışı içermektedir.¹² Young bu hikayede, başkahramanın yüzleştiği adaletsiz durumları ön plana çıkarmaktan ziyade bu durumların yapıyla olan ilişkisine odaklanır.¹³

Hikayenin baş kahramanı iki çocuklu ve yalnız ebeveyn olan *Sandy* isimli kadındır. *Sandy* kirada oturduğu ev boşaltılınca başka bir ev aramak zorunda kalır. Tezgahtar olarak çalıştığı şehir dışındaki alışveriş merkezine otobüs hattı olan başka bir ev bakmaya başlar. Ancak kendi bütçesine uygun evler ya iş yerine çok uzakta ya da çocukları açısından güvenli olmayan muhittedir. Bunun üzerine *Sandy* kazancının bir kısmını araba kirasına vermeyi göze alır ve barınma için devlet desteğine başvurmak ister. Ancak öğrenir ki destek için bekleme süresi yaklaşık iki yıldır. *Sandy*, tahliye zamanına kadar yaklaşık iki ay boyunca ev aramayı sürdürür. Sonunda, trafik olmadığı zaman arabayla iş yerine 45 dakika mesafede, çamaşır yıkama olanağı veya çocuk oyun alanı olmayan ufacık bir ev bulur. Çaresizlikten bu evi tutmak zorunda kalır. Ancak bu sefer de başka bir mali engel çıkar karşısına: Depozito için üç aylık kira ücreti istenmektedir. *Sandy* zaten kısıtlı olan birikiminin tamamını araba kiralamaya verdiği için zar zor bulabildiği bu evi kiralayamaz ve böylece evsiz olarak ortada kalır.¹⁴

Sandy'nin hikayesi, hikayede yer alan bireylerin şahsi kusurlardan öte, yapısal olarak adaletsizliğe işaret eden bir tür etik sorunu ortaya koymaktadır.¹⁵ *Sandy*, kendi kontrolü dışındaki koşulların kurbanı olmuştur. Aslında hikayedeki kişilerin hepsi (ev sahibi, emlakçı, işveren vs) *Sandy*'le olan ilişkisinde mevcut hukuk kuralları çerçevesinde ve saygılı bir tutumla hareket etmiştir. Ancak *Sandy*'i evsizliğe sürükleyen, tüm bu bireylerin ötesinde, yapısal adaletsizliğin kendisidir.¹⁶ *Sandy*'nin, yoksul bir kadın olması onun seçeneksizliğinin kaynağıdır. Bir yandan yalnız anne olmasından ötürü çocuklarının bakımını ve eğitimini üstlenmiştir, bir yandan da yoksulluk ve eğitimsizliğine bağlı olarak çalışma olanaklarının kısıtlılığı onu ev bulma konusunda

¹² Young, 2011, s. 44.

¹³ Jeffrey Reiman, "The Structure of Structural Injustice: Thoughts on Iris Marion Young's 'Responsibility for Justice'", *Social Theory and Practice*, Vol. 38, No. 4 (October 2012), s. 740.

¹⁴ Young, 2011, ss. 43-44.

¹⁵ Young, 2011, s. 44.

¹⁶ Young, 2011, ss. 44-46.

bir çıkmaza sürüklemiştir. *Sandy*'nin mağduriyeti onun bizatihi hatasından veya tercihlerinden ziyade daha çok kendi kontrolü dışındaki koşullardan kaynaklanmaktadır.¹⁷ *Sandy*'nin içinde bulunduğu durum onu adaletsiz koşullara sürükleyen, evsizlik riskine karşı kırılğan olmak anlamında sosyal-yapısal bir durumdur.¹⁸ Evsizlik riskine karşı kırılğan grupta yer alanların evsiz kalma ihtimali kısmen kendi davranışlarına, kısmen başkalarının davranışlarına kısmen de şansa kalmış olabilir. Young'ın, bireysel etkileşim (*individual interaction*)¹⁹ olarak nitelendirdiği durum, kişilerin yanlış davranışlarının adaletsiz durumları pekiştirmesiyle ilgilidir. Ancak *Sandy*'nin hikayesindeki kişiler, ona karşı makul ve saygılı davranmasına rağmen burada sosyal adaleti ilgilendiren mesele *Sandy*'nin evsizlikle yüzleşme riski taşıyan kırılğan bir grupta bırakılmış olmasıdır.²⁰ Evsizliğe karşı kırılğan olmanın koşullarını yaratan kaynaklar geniş çaplı ve nispeten uzun dönemlidir. Hem kamu hem de özel birçok politika, kural veya kabul görmüş uygulamalara göre hareket eden binlerce kişinin eylemleri bu koşulların üretilmesine katkıda bulunur.²¹ Yapısal adaletsizlik, milyonlarca insanın kurumsal kurallara ve ahlaken kabul edilen pratiklere uyması sonucunda üretilmekte ve pekiştirilmektedir.²² Zira istemli seçimlerle sosyal koşulların etkilerini birbirinden ayırmak oldukça zordur.²³ İşte bu şekilde milyonlarca insanın katkısıyla oluşan ve pekiştirilen yapılar bireylerin yaşamlarında sosyal adalete ilişkin kendine özgü haksız durumları yaratmaktadır. Young teorisinde sosyal adalet de bu anlamda kilit bir kavramdır.

III. Yapısal Koşulların Etkilediği Sosyal Adalet ve Sosyal-Yapısal Süreçler

Young, sosyal adaleti, iki temel kavramdan yola çıkarak açıklar: Kendini geliştirme (*self-development*) ve kendini-belirleme (*self-determination*). Bu iki kavram adaletsizliğin iki genel unsuru olan baskı ve tahakküm olgularının varlığında gölgelenir ve bu anlamda sosyal

¹⁷ Young, 2011, s. 45.

¹⁸ Young, 2011, s. 45.

¹⁹ Young, 2011, s. 46.

²⁰ Young, 2011, ss. 45-46.

²¹ Young, 2011, ss. 47-48.

²² Young, 2011, s. 95.

²³ Barry; Ferracioli, s. 249.

adaletsizlik durumu ortaya çıkar. Zira baskı, kendini geliştirmeye yönelik kurumsal sınırlandırmaya, tahakküm ise kendini-belirlemeye yönelik kurumsal sınırlandırmaya işaretir.²⁴ Dolayısıyla sosyal adalet, toplum üyelerinin kendini-belirleme ve kendini geliştirmelerinin kurumsal şartlarını teşvik etmeyle ilgilidir.²⁵ Bu kurumsal koşulları üreten veya pekiştiren yapısal adaletsizlikler gelir dengesizliği, iktidara veya bilgiye erişim sınırı gibi haksızlıklara yol açabilir.²⁶ Dolayısıyla sosyal adaleti sağlamak için bu yapısal adaletsizlikleri mercek altına almak gerekir.

Young, sosyal adaletsizlik ve yapısal adaletsizlik ilişkisinde kurumsal bağlamdaki dinamiği daha iyi anlatmak için 'sosyal-yapısal' süreçlerden bahseder.²⁷ Zira sosyal yapılar genellikle gücün veya kaynakların insanlar arasında eşitsiz biçimde paylaşılmasına sebep olur.²⁸ Bu eşitsiz paylaşım ise sosyal ilişkilerin dinamiği üzerinde belirleyicidir. Bu dinamiği betimlemek üzere Young dört farklı sosyal-yapısal süreçten bahseder.²⁹ Bu süreçlerin her biri yapısal adaletsizliğin oluşumunda ve sürdürülmesinde etkin roledir.

Sosyal süreçlere ilişkin "nesnel sınırlamalar" olarak nitelendirilen ilk unsur, içinde yaşadığımız toplumun birtakım kanallar aracılığıyla bizi sınırlandırması ve fakat aynı zamanda bu sınırlar içerisinde etkinlik gösterebilmemizi mümkün kılmasına işaret eder.³⁰ Bireyler, nesnel sayılabilecek sosyal olguları kısıtlayıcı veya etkinleştirici (*enabling*) olarak deneyimlerler. Bu sosyal olgular etnik veya kültürel tercihler doğrultusunda (yoksul veya azınlık mahalleleri gibi) şehirleşmenin fiziksel yapıları olabileceği gibi kurumsal ve sosyal kurallar da olabilir.³¹ Örneğin *Sandy*, kurallara uygun davranan kişilerle karşılaşmıştır ve aslında söz konusu kurallar onu kısıtlayan ve zora sokan süreçlerin bir parçasıdır.³² *Sandy*'nin söz konusu kuralların uygulanışını nesnel sınır-

²⁴ Iris Marion Young, *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, (2000), s. 31.

²⁵ Young, 2000, s. 33.

²⁶ Young, 2000, s. 34.

²⁷ Young, 2011, s. 53.

²⁸ Young, 2000, ss. 86-87.

²⁹ Young, 2011, s. 53.

³⁰ Young, 2011, s. 53.

³¹ Young, 2011, s. 54-55.

³² Young, 2011, s. 55.

lamalar olarak deneyimlemesinin nedeni diğer insanların bu kurallara uyararak olduğu gibi davranmalarındır.³³ Ancak bu davranışların sonucunda sosyal yapılar nesnel, belirlenmiş ve sınırlayıcı olarak karşımıza çıkmaktadır. Buradaki sınırlama birtakım bireyler üzerinde doğrudan baskı uygulamak anlamında değil, dolaylı yoldan, olasılıkları azaltarak veya yok ederek belirebilir.³⁴ Young yapıları görmedeki zorluğun bunların sınırlayıcı kaynaklar olarak deneyimleme sürecimizin kurumlardaki kişilerin ortak eylemleri veya olasılıklarımızı etkileyen fiziksel koşullar bağlamında gerçekleşmesi olduğunu söyler.³⁵ Bireyler sosyal yapının kendilerine farklı bir seçenek tanımadığından ötürü davranışlarının kısıtlandığını veya farklı şekilde davranma olasılıklarının olmadığını belirtirler. Örneğin *Sandy*'nin hikayesinde ev sahibi evi satmak zorunda kaldığını söylemektedir.³⁶ Söz konusu ev sahibine göre iş ve sermaye piyasasının işleyişi kendisinin kontrolünde olmayan ve kendisinin de ayak uydurmak zorunda kaldığı bir gerçektir.

Nesnel sınırlandırmalara engelli bireylerin günlük yaşamda sıklıkla karşılaştığı fiziksel yapılar veya kurumsal normlar da örnek verilebilir. Zira Young engelli bireylerin iş olanaklarının engel durumunun gözetilmediği hegemonik normlar tarafından kısıtlanmasını da yapısal adaletsizliğin bir başka boyutu olarak ele alır.³⁷ Bu kısıtlama, engelli olmayan bireylere göre tasarlanan tüm sosyal ve kurumsal yapılara özgü olabilir. Hatta öyle ki adalete erişimde dahi engellilerin sıkıntılar yaşaması söz konusudur. Anna Lawson, engelli bireylerin adalete erişimin her aşamasında sorun yaşadıklarını belirtir. Lawson, resmi işlemleri başlatmadan önceki adalete erişimdeki problemler arasında özellikle zihinsel engellilerin haksızlıkla karşılaştıkları zaman algılamalarındaki güçlükten kaynaklanan veya hukuk aktörlerine erişim ve onlarla iletişimden kaynaklanan sorunlar gibi hususları belirtir.³⁸ Dava açıldıktan sonra ise mahkemeye erişimdeki fiziksel engel-

³³ Young, 2011, s. 55.

³⁴ Young, 2011, s. 55.

³⁵ Young, 2011, s. 55.

³⁶ Young, 2011, s. 56.

³⁷ Iris Marion Young, "Structural Injustice and the Politics of Difference", *Intersectionality and Beyond* içinde, E. Grabham/D. Cooper/J. Krishnadas/D. Herman (Eds), Oxon: Routledge, 2009, s. 278.

³⁸ Anna Lawson, "Disabled People and Access to Justice: From disablement to enablement?", *Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights* içinde, Ed. Peter Blanck ve Eilionoir Flynn, New York: Routledge, 2017, ss. 91-94.

ler veya engellilerin seslerini yeteri kadar ve olduğu gibi duyurmaya yönelik araçların eksikliği gibi hususları sıralar.³⁹ Nihayetinde dava sonrasında da engellilerin mağduriyeti sona ermez. Özellikle ceza davalarında mağdur olan engellilere dava sonrası daha müdahaleci yaklaşıldığı belirtilmektedir.⁴⁰ Bu süreçlerin her birinde kişiler kurallara uygun davrandığını söyleyebilir, ancak söz konusu kurallar engelli bireyler açısından sınırlayıcı ve zorlayıcıdır.

Sosyal süreçlerin ikinci boyutu bireysel konumların birbiriyle ilişkili olduğu makro durumu göz önünde bulundurmakadır.⁴¹ Örneğin *Sandy*'nin hikayesindeki gibi evsizlik riski altında olan farklı hayat deneyimi ve hikayelerine sahip birçok insan söz konusudur. Evsizlik riski altında olmak bir tür kırılmalılıktır. Bu kırılmalılığın kaynağı ise sadece nesnel şartlar veya kurallar değil, toplumun temel sosyal pozisyonlarının nasıl konumlandığı ve bunların sistematik olarak birbiriyle nasıl etkileşim altında olduğuyula da ilgilidir. Toplum üyelerini sosyal pozisyonları bağlamında ele alırsak, bireysel tercihler, yetenekler veya özelliklere odaklanmaktan ziyade bu üyelerin birbirlerine karşı nasıl pozisyonlandıkları ve bunlar arasındaki ilişkiye bakmamız gerekir.⁴² Zira bu konumlar, olasılıkları ve koşulları da şekillendirmektedir. Örneğin *Sandy*'nin hikayesinde sınıf ve cinsiyet sosyal pozisyonları *Sandy*'nin koşullarını şekillendirmektedir. Bir kadın olarak toplumsal cinsiyet rolleri kapsamında çocuklarının bakımını üstlenmek zorunda bırakılmıştır ve de yine çocuklu bir kadın olarak çalışabileceği iş ortamları sınırlıdır. Üstelik, toplumsal hiyerarşide alt sınıfta yer aldığı için eğitimsizdir ve bulabileceği iş seçenekleri bu yüzden az ve düşük ücretlidir.⁴³ *Sandy*'nin deneyimine benzer izleri ülkelerindeki savaştan kaçmış göçmen Suriyeli kadınların yaşamında da görmek mümkündür. Örneğin Suriyeli *Maha*'nın yaşam mücadelesi *Sandy*'nin deneyiminin farklı bir hikaye ve coğrafyadaki izdüşümünü anımsatmaktadır:

“İki çocuk annesi 32 yaşındaki *Maha*'nın, *Daraa*'daki evi Aralık 2012'de bir bomba ile yıkıldığı için *Lübnan*'da *Beyrut*'a kaçtı. Şimdi bir otoyol

³⁹ Lawson, s. 95.

⁴⁰ Lawson, s. 96.

⁴¹ Young, 2011, s. 56.

⁴² Young, 2011, ss. 56-57.

⁴³ Young, 2011, s. 59.

alt geçidi yakınında pis bir beton bir odada yaşıyor. Aralıklı olarak hizmetçilik yapıyor, ama yaşam maliyeti ailesinin ihtiyaçlarını karşılamaya yetmiyor. 200 dolarlık kirayı ödemek için yeterli parayı bulmak için mücadele veriyor ancak zaten çoktan 400 dolar borcu var. Çok zor şartlarda yaşıyor. "Kir, gü-rültü, her şey" diyor Maha. "Sokakta yaşamak gibi".⁴⁴

Mülteci bir kadın olan Maha'nın çocukları için güvenliği sağlayacak bir ev bulmasını zorlaştıran birtakım hususlar söz konusudur. Konut eksikliği ve sınırlı kaynaklar yaşam koşullarının sık sık etkilenmesine sebep olmaktadır.⁴⁵ Ayrıca makro düzeyde düşünüldüğünde Maha eğitimsiz, göçmen ve çocuklarının bakımını tek başına üstlenmiş bir kadındır ve farklı kimliklerle sabitlenmiş bu pozisyonu onun olasılıklarını sınırlandırarak yaşam koşullarını şekillendirmektedir.

Üçüncü olarak Young, sosyal süreçlerin eylemlerle oluşturulan yapılarından söz eder. Bu husus, Anthony Giddens'in yapıların, bireylerin birbiriyle ilişkileri sonucu oluştuğunu ileri süren yapılaşma teorisini hatırlatmaktadır.⁴⁶ Young, eylemlerle oluşturulan yapıları örnek olarak yine Sandy'nin hikayesini verir. Sandy, "güvenli" bir çevrede çocuklarını büyütme istemektedir. Şehrin bir kısmını güvenli bir kısmını güvensiz kılan şey ise yapıların arkasındaki birey davranışlarıdır. Güvenli olmayan bölgelere yatırım yapılmaz veya insanlar bu bölgelere uğramak istemez. Polis bile bu bölgede yaşayan insanlara şüpheli yaklaşır. Güvenli bölgelerin ise tercih edilebilirlikleri yüksek olduğundan fiyatlar da yüksektir. Üstelik burada beyaz orta sınıf konumlandığı için örneğin bir siyah erkeğin bu bölgeye girmesi rahatsızlık verebilir.⁴⁷ Sonuç olarak bir bölgenin "güvenli" olmasına ilişkin ya-

⁴⁴ UNHCR The UN Refugee Agency, "Woman alone, the fight for survival by Syria's refugee women", s. 15. Raporu şu adresten erişebilirsiniz: <http://www.unhcr.org/ar/53bb8d006.pdf>, Erişim Tarihi: 18.11.2018.

⁴⁵ UNHCR The UN Refugee Agency, "Woman alone, the fight for survival by Syria's refugee women", s. 15. Raporu şu adresten erişebilirsiniz: <http://www.unhcr.org/ar/53bb8d006.pdf>, erişim tarihi: 18.11.2018.

⁴⁶ Young, 2011: 60. Giddens, yapıyı sosyal sistemlerin özellikleri olarak düzenlenmiş kurallar ve kaynaklar olarak açıklarken; yapılaşmayı (structuration) yapıların devamlılığını veya dönüşümünü yöneten ve dolayısıyla sistemleri yeniden üreten koşullar olarak açıklar. (Anthony Giddens, Central Problems in Social Theory Action: Structure and Contradiction in Social Analysis, London: Palgrave Macmillan, 1979, s. 66.

⁴⁷ Young, 2011, s. 62.

pısal süreçlere varlıklı insanlar kadar yoksullar da eylemleriyle katkı sunmaktadırlar.⁴⁸ Benzer şekilde Mariam Martinez, Young'ın Amerika kapsamında verdiği örneği Avrupa açısından değerlendirir. Ona göre Avrupa kentlerinin çoğunda göçmenlerin şehrin belli başlı noktalarda toplanması bu insanların özellikle bir arada yaşamak istemesinin ötesinde, yapısal adaletsizliği pekiştiren etnik kümeleniştenden de kaynaklanmaktadır.⁴⁹

Son olarak, sosyal süreçlerin birçok insanın davranışıyla katıldığı ve kimi zaman istenmeyen sonuçlara katkıda bulunduğu bir yönü söz konusudur.⁵⁰ Yapısal olarak bakıldığında birçok geniş çaplı sosyal süreçte bireyler sadece kurallara uyduklarını, kendi işleriyle meşgul olup meşru amaçlarını gerçekleştirmeye çalıştıklarını düşünürken aslında istenmeyen sonuçlara katkı sunduklarının farkında değildirler.⁵¹ Örneğin *Sandy*'nin hikayesindeki gibi çoğu şehirde insanlar kazançlarının büyük bir kısmını daracık ve kötü koşullara sahip evlere vermektedir ve aslında bu durum kimsenin tek bir davranışı doğrultusunda yaratılmış bir sonuç değildir.⁵² Bu ve bunun gibi haksız bulduğumuz birçok koşul -her ne kadar o insanlar bu sonuçları istememiş olsalar da- aslında milyonlarca insanın meşru görülen davranışları sonucu oluşmuştur.⁵³ İşçilerin gerek çalışma koşullarının gerekse hak arayışlarının güvencesizliğine değinen ve bu anlamda güvencesizliği hem çalışma hem düşünme pratiği olarak yorumlayan Duygu Hatipoğlu Aydın da benzer bir noktaya işaret eder.⁵⁴ İşçilerin güvencesizlik deneyimi sınıf farkının getirdiği seçim yoksunluğundan başlayarak yasalar, yasaların uygulandığı koşullar, işverenle kurulan hiyerarşik ilişki ve nihayetinde tüm bunların hak arama alanındaki yansımaları birçok insanın davranışıyla pekişen sosyal bir süreçtir.

⁴⁸ Young, 2011, s. 62.

⁴⁹ Mariam Martinez, "On Immigration Politics in the Context of European Societies and the Structural Inequality Mode", *Dancing with Iris: The Philosophy of Iris Marion Young içinde*, Ann Ferguson, Mechthild Nagel (Eds), New York: Oxford University Press, 2009.

⁵⁰ Young, 2011, ss. 62-63.

⁵¹ Young, 2011, s. 63.

⁵² Young, 2011, ss. 63-64.

⁵³ Young, 2011, s. 64.

⁵⁴ Duygu Hatipoğlu Aydın, *Güvencesiz Adalet: İşçilerin Hukuk Deneyimi Üzerine Bir Temellendirilmiş Kuram Çalışması*, İstanbul: Oniki Levha, 2018, s. 232.

Sosyal yapısal süreçler, birbirlerini etkilemesi anlamında ilişki-seldir ve yapısal olmaları nispeten kalıcı olmalarından kaynaklanır.⁵⁵ Bu süreçler insanların eylem ve etkileşimlerinden ortaya çıkar ve bu anlamda durumsal değil, işleyişe ilişkindir.⁵⁶ Yapısal bir sosyal grup, fırsat ve yaşam beklentilerini şekillendiren kurumsal ilişkilerde benzer şekilde konumlandırılmış bir grup insandan ibarettir.⁵⁷ Benzer şekilde konumlandırılmış olan bireyler, benzer kısıtlamalar veya imkanları deneyimler.⁵⁸ Bu anlamda kendimizi hem eylem olanaklarının hem kısıtlamaların kaynağı olan sınıf, cinsiyet, ırk, din vb. ilişkilerde konumlanmış bulmaktayız.⁵⁹ Ancak bu konumlanmaların sabitlediği pozisyonlar bizim kim olduğumuz üzerinde söz sahibi olsa bile kimliğimizi tanımlamaz veya kesinleştirmez.⁶⁰ Bir insanın kimliği onun etnik, cinsiyet veya sınıfsal özelliklerinden ibaret değildir.⁶¹ Bir bireyin tüm bu özellikler kapsamında yapabilecekleri de önem arz eder. Bu kapsamda Young, bireylerin özne konumunda oluşunun ve kendi kimliklerini belirlemedeki rollerinin altını çizer. Young'a göre özne olmak demek, yaşamlarımızı şartlayan kısıtlamalar ve olasılıklardan kendi tarzımıza göre bir şeyler ortaya koymamız anlamına gelir.⁶² Bu anlamda öznelliğe sahip bireyler olarak adaletsizlikten sorumlu olmamız da tartışma konusudur.

IV. Adaletsizlikten Sorumlu Olma: Sorumluluğun Sosyal Bağlantı Modeli

Adaletsizlikten sorumluluk üzerine düşünmek, birey olarak kendi davranışlarımızı ve başkalarının davranışlarını etkileşimsel ve kurumsal açılardan değerlendirmeyi gerektirir. Örneğin, koşullar müsait olduğunda tahakküm ilişkisi kurmakta mıyız? Veya kimi insanlar açısından mahrumiyet ve tahakküm tehdidi barındıran yapısal süreçlerin üretilmesine birey olarak ne kadar katkı sunmaktayız?⁶³

⁵⁵ Young, 2000, ss. 94-95.

⁵⁶ Young, 2000, s. 95.

⁵⁷ Young, 2000, s. 97.

⁵⁸ Young, 2000, s. 100.

⁵⁹ Young, 2000, s. 100.

⁶⁰ Young, 2000, s. 101.

⁶¹ Young, 2000, s. 102.

⁶² Young, 2000, s. 101.

⁶³ Young, 2011, s. 73.

Eğer yapısal adaletsizlikten birtakım insanları bir şekilde sorumlu tutmak istiyorsak, bireysel davranışa ve zarara yönelik olan standart sorumluluk anlayışından farklı bir sorumluluk anlayışına ihtiyaç vardır.⁶⁴ Young'ın bahsettiği bu standart anlayış, sorumlu tutulmak istenen sonuçla nedensellik bağına sahip özneleri, kusur, zarar veya suç adı altında sorumlu tutmaya yönelik mesuliyet (*liability*) modelidir.⁶⁵ Ancak yapısal adaletsizlikten bireyleri sorumlu tutmak bu model kapsamında mümkün değildir. Zira adaletsiz yapılar normalde kabul görmüş kural ve uygulamalara göre hareket eden çok sayıda insan tarafından üretilip pekiştirilmektedir ve bu tür yapısal süreçlerin yol açtığı adaletsizlikler doğrudan belli başlı insanların kusuruna veya hatasına atfedilemez.⁶⁶

Sorumluluğun sosyal bağlantı modeli (*social connection model of responsibility*) yapısal sürece davranışlarıyla katılan herkese sorumluluğu paylaştırmaktadır.⁶⁷ Bu sorumluluk geleceğe yöneliktir ve adaletsiz sonuçlara yol açan yapısal süreçleri dönüştürmeyi amaçlar.⁶⁸ Sadece tek bir bireyin davranışına indirgenemeyecek kadar büyük olan yapısal adaletsizlikte sorumluluk bu süreçlere dahil olmuş herkese aittir. Elbette bu süreç içerisinde birtakım bireylerin haksız davranışı göz çarpabilir. Örneğin *Sandy*'e bekar bir kadın olduğu için ev vermek istemeyen ev sahipleri çıkabilir. Ancak evsizlik riski grubunda olmanın sorumluluğunu sadece o ev sahibine yüklemektense bunu yapısal bir mesele olarak görüp birçok kişi ve kurumun sorumlu olduğunu düşünebiliriz.⁶⁹ Dolayısıyla Young, eşitsizlikleri doğuran yapısal adaletsizlikte "paylaşılan sorumluluğun" (*shared responsibility*) geleceğe yönelik ve her birimize ait olduğunu iddia eder.⁷⁰ Bu anlamda yapısal adaletsizliğe yol açan birçok ağın parçası olduğumuz gerçeğiyle yüzleşmeli ve buna yönelik ortak eyleme geçmeliyiz.⁷¹

Young yapısal adaletsizliğe ilişkin sorumluluğun küresel bir adaletsizlikten kaynaklansa dahi söz konusu olacağını belirtir. Ancak in-

⁶⁴ Young, 2011, s. 96.

⁶⁵ Young, 2011, s. 96-97.

⁶⁶ Young, 2011, s. 11.

⁶⁷ Young, 2011, s. 96.

⁶⁸ Young, 2011, s. 96.

⁶⁹ Young, 2011, s. 106.

⁷⁰ Young, 2011, ss. 109-110.

⁷¹ Young, 2011, s. 111.

sanların çoğu küresel düzeydeki bir eşitsizlikten kendilerini sorumlu tutmama eğilimindedirler. Young küresel sorumluluğu reddetmeyle ilgili olarak birkaç sebepten bahseder. Birincisi bu tür adaletsizlikleri değişmez ve kaçınılmaz olarak doğal birer süreç gibi görmek anlamına gelen şeyleştirme (*reification*).⁷² İnsanlar var olan düzenin sanki müdahalesi güç doğal sebepler sonucu oluştuğunu varsayıp bu sebepleri değiştirmek üzerine kafa yormazlar. İkincisi insanların sadece doğrudan ilişkisi olan yakınlarına karşı sorumluluk hissedip, uzaktaki veya doğrudan ilişkisi olmayan insanlara karşı bu tür bir bağlantıyı görmezden gelmeleridir (*denying connection*).⁷³ İnsanlar, kendilerine görünür ve yakın olmayan insanların durumlarına ilişkin herhangi bir sorumluluk üstlenmeyi akıllarına getirmezler. Getirseler bile Young'ın yakındakilerin önceliği (*demands of immediacy*) olarak nitelendirdiği üçüncü sebepten ötürü uzaktakilere dair sorumluluklarını öteleyebilirler. Burada insanlar milyonlarca yabancıya bir şekilde bağlı olduğumuzu kabul eder ancak onlar için kaynaklarımızın kısıtlı olduğunu, çünkü zamanımızı ve enerjimizi daha yakın ilişkiler için harcamamız gerektiğini düşünür.⁷⁴ Son olarak Young, küresel adaletsizlikten sorumluluk duymayışın yanlış bir temellendirme olarak nitelendirdiği "benim işim değil" (*not my job*) yaklaşımından kaynaklandığını söyler.⁷⁵ Burada insanlar mevcut kurallara ve kurumlara uygun yaşadıklarını düşündüklerinden mevcut adaletsizlikten kendilerini sorumlu tutmak yerine başkalarının sorumlu olması gerektiği kanısına sahiptirler. Sonuç olarak tüm bu yanlış akıl yürütmeler, küresel adaletsizlikten sorumluluk duymamızı gölgelemektedir. Oysaki yapısal adaletsizlik küresel düzeyde olsa dahi paylaşılan bir sorumluluktur.

Ancak şunu belirtmek gerekir ki Young, sorumluluğun ortak olduğunu belirtmekle birlikte birtakım insanların sorumlulukta daha çok paya sahip olduğunun altını çizer. Küresel düzeydeki haksızlıkları iyileştirmede kimin en çok paya sahip olduğu sorusunu ise kademeli olarak cevaplandırır. Young'a göre öncelikle, iktidar (*power*) olgusunu seçmeliyiz, zira daha güçlü ve daha çok iktidar sahibi olan insanla-

⁷² Young, 2011, s. 154.

⁷³ Young, 2011, s. 158.

⁷⁴ Young, 2011, s. 161.

⁷⁵ Young, 2011, ss. 165-166.

rın daha fazla sorumluluğu vardır.⁷⁶ İkinci olarak ayrıcalıklara (*privilege*) dikkat etmeliyiz, çünkü daha ayrıcalıklı insanların daha büyük sorumlulukları olmalıdır.⁷⁷ Dikkat edilmesi gereken üçüncü husus ise menfaattir (*interest*). Yapısal adaletsizlikten en fazla etkilenenlerin bu durumu değiştirmede daha büyük bir menfaati vardır, dolayısıyla sorumlulukları da daha büyüktür.⁷⁸ Son olarak, bir gruba üyelik, o grubu ve kaynaklarını harekete geçirmek anlamında insanlara daha büyük bir sorumluluk verir. Kolektif güç (*collective ability*) olarak nitelendirildiği husus sorumluluğun artmasında etkindir.⁷⁹

Young'ın sorumluluk yaklaşımında özellikle bir ayırım göz çarpar. Sorumluluğun ne demek olduğunu daha iyi açıklamak üzere Hannah Arendt'ten esinlendiğini belirttiği suç (*guilt*) ve sorumluluk (*responsibility*) arasındaki farka gönderme yapar. Young'a göre bir kimse, kusurlu (*blameworthy*) bir davranışta bulunmuşsa suçludur. Kusurlu davranış ise (ağır ihmal durumları hariç) zarar niyetini içerir.⁸⁰ Sorumluluktan ziyade suça odaklanmak, bizi geleceğe yönelik görevlerimizden uzaklaştırır, bu görevi birçok insana yaymak yerine birkaç suçluya hasreder, böylece adaletsizliklerin altındaki koşulları görmemizi engeller.⁸¹ Suç, kusuru gerektirir, sorumlulukta ise kusur her zaman olmak durumunda değildir. Ayrıca suç geçmişe, sorumluluk geleceğe yöneliktir.⁸² Nussbaum'ın Young teorisi yorumuna göre bu iki koşulun dışında Young açısından bir sorumluluk kaynağı daha vardır, bu da genel bir ahlaki vatandaşlık görevi kapsamında vatandaşların, toplumlarındaki kurumları izlemesi ve denetlemesi anlamında sorumluluktur.⁸³

Öte yandan başta Nussbaum olmak üzere Young'ın sorumluluk ve suç ayırımı pek çok eleştiri almıştır. Örneğin Nussbaum bu kavramlaştırmaya farklı gerekçelerle karşı çıkar. Öncelikle ayırımdaki prospektif/retrospektif kısım üzerinde durur. Ona göre eğer bir kimse söz

⁷⁶ Young, 2011, s. 144.

⁷⁷ Young, 2011, s. 145.

⁷⁸ Young, 2011, s. 145.

⁷⁹ Young, 2011, s. 146-147.

⁸⁰ Martha C. Nussbaum "Foreword" Responsibility for Justice içinde, Iris Marion Young, New York: Oxford University Press, 2011, s. xix.

⁸¹ Nussbaum, 2011, s. xx.

⁸² Nussbaum, 2011, ss. xix-xx.

⁸³ Martha C. Nussbaum, "Last Thoughts on Responsibility for Global Justice", Dancing with Iris: The Philosophy of Iris Marion Young içinde, Ann Ferguson, Mechthild Nagel (Eds), New York: Oxford University Press, 2009, s. 141.

konusu bir sosyal durum için sorumluluğa sahipse ve bu sorumluluğun gereklerini zamanında yerine getirmemişse o kişinin suçlu olduğundan da bahsedebiliriz ve böylece Young'ın ayrımı muğlaklaşır.⁸⁴ Yine Young'ın belirttiği anlamda sorumluluğunu yerine getirmeyen herhangi bir kişinin ağır ihmalden de bahsedebiliriz.⁸⁵ Jeffrey Reiman da Nussbaum'un bu eleştirilerine benzer şekilde adaletsizlikten suçlu olmak ve bu adaletsizliği gidermekten sorumlu olmak arasında zorunlu bir bağ olduğunu ve bu bağın karşılıklı olduğunu belirtir. Adaletsizliği ortadan kaldırmaya ilişkin ahlaken sorumluluk duymak o adaletsizliğe sebep olmaya ilişkin suçluluğa işaret ederken, adaletsizlikten suçluluk duymak onu gidermek için duyulan sorumluluğun zorunlu şartıdır.⁸⁶

Ayrıca Nussbaum, Young'ın suçun bireysel olduğu sorumluluğun ise paylaşıldığı iddiasını da eleştirir. Ona göre bir kimseyi herhangi bir sosyal sorumluluğun tamamını üstlenmediği için suçlayamayız, ancak Young'ın sorumluluk için öngördüğü kriterlere de uyararak bir kimseyi, paylaşılan sorumluluk içerisinde üstlenmesi gereken kısmı üstlenmediği ve adaletsiz sonuca katkıda bulunduğu için suçlayabiliriz.⁸⁷ Benzer şekilde, Young'ın yapısal adaletsizlikten sorumlu olmayı birey hatalarına indirgemeyişini eleştiren başka yazarlar da vardır. Örneğin Christian Barry ve Luara Ferracioli, birçok sosyal adaletsizliğin geçmişteki politik liderlerin yanlış kararları ve o liderleri seçen kitlenin tercihlerine indirgenebilir olduğunu ve bu anlamda adaletsiz yapıdan sorumlu olduklarını savunurlar.⁸⁸ Reiman ise yapısal adaletsizlikten sorumlulukta bir derecelendirmeye gidilmesini ve bu kapsamda sorumluluğun "güçlü biçimde" ve "zayıf biçimde" olarak ikiye ayırarak ele alınmasını önerir.⁸⁹

Young'ın yaklaşımı -her ne kadar eleştirilerin haklı payı olsa da pek çok açıdan değerlidir. Özellikle küresel adaletsizlikten sorumlulu-

⁸⁴ Nussbaum, 2011, s. xxi.

⁸⁵ Nussbaum, 2011, s. xxi.

⁸⁶ Jeffrey Reiman, "The Structure of Structural Injustice: Thoughts on Iris Marion Young's Responsibility for Justice", *Social Theory and Practice*, Vol. 38, No. 4 (October 2012): 742-743.

⁸⁷ Nussbaum, 2011, s. xxii.

⁸⁸ Christian Barry, Luara Ferracioli, Young on Responsibility and Structural Injustice, *32 Crim. Just. Ethics* 247, 2013, s. 255.

⁸⁹ Reiman, ss. 749-751.

ğu her bireyin konumuna göre derecelendirmeye çalışması soyut olan bu meseleyi biraz olsun somutlaştırmak açısından faydalıdır. Young yaklaşımı başka pek çok açıdan da adalet teorilerine katkı sunmuştur. Bir sonraki başlıkta Young teorisi özellikle ilişkisellik yaklaşımları kapsamında değerlendirilecektir.

V. İlişkisellik Paradigmasına Uygun Bir Zemin Olarak Iris Marion Young Teorisi

Young'ın, adaletsizliği birçok insanın davranışıyla pekiştirilen bir yapı olarak ele alması ve buna ilişkin sorumluluğu bireyin içinde bulunduğu koşulları gözeterek paylaşması sosyo-politik ve hukuksal anlamda ilişkiyel ve bağlamsal bir bakış açısını gerekli kılmaktadır.

Öncelikle Young dağıtıcı adaletin, insanlar arasındaki güç ve statü eşitsizliklerini tartışmada yetersizliğini ve bu sorunlara odaklanan yeni bir paradigmanın gerekliliğini belirterek, adaletin ilişkiyel boyutuna dikkat çekmektedir.⁹⁰ Bu yeni paradigmanda Young, sosyal süreçler aracılığıyla kurulan ve pekişen birey ilişkilerinin adaletsiz yapıyı şekillendirmesini tahakküm olgusundan yola çıkarak açıklar. Tahakküm olgusuna odaklanması, adaletsizliğe ilişkin yaklaşımın bağlamsal ve ilişkiyel bir analizini zorunlu kılar. Zira bireylerin deneyimlediği tahakkümü fark edebilmek için tahakküm olgusuna ilişkin koşullar ve bu koşullar altındaki ilişkiler mercek altına alınmalıdır. Söz konusu koşulların adaletsiz yapıyı sürdürmedeki işlevi ve adaletsizlikle ilişkilendirdiğimiz somut olaydaki ilişkilerin nasıl kurulup işlediği sorusu, tahakkümün çok boyutlu yapısını irdelememizi gerektirir. Young'ın ilişkiyel güç ve çoğulcu baskı anlayışı ise tahakkümün bu çok boyutlu yapısını anlamaya yönelik uygun bir çerçeve sunar.⁹¹ Söz konusu bu çerçeve, gücü elinde bulduran kişilerin diğer insanların yaşamlarına olumlu veya olumsuz etkisini ve birey tercihlerinin bu güç ilişkileri çerçevesinde ne şekilde etkilendiğini görmemize yardımcı olur. Ayrıca,

⁹⁰ Christian Schemmel, "Distributive and Relational Equality" *Politics, Philosophy & Economics* 11(2), 2011, s. 125.

⁹¹ Amy Allen, "Power and the Politics of Difference: Oppression, Empowerment, and Transnational Justice", *Hypatia*, Vol. 23, No. 3 (Jul. - Sep., 2008), s. 170. Öte yandan Allen, Young'ın devlet tahakkümü ve kesişen diğer tahakküm kaynaklarına (uluslararası veya uluslararası) kapsamlı bir teorik açıklama getirmediği eleştirisinde bulunur. (Allen, 2008, s. 170).

adaletsiz yapının temeli olan tahakküm ilişkilerinden kimler ne kadar sorumludur sorusuna cevap ararken de somut koşulları göz önünde bulundurmak gerekir. Young, sorumluluğun sosyal bağlantı modelinde esas olanın adaletsizliğin arkasındaki koşulları yargılamak olduğunun altını çizer.⁹² Her ne kadar bu adaletsizlikten hepimiz sorumlu olsak da, özellikle küresel düzeyde, bazı insanların bu sorumluluktaki payı daha fazladır. Kimlerin payının daha fazla olduğunu belirlerken de iktidar, ayrıcalık, menfaat ve kolektif güç gibi ancak bağlamsal analiz ile anlaşılması mümkün olan birtakım olgular ön plana çıkar. Bu doğrultuda adaletsiz duruma ve bu durumdan sorumluluğa ilişkin koşulların, ilişkilerin ve bağlamın değerlendirmeye alınması Young'ın yaklaşımının ilişkisel adalet teorisi açısından önemini vurgular.

İlişkisel adalet, uyumsuzluk sonrası durumdaki bireyler arasında işbirliğine dayalı davranış, anlaşma, müzakere veya diyalog yoluyla üretilen adalet olarak tanımlanmaktadır.⁹³ Özellikle ceza adaleti bağlamında suç ile zarar gören ilişkileri düzeltmek ve somut olayda polisin rolünü, mahkemelerin işleyişini veya verilen ceza türlerinin önleme ve entegrasyondaki etkileşimine kadar her şeyi bütünsel olarak analiz etmeyi amaçlar.⁹⁴ Bu adalet türünde, tarafların içinde bulunduğu koşullar ve taraflar arasındaki ilişkiler önem arz eder. Bu ilişkilerin tahakküm içerip içermediği, bu tahakkümün birtakım bireylerin kapasitelerini geliştirmelerini engelleyip engellemediğini tartışmak adaletsiz yapıları dönüştürmek açısından önemlidir. Young'ın sorumluluk modelinde de adaletsiz süreçleri dönüştürmek temel amaçtır.⁹⁵

İlişkisellik, bireyin toplumsal statüsünden kaynaklanan haksızlıkları analizde çok mercekli bir gözlük sunar. Zira Young'ın belirttiği üzere sınıf, cinsiyet, ırk ve yaş gibi sosyal yapılara ilişkin konumlar, insanlar arasındaki etkileşimler de dahil olmak üzere, birey davranışlarını şekillendirir.⁹⁶ Sosyal yapılarda farklı konumlandırılmış insanlar, yapısal durumlarından ötürü farklı sosyal ilişkileri deneyimler-

⁹² Young, 2011, s. 106.

⁹³ Pompeu Casanovas ve Marta Poblet, "Concepts and Fields of Relational Justice", s. 1. şu adresten erişilebilir: <https://pdfs.semanticscholar.org/5770/2df3750fc9575512838a53aff62c3769952a.pdf>, Erişim Tarihi: 24.1.2019.

⁹⁴ Michael Schluter, "What is Relational Justice?" In Relational Justice: Repairing the Breach, (Ed) J. Burnside, N. Baker, Winchester: Waterside Press, 2004, ss. 24-25.

⁹⁵ Young, 2011, s. 96.

⁹⁶ Young, 2000, s. 101.

ler.⁹⁷ Yapısal eşitsizliğe ilişkin ev içi şiddet örneğini kullanan Gülriz Uygur, Türkiye’de ev içi şiddeti önlemeye ilişkin yasaların öngörül-müş olmasına rağmen kültürel klişelerin şekillendirdiği sosyal yapılar kapsamında bu şiddetin varlığını sürdürdüğüne işaret eder.⁹⁸ Uygur, bağlamsal analizin gözetilmediği durumlarda yapı içinde öğrenilmiş davranış biçimlerinin ev içi şiddet vakalarında yanlış yorumlandığını söyler. Örneğin ev içi şiddete ilişkin şikayetini geri çekenlerin şikayet-lerinde aslında samimi olmadıkları veya tutarsız davrandıkları düşü-nülmektedir.⁹⁹ Ancak Uygur’un altını çizdiği üzere bu husus yapısal bir adaletsizlik olarak beliren toplumsal cinsiyet rolleri, eşitsizlik ve ta-hakküm içeren aile ilişkileri bağlamında okunmalıdır. Aksi halde çoğu zaman önyargılar ve klişeler, somut olaya özgü haksızlıkları görmeyi zorlaştırarak yapısal adaletsizliğin pekişmesine sebep olur.¹⁰⁰

Uygur’un ev içi şiddet mağdurlarının şikayetini çekmesine iliş-kin verdiği örnek, Young’ın yaklaşımının ilişkisel özerklik teorisi açısından da geçerli olduğunu göstermektedir.¹⁰¹ Birey kimliğinin ve tercihlerinin, içinde bulunduğu koşullar ve ilişkiler bağlamında değerlendirmeyi öngören ilişkisel özerklik¹⁰² tahakküm ilişkisi içeri-sinde şekillenen birey davranışlarını da doğru bir şekilde anlamayı mümkün kılar. İlişkiler ve bu ilişkilerin tercihler üzerindeki etkisini irdelemek, özellikle toplumsal cinsiyet eşitsizliği açısından genel res-mi daha net görmemizi sağlar. Young, toplumsal cinsiyet farklılığı-

⁹⁷ Young, 2000, s. 98.

⁹⁸ Gülriz Uygur, *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu, 2013, s. 66.

⁹⁹ Gülriz Uygur, “Toplumsal Cinsiyet ve Adalet: Hukuk Adaletsizdir”, *Ankara Baro-su Dergisi*, 4 (2015), s. 130.

¹⁰⁰ Uygur bu fikri daha da somutlaştırmak için AİHM’nin Nahide Opuz davasını (başvuru no: 33401/02, 2009) örnek vermektedir. Söz konusu davada, resmi otoritelerin yapısal adaletsizliği pekiştiren önyargılarla hareket etmesinden ötürü yıllarca süren şiddet vakası doğru okunup zamanında önlem alınmamıştır. (Bkz. Gülriz Uygur, “Students’ Perception and Legal Education”, *Academic Learning in Law* içinde, Ed. Bart van Klink ve Ubaldus de Vries, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, s. 227-229).

¹⁰¹ Ann Ferguson, Mechthild Nagel, “Introduction”, *Dancing with Iris: The Philosophy of Iris Marion Young* içinde, Ann Ferguson, Mechthild Nagel (Eds), New York: Oxford University Press, 2009, s. 13.

¹⁰² Catriona Mackenzie; Natalie Stoljar, *Relational Autonomy, Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*. Oxford University Press, New York, 2000, s. 4.

nın yapısal bir farklılık olduğuna dikkat çeker.¹⁰³ Cinsiyete dayalı iş bölümü gibi toplumsal cinsiyetlendirilmiş yapılar içerisinde bireyler kendilerini pasif bir şekilde gruplandırılmış ve konumlanmış bulurlar.¹⁰⁴ Sadece toplumsal cinsiyet konumu değil, bireyin diğer özellikleri de içinde bulunduğu durumu şekillendirmektedir. Bu anlamda yapısal adaletsizlik, birey üzerindeki baskının cinsiyet, ırk, sınıf veya engellilik durumu gibi karmaşık bağlantılarını analiz etmek için de uygun bir çerçeve sunar.¹⁰⁵ Zira somut olayı çok boyutlu bir şekilde ele almak, bireyin farklı kimliklerinden ötürü karşı karşıya kaldığı türlü haksız durumları daha net seçmemize yardımcı olur. Örneğin hikâyedeki *Sandy* sadece kadın olduğu için değil, yoksul bir kadın olduğu için ayrımcılığa uğramaktadır. Veya Suriyeli bir kadın sadece cinsiyetinden ötürü değil, etnik kimliğinden ötürü de söz konusu adaletsiz durum içerisinde. Bu doğrultuda, ilişkisel paradigmalardan her biri, Young'ın bağlamı ön planda tuttuğu yapısal adaletsizlik ve bu adaletsizlikten sorumluluğa ilişkin yaklaşımı için uygun bir tartışma zemini. Öte yandan tüm bu ilişkiler ve koşullarla yapılandırılmış olan haksızlıkları tartışmak adaletsizliğe getirilecek olan çözüm önerilerinin de geniş çaplı, uzun soluklu, pek çok kurum ve kişiyi ilgilendiren şekilde olmasını gerekli kılar.

¹⁰³ Young, 2000, s. 93. Young, toplumsal cinsiyetin de ırk gibi çok boyutlu, katmanlı, karmaşık ve örtüşen yapılar ve nesnelere oluştuğunu belirtir ve özcü bir "kadın" tanımından kaçınarak kadın ve toplumsal cinsiyeti sosyal yapı olarak görmenin bir yolu var mıdır sorusunu sorar. Bu soruya cevaben Sartre'dan ödünç aldığı "dizisellik" kavramını kullanır. Dizisellikte bireysel deneyimler anonimdir ve ötekine kendine veya diğerlerine dair konumu birbirinin yerine geçebilir. Young, bir kadının, gazetede tecavüze uğramış başka bir kadın hakkındaki haberi okurken kendisinin de erkek tecavüzüne uğrayabileceğini ve bu anlamda "kadın" olduğuna dair farkındalığa sahip olduğu örneğini verir. Buradaki farkındalık kişiyi gayri şahsi hale getirerek kendi ve öteki arasında birbiri yerine geçmeyi mümkün kılar. Kısacası dizisellik kavramı, ırk, sınıf, cinsiyet ve diğer kolektif yapıların bireyle olan ilişkisini düşünmek için elverişlidir. Young'a göre bir birey birden fazla diziyi dahildir ve bunlardan hangilerini ön plana çıkaracağını veya hangilerinin önemli olduğunu belirlemek ona kalmıştır. (Iris Marion Young, *Intersecting Voices: Dilemmas of Gender, Political Philosophy, and Policy*, New Jersey: Princeton University Press, 1997, ss. 17-32.)

¹⁰⁴ Iris Young, *On Female Body Experience: "Throwing Like a Girl" and Other Essays*. New York: Oxford University Press, 2005, s. 22

¹⁰⁵ Söz konusu bu çerçevede keşişimsellik teorileri önem arz etmektedir. Bkz. Amy Allen, "Feminist Perspectives on Power", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://Plato.Stanford.Edu/Entries/Feminist-Power/#Intapp>, Erişim tarihi: 29.1.2019.

Sonuç olarak, Nussbaum'un giriş kısmında alıntılanan feminist düşünürlerin adalet teorilerine önemli katkı sunduğu saptaması Young açısından da geçerlidir. 21. yüzyılın sosyo-hukuki gündemine ilişkin önemli soru ve sorunlara dikkat çekmiş ve özellikle toplumsal cinsiyete dair meseleleri adalet teorilerinin tartışma gündemine getirmiştir. Erken sayılabilecek bir yaşta hayatını kaybetmiş olsa da 21. yüzyılın önemli siyaset teorisyenlerinden biri olarak Young, eserleriyle hukuk felsefesi öğretisine katkı sunmaya devam edecektir.

Kaynakça

- Allen Amy, "Feminist Perspectives on Power", Stanford Encyclopedia of Philosophy, <https://plato.stanford.edu/entries/feminist-power/#IntApp>, Erişim Tarihi: 29.1.2019.
- Allen Amy, "Power and the Politics of Difference: Oppression, Empowerment, and Transnational Justice", *Hypatia*, Vol. 23, No. 3, (Jul. - Sep., 2008), ss. 156-172.
- Aydın Duygu Hatipoğlu, *Güvencesiz Adalet: İşçilerin Hukuk Deneyimi Üzerine Bir Temellendirilmiş Kuram Çalışması*, İstanbul: Oniki Levha, 2018.
- Barry Christian, Luara Ferracioli, "Young on Responsibility and Structural Injustice", *32 Crim. Just. Ethics* 247 (2013).
- Casanovas Pompeu ve Poblet Marta, "Concepts and Fields of Relational Justice", <https://pdfs.semanticscholar.org/5770/2df3750fc9575512838a53aff62c3769952a.pdf>, Erişim Tarihi: 24.1.2019.
- Ferguson Ann, Nagel Mechthild, "Introduction", *Dancing with Iris: The Philosophy of Iris Marion Young içinde*, Ann Ferguson, Mechthild Nagel (Eds), New York: Oxford University Press, 2009.
- Giddens Anthony, *Central Problems in Social Theory Action: Structure and Contradiction in Social Analysis*, London: Palgrave Macmillen, 1979.
- Lawson Anna, "Disabled People and Access to Justice: From disablement to enablement?", *Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights içinde*, Ed. Peter Blanck ve Eilionoir Flynn, New York: Routledge, 2017.
- Mackenzie Catriona, Stoljar Natalie, *Relational Autonomy, Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*. New York: Oxford University Press, 2000.
- Martinez Mariam, "On Immigration Politics in the Context of European Societies and the Structural Inequality Mode", *Dancing with Iris: The Philosophy of Iris Marion Young içinde*, Ann Ferguson, Mechthild Nagel (Eds) , New York: Oxford University Press, 2009, ss. 213-227.
- Nussbaum Martha C., "The Future of Feminist Liberalism", *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, Vol. 74, No.2 (Nov., 2000), ss. 47-79.

- Nussbaum Martha C., "Last Thoughts on Responsibility for Global Justice", *Dancing with Iris: The Philosophy of Iris Marion Young* içinde, Ann Ferguson, Mechthild Nagel (Eds), New York: Oxford University Press, 2009.
- Nussbaum Martha C., "Foreword" *Responsibility for Justice* içinde, Iris Marion Young, New York: Oxford University Press, 2011, ss. ix-xxv.
- Reiman Jeffrey, "The Structure of Structural Injustice: Thoughts on Iris Marion Young's 'Responsibility for Justice'", *Social Theory and Practice*, Vol. 38, No. 4, (October 2012), ss. 738-751.
- Schemmel Christian, "Distributive and Relational Equality" *Politics, Philosophy & Economics* 11(2), (2011), ss. 123-148.
- Schluter Michael, "What is Relational Justice?" In *Relational Justice: Repairing the Breach*, (Ed) J. Burnside, N. Baker, Winchester: Waterside Press, 2004.
- Young Iris Marion, "Toward a Critical Theory of Justice", *Social Theory and Practice*, Vol. 7, No. 3 (Fall 1981), ss. 279-302.
- Young Iris Marion, *Intersecting Voices: Dilemmas of Gender, Political Philosophy, and Policy*, New Jersey: Princeton University Press, 1997.
- Young Iris Marion, *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- Young Iris Marion, *On Female Body Experience: "Throwing Like a Girl" and Other Essays*. New York: Oxford University Press, 2005.
- Young Iris Marion, "Taking the Basic Structure Seriously", *Perspectives on Politics* Vol. 4, no. 1 (March 2006).
- Young Iris Marion, "Structural Injustice and the Politics of Difference", *Intersectionality and Beyond* içinde, E. Grabham/D. Cooper/J. Krishnadas/D. Herman (Eds), Oxon: Routledge, 2009.
- Young Iris Marion, *Responsibility for Justice*, New York: Oxford University Press, 2011.
- UNHCR the UN Refugee Agency, "Woman alone, the fight for survival by Syria's refugee women", <http://www.unhcr.org/ar/53bb8d006.pdf>, Erişim Tarihi: 18.11.2018.
- Uygur Gülriz, *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu, 2013.
- Uygur Gülriz, "Toplumsal Cinsiyet ve Adalet: Hukuk Adaletsizdir", *Ankara Barosu Dergisi* 4 (2015), s. 121-132.
- Uygur Gülriz, "Students' Perception and Legal Education", *Academic Learning in Law* içinde, Ed. Bart van Klink ve Ubaldus de Vries, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, s. 223-243.

STRASBOURG KARARLARINDAKİ KARABATAKLAR: (TOPLUMSAL) CİNSİYET STEREOTİPLERİ BLACK CORMORANTS IN STRASBOURG JUDGMENTS: GENDER STEREOTYPES

Nazlı Hilal DEMİR*

Özet: Bu çalışma kapsamında milattan öncesine kadar uzanan ve günümüzde halen geçerliliğini koruyan, cinsiyete dayalı ayrımcılığın en önemli nedenlerinden biri olan *toplumsal cinsiyet stereotipleri* ve bu stereotipler üzerine kurulu hukuki düzenlemeler neticesinde cinsiyet temelli ayrımcılık yasağının ihlalini oluşturan *farklı muameleler* ve bunların Sözleşme kapsamında hak ihlali oluşturduğuna yönelik iddialarla karşı karşıya kalarak son dönemlerde farklı içtihatlar geliştiren *Strasbourg Mahkemesi* üçgeni incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Toplumsal Cinsiyet Ayrımcılığı, Toplumsal Cinsiyet Eşitliği, Toplumsal Cinsiyet Stereotipleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ayrımcılık Yasağı

Abstract: Presented here is the work on the analysis of the triangle formed by centenary *gender stereotypes*, *special treatments* on grounds of those gender stereotypes and the *Strasbourg Court*, which has recently developed different case law in the face of allegations that special treatments constitute a violation of rights under the Convention.

Keywords: Gender Discrimination, Gender Equality, Gender Stereotypes, European Court of Human Rights, Prohibition of Discrimination

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, nh.demir@iku.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2190-3749, Makalenin Gönderim Tarihi: 28.03.2019, Kabul Tarihi: 28.03.2019

Giriş: Nedir bu “Stereotip”?

SOKRATES: Sofistlerden söz ettiğimi sen de biliyorsun.

ANYTOS: Tanrılar aşkına! Onlar kendileriyle iletişim kuran insanlara zarar vermekten başka hiçbir işe yaramazlar!

SOKRATES: Anytos! Neler diyorsun? Sana yararlı bilgiler öğrettiklerini söyleyen insanlardan, yanlarında bulunanların ahlaklarını bozacak ve bir de bunun üzerine para isteyecek kadar onursuz olduklarına nasıl inanırsın?...

Bir Sofist sana bir şey mi yaptı? Neden bu kadar sinirlisin?

ANYTOS: Tanrıya şükür hayır. Yaşamım boyunca bir Sofistle böyle bir ilişkim olmadı.

SOKRATES: O halde onlarla hiç muhatap olmadın.

ANYTOS: Olmayı da istemiyorum.

SOKRATES: Beni şaşırtıyorsun. Hiç muhatap olmadığın insanlarla ilgili olarak nasıl olur da iyi ya da kötü dersin?

ANYTOS: Bundan kolayı olamaz. Muhatap olmasam da türlerinin ne olduğunu biliyorum.

SOKRATES: Sanırım buna kehanet demeliyiz. Çünkü başka türlü bilemezsin...¹

Stereotip olgusunun tarihçesi oldukça eskilere dayanmaktadır. Terim olarak ise “stereotip”; Yunanca “stereos” katı ve “typos” tip/şekil kelimelerinden oluşmuş ve 1798 yılında matbaacılıkta bir basım yönteminin isimlendirilmesinde kullanılmaya başlanmıştır.² Buna göre, matbaacılıkta *matris kağıdı kullanarak formları, klişeleri ve metinleri çoğaltmaya yarayan yöntem* şeklinde açıklanan stereotip; Türkçeye “*bas-makalıp*” olarak çevrilmektedir.³ Stereotipi, üzerinde harflerin dizili olduğu büyük ebatlarda bir baskı kalıbı olarak; ancak bu kalıbın metinler yerine sürekli aynı, sabit insan figürleri basmak suretiyle çoğalttığını

¹ Diyalog, konunun kapsamı doğrultusunda kısaltılarak aktarılmıştır. Bkz. Platon, Menon, çev. Furkan Akderin, Say Yayınları, İstanbul 2018, s.71-72.

² “What are the origins of stereotype and cliché?” Oxford Dictionaries, 2017. <https://bit.ly/2OgEvgv>; <https://bit.ly/2QBfGII>; <https://bit.ly/2Nxu9mX> (Erişim Tarihi: 26.09.2018).

³ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK-GTS-5c04dc6a8fc911.54899991 (Erişim Tarihi: 27.09.2018).

hayal ettiğimizde, bugün kullanılan anlamıyla arasındaki bağlantıyı kurmak pek zor olmayacaktır.

Stereotip kavramının sosyal bilimlere uyarlanması ilk olarak 1922 yılında "Public Opinion" (*Kamusal Düşünce*) adlı kitapta Walter Lippmann tarafından gerçekleştirilmiştir.⁴ Bu eserinde Lippmann, nesne ve kişilere yönelik zihnimizde var olan görüntüleri stereotip olarak adlandırmakta ve bunların bazen doğruyu, bazen yanlış bazen de her ikisinin karışımını yansıtabileceğini belirtmektedir. İnsanlar çoğu zaman dış dünyayı görmeden ona ilişkin konuşabilmekte, bir nesneyi görmeden hayal kurabilmektedir. Zira Lippmann'a göre; insan dış dünyayı ilk olarak içinde yaşadığı kültür tarafından şekillendirilmiş haliyle algılamaya, diğer deyişle ön kabule meyilli bir canlıdır.⁵

Söz konusu stereotiplere bağlı kalma ve onları sürdürme ihtiyacının altında ise insanların bilgi edinmeye ilişkin gösterilecek çabadan tasarruf etme isteği ve dış dünyayı algılamada bunları birer savunma aracı olarak görmeleri yatmaktadır. Stereotipler, dış dünyanın tutarlı bir görüntüsünü sunmak bir yana; toplum içerisinde insanın değer, statü ve haklarının garantisini oluşturmakta; gelenekler önünde bir kale gibi durarak insanların bu kalenin arkasında kendilerini güvende hissetmeye devam etmelerini sağlamaktadır. Bu nedenle mevcut stereotiplere gelecek ufak bir karşı saldırı dahi, insanlar tarafından evrenin yapısına yönelik şiddetli bir saldırı gibi algılanmaktadır.⁶ Bu bağlamda insanların stereotiplere, karmaşadan uzak durarak sadeliği ve öngörülebilirliği arttırmak ve aralarında bulunan farklılıkları ortaya koymak suretiyle grup üyelerini bireysel olarak tanımaya ilişkin gösterilecek uzun çaba ve zamandan tasarruf etmek için ihtiyaç duydukları söylenebilecektir.

Literatürde stereotip kavramı birincil olarak sosyal psikoloji alanında kullanılmakta olup, bunların taşınması gereken üç temel özellikleri sürülmektedir. Bunlardan ilki, stereotiplerin açıklayıcı, bilgi verici nitelikte olması; ikincisi, kişiye bilgi edinmeye ilişkin olarak göstere-

⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Dilek İmançer, "Sosyal Psikolojik Açından Stereotip Kavramının Dil ve Metin Analizinde Kullanımı", *Selçuk Üniversitesi İletişim Fakültesi Akademik Dergisi*, Konya C.3, S.3, 2004, s.128-129.

⁵ Walter Lippmann, *Public Opinion with a New Introduction by Michael Curtis*, Transaction Publishers, London 1998, s.81.

⁶ Lippmann, s.95-96.

ceği çabadan tasarruf sağlaması ve son olarak, stereotiplerin kişinin mensubu olduğu sosyal grup tarafından paylaşılan bir görüş olma niteliği taşıması gerekliliğidir.⁷ Bu özellikler doğrultusunda stereotipi, bir sosyal grubun ya da bu gruba ait üyelerin (yalnızca bu gruba ait olduklarından dolayı) sahip oldukları düşünülen nitelikler, bunlara yönelik zihinde canlanan düşünce kalıpları olarak tanımlamak mümkündür.⁸

Bununla beraber, stereotiplerin genellikle olumsuz nitelik taşıyacağı yönünde bir algı olsa da bunun bir zorunluluk olmadığı; bir sosyal grup ya da üyelerine karşı olumlu stereotipler bulunabileceğinin altı çizilmeli ancak olumlu stereotiplerin de sonuçları açısından olumsuz olabilecekleri olasılığı düşünülmelidir. Ayrıca stereotiplerin zamana karşı dirençli olduklarını ve çok yavaş değişim gösterdiklerini söylemek mümkündür. Örneğin, yüzyıllardır süre gelen toplumsal cinsiyet rollerine ilişkin çoğu stereotip günümüzde de varlığını devam ettirmekte, hatta ileride görüleceği üzere mahkeme kararlarında dahi kendilerine yer bulmaktadır.⁹ Son olarak belirtmek gerekir ki, bir sosyal grubu diğerinden olumlu ya da olumsuz olarak ayırmaya hizmet eden bu stereotipler her zaman kesin, doğru ve rasyonel bir nitelik taşımamaktadır.¹⁰

Konu açısından stereotiplere ilişkin belirtilmesi gereken önemli noktalardan bir diğeri ise çoğu stereotipin, önyargıların sebebi olarak karşımıza çıkmasıdır. Hatta stereotipler genellikle ırk, din, cinsiyet ve etnik köken gibi kimi sosyal kategorilere ilişkin toplumsal önyargılarla bağlantılı görülmektedir. Bunun yanında çoğu stereotip; mevcut güç

⁷ Craig McGarty/Vincent Y. Yzerbyt/Russell Spear, "Social, Cultural and Cognitive Factors in Stereotype Formation", *Stereotypes as Explanations*, ed. Craig McGarty/Vincent Y. Yzerbyt/Russell Spear, Cambridge University Press, Cambridge 2004, s.2.

⁸ Charles Stangor, "The Study of Stereotyping, Prejudice, and Discrimination Within Social Psychology: A Quick History of Theory and Research," *Handbook of Prejudice, Stereotyping, and Discrimination*, ed. Todd D. Nelson, Psychology Press, New York 2009, s.2.

⁹ Bu konuda bkz. Nazlı Hilal Demir, *Feminist Perspektiften Düşünce Tarihinin Köşe Taşları ve İdeal Bir Hukuk Arayışı*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.233.

¹⁰ Bu konuya ilişkin yapılan araştırmanın sonuçları için bkz. Lee Jussim/Thomas R. Cain/Jarret T. Crawford/Kent Harber/Florette Cohen, "The Unbearable Accuracy of Stereotypes", *Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, ed. Todd D. Nelson, Psychology Press, New York 2009, s.220-221.

ve statü dengelerini, hegemonik yapıyı korumaya ve meşrulaştırmaya hizmet ettiği gerekçesiyle, bazı sosyal psikologlar tarafından literatürde “sosyal toksinler” olarak adlandırılmaktadır.¹¹

Stereotiplerin, önyargıları beslediğini ileri sürdüğümüzde çoğunlukla birbirlerine karıştırılan *stereotip* ile önyargı kavramlarının aynı anlama gelmediği ortaya çıkmaktadır. Stereotipi, bünyesindeki farklılıkları göze almaksızın bir gruba ve sadece bu gruba dâhil olmasından dolayı kişilere yönelik oluşmuş basmakalıp düşünceler olarak tanımladığımızda; önyargı kavramını, bir kimse veya bir şeyle ilgili olarak belirli şart, olay, görüntülere¹² veya mevcut toplumsal *stereotiplere* dayanarak, olumlu veya olumsuz duygu üzerine geliştirilen bir tutum olarak açıklayabilmek mümkün gözükmemektedir. Buradan hareketle, stereotiplerin bir sosyal grup açısından kabul görmüş düşünceler olduğu hatırlandığında, bunların yalnızca toplumsal düzeyde, önyargıların ise hem toplumsal hem de bireysel düzeyde karşımıza çıkabileceği söylenebilecektir.

Bununla beraber, önyargının duygusal; stereotipin ise duygusal süreçten tamamıyla ayrı, bilgi edinmeye, algılamaya, düşünce ve inançların oluşumuna, karar verme ve problem çözmeye ilişkin süreç olan bilişsel/zihinsel sürece¹³ ait kavramlar olduğunu belirtmek gerekmektedir. Bu açıdan stereotiplerin önyargıların bilişsel kısmını; önyargıların ise ayrımcılığın en önemli gerekçelerini oluşturduğunu söyleyerek bir şablon ortaya koymak gerekirse; bir sosyal gruba veya üyelerine ilişkin *kafamızda canlanan resimler*,¹⁴ diğer deyişle genellikle rasyonel bir temeli olmayan, genellemeye dayalı düşünceler stereotipi; bu kalıp yargılar üzerine eklenen olumlu ya da olumsuz *duygular* sonucunda geliştirdiğimiz zihinsel tutum önyargıyı oluşturacaktır.¹⁵ Bu önyargılardan hareketle bir gruba ya da bu grubun üyelerine karşı

¹¹ Jussim/Cain/Crawford/Harber/Cohen, s.199-202.

¹² www.tdk.gov.tr;http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK_GTS_5c04e0b9b9d337.54466096 (Erişim Tarihi:30.09.2018).

¹³ <http://www.businessdictionary.com/definition/cognitive.html> (Erişim Tarihi: 04.10.2018).

¹⁴ Lippmann, s.3.

¹⁵ Bu çalışma kapsamında söz konusu ayırım benimsenmiş olmakla beraber, literatürde stereotip ve önyargı kavramlarına yönelik farklı görüşlerin bulunduğunu belirtmek gerekmektedir.

gözlemlenebilir şekilde farklı davranışlarda bulunmak ise (pozitif) ayrımcılık olarak adlandırılacaktır.¹⁶

Bu durumu bir örnekle netleştirmek gerekirse; kadınların matematikte başarısız oldukları stereotipinden hareketle, buna eklenen bir duygu üzerine (örneğin, kaygı, güvensizlik, endişe) bir öğretmen sınıfta hiç tanımadığı kız öğrencilerin matematik sınavında başarısız olacağına ilişkin bir önyargıya sahip olabilir. Buradan hareketle, mevcut düşünceye dayalı olarak matematik öğretmenliği için bir erkeğin (yalnızca erkek olduğundan dolayı) tercih edilmesi ayrımcılık, yalnızca kız öğrencilere yönelik ek matematik dersi yapılması ise pozitif ayrımcılık olarak adlandırılacaktır.

Bu bağlantıdan hareketle stereotiplerin, önyargı ve dolayısıyla ayrımcılığın temelini oluşturduğunun ve hatta çoğunlukla bu davranışların meşrulaştırılmasında kullanıldığının altı çizilerek, mevcut stereotiplerin yok edilmesinin eşitlik bağlamında önemi ortaya konulmalıdır. Yukarıda açıklanan şablon takip edildiğinde, bu denklemden stereotiplerin çıkarılmasının, önemli derecede önyargıların oluşumunun ve dolayısıyla ayrımcı uygulamaların azalmasına yol açacağı açıkça görülmektedir.

Ayrımcı uygulamalara neden olan mevcut stereotiplerin en fazla ırk, cinsiyet ve yaş kategorilerinde ortaya çıktığını söylemek ve bunları “*üç büyükler*” olarak adlandırmak mümkündür. Bunlar literatürde adeta “*stereotip mknatısları*” olarak görülmektedir.¹⁷ Bu üç kategorinin en önemli ortak özellikleri; kişilerin ırk, cinsiyet ve yaş kategorileri içerisinde yer alan gruplara dâhil olup olmamaları konusunda seçim haklarının bulunmaması, çoğu kültürde bu gruplara yönelik mevcut stereotiplerin paralel yönde olması ve kişilerin bu kategoriler içerisinde hangi gruba dâhil olduklarının genellikle ilk bakışta anlaşılabilir olmasıdır. Bununla beraber, bu kategorilere ilişkin zihnin bilgi edinme sürecinin iradi olarak gerçekleşmediğinin altını çizmek gerekmektedir. Örneğin, üç saat boyunca sohbet etmekte olduğumuz bir kişinin

¹⁶ Aynı yönde bkz. Murat Paker, “Psikolojik Açıdan Önyargı ve Ayrımcılık,” Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar, ed. Kenan Çayır/Müge Ayan, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2018, s.41-43.

¹⁷ David J. Schneider, The Psychology of Stereotyping, The Guilford Press, New York 2004, s.437.

mesleğini unutabilir; ancak cinsiyetini, siyahi ya da genç/yaşlı olup olmadığını istemsiz olarak algılar ve bunları unutamayız.¹⁸

Bu bağlamda “*üç büyükler*” arasından, tüm bu özelliklere sahip ve son çeyrek asırda üzerinde en çok araştırma yapılan kategori olan cinsiyetlere ilişkin stereotipler, diğer deyişle cinsiyet stereotiplerinin ise incelenen konu göz önünde bulundurulduğunda özel bir alt başlığı hak ettiği aşikârdır.

I. Kurgusal Gerçeklik Örneği: (Toplumsal) Cinsiyet Stereotipleri

“...bütün işlerde kadın erkeğe göre daha zayıfça, daha güçsüzdür...”¹⁹
(Platon)

“...kadın, (doğal olarak) erkekten farklı olarak düşünme yeteneğini kullanamamaktadır ve bu nedenle yönetmeye uygun değildir; biyolojik farklılığı nedeniyle ise doğum, çocuk yetiştirme gibi özel alanla sınırlı görevleri yüklenmelidir. Kadının görevi korumak olup erkeğin görevi ise kazanmaktır...”²⁰
(Aristoteles)

“...kadının, yaratılış açısından zayıf bir bedene sahip olması, her açıdan kadının zayıflığı ile sonuçlanacaktır...”²¹ (Aquinas)

“...dolayısıyla son karar yetkisi... doğal olarak daha yetenekli ve güçlü olduğundan erkeğin payına düşer...”²² (Locke)

“...kadın, daha küçükken adaletsizliğe boyun eğmeyi ve kocasının haksızlıklarına katlanmayı öğrenmelidir. Bu nedenle, Tanrı, kadını, hırçın ve buyurgan olması için değil, nazik, zayıf, girişken ve inandırıcı olarak yaratmıştır...”²³ (Rousseau)

(Toplumsal) Cinsiyet stereotiplerini; kadın ve erkeğin yalnızca bu gruplara ait olmalarından dolayı sahip oldukları düşünülen özellikler

¹⁸ Schneider, s.437.

¹⁹ Platon, Devlet, çev. Cenk Saraçoğlu/Veysel Ataman, Bordo Siyah Yayınları, İstanbul 2005, 455e.

²⁰ Aristoteles, Politika, çev. Furkan Akderin, Say Yayınları, İstanbul 2013, 1277b.

²¹ Thomas Aquinas, Summa Theologica, çev. Fathers of the English Dominican Province, Christian Classics, 1981, II, q.156 a.1.

²² John Locke, Hükümet Üstüne İkinci Tez, çev. Aysel Doğan, İlya Yayınları, İzmir 2010, s.82.

²³ J.J.Rousseau, Emile ya da Eğitim Üzerine, çev. Yaşar Avunç, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul 2014, s.530.

ve toplumda kendilerine biçilen roller şeklinde tanımlayabiliriz. Bu özellikler dış görünüşe, davranışa ya da duygusal alana ilişkin olarak karşımıza çıkabilmekte ve bu stereotiplere grubun tüm üyelerinin gerçekten uygun olup olmaması önem taşımamaktadır. Söz konusu stereotiplerin oluşumu literatürde bir yapboza benzetilmektedir. Bu bağlamda yapbozu oluşturan parçaların ilki bireyin kromozomlarında doğuştan taşıdığı biyolojik mesaj üzerine bir cinsel kimlik geliştirmesi, ardından sahip olduğu cinsiyet bağlamında diğer insanlarla ilişkiler kurması ve kendi ilgi alanlarını buna yönelik seçmesi, son olarak da zamanla cinsiyetlere ilişkin mevcut stereotipleri yaşam içerisinde kendisinin kullanmaya başlaması şeklinde ortaya koyulmaktadır.²⁴

Ancak cinsiyet stereotiplerinin nasıl oluştuğuna ilişkin süreçten çok kanaatimce *neden* oluştuğu, daha doğru bir deyişle neden oluşturulduğu sorusu önem taşımaktadır. Bir şeyin neden oluştuğunu/ oluşturulduğunu bilmeden, onu ortadan kaldırmaya yönelik gösterilen çabalar büyük ihtimalle sonuçsuz kalacaktır. Bu nedenle öncelikle toplumlardaki bu *stereotipleştirme* hastalığının kaynağına inmek, daha sonra ona yönelik bir tedavi önermek akla uygun gelmektedir. Yukarıda bahsedildiği üzere, toplumlarda gerek tarihte gerçekleşmiş gerekse günümüzde süregelen ayrımcı uygulamaların çoğunun altında toplumsal önyargılar bulunmakta; bu önyargıların en önemli nedenlerini ise stereotipler oluşturmaktadır. Peki, bu stereotipler nasıl ortaya çıkmış ve bulaşıcı bir hastalık gibi tüm topluma yayılmıştır?

Bu sorunun cevabına ulaşmak ve cinsiyet stereotiplerinin kaynağını anlayabilmek için izlenmesi gereken yol; kadın - erkek arasındaki ilişkileri, karşılıklı olarak birbirlerine bağımlılıkları, ihtiyaçlarının niteliği ve derecesini anlamaktan geçmektedir. Örneğin, kadınların duygusal, şefkatli ya da narin olduklarına ilişkin stereotiplerin temelini sorgulamaya başlamadan önce kadın ve erkeğin karşılıklı bağımlılık ilişkileri, toplumsal işbölümü ve işbölümünden doğan roller üzerine düşünmek gerekmektedir. Toplumsal hayat içerisinde bir tarafın ev işleri veya çocukla ilgilenme, diğer tarafın çalışma zorunluluğuna yönelik oluşan roller neticesinde, elbette bir taraf '*anaç*' diğer taraf '*ba-*

²⁴ Carol Lynn Martin, "A Developmental Perspective on Gender Effects and Gender Concepts", *Sexism and Stereotypes in Modern Society*, ed: William B. Swann/ Judith H. Langlois/Lucla Albino Gilbert, American Psychological Association, Washington 1998, s.45.

baç' olmak zorunda kalacaktır. Aynı şekilde bir yöneten karşısında, bir de yönetilen olması gerekliliğinden doğan toplumsal statü ve roller neticesinde; bir taraf rasyonel kararlar verebilen, güçlü ve yönetmeye uygun bir karakterle, diğer taraf duygusal ve hatta bu nedenle rasyonel kararlar vermekten yoksun olup yönetme gücünden uzak bir cins olarak anılacaktır.²⁵

Bu doğrultuda, işbölümü ve toplumsal rollerden kaynaklanan ya da bunlara uygun olarak toplumda gelişen/geliştirilen stereotiplerden bahsetmek mümkün olmaktadır. Zira bu cinsiyet stereotipleri yardımıyla hem eşitsiz durumun meşru hale getirilmesi sağlanmakta hem de sistemin sürekliliği korunmaktadır. Bu nedenle baştan beri var olan cinsiyet stereotiplerinden hareketle toplumsal rollerin oluşmadığı, aksine ilk etapta işbölümü ve toplumsal rollerin sonucu olarak bu stereotiplerin oluşturulduğunun altı çizilmelidir! Konuya bu açıdan yaklaşıldığında öncelikli olarak toplumsal rollerden doğan mevcut cinsiyet stereotiplerinin, bu rollere ilişkin dağılım açısından cinsiyet eşitliğine ulaşamadığı sürece yok olmalarının mümkün olmayacağını söylemek gerekmektedir.²⁶

Ancak ileri sürülen bu tezin hemen ardından; geçmişte, öncelikli olarak toplumsal roller neticesinde ortaya çıkan, bunlara meşruiyet kazandırmak veya sürekliliği sağlamak amacıyla devam ettirilen cinsiyet stereotiplerinin, günümüzde toplumsal roller ve işbölümü dağılımında cinsiyet eşitliğine ulaşamamasında en önemli neden haline geldiğine de dikkat çekmek gerekmektedir. Diğer deyişle, toplumsal ihtiyaçlar doğrultusunda ortaya çıkan işbölümü ve toplumsal rollerin sonucu olarak karşımıza çıkan cinsiyet stereotipleri, zamanla o denli güçlü bir hale gelmiştir ki toplumsal roller ve işbölümündeki mevcut eşitsizliğin *nedeni* ve bu eşitliğe ulaşmada en büyük engel olarak görül-

²⁵ Bu doğrultuda özellikle İlkçağ düşünürlerinden Aristoteles ve Ortaçağ düşünürlerinden Aquinas'ın kadın hakkındaki görüşleri örnek olarak gösterilebilir. Bu konuda bkz. Demir, s.38-59.

²⁶ Bu konuya ilişkin olarak psikoloji Profesörü Eagly ve Steffen'in yapmış oldukları araştırmalar sonucu ortaya koydukları cinsiyet stereotiplerinin öncelikli olarak toplumsal rollerden türediği ve toplumsal rollerdeki dağılımın eşitlenmediği sürece, cinsiyet stereotiplerinin ortadan kalkmayacağına yönelik tezler, bu görüşü destekleyecek niteliktedir. Bkz. Alice Eagly/Valerie Steffen, "Gender Stereotypes Stem From the Distribution of Women and Men Into Social Roles", Journal of Personality and Social Psychology, C.46, S.4, 1984, s.751-752.

meye başlanmıştır. Kısacası, bir *kurgusal gerçeklik* örneği olan cinsiyet stereotipleri, zamanla *nesnel gerçekliğin* önüne geçmeye başlamış ve²⁷ aynı zamanda *sonuçların neden; nedenlerin sonuç haline geldiği* bir kısır döngüye girilmiştir!

Bu döngüyü kırmanın, diğer deyişle değişimi sağlamanın tek yolu ise öncelikle stereotiplerin hızlıca yok olmasını sağlamaya çalışmaktan değil, bu eşitliğin sağlanmasında adeta birer engel haline gelen stereotipleri bir kenara bırakarak toplumsal rollerin dağılımı açısından cinsiyetler arasında eşitliği sağlamaktan geçmektedir. Böylece cinsiyet stereotiplerinin yapay oldukları bilinci ile bunlara uygun hareket edilmemeye başlanmasıyla zaman içerisinde toplumsal statü ve rollerde eşitliğe yaklaşılabilecek ve bu noktadan sonra ilk etapta toplumsal rollerden türeyen stereotipler kendiliğinden değişim göstermeye ve yok olmaya başlayacaktır. Bu kapsamda özellikle hukuk düzeni açısından atılması gereken en doğru adım, ayrımcılık yasağının ihlal edilmesinde en önemli gerekçeleri oluşturan bu stereotiplerin hukuki düzenlemeler ya da farklı muamelelerin birer gerekçesi olarak kullanılmasına son verildiği bir yargısal sisteme sahip olmaktır.

Cinsiyet stereotiplerinin temeline ilişkin argümanı ortaya koyduktan sonra, çevremizde hatta çoğu toplumda neredeyse herkesin, kökenlerini milattan öncesinde bulabileceğimiz, zamana karşı direnç gösteren bu cinsiyet stereotiplerine ilişkin bir düşünceye sahip olduğunu ve bu düşüncelerin de genellikle birbirlerine paralel olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Örneğin; kadın denildiğinde akıllara zayıf, hassas, şefkatli, narin, duygusal, cana yakın, bağımlı, irrasyonel, korunan ve ev işi, çocuk bakımı gibi kavramlar; erkek denildiğinde ise akıllara güçlü, dirençli, duygusuz, bağımsız, kaba, rasyonel, koruyan ve aile reisi gibi kavramlar gelmektedir. Bu stereotipler birbirlerine zıt bir görünüm sergilemekte olup, nicelik olarak yakın olsa da

²⁷ Harari'ye göre; insanlar zaman içerisinde farklı ihtiyaçlar doğrultusunda doğada var olmayan (para, devlet gibi) gerçeklikler yaratırlar. Kendi yaratıları olan bu kurgusal gerçekliklerin bazıları zaman içerisinde o denli güçlü bir hale gelir ki nesnel gerçekliğin önüne geçerler. Kurgusal gerçeklik kavramına ilişkin olarak bkz. Yuval Noah Harari, TED Konuşması.

^hhttps://en.tiny.ted.com/talks/yuval_noah_harari_what_explains_the_rise_of_humans. (Erişim Tarihi:25.10.2018).

^Buradan hareketle, (toplumsal) cinsiyet stereotiplerini zamanla nesnel gerçekliğin önüne geçen kurgusal gerçekliklere benzetmek mümkündür.

nitelik olarak birbirlerine bir hayli uzaktır. Bununla beraber, genellikle birbirlerinin zıttı olan bu özelliklerin toplum açısından makul olanlarının *standart ölçü*²⁸ kabul edilen erkeklere atfedilenlerden ibaret olduğunu tahmin etmek zor olmayacaktır. Bu doğrultuda stereotiplerin, geleneklerin bir kalesi olduğuna ve insanların bu kalenin arkasında kendilerini güvende hissetmeye devam etmelerini sağladığına ilişkin yukarıda yapılan açıklamalar hatırlandığında, devamına şu şekilde bir ek yapmak mümkün görülmektedir; gelenekleri koruma görevi üstlenen bu kaleler, zamanla kadınların kaçmasını engelleyen kaleler haline dönüşmüştür.²⁹

Bu kalenin içinde kalan kadınlara ilişkin kimi stereotipler ilk bakışta *olumlu* gibi görünse de bunların doğurduğu sonuçlar; diğer deyişle stereotiplerden doğan önyargılar doğrultusunda maruz kalınan farklı muameleler ve meşrulaştırmaya çalıştıkları geleneksel düzen göz önünde bulundurulduğunda, aslında görüldüğünün aksine bu stereotiplerin de bir hayli *olumsuz* hatta zararlı oldukları ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda ilk etapta toplumsal rollerin sonucu olarak ortaya çıkan *olumlu ya da olumsuz* stereotiplerin üzerine kurulu sistemlerin günümüzde bir bütün olarak, geleneksel rollerin teşvik edilmesinde, bunların meşrulaştırılmasında ve sürdürülmesinde rol oynadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Örneğin; kadınların anaç, sıcakkanlı, sevecen, şefkatli olduklarına yönelik stereotipler, tüm bakım görevlerinin kadınlara ait olduğu, erkeklerin lider, kadınların ise onları destekleyici rollerde yer aldığı ataerkil sistemleri meşrulaştırmak için kullanılmakta; kadınların hassas ve narin olduklarına yönelik stereotipler ise iş hayatının çoğu alanında aktif rol oynamalarını engellemektedir.

Hatta bir adım daha ileri giderek kadınlara ilişkin olumlu görülen stereotiplerin, toplumsal cinsiyet eşitliği yolunda aşılması daha zor engeller oluşturduğunu söylemek mümkündür.³⁰ Bunun nedeni

²⁸ Demir, s.149 vd.

²⁹ Alexandra Timmer, "Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, C.11, S.4, 2011, s.709.

³⁰ Olumlu veya olumsuz her türlü cinsiyet stereotipi, kadın ile erkek arasındaki eşitsizliğin sürdürülmesi ve mevcut sistemin meşrulaştırılmasında kullanılmaktadır. Bu bağlamda, olumlu stereotiplerin de kadınlar açısından son derece zararlı olabileceği yönünde bkz. Peter Glick/Susan Fiske, "An Ambivalent Alliance: Hostile and Benevolent Sexism as Complementary Justifications for Gender Inequality", *American Psychologist*, C.54, S.2, 2001, s.109-118.

ise olumlu stereotiplerin, doğurdıkları sonuçlar geniş bir çerçevede değerlendirilmeksizin, *sempatik* özellikler olarak nitelendirildikleri ve kadınların da kendilerine atfedilen bu *sempatik* özelliklerden pek fazla rahatsızlık duymadıkları, bu nedenle de yok edilmelerinin daha zor olduğu şeklinde ortaya koyulabilir. Bu bağlamda kadınlara yönelik, mevcut ataerkil sistemi desteklemekle görevli, ayrımcılığa ya da *sempatik ayrımcılığa* yol açan söz konusu stereotiplerin doğurdıkları sonuçlar, pekiştirdikleri düzen de göz önünde tutulduğunda, olumlu-olumsuz şeklinde bir ayrıma tabi tutulmalarının gereksiz bir ihtiyaç olduğu ortaya çıkmaktadır.

Bununla beraber, cinsiyet stereotiplerinin yalnızca kadınlara yönelik zararlı sonuçlar doğurduğu düşünülmemelidir. Her iki cinsiyet açısından da son derece olumsuz yönleri bulunan bu cinsiyet stereotipleri, bireylerin fiziksel özelliklerine, ilgi alanlarına, sahip olmaları gereken karakter özelliklerine, yetenek ve becerilerine, sergilemeleri beklenen davranışlara kadar birçok alanda kendisini göstermekte ve bu genellemeler doğrultusunda toplumda kadın ve erkekte yerine getirmeleri beklenen görev ve sorumluluklar farklılaşmaktadır. Tarihsel sürece ve günümüze baktığımızda bu farklılaşmanın, elbette kadınların aleyhine sonuçlandığı açıktır. Ancak konuya değişik bir perspektiften yaklaşıldığında, kimi stereotiplerin varlığının erkekler üzerinde negatif sonuçlar doğurduğu bilinmektedir. Örneğin; erkeklerin ordularda kadınlara nazaran daha aktif rol almaları aynı zamanda savaşlarda daha fazla ölüm tehlikesiyle karşı karşıya kalmaları sonucunu da doğurmaktadır. Buna ek olarak, erkeklerin -toplumlarda erkeklere atfedilen özelliklerin daha üstün kabul edilmesinden dolayı- kendilerine ilişkin stereotiplerden uzaklaşmalarının daha zor olduğu görülmektedir. Kadınların kimi zaman kendilerine özgülünen niteliklerin aksine davranışlar sergilemesi toplum tarafından olumlu olarak değerlendirilebilirken; erkeklerin bu kalıpların dışına çıkmaları hoş karşılanmamaktadır. Örneğin; bir kadının kötü bir olay karşısında metanetli bir duruş sergilemesi ya da genellikle erkeklerin ilgi duyduğu bir spor dalı olarak değerlendirilen futbola ilgi duyması karşısında, bir erkeğin ağlaması veya baleye ilgi duyması sonucunda toplumda karşılaşacağı tepkilerin niteliği ve ağırlığı farklı olacaktır. Bu nedenler ışığında olumlu ya da olumsuz tüm stereotiplerin her iki cins açısından da aleyhe bir durum teşkil ettiğinin altı çizilmelidir.

Bu doğrultuda cinsiyet stereotiplerinin varlığının her iki cins açısından da sebep olduğu zararları kısaca ortaya koymak gerekmektedir. Öncelikle, mevcut stereotipler nedeniyle bireylerin sahip oldukları özgün nitelikler ait oldukları gruplara atfedilen genellemeler kapsamında değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Bu durum, kadın ya da erkeğin sahip oldukları kişisel özellikler ile değil, öncelikle bu stereotiplere göre değerlendirilmeleri ve sahip oldukları niteliklerin, yeteneklerin, becerilerin görmezden gelinmesi ile sonuçlanmaktadır. Bununla beraber, cinsiyet stereotipleri bireyleri doğuştan itibaren etkilemeye başlamakta ve bu yönde şekillenmelerine neden olmaktadır. Bunun sonucunda bireyler kendilerini bilinçli ya da bilinçsiz olarak kendi istekleri doğrultusunda değil, dâhil oldukları gruba yönelik kalıplaşmış yargılar doğrultusunda geliştirmekte, diğer deyişle kendilerini sınırlamaktadırlar. Bunun bir parçası olarak, cinsiyet stereotiplerinin bireylerin farklı alanlarda düşük performans göstermelerine ve özgüven kaybına neden oldukları da araştırmalarla ortaya konmaktadır.³¹

Cinsiyet stereotiplerinin en ağır sonuçları ise kadın ya da erkeğin bu cinsiyet grubuna atfedilen nitelikleri bünyesinde barındırmaması ya da bu normlara uymak istememesi sonucunda üzerlerinde bir baskı unsuru oluşması halinde ortaya çıkmaktadır. Stereotipler, bunlara uygun davrananların toplumda mükâfatlandırılmasına, aksine davranışta bulunanların ise kınanmasına veya cezalandırılmasına neden olmaktadır. Bu durum bireylere, sahip oldukları niteliklerden uzaklaşarak ait oldukları gruplar içerisinde asimile olmalarından, diğer deyişle *kadınların kadın, erkeklerin erkek gibi davranmalarından* başka bir çare bırakmamaktadır.

Bu doğrultuda, doğdukları andan itibaren mevcut stereotiplere uygun olarak yetiştirilen bireylerde, zamanla kendi cinsiyetlerine özgülenmiş bu niteliklerin önemli, gerçek, değişmez ve kaçınılmaz oldukları yönünde bir algı gelişmektedir. Gerek bilinçaltına yerleşen algılar gerekse kendilerine özgülenmiş kalıpların dışına çıktıklarında karşılaşacakları tepkilerden kaçınmaları ve en önemlisi doğuştan itibaren maruz kaldıkları pratikler, kadın ve erkek hakkındaki *kehanetlerin gerçeğe dönmesine* neden olmaktadır. Dahası kimi *kehanetler* toplumda o

³¹ Janet Swim/Lauri Hyers, "Sexism", Handbook of Prejudice, Stereotyping, and Discrimination, ed. Todd D. Nelson, Psychology Press, New York 2009, s.413.

denli *gerçek* ve *olağan* kabul edilmeye başlanmıştır ki bu cinsiyet stereotiplerinin varlıkları dahi (bir sonraki başlık altında yer alan mahkeme kararlarında da görüleceği üzere) tespit edilemez hale gelmiştir.

Elbette toplumlarda bu denli yaygın olan stereotiplerin hukuki düzenlemeler söz konusu olduğunda etkilerini yitirdikleri düşünüle-meyecektir. Genel olarak hukuki düzenlemelere bakıldığında, söz konu-su kalıp yargıların çoğunun tarih boyunca değişmeyecek geliştigi ve modern anlamda hukuk alanında *korunması muhtaç kadın* imajını ortaya çıkardığı görülmekte ve mevcut cinsiyet stereotiplerinin ayrımcılık yasağının ihlalini oluşturacak nitelikte uygulamalara temel oluş-turduğu bilinmektedir. Hem ulusal hem uluslararası alanda hukuki düzenlemelerin mevcut stereotiplere paralel olarak kadının erkekten *farklı*, özellikle erkekten daha zayıf, güçsüz ve duygusal bir doğaya sahip, hatta bu nedenlerle *korunması gereken bir cins* olduğunu kabul etmekte olduğu ve özellikle kadınlara yönelik farklı uygulamalara ola-nak tanıdığı görülmektedir. Hukuk sistemlerinde cinsiyetler açısından açıkça ayrımcılık içeren düzenlemeler çoğunlukla yürürlükten kaldı-rılmış olsa da özellikle kadınları koruma/destekleme kisvesi altında cinsiyet stereotipleri üzerinde yükselen, birçok düzenleme yürürlükte bulunmaktadır. Uygulamaya bakıldığında ise gerek salt bu düzenle-melerden kaynaklanan gerekse yargılama süreçlerinde bilinçli ya da (çoğunlukla) bilinçsiz olarak bilinçaltımıza yerleşmiş cinsiyet stereo-tipleri nedeniyle cinsiyet temelli ayrımcı muamelelerin varlıklarını ko-rumakta olduğu görülmektedir.

Bu kapsamda yukarıda özellikleri, kaynağı ve en önemlisi neden olduğu zararların açıklanmış olduğu, toplumsal cinsiyet eşitliğinin önünde en büyük engellerden birini oluşturan, toplumsal hayat içeri-sinde kadın ve erkeğe ilişkin geleneksel rolleri pekiştirmeye ve meşru-laştırmaya hizmet eden, cinsiyetler arasında hiyerarşiye ve ayrımcılık yasağının ihlaline neden olan *cinsiyet stereotipleri* üzerine kurulu söz konusu hukuki düzenlemelerin ve mevcut pratiklerin değiştirilmesi gerektiği açıktır. Ancak bunun aksine, bir devlet cinsiyet stereotipleri-nin yok edilmesi yönünde gereken tedbirleri almıyor, bunlar üzerinde yükselen bir hukuk düzeni oluşturuyor ve bu doğrultuda yürüttüğü politika ya da faaliyetlerde bu kalıp yargıları temel alarak hareket edi-yorsa, cinsiyet stereotiplerini *olağan* göstermekle kalmayarak, bunların sonucunda oluşan duruma hukuki bir meşruiyet kazandırıyor demek-

tir. Bu durum ise daha geniş açıdan bakıldığında devlet eliyle, sosyal hayatın her alanında cinsiyet stereotiplerinden kaynaklanan ayrımcılığa ilişkin gerekçe olarak ileri sürülebilecek argümanların kapısının aralandığı anlamına gelmektedir. Bu kapsamda devletler mevcut politikalarını değiştirmeyerek, cinsiyet stereotiplerinin yok edilmesinde aktif bir rol oynamak yerine cinsiyet stereotiplerini farklı uygulamaların bir gerekçesi olarak ileri sürdükçe, toplumsal cinsiyet eşitliğine ulaşılması mümkün olmamaktadır. Olmayacaktır da...

Buna yönelik olarak devletlerin her iki cins açısından da zararları bulunan stereotipler ile mücadeleye ilişkin tedbirleri almaması, cinsiyet temelli ayrımcılık yasağının ihlalini oluşturacak, farklı muamelelerde bulunması durumunda, uluslararası alanda bu stereotiplere ilişkin bir farkındalığın oluşmasını desteklemek amacıyla insan haklarının korunmasında en önemli güvence mekanizmalarından biri olan Strasbourg Mahkemesi'nin yararlı bir araç olarak kullanılabilceği akıllara gelmektedir. Zira Mahkeme, kararlarında *cinsiyet eşitliğine ilişkin ilerleme kaydetmenin Avrupa Konseyi'ne üye Devletlerin başlıca hedefi olduğuna* vurgu yapmaktadır.³² Bu doğrultuda, Mahkeme'nin cinsiyet temelli ayrımcılığa ilişkin önüne gelen başvurularda dava ya konu muamelenin, cinsiyet eşitliğinin önündeki en büyük engel olan cinsiyet stereotiplerinden kaynaklanmakta olduğunu tespit ettikten sonra, bunlarla mücadele etmesi beklenmektedir. Peki, teorik olarak Mahkeme'nin yapması gerekenler bir yana acaba pratikte durum nasıldır? Başvurulara ilişkin olarak bu tespitleri yapmak yazıldığı kadar kolay olmakta mıdır? Bu tür başvurular önüne geldiğinde, Mahkeme'nin tutumu özellikle son dönemlerde hangi yönde değişim göstermektedir? Bu soruları cevaplayabilmek amacıyla sonraki başlıklar altında Mahkeme'nin vermiş olduğu kararlar kronolojik bir sıra ile taranarak, ortaya bir şablon çıkarılmaya çalışılacaktır.

II. Strasbourg Kararları ve Stereotip Kavramı Öncesi

Cinsiyet stereotiplerinin ayrımcılığa yol açan en önemli etkenlerden biri olduğunu düşündüğümüzde, insan hakları alanında da kendisine geniş bir yer bulması gerektiği düşünülmektedir. Buna rağmen

³² Abdulaziz, Cabales ve Balkandali - Birleşik Krallık, BN: 9214/80 (1985) par.78; Konstantin Markin - Rusya, BN: 30078/06 (2012) par.127.

bu kavram ulusal alana paralel olarak uluslararası alanda da maalesef yeterli ilgiyi görememekte, bu konuda yapılan çalışmalara da oldukça az rastlanmaktadır. Bununla beraber, başvurularda taraf devletlerin ayrımcı uygulamalar açısından gerekçe olarak çoğunlukla başvurdukları bu stereotiplerin Mahkeme kararlarında da uzun bir süredir göz ardı edildiği görülmektedir.

Bu noktada yalnızca Mahkeme'nin bu stereotiplere yönelik farkındalığının az olduğundan bahsetmek yeterli değildir. Zira stereotip kavramı uluslararası belgelerde de kendisine çok az yer bulabilmiştir. Bu kavrama Sözleşme'de ya da Ek Protokollerde yer verilmemiş olup, konuya ilişkin örnek gösterilebilecek en önemli uluslararası belge Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi (CEDAW) olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu Sözleşme'nin 5. maddesi uyarınca taraf devletler, her iki cinsten birinin aşağılığı veya üstünlüğü fikrine veya kadın ile erkeğe ilişkin mevcut *stereotiplere* dayalı önyargıların, geleneksel ve diğer bütün uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla kadınların ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarını değiştirmek konusunda uygun önlemleri almakla yükümlüdürler. Strasbourg Mahkemesi ise Sözleşme hükümlerini ve davalarda taraf devletlerin yükümlülüklerini yorumlarken; ayrıca Avrupa devletlerinin uygulamalarında ortaya çıkan ortak değerleri ve bu konuya ilişkin oluşmuş konsensüsü ve ayrıca CEDAW gibi belirli bir alanda uzmanlaşmış uluslararası belgeleri, uluslararası hukuk normları ve ilkelerinin gelişimini dikkate alacağına ilişkin vermiş olduğu kararlarla CEDAW'ın Mahkeme açısından önemini ortaya koymaktadır.³³

Konuya ilişkin olarak, stereotip kavramının metinde kullanıldığı bir diğer uluslararası sözleşme ise Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesidir (İstanbul Sözleşmesi). Bu Sözleşme'nin 12/1 maddesi uyarınca; taraf devletler, CEDAW'a paralel olarak, kadının daha aşağı olduğu düşüncesi veya kadın ve erkeğe ilişkin *stereotiplere* dayanan ön yargıları, örf ve adetleri, gelenekleri ve tüm diğer uygulamaları ortadan kaldırmak amacıyla kadın ve erkeklere ilişkin toplumsal ve

³³ Opuz - Türkiye, BN: 33401/02 (2009) par.164.

kültürel davranış kalıplarında değişim sağlamak için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu kapsamda Strasbourg Mahkemesi'nin, İstanbul Sözleşmesi'nin kapsamına giren başvurulara ilişkin olarak vermiş olduğu çoğu kararda, yine bu Sözleşme'ye gönderme yaptığı görülmektedir.³⁴ Buradan hareketle, söz konusu Sözleşmelerin kapsamını düşündüğünde; Sözleşme metinlerinde özellikle stereotip kavramına yer verilerek, cinsiyet stereotiplerinin yok edilmesinin cinsiyet eşitliğine ulaşılmasında, şiddet ve ayrımcılığın önlenmesindeki önemi ortaya koyulmuş ve taraf devletlerin bu stereotiplerin yok edilmesine ilişkin yükümlülüğü bulunduğunun altı çizilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ilişkin olarak ise Strasbourg Mahkemesi'nin, önüne gelen cinsiyet temelli ayrımcılığının ihlaline ilişkin başvuruları *Ayrımcılık Yasağı* başlıklı 14. madde bağlamında değerlendirmekte olduğu görülmektedir. Sözleşme'nin 14. maddesinin genel niteliği hakkında bilgi vermek gerekirse; bu madde uyarınca Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, *cinsiyet*, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanması güvence altına alınmıştır.

Bu doğrultuda, Sözleşme'nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağının bağımsız bir nitelik taşımadığının ve başvurunun konusunu oluşturan, ayrımcılık yasağını ihlal ettiği ileri sürülen muamelelerin mutlaka Sözleşme ya da Ek Protokoller bünyesinde korunan bir hakka ilişkin olması gerektiğinin altı çizilmelidir.³⁵ Bununla beraber, Mahkeme 14. madde kapsamında bir hak ihlali olduğuna ilişkin bir başvuruyu her zaman Sözleşme ya da Ek Protokollerle garanti altına alınmış maddi bir hak ile bağlantılı olarak değerlendirmekte ve bu

³⁴ Bu kararların tümüne ulaşmak için bkz. <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/echr-case-law> (Erişim Tarihi:10.11.2018).

³⁵ Sözleşme'nin 14. maddesi Sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlüklerin kullanımına ilişkin olarak eşitliği garanti etmekle beraber, 2005 yılında yürürlüğe girmiş olan 12 No'lu Ek Protokol, Sözleşme kapsamına girmeyen, ulusal düzeyde tanınan herhangi bir hakkı dahi bu yasağın kapsamına alarak ayrımcılık yasağının kapsamını genişletmiştir. Bu konuda bkz. Osman Doğru/Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C.2, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013, s.603.

hakla bağlantılı olarak 14. madde kapsamında ileri sürülen iddiaları söz konusu maddi hakkın kendisi ihlal edilmemiş olsa dahi inceleyebileceğini belirtmektedir.³⁶ Bu doğrultuda Sözleşme'nin 14. maddesinin uygulanması, Sözleşme ya da Ek Protokoller kapsamında güvence altına alınan haklardan herhangi birinin mutlak suretle ihlal edilmesi şartına bağlı olmayıp, dava konusu olayların Sözleşme maddelerinden biri veya birkaçının kapsamına dahil olması gerekli ve yeterli görülmektedir.

Mahkemeye göre, her farklı uygulama ayrımcılık yasağının ihlali anlamına gelmemektedir. Sözleşme'nin 14. maddesi kapsamında eşit durumda olanlara eşit muamele yapılması zorunlu tutulmuş olup, farklı konumda olanların farklı statü ya da işleme tabi tutulması ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirilmemektedir. Bu kapsamda ayrımcılık yasağı herkese mutlak eşit ve aynı muamele yapılmasını öngörmemekte, belli kişi veya gruplara *objektif ve makul ölçütlere dayanılarak* farklı muamele yapılmasını mümkün kılmaktadır. Bu nedenle toplumlarda bazı gruplar açısından var olan mevcut eşitsizliğin giderilmesine yönelik, taraf devletlerin gerekli geçici önlemlerin alınması, Mahkeme tarafından meşru kabul edilebilmektedir.

Bu kapsamda Mahkeme'ye göre, dezavantajlı konumda bulunan kesimlerin haklı çıkarlarını korumak ve durumlarını kuvvetlendirmek amacıyla devletler tarafından tanınan bazı ayrıcalıklı haklar, yapılan farklı ve özel muameleler ayrımcılık yasağının ihlali anlamına gelmemektedir. Konu açısından bakıldığında, toplumlarla kadınların dezavantajlı grup olarak değerlendirilmelerinden hareketle kendilerine yönelik tanınan bazı haklar ya da yapılan özel muameleler Mahkeme kararlarında her zaman eşitliğin ihlali olarak yorumlanmayacak, hak ihlali iddiasına konu farklı muamele, kadın ve erkek arasındaki gerçek eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelikse³⁷ Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edilmiş olduğundan bahsedilemeyecektir.

³⁶ Church of Jesus Christ of Latter Day Saints - Birleşik Krallık, BN: 7552/09 (2014) par. 25; Burden - Birleşik Krallık, BN:13378/05 (2008) par. 58. Bu nedenle, tek başına değerlendirildiğinde söz konusu hak veya özgürlüğün öngörüldüğü maddenin gereklerine uygun olan bir tedbir, Sözleşme'nin 14. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde, ayrımcı bir nitelik taşımasından dolayı söz konusu maddenin ihlaline neden olabilmektedir. Belçika Dil Kararı BN:1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64 (1968) esas par. 9.

³⁷ Stec ve diğerleri - Birleşik Krallık, BN:65731/01, 65900/01 (2006) par. 61.

Bununla beraber, Mahkeme'ye göre farklı durumlardaki kişilere mutlak eşit ve aynı muamelede bulunulması kimi durumlarda ayrımcılık yasağının ihlali anlamına gelebilmektedir. Böylece Mahkeme'nin aynı durumdakilere farklı muamele yapılmasının yanında, farklı durumdakilere eşit ve aynı muamele söz konusu olduğunda da bu başvurulara ilişkin hak ihlali tespit ettiği görülmektedir. Mahkeme bu durumu, Sözleşme'nin 14. maddesinin taraf devletlere, var olan eşitsizlikleri gidermek için gruplara farklı davranmayı yasaklamamakta olduğunu; hatta objektif ve makul bir gerekçe olmaksızın eşitsizliği gidermek için farklı muamelenin yapılmamasını, hükmün ihlali şeklinde değerlendireceğini belirtmek suretiyle kararlarında ortaya koymaktadır.³⁸ Buna göre, taraf devletler benzer durumlar teşkil eden farklılıkların farklı bir muameleyi gerektirip gerektirmediği ve ne ölçüde gerektirdiğinin değerlendirmesinde takdir marjına sahiptir. Ancak özellikle cinsiyet temelli ayrımcılık söz konusu olduğunda farklı muamelenin nesnel ve makul olabilmesi için oldukça önemli gerekçelerin ileri sürülmesi gerekmektedir,³⁹ diğer deyişle devletlerin takdir marjının dar olduğu kabul edilmektedir.

Burada Mahkeme açısından önemli olan, 14. maddeye ilişkin olarak bir hak ihlalinin tespit edilmesi için kıyaslanabilir ve benzer durumlarda bulunan kişiler arasında farklı bir muamelenin söz konusu olması⁴⁰ ve bu muameleyi haklı çıkaracak *objektif ve makul bir gerekçenin* bulunup bulunmamasıdır. Mahkeme farklı muamelenin *objektif ve makul bir amaç* taşımadığına, diğer deyişle *meşru bir amaç* taşımadığına veya kullanılan araçlarla gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir *orantılılık ilişkisi* bulunmadığına kanaat getirirse, bu muamelemin ayrımcılık yasağı kapsamında bir hak ihlali oluşturduğu yönünde karar vermektedir.⁴¹

³⁸ D.H. ve diğerleri - Çek Cumhuriyeti, BN:57325/00 (2007) par.175; Thlimmenos - Yunanistan, BN:34369/97 (2000) par. 44, Stec ve diğerleri - Birleşik Krallık, BN:65731/01 (2006) par. 51.

³⁹ Petrovic - Austria, BN: 20458/92 (1998) par.37; Konstantin - Markin, BN:30078/06 (2012) par. 127; Emel Boyraz - Türkiye, BN: 61960/08 (2014) par. 51.

⁴⁰ Church of Jesus Christ of Latter Day Saints - Birleşik Krallık, BN: 7552/09 (2014) par. 27; Burden - Birleşik Krallık, BN:13378/05 (2008) par. 60.

⁴¹ Belçika Dil Kararı, BN:1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64 (1968) par. 10; Rasmussen -Danimarka, BN:8777/79 (1984) par. 38.

Bu kapsamda Mahkeme'nin ayrımcılığa ilişkin önüne gelen başvuruları incelerken objektif ve makul gerekçe ölçütünü ve karşılaştırılabilirlik testini kullanmakta olduğu görülmektedir.⁴² Buna göre öncelikle başvuru sahibinin karşılaştırıldığı kişi veya grupla benzer konumda olup olmadığı ve karşılaştırıldığı kişiye göre olumsuz yönde farklı bir muameleye tabi tutulup tutulmadığının tespiti yapılmaktadır. Bu değerlendirme sonucunda cevap olumsuz ise Mahkeme tarafından söz konusu farklı muamele, Sözleşme kapsamında kabul edilebilir bulunmamaktadır. Buna karşılık, değerlendirme sonucunda ortaya çıkan cevabın olumlu olduğu hallerde, başvuruya konu farklı muamelenin objektif ve makul nedenlerle gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine bakılmaktadır. Bununla beraber, objektif ve makul gerekçenin meşru bir amaç taşıması ve bu amacın kullanılan araç ile arasında orantılılık ilişkisinin var olması gerekmektedir.⁴³ Mahkeme kararlarında ayrımcılığa ilişkin başvurularda izlenen yol genellikle bu şekilde olmakla beraber, karşılaştırılabilirlik testinin uygulanma zorluğunu ve kimi zaman gereksiz olduğu göz önünde tutularak (örneğin, cinsiyet temelli ayrımcılık söz konusu olduğunda) çoğu kararda Mahkeme'nin bu testi uygulamadığı ve direkt olarak objektif ve makul gerekçe ölçütünün değerlendirilmesine geçtiği görülmektedir.

v

Onlarca yıldır insan haklarının bölgesel düzeyde korunmasına ilişkin en etkili güvence mekanizması olarak kabul edilen Mahkeme'nin önüne gelen başvurularda, ayrımcılık yasağı kapsamında genel olarak benimsemiş olduğu ilkeler ortaya koyulduktan sonra, esasen -insan hakları hukukunun uygulanması ya da Sözleşme'nin yorumlanmasında taraf devletlerce çoğunlukla gerekçe olarak ileri sürülen- cinsiyet stereotipleri söz konusu olduğunda bu başvurulara yönelik nasıl bir tutum sergilediği konu açısından önem arz etmektedir.

Zira stereotip kavramının kısa bir geçmişi olduğu düşünüldüğünde, bundan öncesine ilişkin olarak, Mahkeme'nin özellikle cinsiyet ste-

⁴² Mahkemenin ayrımcılık yasağının ihlaline ilişkin başvurularda izlediği yöntem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ulaş Karan, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", *Anayasa Yargısı*, S32, 2015, s.42-60.

⁴³ Janneke Gerards, "Prohibition of Discrimination", *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, ed. Pieter van Dijk/Fried van Hoof/Arjen van Rijn/Leo Zwaak, C.5, Intersentia, Cambridge 2018, s.1013-1020.

reotiplerinin söz konusu olduğu bu tür başvurulara yönelik izlediği çözüm yoluna ilişkin kısa bir bilgi vermek yerinde olacaktır. Bu kapsamda ilk olarak 1985 tarihli *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali - Birleşik Krallık*⁴⁴ kararını örnek göstermek gerekmektedir. Bu başvurunun konusu, taraf devletin iç hukukuna göre vatandaş olmayan evli erkeklerin eşlerini yanlarına getirmeye ilişkin hakları bulunduğu halde, evli kadınların eşlerini yanlarına getirme imkanlarının bulunmadığı şeklinde özetlenebilecektir. Bu davada taraf devlet söz konusu farklı muamelenin gerekçesi mahiyetinde, erkeklerin kadınlara nazaran daha fazla iş aradıkları ve bunun sonucu olarak erkek göçmenlerin emek piyasası üzerinde kadın göçmenlere göre daha fazla etkiye sahip oldukları yönünde bir argüman ileri sürmektedir. Bu ise tamamıyla klasik bir cinsiyet stereotipi örneği; başka bir deyişle, çalışıp para kazanan erkek imajına dayalı bir savunma olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak o tarihte Mahkeme henüz stereotip kavramını kullanmaya çok yabancı olduğundan, kararında cinsiyet esasına dayanan farklı muamelenin Sözleşmeye uygun görülebilmesi için altında çok güçlü sebeplerin bulunması gerekliliğini ilk defa ortaya koyarak, söz konusu muamelenin Sözleşme'nin 8. maddesiyle ele alınan 14. maddesinin cinsiyet esasına dayanan ayrımcılık nedeniyle ihlal edildiğine karar vermiştir.

İkinci olarak ele alınması gereken 1994 tarihli *Karlheinz Schmidt - Almanya*⁴⁵ kararında Mahkeme başvuru konusunu oluşturan farklı muameleyi cinsiyet temelli ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirmektedir. Bu başvurunun konusunu, kadın vatandaşların böyle bir yükümlülüğü bulunmamasına karşın; yalnızca erkek vatandaşlara getirilmiş olan itfaiye hizmetlerine katılma mecburiyeti veya vergisini ödeme yükümlülüğü oluşturmaktadır. Taraf devletin savunmasına göre, söz konusu farklı muamelenin objektif ve makul bir gerekçesi bulunmaktadır. Bu doğrultuda, hizmetin özel gereklilikleri ile kadınların fiziksel/zihinsel özellikleri göz önünde tutulduğunda, bu

⁴⁴ Abdulaziz, Cabales ve Balkandali - Birleşik Krallık, BN: 9214/80; 9473/81; 9474/81 (1985) par.75,78.

⁴⁵ Karlheinz Schmidt - Almanya, BN:13580/88 (1994). Bu karara ilişkin yazılan karşı oyda iki cins arasında bulunan fiziksel farkların, başka bir deyişle hizmetin zor ve tehlikeli vazifeler içerdiği ve bunun kadınlara nazaran erkeklerin daha kolay yerine getirilebileceğine yönelik ileri sürülen argümanların söz konusu farklı muamele için haklı bir gerekçe teşkil ettiği ve bu nedenle başvuru kapsamında hak ihlalinin bulunmadığı belirtilmiştir. Bkz. Yargıç Spielmann ve Yargıç Gotchev karşı oyu.

farklı muamele ile kadınların korunması amaçlanmaktadır. Burada karşımıza yine klasik zayıf kadın/güçlü erkek stereotipleri ve bu stereotipler üzerine kurulu hukuki düzenlemeler çıkmaktadır. Ancak Mahkeme'nin söz konusu farklı muameleyi ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirmekle yetindiği ve kararlarında henüz tanımadığı bu stereotiplerden bahsetmediği görülmektedir.

Son olarak, Mahkeme'nin 2004 yılında vermiş olduğu Ünal Tekeli - Türkiye⁴⁶ kararına ilişkin kadın başvuru, yerel mahkemelerin kendisine yalnızca evlenmeden önceki soyadını kullanmasına izin vermemelerinin özel hayatın korunması ve ayrımcılık yasağı kapsamında bir hak ihlali teşkil ettiğini iddia etmektedir. Bunun üzerine taraf devlet, toplumsal gerçekler göz önüne alındığında cinsiyete dayalı farklı muamelenin objektif ve makul bir gerekçesinin bulunduğunu belirterek, kadınların yarısından fazlasının kısıtlı bir ekonomik özgürlüğe sahip olduğunu ve bu nedenle kocanın soyadına dayalı ortak bir soyadı kullanımının kadının ailedeki konumunu güçlendirmeye yönelik olduğunu; buna ek olarak, ortak soyadı vasıta ile kamu düzenini sağlamaya yönelik meşru bir amaç güttüklerini ileri sürmektedir. Mahkeme ise taraf devletin, kocanın soyadının otomatik olarak aile soyadı olarak kabul edilmesini yasalarla öngören tek ülke olduğunu, diğer deyişle bu konuda Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında bir konsensüs bulunduğunu ve bu müdahalenin erkeğin aile içerisinde sahip olduğu geleneksel rolden kaynaklandığını vurgulamaktadır. Mahkeme'ye göre, hükümet tarafından ileri sürülen argümanlar cinsiyete dayalı farklı muamele için yeterli bir gerekçe oluşturmamakta ve Sözleşme'nin 8. maddesiyle beraber düşünüldüğünde 14. maddeye aykırılık teşkil etmektedir. Görüldüğü üzere, Mahkeme bu kararında da erkeğin evin reisi olduğu stereotipinden kaynaklanan farklı muamelenin objektif ve makul bir gerekçeden yoksun olduğu ve bu nedenle ayrımcılık yasağı kapsamında hak ihlali oluşturduğu yönünde karar vermiş bulunmaktadır.

Yukarıda örnek olarak ele alınan kararlardan anlaşılacağı üzere, Mahkeme'nin henüz stereotip kavramını kullanmaktan uzak olduğu

⁴⁶ Ünal Tekeli - Türkiye, BN:29865/96 (2004). Bu karar üzerine Türkiye'de yaşanan gelişmelerin kısa bir değerlendirmesi için bkz. Nazlı Hilal Demir, "The Surname of Married Women: An Everlasting Problem," *Fasikül Dergisi*, C.9, S.88, 2017, s.10-13.

tarihlerde, bu konuya ilişkin önüne gelen başvurular karşısında, söz konusu farklı muameleleri objektif ve makul bir gerekçeden yoksun olduklarına dayandırarak hak ihlali tespit ettiği görülmektedir.

III. Strasbourg'da Cinsiyet Stereotiplerine Yönelik Farkındalık Artıyor mu?

Bu konuya yönelik bir çıkarım yapabilmek için öncelikle Mahkeme'nin cinsiyet rollerine ilişkin olmayan stereotiplere ilişkin yaklaşımını değerlendirerek işe başlamak gerekmektedir. Bu kapsamda ele alınabilecek ilk önemli karar, Mahkeme'nin *Alajos Kiss - Macaristan* başvurusuna ilişkin 2010 yılında vermiş olduğu karardır. Bu davada, hakkında akıl hastalığı nedeniyle kısıtlama kararı verilmiş olan başvuru Anayasa gereğince, yalnızca kısıtlılık nedeniyle seçmen listesinden çıkarılmasının, tek başına ya da Sözleşme'nin 13. ve 14. maddeleriyle bağlantılı olarak, 1 No'lu Ek Protokol'ün 3. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmektedir. Bu iddia üzerine Mahkeme, bireysel değerlendirme yapılmaksızın vesayet altına alınan herkesin oy kullanmasının mutlak surette engellenmesinin, bu hakkı sınırlandırmak için söz konusu olabilecek meşru amaçlarla bağdaşmayacağı kanısına varmıştır. Kararın konu açısından önem teşkil eden bölümü ise Mahkeme'nin taraf devletin bu yaklaşımının ardındaki düşünceleri, bazı grupların tarih boyunca toplumdan dışlanmaları ile sonuçlanan önyargılara maruz kalmaları ile ilişkilendirdiği ve bu önyargıların, grup üyelerinin bireysel olarak değerlendirilmelerini engelleyen yasaların yapılmasına neden olabileceğini belirttiği satırlardır.⁴⁷ Mahkeme'nin, bu kararında *ilk defa* stereotiplerin neden olabileceği *zararlara* dikkat çektiği ve yalnızca stereotiplere dayalı, bireysel olarak değerlendirme yapılmasının önüne geçen yasa yapımına karşı çıktığı görülmektedir. Böylece stereotip kavramının hukuk terminolojisine ait olmadığı düşünülse de Mahkeme'nin bu kavrama gönderme yapmak suretiyle kararlarında kullanması oldukça isabetli görünmektedir.

Mahkeme'nin bu konuya ilişkin ele alınması gereken bir diğer önemli kararı ise 2011 tarihli *Kiyutin - Rusya* kararıdır.⁴⁸ Bu kararda Mahkeme, kendisine yasal düzenlemelere dayanılarak oturma izni ve-

⁴⁷ Alajos Kiss - Macaristan, BN: 38832/06 (2010) par.42 ve 64.

⁴⁸ Kiyutin - Rusya, BN:2700/10 (2011) par.64.

rilmeyen HIV pozitif başvuruçunun, çok uzun bir zamandır önyargı ve kınamaya maruz kalan hassas bir gruba dâhil olduğunu belirterek, taraf devletlerin bu grup üyelerine yönelik farklı bir muamele benimsemeleri konusunda sahip oldukları takdir marjlarının dar olduğunu vurgulamaktadır. Bununla beraber, Mahkeme söz konusu başvuruya ilişkin olarak bir önceki kararında, stereotiplerin zararlarına yönelik belirtmiş olduğu görüşünü aynen yineleyerek; stereotiplere dayalı, somut vakıaların ayrı ayrı değerlendirilmesine olanak tanımayan hukuki düzenlemelere karşı durduğunun altını çizmektedir. Bu kararın önemli olmasını sağlayan unsur ise Mahkeme'nin bu defa, kişilerin maruz kaldıkları ayrımcı muamelelerin toplumsal önyargılardan kaynaklandığını belirtmekle yetinmeyerek bu önyargıların nedenlerini, önyargıları besleyen (örneğin, HIV pozitif bireylerin kınanmaları ve dışlanmaları ile sonuçlanan önyargıları, ilk yıllarda hastalığın bulaşma yollarının bilinmemesi nedeniyle duyulan korkunun beslemekte olduğu gibi) somut olayları kararında ortaya koymaya yönelik gösterdiği çabadır.

Görüldüğü üzere, Mahkeme'nin cinsiyet temelli bir ayrımcılığın söz konusu olmadığı başvurulara ilişkin vermiş olduğu bu iki önemli kararda; ilk defa stereotip kavramına gönderme yaptığı ve bunlardan doğan toplumsal önyargıların neden olduğu zararları belirtmek suretiyle, önyargıları beslediğini düşündüğü olaylara yer verdiği görülmektedir. Bu kapsamda Mahkeme'nin ilk olarak 2010 yılında; hassas gruplara ve bu grubun üyelerine yönelik olarak genellemeye dayalı ve bireysel değerlendirme yapılmasına olanak tanımayan hukuki düzenlemelerden kaynaklanan farklı muameleler söz konusu olduğunda; stereotip kavramını (bu kavrama ilişkin açıklama yapma çabasına girmeksizin) kullanmayı tercih ettiğini söylemek mümkündür. Başka bir deyişle, bu kararlarda Mahkeme'nin stereotipler üzerine kurulu hukuki düzenlemelere dayanılarak başvuruçuların maruz bırakıldıkları farklı muamelelerin ayrımcı bir nitelik taşıdıkları ve Sözleşme kapsamında hak ihlali oluşturdukları yönünde tespitinde bulunduğu görülmektedir.

Bu doğrultuda, Mahkeme'nin bir adım daha ilerleyerek 2010 yılında *Aksu - Türkiye* başvurusuna ilişkin vermiş olduğu kararda herhangi bir hak ihlali tespit etmemesine rağmen, kararın karşı oyunda ilk defa stereotip kavramının *tanımlanması* konusunda adımlar atıldığı

görülmektedir.⁴⁹ Bu davaya ilişkin Büyük Daire kararı ise 2012 yılında açıklanmış olup, söz konusu davada başvuru, Romanlar hakkında yazılmış kitabın bazı bölümlerinde ve sözlüklerde yer alan tanımlarda hakaret edici ve ayrımcılık içeren ifadeler kullanıldığını ileri sürerek, buna ilişkin ulusal mahkemelerin tazminat taleplerini reddetmesinin Romanlar hakkındaki önyargıları desteklediğini iddia etmektedir. Mahkeme bu iddia üzerine öncelikle, bir gruba karşı var olan stereotiplerin belirli ağırlığa ulaştığında, bu gruba mensup üyeler üzerinde ciddi sonuçlar doğurmak suretiyle kişilerin özsaygı ve öz güvenlerini; diğer deyişle özel hayatlarını etkilediğini ve bu nedenle Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanabilir olduğunu belirtmektedir. Bu konuda Mahkeme'nin yapmış olduğu tespit isabetli olup, stereotiplerin bireyler açısından kendi kaderlerini tayin etmeleri konusunda, birbirlerinden çok sayıda farklı yönleri bulunan bireyleri aynı çatı altına toplamak suretiyle onlara engeller oluşturduğu, bu durumunda özel hayata müdahale teşkil ettiği bir gerçektir. Bu doğrultuda, Mahkeme'nin ilk defa açıkça bu durumun özel hayatın korunması kapsamında bir hak ihlali oluşturacağını ortaya koyduğu söylenebilecektir. Ancak kararda 14. maddenin incelenmesine ilişkin satırlar tüm bu olumlu havayı değiştirecek niteliktedir. Şöyle ki Mahkeme, başvuru konusundaki ifadelerin ayrımcı nitelik taşıdığını ispatlayamamış olduğunu ve ayrımcı bir muamelenin yokluğu nedeniyle başvurunun 14. maddede kapsamında incelenemeyeceğini belirtmektedir. Başka bir deyişle, Mahkeme başvuruyu hatalı bir şekilde, ayrımcılık yasağı altında değerlendirmeyerek, etnik kimliğin özel hayatın bir parçasını oluşturduğunu belirtmek suretiyle yalnızca Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Oysaki stereotiplerin varlığının ayrımcılık yasağı altında değerlendirme yapılmasını gerektirmekte olduğu açıktır.⁵⁰

Yukarıda ele alınan üç karar ışığında, Mahkeme'nin özellikle 2010 yılı itibarıyla *stereotip* kavramına yönelik bir farkındalığının oluştuğu-

⁴⁹ Aksu - Türkiye, BN: 4149/04; 41029/04, (2010) Yargıç Tulkens, Yargıç Tsotsoria ve Yargıç Pardalos'un karşı oyu. Burada stereotipler, grupların farklılıklarına odaklanan kalıp yargılar olarak açıklanmış ve en önemlisi bunların ayrımcı uygulamalara temel teşkil ettiklerinden bahisle zararlı olduklarına dikkat çekilmiştir.

⁵⁰ Başvurunun 14. madde kapsamında incelenmesi halinde, 8. madde ile bağlantılı olarak 14. madde kapsamında hak ihlali tespit edileceği yönünde bkz. Aksu - Türkiye, BN: 4149/04; 41029/04, (2012) Yargıç Gyulumyan karşı oyu.

nu ve bu kavramın Mahkeme açısından pek de eski olmadığını söylemek mümkün görünmektedir. Bu kapsamda Mahkeme'nin kimi grup ve üyelerine yönelik var olan stereotipler üzerine kurulu hukuki düzenlemeleri ve gerekçelerini bu stereotiplerin oluşturduğu ayrımcı muameleleri bir insan hakları sorunu olarak ele almasının oldukça yerinde olduğu söylenebilecektir.

Bu doğrultuda, Mahkeme'nin stereotip kavramına ilişkin farkındalığının yoğun olarak 2010 yılı itibarıyla oluştuğu düşünüldüğünde, elbette *cinsiyet stereotiplerine* yönelik kararlarının da bu yıllardan sonra ortaya çıkması beklenecektir. Mahkeme'nin de bu haklı beklentiyi karşılayacak şekilde 2012 yılında *hedefi tam on ikiden vurduğu*; 14. madde kapsamında kadın ve erkek arasındaki farklı muamelelere yönelik *cinsiyet stereotiplerinin* taraf devletler bakımından gerekçe olarak ileri sürülemeyeceğine ilişkin bir karar verdiği görülmektedir. Bahse konu *Konstantin Markin - Rusya*⁵¹ davasında başvuru, ulusal makamlar tarafından kendisine erkek olmasından dolayı ebeveynlik izninin kullandırılmamasının eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Karar metninde, başvuruçunun talebine karşılık ulusal makamların, üç yıllık ebeveynlik izni ve bu dönemin belli bir bölümüne ilişkin aylık ödenek alma hakkını erkek askeri personelin kullanmasına iç hukukta olanak bulunmadığını belirttiği ve bunun sonucu olarak da konunun Anayasa Mahkemesi'nin önüne geldiği anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bu hakkın yalnızca istisnai olarak kadın askeri personele tanındığını ortaya koyarak, kadınların orduda daha az temsil edilmelerini ve ayrıca kadınlara annelikle ilgili biçilmiş olan özel rolleri gerekçe olarak gösterdiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin ileri sürmekte olduğu bu gerekçeler ele alındığında, cinsiyet eşitliği kapsamında her iki bölümün de oldukça sorunlu olduğu aşikârdır. İkinci kısım, çocukların bakımının kadınlarla ilişkilendirilmesine dair klasik bir cinsiyet stereotipi üzerine inşa edilmiş olup, birinci kısım ise kadınların askerlik görevi kapsamında gözden çıkarılabilecek nitelikte oldukları ve orduda yer almalarının pek önemli olmadığı şeklinde yorumlar yapılmasına neden olmaktadır.

Bunun üzerine, Mahkeme kararda CEDAW madde 5'e gönderme yaparak, taraf devletlerin cinsiyet stereotiplerine dayalı önyargıların,

⁵¹ Konstantin Markin - Rusya, BN:30078/06 (2012).

geleneksel ve diğer tüm uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla, kadın ve erkeğin davranış kalıplarını değiştirmekle ve anneliğin sosyal bir görev olarak anlaşılması ve çocukların yetiştirilmesinde kadın ve erkeğin ortak sorumluluğunun tanınmasını öngören anlayışa dayalı bir aile eğitimi sağlaması gerekliliğinin altını çizmek suretiyle, olayda bahsi geçen dönemde çocuğa sağlanacak bakım konusunda erkek ve kadının benzer durumda buldukları sonuca varmaktadır. Bununla beraber, Mahkeme ulusal makamların ileri sürmüş olduğu pozitif ayrımcılık iddialarını gereksiz bularak taraf devletlerin bireylere geleneksel cinsiyet *stereotiplerini* dayatamayacağını belirtmektedir.

Bu kapsamda düşünüldüğünde, çoğu devlette cinsiyetlere yönelik farklı muamelelerin ve hukuki düzenlemelerin, sosyal gerçekler ve bunların neden oldukları zorunluluklar ile geleneksel görüşlere yapılan atıflar, başka bir deyişle cinsiyet stereotipleri gerekçe gösterilerek haklı çıkarılmaya çalışıldığı görülmektedir. Buna karşılık, Mahkeme vermiş olduğu kararda oldukça isabetli bir şekilde, taraf devletlerin özellikle aile içerisinde erkek ve kadına atfedilen toplumsal cinsiyet rollerini farklı muameleye ilişkin haklı bir gerekçe olarak ileri sürmeyeceklerinin altını çizmektedir. Ancak aile içerisinde cinsiyetlere yönelik var olan stereotiplerin ve özellikle kadınların çocuk bakımı ile ilişkilendirilmesinin karşısında duran Mahkeme, diğer yandan taraf devletin ileri sürmüş olduğu, kadınların orduda yer almalarının önemli olmadığı ve askerlik görevinin birincil olarak erkeğe ait olduğu şeklinde yorumlanabilecek argümanlarını görmezden gelmektedir. Belki de getirilebilecek tek eleştirinin bu olduğu kararda, sonuç olarak Mahkeme'nin kadın askeri personelin bu haktan yararlanabilmesine karşılık, erkeklerin bu haktan mahrum bırakılmalarının objektif ve makul bir gerekçesi bulunmadığından bahisle Sözleşme'nin 14. maddesinin 8. madde ile beraber ihlal edildiği yönünde bir tespit yaptığı görülmektedir.

Bu doğrultuda, cinsiyet stereotiplerinin tespit edilmesi, ilk kez karar metninde bu kavramın kullanılması suretiyle söz konusu cinsiyet stereotiplerinin farklı muamelelere ilişkin haklı bir gerekçe oluşturamayacağına vurgu yapılması açısından bu kararın devrim niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür. Zira 1998 yılında benzer bir konuyu

içermekte olan *Petrovic - Avusturya*⁵² kararında Mahkeme'nin tamamıyla farklı bir sonuca vardığı görülmektedir. Söz konusu başvuruda, erkek başvurucunun çocuk bakım yardımından yararlanmak istediği; ancak iş ve işçi bulma kurumu tarafından talebin, bu haktan yalnızca annelerin yararlanabileceği gerekçesiyle reddedildiği anlaşılmaktadır. Bunun üzerine, iç hukuk yollarını tüketerek davayı Mahkeme'nin önüne götüren başvurucu, maruz kaldığı muamelenin cinsiyete dayalı ayrımcılık teşkil ettiğinden bahisle Sözleşme'nin 8. maddesi ile beraber 14. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmektedir. Gerekli incelemeyi yaptıktan sonra Mahkeme, o dönemde bu konuya ilişkin olarak Avrupa'da bir konsensüsün var olmadığı, çoğu taraf devletin iç hukukunda babalara yönelik ebeveynlik izni veya izin ödeneği öngörülmediği gerekçesiyle davaya konu muamelenin bir hak ihlali teşkil etmediği yönünde karar vermekte ve ebeveynlik izninin öncelikle annelere küçük bebeklerin bakımlarını sağlamaları amacıyla öngörüldüğüne vurgu yapmaktadır.

Görüldüğü üzere, 2010 yılı sonrasında stereotip kavramına yönelik artan farkındalık ile beraber, aradan 14 sene geçtikten sonra geç olsa da Mahkeme'nin bu konudaki içtihadını değiştirmiş olduğu anlaşılmaktadır. *Konstantin Markin* kararında bunu açıkça belirten Mahkeme, eski içtihadını değiştirme zamanının geldiğini ve ebeveynlik iznini yalnızca kadınlara tanıyan devletlerin artık azınlıkta kaldığını vurgulayarak, bu izne ilişkin kadınlar ve erkekler arasında farklı muamele yapılmasının hiçbir objektif ve makul nedeni bulunmadığını ortaya koymaktadır. Bu açıdan bakıldığında Mahkeme'nin hatalı içtihadından vazgeçmesini ve en önemlisi *Konstantin Markin* kararında cinsiyet stereotiplerinin farklı muameleleri meşrulaştırmak için kullanılmayacağına ilişkin yapmış olduğu tespitini, cinsiyet eşitliği bağlamında oldukça olumlu ve sonraki başvurular açısından umut verici olarak değerlendirmek mümkün gözükmektedir.

Ancak söz konusu kararda cinsiyet stereotipleri ile mücadele edilmesi açısından büyük beklentilerin doğmasına neden olan Mahkeme'nin, bundan yaklaşık iki sene sonra vermiş olduğu *Emel Boyraz - Türkiye* kararında⁵³ stereotip kavramını kullanmayı tercih et-

⁵² *Petrovic - Avusturya*, BN: 20458/92 (1998).

⁵³ *Emel Boyraz - Türkiye*, BN: 61960/08 (2014).

meyerek verdiği kararın gerekçesini eksik bıraktığı görülmektedir. Söz konusu davada, TEDAŞ bünyesinde güvenlik görevlisi olarak işe alınan başvurucu kadının, insan kaynakları birimi tarafından 'erkek olma' ve 'askerlik görevini tamamlamış olma' şartlarını taşımadığı gerekçesiyle bu göreve atanamayacağı konusunda bilgilendirildiği anlaşılmaktadır. Kadın olduğu ve bu nedenle güvenlik görevlisi olarak çalıştırılmayacağı iletilen başvurucuya gerekçe olarak da şehir merkezlerinden uzakta bulunan kırsal alanlardaki depo ve trafo merkezlerini, gelebilecek saldırılara, yangına ve sabotaj durumlarına karşı koruma görevlerinin bulunduğu, ayrıca güvenlik görevlilerinin geceleri de çalışmak suretiyle herhangi bir saldırı karşısında silah ve fiziksel güç kullanmak zorunda oldukları belirtilmektedir. Sayılı nedenlerle, güvenlik görevlisi kadrosuna alınmasının uygun olmadığı düşünülen başvurucu kadının, iç hukuk yollarını tüketmek suretiyle davayı Mahkeme'nin önüne taşıyarak, bu muamelenin Sözleşme'nin 8. maddesiyle birlikte 14. maddesi uyarınca cinsiyet ayrımcılığı teşkil ettiği konusunda şikâyetçi olduğu görülmektedir.

Mahkeme bu başvuru üzerine kararında, ulusal makamların kadınların söz konusu risklerle yüzleşemeyecekleri ve bu yöndeki sorumlulukları üstlenemeyecekleri gerekçeleri ile hareket ettiklerini; ancak kadınlara isnat edilen bu yetersizliklere ilişkin olarak inandırıcı bir açıklamada bulunamadıklarını ortaya koymaktadır. Dava dosyasında, kadın başvurucunun TEDAŞ'ta güvenlik görevlisi olarak mesleğinin gereklerini cinsiyeti nedeniyle icra edemediğine yönelik hiçbir somut delil bulunmamakta olup, taraf devletin bu muameleye ilişkin olarak başvurucunun kadın olmasının dışında, herhangi bir inandırıcı neden ileri sürmediği görülmektedir. Bu nedenle, söz konusu farklı muamelenin meşru bir amacı bulunduğu kanıtlanamamış olması gerekçesiyle Mahkeme, dava konusu farklı muamelenin cinsiyet temelli ayrımcılık yasağının ihlali anlamına geldiğine ve Sözleşme'nin 8. maddesi ile beraber 14. maddesinin ihlal edildiğine karar vermektedir.

Görüldüğü üzere başvurunun konusunu oluşturan, silah ya da fiziksel güç kullanmak ve zor koşullarda çalışmak için yetersiz olduğu düşünülen 'zayıf kadın' stereotipine dayalı söz konusu muamele tamamıyla ayrımcı bir nitelik taşımaktadır. Taraf devletin bu müdahaleye ilişkin olarak savunmasında açıkça cinsiyet stereotiplerine dayalı gerekçeler ileri sürmüş olduğu görülse de Mahkeme'nin, taraf devletin

söz konusu farklı muameleye yönelik yeterli bir açıklama yapmadığını belirtmekle yetindiği anlaşılmaktadır. Diğer deyişle, bu müdahalenin Sözleşme kapsamında bir hak ihlali oluşturduğunu tespit etmekten ileri gitmeyen Mahkeme, stereotip kavramını ve bunların farklı muamelelere yönelik haklı bir gerekçe oluşturamayacağına yönelik tespitini adeta unutmış gibi hareket etmektedir. Bu doğrultuda, Mahkeme'nin yaklaşık iki sene önce vermiş olduğu *Konstantin Markin* kararında cinsiyet stereotipleri konusunda oldukça olumlu bir çizgide ilerlediğini söylesek de *Emel Boyraz* kararında⁵⁴ cinsiyet stereotiplerine yönelik hiçbir vurgunun bulunmaması nedeniyle bunların yok edilmesine ilişkin gösterilen mücadelenin ortadan kaybolduğunu dile getirmek gerekmektedir. Bu başvurunun konusunun, cinsiyet stereotiplerini, neden oldukları zararları ve bunların farklı muameleler açısından haklı birer gerekçe olarak kullanılamayacaklarını ortaya koyabilmek adına oldukça elverişli olduğu düşünüldüğünde; Mahkeme'nin bu başvuru üzerine vermiş olduğu kararın gerekçesinin oldukça yetersiz ve eksik kaldığı söylenebilecektir. Başka bir deyişle, Mahkeme'nin stereotiplere ilişkin tespit ve vurgu eksikliği nedeniyle önceki vermiş olduğu kararlarına gölge düşürmüş ve bu konudaki sürekliliği ve kararlılığını sekteye uğratmış olduğu görülmektedir.

Ancak bu karardan yaklaşık üç yıl daha ilerleyerek günümüze yaklaşıldığında, karşımıza yeniden konuya ilişkin çok önemli bir karar çıktığını söylemek mümkündür. Söz konusu 2017 tarihli *Carvalho Pinto De Sausa Moraris - Portekiz*⁵⁵ kararı, unutulmuş sanılan stereotip kavramının tekrar canlanması, ayırık görüşlerle kadın ve erkek yargıçlar arasında atışmaya sahne olması ve hatta Tolstoy ile Rousseau'ya göndermeler içermesi açısından oldukça ilgi çekici bir karar haline gelmektedir. Cinsiyet stereotipleri ile mücadelede Mahkeme'nin en büyük başarılarından biri olan *Konstantin Markin* kararında, özellikle kadınların aile içerisindeki rollerine ve çocuk bakımıyla ilişkilendirilmelerine yönelik stereotiplerin farklı muameleleri meşrulaştıramayacağını ortaya koymuş olan Mahkeme; bu defa kadınların cinselliğine

⁵⁴ Bununla beraber, Mahkeme'nin 2018 yılında aynı konuya ilişkin olarak önüne gelen başvurularda da bu kararını aynen tekrarladığı ve stereotip kavramının kararlarında yer almadığı görülmektedir. Bkz. Hülya Ebru Demirel - Türkiye, BN:30733/08 (2018); Can - Türkiye, BN: 2437/08 (2018).

⁵⁵ Carvalho Pinto De Sausa Moraris - Portekiz, BN: 17484/15 (2017).

yönelik stereotiplerin farklı muameleler açısından haklı bir gerekçe olarak ileri sürülmesinin karşısında durmaktadır.

Dava konusu olaya bakıldığında kadın başvurusunun tıbbi bir hata nedeniyle geçirmiş olduğu ameliyat sonrası, jinekolojik komplikasyonlar yaşayarak fiziksel, cinsel ve psikolojik sorunlarla karşılaştığı anlaşılmaktadır. Çektiği acı ve his kaybının yanında oturma, yürüme ve cinsel ilişki kurmaya ilişkin problemlerle yüzleşen başvuru, bunun üzerine ameliyatın gerçekleştiği hastaneye karşı maddi ve manevi tazminat talebiyle dava açmaktadır. Bu tazminat talebinin idare mahkemesi tarafından kısmen kabul edilmesi karşısında, davalı hastanenin yerel mahkemenin bu kararını temyiz mahkemesinin önüne götürmesi üzerine açıkça cinsiyet stereotipleri üzerine kurulu bir yargı kararının nasıl olması gerektiğine yönelik mükemmel örnek teşkil edecek bir karar ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki ev işleri için harcanan ücretin oldukça fazla gösterildiğini vurgulayan temyiz mahkemesi, belirlenen maddi tazminat miktarında; başvurusunun ev işlerini yapma kapasitesini kaybetmiş olduğunu tam olarak ispatlayamadığından ve ayrıca çocuklarının yaşları göz önünde tutulduğunda, yalnızca kocasına bakma yükümlülüğü bulunduğundan dolayı evde tam zamanlı bir çalışana gerek duyulmayacağı gerekçeleriyle indirimde gitmektedir. Bununla beraber, temyiz mahkemesi belirlenen manevi tazminat miktarının, iki çocuğu bulunan 50 yaşındaki başvurusunun cinsel hayatının genç yaşlara oranla daha az önemli olduğundan bahisle yüksek olduğuna karar vermektedir.

Görüldüğü üzere, cinsiyet stereotiplerinin yargı kararları üzerindeki etkilerine ilişkin eşsiz bir örnek teşkil eden bu kararda, temyiz mahkemesinin hem maddi hem de manevi tazminat açısından indirimde gidilmesine yönelik ileri sürdüğü argümanlar oldukça sorunlu görünmektedir. İlk bölümde, çocukların yaşlarının büyük olduğundan dolayı başvuru kadının yalnızca kocasına bakma yükümlülüğü bulunduğu belirtilerek, ev işi ve çocuk bakımı gibi konuların geleneksel görüşe uygun olarak kadınla ilişkilendirildiği görülmektedir. İkinci bölümde ise başvurusunun cinsiyeti ile yaşı ve iki çocuk sahibi olduğu vurgulanarak cinsel hayatının artık önemli olmadığı varsayımı, kadın cinselliğinin çocuk doğurmaktan ibaret görüldüğünü açıkça ortaya koymaktadır.

Yaşanan tüm bu süreçler sonucunda, başvuru Sözleşme'nin 14. maddesinin 8. madde ile beraber ihlal edildiği iddiasıyla Mahkeme'ye başvurmakta ve Mahkeme'nin önüne gelen bu başvuruya ilişkin olarak öncelikle, Portekiz temyiz mahkemesinin geçmiş yıllarda incelemiş olduğu aynı konuya sahip iki farklı davayı ele almakta olduğu görülmektedir. Buna göre, temyiz mahkemesi 2008 ve 2014 yıllarında, gerçekleşen tıbbi hatalar neticesinde 59 ve 55 yaşlarında olan mağdurların cinsel hayatlarının olumsuz yönde etkilenmiş olduğu iki ayrı davaya ilişkin karar vermiş bulunmaktadır. Bu davaların, başvuru-cunun davasından ayrıldığı en önemli nokta ise mağdurların ikisinin de erkek olmasıdır. Bu kapsamda temyiz mahkemesinin bu davalara ilişkin vermiş olduğu kararın en çarpıcı yeri ise tam olarak burada başlamaktadır. Portekiz temyiz mahkemesi bu davalara yönelik olarak, erkek mağdurların cinsel hayatlarının olumsuz şekilde etkilenmesinin; özgüvenlerini aşırı derecede zedeleyecek, yıkıcı ve ciddi zihinsel travmalara neden olacak sonuçlar doğuracağını vurgulamaktadır. Bu nedenle, mahkemenin bu davalarda mağdurlara oldukça yüksek tazminat miktarları ödenmesine karar vermekte olduğu görülmektedir. Bununla beraber, temyiz mahkemesinin kararlarında mağdur erkeklerin çocuklarının olup olmadığı üzerinde durulmaksızın; yaşları öne sürülerek, bu yaştan sonra aile ve sosyal hayatlarının ciddi şekilde değişeceği ve hiçbir zaman eskisi gibi yaşayamayacak olmaları nedeniyle ağır fiziksel ve psikolojik acılar çektiklerine yönelik satırlar oldukça dikkat çekicidir. Temyiz mahkemesinin bu üç kararı bir arada düşünüldüğünde, 50 yaşındaki kadının cinsel hayatının sona ermesi oldukça önemsiz görülürken, 55 ve 59 yaşlarındaki erkek mağdurların cinselliklerinin etkilenmesinin son derece acı verici ve kabul edilemez olarak değerlendirildiğini söylemek mümkün olmaktadır.

Aynı yönde tespitlerde bulunan Mahkeme bu iki davayı örnek gösterdikten sonra, temyiz mahkemesinin başvurucuya yönelik vermiş olduğu kararda ileri sürdüğü argümanlarını kadınların cinselliğinin çocuk doğurma amacı ile sınırlı olduğunu kabul eden geleneksel görüşe dayandığını ve kadın cinselliğine ilişkin genel yargılardan yola çıkarak, başvuru-cunun kendisi hakkında özel bir değerlendirme yapmadığını tespit etmektedir. Bununla beraber, temyiz mahkemesinin başvuru-cunun çocuklarının büyük olması nedeniyle, yalnızca kocasının bakımını üstleneceği yönündeki açıklamasının yine klasik bir

cinsiyet stereotipine dayandığı görülmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, başvurucuya ödenecek tazminat miktarında indirime gidilmesinin altında objektif gerekçelerin değil; yalnızca cinsiyet stereotiplerinin bulunduğu bahisle bu muamelenin cinsiyet temelli ayrımcılık yasağının ihlalini oluşturduğu ve nitekim Sözleşme'nin 8. maddesi ile bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlal edildiği yönünde karar vermiş bulunmaktadır.

Bu kararın en güçlü bölümlerini ise mutabık görüşte yer alan satırlar oluşturmaktadır. Tolstoy ve Rousseau'nun eserlerinden alıntılar yapan Yargıç Yudkivska, yazarlarca kaleme alınan cahilce düşüncelerin, yargıçlar tarafından ileri sürüldüğünde ortaya çıkacak sonuçların son derece endişe verici olacağını belirtmektedir. Yargıca göre, cinsiyet stereotiplerinin ya da toplumsal cinsiyet rollerine ilişkin geleneksel düşüncelerin, rasyonel bir şekilde gerçekleştirilen yargı süreçlerinde yeri yoktur ve söz konusu cinsiyet stereotipleri asla mahkeme salonlarında kendilerine yer bulmamalıdır. Nitekim kadınların yüzyıllar boyunca adeta bir üreme makinası olarak görüldüğü ve bu düşüncenin 21. yüzyılda halen etkisini kaybetmemiş olduğu anlaşılmaktadır. Zira Yargıca göre, Mahkeme'nin önüne gelen bu başvuruda söz konusu cinsiyet stereotiplerinin yargı kararlarını etkilediği ve bu durumun tek başına başvurucunun Sözleşme'de güvence altına alınan haklarını ihlal ettiği açıktır. Bahse konu olaya bakıldığında, başvurucuya ödenecek tazminat miktarında indirime gidilmesinin asıl gerekçesini, kadın olan mağdurun iki çocuğa sahip olması ve üreme yeteneğini kaybetmiş olması nedeniyle cinsel hayatının artık kendisi için önemli olmayacağı düşüncesi oluşturmaktadır. Diğer deyişle, yerel mahkemenin kararını kadın cinselliği ve üreme arasında bir bağ kurmak suretiyle cinsiyet stereotiplerine dayalı önyargılar üzerine kurmuş olduğu anlaşılmaktadır. Yargıca göre, bu durum yalnız başına cinsiyet temelli ayrımcılık yasağının ihlal edildiği anlamına gelmektedir. Şöyle ki mevcut stereotiplerin yargı kararlarını etkilediğinin tespit edilmesi, karşılaştırılabilirlik testi gibi başka testlere gerek duyulmaksızın, Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlali açısından yeterli görülmelidir.

Söz konusu süreci bir bütün olarak değerlendirmek gerekirse, yerel yargı kararında dayanılan gerekçelerin cinsiyet stereotipleri üzerine kurulu olduğu ve Mahkeme'nin de bunu ortaya çıkarmak için başarılı bir yöntem izlediği ortaya koyulmalıdır. Bu kararın, son zamanlarda

stereotiplerin yargı süreçlerine etkileri ve zararlarının gösterilmesi, ayrıca bilinçaltına yerleşmiş bu kalıp yargıları açığa çıkartarak onlarla mücadele edilmesi adına bir mihenk taşı olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, stereotiplerin herhangi bir şekilde yargılama süreçlerini etkilemiş olduğunun tespit edilmesi, başka ölçütlere başvurmaya gerek olmaksızın başlı başına cinsiyet temelli ayrımcılık yasağının ihlal edilmiş olduğunun kanıtı sayılmalıdır.

Bu argümanı ileri sürdükten sonra, yukarıda ele alınmış olan başvuruların genelinde kadınlara yönelik açıkça ayrımcılık bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bununla beraber, taraf devletlerin bu müdahaleleri karşısında kimi zaman gerekçesi eksik kimi zaman ise stereotiplerin yok edilmesine yönelik mücadelede oldukça önemli kararlara imza atmakta olan Mahkeme'nin, başvuru erkeğinin, erkek olduğu ve kadınlara yönelik *pozitif ayrımcılık* içeren düzenlemeler ve bunlardan doğan müdahaleler söz konusu olduğunda nasıl hareket ettiğini tespit etmek de konumuz açısından önem taşımaktadır. Bu kapsamda, çok eski tarihlere gitmeyerek ilk olarak Mahkeme'nin 2017 tarihinde vermiş olduğu *Khamtokhu ve Aksenchik - Rusya* kararını⁵⁶ örnek olarak göstermek yerinde olacaktır.

Bu başvurunun konusunu, ömür boyu hapis cezası alan erkek başvuru erkeğinin, Rusya'da tüm kadınların ve suçun işlendiği tarihte 18 yaşından küçük ya da karar tarihinde 65 yaşında veya 65 yaşından büyük olan erkeklerin ömür boyu hapis cezasıyla cezalandırılmamasına ilişkin düzenlemenin, Sözleşme'nin 5. maddesiyle bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlali anlamına geldiğine yönelik iddiaları oluşturmaktadır. Söz konusu düzenleme uyarınca, ömür boyu hapis cezası yalnızca 18-65 yaş arası erkeklere uygulanabilmektedir. Başvuru erkeğinin iddialarına göre, bu farklı muamelenin hiçbir objektif ve makul bir nedeni bulunmamakta olup, bu düzenleme kadınların özellikle üreme ve çocuk yetiştirmedeki toplumsal rollerine dayalı geleneksel düşüncelere dayanmaktadır. Mahkeme'nin önceki tarihli *Konstantin Markin - Rusya* kararına gönderme yapan başvuru erkeği, kadınlar ile çocuk bakımının ilişkilendirilmesine yönelik cinsiyet stereotiplerinin, farklı muameleler açısından haklı bir gerekçe olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir. Bununla beraber, kadınların erkeklere nazaran daha

⁵⁶ Khamtokhu ve Aksenchik - Rusya, BN:60367/08; 961/11 (2017).

hassas oldukları ve bu tür cezalardan daha fazla etkilendikleri ya da erkeklerin daha dayanıklı olduklarına ilişkin stereotiplere dayalı müdahaleler eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Karar metninden, bu düzenlemenin pek çok kez Rusya Anayasa Mahkemesi'nin önüne gitmiş olduğu ve mahkemenin bu şikâyetleri, cezanın verilmesi sırasında yaş, sosyal ve fizyolojik özelliklerin dikkate alınmasına olanak bulunduğu gerekçeleriyle reddettiği anlaşılmaktadır. Aynı yönde Mahkeme'nin de farklı muameleye ilişkin özellikle yaş ve fizyolojik özelliklerin dikkate alınmasını meşru bir amaç olarak değerlendirdiği ve taraf devletin iç hukukunda ömür boyu hapis cezası alan kişiler için cezaların gözden geçirilme ve 25 yıldan sonra tahliye olabileme ihtimali bulunduğundan dolayı Sözleşme kapsamında bir hak ihlali oluşmadığı yönünde karar verdiği görülmektedir. Bununla beraber, Mahkeme'nin kararını uluslararası alanda kabul edilen, infaz kurumlarında kadınlara karşı cinsiyete dayalı şiddetin ve istismarın engellenmesi, ayrıca gebelik ve analığın korunması argümanlarına dayandırmakta olduğu ve taraf devletin savunmasında ileri sürdüğü, erkeklere nazaran çok az kadının hapse girdiği, kadınların suç oranlarının düşük olduğu ve ömür boyu hapis cezasının oldukça seyrek uygulandığından bahisle kamu yararının bulunduğuna yönelik argümanlarını haklı bulduğu söylenebilmektedir.

Bu doğrultuda, bahse konu hukuki düzenleme ve buna bağlı olarak uygulanan farklı muamelenin -her ne kadar narin ve uysal bir doğaya sahip, zayıf ve en önemli rolü üreme olan kadın stereotipleri üzerine kurulu olsa da- kadınların korunması amacını taşımakta olduğu ileri sürülmekte ve bunun üzerine Mahkeme'nin de kadınlara yönelik pozitif ayrımcılık adı altında yapılan farklı muameleleri ayrımcılık yasasının ihlali olarak değerlendirmedeği görülmektedir. Hatta bu karara ilişkin Yargıç Sajo'nun yazmış olduğu mutabık görüşte, kadın ve erkek suçluların gerek suç tipleri ve suç işleme oranları gerekse suçta tekerrür gibi kriterler göz önünde bulundurulduğunda, aynı statüde olmadıkları ve infaz süresince kadınların çocuk doğurma ve yetiştirme şanslarının ellerinden alındığı için daha fazla acı çektikleri vurgulanmaktadır. Yargıca göre, bu bir cinsiyet stereotipi olarak değerlendirilse de kadın ve erkek arasında bulunan biyolojik farklılıkların görmezden gelinmesi mümkün olmamaktadır.

Buna karşılık, beş yargıcın paylaşmış olduğu karşı oy yazısına göre, Mahkeme söz konusu davada farklı muamelenin çok önemli nedenlere dayanması gerektiğine ilişkin testi uygulamayı ihmal etmektedir. Zira taraf devletin ileri sürmüş olduğu gerekçeler böylesine farklı bir muameleyi haklı kılmamaktadır. Yargıç Pinto De Albuquerque'un dikkat çeken karşı oy yazısında ise mevcut düzenlemenin, kadınların daha narin ve uysal bir doğaya sahip olduklarına yönelik stereotipler ve özellikle üreme konusunda cinsiyet rollerine ilişkin geleneksel görüşler üzerine kurulu ve onları pekiştirmeye neden oldukları ileri sürülmektedir. Yargıca göre, Mahkeme bu kararda taraf devletçe ileri sürülen gerekçeleri onaylayarak, *Konstantin Markin - Rusya* kararında ortaya koyduğu cinsiyet stereotiplerinin, farklı muamelelere yönelik haklı bir gerekçe olarak ileri sürülemeyeceklerine yönelik tespitini unutmuş görünmektedir. Zira taraf devletin bu olayda pozitif ayrımcılık altında değerlendirdiği muamele, cinsiyet eşitliğine ulaşılmasına yönelik alınması gereken geçici bir tedbir olmayıp, cinsiyetçi toplumsal önyargılar üzerine kurulu bir düzenlemeden ibarettir. Bu kapsamda, Mahkeme'nin tavrının cinsiyet temelli ayrımcılık davalarında sıklıkla kullandığı -taraf devletlerin sosyal gerçekler ve bunların neden oldukları zorunluluklar ile geleneksel görüşlere yapılan atıflar, başka bir deyişle cinsiyet stereotiplerini gerekçe göstererek farklı muameleleri haklı çıkaramayacaklarına yönelik- genel ilkesi ile örtüşmediği görülmektedir.

Bu kararın değerlendirilmesine geçmeden önce, yine aynı sene içerisinde Mahkeme'nin vermiş olduğu *Alexandru Enache - Romanya*⁵⁷ kararına değinmek gerekmektedir. Söz konusu başvuruya konu olayda bir yaşından küçük bebek sahibi olan erkek başvurucu, Romanya Ceza Usul Kanunu'nda bulunan bir yaşından küçük bebek sahibi olan *kadınlara*, bebek bir yaşını doldurana kadar hükmedilen cezanın ertelenmesine ilişkin hükme dayanarak, cezasının daha ileri bir tarihte infaz edilmek üzere ertelenmesini talep etmektedir. Ancak yerel mahkemenin bu hükmün genişletilemeyeceğini belirterek, başvurucunun erkek olması nedeniyle bu talebi reddettiği ve bunun üzerine başvurucunun iç hukuk yollarını tüketerek konuyu Mahkeme'nin önüne taşıdığı anlaşılmaktadır. Mahkeme öncelikle önüne gelen bu başvuruya ilişkin

⁵⁷ Alexandru Enache - Romanya, BN:16986/12 (2017).

olarak, anne ve bir yaşındaki bebek arasında mutlak, zorunlu ve özel bir bağ bulunduğuna vurgu yaparak, taraf devletin iç hukukunda cezanın ertelenmesine ilişkin başka seçenekler de bulunduğunu tespit etmektedir. Bununla beraber, ceza politikasına ilişkin hukuki düzenleme yapma konusunda taraf devletlerin geniş takdir marjına sahip olmaları nedeniyle, Mahkeme'nin söz konusu muameleye ilişkin Sözleşme kapsamında bir hak ihlali tespit etmediği görülmektedir.

Bu karara ilişkin üzerinde durulması gereken bölüm ise Yargıç Pinto De Albuquerque ve Bosnjak'ın karşı oy yazılarıdır. Yargıçların ileri sürdükleri görüşler doğrultusunda, bebeğin bakımının yalnızca anneye yüklenmemesini sağlayacak şekilde söz konusu hükmün erkekleri de içerecek şekilde genişletilmesinin hiçbir zararı bulunmamaktadır. Bu hüküm ile çocuğun üstün yararının korunduğu ileri sürülse de bebeliğinin ilk zamanlarında hayatlarında babalarının önemli olmayacağı düşüncesi, bu yararın korunmasına katkı sağlamayacaktır. Elbette kadının bu süreçte özel rollerinin olduğu yadsınamaz bir gerçek olmakla beraber, bebeğin doğduğu andan itibaren bakımında ebeveynlerin eşit oranda rol oynaması gerekmektedir. Ayrıca bu görevi yalnızca kadınlara yükleyerek, erkeklerin bu denklemden çıkarılmasının çocuk açısından da iyi sonuçlanması beklenemeyecektir. Nitekim bu hukuki düzenlemenin varlığı nasıl ki annelere bu haktan yararlanmayı otomatik olarak sağlamıyorsa, diğer deyişle hâkimler her davada somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapmak suretiyle bir sonuca varıyorsa; bu hükmün kapsamına babaların da alınması durumunda yine somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapılarak karar verilecek ve bu hüküm otomatik olarak cezanın ertelenmesine gerekçe teşkil etmeyecektir. Bu doğrultuda, yargıçlara göre söz konusu hükmün hem anne hem de babaları kapsayacak şekilde genişletilmesi, yargı sistemine zarar vermenin aksine, cinsiyetler arası eşitliği sağlamaya hizmet edecek ve çocuk bakımının yalnızca kadınların değil, erkeklerin de birincil ve önemli bir görevi olduğuna ilişkin görüşü destekleyecektir. Yargıçların bu görüşlerine bir katkı olarak da bu hükmün kapsamına erkeklerin de dâhil edilmesinin ve bebek bakımında babaların da önemli rolleri olduğuna yönelik vurgu yapılmasının, Mahkeme'nin *Konstantin Markin - Rusya* kararında karşısında durduğu stereotiplerin yok olmasına katkıda bulunacağı söylenebilecektir.

Bu doğrultuda, yukarıda ele alınmış olan son iki karardan yola çıkarak, Mahkeme'nin başvuruya konu müdahalelerin kadınlara yönelik bir pozitif ayrımcılık içerdiği durumlarda Sözleşme kapsamında bir hak ihlali oluşmadığını tespit ettiğini söylemek mümkün olmaktadır. Bu durumun, yalnızca taraf devletlerin ceza politikalarına yönelik geniş takdir marjı bulunduğundan bahisle ortaya çıkmadığı; Mahkeme'nin aynı yönde ekonomik ve sosyal haklar bağlamında taraf devletlerin geniş takdir marjı bulunduğunu ortaya koyarak, farklı muamelelerin hak ihlali teşkil etmediğine yönelik kararlar verdiği de bilinmektedir. Örneğin, Mahkeme'nin, 2006 tarihinde vermiş olduğu *Stec ve Diğerleri - Birleşik Krallık* ile *Barrow - Birleşik Krallık* kararları⁵⁸ bu duruma örnek teşkil etmektedir. Bu başvurularda, kadınlar ile erkekler için emeklilik yaşlarının farklı belirlenmiş olmasının cinsiyete dayalı ayrımcılık teşkil ettiği iddia edilmekte olmasına karşılık, Mahkeme'nin bu konuda taraf devletlerin ekonomik ve sosyal haklarla bağlantılı olarak geniş takdir marjuna sahip olduğunu belirterek Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edilmediği yönünde hüküm kurduğu görülmektedir.

Elbette bu konuya ilişkin olarak Mahkeme'nin vermiş olduğu her kararı bu çalışma kapsamında ayrı ayrı incelemek mümkün olmamaktadır. Ancak Mahkeme'nin bu konulara ilişkin vermiş olduğu kararlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, kadınlara yönelik açıkça ayrımcılık içeren davalarda Mahkeme'nin 2012 yılından sonra çoğunlukla cinsiyet stereotipleri kavramına başvurarak, bunların farklı muamelelerin haklı gerekçelerini oluşturamayacağını ve Sözleşme kapsamında hak ihlali anlamına geldikleri yönünde tespitlerde bulunduğu görülmektedir. Buna karşılık, yine cinsiyet stereotipleri ve bunlardan doğan önyargılardan kaynaklanan ve biyolojik farklılıkları nedeniyle korunmaya muhtaç olan (!) kadınlara yönelik pozitif ayrımcılık adı altında (özellikle ceza politikaları ile sosyal ve ekonomik haklarla bağlantılı düzenlemeler söz konusu olduğunda) uygulanan farklı muameleler karşısında Mahkeme'nin cinsiyet stereotiplerinin ortadan kaldırılmasına yönelik mücadelesini tamamıyla unuttuğu ve bu başvurulara ilişkin olarak Sözleşme kapsamında hak ihlali tespit etmediği sonucu ortaya çıkmaktadır. Mahkeme'nin bu tutumunun ne denli doğru oldu-

⁵⁸ Barrow - Birleşik Krallık, BN:42735/02 (2006); Stec ve Diğerleri - Birleşik Krallık, BN: 65731/01;65900/01 (2006).

ğu ise tartışmalı olup, kimilerine göre cinsiyet eşitliği bağlamında bu muameleler gerekli görülmemekte, kimilerine göre ise bu farklı muameleler cinsiyet stereotiplerini pekiştirmekten başka bir işe yaramamakta ve Sözleşme kapsamında hak ihlali teşkil etmektedir...⁵⁹

Sonuç: Milattan Öncesinden Günümüze...

Milattan öncesine kadar uzanan ve günümüzde halen geçerliliğini koruyan, cinsiyete dayalı ayrımcılığın en önemli nedenlerinden biri olan toplumsal cinsiyet stereotipleri ve bu stereotipler üzerine kurulu hukuki düzenlemeler neticesinde cinsiyet temelli ayrımcılık yasağının ihlalini oluşturan farklı muameleler ve bunların Sözleşme kapsamında hak ihlali oluşturduğuna yönelik iddialarla karşı karşıya kalarak, son dönemlerde farklı içtihatlar geliştiren Strasbourg Mahkemesi...

İlk başlık altında tanımı, zararları ve yok edilmelerine yönelik öneriler ile beraber ortaya koyulan cinsiyet stereotiplerinin günümüzde cinsiyet eşitliği bağlamında halen büyük bir engel olarak karşımızda durduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Gerek alışılmışlığın dışına çıkma korkusu gerekse mevcut düzeni koruma endişesi; neredeyse insanlık tarihi ile yaşıt bu stereotiplerin daha da güçlenerek, hayatın her alanında etkisini göstermesi ile sonuçlanmıştır. Doğduğumuz andan itibaren davranış ve yükümlülüklerimizi belirleyen bu stereotiplerin elbette hukuk alanından uzak durması beklenemeyecektir. Nitekim devletlerin izledikleri politikalar, mevcut hukuki düzenlemeler, uygulama ve yargılama süreçleri bunun doğruluğunu kanıtlar niteliktedir. Yalnızca ulusal düzeyde değil, uluslararası mahkemeler dahil olmak üzere tüm kurumların da tabiatları gereği, uluslararası hukuku uygulamaları ve yaptıkları yorumları etkileyecek şekilde bu stereotiplerden kaynaklanan önyargılara sahip oldukları bir gerçektir.⁶⁰

Bu nedenle söz konusu cinsiyet stereotiplerinin yok olması elbette sanıldığı kadar kolay olmayacak, değişim bir anda değil zaman içerisinde gerçekleşebilecektir. Burada önemli olan, bu stereotiplere karşı yürütülen mücadelenin kararlı, istisnasız ve istikrarlı bir şekilde sür-

⁵⁹ Bu konuya ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Demir, s.233 vd.

⁶⁰ Aynı yönde bkz. Yuval Shany, "Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?", *The European Journal of International Law*, C.16, S.5, 2006, s.924.

dürülmesidir. Toplumlarda tarih boyunca kök salmış bu düşünceleri yalnızca hukuk eliyle düzeltilebilmesi de mümkün olmayıp, eşzamanlı olarak diğer alanlarda da buna ilişkin politikaların yürütülmesi gerekmektedir. Ancak yine de hukukun, özellikle mahkemelerin bu konuda oynadığı önemli rol azımsanmamalıdır. Bu doğrultuda mahkemelerden, ayrımcılığın temel nedenleri arasında bulunan cinsiyet stereotiplerine yönelik olarak, hastalığın semptomlarını ortadan kaldırmaya çalışmak yerine, bu hastalığı tedavi edecek müdahaleler yapılması beklenmektedir⁶¹.

Bu kapsamda ilk olarak, toplumsal rollerden doğan ve bu çalışmada kurgusal bir gerçeklik olarak nitelendirilen cinsiyet stereotiplerinin zamanla güçlenerek, adeta nesnel gerçekliğin önüne geçmeye başladığına ve toplumsal roller ile iş bölümündeki mevcut eşitsizliğin nedeni haline geldiğine, kısaca kısır bir döngüye girildiğine ilişkin tespiti hatırlatmak gerekmektedir. Bu döngüyü kırmamanın tek yolu, öncelikle stereotiplerin hızlıca yok olmasını sağlamaya çalışmaktan değil; eşitliğe ulaşılmasında adeta birer engel haline gelen stereotiplerin bir kenara itilerek toplumsal rollerin dağılımında cinsiyetler arasında bir eşitlik durumu yaratmaktan geçmektedir. Cinsiyet stereotiplerinin yapay oldukları bilinci ile bunlara uygun davranılmamaya başlanmasıyla birlikte, zaman içerisinde toplumsal statü ve rollerde eşitliğe yaklaşılabilecek ve bu noktadan sonra ilk etapta toplumsal rollerden türeyen stereotipler kendiliğinden değişim göstermeye ve ardından yok olma-ya başlayacaktır. Bu hedefe ulaşma yolunda hukuk alanında atılması gereken en doğru adım ise ayrımcılık yasağının ihlal edilmesinde en önemli gerekçeleri oluşturan bu stereotiplerin, hukuki düzenlemeler ya da farklı muamelelerin birer gerekçesi olarak kullanılmasına gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde son verilmesidir.

Bu doğrultuda, uzun yıllardır insan haklarının korunmasına ilişkin en etkili güvence mekanizması olarak kabul edilen Strasbourg Mahkemesi'ne yönelik beklentiler artarak devam etmektedir. Strasbourg Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlarda, cinsiyet eşitliğinin Sözleşme'nin temel ilkelerinden biri ve Avrupa Konseyi'ne üye devlet-

⁶¹ Mahkemenin hastalığı değil, bu hastalığın semptomlarını ortadan kaldırmaya yönelik bir yol izlediğine ilişkin olarak bkz. Rebecca Cook/Simone Cusack, Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives, University of Pennsylvania Press, Pennsylvania 2010, s.3-40.

lerin ulaşmaları gereken başlıca hedefleri olduğuna dair yapmış olduğu vurgular karşısında, taraf devletlerde cinsiyet eşitsizliğinin halen sürmekte olduğu görülmektedir. Zira bu durumun önemli nedenlerinden biri de Mahkeme kararlarında ayrımcı uygulamaların esas nedenini oluşturan söz konusu cinsiyet stereotiplerine yönelik farkındalığın oldukça yeni olması ve en önemlisi bu alanda yürütülen mücadelede bir istikrar ve kararlılığın bulunmaması şeklinde kendisini göstermektedir. Ancak var olan bir sorunu çözme ve onunla mücadele etmenin ilk basamağını, onu tanıma ve tespit etme süreçleri oluşturmaktadır. Bu nedenle cinsiyet stereotipleri ile mücadelede etkin bir rol üstlenmesi gereken Mahkeme'nin, öncelikle kendi yargılamasını bu stereotipler üzerine kurmaksızın, önüne gelen başvurularda söz konusu stereotipleri açıkça tespit ederek, zararlarına dikkat çekmesi ve bunların cinsiyetlere yönelik farklı muamelelere haklı bir gerekçe oluşturamayacaklarına vurgu yapması gerekmektedir.⁶²

Mahkeme'nin önceki tarihli kararları incelendiğinde, stereotip kavramı henüz kararlarda kendisine yer bulamazken, taraf devletlerin cinsiyet stereotipleri üzerine kurulu muameleleri karşısında Mahkeme'nin objektif ve makul neden bulunmadığından hareketle hak ihlali tespit ettiği görülmektedir. Ancak bu halde ayrımcılığın asıl nedeni olan stereotiplerin tespit edilmediği ve bu nedenle karar gerekçesinin en önemli kısmının eksik kaldığı anlaşılmaktadır. İşte Mahkeme'nin bu doğrultuda vermiş olduğu kararlara yönelik, yalnızca hastalığın semptomlarını tedavi etmeye yönelik çaba gösterdiğini söylemek mümkün olmaktadır. Buna karşılık 2010 yılı itibarıyla Mahkeme'nin hastalığın asıl nedenleri olan stereotipler konusunda farkındalığının arttığını ve 2012 yılı kararlarıyla beraber cinsiyet stereotipleri kavramını gerekçelerinde (çoğunlukla) kullanmaya başlayarak, hastalığı tedavi etmeye yönelik mücadeleye başladığı görülmektedir. Ancak burada hemen bir parantez açmak gerekmektedir. Mahkeme'nin bu konudaki tutumunu, yalnızca kadınlara yönelik açıkça ayrımcılık içeren müdahaleler karşısında sergilediği; kadınlara yönelik pozitif ayrımcılık adı altında özel ve farklı muameleler söz konusu olduğunda ise sessiz kaldığı görülmektedir. Buna yönelik, Mahkeme'nin kararlarında Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasın-

⁶² Ayrıca bkz. Cook/Cusack, 39-70.

da bir konsensüs bulunmamasını gerekçe olarak ileri sürmek suretiyle, açıkça stereotipler üzerine dayalı muameleleri meşru gösterdiğini ortaya koymak yanlış olmayacaktır. Buna karşılık, Mahkeme zamanından çok ilerde hareket etmek suretiyle meşruiyetini kaybedeceği korkusundan uzaklaşarak, cinsiyet eşitliğini sağlamanın en önemli engelini oluşturan stereotiplere karşı kararlı ve istikrarlı bir mücadele sergilemelidir.

Bu noktada Mahkeme'nin vermiş olduğu kararlarda bir hak ihlali tespit etmesinin yanı sıra; cinsiyet stereotiplerinin varlığına ve bunların zararlarına vurgu yapmak suretiyle farklı uygulamalara temel teşkil edemeyecekleri yönünde hüküm kurması önemli bir hale gelmektedir. Aksi halde, vereceği kararların gerekçesi oldukça yetersiz kalacak ve ayrımcılığın esas nedeni olan cinsiyet stereotipleri konusunda farkındalık yaratma, onlarla mücadele etme konusunda elindeki fırsatları kaçırmış olacaktır. Bu nedenle, Mahkeme kararlarında bir görünüp bir kaybolan bu *karabatakların* her zaman su yüzünde kalması gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Kaynakça

- Aquinas Thomas, *Summa Theologica*, çev. Fathers of the English Dominican Province, Christian Classics, 1981.
- Aristoteles, *Politika*, çev. Akderin Furkan, Say Yayınları, İstanbul 2013.
- Cook Rebecca/Cusack Simone, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, Pennsylvania 2010.
- Demir Nazlı Hilal, *Feminist Perspektiften Düşünce Tarihinin Köşe Taşları ve İdeal Bir Hukuk Arayışı*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Demir Nazlı Hilal, "The Surname of Married Women: An Everlasting Problem," *Fasikül Dergisi*, 2017, C.9, S.88, s.10-13.
- Doğru Osman /Nalbant Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, C.2, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Eagly Alice/Steffen Valerie, "Gender Stereotypes Stem From the Distribution of Women and Men Into Social Roles", *Journal of Personality and Social Psychology*, 1984, C.46, S.4, s.735-754.
- Gerards Janneke, "Prohibition of Discrimination", *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, ed. Pieter van Dijk/Fried van Hoof/Arjen van Rijn/Leo Zwaak, C.5, Intersentia, Cambridge 2018.
- Glick Peter/Fiske Susan, "An Ambivalent Alliance: Hostile and Benevolent Sexism as Complementary Justifications for Gender Inequality", *American Psychologist*, 2001, C.54, S.2, s. 109-118.

- İmançer Dilek, "Sosyal Psikolojik Açından Stereotip Kavramının Dil ve Metin Analizinde Kullanımı", *Selçuk Üniversitesi İletişim Fakültesi Akademik Dergisi*, Konya 2004, C.3, S.3, s.128-142.
- Jussim Lee/Cain Thomas/Crawford Jarret/Harber Kent/Cohen Florette, "The Unbearable Accuracy of Stereotypes", *Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, ed. Todd D. Nelson, Psychology Press, New York 2009.
- Karan Ulaş, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", 2015, *Anayasa Yargısı*, S.32, s.235-306.
- Lippmann Walter, *Public Opinion with a New Introduction by Michael Curtis*, Transaction Publishers, London 1998.
- Locke John, *Hükümet Üstüne İkinci Tez*, çev. Doğan Aysel, İlya Yayınları, İzmir 2010.
- Martin Carol Lynn, "A Developmental Perspective on Gender Effects and Gender Concepts", *Sexism and Stereotypes in Modern Society*, ed: William B. Swann/Judith H. Langlois/Lucla Albino Gilbert, American Psychological Association, Washington 1998.
- McGarty Craig/Yzerbyt Vincent/Spear Russell, "Social, Cultural and Cognitive Factors in Stereotype Formation", *Stereotypes as Explanations*, ed. Craig McGarty/Vincent Y. Yzerbyt/Russell Spear, Cambridge University Press, Cambridge 2004.
- Paker Murat, "Psikolojik Açından Önyargı ve Ayrımcılık," *Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar*, ed. Kenan Çayır/Müge Ayan, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2018.
- Platon, *Devlet*, çev. Saraçoğlu Cenk / Ataman Veysel, Bordo Siyah Yayınları, İstanbul 2005.
- Platon, *Menon*, çev. Akderin Furkan, Say Yayınları, İstanbul 2018.
- Rousseau J.J., *Emile ya da Eğitim Üzerine*, çev. Avunç Yaşar, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul 2014.
- Schneider David J., *The Psychology of Stereotyping*, The Guilford Press, New York 2004.
- Shany Yuval, "Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?", *The European Journal of International Law*, 2006, C.16, S.5, s.907-940.
- Stangor Charles, "The Study of Stereotyping, Prejudice, and Discrimination Within Social Psychology: A Quick History of Theory and Research," *Handbook of Prejudice, Stereotyping, and Discrimination*, ed. Todd D. Nelson, Psychology Press, New York 2009.
- Swim Janet/ Hyers Lauri, "Sexism", *Handbook of Prejudice, Stereotyping, and Discrimination*, ed. Todd D. Nelson, Psychology Press, New York 2009.
- Timmer Alexandra, "Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, 2011, C.11, S.4, s.707-738.

İSVİÇRE BİRLEŞME KANUNU (FusG) İLE TTK'DA DÜZENLENMİŞ BULUNAN ŞİRKETLERİN BİRLEŞME, BÖLÜNME VE MALVARLIĞININ DEVİRİ SÖZLEŞMELERİ

SWITZERLAND MERGER LAW (FusG) AND
AGREEMENTS OF COMPANY MERGERS, DEMERGERS, AND
ASSET TRANSFER WHICH REGULATED
IN TCC (TURKISH COMMERCIAL CODE)

İbrahim KAPLAN*

Özet: Bu makalede; İsviçre Birleşme kanunu ile TÜRK Ticaret kanununda düzenmiş bulunan, şirketlerin birleşme, bölünme ve malvarlığının devri sözleşmelerinin kuruluşu, hukuki niteliği ve bu sözleşmelerden kaynaklanan ihtilaflarda; FusG ve TTK 'da öngörülen özel davalara uygulanacak kurallar dışında, bu sözleşmelere uygulanması mümkün TBK'nın "Genel ve Özel hükümleri" değerlendirilmiş ve incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Birleşme Sözleşmesi, Bölünme Sözleşmesi ve Malvarlığının Devri Sözleşmesi, Sözleşmelerin Geçersizliği, İptali ve İfa Edilmeme Durumları

Abstract: In this article, regulated by Switzerland Merger Law and Turkish Commercial Code, the establishment of company merger, demerger, and asset transfer; the legal nature and disputes arising from these contracts; except the rules to be applied in special proceedings anticipated in FusG and TTK; the possibility to apply these contracts, "General and Specific provisions" of TCO (Turkish Code of Obligations) have been evaluated and examined.

Keywords: Merger Agreement, Demerger Contract and Asset Transfer Contract, Invalidity, Cancellation and Non-Execution of Contracts

* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi E. Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku Öğr. Üyesi, ibrahimkaplan99@hotmail.com, Makalenin Gönderim Tarihi: 19.12.2019, Kabul Tarihi: 19.12.2019

§ 1 Şirketlerin Birleşmesi, Bölünmesi ve Malvarlığının Devri Sözleşmeleri (FusG Art. 3. -Art. 77; TTK'nın 134 -194)

I. Genel Olarak

İsviçre Birleşme Kanunu (FusG) ile TTK'nın 134. maddesi ile 194. maddesi arasında şirketlerin birleşmesi ve bölünmesinde; birleşen veya bölünen şirketler ile yeni şirketler arasında akdedilen sözleşmeler öngörülmüştür. Mal varlığının devrinde ise; devreden şirket ile devralan şirket arasında devir sözleşmesi düzenlenmiştir. Bu sözleşmeler sonuçta, şirketlerin tüzel kişilik yapısının değiştirilmesine yönelik temel metinlerdir. Bu sözleşmelerin aşamaları şunlardır;

Bu sözleşmelerin kurulma aşamaları, sözleşme taraflarının kimler olduğuna ilişkin tespitler ve değerlendirmeler şu şekildedir;

Birleşme Sözleşmesi; ilk olarak, birleşme işlemlerine katılan şirketler arasında imzalanmaktadır.

Devreden şirket ile devralan şirket ortakları arasında yapılan birleşme sözleşmesinden sonra, ikinci olarak; yeni şirket ile eski şirketin ortakları arasında da fiilen gerçekleşen sözleşmedir. Bu sözleşmeler, fiili sözleşme ilişkisi içinde ortaya çıkar.

Bölünme sözleşmesi, bölünmeye katılan şirketlerin birinin malvarlığının tamamını veya bir kısmını devreden şirket olarak ticaret sicili kayıttan itibaren, külli intikale göre devralan şirkete devretmeyi taahhüt ettiği, devralan şirketin ise, bu taahhüdü kabul ettiğine ilişkin, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

Malvarlığı devri sözleşmesi ise; devralan şirket ile devreden şirket arasında yapılan sözleşmedir. Sözleşmenin ikinci aşaması yani ortaklar arasında gerçek bir sözleşme ilişkisi bulunmamasına rağmen, bu şirketlerin ortaklarına şirketin yapı değişikliğindeki sözleşmelerde ortaya çıkan hukuki noksanlıklara karşı, ilgili hukuki yollara başvurma imkânı ile hukuki sorumluluk davası açma hakkı da tanınmış bulunmaktadır.¹

¹ Fabiana Theos Simoni, SZW 2017, s. 409 - 409, Swisslex, 409 - 424

II. Şirketlerin Birleşmesi Sözleşmesi

1. Sözleşmenin Tanımı ve Unsurları

TTK m. 145 hükmüne göre; Birleşme sözleşmesi yazılı şekilde yapılır. Sözleşme, birleşmeye katılan şirketlerin, yönetim organlarınınca imzalanır ve genel kurulları tarafından onaylanır.

Bir sözleşmenin tanımı; sözleşmenin yani sözleşmenin tipi belirleyen ve o ad altında adlandırılmasını sağlayan esaslı unsurlarının birleşiminden oluşur. İsviçre Birleşme Kanunu'nun (FusG) Art. 12 maddesinin 1. fıkrasında ve TTK'nın ise 136 ve 145. maddelerinde öngörülmüş olan birleşme sözleşmesi; yetkili organlar tarafından birleşme raporu çerçevesinde birleşme kararı alınan, bu kararın şirket genel kurullarınca onaylanmasından sonra, birleşmenin ticaret siciline kaydının yapılması şart koşan, bir sözleşmedir.

Birleşme sözleşmesi unsurları ise;

- Birleşmeye katılan şirket yönetim kurullarınca birlikte veya ayrı önceden düzenlenmiş birleşme kararı,
- Birleşme kararının, birleşmeye katılan şirketlerin genel kurullarınca alınacak onay kararları
- Onaylanmış birleşme kararının ticaret siciline kaydı,
- olmak üzere üç unsurdan oluşmaktadır.

2. Birleşme Sözleşmesinin Konusu Olan Birleşme Türleri ve Tümden Geliş (Külli İntikal) İlkesi

FusG'nin Art. 9 ve Art. 10 hükümleri ile TTK'nın 136. maddesinde birleşmenin türleri hükme bağlanmıştır. TTK'nın 136. maddesine göre;

Birleşme; bir şirketin diğer bir şirketi devralması "yutma" şeklindeki devralma biçimindeki birleşme türü olabileceği gibi, birleşmeye katılan şirketlerin yeni bir şirket kurmak suretiyle "yeni kuruluş" biçiminde birleşme türü olabilir.

Birleşmeyi kabul eden şirket "devralan şirket", katılan şirket ise "devrolunan şirket" olarak adlandırılır

Birleşmede devrolunan şirketin malvarlığı belli bir değişim oranı dâhilinde, devralan şirkete geçer. Payları devrolunan şirket ortaklarının hissedarlık hakları kendiliğinden, kanun hükmü uyarınca, bu ortaklarca iktisap edilmesiyle gerçekleşir.

Birleşme ile devrolan şirketin, malvarlığı bir bütün halinde devralan şirkete devredilmiş olur.

Birleşmeyle devrolunan şirket sona erer. Birleşme hukuken, birleşilen yeni şirketin ticaret siciline kaydı ile gerçekleşir. Bu tescil işlemi; tapu siciline taşınmazların tescili tadili ve terkisinin olduğu gibi tasarrufi işlem niteliğindedir. Birleşme sözleşmesi ise borçlandırıcı işlem niteliğindedir.²

3. Birleşme Sözleşmesinin İçeriğinde Kanunen Bulunması Gereken Hususlar

Birleşme sözleşmesinin muhtevasında; FusG Art. 13 hükmü ile TTK'nın 146. maddesinin 1. fıkrası hükmünün, (a - i) bentleri arasında toplam (9) bentte belirtilen hususların yer alması zorunludur:

Birleşme sözleşmesinin;

- a) Birleşmeye katılan şirketlerin ticaret unvanlarını, hukuki türlerini, merkezlerini; yeni kuruluş yolu ile birleşme hâlinde, yeni şirketin türünü, ticaret unvanını ve merkezini,
- b) Şirket paylarının değişim oranını, öngörülmüşse denkleştirme tutarını; devrolunan şirketin ortaklarının, devralan şirketteki paylarına ve haklarına ilişkin açıklamaları,
- c) Devralan şirketin, imtiyazlı ve oydan yoksun payların sahipleriyle intifa senedi sahiplerine tanıdığı hakları,
- d) Şirket paylarının değiştirilmesinin şeklini,
- e) Birleşmeyle iktisap edilen payların, devralan veya yeni kurulan şirketin bilanço kârına hak kazandığı tarihi ve bu isteme ilişkin bütün özellikleri,
- f) Gereğinde 141 inci madde uyarınca ayrılma akçesini,

² İbrahim Kaplan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 61- 62, 6. Bası, Ankara 2012

- g) Devrolunan şirketin işlem ve eylemlerinin devralan şirketin hesabına yapılmış sayılacağı tarihi,
- h) Yönetim organlarına ve yönetici ortaklara tanınan özel yararları,
- i) Gereğinde sınırsız sorumlu ortakların isimlerini, içermesi zorunludur.

4. Birleşme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Birleşme sözleşmesi; FusG ve TTK hükümlerinde öngörüldüğü için kanunda düzenlenmiş tipik - isimli bir sözleşmedir.³ Birleşme sözleşmesi katılan şirketleri borç yükleyen, iki taraflı, bu şirketlerin genel kurullarınca onaylanması gereken, şarta bağlı, borç doğurucu bir sözleşmedir.⁴ Birleşme sözleşmesinin ticaret siciline tescili işlemi, bir hakkı doğrudan doğruya etkileyen, kuran veya değiştiren veya sona bir tasarrufi işlem niteliğindedir.⁵ Birleşme sözleşmesini, tasarrufi sözleşme niteliğinde saymakta mümkündür.⁶

III. Şirket Bölünmesi Sözleşmesi

1. Bölünmenin Tanımı ve Türleri

FusG Art. 36 hükmü ile TTK'nın 159. maddesinde; şirketlerin bölünmesi ve bölünme sözleşmesinin tanımı ve unsurları hükme bağlanmıştır.

TTK'nın 159. maddesine göre; bölünme şirketin tam bölünmesi veya şirketin kısmi bölünmesi şeklinde iki tür olabilir.

Tam bölünme; şirketin tüm malvarlığı bölümlere ayrılır ve mevcut veya yeni diğer şirketlere devrolunur.

Kısmi bölünmede; bir şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümü, diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketin veya şirketlerin paydaşlık haklarını hukuken kazanırlar. Bölünen şirketler, devredilen malvarlığı bölünmelerinin karşılığında, devralan şirketteki payları ve hakları kazanarak yavru şirketini oluşturur.

³ Jürg A Luginbühl, Zürcher Kommentar Art. 12, N. 4 - 6, Zürich 2004

⁴ Kaplan, agk, s. 102

⁵ Kaplan, agk, s. 102

⁶ Kaplan, agk, s. 61-62

Bölünme sözleşmesi ile bölünme planını ayırt etmek gerekmektedir. Bu ayırım ve farklılık bölünmenin konusunun tek bir şirkete veya birden çok şirkete devredilmesinden kaynaklanmaktadır.

Şirketin bölünme işleminin konusu, yeni kurulacak bir veya birden fazla şirkete malvarlığının devredilmesi şeklinde ve ticaret siciline tescilden sonra, hukuki ehliyetini yani tüzel kişiliğini kazanacak olması nedeniyle, devralan şirkete önceden mevcut olmadığı için, yani yeni kurulmuş şirket olduğundan, bölünme sözleşmesi yapılması hukuken ve fiilen mümkün olmayacaktır. Bu sebeple, FusG'daki düzenlemede bölünme planı, tek taraflı hukuki işlem olarak öngörülmüştür. Şirket bölünmesi; bölünmeye tabi tutulan şirket veya işletmenin halen mevcut bir şirkete devredilmesi şeklinde gerçekleşiyorsa, devralan şirketin tek veya birden fazla oluşuna göre, iki taraflı (tam bölünmede), tek taraflı (kısmi bölünmede) ortak bölünme sözleşmesinin varlığından söz etmek gereklidir.⁷

Bölünme planının hazırlanması sırasında müzakere etme ve değişiklik yapılması gibi hususlar, tek taraflı bir hukuki işlem olduğu için çok az rastlanır.⁸

Bölünme sözleşmesinin metinde bulunması gereken hususlar; FusG Art. 37. maddesi ile TTK'nın 167. maddesinde hükme bağlanmıştır.

Bölünme sözleşmesinde; birleşme sözleşmesi ile ilgili FusG Art. 12 hükmü uygulanabilir. Bölünme sözleşmesinin kuruluşunda, bölünme planındaki aksine bölünen şirket ile devralan şirket karşılıklı birbirini uygun irade beyanlarının uyuşması gerekmektedir. Art. 37 hükmünde; taraflar, objektif noktalar üzerinde yazılı olarak anlaşmışlarsa, saklı tutulan yani sübjektif noktalar üzerinde anlaşamamaları halinde, sözleşmenin taraflar arasında bağlayıcılığı ve geçerliliği olmadığı mevcudiyeti kabul edilir.⁹

Bölünme sözleşmesi, bölünmeye katılan şirketlerin birinin malvarlığının tamamını veya bir kısmını devreden şirket olarak ticaret sicili kayıttan itibaren, külli intikale göre devralan şirkete devretmeyi taahhüt ettiği, devralan şirketin ise, bu taahhüdü kabul ettiğine ilişkin, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

⁷ Andreas Meier, Art. 36, N. 1 - 3; Zürcher Kommentar zum FusG, Zürich 2004

⁸ Andreas Meier, Art. 36, N. 7

⁹ Andreas Meier, Art. 36 N. 8

2. Sözleşmenin Esaslı Unsurları

- Malvarlığının tamamının veya bir kısmının ara bilanço (inventar) esasına göre devretme taahhüdü,
- Devredilen malvarlığını kabul etme taahhüdü,
- Malvarlığı devrinin ticari siciline kaydı şartı,

Şeklinde saymak mümkündür. Bölünmede, denkleştirmede ödenecek denkleştirme tutarının yer alması zorunluluğu yoktur. Payların dağılımı ve hissedarların hakları kanun hükmü gereği yeni şirkete intikal eder.

3. Bölünme Sözleşmesinin ve Bölünme Planının Hukuki Niteliği

Bölünme sözleşmesi; birleşme sözleşmesi gibi, FusG ve TTK'da hükme bağladığı için isimli - tipik bir sözleşmedir. Devir almak sureti ile bölünmede devreden şirketin karşısında bir veya birden fazla devralan şirket bulunmaktadır. Bu nedenle bölünme sözleşmesinde, iki tarafa borç yükleyen, bir veya birden fazla sözleşme vardır. Bölünmenin ticaret siciline kaydı - tescili, bir tasarrufi işlem niteliğindedir. Bölünmede bölünen şirketin malvarlığı yeni kurulan bir şirkete devrediliyorsa ve buna göre şirketin yönetim kurulu veya üst yönetimi bölünme için bir plan hazırlanırsa, ortada bir sözleşme değil tek taraflı bir hukuki mevcuttur.

Bölünme sözleşmesi şirket genel kurulunun zorunlu olarak onayına bağlı olduğu için ortada taliki şarta bağlı bir sözleşme söz konusudur.

Bölünme sözleşmesi, devrolan şirketin hissedarlık hakları devrolan şirkette kanun hükmü gereği kazanıldığı için, bu sözleşme üçüncü kişi lehine, bir sözleşme niteliğinde de değildir.

IV. Malvarlığının Devri Sözleşmesi

1. Sözleşmenin Tanımı ve Unsurları

FusG Art. 70 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan malvarlığının devri sözleşmesi ticaret siciline tescilli devreden şirket ile devralan şirket arasında, devreden şirketin malvarlığının tamamını

veya bir kısmının külli intikal kuralları çerçevesinde ara bilanço tutarlarına göre, ölçüsü belirlenmiş tutarlarını devretmeyi taahhüt ettiği, devreden şirkette pay sahibi olan hissedarların hisseleri ile hissedarlık haklarının devralan şirket veya şirketlere intikal ettiğinin yazılı olarak kararlaştırıldığı, iki tarafa borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesidir.

Bu tanıma göre sözleşmenin esaslı unsurları; devreden şirketin malvarlığının tamamının veya bir kısmını külli geçiş kuralları (tasarrufi işlem niteliğindeki tesciller dâhil) gereğince, devretme taahhüdü (borçlandırıcı işlem niteliğinde) ve yükümlülüğüdür

2. Hukuki Niteliği

FusG'da özel düzenlendiği (TTK'da düzenlenmemiştir) için tipik isimli sözleşmeler arasında sayılabilir. Malvarlığının devri sözleşme genellikle satış, trampa, bağış, şirkete sermaye olarak, evlilik sözleşmesi, mirasın taksimi sözleşmesi, sulh sözleşmesi, şirketin tasfiyesinde, 4046 sayılı özelleştirme sözleşmesi kapsamında şirketlerin birleşme, bölünme, tür değiştirmesinde karşılıklı devri söz konusu olabileceğinden, bu işlemler ve sözleşmeler çerçevesinde hukuki niteliği belirlenecektir. Bunlarda mülkiyetin devrine yönelik temlik sözleşmelerdir. Sözleşmenin imzalanmasıyla karşımıza iki tarafa borç yükleyen borçlandırıcı sözleşme olarak çıkar. Şirketlerin malvarlığı devrinin ticaret siciline kaydı ise, tasarrufi işlem niteliğinde bir tasarruf sözleşmesidir. Malvarlığı sözleşmesi; kural olarak şirket genel kurullarının onayına tabi bir işlem olmadığından talihi şarta bağlı bir sözleşme niteliğinde değildir. Şirket ortakları FusG Art. 74 hükmü uyarınca sonradan bilgi verilebilir.¹⁰

3. Malvarlığı Sözleşmesinin Türleri

Malvarlığı sözleşmesi genellikle mülkiyetin devrine yönelik temlik amacı güden örneğin satış, bağış, trampa, şirkete sermaye olarak devir, evlilik sözleşmesi, anlaşmalı boşanmada eşler arasındaki devirler, özelleştirme yoluyla şirket satışı veya devirlerinde görülmektedir. Bu nedenle sözleşmenin konusu olan devirlerin kanunda öngörülmemiş sözleşme veya isimsiz sözleşmeler kategorisine giren türleri mevcuttur.

¹⁰ Fabiana Theos Simoni, SZW,2017, s. 409, 424, 413

Malvarlığının devrinin bu türleri özel hukukla ilgili TBK ve ZGB’de düzenlenmiş olduğu için, ayrıca TTK’da düzenlenmesine gerek görülmediği anlaşılmaktadır. Ancak TTK m. 134 ile 194 arasında hükümlerin hepsi, FusG hükümlerinden alındığı için, TTK’da düzenlenmiş birleşme, bölünme sözleşmeleri gibi, şirketlerin malvarlığının devri sözleşmesinin de TTK’da hükme bağlanması, kendine has özellikleri dikkate alınarak hukuken yerinde olur, görüşümdedir.¹¹

§ 2 Şirketlerin Birleşme, Bölünme ve Malvarlığının Devri Sözleşmelerinde Doğacak İhtilaflarda TBK’nın Genel ve Özel Hükümlerinin Uygulanması Hallerine ve Şartlarına Genel Bir Bakış

I. Birleştirme Kanununda öngörülen Özel dava türleri ile TBK. Genel hükümlerine göre Açılacak Davalar Arasındaki Hukuki ilişki

1. Birleştirme Kanununda(FusG) öngörülen özel dava türleri

- Kanunun Art. 105. maddesindeki; birleşme, bölünme, tür değiştirme veya şirket paylarının veya ortaklık haklarının değişmesi durumunda tarafların haklarının münasip (uygun) şekilde korunmadığı takdirde uygun denkleştirme bedelinin ödemesinin tespiti davası.
- Kanun’un 106. maddesindeki; birleşme, bölünme, tür değiştirme veya payların devri veya malvarlığının el değiştirmesi kanuna aykırı kararların iptali davası.
- Kanun’un 107. maddesinde 106. maddenin 1. fıkrası hükmüne göre mahkeme iptal davasının devamı veya açıldıktan sonra kararlarda hukuka aykırılık tespit ederse, bu noksanlığın kaldırılması için etkilenen hak sahipliği bulunan şirket ile ilgilenen davalı olarak bu noksanlığın kaldırılması için bir süre tanır. Bu süre içerisinde noksanlık kaldırılmazsa veya kaldırılamıyorsa mahkeme kaldırılma kararı verir. Bununla birlikte gerekli tedbirleri alır.

¹¹ TBK’nın 202. maddesinde düzenlenmiş bulunan “Malvarlığının veya işletmenin devralınması” ve TBK madde 203 de düzenlenmiş olan “işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi” hükümleri, şirketlerin malvarlığının devri sözleşmesinden kaynaklanan sorunların çözümünde yeterli olamayacaktır, zira düzenlenen konular farklıdır.

Bu dava veya talebi kararlardaki noksanlığı ya da davalılar tarafından bizzat düzeltilmesi veya mahkeme kararı ile noksanlığın kaldırılması davası olarak adlandırılması mümkündür¹²

- Kanun'un 108. maddesinde öngörülmüş birleşme, bölünme, tür değiştirme, payların devri ve malvarlığının el değiştirmesi işlemleri sırasında hak sahipliği bulunan şirketlerin, münferit ortakların, şirket alacaklılarının zarar görmeleri durumunda bu işlemlerle iş-tigal etmiş olanlarına karşı açılacak hukuki sorumluluk davasıdır.

İşçi temsilciliğine danışılmadığı için, işçilerin birleşmenin ticaret siciline kaydının yasaklanmasına dair Kanunun Art. 28. hükmüne göre, mahkemeden karar alınmasını talep etme hakları mevcuttur. Bölünme durumunda benzer düzenleme kanunun 50. maddesi hükmünde, mal varlığının devri durumunda Art.77. hükmünde düzenlenmiştir.

Ayrıca birleşme kanunun değişik hükümlerinde; örneğin, ortakların sözü geçen işlemleri inceleme yetkisinin icrası için, kanunun Art. 16,Art.41,Art.63 ve Art.93 hükümlerinde, devredilen şirketin borçlarından dolayı ortakların kişisel hukuki sorumlulukları ile taleplerin icrası, kanunun 26/1, 48, 68 ve 75. maddelerinde öngörülmüş olan davalar da bu meyanda sayılabilir.¹³

Kanunun 105. maddesindeki hükme bağlanmış olan menfaatin denkleştirme tutarının ödenmesi davası ve 106. maddesinin 1.fıkрасında öngörülmüş olan iptal davası öncelikle bu davaların aynı anda açılmasına engel teşkil edebilir. Zira hem münasip olmayan denkleştirmenin yanında kanuna aykırılık durumu da mevcut olabilir. Buna rağmen iptal davasının yanında diğer kanuna aykırılıklar için de dava açılabilir. Bu iki davanın da iki aylık süre içerisinde açılması gerekir.¹⁴

İptal davası olumlu sonuçlanmışsa; denkleştirmenin uyarlanması kararı da kaldırılmış olacağından uygun denkleştirme tutarının ödenmesi hakkındaki davanın konusu olmadığı için bir dava açmaya gerek kalmayacaktır.

Tersi durumlarda, yani iptal davasının reddi durumunda maddede 107 hükmüne göre alınan kararlardaki eksikliğin tespiti davası ile münasip bir denkleştirme tutarının maddi olarak tespiti hakkında ka-

¹² Meier- Felix. C Dieterle, agk.Art. vor. Art. 105-108.N.3

¹³ Meier- Felix. C Dieterle, agk.Art. vor. Art. 105-108.

¹⁴ Meier- Felix. C Dieterle, agk,, vor Art 105-108 N.4, Art. 105 N.22.

rar verilmiş olacaktır. Bu durumda, denkleştirme talebi ile ilgili dava hakkında bekletilme- erteleme kararının verilmesi daha anlamlı hale gelecektir.

Katılım ve Üyelik haklarının denetimi davaları ile madde 108 uyarınca açılacak hukuki sorumluluk davaları arasında birlikte açılma imkânı yani her iki davanın yarışma halinde bulunması mümkündür.

2. TBK Genel hükümlerine göre Açılabilir Davalar ile Birleştirme Kanununda öngörülen Özel dava türleri Arasındaki Hukuki ilişki

TTK'nın m. 191, 192. ve 193. Hükümlerinde öngörülen davalar ile FusG. nin Art.105,Art.106, Art. 107 ve Art. 108 hükümlerinde yer alan davalar, sözü geçen kanunlarda hükme bağlanmış özel dava türleridir.

TBK ve OR'in genel hükümlerine göre açılacak davalar aşağıda da açıklanacağı üzere, TTK ve FusG hükümleri uyarınca açılacak davalara nazaran, bütün sözleşmeler için geçerli olan, sözleşmelerin geçersizliğine veya iptaline ilişkin dava tipleridir.

Bu iki tür özel ve genel davalar arasındaki hukuki ilişki, terditli dava taleplerinde görülebilir.

Dava dilekçesinde; derdest davada, öncelikle TTK veya FusG hükümlerinin, dava konusu hukuki işlem hakkında uygulanması, bu talep reddedilirse, ihtilafla ilgili TBK (veya İsviçre'de OR) hükümlerine göre karar verilmesi istenebilir.

II. Sözleşmede Taraf Olmayan ve Kanunun Müsaade Etmediği Sözleşme Tarafının Bulunması

FusG hükümlerinde hangi şirketlerin aralarında birleşme sözleşmesi yapabileceği hangi şirketlerin bölünme yapabileceği malvarlığının devrinde hangi şirketlerin devreden şirket veya devralan şirket olması gerektiği belirlenmiştir.¹⁵

Şirketin yapı değişikliği işlem veya sözleşmesine katılan tüzel kişi şirketi, sözleşmede taraf olarak yer alması FusG'da öngörülmemişse, böyle bir tarafla yapılmış yapı değişikliğine ilişkin sözleşme FusG'nin

¹⁵ FusG Art.4 ve 30, 2, bent (c) hükmü ile bağlantılı olarak (a) (o) hükümleri ile bağlantılı olarak Ticaret Sicili Yönetmeliği (HRegV)

müsaade etmediği bir sözleşme tarafı olduğu için, Art. 19 OR uyarınca Art. 20 OR hükme bağlantılı olarak hükümsüz olur. Hâkimin bu kesin geçersizliği hükümsüzlüğü re'sen dikkate alınması gerekir. Taraflardan her biri, hatta sözleşmenin tarafı gözükken şirketin hissedarları, bu hükümsüzlüğü her zaman ileri sürebilirler.¹⁶ Ticaret sicil memuru, bu sözleşmenin sicile kaydını reddedebilir.¹⁷ Tarafların ifa ettiği edimlerin, Art. 62 ff. (TBK m. 77 vd.) sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iadesinin talep etme hakları mevcuttur.

III. Sözleşmenin Kuruluşundan Sonra İmzalayanların, Bu Konuda Yetkisinin Bulunmaması

Yapı değişikliğine yol açan sözleşmenin tarafı olan şirketlerin yönetim kurulu veya üst yönetim yetkilileri tarafından imzalanmış olması gerekir. Sözleşmeyi müzakeresine katılmış ve imzasını atmamış şirket yetkililerinin, ticaret siciline tescilden önce, sözleşmeyi imzalaması hukuken mümkündür. Şirketin karar organı üyelerinin tamamı yapı değişikliği sözleşmesini imzalamamış olsa bile, bunların sonradan organ kararı olarak sözleşmeyi onaylamaları, organ kararlarının alınmasına yönelik genel kurulda, statü veya yönetmelik karar yeter sayısı uygun olarak bu kararlar alınmış ise, yine hukuki bir noksanlık söz konusu olmaz.¹⁸ Sözleşmeler; şirketin yetkisi olmayan kişiler tarafından müzakere edilmiş veya imzalanmış ise; (örneğin ticari mümessil ticari vekil veya şirket genel müdürü sıfatı bulunmayanlar tarafından) Bu noksanlık şirketin üst yönetim organı tarafından kaldırılır. Bu durumda; yapılan sözleşme Art. 38 Abs. 1 OR ve TBK m. 46; eBK m. 38 uyarınca, temsil olunan şirketi bağlar.

Yetkisiz şirket personeli tarafından yapılan şirketin yapı değişikliği sözleşmesi, Art. 38 OR; TBK m. 46; eBK m. 38 uyarınca; şirketin yetkili karar organları tarafından onaylanmış ise, bu sözleşmeler temsil olunan şirketi bağlar. Karşı taraf, yetkisiz şirket yetkilisinin yaptığı sözleşmeyi onaylayıp onaylamadığını bildirmesi için, temsil olunan şirkete uygun bir süre tanıyarak bildirmesini isteyebilir. Bu süre içerisinde sözleşmenin onaylanmaması durumunda, diğer taraf bu işlemlere bağlı olmaktan kurtulur. Ayrıca onaylamama durumunda (Art. 39 OR; TBK m. 47 ve eBK m. 39) karşı taraf işleminin geçersiz olmasından

¹⁶ BGE 134 III 52, 54 Gerekçe 1/1

¹⁷ Fabiana Theos Simoni, SIW 2017 SF. 409, 424, 414

¹⁸ Luginbühl, Art. 12., N. 14, 17

doğın zararın tazminini, yetkisiz temsilci sıfatına sahip kişiden talep edebilir. Yetkisiz temsilci, karşı tarafın bildiğinin ya da bilmesi gerektiğini ispatlarsa kendisinden zararın tazmini istenemez.

Hakkaniyet gerektiriyorsa kusurlu yetkisiz temsilciden, oluşan diğer zararları da gidermesi talep edilebilir. Sebepsiz zenginleşmeden doğan hallerde, karşı taraftan alınmış olan değerler, istirdat davası ile geri alınabilir (Art.39/II - III OR; TBK m. 47/II - III; eBK m. 39/II - III).¹⁹

IV. Yapı Değişikliğine İlişkin Sözleşmenin İçeriğindeki Noksanlıklar ve Hukuken Caiz Olmayan Unsurların Varlığı Durumu

Şirketin yapı değişikliğine ilişkin sözleşmelerin kurulmuş olabilmesi ve kurulmuş sayılabilmesi için, tarafların sözleşmenin; objektif esaslı, birinci derece noktalarında mutlaka uyuşmuş olmaları şarttır. Art. 2 OR; TBK m. 2 ve eBK m. 2 hükümlerine göre; taraflar esaslı noktalarda uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır.

2. fıkra hükmüne göre, taraflar, ikinci derece noktalar üzerinde uyuşulamazsa, hâkim uyuşmazlığı; işin özelliğine bakarak karara bağlar. Bu hüküm, hâkimin sözleşmedeki boşluğu tamamlamasındaki ilk örneklerden birini oluşturur.²⁰

V. Şirket Yapı Değişikliği Sözleşmesinin Objektif Esaslı Noktalarının Muhtevasında Bulunması Gereken Hususlar

FusG Art. 13; Art. 24; Art. 37; Art. 71 Abs. 1 hükümlerinde öngörölmüş yapı değişikliği sözleşmesinin emredici özel hukuk hükümlerine (FusG ve TTK hükümleri de dâhil) aykırı hükümleri, kanuna aykırılık oluşturduğunda kesin geçersiz sayılabileceği gibi iptal yaptırımı ile iptal edilmeleri hukuken mümkündür.

İsviçre kanunu koyucusu FusG Art. 107 hükmünde kaldırılması mümkün olan ve olmayan noksanlıklar ayırımından hareket etmiştir. Kaldırılması mümkün noksanlıklar olarak da, sözleşmenin muhtevasını Art. 13'da hükme bağlayan (h) bendinde belirtilen ayrıntıların noksan olmasını göstermiştir.

¹⁹ Fabiana Theos Simoni, SZW 2017 SF.409, 424, 415

²⁰ İbrahim Kaplan, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, s. 90.

Bu açıklamalara göre sözleşmenin önemli objektif noktalarında bulunan noksanlıklar; her zaman sözleşmenin veya ilgili hükmün geçersiz sayılmasına yol açamaz. Sözleşme taraflarının tespitinin mümkün olmadığı veya açık olmadığı durumlar, FusG'nun Art.13, Art.37, Art. 71 maddelerine aykırı düştüğü için, hükümsüz yani geçersiz sayılır.

Sözleşmenin içeriğindeki önemli noksanların onun geçersizliğine yol açmaması için tamamlayıcı kurallar mevcuttur. Kanun, koyma tür değiştirmede ve malvarlığının devri sözleşmelerinde kanunun Art. 37 (b) bendi ile Art. 71 fıkra (b) bendi hükümlerine göre bilançonun aktif ve pasifte yer alarak ve net biçimde gösterilmiş olması zorunludur. Bilançoda eksik olan devredilecek malvarlığı kalemleri için kanunun Art. 38 ve Art. 72 maddelerinde yedek kurallar hükme bağlanmıştır.

Şirket yapı değişiklikleri sözleşmesinde taraflar, objektif ve subjektif önemli noktalarındaki noksanları karşılıklı anlaşarak tamamlayabilirler.²¹ Taraflardan birisi subjektif önemli noktalarda, TBK m. 31/5; eBK m. 24/4; Art. 24 / Abs. 1 OR, (4) bent hükmü uyarınca; esaslı hataya düşmüşse, sözleşmenin iptali düşünülebilir. Mal varlığının devri sözleşmesindeki noksanlık için hukuki niteliğine göre; Art. 184 OR, Art. 289 ff. OR ile TBK m. 208 vd. hükümleri kıyasen uygulanabilir.

Tarafların esaslı hataya düşmeleri durumu; sözleşmelerin tamamlanması, birleşme veya bölünme kararlarından sonra yapılmışsa, her bir katılımcı şirket, birleşme veya bölünme kararını FusG' deki öngörülen usuller uyarınca tekrar almak zorundadır.

VI. Yapısal Değişiklik Sözleşmelerinde Şekil Noksanlığı

Yapısal değişiklik sözleşmelerinin tüm objektif ve subjektif noktalarını ihtiva eden birleşme ve bölünme sözleşmesi metninin muhtevalarında taşınmazlar bulunsa bile, kanun hükmündeki tümünden geçiş kuralı gereği, resmi şekil şartı aranmadan, basit(adi) şekilde olması, sözleşme metinlerini katılımcı şirket yetkilerinin, kanunen gerekli şartlara uygun hepsi tarafında imzalanmış olması veya şartları taşıyan elektronik imzaların toplanması gereklidir. Burada kanun hükmü gereği aranan geçerlik şekli söz konusudur.²²

²¹ Mattias Wolf, Basler Kommentar zum FusG; Art.12. N. 6 ve 19, Dipn. 18, m w. Hinweisen

²² İbrahim Kaplan, a.g.k.; s. 107; TBK m.12, 13, 14

Sözleşmeler, FusG ve TTK öngörülen şekli ile şartlara uygun olarak yapılmamış olursa, Art. 11 Abs. 2 OR ve TBK m. 12 fıkra 2 hükmü gereğince hükümsüzdür. Şekil noksanlığı giderilmeden ticaret sicili memurluğu sözleşmelerinin, sicil kaydını yapmayacaktır. Kayıt ve tescil yoksa sözleşmeler de yürürlüğe girmeyecektir. Mal varlığının devri sözleşmelerinin muhtevasında bulunan taşınmazlar için, Art. 656 ve 657 ZGB ve TMK m. 705 ve 706, TBK m. 237 resmi şekilde tapu memurunun huzurunda yapılması şarttır.

VII. Sözleşmelerdeki İrade Bozuklukları

Yapısal değişiklik ile ilgili sözleşmelerde; sözleşmeyi kabul eden ve imzalayan yönetim kurulu veya üst yönetim kurulu organları sözleşmeleri irade ve irade beyanındaki bozuklukları nedeniyle, Art. 23 OR ve devamı; TBK m. 31 devamı hükümlerince sözleşmelerin iptali için, bir yıllık süre içerisinde talep hakkına sahiptir. Sözleşmelerin ticaret sicili kaydından, tescilinden sonra tescilin kurucu etkisi nedeniyle, irade sakatlığı sebebiyle iptali mümkün görülmektedir. Ancak hissedarlardan birisinin bölünme veya birleşme kararlarının iptali yönünde açtığı davanın olumlu sonuçlanması yani kararların iptal kararları kabul edilirse, sicildeki kaydı geriye etkili olarak silinmesi mümkündür. Tarafların talebi ile iptal mümkün değildir.²³

VIII. Birleşme ve Bölünmeye İlişkin Kararların Katılımcı Şirketlerin Genel Kurullarında Reddedilmesi

Genel kurul kararı ile birleşme veya bölünme sözleşmelerini onaylanmaması yani reddedilmesi durumunda, bu sözleşmelerin kuruluş unsurlarından birisi gerçekleşmediği için, kesin olarak geçersiz sayılır. Zira ortada geçerli bir icap ve onun kabul beyanı mevcut değildir.

Genel kurulun aldığı onaylama kararının iptali verilmesi yönünde dava açılmaz, ancak genel kurulun ve toplantıda alınan kararların iptali davası olumlu sonuçlarsa, genel kurulun toplanması ve olumlu kararı alması gerekecektir

IX. Sözleşmelerin Kuruluşundan Sonra ve Yürürlüğü Sırasında Hal ve Şartların Değişmesi Durumu

Yapı değişikliğine ilişkin birleşme, bölünme ve mal varlığı devri sözleşmelerinin devri sözleşmelerinin kuruluşundan sonra, ancak ti-

²³ Fabiana Theos Simoni, Theus; a.g.m.; s. 418

cari siciline tescilinden önce katılan şirketlerden birisinin katkısı, fahiş derece güçleşmiş ve diğer şirketin ise edimleri, daha üstün menfaat sağlar duruma gelmişse, bu gelişmeler taraflar arasındaki sözleşme adaletini ve edimler arasında aşırı bir değersizliğe yol açmışsa, doğruluk ve dürüstlük kuralına dayanan sözleşmelerin "*clausule rebus stantibus*" ilkesi gereğince, talep üzerine hâkim tarafından değişen şartları uygulanması imkânı ortaya çıkabilir. Hâkim önceden ön görülemeyen şartlara bağlı olarak sözleşmeyi değişen hal ve şartlara uygulanması kararı verebilir veya talep üzerine sözleşmeyi feshedebilir. TBK m. 138 uyarınca aşırı ifa güçlüğü nedeniyle sözleşmeyi feshedebilir veya karşı taraf sözleşmeden dönebilir.²⁴

X. Tarafların Sözleşme ile Üstlenen Borçların İfasını Talep Etme Hakları

Tarafların birleşme, bölünme ve malvarlığı devri sözleşmesi ile üstlendikleri edimleri gereği ifa etmeleri halinde, yani zamanında ve sözleşmedeki şartlara uygun ifa etmediklerini ve ifanın Art.97 OR ve devamı hükümleri ile TBK m. 112 ve devamı hükümleri uyarınca edimleri, muacelliyet tarihinden itibaren alacaklı sıfatına haiz şirketlerin; aynen ifayı talep etme veya ifanın gerçekleşmemesi nedeniyle ortaya çıkan müspet zararın tazminini talep etme veya sözleşmeyi feshedip ortaya çıkan menfi zararlarının tazminini talep etme haklarına sahiptir²⁵.

Kaynakça

- Kaplan İbrahim, Borçlar Hukuku, 6. Bası, Ankara 2012
 Kaplan İbrahim, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, 3.Bası, Ankara 2013
 Luginbühl Jürg A., Zürcher Kommentar; Art. 12, Zürich 2004
 Meier Andreas, Zürcher Kommentar zum FusG; Art. 36, Zürich 2004
 Meier - Dieterle Felix, C., Zürcher Kommentar zum FusG ; Art.105-108;Zürich 2004
 Simonı Fabiana Theos, Fusions-, Spaltungs- und Vermögensübertragungsverträge
 Wolf Mattias, Basler Kommentar zum FusG; Art.12; Zürich 2014
 aus Sicht der Gesellschaft und der Gesellschafter; SZW 2017; S.409 vd.

²⁴ İbrahim Kaplan, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, 3.Bası, Ankara 2013, s. 111 ve 153 arasındaki metinler.

²⁵ İbrahim Kaplan, agk. s. 16 ve 140 - 144 arası metinler