

AVUKATLAR İNTERNETTE YERİNİ ALIYOR



www.adınızsoyadınız.av.tr

Bilgi için www.barobirlik.org.tr/avtr
Sorularınız için avtr@barobirlik.org.tr

"AV.TR" ALT ALAN ADI ALMAK İSTEYENLER İÇİN BİLGİ NOTU

1) "av.tr" Alan adını kimler alabilir:

Avukatlar, Avukatlık Büroları, Avukatlık Ortaklıklarına av.tr altında alan adı, örneğin xyz.av.tr, tahsis edilebilir. DNS yönetimine yapılan başvurular şahsi yapılabileceği gibi bunlar adına servis sağlayıcılar tarafından da yapılabilir.

2) Alan adı başvurunuzu yapmadan www.barobirlik.org.tr/avtr adresinde yer alan [av.tr] Alt Alan Adı Tahsis Kuralları ve [av.tr]Alt Alan Adı Tahsis ve Kullanım Taahhünamesini lütfen dikkatlice okuyunuz.

3) Alt alan adları <https://www.nic.tr> adresinden online başvuru ile başlatılacak bir prosedüre göre verilmektedir. [av.tr] alt alan adı tahsisi için öncelikle <https://www.nic.tr> adresine online başvuru yapmanız gerekmektedir. Bu başvuruyu kendiniz yapabileceğiniz gibi sizin adınıza servis sağlayıcınız da yapabilir.

Şayet Başvuruyu siz yapıyorsanız:

Online başvuru prosedürünün ilk adımı olarak bir "sorumlu kodu" almanız gerekmektedir. Sorumlu kodu almak için <https://www.nic.tr> adresinden yapacağınız online başvuru sırasında çalışan bir e-posta adresiniz ve vergi numaranız gerekmektedir. Ayrıca <https://www.nic.tr> adresine yapacağınız online başvuru sırasında yardım menüsünün altında bulunan formlardan **alan adı tescil formunun** başvuru esnasında ODTÜ'ye iletildiğinden emin olunuz. Gereksinim duyabileceğiniz diğer teknik bilgiler için servis sağlayıcınıza danışabilirsiniz.

4) Online başvurudan sonra, 2 numaralı maddede belirtilen belgelerdeki kurallara göre istenen, www.barobirlik.org.tr/avtr sayfasındaki formu doldurduktan sonra çıkartacağınız taahhünameyi, her sayfasını imzaladıktan sonra baronuza tasdik ettirecek Türkiye Barolar Birliğine ulaştırmanız gerekmektedir.

5) Türkiye Barolar Birliği tarafından başvurunuz incelenerek onaylanması halinde bu onay DNS yönetimine bildirilecektir.

6) DNS yönetimi yapılan online başvurunun ardından Türkiye Barolar Birliğinden verilecek onay üzerine; tarafınıza, almak istediğiniz xyz.av.tr şeklindeki alan adının [yada almak istediğiniz av.tr altındaki alan adının] tahsisinin yapıldığına dair (online başvuru sırasında bildirdiğiniz adrese) bir **elektronik posta gönderecektir**. Bu elektronik postanın tarafınıza ulaşmasını takip eden 5 gün içinde size tahsis edilmiş alan adına ait ödemenin **kredi kartıyla web üzerinden** yapılması şarttır aksi takdirde tahsis edilen alan adı otomatik olarak silinecektir

7) Başvurusunu yapıp talepte bulunduğunuz [av.tr] altındaki alan adınız, [yada xyz.av.tr şeklindeki alan adınız]alan adının tahsisine dair elektronik posta geldikten itibaren kullanıma hazırdır.Tahsis işlemi tamamlanan bir alt alan adıyla ilgili ödemeler dahil tüm işlemler web üzerinden yapılacaktır. Ayrıca alan adına ilişkin tüm uyarılar tarafınıza elektronik posta yoluyla iletilecektir.

8) Tarafınıza tahsis edilen alan adına ilişkin tüm kurullar **Avukatlık Kanunu, Reklam Yasağı Yönetmeliği ve Meslek Kurallarına** tabiidir. Avukatın mevzuata aykırı edimi halinde ilgili kurullar uygulanacaktır.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Mesleğe Yeni Başlayan

AVUKATLARIN
Sorunları



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

FORUM

ANKARA / 1

Mesleğe Yeni Başlayan

AVUKATLARIN
Sorunları



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

FORUM

ADANA / 1

Mesleğe Yeni Başlayan
Avukatların
Sorunları ve Çözüm Yolları

FORUM -3-

ANTALYA / 22 MART 2008

**TÜRKİYE
BAROLAR BİRLİĞİ
DERGİSİ**

ISSN: 1304-2408

YIL: 21

SAYI: 76

MAYIS-HAZİRAN 2008

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

© Copyright: Türkiye Barolar Birliği
Union of Turkish Bar Associations

- Türkiye Barolar Birliği'nin yayın organıdır.
- Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir, TBB'yi bağlamaz.
- İki ayda bir yayımlanır.
- Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

İLETİŞİM ADRESİ / COMMUNICATION ADDRESS

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Yayın İşleri Bürosu

Karanfil Sokağı 5/62

06650 Kızılay - Ankara

Tel: (0312) 425 30 11 - 425 36 19 - 418 05 12 - 418 13 46

Faks: 418 78 57

web: www.barobirlik.org.tr

admin@barobirlik.org.tr

yayin@barobirlik.org.tr

ABONE KOŞULLARI

Yıllık Abone Bedeli: 60 YTL.

Abonelik: ABONET, Tel: (0212) 222 72 06 Faks: 222 27 10

www.abonet.net

Abone Dağıtım: Aktif Dağıtım

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık

Düş Atelyesi (0312) 215 70 37

Basım Yeri

Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50

Özveren Sokağı 25/B Demirtepe - Ankara

www.senmatbaa.com

Basım Tarihi

30.04.2008

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN: 1304-2408

Sahibi

Av. Özdemir Özok, Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Yayın Sorumlusu

Av. İ. Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri

Genel Yayın Yönetmeni

Av. Teoman Ergül

Yayın Yönetmen Yardımcısı

Av. Oya Günendi

TBB Yayın Eşgüdüm Kurulu

Av. Özdemir Özok
Av. İ. Güneş Gürseler
Av. Soner Kocabey
Av. Teoman Ergül
Av. Özcan Çine

Dergi Yayın Kurulu

Av. Oya Günendi
Av. Serkan Açar
Av. Olcay Küçükpehlivan
Av. Özcan Çine
Av. İlker Hasan Duman
Av. Sezercan Bektaş

Danışma Kurulu

(Soyadı sırasıyla)

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu (Çankaya Ü. Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Haluk Günuşur (İzmir Ekonomi Ü. Uluslararası İlişkiler AB Bölüm Bşk.)
Prof. Dr. Hamit Hancı (AÜ. Tıp Fak. Adli Tıp Anabilim Dalı Bşk.)
Sabih Kanadoğlu (Onursal Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı)
Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu, Prof. Dr. Erdal Onar (Ankara Ü. Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz (Antalya Ü. Hukuk Fak. Dekanı)
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez (Galatasaray Hukuk Fak.)
Av. Talay Şenol (Türk Hukuk Kurumu Önceki Bşk.)
Prof. Dr. Erdener Yurtcan

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ'NE YAZI GÖNDERECEKLER İÇİN BİLGİ NOTU

1. 1988 yılından bu yana çıkmakta olan dergimiz, Eylül 2002 tarihinden bu yana da "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmaktadır. Eylül 2002'den itibaren "Hakemli Dergi" olarak yayımına devam etmektedir.
2. Dergiye gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. Yazıların uzunluğu dergi formatında 30 sayfayı (ya da 12.000 sözcüğü) geçmemelidir. "Word for Windows" formatında yazılmış olarak, CD ile birlikte A4 boyutunda bir nüsha bilgisayar çıktısı ya da e-posta ile "yayin@barobirlik.org.tr" adresine gönderilmelidir.

Hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar üst yazı ile belirtilmelidir.

Bilgisayar çıktılarında 2 satır aralığı kullanılmalıdır.

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

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

Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. 1, S. 1, s. 35.

Yazılarda, Times New Roman karakteri; ana bölümlerde 12 punto; dipnot, özet, kaynakça, tablo gibi bölümlerde 10 punto harf kullanılmalıdır.

4. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini göndermelidirler.
5. Dergiye verilecek/gönderilecek yazılar Yayın Kurulu'nca ilk değerlendirilmesi yapıldıktan sonra, yazarı tarafından istenildiği takdirde, hakeme/hakemlere gönderilecek; hakemden/hakemlerden gelecek rapor doğrultusunda yazının "Hakemli Yazılar" bölümünde basılmasına, yazarından rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve durum yazara bildirilecektir.
6. Yazarı tarafından "Hakemli Yazılar" bölümünde yayımlanması istenilmeyen yazılar, Dergi Yayın Kurulu'nun kararı ile yayımlanabilecektir.
7. Gönderilen yazıların yayımlanması kabul edildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik yayım haklarına TBB sahip olacaktır.
8. Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak, durum yazara bildirilecektir. Yazarın, Yayın Kurulu'nun yayımlamama kararına ve hakem raporuna itiraz hakkı vardır.
9. Yazardan düzeltme istenilmesi halinde, düzeltmenin en geç bir ay içinde yapılarak Yayın Kurulu'na ulaştırılması gereklidir.
10. Dergiye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın gönderdiği biçimiyle yazının basımı için "olur" verdiği kabul edilecektir. Yazı teslim edildikten sonra baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmeyecektir.

Yazıda, yazım yanlışlarının olağan üzerinde olması yazının geri çevrilmesi için yeterlidir.

11. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*'nin yazı dili Türkçe'dir.
12. *TBB Dergisi*'nde, bilimsel yazı ve makaleler yanında kitap tanıtma yazılarına, Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi kararları kritiklerine ve güncel olayları irdeleyen notlara da yer verilmektedir. Bu yazılar Dergi Yayın Kurulu'nun kararı ile Dergi'de yer alabilecektir.
13. Yazısı kabul edilen yazılara derginin yayımlanmasından sonra TBB YAYINLARI'nın HAZIRLANMA-SI, BASIM VE DAĞITIMI YÖNETMELİĞİ çerçevesinde telif ücreti ödenecek; ayrıca yazarına üç adet Dergi gönderilecektir.

İÇİNDEKİLER

	11	Haberler
Özdemir ÖZOK	23	Başkandan
Feriha Bilge TANRIBİLİR	27	Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın Vatandaşlığın Kaybına İlişkin Hükümleri
Banu ŞİT	64	Modern Vatandaşlık Kavramına Bir Bakış: Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Vatandaşlık
Bilgehan YEŞİLOVA	83	Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler
Muhammed ERDAL	165	Anayasa Kurallarının Kademelenirilmesi Sorunu
Heinz HAUSHEER Çev.: Bilge ÖZTAN	201	Türk-İsviçre "Hukuk Topluluğunda" Özellikle Aile Hukuku Alanına İlişkin Müşterek Çalışmalara Yönelik Görüşler ve İstekler
Mehmet DEMİR	217	2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Genel İşlem Koşulları'na İlişkin Maddelerinin (m. 20-25) Değerlendirilmesi ve Çözüm
Gürsel KAPLAN	231	İdari Yargılama Hukukunda Usulü Kazanılmış Hak
Hüsamettin UĞUR	289	3628 Sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'na Eleştirel Bir Bakış ve Çözüm Önerileri
Mehmet ŞAHİN	321	Yasal (Meşru) Savunmada Sınırın Aşılması
Cüneyd ALTIPARMAK	355	Demokrasilerde Aday Belirleme Yöntemleri
Söyleşi Oya GÜNENDİ/ Serkan AĞAR	377	AÜHF Kütüphanesi Yenilendi
Yargıtay Kararları	387	
Disiplin Kurulu Kararları	411	
AİHM Kararları	435	Evans / Birleşik Krallık Davası Çev.: Alper Can AYKAÇ
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler	480	
Ekler	491	
Kitaplar - Dergiler	493	

GELECEK SAYILARIMIZDA

Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti
Ar. Gör. Gamze TURAN

Türkiye Sığınma Sisteminin Sosyal Boyutu
Sema BUZ

Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Hukukta Rıza
Carlotta CASSANİ
Çev: Doç. Dr. Muharrem ÖZEN / Mustafa ÖZEN

Uluslararası Hukuk Boyutuyla Petrol
Av. Serkan AĞAR

Kasten İhmali Davranışla Adam Öldürme
Av. Cankat TAŞKIN

Meslek Kurallarında Avukatın Reklam Yasağı
Av. M. Lamih ÇELİK

Aile Konutunun Haczi / Marka Haczi ve Paraya Çevrilmesi / Gemilerin Haczi ve Paraya Çevrilmesi /
Finansal Kiralama Konusu Malların Haczi / Mülkiyeti Muhafaza Sözleşmesine Konu Malların Haczi/
Av. Murat DÖNMEZ

Hukuksal Perspektifleriyle Osmanlıda Kapitülasyonlar / Adalet Teorileri Perspektifinden 1982
Anayasamız / Ceza Sorumluluğunun Temeli: Kast
Mahmut GÖKPINAR

Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İlişkileri
Av. Hasan Kemal ELBAN

Vergi Uyuşmazlıklarından Doğan Davaların
Kuramsal Niteliğini Saptayabilmek
Hasan DURSUN

Ailenin Şiddetten Korunması
Bilâl KÖSEOĞLU

Ülkemizde ve Mukayeseli Hukukta Mağdura Yardım
Vehbi Kadri KAMER

Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda
Cinsel Saldırı Suçu (YTCK m. 102)
Abbas KILIÇ

Şikayete Tabi Suçların Özellikleri ve Bu Suçlara Bağlı Hukuki Sonuçlar
Mustafa ALBAYRAK

Kat Mülkiyeti Yasası'nda Yapılan ve Yapılması Gereken Değişiklikler Üzerine
Av. Saffet CAN

editör'den...

Çağımız siyaset bilimcilerinin önde gelenlerinden Giovanni Sartori, "politikanın söz dağarcığında kapsamlı bir değişme" olduğundan söz etmektedir. Belki de bu değişimin sonucu George Orwel "Demokrasi, sosyalizm, özgürlük, yurtseverlik, adalet sözcüklerinden her birinin birbiriyle uzlaşması olanaksız birkaç farklı anlamı olduğunu" yazmaktadır.

İktidar partisi hakkında C. Başsavcılığı tarafından açılan kapatma davası sonrasında yazarlarımız, hukukçularımız, politikacılarımız "demokrasi", "özgürlük" ve "yargı" hakkında bu iki bilimsel saptama için emsalsiz örnekler sundular. Aynen, 1945 yılında bir başka siyaset bilimcisi Bertrand de Jouvenel'in "Demokrasi üzerindeki tartışmaların, lehinde aleyhindeki görüşlerin hiçbir düşünsel değeri yoktur, çünkü biz ne söyledığımızı bilmiyoruz," sözlerine hak verdirecek düşünceler öne sürdüler.

"Demokrasi" de "laiklik" gibi "efradını cami, ağyarını mani" tanımı mümkün olmayan kavramlardandır. Ön koşulu seçim olmakla birlikte tek koşulu seçim değildir. Sandık demokrasisi anlayışından uzaklanılışı yüzyılları buluyor. Demokrasinin modern ve eski algılanış biçimleri arasında çok büyük farklılıklar vardır. Tıpkı özgürlük anlayışında olduğu gibi. Yine bir siyaset bilimcinin anlatımıyla, "Antik çağda yaşayan insan(ların)...siyasal haklara sahip olmak, oy vermek, magistrate için aday göstermek ve yargıç olarak atanabilmek, işte özgürlükten anla(dıkları) buydu. Ancak bu sayılanlar insanların devletin daha az kölesi olmasını sağlayamamaktaydı."

Yöneticilerin seçimi öncesinde karar verme süreci ayrı bir önem taşımaktadır. Seçmenin karar vermesini etkileyecek ortam çok önemlidir. Sadece seçim güvencesi yeterli değildir. Karar vermeyi etkileyecek unsurların meşru olmaları gerekir. her şeyden önce ve belki de en önce düşüncelerin özgürce tartışılması gerekmektedir. "Özgür düşünce" ortamının temelini "laiklik" olduğu görmezden gelinmekte; özgürlükler ile dinselleşme arasında garip bir bağlantı kurulmaya çalışılmaktadır.

Seçimle oluşan siyasal iktidarların yönetim hakları ve sınırlandırılmaları kapsamlı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Oluşan çoğunluğun sınırlandırılması, özellikle demokrasinin bizzat kendisi ile temel haklar ve çıkarların korunması ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Yargı denetimi, parti kapatılması hatta Anayasa mahkemelerinin varlıkları konularında doğru yanlışı ileri sürülenler "bilgi kirlenmesi" amaçlı olarak algılanmalıdır.

Bütün bunları görmeden, bilmeden ya da göz önüne almadan "demokrasi diye diye demokrasiyi ortadan kaldırma"ya imkan sağlamanın bir anlamı yok. Yine Sartori ile bitirelim: "Demokrasinin hala düşmanları vardır; gelgelelim şimdi demokrasi kurtulmanın en iyi yolu, onun kendi adını ve kendi araçlarını kullanmaktır."

Saygılarımla.

Teoman Ergül

DUNYA TURBANINI KONUSUYOR

DIŞ BAŞI YAKINDAN TAKIP EDİYOR
TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Hukuk devleti türbana dolandı

Türkiye Barolar Birliği (TBB), yaptığı açıklamada şunları belirtti: "Üçüncü Mücadele REJİMİ BUNALAMI UYARISI" Barolar: Çözüm demokrasi

Türkiye Barolar Birliği (TBB) başkanı Özdemir Özok, Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özok, hükümetin yasadışı meseleleri dünü türbana günde meşrulaştırması adan rivyet bulunduğunu 41 baro uyardı: Rejim bunalımı olasılığı var

Dr. İsmail Hakkı Karadağ, Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özok, hükümetin yasadışı meseleleri dünü türbana günde meşrulaştırması adan rivyet bulunduğunu 41 baro uyardı: Rejim bunalımı olasılığı var

Yapay gündem
Rejim bunalımı çözüm demokrasi

Laihlik örseleniyor

Barolar Birliği Başkanı Özok, hükümetin yasadışı meseleleri dünü türbana günde meşrulaştırması adan rivyet bulunduğunu 41 baro uyardı: Rejim bunalımı olasılığı var

41 baro uyardı: Rejim bunalımı olasılığı var

TBB Başkanı Özok, türbanı serbest bırakan değişikliğin hukuka aykırı olduğunu savundu

Barolar, Gül'e endişelerini ilettiler

Cumhurbaşkanı Abdullah Gül, Barolar Birliği'ni bir kez daha uyardı

İşte savcının iddianamesi

Erdoğan kapatma davasını sert sözlerle eleştirdi

Ayetle cevap verdi

Bu adım milli iradeye yönelik, hukuki meşruiyeti de yok' diyen Erdoğan, en ağır yanıtı ayetle verdi: Kulakları vardır duymazlar, gözleri vardır görmezler...

ÖZDEMİR ÖZOK'TAN AK PARTİ YE

Gel de AKP'yi eleştir şindin

'Demokrasi' sesleri
Kapatmaya AB ve ABD de tepkili

inatlaşma

Hukuka teslim olalım

Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özok, AKP'nin kapatılması istemiyle açılan davayla ilgili gelişmelerden mutlu olmadığını söyledi. Özok, "Benim önerim, en sade yurttaşımızdan en sorumlu kamu görevlisine kadar soğuk kanlılığımızı muhafaza edelim. Türkiye bir hukuk devletidir ve hukuka güvenmek mecburiyetindedir. Hepimiz kendimizi hukuka teslim

dedi. Özok, Bursa Barosu'nun 100'üncü yılı etkinlikleri kapsamında yönetim kurulu üyeleri ile 38 ilin baro başkanı Uludağ'da toplantı yaptı, "Keşke Türkiye'de böyle olaylar yaşanmasaydı. Arma dünden bu yana izlediğimiz ve gördüğümüz manzara, bu tartışmanın yine çok şık, çok basit ve çok yüzysel şekilde götürüleceğidir" diye konuştu.

AKP laikliğe aykırılığın söylem odağı

Türban hedefiyle İlahi sözler de kıldanamade

17 Ocak'taki sert açıklamayla "ayrıştı" veren Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Abdurrahman Yalçınbaş, laikliğe aykırı eylemlerin odağı" gerekçesiyle AKP için kapatma davası açtı. İddianamede, AKP'lerin türbanla ilgili sözleri ve Anayasa değişikliği deil gösterdiği

YARGITAY Cumhuriyet Başsavcısı Abdurrahman Yalçınbaş, laikliğe aykırı eylemlerin odağı" gerekçesiyle AKP için kapatma davası açtı. İddianamede, AKP'lerin türbanla ilgili sözleri ve Anayasa değişikliği deil gösterdiği

AKP'YE DAVA SOKU

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, laikliğe aykırı fillerin odağı haline geldiği" iddiasıyla AKP'nin kapatılması istemiyle Anayasa Mahkemesi'nde dava açtı. Cumhurbaşkanı Erdoğan ile TBMM eski Başkanı Bülent Arınç için 5 yıl siyaset yasası istendi

AKP'YE KAPATMA DAVASI

Davaya Kuran'la yanıt verdi

Erdoğan, kapatma davasına ilk yanıtı, yasak kalktıktan sonra söylediği Şiir'le verdi: "İnkılabı tahliye ettiler vebalini taşıyacak. Bu günün meşruiyeti yoktur. Erdoğan Başbakan'la da Arif Sarraf'ın elinde"



EXEMERİSİLER
cuplandı

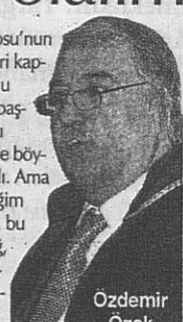
Erdoğan, kapatma davasına ilk yanıtı, yasak kalktıktan sonra söylediği Şiir'le verdi: "İnkılabı tahliye ettiler vebalini taşıyacak. Bu günün meşruiyeti yoktur. Erdoğan Başbakan'la da Arif Sarraf'ın elinde"

TBB BAŞKANI ÖZDEMİR ÖZOK

'Kendimizi yargıya teslim etmeliyiz'

Özok, Çanakkale Barosu'nda düzenlenen "Anayasa" panelinde, Türkiye'nin genel durumu nedeniyle "Avukatlar Günü"nü buruk

Özok, Çanakkale Barosu'nda düzenlenen "Anayasa" panelinde, Türkiye'nin genel durumu nedeniyle "Avukatlar Günü"nü buruk



Özdemir Özok

AKP HAKKINDA KAPATMA DAVASI AÇILDI

Yargıtay C. Başsavcılığı tarafından Adalet ve Kalkınma Partisi hakkında Anayasa Mahkemesi'ne, laikliğe aykırı eylemlerin odağı durumuna geldiğinin tespiti ve eylemlerinin ağırlığı da gözetilerek, Anayasa'nın 69. maddesinin altıncı fıkrası ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 101. maddesinin b bendi uyarınca kapatılması ve davalı Partinin Genel Başkanı Recep Tayip Erdoğan'dan başlamak üzere yukarıda isimleri sayılanların Anayasa'nın 69. maddesinin 9. fıkrası ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 95. maddesi uyarınca temelli kapatılmaya ilişkin kararın Resmi Gazete'de yayınlanmasından itibaren beş yıl süreyle bir başka siyasi partinin kurucusu, yöneticisi, deneticisi ve üyesi olamayacaklarına, karar verilmesi istemiyle dava açıldı.

Dava dilekçesi ve on yedi klasör belgenin Anayasa Mahkemesi'ne tevdiinden sonra, Anayasa Mahkemesi onbeş gün içinde CMK hükümlerine göre davanın görüşülmesine oybirliğiyle karar verdi. Sadece Cumhurbaşkanı Abdullah Gül hakkındaki bölümle ilgili olarak karar 4'e karşı 7 oyla alındı.

Dava, Anayasa ve yasalardaki "görül-mekte olan davalarla ilgili" hükümlere rağmen kamuoyunda yoğun tartışmalara neden oldu. Özellikle iktidarda bulunan, % 47 oranında oy almış bir parti hakkında kapatma davasının açılması gündeme getirildi. Halkın desteklediği bir partinin beğenilip beğenilmemesi noktasından hareketle "Uzay'dan halk getirilmesi" bile önerildi. C. Başsavcısı, haksız ve yakışsız biçimde eleştirildi. Sonra kapatma davasının antidemokratikliği ve hatta Anayasa Mahkemesi'nin varlığı tartışıldı. Anayasa ile Siyasi Partiler Kanunu'nun siyasi partileri izleme ve dava açma görevi yüklediği C. Başsavcılığı'nın açtığı davanın ekonomi ve dış politikada etkisi ön plana çıkarılmak istendi.

Hükümete iç basından gelen desteğe paralel olarak dış basından ve ABD ile AB çevrelerinden de göreceli destek geldi.

Konunun yargı önünde olması nedeniyle dergimiz bu kısa haberle yetinmektedir. Önümüzdeki sayılarımızda, özellikle karardan sonra bilimsel nitelikte yazılara yer vermek istemekteyiz.

KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ VE TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ ORTAK SEMPOZYUMU YAPILDI

Türkiye Barolar Birliği'nin desteği ile Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin düzenlemiş olduğu "Yeni TC ve CMK" konulu sempozyum Kırıkkale Üniversitesi Yerleşkesi Cumhuriyet Salonu'nda 3 Nisan 2008 günü yapıldı.

Kırıkkale Üniversitesi Rektörü Prof. Dr. Ahmet Murat Çakmak, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Enver Bozkurt ile Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. Özdemir Özok'un açılış konuşmalarını yaptığı sempozyum öğrenciler ve Kırıkkale yetkilileri tarafından ilgi izlendi.

İlk oturumu Prof. Dr. Durmuş Tezcan ikinci oturumu Prof. Dr. Doğan Soyaslan yönetti. Prof. Dr. Feridun Yenisey, Prof. Dr. Bahri Öztürk, Prof. Dr. Metin Feyzioğlu, Prof. Dr. Adem Sözüer, Prof. Dr. Ahmet Gökçen, Prof. Dr. Cumhuriyet Şahin, Prof. Dr. İzet Özgenç ile Yrd. Doç. Dr. Ali İhsan Erdağ tebliğ sundular.

5 NİSAN "AVUKATLAR GÜNÜ" TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ TARAFINDAN BİR BİLDİRİ İLE KUTLANDI

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu 5 Nisan "Avukatlar Günü" nedeniyle yaptığı kamuoyu açıklamasında aşağıdaki konuları dile getirdi.

"Kurulduğu 1969 yılından bu yana, "hukuk devleti" başta olmak üzere, "hukukun üstünlüğü", "insan hakları" ve "yargı bağımsızlığı" yolunda ödünsüz yürüyüşünü sürdüren Türkiye Barolar Birliği ve barolarımız, "eksiksiz demokrasi" ve "adil yargılanma" yanında, "tüm özgürlüklerin engelsiz bir biçimde kullanılması"ni amaçlamaktadırlar.

Bu amacın, çoğunluğun azınlığın haklarını gözettiği, katılımcılık ve çoğulculuğun özümsemiği, çağdaş ve "eksiksiz bir demokrasi"de gerçekleşeceğine inanmaktayız.

Çoğulcu, katılımcı ve eksiksiz demokrasinin temel koşulu ise "hukukun üstünlüğü"nü egemen olduğu "hukuk devleti"dir. "Hukuk devleti" ilkesi, devletin tüm organları ile gerçek ve tüzel kişilerin de kendilerini hukuk kurallarıyla bağlı kabul ettiği bir anlayışı içerir. Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan düzenlemelerle ulusal hukuk kurallarıyla, evrensel-ulusal üstü hukuk kurallarının etki ve bağlayıcılığı eşdeğerdedir.

Kuşkusuz tüm kurum ve kurallarıyla işleyen hukuk devletin olmazsa olmaz koşulu "bağımsız yargı"dır. Ülkemizde olduğu gibi, "yasama ile yürütmenin birlikteliği" bir başka anlatımla tek elde toplanması halinde yargı bağımsızlığının önemi daha da artmaktadır. Zira yasamanın yapamadığı "denetim" görevini yargı yerine getirmek suretiyle "iktidarın sınırsız gücünün keyfiliğe" dönüşmesini engellemektedir.

"Yasama ve yürütmenin birlikteliği", "hukuk devleti" ve "hukukun üstünlüğü" ilkesi bakımından ve ülke hukuk pratiği yönünden sağlıklı ve umut kırıcı gelişmelere neden olmaktadır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın Anayasa'nın 69. maddesi ve Siyasi Partiler Kanunu'nun 101.maddesindeki görev ve sorumluluklarının yasal gereği olarak Adalet ve Kalkınma Partisi'nin kapatılması istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne açtığı dava sonrası

yaşananlar ve hukuka saygısızlık sergileyen davranışlar, "hukuk devleti" ve "yargı bağımsızlığı" olgularına ne denli uzak olduğumuzu bir kez daha acı bir biçimde ortaya koymuştur. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın 14.3.2008 günlü kapatma davasını, Anayasa'nın 68. ve 69.maddeleri, Siyasi Partiler Kanunu'nun 98-108. maddeleri, Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 18, 33. maddeleri ve CMK'nın 174. maddesi hükümleri yanı sıra, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları çerçevesinde değerlendirmek gerekir.

TCK'nın "Hükümete karşı suç" başlıklı 312. "Türkiye Cumhuriyeti Hükümetine karşı silahlı isyan" başlıklı 313. ve "Silahlı örgüt" kurulması ile ilgili 314.maddelerine göre başlatıldığı anlaşılan ve kamuoyunda "Ergenekon" olarak bilinen soruşturma evresinde yaşananlar, "hukuk devleti" ve "yargı bağımsızlığı" ilkeleri yönünden kimi olumsuzlukları çağırıştırılmıştır. Yaklaşık sekiz aydır sürdürülen soruşturmanın, 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun "ifadeye çağırma" (CMK m. 145), "zorla getirme" (CMK m. 146/1), "yakalama ve arama"ya ilişkin (CMK m. 90/1-98/1-116-118/1 ve 118/2) maddeleri doğrultusunda değerlendirilmesi gereklidir. Halbuki ilgili ilgisiz, bilgili bilgisiz kimi kişiler ve medya tarafından yapılan eleştiri ve yorumlarda bu yasal hükümlere bağlı kalınmamış, kamuoyu yanlış bilgilendirilmiştir.

Ulusal ve uluslararası kamuoyunun gözleri önünde yaşanan bu olaylar Türk yargısı hakkında olumsuz imaj ve düşüncelerin oluşmasına neden olmaktadır. Oysa adalet duygusu yüksek olan halkımızın yanı sıra, yargımız ve yargıçlarımız bu olumsuzlukları hiç hak etmemektedirler.

Olayların başından bu yana sürekli olarak dillendirdiğimiz söylemimizi bir kez daha yineleyeceğiz. En sade yurttaştan, en sorumlu kamu görevlisine kadar herkes

kendini hukukla bağılı hissetmeli ve hukukun dolayısıyla yargının, hukuk kurallarına uygun olarak dokunamayacağı hiçbir kurum ve kişi olmamalıdır. Hepimiz, "hukuk devleti" ilkesinin özü olan bu kuralın yaşama geçmesi için gerekli duyarlılığı göstermeliyiz.

Halkın adalete ve yargıya olan güveninin gereği olarak da soruşturma ve kovuşturmaların hukuki ve meşru zeminlerde yasalar ve usul kurallarına uygun gerçekleştirilmesi, sağlıklı ve güçlü kanıtlar, deliller olmadan kişi ve kurumların itham edilmemesi gerekmektedir. Unutulmamalıdır ki, çağdaş ceza yasası ve ceza muhakemesindeki yeni gelişmelerin başında, ceza soruşturma ve kovuşturma evrelerinde "lekelenmemek hakkı"na duyarlılık gösterilmesi gelmekte ve bu hak "masuniyet karinesi"yle birlikte değerlendirilmektedir.

Bu konuda TCK'nın "Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs" başlığını taşıyan 288. maddesinde "Bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar savcı, hakim, mahkeme, bilirkişi veya tanıkları etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi altı aydan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır." hükmü yer almaktadır. Yine 5187 sayılı Basın Kanunu'nun "yargıyı etkileme" başlıklı 19. maddesindeki, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un "Yayın ilkeleri" bölümünün 4. maddesindeki, 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun 2. maddesindeki düzenlemeler yanı sıra Anayasa'mızın 17 ve 20. maddelerinde hüküm altına alınan "Temel hak ve özgürlükleri" koruyan düzenlemeler hukuk dışı yayım ve söylemlerle ihlal edilmiştir.

John Locke'un yıllar önce vurguladığı gibi "hukukun bittiği yerde tiranlık başlar" öz deyişi yanında, Alfred E. Smith'in "hukuk, demokraside azınlıkların haklarını ve özgürlüklerini koruma aracıdır" biçimindeki değerlendirmede de vurgulandığı gibi, hukuk

hepimizin koruması ve sahip çıkması gereken bir toplumsal olgudur. Bu nedenle hukuk ve dolayısıyla yargıya yaklaşırken gerekli özen ve duyarlılığın gösterilmesi gereklidir. Pierre Calamanderi'nin "hiç kimse onu bulandırmadığı ve ihlal etmediği sürece hukuk, teneffüs ettiğimiz hava gibi görünmez ve tutulmaz bir şekilde etrafımızı kaplar. Hukuk ancak kaybettiğimizi anladığımız zaman değerinin farkına vardığımız sağlık gibi sezilmez bir şeydir" tanımında da olduğu gibi hukukun yok olması ülke ve ulus için sağlıksız sonuçlar doğurur.

Gelinen bu noktada, ülkemizin güncel sorunları dikkate alındığında, "bağımsız yargı", "hukuk devleti" ve "eksiksiz demokrasi"yi oluşturma yolundaki sorunlarımızın giderek daha da ağırlaştığını belirtmekten üzgünüz.

Tam bağımsız olamadığı için kurumlaşmayan ve sürekli eleştiri altında olan yargının savunma ayağı altmış beş bin avukat, bağımsız savunmayı oluşturamamanın sıkıntılarını ve sorumluluğunu yaşamaktadır.

Yaşanan mesleki sorunlar yanında, cumhuriyetimiz, seksen beş yılına ulaşırken Türkiye'nin yapay iç sorunlara dönmüş olmasını, rejimin temel nitelikleri üzerindeki tartışmaların hala sürdürülmesini kabul edemiyoruz. Dünyanın bütünleştiği ve iletişimin sınır tanımadığı bir dönemde Türkiye'nin dünya gündeminden farklı bir gündeme sahip olması düşünülemez. Bu nedenle Türkiye'nin gündemi "sürdürülebilir kalkınma, refah ve çağdaşlık" olmalıdır.

Türk halkı, geçmişten günümüze sahip olduğu emsalsiz birikimler yanında, sağduyu ve dayanışma gücünü kullanarak, İslamlık ve modernlik arasında çatışmaya düşmeksizin, hem özgürlük ve ilerleme yolunu, hem de Tanrı yolunu izleme yeteneğini göstermiş, eşi bulunmayan uzlaşmayı gerçekleştirmiştir.

Yine Türkiye Cumhuriyet ile okur yazarı yok denecek kadar az, feodaliteden kurtula-

mamiş, reform, aydınlanma, sanayi devrimi gibi süreçleri yaşamamış, sınıf katmanları oluşmamış, kültürel değerleri farklı bir halk olarak, yılları yıllara sığdırarak ve devrim yoluyla yoğunlaşma ivmesini yakalayarak demokrasiye, hukukun üstünlüğüne ve hukuk devletine yönelen uygar, akılcı, demokrat yurttaşı yaratmaya çalışmıştır.

Bu gelişmeleri içte ve dışta unutarak ve görmezden gelerek halkımızın yeniden oluşan çağdaş ve toplumsal dokusuna aykırı eylem, söylem ve davranış sergileyen herkese gerçekleri hatırlatmaktan yılmayacağız.

Bir başka hatırlatmayı da AKP aleyhine açılan kapatma davası üzerine saygısızca ve adeta "sömürge valisi" edasıyla konuşan Avrupalı "dostlarımıza" yapıyoruz. Elinde Avrupa Birliği sopası ile Devletimizi, ülkemizi, ulusumuzu terbiye etme küstahlıklarına sessiz kalamayız. İkiyüzyılı aşan bir süredir yüzünü batıya dönmüş batılılaşmayı ana ilke olarak benimsemiş bir ulusuz. Batılılaşmayı da eksiksiz demokrasiye ulaşmak olarak görüyoruz. Bütün engellemelere karşın bu yolda ilerliyoruz. Bu yolun "uzun ve ince bir yol" olduğunun da bilincindeyiz. Gerçek dostlarımızdan tek isteğimiz, bu yola yeni engeller koymamaları, içinde bulunduğumuz coğrafyanın koşullarını da dikkate alarak bizi iyi niyetle desteklemeleridir.

Türk avukatları olarak buruk bir biçimde kutladığımız 5 Nisan Avukatlar Günü'nde, laik demokratik cumhuriyete ve ülkenin üniter yapısını bozmaya yönelik her türlü saldırı karşısında bir bütün olduğumuzu bir kez daha haykırıyor, bütün sorunlarımızın eksiksiz demokrasinin oluşturulabilmesine bağlı olduğunu, eksiksiz demokrasinin ise ancak çağdaş bir siyasi partiler yasası ve seçen ile seçilen arasında en kısa en düzgün ilişkiyi kuracak bir seçim sistemi ile oluşturulabileceğini, hukukun üstünlüğü ilkesi ve hukuk devletinin ancak eksiksiz demokrasiyle gerçekleştirilebileceğini

bir kez daha içtenlikle hatırlatıyor herkesi bu ilkelere birleşmeye çağırıyoruz.

Diğer yandan, kuruluşumuzdan bu yana yoğun biçimde gündeme getirdiğimiz savunma mesleğinin sorunlarının çözümünde önemli gelişme olmadığını bir kez daha vurgulamakta yarar görüyoruz.

Barolarımız ve Türkiye Barolar Birliği yasal görevlerini yerine getirmeğe çalışırken savunma mesleği ve avukatlar olarak, birlikte yargı organını oluşturduğumuza inandığımız her düzeydeki yargıç ve savcı meslektaşlarımızdan kurumuş ve bağımsızlığını almış bir savunma organının oluşumunda gereken olumlu katkıyı ne yazık ki görememekteyiz.

Avukatlık Kanunu'nda yasa maddesi ile belirlenen; baroların protokoldeki yeri, avukat kimliğinin resmi belge niteliğinde olması gibi düzenlemelerin fiilen uygulanamamasından CMK da açıkça belirtilen avukatın vekaletname ibraz etmeden dosyayı inceleyebilme hakkının yönetmelikle geri alınmasına kadar bir çok konuda avukatın hak ve yetkilerinin tanınmaması ne yazık ki yargı kararları ile gerçekleştirilmektedir.

- Hala yargılamayı tamamlayan bir unsur değil de karıştıran bir yük olarak görülüyor,

- İstenildiği kadar uluslararası ve ulusal düzenlemeler ceza yargılamasında "silahların eşitliği" asil kuraldır denilsin bu yoldaki isteklerimiz hala fantezi olarak niteleniyor,

- Hala savcı ile yargıç kafa kafaya fısıldaşıp duruşma yürütüyor,

- Kamu avukatlarının kamu personelinin en mağdurları arasındaki yerlerinde unutulmuşlukları sürüyor,

- Baro Hakem Kurullarını düzenleyen hükümlerin iptali ile ortaya çıkan çelişki ve boşluğun giderilmesi isteklerimiz dikkate alınmıyor.

- *Bir çok mesleğin stajında olduğu gibi avukat stajyerinin de staj süresince sosyal güvenlikten yararlanması isteğimiz benimsenmiyor.*

- *Görevleri başında saldırıya uğrayan, öldürülen meslektaşlarımıza bırakın yasal işlemlerin etkin ve özenli yapılmasını beklemeyi bir geçmiş olsun ya da başsağlığı mesajı esirgenmektedir.*

Bunlar sav, savunma ve hüküm üçlünün ayrılmaz bir bütün olduğu anlayışını henüz tam anlamı ile yerleştiremediğimizi göstermektedir.

Bizler yargı mensupları olarak bu eksikliği giderecek birlikteliği gösteremeyince siyasi iktidarların yargı organına bakışı da bir o kadar eksik olmaktadır.

Avukatlık Kanunu ile tanınan hakların kullanılmasını engelleyen idari tasarruflar geri alınmamakta, uzun uğraşlar sonucu kendisinden randevu alınabilen Sayın Başbakan'ın sorunların çözümü için 10 Ağustos 2006 tarihinde üç bakana verdiği talimat yerine getirilmemektedir."

5 NİSAN "AVUKATLAR GÜNÜ" DOLAYISIYLA BAROLARIMIZDA ÇEŞİTLİ ETKİNLİKLER YAPILDI

Her yıl olduğu gibi "Avukatlık Günü" bütün barolarımızda düzenlenen çeşitli etkinliklerle kutlandı.

Türkiye Barolar Birliği Başkanı, bu yıl Çanakkale Barosu'nun düzenlemiş olduğu "Anayasa" konulu panele katıldı. Çanakkale Barosu Başkanı Av. Tülay Ömercioğlu ile açılış konuşmasını yapan Özok, panelin ikinci bölümünü de yönetti. İki bölüm halinde düzenlenen panelin birinci oturumunu Prof. Dr. Rona Aybay yönetti.

Prof. Dr. Süheyl Batum, Prof. Dr. Rona Aybay, Prof. Dr. Fazıl Sağlam ve Yrd. Doç.

Dr. Ozan Ergül anayasa değişiklikleri ve yeni Anayasa konusundaki görüşlerini dinleyicilerle paylaştılar.

V. TÜRK-ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU YAPILDI

Dergimizin 75. sayısında 28 Şubat- 1 Mart tarihleri arasında yapılacağını bildirdiğimiz V.Türk Alman Tıp Hukuk Sempozyumu Ankara'da, programa uygun biçimde yapıldı.

Sempozyuma sunulan tebliğler kısa süre içinde kitaplaştırılarak ilgililere sunulacaktır.

BURSA BAROSU'NUN 100. KURULUŞ YILDÖNÜMÜ KUTLANDI

Bursa Barosu'nun yüzüncü yılı nedeni ile 15-16 Mart 2008 tarihlerinde Bursa'da toplanan Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu, baro başkanları ve Bursa Barosu, kamuoyuna aşağıdaki duyuruyu yapmaya karar vermişlerdir.

"Bursa Barosu'nun yüzüncü kuruluş yıldönümü nedeni ile 15-16 Mart 2008 de Bursa'da toplanan Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu, Baro Başkanları ve Bursa Barosu aşağıdaki hususları kamuoyumuzun bilgisine sunar:

"Uygulanmayan mahkeme kararları, Arabuluculuk Yasa Tasarısı, yasama, yürütme ve yargı ilişkileri" gündemi ile aylar öncesinden kararlaştırılan toplantımız, 14 Mart günü Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın AKP'nin kapatılması isteği ile dava açması üzerine bu konuyu da gündemine almış ve gelinen bu noktada Türkiye'nin bir hukuk devleti olduğunu hatırlatarak herkesi sakinleşmeye ve yargısal sürecin tamamlanmasını beklemeye davet etmeyi uygun görmüştür.

Yaşanılan bu durum toplantımızın asıl

gündem maddelerinden biri olan “yasama, yürütme ve yargı ilişkileri” ile doğrudan ilgilidir. Son dönemde, ülkemizde “çoğulcu demokrasi” anlayışının, yerini “çoğunlukçu” anlayışa bırakmasından bu yana “yasama” ve “yürütme” erkleri fiilen bütünleşmiş ve adeta bir “Birleşik Yürütme ve Yasama Organı” oluşmuş, Yasama’nın Yürütme üzerindeki denetim işlevi yok edilmiştir.

“Birleşik Yürütme ve Yasama Organı”, “Yargı”dan rahatsızdır. Çünkü Yasama’nın yapmadığı “denetim” görevini, yargı yerine getirmektedir. Yanlışları yargı düzeltmekte, çoğunluğun kontrolsüz güç olmasını engellemektedir.

Bunun içindir ki bir süredir yasama ve yürütmenin üyeleri işlerine gelmeyen yargı kararlarını uygulamamakta, uluorta eleştirmekte, yargının saygınlığını zedeleyecek, gücünü kırarak, hukuk devletinin içini boşaltacak, hedef haline getirecek davranışlar sergilemekte, açıklamalarda bulunmaktadır.

Uygulanmayan yargı kararlarının önemli bir bölümü çevre sorunlarına ilişkin olanlardır. İçinde bulunulan küresel çevre felaketine karşın ülkemizde hala, “çevre”nin kalkınmanın hem kaynağı hem de sınırı olduğu gerçeğini görmezden gelerek, “HER ŞEYE RAĞMEN EKONOMİK KALKINMA” anlayışı ile doğal dengeyi bozacak ve çevreye zarar verecek yatırımlarda yargı kararlarına karşın ısrar edilmesi ve yargıyı etkisiz bırakmak amacıyla yasal düzenlemeler yapılması kabul edilemez. Türkiye Barolar Birliği ve Barolar olarak bu tür kararların uygulanması konusunda yöre halkının desteği ile başlatılan etkinliklerimizi sürdürüceğiz.

Bu nedenle tüm sorumlulara bir kez daha;

1. Yargı organlarının kararlarının tek dayanağının hukuk olduğunu, ulusal ve uluslararası hukuksal metinlerin kararlara

yol gösterdiğini,

2. Mahkeme kararlarının sadece mahkemeleri değil öncelikle muhataplarını ve bütün kurumları ile tüm toplumu ilgilendirdiğini,

3. Kesinleşmiş mahkeme kararlarının önce taraflarını ve sonra tüm toplumu ve Devlet’i bağladığını,

4. Kesinleşen yargı kararlarının uygulanmamasının suç oluşturduğunu hatırlatırız.

Toplantımızın bir diğer gündem maddesi olan Arabuluculuk Yasa Tasarısı konusunda eleştiri ve önerilerimizi aşağıdaki şekilde belirtiyoruz:

- Arabuluculuğun uygulanabileceği, “tarafların kendi iradeleri ile serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden kaynaklanan hukuk uyuşmazlıkları”nın kapsamı açıkça belli edilmelidir.

- Arabuluculuk çalışmalarının avukatlar aracılığıyla kurumlaştırılması sağlanmalıdır. Bunun yapılmayıp yeni bir “arabuluculuk mesleği” yaratılması kabul edilemez.

- Sadece dört yıllık hukuk lisans eğitimi almış olanlar ve avukatlar arabulucu olabilmelidir.

- Arabuluculuğun doğrudan Adalet Bakanlığı’na bağlı bir kurum olarak düzenlenmesi sakıncalıdır. Örgütlenmenin ve ücret tarifesi düzenlemesinin Türkiye Barolar Birliği ve barolar bünyesinde yapılması gerekir.

- Bugün ülkemizde avukatlık mesleğine girebilmek için bir yıllık staj dışında herhangi bir sınav koşulu bulunmaz iken, dört yıllık hukuk lisans eğitimi sonrası avukatlık ruhsatı almış bir meslektaşımızın arabuluculuk yapabilmesi için arabuluculuk sınavını başarma koşulu getirilmesini uygun bulmuyoruz.

- Tasarı, “Hukuk fakültesini bitiren herkes avukat olabilir ancak arabulucu olamaz.” anlayışındadır.

Halen açık olan hukuk fakültelerindeki eğitim kalitesinin yetersizliği ve ülke gereksiniminin çok üzerinde mezun vermesi ortada iken yeniden beş hukuk fakültesinin daha açılma hazırlıklarının sürdürülmesinin hiçbir şekilde kabul edilemeyeceği ve bu kararlar aleyhine yargı yoluna gideceğimizi belirtiyoruz.

Ayrıca, meslektaşlarımızın uğradığı saldırılar ile savunmanın etkisizleştirilmesine ilişkin düzenlemeler karşısında duyarsız kalınmasını, bir kez daha kınıyoruz. Bu kapsamda son günlerde Maliye Bakanlığı'nın bütün meslektaşlarımızı vergi kaçırana mükellefler olarak genelleyen uygulamalara girişmesi de asla kabul edilemez.

Eksiksiz demokrasi anlayışımız özgürlüklerin en geniş şekilde

kullanılmasını amaçlar. Ancak eksiksiz demokrasinin temel koşulu da "gerçek hukuk devleti"dir. Gerçek hukuk devletinin oluşturabilmesi ise yargı organının yasama ve yürütme karşısında bağımsızlığını gerçekleştirme bağıdır. Bağımsız yargı ise en ufak baskı altında kalmadan karar veren ve kesinleşen kararları da gecikmeksizin uygulanan yargı organı ile sağlanır. Eksiksiz demokrasinin oluşturulabilmesinin uzak bir hayal olarak kalmaması için bu dengenin sağlanması adına her birey ve kurumun üzerine düşen görevi yerine getirmesi gerekir. Kamuoyuna saygı ile duyururuz. 16.3.2008

Av. Özdemir Özok (Türkiye Barolar Birliği Başkanı), Av. İbrahim Gazioğlu (Adana Barosu Başkanı), Av. Timur Demir (Ağrı Barosu Başkanı), Av. Vedat Ahsen Coşar (Ankara Barosu Başkanı), Av. Bedrettin Kalın (Artvin Barosu Başkanı), Av. Sümer Germen (Aydın Barosu Başkanı), Av. Muzaffer Mavuk (Balıkesir Barosu Başkanı), Av. Şeref Yıldız (Bartın Barosu Başkanı), Av. Asude Şenol (Bursa Barosu Başkanı), Av. Ali Dilber (Düzce Barosu Başkanı), Av. Coşkun Molla (Edirne

Barosu Başkanı), Av. Rüstem Kadri Septioğlu (Elazığ Barosu Başkanı), Av. Naci Turan (Erzurum Barosu Başkanı), Av. Ali Haydar Dereli (Gümüşhane Barosu Başkanı), Av. Gamze Budak (Isparta Barosu Başkanı), Av. Kazım Kolcuoğlu (İstanbul Barosu Başkanı), Av. Nevzat Erdemir (İzmir Barosu Başkanı), Av. Tanju Korkut (Karabük Barosu Başkanı), Av. Ali Taşçı (Kayseri Barosu Başkanı), Av. Göksel Okumuş (Kırklareli Barosu Başkanı), Av. Ersayın Işık (Kocaeli Barosu Başkanı), Av. Sabit Özdoğlar (Kütahya Barosu Başkanı), Av. Remzi Demirkol (Manisa Barosu Başkanı), Av. Ayla Kara (Muğla Barosu Başkanı), Av. Mehmet Zahit Söylemez (Muş Barosu Başkanı), Av. Necmi Öncül (Nevşehir Barosu Başkanı), Av. Harun Mertoğlu (Rize Barosu Başkanı), Av. Ali Rıza Acartürk (Sakarya Barosu Başkanı), Av. Ahmet Gürel (Samsun Barosu Başkanı), Av. Mustafa Coşkun (Sivas Barosu Başkanı), Av. Hasan Orta (Tekirdağ Barosu Başkanı), Av. Veysel Malkoç (Trabzon Barosu Başkanı), Av. Kazım Kargı (Uşak Barosu Başkanı), Av. Ayhan Çabuk (Van Barosu Başkanı), Av. Cemal İnci (Yalova Barosu Başkanı), Av. Seyit Mehmet Ekinci (Yozgat Barosu Başkanı), Av. Erol Mekik (Zonguldak Barosu Başkanı)."

**TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
YÖNETİM KURULU ÜYESİ
AV. MUHSİN ERGAZİ
SALDIRIYA UĞRADI**

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu üyesi Avukat Muhsin Ergazi, mesleki faaliyetinden dolayı İzmir'de evinin önünde saldırıya uğramıştır.

Dergimiz baskıya verilirken henüz saldırganlar yakalanmamıştı. Türkiye Barolar Birliği'nin bu konuda yayınlamış olduğu basın açıklaması aşağıdadır.

"Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu üyesi, İzmir Barosu'na kayıtlı değerli mes-

lektaşımız Av. Muhsin Ergazi 4 Nisan akşamı, eşinin yanında, evinin önünde saldırıya uğramış, yüzünden ve burnundan ameliyat geçirecek şekilde yaralanmıştır. Tedavisi sürmekte olan arkadaşımıza geçmiş olsun dilekelerimizi sunuyor, saldırıyı nefretle kınıyoruz.

2007 yılı içinde toplam 19 meslektaşımız saldırıya uğradı, bu saldırıların biri ölümlle sonuçlandı. 2008 yılında dört arkadaşımızın saldırıya uğraması ile son dokuz yılın toplamı 165 oldu ve bu saldırılarda 13 meslektaşımız yaşamını yitirdi.

Bu vahim tablo, tüm yargı mensupları, güvenlik görevlileri, tüm yöneticiler ve hepimiz için düşündürücü olmalıdır. Hukuk sistemimiz caydırıcı olmaktan hızla uzaklaşmaktadır. Kendi hukukunu uygulama, ceza verme, verdiği cezayı infaz etme düşüncesinin eyleme geçirilmesinde içinde bulunduğumuz ortam cesaretlendirici olmaktadır.

Bu ortamın oluşumunda en önemli etken, her fırsatta yargı üyelerine ve kurumlarına yöneltilen birçoğu haksız eleştiriler ve beklenen reformların bir türlü yapılamayışdır.

Demokratik yaşamın sürdürülebilmesinin temel koşulu olan hukuk devletine ve onu yaşama geçiren yargı organına sahip çıkmalıyız.”

Hak arama yolunda kaba kuvvetle yıldırmanın boşuna gayret olduğunu bir kere daha yinelemekte yarar bulunmaktadır. Değerli meslektaşımıza geçmiş olsun dilekelerimizi iletir, sağlıklı ve başarılı günler dileriz.

MESLEĞE YENİ BAŞLAYAN AVUKATLAR FORUMLARI DEVAM EDİYOR

Türkiye Barolar Birliği'nin Ankara'da başlatmış olduğu "Mesleğe Yeni Başlayan Avukatların Sorunları ve Çözüm Yolları" başlıklı forumların ikincisi Adana'da bölge baro

avukatları ile yapıldıktan sonra, dergimizin bu periyordunda 22 Mart 2008 tarihinde Antalya, 19 Nisan 2008 tarihinde çevre barolarına bağlı avukatlarla yapıldı.

ÇOCUKLARA YÖNELİK DENETİMLİ SERBESTLİK UYGULAMASININ GÜÇLENDİRİLMESİ: ANKARA İLİ PİLOT PROJESİ

"Çocuklara Yönelik Denetimli Serbestlik Uygulamalarını Güçlendirme: Ankara İli Pilot Projesi", Ankara Barosu ortaklığı ve Adalet Bakanlığı iştiraki, Öz-Ge Der'in (Özgürlüğünden Yoksun Gençlerle Dayanışma Derneği) yürütücülüğünde 15 Haziran 2007 tarihinde resmen uygulanmaya başlandı.

Proje, hizmeti alanlardan ve hizmeti verenlerden veri toplayarak sistemin güçlendirilmesine katkıda bulunmayı hedefliyor. Bu hedef doğrultusunda kamusal, yerel ve sivil kurum ve kuruluşlar arasında, konuya odaklı işbirliği çalışmalarında verimliliğin artması; konuya odaklı bir sosyal ağ kurulması, kamuoyunda konuya ilgi ve duyarlılığın artmasına katkı sağlanmış olması bekleniyor. Bütün bu faaliyetlerin yanı sıra medyanın ve toplumun diğer kesimlerinin tam katılımını sağlayarak denetimli serbestlik sisteminin kabul görmesine katkıda bulunabilmeyi hedefliyor.

Denetimli serbestlik, ceza adaleti sistemi içinde suçun oluşmasına neden olan etmenlerin ortadan kaldırılmasını sağlayan bir ara mekanizmadır. Türk ceza adaleti sistemine 2005 yılında giren bu mekanizma, suçun kapalı veya açık ceza infaz kurumu yerine toplum içinde infazını öngörür. Özellikle, suçla ilişkileri yetişkinlerden farklı olan çocuklar açısından bu mekanizma, çocuğun kendinden sorumlu bir birey haline gelmesi, toplumsal adaletin ve barışın korunması, ekonomik ve sosyal diğer katkıları bakımından son derece yararlıdır.

AVRUPA BAROLAR BİRLİĞİ'NDEN HABERLER

Haz.: Av. D. Derya Yeşiladalı
TBB Avrupa Barolar Konseyi (CCBE) Temsilcisi

• KARA PARA AKLAMA DİREKTİFİ

Belçika Anayasa Mahkemesi 23 Ocak 2008 tarihinde İkinci Para Aklama Direktifi'nin Belçika'da uygulanmasına ilişkin kararını açıklamıştır. Davanın odak noktası meslek sırrı ve müvekkilleriyle ilişkiler kapsamında avukatların haklarının korunması olmuştur. Belçika Baroları ikinci direktifin uygulanmasının; AİHS'nin 6. maddesinde yer alan; adil yargılanma hakkı ile bağdaşmadığını ileri sürmüşlerdir. Barolar, Anayasa Mahkemesi'nin bu iddia ve itirazları büyük ölçüde kabul ederek kara para aklama bildirim yükümlülüğü kapsamını, avukatlar yönünden, daraltmıştır. Karar; avukatlar arasında "*meslek ve müvekkil sırrı*" ve "*mesleğin temel değer ve ilkeleri*" açısından büyük bir zafer olarak nitelendirilmiştir.

• CEZA HUKUKU

AB dönem başkanlığını yürütmekte olan Slovenya Ocak 2008 tarihinde gıyapta alınan kararların karşılıklı tanınma ve tenfizi konusunda yeni bir öneri getirmiştir. Fransa, Almanya ve İngiltere dahil altı AB ülkesi tarafından desteklenen öneri; bir AB vatandaşı aleyhine başka bir AB ülkesinde, ilgilinin gıyabında alınan kararlar bakımından kişinin haklarının korunmasına yönelik bulunmaktadır. Öneri kararın verildiği üye ülkede belli bazı kriterlere uyulması gerektiğini; bu kriterlerin davalıya duruşmada hazır bulunması için tebligat yapılması ve aleyhlerine verilen kararın karar tarihinden itibaren beş gün içinde tebliğini gerekli kılmaktadır. Tarafların yeniden yargılanma yapılmasını talep hakları da getirilmektedir. Ancak bu tedbirler sadece sınır ötesi davalar için söz konusu olup, mevcut düzenlemenin bu bağlamda değiştirilmesi amaçlanmakta-

dır. Öneri bazı parlamenterlerden tepki görmüş, yeni bir önerinin mevzuat açısından karışıklık yaratacağı ileri sürülmüştür. Konu ile ilgili olarak Slovenya'nın altı aylık başkanlık döneminde neler yapabileceği merakla beklenmektedir.

- **LİZBON ANTLAŞMASI**

Lizbon Antlaşması'nın Aralık 2007 de imzalanmasını takiben, İngiltere Lordlar Kamarası'na, konuya ilişkin bir teklif sunulmuştur. Tasarının amacı Antlaşmanın İngiltere'de onaylanarak kanunlaşmasına yöneliktir. İngiltere ve Galler Barosu; Antlaşma ile Avrupa'nın yeni hukuki ve politik çerçevesini açıklayıcı bir Rehber hazırlamıştır. Söz konusu rehber parlamentoya da sunulmuş, parlamento görüşmeleri ve antlaşmanın onay sürecinde İngiltere ve Galler Barosu'nun yer almasına olanak sağlanması istenmiştir.

- **TÜKETİCİ HUKUKU**

Her yıl İngiltere başta olmak üzere diğer AB üyesi ülkelerinden yüzlerce vatandaş imzaladıkları "tatil paketleri" nedeniyle dolandırıldıklarını ileri sürerek şikayette bulunmaktadır. Bu nedenlerle, AB Komisyonu haziran ayında tüketicinin korunması mevzuatında iyileştirmeler yapılmasını ve ürünler açısından kapsamının genişletilmesine ilişkin bir öneride bulunmuştur. Kapsama alınması önerilen ürünlerin başında ucuz tatil köyleri, paket turlar, devre mülkler gelmektedir. Öneri Avrupa Parlamentosu'na ve üye ülkelere sunulduktan ve kabul edildikten sonra üye ülkelere uygulanacaktır.

- **AVUKATLIK MESLEĞİ VE ADALET FORUMU**

Geçtiğimiz ay Avrupa Adalet Komiseri Franco Frattini; özgürlük, güvenlik ve adalet konularında, bu konuda mağduriyete uğrayanların korunması amacıyla yasal düzenleme ve politika geliştirilmesi amacıyla bir forum oluşturulmasını önermiştir. "Adalet forumu" olarak adlandırılacak bu girişim başta savunma avukatları

olmak üzere, savcılar, yargı mensupları ve sivil toplum örgütü mensuplarını ilgilendirmektedir. Bu bağlamda, 27 AB üyesinden konuyla ilgili grup temsilcileri hukuk ve ceza davaları ve ihtilaf-ları ile ilgili olarak politikaları belirlemede, değerlendirmede ve denetlemede etkin rol oynayacaktır. Bu girişimin diğer bir amacı, sorunların “*sokaktaki adamı*” savunanlar tarafından politikacı ve yargı mensuplarına iletilmesidir. “*Adalet Forumu*” ilk toplantısını Nisan ayında gerçekleştirecektir. Bu doğrultuda oluşturulacak internet sitesi vasıtası ile de değerlendirmeler izlenebilecektir.

• İNGİLTERE’DE AVUKATLIK MESLEĞİ İLE İLGİLİ YENİ DÜZENLEME

İngiltere’de 2007 tarihli Hukuk Hizmetleri Kanunu(Legal Services Act)’nun yürürlüğe girmesi ile Avukatlık Mesleğini Düzenleme Kurulu meslekteki yeni uygulamaların denetimi ile ilgili üç değerlendirme çalışması başlatmıştır. Her üç çalışmanın da odak noktası kendi kendini denetleme ve disiplin uygulamalarıdır. Bu bağlamda; avukatların iş düzenleri ile ilgili değişiklikler, avukatlarla ilgili muhasebe kuralları ve avukatlık meslek kuralları başlıklarında değerlendirmeler yapılacaktır.

• ŞİRKETLER HUKUKU

AB Komisyonu; “*Avrupa Küçük İşletmeler Kanun Tasarısı*” ile ilgili bir kamu oyu yoklaması başlatmıştır. Tasarının amacı küçük ve orta ölçekli işletmelerin tek pazara girmelerini kolaylaştırıcı ölçüler getirmektir. Bu bağlamda, küçük ve orta ölçekli işletmeler üzerindeki denetim ve yasal uygulamaların azaltılmasıdır. Diğer taraftan, söz konusu şirketlerin kamu ihalelerinden yararlanması, devlet sübvansiyonu ile ilgili desteğin artırılması ve doğrudan ve dolaylı vergilendirmelerin olumsuz etkilerinin azaltılması gibi hedefler öngörülmektedir.

- **ÇEVRE SUÇLARI**

Avrupa Parlamentosu'nun gündeminde bulunan konulardan bir tanesi de AB Komisyonu'nun çevre suçlarına ilişkin düzenlemeleri uyumlaştırmayı amaçlayan Direktiftir. Devam eden tartışmalara rağmen bu yılın ortalarına doğru konuya ilişkin düzenleme üzerinde fikir birliğine ulaşılabacağı tahmin edilmektedir. Bu doğrultuda, ilgili düzenlemenin yıl sonu itibariyle kabul edileceği ve Lizbon Antlaşması'nın 2009 yılında yürürlüğe girmesinden önce kabul edileceği öngörülmektedir.

- **MALİ PİYASALAR**

Şubat ayında Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komitesi tarafından düzenlenen toplantıda tüm katılımcılar; yatırım fonları ve hisse senetleri ile ilgili olarak yeni düzenlemelere gerek duyulmadığı konusunda fikir birliği oluşturmuştur. Nitekim katılımcıların büyük çoğunluğu mevcut yasal düzenlemelerin etkin bir şekilde uygulanmasının yeterli olduğunu ileri sürmüştür. Bu bağlamda konuya ilişkin olarak son söz konuyla ilgili Komite kararını benimseyerek kabul edecek parlamento tarafından söylenecektir. Bu konuda Eylül ayı tarih olarak verilmektedir.

- **FİKRİ HAKLAR**

AB Komisyonu 2008 Şubat'ında fikri haklar konusunda iki önemli girişimde bulunmuştur. Bunlardan bir tanesi kompakt disk ve kasetlerin kopyalanması ile ilgili olarak kopyalama ekipmanına ödenen ücretlerle ilgili, diğeri ise telif hakları ile ilgili olarak sanatçıların telif haklarının 95 yıl süre korunmasına ilişkindir. Bu düzenlemelerin amacı bestecilerin de gelirinin artırılması olarak ifade edilmiştir.

ÜLKEMİZ ÇOK ZOR ve SIKINTILI BİR SÜREÇTEN GEÇMEKTEDİR

Av. Özdemir ÖZOK*

Ülkemiz son yıllar ve aylarda çok zor ve sıkıntılı bir süreçten geçmektedir. Özellikle 22 Temmuz 2007 genel seçimleri öncesi ve sonrası yaşanan hukuki ve siyasi gelişmeler ulusal ve uluslar arası alanda büyük yankılar uyandırmıştır. TBB olarak tüm bu gelişmelere ön yargısız ve soğukkanlı bir biçimde yaklaşarak sorunların hukuk ve yargı zemininde çözülmesini önerdik.

Kurulduğu 1969 yılından bu yana, hukuk devleti başta olmak üzere hukukun üstünlüğü, insan hakları ve yargı bağımsızlığı yolunda ödünsüz yürüyüşünü sürdüren Türkiye Barolar Birliği ve barolarımız eksiksiz demokrasi ve adil yargılanma yanında, tüm özgürlüklerin engelsiz bir biçimde kullanılmasını amaçlamaktadırlar. Bu amacın ancak, çoğunluğun azınlığın haklarını gözettiği ve katılımcılık yanı sıra çoğulculuğun özümsemiği bir ortamda gerçekleşeceğine inanmaktayız. Çoğulcu, katılımcı ve eksiksiz demokrasinin temel koşulu ise hukukun üstünlüğünün egemen olduğu hukuk devletidir. Hukuk devleti ilkesi; devletin tüm organları yanı sıra, gerçek ve tüzel kişilerin de kendilerini hukuk kurallarıyla bağlı kabul ettiği bir anlayışı içerir. Bu bağlamda Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan düzenlemelerle ulusal hukuk kurallarıyla, evrensel-ulusal üstü hukuk kurallarının etki ve bağlayıcılığı aynı olmuştur.

Kuşkusuz tüm kurum ve kurallarıyla işleyen hukuk devletinin olmazsa, olmaz koşulu ise bağımsız yargıdır. Ülkemizde olduğu gibi yasama ile yürütmenin birlikteliği ve tek bir elde toplanması durumlarında yargı bağımsızlığının önemi daha da artmaktadır. Zira yasa-

* Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

başkandan

manın yapamadığı “denetim” görevini yargı yerine getirmek suretiyle iktidarın sınırsız gücünün keyfiliğe dönüşmesini engellemektedir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın Anayasa’nın 69. maddesi ve Siyasi Partiler Kanunu’nun 101. maddesindeki görev ve sorumluluklarının yasal gereği olarak Adalet ve Kalkınma Partisi’nin kapatılması istemiyle Anayasa Mahkemesi’ne açtığı dava sonrası yaşananlar ve sergilenen hukuk dışı davranışlar karşısında hukuk devleti ve yargı bağımsızlığı olgularına ne denli uzak olduğumuz bir kez daha acı bir biçimde ortaya konulmuştur.

Yine TCK 312, 313 ve 314. maddelerine göre başlatıldığı anlaşılan ve kamuoyunda “Ergenekon” olarak bilinen soruşturma evresinde yaşananlarda hukuk devleti ve yargı bağımsızlığı ilkeleri yönünden kimi olumsuzlukları çağrıştırmıştır.

Olayların başından bu yana sürekli olarak dillendirdiğimiz söylemimizi bir kez daha yineleyeceğiz. En sade yurttaştan, en sorumlu kamu görevlisine kadar herkes kendini hukukla bağlı hissetmeli ve hukukun dolayısıyla yargının dokunamayacağı hiçbir kurum ve kişi olmamalıdır. Hepimiz bu kuralın yaşama geçmesi için gerekli duyarlılığı göstermeliyiz.

Halkın adalete ve yargıya olan güvenin gereği olarak da soruşturma ve kovuşturmaların hukuki ve meşru zeminlerde usul kurallarına uygun gerçekleştirilmesi gerekmekte, sağlıklı ve güçlü kanıtlar olmadan kişi ve kurumların itham edilmemesi gerekmektedir. Unutulmamalıdır ki, çağdaş ceza yasası ve ceza muhakemesindeki yeni gelişmelerin başında ceza soruşturma ve kovuşturma evrelerinde “lekelenmemek hakkı”na duyarlılık gösterilmesi gelmekte ve “masuniyet karinesi” ile birlikte değerlendirilmektedir.

Bu bağlamda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın 14.3.2008 günlü kapatma davasını ve yine aynı şekilde kamuoyunu doğrudan ilgilendiren ve “Ergenekon Soruşturması” olarak tanımlanan ve yaklaşık 8 aydır sürdürülen soruşturmanın da 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu’nun ifadeye çağırma (CMK 145), zorla getirme (CMK 146/1), yakalama ve aramaya ilişkin (CMK 90/1-98/1-116-118/1 ve 118/2) maddeleri doğrultusunda değerlendirilmesi gereklidir. Halbuki ilgili ilgisiz, bilgili bilgisiz kimi kişiler ve medya tarafından yapılan eleştiri

başkandan

ve yorumlarda bu yasal hükümlere bağlı kalınmamış kamuoyu yanlış bilgilendirilmiştir.

Oysa bu konuda TCK'nın 288, 5187 sayılı asın Kanunu'nun 19, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'unun 4, 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanun'unun 2, Anayasa'nın 17 ve 20. maddelerinde hüküm altına alınan "Temel hak ve özgürlükleri" koruyan düzenlemeler hukuk dışı yayım ve söylemlerle ihlal edilmiştir.

John Locke'un yıllar önce vurguladığı gibi "Hukukun bittiği yerde tiranlık başlar" öz deyişi yanında, Alfred E. Smith'in "Hukuk, demokrasiye azınlıkların haklarını ve özgürlüklerini koruma aracıdır" biçimindeki tespit ve değerlendirmede de vurgulandığı gibi hukuk hepimizin koruması ve sahip çıkması gereken bir toplumsal olgudur. Bu nedenle hukuk ve dolayısıyla yargıya yaklaşırken gerekli özen ve duyarlılığın gösterilmesi gereklidir. Pierre Calamanderi'nin "Hiç kimse onu bulandırmadığı ve ihlal etmediği sürece hukuk,teneffüs ettiğimiz hava gibi görünmez ve tutulmaz bir şekilde etrafımızı kaplar. Hukuk ancak kaybettiğimizi anladığımız zaman değerinin farkına vardığımız sağlık gibi sezilmez bir şeydir" tanımında da olduğu gibi hukukun yok olması ülke ve ulus için sağlıksız sonuçlar doğurur.

Gelinen bu noktada, ülkemizin güncel sorunları dikkate alındığında, bağımsız yargı, gerçek hukuk devleti ve eksiksiz demokrasiyi oluşturma yolundaki sorunlarımızın giderek daha da ağırlaştığını belirtmekten üzgünüm.

Tam bağımsız olamadığı için kurumlaşamayan ve sürekli eleştiri altında olan "yargı"nın savunma ayağı altmış beş bin avukat olarak, bağımsız savunmayı oluşturamamanın sıkıntısını ve sorumluluğunu yaşamaktayız.

Yaşanan mesleki sorunlar yanında, cumhuriyetimiz seksen beş yılına ulaşırken Türkiye'nin yapay iç sorunlara dönmüş olmasını, rejimin temel nitelikleri üzerindeki tartışmaların hala sürdürülmesini asla kabul edemiyoruz. Dünyanın bütünleştiği ve iletişimin sınır tanımadığı bir dönemde Türkiye'nin dünya gündeminden farklı bir gündeme sahip olması düşünülemez. Bu nedenle Türkiye'nin gündemi "sürdürülebilir kalkınma, refah ve çağdaşlık" olmalıdır.

başkandan

Türk halkı, geçmişten günümüze sahip olduğu kimi birikimler yanında, pratik sağduyusu ve dayanışma gücünü kullanarak, İslamlık ve modernlik arasında çatışmaya düşmeksizin, hem özgürlük ve ilerleme yolunu, hem de tanrı yolunu izleme yeteneğini verecek uzlaşmayı gerçekleştirmiştir.

Yine Türkiye Cumhuriyet ile; okuryazarı yok denecek kadar az, feodaliteden kurtulamamış, rönesans, reform, aydınlanma, sanayi devrimi gibi süreçleri yaşamamış, sınıf katmanları oluşmamış, kültürel değerleri farklı bir halk olarak, yılları yıllara sığdırarak ve devrim yoluyla yoğunlaşma ivmesini yakalayarak demokrasiye, hukukun üstünlüğüne ve hukuk devletine yönelen uygar, akılcı, demokrat yurttaşı yaratmayı başarmıştır.

Tüm bu gerçekleri ve gelişmeleri içte ve dışta unutarak ve görmezden gelerek halkımızın yeniden oluşan çağdaş ve toplumsal dokusuna aykırı eylem söylem ve davranış sergileyen herkese gerçekleri hatırlatmaktan yılmayacağız. Bu duygu ve düşüncelerle *“Laik demokratik cumhuriyete ve ülkenin üniter yapısını bozmaya yönelik her türlü saldırı karşısında bir bütün olduğumuzu bir kez daha hatırlatıyor, bütün sorunlarımızın eksiksiz demokrasininin oluşturulabilmesine bağlı olduğunu, eksiksiz demokrasininin ise ancak çağdaş bir siyasi partiler yasası ve seçen ile seçilen arasında en kısa en düzgün ilişkiyi kuracak bir seçim sistemi ile oluşturulabileceğini, hukukun üstünlüğü ilkesi ve hukuk devletinin ancak eksiksiz demokrasiyle gerçekleştirilebileceğini bir kez daha içtenlikle hatırlatıyor herkesi bu ilkelere birleşmeye çağırmaı bireysel ve kurumsal görev saymaktayız”* bu ilke ve kavramlara meslektaşlarımızın da yürekten bağlı olduğuna inancımız tamdır.

TÜRK VATANDAŞLIĞI KANUNU TASARISININ VATANDAŞLIĞIN KAYBINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİ

Feriha Bilge TANRIBİLİR*

Giriş

Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun (TVK)¹ 1964 yılında yürürlüğe girmiş ve muhtelif tarihlerde kanunun bazı hükümleri değiştirilmiş, bazı hükümleri tamamıyla yürürlükten kaldırılmış ve bazı yeni hükümler eklenmiştir. 2006 yılının Nisan ayında yeni bir Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun hazırlandığı kamuoyuna açıklanmıştır. Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın "*Genel Gerekeçesi*"nde² yeni bir vatandaşlık kanununun hazırlanmasına niçin ihtiyaç duyulduğu hususu da belirtilmiştir. Bu nedenleri şu şekilde sıralamak mümkündür: Yürürlükteki TVK'da günümüze kadar pek çok değişiklik yapılmış olması ve bu değişiklikler nedeniyle kanunun yapısının ciddi şekilde bozulması, anayasanın 66. maddesinde yapılan değişiklik, yeni bir Türk Medeni Kanunu'nun hazırlanmış olması, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'yle uyum, vatandaşlıkla ilgili işlemlerde kolaylık getirme. Söz konusu tasarı, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin gündeminde olup, yakında genel kurulda tartışılmaya başlanacaktır.

Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı, Türk vatandaşlığını altı bölümde düzenlemektedir. Tasarının "*Üçüncü Bölümü*"n de, Türk vatandaşlığının kaybı yolları düzenlenmektedir (m. 23-35). Üçüncü bö-

* Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku bilim dalı öğretim üyesi.

¹ RG, 22.02.1964-11638. TVK'nın hazırlanması ile ilgili çalışmalar hakkında bkz. Berki, "Yeni Vatandaşlık Kanunu'nun Tabiiyetin Kazanılması ve Kaybı hakkında Kabul Ettiği Esaslar, (Esaslar)", *Ernest E. Hirsch'e Armağan*, Ankara 1964, s. 294-295.

² Metin için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0458.pdf>.

lûme göre vatandaşlık, yetkili makam kararıyla veya seçme hakkının kullanılmasıyla sona ermektedir. Tasarıda yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kaybı çıkma, kaybettirme ve vatandaşlığa alınmanın iptali halinde mümkündür. Tasarı, yürürlükteki Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda yer alan kadının evlenmek suretiyle Türk vatandaşlığından ayrılmasını ve vatandaşlıktan çıkarılmayı düzenlememiştir. Bu çalışmanın konusunu tasarının vatandaşlığın kaybına ilişkin üçüncü bölümünde yer alan hükümlerin, mevcut TVK ve Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi³ açısından incelenmesi oluşturmaktadır.

II. Vatandaşlık ve Sona Ermesi

Kişi ile devlet arasındaki hukuki ve siyasi bağa işaret eden vatandaşlık (tâbiyet), devletin insan unsurunun belirlenmesi açısından önemlidir. Bu nedenle uluslararası hukuk, vatandaşlık ile ilgili düzenlemeleri yapma konusunda devletleri serbest bırakmıştır. Bu husus, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nde de ifade edilmiştir (m. 3/1).⁴ Vatandaşlık, kişi bakımından da önemlidir. Başta Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (m. 15)⁵ olmak üzere birçok uluslararası belgede⁶ kişilerin bir vatandaşlığa sahip olması hakkına değinilmiş, hiç kimsenin keyfi olarak vatandaşlığından veya vatandaşlığını değiştirme hakkından yoksun bırakılmayacağına işaret edilmiştir.

Devletler, vatandaşlıklarını düzenleme konusunda serbestiye sahip olmakla beraber, vatandaşlık kanunlarını hazırlarken uluslararası hukukta genel kabul gören bazı ilkeleri de dikkate alırlar. Uluslararası hukukta genel kabul gören ve “*Vatandaşlık hukukunun direktif ilkeleri*” veya “*Vatandaşlık hukukuna hâkim olan ilkeler*” olarak adlandırılan üç ilke bulunmaktadır:⁷

³ *European Treaty Series-No.166*. İngilizce metin için bkz. *International Legal Materials*, Vol. 37(1998), S. 1-3, 47-55.

⁴ Bu konuda bkz. Güngör, *Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi*, MHB, Yıl 17-18 (1997-1998), S. 1-2, 231 vd..

⁵ Metin için bkz. <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/bmihbeyan/bmihbeyan.htm>.

⁶ Bu belgeler için bkz. <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/>

⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Berki, *Devletler Hususi Hukuku*, C. I, *Tabiiyet ve Yabancılar Hukuku*, 6. B., Ankara 1966, s. 21 vd.; Göger, *Türk Tabiiyet Hukuku*, 4.B., Ankara 1979, s. 16 vd.; Uluocak, *Türk Vatandaşlık Hukuku-Karşılaştırmalı-Uygulamalı*, Gözden geçirilmiş yeni bası, İstanbul 1989, s. 7 vd.; Nomer, *Vatandaşlık Hukuku*, 15. B., İstanbul 2005, s. 5 vd.; Aybay, *Vatandaşlık Hukuku*, 2.B., İstanbul 2006, s. 59 vd.; Doğan, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 7.B., Ankara 2007, s. 27 vd.

1. Herkes mutlaka bir vatandaşlığa sahip olmalıdır,
2. Herkesin sadece bir vatandaşlığı olmalıdır,
3. Herkes vatandaşlığını değiştirmekte serbest olmalıdır.

Özellikle “herkesin mutlaka bir vatandaşlığı olmalıdır” ilkesi, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi’nde de üzerinde durulan bir ilkedir ve vatansızlığın önlenmesine yöneliktir. Anılan sözleşmenin 4. maddesinde bu ilke, üç ayrı şekilde ifade edilmiştir:

1. Herkes vatandaşlık hakkına sahiptir,
2. Vatansızlık önlenmelidir,
3. Hiç kimse keyfi olarak vatandaşlığından mahrum bırakılmamalıdır.

Vatandaşlık kanunu hazırlayan bir kanun koyucunun öncelikle vatansızlığa ve kişilerin keyfi olarak vatandaşlığını kaybetmesine yol açacak kurallar koymaktan kaçınması gerekir. Aslında bu ilkelerin vatandaşlığın sona ermesi noktasında bazı zorluklara yol açtığı görülmektedir. Vatandaşlığın sona ermesinde devletle kişinin menfaatleri karşı karşıyadır ve vatandaşlık kanunuyla çatışan menfaatler arasında bir denge sağlanmalıdır. Devlet, vatandaşlığını düzenleme konusunda sahip olduğu yetkiye dayanarak hangi hallerde (vatandaşının iradesine bağlı olarak veya bağlı olmaksızın) vatandaşlık bağının sona ereceğini kendisi belirler. Kişi ise vatandaşlığını değiştirme konusunda kendisinin bir tercih yapma imkânının olmasını ister. Bir yanda düzenleme yapma yetkisine sahip devlet ile diğer yanda vatandaşlığı hakkında söz sahibi olmak isteyen kişi bulunmaktadır. Kanun koyucu bu farklı menfaatler arasında dengeyi sağlayacak hükümler getirmelidir. Bu noktada kanun koyucuların başvuracağı ve vatandaşlığı kazanmada olduğu gibi yerleşmiş olan vatandaşlığın sona ermesi müesseseleri bulunmamaktadır.⁸ Bununla beraber, genellikle, devlet ile kişi arasında menfaat dengesini sağlamak üzere vatandaşlığın iki şekilde sona ermesi kabul edilmektedir: Vatandaşlığın kişinin iradesiyle sona ermesi ve vatandaşlığın kişinin iradesi dışında sona ermesi, kanun koyucunun vatandaşlığın iradi olarak sona ermesine ilişkin olarak koyduğu kurallar, vatandaşlığı değiştirme serbestisine yönelik direktif ilkeye uygun olmakla birlikte kişinin vatansız kalmasına yol açmamalıdır. Öte yandan, devlet kendi varlığı açısından önemli gördüğü hallerde kişi ile arasındaki vatan-

⁸ Göger, s. 118.

daşlık bağı, kişinin iradesi dışında sona erdirmek isteyebilir. Kanun koyucunun vatandaşlığın kişinin iradesi dışında sona ermesine ilişkin olarak koyduğu kuralların, keyfi uygulamalara yol açmaması gerekir. Bu nedenle, kanun koyucu tarafından vatandaşlığı sona erdiren haller önceden açıkça belirlenmiş olmalı ve eğer idari makam kararıyla vatandaşlık sona erdiriliyorsa bu karara karşı yargı yolu açık bırakılmalıdır. Vatandaşlığın irade dışı kayıp hallerinin cezai nitelik taşıyacak şekilde düzenlenmesinden de kaçınılmalıdır.⁹

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nde hem devletin takdiriyle (m. 7) hem de kişinin iradesiyle (m. 8) vatandaşlığın sona erdirilmesinin genel esasları düzenlenmiştir. Sözleşmede hangi hallerde devlet tarafından vatandaşlığın tek taraflı olarak sona erdirilebileceğine ilişkin bir liste verilmiştir. Türkiye bu sözleşmeye taraf olmamakla beraber, Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun vatandaşlığı sona erdiren hükümleri büyük ölçüde sözleşme ile uyumludur.¹⁰ Sözleşmenin 7. maddesinde sayılan ve vatandaşlığı kendiliğinden veya yetkili makam kararıyla sona erdiren haller şunlardır:

1. Kendi isteği ile başka bir devlet vatandaşlığını kazanma,¹¹
2. Vatandaşlığın bazı hususları gizleyerek, hileli davranışlarla veya yanlış bilgi vermek suretiyle kazanılmış olması,¹²
3. Yabancı askeri kuvvetlerin gönüllü olarak hizmetinde bulunma,¹³
4. Devletin hayati çıkarlarına ciddi olarak zarar veren davranışlarda bulunma,¹⁴
5. Devlet ile yurt dışında oturan vatandaşı arasında "gerçek bir bağ" yokluğu,¹⁵
6. Çocuğun küçük olduğu dönemde, kanun yoluyla vatandaşlığın kazanılmasına yol açan nedenlerin bulunmadığının anlaşılması,¹⁶

⁹ Bkz. Explanatory report, m. 4, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/166.htm>; Göğer, s. 118.

¹⁰ Bu konuda bkz. Tanrıbilir, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku, MHB, C. 22 (2002), s. 805 vd.

¹¹ Bkz. TVK m. 25/a.

¹² Bkz. TVK m. 24.

¹³ Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda bu tür kaybettirme sebebi bulunmamaktadır. Ancak bu husus, TVK m. 25/b ve c bentleri içinde bir durum olarak kabul edilebilir.

¹⁴ Bkz. TVK m. 26.

¹⁵ Bkz. TVK m. 25/f ve h.

¹⁶ TVK'da bu hale karşılık gelecek herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

7. Evlâtlık, kendisini evlât edinen yabancı ebeveynlerinin birisinin veya her ikisinin vatandaşlığına sahipse veya kazanmışsa.¹⁷

Sayılan sebepler tahdidi olup sözleşmeye taraf olan devletler bunların dışında başka sona erme sebeplerine kanunlarında yer veremezler (m. 7/1). Öte yandan sözleşmeye taraf olan devletlerin vatandaşlığın sona ermesini kişiyi vatansız bırakmayacak şekilde düzenlemeleri gerekmektedir. Sözleşmeye göre vatansız bırakmayacak şekilde vatandaşlığın sona ermesini düzenleme mecburiyeti, vatandaşlığın bazı hususların gizlenmesi veya hileli davranışlar yahut yanlış bilgi vermek suretiyle kazanılması halinde bulunmamaktadır (m. 7/3).

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, akit devletlerin kişilere vatansız kalmamak şartıyla vatandaşlıktan çıkmalarına izin vermelerini öngörmektedir. Bununla beraber akit devletler bu hakkı sadece yurt dışında mutaden oturan vatandaşlarına tanıyabilir (m. 8).

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ile uyumunu sağlama gerekçesiyle hazırlanan Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın ilgili hükümlerinin bu açıdan ele alınması yerinde olacaktır.

III. TVK ve Tasarının Türk Vatandaşlığının Kaybını Düzenleme Tarzı

A. TVK'da Kayıp

Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun İkinci Bölümünde "*Türk Vatandaşlığının Kaybı*" başlığında başlıca üç yolla vatandaşlığın sona ermesi düzenlenmiştir. Bu yollardan birincisi kanun yoluyla kayıp (m. 19), ikincisi yetkili makam kararıyla kayıp (m. 20-26) ve üçüncüsü seçme hakkıyla kayıptır (m. 27-28).¹⁸

TVK'da vatandaşlığın kanun yoluyla kaybı başlığında yabancı ile evlenen Türk kadınının eşinin vatandaşlığını evlenme nedeniyle kazanması halinde terk beyanında bulanarak Türk vatandaşlığından ayrılması düzenlenmektedir (m. 19). Bu halde, yabancı ile evlenme, vatandaşlığın kanun gereği kendiliğinden kaybına yol açmadığı için

¹⁷ TVK'da Türk vatandaşı evlâtlığın yabancı tarafından evlat edinmesi nedeniyle vatandaşlığının sona ermesi kabul edilmemiştir.

¹⁸ Vatandaşlığı kazanma yollarıyla paralelliği sağlama amacıyla yapılan bu ayırım, haklı olarak eleştirilmektedir, Göger, s. 121; Uluocak, s. 68-69; Nomer, s. 94; Doğan, s. 98.

burada bir tür iradi kayıp hali, seçme hakkıyla vatandaşlığın sona ermesi söz konusudur.

TVK'da vatandaşlığın yetkili makam kararıyla sona ermesi, hem iradi hem de irade dışı kayıp hallerini içerecek şekilde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Vatandaşlıktan "çıkma" (m. 20-23), iradi bir kayıp hali iken, "vatandaşlığa alınmanın iptali" (m. 24), "kaybettirme" (m. 25) ve "çıkarma" (m.26) halleri kişinin iradesi dışında vatandaşlığının kaybına neden olmaktadır. TVK, kaybettirme ve çıkarma yollarını, "vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemler" başlığı altında hükme bağlamıştır.¹⁹

Çıkma, herkesin vatandaşlığını değiştirmede serbest olmasına dair ilkenin sonucu olarak kabul edilmektedir. Çıkma, kanunda belirtilen şartların varlığı halinde ilgilinin vatandaşlıktan çıkma talebinde bulunması ve yetkili makamın izniyle gerçekleşen bir vatandaşlığı kayıp halidir. TVK'nun çıkmanın şartlarını ve sonuçlarını düzenleyen hükümleri muhtelif tarihlerde değiştirilerek ihtiyaçlara uygun hale getirilmeye çalışılmıştır.²⁰

Yetkili makam kararıyla vatandaşlığa alınma kararı, ilgilinin yalan beyanı veya önemli hususları gizlemesi sonucunda verilmiş ve bu kararın verilmesinden itibaren beş yıl geçmemiş ise, vatandaşlığa alınma kararı Bakanlar Kurulu'nca iptal edilir (m. 24). Buna karşılık ilgilinin izin almaksızın yabancı bir devlet vatandaşlığını kendi isteğiyle kazanması, yabancı bir devletin hizmetinde bulunması, askerlikle ilgili yükümlülük ve görevlerini yerine getirmemesi ve Türkiye ile ilgi bağlılığın zayıflaması hallerinden birinin mevcudiyeti halinde vatandaşlığın kaybettirilmesine Bakanlar Kurulu'nca karar verilebilir (m. 25). Eğer ilgili, Türkiye'nin iç ve dış güvenliğiyle iktisadi ve mali güvenliği aleyhine faaliyette bulunmuş ve yurt dışına kaçmış, bu nedenle de hakkında takibat veya yargılama yapılması mümkün olamıyor ve yapılan çağrıya rağmen ülkeye dönmüyorsa hakkında Bakanlar Kurulunca çıkarma kararı verilebilir (m. 26). Vatandaşlığa alınmanın iptali, kaybettirme ve çıkarmada vatandaşlığın kaybı, kişinin iradesi dışında yetkili makam kararıyla gerçekleşmektedir. Bu nedenle TVK'da irade

¹⁹ Türk hukukunda vatandaşlığın kaybına ilişkin tarihi gelişim için bkz. Göger, s. 119 vd.; Berki, "Türk Hukukunda Tabiiyetin Ziyatı, (Tabiiyetin Ziyatı)", *AHFD*, C. 10 (1953), S. 1-4, s. 433 vd.

²⁰ 2383 sayılı kanun (RG, 17.2.1981-17254), 4112 sayılı kanun (RG, 12.6.1995-22311), 4866 sayılı kanun (RG, 12.06.2003-25136).

dışı kayıp halleri açık ve keyfiliğe yol açmayacak şekilde düzenlenmiştir.

Seçme hakkıyla kayıp ise kanunda belirtilen kişilerin süresi içinde vatandaşlığı terk beyanında bulunmasıyla gerçekleşir. TVK, iki gruba, kanunda belirtilen küçüklere (m. 27) ve evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanan kadına (m. 28) seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılma hakkını tanımıştır. Böylece, *“kimseye zorla vatandaşlık yüklenememesi ve herkesin vatandaşlığını değiştirmede serbest olması”* ilkesiyle *“herkesin sadece bir vatandaşlığı olmalıdır”* ilkesine cevap verilmiştir.

B. Tasarıda Kayıp

Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'na göre vatandaşlığın kaybı başlıca iki yolla gerçekleşmektedir (m. 23); Türk vatandaşlığı ya yetkili makam kararıyla ya da seçme hakkının kullanılmasıyla kaybedilir. Tasarının 24. maddesine göre yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kaybı, çıkma, kaybettirme veya vatandaşlığa alınmanın iptali ile gerçekleşir. Görüldüğü üzere, tasarının vatandaşlığın kaybına ilişkin düzenlemesi, TVK'nın düzenlemesinden farklıdır. TVK ile tasarının vatandaşlığı kazanmayı düzenleme tarzları ve hükümlerin muhtevası göz önünde bulundurulduğunda, bu bölümde gerçekten de oldukça fazla değişikliğe gidilmiştir.

1. Yabancı ile evlenen kadına tanınan vatandaşlıktan ayrılma imkânına tasarıda yer verilmemiştir. Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında cinsiyet ayrımı kaldırıldıktan sonra, sadece kadına bu yolla vatandaşlıktan ayrılma imkânının verilmesinin isabeti tartışılabilir. Tasarının anılan hükme yer vermemesi yerinde olmuştur.

2. Vatandaşlıktan çıkmaya ilişkin hükümlerde kısmen kısaltma ve bazı değişikliklere başvurulmuştur (m. 25-28). Çıkmanın şartları, usulü ve sonuçlarında yapılan değişikliklere aşağıda değinilecektir.

3. Vatandaşlığın kaybettirilmesi yolunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Kaybettirme kararının verilmesine neden olabilecek sebepler TVK'da sekiz bentte sayılmış iken tasarıda bu sayı üçe indirilmiştir. Üstelik bu sebeplerden sadece ikisi mevcut kanunda yer almakta, üçüncüsü tasarıyla getirilmektedir. Bu düzenlemenin isabeti tartışılabilir.

4. Vatandaşlığa alınmanın iptaline ilişkin düzenlemede de gerek şartlar gerek ifade ve gerekse kararın sonuçları bakımından mevcut düzenlemeden farklılıklar bulunmaktadır.

5. Tasarıda seçme hakkı sadece küçükler yönünden düzenlenmiştir. Tasarıda, TVK'da yer alan evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanan kadının seçme hakkıyla vatandaşlıktan ayrılma imkânına yer verilmemiştir. Tasarının bu düzenlemesi yerinde olmuştur.

6. Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 26. maddesinde düzenlenmiş bulunan "çıkarma" suretiyle vatandaşlığın sona erdirilmesi yolu, tasarıya konulmamıştır. Çıkarma müessesesine yer verilmemesi yerinde olmuştur.

Bununla beraber, tasarının tümüne hâkim olan ifade ve teknik kavramların kullanımında zafiyet ile sistematik problemi "kayıp" bölümünde de kendini hissettirmektedir. Bu konuya ilişkin olarak sadece madde başlıklarıyla ilgili iki örnek vermek mümkündür.

Tasarıda hemen dikkati çeken ilk problem, seçme hakkına ilişkindir. Seçme hakkıyla vatandaşlığın kaybına ilişkin tasarı hükümleri ise metnin içine adeta saklanmıştır. Tasarının 23. maddesinde Türk vatandaşlığının kaybına yol açan başlıca iki yoldan bahsedilmektedir. Kanunun yazılış tekniği itibariyle sonraki maddelerin başlıklarında bu iki yolun adının zikredilmesi gerekir. Nitekim tasarının 24. maddesinin başlığı ana kayıp hallerinden birincisi olan, "yetkili makam kararı ile kayıp"tır. Anılan maddeyi takip eden 25 ila 33. maddelerde bu ana kayıp halinin türleri ve sonuçları düzenlenmiştir. Mantiken 34. maddenin başlığının "seçme hakkının kullanılması" ifadesini taşıması gerekirken "Türk vatandaşlığını kazanmış olan çocuklar" ifadesi kullanılmıştır. Madenin seçme hakkıyla ilgili olduğu ancak ikinci fıkrasından anlaşılabilir. Tasarının İçişleri Komisyon'unda incelendikten sonra başlık "Türk vatandaşlığının seçme hakkı ile kaybı" olarak değiştirilmiştir.

Tasarıda dikkati çeken bir diğer problem de, her vatandaşlığı kayıp halinin sonuçlarını düzenleyen maddelerin başlıklarıdır. Tasarının,

27. maddesinde "Türk vatandaşlığından çıkmanın geçerliliği ve sonuçları"

30. maddesinde "Türk vatandaşlığının kaybettirilmesinin geçerliliği ve sonuçları"

32. maddesinde "İptal kararının geçerliliği ve sonuçları"

35. maddesinde “Seçme hakkı ile Türk vatandaşlığını kaybetmenin geçerliliği ve sonuçları”

ifadeleri yer almaktadır. Anılan dört hükümden, vatandaşlığı sona erdiren bu tür kararların geçerliliğine ilişkin herhangi bir düzenleme yapıldığı sonucu çıkarılmamalıdır. Zira her dört maddede geçerlilik başlığına, sadece söz konusu kararların hangi andan itibaren hüküm doğuracağını belirleyen cümleler girmektedir. Vatandaşlığı sona erdiren kararlar, birer idari işlemdir. İdari işlemlerin geçerli bir şekilde meydana gelebilmesi için yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurlarını taşımaları gerekir.²¹ Bu unsurların içerisinde, “işlemin hangi anda hükümlerini doğuracağı” gibi bir unsur bulunmamaktadır.²² Dolayısıyla madde başlıklarının değiştirilmesi yerinde olacaktır. Örneğin, her dört maddenin başlığı da “kayıp anı, eş ve çocuklara etkisi” olarak değiştirilebilir.

IV. Tasarıya Göre Türk Vatandaşlığının Kaybına Yol Açan Haller

Tasarıda, yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kaybı TVK'nun üçlü ayırımından farklı olarak düzenlenmiştir. Tasarının 23. maddesinde vatandaşlığın yetkili makam kararıyla ve seçme hakkının kullanılmasıyla yoluyla kaybedilebileceği belirtilmektedir. Vatandaşlığı sona erdiren bu hallerin bir kısmı ilgilinin iradesine bağlı olarak gerçekleşirken bir kısmı da ilgilinin iradesi dışında gerçekleşmektedir. Bu başlık altında tasarının vatandaşlığın kaybına yol açan halleri düzenleyen hükümleri TVK ve Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ile karşılaştırılarak ele alınacak ve yeri geldiğinde diğer devletlerin hukuk düzenlerindeki konuya ilişkin hükümlerinden örnekler verilecektir.

A. Yetkili Makam Kararıyla Vatandaşlığın Kaybı

Tasarıda yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kaybının üç yolla sona ermesi söz konusudur (m. 24): Çıkma, kaybettirme ve vatandaşlığın iptali.²³

²¹ Bkz. Günday, *İdare Hukuku*, 9. B., Ankara 2004, s. 123-148.

²² Ayrıca bu ifade, anlam açısından da yeterli değildir. Zira Türk vatandaşlığından çıkmanın geçerliliği, Türk vatandaşlığının kaybettirilmesinin geçerliliği, iptal kararının geçerliliği ve seçme hakkı ile Türk vatandaşlığını kaybetmenin geçerliliği ifadelerinin hukukiliği tartışılabilir.

²³ “Vatandaşlığın iptali” ifadesi yerine “vatandaşlığa alınmanın iptali” ifadesinin ter-

1. Çıkma

Herkes vatandaşlığını değiştirmede serbest olmalı ve herkesin sadece bir vatandaşlığı olmalıdır, ilkelerini gerçekleştirmek üzere vatandaşlık kanunlarınca fertlere “çıkma” yoluyla vatandaşlıktan ayrılma imkânı tanınmaktadır. Çıkma, ilginin iradesi ve yetkili makamın kararıyla gerçekleşen bir kayıp halidir. Bu halde kişi, kanunda belirtilen şartları yerine getirmişse vatandaşlıktan çıkmayı talep edebilir, yetkili makamda bu şartların yerine geldiğini tespit eder ve çıkmayı uygun görürse, çıkma iznini verir. Çıkmada önemli olan vatandaşlıktan ayrılmak isteyen kişinin vatansız kalmamasıdır. Dolayısıyla kişilere vatandaşlığını değiştirme serbestisi, vatansız kalmama şartıyla tanınmıştır.

TVK'nın çıkma ile ilgili hükümleri değişik tarihlerde değişikliğe uğramıştır. TVK'nın çıkmaya ilişkin hükümleri aynı zamanda Türk vatandaşlığını muhafaza ederek yabancı devlet vatandaşlığını kazanma iznini de düzenlemektedir (m. 22/III). TVK'nın yapısı gereği önce çıkmanın şartları, sonra müracaat makamı, çıkma izin belgeleri ve son olarak da çıkmanın hükmü ele alınmış, çıkmanın kişi ile eş ve çocukları bakımından sonuçları kanunun “*kaybın sonuçları*” başlığı altında üç ayrı hükümle düzenlenmiştir (m. 29, 31 ve 32).

Tasarıda çıkma, esas itibariyle, TVK'ya benzer şekilde ele alınmıştır: Öncelikle çıkmanın şartları, sonra çıkma belgeleri, Türk vatandaşlığından çıkmanın geçerliliği ve sonuçları ile çıkma izni olarak vatandaşlıktan çıkan kişilere tanınan haklar gelmektedir. Ancak tasarıda çok vatandaşlık, “*çeşitli hükümler*” başlığı altına alınmıştır.

a. Çıkmanın Şartları

TVK'da olduğu gibi tasarıda da çıkma izninin İçişleri Bakanlığınca verileceği öngörülmüştür. Bakanlık, çıkmak için izin isteyen kişilere kanundaki şartları taşımaları halinde çıkma izni verebilir. Çıkma izni verme konusunda idareye bir takdir yetkisi tanınmıştır.²⁴ Çıkma izni için aranılan şartlar büyük ölçüde TVK'nın 20. maddesinde sayılan şartlarla benzerlik göstermektedir. Tasarıda çıkma izni için aranılan şartlar şunlardır:

cih edilmesi yerinde olur.

²⁴ 4866 sayılı kanunla TVK'da yapılan değişiklikte bu husus, ilk olarak, açıkça belirtilmiştir.

aa. Ergin ve Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmak

Bu şartın, değiştirilmeyen tek şart olduğunu söylemek yanlış olmaz.

bb. Yabancı Bir Devlet Vatandaşlığını Kazanmış Olmak veya Kazanacağına İlişkin İnandırıcı Belirtiler Bulunmak

TVK'nın orijinal metninde bu şart, *"İradesi dışında herhangi bir sebeple başka bir devlet vatandaşı olmak veya başka bir devlet vatandaşlığını kazanacağı hakkında inandırıcı belirtiler bulunmak"* şeklinde ifade edilmiştir. TVK'nın 20. maddesi, 2383 sayılı kanun ile değiştirilmiş ve mevcut hale getirilmiştir: *"Herhangi bir nedenle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olmak veya başka bir devlet vatandaşlığını kazanacağına ilişkin inandırıcı belirtiler bulunmak"*. Tasarıda ise ilgilinin yabancı devlet vatandaşlığının kazanılması şekline değinmeksizin onun vatansız kalmasını önleyecek her halin çıkma talebi için yeterli olduğu bir ifade tercih edilmiştir.

cc. Herhangi Bir Suç veya Askerlik Hizmeti Nedeniyle Aranılan Kişilerden Olmamak

Çıkmanın bu şartı iki farklı hususu içermektedir. Bunlardan birisi, çıkmak isteyen kişinin herhangi bir suç nedeniyle aranan kişilerden olmaması şartıdır. Anılan şart, 4866 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonrasında TVK'ya girmiştir.²⁵ Diğer şart, askerlik ile ilgilidir. TVK'nın 4112 sayılı kanunla yürürlükten kalkan metninde,²⁶ muvazzaf askerlik hizmetini yapmış olmak veya yapmış sayılmak şartı aranmakta idi.²⁷ Tasarı askerlik hizmetinin ifasını yeniden vatandaşlıktan çıkmanın bir şartı haline getirmektedir.

²⁵ TVK'nın 20. maddesinin c bendi şu hükmü ihtiva etmektedir: *"Herhangi bir suç nedeniyle aranmakta olan kişilerden olmamak"*

²⁶ TVK'nın 4112 sayılı kanunla yürürlükten kalkan metni aşağıdadır:

"b) Muvazzaf askerlik hizmetini yapmış olmak veya yapmış sayılmak.

Muvazzaf askerlik hizmetini yapmış olmak kaydından istisnası zarurî görülenler hakkında Milli Savunma Bakanlığı'nca izin verilmesi mümkündür. Ancak bu şekilde Türk vatandaşlığından çıkan şahıs yeniden vatandaşlığa alındığı takdirde askerlik hizmetini yapmakla ödevlidir."

²⁷ Bkz. TVK Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, m. 32.

çç. Hakkında Herhangi Bir Mali ve Cezai Tahdit Bulunmamak

Bu şart aynen, 4866 sayılı kanunla değişik TVK'nın 20. maddesinin d bendinden alınmıştır. Tasarının 25. maddesinin gerekçesinde, herhangi bir suç nedeniyle arananlar ile mali ve cezai tahdidi bulunanlara, devletin bu kişiler üzerindeki tasarrufunun ortadan kalkmaması için çıkma izni verilmeyeceği belirtilmiştir.²⁸

b. Çıkma İzin Belgesi ve Çıkma Belgesi

TVK'nın 22. maddesine benzer şekilde, tasarıda da iki tür belgeden söz edilmektedir. Tasarının 26. maddesinde, yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmak üzere Türk vatandaşlığından çıkmak için izin isteyenlerden talepleri uygun görülenlere Bakanlıkça, Türk vatandaşlığından çıkma izin belgesi; verilen izin sonucunda veya önceden yabancı bir devlet vatandaşlığını kazandığını belgeleyenlere ise Türk vatandaşlığından çıkma belgesi verileceği belirtilmiştir. TVK'dan farklı olarak, anılan maddede çıkma izin belgesinin karar tarihinden itibaren iki yıl süreyle geçerli olduğu ve süresi içinde yabancı devlet vatandaşlığı kazanılmaması halinde belgenin geçerliliğini yitireceği de hükme bağlanmıştır. Zira TVK'nın 22. maddesinin dördüncü fıkrasında çıkma izin belgesinin süresi üç yıl olarak belirlenmiş ve ilgiliye süre sonunda yetkili makamı bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir. Eğer ilgili bu süre içerisinde yetkili makamı bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmese vatandaşlığını kaybedip kaybetmediğine Bakanlar Kurulu'nca karar verilecektir (m. 23). Görüldüğü üzere TVK sistemi içinde kişinin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi, vatsansız kalıp kalmayacağı dikkate alınmadan vatandaşlığı kayıp sebebi olarak düzenlenmiştir. Tasarının sadece izin belgesinin geçersiz hale geleceğine ilişkin düzenlemesi yerinde olmuştur.

Çıkma izin belgesi ile çıkma belgesi konusunda 25 ve 26. maddeler birlikte değerlendirildiğinde bir husus dikkati çekmektedir. Tasarının 25. maddesinde, Türk vatandaşlığından çıkmak isteyenlere maddede sayılan şartların mevcudiyeti halinde Bakanlıkça "çıkma izninin" verilmesi hususu düzenlenmektedir. Sayılan şartlardan birisi de ilgilinin

²⁸ Madde gerekçesi, kişinin çıkma belgesi verilinceye kadar Türk vatandaşı olduğu hususunun gözardı edilmesi nedeniyle eleştirilmektedir. Bkz. Doğan, s. 107, dpn. 138.

hâlihazırda yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olmasıdır. Eğer kişi yabancı devlet vatandaşlığını kazanmışsa artık çıkma izni almasına yer olmasa gerektir. Nitekim 26. maddede bu durumdaki kişilere “çıkma belgesinin” verileceği hükme bağlanmıştır. TVK’nın 20 ve 22. maddelerinde de aynı ifadeler mevcuttur. Kanaatimizce tasarının 25. maddesini her iki durumu kapsayacak şekilde düzenlemek yerinde olacaktır:

“(1) Türk vatandaşlığından çıkmak için izin isteyen kişilere aşağıdaki şartları taşımaları halinde Bakanlıkça çıkma izni veya çıkma belgesi verilebilir.”

TVK’nın 22. maddesinin üçüncü fıkrasında bir başka izin belgesine yer verilmiştir. 2383 sayılı kanun ile yapılan değişiklik neticesinde maddeye eklenen bu fıkra, Türk vatandaşlığını muhafaza ederek başka bir devlet vatandaşlığını kazanma iznini düzenlemektedir. Tasarıda bu husus düzenlenmemiş olmakla beraber, Altıncı Bölümde “yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanma” başlığını taşıyan 44 (45). maddede herhangi bir nedenle yabancı devlet vatandaşlığını kazandığını yetkili makama bildirenlerin durumunun nüfus aile kütüğüne işleneceği belirtilmiştir. Dolayısıyla Türk vatandaşlarının yetkili makamdan izin almaksızın yabancı devlet vatandaşlığını kazanmalarının önü açılmaktadır. İtalyan VK, bir İtalyan vatandaşının başka bir devlet vatandaşlığını kazandığı takdirde bunu yetkili makama bildirme yükümlülüğü getirmekte ve bu yükümlülüğü yerine getirmeyenlerin de para cezasıyla cezalandırılmalarını hükme bağlamaktadır (m. 24/3). Çok vatandaşlığa sınırlı hallerde izin veren Alman VK, bu hallerin dışında yabancı devlet vatandaşlığının kazanılmış olmasını vatandaşlığın kaybı sebebi olarak kabul etmektedir (m. 17, 25).

c. Çıkmanın Sonuçları

Tasarıda vatandaşlıktan çıkmanın sonuçları iki ayrı maddede düzenlenmektedir. Tasarının 27. maddesinde vatandaşlığı kayıp anı ve çıkmanın eş ve çocuklara etkisi, 28. maddede ise izinle vatandaşlıktan çıkanlara tanınan haklar yer almaktadır. 28. maddenin düzenlediği hususların 27. maddenin ilk fıkrasına eklenmesinin daha isabetli olacağı düşünülmektedir.

aa. İlgili Bakımından Sonuçlar

1. Çıkma belgesinin verilmesiyle kişi Türk vatandaşlığını kaybeder, yabancı statüsüne geçer (m. 27/1).

2. Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve kendileri ile birlikte işlem gören çocukları; milli güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü, seçme ve seçilme, kamu görevlerine girme ve muafin araç veya ev eşyası ithal etme hakları dışında, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler (m. 28). Bu hüküm, büyük ölçüde 4886 sayılı kanunla değişik TVK'nın 29. maddesinin ikinci cümlesinin tekrarıdır.

3. Çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak kaydıyla yeniden vatandaşlığa alınma yolundan yararlanmaları mümkündür (m. 13).

bb. Eş Bakımından Sonuçlar

TVK'nın 31. maddesine göre vatandaşlıktan çıkma, diğer eşin Türk vatandaşlığına tesir etmez. Tasarıda da aynı sonuç kabul edilmiştir (m. 27/2).

cc. Çocuklar Bakımından Sonuçlar

TVK'nın 32. maddesine göre, Türk vatandaşlığından çıkan baba veya ananın küçük çocukları kanunda belirtilen hallerden birinin varlığı halinde ebeveynlerine bağlı olarak vatandaşlıklarını kaybederler. Tasarının 27. maddesinin 2-4. fıkralarında çocuklar bakımından çıkmanın sonuçları düzenlenmiştir. Tasarıya göre ana veya babaya bağlı olarak vatandaşlığın kaybı, vatandaşlığını kaybeden ana ya da babanın talebinin bulunması ve diğer eşin de muvafakat etmesi halinde söz konusudur. Görüldüğü üzere tasarı, TVK'da yer alan alternatif şartlara yer vermemiştir. Ayrıca çocukların vatandaşlığını kaybetmelerini ana veya babalarının talebi şartına bağlamıştır. hükümet tasarısının 27. maddesi, Meclis İçişleri Komisyonu'nda değişikliğe uğramış ve "(3) Çocuk on beş yaşından büyük ise, ana ya da babaya bağlı olarak vatandaşlığın

kaybı çocuğun yazılı muvafakatine bağlıdır." hükmü madde metninden çıkarılmıştır. Tasarının 27/3. hükmünün çıkarılış nedeni olarak, "genel kabul gören yaşın 18 yaş olması" olarak gösterilmiştir.²⁹ Öte yandan, bir husus dikkati çekmektedir; TVK'da "küçükler" tabiri kullanılırken tasarıda "çocuklar" tabiri kullanılmıştır. Çocuğun tanımı ise tasarıda bulunmamaktadır. Bu nedenle ya tasarının tanımlar başlıklı 3. maddesine çocuk tanımı eklenmelidir ya da bu tabir yerine küçük ifadesi kullanılmaya devam edilmelidir.

2. Kaybettirme

Kaybettirme yoluyla vatandaşlığın sona ermesi, kanunda belirtilen hallerde yetkili makamın kararı ile fakat ilgilinin talebi olmaksızın gerçekleşir. Bu konuda hazırlanan Tabloda kaybettirme sebepleri karşılaştırmalı olarak verilmiştir. Türk hukukuna "kaybettirme" tabiri 403 sayılı TVK ile girmiştir. 1869 (1284) yılında kabul edilen Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi'nin (TOK)³⁰ 6. maddesinde izin almaksızın yabancı devlet vatandaşlığının kazanılmasının "iskat" sebebi olduğu hükme bağlanmıştır.³¹ 1916 yılında TOK'nun 6. maddesine ilave edilen hükümlerle iskat sebepleri genişletilmiştir. Yabancı devletin askerlik dışında kendi rızasıyla hizmetinde bulunma ve Osmanlı Devleti'ne karşı askerlikle ilgili yükümlülüklerini³² yerine getirmeme halleri de iskat sebebi sayılmıştır.

1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun³³ 9 ve 10. maddelerinde bu sebepler aynen yer almıştır. Aynı kanunun 11. maddesinde de müktesep vatandaşlığın iskatına yol açan sebep düzenlenmiştir. Buna göre devletin iç ve dış güvenliği aleyhine faaliyette bulunma ve asker-

²⁹ Kendi görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olan bir çocuğun kendisi ile ilgili hususlarda görüşünü bildirebilmesi kabul edilmektedir. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde bu husus ifade edilmiştir. TVK'daki hükümler bu sözleşmeye nazaran daha geniş bir alanda çocuklara görüş bildirme olanağı sağlamaktadır.

³⁰ Metin için bkz. Unat, *Türk Vatandaşlık Hukuku (Metinler-Mahkeme Kararları)*, Ankara 1966, s. 8-10.

³¹ Bu durum, TOK'nun çıkarılış nedenidir ve kanunun başında bu hususa işaret edilmiştir. Bkz. Unat, s. 8.

³² TOK'ya eklenen askerlikle ilgili iskat sebepleri şunlardır: mecburi askerlik görevinden kaçma, kıtasına katıldıktan sonra kaçma ile yurt dışında bulunan silahlı kuvvetler mensuplarının geri dönmemeleri. Bu sebepler 403 sayılı TVK m. 25/ç, d ve e bentlerinde kaybettirme sebebi olarak kabul edilmiştir.

³³ Metin için bkz. Unat, s. 111 vd.

lik ile ilgili yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde müktesep tabiiyetlilerin vatandaşlığı ıskat olunabilir. 1312 sayılı TVK'ya göre vatandaşlıktan ıskat edilenlerin ülkeye girişi yasaktır, ülkede bulunanlar sınır dışı edilirler ve Türkiye'deki malları tasfiye olunur (m. 12).

403 sayılı TVK ise "*vatandaşlığın ıskatı*" tabiri kullanılmamış; onun yerine "*vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemler*" başlığı altında "*kaybettirme*" ve "*çıkarma*" isimli vatandaşlığı sona erdiren iki yol öngörülmüştür. Kaybettirme sebepleri büyük ölçüde 1312 sayılı TVK'nun 9-10. maddelerinde sayılan sebeplerdir. Müktesep tabiiyetliler için uygulanan ıskat ise biraz şekil değiştirilerek çıkarma olarak düzenlenmiştir.³⁴ 403 sayılı TVK'ya göre vatandaşlıktan çıkarılanlar, hiçbir şekilde yeniden vatandaşlığa alınamazlar, Türkiye'ye yeniden girişleri izinle ve kısa süreli olarak mümkün olabilir ve bu kişilerin Türkiye'deki malları tasfiye olunur.

Tasarıda, ne ıskat ne de vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemler tabirlerine yer verilmiştir. Tasarıda sadece vatandaşlığın kaybettirilmesi yolu düzenlenmiş ve kaybettirme kararına yol açan haller oldukça sınırlandırılmıştır. Daha önce de belirtildiği üzere, tasarıda çıkarma müessesesine yer verilmemiştir.

a. Kaybettirme Nedenleri

aa. Türk Vatandaşlığı Kanununda Yer Alan Kaybettirme Nedenleri

TVK ile tasarının vatandaşlığı kaybettirme nedenleri birbirinden farklıdır. TVK'da kaybettirme sebepleri 25. maddede sekiz bent halinde sayılmıştır. Kanunda sayılan kaybettirme sebeplerini konuları bakımından dört grupta toplamak mümkündür:³⁵

1. İzin almaksızın kendi isteği ile yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmak

³⁴ Bkz. Berki, *Esaslar*, s. 315. TVK'daki kaybettirmenin teknik anlamda ıskat olmadığı kabul edilmektedir. Öte yandan, anayasanın 66. maddesine göre hiç kimse vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemlerde bulunmadıkça vatandaşlıktan çıkarılamaz. Ancak TVK'da bu başlık altında kaybettirme yolu da düzenlenmiştir. Eleştiri için bkz. Göger, s. 148.

³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Uluocak, 89 vd.; Nomer, 121 vd.; Doğan, s. 131 vd.

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'ne göre kendi isteği ile başka bir devlet vatandaşlığını kazanma, vatandaşlığın sona erdirilmesi sebepleri arasındadır. Türk hukukunda vatandaşlıkla ilgili bütün düzenlemelerde bu kayıp hali bulunmaktadır. Kendi isteğiyle yabancı devlet vatandaşlığını kazanmanın, geleneksel vatandaşlığı kayıp sebebi olarak kabul edildiğini söylemek yanlış olmaz. 403 sayılı TVK'da anılan sebebe dayanılarak kaybettirme kararının verilebilmesi için bir şart daha aranmaktadır: "*izin almaksızın*" yabancı devlet vatandaşlığının kazanılmış olması (m. 25/a). TVK'nın 25. maddesi ile ilgili uygulama incelendiğinde (a) bendinin çok fazla kullanıldığı, bu bende dayanılarak birçok kaybettirme kararı verildiği gözlenmektedir.

2. Yabancı bir devletin hizmetinde bulunma

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'ne göre yabancı askeri kuvvetlerin gönüllü olarak hizmetinde bulunma, vatandaşlığın sona erdirilmesi sebeplerinden birisidir. Türk hukukunda yabancı devlete hizmet, sadece askerlikle sınırlandırılmamıştır; bu hizmet resmi, özel, askeri veya sivil her türlü hizmet olabilir (m. 25/b, c). Yabancı bir devletin hizmetinde bulunma nedeniyle vatandaşlığın kaybı, TOK ve 1312 sayılı TVK'da da öngörülmüştür. Bunun için, Türkiye'nin savaş halinde bulunduğu veya savaşın söz konusu olmadığı halde ilgilinin Türkiye'nin menfaatlerine uymayacak şekilde yabancı bir devletin hizmetinde bulunması gerekir.³⁶ Benzer nedenin muhtelif devletlerin vatandaşlık kanunlarında da yer aldığı görülmektedir. Bu kanunlara örnek olarak Avusturya (m.33) ve Yunanistan (m. 14) vatandaşlık kanunları gösterilebilir.

3. Askerlikle ilgili kaybettirme sebepleri

Askerlik yükümlülüğü ile vatandaşlık ilişkisi zamana ve yere göre değişmekle beraber, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nde askerliğin, sadece yabancı askeri kuvvetlerin gönüllü olarak hizmetinde bulunması durumunda vatandaşlığın kaybına neden olacağı hükme bağlanmıştır. Ancak Türk hukukunda askerlik nedeniyle vatandaşlığın kaybı

³⁶ TVK'nın 25. maddesinin b ve c bentleri şu şekilde tanzim edilmiştir:

"b. Yabancı bir devletin, Türkiye'nin menfaatlerine uymayan herhangi bir hizmetinde bulunup da hükümetçe, bu görevi bırakmaları kendilerine yurt dışında elçilik veya konsolosluklarımız, yurt içinde ise mahalli mülki amirleri tarafından bildirilmesine rağmen üç aydan az olmamak üzere verilecek münasip bir süre içerisinde kendi istekleri ile bırakmayanlar",

"c. Türkiye ile savaş halinde bulunan bir devletin her türlü hizmetinde kendi istekleriyle hükümetin izni almaksızın çalışmaya devam edenler."

daha geniş olarak düzenlenmiştir (m. 25/ ç, d, e).³⁷ İlgilinin askerlikle ilgili yükümlülüklerini yerine getirmemesi, askerlikten veya askerlik görevinden kaçması vatandaşlığının kaybettirilmesine yol açabilir. Askerlik yükümlülüğü ile vatandaşlık arasında bu kadar fazla ilişki kurulmasının yerinde olup olmadığı hususu tartışılabilir.³⁸ Muhtelif vatandaşlık kanunları gözden geçirildiğinde, Türk hukuku kadar geniş kapsamda askerlik yükümlülüğünün vatandaşlığa etkisine yer veren başka bir sisteme rastlanılmamaktadır. Vatandaşlık kanunlarından bazıları askerlikle ilgili herhangi bir hüküm ihtiva etmezlerken (örneğin, İtalyan VK), bir kısmı yabancı silahlı kuvvetlerin hizmetinde bulunmayı (örneğin, Almanya, Avusturya, Fransa, Hollanda, ABD VK'ları) kayıp sebebi olarak düzenlemişlerdir.

4. Ülke ile ilgi ve bağlılığın zayıflaması (m. 25/f, h)

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nde devlet ile yurt dışında oturan vatandaşı arasında "*gerçek bir bağın*" bulunmadığı tespit edilirse vatandaşlık bağı sona erdirilebilir. TVK, önce yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığını kazananların en az yedi yıl yurt dışında yaşamaları ve Türkiye ile ilgi ve bağlılıklarını sürdürecektir hiçbir temas ve işlemde bulunmamaları halini kaybettirme nedeni olarak düzenlemiştir (m. 25/f). Daha sonra 2383 sayılı kanunla 25. maddeye eklenen (h) bendiyle herhangi bir yolla yabancı devlet vatandaşlığını kazananlar için de aynı sebebe dayanılarak kaybettirme kararının verilebilmesi kabul edilmiştir. TVK'nın uzun süre yurt dışında oturma ve ülke ile ilgi ve bağlılığın zayıflaması nedeniyle vatandaşlığın sona erdirilmesini öngören hükmüne başka devletlerin vatandaşlık kanunlarında da rastlanılmaktadır. Bu kanunların bir kısmı yurt dışında doğan ve hiç ülkeye gelmeyen kişilerin vatandaşlığının sona ereceğini hükme bağlamaktadırlar.³⁹

³⁷ TVK'nın askerlikle ilgili kaybettirme sebepleri şunlardır:

"ç. Yurt dışında bulunup da muvazzaf askerlik görevini yapmak veya Türkiye'de savaş ilanı üzerine, yurt dışında bulunup da, yurt savunmasına katılmak için yetkili kılınmış makamlar tarafından usulen yapılacak çağrıya mazeretsiz olarak üç ay içinde icabet etmeyenler.

"d. Sevk sırasında veya kitalarına katıldıktan sonra yurt dışına kaçıp da kanuni süre içinde geri dönmeyenler.

"e. Silahlı Kuvvetler mensupları ile askerlik görevini yapmakta olanlardan görev, izin hava değişimi veya tedavi için yurt dışında bulunup da süresi bittiği halde mazeretsiz olarak üç ay içinde geri dönmeyenler."

³⁸ Bkz. Göğür, s. 150.

³⁹ Bu konuda bkz. Danimarka VK m. 8, İsviçre VK m. 10, Finlandiya VK m. 34, Kanada VK m. 8, Azerbaycan VK m. 17, İsveç VK m. 14, Yunan VK m. 20, Ermenistan VK

TVK'nın 25. maddesine ilişkin Bakanlar Kurulu kararları incelendiğinde anılan maddede yer alan yedi nedenin kullanım sıklığı da ortaya çıkmaktadır. Bakanlar Kurulu'nun TVK'nın 25. maddesine ilişkin verdiği kaybettirme kararlarının önemli bir bölümü (a), (ç) ve (d) bentlerine dayanmaktadır. Seksenli ve doksanlı yıllarda (e) bendine dayanılarak verilmiş bir kaç kaybettirme kararına rastlanılmaktadır. TVK'nın 25. maddesinin (f) bendine dayanılarak verilmiş kaybettirme kararına 1988 yılında rastlanmakta; (b), (c) ve (h) bentlerine dayanılarak verilmiş kaybettirme kararı ise bulunmamaktadır.⁴⁰

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve muhtelif devletlerin vatandaşlık kanunları ile Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda kabul edilen kaybettirme nedenleri karşılaştırıldığında birkaç hüküm dışında benzerlik bulunmaktadır. Askerlik yükümlülüğü ve askerlik mesleği ile ilgili vatandaşlığı sona erdirmeye sebeplerine son yıllarda hazırlanan vatandaşlık kanunlarında tesadüf edilmemektedir. Bu metinlerde daha ziyade isteyerek başka bir devlet vatandaşlığının kazanılmış olması, yabancı silahlı kuvvetlerde görev yapma veya yabancı bir devletin hizmetinde bulunma nedenleri öne çıkmaktadır. Bu durumda yeni Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda bu sebeplerin yer almasının beklendiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

bb. Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nda Yer Alan Kaybettirme Nedenleri

TVK Tasarısı'nda kaybettirme 29. maddede düzenlenmiş ve başlıca üç kaybettirme nedeni kabul edilmiştir. Aşağıda belirtilen eylemlerde buldukları resmi makamlarca tespit edilen kişilerin Türk vatandaşlığı Bakanlığın teklifi ve Bakanlar Kurulu kararı ile kaybettirilebilir.

“a. Yabancı bir devletin, Türkiye'nin menfaatlerine uymayan herhangi bir hizmetinde bulunup da bu görevi bırakmaları kendilerine yurt dışında dış temsilcilikler, yurt içinde ise mülki idare amirleri tarafından bildirilmesine rağmen, üç aydan az olmamak üzere verilecek uygun bir süre içerisinde kendi istekleri ile bu görevi bırakmayanlar,

m. 25.

⁴⁰ 2383 sayılı kanunla TVK'nın 25. maddesine eklenen ve 3808 sayılı kanunla ilga edilen (g) bendine dayanılarak birçok kaybettirme kararı verilmiştir. Ancak bu hükmün yürürlükten kaldırılmasıyla beraber, haklarında kaybettirilme kararı verilenlerin vatandaşlığının canlandırılması hükme bağlanmıştır.

b. Türkiye ile savaş halinde bulunan bir devletin her türlü hizmetinde Bakanlar Kurulunun izni olmaksızın kendi istekleriyle çalışmaya devam edenler,

c. İzin olmaksızın yabancı bir devlet hizmetinde gönüllü olarak askerlik yapanlar.”

Tasarının kaybettirme kararının verilmesine yol açabileceğini belirttiği ilk iki neden, mevcut TVK'nın 25. maddesinin (b) ve (c) bentlerinde yer alan nedenlerdir. Anılan maddenin (c) bendindeki şart ise TVK için yeni bir kaybettirme nedenidir.⁴¹

1. Tasarının 29. maddesinin (a) bendi hükmü uyarınca kaybettirme kararı verilebilmesi için gerçekleşmesi gereken şartların başında, ilgilinin yabancı bir devletin hizmetinde bulunması gelmektedir.⁴² Yabancı bir devletin hizmetinde bulunmak tek başına kaybettirme sebebi değildir, ayrıca bu hizmetin Türkiye'nin menfaatlerine uymaması da gerekmektedir. Söz konusu şartlarda ilgili, yetkili makam tarafından bu görevi bırakması yönünde bir bildirimde bulunulmasına rağmen, kendi isteğiyle bu görevi bırakmamış olmalıdır.

2. Tasarının 29. maddesinin (b) bendi hükmü uyarınca kaybettirme kararı verilebilmesi için gerçekleşmesi gereken şartların başında, ilgilinin Türkiye ile savaş halinde bulunan bir devletin hizmetinde bulunuyor olması gelmektedir. Bu halde, ilgilinin Türkiye ile savaş halinde bulunan devlete verdiği hizmetin, Türkiye'nin menfaatlerine uyup uymadığına bakılmamaktadır. Bu halde önemli olan, ilgiliye bu hizmet için Bakanlar Kurulu tarafından iznin verilip verilmediğidir. Eğer, Bakanlar Kurulu tarafından ilgiliye savaş halinde bulunan devletin hizmetinde bulunması yönünde bir izin verilmemişse, hakkında kaybettirme kararı verilebilecektir.

3. Tasarının 29. maddesinin (c) bendi hükmü, izin olmaksızın yabancı bir devlette gönüllü olarak askerlik hizmetinde bulunmayı düzenlemektedir. Ancak aynı maddenin (a) bendine göre genel olarak, yabancı bir devletin “her türlü hizmetinde” bulunma, zaten vatandaşlığı

⁴¹ Bu konuda bkz. Öztürk, Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın İrade Dışı Kaybı Yollarına Yaklaşımı, *TBB D*, C. 20 (2007), S. 73, s. 114 vd. Anılan durum Tabloda görüleceği üzere TOK'da da kullanılmıştır.

⁴² Bu hükmün yabancı devletin askerlik hizmetinde bulunulmasını da kapsadığına dair 1312 sayılı TVK yürürlükte iken verilmiş Danıştay kararı bulunmaktadır. Karar için bkz. Unat, s. 584 vd.

kaybettirme kararının verilmesine yol açabilmektedir. Genel ve idareye oldukça geniş bir takdir yetkisi veren böyle bir hüküm varken bir de özel olarak askerlik hakkında bir kaybettirme hali düzenlenmesinin sebebi anlaşılammıştır.⁴³ Tasarının 29. maddesinin (c) bendinin gerekçesinde, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi hükümleriyle uyum sağlanmak istendiği belirtilmektedir. Daha önce de belirtildiği üzere, söz konusu hal, muhtelif devletlerin vatandaşlık kanunlarında ve Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nde vatandaşlığı sona erdiren hallerden birisi olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla Türk kanun hazırlayıcıları anılan sözleşmenin vatandaşlığın irade dışı sona erdirilmesini düzenleyen 7. maddesinden esinlenmiş olabilirler. Ancak bu gerekçeye iki nedenden ötürü katılmak mümkün değildir.

Birincisi, tasarımı hazırlayanların amacı gerçekten Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ile uyum olsaydı, 29. maddeye (a) ve (b) bentlerindeki *“yabancı devlet hizmetinde bulunmayı”* koymazlardı. *“Yabancı bir devletin hizmetinde bulunmaya”* dayanan vatandaşlığı sona erdirme nedeni sözleşmede bulunmamaktadır.

İkinci olarak, tasarımı hazırlayanlar, gerçekten Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ile uyumlu bir düzenleme yapmayı isteselerdi, sözleşmenin 7. maddesindeki sona erme sebeplerinden yararlanmayı tercih ederlerdi. Üstelik bu sebepler tarihi, sosyal ve hukuki şartları itibarıyla Türk Vatandaşlık Hukukuna daha uygun olurdu. Akla, TVK'nın kabul edildiği tarihten beri kullanılmayan 25. maddenin (b) ve (c) bentleri hükümleri aynen 29. maddeye konulmak suretiyle, Türk vatandaşlığının kaybettirme yoluyla sona erdirilmesinin çok nadir hallerde başvurulan bir yol haline getirilmek istenmesi ihtimali gelmektedir. Ancak bu ihtimal de gereksiz, uygulanmayan sona erme sebeplerinin kabul edilmesini açıklayamamaktadır; kaybettirme kararının sadece yabancı devlette gönüllü olarak askerlik hizmetinde bulunma halinde verilebilmesini kabul etmek daha kolay olurdu. Bu itibarla, tasarının 29. maddesinin yeniden düzenlenmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir.

⁴³ Üstelik tasarının 29. maddesinin (c) bendinin *“yabancı bir devlet hizmetinde gönüllü olarak askerlik yapanlar”* şeklindeki ifadesi, rahatsız edicidir. Bu hükmün *“yabancı bir devlette gönüllü olarak askerlik yapanlar”* şeklinde değiştirilmesi yerinde olacaktır.

Önerilen metin:

“Türk vatandaşlığını kaybettirme

MADDE 29- (1) Aşağıda belirtilen eylemlerde buldukları resmi makamlarca tespit edilen kişilerin Türk vatandaşlığı Bakanlığın teklifi ve Bakanlar Kurulu kararı ile kaybettirilebilir:

a. İzin almaksızın kendi istekleriyle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazananlar,

b. İzin almaksızın yabancı bir devletin silahlı kuvvetlerinde gönüllü olarak askerlik yapanlar,

c. Devletin hayati çıkarlarına ciddi olarak zarar veren davranışlarda bulunurlar,⁴⁴

d. Yurt dışında doğan ve halen yurt dışında oturan, reşit olduktan sonra yedi yıl içinde Türkiye ile ilgi ve bağlılığını devam ettirecek hiçbir resmi temas ve işlemde bulunmayanlar.

2. Yukarıda sayılan hallerde kaybettirme kararının verilmesi, ilgilinin vatansız kalmasına neden olmamalıdır.”

Yukarıdaki metnin önerilmesinin başlıca gerekçeleri şunlardır: Öncelikle gerçekten Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ile uyum sağlanmış olacaktır. Uyum, sadece sona erme nedenleri bakımından değil aynı zamanda vatansızlığı önleyen ikinci fıkra bakımından da sağlanmış olmaktadır.⁴⁵ İkinci olarak, Türk Vatandaşlık Hukuku’nda geleneksel olarak kullanılan ve aslında uluslararası toplumun da benimsediği vatandaşlığı sona erdirmeye sebebi kabul edilmiş olacaktır. Üçüncü olarak, tasarıda devletin kendi varlığını korumasına olanak sağlanmış olacaktır. Zira önce iskat, daha sonra çıkarma sebebi olarak kabul edilen devleti korumaya yönelik⁴⁶ “Devletin hayati çıkarlarına ciddi olarak zarar veren davranışlarda bulunma”, tasarıda yer almamaktadır. Türk Vatandaşlık Hukuku uygulamasında çok fazla başvurulmamış olmakla beraber, hayat şartlarına daha uygun olduğu düşünülen söz konusu

⁴⁴ Veya, “Yurt dışında bulunup da Türkiye’nin iç ve dış güvenliği ile iktisadi mali güvenliği aleyhine faaliyette bulunanlar ve hakkında Türkiye’de bu nedenle kamu davası açılmasına veya ceza kovuşturmasına veya hükmün infazına olanak bulunmayan ve gelmesi için yapılan duyuruya rağmen süresi içinde yurda dönmeyen kişiler”.

⁴⁵ Bkz. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi m. 7/3.

⁴⁶ Bkz. Göğer, s. 158-159.

neden, tasarıya eklenmelidir. Önerilen metne vatansızlığı önleyen bir fıkra eklendiğinde vatandaşlar bakımından bir güvence de temin edilmiş olmaktadır.

b. Kaybettirmenin Hüküm ve Sonuçları

Tasarıda kaybettirmenin hüküm ve sonuçları, 30. maddede düzenlenmiştir.

aa. İlgili Bakımdan Sonuçlar

1. Kaybettirme kararının verilmesiyle kişinin Türk vatandaşlığı sona ermiş olacaktır.

2. Tasarının 30. maddesinin ilk fıkrasında kaybettirme kararının hangi andan itibaren hüküm ifade edeceği hükme bağlanmıştır. Buna göre, kaybettirme Bakanlar Kurulu kararının *Resmî Gazete*'de yayımlandığı tarihten itibaren hüküm ifade eder. TVK'da bu konuda herhangi bir hüküm mevcut değildi. Bu konuda açıklık getirilmesi yerinde olmuştur.

3. Türk vatandaşlığı kaybettirme kararıyla sona eren kişilerin yeniden Türk vatandaşlığını kazanmaları mümkündür. Tasarının 14. maddesine göre bu kişiler Bakanlar Kurulu kararıyla, milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir halinin bulunmaması ve Türkiye'de ikamet etmek şartıyla Türk vatandaşlığını yeniden kazanabilirler. Aynı sonuç, TVK'nın 8. maddesinde de kabul edilmektedir.

4. Tasarının 43. (44) maddesinde⁴⁷ TVK'nın (a, ç, d, ve e) bentleri uyarınca vatandaşlığı kaybettirilenlerin başvurmaları halinde yeniden vatandaşlığa alınabilecekleri belirtilmektedir. Bu kişilerin yeniden vatandaşlığa alınabilmeleri için milli güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir halin bulunmaması gerekir.⁴⁸ Buna karşılık bu kişilerin ikamet şartını yerine getirmelerine gerek bulunmamaktadır. Anılan kişi-

⁴⁷ İçişleri Komisyonu'nda bazı değişiklikler yapılmıştır. Hükümet tasarısınının 36 ve 37. maddeleri birleştirildiği için madde numaraları da değiştirilmiştir.

⁴⁸ Madde İçişleri Komisyonu'nda değiştirilmiştir. Komisyonunda Nazım Hikmet'in vatandaşlığı ile ilgili tartışmalar sonucunda bu işin Bakanlar Kurulu tarafından halledilmesi kararlaştırılmıştır.

lerin yeniden vatandaşlığa alınma hususunda Bakanlar Kurulu yetkilidir.

bb. Eş ve Çocuklar Bakımından Sonuçlar

Tasarının 30. maddesinin ikinci fıkrasında kaybettirme kararının şahsi olduğu ve ilgilinin eş ve çocuklarına tesir etmeyeceği ifade edilmiştir. Aynı sonuç TVK'nın 34. maddesinde de kabul edilmiştir. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nde akit devletlere sözleşmenin 7. maddesinde belirtilen nedenlerden birisiyle vatandaşlığını sona erdikleri kişilerin çocuklarının bu karardan etkilenmelerini kararlaştırabilme yetkisi tanınmıştır (m. 7/2).⁴⁹ Ancak Türk hukukunda irade dışı vatandaşlığı kayıp hallerinde eş ve çocuğun karardan etkilenmesi kabul edilmemiştir.

3. Vatandaşlığa Alınmanın İptali

a. İptal Nedenleri

Vatandaşlığa alınmanın iptali, 403 sayılı TVK ile Türk Vatandaşlık Hukukuna girmiştir.⁵⁰ Yetkili makam kararıyla vatandaşlığa alınma, ilgilinin yalan beyanı veya önemli hususları gizlemesi sonucu vuku bulmuş ise, vatandaşlığa alınma kararı Bakanlar Kurulu'nca iptal edilir. İlgilinin Türk vatandaşlığına alınmasından başlayarak beş yıl geçtikten sonra iptal kararı verilemez (m. 24). İptal kararıyla, idare kendisini aldatan ilgili hakkında verdiği kararı geri almaktadır. TVK'ya göre iptal kararı şartların gerçekleşmesi halinde Bakanlar Kurulu tarafından verilmelidir; idarenin bu konuda bağlı yetkisi bulunmaktadır. TVK'ya göre, kural olarak, vatandaşlığa alınma kararını vermeye yetkili olan makam, Bakanlar Kurulu'dur. Ancak TVK'da yapılan değişiklik neticesinde bazı hallerde⁵¹ İçişleri Bakanlığı da vatandaşlığa alınma kararı

⁴⁹ Akit devletlerin bu yetkisi iki husus bakımından sınırlandırılmıştır: (1) ebeveyninden birisi vatandaşlığını muhafaza ediyorsa çocuklar vatandaşlığını kaybeden ana veya babasına bağlı olarak vatandaşlıklarını kaybetmezler, (2) çocuklar yabancı askeri kuvvetlerde çalışma ile devletin hayati çıkarlarına ciddi olarak zarar veren davranışlar nedeniyle vatandaşlığın sona erdirilmesinden etkilenmezler.

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Fişek, "Vatandaşlığa Alınmanın İptali", *O.F. Berki'ye Armağan*, Ankara 1977, s. 373 vd.

⁵¹ 4866 sayılı kanunla değiştirilen TVK m. 8 (yeniden vatandaşlığa alınma).

verebilir. Ancak bu değişiklik yapılırken irtibatlı hükümlerde gerekli düzenlemeler yapılmadığı için, vatandaşlığa alınmaya ilişkin idari işlem kimin tarafından yapılırsa yapılsın, iptal kararı Bakanlar Kurulu tarafından verilmelidir.

Yetkili makam kararıyla vatandaşlığa alınan kişinin devlete yalan beyanda bulunması veya önemli hususları gizlemesi nedeniyle vatandaşlığın sona erdirilmesi müessesesi birçok devletin vatandaşlık kanununda da kabul edilmiştir. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi bu durumu vatandaşlığı sona erdiren hallerden birisi olarak düzenlemiş ve vatandaşlığın sona erdirilmesi halinde ilgilinin vatansız kalması ihtimali göz ardı edilmiştir (m. 7/3). Başka bir deyişle vatandaşlığı kazanılan devleti aldatma, vatandaşlık bağını zayıflatan önemli bir husus olarak kabul edilmiş ve devleti aldatan kişinin korunmaya değer menfaatinin olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu nedenle de ilgilinin vatansız duruma düşmesi, vatandaşlığın sona erdirilmesine engel olmamalıdır.

Tasarının 31. maddesinde *“vatandaşlığın iptali”* başlığında, TVK'nın 24. maddesine oldukça yakın bir hüküm getirilmektedir: *“Türk vatandaşlığını kazanma kararı; ilgilinin yalan beyanı veya vatandaşlığı kazanmaya esas teşkil eden önemli hususları gizlemesi sonucunda vuku bulmuş ise kararı veren makam tarafından iptal edilir.”* Tasarı, iptal kararını verecek olan makam olarak, vatandaşlığa alınma kararını veren makamı belirlemiştir. Dolayısıyla Bakanlar Kurulu veya İçişleri Bakanlığı verdikleri vatandaşlığa alınma kararlarını, şartları oluştuğunda iptal etmeye yetkilidirler. Vatandaşlığa alınmanın iptaline karar verilebilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekmektedir:

1. İlgilinin yetkili makam kararıyla vatandaşlığı kazanması

Her ne kadar tasarının 31. maddesinin başlığı *“vatandaşlığın iptali”* olsa da, burada iptal edilen, ilgiliye vatandaşlığı kazandıran yetkili makamın kararıdır. Vatandaşlığın diğer yollarla kazanılması (örneğin seçme hakkının kullanılmasıyla) sırasında ilgilinin yalan beyanda bulunması veya önemli hususları gizlemesi iptal işleminin konusunu oluşturmaz.

2. Alternatif şartlardan birinin mevcudiyeti

Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen kişinin *“yalan beyanda bulunması”* veya *“vatandaşlığı kazanmaya esas teşkil eden önemli hususları gizlemesi”* hallerinden birinin somut olayda tespiti yeterlidir. Tasarıda

TVK'dan farklı olarak, "önemli hususları gizleme" ifadesi yerine "vatandaşlığa esas teşkil eden önemli hususları gizleme" ifadesi tercih edilmiştir.⁵² Burada önemli olan husus, somut olayda alternatif şartlardan birisinin mevcudiyeti nedeniyle vatandaşlığa alınma işleminin gerçekleşmiş olmasıdır.⁵³

3. Süre şartı

Hükümet tasarısının 31. maddesinin ikinci fıkrasına göre, iptal kararı, Türk vatandaşlığının kazanılmasından başlayarak on yıl geçtikten sonra verilemez.

Böylece TVK'da kabul edilen sürenin beş yıldan on yıla çıkarılması öngörülmektedir.⁵⁴ Anılan hüküm, on yıllık iptal süresinin çok uzun olduğu ve vatandaşlığın sürekliliği ilkesiyle bu sürenin uyumlu olmadığı noktasından eleştirilmiştir.⁵⁵ Oysa Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin 7. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile üçüncü fıkrası hükmü ve sözleşmenin açıklayıcı raporu incelendiğinde, ilgili vatandaşlığını kazanmak istediği devleti aldatması, hile yapması, yalan beyanda bulunması gibi dürüst olmayan davranışları toleransla karşılanmamaktadır. Tasarının İçişleri Komisyonu'nda incelenmesi neticesinde hazırlanan raporla 31. maddede değişiklik yapılmış ve süre tamamıyla kaldırılmıştır.

b. İptal Kararının Hüküm ve Sonuçları

Vatandaşlığa alınma kararının iptaline ilişkin kararın hüküm ve sonuçlarını ilgili ile eş ve çocukları bakımından ayrı ayrı ele almak yerinde olacaktır.

⁵² Öztürk, s. 120.

⁵³ Alternatif şartlar bakımından ilgilinin kastının ayrıca aranmasına gerek bulunmamaktadır. Zira bu tür dürüst olmayan davranışların ilgilinin kastı olmadan gerçekleşmesi zaten mümkün değildir. Aksi halde bu tür davranışlar "yalan beyan" veya "önemli hususları gizleme" olarak adlandırılmaz. Aynı yönde bkz. Fişek, s. 381.

⁵⁴ Bu süre Avusturya VK'da iki yıl (m. 34), Hollanda VK'da on iki yıl (m. 14), İsviçre VK'da beş yıl (m. 41), Finlandiya VK'da beş yıl (m. 33) olarak belirlenmiştir. Bazı vatandaşlık kanunlarında yetkili makama aldatıcı bilgi verme halinde vatandaşlığın hangi süre içinde sona erdirileceği düzenlenmemiştir.

⁵⁵ Bkz. Doğan, s. 121, dñn. 153; Öztürk, s. 121.

aa. İlgili Bakımından Sonuçlar

Vatandaşlığa alınma kararının ilgili bakımından hüküm ve sonuçları tasarının 32 ve 33. maddelerinde ele alınmaktadır.

1. Vatandaşlığa alınma kararının iptali halinde kişi, Türk vatandaşlığını kaybeder ve yabancı statüsüne geçer.

2. Tasarının 32. maddesi uyarınca iptal kararı, karar tarihinden itibaren hüküm ifade eder. TVK'nın 33. maddesinde iptal kararlarının geriye yürümeyeceği hükme bağlanmıştır. Özellikle bu hükmün ifadesi, TVK ile hukukumuza giren "*vatandaşlığa alınmanın iptali*" müessesesinin hukuki niteliği ve TVK'daki düzenleme şekli hususlarında tartışmalara neden olmuştur.

İdare hukukunda sakat bir idari işlemin askıdaki geçerliliği, geri alma veya iptal kararıyla sona erdirilmektedir.⁵⁶ Zira idari işlem unsurları itibariyle geçerli olarak meydana gelmemiştir ve işlemin geçersizliğine karar verilinceye kadar varlığını sürdürür. "*İptal*" kararıyla birlikte iptal edilen işlem verildiği tarihten itibaren geçersiz hale gelir, iptal kararları geçmişe etkilidir. İdari işlemin geçersizliği bir iptal davası ile mahkemeler önünde ileri sürülür. Sakat idari bir işlemin askıdaki geçerliliğine son veren bir diğer hal de işlemin o işlemi yapan idare tarafından "*geri alınmasıdır*". Hukuka aykırı olarak yapılmış olan işlemler süresi içinde geri alınabilir ve geri alma da geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuçlarını meydana getirir. Genellikle idarenin dava açma süresi içinde işlemi geri alabileceği; ancak açık hata veya hilenin mevcudiyeti halinde süre sınırlamasının bulunmadığı kabul edilmektedir.⁵⁷ Çünkü belirtilen hallerde hukuki istikrar ilkesinin de gözardı edilebileceği ifade edilmektedir. İdare hukukunda tartışmalı olmakla beraber "*yokluk*" müeyyidesinden de söz edilmektedir. Danıştay kararlarıyla çok sınırlı hallerde, yetki yönünden işlemin sakatlığı gibi, kabul edilen yokluk halinde idari işlemin hiç doğmadığı ve dolayısıyla baştan itibaren geçersiz olduğu belirtilmektedir. Bu nedenle de bu tür kararlar hakkında ayrıca iptal davası açmaya gerek bulunmamaktadır. Yok hükmündeki bir kararın, yargı merciince iptal edilmesi veya ida-

⁵⁶ Metinde sadece konuyla ilgisi olabilecek müeyyideler zikredilmiştir.

⁵⁷ Bu konuda Yargıtay ve Danıştay'ın İçtihadı Birleştirme Kararı mevcuttur. Elbette kararlar kendi alanları ve konuları yönünden etkilerini göstereceklerdir. Bu konuda bkz. Günday, s. 158 vd.

rece geri alınması da söz konusu olmaz.⁵⁸ Dolayısıyla bu tür kararların yokluğu süre sınırlaması olmaksızın her zaman ileri sürülebilir.

TVK'nın 24. maddesinde düzenlenmiş olan "*vatandaşlığa alınmanın iptali*" müessesesinin yukarıdaki müeyyidelerden hangisine dahil olduğunu söylemek güçtür. Ancak 24. maddede düzenlenen durumun "*yokluk*" olmadığını söylemek mümkündür. Çünkü maddenin yokluk olarak nitelendirilmesi halinde ilginin hiçbir zaman vatandaş olmadığını, iptal kararı verilinceye kadar yaptığı tüm işlemlerin yok hükmünde olduğunu kabul etmek gerekecektir. Böyle bir sonuç ise, vatandaşlık ve onunla ilgili meseleler göz önüne alındığında telafisi mümkün olmayan neticelere yol açabilir. Bu nedenle tasarımı görüşen İçişleri Komisyonunun tasarının 34. maddesinin ikinci fıkrasındaki süreye ilişkin hükmü kaldırış gerekçesine⁵⁹ katılmak mümkün değildir.

TVK'nın 24. maddesinde ve tasarının 31. maddesinde düzenlenen vatandaşlığa alınmanın iptalinin teknik anlamda iptal veya geri alma olarak nitelendirilmesi hususunda neticeye varmak kolay gözükmemektedir. Her iki halde de işlem verildiği tarihten itibaren geçersiz kılınmaktadır. Geçersizlik kararını veren makam açısından yaklaşıldığında ise, iptal kararı yargı organı tarafından alınırken, geri alma idarenin kendisi tarafından gerçekleştirilmektedir. Vatandaşlığa alınmanın iptali kararını da kararı alan makam verdiği göre burada geri almadan söz edilebilir,⁶⁰ ama kanun koyucu bunu iptal olarak adlandırmış ve bu ad yerleşmiştir. Burada geçersizliğin türünden daha fazla önem taşıyan husus bu kararın hangi süre içinde verilebileceğidir. Yukarıda da belirtildiği üzere, hükümet tasarısında uzun olduğu yönünde eleştirilere rağmen bir süre belirlenmişti. Bu süre yerinde olmayan bir gerekçe ile komisyon tarafından madde metninden çıkarılmıştır.

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve bazı devletlerin vatandaşlık kanunlarında süre öngörülmemekle beraber çoğunlukla vatandaşlığın sona erdirilmesi işleminin belli bir süre içinde gerçekleştirildiği görül-

⁵⁸ Bu nedenle mahkemeler yok hükmündeki idari kararlara karşı açılan davalarda kararın yok hükmünde olduğunu tespit edip, bu tür kararların iptalinin istenemeyeceği gerekçesiyle davayı reddetmektedir. Bkz. Günday, s. 151-152.

⁵⁹ Gerekçe: "Tasarının 31. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, Türk vatandaşlığını iptal kararının, vatandaşlığın kazanılmasından başlayarak on yıl geçtikten sonra verilemeyeceği yönündeki düzenleme, zaten işlemin baştan itibaren "yok" hükmünde olduğu dikkate alınarak tasarı metninden çıkarılmıştır."

⁶⁰ Aynı yönde bkz. Nomer, s. 115, dpn. 101.

mektedir. Türk hukukunda da kanunu hazırlayan ve kabul edenlerin takdir edeceği bir süre içinde bu tür kararların verilmesinin öngörülmesi yerinde olacaktır. Çünkü vatandaşlık kişi ile devlet arasında sürekli bir bağıdır ve bu bağın her an sona erdirilebilir olması hukuki güvenlik açısından sakıncalar doğurabilir.

Vatandaşlığa alınma kararının iptaline karar verildiği takdirde TVK'nın 33. maddesi ve tasarının 32. maddesi uyarınca bu kararın geriye yürümeyeceği ifade edilmiştir. Böyle bir hükme yer verilmesinin başlıca sebebinin iptal kararının ilgiliyle irtibatlı üçüncü kişilerin menfaatine zarar verebileceği endişesidir.⁶¹ Bununla beraber, tasarı ile bu duruma açıklık getirmek suretiyle iptal müessesesinin mahiyetine uygun bir çözüm getirilmesi yerinde olacaktır. Bu konuda tartışmalara neden⁶² olan TVK Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 46. maddesinden bu konuda yararlanılabilir. Önerimiz:

“İptal kararının hüküm ve sonuçları

MADDE 32- (1) *Vatandaşlığa alınmanın iptali geçmişe etkilidir; ancak ilgilinin vatandaşlığa kabulü tarihinden başlayarak yapmış olduğu işlemler bakımından iptal kararının hükümleri geriye yürümez.”*

Bu konu ile dolaylı ilgisi olan bir başka tasarı hükmünü de burada ele almak yerinde olacaktır. Tasarının 40. maddesinde şu hüküm yer almaktadır:

“Vatandaşlık kararlarının geri alınması

MADDE 40- (1) *Türk vatandaşlığının kazanılması veya kaybına ilişkin kararlar, hukuki şartlar oluşmadan veya mükerrer olarak verildiği sonradan anlaşıldığı takdirde geri alınır.”*

Madde metnindeki ifadeler oldukça dikkat çekicidir. Bu madde ile idarenin vatandaşlık kararını geri alma yetkisi düzenlenmektedir. İdare hukukunda genel olarak, idarenin işlemlerini geri alma yetkisinin bulunduğu kabul edilmektedir. Bu yetkinin kullanımı açık kanun hükümleri ve yargı kararları ile şekillenmektedir. Dolayısıyla vatandaşlıkla ilgili kararlarını idare süresi içinde geri alma yetkisini haizdir. Bunun özel olarak belirtilmesine ihtiyaç olup olmadığı tartışılabilir. Eğer açık olarak bu yetkinin düzenlenmesi yönünde bir tercih kulla-

⁶¹ Nomer, s. 117; Göğer, s. 143.

⁶² Bkz. Uluocak, s. 110; Fişek, s. 392 vd.; Nomer, s. 117 vd.; Göğer, s. 143.

nılıyorsa, hukuki güvenlik ve istikrar açısından, yetkinin sınırlarının da açık olarak belirtilmesi ve hiç bir kuşkuya veya tereddüde yer vermemesi gerekir. Anılan madde ise bu açıdan birçok tereddüde neden olmaktadır. Özellikle maddede geçen “*hukuki şartlar oluşmadan*” ifadesi bu açıdan anlaşılmaz görülmektedir. Çünkü eğer hukuki şartlar oluşmadan yapılmış bir işlem varsa bunun müeyyidesi muhtemelen yokluk olacaktır. Yoklukla malul bir işlemin geri alınmasının öngörülmesi yerinde olmamıştır.

(3) Vatandaşlığa alınmanın iptali kararı iki çeşittir; basit iptal kararı ve kapsamlı iptal kararı. Basit iptal kararı sadece vatandaşlığa alınmanın iptaline ilişkin olup başkaca herhangi bir hüküm içermez. Kapsamlı iptal kararı ise, yetkili makamın “*gerekli gördüğü hallerde*” vatandaşlığa alınmanın iptaliyle birlikte ilgili hakkında bazı tedbirlerin uygulanmasını da içerir.

Kapsamlı iptal kararı, hükümet tasarısının 33. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, iptal kararıyla birlikte gerekli görülen hallerde, ilgilinin “*mallarının tasfiyesine*” ve ilgilinin “*sınır dışı edilmesine*” karar verilebilir. Bu kişiler iptal kararı aleyhine yargı yoluna başvurdukları takdirde malların tasfiyesi⁶³ ve sınır dışı işlemleri dava sonuna bırakılır. Ancak bu hüküm de İçişleri Komisyonu’nda değiştirilmiştir. Tasarının 33. maddesi üzerinde yapılan görüşmelerde, vatandaşlığı iptal edilenlerin artık yabancı statüsünde olacağı dikkate alındığında bunlara uygulanacak mevzuatın 5683 sayılı Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun (YİSHK)⁶⁴ olması gerektiği ifade edilmiş ve anılan kanunun uygulanması hususu maddenin metnine eklenmiştir.⁶⁵ Vatandaşlığa alınma işlemi iptal edilenler hakkında YİSHK uygulanacaksa bu kanunun muhtemelen sınır dışı edilme ile

⁶³ Bkz. Göger, s. 145; Fişek, s. 388 vd.; Nomer, s. 119; Doğan, s. 125 vd.

⁶⁴ RG, 24.7.1950-7564.

⁶⁵ Tasarının 33. maddesi şöyledir:

“*Malların tasfiyesi*

MADDE 33- (1) *Vatandaşlığı iptal edilenler hakkında 15.07.1950 tarih ve 5683 sayılı Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Bunlardan mallarının tasfiyesi gerekli görülen hallerde bu husus iptal kararında belirtilir. Bu kişiler en geç bir yıl içinde Türkiye’deki mallarını tasfiye etmek zorundadır. Aksi halde, malları Hazinece satılarak bedelleri nam ve hesaplarına kamu haznedarlığı sistemine dahil bir kamu bankasına yatırılır.*

(2) *Bu kişiler iptal kararı aleyhine yargı yoluna başvurdukları takdirde malların tasfiyesi dava sonuna bırakılır.”*

ilgili hükümleri uygulanacaktır. YİSHK'nın 19. maddesinde İçişleri Bakanlığı'nca memlekette kalması umumi güvenliğe, siyasi ve idari icaplara aykırı sayılan yabancıların (muzır şahıslar), 20. maddesinde pasaportlarını yeniletmeyenlerin, 21. maddesinde tabiiyetsiz veya yabancı devlet tabası olan çingenelerin ve Türk kültürüne bağlı olmayan yabancı göçebelere ve 22. maddesinde ağır hapis cezasını⁶⁶ müstelzim bir cürümden dolayı Türkiye'de mahkûm olmuş ve cezası infaz edilmiş olanların sınır dışı edilmeleri düzenlenmektedir. Bu hükümlerden ilki yani muzır şahıslara ilişkin hüküm kapsamına vatandaşlığı iptal edilenler dahil edilerek sınır dışı edilmelerine İçişleri Bakanlığı karar verebilir. Bu durumda TVK ile tasarı arasında bu noktada farklılık görülmektedir. TVK'ya göre sadece haklarında tedbir uygulanmasına karar verilenlerin şartlar oluştuğunda sınır dışı edilmeleri söz konusu iken tasarıda bu tedbir, vatandaşlığı iptal edilen herkes için uygulanabilir hale getirilmektedir. Bir başka ifadeyle sınır dışı edileceklerin kapsamı genişletilmektedir.

Hakkında kapsamlı iptal kararı verilen kişi en geç bir yıl içinde Türkiye'deki mallarını tasfiye etmelidir. Eğer bu süre içinde kendisi tasfiyeyi gerçekleştirmezse, malları Hazinece satılarak bedelleri nam ve hesabına *"kamu haznedarlığı sistemine"*⁶⁷ dahil bir kamu bankasına

⁶⁶ Yeni Türk Ceza Kanunu'nda (RG, 12.10.2004-25611) ağır hapis cezası bulunmamaktadır. TCK m. 45 sadece hapis cezasını düzenlemektedir. Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun (RG, 13.11.2004-25642) 6. maddesi kanunlarda öngörülen "ağır hapis" cezalarının, "hapis" cezasına dönüştürülmesini düzenlemektedir. Ağır hapis iken, birinci fıkra uyarınca hapse dönüştürülen cezalar, kanunlarında aksine bir hüküm yoksa alt sınır bir yıl, üst sınır yirmi dört yıl olarak uygulanacaktır.

⁶⁷ 5234 sayılı kanunun uygulanmasına ilişkin olarak Devlet ve Maliye Bakanlıkları tarafından 1998, 2003 ve 2004 yıllarında tebliğler çıkarılmış ve kamu haznedarlığı düzenlenmiştir. 2004 / 1 Kamu Haznedarlığı Genel Tebliği için bkz. RG, 06.10.2004-25605: *"Genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, döner sermayeler, fonlar, belediyeler, il özel idareleri, sosyal güvenlik kurumları, bütçeden yardım alan kuruluşlar, özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum, kurul, üst kurul ve kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri ve bu maddede sayılanların bağlı ortaklıkları, müessese ve işletmeleri ile birlikleri (kamu bankaları, mazbut vakıflar, özel kanunla kurulmuş kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları ile kefalet ve yardımlaşma sandıkları hariç) kendi bütçeleri veya tasarrufları altında bulunan bütün kaynaklarını Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası veya muhabiri olan Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası nezdinde kendi adlarına açtıracakları Türk Lirası cinsinden hesaplarda toplarlar... Genel ve katma bütçeli daire ve idareler dışında yer alan kamu kurum, kurul ve kuruluşları, nakitlerini T.C. Merkez Bankası, T.C. Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası veya Türkiye Vakıflar Bankası'nda açtıracakları hesaplarda toplayacaklardır."*

yatırılır. TVK'nın yürürlüğe girdiği tarihte Türk hukukunda "milli banka" kavramı mevcuttu ve TVK uyarınca yapılacak tasfiyelerde bedelin milli bankalara yaptırılması kabul edilmiştir. Ancak bankacılık mevzuatında yapılan muhtelif değişikliklerle milli banka, havuz sistemi veya kamu haznedarlığı sistemi gibi farklı esasların idare ve yasama organı tarafından kabul edildiği gözlenmektedir. Oysa vatandaşlığı düzenleyen kanunların ekonomik ve mali hayattaki değişikliklerden etkilenmeyecek şekilde kaleme alınmasında fayda vardır. Bu itibarla, vatandaşlığa alınmanın iptali neticesinde tasfiye yoluna gidilirse, tasfiye bedelinin Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'na yatırılmasının kabulü daha uygun olacaktır.

Kapsamlı iptal kararı verilen hallerde ilgili, süresi içinde tasfiye işlemlerini tamamladıktan sonra ülkeyi terk etmelidir. Eğer, bir yılın sonunda ülkeyi terk etmezse sınır dışı edilir.

bb. Eş ve Çocuklar Bakımından Sonuçlar

Tasarının 32. maddesinin ikinci cümlesine göre iptal kararı ilgili kişiye bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanan eş ve çocuklar hakkında da uygulanır. Bu hüküm TVK'nın 33. maddesinin birinci fıkrasında yer almaktadır. İptal kararının yetkili makam kararıyla beraber vatandaşlık kazanan aile bireylerini etkilemesi sonucu kabul edilmektedir. Ancak böyle bir sonucun TVK bakımından kabulü son derece mantıklı ve kanunun kendi sistemi içinde tutarlıdır. Çünkü yetkili makam kararıyla vatandaşlığa alınma, TVK'nın 15 ve 16. maddelerinde belirtilen şartlar dahilinde eş ve çocuğu etkilemektedir. Ancak tasarı, yetkili makam kararıyla vatandaşlığa alınmanın eş ve çocuklara etkisi konusunda TVK'dan farklı bir sonuç kabul etmektedir; vatandaşlığa alınma eşin vatandaşlığına tesir etmez (m. 19/2). Bu durumda iptal kararı verilince eşine bağlı olarak vatandaşlık kazanmış diğer eş de söz konusu olmayacaktır. Görüldüğü üzere tasarının 32. maddesinin ikinci cümlesinin mutlaka düzeltilmesi gerekmektedir.

B. Seçme Hakkı ile Türk Vatandaşlığının Kaybı

1. Seçme Hakkını Kullanmanın Şartları ve Seçme Hakkına Sahip Olan Kişiler

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin 8. maddesine göre, akit devletler ilgiliye vatansız kalmamak şartıyla vatandaşlıktan ayrılma hakkını tanımalıdır.⁶⁸ Vatandaşlık hukukunda kişilere tanınan kendi istekleriyle vatandaşlıktan ayrılma yollarından birisi de seçme hakkını kullanarak vatandaşlıktan ayrılmadır. Seçme hakkıyla vatandaşlığın kaybı, kanunda belirtilen kişilerin yine kanunda belirtilen şartlar altında yetkili bir makamın kararına ihtiyaç olmaksızın, sadece kendi irade beyanlarıyla vatandaşlıklarının sona ermesidir. Seçme hakkının kullanılması bir irade beyanı ile gerçekleşmekte ve vatandaşlık değişikliğine yol açmaktadır. Bu yol, *"herkesin sadece bir vatandaşlığı olması"* ve *"herkesin vatandaşlığını değiştirmekte serbest olması, kimseye zorla vatandaşlık yüklenememesi"* direktif ilkelerinin sonucu olarak vatandaşlık kanunlarında düzenlenmektedir. Böylece çok vatandaşlık hallerinin azaltılmasına katkıda bulunulmuş olmaktadır. Ayrıca kişilere tanınan bu hak ile kişi vatandaşı olmak istediği devleti kendisi belirleme imkânına sahip olmaktadır.

TVK'da seçme hakkı iki gruba tanınmıştır. Birinci gruba doğumla veya sonradan yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olan küçükler girmektedir: Anaya bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazananlar, evlat edinme yoluyla Türk vatandaşlığını kazananlar, toprak esasıyla Türk vatandaşlığını kazananlar ve Türk vatandaşlığını sonradan kazanan ana veya babasına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazananlar (m. 27). Maddede sayılan Türk vatandaşları reşit olmalarından itibaren iki yıl içinde seçme hakkını kullanarak vatandaşlıktan ayrılabilirler. İkinci gruba ise evlenme ile Türk vatandaşlığını kazanmış olan kadınlar girmektedir. Bu yolla Türk vatandaşlığını kazanmış olan kadın, evliliğinin sona ermesinden itibaren üç yıl içinde seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılabilir.

Tasarıda ise, seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından

⁶⁸ TVK'nın 19. maddesinde yabancı ile evlenen kadına (ilgilinin talebi), 20. maddesinde yabancı devlet vatandaşlığını kazanmış olanlara (çıkma= ilgilinin talebi + yetkili makam kararı) ve 27-28. maddelerinde belirtilen kişilere (seçme hakkını kullanarak vatandaşlıktan ayrılma: ilgilinin talebi) kendi istekleriyle vatandaşlıktan ayrılma imkanı verilmiştir.

ayrılma hakkına sahip kişiler ve bu yolun şartları 34. maddede düzenlenmektedir. Ancak 34. madde “Türk vatandaşlığını kazanmış olan çocuklar” başlığını taşımakta ve maddenin seçme hakkıyla ilgisi ikinci fıkradaki ifadeden anlaşılabilir. Bu durum İçişleri Komisyonu tarafından düzeltilmiş, 34. maddenin başlığı “seçme hakkı ile kayıp” olarak değiştirilmiştir. Tasarı seçme hakkını sadece çocuklar bakımından düzenlemiş, evlenme yolu ile vatandaşlık kazanan eşle ilgili herhangi bir hüküm getirilmemiştir.

Tasarıya göre beş grupta toplanan çocuklar ergin olmalarından itibaren üç yıl içinde seçme haklarını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılabilirler. Tasarı, TVK’ya göre daha uzun bir süre içinde seçme hakkının kullanılabilmesini sağlamaktadır. Ayrıca vatandaşlığın kaybı ilgiliyi vatansız kılacak ise seçme hakkı kullanılamaz. Buna göre seçme hakkının kullanılmasının başlıca şartları şöyle sıralanabilir:

- a. Kanunda seçme hakkına sahip olan kişilerden olma,
- b. Ergin olma,
- c. Süresi içinde talepte bulunma,⁶⁹
- d. Seçme hakkının kullanılmasyla vatansız kalmama.

Tasarının 34. maddesine göre seçme hakkıyla vatandaşlıktan ayrılacak çocuklar şunlardır:

- a. Ana ya da babadan dolayı soy bağı nedeniyle doğumla Türk vatandaşı olanlardan yabancı ana veya babanın vatandaşlığını doğumla veya sonradan kazananlar,
- b. Ana ya da babadan dolayı soy bağı nedeniyle Türk vatandaşı olanlardan doğum yeri esasına göre yabancı bir devlet vatandaşlığını kazananlar,
- c. Evlat edinilme yoluyla Türk vatandaşlığını kazananlar,
- ç. Doğum yeri esasına göre Türk vatandaşı oldukları halde, sonradan yabancı ana veya babasının vatandaşlığını kazananlar,

⁶⁹ Seçme hakkını kullanma süresi ilgilinin ergin olmasından itibaren üç yıl olup, bu süre hak düşürücü süredir. İlgili bu süre içinde hakkını kullanmadığı takdirde bu yoldan yararlanamaz. Bu hak bir kere kullanılmakla sona erer. TVK’ya göre kendi isteğiyle vatandaşlıktan ayrılma imkânına sahip olan kişiler bu hakkı vatansız kalmamak şartıyla kullanabilirler.

d. Herhangi bir şekilde Türk vatandaşlığını kazanmış ana veya babaya bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazananlar.

Yukarıda sayılan beş gruptan dördü TVK'nın 27. maddesinde sayılan kişilerdir. Ancak (b) bendinde belirtilen ana veya babasından dolayı kan esası nedeniyle Türk vatandaşı olup, aynı zamanda doğum yeri esasına göre yabancı bir devlet vatandaşlığını kazananlar yeni bir gruptur. Geleneksel olarak Türk vatandaşlık hukukunda kan esasıyla vatandaşlığın kazanılması kabul edilmiştir. Bu yolla vatandaşlık kazananlara sırf doğum yeri esasıyla vatandaşlık kazanmaları nedeniyle seçme hakkının tanınmasının sebebi anlaşılammıştır. Söz konusu kişilerin çıkma yolundan yararlanma olanakları her zaman için mevcuttur. Eğer bu kişilerin Türkiye ile ilgi ve bağlılıklarının zayıfladığı düşünülüyorsa, bu hususun açıkça ifade edilmesi gerekirdi. Bazı devletlerin vatandaşlık kanunlarında görüldüğü üzere, yurt dışında doğan ve yabancı ülkede oturan, vatandaşı olduğu devlete hiç gelmemiş olan kişilerin vatandaşlıktan kendi istekleri ile ayrılmaları kabul edilmektedir. Benzer bir düzenleme tasarıya da konabilir ve yurt dışında doğup büyüyen ama Türkiye ile vatandaşlık dışında bağları bulunmayan kişilere seçme hakkı tanınabilir.

2. Seçme Hakkını Kullanmanın Hüküm ve Sonuçları

a. İlgili Bakımdan

TVK'nın 43. maddesinde seçme hakkının kullanılması usulü düzenlenmiştir. Tasarıda özel olarak seçme hakkının kullanılması usulüne ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak genel olarak vatandaşlığın kazanılması ve kaybına ilişkin başvuruların yapılacağı makam gösterilmiştir. Tasarının 34. maddesinde sayılan kişilerin, seçme haklarını yurt içinde ikamet ettikleri yer valiliğine, yurt dışında ise dış temsilciliklere bizzat veya vekil vasıtasıyla başvurarak kullanmaları gerekir (m. 38). İlgili, vatandaşlığını bu başvuruyu yaptığı anda kaybetmez. Seçme hakkı ile Türk vatandaşlığının kaybı, bu hakkın kullanılmasına dair şartların varlığının tespitine ilişkin karar tarihinden itibaren hüküm ifade eder (m. 35/1). Burada başvuru mercii sadece bir tespit kararı vermekte, çıkma izni, kaybettirme veya iptalde olduğu üzere inşai nitelikte bir karar vermemektedir. Başvuru mercii kendisine yapılan başvuruyu muhtemelen şu hususlar bakımından inceleyecektir: başvuru sahibinin kanunda belirtilen kişilerden olup olmadığı, ergin olup olmadığı, süre-

si içinde başvuruda bulunup bulunmadığı, ilgilinin Türk vatandaşlığı sona erdiği takdirde vatansız kalıp kalmayacağı.

b. Eş ve Çocuklar Bakımından

Seçme hakkını kullanmanın ilgilinin eş ve çocuklarına etkisi, tasarının 35. maddesinin ikinci fıkrasında vatandaşlıktan çıkmanın sonuçlarına atıfla düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme TVK'nın 36. maddesinde kabul edilen yolun tekrarıdır.

Tasarının çıkmanın hüküm ve sonuçlarını düzenleyen 27. maddesine göre, çıkmanın eşin vatandaşlığına herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla seçme hakkını kullanan kişinin eşi (Türk vatandaşı ise), eşinin vatandaşlığını kaybetmesinden etkilenmez, vatandaşlığını muhafaza eder.

Tasarının çıkmanın hüküm ve sonuçlarını düzenleyen 27. maddesine göre, ana veya babanın vatandaşlıktan çıkması çocukların vatandaşlığını da etkilemektedir. Anılan hükme göre, vatandaşlığı kaybeden ana veya babanın talebi ve diğer eşin muvafakati ile çocuklar vatandaşlıktan çıkan ana veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybederler. Her halde çocukların ebeveynlerine bağlı olarak vatandaşlıklarını kaybetmeleri onları vatansız statüsüne sokmamalıdır. Tasarının 35. maddesinin yaptığı atıf dolayısıyla tasarının 27. maddesi seçme hakkını kullanan kişinin çocukları bakımından da uygulanacaktır.

VI. Sonuç

TVK Tasarısı'nın vatandaşlığı kayıp ile ilgili hükümlerinde bazı tutarsızlık ve eksiklikler dikkati çekmektedir. Diğer kanunlarda olduğu gibi bu kanunun da hiç değişiklik yapılmadan, bu haliyle kabul edilmesinin sakıncalı olduğu ortadadır. Muhtelif tarihlerde yapılan değişikliklerle Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun yapısı bozulmuş olmakla beraber, bu kanunun gözden geçirilerek çok daha tutarlı ve sistematik bir metin elde edilebileceği yönündeki görüşümüzü muhafaza ediyoruz. Ancak gelişmelerin bu yöntemin tercih edilmeyeceğini gösterdiğinin de farkındayız. Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda tasarının bu haliyle kabulü halinde, daha kanun yürürlüğe girmeden birçok kanun çıkarılarak düzeltme yapılacağını öngörmek için kâhin olmaya gerek yoktur.

Sabep	Sona Erme Yolu	izin almaksızın yab. devlet vat. Kaz.	Yabancı devletin hizmetinde bulunma	Savaş zamanı yab. Devlet hizmetinde bulunma	Askerlikten kaçma	Sevk sırasında veya kıyaya katılmadan sonra kaçma	Sıahlı Kuv. Mensupları ve Yüklmlülerin yurda dönmemesi	Devlet ile ilgili ve bağliğin zayıflaması	Devlet aleyhine faaliyet	Yalan beyan ve önemli hususları gizleme	Yabancı Sıahlı kuvvetlerde gönüllü hizmet	Diğer
Kanun												
TOK	ISKAT	✓	✓		✓	✓	✓				✓	
1312 TVK	ISKAT	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓			
403 TVK	V B B E N V S E Kaybet-tirme Çıkarma	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	g			
TASARI	VA iptali Kaybetirme VA. iptali		✓	✓						✓	✓	
AVRUPA VAT. SÖZ.		✓						✓	✓	✓	✓	

Tablo - Karşılaştırmalı vatandaşlığın irade dışı sona erme nedenleri

MODERN VATANDAŞLIK KAVRAMINA BİR BAKIŞ

Banu ŞİT*

Giriş

Vatandaşlık kavramının anlamının tarih, sosyoloji, antropoloji, siyaset bilimi gibi hukukun dayandığı sosyal gerçekliği inceleyen bilim dallarının değerlendirmelerinden soyut olarak belirlenemeyeceği kuşkusuzdur. Diğer sosyal bilimlerin verileri vatandaşlığın çeşitli yönlerinin incelenmesinde dikkate alınmaktadır. Hukuki bir kavram olarak vatandaşlık bağı incelenirken ise, bu bilim dallarının değerlendirmelerinden bir adım öteye geçilmekte ve özellikle anayasalarda veya diğer hukuki düzenlemelerde kabul edilen, üzerinde uzlaşmış olduğu varsayılan vatandaş statüsü esas alınmaktadır. Bu statü tarihsel süreç içinde devlet ve toplum yapılarına göre farklılık göstermiştir. Vatandaşlığın askerlikle bağlantılı özel bir statü olarak sosyopolitik kimliklerden biri sayıldığı Sparta'dan,¹ devletle birey arasındaki temel ilişki biçimine dönüştüğü günümüze vatandaşlık kavramının içeriği ve vatandaşlık statüsü ülkeden ülkeye değişmiştir. Bu çalışmada, önce modern vatandaşlık kurumunun Türk hukukunda gelişimi, ulus-devletlerin kuruluşunda vatandaşlığın gelişimine ilişkin verilerle bağlantı içinde genel olarak ele alınacak, daha sonra farklı bir seyir izleyen Amerikan ve İngiliz hukukunda vatandaşlık kurumu temel hukuki düzenlemeler ışığında incelenecektir.

I. Türk Hukukunda Modern Vatandaşlığın Temeli

Vatandaşlık kurumunun ülkeden ülkeye farklılık gösteren bir gelişim sürecinin sonunda varlık kazanması Türkiye'yi de içine alan bir

* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku bilim dalı öğretim üyesi.

¹ Heater, D., (A Brief History of Citizenship), *Yurttaşlığın Kısa Tarihi*, Çev. Meral Delikara Üst, Ankara 2007, s. 17.

olgudur. Hukukumuzda bugün var olan modern vatandaşlık kurumuna tarihsel açıdan bakıldığında, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığının hukuki bir kurum olarak anayasalarımızda yer bulmuş olduğu tespit edilebilir; kurumun temelleri ise Tanzimat döneminde modernleşme çabalarının ortaya çıkması ile atılmış ve bu temeller aslında Osmanlı, devlet ve toplum yapısından bağımsız olarak şekillenmemiştir. Gerçekten, Türk hukukunda vatandaşlık, Osmanlı İmparatorluğu'ndaki tebaa statüsünden, Cumhuriyetle birlikte ulus-devletin vatandaşlık anlayışına doğru gelişme göstermiştir. Bu gelişim süreci incelendiğinde, "Türk vatandaşlığı"na ilişkin güncel tartışmaların, kavramın anayasalarımızda yer bulan hukuki anlamı ile ilgili olmadığı görülmektedir. Zira hukuki anlamda vatandaşlık, en genel ifade ile devletin insan unsuruna işaret eder. Anayasa gibi temel kurucu özelliğe sahip hukuki metinlerden, ulusu oluşturan bütünde ırka ve dine dayalı farklı yapıların var olduğu yönünde toplumsal gerçekliğe ilişkin hususları tespit etmesi değil; hukuki tespitler yapması beklenir. Bu anlamda anayasada yer alan ifadelerin hukuki anlamda değerlendirilmesi, anayasanın toplumsal gerçekliğe ilişkin yargılar içerdiği yanılsamasından uzaklaşılması gerekmektedir. Söz konusu tartışmaların, Türk vatandaşlarının toplumsal anlamda hangi etnik kökene veya dine mensup olan kişilerden oluştuğunun ve bu etnik köken ve din ayrılıklarının var olduğunun anayasada ifade edilmesi gerektiği noktasında odaklandığı görülmektedir.²

Burada Cumhuriyet ile kurulan devletin ulus-devlet modeline uygun olduğu ve Türkiye Cumhuriyeti'ne hâkim olan ulus anlayışının ırk esasına değil; ortak tarih, kültür, birlikte yaşama isteği gibi tinsel unsurlara dayalı olduğu kaydedilmelidir.³ Ancak, vatandaşlık statüsü ve bu statünün içeriği devletlerin yapılarına bağlı olarak değiştiği gibi ulus-devletlerarasında da insan unsurunun belirlenmesi ve devletle birey arasındaki ilişkinin kurulması bakımından farklılıklar bulunduğu görülmektedir. Devletin insan unsurunun ulus olarak tespit edildiği ulus-devlet modelinde "ulus" ile vatandaşlık arasında vatandaşlık kurumu bakımından kurucu bir ilişki olup olmadığı sorusu akla gelmektedir.

² Bu tartışmalar hakkında bkz.: Doğan, V., *Türk Vatandaşlık Hukuku*, B. 7, Ankara 2007, s. 36-40.

³ Nomer, E., *Türk Vatandaşlık Hukukunun Genel İlkeleri*, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku Alanında Gelişmeler (Bilimsel Toplantı), İstanbul 2000, s. 67-68.

Birer ulus-devlet olarak siyasal birliklerini tamamlayan Almanya ve Fransa'da ulus devletin insan unsurunun belirlenmesinde gerek bu devletlerin kurulma süreçlerine, gerek toplum yapılarına ilişkin farklılıklar etkili olmuştur.⁴ Gerçekten, bugünkü vatandaşlık anlayışımız büyük ölçüde Fransız Devrimi'nin teori ve pratiğine dayalı olarak şekillenmiştir. Bunun sonucu olarak vatandaşlığın mutlak monarşiye ve iktidara karşı geliştiğini düşünme eğilimi yaygındır. Ancak Almanya'ya bakıldığında bu ülkede vatandaşlığın temellerinin, bizzat mutlak monarşi tarafından iktidar aracılığı ile atıldığı görülmektedir.⁵ Sadece vatandaşlığın gelişiminde monarşilerin rolü anlamında değil, aynı zamanda ulus bilincinin oluşması, ulusçuluk akımlarının gelişmesi ve ulus-devletlerin inşası bakımından da bu iki devlet arasında keskin farklılıklar bulunduğu göze çarpmaktadır. Bunlardan bir diğeri, söz konusu iki ülkede ulus kavramının, ulusçuluğun ve vatandaşlığın algılanışına ilişkindir. Fransız geleneğinde ulus, devletin kurumsal ve ülkesel çerçevesi içinde değerlendirilip, ulusçuluk siyasal birlik üzerine geliştirilmiş ise de, bu kavram merkezi olarak kültürel birliğe dayanır.⁶ Bu anlamda Fransız ulus anlayışı devlet merkezlidir. Alman anlayışı ise halk merkezli ve farklılıkları kapsayıcıdır. Almanya'da ulus fikri ulus-devletten önce geliştiği için Alman ulus fikri başlangıçta siyasal değildi. Siyasal birlik öncesi Alman ulusu, bir devlet arayışında iken, kültüre, dile veya ırka dayalı bir topluluk olarak görülmüştür; buna göre ulus, siyasal değil, etno-kültürel bir olgudur.⁷ XIX. yüzyılın sonlarına doğru bu iki ulus-devletin siyasal ve toplumsal yapılarında dikkat çekici benzerlikler ortaya çıkmış olmakla birlikte, ulusun siyasal ve kültürel inşasındaki derin farklılıklar önem arz etmeye devam etmiş ve bu derin farklılıklar, iki devletin vatandaşlık kavramlarının incelenmesi bakımından da etkili olmuştur.⁸ Her iki ulus-devlet örne-

⁴ Bkz. Brubaker, R., *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Harvard University Press, 1992, s. 10 vd.

⁵ Brubaker, s. 61.

⁶ Brubaker, s. 1.

⁷ Brubaker, s. 1; Osmanağaoğlu, C., *Tanzimat Dönemi İtibarıyla Osmanlı Tâbiyetinin (Vatandaşlığının) Gelişimi*, İstanbul 2004, s. 57-58.

⁸ Brubaker, 10. Fransa açısından bakıldığında, Fransız Devrimi'nin hem ulus-devleti hem de modern ulusal vatandaşlık kurumunu yarattığı belirtilmektedir. Ulus-devletin ortaya çıkması yüzyıllar süren bir devlet inşası sürecini ve ulusal bilincin yavaş yavaş gelişimini gerektirdiği gibi, modern ulusal vatandaşlık kurumunun oluşumu da antik çağlardaki devlete aidiyet teorisi ve pratiği üzerine gelişmiştir. Bu modern vatandaşlık anlayışı, eşitlik ilkesinin kabulü, siyasal hakların kurum-

sallaşması, vatandaş ile yabancı arasındaki ayrımın hukuken çizilmesi, ulusal egemenlik doktrini ile vatandaşlık arasında ve devletle vatandaş arasında doğrudan ilişki kurulması bakımından önemli olmuştur. Gerçekten de Fransız Devrimi'nin getirdiği vatandaş statüsünün eşitlik ilkesi ile doğrudan ilişkisi olduğu görülmektedir. Bu ilişki Fransa'da soyluluğun, İngiltere'deki durumun tersine, sosyal bir sınıfı ifade etmekten öte hukuki bir statü olması ile ilgilidir. Fransa'da soylular, orduda subay olma hakkını, kilise ve hükümette en yüksek düzeyli görevlere getirilme imkânını ellerinde tutuyorlardı; bundan başka dolaylı vergilerden bağışık idiler. Soyluluk yanında diğer bazı statüler daha vardı. Örneğin, Katolikler; Protestanlar ve Yahudiler karşısında ayrıcalıklı idiler. Fransız Devrimi'nin bir burjuva devrimi özelliği taşıması, Devrim'in getirdiği hukuk önünde eşitlik esasının ulusal boyutta vatandaşlığın da bir unsuru olması sonucunu doğurmuştur. Bu anlamda vatandaşlık, aslında Fransız Devrimi'nin teori ve pratiği bakımından merkezi bir öneme sahip olmuştur. Devrim'in, bir sıralama ile bakıldığında, burjuva devrimi, demokratik devrim, ulusal devrim ve devleti güçlendirici bürokratik devrim olduğu görülebilir. Fransız Devrimi'ne ait bu özellikler modern ulusal vatandaşlık kurumunun gelişimi bakımından adım adım etkili olmuştur. Dolayısıyla Devrim, hem ulus-devleti hem de modern ulusal vatandaşlık kurumunu ve ideolojisini yaratmıştır (Bkz. Brubaker, s. 35. vd.). Almanya bakımından ise, ulus-devletin oluşum süreci ve ulusal vatandaşlığın gelişimi daha uzun ve zorlu bir yol izlemiştir. 1871'e kadar bir Alman ulus-devleti olmadığı gibi, ulusal vatandaşlık için de bir siyasal çerçeve yoktu. Daha da önemlisi vatandaşlık tarihinde Fransız Devrimi gibi önemli bir olay da yoktu. Vatandaşlığın, Fransa'da bir bütün olarak gelişen eşitlik ilkesine dayalı, demokratik, ulusçu ve devletçi kökeni Almanya'da birbirinden ayrı olarak gelişti. Alman ulus bilinci, siyasal birlikten önce de mevcuttu; fakat ulus kavramı etno-kültürel bir olgu olarak değerlendirilmekte idi. Siyasal birliğin kurulması sürecinde Alman vatandaşlığı ulusal vatandaşlık değildi. Ulus ve devlet birbirinden ayrı olduğu gibi, Alman ulusçuluğu ile Prusya vatandaşlığı (veya diğer alt-ulusal vatandaşlıklar) tamamen ayrı idi. Bu ayrılık Almanca vatandaşlık terimlerine de yansımıştır. Fransızca ve Amerikan İngilizcesinde ulusal bağlılık (*nationality*) ile vatandaşlık (*citizenship*) büyük ölçüde eş anlamlı olup, vatandaşlık, ulusal bağlılıkta eksik olan katılımcılığı içermekte; ulusal bağlılık da vatandaşlıktan daha zengin bir kültürel altyapıya işaret etmektedir. Bu iki terim birbirinin yerini tutacak şekilde kullanılmaktadır. Almancada ise tâbiyet (*Staatsangehörigkeit*), vatandaşlık (*Staatsbürgerschaft*) ve etno-kültürel ulusal bağlılık (*Nationalität*) farklı terimlerle ifade edilmektedir. Fransızca ve İngilizcedeki terimlerin örtüşmesi, Fransız, İngiliz, Amerikan siyasal geleneklerindeki kurucu devrimlerden gelen devlet, ulus, egemen ulus kavramlarının birleşmesini ve ulusal bağlılığın siyasal tanımını yansıtmaktadır. Almancadaki anlam farklılığı ise, Almanya'daki devletin kuruluşu, ulusçuluk ve demokrasi akımlarının bağımsız, bazen de karşıt anlamlarını göstermektedir. Fransa ile Almanya'nın siyasal birliklerini tamamlamaları ve ulusal vatandaşlığın gelişimi sürecine yansıyan farklılıkları, vatandaşlığın verilme tarzları bakımından da farklılık yaratmıştır. Fransız vatandaşlığının kazanılmasında Fransa'da doğmuş olma önem taşıırken, Alman vatandaşlığının kazanılmasında köken (kan esası), hatta Alman ırkından olma esası ağırlık taşımıştır. Bkz. Brubaker, s. 50 vd.; Neuman, G. L.: *Nationality Law in the United States and Federal Republic of Germany: Structure and Current Problems, Paths to Inclusion*, Ed. Peter Schuck/Rainer Münz, Vol. 5 of Series Migration and Refugees, New York 1998, s. 250.

ği bakımından önemli bir ortak özellik ise, hukuki bir kavram olarak vatandaşlığın gelişiminde ulus unsurundan çok devletin ön plana çıkması olarak belirlenebilir.⁹ Bugünkü modern vatandaşlık kurumunun gelişiminde ulusal bilincin doğmasının ve ulus-devletin varlık kazanmasının çok önemli bir yer tuttuğu görülmekle birlikte; vatandaşlığın hukuki bir kurum olarak devlete dayandığı ve siyasal birliğini tamamlayan devletlerde ulus unsurundan önce devletin kurulmasının modern vatandaşlık kurumunu ortaya çıkardığı söylenebilir. Zira Fransa ve Almanya örneğinde görüldüğü üzere, devletin insan unsuru, farklı süreçlerin sonunda, ulus-devletin kurulmasının farklı aşamalarında “ulus” olarak belirginlik kazanmış; hatta Fransa’da Devrim sonrasında vatandaşlık kurumu “ulus”un hukuken yaratılmasının bir aracı olmuştur.¹⁰

Bir ulus-devlet olan Türkiye Cumhuriyeti’nin kuruluşunda devletin insan unsurunun belirlenmesi bakımından da benzer analizler yapılmalı, Türkiye’de ulus bilincinin oluşumu, devletle birey arasındaki ulusal vatandaşlık bağının kurulması konuları, Osmanlı İmparatorluğu’ndan gelen devlet ve toplum yapısı ele alınarak incelenmelidir. Ancak yukarıda belirtildiği üzere ulus-devletlerin kuruluşu çerçevesinde vatandaşlığın gelişimine ilişkin olarak dikkat çeken, “ulus”tan çok “devlet”in öne çıktığı gerçeği göz ardı edilmemelidir. Bu noktadan hareketle Türkiye Cumhuriyeti’nde vatandaşlık kurumuna bakıldığında, ırk veya dine dayalı bir vatandaşlık esasının kabul edilmediği görülmektedir. Tam tersine, Cumhuriyetle birlikte Türk vatandaşlığı, bir ırk anlamında “Türk”lüğü ifade etmek için değil, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığını tesis etmek üzere, Türkiye Cumhuriyeti’ni oluşturan devletin insan unsurunun yani Türk ulusunun hukuki ifa-

⁹ Aynı yönde bkz.: Uluocak, N., *Türk Vatandaşlık Hukuku*, B. 3, İstanbul 1989, s. 2.

¹⁰ Burada ulusal bilincin oluşmaya başlaması ile ulusçuluk akımı arasındaki zaman ve nitelik farkı üzerinde durulması anlamlı olabilir. Batı Avrupa devletlerinde ulus bilincinin oluşmaya başlaması genellikle mutlak monarşilerin güçlü merkezi otoritelere dönüştüğü feodalite sonrası dönemde, yani 15 ve 16. yüzyılda karşımıza çıkmaktadır. Buna karşılık, ulusçuluk ve modern vatandaşlığın ortaya çıkması için halk egemenliğinin yönetime yansıdığı 18. yüzyılın ikinci yarısını beklemek gerekli olmuştur. Bu konuda bkz.: Osmanağaoğlu, 48-58. Dolayısıyla metin içinde belirtildiği üzere, modern vatandaşlığın gelişimi bakımından belirleyici olan unsur, esas olarak mutlak monarşilerin ulus-devletlere dönüşmesidir; zira ulus-devletlerde eşitlikçi ve yönetime katılmanın önemli olduğu bir vatandaşlık ilişkisi devletin kurulma sürecinin değişen noktalarında belirginlik kazanmıştır.

desi olarak karşımıza çıkmıştır.¹¹ Ancak bizde de özellikle Fransa'da olduğu gibi "ulus"un tesisi önem taşımakla birlikte, vatandaşlık "ulus"tan değil; "ulus" vatandaşlıktan doğmuştur denilebilir. Bu nedenle, hukukumuzda Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığının ırk esasına dayanmadığı gerçeğini kabul etmek tarihsel bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

Osmanlı İmparatorluğu'nda devletin insan unsurunun ne şekilde belirlendiğine genel olarak bakılacak olursa, öncelikle İslam hukukuna göre vatandaş-yabancı ayırımının dini esaslara göre yapıldığı; ulusal bağlılıkların herhangi bir etkisinin bulunmadığı hatırlanmalıdır.¹² Osmanlı'da 1800'lü yılların ortalarına kadar tâbiyet konusunda bir hukuki düzenleme bulunmadığı gibi tebaa kavramının sınırlarının da tam anlamıyla dine dayalı olarak çizildiği söylenemez. Zira ülkede yerleşik Müslüman olmayan kişilerin de (zimmîler) tebaa sayıldığı; ancak tebaa arasında dine dayalı olarak, sahip oldukları haklar ve tâbi oldukları yükümlülükler bakımından fark bulunduğu görülmektedir. Buna göre, zimmîler denilen gayri Müslim tebaa, Osmanlı ülkesinde oturma, can ve mal güvenliğinden, örf ve adet ve din özgürlüğünden yararlanma hakkına sahip olan; bu haklara karşılık ülkeye sadakat ile borçlu olup, cizye denilen bir vergi vermek yükümlülüğü bulunan ki-

¹¹ Türkiye Cumhuriyeti'nin vatandaşlıkla ilgili düzenleme içeren ilk anayasası olan 1924 Anayasası'nın 88. maddesinde "Türkiye ahalisine din ve ırk farkı olmaksızın, vatandaşlık itibarı ile Türk itlâk olunur" hükmü yer almaktadır. Bu hüküm hakkındaki meclis görüşmelerinde "Türk itlâk olunur" ibaresi tartışılmış ve bu hüküm çeşitli öneriler arasından tercih edilmiştir. Söz konusu tercihin, bu ibarenin, hem "Osmanlı" tabirinin yerini alabilecek nitelikte olması hem de Devlete vatandaşlık bağı ile bağlı bireylerin hepsinin, hangi soydan gelirlerse gelsinler ve hangi dine mensup bulunurlarsa bulunsunlar, aynı adla anılmaları gereğinin Anayasa ile güvence altına alınması nedeniyle yerinde olduğu ifade edilmiştir. Bkz.: Fişek H., Anayasa ve Vatandaşlık, Ankara 1961, s. 21-23. Meclis Görüşmeleri için bkz.: Unat İ., Türk Vatandaşlık Hukuku, (Metinler - Mahkeme Kararları), Ankara 1966, s. 38-44. 20 Ocak 1921 tarihli Teşkilatı Esasiye Kanunu'nun amacı ise, yeni bir devlet kurmak değil; hilafet ve saltanatın, vatan ve milletin kurtarılması ve bağımsızlığının kazanılması amacı ile toplanan Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin, onun hükümetinin ve idari teşkilatının düzenlenmesinden ibaret olduğu bu anayasanın "madde münferide" başlığını taşıyan son maddesinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla 1921 Anayasası'nda yeni bir devlet kurulduğu ve Osmanlı İmparatorluğu'nun ortadan kaldırdığı hükme bağlanmadığı gibi, vatandaşlığa ilişkin herhangi bir düzenleme de getirilmemiştir. Bkz.: Fişek, s. 17.

¹² Nomer E., Vatandaşlık Hukuku, B. 15, İstanbul 2005, s. 44; Çelikel A., Yabancılar Hukuku, B. 13, İstanbul 2007, s. 37; Osmanağaoğlu, s. 85.

şilerdir.¹³ Aslında böylece Osmanlı'da bugünkü anlamı ile vatandaşlık kurumunun var olmadığı ortaya çıkmaktadır; zira teknik anlamda vatandaşlar arasında olması gereken hukuk önünde eşitlik esası Osmanlı tebaası bakımından geçerli değildir. Müslümanlarla gayri müslimler arasında çeşitli hak ve yükümlülükler bakımından statü farkı vardır.¹⁴

Osmanlı'nın 1800'lü yılların ortalarında tâbiyet konusunu hukuki açıdan düzenleme aşamasına geçmesi, aslında Müslüman tebaa ile gayri müslim tebaa arasındaki bu statü farklılığını giderme gereğinden değil; gayri müslim tebaanın yabancı devletlerin tâbiyetine geçmek suretiyle Osmanlı'nın bu devletlere tanıdığı kapitülasyonlardan yararlanma eğiliminin önüne geçmek gayretinden doğmuştur.¹⁵ İşte bu amaçla 1869 yılında yürürlüğe konulan Tâbiyet-i Osmaniyye Kanunnamesi,¹⁶ Müslüman olup olmamanın tâbiyet üzerindeki etkisini sona erdirmiş; Osmanlı tâbiyetinin kazanılma esaslarını ana hatları ile düzenlemiştir. Kanunnamede Osmanlı tâbiyetinin kazanılması kan esası ve toprak esası üzerine inşa edilirken, Osmanlı ülkesinde ikamet eden herkes ilke olarak Osmanlı tebaası sayılmış ve yabancı bir devletin tebaası olduğunu ileri sürenlerin bunu kanıtlamaları gerektiği hükme bağlanmıştır (m. 9). Bu esas, Osmanlı'da tâbiyetin zaten ikamet etme koşulu ile atfedilmiş olması gerçeği ile uyumludur.¹⁷ 1876 yılında yayımlanan ve ilk Osmanlı anayasası olan Kanun-u Esasi¹⁸ de tâbiyete ilişkin olarak düzenleme getirmiş ve bu düzenlemede Osmanlı tâbiyetinde bulunan herkese din ve mezhep farkı gözetilmeksizin "*Osmanlı*" denileceği belirtilmiştir (m. 8).

Görülmektedir ki, Osmanlı İmparatorluğu, bugünkü anlamda pek çok ulustan oluşan tebaası arasında dine dayalı bir ayırım yapmış iken, son döneminde hem bu ayırımı ortadan kaldırmış hem de dünya çapında hareketlenen ulusçuluk akımları karşısında güç kaybetmemek arzusu ile tebaası ile arasındaki ilişkiyi "*Osmanlılık*" statüsü ile formüle etmeye çalışmıştır.

¹³ Çelikel, s. 37; Osmanağaoğlu, s. 85-86. Müslim-gayri müslim ayırımının hukuki bir ayırım olduğu (Kıta Avrupa'sı ve İngiltere feodalitesindeki hukuki sınıf ayrımları ile karşılaştırıldığında) yönünde bkz.: Osmanağaoğlu, s. 60-61.

¹⁴ Aybay, R., *Vatandaşlık Hukuku*, B. 2, İstanbul 2004, s. 68.

¹⁵ Bu konuda bkz., Unat, 8; Seviş, M. R., *Devletler Hususi Hukuku, Giriş, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku*, İstanbul 1983, s. 72-74; Aybay, s. 42. 106 vd.; Osmanağaoğlu, s. 173 vd.

¹⁶ Metin için bkz.: Unat, s. 8.

¹⁷ Göger, E., *Türk Tabiiyet Hukuku*, B. 4, Ankara 1979, s. 19.

¹⁸ Metin için bkz.: Unat, s. 14.

Cumhuriyet ile kurulan ulus-devletin getirdiği Türk vatandaşlığı, özellikle teorik anlamda Fransız ya da Alman vatandaşlık statüleri ile ortak özellikleri paylaşmış olsa da, imparatorluktan gelen siyasal ve toplumsal yapının etkisi altında şekillenmiştir. İrk ve din ayırımı gözetilmeksizin Türkiye ahalisine vatandaşlık itibarı ile Türk denileceğini hükme bağlayan 1924 Anayasası'nın 88. maddesi ve daha sonra 1961 Anayasası'nın 54. maddesinde ve 1982 Anayasası'nın 66. maddesinde ifade edilen¹⁹ Türk vatandaşlığı kavramı, Osmanlı'nın çok uluslu ve çok dinli yapısının üstüne kurulan ulus-devletin vatandaşlık anlayışını yansıtmaktadır. Bu anlamda Osmanlı'dan gelen toplumsal ve siyasal yapının özelliklerinin, Ulusal Kurtuluş Savaşı'nın ve arkasından gelen devrimin ulusçu ve laik karakteri ışığında ele alınması bir zorunluluktur. Fransız Devrimi'nde olduğu gibi Türk Devrimi'nde de ulus bilinci devrim sonrasında yaratılmaya çalışılmıştır. Ulusal Kurtuluş Savaşı'nı ve devrimi gerçekleştiren ulusa bir bütün olarak, içindeki farklı ırk ve dine dayalı gruplar yok sayılarak değil; bunların oluşturduğu topluluğa Türk ulusu denilerek yeni kurulan devletin insan unsuru hukuken ifade edilmiştir. Bu nedenle "Türk" sıfatı, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığı ifade eder.²⁰

Genel olarak görüldüğü üzere, devletin insan unsurunun ve vatandaşlığın tesisi, her devletin siyasal, toplumsal yapısına, hukuk düzeninin temel değerlerine bağlı olarak değişkenlik gösterebilmek-

¹⁹ 1982 Anayasası m. 66'ya göre, "Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk'tür..." bu hüküm Anayasal düzeyde ilk defa 1961 Anayasası'nda ifade edilmiştir. 1961 Anayasası'nın hazırlanması aşamasında, Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsü'nün Gerekçeli Anayasa Tasarısı'nda önerilen ve nihai olarak 1961 Anayasası'nın 54. maddesinde kabul edilen "Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk'tür..." hükmü hakkında, bu hükmü 1924 Anayasası'nın 88. maddesi hükmü ile karşılaştırılarak bazı değerlendirmeler yapmak mümkündür. 1924 Anayasası'nın 88. maddesindeki ifade tarzının vatandaşlar arasında ırk ve dine dayanan bir ayrılık fikrini tescil ettiği düşüncesinin 1961 Anayasası'nda bu ırk ve din ayırımına işaret edilmemesi gereğini doğurduğu; bugün Türkiye Cumhuriyeti'ne vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları halde ırk, din, dil bakımından birbirinden farklı grupların var olduğu gerçeğinin inkar edilemeyeceği; ancak hukukun önemli olanın kişilerin ırkları, dinleri veya dilleri değil, onların devlete vatandaş sıfatı ile bağlı bulunmaları olduğu yönünde değerlendirme için bkz.: Fişek, s. 40. 1961 Anayasası'nın Temsilciler Meclisi Görüşmeleri'nde de vatandaşlığa ilişkin hükmün çeşitli yönleri tartışılmış ve bu hükmün çıkarılması teklifine karşı Komisyon Sözcüsü Muammer Aksoy tarafından söz konusu hükmün, "Atatürk'ün Türkçülük ve milliyetçilik mefhumunu izah ederken kullandığı formülün ta kendisi" olduğu ifade edilmiştir. Bkz.: Unat, s. 256. Ayrıca Bkz.: Osmanağaoğlu, s. 10.

²⁰ Nomer, agt., s. 68.

tedir. Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş aşamasında ve sonrasında vatandaşlık kavramının anayasalara yansıyan görüntüsünün, Kıta Avrupa'sı ülkelerinde kabul edilen vatandaşlık anlayışına ana hatları ile benzer olduğu; geçmişten gelen toplumsal ve siyasal yapı farklılıklarına rağmen hukuki çerçevenin benzer şekilde çizilmiş olduğu söylenebilir. Amerikan ve İngiliz hukuk sistemlerinde de, modern vatandaşlık kurumunun gelişimine ilişkin olarak Kıta Avrupa'sı ile ortak noktalar bulunmakla birlikte, çeşitli açılardan farklı bir seyir izlendiği görülmektedir. Aşağıda Amerikan ve İngiliz hukukunda vatandaşlık kurumu konuya ilişkin temel hukuki düzenlemeler çerçevesinde incelenerek, bu hukuk sistemlerinde ortaya çıkan özellikler belirlenmeye çalışılacaktır.

II. Amerikan Hukukunda Vatandaşlığın Anayasal Temeli

A. Genel Olarak Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Vatandaşlık

Amerika Birleşik Devletleri (ABD) hukukunda vatandaşlığın (*citizenship*) anayasal temeli 1868 yılına ait 14. ek maddede²¹ bulunmaktadır. 14. ek madde öncesinde Amerikan Anayasası'nda vatandaşlığa ilişkin bir hüküm yer almamakta idi. ABD hukukunda vatandaşlığa ilişkin ilk düzenleme 1866 Medeni Haklar Kanunu²² (*Civil Rights Act*) ile yapılmış; ancak kanunun anayasal düzeyde hükme bağlanması gerekli görüldüğünden 14. ek madde hazırlanıp yürürlüğe konulmuştur.

Hukuki düzenlemeleri incelemeye geçmeden önce ABD'de farklı etnik kökenlere sahip pek çok Amerikalının kendisini ABD tebaası olarak değil; ABD vatandaşı (*citizen*) olarak gördüğü ve "ulusal bağ - milliyet" (*nationality*) teriminin daha çok etnik kökene işaret ettiği belirtilmelidir.²³

Anglo-Amerikan dünyası ile Avrupa arasında devlet oluşumu sü-

²¹ 14. ek madde (*Amendment*)'nin İngilizce metni için bkz.: http://www.archives.gov/national-archives_experience/charters/constitution_amendments_11-27.html (erişim tarihi: 28.01.2008).

²² *Civil Rights Act* 1866'nin İngilizce metni için bkz.: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=a9h&AN=21212244&site=ehost-live> (erişim tarihi: 28.01.2008).

²³ Neuman, s. 249.

recinde görülen farklılıklar devletin insan unsuru konusundaki varsayımların da farklılaşmasına yol açmıştır. İngilizce konuşulan ülkelerde devletle ulus eşit görülmekte olup; halk belli bir devleti veya ulusu oluşturan insan topluluğu olarak algılanır. Başka bir deyişle devlet, insan unsurunu tanımlar.²⁴ Buna karşılık Avrupalılar insan unsurunu, yani ulusu devletten ayrı görürler ve ulusu veya halkı dil, din, kültür, tarih ve köken gibi ortak özelliklerin birleştirdiği; devlet organizasyonundan ayrı bir bütün olarak değerlendirirler. 19. yüzyılın romantik milliyetçiliğine kaynaklık eden bu yaklaşım özellikle İtalya ve Almanya'nın siyasi birliğinin sağlanmasında da ideolojik temel olmuştur. Ulus devletin, toplumun kendi kaderini tayin etmede bir araç olarak görüldüğü ve politik ve hukuki düşüncede toplumcu geleneğin hakim olduğu bu yaklaşım karşısında, ABD'de liberal bireyci gelenek ağır basmıştır ve vatandaşlık (*citizenship*) etnik kökenden bağımsız olarak gelişmiştir.

B. Amerikan Vatandaşlık Hukukunun Temelleri

Amerikan vatandaşlık hukukunun anayasal dayanağı olan 14. Ek Madde'nin yürürlüğe girmesine kadar Amerikan Anayasası'nda vatandaşlığın ne tanımı verilmiş ne de vatandaşlığı oluşturan unsurlar belirtilmiştir.²⁵ 14. ek madde paragraf 1'de vatandaşlığın bir tanımı verilmemekle birlikte, vatandaş (*citizen*) statüsü kazanmak için gerekli olan koşullar belirlenmiştir. Buna göre, "*Birleşik Devletler'de doğan veya vatandaşlığa kabul edilen ve Birleşik Devletler yetkisine tâbi olan herkes, Birleşik Devletler'in ve ikamet ettikleri Eyaletin vatandaşıdır.*"²⁶ Görüldüğü gibi paragraf 1, teknik olarak bir "*vatandaş*" (*citizen*) tanımı yapmaktayken beraber, bir eyaletin ve Birleşik Devletler'in vatandaşı olmanın koşullarını ifade etmektedir.²⁷

14. ek madde ile bu şekilde bir düzenleme yapılmasının çeşitli nedenleri sayılmaktadır. Bunlardan en önde geleni, vatandaş statüsüne

²⁴ Neuman, s. 249.

²⁵ Smith, D. G.: *Citizenship and the Fourteenth Amendment*, San Diego L. R., 1997, Vol. 34, s. 691.

²⁶ "All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State where in they reside" (U.S. Constitution, amend 14, Section 1 [adopted 1868]).

²⁷ Smith, s. 683.

ilişkin koşulların anayasa metni içine alınarak anayasal güvenceye kavuşturulması; böylece eyaletlerin (ve kongrenin) bu koşulları yerine getiren kişilerin vatandaşlık haklarını reddetme yetkisinin ortadan kaldırılmasıdır.²⁸ Aslında bu sonucu gerekli kılan neden, 1856 yılında Amerikan Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court*)'nin *Dred Scott v. Sandford*²⁹ davasında verdiği karar ile karşımıza çıkmıştır. Bu davada Yüksek Mahkeme özgür siyahların vatandaş statüsünde olmadıklarına ve anayasanın değiştirilmesi (*amendment*) dışında hiçbir yolla vatandaş olamayacaklarına hükmetmişti. *Dred Scott* davası sonrasında 1866 *Civil Rights Act*'te siyahların vatandaşlık haklarından söz edilmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme'nin söz konusu davada anayasanın değiştirilmesi dışında hiçbir yolla özgür siyahlara vatandaşlık verilemeyeceğini karara bağlamış olması nedeniyle, 14. ek madde ile gerekli değişiklik yapılmış ve *Civil Rights Act* ile getirilen düzenleme anayasal güvence altına alınmıştır. Bu düzenlemenin yapılmasında kongrenin ve eyaletlerin olası kısıtlayıcı düzenlemelerinin önüne geçilmek istenmesi önemli rol oynamıştır.³⁰

14. ek maddeden önce de bazı girişimlerde bulunulmuştur. Örneğin, 13. ek madde ile kölelik yasaklanmıştır. Ancak 13. ek madde kölelik ile vatandaşlık arasında bir ara statü yaratılmasını engelleyici olmamıştır. Benzer şekilde 1866 *Civil Rights Act* ile siyahların vatandaşlık hakkına sahip oldukları öngörülmüş olmasına karşın, Yüksek Mahkeme *Dred Scott* davasında yukarıda sözü edilen karara varmıştır. Dolayısıyla 14. ek maddenin vatandaşlık düzenlemesi Yüksek Mahkeme'nin verdiği karara bir cevap niteliğindedir. 14. ek maddede yer alan vatandaşlık düzenlemesinin Afrika kökenli kişilerin vatandaş olmadıkları ve olamayacakları yargısını içeren Yüksek Mahkeme kararını etkisiz kılmaya yaradığı kabul edilir. Bunu yaparken ek madde, ırkın hiçbir rolünün olmadığı bir vatandaşlık statüsü getirmiştir.³¹

14. ek maddeyi hazırlayanların bir diğer amacı, vatandaşlığın ulusallaştırılması ve paragraf 1'in ikinci cümlesinde ifadesini bulan ABD

²⁸ Smith, s. 693.

²⁹ 60 U.S. (19 How.) 393 (1856), Kararın metni için bkz.: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=60&page=393>

³⁰ Smith, s. 693.

³¹ Bosniak, L.: *Constitutional Citizenship Through the Prism of Alienage*, Ohio State Law Journal, 2002, Vol. 63, No. 5, s. 1295.

vatandaşlarının “ayrıcılık ve muafiyetleri”³² ibaresinin içeriğini oluşturan hakların federal güvence altına alınmasıdır.³³ Gerçekten de 14. ek madde ile vatandaşlık, ulusal (federal düzeyde) hukukun ve ulusal menfaatin konusu haline gelmiştir. Bundan önce vatandaşlığın anlamının belirlenmesi ve düzenlenmesi eyaletlerin yetkisi içinde görülüyordu. 14. ek madde bu konuda eyalet egemenliğini kaldırarak, eyaletlerle federal devlet arasındaki ilişkinin yeniden düzenlenmesinin de işareti olmuştur.³⁴

Birleşik Devletler hukuk geleneğinde, 14. ek madde öncesinde “vatandaş” (*citizen*) terimi kişilerin ABD’de doğmasından veya ABD’de vatandaşlığa alınmasından daha fazlasını ifade etmiştir. Zira vatandaş statüsüne belli ayrıcalık ve bağımsızlıklar eşlik etmiştir. 14. ek maddenin vatandaşlık kavramının içinde bulunan bu temel hakları da korumasının amaçlandığı kabul edilmektedir.³⁵ Bu haklar, *common law* tarafından tanınan temel haklar (*common rights*)’dır. 14. ek maddeden önce anayasada vatandaşlığın tanımı yapılmış değildi. Kimlerin bu sınıfa girdiği tartışmalı olmakla birlikte, “vatandaş” teriminin anlamı konusunda hukuk camiasında görüş birliği bulunmakta idi. Buna göre vatandaş, devlete sadakat borcu olan ve devletin korumasını talep etme hakkı bulunan kişidir.³⁶ Sözü edilen haklar, vatandaşlığın içinde, yapısında mevcut olan haklardır. Ancak vatandaşlığın içerik olarak anlamı ve kapsamı tartışmalı bir konu olmuştur; zira başlangıçta vatandaşlığın kapsamına giren hakların (14. ek maddede anılan ayrıcalık ve muafiyetlerin) temel haklar (*natural rights, civil rights*)’dan ibaret olduğu ve siyasal hakların vatandaş statüsünün kapsamında yer almadığı yaygın olarak kabul edilmiştir.³⁷ Bu anlamda vatandaşlık kavramının çok dar kapsamlı olduğu ileri sürülmüştür.³⁸ 1875 yılında verilen bir Yüksek Mahkeme kararında da oy kullanmanın vatandaşlık haklarından ol-

³² “...No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws” (U.S. Constitution, amend. 14, Section 1 [adopted 1868]).

³³ Smith, s. 798.

³⁴ Bosniak, s. 1295.

³⁵ Smith, s. 798.

³⁶ Smith, s. 691.

³⁷ Bosniak, s. 1296-1297; Smith, s. 691. Siyasal haklar 20. yüzyılda vatandaşlığın bir gereği olarak kabul edilmiştir. Bu konuda bkz. Smith, s. 691 vd.

³⁸ Bkz. Bosniak, s. 1300.

madığı hükme bağlanmıştır; fakat oy kullanmanın vatandaşlık statüsüne de münhasır olmadığı; zira 19. yüzyıl sonlarında bazı eyaletlerde yerel seçimlerde yabancılara seçme hakkı tanındığı görülmektedir. Böylece vatandaşlık statüsü ile vatandaşlık hakları arasında bir ayırım bulunduğu ve bu ikisinin birbirinden bağımsız olabileceği anlayışı kabul görmüştür.³⁹

14. ek maddenin vatandaşlık ayrıcalık ve bağımsızlıkları konusundaki genel ifadesine yönelik tartışmaların odak noktasını siyasal haklar oluşturmuştur. Ancak 14. ek maddede siyasal haklardan söz edilmiş olup, anılan ayrıcalık ve bağımsızlıkların da vatandaşlık kavramının içinde yer alan haklardan ibaret olduğu görüşü ağırlık kazanmıştır. Siyasal haklar ise bu anlamda vatandaşlık kavramının içinde mevcut olan haklardan sayılmamıştır; aksine siyasal hakların kullanımının başka olgu ve niteliklere bağlı olduğu ifade edilmiştir.⁴⁰ Gerçekten günümüzde genel seçimlerde oy kullanma hakkından yoksun bulunan fakat ABD vatandaşı (*citizen*) olan halk topluluklarının⁴¹ varlığı, Amerikan vatandaşlık hukukunda vatandaşlık haklarının algılanış şeklinin tarihsel olarak farklılaştığının ve Kıta Avrupası'nda olduğu gibi vatandaşlık kavramının hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından eşitlik esası çerçevesinde tanımlanmadığının bir göstergesidir.

³⁹ Bkz. Bosniak, s. 1300 vd.

⁴⁰ Bkz. Smith, s. 691 vd.

⁴¹ Puerto Rico, Guam, Virgin Islands, Northern Mariana Islands'da yaşayanlar ABD vatandaşı (*citizen*) olmakla birlikte, istisnai olarak genel seçimlerinde oy kullanma hakkından yoksundurlar. American Samoa ve Swain Islands'da yaşayanlar ise vatanbaş statüsünde değil, Amerikan tâbiyetinde (*U.S. nationals*) bulunmaktadır. Amerikan vatandaşları kural olarak her türlü siyasal hakka sahip olmakla birlikte, Amerikan tebaasının siyasal hakları yoktur. Bkz.: Neuman, s. 253; Sınırlı vatandaşlık (*limited citizenship*) konusunda bkz.: Johnson, K. R.: *Puerto Rico, Puerto Ricans, and Latcrit Theory: Commonalities and Differences Between Latina/O Experiences*, Michigan Journal of Race and Law, 2000, Vol. 6, s. 108-117; Ayrıca ülkede bulunan vatanbaş olmayanların (yabancıların) oy kullanma hakkı konusunda bkz.: Ho, V. H.: *Noncitizen Voting Rights: The History, the Law and Current Prospects for Change*, Immgr. & Nat'lity, Law Rev., 2000, 21, s. 477-528, çevrimiçi: Heinonline. Vatanbaş olmayanlara siyasal haklar tanınması, vatandaşlık kavramı çerçevesinde tartışılmaktadır. Vatandaşlığı bir haklar toplamı olarak gören anlayış ile bir hukuki statü olarak gören anlayış dikkate alındığında bu konudan hareketle vatandaşlık kavramının iki yönü bulunduğu; hukuken vatanbaş olmanın vatandaşlık haklarının her durumda güvence altında olması anlamına gelmeyeceği gibi, hukuken vatanbaş olmayanların da vatandaşlık hakları olarak nitelendirilen haklara sahip olabileceği yönünde bkz.: Bosniak, s. 1293; Ayrıca bkz.: Bosniak, L.: *Citizenship Denationalized*, Indiana Journal of Global Legal Studies, 2000, Vol. 7, s. 447-509.

III. İngiliz Hukukunda Vatandaşlığın Temeli

A. Genel Olarak İngiliz Hukukunda Vatandaşlık

Hukukta vatandaşlık kavramı, vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin kuralların gereğini yerine getiren kişilere siyasi birliğe üyelik verilmesini ifade eder. Bazı sistemlerde hukuk, devletle birey arasındaki ilişkinin yapısını da saptar. Bu saptama genellikle vatandaşların hak ve yükümlülüklerini öngören anayasal hükümlerde yer alır. Fakat Birleşik Krallık anayasa hukuku, vatandaş ile devlet arasındaki ilişkinin normatif içeriğini açıkça belirlememektedir; bu nedenle vatandaşlık kavramının teorik açıdan incelenmesinin gerekli olduğu ileri sürülmüştür.⁴² Vatandaşlık fikri aslında farklı yorumlara açıktır. Bu durumun temel nedeni, devletle birey arasındaki ilişkinin çeşitli yönlerinin bu ilişkiyi destekleyen bir siyasi teoriye dayanmasıdır. Gerçekten, liberal geleneğe bağlı yazarların yaptığı vatandaş tanımı, örneğin liberalizmin toplumcu eleştirilerini ifade edenlerin yaptığı tanımdan farklıdır.⁴³

Vatandaşlık statüsü ile ulusal bağlılık veya etnik köken (*nationality*) arasındaki ayırım da Birleşik Krallık hukukunda pek net değildir. Ulusal bağlılık, daha çok hukuken hangi vatandaşlığa sahip olduğuna bakılmaksızın, bireyle ulusu arasındaki ilişkiyi ifade eder. Ulus, ortak kimliği kendisi ve diğerleri tarafından tanınan, ortak bir geçmişi ve adı bulunan insan topluluğu olarak tanımlanabilir. Buna karşılık vatandaş statüsü, bireyle, birden fazla ulusu da kapsayabilecek (Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallık'ı örneğinde olduğu gibi) ülkesel sınırlar içinde bir siyasi organizasyon şekli olan devlet arasındaki ilişkiyi ifade eder.⁴⁴

Tarihsel olarak, Birleşik Krallık'ta vatandaşlık (*citizenship*) ile ulusal bağlılık (*nationality*) toplumsal yapının oluşumunda kıtada olduğundan daha sınırlı bir rol oynamıştır. Gerçekten, "İngiliz vatandaşı" (*British citizen*) statüsü esas olarak 1981'de yaratılmıştır ve bu statü Fransız veya Alman vatandaşlığının taşıdığı sembolik ağırlığı taşımamaktadır. Bir yazarın gözlemi şu yöndedir: "İngiliz vatandaşlığı hakkında ilk söylenecek olan, böyle bir şeyin gerçekte var olmadığıdır -en azından

⁴² Lardy, H.: *Citizenship and Right to Vote*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol 17, No. 1, s. 76.

⁴³ Bkz. Lardy, s. 76.

⁴⁴ Lardy, s. 76.

diğer ülkelerde anlaşılan anlamda vatandaşlık değildir."⁴⁵ Hatta İngiltere'de genel seçimlerde oy kullanma hakkı, İngiliz vatandaşlığına bağlı değildir; Birleşik Krallık'ta ikamet eden bir İrlandalı veya Kanadalı, yerel seçimlere, Avrupa Birliği seçimlerine ve hatta İngiliz genel seçimlerine katılabilir.⁴⁶ Bu durum, İngiliz vatandaşlık hukukunun kodifiye edilmesinden önceye dayanan bir *common law* kuralından kaynaklanmaktadır. Söz konusu kural uyarınca, Birleşik Krallık'ta ikamet eden İngiliz tebaası (*British subjects*) parlamento seçimlerinde ve yerel seçimlerde oy kullanma hakkına sahiptir.⁴⁷ 1914 yılında İngiliz vatandaşlık hukukunu kodifiye eden ilk düzenleme olan British Nationality and Status of Aliens Act⁴⁸ ile İngiliz tebaasının seçimlere katılma hakkı korunmuştur. 1914 yılına ait bu kanun ile İngiliz vatandaşlık hukukunun kodifiye edildiği ifade edilmektedir. Kanun, tâbiyet bağını esas aldığı için bugünkü anlamda vatandaşlık statüsünü düzenlemekten ziyade, o güne kadar gelişen tâbiyet hukuku normlarını kodifiye etmiştir. Bu dönemde tâbiyet bağının İngiliz İmparatorluğu'nun her yerinde geçerli bir bağ olduğu varsayımı kabul görmüştür. Buna göre, kralın yetkisi altında olan herkes İngiliz tebaasıdır. İngiliz tâbiyeti, İngiliz pasaportu almak için başvuruda bulunma ve İngiliz devletinden diplomatik koruma talep etme hakkı verdiği için uygulamada vatandaşlık gibi değerlendirilmiştir; ancak bir statü olarak diğer pek çok devlette vatandaşlığa bağlanan hakları kapsamına almamıştır.⁴⁹ İngiliz modelinin bir diğer özelliği, politik mensubiyet düşüncesinin, politik birliğin bir üyesi olmaktan değil, kişisel olarak egemen olana sadakat bağı ile bağlılıktan doğmuş olmasıdır.⁵⁰ Yani tâbiyet, bir politik sisteme değil; kişisel olarak krala tâbiyettir. Özellikle kolonilerde yaşayan insanlar için tebaa olmanın anlamı budur.

⁴⁵ Bkz. Thomas, E. R.: *Immigration and Changing Definitions of National Citizenship in France, Germany, and Britain*, Research Article, French Politics, 2006, 4, 251'den naklen: Dummett, A.: The Acquisition of British Citizenship, From Imperial Traditions to National Definitions, in R. Bauböck (ed.) *From Aliens to Citizens: Redefining the Status of Immigrants in Europe*, Vienna: Avebury, s. 75-80.

⁴⁶ Thomas, s. 251; Lardy, s. 77 vd.

⁴⁷ Lardy, s. 78.

⁴⁸ British Nationality and Status of Aliens Act 1914 adlı kanunun değişik metni için bkz.: http://www.legislation.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1914/cukpga_19140017_en_1 (erişim tarihi: 14.02.2008).

⁴⁹ Bkz. Thomas, s. 251.

⁵⁰ Thomas, s. 251.

B. İngiliz Vatandaşlık Hukukunun Genel Esasları

1948 yılına kadar İngiliz vatandaşlık hukukuna tâbiyet bağı hakim olmakla beraber, British Nationality Act 1948⁵¹ ile “İngiliz tebaası” yerine iki kategori öngörülmüştür: “Bağımsız bir İngiliz Uluslar Topluluğu Ülkesinin Vatandaşı” ve “Birleşik Krallık ve Kolonilerinin Vatandaşı”. Her iki kategori vatandaş statüsü aynı zamanda İngiliz tebaası sayılmakta; fakat İngiliz tebaası statüsü bu iki kategorinin altında ikincil bir statü olarak yer almaktadır.⁵² İngiliz Uluslar Topluluğu (*Commonwealth*) ülkelerinin vatandaşları, aynı zamanda İngiliz tebaası olarak, kendi ülkelerinin pasaportlarını taşımalarına karşın İngiltere’ye göç etme hakkını korumuşlardır. Bu arada, Birleşik Krallık ve kolonilerinin vatandaşları İngiliz pasaportu taşımaya devam etmişlerdir.⁵³ Sözü edilen kanuna göre her bir İngiliz Uluslar Topluluğu ülkesi, diğerinin vatandaşlarını İngiliz tebaası olarak görmüş; bu ülkeler birbirlerinin vatandaşlarına yabancı muamelesi yapmamıştır. Fakat göç kanunları ile getirilen kısıtlamalar saklı kalmıştır. Nitekim İngiltere özellikle “Uluslar Topluluğu” ülkelerinden (Asya ve Afrika’dan) gelen göçmenlerin girişini kısıtlamak üzere göç düzenlemeleri yapmıştır.⁵⁴ Zira British Nationality Act 1948 ile getirilen rejim, 1950’lerde İngiliz Uluslar Topluluğu ülkelerinden yeni bir göç dalgasına yol açmış ve 1960’a kadar imparatorluğun yaklaşık 600 milyon sakini, İngiltere’ye girme ve orada kalma hakkından (*right of abode*) yararlanmıştı.⁵⁵

İngiltere’ye göçün sınırlandırılmasında ilk adım, 1962 yılında yürürlüğe giren Commonwealth Immigrants Act ile atılmış ve bu kanunla eski kolonilerin çoğunluğu göç denetimine tâbi tutulmuştur.⁵⁶ 1968 yılında da “Birleşik Krallık ve kolonilerinin vatandaşı” olanlar için göçe ilişkin sınırlamalar getirilmiştir.⁵⁷ Böylece özellikle eski bir koloni ülkesi ile olan ilişkiye dayalı olarak kazanılan bu tür vatandaşlığa sahip

⁵¹ British Nationality Act 1948 adlı kanunun metni için bkz.: http://www.uk-legislation.hmso.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1948/cukpga_19480056_en_1 (erişim tarihi: 14.02.2008).

⁵² Lardy, s. 78; Thomas, s. 252.

⁵³ Thomas, s. 252.

⁵⁴ Blake, C.: Legislation – Citizenship, Law and the State: The British Nationality Act 1981, *Modern Law Review*, 1982, Vol. 45, s. 180.

⁵⁵ Thomas, s. 252.

⁵⁶ Shah, P.: British Nationals Under Community Law: The Kaur Case, *European Journal of Migration and Law*, 2001, 3, s. 272.

⁵⁷ Shah, s. 272.

olanlar için giriş kontrolleri uygulanmaya başlamıştır.⁵⁸ Bu kontrollerin uygulanmasında ırk ve etnik köken gibi etkenlerin rol oynadığı; göçmenlik haklarının artan oranlarda vatandaşlık statüsünden koptuğu ve etnik köken esasına dayandırıldığı kaydedilmiştir.⁵⁹ Vatandaşlığın hukuki anlamı üzerinde durulmak yerine, ırk ve etnik köken dikkate alınmıştır. Nitekim 1971 yılında yürürlüğe giren yeni bir kanun (Immigration Control Act) ile bu sefer menşe ülke ve “*patriality*” (sadece Birleşik Krallık ile güçlü bağları olan İngiliz tebaasının Birleşik Krallık’ta yaşama ve çalışma hakkına sahip olması kriterini ifade eder⁶⁰) kriteri getirilmiş ve Birleşik Krallık’a göçü ırk temelinde sınırlandırma eğilimi ağırlık kazanmıştır. Bu kanun İngiliz vatandaşlığını ırka dayalı olarak tanımladığı için eleştiri konusu olmuştur.⁶¹

İngiliz hukukunda görülen eğilim, vatandaşlık hukukunun göç hukukuna uydurulması yönünde gelişmiştir. Bu nedenle İngiliz vatandaşlık hukuku göç politikalarının etkisi altında kalmıştır. 1980’li yılların başında yeni bir kanun hazırlanması yolunda ortaya atılan öneriler, *patriality* kriterini taşımayanlar için ülkeye giriş hakkının daha da sınırlandırılması, *common law*’un temel prensiplerinden olan toprak esasının, ebeveynin İngiliz vatandaşı olması şartına bağlanmak yoluyla gevşetilmesi gibi hususları içeriyordu.⁶² 1971 Immigration Control Act’e yönelik ırka dayalı sınırlamalar getirdiği eleştirileri ve vatandaşlık hukukunu göç hukukuna uydurma çabaları 1981 yılında yürürlüğe giren British Nationality Act’e⁶³ varlık kazandırmıştır. Bu kanun, göçmenlik haklarındaki ayırımları, vatandaşlık statüsünün yeni getirilen ayırımlarına veya kategorilerine dönüştürmüştür. Dolayısıyla 1981 kanunu ırk temeline dayanan göç haklarına ilişkin ayırımları farklı vatandaşlık kategorilerine özgü ayırımlara dönüştüren yeni bir hukuki statü yaratmıştır.⁶⁴ Bu doğrultuda vatandaşlık statüleri her ne kadar doğrudan doğruya ırk temeline dayalı olarak belirlenmemiş ise de, yeni öngörülen “*İngiliz vatandaşı*” (*British citizen*) statüsünde

⁵⁸ Blake, s. 180; Thomas, s. 252.

⁵⁹ Thomas, s. 253.

⁶⁰ Parry, C.: British Nationality Law and the History of Naturalization, Milano 1954, çevrimiçi: <http://www.uniset.ca/naty/parry.htm> (erişim tarihi: 15.02.2008).

⁶¹ Thomas, s. 253.

⁶² Blake, s. 181.

⁶³ British Nationality Act 1981 adlı kanunun metni için bkz.: <http://www.uniset.ca/naty/BNA1981revd.htm> (erişim tarihi: 15.02.2008).

⁶⁴ Thomas, s. 253.

olanların çoğunluğu beyazlardan oluşmakta; diğer kategorilerde yer alan İngiliz tebaasının ise %95'i beyaz olmayan ırklara mensup bulunmaktadır. Diğer ülkeler, kendi tebaası olmayan kişilerin göç etmelerini sınırlamak üzere göç kanunları hazırlarken, İngiltere göçe ilişkin sınırlamaları ulusal vatandaşlığı yeniden tanımlamak üzere kullanmıştır.⁶⁵ Bu nedenle göç hakkına ilişkin sınırlamalar vatandaşlık statüsüne ilişkin sınırlamalar olarak karşımıza çıkmıştır.

Bu çerçevede 1981 British Nationality Act'te öngörülen vatandaşlık kategorilerine bakılacak olursa, "İngiliz vatandaşlığı" (*British citizenship*), mevcut göç mevzuatı ile büyük ölçüde belirlendiği üzere, Birleşik Krallık ile bağları bulunanlar için tesis edilmiştir. Sadece bu kategori Birleşik Krallık'ta yaşama ve çalışma hakkına sahiptir. İkinci kategori, "İngiliz Bağlı Bölgeler Vatandaşlığı" (*British Dependent Territories Citizenship*), bağlı bölgelerle ilişkisi olanlar için öngörülmüştür. Bu kategoride olanların Birleşik Krallık'ta yaşama ve çalışma hakkına sahip olup olmadıkları, ilişkili oldukları bağlı bölgenin göç hukukuna tâbidir. Üçüncü kategori ise "İngiliz Denizaşırı Vatandaşlığı" (*British Overseas Citizenship*) olup, bu tür vatandaşlığı ellerinde tutanlar, Birleşik Krallık'ta yaşama ve çalışma hakkına sahip değildirler.⁶⁶ Her üç vatandaşlığın kazanılması yolları çok karmaşık ve çeşitlidir. Şu kadarı söylenebilir ki, vatandaşlığın alt kategorilerinde bulunanların Birleşik Krallık'a girişleri sınırlandırılmıştır. Alt kategori olarak sözü edilenler arasında sayılabilecek diğer bazı gruplar, İngiliz tebaası (*British subjects*), İngiliz denizaşırı uyrukları (*British Nationals – Overseas*), İngiliz koruması altındaki kişiler (*British Protected Persons*)'dir.

Vatandaşlığın ikinci kategorisi olan İngiliz Bağlı Bölgeler vatandaşlığı (*British Dependent Territories Citizenship*) mevcut bir denizaşırı toprak ile olan bağlantı nedeniyle kazanılan vatandaşlıktır. 2002 yılında yürürlüğe giren British Overseas Territories Act ile bu kategorinin adı "İngiliz Denizaşırı Bölgeler Vatandaşlığı" (*British Overseas Territories Citizenship*) olarak değiştirilmiştir.⁶⁷

1981 kanununda üçüncü kategori olan "İngiliz Denizaşırı vatandaşlığı" (*British Overseas Citizenship*), aslında bir geçiş statüsü olarak tasarlanmıştır. Kanunun yürürlüğe girdiği dönemde İngiliz vatandaş-

⁶⁵ Thomas, s. 253.

⁶⁶ Blake, s. 182.

⁶⁷ Blake, s. 190.

lığı veya İngiliz Bağlı Bölgeler Vatandaşlığı kazanamayanlar için ikinci sınıf bir vatandaşlık statüsü olarak öngörülmüştür.

2002 yılında yürürlüğe giren Nationality, Immigration and Asylum Act ilk kısmında vatandaşlık konusunda düzenleme getirmiş ve 1981 kanununda bazı değişiklikler yapmıştır. Ancak vatandaşlık kategorilerine ilişkin bir değişiklik olmamıştır.

Sonuç

Modern vatandaşlık kurumunun gelişimi ve hukuk sistemlerince ele alınış biçimi, ülkeden ülkeye, sistemden sisteme değişen nedenlere dayalı olarak farklılık göstermiştir. Vatandaşlığın gelişiminde etken olan unsurlar ve devletlerin kurulma süreçlerindeki özellikler, kimlerin vatandaş olduğunun ve vatandaşlık statüsünün içeriğinin düzenlenmesinde belirleyici olmuştur. Kıta Avrupası'nda Fransa ile İngiliz-Amerikan sistemlerinde kurucu devrimlere dayanan devlet oluşumu bakımından ortak olan özellikler, devletin insan unsurunun tespitinde ortaya çıkan farklılaşma nedeniyle vatandaşlık kurumunun bu ülkelerdeki gelişiminin farklı bir seyir izlemesine engel olamamıştır. ABD hukukunda Afrika kökenliler için de vatandaşlık ve eşitlik sağlanması gereği devletin kurulması sonrasında karşımıza çıkarken, Fransa'da eşitlik arayışları devrimin bir parçası olmuş ve vatandaşlık kurumunun yapıtaşlarından biri olarak belirmiştir.

Görüldüğü üzere, vatandaşlık kurumu her ülkenin kendi koşulları ve hukuk düzeni içinde gelişmektedir. Ancak bugün modern vatandaşlık statüsü ülkeden ülkeye ciddi bir farklılık göstermemektedir. Modern vatandaşlık kurumunun en önemli özelliği ırk ve din ayrımcılığını reddetmesi olarak göze çarpmaktadır. Türk hukukunda da vatandaşlık kurumunun tarihsel gelişim süreci içinde bu tür ayrımları dışlayıcı özelliği ağır basmıştır.

MİLLETLERARASI TAHKİMİN HUKUKİ NİTELİĞİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER VE GÜNCEL GELİŞMELER

Bilgehan YEŞİLOVA*

I. Genel Olarak

Tahkimin hiçbir millî hukuka tabi olmaksızın var olabilmesi; millî değer yargılarının dışında yaşayabilmesi; özellikle ülke mahkemelerinin hiçbir türdeki yardımına gerek kalmaksızın da etkin olabilmesi, bir idealin, ama çoğu zaman bir hayalin içeriğini oluşturur. Bunun karşısında ise iddia edildiği şekliyle millî hukukların ve mahkemelerin milletlerarası tahkimi, *tahakküm altına alması*; milletlerarası tahkimin fiilî ve hukuki nedenlerle söz konusu millî değer yargılarına, *boyun eğmek zorunda kalması* biçimindeki kâbus, bulunmaktadır.¹

Özellikle 1950’li yıllardan itibaren başlayan süreçte, tahkimin belli bir milli hukuka tabi olmadan da geçerliliğinin sağlanması; *delocalised/denationalised* bir hâlde de yürütülebilmesi savunulmuşsa da özellikle o yıllarda, New York Sözleşmesi’nin hazırlanması sırasında, bu tür düşünceler hayli erken bulunmuştur.² Ülke hukuklarının milletlerarası tahkimin güncel anlayışlarıyla çatışan, çağ dışı yaklaşımlarından uzakta; yine ülke mahkemelerinin ne yardımına ihtiyaç duyan ne de denetim yapmasını gerektiren bir tahkim anlayışı, bugün için dahi kolaylıkla ve tereddütsüz bir biçimde kabul edilebilecek hususlar değildir.³

* Özel Hukuk Doktoru, LL M, Av, İzmir Barosu.

¹ Lew J. D. M., *Achieving the Dream: Autonomous Arbitration*, 22 (2) *Arb Int.* 2006, s. 179.

² Lew, *Arbitration*, s. 179. Ayrıca bkz. Paulsson J., *Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA)*, 9(1) *ICC Bulletin* 1998, s. 14, 18.

³ Bucher A., *Court Intervention in Arbitration*, *International Arbitration in the 21st*

Yukarıda sözü edilen hayal ve karşısındaki kâbus, uzun sayılabilecek bir tarihsel süreç içinde oluşmuştur. Tarafların iradelerine geçerlilik tanınmaması; yok sayılarak görmezden gelinmesi, ancak bunu haklı ve meşru kılan nedenlerin varlığı hâlinde, kabul edilebilir. Millî hukukların ve mahkemelerin tahkimle ilgili meselelerde, neden *sadece* tarafların tahkimin lehine olan sağlıklı ve müşterek iradelerinin korunmasına hizmet etmediği, sözünü ettiğimiz haklı ve meşru nedenlerin kaynağını oluşturmaktadır.⁴

Yabancılık unsurunun yoğun bir biçimde görüldüğü, tarafların ve hatta hakemlerin farklı ülke hukuklarına tabi olduğu milletlerarası tahkimde, yine iddia edildiği şekliyle *son derece pratik nedenlerle* seçilen tahkim yeri hukukunun ve mahkemelerinin söz konusu tahkim yargılamasına karşı nasıl bir tavır takınacağı; aynı esnada anılan tahkimle ilgili yargı yetkisini haiz başkaca millî hukukların olup olamayacağı; bu hâlde özellikle tahkim yeri hukuku ve mahkemelerince hiçbir yabancılık unsuru içermeyen tahkim uygulamalarına nazaran daha farklı bir anlayışın geçerli kılınıp kılınmayacağı, hep yukarıda sözü edilen hayalin yahut kâbusun yaşandığı durumlar olmaktadır.

Tahkimin sözleşmesel niteliğinin özellikle millî yargı sistemleri üzerinde yarattığı etki, bir başka anlatımla tahkim ile kurulu devlet düzeni ve onun yargı teşkilatı arasındaki çatışma, üstünlük mücadelesi, söz konusu kâbusun bir hayale dönüşüp dönüşmemesi konusunda son derece belirleyicidir.⁵ Mevcut ve kurulu düzene alternatif milletlerarası tahkim, *sui juris*, *bağımsız* ve ancak yine kendi gibi millî hukuklar dışında oluşan, yeni bir hukuk düzenine bağlı; sosyal bir müessese olarak pekâlâ görülebilmektedir.⁶ Böyle bir hareketin kaynağını, tarihin içinde aramak gerekir. *Ne zaman, nasıl ve neden* tahkimin doğduğu

Century: Towards "Judicialization" and Uniformity, Twelfth Sokol Colloquium, eds. Richard B. Lillich, Charles N. Brower, 1994, s. 44.

⁴ Naón G. A. H., Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration, Tübingen, 1992, s. 1, 2; Lew, *Arbitration*, s. 181, 182. Ayrıca bkz. Tanrıver S., Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, *MHB Yıl 17-18/1-2*, 1997, 1998, s. 469, 470.

⁵ Naón, s. 1, 2. Bu konuda, *common law-civil law* arasındaki tarihsel farklılıklar için bkz. Sanders P., *Arbitration, IECL*, Vol. XVI, Chapter 12, 1996, s. 31- 35.

⁶ Lew, *Arbitration*, s. 180-181. Ayrıca bkz. Lew J. D. M/Mistelis A. L/Kröll M.S., *Comparative International Arbitration*, 2003, s. 81, 82; Redfern A/Hunter M/Blackaby N/Partasides C, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Fourth Edition, 2004, s. 2, 3.

yahut tercih edildiği sorularının cevapları, aslında söz konusu hukuksal hareketin nedenlerini ortaya koymaktadır.⁷

II. Tahkimin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği

A. Genel Olarak

Tarihî süreç içinde, tahkimle devlet yargısında arasındaki ilişkinin bir çatışmaya dönüştüğü görüşü, yaygın bir hâl almıştır. Bu çatışmanın kaynağında, çoğu zaman gerek tahkimle gerekse uyuşmazlığın esasıyla ilgili meseleler hakkında, son sözün *kime* ait olacağı sorunu bulunmaktadır. Öte yandan tahkimin ve hatta milletlerarası tahkimin kabul edilen ve kendisine atfedilen kimi özelliklerine rağmen milli hukuklarla bir arada yaşaması, ileri sürülen onca eleştiriye karşın bir zorunluluk olarak karşımızda durmaktadır.⁸ Mahkemelerin (milli hukukların) tahkim içindeki rolünün sadece hükmün icrası/tenfizi anına sıkıştırılması, tahkimde, mahkemelerin rolüne ilişkin *minimalist* bir anlayışın ürünüdür. Oysa daha başta, tahkim anlaşmasının hiç olmazsa bir sözleşme olarak gereğinin yerini getirilebilmesi için mahkemelerce tanınması ve onun lehine yargılama yapmaktan kaçınılması gerekir.⁹ Mahkemelerin *nihai karar sonrası dönemdeki* rolü ve müdahalesi yanında, göz ardı edilmemesi gereken bir diğer husus ise *nihai karar öncesi*, yani tahkim yargılamasının sürdüğü dönemde ve hatta böyle bir yargılamanın başlamasından önce de mahkemelerin bir rolünün, etkisinin olduğu gerçeğidir. Zira en azından tahkim anlaşmasının gereğinde *taraflarına rağmen* korunması ve icrası, mahkemelerin (milli hukukların) işi olmaktadır.¹⁰

Tahkimin kurulu devlet yargısı karşısında, bir istisna olmadığı kabul edilse dahi devlet yargısının, taraf iradelerinden de önce; kro-

⁷ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 3-5.

⁸ Park W. W., *The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration*, 32 ICLQ 1983, s. 55, dn. 30.

⁹ Kerr M., *Arbitration and the Courts: The UNCITRAL Model Law*, 34 ICLQ 1985, s. 1-2; Samuel A., *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S and West German Law*, Zurich, 1989, s. 20.

¹⁰ Böckstigel H.K., *The Role of National Courts in the Development of an Arbitration Culture*, *International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture*, ICCA Congress Series No 8, 1998, s. 223 vd.

nolojik olarak ilk olduğu ve hatta her halükârda olması gerektiği de bir gerçektir (İHAS m. 6; AY m. 36/II; 40). Bu nedenle yine kronolojik olarak ikincil olan tahkimin hukuki niteliğiyle de bağlantılı özellikleri ne olursa olsun; bunların uygulamadaki yansımaları, ancak ilk ve asıl olan ülke hukuklarıyla mahkemelerinin söz konusu özelliklere ne derecede bir anlam ve önem verdiğiyle yakından ilgilidir.

B. Tahkimin Tarihi Gelişimi

Tahkimin evrimi, genel olarak *üç aşamada* olmuştur.¹¹ Ancak bundan da önce, çok daha eski zamanlarda geçerli bazı anlayış ve uygulamaların tahkimin şekillenmesinde etken olduğu görülmektedir. Örneğin *Aristo*, hakemler eliyle gerçekleştirilen adaleti yüceltirken vurgulamak istediği, sitenin katı ve çoğu zaman bağnaz kurallarına rağmen gerçek adaletin ancak bu yolla sağlanabileceği idi.¹² Aslında tahkim, bir bakıma, site kanunlarının yenilenmesine; güncellenmesine de yol açmaktaydı. Belki çok daha önemlisi, hakemlerin *ex aequo et bono* karar verebilme yetkileri (MTK m. 12/C/III), sitenin geri kalmış, zalim kanunlarına ve kurulu düzenine bir başkaldırımı simgelemekteydi.¹³ Roma hukuku döneminde ise *arbiter*, *iudex*'ten daha geniş yetkilerle donatılmıştı ve aslında *ex aequo et bono* biçiminde de karar verebilen hâkimden başkası değildi.¹⁴ Özellikle antik çağda ve birazdan incelenecek dönemlerin ilkinde, hâkim anlayış, kurulu düzenin, egemenin kurallarına tabi olmaksızın da tarafların kendi aralarındaki uyuşmazlıklarını, yine kendilerinin tabi olmak istedikleri normlara uygun bir biçimde çözüme kavuşturabilmeleri idi.¹⁵ Şu hâlde, *hem* uyuşmazlığa uygulanması beklenen normların *hem de* uyuşmazlıkları

¹¹ Lew, *Arbitration*, s. 182.

¹² Pinto M. C. W., Thoughts on the "True Nature" of International Arbitration, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner, eds. Gerald Asken, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi, Anne Marie Whitesell, 2005, s. 629, 630.

¹³ Naón, s. 22, 23. Ayrıca bkz. Pinto, s. 619, 620.

¹⁴ Naón, s. 23. Ayrıca bkz. Sanders P., *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*, The Hague, 1999, s. 35, 36; Alangoya Y., *Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, İstanbul, 1973, s. 8-11; Küçükgüngör E., *Roma Hukukunda Tahkim, (Compromissum)*, C. XIX, Batider 1998/3, s. 137-150.

¹⁵ von Mehren R. B., *From Vynior's case to Mitsubishi: The Future of Arbitration and Public Law*, 12 Brook. J. Int'l L. 1986, s. 583, 584.

çözmek şeklindeki ve ülkeye hükmedenlerin birer egemenlik göstergesi olan (yargılama) faaliyetlerinin aksi kararlaştırılmakta; ona karşı bağımsız olunmaktadır. Gerçi, tahkimin bu son özelliği, yani egemenlik anlayışının uyuşmazlıkların çözümünde gösterdiği etki ve ona karşı *da* bağımsız olma arzusu, çok uzun bir süre ve yine tarihsel nedenlerle gölgede kalmış; taraflar arasındaki böyle bir anlaşma, daha somut etkisini, tabi olunan *maddi* hukukun aksinin kararlaştırılabilmesinde göstermiştir. Hatta salt bu nedenle uzun bir süre, tahkimin bir maddi hukuk meselesi olduğu dahi kabul edilebilmiştir.¹⁶

Tarihi süreç içinde dikkate değer dönemlerden *ilki*, tahkime dair, kayda değer *resmi* herhangi bir düzenlemenin bulunmadığı, Orta Çağ'dan 18. yüzyılın sonlarına kadar süren zaman aralığıdır. Bu dönemde, toplumsal ve siyasal açıdan daha ziyade feodal ilişkiler egemendir. Kral, sadece eşitler arasında birincidir. Toplum üzerinde, sonraki dönemlerde görüldüğü şekliyle bir devlet ve özellikle onun yargı düzeni, henüz kurulmuş yahut oluşmuş değildir. Dönemin önemli sosyal aktörlerinden olan tacirler, siyasal yapıdaki bu boşluğu, *hem* maddi hukuk *hem de* usul hukuku açısından kendileri doldürmüşler; kendi hukuk düzenlerini kurmuşlardır.¹⁷ Tahkim, özellikle ticaret ve o çağın koşullarındaki sanayi odaları/birlikleri nezdinde, hayli sık bir biçimde yaşanmakta; kurulu yargı düzeniyle hiç de bağdaşmayacak ölçüdeki kuralları ile işlerlik kazanmakta ve özellikle ait olunan zümenin sosyal/ticari kuralları sayesinde, son derece etkin bir biçimde icra edilmektedir. Uyuşmazlıkların giderilmesinde çözüm aranan yer, o dönemin *lex mercatoria'sıdır*.¹⁸ Coğrafi, ticari, ekonomik ve hatta sosyal nedenlerle tahkimin bu dönemde hayat bulduğu yerlerden biri de İngiltere'dir. Kralın mahkemelerinin ticari meselelerdeki *yetersizliği*, yaygın bir inanç hâlini almıştır. Bu inanç öylesine güçlüydü ki, 14. yüzyılın sonlarında yaşanan bir olayda, kraliyet mahkemesi, uyuşmazlığın zaten tarafların da anlaşmışları gibi hakemler eliyle görülüyor olması nedeniyle kendilerinin hiçbir yargı yetkilerinin olmadığını;

¹⁶ Naón, s. 23, 24; Luzzatto R., International Commercial Arbitration and the Municipal Law of the States, 157 *Recueil des Cours*, 1977-IV, 1980, s. 17-18. Ayrıca bkz. Pinto, s. 620; Alangoya, s. 42 vd; Karş. *Sempozyum*, s. 55, 59, 61.

¹⁷ von Mehren, *The Future of Arbitration*, s. 584.

¹⁸ Lew, *Arbitration*, s. 183; von Mehren, *The Future of Arbitration*, s. 584. Ayrıca bkz. Tweeddale A/Tweeddale K., *A Practical Approach to Arbitration Law*, 1999, s. 2-6.

aksi yöndeki bir sonucu gerekli ve haklı kılan herhangi bir nedenin de bulunmadığını, içtihat etmiştir.¹⁹

İkinci dönem, genel olarak 19. yüzyılın başından II. Dünya Savaşı'nın sonlarına, 1950'li yıllara kadar uzanmaktadır. Bu döneme, özellikle 1698 ve 1889 tarihli İngiliz Tahkim Kanunları,²⁰ 1806 ve 1879 tarihli Fransız ve Alman Usul Kanunları damgasını vurmuştur. Millî devletlerin kanunlaştırma hareketleri içerisinde, tahkimin *de yer alması*, aynı müessesenin o zamana kadar bilindiği ve uygulandığı şekliyle kabul edilip düzenlendiği anlamına, gelmemektedir. "*Devlet düzeninden, onun yargı gücünü oluşturan mahkemelerden ve düzenin simgesi olan millî hukuktan âdeta bir kaçışı ve kopuşu simgeleyen tahkim, son derece katı ve sıkı kurallara bağlanmıştır.*" Feodalitenin son bulması; merkezi devletlerin ve krallıkların ülke üzerindeki egemenliklerinin artması, geçmişin kimi sosyal/ekonomik gruplarının sahip olduğu imtiyazların da sonu anlamına gelmiştir.²¹ Millî hukuk sisteminin olur vermediği hiçbir eylem ve işleme geçerlilik tanımayan bu anlayış, tahkimi, çoğu kez, kurulu yargı düzeninin tasfiyesi olarak görmüş; istisnai bir müessese olarak algılamıştır.²² Tahkim *kayıtlarına* geçerlilik tanınmaması; ha-

¹⁹ von Mehren, *The Future of Arbitration*, s. 584. Ayrıntısı için bkz. Cohen J., *Commercial Arbitration and The Law*, 1918, s. 110; Tweeddale /Tweeddale, s. 3, 4.

²⁰ Ayrıntısı için bkz. Rutherford M/Sims H. M. J., *Arbitration Act 1996: A Practical Guide*, 1996, s. 3, 4.

²¹ İngiltere'de, çok bilinen şekliyle *Vynior* davasında (8 Co. Rep. 1609, 80, 82), tarafların tahkim anlaşmasından tek tarafları iradeleriyle kurtulmasının mümkün olduğu, içtihat edilmişti. Kararın özelliği, daha ziyade, mahkemenin tahkime ve onun hukuki niteliğine bakışıyla ilgilidir. *Hakemler, mademki, taraflar ad ve hesabına uyuşmazlığı görmekte; onların temsilcisi olarak hareket etmektedirler; o hâlde, verilen böyle bir yetkiyi içeren tahkim anlaşmasının da tek taraflı sona erdirilmesi, her zaman mümkün olmalıdır.* İlginçtir, böyle bir feshin neden olduğu zararın tazmini için bir süre kullanılan bonoların da geçersiz olduğu içtihat edilmiştir (von Mehren, *The Future of Arbitration*, s. 585; Cohen, s. 92, 148; Tweeddale/Tweeddale, s. 8, 9). Ayrıca bkz. Alangoya, s. 16-19.

²² *Scott v. Avery*, [1856] HL Cas. 811. Ayrıca bkz. Lew, *Arbitration*, s. 183, 184; Tweeddale /Tweeddale, s. 8, 9; Birsell M. T., *Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye*, 1 *EÜHFD* 1980/1, s. 98. Tahkim, yargısal sonuçları olan; devlet egemenliği ile yakından ilgili ve fakat aynı ölçüde toplumsal gelişmelere ve değişimlere açık; yabancı kültürle yakından ilintili; *sosyal-toplumsal bir müessesedir.* Böyle bir müesseseye uygulanacak kurallar ve bağlanacak hukuki sonuçlar, devletin anılan sosyal müesseseyi nasıl algıladığıyla yakından ilgilidir (Luzzatto, s. 21). Tahkim, insanoğlunun, toplumların medenileşme yönünde atıkları adımı simgelemektedir. Aksakallı, akil insanların, taraflar arasındaki sorunları çözmesiyle başlayan tahkim, modern devlet düzeninde de varlığını ve etkisini yitirmemiştir. Bu var oluş, anılan müessesenin devletlerce tanınması ve kendisine bir takım sonuçlar bağlanmasını gerekli kılmış-

kemlerce verilen kararların, mahkemelerce bir kez daha *esasa* yönelik olarak denetlenebilmesi, bu döneme ait ortak özelliklerdir.²³ Tahkime de gidilse uyuşmalığın esasıyla ilgili hakem kararının bir kez de mahkemelerce denetlenebilmesinin o dönemdeki temel gerekçesi, devletin mahkemelerinin aksinin kararlaştırılamamasıydı.²⁴

1950'li yıllardan başlamak üzere, günümüze, ancak özellikle 1985 tarihli *UNCITRAL* Model Kanunu'nun kabulüne kadar geçen sürede, yukarıda da sözü edilen başkaldırı, kendine *gerek teorik gerekse* filli temeller kazanmıştır. Kolonyal dönemin sonucuyla gerek güneydoğu Asya'da gerekse Afrika'da pek çok yeni millî devletin kurulması; buna karşın soğuk savaşın etkisi altında gerçekleşen ekonomik/ticari büyüme, özellikle bir zamanlar olduğu gibi; Avrupalı tacirlerin kendi zümrelerine ait kural, norm, anlayış ve gelenekleri, kendileri veya egemenlikleri dışındaki kimselere dayatmalarına mâni olmuştur. Gelişmiş ekonomilerden az gelişmiş veya gelişmekte olanlarına yönelik ekonomik faaliyet, ister istemez, kurulan ilişkilerin hangi hukuka tabi olacağı ve çıkacak uyuşmazlıkların hangi kurallara göre çözümleneceği sorununa neden olmuştur. Tacirler (*yatırımcılar*), bir zamanlar kendi toprakları olan yerlerde, artık bilmedikleri, üstelik de tahkime karşı beslenen hasmane tutumları yasalastırmış millî hukukları iktibas eden yeni ülke hukukları ile karşı karşıya kalmışlardır. Bu şaşkınlık ve içine düşülen *hukuki* boşluk, çok geçmeden milletlerarası alanda, önce 1958

tır (Sanders P., Trends in The Field of International Commercial Arbitration, 145 RCADI, 1975-II, 1976, s. 220). *Kanımızca*, bütün mesele, millî hukuk düzenlerince tahkime bağlanan sonuçların *önceleri* aynı toplum içindeki, *sonraları* ise farklı toplumlardan gelen insanların ihtiyaçlarına tatminkâr cevap verip vermediğidir.

²³ "Tahkim anlaşmasının devlet yargı düzenini tümüyle devre dışı bırakamayacağı", "...hukuka uygunluk denetiminin her hâlükârda tahkim için de geçerli olduğu...", bu dönemin yaygın anlayışını simgeleyen ibareler olmaktadır. 1856 yılında, *Scott v. Avery* davasında, tahkim anlaşmasına geçerlilik tanınmışsa da bu, onun gerek maddi gerekse hukuki yönden, mahkemelerin denetiminin dışında olduğu anlamına gelmemektedir (*Scott v. Avery*, [1856] HL Cas. 849, 850). Bu durum, aslında, mahkemelerin tahkim üzerindeki üstünlüğünün kamu düzeninden kaynaklandığı fikrinin tipik bir sonucudur (von Mehren, *The Future of Arbitration*, s. 586, 587, 594). Ayrıca bkz. Cohen, s. 153, 209; Üstündağ S., Tahkim ve Özellikle Uluslararası Tahkim, *Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*, Konuşmalar, Bildiriler, Tartışmalar, Belgeler, İzmir Barosu, 2000, s. 295.

²⁴ Wolaver E., The Historical Background of Commercial Arbitration, 83 U. Pa. L. Rev. 1934, s. 132 vd; von Mehren, *The Future of Arbitration*, s. 587; Cohen, s. 209. Ayrıca bkz. *Tobey v. County of Briston*, 23 F. Cass. 1313 (C.C Mass. 1845); *Scott v. Avery*, 1856 5 HL Cas. 811. Oysa aynı esnada, tarihsel nedenlerle de hakemler, İtalyan hukukunda, *ex aequo et bono* karar da verebilen hâkimler olarak görülmekteydi (Ayrıca bkz. Luzzatto, s. 21 vd).

New York Sözleşmesi, ardından 1965 Washington Sözleşmesi (ICSID); 1976 *UNCITRAL* Rules ve son olarak da 1985 *UNCITRAL* Model Kanunu ile doldurulmaya çalışılmıştır.²⁵ Özellikle 1985 yılından sonra, ısrarla vurgulanan fikir, ülke mahkemelerinin tahkime ancak yardımcı olabileceği ve son derece sınırlı nedenlerle; olabildiğince de geç bir zamanda, tahkimi denetleyebileceğidir.²⁶

Öğretide ve milletlerarası tahkim uygulamasında, *delocalisation* olarak da ifade edilen akım için aslında önce, nasıl bir *yerden, yurttan* kopulmak istendiği sorusunu, sormak gerekir.²⁷ Tarafların tahkimlerini, kendilerince seçilen hukuka tabi kılacakları savunulduğunda *yahut* aynı tarafların tahkimlerini aslında hiçbir millî hukuka tabi kılma- larının gerekmediği iddia edildiğinde, aksi kararlaştırılan hukukun, gerçekte nereye (hangi ülkeye) ait olduğunun gözden uzak tutul- maması gerekir.

C. Tahkimin Hukuki Niteliği

Son iki yüz elli yıldır, hukukçular, tahkimin hukuki niteliği ile içeriğini belirlemeye çalışmaktadırlar. Böyle bir kaygının ardında, çok genel olarak, üç ana nedenin bulunduğu söylenir: Bunlardan ilki, özellikle *tahkime ilişkin herhangi bir pozitif hüküm içermeyen* millî hukuklar bakımından, tahkim anlaşması veya tahkim yargılamasıyla ilgili bir uyuşmazlığın mahkemelerde çözümü esnasında, uygulanacak hu-

²⁵ Model Kanunu'nun hazırlanmasının gerekçeleri tartışılırken, daha ziyade *kimlere* model olmasının istendiği de göz ardı edilmemelidir. Milletlerarası tahkimi benimseyip ona olabildiğince ileri düzeyde geçerlilik tanımış ülke hukuklarının Model Kanunu benimsemedikleri, takip etmedikleri, açıkça birer Model Kanun ülkesi olmadıkları dikkate alındığında; hedef kitlenin, aslında daha ziyade, milletlerarası tahkime egemen olduğu iddia edilen değerleri, ilke ve prensipleri henüz paylaşmayan ülke hukukları olduğu fark edilecektir. *UNCITRAL* Model Kanunu, millî hukuk içinde, milletlerarası ticari tahkimle ilgili özel hükümler içeren ve bu nedenle de *lex specialis* olma amacını güden bir düzenlemedir (Lew, *Arbitration*, s. 184-186; 190-191). *Model Kanun, tahkim kültürü gelişkin olmayan, özellikle milletlerarası tahkim pratiğine uzak ülkeler için başarılı bir kılavuz niteliğindedir* (Bockstiegel, *Looking Ahead*, s. 72-73). Ayrıca bkz. *Sempozyum*, s. 6-9; 11, 19.

²⁶ von Mehren, *The Future of Arbitration*, s. 588, 589.

²⁷ Ayrıca bkz. Berger K. P., *International Economic Arbitration*, Deventer, Boston, 1993, s. 85, 94; Asouzu A. A., *The National Arbitration Law and International Commercial Arbitration: The Indispensability of the National Court and the Setting Aside Procedure*, 7 RADIC 1995, s. 69.

kuk kurallarının, tahkimin hukuki niteliği de dikkate alınarak tespit edilmeye çalışılmasıdır. Klasik sorun, *Cour de cassation* önünde *Roses* davasıyla yaşandığı şekliyle “*yabancı bir hakem kararının (Fransa’da) yabancı bir mahkeme kararı gibi mi yoksa sözleşme gibi mi tanınıp icra veya tenfiz edileceği hakkındadır.*”²⁸ İkinci bir neden ise *tahkimin hukuk düzeni içindeki yerinin ve diğer anayasal kurumlar ile arasındaki ilişkinin belirlenebilmesidir.*²⁹ Üçüncü ve son nedene göre ise tahkim hukukunda yapı-

²⁸ Yabancı hakem kararı, *bu davada*, bir sözleşme olarak kabul edilmiş; en azından yabancı mahkeme kararı şeklinde icrasının mümkün olamayacağı sonucuna ulaşılmıştır (Samuel, s. 31). Ayrıca bkz. Sturges W., *Arbitration-What is it?*, 35 NYULR 1960, s. 1035-1047; Wilner M. G., *Determining the Law Governing Performance in International Commercial Arbitration: A Comparative Study*, 19 Rutgers L Rev 1964-1965, s. 649 vd; Mann F. A, *Lex Facit Arbitrum*, *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke*, ed. Pieter Sanders, The Hague, 1967, s. 157 vd; Lew J. D. M., *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, 1978, s. 51 vd; Lew/Mistelis/Kröll, s. 72. Ayrıca bkz. Kalpsüz T., *Hakem Kararlarının Milliyeti*, IX Batider 1978/3, s. 602-608; Koral R., *Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Bir Seminerin Biraktığı İzlenimler*, XLVIII-XLIX *İÜHFİM* 1982-1983/1-4, s. 76, 83; Karan H., *Millîlerarası Ticari Tahkimin Hukuki Mahiyeti ve Bu Alandaki Kanunlaştırmalara Etkisi*, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Bırsel’e Armağan, İzmir, 2001, s. 204; Özbay İ., *Hakem Kararlarının Temyizi*, Ankara, 2004, s. 60 vd.

²⁹ Tahkimin anayasal düzeyde bir yerinin olup olmadığı sorunuyla ilgili olarak 2001 tarihli, İtalyan Anayasa Mahkemesi’nin bir içtihadı, hayli ilgi çekicidir. Kararda *Mahkeme*, kısaca *hakemlerin de uyguladıkları bir kanun hükmünün anayasaya aykırı olduğu* inancıyla meseleyi, Anayasa Mahkemesi’nin önüne taşıyabilecekleri sonucuna varmıştır. Oysa daha önce, hakemler için de benzer bir imkânın geçerli olduğu düşünülmemişti. Zira *mahkemelerdeki yargılamalarda*, tarafların veya savcının anayasaya aykırılık iddiasının ciddi ve kabul edilebilir bulunması hâlinde, dosyanın Anayasa Mahkemesi’ne gönderilmesinin mümkün olduğu, düzenlenmektedir (*Karş. AY m. 152/1*). Şu hâlde, ancak mahkemeler nezdinde yapılan yargılamalar sırasında ve yine ancak hâkimlerce böyle bir usulün tüketilmesi mümkündür. Ne var ki *Mahkeme*, hakemlerce yürütülen faaliyetin zaten bir yargılama olduğu; sonuçta verilen kararın kesin hüküm etkisine sahip olduğu; söz konusu yargılamada, hukukun (özellikle de millî hukukun) uygulandığı; Anayasa’nın işlerliği yanında, etkin ve doğru uygulanması fikrinin, tahkim yargılamalarında *da* geçerli olduğu, tahkimin bu yüksek amacın dışında bırakılmasını gerektiren hiçbir nedenin olmadığı; *hakemlerin* en azından işlevsel açıdan hâkimlerle aynı olduğu; hakemlerin anayasaya aykırılık iddiaları karşısında, etkisiz kalmasının yahut duyarsız bırakılmasının, aslında tarafların *adaletin tecellisine* yönelik haklarından mahrum bırakılması anlamına geleceği, gerekçeleriyle yukarıda anılan sonuca hükmetmiştir (Capucci L., *An Important Decision of Italian “Corte Costituzionale” regarding the Powers of Arbitral Tribunals to Apply to the Court to Test Constitutionality of a Law: Note-Corte Costituzionale*, 22 November 2001, 20 (1) *ASA Bulletin* 2002, s. 138-141). Anayasası’nın 152/1. maddesi, somut norm denetiminin sınırlarını çizirken “*Bir davaya bakmakta olan mahkeme...*” tabirini kullanmıştır (Ayrıca bkz. TANÖR B/Yüzbaşoğlu N., 1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2004, s. 488). Zaten Anayasa Mahkemesi, burada geçen *mahkeme* kavramını, “*...karar organlarının*

lacak reform çalışmalarının nasıl ve ne yönde olmasının gerektiğinin tespiti de tahkimin hukuki niteliğinin doğru bir biçimde belirlenmesi ile mümkündür.³⁰

Milletlerarası tahkimin hukuki niteliği belirlenirken bazı sorular, sürekli olarak cevaplanmayı beklemektedir: Örneğin, tahkimin (*özelikle milletlerarası tahkimin*) “*non-national*” ve özel bir uyuşmazlık çözüm mekanizması olduğunun kabulü hâlinde, artık herhangi bir milli hukuk düzenine tabi kılınması, mümkün müdür? Eğer, mümkün ise buradan hangi *ülke* hukuku anlaşılmalıdır? Bir başka açıdan sorulabilecek soru ise herhâlde şöyle olacaktır: Taraf iradesinin ürünü olan tahkimin yine sadece tahkime taraf olanların belirleyecekleri kurallara yani irade özgürlüğüne bağlı kalınarak düzenlenmesi, mümkün müdür? Kısacası, (*milletlerarası*) tahkim, millî bir hukuk düzeniyle -şayet gerekiyorsa- nasıl örtüşecektir?³¹ “*Konu büyük ölçüde, taraf iradesinin; daha genel bir ifadeyle irade özgürlüğünün kaçınılmaz yargısal sonuçlarıyla ilgilidir.*”³²

hâkimlerden teşekkül etmesi, yargılama tekniklerini uygulayarak ve genelde dava yolu ile uyuşmazlıkları ve anlaşmazlıkları çözümlenmekle görevli olması ve Anayasada sayılan ve başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu yargı düzenlerinden birinde yer alması gerekli...” organ olarak tanımlamıştır (AYM, 18.02.1992, 12/7, AYMKD, S. 28/1, s. 139). Yukarıda sözü edilen içerikteki bir içtihadın, Türk tahkim hukuku yönünden de geçerli olmasını beklemek, Anayasa’nın 152. maddesi ve anılan içtihat karşısında, *mukayeseli hukukta ileri sürülen gerekçelere rağmen*, mümkün olmasa gerek.

³⁰ Samuel, s. 32. Ayrıca bkz. Schlosser P., *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2., völlig neu bearbeitete Auflage, Tübingen 1989, Rn. 40 vd; Koral, *Hukuki Mahiyet*, s. 76; Şanlı C., *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1986, s. 40 vd; Akıncı Z., *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi*, İzmir 1994, s. 45 vd.

³¹ Tahkimin özellikle milletlerarası sahada, gösterdiği etki, iç hukuktakinden oldukça farklıdır. Milletlerarası tahkim uygulaması, tahkimin hukuki niteliğinin belirlenmesinde, farklı ve son derece ilginç sonuçların doğmasına neden olmaktadır. Başta uyuşmazlığın esasına uygulanacak olmak üzere tahkim usulünün de herhangi bir milli hukuka tabi olmasının gerekip gerekmediği, anılan müessesenin hukuki niteliğiyle yakından ilgilidir. Milli ve pozitif hukukların dışında, çoğu zaman tarafların gayri resmi olarak uzlaştırılması çabası şeklinde görülmesi, tahkimin, özellikle de milletlerarası tahkimin, bir yargılama olarak kabul edilmesine engel olmuştur (Pinto, s. 620). Ayrıca bkz. Lauterpacht H., *The Function of Law in International Community*, Oxford, 1933, s. 379, 381; Ralston H. J., *International Arbitration from Athens to Locarno*, Stanford, 1929, s. 24 vd.

³² Lew, *Applicable Law*, s. 51; Lew/Mistelis /Kröll, s. 72, dn. 4; Mann, *Lex Facit Arbitrum*, s 157 vd.; Samuel, s. 31 vd. Ayrıca bkz. Lew, *Arbitration*, s. 186 vd.

Yirminci yüzyılın başından itibaren, temel üç görüş belirmiştir. Bunlar, *sözleşmesel görüş*; *yargısal görüş* ve *karma görüştür*. Bunlara daha sonra, *otonom-bağımsız görüş* de eklenmiştir.³³ Tahkimin hukuki niteliğiyle ilgili olarak ileri sürülen görüşlerden hiçbiri, gerek teoride gerekse uygulamada, yaygın bir kabulü görebilmiş değildir. “*Yine de görüşlerden her biri, genel olarak, millî hukuk sitemleri ve yargı düzenleri ile tahkim arasındaki bağlantıyı, tanımlamaya veya kurmaya çalışmışlardır.*” Gerçi, söz konusu tartışmanın pratik değerden yoksun; akademik bir lüks olduğu; milletlerarası ticari tahkimin gerçek dünyasında yaşananları, karşılamadığı dahi söylenmiştir. Hatta herhangi bir yasama organının yahut milletlerarası sözleşme hazırlayıcısının doğrudan anılan teorileri esas alarak tahkimle ve özellikle milletlerarası tahkimle ilgili bir sorunu, çözdüğü de görülmemiştir. Bu yorumun mahkemeler için de geçerli olduğu söylenmektedir. İddia edildiği şekliyle pratik kayguların, ihtiyaç ve beklentilerin hayli fazla olduğu bir ortamda, teorik tartışmalarda çare aramak, faydalı değildir.³⁴

Bir yazar, 1937 yılında, tahkimin hukuki niteliğine ilişkin görüşler hakkında yapmış olduğu değerlendirmede, özetle şu sonuca ulaşmıştır: “*Tahkim sözleşmesi ile hakem kararını birbirinden ayıran görüşe göre (yargısal görüş), [hakem] karar[ı], mahkemelerce de verilenlere benzetilmiştir; tahkim sözleşmesi ile hakem kararını, aynı sözleşmenin iki yüzü olarak algılayan bir diğer görüşe göre ise (sözleşmesel görüş), hakem kararı, sözleşmesel karakteri haiz olup mahkeme kararları ile mukayese edilemez; her iki görüşün arasında yer alan üçüncüsüne göre ise (karma görüş), hakem kararı, devlet mahkemelerinin (exequatur) şeklindeki ön[celikli] kararını gerektirdiği ölçüde mahkeme denetimine tabidir.*”³⁵

Görüldüğü gibi tahkimin hukuki niteliğine ilişkin tartışmaların özünde, çoğu kez, geçmiş dönemin yaygın uygulaması nedeniyle *hakem ka-*

³³ Özellikle *sözleşmeci ve yargısal görüş*, anılan sınıflandırmayla çok da fazla bir şeyi ifade etmemektedir; kendi bünyelerinde kimi alt ayrımları içermekte olup ancak bu ayrımlar yoluyla kapsamaları belirlenmeye çalışılmalıdır. Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Samuel, s. 33 vd.; YU H., Total Separation of International Commercial Arbitration and National Court Regime, 15 (2) J Int'l Arb 1998, s. 148 vd. Ayrıca bkz. Karan, s. 202, 203; 213-214.

³⁴ Sanders, *Arbitration*, s. 6. Karş. [1982] ECR 1095, 1110; VIII YBCA 1983, s. 183; ayrıca bkz. *Claimant (seller, Hong Kong) v. Defendant (buyer, Germany)*, XXII YBCA 1997, s. 35; Lew/Mistelis/Kröll, s. 476-479.

³⁵ İngilizce tercümesi ve Fransızca orijinal metni için bkz. Lew, *Applicable Law*, s. 51.

rarlarının hukuki niteliği yatmaktadır.³⁶ Ne var ki, *asıl mesele, gerçekte bir lex arbitri olup olmadığıyla; varsa bunun nasıl belirleneceğiyle ilgilidir*. Hemen belirtmekte fayda vardır, *lex arbitri'*ye tabi olarak verilen hakem kararının, aynı *lex arbitri'*yi teşkil eden millî hukuk yönünden artık bir yerli hakem kararı olarak kabul edileceğinde, tereddüt yoktur. Şu hâlde günümüzde sorun, "*hakem kararının yabancılık vasfının belirlenmesi*" şeklinde *de* olmayıp daha temelde, ilgili hakem kararını yerli veya yabancı sayacak *lex arbitri'*nin varlığının nasıl tespit edileceği biçiminde ortaya konulmalıdır.³⁷

1. Sözleşmeci Görüş

Görüş taraftarları, devletin, tahkim üzerindeki üstünlüğünü ve kontrolünü inkâr ederek tahkimin, tarafların arzu ve isteği doğrultusunda yaratılmış olduğunu savunurlar. Sözleşmeci görüş içinde, iki alt ayrım bulunmaktadır. Bunlar, *klasik ve modern sözleşmeci teorilerdir*.³⁸ Ancak her hâlükârda, gerek klasik gerekse modern sözleşmeci görüş yanlıları, tahkimin, sözleşme özgürlüğünün ve neredeyse sınırsız ira-

³⁶ Ayrıntısı için bkz. Triva S., Arbitration and Public Policy: Constitutional Complaint as Means for Srtting Aside Arbitral Award, 7 Croat Arbit. Yearb. 2000, s. 115 vd. Türk hukuku bakımından özellikle tenfiz şartlarının kanunla belirlenmiş olması nedeniyle hakem kararlarının hukuki niteliğine ilişkin tartışmanın bu noktada, artık herhangi bir işlevinin kalmadığı; bugün için önemli olanın "*hakem kararının*" yabancılık vasfının belirlenmesinde kullanılacak ölçüt olduğu, iddia edilmiştir (Kaplan Y., Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Ankara 2002, s. 25).

³⁷ *Tahkim sözleşmesinin* hukuki niteliğinden (Alangoya, s. 41 vd) ziyade doğrudan, bir müessese olarak *tahkimin* hukuki niteliği, hiç incelenmemiş; çalışılmamış bir konu değildir (özellikle bkz. Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 53 vd; Akıncı, s. 53 vd). Ancak kronolojik olarak meseleye bakıldığında, hakemlerce uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuktan yahut hakem kararının hukuki niteliğinden önce, tahkim için bir *lex arbitri'*nin olup olmadığını belirlemek; milletlerarası tahkimle ilgili meselelerin çözümünün *nerede ve hangi hukuka yahut kurallar bütününe* göre olacağına karar vermek gerekir. Nihai karardan hatta hakemlerce uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun tespitinden de önce, tahkimle ilgili pek çok sorunun mahkemeler önünde çözümü gerekebilmektedir. Hatta bu aşamada, sorunun mahkemeler önüne taşınması, *ya* taraflar için bir zorunluluk teşkil etmekte *ya da* taraflardan en az birinin iradesi bu yönde olmaktadır. Bu esnada, mahkemeye yüklenen işlevin içeriği, *lex arbitri'*ye göre belirlenecekse öncelikle *lex arbitri'*nin olup olmadığını ve şayet varsa içeriğinin hangi kriterlere göre belirleneceğini tespit etmek gerekir. Hukuki nitelik hakkında yapılan tartışmaların da bu temeller üzerinde inşa edilmesi gerekir.

³⁸ Ayrıntısı için bkz. Samuel, s. 33; Lew, *Arbitration*, s. 186. Ayrıca bkz. Kaplan, *Usul*, s. 27.

de serbestîsinin bir yansıması, âdeta özel bir yargı sistemi olduğunu savunmuşlardır.³⁹

Hakem kararının tahkim anlaşmasının bir sonucu olduğunda; tahkim anlaşması olmaksızın hakem kararının, bir kâğıt parçasından daha değerli olmadığına tereddüt bulunmadığına göre; hakem kararının tahkim anlaşmasıyla aynı hukuki kaderi ve niteliği paylaşmasından daha doğal bir şey olamaz.⁴⁰ Tahkim anlaşmasından alınan yetkiyle hakemler, tarafların *temsilcisi* olarak görev yapmakta ve uyuşmazlığı *onlar adına* çözüme kavuşturmaktadır. Bu görüş altında, sonraları diğer teoriler içinde de çokça tartışılacak kimi sonuçlara varılmıştır:

a. Hakemler, hâkim değildirlir; kamusal bir işlev de icra etmemektedirler. Hakemler, tarafların *temsilcisi* olarak uyuşmazlıkları çözeceklerinden,⁴¹ verilen hükmün taraflarca yapılan bir anlaşmadan

³⁹ Lew/Mistelis/Kröll, s. 77; Lew, *Applicable Law*, s. 54-57. Oysa artık, sözleşmesel bir bağın gerekli olmadığı, tahkim çağını yaşamaktayız. Bu durum, tahkim yargılamasının tek yanlı başlatılabildiği, 1965 ICSID Sözleşmesi'nde; kimi tek veya çok taraflı yatırım anlaşmalarında, 1992 tarihli NAFTA ve 1994 tarihli Energy Charter Treaty'de (Enerji Şartı Antlaşması, RG. 06.02.2000, S. 23956) (Art. 26) görülebilir. Şayet tahkim, uyuşmazlıkların *tarafların anlaşması üzerine* hakemlerce çözümlendiği bir süreç olarak tanımlanacak ise örneği verilen tahkim usullerinin hiçbirinin klasik tahkim anlayışına uymadığı, açıktır. Söz konusu örneklerde, klasik bir tahkim anlaşması bulunmamaktadır. Burada, hakemlerin yargı gücü, devletin *-tahkim iradesini içeren-* anlaşmayı akdetmek suretiyle peşinen vermiş olduğu *onaya* ve ardından da uyuşmazlığının davacısının tahkim davasını başlatmak suretiyle göstermiş olduğu *rızaya* dayanmaktadır (Fouchard P/Gaillard E/Goldman B., *on International Commercial Arbitration*, Part I-II, ed. Emmanuel Gaillard and John Savage, The Hague, Boston, London, 1999, s. 29, 30). Ayrıca bkz. Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 45.

⁴⁰ Szasz I., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 14 Am. J. Comp. L., 1965-1966, s. 668; Naón, s. 15; Karan, s. 204.

⁴¹ Hükmün verilmesinden önce hakemlerin *her bir* tarafça, görevlerinden *tek taraflı olarak* alınabilecekleri ve hatta tahkim anlaşmalarından *tek taraflı* dönülebileceği görüşü, 19. yüzyılın ortalarına kadar, İngiliz ve Amerikan hukuklarında etkisini sürdürmüştür. Aslında bu sonuç, şaşırtıcı değildir. Zira özellikle 18 ve 19. yüzyıllarda, İngiltere'de tahkime karşı takınılan hasmane tavrın bir sonucu olarak yegâne gaye, tarafların bir an evvel, kolayca tahkim anlaşmasından kurtulmalarını ve tekrar mahkemelere başvurabilmelerini sağlamaktı. Tahkim anlaşmasından *tek taraflı* olarak dönülmesinin engellenmesi amacıyla getirilen cezaî şartlar ve bunların bonolara konu edilmesi, hep bu döneme ait uygulamalardır. Sonradan, bu bonolar da geçersiz sayılmıştır (Ayrıca bkz. "...tarafların kendi aralarında mahkemelerin yargı yetkisi üzerinde tasarruf etmesi mümkün değildir. Bu, *yargı yetkisinin de kaynağı olan kanuna aykırılık teşkil eder. Yargı yetkisi kazandıran yahut kaldıran anlaşmalar yapılamaz...*" *Asphalt Refining Co. Trinidad Lake Petroleum Co.* 222 F.2d 1006, 1008, SDNY 1915). Geçmişte, tahkim anlaşmasının bağlayıcılığı da, tartışmalı bir başka konu olmaktadır. Roma hukukunda, taraflardan biri, hükmün verilmesinden

daha farklı olmaması gerekir.⁴²

b. Uyuşmazlığın çözümünde, devletin egemenlik yetkisi esas alınmadığı gibi, hakemler yönünden *mülkîlik ilkesine dayalı bir yargı yetkisi* anlayışından da bahsetmek mümkün değildir. Her tahkimin kaynağı bir sözleşmedir; devletin, tarafların bu yöndeki iradeleri üzerinde, ne etkisi ne de denetimi olabilir. İleride *delocalisation* görüşlerinin de temelini teşkil edecek bu anlayış, *lex fori'nin (lex loci arbitri'nin)* tahkim üzerindeki özellikle yıkıcı etkilerini aşma amacındadır.⁴³

c. Hakem kararının (ve hakemlerin yargı yetkisinin) kaynağı, tarafların iradesi olduğundan, yerel/millî sınırlamalara tabi olmaksızın söz konusu kararın dünyanın her yerinde icrası (tenfizi) *-tıpkı sözleşmeler için geçerli olduğu gibi-* mümkündür. Zira taraf iradesi ve irade serbestisi, her yerde egemen ve üstündür.⁴⁴ Fransız hukuku yönünden tarihsel olarak, sözleşmesel görüşün olumlu karşılanmasının bir nedeni de yabancı mahkeme kararlarının tanınması/tenfizi esnasında,

sonra dahi *poena* ödemek suretiyle tahkim anlaşmasını kendisi için geçersiz kılabilmekteydi (David R., *Arbitration in International Trade*, Deventer, Boston, London, Frankfurt/M., 1985, s. 290; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 384; Küçükgüngör, s. 138-140). Ancak 19. yüzyılın ikinci yarısından sonra, tahkim anlaşmalarına mahkemelerce itibar edilmiş ve bu hâlde artık uyuşmazlığın esası hakkında yargılama yapamayacakları kabul edilmiştir. Ne var ki, mahkemelerin uyuşmazlığın esası da dâhil olmak üzere her türdeki ve içerikteki denetim/müdahale yetkisi, saklı tutulmuştur. Bunun aksini kararlaştırmak, yine mümkün değildir (Wolaver, s. 138-145; Luzzatto, s. 31-33). Fransız hukukundaki benzer durum için bkz. Carbonneau E. T., *The French Jurisprudence on International Commercial Arbitration, Resolving Transnational Disputes Through International Arbitration*, Sixth Sokol Colloquium, ed. Thomas E. Carbonneau, 1984, s. 147. Ayrıca bkz. Sayre L. P., *Development of Commercial Arbitration Law*, 37 Yale L J. 1927-1928, s. 598 vd; Schmitthoff M. C., *The Supervisory Jurisdiction of the English Courts, International Arbitration Liber Amicorum for Martin Domke*, ed. Pieter Sanders, The Hague, 1967, s. 296; Sanders, *Arbitration*, s. 31-33; Sanders, *Quo Vadis Arbitration*, s. 35; Taşkın A., *Hakem Sözleşmesi*, 2. Bası, Ankara, 2005, s. 22 vd.

⁴² David, s. 76; Samuel, s. 35.

⁴³ Lew, *Applicable Law*, s. 56; Wolaver, s. 144-145; Szaszy, s. 671; Naón, s. 15, 16; Jakubowski J., *Reflections on the philosophy of international commercial arbitration and conciliation*, *The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration, Liber Amicorum Pieter Sanders*, ed. Jan C. Schultz, Albert Jan van den Berg, 1982, s. 78.

⁴⁴ Samuel, s. 34; Lew/Mistelis/Kröll, s. 78; Kalpsüz, s. 604; Koral, *Hukuki Mahiyet*, s. 84, 85; Karan, s. 205, 206.

takınılan hasmane tutumun bu görüş sayesinde,⁴⁵ hakem kararları için de geçerli olmamasıdır.⁴⁶

Klasik sözleşmecî görüşe getirilen eleştiriler, aynı zamanda, modern teoriye geçişi simgelemektedir. Hakem kararının bir sözleşme; hakemlerin ise tarafların temsilcisi olduğu varsayımı, ağır eleştiri alan noktalaradır.⁴⁷ Hakem kararının varlık nedenini ve geçerliliğini, tahkim anlaşmasında aramak ne derece doğru ise salt bu nedenle hakem kararını sözleşme; hakemleri de temsilci saymak, o derece tutarsızdır. Hakem, *bir hâkim gibi*, tarafsız biçimde, uyumsuzluğun esasına yönelik hüküm kuracaktır.⁴⁸ Uyuşmazlığın esasları üzerinde, tarafsız bir biçimde karar verebilmek şeklindeki işlevin, asilin arzu ve isteklerine uygun hareket etme ödevi altındaki temsilci marifetiyle yerine getirilemeyeceği açıktır.⁴⁹ Bu nedendir ki, hakemin görevinden tek taraflı olarak

⁴⁵ Yerli olmayan hakem kararlarının Fransa içinde, nasıl bir işleme tabi tutulacağı, Fransız hukukunun belki de yaşadığı en büyük sorunlardan biri olmuştur. 1964 yılına kadar, Fransa'da yabancı mahkeme kararlarının tanınmasında/tenfizinde, *révision au fond* yasağı geçerli değildi. Kaldı ki, bu tarihten sonra da yabancı mahkemelerin, Fransız kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken hukuku uygulamaları yahut uyguladıkları hukukun esasının söz konusu kanunlar ihtilafı kurallarına göre bulunacak hukukla örtüşmesi gerekirdi. Bu tip sınırlamaların hakem kararları için de geçerli olması fikri, 20. yüzyılın başından itibaren son derece kararlılıkla reddedilmiş; *anılan sınırlamalara takılmamak, tabi olmamak* için tahkimin ve özellikle hakem kararlarının sözleşmesel niteliği ön plana çıkarılmıştır. Kısacası, tahkimin sözleşmesel niteliği, hakem kararlarına da sirayet ettirilmiş; tahkim anlaşmaları için geçerli tüm ilke ve prensiplerin hakem kararları için de geçerli olması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır (Carbonneau, s. 150; von Mehren A. T., *International Commercial Arbitration: The Contribution of the French Jurisprudence*, 46 Louisiana L Rev, 1985-1986, s. 1055. Ayrıca bkz. Szaszy, s. 669. Fransa, belki de son derece pratik kaygılarla sözleşmesel teorinin ve devamı olan bağımsız görüşün hüküm sürdüğü bir ülke hâline gelmiştir. Ayrıca bkz. Schlosser, Rn. 41; Koral, *Hukuki Mahiyet*, s. 83, 84.

⁴⁶ *Vertragsstheorie* ve ayrıntısı için bkz. Szaszy, s. 671. Gerçi, dönemin içtihatlarında, hakem kararının bir sözleşme olduğu da açıklıkla vurgulanmış değildi. Tam aksine tercih edilen terminoloji, "*contractual entity*" sözleşmesel bir oluşum şeklindeydi. Ne var ki, içtihatlar, klasik sözleşmesel görüşün derin izlerini taşımaktaydı. Ayrıntısı için bkz. Naón, s. 16; Samuel, s. 36; Lew/Mistelis/Kröll, s. 77. Ayrıca bkz. Kalpsüz, s. 603, 604; Koral, *Hukuki Mahiyet*, s. 78, 79; Karan, s. 204-206.

⁴⁷ Oysa böyle bir görüşün en azından mahkemelerde de desteklenmesinin nedeni, tarafının, mahkemelerin yargı yetkisini bertaraf eden böyle bir anlaşmadan kolayca kurtulabilmesini sağlamasıydı (Sayre, 609-610).

⁴⁸ Kaplan Y., *Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfiz Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi*, MHB 2001/1-2, s. 52, 53.

⁴⁹ *Karş.* 15. HD. 15.6.1989, 1023/2841, (YKD 1989/9, s. 1298).

alınması mümkün değildir (MTK m. 7/F/I).⁵⁰ Tahkim anlaşmasının sözleşmesel niteliği ile tahkim kurumu birbirine karıştırılmamalıdır. Tahkim, müessese olarak, bir anlaşmadan ziyade; bir metottur, hukuki çaredir, usuldür.⁵¹

*Modern sözleşmecî teori ile hakemlerin temsilci; hakem kararının da bir sözleşme olduğu fikri, aşılmışsa da tahkim, hâlâ bir özel hukuk meselesidir; medeni hak ve borçları ilgilendirir; yargısal değil; sözleşmesel bir nitelik taşır. Bu noktada kullanılan terminoloji, tahkimin sözleşmesel değil; acte privé bir özel hukuk işlemi olması, şeklindedir.*⁵² Zira hakemler, devlet adına ve onun sahip olduğu egemenlik yetkisine dayanarak çalışmazlar. Bu nedenle de hakemlerce verilen bir hükmün, üçüncü kişilerin hak ve borçlarını etkilemesi, söz konusu değildir. Kaldı ki, bir hakemin görevinden alınması, *her iki tarafın da ortak iradesiyle pekâlâ mümkündür.*⁵³

Buna karşın, hakemlerin takip edecekleri usul, belli bir serbesti ve özgürlükten istifade edecekse de *kendi içinde bir takım, tabii sınırlamaları haizdir. Örneğin, her iki tarafın da dinlenmesinin gerekmesi, yerel hukukun söz konusu irade serbestisine getirdiği sınırlamalar yanında, kabul edilen*

⁵⁰ İlginçtir, günümüz Hollanda hukukunda hakemler, tıpkı bir yargıç gibi değil; daha ziyade, tarafların vekili olarak görülürler. Bu nedenle de *tüm hakemlerin (baş-hakem de dâhil olmak üzere), tarafların ortak iradesi sonucunda seçilmesi* düzenlenmiştir (Hollanda CCP Art. 1027/I, II). Hakemlerin seçimi konusunda, kararlaştırılan usulün işletilememesi hâlinde, sadece atanamayan değil; örneğin üç kişilik hakem heyetinin gerektiği durumlarda, *tüm hakemler, mahkeme tarafından atanmaktadır. Bu şartırtıcı değildir. Zira kural olarak hakemler, tarafların karşılıklı anlaşmasıyla atanır; bu esnada, taraf-hakemlerine ilişkin herhangi bir ayırım da getirilmiş değildir.* Bu durum, taraflar üzerinde, kararlaştırdıkları usulün işletilmesi yönünde, ağır bir baskı yaratmaktadır (Berger, s. 212; Freedberg-Swartzburg J. A., Court Assistance in The Appointment of Arbitrators, Law and Reality, Essays on National and International Procedural Law, in Honor of Corneils Carel Albert Voskuil, ed. Sumampouw M/Barnhoorn L.A.N.M./Freedberg-Schwartzbur J. AG/Tromm J.J.M/Wade J.A, 1992, s. 84; van den Berg A. J/van Delden R/Snijders H. J., Netherlands Arbitration Law, 1993, s. 45).

⁵¹ Hakem kararlarıyla ilgili, çeşitli içeriklerdeki ve hatta kimi zaman uyuşmazlığın esasına yönelik denetim, söz konusu kararı, basit bir sözleşme olmaktan çıkarmaktadır. Örneğin, iptal davasının veya benzeri denetim usullerinin tahkimdeki keyfiliğe, tarafgirliğe ve usulsüzlüğe karşı bir kalkan olduğu düşünülmüştür. Salt böyle bir denetimin varlığı dahi hakemlerin *yerel-millî* hukuk tarafından tasvip edilmeyecek iş ve işlemlerden kaçınmasına neden olur (Kerr, s. 15; Mann F., Private Arbitration and Public Policy, 4 CJQ 1985, s. 262-267).

⁵² Samuel, s. 40. Ayrıca bkz. *Sempozyum*, s. 208.

⁵³ Samuel, s. 42; Lew/Mistelis/Kroll, s. 78.

diğer bir tabii sınırlamadır. Hakemlerce izlenecek usulün belirlenmesinde tarafların sahip olduğu irade serbestisi, artık, *gerek* kendi içindeki tabii *gerekse* harici olarak yerel hukuk sistemlerince –çoğu kez kamu düzeni endişesiyle– getirilecek şartlarla sınırlandırılmıştır. Gayri adil bir usul izlenerek tarafların hak ve borçları üzerinde karar verilemez; bu sadece *tabii adalet* fikriyle değil; içinde bulunulan toplumun *kamu düzeneğiyle* de çatışılması anlamına gelir.⁵⁴

Böylece görüş, kendini, tahkim anlaşmasının varlık ve geçerliliği hakkında, *kimi kıstaslar* esas alarak sorgulamaya, sınırlamaya başlamıştır.⁵⁵ Özetle tahkim anlaşmasını yapmak, tarafların; karar/hüküm vermek, hakemlerin işidir; hakemlerin seçimi ve göreve başlayabilmeleri ise *kural olarak*, taraflarla hakemlerin ortak eseridir.⁵⁶

Sözleşmeci görüş, 19. yüzyılın sonlarından 20. yüzyılın ortalarına kadar, kendi içinde çok değişmiş ve gelişmiştir.⁵⁷ Hakemin kim olduğuna ve ne yaptığına yönelik tartışma, temel eleştiri konusudur. Hakem, uyuşmazlık üzerine tarafların iddia ve savunmalarını dikkate alarak karar veren kimsedir; *yani âdeta hâkimdir*.⁵⁸ Hakemin hâkime benzer işlevi, sözleşmeci görüşün en zayıf noktasıdır. Hakemlerin, ileri sürülen talep ve savunmalar hakkında, girişeceği tahkikatın ardından yine tarafları da bağlayıcı ve özellikle kesin hüküm etkisini haiz bir hüküm kuracak olması, *tahkim anlaşmasını* başlı başına *bir usul sözleşmesi, yargısal sonuçları havi bir sözleşme (a juridical category of contract)*, niteliğine büründürmektedir.⁵⁹ Kaldı ki teori, ancak bu hâlde hakemlerin

⁵⁴ Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 45. Ayrıca bkz. Nomer E., *Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesi'nin Bağımsızlığı*, 4 *MHB* 1984/1, s. 30, 31.

⁵⁵ Millî hukuk, özellikle taraflarca tahkim usulünün nasıl olacağını kararlaştırılmaması hâlinde, içereceği yedek hukuk hükümleriyle söz konusu boşluğu doldurmakta; sözleşmeyi tamamlamaktadır ki, bu, uygulamada çoğu hâlde böyle olmaktadır. Görevlerini icra ederken hakemlerin işlevlerinin içeriği, taraf iradeleriyle değil; çoğu kez, *en azından uygulamada*, yerel-millî hukuklarca tanımlanmakta ve belirlenmektedir (Roksin S. K., *The Sources and limits of the Arbitrator's Powers in England*, *Contemporary problems in international arbitration*, ed. J. D. M. Lew, 1986, s. 91).

⁵⁶ Samuel, s. 44.

⁵⁷ Samuel, s. 46 vd.

⁵⁸ Ayrıntısı için bkz. Roksin, s. 88. TD 7.2.1966, 1986/45, (IV Batider 1967/2, s. 384).

⁵⁹ Samuel, s. 45; Jakubowski, s. 82. Wetter G. J., *The International Arbitral Process, Public and Private*, IV, New York, 1979, s. 285-288; De Vries P. H., *International Commercial Arbitration: A Contractual Substitute for National Courts*, 57 *Tul L. Rev.* 1982-1983, s. 42; Henn G., *Schiedsverfahrensrecht*, 3., völlig neubearbeitete Auflage, Heidelberg, 2000, s. 6-8; Schwab K. H/Walter G/Baumbach A., *Schieds-*

tarafsız kalarak adil bir yargılamayı sürdürmek şeklinde üstlendikleri ödevi açıklayabilmektedir. Hakem kararlarının mahkemelerce denetimi ve bu denetim sonrası tahkim yargılaması yönünden yaşananlar (örneğin bkz. Model Kanun m. 34/IV; ZPO §1059/IV, V), salt sözleşmeci görüş ile açıklanamayacak kadar karmaşıktır. Tahkimin, özellikle bugün, sözleşmesel temeli olan diğer uyuşmazlık çözüm usullerinden⁶⁰ özenle ayrılması gerekmektedir ki, bunun için yine salt sözleşmeci görüş, yeterli kalmamaktadır.⁶¹

Bu görüş içinde önemli bir yer tutan, hakem kararının ne olduğu konusunun ve yapılan vasıflandırmanın, günümüz pozitif tahkim hukukuyla örtüştüğünü söylemek, güçtür. Zira teoriye göre *hakem kararı, bir sözleşme olarak, her bir ülkede icra edilebilecektir. Tahkimin, yargısal bir işlevi içermemesi nedeniyle mahkemelerce yürütülen yargılama faaliyetinin aksine nerede icra edildiğinin hiçbir önemi yoktur.*⁶² Bu anlayışa, yıllar sonra, özellikle 1970'li yıllarda, bir tepki ve bir temenni olarak tekrar dönülecekse de, *gerek pozitif hukukun gerekse milletlerarası tahkimin bugün için söz konusu anlayışa destek çıktığı söylenemez. Kural olarak, (istisnai bir düzenleme için bkz. 1961 Cenevre Sözleşmesi m. IX; New York Sözleşmesi m. VII, 1 ve NCPC Art. 1502; 1504) tahkim yeri hukuken iptal edilmiş bir hakem kararının ülke dışında, bir başka ülkede tenfizi güçtür (New York Sözleşmesi m. V, 1, e). Dahası, mahkemelerin kendi hukukuna tabi (lex loci arbitri) tahkim yargılamaları ile hakem*

gerichtsbarkeit, 6., neubearbeitete Auflage, München 2000, Kap. 7, Rn. 37; Zöllner R., Zöllner, Zivilprozessordnung, 24. neubearbeitete Auflage, 2004, §1029, Rn. 15; Alangoya, s. 52 vd; Üstündağ S., *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, 7. Baskı, İstanbul 2000, s. 934, 935; Taşkın, s. 16 vd; Deren-Yıldırım N., *UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları*, İstanbul 2004, s. 23-26; Alangoya Y/Yıldırım K/Yıldırım D. N., *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 4. Bası, İstanbul 2004, s. 607; Pekcanitez H/Atalay O/Özekes M., *Medeni Usul Hukuku*, 5. Bası, Ankara 2006, s. 642. Ayrıca bkz. Baumbach A/Lauterbach W/Albers J/Hartmann P., *Zivilprozessordnung*, Band 1, 62., neubearbeitete Aufl., München 2004, §1029, Rn. 10.

⁶⁰ Söz konusu yöntemler için bkz. Poudret J-F/Besson S., *Comparative Law of International Arbitration*, *Translated by Stephen V. Berté, Annette Ponti*, 2007, s. 11 vd; İldır G., *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, *Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler*, Ankara 2003, s. 60, 78 vd; Özbek M., *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara 2004, s. 99, 201 vd.

⁶¹ Samuel, s. 46; Mustill J. M/Boyd C. S., *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, Second Edition, London, Edinburg, 1989, s. 30-38. Tahkimin, mesnedi itibariyle akdi; mahiyeti itibariyle kazai bir müessese olduğunun kabulü için bkz. Koral, *Hukuki Mahiyet*, s. 86, 88, 94. Ayrıca bkz. Karan, s. 214.

⁶² Jakubowski, s. 78.

kararlarını, kendi hukukuna tabi olmayanlarla aynı yönde değerlendirmesi, beklenmemelidir (*Karş.* NCPA Art. 1502, 1504; *UNCITRAL Model Kanunu* m. 34/II, 36/I).⁶³

Hakemlerin icra ettikleri faaliyetin bir gereği olarak, ağırlığın sadece tenfiz yeri hukuku ve mahkemelerinde toplanması da, arzu edilen bir husus değildir (*karş.* PIL Art. 192/I; Belçika Yargılama Usul Kanunu m. 1717; MTK m. 15/A/V). Tahkim yeri hukukunun ve mahkemelerinin de, tahkimde söz sahibi olması gerekmekte ve *beklenmektedir*. Tahkim yargılaması süresince, tahkim yeri mahkemelerinin üstlenmesi ve tahkime yardımcı kimi işlevler, tahkim anlaşmasının yaşatılması ve icrası için hayati bir önemi haizdir. Kaldı ki, *lex loci arbitri*'nin hakemlere tanıyacağı kimi yetkiler (örneğin, *competence-competence*⁶⁴), bugün tahkimin sadece tarafları arasında geçerli, *bir özel hukuk işlemi olması özelliğini* gölgede bırakmaktadır.⁶⁵ Tahkim, özellikle pozitif hukuk bağlamında, artık sözleşmesel niteliğin çok dışına taşmıştır.⁶⁶

2. Yargısal Görüş

Hukukun yorumu ve uygulanması ile uyumsuzlukların *kesin* bir biçimde çözümü, egemenlik işlevi ile yakından ilgili olup bu, devletler yönünden mahkemeleri eliyle gerçekleşir (AY m. 9). Tarafların tahkim

⁶³ Samuel, s. 48. Ayrıca bkz. Petrochilos G., *Procedural Law in International Arbitration*, 2004, s. 4, 20.

⁶⁴ *Competence-competence*, bir hukuki kabul (*fiksyon*) olarak hakemlerin, her hâlde, kendi yargı yetkileri hakkında karar verebilmesini mümkün kılmaktadır (Berger, s.352 Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 400; Lew/Mistelis/Kröll, s. 333; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 252). *Competence-competence* yetkisinin (özellikle *Model Kanun'un 16. maddesinin*), aksi taraflarca kararlaştırılmaz; hakemler anılan yetkiden mahrum bırakılmaz (Holtzmann H. M/Neuhaus E. J., *A Guide To the UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration: Legislative History*, Part I-II, 1994, s. 480; Berger, s. 352). *Karş.* ZPO §1040/I (Harbst R., *Die Rolle der staatlichen Gerichte im Schiedsverfahren, Ein Rechtsvergleich zwischen dem englischen Arbitration Act 1996 und deutschem Schiedsverfahrensrecht*, Heidelberg, 2002, s. 40).

⁶⁵ Park, *The Lex Loci Arbitri*, s. 24-27; Thompson D., "Detachment" from the National Law in International Commercial Arbitration, 1982 *Arbitration*, s. 109-110. Ayrıca bkz. Deren-Yıldırım, s. 26.

⁶⁶ Samuel, s. 50. Tahkimin yalnızca sözleşmesel yönü üzerinde durmak, çok boyutlu bir meselenin sadece tek bir yönü üzerinde çalışmak anlamına gelir. Bu ise müessesenin eksik sunumundan başka bir şey değildir (Wetter, s. 288). *Ayrıca bkz.* De Vries, s. 42.

üzerindeki anlaşmaları, ancak hukukun (özellikle tahkim yeri hukukunun) buna yönelik açık veya zımni olurunun bulunmasıyla mümkündür.⁶⁷ Bu teoriye göre devlet, ülkesi üzerindeki, özel usullere tabi bir yargılamanın icrasına ki *bu paralel ve devredilmiş bir yargı yetkisi olacaktır*, ancak müsamaha gösterirse söz konusu *usul* geçerlilik kazanacaktır. Devlet ve ona ait hukuk düzeni, tahkimin bir parçası ve tamamlayıcısıdır. Gereği rızaen yerine getirilmediği takdirde, hakem kararının bu kez, mahkemeler yardımıyla icrası istenecektir. Bu nedenle en azından icra aşamasında yargısal teori, mahkemelerin desteği ile de olsa varlığını hissettirmektedir.⁶⁸ Bu anlamda tahkim, gereğinde, kamusal bir işlev de görmektedir.⁶⁹

Teori içinde, farklı iki eğilim bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde göre hakemin görevi, karar vermek, hükmetmektir; verilen hüküm ise yargısal bir işlem olarak kabul edilmelidir. Bu görüş, hüküm teorisi (*judgement theory*) olarak da bilinmektedir. İkinci görüş ise hakemin otoritesinin kaynağını, üzerine düşenleri icra ettiği; yükümlülüklerini ifa ettiği yerin devletinde (*tahkim yeri millî hukukunda*) görür. Bu, aslında hükmetmek, karar vermek şeklindeki işlevinin doğal bir sonucudur. Bu kapsamda, kimilerine göre *delegation* teorisi geçerliken; *Mann* ve takipçileri, her hak ve yetkinin kaynağının bir millî hukuk olması gerektiğini savunarak *municipal law*-yerel hukuk öğretisini benimsemişlerdir.⁷⁰

⁶⁷ Mann, *Lex Facit Arbitrum*, s. 162.

⁶⁸ Yargısal teori, modern tahkim hukukundaki etkisini, tahkime elverişlilik yanında, son olarak hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda göstermiş; hakemlerin tarafsızlığına ilişkin kriterlerin, yargısal nitelikte karar veren *herkes* ile (yani hâkimlerle) aynı olduğu sonucuna ulaşılmıştır (*Court of Appeal, AT&T Corporation and another v. Saudi Cable Company*, [2000] 2 Lloyd's Rep 127). Ayrıca bkz. Liebscher C., Fair Trial and Challenge of Awards in International Arbitration, 6 Croat Arbit Yearb 1999, s. 83 vd.; YU, s. 149. Yargısal teorinin özellikle geçmişteki sonuçlarından biri de yabancıların *hakem* olarak görev yapamamalarıydı. Ne var ki, 1961 Cenevre Sözleşmesi'nin 3. maddesi ve UNCITRAL Model Kanunu'nun 11/I maddesinde, irade serbestisine üstünlük tanınmak suretiyle mesele, milletlerarası alanda *-tahkim lehine-* çözülmüştür. Ayrıca bkz. Lew/Mistelis /Kröll, s. 76, 77.

⁶⁹ Samuel, s. 55 vd.; Triva, s. 116 vd. Ayrıca bkz. Naón, s. 16, 17; Karan, s. 206, 207.

⁷⁰ Samuel, s. 50, 51; Mann, *Lex Facit Arbitrum*, s. 160; Lew, *Applicable Law*, s. 52, 53; Lew, *Arbitration*, s. 186. Ayrıca bkz. Schlosser, Rn. 50-52; Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 43; Karan, s. 206-208.

a. Hüküm Teorisi

Bu görüş, yabancı hakem kararlarının özellikle 20. yüzyılın ilk yarısında, Fransa'da nasıl tanınıp icra edileceğine ilişkin tartışmalardan doğmuştur. Cevap bekleyen soru, hakem kararının bir sözleşme mi, yoksa (*tıpkı mahkeme kararı gibi*) hüküm mü olduğudur. Varılan sonuç, hakemlerce verilen kararın, her ne olursa olsun; hiçbir şekilde sözleşme olmadığıdır. Tahkim anlaşmasının verilen kararın varlık ve geçerlilik kazanmasında, çok büyük bir önemi vardır. Ancak bu, tahkimin yargısal bir süreç; hakem kararının da bir hüküm (*kazaî karar*) olduğu gerçeğini değiştirmeye yetmemektedir.⁷¹ Tahkim anlaşmasının hakemlerin otoritesi (*yargı yetkisi*) yönünden gerekli olduğu vurgulanmakla birlikte, söz konusu otoritenin tesisinin, yani hakemlerin seçilmesinin ardından artık tahkim anlaşmasının, yargılama ve hüküm üzerinde hiçbir etkisi kalmayacak; tahkim anlaşması ve hüküm iki farklı ve birbirinden bağımsız unsur hâline gelecektir.⁷²

Hüküm teorisi ile birlikte hakemler, âdeta birer hâkim olarak görülmüşlerdir.⁷³ Oysa hakemlerin, kamusal bir işlevi yerine getirmelerinin söz konusu olmadığı; kaldı ki, böyle bir görevin, onlara devlet tarafından da verilmediği, dile getirilmiştir. Dahası, tahkim anlaşması ile hakem kararının bu denli birbirlerinden koparılmaya çalışılması, hem sunidir hem de pozitif hukukla örtüşmemektedir (Model Kanun m. 34/II, *a, i, iii*; MTK m. 15/A/II, *1, a, e, f*). Kısacası, ne tahkim, bir devlet yargısıdır ne de hakem, hâkimdir.⁷⁴ Oysa *yargısal her işlem için mutlaka devletin mahkemesine veya hâkimine ihtiyaç yoktur:*

⁷¹ Tahkimin bir müessese olarak, özellikle de hakem kararının *kesin hüküm* şeklinde yarattığı etki ve doğurduğu sonuç, temeli olan tahkim anlaşmasının klasik bir maddi hukuk sözleşmesi olarak görülmesine engeldir. Tahkim anlaşmalarıyla alakalı tanınan irade serbestisinin genişliği dahi bu sonucun aksi için yeterli değildir. *Ayrıntısı için bkz.* Zöllner/Geimer, § 1029, Rn. 15-17; Alangoya, s. 53, 61, 64-65; Deren-Yıldırım, s. 25. Ayrıca bkz. 11. HD. 20.04.1974, 1523/1470, (YKD, 1975/12, s. 48). *Karş.* Nomer E/Şanlı C. Devletler Hususi Hukuku, 12 Bası, İstanbul, 2003, s. 460. Ayrıca bkz. Kalpsüz, s. 605.

⁷² Samuel, s. 52. Ayrıca bkz. Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 12 vd; Sturges, s. 1031-1032. *Urteilstheorie* ve ayrıntısı için bkz. Szaszy, s. 669.

⁷³ Örneğin bu yüzden, İtalyan hukukunda tahkim, devlet yargısının doğal bir parçası ve uzantısı olarak görülmüş, yabancı tahkim yargılamaları ve verilen hükümler, geçmiş dönemde, yabancı mahkeme yargılamaları ve yabancı mahkeme kararlarına denk kabul edilmişlerdir (Luzzatto, s. 34); TD. 7.2.1966, 1986/495, IV Batider 1967/II, s. 384; Üstündağ, s. 937. *Karş. Sempozyum*, s. 96, 97, 200.

⁷⁴ Samuel, s. 51. Ayrıca bkz. Alangoya, s. 57, 59.

a. Öngörülen hukuki çare içinde, sosyal veya ekonomik bir sonucun temini için ileri sürülen talebin/ iddianın varlığı;

b. Anılan hukuki çare içerisinde, maddi hukukun öngördüğü sonucun doğumu için aranan koşul vakıaların iddia edilen somut vakıalarla örtüşüp örtüşmediğinin tahkik edilmesi/doğrulunun araştırılması;

c. Söz konusu tahkikatın, bunu yargısal olarak da yapmaya yetkili bir organ tarafından yerine getirilmesi;

bir *yargılama faaliyetinin* üç temel unsurudur. O hâlde, kendi huzurunda ileri sürülen bir talebin kabulü veya reddi konusunda, hukuken yetkilendirilmiş kimse, her hâlükârda yargısal bir görünüm ve hüviyet kazanacaktır. Hakemler, belki hâkim değildirlere; lakin hâkimlerle aynı işi yapmaktadırlar ve tıpkı onlar gibi yargısal işlemler icra etmektedirler.⁷⁵

Bu noktada, hükümle tahkim anlaşmasının birbirinden koparılmaya çalışılması, ne sağlıklı sonuç verir ne de gereklidir. Hakemlerin yargı yetkilerinin kaynağı, *kural olarak*, tahkim anlaşması olup yargılamanın *-belli sınırlar dâhilinde-* tarafların iradelerine üstünlük tanınarak icra edilmesi, yine pozitif hukukun bir gereğidir (New York Sözleşmesi m. V, 1, d). Tarafların *birlikte*, hüküm öncesi dönemde, hakemin görevine son verebilmesi, neden olacağı hukuki sonuçlar saklı kalmak kaydıyla pekâlâ mümkündür (Model Kanun m. 14/II; MTK m. 7/F/I). Taraflarca kararlaştırılan sürenin bitmesinin ardından, yargılamaya devam edilemeyeceği gibi aksine verilecek hükmün iptal edileceği de açıktır (MTK m. 10/B/I, II; 15/A, 1, c). Şu hâlde, hükmün tahkim anlaşmasından koparılmaya çalışılması, tahkimin yargısal yönünü ön plana çıkarmak isteyen ve sözleşmesel teoriye tepkiyle yaklaşan karşı görüşün bir argümanı olmakla birlikte; aslında buna gerek olmadığı da ileri sürülmüştür.⁷⁶

⁷⁵ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 12 vd.; Sturges, s. 1038-1040. Hâkim ile hakem arasındaki neredeyse tek fark, *hâkimin tayini ve yargı yetkisi, devlet kaynaklıyken; hakem gücünü ve otoritesini yine devletten almasına karşın, tayini taraflara aittir* (Lew, *Applicable Law*, s. 52; Samuel, s. 53). Ayrıca bkz. Alangoya, s. 59, 61.

⁷⁶ Samuel, s. 54, 55.

b. Delegation Teorisi

Teori, sözleşmesel görüşün neredeyse zıddıdır. Buna göre, hakemlerin yargı yetkisinin kaynağı, sözleşme değil; artık, bizatihi devlettir. Tahkim, devletin, ülkesi üzerinde, *adaletin dağıtımını konusunda sahip olduğu münhasır ve tekeli nitelikteki yetkisini*, hakemlere devretmesinin bir sonucudur. Esasen, taraflarca anlaşılması durumunda, uyuşmazlıkların özel kimselerce de çözüme kavuşturulmasında, bir kamu menfaati gören devlet, sahip olduğu bu yetkiyi, hakem sıfatını taşıyan özel kişilere, belli bir grup uyuşmazlıkla sınırlı olarak devretmektedir. Hüküm teorisinin de ötesinde, burada hakem, artık kamusal bir işlev icra etmektedir; *sürelî-geçici bir hâkimdir*. Hakemler, münhasıran devlete ait bir işlevi, hukukun da öngördüğü gibi yerine getiren kimselerdir (*karş. AY m. 7/III*).⁷⁷

Tahkim, icra edildiği yer hukukunca tanınan bir imtiyaz hâline gelince söz konusu imtiyazı verenler, bu devir işlemine nelerin dâhil olduğunu yani içeriğini de belirleme hakkını, ellerinde tutmaktadırlar. Tahkim yeri hukukunca geçerli kabul edilmeyen bir tahkimin varlığı da (*tıpkı mahkeme kararlarında olduğu gibi*) herkes ve her yer için tartışmalı hâle gelmektedir. Bu yaklaşım, temelde, devletin ülkesi üzerinde, adalet hizmetlerinin görülmesinde tekeli bir yetkiye sahip olduğu *fik-siyonuna* dayanmaktadır ki, söz konusu kabulün kendisi, tartışmaya açıktır.⁷⁸

c. Yerel-Millî Hukuk Teorisi

Hakemin yargı yetkisinin kaynağı, ona bu otoriteyi sağlayan tahkim yeri *hukukudur*, yani *Mann'*ın görüşüne göre *lex facit arbitrum'*dur. Her devlet, ülkesi üzerinde gerçekleştirecek iş ve işlemleri yasaklamak veya geçerli kabul ederek düzenlemek hak ve yetkisine sahiptir. Bu nedenle her tahkim, gerçekleştiği, icra edildiği yer, yani tahkim yeri hukukuna (*da*) tabidir.⁷⁹ Hakemlerin, tarafların iradesine uyması beklenirken yahut tahkimin, tarafların iradesinin ürünü olduğu kabul

⁷⁷ Samuel, s. 55; Sturges, s. 1045; Szaszy, s. 670; Naón, s. 16, 17; Lew, *Applicable Law*, s. 52-54. Ayrıca bkz. Üstündağ, *Uluslararası Tahkim*, s. 294, 295.

⁷⁸ Samuel, s. 56.

⁷⁹ Mann, *Lex Facit Arbitrum*, s. 162; Wilner, s. 651; Goode R., *The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration*, 17(1) *Arb Int*, 2001, s. 24. *Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Co.* [1983] 3 *WLR* 241.

edilirken bunların ancak *lex loci arbitri* de böyle olmasını istediği için gerçekleştiği, unutulmamalıdır. Her tahkim, tahkim yeri hukukunun bir parçasıdır; bu nedenledir ki, *milletlerarası tahkim* şeklinde bir terminoloji, sağlıklı bir anlayışın ürünü değildir.⁸⁰ Bütün bunların aslında, *ne* devletin son derece bilinçli bir şekilde ve doğrudan tahkime yönelik tanımış olduğu bir *imtiyaz* ile *ne de* gerçekleştiği varsayılan bir *devir* ile ilgisi vardır. *Ülke üzerinde gerçekleşen her iş ve işlem gibi tahkimin de, tahkim yeri hukukuyla çatışması hâlinde, geçerlilik kazanmayacağı, açıktır.* Burada bir *delegation* varsayımından ziyade, tahkimin, devletlerin ülkesi üzerinde geçerli millî hukuklarla ne derecede uyum içinde olduğu noktasından hareket edilmektedir.⁸¹

Özellikle tahkim yeri hukukuna atfedilen önem, büyük ölçüde, tahkimin hukuki niteliği ile yakından ilgilidir. Hakemlerin, *tıpkı hâkimler gibi*, yargı yetkilerini, yargılamayı icra edecekleri yer hukukundan aldıkları kabul edilecekse, *lex loci arbitri*, *tıpkı lex fori* gibi, münhasıran *lex arbitri*'yi oluşturacaktır. Buna göre:

a. Tahkim usulü, *tanınan irade serbestisi saklı kalmak kaydıyla* tahkim yeri hukukunda düzenlediği gibidir.

b. Uyuşmazlığın esasının çözümünde kullanılacak kanunlar ihtilafı kuralları, yine tahkim yeri hukukuna göre belirlenir.⁸²

⁸⁰ Tüm millî hukuklardan kopuk ve bağımsız bir tahkim, hayaldir, idealdir; gerçekleşse dahi bu, *lex loci arbitri* izin verdiği için olacaktır. Zira, milletlerarası sözleşmelerin tahkime uygulanabilmesi için dahi tahkim yeri devleti, sözleşmeciler devlet olarak söz konusu milletlerarası hukuk metnini, iç hukukunun bir parçası yani *lex loci arbitri*'nin bir unsuru hâline getirmelidir (Mann, *Lex Facit Arbitrum*, s. 162-165). Ayrıca bkz. Goode, s. 29; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 77; *Bank Mellat v. Helleniki Techniki SA* [1984] QB 291 (CA), 301; Schlosser, Rn. 188.

⁸¹ Mann, *Lex Facit Arbitrum*, s. 164-166. Mann, tahkim yeri ülkesinin, tahkimle ilgili hukuk politikası konusunda, hakem kararlarının hukukilik denetimine de tabi tutulmasını savunacak kadar, sıkı ve katı bir anlayışa sahiptir (Mann, *Private Arbitration*, s. 267). Ayrıca bkz. Şanlı C., Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan Ayrılması ve Bu Kararların 2675 Sayılı Kanun Açısından Tenfiz Sorunu, *Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi*, II Tahkim Haftası, Ankara 25-26 Kasım 1983, s. 174-176; Karan, s. 208.

⁸² Hakemler, *tıpkı hâkimler gibi* yargılama yapıp adalet dağıttıklarından; adaletin nasıl tecelli edeceği konusunda, tercih ve takip edilecek kanunlar ihtilafı kurallarının belirlenmesinde de, *aynen mahkemelerin gözettiği gibi* özel ya da kamusal menfaatleri göz önünde tutmakla yükümlüdürler. *Strictum iuris* türündeki bir tahkimin karşısında yer alan *ex aequo et bono* veya *amiable composition* şeklindeki bir tahkim, istisnai olup yaygınlık kazanamamış; çoğu kez tarihi nedenleri olan bir tür olarak kalmıştır. Ne var ki, bu son türün de *contra legem* olduğu düşünülmemelidir (Naón, s. 8-10).

c. Tahkim yeri hukukunun emredici normları, söz konusu tahkim yargılaması için de geçerli ve bağlayıcıdır.

d. Tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararının iptali, söz konusu hakem kararının diğer tüm millî hukuklar bakımından da geçerliliğini yitirmesi anlamına gelir (Hollanda CCP Art. 1076/I, A, e; ZPO §1061/III).⁸³

Sıralanan sonuçlar dikkate alındığında, tahkim yargılaması ile mahkemeler önünde sürdürülen yargılama arasında bir farklılık kalmamaktadır. Bu da, tahkimin hukuki niteliği konusunda yapılmakta olan değerlendirmenin doğal bir sonucudur.⁸⁴

Mann'ın görüşleri, milletlerarası tahkim pratiği ile hukukunu, çok yakından etkilemiştir. Milletlerarası tahkimde, hakemlerin tahkim yeri hukukuyla bilinçli bir şekilde çatışması, arzu edilen bir durum değildir; tam aksi tutum ise neredeyse bir hakemlik etiği hâline gelmiştir. Bu, hiç olmazsa uygulamada, *lex loci arbitri*'nin tahkim üzerindeki bağlayıcılığı ve hükümranlığı sonucunu doğurmaktadır (MTK m. 8/A; ZPO §1042; *karş.* NCPC Art. 1494, 1496).⁸⁵ Ancak, bu görüş de, tahkimle ilgili her sorunu, çözebilmiş de değildir. Örneğin diğer ülke hukuklarının da tahkim yeri mahkemelerince verilen iptal kararlarıyla bağlı olup olmayacakları sorunu, henüz tam anlamıyla cevaplanamamıştır (1961 Cenevre Sözleşmesi m. IX).⁸⁶

Gerek *delegation* gerekse yerel-millî hukuk görüşü, *tahkim yerine* çok büyük bir önem atfetmektedir.⁸⁷ Bu, bir eleştiri konusudur. *Zira tahkim yerinin seçimi, çoğu kez, son derece tesadüfî nedenlere bağlıdır; kimi zaman fiilen böyle bir yer dahi olmamaktadır. Tahkim yerine -hukuken- tanınan bu egemen güç, özellikle milletlerarası tahkimde, esnekliğin kaybına; bazen de taraf iradeleriyle çatışılmasına neden olmaktadır.*⁸⁸

Ayrıca bkz. Alangoya, s. 171.

⁸³ Goode, s. 24, 25; van den Berg/van Delden/Snijders, s. 166, 167. Ayrıca bkz. Kalpsüz, s. 604, 605; Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 43; Karan, s. 208.

⁸⁴ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 3. Ayrıca bkz. Wilner, s. 651, 652; Kalpsüz, s. 606.

⁸⁵ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 91. Ayrıca bkz. Petrochilos, s. 19 vd.

⁸⁶ Samuel, s. 58; Goode, s. 28.

⁸⁷ Ayrıntısı için bkz. Lew, *Applicable Law*, s. 245-255.

⁸⁸ Lew, *Applicable Law*, s. 252-254; Samuel, s. 59. Ayrıca bkz. Schwartz E. A., Do International Arbitrators Have a Duty to Obey the Orders of Courts at the Place of the Arbitration? Reflections on the Role of the Lex Loci Arbitri in the Light of a Recent ICC Award, *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, Liber Amicorum in honour of Robert Briner, eds. Gerald Asken, Karl-Heinz

Mann ve öğretisi, anılan eleştirilere suskun kalmış, değildir. Asıl olan, devletin ülkesi üzerindeki egemenlik yetkisine saygı duyulması; hukukuna itibar edilip ona uygun davranılması, onunla çatışılmamasıdır; yoksa milletlerarası ticaret hukukunun ve tahkimin günün koşullarına göre değişen ve beliren ihtiyaçları değildir. *Kaldı ki, lex loci arbitri içinde kalınarak; ona tabi olunarak da anılan ihtiyaçların giderilmesi; beklentilerin karşılanması mümkündür. Bu, esasen yerel/millî hukukun içeriğinin nelerden ibaret olduğuyla ilgilidir; sorunun çözümü için söz konusu içeriğin milletlerarası tahkimin gerek ve beklentilerine uygun şekillendirilmesi yeterlidir.*⁸⁹

“...Burada tarafların yaptığı, İngiltere olarak bilinen forumda, uyuşmazlıklarını çözmek istemeleridir; böylece taraflar, *zımnen*, sonuçta verilecek kararın, *forumun* hukukuna tabi olmasını da kararlaştırmışlardır. Bu, karara bağlanması gereken her şey, kaçınılmaz bir biçimde, İngiliz hukukuna göre çözümlenecek demek değildir; sadece, *yol gösterici hukukun (underlying law)* İngiliz hukuku olduğu anlamına gelir...”⁹⁰

Gerek *delegation* gerekse yerel-millî hukuk teorisinin tarafların iradesine gereken önemi ve değeri vermediği düşünülür. Bir millî hukukun tahkimi düzenlemesi ve hatta geçerli sayması ne kadar önemliyse taraflar arasındaki anlaşma da, aynı değerde önemli ve gereklidir. Zira söz konusu millî hukukun uygulanabilmesi için *öncelikle* taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının yapılmış olması gerekir. Ancak, bundan sonra tahkimin, millî hukuk ile örtüşüp örtüşmediğinin denetlenmesine geçilebilir. Özetle *tahkimi kuran ve yargılamanın her aşamasında ona hükmeden taraf iradelerinin, tahkimin hukuki niteliğinin açıklanmasında, görmezlikten gelinmemesi gerektiğine inanılır.*⁹¹ *Lâkin aksi yöndeki eğilim de haksız bir seçiciliğe neden olmamalıdır:* Taraf iradesiyle millî hukukun çatıştığı yerde, millî hukukun hiçe sayılması, görmezlikten gelinmesi; taraf iradesinin her halükârda geçerli kabul edilerek kendisine sonuç bağlanması; en azından bütün bunların tıpkı iptal edilen hakem karar-

Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi, Anne Marie Whitesell, 2005, s. 795 vd.

⁸⁹ *Mann*, *Lex Facit Arbitrum*, s. 161; Ayrıca bkz. Luzzatto, s. 27.

⁹⁰ *N.V Kwik Hoo Yong handel Mattschappij v. Finlay & Co*, [1927] AC 604. Ayrıca bkz. Reymond C., *Where is an Arbitral Award Made?* 108 LQR 1992, s. 3.

⁹¹ Samuel, s. 60; Lew, *Applicable Law*, s. 57, 58.

larının tenfizinde olduğu gibi bir başka ülke hukuku tarafından gerçekleştirilmesi, kolaylıkla kabul edilebilir gözükmektedir.⁹²

3. Karma Görüş

Öğretide, hakem kararının, mahkeme kararı ile sözleşme arasında bir yerde durduğu benzetmesi yapılmıştır. Hakem, hâkim gibi bir kamu hizmeti görmemekle birlikte, verilen hüküm de basit bir sözleşme değildir. *Taraflar, yapmış oldukları sözleşmeyle kendi yargılarını hem kurmakta hem de sınırlarını ve içeriğini belirlemektedirler.* Esasen, hakemlerin hükmettiklerinde; yargılama yapıp karar verdiklerinde artık tereddüt etmemek gerekir; ne var ki, hâlâ tartışmalı kalan nokta, bunun kaynağının *münhasıran* taraflar arasında yapılmış bir sözleşme olup olmadığıdır.⁹³

Tahkim, hem yargısal hem de sözleşmesel teorinin ortaya koyduğu gerçeklere ihtiyaç duyar; hem kamu hukuku hem de özel hukuka dair unsurlar içerir; gerek usulî gerekse de sözleşmesel sonuçları beraberinde getirir. Karma teoriye göre tahkim, millî yargı sistemlerinin ötesinde veya dışında değildir; gerek tahkim anlaşmasının geçerliliğini gerekse hakem kararının icrasını mümkün kılan bir (millî) hukuk olmalıdır. Benzer şekilde, her tahkim, kaynağını bir *özel hukuk* sözleşmesinde bulmakta ve gerek seçilen hakemler gerekse tahkime uygulanacak hukuk, tümüyle tarafların anlaşmasına dayanmaktadır. Böylece hem sözleşmesel hem de yargısal özellikler, âdeta birbirlerinden ayrılmaz biçimde kaynaşmış ve iç içe girmişlerdir.⁹⁴

Tahkimin sözleşmesel yönü, çok da bilinmedik bir özellik değildir; şayet benzetilecekse (münhasır) yetki sözleşmeleri, tahkim anlaşmalarını andırmaktadırlar. Sadece, tahkimde mahkemelerin yargı yetkisi, hakemlerinkiyle yer değiştirmektedir. Şu hâlde, tahkim anlaşmasının *varlık ve geçerliliğiyle* ilgili meselelerin cevaplarını, özel hukukta aramak mümkünken; söz konusu anlaşmayla mahkemelerin yargı yetkisinin nasıl, ne zaman ve hangi hâllerde bertaraf edilebileceği; yargıla-

⁹² Goode, s. 31; Schwartz, *Lox Loci Arbitri*, s. 803.

⁹³ Samuel, s. 60; Lew, *Arbitration*, s. 186.

⁹⁴ Naón, s. 17, 18; Lew/Mistelis/Kröll, s. 79, dn. 36; Lew, *Arbitration*, s. 186. Ayrıca bkz. Kalpsüz, s. 605, 606; Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 46, 47; Karan, s. 209-211.

manın nasıl sürdürülmesi gerektiği vb. konular, usule ilişkin konular olduklarından *forumun varsa ve öncelikle emredici kaidelerine tabidir*.⁹⁵

*Hakemin faaliyeti, işlevsel olarak hâkiminkine denktir. Hâkim, kamu gücüne sahip olduğu ve onu kullandığı hâlde; hakem kararları, özel bir yargı olduklarından, ancak icra aşamasında, aynı güç ile donatılırlar.*⁹⁶

Karma teori yönünden de *tahkim yeri* hukuku ve mahkemeleri, özel bir önemi haizdir. Tahkim yeri hukuku ve mahkemeleri, tahkime uygulanacak en doğru hukuk ve yargı yetkisine sahip en uygun mahkemeler olmaktadır.⁹⁷ Zaten, tahkim yerinin seçimiyle tahkim yeri hukukunun, taraflarca, tahkime uygulanacak hukuk olarak *zımnen de olsa* seçilmiş olduğu, kabul edilmektedir. *Zira tahkim yeri seçimine, hukuk seçiminden daha sık başvurulur.*⁹⁸ Taraflarca yapılmış bir hukuk seçiminin olmadığı durumlarda, son derece rahat ve tereddütsüz bir biçimde, *tahkim yeri hukuku yardımıyla* tahkime uygulanacak hukuk belirlen-

⁹⁵ (Münhasır) Yetki anlaşmalarının tahkim sözleşmesi ile olan mukayesesi, eleştiriden kaçamamıştır. Zira tahkim anlaşması, arkasından icra edilecek tahkim yargılamasına ve hakemlerce verilecek hükme egemen olmakta, onları belirlemekte ve sınırlamaktayken; yetki sözleşmelerinin, mahkemelerde yapılacak yargılama ve verilecek hüküm üzerinde, *forumun* usule dair kurallarını aşarak veya onları çiğneyerek söz sahibi olması mümkün değildir. Tahkim anlaşması ile taraflar arasında geçerli yargısal faaliyetin türü ve niteliği (*devlet yargısı-tahkim*) değiştirilmekteyken; yetki sözleşmesi ile *devlet yargısı* içinde sadece yer/ mekân seçimi söz konusu olmaktadır. Tahkimin sözleşmesel yönünün, sadece başlarda, taraflarca kararlaştırıldığı esnada geçerli sayılması; yargılama ve hüküm evresinde bu niteliğinin yok sayılması, görmezden gelinmesi mümkün değildir. Bütün bu nedenlerle tahkim, "*institution jurisdictionnelle libre*" olarak vasıflandırılmış; hakemlerce yargısal bir faaliyetin yerine getirildiği kabul edilmiş; ancak söz konusu yargı yetkilerinin kaynağı ve tahkime egemen olanının da "*loi impérative*" tabi tahkim anlaşması olduğu vurgulanmıştır (Samuel, s. 61-62). Yetki anlaşmasıyla taraflar, üzerinde anlaşılan yer mahkemesinin yargılama kurallarını yani *lex fori*'yi, çoğu hâlde isteyerek kabul etmişlerdir. Yargı yetkisini haiz tüm mahkemelerin yargı yetkilerini ortadan kaldıran tahkim anlaşmasının taraflarının, salt o yerde tahkime gidecek olmalarının, *forumun hukukunu da seçtikleri anlamına geldiğini* söylemek kolay değildir. Temeldeki farklılık, tahkimin bir *derogation clause*'na yani tüm mahkemelerin yargı yetkisini kaldıran bir anlaşmaya dayanmasına karşın; yetki anlaşmalarının bir *prorogation clause*'na yani *ya* yargı yetkisini haiz mahkemelerin sayısını artıran *ya da* içlerinden birine münhasır yargı yetkisi kazandıran bir anlaşmayı esas almasıdır (Petrochilos, s. 27). Ayrıca bkz. Alangoya, s. 52 vd, Kalpsüz, s. 605.

⁹⁶ Lew/Mistelis/Kröll, s. 80.

⁹⁷ Samuel, s. 63; Lew, *Applicable Law*, s. 58, 59. Sadece *tenfiz yeri hukukuna* üstünlük tanıyan görüşleri için şimdilik sadece bkz. Paulsson J., *Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why it Matters*, 32 ICLQ 1983, s. 56-57.

⁹⁸ Samuel, s. 64.

mekte ve *belki de en önemlisi*, tahkim ile ilgili çıkacak uyuşmazlıkların çözümü yönünden, yargı yetkisine sahip mahkemeler bulunmaktadır. Böyle bir denkliğin yarattığı kolaylık, görmezden gelinmemelidir.⁹⁹

Tahkim yerinin, tahkim yeri hukukunun *zımnen* de olsa seçilmiş sayılması yönünden âdeta normatif bir işlevi vardır. Öte yandan *Mann*'ın görüşlerinden farklı olarak tahkim yeri hukuku, tarafların arzu ve iradelerinden bağımsız bir şekilde, her hâlde uygulanacak da değildir; şayet tarafların, tahkim yerini değil ve fakat tahkime uygulanacak hukuku seçmeleri hâlinde, tahkim yeri, tahkime uygulanacak hukukun ülkesi olacaktır.¹⁰⁰ Ne var ki, tahkim yerinin hakemlerce ya da tahkim kurumunca tayin edilmesi durumlarında ise tahkim yeri hukukunun *zımnen* de olsa tarafların *ortak* iradelerine uygun düştüğünden söz etmek mümkün değildir.¹⁰¹

Tahkim yeri seçiminden hareketle *zımni bir hukuk seçimi* olgusuna varan bu yaklaşım, eleştirilerin hedefidir. Çünkü sağladığı kolaylık, her zaman tatminkâr sonuçlara sebebiyet vermeyebilmektedir.¹⁰² Oysa teori aslında, tahkim ile tahkim yeri (*seat of arbitration*) arasındaki güçlü, sıkı *ve fakat birbirleri üzerinde egemenlik kurmaya çalışmayan* bağın da kabulü anlamına gelmektedir.¹⁰³

⁹⁹ Mann F. A., Where is an Award "made"?, 1 (1) Arb Int 1985, s. 108. Tahkim yerine ilişkin bir seçim, tahkim anlaşmasında yapılmamış ise çoğu kez hakemlere bırakılmaktadır ki (Model Kanun m. 20/I; 1996 AA §3), böyle bir durumda, seçilen tahkim yerinin tarafların da iradesini yansıttığı olgusu zayıfladığından *zımnen* de olsa yapılmış sayılan bir takım seçimlerin artık yapılmış sayılamayacağı, ileri sürülmüştür. Gerçi bu hâlde, tahkim yeri konusunda bir belirlemeye ve sınırlamaya gitmeyen tarafların herhangi bir yerde gerçekleşecek tahkime *baştan* izin verdikleri de düşünülebilir (Samuel, s. 65).

¹⁰⁰ Seçilmiş sayılan *forum* ve onun hukukuna üstünlük tanınması, tahkim yeri hukukuna arzu edilmeyen bir yetki kazandırmaktadır. Oysa *Mann*'ın görüşüne göre *tahkim yeri hukukunun göndermede bulunması hâlinde, diğer yabancı hukukların uygulanabilmesi de mümkündür* (Petrochilos, s. 28, 29). Ayrıca bkz. Lew J. D. M., The place of arbitration and the applicable procedural law in the English common law, The place of arbitration, eds. M. Storme, F. De Ly, 1992, s. 83.

¹⁰¹ Petrochilos, s. 29.

¹⁰² Samuel, s. 66-67.

¹⁰³ Lew, *Applicable Law*, s. 58.

4. Bağımsız Görüş

Bağımsız görüş, klasik vasıflandırma biçimlerinin yetersizliği; hukuki niteliğe yönelik belirlemelerin, müessesenin ekonomik yönü de dikkate alınarak yapılması gerektiği fikrindedir.¹⁰⁴ Tahkim, özgür bir düzen içinde gelişmiş olup bağımsız bir niteliğe sahiptir. Tahkim, saf olarak ne sözleşmesel ne yargısal ve ne de ikisinin karışımı olarak vasıflandırılabilir. Teorinin tahkime bakışı, her hâlükârda tahkimin neyi amaçladığıyla ve amaçladığı doğrultuda nasıl bir işlev gördüğüyle ilgilidir.¹⁰⁵

Aslında, tahkimin içinde gerek sözleşmesel gerekse yargısal yönler bulunmaktadır; bu, inkâr da edilemez. Ne var ki, bunlardan birine üstünlük tanımak; onları birbirlerinden ayırmak; anılan unsurları, niteliklerine ve etkili oldukları dönemlere göre sınıflandırmak, ne gereklidir ne de mümkündür. Zira bu unsurlar, öylesine karışmışlardır ki, kendi saf hâllerine dahi artık benzememektedirler. Örneğin, *ne* hakemlerce verilen karar, tıpkı bir mahkeme kararı gibidir; *ne de* tahkim anlaşması, bilinenlerle aynı sınıfta yer alan bir sözleşmedir.¹⁰⁶

Otonom görüş içerisinde dikkatler, müessesenin hukuki yapısından ziyade, gayesine ve *tüketicilerinin* beklentilerini karşılayıp karşılamadığı sorununa kaymıştır. Tahkim aslında, milletlerarası ticari ilişkilerde, tacirlerin *-ihtiyaç duyduğu-* kendi hukuklarını (*lex mercatoria*) geliştirerek uygulayacak *milletlerarası bir mahkemenin* boşluğunu doldurmaktadır.¹⁰⁷ *Görüş, tüm millî hukukların ve mahkemelerin üstünde ve dışında, yeni bir hukuk ve yargı düzeni yaratmaya çalışmaktadır.*¹⁰⁸ Öğreti-

¹⁰⁴ Samuel, s. 67. Ayrıca bkz. Lew, *Applicable Law*, s. 59, 60; Lew/Mistelis/Kröll, s. 81.

¹⁰⁵ Samuel, s. 67; Lew, *Applicable Law*, s. 59, 60; Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 48-50.

¹⁰⁶ İddia edildiği şekliyle tahkimin, bir karar verme süreci olmakla birlikte (*adjudicatory procedure*), aynı zamanda, bir *yargılama* olarak vasıflandırılması doğru değildir. *Tahkimi, bu yolla özellikle alternatif uyuşmazlık çözüm tekniklerinden ayırmaya çalışmak da yerinde olmayacaktır.* Hakemlerin de kimi durumlarda, benzer *esneklikteki* teknik ve yaklaşımları sergilemeleri gerekebilir. Bu, tahkimin doğasında vardır. *Mahkeme yargısına atfen tahkimi biçimlendirmek ve anlamak, doğru sonuç vermez. Görüşün Ayrın-tısı için bkz. Samuel, s. 68-69; Lew, Arbitration, s. 186. Ayrıca bkz. Akıncı, s. 59-62.*

¹⁰⁷ Samuel, s. 72; Luzzatto, s. 18. Milletlerarası ticaretin aktörlerinin sınırları ve içeriği kesin olmayan, bu nedenle de bilinmeyen bir hukuku, *lex mercatoria'yı* özellikle tercih ettikleri; onu, kendi hukukları olarak gördükleri şeklindeki yaklaşımın, uygulamayı gerçekçi bir biçimde yansıtmadığına ilişkin bkz. Mann, *Lex Facit Arbitrum*, s. 174-177; Mann, *Private Arbitration*, s. 264-265. Ayrıca bkz. Karan, s. 211-213.

¹⁰⁸ Samuel, s. 67 vd; Lew, *Applicable Law*, s. 59, 60; Jakubowski, s. 78; YU, s. 149, 150;

de “*l’esprit de l’arbitrage*” olarak ifade edilen husus, taraflar arasındaki uyuşmazlığın belli bir milli hukuka dayanılarak yapılacak altlama faaliyeti neticesinde, bir anlamda tarafların dışında ve onlara rağmen çözülmesi olmayıp (*tabii*) adaletin tecellisi adına taraflarca birlikte ve ortaklaşa, yine kendilerince yaratılmış veya tabii olunmak istenen kurallara uygun olarak çözülmeye çalışılmasıdır.¹⁰⁹

Milletlerarası ticarete, uyuşmazlıkların en etkin ve işlevsel bir biçimde çözüme kavuşturulması, nihai amaç olup bu amacı paylaşan tahkim tüketicilerinin memnuniyeti, her şeyden üstün ve önceliklidir. Tahkimin milli/milletlerarası pozitivist görüşlere uyması beklenmemelidir. *Tahkim, nihayetinde pozitif hukukun kalıpları dışında yaşanır/icra edilir.* Tahkimin geliştirilen *non-national, transnational* ya da *delocalised* şekilleri sayesinde, tahkim yerine ve hukukuna bağlanılmamakta; oralara bir değer atfedilmemektedir.¹¹⁰ Mademki taraflar, tahkim usulünü belirlemek konusunda, tam bir irade serbestisine sahiptirler; o hâlde uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun tespitinde, belli bir kanunlar ihtilafı sistematığının izlenmesi gerekmediği gibi nihayetinde tespit edilecek hukukun bir milli hukuk olması da şart değildir.¹¹¹ Hakemler, sadece gerçek anlamda milletlerarası kamu düzeniyle (*truly international public policy*) bağlıdırlar. Tahkim yeri mahkemelerince gerçekleştirilecek –örneğin iptal davası şeklindeki- bir denetimden feragat edilebilir; kaldı ki, olası bir iptal kararının diğer ülke hukukları üzerinde bağlayıcılığı bulunmayıp *şayet iptal edilmiş de olsa* bu tip bir hakem kararının tenfizi, yine mümkündür.¹¹² Kısacası, tahkimin varlık ve geçerliliğin tespiti için *lex mercatoria* biçimindeki *transnational* bir hukuk düzeni dışında, hiçbir millî hukuk normuna ihtiyaç duyulmaması; *şayet gerekiyorsa* gerçekleştirilecek denetimin de ancak hükmün icra/tenfiz edileceği yer mahkemelerince ve yine olabildiğince dar bir biçimde yapılması, *delocalisation* fikrinin ana unsurlarıdır.¹¹³

Koral R., Hakem Kararlarının Milliyeti ve Milletlerarası Hakem Kararı Teriminin Yeni Anlamı, II. Tahkim Haftası, Ankara 25-26 Kasım 1983, s. 26, 27.

¹⁰⁹ Pinto, s. 623. Ayrıca bkz. Narimann F.S., The Spirit of Arbitration. The Tenth Annual Goff Lecture, 16 Arb Int 2000, s. 261 vd.

¹¹⁰ Samuel, s. 67 vd; Lew, *Applicable Law*, s. 60. *Gatol International Inc. v. National Iranian Oil Co.*, 7(7) Mealeys IAR, B1, B3.

¹¹¹ Lew, *Arbitration*, s. 187. Ayrıca bkz. Koral, s. 29; Şanlı, s. 176, 177.

¹¹² Samuel, s. 39; Karş. YU, s. 150. Ayrıca bkz. Luzzatto, s. 18; Asouzu, s. 78.

¹¹³ Mayer P., The Trend Towards Delocalisation in the Last 100 Years, The Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, ed. Martin

Bu görüşün yaygınlık kazandığı; milletlerarası tahkim kullanıcılarının taleplerinin de bu yönde olduğu; millî/yerel değerlerin milletlerarası ticareti ve doğal olarak tahkimi belirleyemeyeceği; bunun, kurumun kendisi ile çatışmak anlamına geleceği, öğretide ileri sürülmektedir.¹¹⁴

Millî hukukların, kamu düzenlerinin ve mahkemelerin tümüyle inkârı, gerçekçi durmamaktadır.¹¹⁵ Yaratılmak istenen idealin, pratikte icrasının mümkün olmaması, bir diğer eleştiri noktasıdır. *Şayet lex loci arbitri zaten anılan tüketici beklentilerini karşılayacak konumda olur; bizzat kendisi bu otonomiyi yaratırsa o hâlde, böyle bir ayrılıkçı/bağımsız yaklaşımın temeli de zedelenecektir.*¹¹⁶ Ancak ne var ki, öğretide, *delocalised* tahkim hakkındaki en ağır yanılığın, *bununla tahkimin hukuksuzlaştırılmaya çalışıldığı iddiası olduğu ileri sürülmüştür. Oysa amaçlanan, sadece lex arbitri'nin münhasıran lex loci arbitri'ye göre tarif edilip bunun da diğer tüm tenfiz yeri hukukları üzerinde bağlayıcı olması fikrinin önüne geçmektir. Milletlerarası tahkim, tenfiz-icra edileceği her yer millî hukukuna ait; yani bir anlamda adına da uygun düştüğü gibi, evrensel olmalıdır.*¹¹⁷

Hunter, Arthur Marriott, V.V Veeder, 1995, s. 37 vd; Böckstiegel K. H., The Internationalisation of International Arbitration: Looking Ahead to the Next Ten Years, The Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, ed. Martin Hunter, Arthur Marriott, V.V Veeder, 1995, s. 79.

¹¹⁴ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 3.

¹¹⁵ Asouzu, s. 70; Milletlerarası tahkimde, tahkim anlaşmalarını yaşatabilmek için günümüzde, tarafların ihtiyaç duydukları ülke mahkemelerinin, tahkimdeki yeri ve rolü, inkâr edilemez. Tarafların tahkim iradelerinin, *bir süre sonra kendilerine rağmen dahi korunması*, mahkemelerin işi hâline gelebilmektedir (Collins L., The law governing the agreement and procedure in international arbitration in England, *Contemporary problems in international arbitration*, ed. Julian D. M. Lew, 1986. s.130-131; Lew, *Arbitration*, s. 187). Bu, kanımızca, milletlerarası ticaretin *lex mercatoria*'yı arzuladığından daha somut ve gerçekçi bir yaklaşımdır.

¹¹⁶ Luzzatto, s. 18; Samuel, s. 73; Smit H., A-National Arbitration, 63 Tulan L Rev, 1989, s. 631; Danilowicz V., The Choice of Applicable Law in International Arbitration, 9 Hastings Int'l & Comp L Rev, 1985- 1986, s. 257. Günümüzde, millî hukukların kendilerinin tahkimi, *de-localize* ettiklerini söylemek yanlış olmaz. Tahkim yeri hukuku, irade serbestisine olanak tanıdıkça orasının tahkim yeri olarak daha çok tercih edileceği inancı, bugün için egemen anlayıştır (Theofrastous C. T., International Commercial Arbitration in Europe: Subsidiarity and Supremacy in Light of the De-Localization Debate, 31 Case W. Res J. Int'l L, 1999, s. 460).

¹¹⁷ Danilowicz, s. 252; Goode, s. 27. Nasıl ki bir sözleşmenin Alman sözleşmesi olduğu söylenemiyorsa ve fakat Alman mahkemelerince kendi hukuklarına uygun olarak tarif edilip değerlendirilmesi söz konusuysa dahası bu vasıflandırmanın İngiliz mahkemeleri üzerinde, bir bağlayıcılığı bulunmuyorsa sözleşmesel nitelikteki milletlerarası tahkimin, sadece tahkim yeri hukukuna ve mahkemelerine mecbur

Milletlerarası tahkim, gerçekten de milletlerarası ticari uyuşmazlıkların taraflarının millî olmayan, esnek bir yargı sistemi istemiş olmalarının, sonucudur. Ancak, söz konusu taraflar, aynı zamanda:

a. Tahkime gitmek yönündeki anlaşmalarının tanınmasını ve icra edilmesini isterler.

b. *Herhangi bir millî hukukun kopyası* olmayan ancak her hâlükârda adil bir yargılamanın varlığına ihtiyaç duyarlar.

c. Hakemlerinin tarafsız ve adil olmalarını beklerler.

d. Nihai kararın kesin ve bağlayıcı olmasını, kolay bir şekilde de icra edilebilmesini arzu ederler.

Bütün bu isteklerin, bir millî hukuka ve özellikle onun mahkemelerine duyulan ihtiyacı pekiştirdiği açıktır. Karşı fikri göre ise *bugün milletlerarası tahkimi, millî değerlerden ziyade kendi uygulaması, yani bizzat kendisi yönlendirmektedir*.¹¹⁸ Salt bu özelliği nedeniyle milletlerarası tahkim, eski veya yeni ama katı, pek çok millî tahkim hukukunun gelişmesinde katalizör işlevi görmektedir.¹¹⁹

Teori, tahkimdeki gerek sözleşmesel gerekse yargısal yapı taşlarını kabul etmiş; lakin ağırlık merkezini, irade serbestisinden veya tahkim yerinin olası etkilerinden, tarafların tahkime yönelik anlaşmalarının ve tahkim sürecine olan katılımlarının ticari ve hukuki düzeyine/yeterliliğine kaydırmıştır.¹²⁰

edilmesinin gerekmediği de, *delocalisation* fikrinin özünü oluşturmaktadır. *Lex loci arbitri*'nin üstünlüğüne itibar edenler için de tahkim yeri mahkemelerince yapılacak denetimin ve tahkimde oynanacak rolün sınırları ile içeriği, son derece önemlidir. Tahkime taraf olanların yargısal temel haklarının korunması; söz konusu tahkimin tahkime yabancı üçüncü kişilerin hak ve menfaatleri üzerinde menfi bir durum arz etmemesi, *modern lex loci arbitri*'nin kapsamını oluşturmalıdır. (Paulsson, s. 57. Ayrıca bkz. Park, *Lex Loci Arbitri*, s. 22). Karş. Mann, *Lex Facit Arbitrum*, s. 158-160, 162.

¹¹⁸ Lew, *Applicable Law*, s. 60.

¹¹⁹ Lew, *Applicable Law*, s. 60; Lew/Mistelis/Kröll, s. 82; YU, s. 150.

¹²⁰ Lew/Mistelis/Kröll, s. 82.

III. Milletlerarası Tahkim Alanında Yaşanan Güncel Gelişmeler

A. Tahkimin Milletlerarası Niteliği

Tahkim alanında ama özellikle milletlerarası tahkimle ilgili yaşanan değişimlerin ve gelişmelerin ancak bir kısmına burada yer verebileceğiz.

Bunların başında, her hâlde, milletlerarası tahkim kavramının *lex loci arbitri* içerisinde, ayrıca tanımlanarak düzenlenmesi gelmektedir. Bugün, tahkimin belli bir millî hukuk düzenine tabi olması yani *lex arbitri*'nin varlığı tartışmaları yanında, *güncel ve en az onun kadar önemli bir başka konu, söz konusu tahkimin, içerdiği yabancılik unsuru da dikkate alındığında*¹²¹ *bağlandığı millî hukuk düzeni içinde, kendisine özel bir takım kurallar bütünüünün uygulanıp uygulanmayacağıdır.*¹²² Şu hâlde, tahkimin milletlerarası niteliğinin üzerinde durulduğunda, aslında iki farklı sorun ile karşılaşılmaktadır:

a. Tahkimin belli bir millî hukuk düzenine bağlanmasının gerekip gerekmediği meselesi,

i. millî tahkim-yabancı tahkim;

ii. a-national tahkim ayrımı;

b. Millî hukuk sistemleri içinde, *yabancılik unsuru içeren tahkimin özel bir takım kurallar bütünüüne tabi olmasının gerekip gerekmediği meselesi.*¹²³

¹²¹ Yabancılik unsuru ve milletlerarası nitelik için bkz. Delaume G. R., What is an International Contract? An American and a Gallic Dilemma, 28 ICLQ 1979, s. 262 vd.

¹²² Lew, *Arbitration*, s. 188; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 12. Ayrıca bkz. Luzzatto, s. 25; Schlosser P., Das Internationale an der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 28 RIW 12/1982, s. 857; Granzow H. J., Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit von 1985, München, 1988, s. 68-72; Calavros C., Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Bielefeld, 1988, s. 31; Husslein-Stich G., Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Köln, 1990, s. 4, 23-24.

¹²³ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 45; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 12; Berger, s. 69; Mantakou A., The Concept of International Arbitration: An "Endangered Species"?, 50 RHDI 1997, s. 139-141; Ayrıca bkz. Schmitthoff M. C., The Jurisdiction of the Arbitrator, The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration, *Liber Amicorum Pieter Sanders*, ed. Jan C. Schultz, Albert Jan van den Berg, 1982, s. 285; Lew, *Applicable Law*, s. 12-18; Akıncı, s. 5-9.

Tahkim de dâhil olmak üzere bir hukuki ilişkinin belli bir hukuk düzenine bağlanması esnasında, söz konusu bağlanmanın ancak bir millî hukuka olabileceği kabul edilirse¹²⁴ sadece *millî* veya *yabancı* tahkim şeklinde vasıflandırma gündeme gelir.¹²⁵ Buna karşın tahkimin millî hukuklardan ve yargı düzenlerinden bağımsız olduğu (*anational* tahkim); şayet bir bağlanma gerekecek ise bunun gerçek milletlerarası hukuk düzenine *-truly international legal order-* olacağı, ileri sürülmektedir. Öte yandan *millî-yabancı* tahkim ayrımının milletlerarası ticaretin beklentilerini karşılamadığı yerde *ve fakat tahkimin de delocalize edilmesine ihtiyaç kalmadan bulunan ara formül*, tahkimin milletlerarası olarak vasıflandırılması, millî hukuklar içinde, ayrıca ve özel olarak düzenlenmesidir (*karş. ZPO §1025/I; ÖZPO Art. 577/I*).¹²⁶ Tahkimin, belli bir millî hukukla bağlantısı kurulduktan sonra artık geriye kalan, şayet varsa, *kabul edilen yabancılık unsurunun söz konusu tahkim için de geçerli olması durumunda*, milli hukukta yer alan *özel kurallar* bütününi uygulamaktır.¹²⁷ Bu durum öğretide, milletlerarası tahkim anlayışının *minimalist* yorumu olarak da kabul edilmektedir.¹²⁸

¹²⁴ Mann, *Lex Facit Arbitrum*, s. 157.

¹²⁵ Ayrıca bkz. Kocasakal Ö H., Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanının Belirlenmesi, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara, 2006, s. 346.

¹²⁶ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 45, 46; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 12, 13. Milletlerarası nitelik taşıyan iş ve işlemler, özellikle Fransız hukukunda, millî hukukun katı ve dar hükümlerinden içtihatlar yoluyla zaten kurtarılmaktaydı ki, bu, *milletlerarası tahkim için* de geçerli olmuştur. Gerçi, önce tahkimin tümüyle *delocalize* edilmesi fikrinden hareket edilmişse de, *milletlerarası tahkim*, bugün artık, temeli millî hukuklar olan ve fakat ayrıca, özel olarak düzenlenen bir dal hâline gelmiştir (Mantakou, s. 140-142). Ayrıca bkz. Poudret/Besson, s. 24 vd; Riegler S/Petsche A/Fremuth-Wolf A/Platte M/Liebscher C., Arbitration Law of Austria: Practice and Procedure, 2007, s. 4, 5; Koral, s. 24, 25; Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 29 vd; Kocasakal, *Uygulama Alanı*, s. 343, 348.

¹²⁷ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 51; Schlosser, *Das Internationale*, s. 860-861; *Sempozyum*, s. 24; Nomer/Şanlı, s. 474; Kocasakal, s. 347, 348. Milletlerarası tahkimin içerdiği çeşitli türdeki yabancılık unsurları, iç tahkimde kabul edilen kural, ilke ve anlayışların derhâl ve kendiliğinden uygulanmasına mânidir. Örneğin, NCPC Art. 1495 gereği, Fransa hukukunda, milletlerarası tahkimle ilgili olarak tahkim anlaşmaları, yazılılık şeklindeki geçerlilik şartına tabi değildir. Yine, iç hukukta, tahkime elverişli olmadığı kabul edilen kimi konular, milletlerarası tahkimde, tahkime elverişli sayılabilmektedir. Ayrılabilirlik ilkesi, iç hukukta kabul edilmeyebilirse de; milletlerarası tahkimin neredeyse *olmazsa olmazları* arasında yer almaktadır (Luzatto, s. 27; Mantakou, s. 144-145).

¹²⁸ Lando, s. 747. Ayrıca bkz. Yılmaz E., Alman Hukukunda Milletlerarası Tahkim, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997, Ankara, s. 165; Tanrıbilir F.B/Şit B., Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni

Lex loci arbitri'nin milletlerarası tahkime ve hakem kararlarına uygulanacak en uygun hukuk olduğu; yani *lex arbitri* olarak kabul edilmesinin gerektiği düşünülür (*lex arbitri = lex loci arbitri*).¹²⁹ Kurulan böyle bir denkliğin, her zaman kendinden beklenen en doğru sonucu vermediği iddia edilmiştir. Beklenmeyen ve arzu edilmeyen sonuçların yaşanmaması bakımından bulunan çözüm, özellikle milletlerarası tahkimin, yerel; millî hukukun kendine özgü; milletlerarası ticaretin ve tahkimin beklentilerini karşılamaktan uzak sınırlamalarına tabi olmamasını sağlayarak *lex arbitri*'nin sadece *lex loci arbitri*'ye göre tanımlanmasına engel olmaktadır (*lex arbitri ≠ lex loci arbitri*).¹³⁰

*Oysa sorun, tümüyle yerli tahkim için düzenlenmiş hükümlerin, milletlerarası tahkime özgü hükümlerin bulunmaması nedeniyle bu tip tahkimlere de uygulanmak zorunda kalınmasıdır. O hâlde, milletlerarası tahkim geçişini esas alan; özlenen nitelikteki kanunlar ihtilafı kurallarını içeren hükümlerin millî hukuk sistemlerinde düzenlenmesi hâlinde, a-national tahkim şeklinde bir tanımlamaya da ihtiyaç kalmaması gerekir.*¹³¹

Bilindiği şekliyle (*tıpkı devlet yargısında yani mahkemeler teşkilatında olduğu gibi*), tahkim yeri, hakem kararının milliyetini; söz konusu milliyet de tahkim yargılamasının tümü için geçerli olacak hukuku belirlemektedir (*tahkim yeri=hakem kararının milliyeti=lex arbitri*).¹³² Oysa devlet yargısına benzetilerek kurulan ve *yerli tahkim için sorunsuz işleyen bu anlayışın, milletlerarası tahkimde de takip edilerek salt hakem kararının milliyeti üzerine bulunacak hukukun (milletlerarası) tahkimin tüm aşı-*

Milletlerarası Tahkim Kanunu, 22 MHB 2002/2, s. 820.

¹²⁹ Park, *Lex Loci Arbitri*, s. 22-24.

¹³⁰ Smit, s. 631.

¹³¹ Smit, s. 631; Danilowicz, s. 257; Theofrastous, s. 460; Craig W. L., Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration, 30 *Tex Int'l L. J.*, 1995, s.19-20; Park, s. 277; Park W. W., Judicial Controls in the Arbitral Process, 5 (3) *Arb Int* 1989, s. 275; Park W. W., Private Adjudicators and the Public Interest: The Expanding Scope of International Arbitration, 12 *Brooklyn J. Int'l L.*, 1986, s. 658. Şu iki husus, hiçbir zaman inkâr edilemez: Tahkim yeri hukukunun emredici normları, görmezlikten gelinemez; irade serbestisine yenilmesi müsaade edilemez. İrade serbestisi, tahkim yeri hukukunun da kendisine izin verdiği ölçüde, etkin ve işlevseldir (Lionnet K., Should the Procedural Law Applicable to International Arbitration be Denationalised or Unified? *The Answer of the UNCITRAL Model Law*, 8(3) *J Int'l Arb*, 1991, s. 13, 15). Bütün mesele, millî tahkim politikasının, özellikle milletlerarası tahkimde, gerek tahkim usulü gerekse mahkemelerle tahkim arasındaki ilişki üzerinde, ne derece etkin ve egemen olduğu ile ilgilidir. Ayrıca bkz. Koral, *Hukuki Mahiyet*, s. 93; Karan, s. 216-219; Deren-Yıldırım, s. 94.

¹³² Szaszy, s. 662, 663; Luzzatto, s. 50, 51.

maları için geçerli olması, pratik ihtiyaçlarla örtüşmeyebileceği gibi yerinde ve haklı da olmayabilir. Hakem kararının milliyeti ve ona duyulan ihtiyaç ile tahkime ve özellikle tahkim yargılamasının ilgili her bir kısmına uygulanacak hukukun aynı olması, örtüşmesi beklenmemelidir.¹³³ Milletlerarası tahkim, tek bir hukukun rahatlıkla uygulanabileceği yekpare bir oluşum değildir.¹³⁴ Şayet, yukarıda anılan ve yerli tahkimler için kusursuz işleyen denklik, milletlerarası tahkim için haklı olarak bozulacak olursa ne hakem kararlarının *denationalization*'a ne de *a-national* bir tahkim anla-

¹³³ Öğretide, genel olarak, tahkimin yerli-yabancı veya milletlerarası olması ile hakem kararlarının yerli-yabancı veya milletlerarası nitelik taşıması arasında, zorunlu bir ilişki olmadığı ileri sürülmüştür (Tanrıbilir/Şit, s. 823-825. Ayrıca bkz. Lew/Mistelis/Kröll, s. 58). Aynı yönde bkz. *Sempozyum*, s. 32, özellikle 183, 301. Açıkçası böyle bir ayırmadan ne gibi faydanın umulduğunu tespit etmek, güçtür. Kaldı ki, böyle bir ayırımın terminolojik kimi sorunları da beraberinde getirdiğini söylemek gerekir. Gerek 1958 New York Sözleşmesi'nin gerekse milletlerarası tahkimin *minimalist* yaklaşımının yaygın kabul gördüğü bir ortamda, yerli/yabancı tahkim ve hakem kararı ayırımı dışında ancak, kimi yerli tahkim uygulamalarının içerdiği bazı özellikler nedeniyle yine ülke mevzuatı kapsamında, özel bir hukuki rejime tabi tutulması, söz konusu olabilir. 60'lı yıllardan itibaren 80'li yılların ikinci yarısına kadar hüküm süren, *delocalisation* ve milletlerarası tahkim anlayışına ilişkin teorik değerlendirmeler bir yana bırakılacak olursa bugün için egemen olan *mülkîlik anlayışı*, beraberinde, ülke mevzuatına uygun olarak milletlerarası da sayılsa bu tip bir tahkim yargılaması sonunda verilen hakem kararının yerli hakem kararı olması sonucunu doğurmaktadır. Söz konusu kararın, milletlerarası hakem kararı olarak vasıflandırılması, doğru değildir. Yapılan vasıflandırma, hiç şüphesiz ki, her bir ülke hukukuna göre değişiklik gösterebilir; ne var ki, bu da görüşümüzde bir değişiklik yaratmaz. Kısacası, dünden bugüne, en azından yargısal görüş ve mülkîlik ilkesi açısından değişen husus, sadece çeşitli şekillerde yabancılık unsuru içeren tahkim yargılamalarının özel bir tahkim mevzuatına tabi kılınmasıdır. Bir başka anlatımla "...tahkimin yerli-yabancı-milletlerarası olması ile hakem kararlarının yerli veya yabancı olması aynı şey değildir. Bunlardan ilki hakem kararlarının milliyeti, ikincisi bizzatı tahkimin belli bir hukuka nispeti ile ilgilidir..." şeklindeki bir düşüncenin ardından, söz konusu tahkimin belli bir millî hukukla ilişkilendirilmesi gerçekleştiikten sonra, aynı tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararının, kendisiyle ilişkilendirilen hukuka göre yabancı hakem kararı olabileceğini iddia etmek, kanımızca, olası değildir (ayrıca bkz. Nomer/Şanlı, s. 474). *Lex arbitri*, yani tahkimin kendisine bağlandığı hukuk yönünden, anılan hukuk altında verilen her hakem kararı, yerli hakem kararı olacaktır. Bugün gelinen noktada, yapılan husus, ısrarla vurgulandığı üzere, *lex arbitri* içinde, kimi yabancılık unsuru içeren tahkim yargılamaları bakımından özel bir hukuki rejimin uygulanmasından başka bir şey değildir. Bu esnada, *lex specialis* şeklindeki ülke mevzuatının -yabancılık unsuru dışında- uygulanıp uygulanmayacağı bakımından, kabul edilen temel kıstas ise tıpkı 1958 New York Sözleşmesi'nin 1/1. maddesine düzenlendiği gibi, tahkim yeri'dir. Bu durum, bir başka açıdan, mülkîlik ilkesinin usul teorisine galibiyetini; yine 1958 New York Sözleşmesi'nin 1/1. maddesinin 2. cümlesinin zımnen mülga olduğunu, simgelemektedir.

¹³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 78.

yışına ihtiyaç duyulacaktır (*lex loci arbitri* = *irade serbestisi* + *tahkim yeri yedek hukuk kuralları* + (*az sayıdaki*) *tahkim yeri emredici hukuk kuralları* + *milletlerarası kamu düzeni anlayışı*, ise, *lex loci arbitri* = *lex arbitri*).¹³⁵

Tahkim anlaşması, son derece önemli sonuçları ve işlevleri yanında, bir müessese olan tahkim için *her şey* demek, değildir. Salt tahkime elverişlilik sorunu dahi bugün kurulmak istenen bağımsızlığın önündeki en büyük engellerdendir. Kaldı ki çoğu kez, tahkimin, bir müessese olarak itibarını ve işlevselliğini, ülke hukuklarına ve mahkemelerine borçlu olduğunu düşünmek de mümkündür. Öte yandan milletlerarası ticaretin ve tahkimin yaygın ve haklı beklentilerine, millî hukuklarca da itibar edilmesinin ardından, artık *delocalisation* ihtiyacından bahsetmek mümkün olmasa gerek.¹³⁶

¹³⁵ Smit, s. 634. Ayrıca bkz. Lionnet, *Procedural Law*, s. 13, 14. Kurulan bu yeni denklik karşısında, artık *lex loci arbitri* ile *lex arbitri*, farklı farklı kavramlar değildir. Zaten, tahkimin tercih ettiğimiz teorik temelli dikkate alındığında, her tahkim yargılaması yönünden mutlaka geçerli bir *lex* olacaktır. Bu kavram, *lex fori*'nin tahkimdeki yansımından başka bir şey değildir. Eş deyişle hakemler yönünden geçerli bir *lex fori*'nin olmadığını söylemek, en azından bizim açımızdan, mümkün değildir. Anılan *lex arbitri*, yine tahkimin kabul ettiğimiz teorik temellerine uygun olarak tahkim yeri hukukuna göre tarif edilecektir. Yani denklem *lex arbitri*=*lex loci arbitri* olacaktır. Ne var ki bu eşitlik, gelişen milletlerarası tahkim anlayışı içerisinde, hiçbir zaman, *lex arbitri*'nin, köhnemiş *lex loci arbitri*'ye mahkûm edilmesi anlamına gelmemelidir. Şu hâlde, *lex loci arbitri*'nin, kendi içinde yer verdiği irade serbestisi, *lex loci arbitri* dışında yeni bir *lex*'in taraflarca tahkim için aranıp bulunmasını yani *lex loci arbitri*≠*lex arbitri* şeklindeki formülü gereksiz ve yersiz kılmaktadır. *Lex arbitri* olsa olsa yapılacak yeni bir ayrıma uygun olarak, irade serbestisinin çok yoğun olduğu ve daha ziyade tahkim yargılamasının kendisiyle ilgili olan *iç lex arbitri* ve tahkimle mahkemeler arasındaki ilişkiyi hedef tutan, daha kısıtlı bir irade serbestisinin geçerli olduğu *dış lex arbitri* şeklinde ikili bir alt-ayırma tutulabilir. *Lex arbitri*, *lex loci arbitri* ve *hakemlik prosedürü* hakkındaki görüşleri için bkz. Birsal M. T., Milletlerarası Tahkimde Tahkim Yerinin Seçimin Önemi, Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye Milli Komitesi, Ankara, 10 Mart 2003, s. 66, 67; Birsal M. T./Budak A. C., Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler-Türk Hukuku ve *UNCITRAL* Kanun Örneği?, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997, Ankara, s. 198, 199.

¹³⁶ İsviçre hukuku örneğinde, *PIL Art. 182* ve *192*'nin hukuki varlıkları dikkate alındığında, artık tahkim yeri ve mülkîlik anlayışı, sadece tahkime yardımcı olacak mahkemenin (*judge d'appui*) hangi ülke mahkemesi olduğunun tespitine yaramaktadır ki, tahkim yerinin İsviçre olmaması, tarafları, gerçekte ve *sadece*, İsviçre mahkemelerinin yardımından mahrum eder (Ehrat R. F., *Art. 176, International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, ed. Stephen V. Berti, 2000, s. 310). Şu hâlde, artık, milletlerarası tahkimin önündeki yegâne engel, hukuki yeknesaklık sağlansa dahi ülke mahkemelerinin anılan normları yorumlarken ve uygulamak üzere varacakları

Tahkime taraf olanlardan, *milletlerarası tahkimi a-national tahkim şeklinde örgütlenmeye çalışmaktansa* yukarıda da anıldığı biçimde, gereken özgürlüğü ve imkânları sağlayan hukukun geçerli olduğu ülkeleri, özellikle tahkim yeri olarak seçmelerini beklemek, kendilerine karşı yapılmış bir haksızlık olarak görülmemelidir.¹³⁷ *A-national tahkim üzerine yaşananlar, basit bir kanunlar ihtilafı sorunundan daha öte değildir. Lex loci arbitri'nin, forumun yerli tahkim dışında, ayrıca yabancılık unsuru içeren milletlerarası tahkimler bakımından düzenleyeceği özel kanunlar ihtilafı kuralları, a-national tahkimin arkasında yatan kimi zaman oldukça haklı kalabilecek sorunları, sıkıntıları rahatlıkla çözebilecektir.*¹³⁸

Tahkimde milletlerarası niteliğinin *maximalist* yaklaşımına göre ise tahkimin bir millî hukuk ve yargı düzeni ile bağlantı kurması, bunlarla bir tabiiyet ilişkisi içinde olması gerekli değildir. Söz konusu yaklaşımın tipik örneği, kaynağını milletlerarası hukuktan alan ICSID tahkimidir. Ayrıca özellikle ticari uyuşmazlıklar -*ticari tahkim*- yönünden tahkimin varlık ve geçerliliğinin tümüyle millî hukuklardan bağımsız, milletlerarası hukuk düzenine tabi olarak belirlendiği tahkimin de bu kapsamda olduğu düşünülmektedir.¹³⁹ Bu son açılım, eleştiriden uzak değildir; *lex mercatoria*'nın içerdiği belirsizlik, bunda başlıca etkindir. Kaldı ki, böyle bir bağımsızlık hareketi, tahkimin ve nihayetinde verilen hakem kararının mahkemelerin yardımına ihtiyaç duymadığı ölçüde anlamlıdır.¹⁴⁰ Zaten, "*delocalised*" tahkim de, olsa yerel mahkemelerce desteklenmesine ihtiyaç duyulmadığı ölçüde, tahkim yeri hukukundan koparılmış tahkimdir.¹⁴¹

Bu olasılık altında, kullanılan bir başka terim, milletlerüstü "*transnational*" ya da tabiiyetsiz "*a-national*" tahkimdir: "...Milletlerüstü tahkim,

farklı ve belki de çoğu kez birbirleriyle çelişen kararları olacaktır ki, önerilen çözüm, tüm ülkeler için geçerli *tek* ve *ortak* bir yargı merciinin denetim işlevini yerine getirmesidir (YU, *Separation*, s. 151-158).

¹³⁷ Iwasaki K., *Selection of Situs: Criteria and Priorities*, 2(1) Arb Int, 1986, s. 67.

¹³⁸ Smit, s. 635; Craig, s. 28; Goode, s. 20, 38; Park, *Public Interest*, s. 658, 659, Berger, s. 96.

¹³⁹ Aslında, "*delocalised*" tahkim, hukuk dışı (*extra-legal*) tahkim olmayıp sadece kendi kendisine yetebilen (*self-regulatory*) tahkim anlamına gelmektedir. "*Delaocalisation*" terimi genelde, ya tahkim usulü ya da hakem kararı için kullanılmaktadır ki, bu hâlde hukuki müesseseye yönelik *varlık* ve *geçerlilik* tartışmaları, millî hukukların dışında, bir başka hukuk düzenine uygun olarak yapılmaktadır (Lew/Mistelis/Kröll, s. 64, 65).

¹⁴⁰ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 50.

¹⁴¹ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 50; Lew/Mistelis/Kröll, s. 65.

milletlerarası tahkimin ya da en azından belli bazı kurumsal tahkim türlerinin millî hukuk sistemlerinden bağımsız ve hatta onlara zıt yapısı nedeniyle kendi kendine yetebilmesine yönelik teorik bir idealdir. Eğer söz konusu teorik ideal gerçekleşirse mahkemeler, milletlerarası tahkim hukukundan ya da pratiğinden tümüyle silineceklerdir..."¹⁴² *Transnational* ve *a-national* tahkim, özünde, *lex mercatoria* gerçeğine işaret etmektedir.¹⁴³ Bugün milletlerüstü ticaret hukukuna göndermede bulunan pek çok hakem kararının bulunduğu iddia edilmektedir. Hatta milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümünde âdeta milletlerüstü bir hukuk düzeninin inşa edildiği dahi söylenmektedir.¹⁴⁴ Oysa *UNCITRAL* Model Kanunu ile başlayan süreçte, millî mevzuatların artan bir biçimde yeknesaklaşmasıyla tahkimin tabiiyetsizleştirilmesi (*denationalised*) şeklindeki düşüncenin tümüyle gereksiz kaldığı düşünülmektedir.¹⁴⁵ *Kaldı ki, dünya üzerinde devletler; her bir devletin kendine has yargı düzeni ve tahkimin de mahkemelere ihtiyacı olduğu sürece, tam bağımsızlık, bir gerçek değil, ancak idealdir.*¹⁴⁶

B. Tahkim İtirazı ve Tahkim Yargılamasına Olan Etkileri

Hakemlerin yargı yetkisiyle ilgili ve daha ziyade bu yetkiyi desteklemeye yönelik güncel bir başka gelişme, *hakemlerin yargı yetkisine sahip olup olmadıkları sorununun mahkemeler önünde derdest olmasına karşın; hakemlerin (kendi) tahkim yargılamalarına başlayıp devam edebilmelerinin mümkün olup olamayacağı konusunda yaşanmaktadır* (Model Kanun m. 8/II, 16/III; ZPO § 1032/III, 1040/III; 1996 AA §67/III).¹⁴⁷ *Bu konudaki bir hükme, Milletlerarası Tahkim Kanunu içerisinde yer verilmiş değildir.*¹⁴⁸ Hakemlerin kendilerine tanınan böyle bir yetkiyi kullanıp kullanmayacakları, tahkim yargılamasının somut durumu ile yakından ilgilidir. Buna karşın böyle bir hükmün doğrudan etkisi, hakemlerin, mahkemeler önünde derdest bir yargılama nedeniyle kendi yargıla-

¹⁴² *SA Coppée Lavalin NV et al v Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Ltd* [1994] 2 WLR 631, 640.

¹⁴³ Schlosser, *Das Internationale*, s. 866, 867.

¹⁴⁴ Lew/Mistelis/Kröll, s. 68.

¹⁴⁵ Lionnet, *Procedural Law*, s. 5.

¹⁴⁶ Park, *The Lex Loci Arbitri*, s. 21.

¹⁴⁷ Holtzmann/Neuhaus, s. 306 vd.; Rutherford/Sims, s. 204. Karş. Samuel, s. 222, 223. Ayrıca bkz. *Sempozyum*, s. 243.

¹⁴⁸ *Sempozyum*, s. 113-114.

malarını ertelemek veya salt bu nedenle yargı yetkilerinin olmadığına karar vermek zorunda olmamalarıdır.¹⁴⁹

Aslında konunun özünde, özellikle tahkim itirazı sırasında, mahkemelerin *dolaylı olarak* hakemlerin yargı yetkisiyle de ilgili yargılama yaptıkları sırada, böyle bir yargılamanın ve olası sonuçlarının tahkim yargılaması üzerinde yarattığı etkiler, bulunmaktadır. Zira başlı başına derdest mahkeme yargılamasının tahkim yargılaması üzerinde yarattığı sonuçlar bir yana bu esnada, tahkim itirazı üzerine mahkemece gerçekleştirilecek *denetimin ölçüsü* sonraki tahkim yargılamasını derinden etkilemektedir.¹⁵⁰

Tahkim itirazı üzerine mahkemece gerçekleştirilecek denetimin ölçüsüyle kastedilen husus, *i.* burada tam bir denetim sonucunda, tahkim anlaşmasının gerçekten de geçersiz olup olmadığı sonucuna varılmasının mı; yoksa *ii.* ilk bakışta, görünüşte (*prima facie*), derinlemesine bir tahkikat yapmadan da tahkim anlaşmasının geçerli olduğu kanaatine varılmasının veya bir başka açıdan, apaçık; bariz bir şekilde tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu sonucuna varılmadığı sürece (NCPC Art. 1458) mahkemenin uyuşmazlığın esası hakkında bir yargılama yapmamasının mı, istendiğidir.¹⁵¹

Mahkemelerce gerçekleştirilecek tahkim anlaşmasının geçerliliği üzerindeki *tam bir denetimin*, hakemlere tanınan yetkiye hükmetme yetkisini (*competence-competence*) örseleyeceği; önemini ve değerini yitirmesine neden olacağı bir gerçektir. Zira uygulamada çoğu kez, özellikle tahkimi sabote etmek isteyen tarafın yaptığı ilk iş, uyuşmazlığın esası hakkında ülke mahkemelerine başvurmaktır (*karş.* ÖZPO Art. 584/III). Yapılan tahkim itirazı üzerine mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda girişeceği tahkikatın neden olduğu ilk sonuç, tahkim yargılamasını geciktirmektir. Bu konuda hakemlere veri-

¹⁴⁹ Lew/Mistelis/Kröll, s. 335; Ayrıca bkz. Böckstiegel K. H., An Introduction to the New German Arbitration Act Based on the UNCITRAL Model Law, 14(1) Arb Int 1998, s. 24; Samuel, s. 221.

¹⁵⁰ Bachand F., Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction, 22 (3) Arb Int 2006, s. 464 vd. Ayrıca bkz. Dimolitsa A., Separability and Kompetenz-Kompetenz, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999, s. 234-235.

¹⁵¹ Bachand, s. 465-467. Özellikle bkz. Gaillard E., The Negative Effect of Competence-Competence, 17(1) Mealey's Int ALR 2002, s. 27-29.

len *yetki* dikkate alındığında, söz konusu örnekte, anılan yetkinin artık mahkemelerce kullanıldığı bir gerçektir. Mahkeme yargılamasının ve hemen sonra *mümkünse* mahkemenin ön sorunla ilgili (*karş.* ZPO §280/II; NCPC Art. 80 vd) veya uyuşmazlığın esası hakkındaki kararının aslında tahkim anlaşmasının geçerli olması nedeniyle bozulmasının ardından, boşa geçmiş sayılan onca yargılama sonucunda, milletlerarası tahkimin başta sürat ve tarafsızlık olmak üzere kendisinden beklenen tüm faydaları yitireceği, açıktır.¹⁵²

Öğretide, özellikle *Gaillard'*ın destek verdiği *prima facie* denetim anlayışı,¹⁵³ kısaca, milletlerarası tahkimin, milletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde, ülke mahkemelerine nazaran sahip olduğu öncelik ve üstünlük anlayışına dayanır. Bu önceliğin taraflarca zarara uğratılmasına engel olunmalı; bunun önüne geçilmelidir. Tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda, ülke mahkemelerince gerçekleştirilecek tahkikat, uzun bir zamanı alabilir. Mahkemelerin ön sorun hakkındaki kararlarının derhâl denetlenmesinin mümkün olmadığı durumlarda, bu süre daha da uzayacaktır. Bu son hâl, tahkimi geciktirmek, etkinliğini yitirmesine neden olmak isteyen tarafa, önemli bir fırsat daha vermektedir. Anılan sorunun derdest olduğu bir aşamada, bir an için tahkimin başlatılabileceği düşünülse dahi bu durumda (*tahkim itirazının görüldüğü yargılamadaki*) davacının hakemini seçmemesi; (*tahkim itirazında bulunan*) davalının bu konuda ülke mahkemesinin yardımını istemesi halinde ise mahkemenin, şayet tahkim anlaşması geçersiz bulunursa hakem tayinine de gerek kalmayacak olması nedeniyle derdest yargılamayı bekletici mesele sayması,¹⁵⁴ kuvvetle muhtemeldir.¹⁵⁵

¹⁵² Bachand, s. 466, 467.

¹⁵³ Gaillard, s. 28.

¹⁵⁴ Genellikle kabul edildiği üzere *sadece* hakem heyetinin teşekkülüne katılmış olmak, kurulan heyetin yargı yetkisine sahip olduğunun kabulü, anlamına gelmez (Model Kanun m. 16/II; ZPO §1040/II; Hollanda CCP Art. 1052/III; MTK m. 7/H/II). (Ayrıca bkz van den Berg/van Delden/Snijders, s. 82, 83). Özellikle Model Kanun nezdinde güdülen temel gaye, bir an evvel hakemlerin seçilmesini ve heyetin oluşumunu sağlamaktır. Mademki hakemler, yargı yetkileriyle ilgili konularda yargı yetkisine sahiptirler o hâlde, bu yönde bir karar verilebilmesi için öncelikle söz konusu hakem heyetinin süratle oluşması gerekir. Hakemlerin seçimi sırasında, muhtemel yargı yetkileriyle ilgili konularda çekişme yaşanması, *hem* hakem heyetinin oluşumunu geciktirir *hem de competence-competence* ilkesini zedeler ve örseler (Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 413).

¹⁵⁵ Ayrıca bkz. Holtzmann/Neuhaus, s. 485, 486; Dimolitsa, s. 238-240.

C. Pre-Arbitral Referee Kavramı, Niteliği ve Tahkimden Olan Farkı

Pre-Arbitral Referee usulü, milletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde, güncel ve sıkça kullanılmaya başlanan bir yöntemdir. Bu konuda göze çarpan ilk düzenleme örneği de, 1990 tarihli ICC tarafından hazırlanan ve uygulanan *Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure*'dür.¹⁵⁶ Amaç, yargı yetkisini haiz ve aslında taraflar arasındaki uyuşmazlığı kesin bir biçimde çözüme kavuşturmakla yetkili ve görevli yargılama makamına (hakemlere veya mahkemelere) başvurulmasından önce süratle ancak geçici olarak ve aslında uyuşmazlığın esasıyla ilgili bir karar verilebilmesini sağlamaktadır.¹⁵⁷

Böyle bir usulün tahkimden olan farkları bir yana, her iki metot arasında, ortak kimi özellikler de vardır. Esasen, gittikçe önemi ve uygulaması artan böyle bir yöntem ile tahkim arasında sağlıklı bir ilişkinin kurulabilmesi, öncelikle anılan usulün hukuki niteliğinin tespitini gerekli kılmaktadır. Bu noktada şu hususu hemen belirtmekte fayda vardır: Anılan metodun esin kaynağı, kendisine benzetilmek istenen müessese, Fransız usul hukukunda bulunan *juge des référés*'dir.¹⁵⁸ Oysa böyle bir müessesenin kimi ülke hukuklarında bulunmayışı, anılan usulün vasıflandırılmasında ve özellikle tahkimden olan farklarının tespitinde ciddi güçlükler neden olmaktadır.¹⁵⁹

Kısaca, Fransız usul hukukunda geçerli olan geçici hukuki koruma tedbirlerini *i.* her iki tarafın hazır bulunduğu yargılamalarda hükme-

¹⁵⁶ ICC Publication No. 482, www.iccarbitration.org.

¹⁵⁷ Paulsson J., *A Beter Mousetrap: 1990 ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure*, IBL May, 1990, s. 214 vd; Hausmaniger C., *The ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure: A Step Towards Solving the Problem of Provisional Relief in International Commercial Arbitration?* 7 (1) ICSID Review-FILJ, 1992, s. 82 vd; Hanotiau B., *The ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure*, Int ALR 2003, s. 75 vd; Gaillard E/Pinsolle P., *The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences*, 20 Arb Int 2004, 13 vd; Berger K. P., *Pre-Arbitral Referees: Arbitrators, Quasi-Arbitrators, Hybrids or Creatures of Contract Law*, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner, eds. Gerald Asken, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi, Anne Marie Whitesell, 2005, s. 73 vd; Şanlı C., *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, 3. Bastı, İstanbul 2005, s. 395-399.

¹⁵⁸ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 728 vd. Ayrıca bkz. Baker R. W/De Fontbressin P., *The French Référé Procedure – A legal Miracle?*, II U. Miami Y. B Int'l L, 1992-1993, s. 11 vd.

¹⁵⁹ Paulsson, *Referee*, s. 215; Hausmaniger, s. 103; Berger, *Referee*, s. 74.

dilenlerle *ii.* diğer tarafın yokluğunda *da* hükmedilebilenler şeklinde ikiye ayırdığımızda ki, her iki hâlde verilen karar geçicidir ve uyuşmazlığın esası yönünden maddi anlamda kesin hüküm etkisinden yoksundur, *ordonnance de référé*, ihtiyati hacze daha yakın *ordonnance sur requête*'in karşısında yer alır ve sonrakinin aksine *ex parte* (diğer tarafın yokluğunda) hükmedilmez.¹⁶⁰ *Ordonnance de référé* şeklindeki geçici hukuki koruma tedbirlerinin içeriği hayli geniş kapsamlı ve esnek olup düzenleyici ve hatta ifa amaçlı ihtiyati tedbirler yanında gereğinde, varlığı ve geçerliliği konusunda ciddi bir çekişmenin olmadığı, uyuşmazlık konusu paranın bir kısmının yahut tamamının tedbirin ödenmesine de karar verilebilmektedir. Bu son durumla ilgili olarak *référé provision* tabiri kullanılmaktadır (NCPC Art 809/II).¹⁶¹ Bu tür bir yargılamada, *juge des référés* karar verinceye kadar ve hatta taraf teşkilinden önce, *sur minute* kimi emirler de verebilir.¹⁶²

¹⁶⁰ Pluyette G., A French Perspective, Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration, ICC Publication No. 519, 1993, s. 77.

¹⁶¹ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 729. Hemen belirtmekte fayda vardır, *référé provision*'un da bir geçici hukuki koruma tedbiri mi olduğu hususu, öğretilerde tartışmalıdır. Zira geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verilebilmesi için gerekli *aciliyet* şartı (geçici hukuki koruma tedbirine derhal karar verilmesi gerekliliği), *référé provision* için aranmaz. *Référé provision* yönünden varlığı zorunlu yegâne şart, alacaklı olunan *miktar* konusunda, ciddi bir çekişmenin bulunmamasıdır. Ancak, her halükârda, bu iki müessese yönünden ortak olan hususlar, verilen kararların maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemesi ve geçici olmasıdır. Meselenin tahkimle olan ilgisine gelince, Fransız içtihatları, neredeyse ittifakla hakem heyetinin teşekkülünden sonra mahkemelerce *référé provision* yargılaması yapılamacağı konusunda birleşmektedir. Bu durumun istisnası ise aslında gerekli olmadığı ve kanun tarafından da öngörülmediği hâlde, *aciliyet* olarak belirtilmektedir. Yani, hakem heyetine rağmen, alacağın (uyuşmazlığın) esası üzerine mahkemelerce *derhâl* yagılama yapılmasını ve karar verilmesini gerektiren özel nedenlerin bulunması şarttır (Poudret/Besson, s. 526). Bu noktada genel olarak *Référé* usulünün içeriğine, geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilmesi (*delil tespiti*ni de içerecek şekilde) dâhil olduğu gibi ayrıca bir anlamda taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasıyla ilgili meseleler hakkında, derhâl ve süratle karar verilmesini gerekli ve haklı kılan durumlarda (*iş uyuşmazlıklarıyla veya basında düzeltme hakkının kullanılmasıyla ilgili yahut tahkimde hakemlerin seçimi gibi meseleler hakkında*) yapılan yargılamalar da girmektedir. Ayrıntısı için bkz. Baker/De Fontbressin, s. 15-17.

¹⁶² Baker/De Fontbressin, s. 17. Ayrıca bkz. Derains Y., Technical expertise and "référé arbitral", New Trends In The Development of International Commercial Arbitration and The Role of Arbitral and Other Institutions, ICCA Congress Series No. 1, 1983, s. 187-189; Donovan F., The Scope and Enforceability of Provisional Measures in International Commercial Arbitration: A Survey of Jurisdictions, the Work of UNCITRAL and Proposals for Moving Forward, International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions, ICCA Congress Series No. 11, 2003, s. 92-93; Pluyette,

Sözü edilen ortak noktaların başında, her iki usulün de yani *tahkimin* ve *pre-arbitral referee*'nin iradi bir temele sahip olması, gelmektedir. Taraflarca anılan metotların kendileri için de geçerli olacağı konusunda anlaşılması gerekir. *Pre-arbitral referee* usulü, aynı zamanda bir ADR metodu olarak da değerlendirilebilir mi sorusu, karmaşıktır ve muhtemel bir cevap, hali uzun zaman alacaktır. Zira bilinen tüm ADR yöntemleriyle karşılaştırması yapıldığında, anılan usulün benzerlikler yanında çok sayıda ve ciddi farklılar göstereceği de muhakkaktır. Ancak şayet bir benzetme yapılacaksa ve *ısrarla* bu usulün bir ADR metodu olduğu düşünülecekse *pre-arbitral referee* usulü, ADR metotları içinde tahkime en yakın durandır. Bu noktada, karşımıza çözümü gerekli şu soru çıkmaktadır: *Referee* tarafından tahkim öncesinde verilen karar, hakemleri ne düzeyde etkiler? Bağlayıcılığı var mıdır? Hemen belirtelim, bu soru, *referee* tarafından verilen kararın hukuki niteliğiyle yakından ilgidir. *Anılan metodun neye mâl olduğu, bir başka anlatımla söz konusu usul tüketilmeden aynı amaçla örneğin mahkemelere başvurulup başvurulmayacağı, yine söz konusu müessesenin hukuki niteliğiyle alâkalıdır.*¹⁶³

Tahkimle *pre-arbitral referee* usulü arasındaki farkları ortaya koymaktaki güçlük, çoğu zaman, hakemle *referee*'nin içerikleri aynı olan kararları verebilmelerinden kaynaklanır. Bu, aynı zamanda, söz konusu usulü, bir ADR metodu olarak neden kabul edemeyeceğimizi de belirler.¹⁶⁴ *UNCITRAL* Model Kanunu'nun 17. maddesi, hakemlere, yargı yetkileri bağlamında ve yargılama süresince geçici hukuki koruma tedbirlerine de hükmedebilme yetkisini vermiştir.¹⁶⁵ Ancak burada, tahkimin tabiatıyla alâkalı bir güçlük vardır: Hakemlerce geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilebilmesi için öncelikle hakemin seçilmesi yahut hakem heyetinin teşekkül etmesi gerekir. Gerçi, yine Model Kanun m. 9 ve benzeri *lex loci arbitri* hükümleri (ZPO §1033; MTK m. 6/I), tahkim yargılaması öncesinde, tarafların tahkim anlaşmasına rağmen geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda, bu yönde yargı yetkisini haiz ülke mahkemelerine başvurulabilmesini *mümkün kılmış*; bunun tahkim anlaşmasıyla çelişmeyeceğini düzenlemiştir.¹⁶⁶

s. 86, 87; Buchman B. L., *France, Provisional Remedies in International Commercial Arbitration, A Practitioner Handbook*, ed. Alex Bösch, Berlin, 1994, s. 256.

¹⁶³ Berger, *Referee*, s. 75. Ayrıca bkz. Şanlı, *Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, s. 396.

¹⁶⁴ Karş. Şanlı, *Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, s. 397.

¹⁶⁵ Holtzmann /Neuhaus, s. 530. Ayrıca bkz. Berger, s. 331 vd.

¹⁶⁶ Ayrıntısı için bkz. Poudret/Besson, s. 525.

Lâkin verilen yetkinin, tanınan müsaadenin özellikle milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümünde ve hele taraflardan birinin devlet olması durumunda, uygulanması ve hayata geçirilmesi, ciddi güçlükler arz etmektedir.¹⁶⁷

Konunun, ister istemez ve bir anda geçici hukuki koruma tedbirlerine kaymasında, özel bir amaç saklıdır. Zira gerek hakemlerce verilebilecek geçici hukuki koruma tedbirleri ve gerekse *referee* tarafından hükmedilebilecek kararlar, içerikleri yönünden karşılaştırıldığında, birbirlerine çok benzediği; neredeyse aynı sınıflandırmaya dayandığı görülecektir. *Pre-arbitral Referee*'yla ilgili ICC Rules Art. 2.1, *a-d* hükmünde, *referee*'nin nelere karar verebileceği düzenlenmiştir ve yapılacak genel bir sınıflandırmaya uygun olarak *koruma (teminat), ifa (eda)* ve *düzenleyici* amaçlı tüm emirlere (tedbirlere)¹⁶⁸ hükmedilebilir.

Tahkim öncesinde, hakem heyeti teşekkül eden kadar tarafların ihtiyaç duyacağı geçici hukuki koruma tedbirlerine, yine tahkim düzeninde, devlet yargısı dışında hükmedilebilmesi meselesi, milletlerarası bazı tahkim kurumlarının kurallarına konu olmuştur: Hollanda Tahkim Enstitüsü (NAI) Tahkim Kuralları m. 42a'da,¹⁶⁹ taraflardan birinin talebi üzerine NAI Divanınca atanacak tek hakemin acele muhakeme esasları dâhilinde, tahkim öncesinde, gerekli geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilebileceği düzenlemiştir. Hükmün esin kaynağı tahkime ilişkin Hollanda Usul Kanunu'nun 1501/III. maddesidir ve bu sefer hakemlerce yine acele muhakeme¹⁷⁰ (*kort geding, référé*) esaslarına göre verilecek kararın tıpkı nihai hakem kararı gibi geçerli sayılacağı düzenlenmektedir.¹⁷¹ Yine Fransız Tahkim Kurumu Tahkim Kuralları m. 13, talep üzerine Kurumun atayabileceği tek hakemin hakem seçilene veya heyet teşekkül edene kadar geçecek süre içinde, acil kimi tedbirlere hükmedilebilmesini mümkün kılmaktadır (aynı yönde bkz. AAA Optional Rules for Emergency Measures of Protection §O-1, O-2¹⁷²).

¹⁶⁷ Gaillard/Pinsolle, s. 24; Berger, *Referee*, s. 76.

¹⁶⁸ Üstündağ S., İhtiyati Tedbirler, Geçici Hukuki Himaye (Koruma) Önlemleri, İstanbul, 1981, s. 13 vd; Pekcanitez H., Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, *Milletlerarası Tahkim Semineri*, ICC Türkiye Milli Komitesi, Ankara, 10 Mart 2003, s. 132, 133; Pekcanitez/Atalay /Özekes, s. 619.

¹⁶⁹ www.nai-nl.org.

¹⁷⁰ Seçilen terminoloji için bkz. Üstündağ, *İhtiyati Tedbirler*, s. 5, 56.

¹⁷¹ Ayrıntısı için bkz. van den Berg/van Delden/Snijders, s. 80, 81.

¹⁷² www.adr.org.

Pre-Arbitral Referee hakkındaki ICC Rules Art. 6.1, *referee*'nin vereceği kararın ICC Divanı'na, gerekçelerini de içerecek biçimde ve bir "order" olarak gönderileceğini düzenlemektedir.¹⁷³ Bu *emrin* özellikleri ve hukuki niteliği, onun aynı zamanda neden bir ADR metodu olarak kabul edilemeyebileceğini ortaya koymaktadır.¹⁷⁴

Referee'nin kararı, tıpkı hakemlerce verilen geçici hukuki koruma tedbirleri gibi geçicidir; zamana ve koşullara bağlıdır; nihai değildir.¹⁷⁵ Bu esnada, öğretilerde, anılan sebepten ötürü, böyle bir emrin, bir hakem kararı olarak vasıflandırılmayacağı, çünkü *nihailik* özelliğinden yoksun olduğu belirtilmişse de, söz konusu yorumun eleştiriye değer kimi yönleri olduğunu belirtmek gerekir. Zira yukarıda, tarafımızca da *referee* tarafından verilen emrin nihai olmadığı belirtilirken aslında onun, diğer tüm geçici hukuki korunma tedbirlerinde olduğu gibi maddi anlamda kesin hüküm etkisinden yoksun olduğu vurgulanmak istenmiştir ve şu yönüyle gerçekten de örneğin uyuşmazlığın esası hakkındaki hakem kararıyla bir tutulması olası değildir. Lâkin bu, aynı emrin, yine tıpkı uyuşmazlığın esası hakkındaki hakem kararlarında olduğu gibi ürünü olduğu yargılamayı bitirdiği, sona erdirdiği ve bu nedenle *nihai* olduğu (*geçici nihai karar*¹⁷⁶) gerçeğini değiştirmemektedir.¹⁷⁷ Milletlerarası tahkim öğretisinde, özellikle "*finality*" terimiyle çoğu zaman

¹⁷³ Hakem kararlarının (*award*) aksine, *order*'in Divan tarafından gözden geçirilerek uygun bulunması (ICC Rules Art. 27) gerekmez (Paulsson, *Referee*). Ayrıca bkz. Berger, *Referee*, s. 78, 79.

¹⁷⁴ Gaillard/Pinsolle, s. 22.

¹⁷⁵ Berger, *Referee*, s. 79.

¹⁷⁶ Özekes, *İhtiyati Haciz*, s. 235.

¹⁷⁷ Kojovic T., Court Enforcement of Arbitral Decisions on Provisional relief-How Final is Provisional? 18 (5) J Int'l Arb, 2001, s. 521-527; Yeşilirmak A., Provisional Measures in International Commercial Arbitration, 2005, s. 260-265; *Brasoil v. GMRA* davasında *Cour d'appel Paris*, (14 (8) Mealey's IAR G1 1999, Ayrıca bkz. XXIV YBCA 1999, s. 296) "order" başlığı altında hakemlerce hükmedilen kararı, öncelikle bir *award* olarak nitelendirmiş; konusu itibariyle basit bir usulî emirden çok daha fazlasını içeren kararın, hakemlerce nasıl nitelendirilirse nitelendirilsin; mahkemece *re'sen* ve hakemlerden bağımsız olarak değerlendirileceğini hükme bağlamıştır. Aynı yönde bkz. *Publicis Communication & Publicis Sa v. True Nort Communications Inc.* (XXV YBCA 2000, s. 1152 vd). Ayrıca bkz. "...geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin kararlar, asla usulî emir niteliğindeki ve tahkikatın ilerlemesi amacına hizmet eden ara kararları ile bir olamaz. Tam aksine, bu tip kararlar, kendi içlerinde bir *sonu* simgelemektedir ve uyuşmazlığın esasına ilişkin karar beklenmeden derhâl icra edilmelelerinden daha doğal bir şey olamaz...", *Island Creek Coal Sales Co. v. City of Gainesville, Florida*, 729 F.2d 1046 (6th Cir. 1984); Özekes M., İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s. 234.

bu iki durumun birbiriyle karıştırılarak ifade edildiği görülecektir. Söz konusu kararın (*emrin*) ürünü olduğu yargılamayı sona erdirmesi, bitirmesiyle anılan kararın aynı zamanda maddi anlamda kesin hüküm teşkil edip etmediği meselesi, başka başka konulardır. Gerçek anlamıyla (maddi anlamda) kesin hüküm etkisinden yoksun olmak, *sınırlı bir maddi kesinlikten* de istifade edilmesine engel olmayıp anılan türden kararların *nihai/final* olmadığı yahut bağlayıcılık özelliğinden yoksun bulunduğu anlamına da gelmez.¹⁷⁸

Şu hâlde, ilk bakışta, hakemlerce verilen geçici hukuki koruma tedbirleriyle *referee'*nin emrinin aynı hukuki kaderi paylaştığını; ancak kronolojik olarak *referee'*nin tahkimden önceki bir zamana denk düşüğünü, söyleyebiliriz. Yani taraflar, aslında yapmış oldukları ikinci bir anlaşma sayesinde (*tahkim anlaşması yanında*) geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda (*uyuşmazlığın esasından başka*), mahkemeler dışında ve tabiatıyla hakemlerden (*arbitrator*) önce üçüncü bir kimsenin (*referee'*nin), karar verebilmesini düzenlemişlerdir. Bir başka anlatımla çoğu zaman uyuşmazlığın esası hakkında yürütülen yargılama içerisinde, kendine özgü konusu ve sonucu olan bir yargılama parçacığı (geçici hukuki koruma tedbiri yargılaması)¹⁷⁹ tahkimin dışına çıkarılmakta ve önüne geçirilmektedir.¹⁸⁰ Bu, devlet yargısı açısından, hiç de yabancı olmadığımız bir durumdur.

Yukarıda sözü edilen sonuç, hiç şüphesiz ki, peşinden cevabı güç diğer soruları ve aksi yöndeki kazai içtihatları getirmektedir. Örneğin, Paris İstinaf Mahkemesi, *ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee'*ye tabi bir *emrin*, iptali istenebilecek bir hakem kararı olmadığı sonucuna ulaşmış ve iptal talebini reddetmiştir.¹⁸¹ Mahkeme, *referee'*nin bir hakem olmadığına hükmetmiştir. Mahkemelerce tenfizi/icrası istenebilecek bir karar, ancak *hakemlerce* verilebilir. Söz konusu usule tabi olarak verilen karar, tarafların hak ve borçları üzerinde nihai bir etki yarat-

¹⁷⁸ Özkes, s. 232- 234, 267; Özkes M/Erişir E., Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi, 5 Mihder 2006/3, s. 1260, 1261. *Karş.* Yılmaz E., Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. 1, Ankara 2001, s. 925.

¹⁷⁹ Özkes/Erişir, s. 1259.

¹⁸⁰ *Karş.* *Referee* tarafından yürütülen yargılamanın bir *acele muhakeme* olmadığına ilişkin bkz Hausmaninger, s. 101, 102.

¹⁸¹ XXIX YBCA 2004, s. 203; Berger, *Referee*, s. 79, 80. Ayrıca bkz. Beraudo J. P., Recognition and Enforcement of Interim Measures of Protection Ordered by Arbitral Tribunals, A Comparison with the Republic of Congo Pre-Arbitral Referee Case, 22 (3) J. Int'l Arb. 2005, s. 254 vd. *Karar metni için bkz.* 20(1) Arb Int 2004, s. 33-37.

madığı gibi, uyuşmazlığın kendisini de etkilememekte; uyuşmazlığın esasını çözüme kavuşturmamaktadır. Bu tip bir karar, ancak tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleriyle yerine getirilebilir ve bütün bu nedenlerle de yargısal değil; sözleşmesel bir nitelik taşımaktadır. *Referee*, vardığı sonuçla aslında taraflarca akdedilebilecek bir sözleşme hükmünü belirlemekte; tarafların ortak niyetlerini yansıtmaktadır.¹⁸² Ancak hemen belirtelim, öğretilerde de, söz konusu karar, sözleşmesel nitelikte görülmeyle birlikte nihai olup tarafça kararın/emrin gereği, derhâl yerine getirilmelidir; bu nedenle bir uzlaştırıcının önerisinden daha etkindir.¹⁸³ Verilen karara uyulmaması, sözleşmesel karakteri nedeniyle başlı başına bir *sorumluluk* sebebidir.¹⁸⁴

Buna karşın yine Fransız hukuku esas alındığında, özellikle geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda, son derece farklı sonuçlara varılabilir: 2004 yılında Paris İstinaf Mahkemesi, *S.A Otor Participations v. S.A.R.L Carlyle Holdings* kararında, en azından Fransız hukuku bağlamında, Fransa’da, hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine “*sentence arbitrale/award*” (NCPC Art. 1476) biçimde hükmedebilecekleri ve bunların da tıpkı diğer nihai hakem kararları gibi iptalinin istenebileceği sonucuna varmıştır.¹⁸⁵ Bugüne kadar en yoğun tartışmalar, geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin kararların, içerikleri de dikkate alındığında *nihai* olup olmadıkları ve hatta salt bu nedenle 1958 New York Sözleşmesi’ne göre tenfiz edilip edilmeyeceği hakkında, yapıl-

¹⁸² Sözleşme hükmünden daha etkili olmayan böyle bir karara uyulmasını bekleminin, beklentileri karşılamayacağı ileri sürülmüştür. Oysa *Beraudo*, belki mahkemelerden söz konusu kararın *doğrudan* icrası-tenfizi istenemeyecekse de, tarafın, usul kanunlarının kendisine tanıdığı, herhangi bir türdeki geçici hukuki koruma tedbirinin doğrudan hükmedilmesini isteme hakkının bulunduğu ve aslında bu kez, çok daha kuvvetli olduğu, zira açıkça yerine getirilmeyen bir sözleşme hükmünün *artık* elinde bulunduğu, görüşündedir (Beraudo, s. 252, 253; Hausmaninger, s. 102-104, 108. Ayrıca bkz. Poudret/Besson, s. 73 vd; Lecuyer-Thieffry C., First Court Ruling on the ICC Pre-Arbitral Referee Rules, 20(6) J. Int’l Arb. 2003, 509 vd).

¹⁸³ Delvolvé/Rouche/Pointon, s. 20, 23.

¹⁸⁴ Paulsson, *Referee*, s. 215-216. Karş. Yeşilirmak, s. 145-146

¹⁸⁵ Bensaude D., *S. A. Otor Participations v. S.A.R.L Carlyle (Luxembourg) Holdings* 1: Interim Awards on Provisional Measures in International Arbitration, 22 (4) J. Int’l Arb. 2005, s. 357, 360. Ayrıca bkz. Pluyette, s. 88; Poudret/Besson, s. 541. Karş. İsviçre hukukunda, geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin hakemlerce verilen bir karar, her nasıl adlandırılırsa adlandırılınsın hiçbir şekilde, PIL Art. 190’de düzenlenen iptal denetimine tabi değildir (von Segesser G/Kurth C., *Interim Measures, Chapter 5, International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners*, ed. Gabrielle Kaufmann-Kohler & Blaise Stucki, 2004, s. 80). Ayrıca bkz. Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 355, 356; Poudret/Besson, s. 546-548.

maktaydı.¹⁸⁶ Oysa mahkeme, yukarıdaki kararıyla bu tip bir hakem kararının, taraflar arasındaki ve *geçici hukuki koruma tedbirine esas olan uyumsuzluk* hakkında, nihai olduğu sonucuna varmıştır. Söz konusu kararın, *uyumsuzluğun esasını teşkil eden mesele* yönünden nihai olmaması; bu tip bir kararı, *çözümüne kavuşturduğu* mesele bakımından daha az bağlayıcı ve kesin bir hâle getirmemektedir.¹⁸⁷

Gündeme gelebilecek sorular bakımından ve özellikle *referee*'nin kararına yargısal kimi özellikler yüklememiz nedeniyle örneğin *referee* de hakemler gibi tarafsız ve bağımsız olmak zorunda mıdır? *Referee* tarafından takip edilen usul, tıpkı bir yargılama gibi adil yargılanma hakkına uygun bir biçimde mi şekillenir? *Referee*'nin kararının ülke içinde icrası, nasıl olmalıdır? *Lex loci arbitri*'nin hakemlerce hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirlerinin cebren icrası konusunda özel bir hukuki çare öngörmesi halinde (MTK m. 6), *referee* emrinin de aynı çareden istifadesi mümkün olacak mıdır? 1958 New York Sözleşmesi'nin, geçici hukuki koruma tedbirleriyle ilgili tartışma bir yana *referee*'nin emirlerine de uygulanması mümkün dür?¹⁸⁸

Cevabı hayli güç, bütün bu sorular, öğretilerde *referee* usulünün özellikle tahkim dışında başkaca metotlarla mukayese edilmesi; onlara benzetilerek vasıflandırılması sonucunu doğurmuştur. Şöyle ki, tarafların uyumsuzluklarıyla ilgili karar vermesini istedikleri üçüncü kişinin her halükârda bir hakem olması gerekmez. Yine devlet yargısı dışındaki her usul de tahkim değildir. Örneğin, *pre-arbitral referee*'nin şayet benzetilecekse Alman hukukundaki *Schiedsgutachter*'la (*hakem-bilirkişilik*) mukayese edilmesi pekâlâ mümkün görülmektedir.¹⁸⁹ Her ikisi için de sözleşmesel bir temel vardır. Aksi yöndeki ilmi içtihatlar bir yana, kazai içtihatlar, bu metodu, usul hukukuyla temellendirmemişler; sözleşmesel niteliğini üstün tutarak, hakem-bilirkişinin yargısal hiçbir yol izlemek zorunda olmadığına hükmetmişlerdir.¹⁹⁰ Gerçi, hemen belirt-

¹⁸⁶ Lew J. D. M., Commentary on Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitration Cases, 11 (1) ICC Bulletin 2000, s. 30 vd.

¹⁸⁷ Poudret/Besson, s. 541, 542. Ayrıca bkz. Herrmann G., Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration? The 1998 Freshfields Lecture, 15 (3) Arb Int 1999, s. 230.

¹⁸⁸ Berger, *Referee*, s. 80. Ayrıca bkz. Sanders, *Quo Vadis Arbitration*, s. 275 vd.

¹⁸⁹ Berger, *Referee*, s. 81. *Hakem-bilirkişilik* için bkz. Taşpınar S., Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s. 142 vd.

¹⁹⁰ BGHZ 6, 335, 339 vd; BGHZ 9, 138, 145; BGHZ 17, 366, 368; BGH, NJW 1991, 2761. Ayrıca bkz. Sessler A/Leimert C., The Role of Expert Determination in Mergers and

mekte fayda vardır; hakem-bilirkişinin vermiş olduğu karar, tarafları yanında mahkemeleri ve gerekiyorsa hakemleri de bağlayacak olup¹⁹¹ bu özellik, *referee*'nin emri için geçerli değildir. Ancak özellikle *Berger*, hakem-bilirkişiliğe yaptığı gönderme ile (özellikle *kazai içtihatları* arkasına alarak) karar veren her kişinin, bir yargılama yapmasının ve sonuçta verdiği kararın yargısal özellikleri haiz olmasının gerekmediğini vurgulamaktadır. *Referee* emrinin tarafları bağlaması için yargısal kimi özelliklerle donatılması gerekmez; sözleşmesel nitelik de (tıpkı hakem-bilirkişi kararında olduğu gibi) ona bu vasfı kazandıracaktır. Özetle *Berger*, *referee* kararının bağlayıcılık özelliğinin *res judicata* kesin hüküm etkisinden değil; taraflar arasında geçerli bu yöndeki sözleşmeden kaynaklandığını belirtmektedir.¹⁹²

Kararını vermekle *referee*'nin görevi sona erer; karar, bir defalıktır ve tarafları bağlar (*karş.* Rules Art. 6.3). Oysa yapılan mukayeseye göre hakemlerce hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirleri, bir başlangıçtır; onu, yine aynı hakemlerce hükmedilecek başka geçici hukuki koruma tedbirleri veya her halükârda uyuşmazlığın esası hakkındaki nihai karar takip eder. Hakemler, hükmetmiş oldukları geçici hukuki koruma tedbirini, kaldırabilirler, değiştirebilirler. *Referee*'nin geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda adeta özel bir hakem (ikinci bir hakem) olarak görülmesi de çok yanıltıcı bulunmuştur; öyle olsaydı, uyuşmazlığın esası hakkındaki yargılamada, hakem olarak görev alması pekâlâ mümkün olurdu. Çünkü geçici hukuki koruma tedbirlerine karar vermiş olmak, sonradan hakem olmaya mani değildir. Oysa en azından ICC ölçeğinde, *referee* taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece çözüme kavuşturduğu sorunla ilgili olarak hakem olamaz (Rules Art. 2.3).¹⁹³ Hemen belirtelim, çalışmanın başından bu yana, dikkat edileceği üzere "*hakem*" tabirinden farklı olarak *referee*'yi olduğu şekilde ifade etmeye özen gösteriyoruz. Anılan usule göre karar veren üçüncü kişiye, *arbitrator* (hakem) denmemesi, yine ICC bağlamında, son derece bilinçli bir tercihin ürünüdür. Oysa en azından Türkçede, hem *referee* ve hem de *arbitrator*, *hakem* şeklinde tercüme edilebilmektedir. Tahkimde kul-

Acquisitions under German Law, 20(2) Arb Int 2004, s. 151 vd. *Karş.* Poudret/Besson, s. 14.

¹⁹¹ Sessler/Leimert, s. 153, 154; Berger, *Referee*, s. 82. Ayrıca bkz. Taşpınar, s. 146, 147; Pekcanitz/Atalay/Özekes, s. 423.

¹⁹² Paulsson, *Referee*, s. 215. Ayrıca bkz. Poudret/Besson, s. 21.

¹⁹³ Berger, *Referee*, s. 82, 83.

lanılan *arbitrator*-hakem'den farklı olarak *referee*'ye yine hakem demek, özellikle ICC temelinde, arzu edilen bir durum değildir.¹⁹⁴

Özellikle *Berger*'in şekillendirmeye çalıştığı bu yapıda, şu hususlara sonuç olarak varılabilir:¹⁹⁵

a. *Referee*'nin atanması, hakemlerin atanması usulüne tabi değildir.

b. *Referee*, hakemler için geçerli tarafsızlık ve bağımsızlık kriterleriyle bağlı değildir.

c. *Referee*'nin karar verirken yargısal özellikleri haiz bir usul takip etmesi gerekmez.

d. Verilen karar, hakemlerce verilen kararlardan değildir. Bu nedenle

i. *Referee*'nin hakem kararları için geçerli şekli şartlarına uygun karar vermesi gerekmez.

ii. *Lex loci arbitri* bağlamında, iptali istenemez.

iii. 1958 New York Sözleşmesi'ne göre tanınması/tenfizi olanaklı değildir.

e. *Referee*'nin emrine uyulmaması halinde gündeme gelecek sonuçlar, *sözleşmeler hukuku bağlamında*, içinde bulunduğu ana sözleşmenin tabi olduğu hukuka uygun olarak uyuşmazlığın esası hakkında karar verecek olan örneğin hakemlerce çözüme kavuşturulacaktır (Rules Art. 6.8.1).¹⁹⁶

Varılan bu sonuçları değerlendirmeye geçmeden önce, *referee* usulüyle devlet mahkemeleri arasındaki ilişkiyi *de* yine yukarıda sözü edilen görüşler bağlamında değerlendirmek gerekir. Zira dikkat edileceği gibi, özellikle *Berger*'in karşı geldiği vasıflandırma, bu metodun geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmek konusunda erken dönemde, yaratılmış özel bir (tahkim) usulü olduğudur.¹⁹⁷ Kaldı ki, ZPO §1041

¹⁹⁴ Berger, *Referee*, s. 83.

¹⁹⁵ Berger, *Referee*, s. 84, 85.

¹⁹⁶ Paulsson, *Referee*, s. 216; Berger, *Referee*, s. 85.

¹⁹⁷ Berger, *Referee*, s. 85. Karş. Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 719; Hanotiau, s. 76. Fransız hukukundaki içtihatlar, tarafların anlaşmaları durumunda, mahkemelerin geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda da herhangi bir yargı yetkilerinin kalımayabileceği yönündedir. Bu yöndeki anlaşmalar, geçerli kabul edilmektedir (Plu-

emredici karakteri haizdir.¹⁹⁸ Yani tarafların özellikle geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda, erken dönemde, *referee* usulü üzerinde anlaşarak mahkemeye başvuru haklarından feragat *edemeyecekleri* düşünülmektedir. Kaldı ki, bu durumun tarafların niyetiyle de örtüşmediği sonucuna varılmaktadır: Taraflar, *referee* usulünü, ilave, yeni, bir başka *çare* olarak düşünmektedirler; mahkemenin yerini alan, münhasır bir usul olarak tercih etmemektedirler. Tahkimin bizatihi kendisinin, mahkemelere ait olan geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmek yönündeki yargı yetkisini, başlı başına kaldırmadığı dikkate alındığında;¹⁹⁹ *referee* usulüne böyle bir imtiyazı tanımak tutarlı gözükmemektedir. Hakemlere de geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verebilmek konusunda gerekli yargı yetkisini tanımak (Model Kanun m. 17; ZPO §1041/I; MTK m. 6/II), tahkimle devlet yargısı arasındaki usulî denklik ve işlevsel eşitlik dikkate alındığında son derece doğaldır. Ancak, *referee*'nin de özellikle amacı ve sözleşmesel karakteri dikkate alındığında aynı imtiyazdan istifade etmesi güçtür.²⁰⁰

Görünen o ki, temelde *Berger*, tahkim yargısı haricinde ve ondan önce, mahkemelerin de dışında tarafların, geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmek konusunda zaten anlayamayacaklarını kabul etmekte ve bir ölçüde, Alman hukukundaki *hakem-bilirkişilikle ilgili* içtihatları esas alarak, *referee* usulüne yargısal kimi sonuçlar bağlamak eğilimindedir. Oysa rahatlıkla kabul edileceği gibi özellikle ICC temelinde, ancak bundan da önce pek çok *lex loci arbitri* yönünden geçerli normatif yapının konuyla ilgili her soruya, sağlıklı ve tatminkâr bir cevap kazandırdığını söylemek mümkün değildir. *Yine de özellikle*

yette, s. 75, 76; Delvolvé /Rouche/Pointon, s. 119, 120; Buchman, s. 269). Böyle bir sonuç, şartıcı değildir. Tarafların ICC Rules üzerinde anlaşmaları hâlinde, tahkim yargılaması süresince geçerli olan, örneğin ICC Rules Art. 23/II vb kuralların, tahkim yargılaması başlamadan önce *de* geçerli olmamasını düşünmek, yerinde değildir. Ancak *Pluyette*'e göre bu tip bir anlaşmanın etkin hukuki korumaya ve adaletin tecellisine mâni olması durumunda, koşulsuz bir hâlde, aynı anlaşmaya geçerlilik tanınmaz. Şu hâlde, tahkim öncesinde, geçici hukuki koruma tedbirleri yönünden *de* devlet yargısının aksinin kararlaştırılabilmesi için anılan boşluğu doldurabilecek bir başka makamın (örneğin *référé pré-arbitral*) yaratılmış olması gerekir. Aynı yönde bkz. von Segesser/Kurth, s. 85. Ayrıca bkz. Yeşilirmak, s. 104.

¹⁹⁸ Schütze R., *Einstweiliger Rechtsschutz im Schiedsverfahren*, BB 1998, s. 1650; Berger, *Referee*, s. 86. Karş. Schwab/Walter/Baumbach, Kap. 17a, Rn. 24.

¹⁹⁹ Berger, s. 348; Berger, *Referee*, s. 86; Schütze, s. 1650. Karş. Calavros, s. 58.

²⁰⁰ Berger, *Referee*, s. 87. Aynı yönde bkz. Poudret/Besson, s. 530.

yukarıda sözü edilen görüşlere karşı şu argümanları ileri sürmek ve meseleyi tartışmaya açmak mümkündür:

a. *Referee* usulünün bir *hakem-bilirkişilik* olarak vasıflandırılması, en azından şu erken aşamada dahi iki nedenle mümkün değildir. Hakem-bilirkişinin kararı, tarafları yanında yargılama makamlarını da bağlar. Ancak aynı sonuç, *referee* usulü için geçerli değildir. Öte yandan, *referee*'nin çözüme kavuşturduğu meseleyle hakem-bilirkişilik faaliyetinin konusu birbirinden çok farklıdır. Hakem-bilirkişiliğin belli hukuki çıkarımlar-altlamalar yapmadan hadiseleri yahut olguları olduğu gibi alıp bunları teknik yönleriyle değerlendirdiği ve tespit ettiği bilinmektedir.²⁰¹ Oysa *referee*, düzenleyici ve hatta ifa amaçlı tedbirlere hükmetmekte; geçici de olsa tarafların hak ve borçlarını şekillendirmekte; sözleşmesel ilişkiyi *sanki* nihai hüküm veriyormuşçasına yeniden yapılandırmakta; taraflar arasındaki uyuşmazlığa çözüm getirmektedir. *Referee*'nin verebileceği kararların yine ICC özelinde, geçici hukuki koruma tedbirleriyle örtüştüğü de bir başka olgudur.²⁰² Gerek yapısal gerekse işlevsel bu farklılık, *referee* usulünü, sadece hakem bilirkişilikten değil; ama aynı zamanda uzlaştırıcı yahut arabulucu gibi diğer ADR metotlarından da ciddi bir biçimde ayırmaktadır.²⁰³

b. Yukarıda, taraflarca üzerinde anlaşılan kimi tahkim kurallarına uygun olarak tahkim kurumlarının tahkim öncesi dönemde, acil olarak karara bağlanması gereken hususlarda "*hakem*" tayini yapılabileceği, belirtilmiştir. Nihai hükme kadar acil olarak verilmesi gereken kararların içeriklerinin çoğu zaman düzenleyici veya hatta ifa amaçlı geçici hukuki koruma tedbirleriyle örtüştüğü dikkate alındığında, artık tarafların salt geçici hukuki koruma tedbirleriyle ilgili *ad hoc* şeklinde üçüncü bir kimsenin de karar vermesi konusunda anlaşabileceklerini söylemek, ne yanlış ne de yadırgatıcıdır.²⁰⁴

c. Tarafların uyuşmazlıklarının esası hakkında ve devlet yargısı dışında, hakemlerce karar verilmesini kararlaştırabilmeleri mümkün-

²⁰¹ Lâkin bugün hakem-bilirkişilik faaliyetinin BGB §317'ye kıyasen *olgular* yanında, hukuki tespit ve teşhislere de kaydığı bilinmektedir (Sessler/Leimrt, s. 152).

²⁰² Uyuşmazlığın hakemler önünde görüldüğü bir sırada mahkemelerce (*judge des référés*) özellikle ifa amaçlı ve düzenleyici geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilmemesi gerektiği; bu yetkinin artık hakemlerin elinde olduğu yönündeki anlayış için bkz. Pluyette, 88; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 731, 732.

²⁰³ *Örneğin* bkz. İldır, s. 95; Özbek, s. 210.

²⁰⁴ Ayrıca bkz. Pluyette, s. 75.

ken; geçici olarak, nihai karar verilinceye kadar başka konularda, yine devlet yargısı dışında üçüncü kişilerce karar verilmesi konusunda anlaşamamalarını kabul etmek, ilk bakışta güçtür (örneğin bkz. 1996 AA §44/I). *Referee'*nin vereceği kararın hukuki niteliğiyle tahkim yeri ülkesinde veya bir başka ülkede nasıl icra yahut tenfiz edileceği sorunu, bugün hakemlerce tahkim yargılaması içinde verilen geçici hukuki koruma tedbirleri hakkında da geçerlidir. Normatif olarak özellikle de milli hukuklar bağlamında, daha hakemlerce hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin meseleler çözümlenmemişken bu kez *de* tahkim öncesi dönemde yine üçüncü kişilerce hükmedilen bu türden kararların hukuki kaderinin ne olacağı, elbette ki bir sorundur ve çözümü de hayli güçtür. Ancak kanımızca salt bu meselelerin birer sorun olarak karşımızda durması, anılan türden kararların birer geçici hukuki koruma tedbiri olarak algılanmasına engel teşkil etmemelidir. Böyle bir kararın cebren icrası sırasında yaşanacak sorunlar bakımından örneğin ICC, kendi kuralları içinde ayrıca düzenlemeler getirmiş ve hakemlerin *referee'*nin emrine uyulmaması nedeniyle tarafın ayrıca uğramış olduğu zararları karara bağlayabileceğini düzenlemiştir (Rules Art. 6.8.1).

d. Konunun hiç şüphesiz ki, yargısal temel haklarla ilgili boyutu da bulunmaktadır. Tahkim öncesi dönemde, tarafların tahkim anlaşmasına rağmen mahkemelere geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verilmesi amacıyla başvurması mümkündür. En azından Model Kanun özelinde ve bu konuda taraflara izin verildiği; bir imkân hazırlandığı, şayet başvurulursa bu durumun tahkim anlaşmasıyla çelişmediği düzenlenmiştir (Model Kanun m. 9). Mevcut hükmün taraflarca aksinin kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı konusu, Model Kanun hazırlayıcıları tarafından bilinçli olarak ülke hukuklarına bırakılmış ve hüküm içinde suskun geçilmiştir.²⁰⁵ Bu şartlar altında çok detayına girmeksizin, sadece şu yorumu aktarmak yeterli ve faydalı olacaktır. Tarafı, tahkim öncesi dönemde, özellikle geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda, herhangi bir yargılama makamına başvuramaz, ulaşamaz bırakmak mümkün değildir; bu yönde yapılan anlaşmaların geçerli bir yönü yoktur.²⁰⁶ Lâkin bu husus, mahkemelerce hükmedilecek geçici hukuki koruma tedbirlerinin taraflarca kararlaştırılan özel usuller

²⁰⁵ Holtzmann/Neuhaus, s. 333, 346.

²⁰⁶ Pluyette, s. 75.

dairesinde hükmedilebilecek olanlarla ikame edilemeyeceği anlamına da gelmemelidir. En azından yargısal temel haklar düzeyinde, bu son duruma karşı gelinemeyeceği ileri sürülmektedir.²⁰⁷

Bugün milletlerarası ticari ilişkilerde kullanılmakta olan ve tahkim dışındaki diğer metotların birbirlerinden olan farkları ile hukuki niteliklerinin tespiti, yakın bir gelecekte bizleri hayli zorlayacaktır. Bu noktada, yukarıda yer verdiğimiz görüş ve değerlendirmelere bir başka açıdan bakabilmek adına, şu örneğe kısaca yer vermek gerekir: İnşaat sözleşmelerinde, bugün milletlerarası alanda sıkça kullanılan diğer bir standart düzenleme örneği de FIDIC Conditions 1999 (Red Book)'dur. Anılan standart hükümlerin 20.4. maddesinde, Dispute Adjudication Board (DAB)'tan bahsedilir.²⁰⁸ Ayrıntılardan özenle kaçınmakla birlikte kısaca bu kurul, sözleşmenin devamı sırasında, taraflar arasındaki hukuki ihtilafların çözümünde tahkimden önce başvurulması zorunlu bir makamdır. Kurul, kendisine başvurulmasından itibaren 84 gün içinde gerekçeli kararını verir. Karar, tarafları için bağlayıcıdır ve derhal yerine getirilmelidir. Kararın kendilerine ulaşmasından itibaren 28 gün içinde taraflar, tahkim yoluna başvuracağını, diğer tarafa bildirebilirler. Bu yol, DAB'ın öngörülen sürede kararını verememiş olması durumunda da geçerlidir. Lâkin yine de derhal tahkim usulü işletilememektedir. Tahkime gidileceğinin diğer tarafa tebliğinden sonra geçecek 56 günlük bir süre içinde tarafların uzlaşmaları beklenir. Ancak bu sürenin de sonuçsuz kalmasının ardından artık tahkim usulü işletilebilir (Red Book Art. 20.5). Tahkim yolu, sadece DAB'ın verdiği ve tarafın karşı koyduğu karara konu uyuşmazlık için açıktır. Yani söz konusu tahkim yargılaması, aynı sözleşmeden kaynaklanan bir başka uyuşmazlık için değil; *önceden çok katlı uyuşmazlık tekniklerine konu edilmiş* mesele hakkında olmalıdır.²⁰⁹

²⁰⁷ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 721, 722; Yeşilirmak, *Provisional Measures*, s. 104, 105. Ayrıca bkz. Wirth M., *Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland*, 18 (1) *ASA Bulletin* 2000, s. 38, 40, 41; Segesser/Kurth, s. 85. 104; Poudret/Besson, s. 529, 530; Bandel S., *Einstweiliger Rechtsschutz im Schiedsverfahren*, München, Zulässigkeit und Wirkungen schiedsrichterlicher und gerichtlicher einstweiliger Maßnahmen gemäß den Bestimmungen des SchiedsVfG, München 2000, 333, 334.

²⁰⁸ Düzenlemenin önceki hâlinde geçerli olan hükümler ve ayrıntısı için bkz. Akıncı Z., *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri*, İzmir 1996, s. 143-148.

²⁰⁹ Ayrıntısı için bkz. Seppala C. R., *The New Fidic Provision For a Disputre Adjudication Board*, 8 *RDAI/IBLJ* 1997, s. 967-987; De Boissesson M., *Thoughts on the Future of ADR in Europe: A Critical Approach*, 15 (4) *Arb Int*, 1999, s. 355; Ayrıca bkz.

Tartışmalı husus şudur: Burada konu edilen DAB ile yukarıda sözünü ettiğimiz *referee* arasındaki fark nedir? Cevap için şu ayrıntıyı vermekte fayda vardır. DAB'ın bu erken dönemde vereceği kararlar *referee*'nin vereceği kararın içerik yönünden örtüşmesi, çakışması yüksek bir ihtimaldir. Özellikle de verilecek kararın, düzenleyici yahut ifa amaçlı bir tedbir gibi algılanması son derece mümkündür (*örneğin işveren'in istihkakları ödemesi yahut müteahhidin çekişme konusu işi de yapması veya inşa etmesi vb*). Bu noktada, karşımıza şu soru çıkmaktadır: Tarafların, meselenin kesin hüküm etkisiyle sona ermesi amacıyla başvurabilecekleri *hukuki çareler* saklı kalmak kaydıyla yine aynı meselenin *esas hakkında* ancak bu kez derhal ve acilen bir karara varılabilmesi bakımından anlaşmaları ve gereğinde bununla yetinmeleri mümkün müdür?

Buradaki “yetinme” olgusunu açmak gerekir: Taraflar, DAB'ın vereceği kararı, kendileri için tatminkâr yahut yeterli bulabilir ki, aynı uyuşmazlığın kesin hüküm etkisiyle de sona erdirilmesi için gereken hukuki çareleri *artık* tüketmek istemeyebilirler.²¹⁰ Bütün sorun, aynı konuda yaşanacak bir sonraki uyuşmazlık sırasında, örneğin söz konusu kurul kararının yaratacağı etki ve içeriğidir. Bu mesleyi, bizler için somutlaştırmak son derece kolaydır. Çünkü Türk hukukunda, *borçlunun* gerçekten borçlu olmadığı tespit edilirse yahut *alacaklının* alacağı tahsiline karar verilmesi amacıyla başvurabileceği menfi tespit/ alacak davası yolu saklı kalmak kaydıyla (İİK m. 67/IV; 72) alacaklının, genel haciz yoluyla ilâmsız icra takibi içinde, *itirazın kesin kaldırılması* yoluyla (İİK m. 68) alacağını derhal ve süratle tahsil etmesi mümkündür. Oysa Fransa'da, aynı koşullar altında, bu sefer alacaklı, paranın (yahut ifası mümkün diğer alacak ve haklarının) tedbiren kendisine ödenmesi (*ifasını*) isteyebilmektedir (*référé provision*).

Önümüzdeki güçlük, özellikle maddi anlamda kesin hüküm etkisinden yoksun karar türlerinin tahkimle bağlantılı olarak gerçekleşmesi durumunda, nasıl tanımlanacağı ve icra edileceğidir. Zira tahkimde, özellikle Türk hukuku yönünden geçici hukuki koruma tedbirlerinin dışında kalan ve aslında, *-en azından para alacakları bakımından-* itirazın

Nicklisch F., The Role of The Engineer As Contract Administrator and Quasi-Arbitrator in International Construction and Civil Engineering Projects, 3 ICLR 1990, s. s. 325, 333 vd; Bunni N., The Gap in Sub-Clause 20.7 of the 1999 FIDIC Contracts for Major Works, 3 ICLR 2005, s. 272 vd.

²¹⁰ Özellikle bkz. Bunni, s. 276.

(kesin) kaldırılması yoluna *benzeyen* (özellikle de kesin hüküm etkisinden yoksun olmak nedeniyle) diğer hukuki çareler sonucunda verilen kararların nasıl icra edileceği, düzenleme boşluğu da dikkate alındığında, hayli güç vasıflandırma sorunlarına neden olmaktadır.

D. Tahkime Elverişlilik

Milletlerarası tahkim alanında, hızla değişime açık bir diğer saha da *tahkime elverişlilik* konusudur.²¹¹ *Tahkime elverişlilik* meselesi, milletlerarası tahkimin gerek sözleşmesel gerekse yargısal niteliğinin kesiştiği bir noktada bulunmaktadır. Aslında *tahkime elverişlilik*, sözleşme özgürlüğünün bittiği; bir yargılamanın kamusal özelliklerinin görülmeye başladığı noktanın adıdır.²¹² Şayet, taraflar arasındaki çekişmenin tahkime elverişli olmadığı düzenlenmişse *hem* tahkim anlaşması sözü edilen uyuşmazlık bağlamında geçersiz sayılacaktır *hem* de böyle bir konuda, hakemlerin yargı yetkisi bulunmayacaktır.

Tahkime elverişlilik ifadesi, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ve kapsamına yönelik olabileceği gibi (*contractual arbitrability*); uygulamada ve öğretilde, daha ziyade uyuşmazlığın esasının tahkim yoluyla hallinin mümkün olup olmadığıyla (*substantive inarbitrability*) ilişkilendirilmektedir. Bu son kullanım tarzı, tahkime elverişliliğin klasik kullanımına işaret etmektedir.²¹³

Tahkime elverişlilik ile ilgili meseleler, çoğu zaman, iki ana başlık altında incelenmektedir: Tahkim anlaşmasının taraflarına yönelik çeşitli nedenler yüzünden, tarafın tahkim anlaşmasını akdetmesi, hukuken ya mümkün değildir ya da sınırlandırılmıştır. *Devletlerin* yahut

²¹¹ Fortier L Y., Arbitrability of Disputes, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner, eds. Gerald Asken, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi, Anne Marie Whitesell, 2005, s. 269 vd.

²¹² Berger, s. 190; Carbonneau T/Janson F., Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability, 2 Tul J Int'l & Comp L 1994, s. 194, 195; Madl F., Competence of Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration, Essays on International Commercial Arbitration, ed. Petar Sarcevic, 1989, s. 95 vd. Ayrıca bkz. Sanders, s. 222 vd; Redfern/Hunter/Blackaby /Partasides, s. 138.

²¹³ Carbonneau/Janson, s. 195; Böckstiegel K. H., Public Policy and Arbitrability, Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration ICCA Congress Series, No. 3, 1987, s. 181. Ayrıca bkz. Henn G., Schiedsverfahrensrecht, 3., völlig neubearbeitete Auflage, Heidelberg, 2000, s. 8, 9.

kamu tüzel kişilerinin tahkime taraf olamamaları veya bu konuda özel bir yetkilendirmeye ihtiyaç duymaları, bu başlık altında yaşanan sorunlardır ve mesele, *subjektif tahkime elverişlik* olarak adlandırılmaktadır.²¹⁴ Uygulamada ilkinde göre daha sık yaşanan sorun, *hangi türdeki uyuşmazlıkların* tahkim yoluyla çözümünün mümkün olduğuna ilişkin olup *objektif tahkime elverişlilik* alt başlığı altında değerlendirilmektedir.²¹⁵

1958 New York Sözleşmesi'nin II, 1. maddesi, taraflar arasındaki tahkim anlaşması nedeniyle ülke mahkemelerinin uyuşmazlığın esası hakkında yargılama yapamamasını, aynı uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümünün mümkün olmasına *da* bağlamıştır. Taraf iradesi, tahkime elverişlilik yoluyla sınırlandırılmakta ve kamu düzeni sıklıkla bu sınırın somut görünümü ve gerekçesi olmaktadır.²¹⁶

Tahkime elverişlilikle ilgili olarak sırasıyla çözüm bekleyen sorular şunlardır: Taraflar arasındaki böyle bir çekişme, *a.* nerede, *b.* ne zaman gündeme gelir?²¹⁷ *c.* Sorunun çözümünde uygulanacak hukuk neye göre belirlenir? *d.* Bu son hâlde, mahkemelerle hakemler arasında bir

²¹⁴ Böckstiegel, *Public Policy*, s. 181, 182.

²¹⁵ Böyle bir ayırım, daha ziyade, Fransız hukuku kökenlidir (Carbonneau/Janson, s. 210). Ayrıca bkz. Fouchard/Goldman/Gaillard, s. 312, 313; Kirry A., *Arbitrability: Current Trends in Europe*, 12 (4) *Arb Int*, 1996, s. 373; Hanotiau B., *Objective Arbitrability, Its Limits, Its Problem Areas, Objective Arbitrability-Antitrust Disputes-Intellectual Property Disputes*, ASA Special Series No. 6, 1994, s. 27; Lew /Mistelis/Kröll, s. 187, 188; Walter G/Bosch W/Brönnimann J., *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Kommentar zu Kapitel 12 des IPR-Gesetzes, Bern 1991, s. 54.

²¹⁶ Böckstiegel, *Public Policy*, s. 178; Fortier, s. 270, 271.

²¹⁷ *Kompetenz-Kompetenz* tahkimle ilgili diğer pek çok sorun için geçerli olduğu gibi tahkime elverişlilik hakkında da kendisine uygulama alanı bulmaktadır. Kabul edilen *competez-competenz* anlayışı, ne içerikte olursa olsun hakemlerin de bu konuda söz hakkı sahibi oldukları bir gerçektir. Devlet mahkemelerine nazaran hakemlerin bir önceliğinin olup olmadığı, *lex loci arbitri* tarafından kabul gören *competenz-competenz* anlayışına bağlıdır (NCPC Art. 1458/I, II). Ne var ki, yargı yetkisi konusunda (*ki tahkime elverişliliğin de hakemlerin yargı yetkisini doğrudan ve olumsuz yönde etkilediğinde bir tereddüt yoktur*) son sözün de yine hakemlerde olması, 1998 Reformu öncesi Alman hukuku ve Amerikan hukukunda sınırlı bir etki yaratan *First Options v. Kaplan* (514 US 938, 1995) kararı bir yana bırakılacak olursa kabul görmüş bir olgu değildir. Tam aksine, bu konudaki imtiyazın devlet yargısı dışında icrasına izin verilmemesi gerektiği, kabul edilir (Model Kanun m. 16/III) (Lew/Mistelis/Kröll, s. 339; Walter/Bosch/Brönnimann, s. 93).

fark var mıdır? e. Mahkemeler için dahi tahkime elverişlilik hakkında farklı zamanlarda farklı hukukların uygulanması mümkün müdür?²¹⁸

Tahkime elverişlilik konusunda var olan sınırlamaların önemli bir kısmının, kamu düzeniyle alakalı olduğu düşünülse de; çok az düzenlemede, *doğrudan* kamu düzenine göndermede bulunulmuştur (CC Art. 2060; *karş.* PIL Art. 177/I; ZPO §1030/I, II; ÖZPO Art. 582/I, II; Hollanda CCP Art. 1020/III). Oysa kamu düzeni gibi oldukça muğlak bir kavramın böyle bir konuda gerekli açıklığı sağlayamadığına inanılır.²¹⁹ Kimi uyuşmazlıkların hiçbir şekilde tahkime elverişli olmadığı düşünülürken; emredici hukuk normlarıyla düzenlenmiş her mesele- nin de, tahkime elverişli olmaktan çıkması, beklenmemelidir.²²⁰ Zira bu görüş doğrudan, tahkime elverişlilik sorunu, emredici hukuk normlarından yahut bir meselenin salt kamu düzeniyle alakalı olmasından değil; *söz konusu kamu düzeninin doğrudan ve açıkça ihlal edilmiş olmasından* kaynaklanmaktadır.²²¹ Ancak bu dahi son derece tartışmalı bir kıstastır. Zira gerek tahkim yeri gerekse tenfiz yeri mahkemelerinin söz konusu hakem kararını her halükârda denetleyebilecek olmasının

²¹⁸ Ayrıntısı için bkz. Fortier, s. 271 vd. Ayrıca bkz. Hof van Cassatie (*Belgium*), 15.10.2004, XXXI YBCA 2006, s. 587-594.

²¹⁹ Kirry, s. 374. Ayrıca bkz. Böckstiegel, *Public Policy*, s. 183-184, 194; Samuel, s. 133. Tahkime elverişlilik alanında, kamu düzeninin klasik "*negative*" yönünden ziyade, "*positive*" yönü, yani yabancı unsurlu mesele de olsa "*immediate application*" derhâl uygulanması gereken yönü, karşımıza çıkmaktadır (Lalive P. Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration, Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress Series No. 3, 1987, s. 261-264). Ayrıca bkz. Kocasakal Ö H., *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerinde Etkileri*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001, s. 19-24, 179.

²²⁰ Park, *Public Interest*, s. 634; Carbonneau, s. 160-162; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 332; Delvolvé L. J/Rouche J/Pointon H. G., *French Arbitration Law and Practice*, 2003, s. 44. Ayrıca bkz. Mourre A., *Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of the Arbitrator*, 22 (1) *Arb Int* 2006, s. 100. *Karş.* Alangoya, s. 95, 96, dn. 214.

²²¹ Abdulla Z., *The Arbitration Agreement*, Chapter 2, *International Arbitration in Switzerland*, A Handbook for Practitioners, ed. Gabrielle Kaufmann-Kohler & Blaise Stucki, 2004, s. 22; Fouchard/Gaillard /Goldman, s. 334; Delvolvé/Rouche/Pointon, s. 50; Kirry, s. 375. Devletin ekonomik yaşamdaki etkin rolü, bugün pek çok meseleyi kamu düzeniyle sosyal yaşamla toplumun bizzat kendisiyle ilgili hâle getirmektedir. İçtihatlarda da artık ağırlık ve önem, Fransız Medeni Kanunu'nun 2060. maddesinden, 2059. maddesine kaymıştır. Örneğin, *emredici normlarla düzenlenmesinde toplumun genel menfaati bulunduğuna inanılan bir mesele, artık, her hâlükârda, tahkime elverişli olmaktan da çıkmamaktadır* (Carbonneau /Janson, s. 213-214).

(*second-look doctrine*²²²) verdiği rahatlık, öğretide ifade edildiği şekliyle bir başka ölçütün doğmasına neden olmuştur. Bu kıstas, özellikle milletlerarası tahkim uygulamasında, hakemlerce büyük bir ilgi görmüş ve hakemlerin kamu düzeniyle alâkalı da olsa kimi uyuşmazlıkları neden çözemeyecekleri konusundaki güven sorununun tartışılmasını sağlamıştır.²²³

Genel olarak kamu düzenine bağlanan iki etkiden söz edilir. Bunlardan ilki, *kamu düzeninin koruyucu etkisidir (ordre public de protection)* ve daha ziyade, hukuki ilişkinin *sadece* tarafları için geçerlidir. Bunun yanında, kamu düzeninin *ordre public de direction* etkisi de vardır ki, burada temel kaygı, salt hukuki ilişkinin tarafları olmayıp ilişkiye yabancı ve fakat sonuçlarından etkilenmesi muhtemel üçüncü kişilerin de haklarının korunabilmesi; temel borç ilişkisinin tarafları dışındakilerin de içinde bulunduğu hukukî yapının düzenlenebilmesidir.²²⁴ Bu son hâlde, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasının tarafı da olmadığı dikkate alındığında, onların ihlale açık hak ve çıkarlarının, *kamu düzeni adı altından korunacağı bir gerçek olmakla birlikte*, özellikle milletlerarası meselelerde, *ancak kimin tarafından korunabileceği*, sorunun özünü teşkil etmektedir. Artık egemen kılınmaya çalışılan anlayış, kanunun çoğu kez kamu menfaatlerini yansıtan hükümlerinin, pekâlâ hakemlerce de gözetilebileceği, uygulanabileceği şeklindedir.²²⁵

Tahkime elverişlilik, hukukun iradeye getirmiş olduğu sınırlardan biri olmakla birlikte böyle bir sınırlamanın ne gerekçeyle ve hangi ölçütler dikkate alınarak öngörüldüğü, özellikle millî hukuklar bağlamındaki farklılaşmanın özünde yatan konudur. Örneğin millette-

²²² *Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S 614, 638 (1985).

²²³ Ayrıca bkz. Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 336, 337.

²²⁴ Delvolvé/Rouche/Pointon, s. 39, 45.

²²⁵ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 336; Carbonneau/Janson, s. 217; Kirry, s. 375; Park, *Public Interest*, s. 640-642. *Benetton* kararında, (ECJ, Case 126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*, XXIV YBCA 1999, s. 637), çok açık bir biçimde, hakemlerce, *ex officio* Avrupa Birliği kamu düzeninin bir parçası olarak görülen, rekabetin korunmasıyla ilgili EC Treaty Art. 81 vd. hükümlerinin uygulanmasının gerektiği sonucuna varılmıştır. Ayrıca bkz. Riegler/Petsche /Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher, s. 116 vd; Alangoya, s. 172; Alangoya/Yıldırım /Yıldırım, s. 609. "...İş Kanunu'nun iş sözleşmesinin ihbar önellerine ait ücretin peşin ödenerek sona erdirilmesi ve sonuçlarına ilişkin yasal esaslar açısından *kamu düzenine aykırı düştüğünden, kararın sadece bu kısmının bozulması gerekir...*" 15 HD. 19.11.1979, 10099/13883 (Kostakoğlu C., İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 4. Bası, İstanbul 2005, s. 256).

rarası alanda, tahkime elverişlilik meselesiyle ilgili olarak yaygınlık kazanmaya başlayan bir diğer kıstasa göre, mahkemelerin taraflar arasındaki uyuşmazlıkla ilgili münhasır yargı yetkilerinin düzenlendiği durumlarda (*kesin yetkisinin değil*) anılan meselenin tahkime elverişli olmadığı kabul edilir.²²⁶ *Üçüncü kişilerin ve özellikle kamunun, genel ve haklı menfaatlerini yakından etkileyen, alakadar eden öyle konular vardır ki, devlet, söz konusu meseleleri, sadece düzenlemekle kalmaz; ama aynı zamanda münhasıran kendisince, mahkemelerince görülmesini, çözümlenmesini ister; bunu da ayrıca düzenler. Tahkime elverişli olmayan konular, ancak ve sadece bu kapsamda olanlardır.*²²⁷ Zira ülkelerin kendi iç mevzuatlarında, kimi zaman, bazı meselelerin kesin yetki kurallarıyla veya özel görevli mahkemelerce çözümleneceği düzenlenebilmektedir. Tartışma, büyük ölçüde, böyle bir düzenleme ile tahkimin de devre dışı bırakılıp bırakılmadığının tespitinde yaşanmaktadır. Genel kabul, bu son hâldeki düzenlemelerin öncelikle ve yalnızca devletin kendi mahkemeler teşkilatı için geçerli olduğu ve onu bağladığı; *ayrıca ve açıkça, bir yargı tekelinin yaratılmak istendiği anlaşılmadığı* sürece, tahkime elverişliliğe mâni olmadığı yönündedir.²²⁸

Bugün artık, özellikle Mayıs 2004'ten sonra, *1/2003 Regulation*'u gereği (Art. 6),²²⁹ mahkemeler yanında, *hakemlerin de EC Treaty Art. 81/III gereği*, bireysel muafiyet tanımlarının mümkün olup olmadığı tartışılmaktadır. Anılan *Regulation*'un 6. maddesi mahkemelerden bahsetmekle birlikte, hakemler hakkında bir açıklık getirmiş değildir. Tartışmalı olmakla birlikte, bir görüşe göre, daha önce *Komisyon* tekelinde olan böyle bir insiyatifin, artık mahkemelere *de* tanındığı gerçeği dikkate alınarak lâfzen var olan eksikliğe karşın, hakemlerin de anılan türde bir sonuca varabilmeleri mümkündür.²³⁰

²²⁶ Böckstiegel, *Public Policy*, s. 193.

²²⁷ Park, *Public Interest*, s. 640; Böckstiegel, *Public Policy*, s. 193; Nakamura T., *Arbitrability and The Lex Arbitri*, 17(3) *Mealey's IAR*, 2002, s. 33; Abdulla, s. 23. Ayrıca bkz. Berger, s. 191.

²²⁸ Berger, s. 192; Schütze A. R., *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 3., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, München 1999, s. 49.

²²⁹ Council Regulation EC No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ 2003 L1/1, Art. 6

²³⁰ van Houtte H., *Arbitration and Arts 81 and 82 EC Treaty- A State of Affairs*, 23(3) *ASA Bulletin* 2005, s. 435, 436; Lew, *Arbitration*, s. 193. Ayrıca bkz. Lew J. D.M., *Determination of arbitrators' jurisdiction and the public policy limitations on that jurisdiction*, *Contemporary problems in international arbitration*, ed Julian D. M. Lew,

Avrupa Birliği rekabet hukukuyla ilgili özellikle vurgulanması gereken bir diğer mesele de söz konusu kuralların hakemlerce kendiliğinden uygulanmasının gerekip gerekmediğidir. Eğilim, hakemlerce söz konusu kuralların *kendiliğinden* dikkate alınmasının gerektiği yönündedir. Bu, aslında anılan kuralların (üçüncü kişilerin de menfaatlerini yakından ilgilendirir biçimde) kamu düzenine ait olmalarının tabii bir sonucudur.²³¹ Gerçi, özellikle tahkim yeri Avrupa Birliği'ne üye ülkelerden birinde olan tahkim yargılamaları sonucunda verilen hakem kararlarının mahkemelerce denetimi sırasında, söz konusu ülke mahkemeleri *de zaten aynı içerikte* bir denetimi gerçekleştirecektir.²³² Lâkin bu yorumun ve mahkemelerce yapılacak denetimin, asla kamu düzeninin korunması adına, uyuşmazlığın bir kez daha ve bu sefer mahkemeler önünde görülmesi anlamına gelmemesi gerektiği, öğretide savunulmuştur. Kamu düzenine aykırılık, "*flagrante, effective et concrète*" olmak zorundadır. Taraflarca iddia ve talep edilmeyen; hakemlerce *resen* de olsa farkına varılmayan, ancak Avrupa Birliği rekabet hukukunu (kamu düzenini) yakından ilgilendiren bir meselenin, hakem kararının iptalinin istendiği bir aşamada, hakemlerin *ex officio* ödevlerini ihlal ettiği gerekçesiyle ileri sürülmesi olası değildir. Ancak açık, bariz, sonuca etkili ve somut kamu düzeni ihlalleri, mahkemelerce bir

1986, s. 81; Hanotiau, *Arbitrability*, s. 41.

²³¹ Raeschke-Kessler H. Some Developments on Arbitrability and Related Issues, *International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story*, ICCA Congress Series No. 10, 2001, s. 51. Karş. van Houtte, s. 440; Blanke G., *Defining the Limits of Scrutiny of Awards Based on Alleged Violations of European Competition Law*, *A Réplique to Denis Bensuade's "Thalès Air Defenece Bv v. GIE Euromissile"* 23 (3) *Arb Int* 2006, s. 252; Abdulla, s. 23. *Eco Swiss* kararının değinilmesi gereken bir başka özelliği daha bulunmaktadır (ECJ, *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*, XXIVa YBCA 1999, s. 629, 630). Davada, Hollanda Yüksek Mahkemesi'nin ve dolayısıyla ECJ'nin çözmekle yükümlü olduğu bir *usulî* mesele daha vardır. Hakemlerce verilen ve aslında EC Treaty Art. 81'nin gözetilmesini gerekli kılan bir *kısmi karar* (MTK m. 14/A/II), tarafta iptali istenmediğinden kesinleşmiş (Hollanda CCP Art. 1064/III); ancak nihai hakem kararının iptali esnasında, hükmün anılan düzenlemeye ve dolayısıyla kamu düzenine aykırı olduğu savunulmuştur. Şu hâlde, artık cevap bekleyen soru, tahkim yargılaması içinde, kesin hüküm etkisini haiz kısmi hakem kararıyla çözülmüş bir meselenin nihai hakem kararının iptali istendiğinde, *kamu düzeni gerekçesiyle de olsa* aşılması, yok sayılması yahut görmezden gelinmesi mümkün müdür? ECJ, bununla da ilgili olarak, her ne kadar anılan düzenlemelerde kamu düzeni karakteri görmüşse de kesin hükmün aşılmasına olanak tanımamış; buna cevaz vermemiştir (Lew/Mistelis/Kröll, s. 483 vd; Senkovic P/Lastenouse P., *Eco Swiss China Time Ltd. And Benetton International NV Judgement: Why Arbitrators Should Not Ignore European Competition Law*, 14(9) *Mealey's* 1999, s. 49).

²³² van Houtte, s. 447, 447. Ayrıca bkz. ICC *Case no. 5480*, 2 *ICC Bulletin* 1993, s. 72.

denetime tabi tutulur. Bu dahi uyuşmazlığın esasının bir kez de mahkemelerce görülmesi anlamına gelemez. Mevcut vakıa, iddia, talep ve savunmalarla yetinilmelidir.²³³

Tahkime elverişlilikle ilgili olarak kamu düzenini hiçe sayan, görmezden gelen bir hakem kararının özellikle *söz konusu hakem kararının icrası yahut tanınması/tenfizi* aşamasında, denetlenmesi gerekir ve yetisir. Zaten *second-look* öğretisi ile hedeflenen de budur.²³⁴

E. Tahkim Yeri Mahkemelerince İptal Edilmiş Hakem Kararlarının Tenfizi Sorunu

Tahkim yeri mahkemelerince iptal edilmiş hakem kararlarının başka ülkelerde tenfiz edilip edilemeyeceği sorunu, konuyla ilgili, istisnai nitelikteki düzenlemeler ve uygulamalar bir yana bırakıldığında, güncelliğini hâla muhafaza etmektedir.²³⁵ Tartışmaların özünde,

²³³ Blanke, s. 252-257. Kamu düzeni denetimlerinin hiçbir şekilde, iptal davalarında, uyuşmazlığın esasının bir kez daha görülmesi anlamına gelmediği; Federal Mahkeme'nin, EU yahut başka milli rekabet hukuku kurallarının bekçisi olmadığı; *kaldı ki*, mahkemenin iptal davalarına ilişkin yargı yetkisinin taraflarca bertaraf edilebileceği dikkate alındığında, kamu düzenine yönelik tartışmaların önce hakemlerin, sonra da tenfiz yeri hukuklarının meselesi olduğu, başta EU olmak üzere hiçbir milli rekabet hukuku normunun PIL Art. 190/II, e anlamında İsviçre (milletlerarası) kamu düzeninin bir unsuru olmadığına ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. ASA Bulletin 2/2006, s. 363; Scherer M., Introduction to the Case Law Section, 24 (2) ASA Bulletin 2006, s. 270, 271.

²³⁴ İlk aşama, *tahkim anlaşmasının geçerliliğinin denetlenmesidir* ki, bu dönemde, tahkime elverişlilik yönünden tahkim anlaşmasını daha baştan geçersiz saymak, milletlerarası ticaretin gereklerinin ve ihtiyaçlarının hiçe sayılması anlamına gelir. Nasıl olsa, kamu düzeni ihlal edilen ülkenin söz konusu hakem kararının icrası yahut tanınması/tenfizi aşamasında, denetim ve gözetim yetkisi olacaktır. Kaldı ki, hakemlerin de, emredici normlarla desteklenmiş ve kamu düzeninden sayılan meselelerde, *her hâlde*, kamu düzeniyle çelişen kararlar vereceklerini öngörmek yahut kabul etmek mümkün olmasa gerek (Park, *Public Interest*, s. 641 vd). Ayrıca bkz. Blessing M., Objective Arbitrability-Antitrust Disputes-Intellectual Property Disputes, Objective Arbitrability-Antitrust Disputes-Intellectual Property Disputes, ASA Special Series No. 6, 1994, s. 19. Ne var ki, sözü edilen denetimin gerçekleştirilmesi de ancak hakem kararlarının gerekçeli olması şartıyla mümkündür (von Mehren, *The Future of Arbitration*, s. 623, 628).

²³⁵ Sampliner G. H., Enforcement of Foreign Arbitral Awards After Annulment In Their Country of Origin, 11(9) Mealey's IAR 1996, s. 22 vd; van den Berg A.J., Enforcement of Annulled Awards?, 9(2) ICC Bulletin 1998, s. 15 vd.; Petrochilos, s. 300 vd; Ayrıca bkz. Akıncı, s. 148 vd.

çoğu kez iki popüler karar bulunmaktadır: *Hilmarton*²³⁶ ve *Chromalloy*²³⁷ davaları.²³⁸ Sorun, *tahkim yeri mahkemelerince iptal edilmekle birlikte geriye hâlâ tenfizî mümkün, hukuken geçerli bir hakem kararının kalıp kalmadığıdır (karş. ZPO §1061/III)*.²³⁹ Tahkimin milletlerarası niteliğini ön plana çıkan görüş yönünden, iptal kararı, *sadece tahkim yeri ülkesi için geçerli olup bu hâlde milletlerarası nitelikteki hakem kararının tenfiz yeri hukukları için de geçersiz, manasız, işlevsiz kalacağı sonucuna varılamaz*.²⁴⁰

Hilmarton davasında, İsviçre Federal Mahkemesi'nce iptal edilen hakem kararının Fransa'da tenfizî istendiğinde, *Cour de cassation*, "... son olarak, *İsviçre'de verilen hakem kararı, bir milletlerarası hakem kararı olup o ülkenin hukukunun ve yargı sisteminin bir parçası değildir. Bu hâlde, hakem kararı, iptal edilse dahi hukuki varlığını sürdürmektedir ki, bu durum, Fransız milletlerarası kamu düzeniyle de çatışmamaktadır...*" sonucuna varmıştır.²⁴¹ *Mahkeme kararlarının aksine, hakem kararlarının belli bir hukuk düzeniyle ilişkilendirilmesi, ancak bu ilişkilendirmeyi yapan hukuk için geçerli*

²³⁶ ICC Award No. 5622, XIX YBCA 1994, s. 105.

²³⁷ Karar için bkz. 11 Mealey's IAR. 1996, s. C-1, C-4.

²³⁸ Son olarak *Cour d'Appel, Paris, Department of Civil Aviation of the Government of Dubai v. International Bechtel Co.* kararı ve değerlendirmesi için bkz. XXXI YBCA 2006, s. 629 vd; Lew, *Arbitration*, s. 198. Söz konusu hakem kararı, Amerikan hukukunda da aynı sonuçları doğuramamıştır (300 F. Supp 2d 102 (2004)). Ayrıca bkz. *Legal Department of the Ministry of Justice of the Republic of Iraq v. Fincantieri-Cantieri Navali Italiani, Oto Melara SpA, Armamenti e Aerospazio*, XXXI YBCA 2006, s. 635 vd. Çok daha önceki dönemlere ait bir karar için bkz. *Pabalk Ticaret Şirketi Limited v. Norsolor S.A*, XI YBCA 1986, s. 484 vd, Akıncı, s. 155, 156.

²³⁹ Karrer A. P., *Judicial Review of International Arbitral Awards up to a point Local and Transnational standarts*, FS für Rolf A. Schütze, München, 1999, s. 339, 340. Ayrıca bkz. Zöllner/Geimer, §1061, Rn. 59; Albers, §1061, Rn. 5. Tahkim yeri (Rusya) mahkemelerince iptal edilen hakem kararının tenfizî talebini reddeden Alman mahkemesi kararı için bkz. OLG Rostock, BB 55 (Special Supp. 8, 200), s. 20 vd; XXV YBCA 2000, s. 717 vd. Ayrıca bkz. Hulbert W. R., *Further Observations on Chromalloy: A Contract Misconstrued, a Law Misapplied, and an Opportunity Foregone*, 13(1) ICSID Rev-FILJ 1998, s. 125 vd.; Weinacht F., *Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards in Germany*, 19(4) J. Int'l Arb 2002, s. 313 vd.

²⁴⁰ Goode, s. 27; Karrer, s. 342. Ayrıca bkz. Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 913-916; Akıncı, s. 15-153. *Karş. Sandrock O., To Continue Nationalizing or To De-nationalize? That is now the Question in International Arbitration?*, 12 Am Rev. Int Arb 2001, s. 324 vd.

²⁴¹ Sorulması gereken, Fransız mahkemelerinin, *hangi yetkiyle* neyin İsviçre hukukunun yahut yargı düzeninin bir parçası olup olmadığına karar verebildiğidir (Goode, s. 27). Ayrıca bkz. Schwartz E. A., *A Comment on Chromalloy, Hilmarton, à l'américaine*, 14 (2) J. Int'l Arb 1997, s. 126 vd.

ve bağlayıcıdır; Fransız hukuku için tüm hakem kararları, eşit düzeyde geçerli olup varlık ve geçerlilikleri, sadece, Fransız hukukuna ve onun da kabul ettiği anlayışa göre, milletlerarası değerlere uygun olarak belirlenecektir.²⁴²

Cour d'appel Paris, Hilmarton içtihadını izlemiş, 1997 yılında, bu sefer *Chromalloy* davasında, "...Mısır'da verilen hakem kararı, bir milletlerarası hakem kararı olduğundan, tanımı gereği, sözü edilen devletin yargı düzeninin bir parçası değildir; öylese hükmün iptali, aynı hükmün varlığı üzerinde etkin ve belirleyici olmayıp Fransa'da tenfizi de milletlerarası kamu düzeniyle çelişmemektedir..." sonucuna ulaşmıştır.²⁴³ Söz konusu hakem kararı, Mısır'da iptal edilmiş olmasına rağmen Fransa yanında, Amerika'da da tenfiz edilebilmiştir.²⁴⁴ Bu durum, Fransız hukukunun aksine, Amerikan hukuku için henüz istikrar kazanmamıştır. Zira *Chromalloy* kararının hemen ertesinde, *Baker Marine*²⁴⁵ ve *Spier*²⁴⁶ davalarında, *Chromalloy* kararında savunulan görüşler bazı şartlara tabi tutularak Nijerya ve İtalyan mahkemelerince iptal edilen hakem kararlarının tenfizine olanak tanınmamıştır.²⁴⁷

Yeri gelmişken, özellikle de aşağıda aktarılacak görüşlere esas olmak üzere şu açıklamanın yapılmasında yarar vardır: Kahire İstinaf Mahkemesi, söz konusu hakem kararını, Mısır Tahkim Kanunu'nun 53/I, d maddesine dayanarak iptal etmiştir. Düzenleme, bir iptal nedeni olarak hakem heyetinin taraflarca kararlaştırılan (maddi) hukuku, uyuşmazlığın esasına uygulamaması; bu konuda hataya düşmesi hakkındadır. Somut olayda, taraflar arasındaki hukuki ilişkiye *Mısır*

²⁴² Eleştirisi için bkz. Sandrock, s. 326. Ayrıca bkz. Craig, s. 32; Gaillard E., Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin: The French Experience, Improving The Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999, s. 505 vd. Ayrıca bkz. Akıncı, s. 148-160.

²⁴³ *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*, XXII YBCA 1997, s. 1001. Ayrıca bkz. Hulbert, s. 131-134; Rivkin W. D., The Enforcement of Awards Nullified in the Country of Origin: The American Experience, Improving The Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999, s. 528 vd; Lew, *Arbitration*, s. 198, 199.

²⁴⁴ 939 F. Supp 907 vd (D.D. C 1996), 11 Mealey's IAR 1996, s. 4; Sampliner, s. 25 vd. Ayrıca bkz. Carbonneau E. T., Debating the Proper Role of National Law under the New York Arbitration Convention, 6 Tul. J. Int'l & Comp. L 1998, s. 279.

²⁴⁵ *Baker Marine Ltd v. Chevron Ltd*. 191 F.3d 194 (2d Cir. 1999), 14 Mealey's IAR, 1999, s. 3.

²⁴⁶ *Spier v. Calzaturificio Tecnica S.p. A*, 14 Mealey's IAR 1999, s. 12.

²⁴⁷ King B., Enforcing Annulled Awards, U.S Courts Chart Their Own Course, 15 (1) Mealey's IAR 2000, s. 17 vd. Ayrıca bkz. Hulbert, s. 126, 127.

hukukunun uygulanacağı kararlaştırılmış olmakla birlikte davaya konu sözleşmenin mahkemece idare hukukuna tabi bir imtiyaz sözleşmesi olarak görülmesi nedeniyle söz konusu hukuk seçiminin hakemlerce Mısır özel hukuku olarak değil; Mısır idare hukuku olarak yorumlanması ve idare hukukuna ait prensip, ilke ve mevzuatın uygulanması gerekirken sadece Mısır özel hukukuyla yetinilmesi, bu madde kapsamında değerlendirilmiştir.²⁴⁸

İçtihatlarda, sözü edilen hakem kararlarının tahkim yeri millî hukuklarından koparılması; onlarla hiçbir bağlantılarının olmadığını tespit edilmesi, bir hayli ilgi çekici ve o kadar da tartışmalıdır.²⁴⁹ Hiç şüphesiz ki, bu anlayış, *tıpkı, iptal kararının ardından ilgili hakem kararının tahkim yeri ülkesi ve hukuku için artık bir anlam ifade etmemesi gibi*, sadece Fransız hukuku için geçerlidir ve bağlayıcıdır. Aslında, yaratılan, *multi-localization* anlayışından başka bir şey değildir.²⁵⁰ Tahkim yerinin, hükmün tahkim yerinde de infaz edilecek olması ihtimali dışında, pratik ve hukuki, hiçbir anlamı ve değeri yoktur. Ancak bu noktada, hükmün geçersizliğini, bir tek tahkim yeri hukukunda ileri sürmekle tenfiz aşamasında da önemli kazanımlar elde edecek olan tarafın, artık bundan sonra, her bir tenfiz yerinde ayrı ayrı, hükmün geçersizliğini savunmak durumunda kalacak olması da gözden uzak tutulmamalıdır (*karş.* New York Sözleşmesi m. V, 1, e; özellikle bkz. ZPO §1061/III; 1961 Cenevre Sözleşmesi m. IX; ZPO §1061/III).²⁵¹

Meselenin öncelikle 1958 New York Sözleşmesi'nin V, 1 maddesinin lafzen yorumlanması yoluyla çözümlenmeye çalışıldığı bir gerçektir. Öyle ki hüküm, "Recognition and enforcement of the award may be refused... *only if...*" şeklinde ve ilk bakışta, tenfiz yeri mahkemelerine, öngörülen *sınırlı sayıdaki* tenfiz engeli gerçekleşmiş *olsa dahi* söz konusu yabancı hakem kararının tenfizine müsaade edilebileceği yönünde, bir takdir hakkı tanımaktadır.²⁵² Bu, sözleşmenin İngilizce metninin bir sonucudur. Oysa aynı hükmün özellikle Fransızca metninin mahke-

²⁴⁸ Ayrıntısı için bkz. Hulbert, s. 126; Sampliner, s. 26, 27; Paulsson, *Annulment*, s. 15, 16; van den Berg, s. 17-19.

²⁴⁹ Goode, s. 28; Karrer, s. 344.

²⁵⁰ Ayrıca bkz. Mayer, s. 46.

²⁵¹ Sandrock, s. 328, 329; Park, s. 234.

²⁵² Paulsson, *Annulment*, s. 14, 15. Ayrıca bkz. Patocchi P. M., *The 1958 New York Convention, The Swiss Practice, The New York Convention of 1958, Asa Special Series No. 9, 1996, s. 165.*

melere bu yönde hiçbir takdir hakkı tanımadığı bilinmektedir.²⁵³ Her iki dilin de sözleşmenin yorumunda esas alınması mümkün resmi dili olduğu dikkate alındığında (1958 New York Sözleşmesi m. XVI, 1), konunun sadece "...may..." şeklindeki bir kullanım tarzıyla açıklanmaya çalışılması eksik kalacaktır.²⁵⁴

Hakem kararlarının iptaline ilişkin tahkim yeri mahkemelerine ait yetkinin kullanımı sırasında, milletlerarası tahkim uygulamasının genel ve ortak değerleriyle örtüşmeyen kimi sonuçlar ortaya çıkabilir ve bunun tenfiz yeri hukuklarını *da* etkileyerek bağlaması, düşünülebilir. Acaba, 1958 New York Sözleşmesi, böyle *extra-territorial* bir sonuca mı hizmet etmektedir?²⁵⁵ Meselenin özü, budur.²⁵⁶ Bu noktada, şöyle bir sorunun da sorulması mümkündür: Acaba tahkim yeri mahkemeleri, hakem kararlarının iptali yönünden bir denetim gerçekleştirmek zorunda mıdır? Tarafların böyle bir hukuki çareden feragat etmeleri mümkün ve caiz midir (örneğin bkz. PIL Art. 192/I, Belçika Yargılama Usulü Kanunu m. 1717; MTK m. 15/A/V)?²⁵⁷ Hiç şüphesiz ki, özellikle Fransız uygulamasında genellikle kabul edildiği ve yorumlandığı şekliyle aynı sözleşmenin VII. maddesi, sözleşmeden daha ileride ve tenfiz isteyeninin lehine hükümler içeren örneğin iç hukuk hükümlerinin tenfiz yargılamasında uygulanmasını mümkün kılmaktadır.²⁵⁸ Ancak sorun, böyle bir iç hukuk hükmünün *de* olmadığı hâlde ve özellikle sözleşmenin V, 1, e. maddesiyle geneli dikkate alındığında, tahkim yeri mahkemeleriyle tenfiz yeri hukuku arasında, zorunlu bir bağ kurulup kurulmadığıdır.²⁵⁹

Öğretide, yerel iptal nedenleri (Local Standard Annulments) şeklinde ifade edilen gerekçelerle hakem kararının iptal edilmesi durumunda dahi geçerli ve hâlâ hukuken ayakta olan bir hakem kararının varlığı esas alınarak böyle bir hakem kararının tenfizi mümkün görülmektedir.²⁶⁰ Bu sonuç, *hem* tahkimin hukuki niteliğiyle pekiştirilmektedir *hem de* aksi fikrin 1958 New York Sözleşmesi'nin amacı ve

²⁵³ Hulbert, s. 143, 144; Paulsson, *Annulment*, s. 15; Patocchi, s. 166; Gaillard, s. 517, 518. Karş. Petrochilos, s. 301.

²⁵⁴ Petrochilos, s. 301-303. Ayrıca bkz. Paulsson, *Annulment*, s. 15.

²⁵⁵ Bu soruya verilen olumlu yanıt için bkz. Asouzu, s. 94.

²⁵⁶ Carbonneau, *National Law*, s. 286.

²⁵⁷ Ayrıntısı için bkz. Asouzu, s. 84, 85.

²⁵⁸ van den Berg, s. 16, 17; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 978, 979.

²⁵⁹ Gaillard, s. 518, 522. Ayrıca bkz. Hulbert, s. 142; Schwartz, s. 133.

²⁶⁰ Paulsson, *Annulment*, s. 17 vd.

felsefesiyle örtüşmediği iddia edilmektedir: sözleşme, 1923 Cenevre Protokolü'nün ve 1927 Cenevre Konvansiyonu'nun yerine; onların getirdiği ilke ve prensiplerden farklı olarak, o dönemin hâkim anlayışını ortadan kaldırmak amacıyla hazırlanmıştır. Kısaca 1958 New York Sözleşmesi'nin III ve IV. maddeleri bakımından hakem kararlarının "binding" (*Verbindlichkeit*) etkisini haiz olması yeterlidir; "final" de olmaları aranmaz;²⁶¹ dahası hakem heyetinin nasıl teşekkül edeceği başta olmak üzere tahkim usulünün taraflarca serbestçe kararlaştırılması mümkündür; *ancak bu yapılmamışsa* tahkim yeri hukukuyla uyum içinde olunmalıdır (1958 New York Sözleşmesi m. V, 1, d).²⁶² İddia edildiği şekliyle tahkim yeri mahkemelerince iptal edilen hakem kararının hiçbir yerde ve hiçbir şekilde en azından sözleşme bağlamında, tenfiz edilemeyeceğini kabul etmek, bütün bu kazanımların inkârı anlamındadır (*karş.* 1958 New York Sözleşmesi m. VI).²⁶³

Türkiye'nin de taraf olduğu 1961 Cenevre Sözleşmesi'nin IX, 1. maddesi, tenfiz yeri ülkesini de bağlayacak iptal nedenlerini sınır-

²⁶¹ Söz konusu terimlerin ayrıntısı için bkz. van den Berg A. J, The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Arbitration, 1981, s. 337 vd; Patocchi, s. 183, 184; Akıncı, 138 vd.

²⁶² van den Berg, *Convention*, s. 325, 326. *Karş.* Asouzu, s. 82, 83; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 991.

²⁶³ Paulsson, *Annulment*, s. 18, 19. Ayrıca bkz. Carbonneau, *National Law*, s. 281; Fouchard /Gaillard/Goldman, s. 972, 973. *Karş.* van den Berg, s. 20; van den Berg, *Convention*, s. 355, 356. Tahkim yeri hukuklarının tahkim yargılamaları üzerinde ve örneğin hakem heyetinin oluşumuyla ilgili etkin, baskın kimi düzenlemeler içermesi mümkündür. Buna benzer bir başka düzenleme örneği, 1966 AA § 17'dir (XI YBCA 1986, s. 527; IX YBCA 1984, s. 462). Bütün bu hükümlerin tahkim yeri hukukunun emredici normlarından sayılması hâlinde yahut aksi kararlaştırılmakla birlikte, somut olayda taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa söz konusu hükümlerin uygulanması durumunda, artık taraflar arasındaki anlaşmaya aykırı davranıldığından bahsetmek mümkün değildir (Samuel, s. 113-116; İsviçre Federal Mahkemesi, *Joseph Muller v. Sigval Bergesen*, IX YBCA 1984, s. 437-440). Bir başka açıdan, tahkim yeri hukukunun normları, artık taraflar arasındaki anlaşmanın bir parçasıdır. Aksi yöndeki bir anlaşmanın mümkün olup olmaması, sadece anılan normun emredici nitelikte olup olmamasıyla ilgilidir. 1958 New York Sözleşmesi'nin V, 1, d maddesi de bu yönde yorumlanmalıdır. *Anılan hüküm, tarafların ortak iradesine, tahkim yeri hukuku üzerinde, mutlak bir hükümranlık tanımamaktadır.* Zaten, aksi de aynı sözleşmenin V, 1, e maddesinde düzenlenmiştir. (Luzzatto, s. 58). *Aynı yönde bkz.* Varady T., Arbitration Despite The Parties, Law and Reality, Essays on National and International Procedural Law, in Honor of Corneils Carel Albert Voskuil, ed. Sumampouw M/Barnhoorn L.A.N.M/Freedberg-Schwartzbur J. AG/Tromm J.J.M/Wade J.A, 1992, s. 365, 367; Mann F. A., Zur Nationalität des Schiedsspruchs, FS für Walter Oppenhoff, München, 1985, s. 223.

layarak bu noktada, 1958 New York Sözleşmesi'ni desteklemekte ve sözü edilen görüşlere normatif bir temel kazandırmaktadır.²⁶⁴ Gerçi, aynı normatif temeli yine 1958 New York Sözleşmesi'nin VII. maddesinde bulmak da mümkündür.²⁶⁵ Yukarıda değinilen her iki kararda da gerek Fransız gerekse Amerikan mahkemelerince sözleşmenin VII. maddesine sığınılmıştır.²⁶⁶ NCPC Art. 1502 yönünden hakem kararının tahkim yeri mahkemesince iptal edilmiş olması, bir tenfiz engeli olarak düzenlenmemiştir.²⁶⁷

Konu, karmaşıktır. Aksi yönde düşünceler de mevcuttur.²⁶⁸ Hatta öğretilerde, aktarıldığı şekliyle tahkim yeri mahkemesince iptal edilmiş de olsa tarafların hakem kararının tenfizi konusundaki *şanslarını* bir kez de Fransa'da denemelerinin mümkün olduğu belirtilmektedir.²⁶⁹ Buna karşın, meselenin dikkate değer bir diğer güçlüğü, ülke mahkemesinin ilgili hakem kararını iptal etmiş olduğu gerçeğidir. Söz konusu mahkeme kararına rağmen diğer bir ülke mahkemesinin anılan hakem kararını tenfiz etmesi, tahkim yeri mahkemelerince verilen kararın hiçe sayılması anlamına gelmektedir.²⁷⁰ Gerçi hemen belirtelim, *Chromalloy* olayında, Amerikan mahkemesi, hakem kararını iptal eden Kahire İstinaf Mahkemesi'nin kararının tanınması yönündeki isteği, kamu düzenine aykırı bularak reddetmiş; ağırlığın, önceliğin ve önemin hakem kararının tenfizinde olduğunu içtihat etmiştir.²⁷¹ Tartışmaya değer iki sorunu, şu şekilde ortaya koymak mümkündür:

a. *Chromalloy* davasında, karara konu olan iptal nedeninden başka bir nedenle söz konusu hakem kararı iptal edilseydi de aynı sonuca ulaşılabilecekti mi?

b. *Hilmarton* davasında olduğu gibi Fransa'da iptal edilmiş hakem kararı tenfiz edildikten sonra, tahkim yeri olan İsviçre'de yapılan yeni bir tahkim yargılamasının ardından verilen ikinci hakem kararının da

²⁶⁴ Paulsson, *Annulment*, s. 19; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 1000; Gaillard, s. 519, 520.

²⁶⁵ Rivkin, s. 532. Bu sonuç, Amerikan hukukunda özellikle son *Baker Marine* ve *Spier* kararlarından sonra kimi şartlara bağlanmıştır (King, s. 17, 18).

²⁶⁶ Amerikan hukuku yönünden karşı. King, s. 18.

²⁶⁷ Petrochilos, s. 325-327.

²⁶⁸ Ayrıntısı için bkz. van den Berg, s. 19-21; Berger, s. 652, 712; Henn, s. 231; Schwab/Walter /Baumbach, Kap. 30, III, Rn. 14.

²⁶⁹ Schwartz, s. 125.

²⁷⁰ Ayrıca bkz. Sampliner, s. 27; Weinacht, s. 328.

²⁷¹ Carbonneau, *National Law*, s. 279; Rivkin, s. 534-536.

Fransa'da tenfizi istendiğinde, söz konusu tenfiz talebi nasıl sonuçlandırılmalıdır?²⁷² Salt bu durum, özellikle tahkim yeri hukukuyla mukayese edildiğinde, tarafları ve konusu aynı olan uyuşmazlıkla ilgili iki farklı ülkede, iki farklı kesin hükmün geçerli olması nedeniyle başlı başına bir hukuki istikrarsızlık kaynağı değil midir?

IV. Sonuç

Çalışmamız, iki ana kısımdan oluşmaktadır. Bunlardan ilki, tahkimin ama özellikle milletlerarası tahkimin hukuki niteliğiyle ilgilidir. Gerçi, bu konu, özellikle Türk hukuku yönünden bilinmedik, yani henüz incelenmemiş de değildir. Lakin özellikle çalışmanın ikinci kısmında ve milletlerarası tahkimin güncel sorunları başlığı altında değinilmeye çalışılan meseler açısından bu konunun bir kez daha ele alınması kaçınılmaz olmuştur. Milletlerarası tahkimin güncel sorunlarının kaynağı ve çıkış noktası, yine milletlerarası tahkimin hukuki niteliğiyle ilgili olunca, nisbeten farklı bir açıyla ve içerikle meselenin bir kez daha sunumu, zorunluluk arz etmiştir. Konunun tarihi gelişimi ise bugün özellikle milletlerarası tahkimle ülke hukukları arasındaki bağın nasıl kurulacağı sorusunun cevabı yönünden hayli ilginç ipuçları içermektedir.

Milletlerarası tahkimin güncel sorunları başlığı altında incelenen meseleler, elbetteki bunlarla sınırlı değildir. Esasen incelenen her bir meselenin dahi başlı başına bir makale konusu olması, rahatlıkla düşünülebilir. Ancak amaç, burada, sadece meseleleri tanıtmak, olabildiğince geniş ve yeni kaynaklar temelinde, Türk hukukuna doğru bir biçimde takdim etmektir. Konuların pek çoğu hakkında, henüz sağlıklı bir tercihte bulunmak güçtür.

Meseleler, uygulamada yaşananlara bağlı olarak hızla kabuk değiştirmektedir. Esasen, bu noktada mukayeseli hukukun derin bir etkisi olmakla birlikte bu etkinin de bir sınırının olduğunu kabul etmek gerekir. Zira *lex loci arbitri* temelinde, henüz tatminkâr bir yeknesaklaşma, sağlanmış değildir. Milletlerarası sözleşmelerin dahi her bir ülke hukukunda aynı şekilde ve içerikte uygulandığını söylemek zordur.

²⁷² Fransa özelinde, *ikinci hakem kararına*, tenfiz edilen *ilk hakem kararı* nedeniyle geçerlilik tanınmamış ve tenfiz talebi, ilk hakem kararının yarattığı kesin hüküm etkisi nedeniyle reddedilmiştir. Ayrıntısı için bkz. Gaillard, s. 510; Petrochilos, s. 315.

Dikkat edileceği üzere incelenmeye çalışılan sorunlar bakımından *lex loci arbitri* yani tahkim yeri milli hukuku ve mevzuatı, hayli belirleyici olmaktadır. İlgili ülke hukukunun yapmış olduğu tercihten memnun olunmaması halinde, bundan sıyrılmanın mümkün olup olmadığı sorusu, her halükârda tahkimin teorik temellerine ilişkin tartışmaları tekrar tekrar canlandırmaktadır. Zira *lex loci arbitri*'nin yapmış olduğu tercihlerin örneğin tenfiz yeri hukuku için de aynen geçerli olması gerekemeyebilir ve bu hâlde yaşanan tartışma, çok temelde, *lex loci arbitri*'nin yalnız başına, tüm ülke hukukuları için de *lex arbitri*'yi oluşturup oluşturmadığıdır. Örneğin bu soruya verilen yanıt olumsuz olduğu içindir ki, tahkim yeri mahkemelerince iptal edilen hakem kararları, beraberinde getirdiği başkaca sorunların gölgesinde, örneğin Fransa'da tenfiz edilebilmektedir.

KAYNAKLAR

- Abdulla Z., The Arbitration Agreement, Chapter 2, International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners, ed. Gabrielle Kaufmann-Kohler & Blaise Stucki, 2004.
- Akıncı Z., Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, İzmir 1994.
- Akıncı Z., Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir 1996, (Tek Atf).
- Alangoya Y., Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973.
- Alangoya Y/Yıldırım K/Yıldırım D. N., Medenî Usul Hukuku Esasları, 4. Baskı, İstanbul 2004.
- Asouzu A. A., The National Arbitration Law and International Commercial Arbitration: The Indispensability of the National Court and the Setting Aside Procedure, 7 RADIC 1995.
- Bachand F., Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction, 22 (3) Arb Int 2006.
- Baker R. W/de Fontbressin P., The French Référé Procedure - A legal Miracle?, II U. Miami Y. B Int'l L, 1992-1993.
- Bandel S., Einstweiliger Rechtsschutz im Schiedsverfahren, München, Zulässigkeit und Wirkungen schiedsrichterlicher und gerichtlicher einstweiliger Maßnahmen gemäß den Bestimmungen des SchiedsVfG, München 2000.
- Baumbach A/Lauterbach W/Albers J/Hartmann P., Zivilprozessordnung, Band 1, 62., neubearbeitete Aufl., München 2004, (Albers).

- Bensaude D., S. A. Otor Participations v. S.A.R.L Carlyle (Luxembourg) Holdings 1: Interim Awards on Provisional Measures in International Arbitration, 22(4) J. Int'l Arb. 2005.
- Beraudo J. P., Recognition and Enforcement of Interim Measures of Protection Ordered by Arbitral Tribunals, A Comparison with the Republic of Congo Pre-Arbitral Referee Case, 22(3) J. Int'l Arb. 2005.
- Berger K. P., International Economic Arbitration, Deventer, Boston 1993.
- Berger K. P., Pre-Arbitral Referees: Arbitrators, Quasi-Arbitrators, Hybrids or Creatures of Contract Law, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner, eds. Gerald Asken, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi, Anne Marie Whitesell 2005, (Berger, Referee).
- Birsel M. T., Milletlerarası Tahkimde Tahkim Yerinin Seçiminin Önemi, Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye Milli Komitesi, Ankara 10 Mart 2003.
- Birsel M. T./Budak A. C., Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler-Türk Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği? Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997 Ankara.
- Birsel M. T., Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye, 1 EÜHFD 1980/1.
- Blanke G., Defining the Limits of Scrutiny of Awards Based on Alleged Violations of European Competition Law, A Réplique to Denis Bensaude's "Thalès Air Defence Bv v. GIE Euromissile" 23 (3) Arb Int 2006.
- Blessing M., Objective Arbitrability-Antitrust Disputes-Intellectual Property Disputes, Objective Arbitrability-Antitrust Disputes-Intellectual Property Disputes, ASA Special Series No. 6, 1994.
- Böckstiegel K. H., The Role of National Courts in the Development of an Arbitration Culture, International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture, ICCA Congress Series No 8, 1998, (Tek Atf).
- Böckstiegel K. H., An Introduction to the New German Arbitration Act Based on the UNCITRAL Model Law, 14 (1) Arb Int 1998.
- Böckstiegel K. H., Public Policy and Arbitrability, Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration ICCA Congress Series, No. 3, 1987, (Böckstiegel, Public Policy).
- Böckstiegel K. H., The Internationalisation of International Arbitration: Looking Ahead to the Next Ten Years, The Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, ed. Martin Hunter, Arthur Marriott, V.V Veeder, 1995, (Böckstiegel, Looking Ahead).
- Bucher A., Court Intervention in Arbitration, International Arbitration in the 21st Century: Towards "Judicialization" and Uniformity, Twelfth Sokol Colloquium, eds. Richard B. Lillich, Charles N. Brower, 1994.

- Buchman B. L., *France*, Provisional Remedies in International Commercial Arbitration, A Practitioner Handbook, ed. Alex Bösch, Berlin 1994.
- Bunni N., The Gap in Sub-Clause 20.7 of the 1999 FIDIC Contracts for Major Works, 3 ICLR 2005.
- Calavros C., Das *UNCITRAL*-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Bielefeld 1988.
- Capucci L., An Important Decision of Italian “Corte Costituzionale” regarding the Powers of Arbitral Tribunals to Apply to the Court to Test Constitutionality of a Law: Note-Corte Costituzionale, 22 November 2001, 20 (1) ASA Bulletin 2002.
- Carbonneau E. T., The French *Jurisprudence* on International Commercial Arbitration, Resolving Transnational Disputes Through International Arbitration, Sixth Sokol Colloquium, ed. Thomas E. Carbonneau, 1984.
- Carbonneau E. T., Debating the Proper Role of National Law under the New York Arbitration Convention, 6 Tul. J. Int'l & Comp. L 1998, (Carbonneau, *National Law*).
- Carbonneau T./Janson F., Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability, 2 Tul J Int'l & Comp L 1994.
- Cohen J., Commercial Arbitration and The Law, 1918.
- Collins L., The law governing the agreement and procedure in international arbitration in England, *Contemporary problems in international arbitration*, ed. Julian D. M. Lew, 1986.
- Craig W. L., Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration, 30 Tex Int'l L. J. 1995.
- Danilowicz V., The Choice of Applicable Law in International Arbitration, 9 Hastings Int'l & Comp L Rev, 1985- 1986.
- David R., Arbitration in International Trade, Deventer, Boston, London, Frankfurt/M., 1985.
- De Vries P. H., International Commercial Arbitration: A Contractual Substitute for National Courts, 57 Tul L. Rev. 1982-1983.
- Delaume G. R., What is an International Contract? An American and a Gallic Dilemma, 28 ICLQ 1979.
- Delvolvé L. J./Rouche J./Pointon H. G., French Arbitration Law and Practice, 2003.
- Deren-Yıldırım N., *UNCITRAL* Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul 2004.
- Derains Y., Technical expertise and “*reféré arbitral*”, New Trends In The Development of International Commercial Arbitration and The Role of Arbitral and Other Institutions, ICCA Congress Series No. 1, 1983.

- Dimolitsa A., Separability and Kompetenz-Kompetenz, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999.
- Donovan F., The Scope and Enforceability of Provisional Measures in International Commercial Arbitration: A Survey of Jurisdictions, the Work of *UNCITRAL* and Proposals for Moving Forward, International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions, ICCA Congress Series No. 11, 2003.
- Ehrt R. F., Art. 176, International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute, *ed.* Stephen V. Berti, 2000.
- Freedberg-Swartzburg J. A., Court Assistance in The Appointment of Arbitrators, Law and Reality, Essays on National and International Procedural Law, in Honor of Corneils Carel Albert Voskuil, *ed.* Sumampouw M/Barnhoorn L.A.N.M/Freedberg-Schwartzbur J. AG/Tromm J.J.M/Wade J.A, 1992.
- Fouchard P/Gaillard E/Goldman B., on International Commercial Arbitration, Part I-II, *ed.* Emmanuel Gaillard and John Savage, The Hague, Boston, London, 1999.
- Fortier L Y., Arbitrability of Disputes, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner, *eds.* Gerald Asken, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi, Anne Marie Whitesell, 2005.
- Gaillard E/Pinsolle P., The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences, 20 Arb Int 2004.
- Gaillard E., Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin: The French Experience, Improving The Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999.
- Goode R., The Role of the *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration, 17 (1) Arb Int, 2001.
- Granzow H. J., Das *UNCITRAL*-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit von 1985, München, 1988.
- Harbst R., Die Rolle der staatlichen Gerichte im Schiedsverfahren, Ein Rechtsvergleich zwischen dem englischen Arbitration Act 1996 und deutschem Schiedsverfahrensrecht, Heidelberg, 2002.
- Hanotiau B., Objective Arbitrability, Its Limits, Its Problem Areas, Objective Arbitrability-Antitrust Disputes-Intellectual Property Disputes, ASA Special Series No. 6, 1994.
- Hanotiau B., The ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure, Int ALR 2003, (Hanotiau, *Referee*).
- Hausmaniger C., The ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure: A Step

- Towards Solving the Problem of Provisional Relief in International Commercial Arbitration? 7 (1) ICSID Review-FILJ, 1992.
- Henn G., Schiedsverfahrensrecht, 3., völlig neubearbeitete Auflage, Heidelberg 2000.
- Herrmann G., Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration? The 1998 Freshfields Lecture, 15 (3) Arb Int 1999.
- Holtzmann H. M/Neuhaus E. J., A Guide To the *UNCITRAL* Model Law On International Commercial Arbitration: Legislative History, Part I-II, 1994.
- Hulbert W. R., Further Observations on Chromalloy: A Contract Misconstrued, a Law Misapplied, and an Opportunity Foregone, 13 (1) ICSID Rev-FILJ 1998.
- Husslein-Stich G., Das *UNCITRAL*-Modellgesetz über die internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit, Köln 1990.
- Ildır G., Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, Ankara 2003.
- Iwasaki K., Selection of Situs: Criteria and Priorities, 2 (1) Arb Int, 1986.
- Jakubowski J., Reflections on the philosophy of international commercial arbitration and conciliation, The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration, *Liber Amicorum* Pieter Sanders, ed. Jan C. Schultz, Albert Jan van den Berg 1982.
- Kalpsüz T., Hakem Kararlarının Milliyeti, IX Batider 1978/3.
- Kaplan Y., Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfizin Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi, MHB 2001/1-2.
- Kaplan Y., Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Ankara 2002, (Kaplan, *Usul*).
- Karan H., Milletlerarası Ticari Tahkimin Hukuki Mahiyeti ve Bu Alandaki Kanunlaştırmalara Etkisi, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan, İzmir 2001.
- Karrer A. P., Judicial Review of International Arbitral Awards up to a point Local and Transnational standarts, FS für Rolf A. Schütze, München 1999.
- Kerr M., Arbitration and the Courts: The *UNCITRAL* Model Law, 34 ICLQ 1985.
- Kirry A., Arbitrability: Current Trends in Europe, 12 (4) Arb Int, 1996.
- King B., Enforcing Annulled Awards, U.S Courts Chart Their Own Course, 15 (1) Mealey's IAR 2000.
- Kocasakal Ö H., Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerinde Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001.
- Kocasakal Ö H., Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanının Belirlenmesi, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, (Kocasakal, *Uygulama Alanı*).

- Kojovic T., Court Enforcement of Arbitral Decisions on Provisional relief-*How Final is Provisional?* 18 (5) J Int'l Arb, 2001.
- Koral R., Hakem Kararlarının Milliyeti ve Milletlerarası Hakem Kararı Teriminin Yeni Anlamı, II. Tahkim Haftası, Ankara 25-26 Kasım 1983.
- Koral R., Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Bir Seminerin Bıraktığı İzlenimler, XLVIII-XLIX İÜHFİM 1982-1983/1-4, (Koral, *Hukuki Mahiyet*).
- Kostakoğlu C., İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 4. Bası, İstanbul 2005.
- Küçükgüngör E., Roma Hukukunda Tahkim, (*Compromissum*), C. XIX, Batider 1998/3.
- Lalive P. Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration, Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress Series No. 3, 1987.
- Lauterpacht H., The Function of Law in International Community, Oxford 1933.
- Lecuyer-Thieffry C., First Court Ruling on the ICC Pre-Arbitral Referee Rules, 20 (6) J. Int'l Arb. 2003.
- Lew J. D. M., The place of arbitration and the applicable procedural law in the English common law, The place of arbitration, eds. M. Storme, F. De Ly, 1992.
- Lew J. D. M., Achieving the Dream: Autonomous Arbitration, 22 (2) Arb Int. 2006, (Lew, *Arbitration*).
- Lew J. D. M., Applicable Law in International Commercial Arbitration, 1978, (Lew, *Applicable Law*).
- Lew J. D. M., Commentary on Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitration Cases, 11 (1) ICC Bulletin 2000, (*Tek Atf*).
- Lew J. D.M., Determination of arbitrators' jurisdiction and the public policy limitations on that jurisdiction, *Contemporary problems in international arbitration*, ed Julian D. M. Lew, 1986, (*Tek Atf*).
- Lew J. D. M/Mistelis A. L/Kröll M S., Comparative International Arbitration, 2003.
- Liebscher C., Fair Trial and Challenge of Awards in International Arbitration, 6 Croat Arbit Yearb 1999.
- Lionnet K., Should the Procedural Law Applicable to International Arbitration be Denationalised or Unified? *The Answer of the UNCITRAL Model Law*, 8 (3) J Int'l Arb, 1991.
- Luzzatto R., International Commercial Arbitration and the Municipal Law of the States, 157 *Recueil des Cours*, 1977-IV, 1980.
- Madl F., Competence of Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration, Essays on International Commercial Arbitration, ed. Petar Sarcevic, 1989.

- Mann F. A., Where is an Award “made”?, 1 (1) Arb Int 1985.
- Mann F. A., *Lex Facit Arbitrum*, International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke, ed. Pieter Sanders, The Hague, 1967, (Mann, *Lex Facit Arbitrum*).
- Mann F., Private Arbitration and Public Policy, 4 CJQ 1985, (Mann, *Private Arbitration*).
- Mann F. A., Zur Nationalität des Schiedsspruchs, FS für Walter Oppenhoff, München 1985, (*Tek Atf*).
- Mantakou A., The Concept of International Arbitration: An “Endangered Species”? 50 RHDI 1997.
- Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal bir Düzenleme Gerekir mi? II Taslaklar-Tartışmalar-Öneriler, 6 Haziran 1998, (*Sempozyum*).
- Mayer P., The Trend Towards Delocalisation in the Last 100 Years, The Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, ed. Martin Hunter, Arthur Marriott, V.V Veeder, 1995.
- Mourre A., Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of the Arbitrator, 22(1) Arb Int 2006.
- Mustill J. M./Boyd C. S., *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, Second Edition, London, Edinburg, 1989.
- Nakamura T., Arbitrability and The Lex Arbitri, 17 (3) Mealey’s IAR, 2002.
- Narimann F. S., The Spirit of Arbitration. The Tenth Annual Goff Lecture, 16 Arb Int 2000.
- Naón G. A. H., Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration, Tübingen 1992.
- Nomer E., Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesi’nin Bağımsızlığı, 4 MHB 1984/1.
- Nomer E./Şanlı C. Devletler Hususi Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2003.
- Özbay İ., Hakem Kararlarının Temyizi, Ankara 2004
- Park W. W., Judicial Controls in the Arbitral Process, 5(3) Arb Int 1989.
- Park W. W., Private Adjudicators and the Public Interest: The Expanding Scope of International Arbitration, 12 Brooklyn J. Int’l L., 1986, (Park, *Public Interest*).
- Park W. W., The *Lex Loci Arbitri* and International Commercial Arbitration, 32 ICLQ 1983, (Park, *The Lex Loci Arbitri*).
- Patocchi P. M., The 1958 New York Convention, The Swiss Practice, The New York Convention of 1958, Asa Special Series No. 9, 1996.
- Paulsson J., Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why it Matters, 32 ICLQ 1983.
- Paulsson J., Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA), 9(1) ICC *Bulletin* 1998, (Paulsson, *Annulment*).

- Paulsson J., *A Beter Mousetrap: 1990 ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure*, IBL May, 1990, (Paulsson, *Referee*).
- Pekcanitez H/Atalay O/Özekes M., *Medeni Usûl Hukuku*, 5. Bası, Ankara 2006.
- Pekcanitez H., *Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye Milli Komitesi*, Ankara 10 Mart 2003, s. 132, 133.
- Petrochilos G., *Procedural Law in International Arbitration*, 2004.
- Pinto M. C. W., *Thoughts on the "True Nature" of International Arbitration, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, eds. Gerald Asken, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi, Anne Marie Whitesell, 2005.
- Pluyette G., *A French Perspective, Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, ICC Publication No. 519, 1993.
- Poudret J-F/Besson S., *Comparative Law of International Arbitration, Translated by Stephen V. Bertı, Annette Ponti*, 2007.
- Raeschke-Kessler H. *Some Developments on Arbitrability and Related Issues, International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story*, ICCA Congress Series No. 10, 2001.
- Ralston H. J., *International Arbitration from Athens to Locarno*, Stanford 1929.
- Redfern A/Hunter M/Blackaby N/Partasides C, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Fourth Edition, 2004.
- Reymond C., *Where is an Arbitral Award Made?* 108 LQR 1992.
- Riegler S/Petsche A/Fremuth-Wolf A/Platte M/Liebscher C., *Arbitration Law of Austria: Practice and Procedure*, 2007.
- Rivkin W. D., *The Enforcement of Awards Nullified in the Country of Origin: The American Experience, Improving The Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of the Nre York Convention*, ICCA Congress Series No. 9, 1999.
- Roksin S. K., *The Sources and limits of the Arbitrator's Powers in England, Contemporary problems in international arbitration*, ed. J. D. M. Lew, 1986.
- Rutherford M/Sims H. M. J., *Arbitration Act 1996: A Practical Guide*, 1996.
- Samuel A., *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S and West German Law*, Zurich 1989.
- Sampliner G. H., *Enforcement of Foreign Arbitral Awards After Annulment In Their Country of Origin*, 11(9) Mealey's 1996.
- Sanders P., *Arbitration, IECL, Vol. XVI, Chapter 12*, 1996, (Sanders, *Arbitration*).

- Sanders P., *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*, The Hague, 1999, (Sanders, *Quo Vadis Arbitration*).
- Sanders P., Trends in The Field of International Commercial Arbitration, 145 RCADI, 1975-II, 1976.
- Sandrock O., To Continue Nationalizing or To De-nationalize? That is now the Question in International Arbitration?, 12 Am Rev. Int Arb 2001.
- Sayre L. P., Development of Commercial Arbitration Law, 37 Yale L J. 1927-1928.
- Scherer M., Introduction to the Case Law Section, 24 (2) ASA Bulletin 2006.
- Schlosser P., Das Internationale an der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 28 RIW 12/1982, (Schlosser, *Das Internationale*).
- Schlosser P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2., völlig neu bearbeitete Auflage, Tübingen 1989
- Schütze R., Einstweiliger Rechtsschutz im Schiedsverfahren, BB 1998, s. 1650.
- Schmitthoff M. C., The Jurisdiction of the Arbitrator, The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration, *Liber Amicorum* Pieter Sanders, ed. Jan C. Schultz, Albert Jan van den Berg, 1982.
- Schmitthoff M. C., The Supervisory Jurisdiction of the English Courts, International Arbitration *Liber Amicorum* for Martin Domke, ed. Pieter Sanders, The Hague, 1967.
- Schütze A. R., Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 3., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, München 1999.
- Schwab K. H/Walter G/Baumbach A., Schiedsgerichtsbarkeit, 6., neubearbeitete Auflage, München 2000.
- Schwartz E. A., A Comment on Chromalloy, Hilmarton, à l'américaine, 14 (2) J. Int'l Arb 1997.
- Schwartz E. A., Do International Arbitrators Have a Duty to Obey the Orders of Courts at the Place of the Arbitration? Reflections on the Role of the Lex Loci Arbitri in the Light of a Recent ICC Award, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, *Liber Amicorum* in honour of Robert Briner, eds. Gerald Asken, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi, Anne Marie Whitesell, 2005, (Schwartz, *Lox Loci Arbitri*).
- Senkovic P./Lastenouse P., Eco Swiss China Time Ltd. And Benetton International NV Judgement: Why Arbitrators Should Not Ignore European Competition Law, 14 (9) Mealey's 1999.
- Sessler A/Leimert C., The Role of Expert Determination in Mergers and Acquisitions under German Law, 20 (2) Arb Int 2004.
- Smit H., A-National Arbitration, 63 Tulan L Rev, 1989.
- Sturges W., Arbitration-What is it?, 35 Nyulr 1960.

- Szaszy I., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 14 Am. J. Comp. L., 1965-1966.
- Şanlı C., Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan Ayrılması ve Bu Kararların 2675 Sayılı Kanun Açısından Tenfizi Sorunu, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, II Tahkim Haftası, Ankara 25-26 Kasım 1983.
- Şanlı C., Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, (Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*).
- Şanlı C., Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları, 3. Bası, İstanbul 2005. (Şanlı, *Uyuşmazlık Çözüm Yolları*).
- Tanrıbilir F.B/Şit B., Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu, 22 MHB 2002/2.
- Tanrıver S., Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan, MHB Yıl 17-18/1-2, 1997, 1998.
- Tanör B/Yüzbaşıoğlu N., 1982 anayasasına göre türk anayasa hukuku, İstanbul 2004.
- Taşkın A., Hakem Sözleşmesi, 2. Bası, Ankara 2005.
- Taşpınar S., Medeni yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.
- Theofrastous C. T., International Commercial Arbitration in Europe: Subsidiarity and Supremacy in Light of the De-Localization Debate, 31 Case W. Res J. Int’l L, 1999.
- Thompson D., “Detachment” from the National Law in International Commercial Arbitration, 1982 Arbitration.
- Triva S., Arbitration and Public Policy: Constitutional Complaint as Means for Setting Aside Arbitral Award, 7 Croat Arbit. Yearb. 2000.
- Tweeddale A/Tweeddale K., A Practical Approach to Arbitration Law, 1999.
- Özbek M., Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004.
- Özekes M., İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999.
- Özekes M/Erişir E., Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukukî Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi, 5 Mhder 2006/3.
- Üstündağ S., Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Baskı İstanbul 2000.
- Üstündağ S., Tahkim ve Özellikle Uluslararası Tahkim, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, Konuşmalar, Bildiriler, Tartışmalar, Belgeler, İzmir Barosu 2000 (Üstündağ, *Uluslararası Tahkim*).
- Üstündağ S., İhtiyati Tedbirler, Geçici Hukukî Himaye (Koruma) Önlemleri, İstanbul 1981 (Üstündağ, *İhtiyati Tedbirler*).
- van den Berg A. J./van Delden R./Snijders H. J., Netherlands Arbitration Law, 1993.
- van den Berg A.J., Enforcement of Annulled Awards?, 9 (2) ICC Bulletin 1998.

- van den Berg A.J, The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Arbitration, 1981, (van den Berg, *Convention*).
- van den Berg A. J/van Delden R./Snijders H. J., Netherlands Arbitration Law, 1993.
- van Houtte H., Arbitration and Arts 81 and 82 EC Treaty- A State of Affairs, 23 (3) ASA Bulletin 2005.
- von Mehren A. T., International Commercial Arbitration: The Contribution of the French Jurisprudence, 46 Louisiana L Rev, 1985-1986.
- von Mehren R. B., From *Vynior's* case to *Mitsubishi*: The Future of Arbitration and Public Law, 12 Brook. J. Int'l L. 1986, (von Mehren, *The Future of Arbitration*).
- von Segesser G/Kurth C., Interim Measures, *Chapter 5*, International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners, ed. Gabrielle Kaufmann-Kohler & Blaise Stucki, 2004.
- Varady T., Arbitration Despite The Parties, Law and Reality, Essays on National and International Procedural Law, in Honor of Corneils Carel Albert Voskuil, ed. Sumampouw M/Barnhoorn L.A.N.M/Freedberg-Schwartzbur J. A.G/Tromm J.J.M/Wade J.A, 1992.
- Weinacht F., Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards in Germany, 19 (4) J. Int'l Arb 2002.
- Wetter G. J., The International Arbitral Process, Public and Private, IV, New York, 1979.
- Wilner M. G., Determining the Law Governing Performance in International Commercial Arbitration: A Comparative Study, 19 Rutgers L Rev 1964-1965.
- Wolaver E., The Historical Background of Commercial Arbitration, 83 U. Pa. L. Rev. 1934.
- Yeşilirmak A., Provisional Measures in International Commercial Arbitration, 2005.
- Yılmaz E., Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. 1, Ankara 2001.
- Yılmaz E., Alman Hukukunda Milletlerarası Tahkim, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997 Ankara.
- Yu H., Total Separation of International Commercial Arbitration and National Court Regime, 15 (2) J Int'l Arb 1998.
- Walter G/Bosch W/Brönnimann J., Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Kommentar zu Kapitel 12 des IPR-Gesetzes, Bern 1991.
- Zöller R., Zöller, Zivilprozessordnung, 24. neubearbeitete Auflage, 2004 (Zöller/Geimer).

ANAYASA KURALLARININ KADEMELENDİRİLMESİ SORUNU

Muhammed ERDAL*

*Hocam Prof. Dr. Yavuz Sabuncu'nun
aziz anısına saygıyla...*

Giriş

Bu çalışmamızda incelediğimiz konu, kamu hukukunun birçok kavramını içinde barındıran çetin bir konudur. Konu çetinliğini anayasa hukukunun temel karakterini içinde barındırmasından almaktadır. Öyle ki en yalın tanımıyla ele alınacak olursa anayasa, bir hukuk düzeninde mevzuu kurallara nazaran “üst” olma özelliğini ihtiva eden hukuk kurallarıdır.¹ Bu bakımdan üstlük, anayasa hukukunun temel karakterini teşkil eden, onun ortaya çıkışından günümüze kadar en belirgin özelliği olarak tartışıla gelmiş niteliğidir.

Anayasanın bu niteliğinden çeşitli sorunlar sadır olmuştur. Hukuk düzeni içerisinde kuralların nasıl konulacakları, nasıl değiştirilecekleri, ya da nasıl kaldırılacakları kendinden üst kademedede yer alan kurallarda (anayasalarda) düzenlenmektedir. Başka bir deyişle kanun, tüzük v.s. hukuk kurallarının konulması, değiştirilmesi ya da kaldırılması konusunda bir ihtilaf hâsıl olması durumunda üst kademedeki kural (anayasa) uyarınca söz konusu sorun giderilmektedir. Oysa anayasalar da nihayetinde kurallardan mürekkeptir. O halde onların da konulması, değiştirilmesi, ya da kaldırılması söz konusu olabilir.

* Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku araştırma görevlisi.

¹ Anayasa kurallarının hukuk düzeni içindeki konumu, çalışmanın doğal akışı içinde ele alınacaktır. Bu kısımdaki genellemeler birer ön veri niteliğindedir.

Bu durumda şayet anayasa temel kuralı ve ona ilişkin ihtilaf çıkması muhtemelse, söz konusu ihtilaf neye göre çözümlenecektir? Başka bir deyişle anayasaya yeni bir hükmün eklenmesi, onun bir hükmünün değiştirilmesi, ya da bir maddesinin veya tamamının kaldırılması söz konusu olduğunda, buna ilişkin ihtilaflar neye göre çözümlenecektir?

Anayasaların değişikliklere ilişkin doğrudan hükümler ihtiva etmesi, doğal olarak '*ana kural nasıl bir usul öngörmüş ise ona uygun olarak değişiklik yapılacaktır*' intibahını uyandırmaktadır. Ancak uygulamadaki tecrübeler ve öğretilerdeki derin görüş ayrılıkları sorunun bu kadar net bir yanıtla geçiştirilemeyeceğini göstermektedir.² Çalışmamızın devamında da görüleceği üzere kimi anayasa değişiklikleri şeklen anayasaya uygun olmakla birlikte -yargılama makamının esasa ilişkin inceleme yetkisi anayasaca yasaklanmış olsa da- esasa ilişkin denetim şekil denetimi adı altında yapılmış, söz konusu değişiklikler anayasaya aykırı oldukları gerekçesiyle iptal edilmiştir.³

Hemen belirtelim ki, anayasa kurallarının değiştirilmesi sorunu yalnız şekil-esas çekişmesinden ibaret değildir. Bu çekişmenin uzantısı olarak karşımıza şu tür sorunlar çıkmaktadır;

Mademki her anayasa kendi belirlediği kurallara göre değiştirilebiliyor, bu değiştirme koşullarını belirleyen kurallar ile diğer kurallar arasında her hangi bir nitelik farkı var mıdır? Böyle bir nitelik farklılığından dolayı onların diğer kurallara nazaran üstün bir konumda olduklarından söz edilebilir mi? Ya da bazı pozitivist hukukçuların dediği gibi "*anayasa kuralları arasında geçerlilik ilişkisi olmadığı için anayasa kuralları arasında hiyerarşi⁴ kurulamaz*" mı?⁵

Bu çalışmamızda anayasa kuralları arasında kademelenme olup olmadığını incelemiş bulunuyoruz. Okuyucuya kolaylık sağlamak amacıyla öncelikle anayasaların yapılmasını ve kurucu ikti-

² Uygulamaya ilişkin verileri ve öğretilerdeki görüşleri metin içinde yeri geldikçe ele aldığımız için burada ayrıyeten kaynak gösterme yoluna gitmedik.

³ E. 1973/19, K. 1975/87, k.t. 15.04.1975, R.G. 26.02.1976/15511; E. 1975/167, K. 1976/19, k.t. 23.03.1976, R.G. 12.08.1976/15675; E. 1977/82, K. 1977/117, k.t. 27.09.1977, R.G., 14.01.1978/16169.

⁴ Türk doktrininde genellikle "hiyerarşi" terimi kullanılmaktadır. Biz çalışmamızda hiyerarşi terimi yerine Teziç'ten esinlendiğimiz "kademelenme" terimini kullanacağız. Bkz. Teziç, E., *Anayasa Hukuku*, Sekizinci Baskı, Beta, İstanbul 2003, s. 80.

⁵ Gözler, K., *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Ekin Yayınları, İstanbul 1991 s. 163.

dar kavramını ele aldık. Anayasa kurallarından diğerlerine göre daha önemli oldukları ifade edilen kuralları inceledik. Bu inceleme şüphesiz bizi değiştiremez nitelikteki anayasa kurallarını incelemeye sevk etti. Bu bakımdan öncelikle asıl sorunun kaynağını teşkil ettiği sebebiyle anayasa değişikliklerine değindik. Bu bölümde değiştiremez kuralların hukuki niteliğini, türev kurucu iktidar karşısındaki konumlarını inceledik. Bundan sonra da anayasa kuralları arasında kademelenme olup olamayacağı sorusuna yanıt aramaya çalıştık. Çalışmamızın sonuç bölümünde de konunun genel bir değerlendirmesini yaptık.

A. Anayasayı Yapan ve Değiştiren İktidar Olarak Kurucu İktidar

Bir devletin temel siyasal yapısını belirleme iktidarına kurucu iktidar denir.⁶ Kurucu iktidar kendi içinde asli kurucu iktidar ve türev kurucu iktidar olmak üzere ikiye ayrılır. Bir anayasanın yeniden yapılması ya da yeni bir anayasanın yapılması söz konusu olduğunda asli kurucu iktidardan söz edilir. Buna karşılık mevcut anayasanın bazı hükümlerinin değiştirilmesi ya da anayasaya yeni kuralların eklenmesinden bahsediliyorsa türev kurucu iktidardan söz edilir.

1. Asli Kurucu İktidar

Asli kurucu iktidar, bir ülkenin siyasal sisteminde ihtilâl, hükümet darbesi, ülkenin parçalanması ve ülkedeki yabancı işgale son verilerek bağımsızlığın kazanılması gibi, bir hukuk boşluğunun doğması durumunda ortaya çıkan,⁷ pozitif hiçbir hukuk kuralıyla kayıtlı olmaksızın kuralları oluşturan, onlara siyasi niteliğini veren iktidara denir.⁸ Bu bakımdan asli kuruculuk, bir devleti kuran, ona siyasi statüsünü veren bir fonksiyondur.⁹

Pozitif hiçbir kurala bağlı olmaksızın bir devleti yeniden ya da ilk defa kuruyor olması, asli kuruculuğun hukuki niteliğini tartışılır kıl-

⁶ Arsel, İ., Anayasa Hukuku, Demokrasi, İstanbul 1968, s. 243; Özbudun, E., Türk Anayasa Hukuku, Yetkin, Ankara 2003, s. 147, Teziç E., s. 80.

⁷ Özbudun, E., s. 147.

⁸ Kubalı, H. N., Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler, Kutulmuş Matbaası, İstanbul 1971, s. 98.

⁹ Gören, Z., Anayasa Hukukuna Giriş, Barış Yayınları, İzmir 1997, s. 332.

maktadır. Bu bakımdan asli kurucu iktidarın işlemleri anayasa üstü, evrensel, değişmez kuraların var olduğunu savunan doğal hukuk taraftarları ile yetkili organ tarafından konulmamış hiçbir kuralın, kural niteliği arz etmeyeceğini söyleyen, bir hukuk kuralının geçerliliğini daima bir başka hukuk kuralında arayan hukuki pozitivistler arasında tartışmalıdır.

Anayasa hukuku yazınında, kimi yazarlar¹⁰ asli kuruculuğun hukuk dışı olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, fiili iktidarı elinde bulunduran güçlerin yeni anayasayı meydana getirirken müspet hukuk kurallarıyla kayıtlı olmaması, hukuksal bakımdan sınırsız bir yetkiye sahip olması, asli kuruculuğun hukuk dışı, fiili bir durum olduğunu gösterir. Bu fiili durumun söz konusu dönemdeki toplumun değer yargılarını ifade ediyor olması onu hukuki ve meşru kılmaz.¹¹ Hukuki pozitivistlere göre yetkili organ tarafından konulmadığı sürece hiçbir kurala itibar edilemez. Hukuk kuralları insan ürünüdür. İnsan iradesinin somut ürünü olmayan hiçbir şey hukuk kuralı olarak nitelendirilemez. O halde hukuk kuralı olmayan bir şeyle hukuk kuralları arasında kademelenme de ihdas edilemez. İnsan iradesinin ürünü olmayan bu tür varsayımlar hukuk kuralı olarak nitelendirilmedikleri için de anayasa değişikliklerinin ne sınırlandırıcı, ne de değişiklikleri denetleme organının dayanabileceği ölçüttür.¹² Kurallar değiştirilmelerindeki güçlükler göre sınıflandırılır ve söz konusu güçlükler göre kademelenir. Doğal hukukçuların bahsettiği varsayımsal kurallar, mevzu kurallarla aynı usulle konulmadığına göre, onlarla aynı değerde ve derecede değildir. Bu nedenle ne mevzu kurallarla aynı derecede oldukları ne de mevzu kuralların onlara tabi olacağı savunulabilir. Bu noktadan hareketle ne asli kurucu iktidar doğal hukukçuların savunduğu gerekçeyle hukukidir, ne de anayasa değişikliklerinde denetleme organının doğal hukuk görüşünün savları uyarınca hareket

¹⁰ Yayla, Y., Anayasa Hukuku Ders Notları, İstanbul 1985, s. 45; Özbudun, E., s. 147.

¹¹ Gören, Z., s. 223.

¹² Yazar bu konuda İtalya ve Avusturya Anayasa Mahkemesi kararlarına gönderme yapmaktadır. İtalya Anayasa Mahkemesinin "...bazı Anayasa hükümlerinin yasma organının ilham alması gereken ilkeler teşkil etmesi bir üstünlük teşkil etmez" şeklindeki yorumuyla, Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin "Anayasa Hükümlerinin daha üstün ilkelere göre denetlenemeyeceğini, zira genel olarak böyle bir denetleme için her hangi bir ölçütün mevcut' olmadığı..." şeklindeki yorumunu örnek olarak göstermektedir. Kıratlı, M., Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, (İtiraz Yolu), Sevinç Matbaası, Ankara 1966, s. 102.

etmesi ve bu doğrultuda denetleme yapması mümkündür. Hukuk kuralının geçerlilik nedeni her zaman başka bir hukuk kuralı olduğuna göre kaynağı hukuk kuralına dayanmayan bir iktidarın da hukuki olduğu söylenemez.¹³

Öğretide diğer bir görüş ise¹⁴ asli kuruculuğun hukuk dışı olduğu kabul etmekte, ancak “*memleket yararı*” gibi ölçütlerin onu hukuki kılabileceğini savunmaktadır. Bu görüşe göre asli kurucu iktidar kuruculuk fonksiyonunu icra ederken memleket yararına hizmet etmektedir. İşlevin doğurduğu sonuca göre değerlendirme yapan bu görüşe göre, memleket yararına hizmet ettiği için asli kuruculuğun hukukiliği hiçbir zaman tartışma konusu dahi yapılmamalıdır.

Buna karşılık öğretide farklı bir görüş ise,¹⁵ asli kuruculuğun hukuki olduğunu savunmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre eski düzenin ihtilâl sonucu ortadan kaldırılması hukuki bir boşluk doğurmaz. İhtilâl, yeni bir düzenin yaratılması durumunu ifade etse de, esasen toplumdaki hukuk inancının değiştiğini gösterir. İhtilâlin anayasa dışında, onu çiğneyerek yapılmış olması onu kanunilikten mahrum kılsa da hukukilikten mahrum kılmaz. Başarı ile gerçekleşen, kamunun iyiliğini, hukukun egemenliğini hedefleyen asli kuruculuk görünüşte kanunilikten mahrum olsa da aslında hukuki ve ahlakidir, hukuki ve ahlaki olduğu için de meşrudur.¹⁶ Bu görüşe göre, zaman içinde ihtilâlin toplum tarafından benimsenmesi onun hukuki olduğunun en belirgin göstergesidir.

Bizce şekli hukuka uygunluk ile hukuka uygunluk –bir anlamda meşruluk– birbirinden ayrı kavramlardır. Bir olgunun hukuk kuralında öngörülmüş olması, onu tek başına hukuki kılmaya yetmez. Nitekim 18. yüzyılda “*hukukilik = kanunilik*” ilkesi ile taçlandırılan hukuk

¹³ Kelsen, H., General Theory of Law and State, (Eroğul, C., Anayasayı Değiştirme Sorunu, Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi, Sevinç Matbaası, Ankara 1974, s. 23'ten naklen).

¹⁴ Yazar, hukuk dışılığın değer yargısı olmadığını, bir hareketin hukuk dışı olmakla birlikte memleket yararına olabileceğini, bu durumu yansıtan en tipik örneklerin Türkiye'deki 27 Mayıs hareketi ve Fransa'da 1962 yılında yapılan anayasa değişikliği işleminin olduğunu söylemektedir. Eroğul, C, s. 24.

¹⁵ Feyzioğlu, T., Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi, Yabancı Memleketlerde-Türkiye'de, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., Ankara 1951, s. 2.

¹⁶ Kubalı, H. N., s. 99.

devleti kavramı, iki dünya savaşı arasında yaşanan kötü tecrübeler neticesinde yaşama imkânını ancak “şekli hukuk devleti” anlayışından “maddi hukuk devleti” anlayışına kaçmakta bulmuştur.¹⁷ Bu dönemde yaşanan tecrübe kanunda öngörülen her şeyin hukuki olmadığını, hukuki olmanın kanunda düzenlenmiş olma şartına müsavi tutulamayacağını göstermiştir. Bu veçhile her kanuni olan nasıl hukuki olarak kabul edilemezse, hukuk kuralında öngörülmemiş, düzenlenmemiş olan bir şeyin de yalnız şekli kuralda yer almıyor gerekçesiyle hukuk dışı olduğu söylenemez. Diğer taraftan tarih bize göstermiştir ki kimi durumlarda pozitif kurallara uyulmaksızın hukuki durumlar yaratılabilmiş,¹⁸ bununla birlikte hukuki bir durum, pozitif kuralların uygulanması suretiyle hukuk harici bir hal alabilmiştir.¹⁹ Bu durum anayasa değişiklikleri için de söylenebilir. Öyle ki anayasada yapılan kimi değişiklik şekli hukuka uygun olmakla birlikte anayasayı tamamen ortadan kaldıracak nitelikte olabilir. Yine şekli hukuka aykırı olmakla birlikte anayasada yapılacak kimi değişiklikler hukuka uygun bir durum yaratabilir. Ayrıca değişikliğin anayasanın bir hükmünde ya da tamamında gerçekleşiyor olması önemli değildir. Bazen anayasada yapılacak küçük bir değişiklik bile anayasanın tamamen değiştirilmesi sonucunu doğurabilir.²⁰ Bu sebeple anayasa kurallarının şekli yapısından hareketle ne “Anayasal Düzeni”, ne onun ilkelerini ne de bunlar uyarınca korunan “Cumhuriyetin Özü”nü anayasanın bir hükmünü veya onu tamamen değiştirmek suretiyle ortadan kaldıracak hiçbir girişim hukuki olarak nitelendirilemez. Bu bakımdan salt şekle uygun olarak ya da uydurularak yapılacak her hangi değişikliği hukuksal olarak nitelemek doğru bir saptamayı ifade etmeyecektir. Bu noktadan hareketle asli kuruculuğun şekli kurallara uygun ya da aykırı hareket etmiş olmasıyla paralel olarak, onun hukuksal ya da hukuk dışı olduğu yönünde bir tespit yerinde bir saptama olamayacaktır. Kanımızca asli kurucu iktidarın anayasa çalışmaları, pozitif bir hukuk kuralına uygunluğu veya aykırılığı yönüyle irdelenemez, asli kurucu iktidarın

¹⁷ Çavuşoğlu, N., Anayasa Notları, Beta, İstanbul 1997, s. 21.

¹⁸ Gerek 1923, gerekse 1960 devrimlerinin kanuni olduğu söylenememekle birlikte bunların hukuki olduğu konusunda tereddüt dahi edilemez.

¹⁹ Almanya’da Nazi Partisi’nin iktidara gelişi kanunun öngördüğü usule uygun olması yönüyle kanunidir, ancak onun hukukiliği hayli tartışmalıdır.

²⁰ Örneğin şekli hukukun ön gördüğü usule uyarak İslam’ın resmi din olduğuna ilişkin bir maddenin anayasaya eklenmesi anayasanın tamamen değiştirilmesi sonucunu doğuracak nitelikte bir değişikliktir. Kubalı, H. N., s. 104.

hukukiliği ancak ve ancak hukuka uygun davranıp davranmadığı yönüyle tartışılabilir. Bu anlamda hukukiliğin ölçütü ise maddi varlığı olmayan, evrensel, değişmez ve anayasa üstü kurallar olacaktır.

Bu nedenle asli kuruculuğun hukukiliği sorunu salt şekli kritere göre çözümlenebilecek bir sorun değildir. Nitekim doğal hukuk görüşünü benimsemiş yazarlar anayasa üstü kuralların var olduğunu savunmaktadır.²¹ Örneğin Soysal Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında belli bir sonuca varırken "*hukukun temel ilkeleri*"ne dayandığını ve böylece pozitivizmden uzaklaştığını, anayasaya uygunluğun yargısal denetimini kabul eden sistemlerde pozitivizmden uzaklaşma eğiliminin kendiliğinden güç kazanmasının da normal olduğunu söylemektedir.²²

Yine Azrak, Anayasa Mahkemesi'nin denetim yaparken "*anayasa normları ve onun üstünde yer alan yüksek hukuk prensipleriyle anayasa geleneğine (teamül)*" bağlı olduğunu, anayasada açıklık düzenleme olmadığı durumlarda, yazılı olmayan üstün hukuk kurallarına aykırı bir kanununun denetlenmesinin reddedilmesinin anayasa koyucunun amacına aykırı olduğundan tereddüt edilemeyeceğini belirtmiştir. Yazara göre sosyal adalet, insan onuruna saygı gibi üstün hukuk ilkeleri açıkça yazılı olmasalar bile anayasanın gerek ruhundan gerekse başlangıç kısmından çıkarılabilir.²³

Armağan, anayasada açıkça ifade edilmiş olmasa da, anayasaya uygunluk denetiminde anayasanın üstünde yer alan bir takım ilkelere var olduğunu, yalnız anayasada ayrıntılı bir biçimde düzenlenen hükümlerin değil, demokrasi, hukuk devleti, merkezden yönetim gibi temel ilkelerin de anayasaya uygunluk denetiminin ölçütü olacağını söylemektedir.²⁴

Bu noktadan hareketle kanımızca asli kuruculuğun hukuki olup olmadığı, şekli kural ölçütünü aşan, ondan daha geniş bir ölçüt olduğunu düşündüğümüz "*hukuksal ölçüte*" tabi bir konudur.

²¹ Cansel, E., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, c. 2, 1990, s. 18.

²² Soysal, M., Dinamik Anayasa Anlayışı, Anayasa Diyalektiği Üzerine bir Deneme, Ankara 1969, s. 102.

²³ Azrak, A. Ü., Türk Anayasa Mahkemesi, *İ.Ü.H.F.M.*, İstanbul 1963, c. 28, s. 673.

²⁴ Armağan, S., Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1967, s. 121.

Gördüğümüz gibi asli kurucu iktidarın işlemlerinin niteliği, ancak ve ancak doğal hukuk görüşü ile hukuki pozitivistlerin arasındaki görüş ayrılığından kaynaklanan çatışmaya ilişkindir. Bundan dolayıdır ki öğretilerde anayasada değişiklik yapılması asli kuruculuktan ziyade türev kuruculukla ilgili bir konu olarak, anayasanın tamamen değiştirilmesi ya da yeni bir anayasa yapılması ise asli kuruculukla birlikte anılmaktadır.²⁵

2. Türev Kurucu İktidar

Anayasalar değiştirilemez, mutlak, ezeli kurallar değildir. Değişken/devingen bir alanı, düzenleyen kurallar bütünü olarak anayasa, toplumsal/sosyal gelişmeleri içinde barındırmalı, ait olduğu topluma ilişkin değişme ve gelişmelere koşut bir biçimde onu takip etmelidir. Anayasanın devingen bir alana dair oluşu bir bakıma onun değiştirilebilir olma yönünü ifade eder. Bu noktadan hareketle, zaman ve uzam içerisinde sosyal hayattaki gelişmelere paralel olarak anayasalarda da değişiklikler yapmak bir gereklilik olarak tebarüz eder. Bu durum anayasayı yapan, ona siyasi ve hukuki statüsünü veren asli kurucu iktidar tarafından göz önünde bulundurulmuştur. Bu nedenle asli kurucu iktidar genellikle anayasanın nasıl değiştirileceğini, bu değişikliklerin kim tarafından gerçekleştirileceğini düzenlemiştir.

Peki, madem anayasalar değişken bir alanı düzenlemekte ve onunla paralellik arz etmesi gerekmektedir, söz konusu değişiklikler neye göre ve kim tarafından yapılacaktır? Mademki hemen her anayasa, kurallarının nasıl değiştirileceğini içinde barındırmakta ya da Özbudun'un tabiriyle, mutlak sert anayasalardan mutlak yumuşak anayasalara kadar her tür anayasa, bünyesinde değiştirilmelerine ilişkin hükümler ihtiva etmekte, ve bu hükümler uyarınca sınırsız çözüm yolu bulunabilir, değişiklik yapma bir gereklilik olarak belirdiğinde söz konusu değişiklikleri kim, neye göre yapılacaktır? Başka bir açıdan değişiklikleri yapacak organın hukuki niteliği nedir?

²⁵ Ancak yeri gelmişken belirtmek gerekir. Türev kurucu iktidarın anayasanın temel kurallarını değiştirmek suretiyle ya da değiştirme usulünü değiştirmek suretiyle anayasayı tamamen değiştirerek asli kuruculuk fonksiyonu icra edip edemeyeceği öğretilerde tartışmalı bir konudur.

Anayasa hukuku yazınında anayasa değişikliği, türev kuruculukla müsemma tutulmaktadır. Bu bakımdan anayasaların değiştirilmesi söz konusu olduğunda türev kurucu iktidardan söz edilir. Anayasada değişiklik yapma fonksiyonu beraberinde bazı sorunları getirmektedir. Şöyle ki;

Asli kuruculuk fonksiyonunda ortada uyulması gereken pozitif hukuk kuralının olmaması onun hukukiliği üzerinde tartışmaları beraberinde getirmiştir. Buna karşı türev kurucu iktidarın kurulmuş bir organ olması ve dolayısıyla kendinden önce konulmuş hukuk kurallarıyla kayıtlı olması onun hukukiliğini tartışılmaz kılmaktadır.²⁶ Gerek hukuki pozitivistler gerek doğal hukukçular türev kuruculuğun hukuki olduğu konusunda görüş birliği içindedir. Gerçi bir takım pozitivist hukukçular asli kurucunun bir süre iktidarda kalması durumunda ve kendi koyduğu kurallarla kayıtlı hareket etmesi durumunda onunda türev kurucu iktidara dönüşeceğini, dolayısıyla hukuki olacağını savunmaktadır.²⁷ Yine yukarıda da belirtildiği üzere memleket yararı ölçütü ile kimi asli kuruculuk fonksiyonunun hukuki olduğu söylenmektedir. Buna ilişkin tartışmalar bir tarafa son tahlilde türev kurucu iktidar anayasa hükümlerini yine anayasa hükümleri uyarınca değiştirebilme yetkisini haiz, hukukiliği konusunda öğretime mutabakat sağlanmış olan kurulmuş bir iktidardır. Onu işleviyle özetlemek gerekirse, türev kuruculuk, anayasada değişiklik yapma fonksiyonudur.²⁸

Anayasayı değiştirme, –türev kuruculuğun niteliğine uygun olan tabirle, anayasada değişiklik yapma– söz konusu olduğunda akla çeşitli sorular gelmektedir. Türev kurucu iktidar anayasa değişikliğine ilişkin yetkisini nereden almaktadır? Yetkisinin her hangi sınırı var mıdır? Varsa bu sınırlar nelerdir? Yoksa niçin? Türev kurucu iktidar yetkisini genişletebilir mi genişletemez mi? Asli kurucu iktidarın anayasa üzerindeki etkisi ya da iradesi ne zamana kadar devam edecektir?

Konuyla ilgili daha birçok soru sorulabilir ve yine soruların yoğunluğuna bağlı olarak birçok yanıt verilebilir. Biz bundan sonraki başlık altında öğretime tartışma konusu olan belli başlı soruları ele ala-

²⁶ Türev kuruculuğun hukukiliğini bir yazar şöyle dile getirmektedir “Kurucu yetki anayasayı yapma değil sadece değiştirme yetkisidir.” Burdeau, G., *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965 (Eroğul C., s. I’den naklen).

²⁷ Eroğul, C, s. 27.

²⁸ Kubalı, H. N., s. 96; Teziç, E., s. 168; Gören Z., s. 333.

cak bu minvalde özellikle de türev kurucu iktidarın anayasanın değişmez maddelerini değiştirmek suretiyle anayasa değişikliği yapıp yapamayacağı sorusuna yanıt arayacağız.

B. Türev Kurucu İktidar ve Değiştirilemez Kurallar Karşısındaki Konumu

Daha önce de değindiğimiz gibi anayasalar mutlak değişmez kurallar bütünü değildir. Uzun yıllar önce saygın bir düşünürün belirttiği “*değişmeyen tek şey değişmektir*” şeklinde doğa gerçekliğini yansıtan belirlemede olduğu gibi anayasalar da değişmeyen ‘*değişme*’ kuralına tâbidir. Doğa gerçekliğinden hukuki gerçekliğe dönecek olursak (ki o da doğa gerçekliğinin bir parçasıdır) anayasa da bir kanundur ve zaman içinde her kanun gibi o da değiştirilebilir. Teziç’in de belirttiği gibi siyasi açıdan anayasa, devlet teşkilatını birey haklarını, belli bir dönemin mevcut siyasal ve sosyal verilerine bağlı olarak saptamaktadır. Bu veriler zamana göre değişeceğine göre anayasaların da zaman içinde değişmeleri muhtemeldir.²⁹

Bu doğal gerçeklik karşısında asli kurucu iktidar, anayasada değişiklikler yapılabileceğini öngörmüş, buna bağlı olarak da kurallarının nasıl değiştirileceğini kendisi düzenlemiştir. Ancak asli kurucu iktidar bu belirlemeleri yaparken, bazı hükümleri kurduğu rejimin özü saymış, bu sebeple onlara değiştirilemezlik payesi yüklemiştir.

O halde akla şu soru gelmektedir. Anayasa oluşturulmasından itibaren değişiklikleri kabul etmekte ve bu değişikliğin nasıl yapılacağını kendisi göstermektedir. Söz konusu usule göre de değişiklik yapma yetkisi türev kurucu iktidara verilmektedir. Değişiklik yapmaya ilişkin yetki, değiştirilemez madde ile karşılaştığında ortaya ne gibi bir sonuç çıkacaktır. Türev kurucu iktidar bir dönemde böyle bir yasakla karşılaştığında nasıl hareket edecektir?

Şüphesiz bu sorunun yanıtlanması öncelikle değiştirilmeleri yasaklanmış olan anayasa maddelerinin hukuki niteliklerinin belirlenmesini zorunlu kılar.

²⁹ Yayla, Y., s. 57; Teziç, E., s. 167.

1. Asli Kurucu İktidarın Anayasada Yapılacak Değişikliklere Getirdiği Açık Yasakların Hukuki Değeri Nedir?

Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası'nda, asli kurucu iktidar bazı konuların türev kurucu iktidar tarafından değiştirilemeyeceğini açıkça belirtmiştir. Buna göre (m. 4) devlet şeklinin cumhuriyet oluşu (m. 1), ve nitelikleri (m. 2), devletin tek yapılı oluşu, resmi dili, bayrağı, milli marşı ve başkentinin Ankara oluşu değiştirilemez (m. 3).³⁰

Öğretide bazı yazarlar,³¹ anayasadaki bu hükümlerin hukuki açıdan bir değerinin olmadığını söylemektedir. Onlara göre belirli bir dönemin kurucu iktidarı, geleceğin kurucu iktidarından üstün olmaz. Anayasada belirtilen bu tür yasaklar birer siyasi temennidir. Bu tür siyasi temennilerin hukuki hiçbir bağlayıcılığı olamaz. Yine onlara göre anayasada değişiklik yapma usulünü belirleyen kurala uyararak, önce yasaklayıcı maddeyi yürürlükten kaldırıp daha sonra da değiştirilmesi yasak olan konuları yeniden düzenlemek her zaman mümkündür.³² Özetle, bu görüşü savunanlara göre anayasanın değiştirilemez hükümleri hukuki bağlayıcılığı olmayan siyasi birer temennidir.

Buna karşılık bazı yazarlar,³³ değiştirilmesi yasak olan maddelerin anayasanın özünü, hatta ruhunu teşkil ettiğini söylemektedir. Onlara göre Türkiye Cumhuriyeti'ni demokratik bir hukuk devleti olmaktan

³⁰ Anayasanın bu açık hükmüne karşılık öğretide bazı yazarlar "soyutlanamama" gibi gerekçelerle açık hükmün kapsamını genişletmekte, birlikte yorumlanacağı gerekçesiyle 4.maddede sayılmayan bazı maddeleri de değiştirilemeyecek maddeler sınıfına dâhil etmektedir. Örneğin Teziç, "(...3. maddedeki "Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür" kuralı nedeniyle 6. maddedeki "Egemenlik kayıtsız şartsız Milletindir" maddesi, birbirinden soyutlanamayacakları için değiştirilemeyecek hükümlerdendir)" demek suretiyle bu görüşünü dile getirmektedir. Bkz. Teziç, E., s. 168.

³¹ Burdeau, G., s. 84; Laferrière, J., Manuel de Droit Constitutionnel, s. 289 (Hocaoğlu A. Ş. / Ocakçioğlu, İ., Anayasa ve Anayasa Mahkemesi, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1971, s. 158'den naklen); Eroğul C., s.10.

³² Yazar 1961 Anayasası'nda ki (m.9) hükme işaretle bu yorumu yapmaktadır. Azrak, A. Ü., s. 679-680 kanımızca yazar burada konuya pür hukuksal bakımdan yaklaşmaktadır. Ancak bunu yaparken de hukuku teçhizatsız bir biçimde ceberut siyaset sahnesinde yalnız bıraktığını düşünmekteyim. Yazarın siyaset ve hukuku birbirinden ayırıştırma idealini anlamıyor değilim. Ancak şunu göz ardı etmemek gerekir; hukukun siyasete karışması ile siyasetin hukuka karışması farklı şeylerdir. Sakıncalı olan birincisi değil ikincisidir. Bu bakımdan yasaklayıcı madde kendi ilgasını yasaklamış olmasa dahi, onun da yasaklayıcı madde kapsamında düşünmek gerektir.

³³ Kubalı, H. N., s. 95.

çıkaracak, değişikliklerin yapılmasını engelleyen hukuksal güvencelerin ortadan kaldırılması sonucunu doğuracak anayasa değişikliği yapılamaz.³⁴ Değişikliği yasaklayan hükümlerin hukuksal niteliği, hukuken bağlayıcı olan ve uyulmaması durumunda "iptal"³⁵ sonucunu doğuracak kurallardır.

Kanımızca ikinci görüş daha doğrudur. Çünkü Herzog'un da dediği gibi asli kurucu iktidar söz konusu hükümlere değiştirilemezlik payesi yükleyerek onlara diğerlerine nazaran daha fazla önem verdiğini göstermiştir.³⁶ Anayasayı ve anayasal düzeni korumakla görevli (ki değiştirilemez maddeler onun ruhunu oluşturur) bir mahkeme teşekkül edilmiştir.³⁷ Yine bazı pozitivist hukukçuların dediği gibi şayet kurallar konuluşundaki ve değiştirilmelerindeki güçlüğü göre kademelendiriliyorsa kanun koyucunun değiştirme yasağı koyarak onları diğer kurallardan daha üst bir konuma yerleştirmiş olduğu anlamına gelecektir. Bu hükümlerin anayasal rejimin özünü oluşturduğu ise tartışmasızdır. Bir kurumun özünü inkâr edip ilkelerini ikbal etmek mümkün değildir. Başka bir ifade ile alelade anayasa hükümlerinin hukuki bağlayıcılığı kabul edilip (örn: değiştirme usulü ve yetkisi), onlara nazaran daha büyük önemi haiz hükümleri siyasi birer temenni olarak nitelemek yerinde bir tespit olamaz. Zira pozitivistlerin savunduğu gerekçeye dayanacak olursak değiştirme usulünü gösteren alelade kural değiştirilemez maddelerle karşılaştığında etkisiz kalacaktır, kalmalıdır.

Yine birinci görüş, anayasada değişiklik yapma usulünü belirleyen kurala uyararak, önce yasaklayıcı maddeyi yürürlükten kaldırıp daha sonra da değiştirilmesi yasak olan konulan yeniden düzenlemek suretiyle değiştirilemez maddelerin değiştirilebileceğini savunmaktadır.³⁸

³⁴ Yayla, Y., Anayasa Mahkemesine göre Cumhuriyetin Özü, Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s. 1040.

³⁵ Öğretideki bir görüşe göre burada söz konusu olan sonuç "ne yokluktur nede iptal", ancak, "yokluk benzeri iptal" dir. Bkz. Yayla, Y., ... Cumhuriyetin Özü, s. 990 Bizce, yazar bu tespitinde hiç de haksız değildir. Öğretideki diğer bir görüşe göre ise, söz konusu sonuç "yokluk" olmalıdır. Bkz. Özden'in karşı oy gerekçesi E. 1987/9, K. 1987/15, k.t. 18.06.1987, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTA-LITIRAZ/K1987/K1987-15.htm>, (e.t. 05.06.2007).

³⁶ Herzog, R., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, çev.: Ümit Özdağ, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, c. 3, 1990, s. 16.

³⁷ Azrak. A.Ü., s. 651.

³⁸ Bkz. 31 ve 32 no'lu dip not.

Kanımızca bu görüşte isabetli değildir. Çünkü değiştirilme yasağını içeren maddenin değiştirilmesi, anayasanın değiştirilebilir maddelerinin değiştirilmesinden hayli farklıdır. Böyle bir değişiklik anayasanın esas otoritesini değiştirmek sonucunu doğurur.³⁹ Örneğin her ne kadar anayasanın 4. maddesi lâfzen kendisini değiştirilemez hükümler arasında saymasa da ruhen kendi değişikliğini de yaskladığını söylemek mümkündür. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında belirttiği gibi,

"...anayasa değişikliklerine ilişkin teklifler her şeyden önce anayasanın başlangıç bölümü ile 1. ve 2. maddelerinde yer almış bulunan ilkelere en küçük bir sapmayı veya değişikliği öngöremezler. Değişikliğin sözü geçen ilkelere tümünü veya her hangi birini hedef almış olması arasında fark yoktur. Kapsam ne olursa olsun, bu konulardaki bütün değişiklikler bu yasağın içindedir."

4. madde esas olarak değiştirilemez maddeleri korumaktadır. Bu bakımdan 4. maddeye ilişkin değişiklik teklifleri, değiştirilmez maddelerin değiştirilmelerine olanak sağlayacak bir ortamı yaratma girişimidir. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi'nin 1977 yılında yaptığı yorumu 4. maddeyi de kapsar biçimde yorumlamak gerekir. Daha öncede değindiğimiz gibi şekli kurallara pür hukuksal ya da saf mantıksal ölçütlerle yaklaşp, onların uygulanabilirliğini ortadan kaldıracak (bir yönüyle hükmün dolanılması, ya da hileyile) bir yol benimsenmemelidir. Şayet böyle bir yol benimsenirse o zaman Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda andığımız kararı doğrultusunda hareket etmesinin hiç bir sakınca yoktur, olamazda. Eğer bir dönemin iktidarı çoğunluk düşüncesi, demokrasi gibi gerekçelerle böyle bir girişimde bulunursa, Anayasa Mahkemesi'nin de yetki sınırlarını belirleyen sınırlayıcı hükümleri çoğunculuk, demokrasi adına ve rejimin koruyucusu sıfatıyla dolaşması, söz konusu değişiklikleri iptal etmesi gerekir ve ondan bu davranış beklenir.

³⁹ Örneğin, A.B.D. Yüce Mahkemesi, (Supreme Cort) yalnız anayasanın lafzına uygunluk denetimi değil, gerektiğinde anayasanın ruhuna uygunluk denetimi yapmakta, kanunları ve anayasa değişikliklerini anayasanın ruhuna aykırı bulursa sırf bu gerekçeyle iptal edebilmektedir. Belge, M., anayasanın "Ruhu", *Radikal Gazetesi*, (t. 15.07.2007).

2. Türev Kurucu İktidar Anayasayı Bütünüyle Değiştirebilir mi?

Öğretide bazı yazarlar bu soruya olumlu yanıt vermektedir.⁴⁰ Söz konusu yazarlar türev kurucu iktidarın anayasayı tamamen değiştirmesine bir engel tanımamaktadır. Onlara göre, bir dönemin kurucu iktidarının gelecekteki kurucu iktidarı sınırlaması ya da bir öncekinin bir sonrakine üstünlüğü kabul edilebilecek bir şey değildir. Anayasanın değiştirilmesi zorunluluk icabı olabilir. Bu zorunluluğun engellenmesi, anayasal düzenin zor kullanılarak değiştirilmesine imkân tanımak olacaktır. Anayasal istikrarın sağlanabilmesi anayasanın zor kullanılarak değiştirilmesiyle değil, gerektiğinde değişiklik yapılabilecek düzenlemeyi getirmekle mümkündür.⁴¹ Anayasanın değişmesini istememek onu dondurmak, ihtilâlden başka çıkar yol bırakmamak, onun giderek sürekli olabilmemesini engellemekten başka bir anlama gelmemektedir.⁴²

Buna karşı, öğretilerde bazı yazarlar⁴³ türev kurucu iktidarın anayasayı tamamen değiştirmeye muktedir yetkisinin olamayacağını söylemektedir. Anayasanın temel ilkeleri değiştirildiğinde anayasal düzen tamamen ortadan kalkmış sayılacağı için⁴⁴ yürürlükteki anayasa ile öngörülmüş olan değiştirebilme yetkisi, kimseye anayasayı ilga etme yetkisi tanımaz. Gerek hile, gerek hükmün dolanılması suretiyle, her ne şekilde olursa olsun değiştirme yetkisine dayanarak yapılacak bu tür işlem anayasaya karşı hile yapmayı ifade edecektir.⁴⁵ Böyle bir girişimin sonucu ise yaşanmış birçok tecrübeyle sabittir. Örneğin; anayasaya karşı hile yaparak anayasayı değiştiren Mussolini, 1925 yılından itibaren yürürlüğe koyduğu kanunlarla rejimin özünü değiştirmiş, Hitler'in 1933-1934 tarihli kanunlarla Weimar Anayasası'nı değiştirerek bambaşka bir anayasa düzeni oluşturmuştur.⁴⁶

Kanımızca ikinci görüş daha isabetlidir. Türk siyasi tarihinden örnek verecek olursak, 1950-1960 yılları arasında çoğunluğun oyuyla ikti-

⁴⁰ Gözler, K., s. 166.

⁴¹ Teziç, E., s. 172.

⁴² Yayla, Y., ...Ders Notları, s. 48.

⁴³ Arsel, İ., s. 244; Kubalı, H. N., s. 95.

⁴⁴ Kubalı, H. N., s.103; Kıratlı, M., s. 103.

⁴⁵ Tikveş, Ö., Anayasa Hukuku Dersleri, *Ege Üniversitesi Matbaası*, İzmir 1976, s. 327.

⁴⁶ Kaboğlu İ. Ö., Anayasa Hukuku Dersleri, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005; Çavuşoğlu, N., s. 34.

darı ele geçiren Demokrat Parti bu çoğunluğu ileri sürerek yaptığı key-fî ve hukuk devletini ihlal eden işlemleriyle Türkiye Cumhuriyeti'nin anayasal rejimini değiştirmeye kalkmış, mutlakıyetçi/demokrat tavrıyla onun altını oyma yoluna gitmiştir. Çoğunluğun kararının hukuk olduğunu benimseyen bir fikri yapıyla bir dönemin iktidarına bu tür sınırsız yetkileri tanımak hukukun kendi kendini ilga etmesine imkan tanımak anlamına gelecektir. Oysa hiçbir düzen kendisinin ilga edileceği bir durumu öngörmez. Hele bu düzen adaleti tesis etmeyi şiar edinmiş, hukuku gerçekleştirme emeliyle teçhiz edilmiş bir düzense, hukukun bertaraf edilmesini ifade edecek bir eyleyişe hiç müsaade edemez. Zira aksini kabul etmek hukukun hukuk kurallarıyla, gerek demokrasinin demokrasi/hukuk kurallarıyla ortadan kaldırmasına imkan tanımak olacaktır. Bu açıdan Haefliger'in deyişiyle, anayasada değişiklik yapmak söz konusu olduğunda, değişiklik demokratik devlet düzenini, kişi hürriyetinin özünü zedeliyorsa bu tür bir değişiklik engellenmelidir.⁴⁷

Bir başka açıdan kamu hukuku tekniğinde tecrübeler ışığında icat edilmiş genel bir kural vardır; usul ve yetkide paralellik. Bu ilkeye göre, bir hukuki işlem yapılırken hangi usul ve yetki kurallarına uyulmuşsa, o işlemi değiştiren, kaldıran bir işlem de aynı usulle ve aynı makam tarafından yapılır. Yine bir yetkiyi kullanan makam bu yetkiyi kaldıramadığı gibi, bunun sınırlarını da genişletemez. İlk bakışta kamu hukukunun özel bir alanında (idare hukuku) yerleşmiş bir ilkenin başka bir alana (anayasa hukuku) uygulanamayacağı itirazında bulunulabilir. Söz konusu itiraz ilk bakışta haklı olarak algılansa bile hukukun bir alanında keşfedilmiş bir ilkenin ona uygun olan başka bir alanda uygulanamayacağı söylenemez.⁴⁸

Daha önce de aktardığımız üzere, türev kurucu iktidar deyince akla anayasada değişiklik yapma fonksiyonu gelir. Türev kurucu iktidar anayasal düzenin öngördüğü kurallara göre iktidara gelmesi

⁴⁷ Haefliger, A., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Çev.: Ümit Özdağ, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, c. 3, 1990, s. 270.

⁴⁸ Ayrıca anayasa hukuk ile idare hukukunun hangi noktada birbirinden ayrıldığı da net olarak saptanabilmiş değildir. Nitekim Alman öğretilinde yaygın olarak benimsenen "idare hukuku anayasa hukukuyla bir bütündür ve hatta onun somut yönüdür" şeklindeki düşünce bizim bu konudaki savımızı destekler niteliktedir. Bu açıdan söz konusu ilkenin burada uygulanmasının hiç bir sakıncası olmadığını, bilakis uygun olduğunu düşünmekteyim.

yönüyle kurulmuş bir organdır. Kurulmuş bir organ olması yönüyle, anayasada değişiklik yapma yetkisi dâhil tüm yetki ve görevlerini kendisinden değil, mevcut hukuk düzeninden yani mevcut anayasadan alır. Bu sebeple türev kurucu iktidar, ancak asli kurucu iktidar tarafından konulan anayasal yetkileri kullanabilir. Bu bakımdan asli kurucu iktidarın türev kurucu iktidara tanıdığı yetkinin kapsamı değiştirilemez maddeler ve mevcut düzenin özü ile sınırlıdır. Asli kurucu iktidar anayasadaki kimi maddelere değiştirilemezlik payesi yükleyerek türev kurucu iktidarın yetki sınırını belirlemiştir. Buna göre türev kurucu iktidarın yetkisi anayasayı, “Anayasal Düzeni” değiştirmek değil, çağın gereklerine uygun olarak anayasada değişiklikler yapmak, değişen şartlara uyarlayarak onun sürekliliğini sağlamak şeklindedir. Bu yönüyle türev kurucu iktidar yetkilendirilmiş bir organdır. Türev kurucu iktidar verilmiş yetkiyi kullanan organ olarak, söz konusu yetkiyi kaldıramadığı gibi onu genişletmesi de mümkün değildir. Yetkisini kuruluşundaki mevcut anayasa kurallarından almasından hareketle, onu bir organ olarak nitelemek nasıl yanlış bir saptama olmayacaksa, idare hukuku kurumu olan yetkide ve usulde paralellik ilkesi uyarınca onun yetki yaratmaya yetkili (die Kompetenzkompetenz) bir organ olmadığını söylemek de yanlış bir saptama olmayacaktır. Ayrıca yukarıdaki örneklerde görüldüğü gibi türev kurucu iktidarın bir an bile bu yetkiye sahip olması ya da anayasaya karşı hile ile kendisine tanınan bu yetkiyi aşması hazin sonuçları beraberinde getirebileceğini göstermektedir.

C. Anayasa Değişikliklerinin Denetimi

Katı anayasa sistemini benimsemiş olan Türk anayasaları değiştiremez maddeleri içermeleri yanında, anayasada değişiklikler yapılabilceğini ön görmüş, bunun usullerini de belirlemiştir. Bununla birlikte 1924 ve 1961 anayasaları söz konusu usullere uyulmaması durumunda anayasa değişikliklerinin nasıl denetleneceğini düzenlememişlerdir.⁴⁹

Anayasa değişikliklerinin nasıl denetleneceği sorunu ilk defa 1961 anayasasının milletvekili seçilme yeterliliğini düzenleyen 68. madde-

⁴⁹ Esasen 1961 Anayasası'nın ilk halinde böyle bir düzenleme yoktur. 1971 yılında yapılan değişiklik ile anayasa değişikliklerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetleneceği hükmü anayasaya eklenilmiştir.

sinin 1188 sayılı kanunla değiştirilmesi sonucu gündeme gelmiştir. Söz konusu değişiklik, Anayasa Mahkemesi'nin önüne geldiğinde, Anayasa Mahkemesi değişiklikleri, hem şekli hem esas bakımından denetleyebileceğine karar vermiştir.⁵⁰ Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı iki açıdan önemlidir. Bunlardan birincisi, bu dönemde anayasa değişikliklerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebileceğine dair anayasada her hangi bir hüküm olmamasına rağmen Anayasa Mahkemesi'nin kendini bu konuda yetkili görmüş olması ve anayasa değişikliklerini bu minvalde denetlemiş olmasıdır. Kararın ikinci önemli tarafı, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerini esasa ilişkin olarak da denetleyebileceğine karara vermiş olmasıdır. Kanımızca Anayasa Mahkemesi'nin bu tutumu yerindedir. Çünkü kanun koyucu kendisine tanınmış olan sınırları aştığında ve anayasayı ihlal ettiği durumlarda, Anayasa Mahkemesi'nin yetki alanına giren bir sorun var demektir. Çünkü Anayasa Mahkemesi her şeyden önce anayasa ve anayasal düzenin koruyucusudur. Nitekim Anayasa Mahkemesi Üyelerinin göreve başlamadan önce yaptıkları yemin de bize böyle olduğunu göstermektedir.⁵¹

Anayasa Mahkemesi'nin bu tutumuna tepki olarak yasama organı, 1971 yılında yaptığı geniş kapsamlı değişikliklerle Anayasa Mahkemesi'nin yetkisini kısıtlama yoluna gitmiştir. 1488 sayılı kanunla gerçekleştirilen bu değişikliklerle anayasanın 147. maddesi şu şekli almıştır. *"Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzüklerinin anayasaya, anayasa değişikliklerinin de anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler."*

Anayasa Mahkemesi bu düzenleme karşısında anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleyemeyeceğini kabul etmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi bundan sonraki kararlarında şekil denetimini yorumlamak suretiyle kapsamını geniş tutmuş, birçok kararı bu yorumlama yöntemi sayesinde iptal etmiştir.⁵²

⁵⁰ E. 1970/1, K. 1970/31 k.t. 16.06.1970, R.G., 07.06.1971/13858.

⁵¹ Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m. 7/2 şöyle demektir. *"Türk milleti tarafından demokrasiye aşık Türk evlatlarının vatan ve millet sevgisine emanet ve tevdi olunan Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nı koruyacağıma; görevimi doğruluk, tarafsızlık ve hakka saygı duygusu içinde, sadece vicdanımın emrine uyarak yapacağıma, namusum ve şerefim üzerine ant içerim."*

⁵² E. 1973/19, K. 1975/87 k.t. 15.04.1975, R.G., 26.02.1976/15511; E. 1975/167, K. 1976/19 k.t. 23.03.1976 <http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR7IPTA-LITIRAZ/K1976/K1976-19.HTM> (e.t. 20.04.2007).

1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesi'nin bu yorumuna tepki olarak, anayasa değişikliklerini denetleme sınırını açıkça düzenleme yoluna gitmiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerini yalnız şekil bakımından denetleyebileceği hüküm altına alınmıştır. Son düzenlemeye göre değişikliklerinin, teklif yasağı, oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşme yasağı kapsamında denetlenebileceğine karar verilmiştir (m. 148). Yine buna bağlı olarak, iptal kararı verilebilmesini zorlamak adına üçte ikilik çoğunluk şartı getirilmiş (m. 149/1),⁵³ ancak bu oran 2001 yılında yapılan değişiklik ile beşte üçe düşürülmüştür.

Bu hüküm karşısında Anayasa Mahkemesi artık anayasa değişikliklerini yalnız şekil bakımdan denetlemekte, bu denetimi yaparken de yukarıda söylediğimiz sınırlar dâhilinde hareket etmektedir.⁵⁴ Artık yorumlamak suretiyle yetkisini genişleten içtihadından vazgeçmiş, vazgeçirilmiştir. Anayasa Mahkemesi 1987 yılında verdiği bir kararında durumu şu şekilde özetlemiş ve yetkisizlik kararı vermiştir.

“Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini belirleyen anayasanın 148. maddesinde, anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların esas bakımdan denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimini de; teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutmuştur. İptal istemi bu sınırlı sebeplerin her hangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın incelenmesine olanak yoktur.”

Gördüğümüz gibi anayasa değişiklikleri 1970 yılından bu yana, denetiminin kapsamı değişse de Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmektedir.

⁵³ 1982 Anayasası, bu kısıtlamayı getirmiş olmakla birlikte 1961 Anayasası döneminde anayasa mahkemesinin niçin şekil denetimi altında esas denetimi yaptığı gerçeğine eğilmiş, bu sebeple Cumhuriyetin ilkelerini de değiştirilmezlik kapsamına almıştır. 1961 Anayasası ise yalnız Cumhuriyet şeklini değiştirilemez olarak hükme bağlamıştı. Bu nedenle 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi genellikle Cumhuriyetin ilkelerini de değiştirilemez madde kapsamına almak için genişletici yorum yapmıştır.

⁵⁴ E. 1987/9, K. 1987/15, k.t. 16.06.1987, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1987/K1987-15.htm> (e.t. 23.03.2008).

D. Anayasa Değişikliklerinin Denetimi Şekle mi Esasa mı İlişkindir?

Bu sorumuzun yanıtını yukarıda (anayasa değişikliklerinin denetimi başlığı altında) kısmen vermiş bulunuyoruz. Özetleyecek olursak; 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi değişiklikleri hem şekil hem esas bakımından denetlemiştir. 1971 yılında anayasada yapılan köklü değişiklik ile Anayasa Mahkemesi'nin değişiklikleri esas bakımından denetleme imkânı kaldırılmıştır. Ancak şekil denetiminin kapsamı belirlenmediği için, Anayasa Mahkemesi değişiklikleri, şekil denetimi adı altında esas denetimi şeklinde yapmaya devam etmiştir.⁵⁵ Son olarak 1982 Anayasası, şekil denetiminin kapsamını belirlemek suretiyle tartışmaya son noktayı koymuş, buna göre artık Anayasa Mahkemesi değişiklikleri, 148. ve 149. maddelerdeki kısıtlamalarla yalnız şekil bakımından yapmaktadır.

Anayasa hükmünde ve buna bağlı olarak Anayasa Mahkemesi içtihadında durum böyle olmakla birlikte konu öğretilerde tartışmalıdır. Öğretilerde, anayasa hükmüne bağlı olarak Anayasa Mahkemesi'nin değişiklikleri ancak şekil bakımından denetlenebileceğini ifade eden son kararını doğru bulanlar var olduğu gibi, gerektiğinde Anayasa Mahkemesi'nin esasa ilişkin denetim yapmasını savunanlarda mevcuttur.⁵⁶

Yukarıdaki çekişmeli durumdan da anlaşılacağı gibi anayasa değişikliklerinin denetimi şekil ve esas olmak üzere iki şekilde yapılmaktadır. Ancak her iki denetim de nihayetinde anayasaya uygunluk bakımından yapılmaktadır.⁵⁷

Kanunların yürürlüğe girmeleri belirli şekil kurallarına uygun olarak kabul edilmelerine bağlıdır. Anayasa değişiklikleri biçimsel olarak kanundur.⁵⁸ Bu bakımdan onların da kabul edilip yürürlüğe girebil-

⁵⁵ Özellikle 1973 yılında Anayasa Mahkemesi Devlet Güvenlik Mahkemeleri ile ilgili kararında "değiştirilmesi teklif dahi edilemez" hükmünü şekil denetiminde ölçüt olarak kabul etmiştir.

⁵⁶ Azrak, A.Ü., s. 673; Cansel, E., s. 20.

⁵⁷ Gerçi öğretilerde bu konu tartışmalıdır. "Anayasallık Bloku'nu" savunan görüş, denetimin yalnız anayasaya uygunluk bakımından olmadığını, anayasadan başka "ölçüt normların (kuralların)"da var olduğunu söylemektedir. Yüzbaşıoğlu, N., Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu, İÜHF yayını No: 703, İstanbul 1993, (Sabuncu Y., Anayasaya Giriş, İmaj Yayıncılık, Ankara 2002, s. 253'ten naklen).

⁵⁸ Her ne kadar anayasa değişiklikleri biçimsel olarak kanun olsa da onların değiştiril-

meleri belirli usul ve biçim kurallarına uygun olarak doğmuş olmalarına bağlıdır. O halde anayasa değişikliklerinin şekil yönünden denetimi denince akla gelecek olan şey değişikliklerin öngörülen usul ve biçim kurallarına uygun olarak yapılıp yapılmadığının incelenmesidir.

Anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenmesi ise tamamen farklı bir durumdur. Anayasada belirtilen usul ve biçim kurallarına göre gerçekleştirilmiş anayasa değişikliği, şeklen geçerli bir anayasa kuralıdır. Başka bir deyişle biçimsel kurallara uygun olarak kabul edilmekle şeklen anayasa kuralı olmuştur. Ancak bu aşamadan sonra içerik bakımından anayasaya aykırı olduğu şüphesi hâsıl olabilir. Bu durumda yapılacak inceleme anayasa değişikliğinin anayasaya içerik bakımından uygun olup olmadığı yönünde olacaktır. İşte son olarak yapılan bu incelemeye anayasa değişikliğinin esas bakımından (materielle Verfassungsgerichtsbarkeit) denetimi denir.

Anayasa değişikliklerinin şekli kurallara göre incelenmesi, başka ifade ile belirlenen usul ve biçim kurallarına uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin incelenmesi tamamen dışa dönük bir incelemedir. Bu bakımdan içeriğine bakılmaksızın, salt şekli gereklere uygun olan bir değişiklik, başka hiçbir inceleme söz konusu olmaksızın anayasa kuralı olabilecektir. Bu sayede şeklen diğer anayasa kuraları ile eşit seviyeye ulaşacaktır.

Buna karşılık esasa ilişkin inceleme kısmen şekil kurallarına uygunluğu araştırmasının yanında ağırlıklı olarak öze ilişkin incelemedir. Bu bakımdan içe dönük bir incelemedir. Hukuk kurallarının içe dönük incelemesi ancak alt kademedeki bir kuralın üst kademedeki bir kuralla çelişip çelişmediği üzerine yapılabilir. Yani bir hukuk kuralının öze ilişkin incelemesi yapılabilmesi için hukuki kademelenmede üstün bir kurala ihtiyaç vardır.

Türk hukuk düzeninde 1982 Anayasası, kurallar kademelendirmesini, yukarıdan aşağıya doğru; anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ile anayasa, tüzüklerin kanuna aykırı olamayacağı ibaresi ile kanun, yönetmeliklerinde kanun ve tüzüklere aykırı olamayacağı hükmü ile yönetmelik şeklinde kurmuştur. Son tahlilde kurallar kademelendir-

mesi alelade kanunlardan farklıdır. Gerek teklif edilmeleri gerekse karara bağlanmaları bakımından alelade kanunlardan farklı bir usul takip edilmektedir. Geniş bilgi için Bkz. Teziç, E., s. 160-166.

mesi yukarıdan aşağıya doğru; anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik şeklindedir. Hukuk düzeni içinde hukuk kurallarının bu şekilde kademelendirilmesinin bir takım pratik yararları ve belirli sonuçları vardır.⁵⁹ Bu sonuçlardan en belirgin olanı alt kademedeki kuralın içeriksel bakımdan üst kademedeki kurala uygun olması, şayet uygun değilse iptal edilmesidir. Eşit mevkiideki kurallar arasındaki çatışmaların ise zaman yönünden genellik-özellik, konu yönünden öncelik-sonralık ilişkisi ile giderilmesidir.

Teorik olarak anayasa değişiklikleri şekli ölçütlere uygun olarak kabul edilmeleriyle diğer anayasa kuralları ile aynı kademede ise bu değişikliklerin içeriksel olarak denetlenmesi nasıl olacaktır?

Şekli anayasa taraftarları, anayasa kurallarının eşit seviyede olduğunu, aralarında hiçbir ölçüte göre kademelenme kurulamayacağını,⁶⁰ bu sebeple anayasa kurallarının öz bakımdan denetlenemeyeceğini söylemektedir.⁶¹

Maddi anayasa taraftarları ise anayasa hükümlerinin içeriksel bakımdan farklı kademelerde yer aldığını, bu bakımdan anayasa değişikliklerinin anayasanın özünü teşkil eden kurallara uygun olup olmadıkları yönüyle denetlenebileceğini söylemektedir.⁶²

⁵⁹ Çalışmamız farklı mertebedeki kuralların kademelendirilmesini değil, aynı mertebedeki kurallar arasında kademelendirmenin olup olamayacağı sorusuna yanıt aradığı için burada bu pratik yarar ve sonuçların üzerinde ayrıyeten durmayacağız. Geniş bilgi için bkz. Teziç E., s. 84, Yayla, Y., ...Ders Notları, s. 14.

⁶⁰ Burdeau, G., s. 84; Laferrrière, J., s. 289;

⁶¹ Bu görüş Kelsen' in normlar hiyerarşisi teorisinden türemiştir. Azrak, A.Ü., *a. g. e.*, s. 662.

⁶² Bu görüş Kelsen'in şekli anayasa yargısı (formelle Verfassungsgerichtsbarkeit) teorisine tepki olarak Triepel tarafından ortaya atılmış bir teoridir. Azrak, A.Ü., ...Ders Notları, s. 663; Cansel, E., s. 18.

E. Anayasa Kuralları Arasında Kademelenme Var mıdır?⁶³

Anayasa kuralları arasında kademelenme olabilir mi sorusuna anayasa öğretisinde bazı yazarlar olumlu bazı yazarlarsa olumsuz yanıt vermektedir.

Anayasa kuralları arasında kademelenme olabileceğini söyleyen yazarlar⁶⁴ anayasa kurallarının değişik değerde olduklarını düşünmektedir. Buradaki üstlük-altlık ilişkisi az önce söylediklerimizden çok farklı olarak anayasa üstü (dışı) ve anayasa kuralları değil, anayasa kuralları ile o kurallara nazaran daha temel içerikleri olduğu düşünülen diğer anayasa kuralları arasındadır.

Kurallara değişik değer yükleyen yazarların⁶⁵ bir kısmı bu değerlendirme ölçütünü, temel hakların sert çekirdeğine izafe etmektedir. Kurallar kademelendirmesinin var olduğunu savunan diğer yazarlar ise milli egemenliğe ilişkin anayasa hükümlerinin diğerlerine üstün geldiğini ileri sürmektedir.

⁶³ Anayasa kuralları arasında kademelenme olup olamayacağı sorunu Türk öğretisinde hayli ilgi çeken bir konu olmasına rağmen iki eser dışında bu konuda yapılmış etraflıca bir çalışma mevcut değildir. Bu çalışmalardan birtanesi Gözler tarafından 1991 yılında kaleme alınan "Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu" adlı kitaptır. Konuyla ilgili diğer çalışma ise Anayasa Mahkemesi tarafından beş cilt halinde yayınlanan eserdir. Bu eser 7-10 Mayıs 1990 tarihinde düzenlenen "Sekizinci Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı"nda sunulan raporlardan oluşmaktadır. Konferansın konusu "Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi"dir. Söz konusu konferansa dünyanın çeşitli ülkelerinden katılımlar olmuş, katılımcılarca raporlar sunulmuştur. Söz konusu raporlar, farklı ülkelerdeki uygulamaların bir eserde toplu olarak incelenmesi imkânını sunması bir yana, farklı görüşlerin bir arada tartışıldığı bir platform olması yönüyle de önemlidir. Şu an okumakta olduğunuz eserde bu zengin platformda sunulan tebliğlerden imkan nispetinde yararlanılmıştır. Özellikle karşılaştırmalı hukuktaki durumu aktarırken ve yabancı yazarların görüşlerini aktarırken temel kaynak olarak bu eserlerden faydalanmış bulunuyoruz.

⁶⁴ Cansel, E., s.18; Nabais, J. C., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Çev.: Ahmet İşeri, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, c. 3,1990, s. 344; Costa, J. M. C. Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Çev.: Ahmet İşeri, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, c. 3,1990, s. 345; Turpin, D., Contentieux constitutionnel, Paris, P.U.F., 1986, s. 86 (Gözler K., s. 155'ten naklen); Rials, S., "Les incertitudes de la notion de constitution sous la Ve République" Revue du droit public, 1984, s. 60486 (Gözler K., s. 156'dan naklen).

⁶⁵ Bu görüşü savunan yazarlar için ileride Bkz. "Temel Hakların Sert Çekirdeğine İlişkin Anayasa Kurallarının Diğerlerine Nazaran Üstünlüğü Tezi" başlıklı kısım.

Anayasa kuralları arasında her hangi bir kademelenme olmayacağını savunan görüşe göre ise anayasal kurallar eşit değerdedir. Bu yazarlara göre kademelenme bir geçerlilik ilişkisidir. Bu görüşe göre *“kurallar arasında eğer bir kademelenme varsa, bir takım kurallar geçerliliğini bir üstteki kuraldan almalıdır. Anayasal kuralların her biri geçerliliğini kuruculuk işleminden aldığına göre bu kurallar arasında geçerlilik ve hukuki güç bakımından kademelenme ihdas edilemez.”*⁶⁶ Yine mevzuu anayasa kuralları yapılışında ve değiştirilmelerinde farklı bir usul şartını haiz olmadıkları için ve bu sebeple aynı mevkide olacakları için aynı mevkideki kurallar arasında kademelenme olduğu söylenemez.⁶⁷

1. Temel Hakların Sert Çekirdeğine İlişkin Anayasa Kurallarının Diğerlerine Nazaran Üstünlüğü Tezi

Anayasa hukuku öğretisinde bazı yazarlar, anayasa kuralları arasında kademelenme olduğu görüşünü temel hakların sert çekirdekli olduğu görüşüne dayandırmaktadırlar. Bu görüşe göre temel haklar arasında bir derece farkı vardır. Birinci derece temel haklar anayasa kuralları arasında en üst sıraya oturtulduğu gibi bu en üst sıraya oturan kurallar, anayasa değişikliği söz konusu olduğunda, değişikliğin sınırını oluşturacaktır.

Anayasa kuralları arasında kademelenme kuran yazarların bazıları kurallar arasında maddi bir kademelenme bazıları da şekli bir kademelenme olduğunu söylemektedir.

Cansel'e göre Türk Anayasası'nda gerek maddi gerek şekil bakımından anayasa kuralları arasında kademelenme ilişkisi kurmuştur. Anayasanın 148. maddesi, her ne kadar Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından denetleyebileceğine hükmetse de, anayasanın değiştirilemez maddelerinin değişikliği söz konusu olduğunda, bu maddelerin üstün konumları icabı Anayasa Mahkemesi şekil denetimi ile sınırlı kalmamalıdır.⁶⁸

Fransız öğretisinde maddi kademelenmeyi savunan yazarlar, Fransız Anayasa Konseyi'nin temel haklar arasında maddi kademelenmeyi kabul ettiğini söylemektedir. Örneğin Genovis, Fransız Anayasa

⁶⁶ Gözler K., s. 163.

⁶⁷ Eroğul, C., s. 25.

⁶⁸ Cansel, E., s. 18.

Konseyi'nin temel haklar arasında maddi kademelenme kurduğunu düşünmektedir. Bu yazara göre, 1789 bildirgesi tarafından ifade edilen hakların hepsi aynı düzeyde teminat altına alınmamıştır.⁶⁹

Portekizli hukukçu Nabais anayasa tarafından bazı anayasa ilkelere özel bir konum ya da geçerlilik derecesi verilmiş olabileceğini, bu durumun şekli kademelenmeden çok farklı olduğunu söylemektedir. Ona göre maddi kademelenme sonucu özel konum ihdas edilen kurallar, anayasanın yeniden gözden geçirilmesi ve değiştirilmesinin maddi sınırını oluşturur. Yazar bu nedenle de kurallar arasında maddi kademelenmenin var olduğunu söylemektedir.⁷⁰

Costa'ya göre, anayasanın değiştirilemez maddeleri onun çekirdeğini teşkil eder. Bu nedenle anayasa kuralları arasında maddi bir kademelenme vardır.⁷¹

Aynı görüşü benimseyen Turpin, kurallar arasında görünüşte şekilli bir kademelenme olmayıp gerçekte maddi bir kademelenmenin var olduğunu söylemektedir. Ona göre farklı anayasal hükümler arasında değer eşitliği olduğu söylenemez. 1789 bildirgesinin hükümleri içerik bakımından farklılık arz eder. Bundan dolayı söz konusu hükümler tek bir kategori içine yerleştirilemez. Bildirge hükümlerinin tek bir kategori içine yerleştirilmesi demek, istisnasız tüm hakların kullanımını, yasama organının bunları kullanıma koymasına bağlamak olur. Kategori içerisine yerleştirilen bazı haklar vardır ki bu haklar zaman aşımına dahi uğramayacak temel nitelikte haklardır. Bu tür hakların korunması tüm siyasal birliğin amacı olduğu için, bu hakların kullanımı yasama organının bunları kullanıma koymasına bağlanamaz. Bu tür hakların kullanımı yasama organının iradesinden bağımsızdır.⁷² Sayılan nedenlerle Turpin, anayasa kuralları arasında içeriksel bakımdan bir kademelenmenin var olduğunu savunmaktadır.

Rials, anayasa hükümleri arasında derece farklılığına dikkat çekmektedir. Yazara göre özgürlüğe ilişkin hükümler diğer anayasal hükümlerden üstündür.⁷³ Yani yazar 1789 bildirgesinin özgürlüğe ilişkin 2. maddesinin diğer maddelerden üstün olduğunu söylemektedir.

⁶⁹ Gözler, K., s. 155.

⁷⁰ Nabais, N. J., s. 344.

⁷¹ Costa, J. M. C., s. 345.

⁷² Turpin, D., s. 86.

⁷³ Rials, S., 60486.

Favoreu, 1789 bildirgesi, 1946 Anayasası'nın başlangıcı ve 1958 Anayasası'nın bazı hükümleri arasında şekli bir kademelenmenin var olduğunu düşünmektedir. Yazar, özgürlükleri kendi arasında tasnif etmektedir. Buna göre kişi özgürlüğü, dernek, basın ve öğrenim özgürlünü birinci sıraya yerleştirmektedir. Yazar bu tespitini üç gerekçeyle dayandırmaktadır. Öncelikle özgürlüklerin kullanılmasına yasama organınca ön izin tekniği getirilemez. İkinci olarak yasama organı bu özgürlüklere ancak ve ancak bunların kullanımını sağlamak ve arttırmak bakımından müdahale edebilir. Üçüncü gerekçe olarak da bu özgürlüklerin kullanımının ülkenin geneline yaygınlaştırılması gerekliliği üzerinde durmaktadır.⁷⁴

Bu görüşler ışığında şunları söyleyebiliriz. Anayasa doktrininde bir takım yazarlar temel hakların sert çekirdekli olduğunu, bu sert çekirdekli haklar ile anayasada yer alan diğer haklar arasında kademelenme olacağını savunmaktadır. Bundan dolayı anayasanın değiştirilmesi gündeme geldiğinde tali kurucu iktidar üst konumdaki kurallara dokunamayacaktır. Şayet tali kurucu, bu temel kurallara aykırı kural koyar, yeni kuralla üst konumdaki kural çatırsa, sorun genellik-özelik, öncelik -sonralığa göre çözülmeyecek, anayasa yargıcı üst konumdaki kuralla öncelik verecek, denetimini bu kurallar uyarınca yapacak ve şayet aykırılık tespit ederse değişiklikleri iptal edecektir.

2. Milli Egemenliğe İlişkin Anayasa Kurallarının Üstünlüğü Tezi

Anayasa öğretisinde bazı yazarlar, anayasa kuralları arasında kademelenme olduğu görüşlerini milli egemenliğe ilişkin anayasa hükümlerine dayandırmaktadır. Onlara göre milli egemenliğe ilişkin hükümler değiştirilemeyecek hükümlerden bir tanesidir ve anayasanın diğer hükümlerine nazaran daha üst konumdadır.

Bu görüşü savunan yazarlar anayasada, üzerinde değişiklik yapılamayacak hükümlerin varlığını kabul etmektedir. Örneğin Herzog bir kuralın değiştirilmezliği, ona her zaman diğer kurallar karşısında üstün bir mevki bahsetmeyeceğini, ancak asli kurucu iktidarın bir kuralın değiştirilmesini yasaklamakla ona özel bir önem vermiş olduğunu

⁷⁴ Favoreu, L., "Les libertés protegees par le Conseil constitutionnel" 1990, s. 37 (Gözer K., s. 156'dan naklen).

nu gösterdiğini, bundan dolayı da değiştirilmesi yasak olan kuralların diğer kurallara karşı farklı bir konumda olduğunu söylemektedir.⁷⁵

Morscher'e göre değiştirilemezlik hükmüyle değişiklikleri yasaklanmış maddeler kademelenmede en üst basamakta yer alırlar. Bu basamağın altında değiştirilmeleri "normal" kurallara nazaran daha zor, tümünden değiştirmeye nazaran daha kolay koşulların öngörüldüğü temel ilkeler yer alır. Son olarak da en alt kademede normal anayasa kuralları yer almaktadır. Ona göre değişikliğin ağır koşullara bağlanmış olması, kurallar arasında kademelenme ilişkisi kurulabileceği sonucunu doğurur.⁷⁶

Tikveş 1961 Anayasası'na ilişkin yorumunda "Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir" hükmünün diğer anayasa maddelerine nazaran üstün bir konumda olduğunu söylemektedir. Ona göre rejimin ruhunu teşkil eden milli egemenliğe ilişkin söz konusu hükümler diğer anayasa kurallarından daha üst mertebededir.⁷⁷

Kıratlı da anayasanın değiştirilemez olarak addedilen hükümlerin değiştirme usulüne uygun olarak yapılsa bile değiştirilemeyeceklerini, bunların milli egemenliğe ilişkin hükümler oldukları için diğer kuralardan üstün olduklarını söylemektedir.⁷⁸

Milli egemenliğe ilişkin hükümlerin diğer anayasa hükümlerine nazaran daha üst konumda olduğu tezi Fransa'da ilk defa 1992 yılında Maastricht Antlaşması'nın onaylanması sırasında anayasa ile antlaşmanın arasındaki aykırılıkların giderilmesi amacıyla anayasa değişikliği üzerinde yapılan tartışmalar esnasında ileri sürülmüştür. Bu görüşü savunanlar, anayasa değişikliğini engellemek amacıyla milli egemenlik ilkesinin anayasayı değiştirme iktidarının dışında olduğu tezini ortaya atmış ve savunmuştur.⁷⁹

Örneğin Leo Hamon, milli egemenliği kaldıran ya da onu sakatlayan bir parlamentonun Fransızlar arasında din, ırk ve sınıf itibarıyla ayrımlar yaratmayı hedefleyen bir parlamento gibi hareket etmiş ola-

⁷⁵ Herzog, R., s. 16.

⁷⁶ Morscher, S., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunması'ndaki İşlevi, Çev.: Hasan Işın Dener, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara Anayasa Mahkemesi Yayınları, c. 3, 1990, s. 75.

⁷⁷ Tikveş Ö., s. 327.

⁷⁸ Kıratlı, M., s. 105.

⁷⁹ Gözler, K., s.166.

çağını söylemektedir.⁸⁰ Bu sebeple milli egemenliğe ilişkin hükümlerin diğer anayasa hükümlerinden üstün olduğunu ve bu hükümlerin türev kurucu tarafından değiştirilemeyeceğini söylemektedir.

Bu görüşün savunucularından Beaud, anayasa kurallarını değerlendiren onları halk egemenliğine ilişkin içeriklerine bakmaktadır. Yazar, kuralların halk egemenliğine ilişkin içeriklerinden hareketle, halk egemenliğini sağlayan anayasa kurallarının diğer kurallara nazaran daha üst konumda olduklarını savunmaktadır.⁸¹

Olivier Beaud, milli egemenliğin anayasanın dokunulmaz unsuru olduğunu belirtmektedir. Ona göre egemenlik kayıtları, türev kurucu iktidarı tarafından değil sadece asli kurucu iktidar tarafından kaldırılabilir. Egemenlik işleminin ancak asli kurucu iktidar tarafından kaldırılabilmesi, egemenlik işleminin de anayasanın değiştirilemez hükümleri arasında olduğunu gösterir. Bu bakımdan egemenlik kayıtları anayasa değişikliklerinin maddi sınırına dâhildir.

İtalyan hukukçu Luciani'ye göre, anayasa kuralları arasında kademelenme sorununu iki bakımdan ele alınmalıdır. Öncelikle anayasa kurallarının kendi arasındaki kademelenme sorununu ele almak, daha sonra da, değişiklik kanunlarıyla anayasaya sokulan kuralların anayasanın mevcut diğer kurallarına karşı konumunu incelemek gerekir demektir.⁸²

Luciani, anayasa kuralları arasında başından beri anayasaya aykırı kuralların olamayacağını söylemektedir. Ona göre İtalyan doktrini bu yönde bir düşüncüyü kabul etmemektedir. Bununla birlikte Luciani, İtalyan öğretisinde yaygın bir biçimde anayasada değiştirilemez yüce ilkeler olduğunun kabul edildiğini aktarmaktadır. Kendi görüşüne gelince; Luciani'ye göre değiştirilmesi yasak olan hükümler, anayasanın açık hükmü gereği değiştirilemez. Ona göre anayasanın açık hükmü (örn: Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu ve bunun değiştirilemezliği ilkesi) olmasa da bazı ilkeler diğerlerine göre üstün konumdadır. Bu

⁸⁰ Gözler K., s. 159'dan naklen.

⁸¹ Beaud, O., "La souverainete de l'Etat, le pouvoir constituant et le Trait  de Maas-tricht: remarques sur la m connaissance de la limitation de la r vision constitutionnelle", *Revue fran aise de droit administratif*, 1993, s. 106837 (G zler K., a. g. e., s. 160'tan naklen).

⁸² Luciani, M., *Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi*, Çeviren: Zeki Hafizoğulları, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara Anayasa Mahkemesi Yayınları, c. 3, 1990, s. 307.

ilkelerin üstün konumu anayasada açıkça yazılmış olmalarından değil, kendi özlerinin “yüce”liğinden, başka bir ifade ile ilkelerin kendi özlerinden kaynaklanmaktadır.⁸³ Bu noktadan hareketle Luciani, tali kurucu iktidarın yetkisinin sınırını belirleyen, anayasa değişikliği usulünü düzenleyen kuralların da değiştirilemez “yüce” ilkeler kapsamında olduğunu söylemektedir.

3. Anayasa Kuralları Arasında Kademelenme Olamayacağı Görüşü

Bu görüşün en bilinen savunucusu Georges Vedel’dir. Yazara göre anayasa kuralları arasında kademelenme yoktur. Vedel, Kelsenci anlayışa bağlı olarak kademelenmeyi, kurallar arası geçerlilik ilişkisi olarak nitelendirilmektedir. Ona göre anayasa kuralları arasında kademelenme olduğunu kabul etmek demek, anayasa kurallarının bazılarının geçerliliğini yine anayasada yer alan üst kademedeki kurallardan aldığını kabul etmek demektir. Anayasa kurallarının hepsi geçerliliklerini kuruculuk işleminden aldığına göre söz konusu kurallar arasında her hangi bir kademelenme kurulamaz.⁸⁴

Badinter ve Genevois anayasa kuralları arasındaki kademelenme sorununu iki bakımdan incelemişlerdir. Öncelikle biçimsel kademelenme ve kuralların kaynağını ele almışlar, daha sonra da temel haklar, tamamlayıcı haklar ve maddesel kademelenme sorununu irdelemişlerdir.

Badinter ve Genevois’e göre anayasal değerde ilkelerin çeşitli kaynağı (1789 İnsan Hakları ve Vatandaş Hakları Bildirisi, 1946 anayasasının başlangıcında yer alan temel ilkeler) vardır. Onlara göre kurallar arasındaki konum sorunu kaynakların çeşitliliğinden doğmaktadır. Öğretideki bazı yazarların kurallar arasında kademelenme ilişkisi olduğuna ilişkin savları bundan kaynaklanmaktadır. Onlara göre, Fransız içtihadında kabul görmeyen öğretideki bu düşünce kabul edilemez. Çünkü anayasa ve içtihadta temel haklar ile tamamlayıcı haklar arasında hiçbir ayırım yapılmamıştır. Anayasal değerde hak ve özgürlükleri, bir arada toplayan temel haklar, esas olarak anayasal planda yer aldıkları için, anayasal ilkedен türeyen gerekli sonuç, anayasada

⁸³ Luciani, M., s. 307.

⁸⁴ Gözler, K, s. 163.

yer almasa da, anayasa hükümleriyle aynı seviyededir.⁸⁵ Temel haklar ile tamamlayıcı haklar arasında her hangi bir şekilde kademelenme ihdas edilemeyeceği için anayasa kuralları arasında kademelendirme olamaz.⁸⁶

İspanyol hukukçu Pinero, Ferrer ve Villa'ya göre anayasa kuralları arasında biçimsel kademelenme söz konusu değildir.⁸⁷ İspanyol hukukunda, anayasal düsturlar ve haklar arasında bir uyumsuzluk olması halinde, Anayasa Mahkemesi her şeyden önce anayasanın birliği kistası ışığında sorunu çözecektir. Anayasa Mahkemesi, anayasaya aykırılık sorununu çözerken bunlardan hiç birinin içeriğini boşaltmayacak, kural gücünden yoksun bırakmayacaktır. Anayasa Mahkemesi, kapalı ve uyumlu bir yorumla sorunu çözecektir.⁸⁸

Gözler'e göre kuralların kademelenmesi hukuki kademelenme ve siyasi veya ahlaki kademelenme olarak ikiye ayrılır. Ona göre hukuki kademelenme kurallar arasındaki geçerlilik ilişkisini ifade eder. Siyasi ve ahlaki kademelenme ise aynı değerdeki hükümlerin aynı saygınlıkta ve aynı önemde olmayışlarını ifade eder. Ona göre Türkiye 1982 Anayasası'nın milli egemenliğe ilişkin 6. maddesi, ormanlara ilişkin 169. maddesinden daha önemlidir. Burada şunu unutmamak gerekir. Yazar siyasi-ahlaki kademelenmeyi kabul etmesine karşın bu kademelenmenin hukuki bir sonuç doğurmaması gerektiğinin altını çizmektedir. Ona göre anayasa hükümlerinin değişikliği söz konusu olduğunda iki tür hüküm arasında hiçbir fark yoktur.⁸⁹

⁸⁵ Badinter, R. ve Genevois, B., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Çev.: Işıl Karakaş, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, c.3,1990, s. 159.

⁸⁶ Badinter R., Genevois, B., s. 160.

⁸⁷ Pinero, M. R., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Çev.: Burcu Bostancıoğlu, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, c.3,1990, s. 233.

⁸⁸ Pinero, M.R., Ferrer, Villa, s. 235.

⁸⁹ Gözler K., s. 162.

F. Anayasa Mahkemesine Göre Anayasa Kuralları Arasında Kademelenme Var mıdır?

Türk Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili tutumu anayasanın kendisine tanıdığı yetkiye göre değişiklik göstermiştir. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi'nin görüşü üç aşamalı olarak incelenebilir.

1. 1971 Değişikliği Öncesi

Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliklerini yalnız şeklen değil, esastan da anayasaya aykırı olabileceğini kabul etmekle, anayasa kuralları arasında bir ayırım yapmıştır. Anayasa Mahkemesi 1970 yılında verdiği bir kararda "*anayasalar kendi bünyeleri içinde bir kuralar silsilesi bulundurur*"⁹⁰ demektedir.

Bu kararından 1971 öncesinde Anayasa Mahkemesi'nin anayasa kuralları arasında kademelenme olduğunu kabul ettiğini söyleyebiliriz.

Mahkemenin kararı öğretide de oldukça kabul görmüştür. Serim'e göre anayasa kuralları arasında kademelenmenin varlığını kabul etmek zorunludur. İkinci maddede belirtilen ilkeler (1961 anayasası) anayasanın çeşitli maddelerinde somut hale getirilmiştir.⁹¹

Yayla, Türk Anayasası'nın genel ve temel ilkelerden oluştuğunu, Başlangıç ve Genel Esaslar kısmında yer alan ilkelerin daha sonraki kurallarda içerik kazandığını söylemektedir.⁹²

2. 1971 Değişikliğinden 1982 Anayasası'na Kadar Geçen Süre

Anayasa Mahkemesi, 1971 yılında yapılan köklü değişiklik sonunda yetkisi kısıtlanmış olmasına rağmen 1975 yılında verdiği bir kararda şöyle demektedir.

⁹⁰ E. 1970/1, K. 1970/3, k.t. 16.06.1970, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1970/K1970-31.HTM> (e.t, 02.05.2007).

⁹¹ Serim, E., Anayasayı Değiştirme Sorunu, *Ankara Barosu Dergisi*, 1977, S.1 s.36.

⁹² Yayla, Y., ...Cumhuriyetin Özü, s. 978.

*“Cumhuriyet denen devlet şekli temel kuruluşları, hak ve ödev kuralları ile ilkeler topluluğudur. Buna göre, devlet biçimini değiştirerek ortadan kaldıran ve onu hukuk alanında yer aldığı ve istendiği biçimde artık işlemez duruma sokacak olan bir anayasa değişikliği yapılmasına olanak düşünülemez.”*⁹³

Yine 1973 yılında verdiği bir kararda;

*“Anayasa kuralları eş değerde olmakla birlikte devletin temel kuruluşlarına ilişkin ilkelerin her hangi bir kuralın yorumunda öteki kurallara üstün değerde tutulması zorunlu ve doğaldır.”*⁹⁴ demektedir.

Bu kararlardan da anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi 1971-1982 arası dönemde de anayasa kuralları arasında kademelenme olduğunu kabul etmekte, anayasanın değiştirilemez maddelerine özel bir konum atfetmektedir. Başlangıç hükümleri ile insan hak ve hürriyetlerine işaretle anayasa kuralları arasında kademelenme olduğunu kabul etmektedir. Yine Anayasa Mahkemesinin birçok kararında şekil denetimi altında esas denetimi yaptığı hatırlanacak olursa Anayasa Mahkemesi'nin 1971 sonrası dönemde anayasal kurallar arasındaki kademelenmeyi kabul ettiği sonucuna varılacaktır.

3. 1982 Anayasası Dönemi

10 Mayıs 1990 tarihindeki konferansta Türk Anayasa Mahkemesi'nin sunduğu rapora bakılırsa, 1982 Anayasası döneminde de Anayasa Mahkemesi'nin anayasa kuralları arasında kademelenme olduğunu savunan görüşü benimsediği sonucuna varılabilir. Ancak Anayasa Mahkemesi 1987 yılında verdiği bir kararında anayasa değişikliğini, yetkisi olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Anayasa değişikliklerinin esastan denetimi, anayasa kuralları kademelendirilmesi düşüncesinin doğal sonucu sayılırsa Anayasa Mahkemesi'nin artık kurallar kademelendirmesini reddettiği sonucuna varılabilir. Ancak belirtmek gerekir ki, söz konusu karar böyle bir yorum yapmaya elverişli görünmemektedir. Çünkü Anayasa Mahkemesi bu kararında anayasa kuralları arasında kademelenme olup olmadığı yönünde görüş belirteceği bir biçimde vermemiş, aksine yetkisizlik üzerine vermiştir.

⁹³ E. 1973/19, K. 1975/87, k.t. 15.04.1975, R.G., 26.02.1976/15511.

⁹⁴ E. 1972/56, K. 1973/11, R.G., 09.11.1973/14707.

1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi'nin konu üzerindeki görüşünü yansıtan iki kararına değinmek gerekir. Bu kararlardan bir tanesi seçimlere katılacak partilere getirilen örgütlenme sınırı ile ilgilidir. Anayasa Mahkemesi kararında; *"anayasanın başlangıçtaki amaçlardan biri de denge ve düzen içinde uygar bir yaşamdır. Bu sonucu sağlamak... kimi sınırlamaları zorunlu kılacaktır"*⁹⁵ demek suretiyle anayasanın 67. maddesinde düzenlenmiş olan *"seçme ve seçilme"* temel hakkına başlangıçtan çıkardığı *"denge ve düzen içinde uygar bir yaşam sağlama"* üstün kuralını kullanarak sınırlama getirmiştir.

Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında da, *"başlangıç"*daki; *"hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları ve medeniyetçiliği karşısında koruma görmeyeceği ve laiklik ilkesinin gereği kutsal din duygularının, devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı"* fıkrasının, siyasi kadroların karşı değerlendirmelerini etkisiz kılmak üzere konduğu anlamına gelen açıklamalarına yer vermek suretiyle *"başlangıç"*ın üstün kural niteliğini vurgulamıştır.⁹⁶

Yukarıdaki kararlardan anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi 1982 anayasası döneminde de anayasa kuralları arasında kademelenme olduğunu kabul etmektedir. 1988 yılında verdiği karara göre *"başlangıç"*taki denge ve düzen hükmü, seçme ve seçilme hakkını düzenleyen kurala ölçüt kural olarak kabul edilmiştir. Bu kararlardan Anayasa Mahkemesi'nin anayasa kurallarının bir kısmına temel nitelik attiğini, bu sebeple anayasa kuralları arasında kademelenme olduğu düşüncesini benimsediğini söyleyebiliriz.

Sonuç

Anayasa kuralları arasında kademelenme olup olmayacağı sorunu hayli tartışmalı bir konudur. Konunun içeriği ideolojiler bir yana; anayasaların içeriğine, devletlerin sosyal ve siyasal yapılarına, siyasal tarihlerine bağlı olarak değişmekte ve biçimlenmektedir.

⁹⁵ E. 1987/16, K. 1988/8, k.t. 23.08.1988 <http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1988/K1988-08.htm> (e.t. 05.05.2007).

⁹⁶ E. 1983/2, K. 1983/2 <http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1983/K1983-04.htm>, (e.t. 10.05.2007).

Bu konuda bir sınıflama yapacak olursak; katı anayasa sistemini benimsemiş ülkelerde yaygın olarak anayasa kuralları arasında kademelenme olduğu düşüncesi hâkimdir. Buna karşılık yumuşak anayasa sistemini benimsemiş ülkelerde kurallar kademelendirmesi reddedilmektedir.

Anayasa kuralları arasında kademelenme olduğunu düşünenlerin bir kısmı milli egemenlik tezini öne sürer. Gerçekten uzun süre bağımsızlık mücadelesi vermiş, ulusal birlik için büyük badireler atlatmış, uzun bir dönem diktatör yönetimi ile bunalmış ve tarihlerinden ders almış topluluklarda bu görüşün hâkim olması normaldir. Zira tarihlerinin tekerrür tehdidi bu tür topluluklarda milli egemenliğe ilişkin hükümlere üstün değer atfetmeyi bir yerde zorunlu kılmaktadır. Ancak bu topluluklarda da değişen dünya düzeninin etkisiyle muhalif görüşü benimseyenler yok değildir.

Anayasa kuralları arasında kademelenme olduğunu düşünen diğer bir görüş ise sert çekirdekli temel haklara dayanmaktadır. İnsan hakları kavramının oluşum süreci, çetin mücadeleler sebebiyle, insanlık hafızasına adeta kazınmıştır. Varlığı ile yokluğu üzerine süre giden tartışmalar kavramın her daim taze kalmasını sağlamıştır. Yine tarihin her aşamasında devam eden ihlaller, insanlar üzerinde potansiyel tehdit oluşturmuştur. Bu bakımdan insan hakları kavramı bir ulusun, bir toplumun tartışma konusu olmaktan çok sınırlara sığmayan sınırlar arası bir konuma kavuşmuştur. Sorunun belirli bir sınıfa, belirli bir topluluğa, ya da devlete ait olmayıp "insan" temelli oluşu, ona uluslararası bir boyut kazandırmış, bu sayede İnsan Hakları Sözleşmesi gibi uluslararası kural ve ilkeler ihdas edilmiştir. Bu durum doğal olarak insan haklarının anayasa üstü olduğu düşüncesini hâkim kılmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, her ne kadar insan hakları uluslar arası özellik arz etse ve bu veçhile öğretilerde yaygın olarak insan haklarına dair hükümlerin anayasa üstü bir mevkiye olduğu kabul edilse de, öğretilerde insan haklarını düzenleyen hükümlerin de diğer anayasa hükümleri ile aynı kademe de olduğunu savunanlar da mevcuttur.

Diğer taraftan anayasa kuralları arasında hiçbir şekilde kademelenme olmayacağını düşünen görüş, kademelenmenin geçerlilik ilişkisi sonucu olduğunu, anayasa kurallarının hepsinin kaynak bakımından aynı olduğunu, hiç birinin geçerliliğini diğerinden almadığını söylemektedir. Bu görüşe göre kurallar içerikleri ne olursa olsun değişti-

riyelerindeki güçlülere göre sınıflandırılmalı ve kademelendirilmelidir. Bu sebeple değiştirilmelerinde aynı güçlük ön görülen anayasa kuralları arasında kademelendirme olamaz.

Bize göre ilk iki görüş hayli haklı görünmektedir. Katı anayasa sistemini benimsemiş Türk Anayasa'ları da bu düşünce biçimini yansıtmaktadır. Bazı kurallara değiştirilemezlik payesinin yüklenmesi, insan hakları arasında sınıflamaya gidilmesi (koruyucu haklar, isteme hakları ve katılma hakları), "başlangıç" hükmünün metne dâhil edilmesi Türk Anayasal Sistemi'ni yansıtmaktadır.

Bu bakımdan türev kurucu iktidar anayasanın değiştirilemez maddeleriyle karşılaştığında kurulmuş bir organ olarak yetkilerinin sınırlarını bilmeli, yetkilerini aşmaya girişmemelidir. Yine temel hakların insanın insan olmaktan dolayı sahip olduğu ve bu haklardan bir an dahi mahrum bırakılmayacağından hareketle onlara özel bir önem atfedilmeli ve bu konuda her olumsuz değişiklik her ne surette olursa olsun önlenmelidir. Şayet türev kurucu iktidar bu gerekliliklere aykırı hareket eder; değiştirilemez maddeleri değiştirmeye kalkar, sert çekirdekli insan haklarının özüne dokunur biçimde kısıtlamalara gidecek değişiklikler yapmaya kalkarsa Anayasa Mahkemesi bu değişikliklere "iptal" demelidir. Neye göre mi? Yine değiştirilemez maddeleri içeren türev kurucu iktidarın yetkisinin sınırını belirten üstün anayasa kurallarına ve insan haklarını düzenleyen anayasa üstü kurallara göre. Anayasanın 148. maddesi her ne kadar böyle bir yoruma imkan tanır gibi görünmese de, türev kurucu iktidar söz konusu sınırlamalara riayet etmemekle hukukun dışına taşmış olacaktır. Anayasanın bu hükmü ancak hukuki mülahazalara dair olduğu için, 148. maddedeki sınırlamalar hukuk dışı mülahazalar hakkında bağlayıcı olamaz. Buradaki çelişme normal bir kural çekişmesi olmayıp hukuk düzeni ile ilgili bir çekişme olduğu için Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu sınır dâhilinde hareket etmesi beklenemez. Kamu hukukunda yetki her ne kadar işlemin varlık unsurunu teşkil etse ve hiçbir organ kanunen kendisine tanınmış olan yetkiyi genişletemese de, türev kurucu iktidarın yetkisini aşarak hukuk düzenini tehdit etmesi durumunda, anayasal düzeni korumak amaçları arasında olan bir yargı organının türev kurucu iktidarın tehdidi karşısında yetkisiz olduğunu savunmak mümkün olmayacaktır, olmamalıdır. Hukuk kuralları biçimleri ile değil içerikleri ile güvence sağladığı için bu konuda biçimci yaklaşımdan hareket, yarınlara hazin sonuçları davet etmek olacaktır.

KAYNAKLAR

- Armağan, S., Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1967
- Arsel, İ, Anayasa Hukuku, Demokrasi, İstanbul 1968.
- Azrak, A.Ü., Türk Anayasa Mahkemesi, *İ.Ü.H.F.M.*, İstanbul 1963, c. 28.
- Badinter.R./Genevois,B., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Çev.: Işıl Karakaş, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, c.3, 1990.
- Belge, M., Anayasa'nın "Ruhu", *Radikal Gazetesi*, t. 15.07.2007.
- Cansel, E., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, c. 2, 1990.
- Costa, J.M.C., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Çev.: Ahmet İşeri, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, c. 3, 1990.
- Çavuşoğlu, N., Anayasa Notları, Beta, İstanbul 1997.
- Eroğul, C, Anayasayı Değiştirme Sorunu, Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi, Sevinç Matbaası, Ankara 1974.
- Feyzioğlu, T., Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi, Yabancı Memleketlerde- Türkiye'de, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., Ankara 1951.
- Gören, Z., Anayasa Hukukuna Giriş, Barış Yayınları, İzmir 1997.
- Gözler, K., Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu, Ekin Yayınları, İstanbul 1991.
- Haefliger, A., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Çev.: Ümit Özdağ, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, c. 3, 1990.
- Herzog, R., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Çev.: Ümit Özdağ, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, c.3, 1990.

- Hocaoğlu, A.Ş. /Ocakçıoğlu, Anayasa ve Anayasa Mahkemesi, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1971.
- Kaboğlu, İ.Ö., Anayasa Hukuku Dersleri, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Legal Yayıncılık, 2005.
- Kıratlı, M., Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, (İtiraz Yolu), Sevinç Matbaası, Ankara 1966.
- Kübalı, H. N., Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler, Kutulmuş Matbaası, İstanbul 1971.
- Luciani, M., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Çev.: Zeki Hafızoğulları, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara Anayasa Mahkemesi Yayınları, c. 3, 1990.
- Morscher, S., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Çev.: Hasan Işın Dener, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara,7-10 Mayıs 1990, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, c.3, 1990
- NabaisJ.C, Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Çev.: Ahmet İşeri, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, c. 3, 1990.
- Özbudun, E., Türk Anayasa Hukuku, Yetkin, Ankara 2003.
- Pinero, M.R., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Çev.: Burcu Bostancıoğlu, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, c.3,1990.
- Sabuncu, Y., Anayasaya Giriş, İmaj Yayıncılık, Ankara 2002.
- Serim, E., Anayasayı Değiştirme Sorunu, *Ankara Barosu Dergisi*, 1977.
- Soysal, M., Dinamik Anayasa Anlayışı, Anayasa Diyalektiği Üzerine bir Deneme, Ankara 1969.
- Teziç E., Anayasa Hukuku, Sekizinci Baskı, Beta, İstanbul 2003.
- Tikveş, Ö., Anayasa Hukuku Dersleri, Ege Üniversitesi Matbaası, İzmir 1976.
- Yayla, Y., Anayasa Hukuku Ders Notları, İstanbul 1985.
- Yayla, Y., Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü, Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979.

TÜRK-İSVİÇRE HUKUK TOPLULUĞUNDA ÖZELLİKLE AİLE HUKUKU ALANINA İLİŞKİN MÜŞTEREK ÇALIŞMALARA YÖNELİK GÖRÜŞLER VE İSTEKLER

Heinz HAUSHEER*
Çev.: Bilge ÖZTAN**

1. Bilimsel Çalışma Olarak Kanunların Resepsiyonunda Etki Kontrolleri

İsviçre Medenî Kanunu'nu ile bağlantılı olarak, Türkiye'de yapılan ve üzerinden 80 yıl geçmiş olan resepsiyon, geçen yıl çeşitli Türk-İsviçre hukukçularının bir araya gelmelerine memnuniyet verici bir imkân yaratmıştı. Toplantı, bütün katılımcılar için, sadece Türkiye'deki ve İsviçre'deki en son gelişmeler hakkında bilgi sahibi olmaları değil, aynı zamanda özel hukuk alanında en azından çok yakın bir geçmişteki müşterek kökleri hatırlamak açısından da memnuniyet verici bir fırsat yaratmıştı. Türkiye'nin, 20. asrın başlarında, yaptığı kökten ve kalıcı siyasî devrimden sonra, İsviçre Medenî Kanunu resepsiyonunun ayrıntılarının hatırlanışı, İsviçre yönünden özel bir önem taşımaktaydı. Buna bağlı olarak, İsviçre'nin dikkatini yönlendirdiği husus, sadece pek çok imkân dahilindeki alternatif özel hukuk düzenlemeleri açısından, İsviçre Medenî Kanunu'nun seçilmesi değil; kısmen de çok iyi bilindiği gibi, resepsiyonun Osmanlı İmparatorluğu'nun çöküşü ile bağlantılı politik geçmişin üstesinden gelinmesinde rol oynamasıydı. İsviçre'deki o zamanki Türklerin kişisel bağlantıları hakkında ve kişilerin yaşamlarını şekillendirecek olan İsviçre hukuk normlarının resepsiyonu hakkında Türkiye'nin genel tahayyül ve beklentilerinin neler olduğu hususunda bilgi sahibi olmak gerekliydi.

* Dr. Jur. Dr. H.c., em. Professor an der Universität Bern.

** Prof. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı öğretim üyesi.

Ancak, tercihi mümkün diğer ülke kanunlarının seçilmesinden vazgeçilmiş olmasının verdiği ilk tatmin hissinden sonra (dopamin yönlendirici ile pozitif olarak mutluluğa yönlendirilen ve daima çok çabuk kaybolan) resepsiyona doğrudan doğruya bağlı, korkulan şu soru göz ardı edilemez (adrenalin ve noradrenalin etkisi altında mutlaka artan bir ihtiyatla karşılanması): Acaba, Türkiye tarafı, resepsiyon sırasında, riziko yüklü durumun yeterince farkında mıydı? Yani, İsviçre özel hukukunun, dar anlamda İsviçre Medenî Kanunu'nun pek çok kantonun özel hukuk düzenlerinden ayrılarak, yeknesak federal hukuk düzenine geçişinin bilimsel başarıya ulaşabilmesi için, o zamanlar başlangıçta söz konusu olan bazı kararsız (başarısız) adımları arkasında bırakmış olduğunu yeterince biliyor muydu? Bu kanununun yeterince bilimsel yayın ile birlikte hesaba katılmasının gerekliliği net olarak biliniyor muydu?¹ Daha ayrıntılı açıklamaların dolayısıyla ilgili kaynakların eksikliği, kaçınılması mümkün olmayan, neticede bu rahatsız edici sorunun şimdiye kadar cevapsız kalmasına zorunlu olarak neden olmuştur. Resepsiyona ilişkin araştırmanın bu kısmî görünüşü bile, ısrarla hâlâ bir çalışmanın beklendiğinin göstergesidir.

Alınan kısmî hukuk düzeni² açısından, resepsiyonun etkilerine ilişkin bir soru, gayet tabiidir ki, seçim motifi sorusu olarak, çok büyük ilgi konusudur. Yapılacak uygun kontrol etkinlikleri, bir diğer deyişle etkilerin (sonuçların) yeniden derinlemesine incelenmesi, yani etkinlik ve etkililik kontrolleri anlamında daha ayrıntılı bir şekilde hukuk sosyolojisi süzgecinden geçecek açıklamalar, ilk kanun koyucuya farklı açılardan, geriye dönük olarak bir reaksiyon sağlayacaktır; fakat aynı şekilde emsal kararlar denilen stratejik yönlendirme yapan yüksek mahkeme kararları ile birlikte, sonradan yapılan denetlemelerden, pek çok yönden yarar sağlanabilir. Bu denetlemeler, bir taraftan, kanunların ve mahkeme kararlarının, sürekli değişen olguları ne ölçüde isabetle kavrayabildiğini tespit eder; dolayısıyla, bu denetlemeler, yeni bir kanunla yapılacak bir düzenlemede, hukukî sonuçların değerlendirilmesi hiçbir şekilde ihmal edilmeden, çok veya az güvenilirliğine göre,

¹ İsviçre'de meselâ, bir kaç sene önce Wallis Kantonu'nda ciddi olarak, Bern Kantonu'ndan alınan Usul Kanunu'nun, Zürih Kantonu'nun Usul Kanunu ile değiştirilmesi konusu ortaya atılmıştı. Bern Kantonu'ndaki Usul Kanunu, Leuch'un hazırlamış olduğu meşhur şerhinden sonra, senelerce üzerinde bilimsel çalışma yapılmadan kalmıştır.

² Alınan normların kanun koyucusu, mecazi anlamda "ana rolü"nü oynar.

ifadesini bulur. Diğer taraftan, daha sonraki bir denetim, kanun koyucu tarafından hiçbir şekilde küçümsenmeyecek belli bir hukuk düzeninin kabulüyle ilgili sonuçları tespit eder. Her ikisi de kanun koyucunun değerlendirmeleri çerçevesinde, hukukun âdil uygulanması veya kanundaki aşikâr hataların kanun yolu ile “sonradan düzeltilme”sinin vazgeçilmez şartlarıdır. Her durumda burada hataların düzeltilmesi ile kanunun yapılması sırasında onunla birlikte olan güçlerin, kanunun yürürlüğe girmesinden sonra düzenli şekilde çok hızlı harekete geçip, ortaya çıkardığı sonraki değerlere ilişkin olarak yapılması gereken düzeltmeleri birbirinden çok açık bir şekilde ayırmak gerekir.

2. İsviçre’de Değerlendirme Çabaları

Tanımlanan biçimde sonradan yapılan etkinlik ve etkililik denetimleri, bilindiği gibi, 1970’li yılların sonlarına doğru –metot açısından da ilgi uyandıran– yabancılara İsviçre topraklarının korkulan satışını engellemek için (sonunda anayasa hukukuna ilişkin yetki sebepleri açısından) edinilen tecrübelerden sonra, özel hukuka getirilen kanun ile birlikte, İsviçre’de, giderek artan bir beğeni toplamaktadır.³ Etki denetimi özellikle, kanuna uygunluk sebepleri ile yapılması gereken, fakat aynı zamanda müessir olmayan ve böylece lüzumsuz veya hatta prodüktif olmayan (müspet netice doğurmayan) yasal düzenlemelerden sakınılmasına hizmet eden⁴ bu arada basit bir devlet hedefi olarak öylesine etkili bir şekilde yerleşmiştir ki, bu husus yeni İsviçre Federal Anayasası’nın 170. maddesinde kendine yer bulmuştur.⁵

Geçen yüzyılın son çeyreğinde, aile hukukunda önemli reform aşamalarından hemen sonra, diğerleri ile birlikte, İsviçre Bilimsel Çalışmaları Destekleme Ulusal Fonu (National fond zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung) tarafından yürütülmesine katkıda bu-

³ Bkz. NFP 6 (Schweizerischen Nationalfonds für Förderung der wissenschaftlichen Forschung) Bilimsel çalışmayı teşvik için İsviçre milli fonu çerçevesinde “Entscheidungsorgänge in der schweizerischen Demokratie” konulu çalışma.

⁴ Burada, sadece daha sonra alınacak tedbirlerin ne olacağı üzerinde durulmayıp, daha çok devlet tarafından çıkarılacak bir yasal metin üzerinde çalışılırken gelecekte bu metne ilişkin gerçeklik değerlendirilmesinin yapılması çok arzu edilir.

⁵ Ayrıntılar için bkz. Mader, Zwischen Anspruch und Wirklichkeit, Die Evaluation staatlicher Massnahmen in der Schweiz, NZZ 21.03.2007 Nr.67, S.19 (Burada, İsviçre’nin, Avustralya ile birlikte bu yönde öncü millet rolünü kabullendiğine ilişkin açıklama yer almaktadır).

lunulan deneyim raporları ortadan kalkmıştır.⁶ Kolayca görülebilen ve bu nedenle de açıklanmasına gerek olmayan sebepler nedeniyle, burada kısaca temas edilen hukuk sosyolojisi çalışmalarının getireceği bilgi beklentileri, gerçekten her şeyden önce her hukuk alanı için çok yararlıdır. Öncelikle, aile müessesesi üzerine kurulmuş topluma ve onun gelişmesine ilişkin bilgi beklentilerini elde etmede, özellikle aile ve miras hukuku alanlarında yapılacak çalışmalar büyük ölçüde yarar sağlayacaktır.⁷

3. Aile Hukuku Alanında Kanun Reformuna Artan İhtiyaç

İsviçre Medenî Kanunu'nda, aile hukuku kısmında, bir reform yapılmasına ihtiyaç olduğu, kanunun diğer kısımlarından çok daha önce hissedilmiştir. Gerçekten, aile hukuku, kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, aşağı yukarı elli yıl içinde, özel hukuk düzenin "*en dinamik*" hukuk alanı olarak değişip gelişmiştir.⁸ Birkaç madde başlığı bu hususun belirgenleşmesi için yeterli olacaktır.

İsviçre Medenî Kanunu'nun, haklı olarak her yönü ile methe lâyıık olan yaratıcısı, kodifikasyonu, kantonların o zamanki özel hukuk düzenlerinin derinlemesine yapılan mukayesesine dayandırmıştı; 20 asrın başlarında, evlilik, önceden olduğu gibi, herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak şekilde hukuken korunan bir müessese olarak benimsenmiş, bu müessese sadece çocukların sorumlu ana babaya aidiyetini garantilemeyip, aynı zamanda bu çocukların bakım ve eğitimi için

⁶ Bkz. Yeni Evlilik Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden (01.01.1988) üç sene sonra, (Eidgenössische Kommission für Frauenfragen) aile meselelerine ilişkin komisyon tarafından yayınlanan "*Juristischen Auswirkungen des neuen Eherechts*" isimli 1991 yılı sonlarında yayınlanan rapor; veya diğerleri arasında Nationalfondprojekt (Milli fon projesi) ile bağlantılı olarak Baumann/Lauterburg tarafından İsviçre Medeni Kanunu'nun yeni 122-124. maddelerinde düzenlenen bakımın denkleştirilmesine ilişkin olarak yapılan yayın; Yedi boşanma mahkemesinde yapılan incelemelere dayanan bir çalışma, Evaluation Vorsorgungsausgleich, Schriftenreihe zum Familienrecht Bd.3, Bern 2004.

⁷ Diğerleri arasında, kadın ve erkeğin kanun önünde eşitliği ve kanunda yer alan mağdura yardım (hukukî açıdan mağdurun korunması) konusunda yapılan yeni değerlendirmeler.

⁸ Daha ayrıntılı bilgi için diğerleri arasında bkz. Die Familie im Wechselspiel von Gesellschaftsentwicklung und Recht, ZBJV 139/2003, 585 vd. Son zamanlarda senelik boşanma oranı %50'ye doğru yükselmiştir. Kentsel ilişkilerde bu oran daha yüksektir.

mümkün olduğunca en iyi şartları teminat altına almak istemiştir. Bu anlamda evlilik hukukî bir müessese olarak, hemen hemen “*tabiat tarafından verilen*” üstün bir mevkie sahip olmalıydı; olmak zorundaydı. Böylece, evlilik içinde doğan çocuklar için, ananın kocasının biyolojik baba olduğunun henüz doğrudan doğruya ispat edilemediği hallerde, bir koordinasyon (bağlantı) kriteri oldu. Aynı zamanda, evlilik ile bağlantılı olarak, bütün aile için, dolayısıyla evlilik içinde doğan çocuklar için, gerçekten sağlam bir bakım müessesesi teşkil etti. Bu hukuk politikasından (nihayet bir taraftan her şeyden önce o zamanki tabii bilimlerin babalığın ispatında yetersiz kalması, diğer taraftan geçmişteki tecrübelerle yönelik fiilen belli bir dayanıklılığa sahip olan evliliğin, geniş ölçüde rakipsiz bir bakım müessesesi olması) hareket edilmesi, beraberinde evlilik dışı doğuma ve metrese karşı, hemen hemen mecburen, düşmanca bir davranışı getirdi.

Medenî Kanun’un giderek yaşlanması ile birlikte, bir taraftan, ana babalığın sorgulanmaya başlanan ispatı imkânları, yani özellikle babalığın ispatının güçlü bir şekilde düzelmiş ve kolaylaşmış olması ve diğer taraftan da -farklı sebeplerle- evlilikte istikrarın giderek güvenilirliğini kaybetmesi keyfiyeti vakıa olarak ortaya çıktı.⁹ Evliliğin anlamı, sadece çocukların bağlantı kriteri açısından değil, aynı şekilde aileye karşı bakım fonksiyonu açısından da sallanmaya başladı. Kimse, aşikâr bir şekilde daha az (hak) ve yükümlülük getiren evlilik benzeri hayat ortaklığı şeklindeki yaşam biçimi ile evlilik arasında giderek artan bir yarış başlamasına şaşırılmamalıdır.¹⁰ Dolayısıyla, kanun koyucu ve dolayısıyla hâkim, hukuk yaratma yolu ile her iki hayat ortaklığının benzer ve farklı tarafları sorusu ile giderek daha fazla meşgul olmaya başlamıştır.¹¹ Artık, ceza hukuku yolu ile meselenin üstesinden gelmeye çalışmaktan vazgeçilmiş, mesele daha çok alternatif bir yaşam

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hausheer, yukarıda belirtilen yerde.

¹⁰ Aile yaşam şekillerinde değişikliğe ilişkin olarak (Familiale Lebensformen im Wandel) 2005 yılında İsviçre’de yayınlanan istatistiklere göre (schweiz. Bundesamtes für Statistik aus dem Jahre 2005), 2000 yılında yapılan nüfus sayımında takriben 700.000 çocuksuz ailenin aşağı yukarı 150.000’ni çocuksuz evlilik dışı ilişki içinde yaşayanlar olduğu ve takriben 862.000 çocuklu ailenin aşağı yukarı 36.000’in evlilik dışı ilişki içinde yaşayanlardan oluştuğu belirlenmiştir. 160.000 evde, küçük çocuklar ana babadan sadece birinin yanında yaşamaktadır. Karşılaştırma için bkz. yukarıdaki eser, s. 120.

¹¹ Ayrıntı için bkz. Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Das Familienrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Stämpfli Verlag, Bern 2007, 0.3.01 vd.

biçimi olarak, 2000 yılında yeni Federal Anayasa'da temel hak olarak en azından aile hayatının değişik şekli olarak kabul edilmiştir.¹² Halen, İsviçre'de evlilik içinde ve evlilik benzeri birlikte yaşamalar arasındaki oran 1/10'dur. Çocukları ile evlilik benzeri birlikte yaşama, evlilik birliği içinde küçük çocuklarıyla birlikte yaşayan ana baba sayısının aşağı yukarı %4'ünü oluşturmaktadır. Bu nedenle de, giderek daha fazla zorunluluk gösteren şu soru ortaya çıkmaktadır: Acaba fiilî hayat ortaklığında ana babaya, bu fiilî hayat ortaklığının evlilik hukuku ile korunan ana ve babanın birlikte yaşamasına yaklaşması nedeni ile daha fazla önem verilmeli mi? Bu durumun, doğrudan doğruya veya dolayısıyla aile topluluğu içinde evli olmayan ana, babaları ile birlikte yaşayan çocukların hukukî durumu üzerinde etkili olacağı açıktır. Uygun bir başlangıç bir ölçüde, 2000 yılındaki "Boşanma Hukuku Reformu" ile bağlantılı olarak, İsviçre Medenî Kanunu'nun 298 a maddesinde yapılmıştır. İsviçre Medenî Kanunu'nun 298 a maddesine göre, evli olmayan ana babalar da, belli şartlar altında birlikte velâyeti talep edebilirler. Önemli farklar özellikle nafaka hukukunda mevcuttur. Gayet tabîi olarak şu husus gözden kaçmamalıdır: Evlilik hukukî bir müessese, birlikte yaşama ise "sadece" "sorumluluk topluluğu"¹³dur. Hukuken bütünüyle düzenlenen bir yaşam durumu olan evlilik, aşikâr bir şekilde evlilik benzeri yaşamdan geniş ölçüde ayrılmaktadır. Bazı noktaları esas alan emsal mahkeme kararları, bu nedenle daima bütünü esas alan bir değerlendirme içinde yapılmalıdır. İsviçre tarafından konu belirgin bir ilgi ile takip edilmektedir; buna benzer hukukî gelişmeler, sadece İsviçre'de değil, Türkiye'de de etkili olacaktır.

4. Türkiye'de ve İsviçre'de Yapılacak Değerlendirmelerde Müşterek ve Özel Yazar

Çok küçük bir coğrafyaya yerleşmiş olan İsviçre'de bile, özel hukuk alanındaki reformlar gerçekleştirilirken, sürekli değişikliklerle ahenkli olarak, çeşitli büyüklükte, ana merkezlere çeşitli uzaklıklarda, bu merkezlerle çok farklı yoğunluklar taşıyan ilişkiler içinde münâ-

¹² Aynı şekilde, Art.13 BV (Bundesverfassung) Art 8 EMRK (Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten) ile bağlantılı olarak.

¹³ Konuyla ilgili diğerleri arasında bkz. Hausheer, Familienrechte, rechte Familie? Zeitschrift für Familienrecht' in 50. yılı münasebetiyle verilen tebliğ, in: Familienrecht im Brennpunkt, FamRZ-Buch Bd. 20, Bielefeld 2004, 49 vd, 57 vd.

sebetler, bu konuda oluşan değer hükümleri daima en geniş şekilde göz önünde tutulmaya çalışılmış; bu hususta, aileye (dolayısıyla aile hukukuna) ilişkin konular, diğerleri içinde, en önemlileri olarak, daima ağırlık taşımıştır. Bu durumda, tamamen farklı sosyo-kültürel temeli olan bir başka devlet (tamamen farklı sebeplerden) tarafından, kodifikasyon yolu ile söz konusu resepsiyonun yapılması sonucunda, tabiatıyla belirgin farklılıklar ortaya çıkacağında şüphe yoktur. Buna uygun şekilde, böyle bir resepsiyona bağlı olarak, alınan kanunla ilgili bilimsel neşriyat ve sorumlu kanun koyucunun yasama faaliyetleri ve mahkeme kararları ile gerçekleşecek gelişmeler, Türk-İsviçre hukukları açısından büyük önem taşıyordu ve halen de böyledir. Ancak, konuya duyulan ilgi Türk İsviçre hukukları açısından farklı olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

İsviçre yönünden, temelde, farklı değer tasavvurlarının ve düşünce biçimlerinin –en azından çıkış noktası olarak– bulunduğu Türkiye’deki somut toplum olaylarına bağlı soyut hukuk normları dolayısıyla, belli hukukî müesseseler yönünden, ne gibi gelişmeler olduğuna ilişkin bilgi beklentileri söz konusudur.

Türkiye yönünden ise, her şeyden önce, ilk sırayı, alınan normların anlaşılması hususu almaktadır. Daha sonra da bunların, tıpkı İsviçre hukuk düzeninde olduğu gibi, eğitim ve sağlık ve giderek daha fazla önem kazanan sosyal güvenlik sistemine (buradan toplum tarafından çok az taşınan ailenin desteklenmesine yardımcı olmak üzere sözedilen) ve nihayet hiç de önemsiz olmayan farklı genel hukuk düzenine entegre edilmesi meselesi gelmektedir. Bu durum, zorunlu şekilde, hukukun kendilerine uygulandığı kişilerin hukukî himayeyi gerektiren ihtiyaçlarına yönelecek ve böylece alınan hukuk normlarının tümünün uygulanmasında etkili olacaktır. Sadece bu çıkış noktası bile bakıldığında, bütün olarak “yabancı” aile hukuku normlarının alınmasının, yabancı bir sözleşme hukukunun ve sözleşme dışı sorumluluk normlarının resepsiyonundan çok daha zor bir durum olduğunu gösterir.

Bu durum, geniş ölçüde birbiriyle örtüşen, dolayısıyla birbirine paralel giden ilgi, günümüzde (farklı sebeplerle) ailelerin tekrar giderek artan hareketliliği dolayısıyla, sınırları aşan evliliklerin çoğalması ile birlikte, birbirinin aynı olan aile hukuku normlarının uygulanmasında etkilerini iyice gösterir. Gerçekte, Türk aileler için İsviçre’de İsviçre hukukunun ve tam aksine, özellikle çifte tâbiyetli İsviçre –Türk eşlere

Türkiye’de ve aynı şekilde ayrı yaşayan Türk ailelerine ve buna uygun olarak İsviçre’de ve Türkiye’de ayrı yerleşim yeri olan Türk ailelerine, İsviçre hukuku ile örtüşen Türk hukuk normlarının Türkiye’de uygulanması durumları, giderek artmaktadır. Bu durumlarda, anlaşılabilir sebeplerden, mümkün olduğunca uygulamanın aynı olmasında özel bir yarar vardır. Sadece bu durum –esasen kendiliğinden anlaşılabilir– mümkün olduğunca bilimsel ilişkilerin ve Türkiye ve İsviçre’deki mahkeme kararlarının ve kanun koyucu tarafından öngörülen hukuk ile hukukun gelişmesinin karşılıklı olarak yakından izlenmesini gerekli kılmaktadır.

5. İsviçre-Türk Bilimsel Çalışmasında Engeller

Belli engeller (en iyi isteklere rağmen), benzeri tasavvurların gerçekleşmesinde, tamamen aşılammamaktadır. Engeller, her şeyden önce İsviçre tarafında mevcuttur; fakat Türk, adalet makamlarının geniş çevresinde de bu engeller tamamen kaldırılamamaktadır. Bu husus, her şeyden evvel, dille ilgili eksiklikte ortaya çıkmaktadır. İsviçre hukukçularının hemen hepsi, Türk yayınlarından dolayısıyla mahkeme kararlarından doğrudan doğruya bir fikir sahibi olma imkânına sahip değildir. Buna karşılık, pek çok Türk hukukçusu ve adalet mekanizmasındaki bazı üyeler, dil bilgileri nedeniyle ve buna bağlı olarak eğitimlerini Avrupa’da veya hatta İsviçre’de yaptıkları için, İsviçre hukuk uygulamasını ve bilimsel çalışmalarını takip edebildiklerinden, bizdeki gelişmeler hakkında fikir sahibi olabilmektedirler.

İsviçre tarafı pek çok defa¹⁴ yukarıda belirtilen dil engelini aşmak için teşebbüste bulunmuştur. Hukukçu bir İsviçreli karı koca, Türkiye’deki evliliklerinden sonra, bunlardan birinin doktora çalışması çerçevesinde, Türkiye’de kabul edilen İsviçre aile hukukunun uygulanması ile daha yakından meşgul olduğunu biliyorum. Geçen yüzyılın 1960’larından beri, Bern Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde verilen doktora tez konularının meselâ hiçbiri, bu anlamda nihai etkili olacak bir çalışma ortaya çıkarmamıştır.

Derinlemesine bir müşterek hukukî çalışma için, ilk sırada, Türk öğrenci, doktora öğrencisi ve doçentlik çalışmaları yapanlar açısından İsviçre-Türk hukuk bilgilerinin aracılık etmesi gerekmektedir. Bu yol,

¹⁴ Prof. Hanz Merz’in o zamanki asistanı olan yazarın katkısı altında.

on yıllık zaman dilimleri içinde, Bern’de farklı şekillerde başlatılmıştır¹⁵ (burada yerleşik konsoloslüğün Türk bursiyerlerinin eğitim gayretlerinin gizli kontrolünü kolaylaştıran bir imkâna sahip olmaları nedeniyle). İsviçre’de¹⁶ bir doçentlik tezinin (en azından bir kısmının) hazırlanması durumunda böyle bir girişimin başarısı esas itibariyle daha baştan kesindir. Uygun, amaca yönelik bir çalışma için gerekli yetenek ve böyle bir çalışmaya ilgi duyma hiç şüphesiz ön şart olarak konmalıdır. Aynı şekilde, İsviçre’de yazılan ve pek çok yönden yüksek düzeyde isteklere dayalı bir doktora tezi, birlikte bir kontrol olmaksızın hiçbir zaman yapılamaz; yani doktora öğrencisi, Türkiye ve İsviçre tarafından seçime tâbi tutulmalı ve çalışmanın iki yönlü takibi yapılmalıdır. Bu şartların yokluğu durumunda, dil ve bilimsel açıdan¹⁷ aranan niteliklere ilişkin özel talepler, İsviçre’de sadece yetersiz bir şekilde kontrol edilebilecektir. Bu ise daha büyük bir rizikoyu beraberinde getirecek; yapılan çalışma ne Türkiye ne de İsviçre için gerçek bilimsel bir ilerlemeyi sağlayacaktır.

Bugün eğitim amacı ile İsviçre’ye gelmek eskiden de olduğu gibi çok fazla talep edilmemektedir. Bu durum üzüntü vericidir ve bu istenen gelişme için mutlaka dikkate alınması gereken sebeplerin tamamen göz adı edilmesinden kaynaklanmaktadır.¹⁸ Her iki tarafın da yukarıda belirtildiği gibi, menfaatine olan hukukçu değiş tokuşu, son birkaç yıldan beri belirgin bir şekilde muntazam aralıklarla yapılan Türk-İsviçre hukukçularının bir araya gelmeleri ile sınırlanmıştır. Çoğu kez, Lozan’daki İsviçre Mukayeseli Hukuk Enstitüsü’nün güçlü idarî işbirliği sayesinde (fakat bununla sınırlı değil) Türkiye’deki ve İsviçre’deki farklı hukuk fakültelerinin temsilcileri ile bu toplantılar yürütülmektedir. Böyle toplantılarda (meslektaşlar arasında hiç de küçümsenmeyecek kişisel kontak kurma hususu bir tarafa bırakılırsa) karşılıklı bilgi ihtiyacının bilimsel ciddiyetle gerçekleştirildiğinden söz edilemez. Somut akışı geniş ölçüde önceden belirlenen şenlik karak-

¹⁵ Yazar, Bern’deki eğitim ve asistanlığı sırasındaki pek çok Türk öğrencisini ve doçentlik çalışmasını yapanları çok canlı olarak ve büyük bir memnuniyetle hatırlamaktadır.

¹⁶ Örnek olarak daha sonra Ankara’da hukuk fakültesi profesörü olan karı koca Öztan’lar gibi.

¹⁷ Her doktora çalışması için gerekli metodik çalışma yeteneğine ilâveten Türk ve İsviçre hukuk düzeninin arka plânındaki farklı sosyo-kültürel ve sosyo-ekonomik duruma ilişkin gerekli hissediş de dahildir.

¹⁸ Türkiye’de diğer sebepler arasında burslarda azalma olduğu da tahmin edilebilir.

terli bu karşılaşmalarda, genellikle bir hukukî durumun üzerinde derinlemesine bir tartışmaya yer kalmamaktadır.¹⁹ Bu üzüntü vericidir; çünkü böyle bir yol izlendiğinde, müşterek hukuk normlarına veya en azından müşterek köklere dayanan hukuk normlarına sahip olma nedeniyle birlikte bilimsel çalışmadan karşılıklı elde edilecek faydalar yeterince gerçekleştirilememektedir. Son yapılan resepsiyonla (2002) da İsviçre’de yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin Türkiye tarafından tercihi buna açık bir örnek teşkil etmektedir.

6. Türkiye ve İsviçre’nin Hukuklarında Eşlerin Birlikte Çalışmasıyla Artan İhtiyacın Örneği Olarak Mal Rejimi Hukuku

a. Bilindiği gibi, Türkiye İsviçre aile hukukunu iktibas ederken, o zaman İsviçre’de yürürlükte olan mal ortalığı rejimini kabul etmemiş, mal ayrılığı rejimine karar vermişti. Bu tamamen anlaşılabilir bir karardı. Çok farklı kantonal mal rejimlerinden, federal özel hukuk alanında galip çıkan mal ortaklığı yerine, pek çok sayıdaki kantonda tarihi örfü olmayan gerekli bir değişikliğin kabulü hususunda bir görüş olamazdı. İsviçre’de diğerleri arasında kadın dernekleri her ne kadar sonunda başarısız olsa da, mal ayrılığı rejimini ısrarla talep etmişti.

İsviçre’nin mal ayrılığından vazgeçmesinin aksine, evlilikte mal rejimi hukuku alanında devam eden uluslararası gelişmeler takdirle karşılanmalıdır. Her ne kadar mal ortaklığı, kazancın paylaşımını öngörüyorsa da, yani evlilik içinde ve evlilik dolayısıyla elde edilen net kazancın, mal rejiminin sona ermesinde 2/3’ün kocaya, 1/3’ün karıya verilmesini öngörüyorsa da (aArt 214/I ZGB), ve çalışan kadının da kazancının olması durumunda, İsviçre Medenî Kanunu’nun eski 191/3. maddesine göre kadının çalışmasından dolayı yaptığı tasarrufları mal rejiminin tasfiyesinde kocasıyla paylaşmak zorunda olmadığı öngörülmüşse de, bu rejim eşlerin eşitliği düşüncesine uymuyordu. Bu rejimin mal ayrılığından farklı tarafı, karının kocanın evlilik birliğinin ekonomik başarısının sonucu olan geliri üzerinde, kısmen de olsa,

¹⁹ Türk katılımcılar için yabancı dil mecburiyeti, ayrıca İsviçre tarafından büyük masrafların ortaya çıkması.

katılma payının olmasıdır (kanunda esas itibariyle ev işleri ile sabitleştirilen).²⁰

b. Eşlerin bu eşit olmayan durumları karşısında, II. Dünya Savaşı'ndan sonra kurulan Federal Alman Cumhuriyeti'nde kabul edilen ve İsviçre'deki mal ortaklığına benzer yasal mal rejimi, çok kısa bir süre içinde, Alman Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya aykırı bulunmuştu (Kocanın § 1363 ff aBGB idare ve yararlanma hakkı).²¹ Böylece, yasal mal rejimi geçici zorunlu çözüm olarak mal ayrılığı olmuş ve mümkün olduğu kadar kısa bir süre içinde, evlilik esnasında elde edilen ekonomik büyüme (kazanç) üzerinde, eşlerin eşit paylaşım hakkına sahip olmalarını öngören bir mal rejimi getirilmesi istenmiş idi.²² Bu eşit paylaşmanın gerekçesi açısından, ileri sürülen görüşlerin zayıflığı açıktır; özellikle, eşlerin her ikisinin de kazancının olması, fakat bu kazançlar arasında büyük fark bulunması durumu ortadan kaldırılmamıştır; burada, kanun koyucunun ilk sıradaki gayreti, kanun tekniği sorusu üzerinde olmuştur. Soru, eşit paylaşmanın mal rejiminin sona ermesinden sonra ortak mal varlığı üzerinde mi olması (idaresi zor, dolayısıyla sorumluluk yönünden tehlikeli) yoksa yeni bir denkleştirme modelinin mi öngörülmesi sorusudur. Alman kanun koyucusu bilinen hukukî muamelâta âşikâr bir şekilde daha elverişli olan "*kazanç ortaklığına*" karar vermiştir.

c. İsviçre'de 1980'li yıllarda, evlilik ve mal rejimine ilişkin temel reform münasebetiyle yasal mal rejiminin aynı temel sorusunun cevaplanmasında, (tıpkı 1907'de olduğu gibi) –uzun süren ayrıntılı tartışmalardan sonra– yasal mal rejimi olarak, mal ortaklığı rejiminin kabulüne karşı karar verildi. Almanya'daki kazanç ortaklığından farklı olarak, İsviçre kanun koyucusu, evliliğin etkilemediği kişisel mal²³ (evlilikten önceki mal varlığı, bağışlar, miras yolu ile entikal eden mallar) ve evlilikte kazanılmış mallar şeklinde geleneksel bir ayrıma yer verdi. Ancak, Alman hukukundaki mal rejimi kabul edilmedi. Alman Hukuku'nda, eşlerin mal rejiminin başlangıcında mevcut olan mal varlıkları ve evlilik sırasında bu mal varlıklarındaki artışla ortaya çıkan son mal varlık-

²⁰ Bkz. aArt.161/III ZGB.

²¹ Şimdiye kadarki mevcut yasal mal rejimi 31 Mart 1953'de hâkim kararıyla yürürlükten kaldırılmıştır.

²² Bu husus 18 Temmuz 1957'de Gleichberechtigungsgesetz ile gerçekleşmiştir.

²³ 1907 tarihli İsviçre Medenî Kanunu getirilen mal olarak tanımlanmıştır.

ları (prensip itibariyle²⁴ ve mal varlığını koruyacak şekilde ayrıldıktan sonra) arasındaki artış eşler arasında paylaşılır.

Daha önceki mal rejiminde (mal ortaklığı) de öngörülen iki ayrı mal topluluğunda, karının olduğu kadar, kocanın mal varlığındaki konjonktürel dalgalanmalar, yani eşlerin emeği olmaksızın kişisel mallarındaki değer dalgalanmaları, o dalgalanmaların meydana geldiği mal varlığında bırakılmıştır. Bu husus, İsviçre’de kabul edilen edilmiş mallara katılma rejimini, Almanya’daki kazanç ortaklığından ayırır. Kazanç ortaklığında, eşlerin evlilik birliğine getirdikleri malların, getirildikleri andaki değerindeki²⁵ artışlar, nihaî mal varlığına dahildir. Evlilik devam ederken, eşlerin bu değer artışlarına herhangi bir şekilde etkileri olmasa bile,²⁶ bu artış nihaî mal varlığının ayrılmaz parçası olarak, eşler arasında paylaşılır.

O andaki (nihaî) olumlu veya olumsuz değer dalgalanmalarının beraberinde getirdiği rizikoların, ortaya çıktıkları malvarlığına dahil olmasını öngören böyle bir sistemde, eşlerin, ayrı mal grupları arasındaki etkileşimlerinin sonuçlarının düzenlenmesi gerekir. Meselâ, eşlerden biri, miras yoluyla bir mal iktisap ederken, diğer mirasçılara bir ödeme yapmış ve bu ödemeye diğer eş belli bir değerle katılmışsa, eşlerin mal grupları arasındaki etkileşim nasıl olacaktır? Ayrıca, bir eşin kendi kişisel malları ve edinilmiş malları arasındaki karşılıklı etkileşimin de düzenlenmesi gerekir; aksi halde, edinilmiş malların aleyhine kişisel mallarda artış meydana gelir ve bu yolla diğer eşin edinilmiş malların üzerindeki payı azalmış olur. Bununla ilgili hükümler, yeni İsviçre Medenî Kanunu’nun 206 ve 209. maddelerinde “*değer artışının paylaşılması*” başlığı altında düzenlenmiştir. Başlığın amacından hareketle, değer artışının kolayca görülebilir; dolayısıyla, paylaşımın kolayca icra edilebilir olmasından söz edilebilir; ancak gayet tabiidir ki, konuyu somut olaya çevirmede, mesele, aynı şekilde kolay değildir; daha çok, duruma göre gerçekten çözümü güç bazı kurallar söz konusudur. Paylaştırma –en azından başlangıçta– eşler arasında mal ortaklığı rejiminde hâkim tarafından yaratılan orantılı paylaşım

²⁴ Bununla birlikte, hâkimin yarattığı hukuka dayanılarak, başlangıçtaki mal varlığında sonradan enflasyon nedeniyle ortaya çıkan artışlar göz önünde tutulur.

²⁵ § 1376/I BGB’de düzenlendiği gibi.

²⁶ Eşlerin evlilikten önceki borçları için durum böyledir. § 1374 BGB’de düzenlendiği üzere, nihaî mal varlığının hesaplanmasında bu borçlar nazarı itibara alınmaz, diğer eş kazancın paylaşılmasına bu şekilde katılır.

müessesesi olarak öngörülmüştü.²⁷ Bununla beraber, bu rejimde şu kural geçerlidir: Kişisel mallardaki olumlu veya olumsuz diğer dalgalanmaları kişisel malda kalır ve diğer eşi etkilemez. Her şeyin bir bedeli vardır.

d. Artan, dolayısıyla artan ve eksilen değerlerin paylaşılması ile birlikte, doğan masrafları –eğer mümkünse– biraz azaltmak için, Fransız örneği gösterilebilir. Fransız örneğine göre, başlangıçtaki mal varlığı, mal rejimi sona erdirilirken değerlendirilir ve değerlendirilen başlangıçtaki mal varlığı ile nihai mal varlığı birbirinden ayrılır. Bu durumda da değişik bazı ilâve açıklamaların yapılması gerekecektir.

Başlangıçtaki mal varlığında enflasyon nedeni ile ortaya çıkan değer artışlarını hesaba katmamak için başlangıçtaki malvarlığında sonradan ortaya çıkan gerçek değer artışlarını ve bu artışları her iki eşin birlikte finanse etmesi nedeniyle, nihai mal varlığındaki gerçek değer artışının tespit edilmesi gerekecektir.²⁸

e. Almanya, Fransa ve İsviçre'deki yukarıda daha ayrıntılı olarak belirtilen değer artışını hesaplama şekilleri ve bu yolla gerçek değer artışının sadece eşlerden birine farklı aidiyeti veya evlilik sırasındaki ekonomik başarının paylaşılması şeklinde farklılıklar gösterirken, Avusturya tamamen ayrı bir yol izlemiştir.

Avusturya'da, yasal mal rejiminde çıkış noktası, Türkiye'de yasal mal varlığı olarak şimdiye kadar kabul edilmiş olan mal ayrılığıdır. Mal ayrılığı rejiminde, evlilik ölümle sona erdiğinde, esas itibariyle mal rejimi de sona erer.²⁹ Mal varlığı açısından, bu rejimde, eşlerin farklı ekonomik ilişkilerinde, farklı meslekî kariyer şanslarının bulunduğu (özellikle farklı eğitimleri nedeniyle) göz önünde tutulmamış; sadece, evlilikte mevcut iş taksimi esas alınmıştır. Miras Hukuku'nda da, yaşayan eş her kimse (karı veya koca), bir denkleştirme söz konusu değildir, Avusturya'da ise aynı esastan (mal ayrılığından) hareket edildiği halde, sonuç tamamen farklıdır.^{30,31}

²⁷ Art. 206 ZGB için ayrıntılı bilgi için bkz. Bk-Hausheer/Reusser/Geiser, N.3 vd.

²⁸ En yeni yayın için bkz. Battes, Wertsteigerungen im Zugewinnausgleich, FamRZ 2007, 313 vd.

²⁹ En yeni yayın için bkz. Ferrari/Koch-Hipp, in: Eherecht in Europa, Zerb Verlag, Angelbachtal 2006, Rzn15 vd., özellikle RZ 19'deki diğer yollamalar.

³⁰ Ferrari/Koch-Hipp, *a. g. e.*, Rz.17.

³¹ -Tasfiyeyi basitleştirme nedenine dayanarak- evlilikteki mal rejimi hukuku sistemine aykırı olarak miras hukukunda yapılan bir düzenlemede yaşayan eşlere aynı

Eşlerin yaşarken evlilik birliğini sona erdirmeleri halinde, -özelikle giderek önem kazanan boşanma hallerinde-, Avusturya mal rejimi hukukuna göre de, belli ölçüde Ehegesetz'in 81. vd. paragraflarına göre, kazanç ortaklığına benzer bir durum söz konusudur.³² Mallar "aynen", ancak (evlilikte kullanılan mal varlıkları ve evlilikteki tasarruflar, § 81/II ve III EheG) hakkaniyete göre paylaşılır.³³ Bu paylaşılan malvarlığı (aile konutunun ne şekilde finanse edildiği gönünde tutulmaksızın) aile konutunu da kapsar. Paylaşılan mal varlığına, esas itibariyle, eşlerden biri tarafından yönetilen işletme, en azından bu işletmeye evlilik içindeki birikimler yatırılmadığı takdirde veya evlilikteki tasarruflar katılmadığı ve hattâ bu yatırım eşlerden birinin veya diğerinin evlilik sırasında ferdî (ekonomik) kazançları ile yapıldığı, fakat bu yatırımın herhangi bir şekilde telafi edildiği hallerde, kural olarak dahil değildir.³⁴

Farklı bir yol takip eden yürürlükteki Avusturya mal rejimi hukuku, en azından evlilik birliğinin sağlar arası sona ermesinde, diğer bir yoldan, kazanç ortaklığına dolayısıyla edinilmiş mallara katılma rejimine yaklaşmıştır.

f. Türkiye'deki mal rejimi reformu ile birlikte, Avusturya mal rejimi, seçimlik mal rejimleri arasında yer almıştır. Bu reformun hazırlık çalışmalarında bazı hukukçular Avusturya mal rejimi yönünde görüş bildirmişlerdir. Bunun nedeni, sadece o anda mevcut örften etkilenmeleri olmayıp, İsviçre'deki edinilmiş mallara katılma rejimi ile kıyaslandığında çözümün daha basite indirgenmiş olduğu inancıdır.

g. Türkiye'deki mal rejimi reformu ile öngörülen "edinilmiş mallara katılma rejimi" ve "akdi mal rejimi" (modifiye edilmiş mal ayrılığı) (paylaşmalı mal ayrılığı) rejimi ile bağlantılı olarak, her şeyden önce, çok farklı anlama sorunlarının ortaya çıkacağı açıktır. Türkiye'de kaunun koyucuya hukukî tavsiyede bulunanlar, bir taraftan edinilmiş mallara katılma rejimi, diğer taraftan Avusturya'daki paylaşmalı mal ayrılığı üzerinde, leh ve aleyhe derinlemesine tartışmış olmalıydılar.

şekilde tasarruf imkânı tanımıştır.

³² Burada her ne kadar maddi anlamda mal rejimi söz konusuysa da, bu hukukî temel şeklen boşanmanın sonuçlarına ilişkindir.

³³ Başlangıçtan itibaren belli ve her iki eş için de aynı olan bir paylaşım yolu yoktur. Sadece diğer eşin çalışması ile ev işleri eşit değerde görüldüğü takdirde, yarı yarıya paylaşım öngörülür. Bkz. Ferrari/Koch-Hipp, *a. g. e.*, Rz 122.

³⁴ Bkz. Ferrari/Koch-Hipp, *a. g. e.*, Rz 120 ve oradaki yollamalar.

Nihayet, yeni bir mal rejiminin yukarıda belirtilen entegrasyonu da, İsviçre'den olduğu kadar Avusturya hukuk düzeninininden de farklı olan Türkiye'deki genel hukuk düzeninde icra edilecektir. Yukarıda belirtilen farklı sosyo-kültürel temel, daima yeni meseleler ortaya çıkaracak ve böylece hukukun gelişmesinde bilimsel çalışmalara ihtiyaç duyulacaktır.

Bu durumda İsviçre tarafından anane haline gelen Türk-İsviçre Hukuk Haftalarını aşan yeni ve sürekli birlikte çalışma tavsiye edilebilir.

Bunun altında neler düşünülebilir?

7. Türk-İsviçre Hukukî Çalışmalarında Konuyla İlgili Düşünülebilen Yeni Şekiller

a. Günümüzde, e-mail imkânı ile en uzak mesafelerle bağlantı kurulabilmektedir. Meslektaşların bazıları arasında bilgi alışverişi büyük ölçüde kolaylaşmıştır. Bu haberleşme imkânından yararlanılmalıdır.

b. İnternet aracılığı ile küçük ve büyük yayınların elektronik nakli mümkün hale gelmiştir. Bu nedenle, her zaman, İsviçre'deki bir yazardan yayınları veya Türkiye'de genel geçerli bir dile uygun tercümesi talep edilebilir. Mesele, sadece üzerinde anlaşılması gereken somut ilgi alanlarının karşılıklı ihtiyaçlarının "pazara" nasıl getirileceğidir. Yani ilgilenen çevrenin nasıl bilgilendirileceğidir. Son zamanlarda, online sistemi ile pek çok İsviçre meslek dergilerinden bilgi alınabilir. Bu yol da artırılarak kullanılmalıdır. Muhtemel malî masraflar açısından çözümler bulunabilir.

c. Türkiye'deki son resepsiyon açısından, özellikle şimdiki yasal mal rejimi gibi, fakat aynı zamanda benzeri mevcut durumlarda, öncelikle genç meslektaşların, fakat hiçbir şekilde sadece bunlarla sınırlı olmayan Türk meslektaşların, İsviçre'de -mümkün olduğu ölçüde ücretsiz- birkaç haftadan birkaç aya kadar kalma imkânlarının (tekrar) artırılması mümkün olmalıdır. Bu arada, İsviçre'deki ana bilim dalları çerçevesinde ferdi bilimsel çalışmaların desteklenmesi büyük önem taşır. Zamanında yapılacak bir başvuru halinde -İsviçre'de son zamanlarda yüksek öğretimde bilinen tasarruflar gözden uzak tutulmaksızın- uygun malî destek bulunabilir. Uygun, kişiye yönelik sinyaller son zamanlarda Türkiye'den tekrar gelmektedir. Böyle masrafları

kendisi tarafından karşılayan öğrenciye eğitimi sırasında aracı olması için Lozan'daki Mukayeseli Hukuk Enstitüsü'nün olduğu kadar, yeni kurulan İsviçre-Türkiye Araştırma Merkezi Vakfı'na başvurma da düşünülebilir.

d. Türk-İsviçre hukukçularının bir araya gelmeleri açısından (yine Lozan'daki Mukayeseli Hukuk Enstitüsü'nün yardımı ile) İsviçre Türk hukukçularının karşılıklı çalışmaları yerine, bir müşterek oturumda birlikte çalışmaya gayret edilmelidir. Bu tip oturumlar ve nihayet, müşterek hukukta ortaya çıkan ve gerçekten yararlanılabilecek uzmanlık alanında, somut bilimsel problemler üzerinde, ferdi/grup konuşmaları için fırsatlar arttırılmalıdır.

e. Nihayet, özel hukuk alanında, daha sonraki resepsiyon plânlaşmasına yönelik resmî olmayan çalışma grupları veya resmen görevlendirilen eksperler komisyonu vasıtasıyla, alınan hukuk düzeninin lehinde ve aleyhinde görüşlerin sahiplerinin dinlenmesi düşünülebilir. Bu çalışma ekonomik olarak bunun altından kalkacak çerçevede tutulmalı ve yardım sağlanmalıdır.

Birçok düşünce, daha geniş fanteziler için bir sınırlamanın teşkil etmez. Daha az şekilci ve daha az masraflı, fakat sonunda etki dolu bilimsel alışveriş kesinlikle olacaktır. En önemlisi iradeyi yönlendirmektir.

2008 ŞUBAT TARİHLİ TÜRK BORÇLAR KANUNU TASARISI'NIN GENEL İŞLEM KOŞULLARI'NA İLİŞKİN MADDELERİNİN (M. 20-25) DEĞERLENDİRİLMESİ VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Mehmet DEMİR*

I. Genel Olarak

Bilindiği üzere, özel hukuk kökenli borç ilişkilerinde en temel pozitif hukuk kaynağını oluşturan yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun, bilimsel, ekonomik ve ticari alanlarda yaşanan köklü ve hızlı değişimler karşısında, günümüz koşullarına uygun duruma getirilmek ve değişik hukuksal gereksinimleri karşılayabilmek amacıyla yeniden gözden geçirilmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bu durum karşısında, Adalet Bakanlığı tarafından, daha önceden yasama süreçlerinden geçirilip yasalaştırılan ve 2002 yılı başından bu yana yürürlükte bulunan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nu ile uyumlu yeni bir Türk Borçlar Kanunu tasarısı hazırlanması için, önce bir '*Borçlar Kanunu Komisyonu*' kurulmuş; daha sonrasında bu komisyon, toplam 649 maddeden ibaret 2008-Şubat tarihli tasarı metnini hazırlamıştır.

Söz konusu tasarının genel gerekçesindeki açıklamalardan da anlaşıldığı gibi, yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun genel yapısının, terim birliğinin ve sistematik bütünlüğünün bozulmaması için, belli ölçülerde gerekli özen ve gayret gösterilmeye çalışılmıştır. Tasarıda terim birliği ve sistematik bütünlüğü sağlama dışında, özellikle yasama ve yargılama dilinde yerleşik bir biçimde kullanılan bazı yeni kavram ve terimlerin kullanımına da yer verilmiş olması uygun görülebilir. Örneğin, sözleşme, zamanaşımı, hükümsüzlük, nedensellik

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim dalı öğretim üyesi.

ve ödeme ifadeleri gibi. Ancak, bazı ifadelendirmelerde, borçlar hukuku terminolojisini zorlayacak ve karışıklık yaratacak bir biçimde, yasa dili ve tekniği bakımından uygun görülemeyecek bazı yeni terim ya da kavramların getirilmiş olmasına dikkat çekilmesi gerekir. Örneğin, icap=öneri, pey akçesi=bağlanma parası, tazmin=giderim gibi.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, sistematik planlama bakımından iki kısma ayrılmış olup; birinci kısımda, '*Genel Hükümler*'; ikinci kısımda ise, '*Borç İlişkilerinde Özel Durumlar*' üst başlığı altında, ayrıntılı biçimde borç ilişkilerini düzenlemeye yönelik genel ve özel nitelikli kurallar içermektedir. Birinci kısım olan genel hükümlerin '*Borç İlişkisinin Kaynakları*' başlığını taşıyan birinci bölümünün altında birinci ayırım olarak yer alan '*Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri*' arasında, ayrı bir borç ilişkisi kaynağı olarak '*Genel İşlem Koşulları Hukuku*', toplam altı madde halinde düzenlenmektedir. Getirilen bu yeni yasal düzenlemede, "*E. Genel İşlem Koşulları*" başlığı altında ise, sırasıyla: I. Genel Olarak (Madde 20); II. Kapsamı (1. Madde 21- Yazılmamış sayılma, 2. Madde 22- Yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi); III. Yorumlanması (Madde 23); IV. Değiştirme yasağı (Madde 24); V. İçerik denetimi (Madde 25) konularına ilişkin önemli kurallar yer almaktadır.

Aşağıda, genel işlem koşulları hukukunu düzenlemeye yönelik olarak getirilmek istenen yeni yasal sistem ana hatlarıyla incelenmiş ve madde metinlerine ilişkin çözüm önerilerinde bulunulmuştur:

II. Tasarıdaki Maddelerin Değerlendirilmesi

A. Genel Olarak (m. 20)

Tarafların önceden serbest görüşmeler yapmaları sonucunda kurdukları özel ve bireysel nitelikli sözleşmelerden farklı görünüme sahip olan, genel ve kitlesel (standart/formüller/tip) sözleşmeler sosyo-ekonomik yaşamımızda gittikçe daha fazla önem ve yaygınlık kazanmaktadır. Başta, bankacılık ve sigortacılık sektörleri olmak üzere, taşıma, yapım işleri, turizm ve eğitim-öğretim gibi pek çok alanda rasyonelleşme ve standardizasyon amaçları doğrultusunda, genel işlem koşulları içeren standart sözleşmelerin yapılması yoluna gidilmektedir. Bu türden işlem tekniklerinde, taraflardan birinin önceden tek başına hazırladığı ve karşı tarafa fiilen görüşme olanağını tanımadan (âdeta, dikte ettirerek) genel işlem koşullarını içeren biçimiyle sözleşme kur-

mayı kabul ettirmesi nedeniyle, taraflar arasında güç dengesi güçlü lehine zayıf aleyhine bozulmakta ve sonuçta, sözleşme adaleti ideal önemli ölçüde zayıflatılmaktadır. Zira bu yolla kurulan işlem ilişkisinde, zayıf taraf güçlü tarafın sunduğu bir standart sözleşmeyi ya içerdiği genel işlem koşullarıyla birlikte kabul etme ya da sözleşme konusu edime kavuşmaktan vazgeçmek durumunda bir tercih yapma zorunda bırakılmaktadır.

Genel işlem koşullarını yasal kurallara bağlamayı amaçlayan tasarı, 20. maddesinin birinci fıkrası hükmünde, öncelikle genel işlem koşullarının tanımına yer vermektedir. Buna göre, genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenlerin de çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri anlamında ele alınmakta; bu koşulların, sözleşmenin ana metni veya ekinde yer almasının, kapsamının, yazı türü ve şeklinin yapılacak hukuksal nitelendirmeler bakımından önem taşımayacağı açıkça hükme bağlanmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında ise, aynı amaçla standart düzenlenmiş sözleşme metinlerinin birbirinin aynısı (özdeşi) olmasa bile, içerdikleri hükümlerin yine de birer genel işlem koşulu olarak kabul edileceği belirtilmektedir. Maddenin son fıkrası olan üçüncü fıkra hükmü uyarınca, genel işlem koşullarının açık, örtülü ya da global (bütünsel) benimseme biçiminde, taraflarca tartışılıp bir ilişkilendirme anlaşması sonucunda salt sözleşme içeriğine dahil edilmiş olması da, bu koşulların genel işlem koşulu olarak nitelendirilip içerik denetimlerine konu yapılmasını engellemeyecektir.

Tasarının 20. maddesinin son fıkrası hükmüne göre, genel işlem koşullarını düzenleyen emredici nitelikteki yasal kuralların, sözleşme çerçevesinde genel işlem koşullarını hazırlayan tarafın bir kamu hukuku tüzel kişisi olması durumunda dahi herhangi bir uygulama farklılığı söz konusu olmayacaktır. Getirilmek istenen bu yasal düzenleme tekniğinde, genel işlem koşullarının emredici kurallara bağlanması amaçlandığından, elektrik, su ve doğal gaz gibi tekel niteliğindeki kamu hizmetlerini sunan kişi ve kurumlar tarafından önceden tek taraflı hazırlanan standart (tip) sözleşmelerdeki genel işlem koşullarının da mutlak olarak yasal düzenleme kapsamında değerlendirilmiş olması, sonuçta, uygun ve yerinde bir yasal çözüm yoludur.

B. Kapsamı (m. 21-22)

Tasarıda, genel işlem koşulları hukukunun kapsamını düzenlemeye yönelik olmak üzere, iki önemli hususa yer verilmektedir: Bunlardan ilki (m. 21), bir genel işlem koşulunun ne zaman sözleşme metnine yazılmış sayılacağına; diğeri ise (m. 22), yazılmamış sayılmanın sözleşme ilişkisi üzerindeki hukuksal hükmüne ilişkindir.

Tasarı, 21. maddesinde, düzenleyenin muhatabı olan karşı taraf yönünden de, bir genel işlem koşulunun sözleşmenin kapsamına girebilmesi, bu koşulun varlığı konusunda, sözleşmenin yapılması sırasında açıkça bilgi verilmesine ve içeriğini öğrenebilme olanağının tanınmış bulunmasına ve ayrıca, bu kayıtların, sözleşmenin niteliği ile işin özelliğine yabancı (yani, olağan-dışı) olmamasına bağlanmıştır. Bu ise taraflar arasında genel işlem koşulunun sözleşme içeriğine dahil edilmesi hususunda açık ya da örtülü bir benimseme içeren ilişkilendirme anlaşması yapılması anlamına gelmektedir. Açık benimseme, genel işlem koşulları, ya imzalanan sözleşme metninin ön veya arka yüzünde yer almalı ya da ayrı ve bağımsız bir kağıtta (*alonj*) yer alıp da sözleşme kurulurken diğeri tarafa verilme biçiminde gerçekleşir. Bu bağlamda, sözleşme kurulduktan sonraki aşamada karşı tarafa verilen belgelerde (örneğin, fatura ve bilet gibi) yer alan genel işlem koşulları ile sözleşme içeriğinin değiştirilmesi olanağı yoktur.

Örtülü benimseme ise genel işlem koşullarına yollama yapılmasının orantısız güçlükler yarattığı; taraflar arasında daha önceden mevcut olup halen de sürmekte olan iş ve işlem ilişkisi çerçevesinde bir taraf diğeri tarafa genel işlem koşullarını bildirmiş ve daha sonraki sözleşmelerde bunlara yollama yapıldığı durumlarda söz konusudur. Bu gibi durumlarda, güven ilkesine dayalı yorum ışığında, genel işlem koşullarının örtülü kabulü bu biçimde sözleşme içeriğine dahil edilmesi mümkündür.

Tasarının 22. maddesinde ise yazılmamış ve dolayısıyla sözleşme içeriğine dahil olmadığına karar verilmiş bulunan genel işlem koşulları dışında kalan sözleşme hükümlerinin geçerliliğini koruyacağı kabul edilmiştir. Burada, sözleşmenin kısmen geçerli kısmen geçersiz sayıldığı durumlarda söz konusu olan kısmî butlan yaptırımından farklı olarak, düzenleyen yazılmamış sayılan koşulların yer almadığı ve sadece diğeri hükümlerle sözleşmesel borç ilişkisini kurmayacağı iddiasını ileri sürerek sözleşmeyi yapmaktan kurtulma olanağından

yoksun bırakılmaktadır. 22. maddedeki mevcut bu yasal düzenleme tekniği ile sonuçta, istisnaî bazı durumlar için, genel işlem koşulları hukukuna özgü olarak, yasa gereği bir sözleşme yapma zorunluluğu hali getirilmiş olmaktadır. Diğer bir anlatımla, yazılmamış sayılan genel işlem koşullarını içeren sözleşme, bu koşullar dışında kalan diğer hükümleriyle birlikte varlık ve geçerliliğini sürdürecektir. Bu noktada, Alman hukukundaki yasal düzenlemeden farklılık görülmektedir. Zira Alman Medeni Kanunu'nda (BGB § 306), yazılmamış sayılan genel işlem koşullarının sözleşmeye etkisi konusunda, geçerlilik ilkesinden hareketle, olası sözleşme boşluklarının mutlak ve nispi nitelikteki yasal kurallarla tamamlanması yolu kabul edilmiştir.

C. Yorumlaması (m. 23)

Tasarının bu maddesi, Alman Medeni Kanunu'nun şaşırtıcı (alınılmadık, olağan dışı) ve çok anlamlı (çeşitli anlamlara gelen) kayıtlarla ilgili paragrafındaki düzenlemesine (BGB §305 c) paralel biçimde, bir yasal yorum aracı öngörülerek kaleme alınmıştır. Alman Medeni Kanunu'nun anılan paragraftaki düzenleme, esasen, belirsizlik ilkesini temel almakta ve 'Şaşırtıcı ve Değişik Anlamlı Kayıtlar' başlığı altında şu hükmü içermektedir: *"Genel işlem koşullarından özellikle sözleşmenin dışarıya çıkış biçimine ve somut durumlara göre konulmuş olan kayıtlar, bunları düzenleyenle sözleşme yapan karşı taraftan hesaba katması beklenemeyecek ölçüde alınılmamış (olağan-dışı) ise, sözleşme içeriğine dahil değildir. Şaşırtıcı (alınılmamış) ve değişik anlamları olan genel işlem koşulu ile ilgili kuşkulu durumlarda, bu koşulu içeren bir kayıt, onu düzenleyen ve kullanan taraf aleyhine yorumlanır."*

Bilindiği gibi, genel işlem koşulları hukuku ile ilgili doktrin ve uygulamada, standart (kitleesel, tip, formüler) sözleşmelerin içeriğinde yer alacak genel işlem koşullarının nasıl yorumlanacağı konusu, önemli bir hukuksal sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Tasarıda, genel işlem koşullarının yorumlanması ile ilgili olarak, tıpkı sözleşme hukukunda olduğu, gibi güven ilkesini temel alan bir yorum yöntemine üstünlük verilmektedir. Buna göre, somut sözleşme ilişkisindeki özel durum ve koşullar objektif biçimde yorumlanmayıp; kuşkulu durumlarda sözleşme metnini kaleme alan taraf aleyhinde yorum (*in dubio contra stipulatorem*: kuşkunun düzenleyen aleyhine olma-

sı) biçiminde, güven ilkesini temel alan özel bir yasal yorum yöntemi kabul edilmiş olmaktadır. Diğer bir anlatımla, tasarıdaki bu yasal yorum kuralı (TBK m. 23) gereği, genel işlem koşulları arasında yer alıp da, açık ve anlaşılır olmayan veya birden çok anlama gelen bir hüküm düzenleyen aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanacaktır. Ancak, hemen belirtilmelidir ki, genel işlem koşullarının yorumlanması aşamasına geçilebilmesi için, yorum konusu hükmün taraflar arasındaki sözleşmenin içeriğine açık ya da örtülü bir benimseme yoluyla kesin olarak dahil edilmiş olması zorunludur.

D. Değişirme Yasağı (m. 24)

Değişirme hakkını saklı tutmaya yönelik kayıtlar, aynı zamanda genel işlem koşullarının yargısal yoldan açık içerik denetimine konu oluşturan bir mutlak yasak kayıtlardan sayılmaktadır. Değişirme hakkını saklı tutma amacı güden bu türden yasak kayıtlar sayesinde, kendi lehine kaydı kullanan, karşı tarafın rızasını daha baştan almak suretiyle, sözleşmede borçlandığı edim yükümünü, sözleşmenin ifası sürecinde değiştirebilme veya ondan sapabilme olanağına kavuşmak istemektedir.

Uygulamada, çoğu kez genel işlem koşullarını düzenleyen ve kullanan tarafın sadece kendi lehine olmak üzere, borçlandığı edimi değiştirme hakkını saklı tutmasına ilişkin kayıtlarla sıkça karşılaşmaktadır. İşte, tasarıda, yasal değiştirme yasağı getirilmek suretiyle, değiştirme ve/veya sapma olanağı sağlamaya yönelik bu kayda karşı tarafın rıza göstermesinin beklenilebilir olamayacağı noktasında, bu türden kayıtların yasa gereği geçersiz sayılması yolu kabul edilmektedir. Bu madde nedeniyle, genel işlem koşullarını düzenleyen taraf, kendisi lehine saklı tuttuğu değiştirme yetkisine dayanarak, sözleşmeden tek taraflı irade beyanında bulunmak suretiyle dilediği zaman kurtulamayacağı gibi, dilediği biçimde içeriksel değişiklikleri de yapamayacaktır. Ancak, sadece düzenleyen lehine değişiklik yapabilme yetkisi veren genel işlem koşullarının geçersizliği kabul edilmiş olduğu için, diğer taraf lehine bir değişiklik ya da yeni düzenleme yapabilme yetkisi veren kayıtlar geçerli olacak ve bu nedenle de sözleşmenin taraflarını bağlayacaktır.

Hukukumuzda, bu hükme benzer yasal kurallar, 4822 sayılı yasa ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un bazı tüketim sözleşmelerindeki haksız şartlarla ilgili hükümlerinde (TKHK m. 6, 6/A ve 10) yer almaktadır.

E. İçerik Denetimi (m. 25)

Genel işlem koşullarının denetiminde, yönetsel ön denetim ve yargısal içerik denetimi olmak üzere, bağlayıcılık (yürürlük) ve içerik açılarından yapılan iki tür hukuksal denetim söz konusudur. Yönetsel ön denetimde, ilgili yönetim organı ya da birimi tarafından incelenip onaylanan hükümler genel işlem koşulu olarak sözleşmelere dahil edilmektedir. Özellikle, bankacılık ve sigortacılık alanlarında bu sayede bazı aşırı ve haksız koşulların henüz uygulamaya girmeden önce, önüne geçilebilmektedir. Örneğin, bu türden denetim, 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu (m. 11) ve Türk Ticaret Kanunu (m. 1266/II) gereğince, Hazine Müsteşarlığı tarafından, sigorta poliçelerindeki genel koşullar hakkında uygulanmaktadır. Genel işlem koşullarının yönetsel ön denetimden geçtikten sonra ayrıca bir yargısal içerik denetimlerine tabi tutulabilmesi mümkündür. Tasarıda gerek görülmediği için yönetsel ön denetimlere ilişkin herhangi bir genel kurala yer verilmemektedir.

Maddede getirilen düzenleme ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (m. 6) anlamında '*Sözleşmedeki Haksız Şartlar*'ı içeren ve bu kanuna göre, özel tüketim amacı niteliği taşıyan tüketici işlemlerinin dışındaki, standart (tip) sözleşmelerde kullanılan genel işlem koşulları ve bunların yargısal içerik denetimine konu olması hususu, artık ayrı bir biçimde ele alınmış olmaktadır.

Genel işlem koşullarının yargısal içerik denetimine tâbi tutulmaları sonucunda geçersizlik yaptırımına konu yapılması, yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda bulunmayan, tamamen yeni bir yasal düzenleme biçimidir. Buna göre, genel işlem koşulları arasında yer alan hükümlerden, dürüstlük kurallarına aykırı veya karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olanlar hakkında, yargısal içerik denetimleri uygulanmak suretiyle kısmî geçersizlik yaptırımı uygulanacaktır. Bu uygulama sayesinde, özellikle genel ahlâka aykırılık ölçüsünde kabul edilemeseler dahi, dürüst davranma ilkesine (TMK m. 2) aykırı olarak

nitelendirilebilecek türden davranışların genel işlem koşulları alanında önlenmesi amaçlanmış olmaktadır. Hukuken geçersiz oldukları sonucuna varılanlar dışındaki genel işlem koşulları varlık ve geçerliliklerini koruyacak, geçersiz kılınan koşullar yerine tamamlayıcı nitelikteki yasal kuralların uygulanması söz konusu olacaktır. Bu hüküm, Alman Medeni Kanunu'nun içerik denetimini ve geçersiz koşulları paragraflarına (BGB § 307 ff.) paralel düzenleme getirme amacı gütmektedir. Ancak, bir genel işlem koşulunun yargısal içerik denetimi yapılırken, bu koşulun, özellikle dürüstlük kuralına aykırılığını ya da karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olup olmadığını belirleyici işlevi görecektir. Zira öngörülecek bu yasal ölçütler, bir yandan yargısal içerik denetiminin sınırlarını gösterecek; diğer yandan da dürüstlük ilkesine aykırılık araştırmasında, genel işlem koşulunun açık ve anlaşılabilir bir biçimde kaleme alınmadığı, ölçüsüz bir mağduriyetin varlığı hususunda olası kuşku ortadan kalkmasına yardımcı olacaktır.

Bu bağlamda, mutlak (yargısal takdire yer vermeyen) ya da nispi (yargısal takdire yer veren) anlamda yasak genel işlem koşullarının neler olduğunun yasada belirtilmesi, yargısal içerik denetimlerini daha güvenilir ve pratik bir hale getirmesi mümkün görülmektedir. Özellikle de, edimin kabul ve ifa süreleri, munzam (ek) süre, dönme ve değiştirme hakkını saklı tutan kayıtlar, varsayma kayıtları, ulaşılmış sayılma kaydı, sözleşmenin tasfiyesi ve gerçekdışı ayartıcı beyanlar gibi nispi anlamda yasak genel işlem koşullarının; kısa dönemli fiyat artışları, ifadan kaçınma yetkisi, takas yasağı, ihtar ve mehil tayini, götürü tazminat talebi belirlemesi, cezaî şart, edim yükümüne aykırılığa bağlanan sorumsuzluk kayıtları, sürekli borç ilişkisinin süresi, sözleşmenin tarafında değişiklik, temsilcinin sorumluluğu, ispat yükü, bildirim ve beyanların şekli gibi mutlak anlamda yasak genel işlem koşullarının yasada açıkça gösterilmesinin, yargısal içerik denetimine dayalı çözümlerin bulunabilmesi sürecinde yol gösterici işlevleri olacağı düşünülmektedir.

II. Madde Metinlerine İlişkin Çözüm Önerileri

Aşağıda, tasarının genel işlem koşullarına ilişkin kurallarında gözlemlenen bazı önemli hukuksal eksiklik ve/veya yanlışlıkların giderilmesine ve genel işlem koşulları hukukunun yasal temelde olması

gereken kapsam ve içerikte düzenlemesini sağlamaya yönelik olarak, özgün madde metinlerini içerecek biçimde çözüm önerilerinde bulunmuştur:

Genel İşlem Koşulları

Madde 1. Tanımı ve İçeriği (TBKT m. 20)

1. Genel işlem koşulları, bunları kullanan tarafından, standart sözleşmelere özgü bir biçimde, önceden tek başına hazırlanmış ve sözleşmenin kurulması sırasında karşı tarafa sunulmuş olan sözleşmesel kayıt ve koşullarıdır.

2. Bu koşulların içeriğinin değerlendirilmesinde, bunların sözleşmenin ana metninde ya da ayrı bir ekinde yer alması, kapsamının sınırları, kaleme alınış biçimi veya başvuru şekli önem taşımaz.

Madde 2. Kapsamı (TBKT m. 21-22)

1. Genel işlem koşulları, kullanan tarafından karşı taraf açıkça uyarılıp, bilgilendirilmiş olduğu ölçüde sözleşme kapsamında kabul edilir. Kullananın, karşı tarafa gerekli uyarıları yapmadığı, içeriğini öğrenme olanağını da tanımadığı durumlarda genel işlem koşulları sözleşmeye yazılmamış sayılır.

2. Taraflar arasındaki somut işlem ilişkisine özgü durum ve koşullar ile sözleşmenin niteliğine göre alışılmadık türden olan kayıtlar da geçerlik kapsamı dışında kalır.

3. Sözleşme kapsamında değerlendirilmeyip, yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışında kalan diğer koşullarla birlikte sözleşme varlık ve geçerliliğini sürdürür. Bu durumda, genel işlem koşullarını düzenleyen taraf, yazılmamış sayılarak kapsam dışı bırakılan koşullar olmaksızın, sadece diğer koşulları içerecek biçimde bir sözleşme kurmayacağı iddiasında bulunamaz.

Madde 2. Uygulanma Alanı (TBKT -----)

1. Satıcı-sağlayıcı ile tüketici arasında kurulan sözleşmelerde haksız kayıtlara ilişkin 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki özel hükümler uygulanır.

2. Genel işlem koşullarının içeriksel denetiminde yasaklayıcı kayıtlara ilişkin yasal kurallar, kamu hukuku tüzel kişilerinin elektrik, su ve doğal gaz gibi tekel niteliğindeki kamu hizmetlerine konu enerji kaynaklarının üretimi, dağıtımını ve temini amacıyla tüketicilerle yapmış oldukları sözleşmelere uygulanmaz.

3. Genel işlem koşullarını düzenleyen bu hükümler, aile, miras ve şirketler hukuku ile toplu iş hukuku sözleşmelerinde uygulama alanı bulmaz. Ancak, genel işlem koşullarının bireysel iş hukukuna özgü iş sözleşmelerine uygulanmasında, yürürlükteki iş yasalarının özel kuralları göz önünde tutulur ve bunlarda genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil edilmesine ilişkin kurallar uygulanmaz.

Madde 3. Genel İşlem Koşullarının Sözleşme İçeriğine Dahil Edilmesi (TBKT. ----)

1. Genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil edilebilmesi, genel işlem koşullarını kullananın, sözleşmenin karşı tarafına, açıkça uyarı yapmasına ve kendisinden beklenildiği ölçüde bunların içeriği hakkında bilgilendirme olanağını kullanmış olmasına; diğer tarafında bu koşulları içeren sözleşmenin uygulanmasını kabul etmiş bulunmasına bağlıdır.

2. Taraflar, kurdukları bir sözleşme ilişkisi çevresinde, birinci fıkra hükmünde belirtilen gereklere uygun davranmak kaydıyla, münferit belli bazı işlemleri için belirli genel işlem koşullarının uygulanmasını önceden serbestçe kararlaştırabilirler.

Madde 4. Münferit Anlaşmaların Önceliği (TBKT. -----)

Tarafların aralarında yapmış oldukları özel ve bireysel anlaşmalar, genel işlem koşullarını düzenleyen ve emredici nitelikte olmayan kurallar karşısında öncelikle uygulanır.

Madde 5. Hileli İşlem ve Değiştirme Yasağı (TBKT m. 24)

Genel işlem koşullarını düzenleyen kurallar, tarafların farklı yollara başvurarak yasayı dolandığı durumlarda dahi uygulama alanı bulur.

Madde 6. Şaşırtıcı veya Değişik Anlamlı Kayıtlar ve Belirsizlik Kuralı (TBKT m. 23)

Somut işlem ilişkisine özgü durum ve koşullar ile sözleşmenin dıştan ortaya çıkış ve görünüm biçimine göre, şaşırtıcı (alışılmamış) olan ve değişik anlamlara gelen bir genel işlem koşulu ile ilgili kuşku durumlarda, bu türden bir koşul içeren kayıtlar, düzenleyen ve kullanan taraf aleyhine yorumlanır.

Madde 7. İçerik Denetimi (TBKT m. 25)

Genel işlem koşullarının geçerliliği ve bağlayıcılığı konusundaki yargısal denetim, aşağıdaki denetim ölçütleri yardımıyla yapılır. İçerik denetimine özgü bu kurallar, taraflarca sapıldığı veya boşluk içerecek biçimde tamamlayıcı kayıtlar öngörüldüğü sürece uygulanır.

1. Aşağıda, örnekleyici biçimde sayılan ve bir sözleşmede yer alan genel işlem koşulları, mahkemece, yargısal takdir yetkisi çerçevesinde denetlenip, geçersiz kılınabilir:

a. Edimi kabul ve ifa süreleri: Bir icabın kabulü, reddi veya edimin ifa sürelerini, aşırı uzun bir zamana yaymış ya da yeteri kadar belirlenmemiş süreler biçiminde, sadece kullanan lehine saklı tutan kayıtlar;

b. Ek süre verilmesi: Kullanan lehine üstlendiği edimin ifasında aşırı uzun veya yeteri kadar belirlenmemiş bir biçimde ek süre verme hakkını saklı tutan kayıtlar;

c. Dönme hakkının saklı tutulması: Sürekli borç ilişkisi içeren sözleşmeler dışında, kullanana, herhangi bir somut bir gerekçe göstermeden ve sözleşmede öngörülmüş nedenler dışında edim yükümünden kurtulmasını sağlayacak biçimde sözleşmeden dönme hakkı tanıyan kayıtlar;

d. Değiştirme hakkının saklı tutulması: Kullananın edimini değiştirmesi veya ondan sapmasında göz önünde tutulan çıkarlarına katlanmasının karşı taraftan beklenebilir olmadığı durumlarda, kullanana sözleşme ile borçlandığı edimi değiştirebilme veya bundan sapabilme hakkı veren kayıtlar;

e. Varsayılan beyanlar: Kullanan, karşı tarafa açık bir beyanda bulunabilmesi için uygun bir süre vermemiş ve onu, sözleşme süre-

sinin başlamasında sergileyeceği davranışlarının sonuçları hakkında uyarma yükümü altına girmemişse, karşı tarafın belli bir davranışta bulunması ya da bulunmamasının, belirli bir beyanı yapmış olup ya da olmama olarak varsayılacağına ilişkin kayıtlar;

f. Ulaşmış sayma kaydı: Kullanan yönünden özel önem taşıyan beyanların karşı tarafa ulaştığını öngörülmesine ilişkin kayıt;

g. Sözleşmelerin çözülme sürecine ilişkin kayıtlar: Karşı tarafın sözleşmeden dönmesi veya sözleşmeyi feshetmesi üzerine, ifa konusu edimi kullanmış veya ondan yararlanmış olma nedeniyle, kullana ölçüsüz derecede yüksek bir bedelin ödenmesini talep etme veya yapılan masraflar karşılığında aşırı fazla tazminat isteme yetkisi veren kayıtlar.

2. Aşağıda, sınırlayıcı biçimde belirtilen ve bir sözleşmede yer alan genel işlem koşulları, yargısal takdire olanak vermeyip, kesin geçersizdir:

a. Sürekli borç ilişkisi niteliği taşımayan sözleşmelerin kurulmasından itibaren üç ay içerisinde malın teslimi veya hizmetin sağlanması karşılığı ödenecek para tutarının arttırılmasını öngören kayıtlar;

b. Karşı tarafın ödemezlik defini ve ifadan kaçınma yetkisini bertaraf eden kayıtlar ile aynı sözleşme ilişkisinde alıkoyma hakkını ortadan kaldıran, sınırlandıran ya da ayıplı edimi kabul etmesi koşuluna bağlayan kayıtlar;

c. Karşı tarafın muaccel hale gelmiş ve kesinleşmiş bir karşı alacağının takasa konu yapılmasını bertaraf eden kayıtlar;

d. Kullananın, karşı tarafa herhangi bir ihtarda bulunmadan veya mehil tayin etme gibi yasal yükümlerden kurtulmasını sağlama ya yönelik kayıtlar;

e. Kullanan lehine olmak üzere, olağan iş akışına göre doğması olası bir zararın veya değer azalmasının karşılığını aşacak ya da karşı tarafın, karşılanması gerekli bir zararın veya değer azalmasının meydana gelmediğini veya bunların götürü tutarın çok altında kaldığını kanıtlama olanağını ortadan kaldıracak biçimlerde, bir tazminatı veya değer azalması karşılığını talep yetkisinin götürü tespitine yönelik kayıtlar;

f. Kullanana, karşı tarafın üstlendiği edimi hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi, temerrüdü, sözleşmeden dönmesi durumları için cezai şart ödeme yükümü öngören kayıtlar;

g. Sözleşme öncesi görüşme ilişkisindeki yükümlülük ihlalleri de dahil olmak üzere, kullananın kendi ağır kusuru ya da yasal temsilcisi veya ifa yardımcısının kast veya ağır kusuru ile sözleşmenin ihlali edilmesi sonucunda doğan zararı tazmin etmesi yükümünü ortadan kaldıran ya da sınırlayan sorumsuzluk kayıtları;

h. Kullananın üstlendiği edimin ifasında temerrüde düştüğü veya kusurlu imkansız yarattığı durumlarda, diğer tarafa sözleşmeden dönme hakkını veya tazminat talebini ortadan kaldıran veya geçersiz sorumsuzluk koşullarıyla sınırlayan kayıtlar;

1. Kullananın ifada kısmî temerrüdü veya kusurlu kısmî imkansızlığı durumlarında, diğer tarafın kısmî ifada bir çıkarı olmamasına rağmen, edimin tamamen ifa edilmemesi nedeniyle, onun tazminat talep etme ya da sözleşmeden tümüyle dönme haklarını ortadan kaldıran kayıtlar;

i. Eser teslim sözleşmelerinde;

- Kullanana karşı ayıba karşı tekeffülden doğan yasal talep haklarını tamamen veya kısmen kaldıran ya da üçüncü kişilere karşı talepte bulunmaya veya yargısal yollara başvurmaya bağlayan kayıtlar,

- Karşı tarafın ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını, onun yönünden ayıbın giderilmesi (onarım) veya yenisiyle değiştirmenin bir yarar sağlamadığı ve sözleşmede açıkça bedelin indirilmesi veya bir inşaat yapma ediminin tekeffül konusu yapılmamış olması kaydıyla sözleşmeden dönme hakkı tanınmış olduğu durumlarda, sadece ayıbın giderilmesi veya yenisiyle değiştirme hakkı ile sınırlayan kayıtlar,

- Kullananın onarım yükümlüsü olarak, ayıbın giderilmesine bağlı olan özellikle taşıma, aktarma, çalıştırma, parça ve malzeme temin giderlerini karşılama yükümünü ortadan kaldıran veya sınırlayan kayıtlar,

- Ayıbın giderilmesini veya yenisiyle değiştirmeyi bedelin tamamını ödeme veya ayıbın boyutuyla orantısız ölçüde yüksek bir bölümünü ödeme koşuluna bağlayan kayıtlar,

- Kullananın, karşı taraf lehine özellikle gizli ayıpların bildirebilmesi için tanınan yasal hak düşürücü süreleri kısaltacak biçimde, daha kısa süreler öngörmesine ilişkin kayıtlar,

- Ayıba karşı tekeffül yükümlüsü kullananın yasal tekeffül sürelerini kısaltan kayıtlar.

j. Kullananın satım, eser veya hizmet sözleşmelerinde bir nitelik vaadinde bulunmaması nedeniyle, diğer tarafın yasal tazminat taleplerini ortadan kaldıran veya sınırlandıran kayıtlar,

k. Düzenli olarak malın teslimine, hizmet ifasına veya eser yapımına ilişkin sürekli borç ilişkisi kuran sözleşmelerde,

- Karşı tarafı iki yıldan fazla süreyle bağlayan,

- Belirli süresi biten sözleşmeyi zımnen bir yıldan daha fazla süreyle uzatan,

- Feshi ihbar (bozma bildirim) beyanında, karşı taraf aleyhine belirli sürenin bitimine veya zımnen uzatılmış sürenin bitimine üç aydan daha uzun bir süre kalmasını arayan kayıtlar.

l. Sözleşmelerin devrine bağlı taraf değişimlerinde, kullananın kendisi yerine geçecek üçüncü kişiyi, daha baştan kimliğinin belirlenmemiş veya diğer tarafa bu durumda sözleşmeden dönme hakkı tanınmamış bir biçimde üstleneceğini veya üstlenebileceğine ilişkin kayıtlar;

m. Kullananın, diğer tarafın temsilcisini, açık ve ayrı bir beyanda bulunarak belirtmeksizin şahsen veya yasadaki yetkisiz temsile bağlanan sonuçlardan daha kapsamlı ve ağır bir biçimde sorumlu tutacağına ilişkin kayıtlar;

n. Kullananın, kanıt yükünü kendisi lehine hafifletip, diğer taraf aleyhine ağırlaştırmak amacıyla, kendi sorumluluk alanındaki hususların kanıtlanmasını diğer tarafa yükleyici veya onun bazı olguları teyit etmesini sağlayıcı yönde özel ispat kuralları öngören kayıtlar;

o. Karşı tarafın, genel işlem koşulunu kullanana ya da üçüncü kişilere yönelik her türlü irade beyanı ile bildirimlerin yapılması ve ulaştırılmasını, normal yazılı biçim koşullarından daha ağır biçim koşullarına bağlayan kayıtlar.

İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA USULÜ KAZANILMIŞ HAK*

Gürsel KAPLAN**

Giriş

İlk derece mahkemesinin doğru bularak uyduğu bozma kararına aykırı karar verememesini ve temyiz merciinin de ilk bozma kararı ile benimsediği esaslara aykırı şekilde bozma kararı verememesi anlamına gelen usulü kazanılmış hak kavramı ve kurumu, gerek madeni yargılama hukukunda ve gerekse idari yargılama hukukunda uygulama alanı bulmaktadır.

Yargılama hukukunun güncel teknik bazı ihtiyaçlarını karşılamak için yargısal içtihatlarla hukuk düzenine sokulmuş bulunan bu kavram ve kurum, ortaya çıktığından beri tartışma konusu olagelmekten kendini bir türlü kurtaramamıştır.

Öyle ki; kimi yazarlar bunun gerekli ve yararlı bir usul enstrümanı olduğunu savunurken; kimisi de, bunun maddi gerçeğe ulaşılmasının önünde bir engel teşkil ettiğini ve bu nedenle kesinlikle uygulanmaması gerektiğini ileri sürmektedir.

Kavram ve kurumun ilk ortaya çıktığı medeni yargılama hukukunda tartışmaların daha zengin ve daha çok veri içeriyor olduğu gözlemlendiği halde, aynı şeyi idari yargılama hukuku bakımından söylemek güçtür.

* Bu makale daha önce *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*'nde (Cilt: VIII, Sayı: 1-2, s. 115-154) yayımlanmış olmakla birlikte; gözden geçirilerek düzeltilmiş, genişletilmiş ve güncelleştirilmiştir.

** Yrd. Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

Gerçekten de, usulü kazanılmış hak kavramı ve kurumu, Danıştay kararlarında –hayli tartışmalı bir şekilde de olsa– son zamanlarda kendine bir yer edinmiş olmakla birlikte; söz konusu kararlarda bu kavram ve kurumun leh ve aleyhinde ileri sürülen görüşler doyurucu olmaktan uzak olduğu gibi, doktrinde de konunun yeterince işlenmiş olduğu henüz söylenemez.

İşte bu çalışmamızla biz, “*usul ekonomisi*”, “ *tarafların yargısal kararlara olan güvenini korumak*” ve “ *hukuki istikrarı sağlamak*” gibi düşüncelerle kabul edildiği ileri sürülen usulü kazanılmış hakkın idari yargılama hukukunun amacı ve yapısıyla bağdaşıp bağdaşmadığını ortaya koymak ve idarenin yargısal denetiminde zaafa yol açabileceğini düşündüğümüz bu zararlı ve tehlikeli hukuksal kurumun idari yargılama hukukunda kendine sessizce bir yer bulmakta olduğuna¹ dikkatleri çekmeye çalışmış bulunuyoruz.

Üç ana başlıktan oluşan çalışmamızda, önce maddi hukuk alanında başvuru kazanılmış hak kavramına ana hatlarıyla değineceğiz; çünkü bu şekilde hem usulü kazanılmış hak kavramının daha iyi açıklığa kavuşabileceğini ve hem de onu çağrıştırdığı diğer kavramlardan ayırt etmenin daha kolay hale gelebileceğini düşünüyoruz. Esasen, aşağıda temas edeceğimiz üzere, yargılama hukukuna özgü bir kavram olan usulü kazanılmış hakkın kökeni de maddi hukukta başvuru kazanılmış hak kavramına dayanmakta ve hatta oradan ithal edilerek yargılama hukukuna sokulmuş olduğu dahi söylenebilir. Bu nedenledir ki; usulü kazanılmış hakka değinmeden önce, maddi hukuk alanında yer bulmuş olan kazanılmış hak kavramı üzerinde kısaca da olsa durmanın gerekli ve yararlı olacağını düşünüyoruz. İkinci başlık altında ise, usulü kazanılmış hakkın medeni yargılama hukukundaki yeri ve uygulaması üzerinde duracağız. Zira idari yargılama hukukuna nazaran usulü kazanılmış hak kavram ve kurumunun medeni yargılama hukukundaki uygulaması hem daha eskiye dayanmakta

¹ Nitekim İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda değişiklik yapılmasını öngören tasarımın 31. maddesinde de, “2. Kararın bozulması halinde mahkeme, dosyayı diğer bütün işlere göre öncelikle inceler ve varsa gerekli tahkik işlemlerini tamamlayarak yeniden karar verir. Bozmaya uyularak verilen kararın temyizi halinde, temyiz incelemesi, verilen bozma kararındaki esaslarla sınırlı yapılır.” şeklinde bir düzenlemeye yer verilerek, İYUK’nın 50. maddesinin yukarıda belirtilen doğrultuda değiştirilmesi öngörülmekte ve böylece bu hukuksal kurum yasal bir dayanak ve düzenlemeye kavuşturulması istenmektedir. Söz konusu düzenleme için bkz., <http://www.kgm.adalet.gov.tr/iyuk.htm> (15.01.2008).

ve hem de daha yaygın ve yerleşik bir hal almış bulunmaktadır. Bu itibarla; konuyu idari yargılama hukukundaki yönüyle ele almadan önce, medeni yargılama hukukundaki durumu kısaca da olsa gözden geçirmek yararlı olacaktır. Üçüncü ve nihayet son başlık altında ise; söz konusu kavram ve kurumun idari yargılama hukukundaki yeri ve uygulanabilirliği meselesi üzerinde duracağız. Bunu yaparken, önce mevcut uygulamayı ortaya koyacağız; ardından da bunun eleştirel bir değerlendirmesini yapmaya çalışacağız.

Çalışmamız şayet bu alanda bir tartışmanın başlamasına vesile teşkil edebilirse, amacına ulaşmış sayılacaktır.

I. Maddi Hukukta Kazanılmış Hak Kavram ve Kurumu

Hemen belirtmek gerekir ki; yargılama hukukunda kullanılan usulü kazanılmış hak kavramı gibi maddi hukukta kullanılan kazanılmış hak kavramı da içeriği ve sınırları ile kapsamı ve konusu yönlerinden belirsiz olup, henüz üzerinde anlaşma sağlanamamış bir kavramdır.² Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında,³ “*kazanılmış hak sözcüğü, hukukun en belirsiz, uygulama sahası çok dar, genel hukuksal durumlarda konu edilemeyen bir kavramdır.*” Diyerek, bu duruma işaret etmiş bulunmaktadır.

Maddi hukuk alanında başvurulmuş kazanılmış hak kavramının kökeni özel hukuk olmakla birlikte; idare hukukunda da kavramın aynı adla veya “*müesses durum*”, “*kurulu düzen*” gibi değişik adlarla ve fakat

² Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt: I, Hak Kitabevi, İstanbul 1966, s. 481; Yücel Oğurlu, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Seçkin, Ankara 2003, s. 25, 109 ve 110.

³ Anayasa Mahkemesinin, 25.10.1990 tarih ve E. 1989/23, K. 1990/26 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, Tarih: 09.01.1991, Sayı: 20750. Yüksek Mahkeme başka bir kararında da aynı yönde belirlemelerde bulunmuştur: “*Kamu hukukunda kazanılmış haklar, söz konusu kurulların kişilere uygulanması ile ortaya çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında da belirtildiği üzere, gerek öğretide ve gerek uygulamada tanımlı çeşitli görüş ve kabule elverişli bir kavram olan kazanılmış hak, özel hukuk ve kamu hukuku alanında bireyler açısından önemli bir konudur ve genel olarak, bir hak sağlamaya elverişli nesnel yasa kurallarının bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunması anlamında kabul edilir.*”, Anayasa Mahkemesinin, 28.09.1988 tarih ve E. 1988/12, K. 1988/32 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, Tarih: 11.12.1988, Sayı: 20015; aynı yönde başka bir karar için bkz: Anayasa Mahkemesinin, 20.04.2001 tarih ve E. 2000/50, K. 2001/67 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, Tarih: 07.11.2001, Sayı: 24576.

genellikle yine aynı anlamda olmak üzere sıkça kullanıldığına tanık olunmaktadır.⁴ Söz konusu kavramların hangi anlamda kullanıldığına bakıldığında ise; genel olarak, “sonradan yapılacak hukuki işlemlerle önceden yaratılmış bulunan hukuksal durumların değiştirilememesinin” kastedildiği anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle, ilgili kişinin lehine olarak ortaya çıkmış bulunan bir hukuksal durum yahut statünün idare tarafından tek taraflı bir şekilde sona erdirilememesini; erdirilebildiği durumlarda ise, meydana gelen hak kaybının tazminat ödenmek suretiyle telâfi edilmesini ifade etmektedir.⁵ Daha sentetik bir yaklaşım ve kuşatıcı bir ifadeyle şöyle de diyebiliriz: Kazanılmış hak kavramı ile objektif ve genel hukuksal durumun birel (bireysel) bir işlemle kişi için özel bir hukuksal duruma dönüşmesi; hukuka aykırı işlemlerde ise, bunlardan bir süre yararlanılması suretiyle elde edilmiş bulunan hukuksal sonuçların korunmaya değer hale gelmiş olması yani üçüncü kişilerden bir şey isteyebilmek veya onları bir şey yapmak zorunda bırakmak biçiminde hak sahipliği kazanılması ve söz konusu hak karşılanmadıkça ya da boşluğu doldurulmadıkça tek taraflı bir idari işlem veya eylemle geri alınabilmesi mümkün olmayan bir hukuki olanak ve yetkinin doğmuş olması anlatılmak istenmektedir.⁶

Kazanılmış hak ile ilgili olarak bu söylediklerimizden, onun bireylerin hukuki menfaatlerinin korunması amacına hizmet eden hukuki güvenlik, hukuki istikrar ilkesi ile genel menfaatin gereği olan hukuka uygun idare arasında kurulan denge eksenine oturduğu açıkça anlaşılmaktadır.⁷ Bu cümleden olarak, kazanılmış hakkın ileri sürülebildiği durumlarda kamu yararı ile özel çıkarın karşı karşıya gelmesi ve gi-

⁴ İl Han Özay, *Günüşiğında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 430; Oğurlu, a. g. e., s. 23.

⁵ Turgut Tan, *İdari İşlemin Geri Alınması*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara 1970, s. 65.

⁶ Aynı yönde bkz, Erol Alpar, “İdare Hukukunda Kazanılmış Hak Kavramı ve Uygulaması”, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Sayı: 15, s. 6; Oğurlu, a. g. e., s. 28 vd.

⁷ Özge Aksoylu, “Yargıcın Bakış Açısıyla İdare Hukukunda ‘Kazanılmış Hak’ Kavramı”, *Yıldızhan Yayla’ya Armağan*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No: 4, Birinci Baskı, İstanbul 2003, s. 65. Anayasa Mahkemesinin bir kararında da, “kazanılmış haklara saygı ilkesi, hukukun genel ilkeleri ve hukuk devleti kavramı içerisinde yer alır. Bu ilkenin amacı ise, bireylerin hukuki güvenliğini sağlamaktır”, denilerek, aynı belirlemelerde bulunulmuştur. Bkz, Anayasa Mahkemesinin, 10.04.2003 tarih ve E. 2002/112, K. 2003/33 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, Tarih: 04.11.2003, Sayı: 25279.

derek çatışması ihtimali nedeniyledir ki, birçok yazar⁸ kamu hukuku alanında kazanılmış hakka yer olmadığını ileri sürmektedir. Aslında, kazanılmış hakkın ne olduğu, hukukta yeri bulunup bulunmadığı meselesi etrafındaki tartışma ve belirsizlik, kamu hukukundaki kadar olmasa da özel hukukta da söz konusudur.⁹ Gerçi, özel hukuk alanında hiç olmazsa her konu (örneğin, mülkiyet, miras vb.) kendi yönünden ve kendi sınırları içinde incelenip az çok belli bir açıklığa kavuşturulabilmiştir.¹⁰ Fakat aynı şeyi idare hukuku veya genel olarak kamu hukuku bakımından söylemek için henüz erkendir.¹¹ Aralarındaki köklü yapısal farklılıklar nedeniyle, özel hukuk alanında ortaya konulan çözümlenmeleri ve çözüm önerilerinin idare hukukunda aynen kabul etmeye de olanak yoktur.¹² Hal böyle olunca, kavramın idare hukuku yönünden ayrıca irdelenmesine ve tanımlanmasına ihtiyaç olduğu açıktır. Bu ihtiyaca cevap vermek için son zamanlarda bazı bilimsel

⁸ Örneğin Onar, adı geçen eserinin 482-483. sayfasında aynen şöyle yazmaktadır: “İdare hukukunun statülere dayanan objektif, tanzimi tasarruflarla dokunan nesçinde (=dokusunda) müktesep hak mefhumu hiçbir zaman bahis mevzuu olamaz. Burada müktesep hak ancak statünün şartları dairesinde ferdi bir durum doğduktan yani umumi durum ferdi duruma inkılap ettikten sonra bahis mevzuu olabilir. Mesela memurun maaşı işledikten ve bu suretle ferdi bir alacak haline inkılap ettikten sonra müktesep bir haktan bahsedilebilir. Bir talebe, bu sıfatını muhafaza ettikçe, talebe statüsü içinde umumi bir hukuki duruma maliktir ve hiçbir müktesep hakkı yoktur. Müktesep hak bir sertifika veya bir diploma olmak suretiyle ferdi bir durum iktisap ettikten sonra doğabilir.

Esasen idare hukukunun bir statü hukuku oluşunun sebebinin bu hukukun ve onun en mühim mevzuu olan amme hizmetlerinin dayandığı umumi menfaatin hususi menfaate üstünlüğü prensibi ile izah ederken bu esasın müktesep hak mefhumu ile telif edilemeyeceğini, amme menfaatinin icap ettirdiği değişikliklere ferdi ve hususi menfaati temsil eden sübjektif hak telakkisinin mani olamayacağını söylemiştik.” Özyörük de, “Fertlerin idare karşısında sübjektif hakları yoktur” diyerek, Onar ile aynı görüşü paylaşmaktadır. Bkz. Mukbil Özyörük, İdare Hukuku Dersleri (1972-1973, Teksir), Ankara 1972-1973, s. 209; ayrıca sayfa, 234-235. Buna karşılık, Duran ise, kurulmuş durumlarla, kazanılmış hakları korumanın; hukuki ilişkilerde istikrar sağlamak ihtiyaç ve zorunluluğundan doğmuş sosyal bir hukuk kuralı olduğunu söylemektedir. Bkz. Lütü Duran, İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1964, s. 403; Tan (a. g. e., s. 65), Tolon, (Kemal Doğu Tolon, “İptal ve Tam Yargı Davalarında Kazanılmış Hak”, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler-III, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara 1980, s. 181), Alpar (a. g. m., s. 6) ve Oğurlu (a. g. e., s. 287) da, Duran ile aynı fikirdedir.

⁹ Onar, a. g. e., s. 481.

¹⁰ Tolon, a. g. m., s. 171.

¹¹ Onar, a. g. e., s. 481; Özyörük, a. g. e., s. 234-235; Tolon, a. g. m., s. 171; Alpar, a. g. m., s. 7; Aksoylu, a. g. m., s. 65.

¹² Oğurlu, a. g. e., s. 288; Aksoylu, a. g. m., s. 65.

incelemeler yapılmış ise de, mesele üzerinde yine de henüz bir "ittifak" sağlanabilmiş değildir.¹³

İdari yargı yerlerinin yaklaşımına bakıldığında ise, kavrama fonksiyonel bir yapı ve karakter kazandırıldığı görülmektedir. Gerçekten de, yargısal pratiğe bakıldığında, yargı yerlerinin bu konuda kesin bir tanım vererek kendilerini bağlamaktan kaçınmak amacıyla olsa gerek, her olaya göre ayrı ayrı inceleme yapıp karar verme yolunu, yani ampirik metoda yönelmeyi yeğlemiş buldukları görülmektedir.¹⁴ Kazanılmış hak kavramının yargısal içtihatlarda bürünmüş olduğu bu niteliği, yani fonksiyonel ve esnek olması, bir bakıma onun temel niteliği ve hatta varlık nedeni olmuştur denilebilir.¹⁵ Çünkü uygulamaya bakıldığında, söz konusu kavram ve kurumun, değişen hukuksal koşullar nedeniyle önceki hukuksal koşullar zamanında doğmuş bulunan öznel ve somut hukuksal durum yahut statülerden kurtarılabilecek olanları kurtarmak için başvurulan bir maymuncuk rolü oynadığı görülmektedir. İşte bu özelliği, onun tanımlanamaz olduğunun ya da tanımını yapmaya kalkışmanın ne denli güç olduğunu apaçık bir şekilde ortaya koymaktadır.¹⁶ Bu nedenledir ki, bazı yazarlar onu hiç tanımlamamanın belki de niteliğine ve işlevine daha uygun düşeceğini düşünmektedirler.¹⁷ Zira bunlara göre, yapılacak her tanım denemesi, somut bir olaydaki kazanılmış hakkı bu korumanın kapsamı dışında tutma riskini de beraberinde taşır ve belki de Danıştay'da bu riske girmek istemediği içindir ki kavramı tanımlamak yerine, ona yüklediği anlamı her somut olaya göre ayrıca ortaya koymayı tercih etmiştir.¹⁸

Sonuç itibariyle; mevcut hukuksal durum ve yargısal pratiğe bakıldığında, kazanılmış hak kavram ve kurumunun teoriden öte pratikte yargı kararlarıyla açıklanabilen ve uygulanabilen bir kavram haline gelmiş olduğu söylemek yanlış olmayacaktır.¹⁹

¹³ Nitekim konuyu karşılaştırmalı hukuk perspektifinde ele alan Oğurlu'nun anılan çalışması da bu alandaki düşünce farklılığını açıkça ortaya koymaktadır.

¹⁴ Aksoylu, *a. g. m.*, s. 66 vd.; Oğurlu, *a. g. e.*, s. 110 vd.; Tan, *a. g. e.*, s. 64-65. Yukarıda (dipnot: 3 ve 7) yer vermiş olduğumuz Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında, Yüksek Mahkemenin de aynı yaklaşım içinde olduğu görülmektedir.

¹⁵ Tan, *a. g. e.*, s. 65; Aksoylu, *a. g. m.*, s. 65 vd.

¹⁶ Tan, *a. g. e.*, s. 65; Oğurlu, *a. g. e.*, s. 112.

¹⁷ Aksoylu, *a. g. m.*, s. 66; Oğurlu, *a. g. e.*, s. 112.

¹⁸ Aksoylu, *a. g. m.*, s. 66.

¹⁹ Aksoylu, *a. g. m.*, s. 66; Oğurlu, *a. g. e.*, s. 112 vd.

Yukarıdaki durum gibi, bir ülkedeki yasalara uygun olarak elde edilen hakların yahut hukuki durumların etkilerini, bu hakların yahut hukuki durumların doğumunu değişik koşullara bağlayan bir mevzuata sahip başka bir ülkede sürdürmesi söz konusu olunca yine kazanılmış hak kavramına başvurulmakta ve böylece, yabancı ülkede başka bir ülkede farklı koşullara uygun olarak elde edilen hak ve hukuki durumların etkilerini sürdürebilmesi sağlanmış olmaktadır.²⁰ Görüldüğü üzere, kazanılmış hak kavramına devletler özel hukuku alanında da başvurulmakta ve fakat bu alanda da kavram ve konu üzerinde bir fikir birliği sağlanamamış olduğunu eklemek gerekir.²¹

II. Medeni Yargılama Hukukunda Usulü Kazanılmış Hak Kavram ve Kurumu

Türk hukuk uygulamasının, yargılamanın bazı gereksinimlerinin karşılanması için *"maddi hukuktan ödünç alarak uygulamaya soktuğu"*²² usulü kazanılmış hak kavramı, *"bir davada, mahkemenin veya tarafların yapmış olduğu bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine (diğeri aleyhine) doğmuş ve kendine uyulması zorunlu olan"*²³ bir hakkı ifade etmektedir.

Pozitif hukuk kuralları ile düzenlenmediği halde, Yargıtay içtihatları ile uygulamaya sokulmuş bulunan usulü kazanılmış hakkın medeni yargılama hukukunda oldukça yaygın ve yerleşik bir uygulaması bulunmaktadır. Böyle olmakla birlikte; söz konusu kavram ve kurumun uygulama alanı ile kapsamı başından beri tartışma konusu olduğuna gibi, kavram ve kurumun bizatihi kendisi de dahi hep tartışma konusu olmuştur. Gerçekten de, ileride temas edeceğimiz üzere, usulü kazanılmış hakka Yargıtay kararlarıyla her defasında yeni istisnalar getirilmekte²⁴ ve böylece söz konusu kavram ve kurumun sınırları yeniden çizilmekte; öte yandan, bahsi geçen kavram ve kurumu adlan-

²⁰ Vedat R. Seviğ, "Türkiye'nin Devletler Hususi Hukuku Sisteminde Müktesep Haklar Nazariyesinin Tatbik Şartları", *İ.H.F.M.*, Cilt: XXVIII, Sayı: I, 1962, s. 132.

²¹ Bu konuda geniş açıklama ve farklı görüşler için bkz. Seviğ, *a. g. m.*, s. 101-132.

²² Metin Tuluay, "Usule İlişkin Kazanılmış Hak", *D.Ü.H.F.D.*, Sayı: 2, s. 61.

²³ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt: IV, İlâveli Beşinci Baskı, Evrim Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 1991, s. 3411.

²⁴ M. Kâmil Yıldırım, "Medeni yargılama hukukunda Reformatio In Peius Yasağı", *Facultatis Decima Anniversaria*, 10. Yıl Armağanı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1993, s. 158-159.

dırma konusunda dahi Yargıtay kararlarında bir birlik bulunmamaktadır. Örneğin, Yargıtay kararlarına bakıldığında yalnızca bir kararda²⁵ bile, “*usule ait müktesep hak*”, “*usule ait müktesep hak müessesesi*” ve “*usulü müktesep hak*” gibi, anlam itibariyle farklı olmasa bile ifade tarzı bakımından birbirinden farklı kavramların kullanıldığı görülmektedir. Yargıtay’ın başka kararlarına bakıldığında ise, “*usule ilişkin kazanılmış hak müessesesi*”²⁶, “*usulü kazanılmış hak*”²⁷, “*usule ilişkin bir hak*”²⁸, “*usulen kazanılmış hak*”²⁹, “*kazanılmış usulü hak*”³⁰, “*kazanılmış hak*”³¹, “*usule ait müktesep hak esası*”³², “*usule ilişkin kazanılmış hak kuralı*”³³, “*usule ilişkin kazanılmış bir hak*”³⁴ ve nihayet “*kesinleşmiş ve kazanılmış hak*”³⁵ gibi, birbirinden farklı kavramların kullanıldığı görülmektedir.

Doktrindeki durum da Yargıtay’ın içinde bulunduğu durumdan pek farklı değildir. Örneğin, Kuru aynı eserinde hem “*usulü müktesep hak*” ve hem de “*usule ilişkin kazanılmış hak*” kavramlarını birlikte kullanmaktadır.³⁶ Buna karşılık, birçok yazar yalnızca “*usulü müktesep*

²⁵ Yargıtay’ın, 09.05.1960 tarih ve E. 1960/21, K. 1960/9 sayılı İçtihadı Bileştirme Kararı, *Resmi Gazete*, Tarih: 28.06.1960, Sayı: 10537, (Kuru, a. g. e., s. 3413).

²⁶ Hukuk Genel Kurulunun, 09.1982 tarih ve E 1982/7-1978, K. 1982/785 sayılı kararı, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, 1983/4, s. 478-480, (Kuru, a. g. e., s. 3415).

²⁷ Hukuk Genel Kurulunun, 05.05.1971 tarih ve E. 1971/1-415, K. 1971/292 sayılı kararı, *İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi*, 1972/135, s. 952-953, (Kuru, a. g. e., s. 3415).

²⁸ Hukuk Genel Kurulunun, 21.04.1965 tarih ve E. 1965/1-91, K. 1965/184 sayılı kararı, *Resmi Kararlar Dergisi*, 1966/4, s. 4345, (Kuru, a. g. e., s. 3419).

²⁹ Hukuk Genel Kurulunun, 24.04.1973 tarih ve E. 1973/1-1630, K. 1965/184 sayılı kararı, *İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi*, 1973/152, s. 2198-2200, (Kuru, a. g. e., s. 3436).

³⁰ Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin, 07.04.1977 tarih ve E. 1977/6018, K. 1977/2683 sayılı kararı, *İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi*, 1977/200, s. 5530-5531, (Kuru, a. g. e., s. 3438).

³¹ Hukuk Genel Kurulunun, 10.06.1983 tarih ve E. 1983/10-328, K. 1983/652 sayılı kararı, *İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi*, 1983/274, s. 2156-2158, (Kuru, a. g. e., s. 3439).

³² Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin, 29.04.1974 tarih ve E. 1974/736, K. 1974/1139 sayılı kararı, *Resmi Kararlar Dergisi*, 1974/6-8, s. 280, (Necip Bilge/Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Üçüncü Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s. 673-674, dipnot 89).

³³ Hukuk Genel Kurulunun, 20.02.1963 tarih ve E. 1963/78, K. 1963/23 sayılı kararı, *Ankara Barosu Dergisi*, 1963/3, s. 368, (Bilge/Önen, a. g. e., s. 671, dipnot 83).

³⁴ Hukuk Genel Kurulunun, 10.11.1965 tarih ve E. 1965/91079, K. 1965/413 sayılı kararı, *Ankara Barosu Dergisi*, 1966/1, s. 56, (Kuru, a. g. e., s. 3418).

³⁵ Hukuk Genel Kurulunun, 20.11.1968 tarih ve E. 1968/1-1366, K. 1968/764 sayılı kararı, *Resmi Kararlar Dergisi*, 1969/5, s. 134-136, (Kuru, a. g. e., s. 3435).

³⁶ Kuru, a. g. e., s. 3411-3442 arasında kavramı her iki şekilde de kullanmaktadır. Yazar başka bir incelemesinde de aynı şekilde hareket etmektedir. Bkz. Baki Kuru, “Usulü Müktesep Hak”, Recai Seçkin’e Armağan, A.Ü.H.F.Y., Ankara 1974, s. 395-409; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, *Medeni Yargılama Hukuku (Ders Kitabı)*, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 18. Baskı, Ankara 2007, s. 673-679 arasında da kavramın

hak” kavramını kullanmaktadır.³⁷ Bu arada, bazı yazarlar da yalnızca *“usule ilişkin kazanılmış hak”*³⁸ ifadesini kullanırken; kimisi de, *“usule ait kazanılmış hak müessesesi”* ve *“usulü kazanılmış hak”*³⁹ kavramını bir arada kullanmaktadır.

Bizim usulü kazanılmış hak şeklinde kullanmayı tercih ettiğimiz⁴⁰ kavramı, görüldüğü gibi, medeni yargılama hukuku yazarları değişik şekillerde kullanmaktadırlar. Doktrinde, bu şekilde birbirinden az çok farklı adlandırmaların nihayetinde aynı kavram ve kuruma işaret ettikleri için çok da önemli olmadığı söylenebilir. Ancak bu durum, bir bakıma, söz konusu kavram ve kurum etrafındaki tartışmaların ve fikir ayrılıklarının da bir işaretidir ve bu yönüyle anlamlı ve önemlidir. Bu konudaki farklı görüş ve yaklaşımlara ilerde yer vereceğiz. Fakat önce usule ilişkin kazanılmış hakkı daha yakından görmek için aşağıdaki hususlara temas etmek yararlı olur.

A. Usulü Kazanılmış Hakkın Hukuksal Dayanağı

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, usulü kazanılmış hak, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenmemiştir. Ancak, Yargıtay’a göre, *“...bu şekilde usule ait müktesep hakka ilişkin açık bir hüküm konulmuş değilse de, Yargıtay’ın bozma kararının hakka ve usule uygun karar verilmesini sağlamaktan ibaret olan gayesi ve muhakeme usulünün hakka varma ve hakkı bulma maksadıyla kabul edilmiş bulunmasının yanında, hukuki alanda*

her iki şekilde de kullanıldığı görülmektedir.

³⁷ Kavramı yalnızca bu şekilde kullananlar için bkz. Bilge/Önen, *a. g. e.*, s. 671-675; İlhan E. Postacıoğlu, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Genişletilmiş 5. Bası, İ.Ü.H.F.Y., İstanbul 1970, Sayı: 622-634; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, Cilt: I-II, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Baskı, Nesil Matbaacılık, İstanbul 2000, s. 877-898; Saim Üstündağ, *“Temyizin Nakzından Sonraki Hukuki Durum”*, İ.Ü.H.F.M., C.XXVIII, Sayı: 1, 1962, s. 133-192; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, *Medeni Yargılama Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2007, s. 588-598; Yıldırım, *a. g. m.*, s. 155-162.

³⁸ Tuluay, *a. g. m.* s. 61-67; Güzin Akgündüz/Saadettin Saltık, *“Usul Hukukunda Kazanılmış Hak”*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 2, 1993, s. 166.

³⁹ Timuçin Muşul, *“Medeni yargılama hukukunda Ara Kararları”*, *D.Ü.H.F.D.*, Sayı: 4, s. 233-234.

⁴⁰ Kavramı bu şekilde kullanmayı tercih etmemizin birinci nedeni bunun Yargıtay’ın ve doktrinin genellikle kullandığı usulü müktesep hak kavramına karşılık gelmesidir. İkincisi ise, kavramın idari yargılama usulünde Danıştay ve doktrin tarafından yalnızca bu şekilde kullanılmış olmasındandır.

istikrar gayesine dahi ermek üzere kabul edilmiş bulunması bakımından, usule ait müktesep hak müessesesi, usul kanununun dayandığı ana esaslardandır ve amme intizamı ile ilgilidir. Esasen, hukukun kaynağı, sadece kanun olmayıp, mahkeme içtihatları dahi hukukun kaynaklarından oldukları cihetle, söz konusu usulü müktesep hak için kanunda açık hüküm bulunmaması, onun kabul edilmemesini gerektirmez.”⁴¹

Fakat bununla birlikte, Yargıtay’ın bir içtihadı birleştirme kararında,⁴² “...bozma sebeplerinin şümülü dışında kalmış cihetlerin kesinleşmiş sayılması, davaların uzamasını önlemek maksadıyla kabul edilmiş çok önemli bir usulü hükümdür” şeklinde bir ifade kullanılmış olmakla, usulü kazanılmış hakkın, adeta usul kanununda yer almış olduğu şeklinde bir izlenim uyandırmaktadır. Ancak, gerçekte ise Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda buna yer verilmemiştir ve yukarıda yer verilen 1960 tarihli ve 21/9 sayılı içtihadı birleştirme kararında da bu durum açıkça ifade edilmiştir.

Yargıtay, her ne kadar, usulü kazanılmış hakkın kabulü için yasa da açık bir düzenleme bulunmasına ihtiyaç bulunmadığını söylemekte ise de; bunun için yasal bir destek ve dayanak arama çabasından da geri kalmamıştır. Örneğin, bir içtihadı birleştirme kararında⁴³ Yargıtay aynen, “Hakem kararları da, mahkeme kararları gibi, tarafları bağlayıcı, ve ‘kesin hüküm’ vasıf ve mahiyetindedir. Bilindiği üzere, kesin hüküm gayesi taraflar arasındaki uyuşmazlıkları bir daha ortaya atılamayacak bir şekilde halletmekten ibarettir. Mahkeme kararları için öngörülen ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 237. maddesinde yer alan ‘kesin hüküm’ şartları hakem kararları içinde aynen caridir. Yukarıda işaret edildiği üzere, hakem kararları da mahkeme kararları gibi taraflar için ‘kesin hüküm’ niteliği taşıdığı için, Yargıtay’ın bozma sebepleri dışında kalan hususların kesinleşeceği tabidir. 09.05.1960 gün ve 21/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında da belirtildiği veçhile bozmaya uymakla bir taraf yararına ‘usulü müktesep hak’ doğar. Artık bozmanın kapsamına girmeyen hususlarda

⁴¹ Yargıtay’ın, 09.05.1960 tarih ve E. 1960/21, K. 1960/9 sayılı içtihadı birleştirme kararı, *Resmi Gazete*, Tarih: 28.06.1960, S. 10537, (Kuru, a. g. e., s. 3413). Söz konusu kararla ilgili geniş bir inceleme için bkz., Kuru, a. g. m., s. 395-409; Üstündağ, a. g. m., s. 133-192.

⁴² Yargıtay’ın, 04.02.1959 tarih ve E. 1957/13, K. 1959/5 sayılı içtihadı birleştirme kararı, *Resmi Gazete*, Tarih: 28.04.1959, Sayı: 10395, (Kuru, a. g. m., s. 401, dipnot 15).

⁴³ Yargıtay’ın 23.10.1972 tarih ve E. 1972/2, K. 1972/12 sayılı içtihadı birleştirme kararı, *Resmi Gazete*, Tarih: 18.12.1972, Sayı: 14395, (Tuluay, a. g. m. s. 64).

yeni bir karar verilemez." diyerek, usulü kazanılmış hakka kesin hüküm kavramı ve kurumu içinde bir yer arayıp bulmaya çalışmıştır.⁴⁴

Ne var ki, usulü kazanılmış hakkın mevzuatta bir dayanağının bulunmadığı açıktır. Fakat Tuluay'ın belirttiği gibi, mevzuatta dayanağının bulunmaması söz konusu müessesenin reddi için tek başına yeterli bir sebep değildir ve bu nedenle Yargıtay'ın bu kurumu ihdas gerekçesine hak verilebilir.⁴⁵

Sonuç itibariyle; usulü kazanılmış hak kavram ve kurumu ilk kez Yargıtay'ın 04.02.1959 gün ve 13/5 sayılı içtihadı birleştirme kararında⁴⁶ ifadesini bulmuş ise de, bu müesseseyi en iyi ve kapsamlı bir şekilde dile getiren Yargıtay'ın 09.05.1960 gün ve 21/9 sayılı içtihadı birleştirme kararı olmuştur ve sonraki Yargıtay kararları, hep bu içtihadı birleştirme kararına uygun olarak ve ekseriya ona atıf yaparak usulü kazanılmış hakkı çeşitli olaylara aynı şekilde uygulaya gelmişlerdir.⁴⁷ Dolayısıyla, tekrar etmek gerekirse, usulü kazanılmış hak hukuki dayanağını Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan değil, Yargıtay içtihatlarından almaktadır.

B. Usulü Kazanılmış Hakkın Anlam ve Kapsamı

Söz konusu haktan bahsedebilmek için, her şeyden önce, bozma yönünde verilmiş bir kararın mevcudiyeti şarttır.⁴⁸ Bozmaya uyan mahkeme, artık bozma kararı gereğince inceleme yapmak ve hüküm vermek zorundadır.⁴⁹ Dolayısıyla, mahkeme bozmaya uyma kararından dönerek ısrar kararı veremeyeceği gibi, hükmünün bozma kararı dışında kalmak suretiyle kesinleşen kısımları hakkında da yeniden tahkikat yapıp yeni bir karar veremez.⁵⁰ Bundan başka; hüküm mahkemesi Yargıtay'ın bozma kararına uyduğu takdirde, bozma kararında belirtilen fiili ve hukuki esaslara göre yargılama yapmak zorundadır.⁵¹

⁴⁴ Tuluay, *a. g. m.* s. 64.

⁴⁵ Tuluay, *a. g. m.* s. 64.

⁴⁶ Karar için bkz: *Resmi Gazete*, Tarih: 28.4.1959, Sayı: 10193.

⁴⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz, *a. g. e.*, s. 756.

⁴⁸ Yıldırım, *a. g. m.*, s. 157; Akgündüz/Saltık, *a. g. m.*, s. 166.

⁴⁹ Kuru, *a. g. e.*, s. 3412; Akgündüz/Saltık, *a. g. m.*, s. 166.

⁵⁰ Kuru, *a. g. m.*, s. 395; Akgündüz/Saltık, *a. g. m.*, s. 166.

⁵¹ Bilge/Önen, *a. g. e.*, s. 670.

Böylece, bozmaya uymakla; ilgili taraf lehine, bozma dışında kalan hususlar yönünden usulü kazanılmış hakkın doğduğu ve bunu gerek hüküm mahkemesinin ve gerekse Yargıtay'ın ihlâl edemeyeceği sonucuna varılmaktadır.⁵² Yani, bozma kararına uyulması ile oluşan usulü kazanılmış hak yalnızca ilk derece (hüküm) mahkemesini değil ve fakat aynı zamanda önceki kararda "bozma" görüşü bildirmiş olan Yargıtay ilgili dairesi bakımından da bağlayıcı olacaktır. Öyle ki, Yargıtay ilgili dairesi de artık ilk bozma ilâmına aykırı olacak şekilde ikinci bir bozma kararı veremez.⁵³

Görüldüğü gibi usulü kazanılmış hakkın ortaya çıkmasını sağlayan geri dönülemez yargısal süreç, hüküm mahkemesinin bozmaya uyma yönünde bir "ara kararı" vermesiyle başlamaktadır. Fakat aslında Türk hukukunda hâkimin kendisi veya kendisinden önce davaya bakan hâkim tarafından evvelce verilmiş olan ara kararlarından dönebileceği kural olarak kabul edilmektedir.⁵⁴ Buna gerekçe olarak da, herhangi bir ara kararı vermekle hâkimin işle yani baktığı dava ile alakasını kesmemesi gösterilmektedir. Dolayısıyla, hâkim hata ettiğini anladığı takdirde, bundan rücu edebilir ve sırf bu rücu keyfiyeti başlı başına bir temyiz sebebi teşkil etmez.⁵⁵ Genel durum böyle olmakla birlikte, usulü kazanılmış hak bu kuralın bir istisnası olarak sayılmaktadır.⁵⁶ Buna göre, bozmaya uyma yönünde verilmiş bulunan ara kararından kararı veren hâkim dönemeyeceği gibi; kararı veren hâkimin mahkemeden ayrılması ve yerine başka bir hâkimin gelip davaya devam etmesi halinde bu hâkim de artık o ara kararı ile bağlı olacaktır ve doğru bulmasa dahi yine o ara kararı yönünde işlem yapıp yargılamayı yürütmek zorunda kalacaktır.⁵⁷

Bu arada şunu da belirtelim ki; yerleşik uygulamaya göre, usu-

⁵² Bilge/Önen, *a. g. e.*, s. 670; Üstündağ'ın belirttiğine göre, mukayeseli hukukta Alman Temyiz Mahkemesi bozma ilâmına her şeye rağmen bağlılığı şu ifadeleri kullanılarak belirtmektedir. "Temyiz Mahkemesi bir kanun hükmünü atlayarak veya yanlış tatbik ederek bozma kararı vermiş olsa bile, yine de bu bozma ilâmına mahalli mahkemenin ve Temyiz Mahkemesinin bağlılığı devam eder ve ihtilaf artık hukuka aykırı da olsa bozma ilâmındaki esaslar uyarınca halledilmek gerekir." (Üstündağ, *a. g. e.*, s. 884).

⁵³ Akgündüz/Saltık, *a. g. m.*, s. 168.

⁵⁴ Muşul, *a. g. m.*, s. 233-234; Postacıoğlu, *a. g. e.*, s. 622; Tuluay, *a. g. m.* s. 65-66; Karşı fikir için bkz. Üstündağ, *a. g. m.*, s. 769 vd.

⁵⁵ Postacıoğlu, *a. g. e.*, s. 622; Akgündüz/Saltık, *a. g. m.*, s. 167.

⁵⁶ Postacıoğlu, *a. g. e.*, s. 622; Akgündüz/Saltık, *a. g. m.*, s. 167-168.

⁵⁷ Muşul, *a. g. m.*, s. 234; Tuluay, *a. g. m.* s. 66.

lü kazanılmış hakkın gerçekleştirilmesi için bozmaya uyma kararının açık olması şart değildir. Başka bir deyişle, “fiili” yahut “eylemli” şekilde bozmaya uyma halinde de, açıkça bozmaya uyma yönünde verilmiş bulunan ara kararı ile aynı hukuki sonuç ortaya çıkacaktır. Nitekim Yargıtay’a göre, “mahkemenin bozmaya uymadığını bildirmekle beraber, bozmada gösterilen yönlerden birisini içine alacak şekilde inceleme yapmaya karar vermesi bozmaya eylemli bir uymadır.”⁵⁸ Yargıtay, bu şekilde yerel mahkemece ısrar kararı verildiği halde, fiilen bozmadaki esaslar dairesinde muamele yapılmış olmasını bozmaya eylemli uyma şeklinde yorumlayarak, böyle bir kararın genel kurulda değil, bozma kararı veren özel dairede incelenmesi gerektiğini kabul etmektedir.⁵⁹

Yargıtay’ı usulü kazanılmış hak şeklindeki bir müesseseyi kabul götüren nedenler ise; kendi ifadesiyle, “*usul kanunumuzda bu şekilde usule ait mükteseplere hakka ilişkin açık bir hüküm konulmuş değilse de, temyizden bozma kararının hakka ve usule uygun karar verilmesini sağlamaktan ibaret olan gayesi ve muhakeme usulünün hakka varma, hakkı bulma maksadıyla kabul edilmiş olması yanında hukuki alanda istikrar gayesine dahi ermek üzere kabul edilmiş bulunması bakımından usule ait mükteseplere hak müessesesi, usul kanununun dayandığı ana esaslardandır ve amme intizamı ile ilgilidir*”⁶⁰ şeklindeki gerekçeler olmuştur.

Doktrinde ise, daha farklı gerekçelerin dile getirildiği görülmektedir. Örneğin, Üstündağ bu müessesenin ortaya çıkmasını ülkemizde istinaf mahkemelerinin bulunmaması ile açıklamaya çalışmaktadır. Yazara göre, Bu mahkemelerin bulunmamasından dolayı, yerel mahkemenin kararını Temyiz Mahkemesine karşı ısrar ederek, temyizce tasdikine kadar Temyiz Mahkemesine götürülebilmesinden doğacak gecikmeleri bertaraf etmek amacıyla kaynaklanmıştır.⁶¹ Bu görüş hak verilebilir. Fakat eklemek gerekir ki, bu görüş daha ziyade şöyle bir ihtimalle doğrudur: eğer bozma kararından sonra yerel mahkemenin ısrar kararına karşı ilgili tarafça temyiz yoluna başvurulmuş olursa

⁵⁸ Hukuk Genel Kurulu’nun 03.10.1962 tarih ve E. 1962/156, K. 1962/63 sayılı kararı, *Adalet Dergisi*, 1963/1-2, s. 159, (Bilge/Önen, a. g. e., s. 671, dipnot 181). İleride (s. 29) açıklayacağımız gibi, Danıştay’ın uygulaması da aynı yöndedir.

⁵⁹ Bilge/Önen, a. g. e., s. 670.

⁶⁰ Yargıtay’ın yukarıda anılan 09.05.1960 tarih ve 21/9 sayılı içtihadı birleştirme kararından.

⁶¹ Üstündağ, a. g. m., s. 143-144; Yıldırım ise, bunun istinaf mahkemesinin bulunmayışı ile bir ilgisinin olmadığını belirtmektedir (Yıldırım, a. g. m., s. 173).

bu takdirde doğrudur.⁶² Zira ancak bu takdirde yargılama sürecinin bozmaya uyma ihtimaline göre uzayabilmesi söz konusu olabilmektedir. Tersine ihtimalde ise, böyle bir uzama söz konusu olmayacağına göre, usulü kazanılmış hakkın yalnızca yargılama sürecindeki muhtemel gecikmelerin sakıncalarını gidermek ya da daha genel bir ifade ile usul ekonomisinin gerekleri ile kabul edildiğini söylemek güç olacaktır. Nitekim Yargıtay'ın bu kurumu kabul gerekçelerine bakıldığında da, bunun yalnızca usul ekonomisi ve yargılamaya sürat kazandırma düşüncesiyle kabul edilmediği görülmektedir. Örneğin Yargıtay'a göre, bozma kararına uymuş olan yerel mahkeme bozma kararı gereğince inceleme yapmak ve hüküm vermek zorunda olduğu gibi; mahkemenin kararını bozmuş olan Yargıtay dairesi de, sonradan ilk bozma kararı ile benimsemiş olduğu esaslara (usulü kazanılmış hakka) aykırı bir şekilde ikinci bir bozma kararı veremez.⁶³ Çünkü aksi halde, usul hükümleri ile hedef tutulan istikrar zedelenir ve hatta mahkeme kararına karşı genel güven dahi sarsılır.⁶⁴ Bu ilkeye riayet edilmesi o denli önemlidir ki; yerel mahkemenin, Yargıtay'ın bozma kararına uyduktan sonra verdiği hüküm, kanun gibi bütün mahkemeleri bağlayıcı gücü bulunan bir içtihadı birleştirme kararına açıkça aykırı olsa bile, usulü kazanılmış hakka uygun olması nedeniyle onanmaktadır.⁶⁵ Demek ki, bozmaya uyularak verilen bir hüküm, bir kanun hükmüne aykırı olsa bile, usule ilişkin kazanılmış hakka uygunluğu nedeniyle Yargıtay'ca onanacaktır.⁶⁶ Görüldüğü gibi, Yargıtay böyle bir hukuksal kurumu kabul etme düşüncesini daha geniş birtakım gerekçelere dayandırmaya çalışmaktadır.

Usulü kazanılmış hakkın anlamı ve kapsamı hakkında şimdiye kadar anlattıklarımız, söz konusu hakkın iki çeşidinden yalnızca biri ile ilgilidir; yani Yargıtay'ın bozma kararına uyan mahkemenin, bozma kararı gereğince inceleme yapmak ve hüküm vermek zorunda olmasını ve Yargıtay'ın da ilk bozma kararında benimsediği esaslara aykırı olacak şekilde yeni bir bozma kararı verememesini ifade etmektedir.⁶⁷ Bundan başka, usulü kazanılmış hakkın ikinci bir çeşidi daha vardır

⁶² Yıldırım, *a. g. m.*, s. 156-157.

⁶³ Kuru, *a. g. e.*, s. 3417; Akgündüz/Saltık, *a. g. m.*, s. 168.

⁶⁴ Kuru, *a. g. e.*, s. 3417.

⁶⁵ Kuru, *a. g. e.*, s. 3417-3418.

⁶⁶ Kuru, *a. g. e.*, s. 3418.

⁶⁷ Kuru, *a. g. m.*, s. 397.

ki; bu da, bazı konuların (cihetlerin) bozma kararının kapsamı dışında kalarak kesinleşmesi ile meydana gelmektedir.⁶⁸

Buna göre, “Yargıtay tarafından bozulan bir hükmün, bozma kararının (sebeplerinin) kapsamı dışında kalmış olan kısımları (konuları, cihetleri) kesinleşir. Bozma kararına uyan mahkeme, bozma kararının kapsamı dışında kalmış olması nedeniyle kesinleşen bu kısımlar hakkında, yeniden inceleme yaparak karar veremez. Yani, kesinleşmiş olan bu kısımlar, bu kısımlar lehine olan taraf yararına bir usulü müktesep hak teşkil eder.”⁶⁹

Kuru’dan aynen aldığımız bu satırlarda ifade edilen yaklaşımın Yargıtay’ın bir içtihadı birleştirme kararı⁷⁰ ile de ortaya konulduğunu belirtmek gerekir. Nitekim kararda aynen şöyle denilmektedir: “Bir kararın bozulması ve mahkemenin bozma kararına uyması halinde, bozulan kararın bozma sebeplerinin şümulü dışında kalmış cihetlerin kesinleşmiş sayılması, davaların uzamasını önlemek maksadıyla kabul edilmiş çok önemli bir usul hükmüdür(...). O konunun bozma sebebi sayılmamış ve başka sebeplere dayanan bozma kararına mahkemenin uymuş olması, taraflardan birisi lehine usulü müktesep hak meydana getirir ki, bu hakkı ne mahkeme ne de Yargıtay halele uğratabilir. Zira usulü müktesep hakkın tanınması da amme intizamı düşüncesiyle kabul edilmiş bir esastır.” Yargıtay, başka bir içtihadı birleştirme kararında da,⁷¹ “usule ait müktesep hakkın diğer bir şekli de, bazı konuların Yargıtay dairesinin bozma kararının şümulü dışında kalarak kesinleşmesi ile meydana gelen şeklidir.” diyerek, hem usulü kazanılmış hakkın iki çeşidinin varlığına ve hem de bu ikincisinin anlam ve kapsamına açıklık getirmiş bulunmaktadır.

Yargıtay’ın anılan kararlarına göre, bir hususun bozma kararının kapsamı dışında kalarak kesinleşmesi iki şekilde olabilir: **1.** O husus açıkça bir temyiz sebebi olarak ileri sürülmüş, fakat Yargıtay’ca reddedilmiştir. **2.** Veya o hususta bir temyiz itirazı ileri sürülmemiş olmamasına rağmen, dosyanın Yargıtay’ca incelendiği sırada dosya da bulu-

⁶⁸ Kuru, a. g. m., s. 397; Akgündüz/Saltık, a. g. m., s. 169; Kuru, a. g. e., s. 3419; Kuru/Arslan/Yılmaz, a. g. e., s. 674-675.

⁶⁹ Kuru, a. g. m., s. 401.

⁷⁰ Yargıtay’ın yukarıda anılan 04.02.1959 tarih ve 13/5 sayılı içtihadı birleştirme kararı.

⁷¹ Yargıtay’ın yukarıda anılan 09.05.1960 tarih ve 21/9 sayılı içtihadı birleştirme kararı.

nan yazılardan onun bir bozma sebebi sayılması mümkün bulunduğu halde o cihet Yargıtay'ca bozma sebebi sayılmamıştır.⁷²

Kuru, mahkemenin bozma kararının kapsamı dışında kalarak kesinleşmiş olan kısımlar hakkında yeni bir karar verememesinin ve Yargıtay'ın da dosya da bir bozma sebebi görse dahi hükmü bozamasının asıl sebebinin usulü kazanılmış hak değil; hüküm taraflardan yalnız biri tarafından temyiz edildiği için, artık temyiz edenin daha aleyhine bir hüküm verememeyi ifade eden aleyhe hüküm verme yasağı ile ilgili olduğunu belirtmektedir.⁷³ Postacıoğlu'na göre ise bunun nedeni bozma kapsamı dışında kalan hususların kesin hüküm halini kazanmasındandır.⁷⁴ Tuluay'a göre ise burada "usul ekonomisi ilkesi" araya girmektedir: "amaç süratli ve olabildiğince ucuz bir adalet sağlamaktır. Bunun için, Yargıtay bozulan hükümden kurtarılması mümkün ne varsa kurtarmaya çalışmaktadır: 'Bozma dışında kalan hüküm fıkraları'... Bu kurtarma faaliyetinde cankurtaran simidi, usule ilişkin kazanılmış hak kavramı olmaktadır."⁷⁵

C. Yargıtay'ın Uygulamasına Göre Usulü Kazanılmış Hakkın İstisnaları

Yargıtay içtihatları ile kabul edilmiş olan usulü kazanılmış hakka yine Yargıtay içtihatları ile kamu düzeni düşüncesine dayanan bazı nedenlerle bir takım istisnalar tanınmış olup, söz konusu istisnaları aşağıdaki gibi kısaca belirtmek mümkündür.

Yeni Bir İctihadı Birleştirme Kararının Çıkmış Olması

Mahkemenin bozmaya uymasından (usulü müktesep hakkın doğmasından) sonra, bir içtihadı birleştirme kararı çıkarsa, bu yeni içtihadı birleştirme kararının henüz mahkemelerde ve Yargıtay'da görülmekte olan bütün işlere uygulanması gerekir; yani sonradan çıkan bir içtihadı birleştirme kararına karşı usulü kazanılmış hak iddiasında bulunamaz.⁷⁶ Buna göre, usulü kazanılmış hakka aykırı yeni bir içtihadı

⁷² Kuru, *a. g. m.*, s. 401; Kuru, *a. g. e.*, s. 3420.

⁷³ Kuru, *a. g. m.*, s. 403-404; Kuru, *a. g. e.*, s. 3425-3426.

⁷⁴ Postacıoğlu, *a. g. e.*, s. 614.

⁷⁵ Tuluay, *a. g. m.* s. 66.

⁷⁶ Kuru, *a. g. m.*, s. 405; Kuru, *a. g. e.*, s. 3426; Kuru/Arslan/Yılmaz, *a. g. e.*, s. 676; Pek-

birleştirme kararı çıkınca, Yargıtay daireleri bu içtihadı birleştirme kararına aykırı ve fakat usulü kazanılmış hakka uygun kararları bozacaklardır. Daha önce verilmiş bozma kararları üzerine davayı incelemekte olan diğer mahkemeler de yeni içtihadı birleştirme kararını kesin olarak öğrenince bozma kararı ile gösterilen yolu bırakarak, yeni içtihadı birleştirme kararı gereğince inceleme yapmaya başlayacak ve o karar gereğince hüküm vereceklerdir.⁷⁷ Yukarıda anılan 09.05.1960 günlü Yargıtay içtihadı birleştirme kararı ile konulan bu esaslara aykırı bazı Yargıtay kararlarına rastlanmakla birlikte,⁷⁸ söz konusu içtihadı birleştirme kararı hâlâ yürürlükte bulunduğuna göre, doğal olarak, uygulama da esas olarak bu yöndedir. Örneğin, hukuk genel kurulunun yeni tarihli sayılabilecek bir kararında aynen şöyle denilmektedir: *“Uzun yıllardan beri Yargıtay uygulamaları ve öğretide benimsenen usulü kazanılmış hak müessesesi, usul hukukunun dayandığı vazgeçilmez ana temellerden biridir. Bu kuralın uygulamasında iki istisna öngörülmüştür. Bunlar, mahkemece Yargıtay dairesi bozma kararına uyulduktan sonra görülmekte olan davaya uygulama imkanı bulunan yeni bir içtihadı birleştirme kararı çıkması; diğeri de 04.02.1959 tarih, 13/5 sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararında vurgulandığı üzere, hükmüne uyulan bozma kararından sonra göreve ilişkin yeni bir düzenlemenin getirilmiş olmasıdır.”*⁷⁹

Yeni Bir Kanunun Çıkmış Olması

Bozmaya uyulmasından sonra, yeni bir içtihadı birleştirme kararının çıkmasında olduğu gibi, bozmadan sonra o konuda yürürlüğe giren (geçmişe etkili) bir *“...yeni kanun karşısında, Yargıtay’ın bozma ilamına uymuş olmakla meydana gelen usule ilişkin kazanılmış hak, hukukça bir değer taşımaz. Yeni kanun hükmünün uygulanması gereklidir.”*⁸⁰

canitez/Atalay/Özekes, a. g. e., s. 591.

⁷⁷ Kuru, a. g. m., s. 405; Kuru, a. g. e., s. 3426-3427; Kuru/Yılmaz Arslan/Yılmaz, a. g. e., s. 676; Pekcanitez/Atalay/Özekes, a. g. e., s. 591.

⁷⁸ Örneğin, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin, 08.10.1979 tarih ve E.1979/2485, K.1979/10994 sayılı kararı, *Ankara Barosu Dergisi*, 1979/6, s. 89-96 (Kuru, a. g. e., s. 3427-3428), Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin bu kararına karşı karar düzeltme yoluna başvurulmuş ise de, bu talep de reddedilmiştir (Kuru, a. g. e., s. 3428-3429).

⁷⁹ Hukuk Genel Kurulunun, 29.03.1995 tarih ve E.1994/14-855, K.1995/242, sayılı kararı, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, 1996/8, s. 1206-1207 (Timuçin Muşul, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul 2002, s. 500).

⁸⁰ Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin, 26.12.1968 tarih ve E.1968/7418, K.1968/9187 sayılı

Yargıtay 7. hukuk dairesince ortaya konulan bu esasların hukuk genel kurulunca da benimsenip uygulandığı görülmektedir. Örneğin, yeni tarihli bir kararında genel kurul aynen şöyle demektedir: “Uzun yıllardan beri Yargıtay uygulamaları ve öğretide benimsenen usulü kazanılmış hak müessesesi usul hukukunun dayandığı vazgeçilmez ana temellerinden biri olduğunda duraksama bulunmamaktadır.

Bu kuralın uygulanmasında bazı istisnalar öngörülmüştür. Bunlar:

1. Mahkemece Yargıtay bozma kararına uyulduktan sonra görülmekte olan davaya uygulama imkanı bulunan yeni bir içtihadı birleştirme kararı çıkması,

2. Mahkemece bozmaya uyulmasından sonra, o konuda yürürlüğe giren (geçmişe etkili) yeni bir kanun çıkması,

3. Bozmaya uyulmasından sonra, o konuda uygulanması gereken kanun hükmünün, kesinleşmeden önce Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi,

4. 04.02.1952 tarih, 13/5 sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararında da vurgulandığı üzere, hükmüne uyulan bozma kararından sonra göreve ilişkin yeni bir yasal düzenlemenin getirilmiş olması,

5. Maddi yanılıya dayalı bozma kararına uyulmuş olması, gibi sayılabilir.”⁸¹

Görev Konusundaki Kurallara Uyulmamış Olması

Yukarıda çeşitli vesilelerle anmış olduğumuz 04.02.1959 tarih ve 13/5 sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararında, görev konusunda da usulü kazanılmış hak prensibinin kayıtsız şartsız uygulanamayacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 7. maddesinde belirtilen esaslar uyarınca görev konusu yargılama bitinceye kadar re’sen veya talep üzerine dikkate alınabile-

lı kararı, Nusret Ozanalp, Tapulama Kanunu Şerhi, Ankara 1971, s. 583, No: 653 (Kuru, a. g. e., s. 3433). Aynı dairenin aksi yöndeki bir kararı için bkz. 01.12.1978 tarih ve E. 1978/6652, K. 1978/983 sayılı karar, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, 1978/12, s. 1977-1978 (Kuru, a. g. e., s. 3433). Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun aynı yöndeki yeni tarihli bir kararı için bkz: 28.1.2004 tarih ve E. 2004/10-24, K. 2004/47, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2005/4, s. 1202-1206 (Pekcanitez/ Atalay/Özekes, a. g. e., s. 592, dipnot: 396).

⁸¹ Hukuk Genel Kurulunun, 01.07.1998 tarih ve E. 1998/4-508, K. 1998/553 sayılı kararı, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, 1999/9, s. 1180-1182 (Muşul, a. g. e., s. 499-500).

cektir; aksine bir yaklaşım, bu hükmün değiştirilmesi sonucunun hasıl edecektir ki; buna da ne söz konusu maddenin yazılış tarzı ve ne de bu hükmün kanuna konuluş gayesi cevaz vermez.⁸² Ancak görevsizlik itirazının Yargıtay tarafından açıkça reddedilmiş olması ve fakat kararın başka sebeplerden dolayı bozulmuş olması halinde, ilk derece mahkemesinin görev meselesini tekrar inceleyemeyeceği sonucuna varılmış bulunmaktadır. Belirtmek gerekir ki, aynı görüş 09.05.1960 tarih ve 21/9 sayılı içtihadı birleştirme kararı ile de teyit edilmiştir. Demek ki, ilk mahkeme, başka sebeplerden bozulan kararında, görev noktasının Yargıtay'ca açık bir şekilde onanmış olması halinde, "...bu cihetle avdet edemeyecek; fakat görevin zımni bir şekilde onaylanmış sayılması halinde avdet edebilecektir. Çünkü Yargıtay görev meselesini, usulü müktesep hak esasından üstün tutmaktadır."⁸³

Hak Düşürücü Sürenin Söz Konusu Olması

Yargıtay'a göre, "hak düşürücü sürenin geçmiş bulunması nedeniyle dava hakkı ortadan kalktığından ve bu yön kamu düzenine ilişkin olduğundan, mahkemece her zaman ve re'sen göz önünde tutulması zorunludur."⁸⁴ Konuyla ilgili daha ayrıntılı açıklamalara yer verilen başka bir Yargıtay kararında da şöyle denilmektedir: "Her ne kadar mahkemece ilk defa davanın süresinde açılmadığı nazara alınmadan hüküm verilmiş ve davalı tarafın temyizi üzerine dairece süre yönüne değinmeksizin başka nedenlerle hüküm bozulmuş ise de, mahkeme bozmadan sonra davanın hak düşürücü süre geçtikten sonra açıldığı anlaşılarak dava red olunmuştur. Hak düşürücü süre kamu düzeniyle ilgili bulunduğu cihetle davanın her safhasında mahke-

⁸² Üstündağ, a. g. e., s. 894-895.

⁸³ Bilge/Önen, a. g. e., s. 672-673. hukuk genel kurulu da, "Göreve ilişkin bulunan kurulların mahkemece yargılamanın her safhasında, duruşmanın bittiği bildirilinceye kadar re'sen göz önünde tutulması gerekir. Ve kamu düzeni kavramı görev konusunda kazanılmış hak düşüncesine yer vermez; bunun sonucu olarak, mahkeme kararının Yargıtay tarafından herhangi bir nedenle bozulmasından sonra, bozma kararına uyulmakla yargılama yeniden başladığından görev yönünün yargılamanın bu safhasında dahi gözetilmesi zorunludur." diyerek, yukarıda anılan içtihadı birleştirme kararı doğrultusunda karar vermiştir, bkz: hukuk genel kurulunun 05.04.1974 tarih ve E. 1974/133, K. 1974/342 sayılı kararı, İstanbul Barosu Dergisi, 1973/3-4, s. 343 (Bilge/Önen, a. g. e., s. 673 dipnot 88); Pekcanitez/Atalay/Özekes, a. g. e., s. 590-591.

⁸⁴ Hukuk genel kurulunun, 15.03.1972 tarih ve E. 1972/277, K. 1972/176 sayılı kararı, İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi, 1973/146, s. 1820 (Bilge/Önen, a. g. e., s. 674, dipnot 95).

*mece re'sen göz önünde tutulması lâzımdır. Olayda usulü kazanılmış hak da söz konusu olamaz. Yukarıda açıklanan nedenlerle davanın süre bakımından reddinde bir isabetsizlik görülmediğinden davacı vekilinin yerinde olmayan temyiz itirazlarının reddine (...)."*⁸⁵

Aktarılan kararlardan açıkça anlaşıldığına göre, davacı hak düşürücü süre geçtikten sonra davasını açmış, mahkeme bu durumu dikkate almadan esas hakkında hüküm vermiş ve Yargıtay'da hak düşürücü süreye değinmeden hükmü davacı lehine bozmuş olsa bile, mahkemenin bu bozmaya uyması ile süre bakımından davacı yararına usulü kazanılmış hak doğmuş olmaz.⁸⁶ Çünkü *"hak düşüren sürenin geçmiş bulunması nedeniyle dava hakkı ortadan kalktığından ve bu yön kamu düzenine ilişkin olduğundan, mahkemece her zaman re'sen göz önünde tutulması zorunludur."*⁸⁷

Temyiz Edenin Temyiz Yetkisinin Bulunmaması

Temyiz yetkisi de, Yargıtay'a göre, *"kamu düzeni ile ilgili usulü bir şekil yönü olduğundan, davada taraf olan kimselerin itiraz ve kabulleri olup olmamasına bakılmaksızın, temyiz her safhasında ve re'sen incelenmek lâzımdır. Bu konuda, kesinleşmiş ve kazanılmış hak söz konusu olamaz."*⁸⁸

Daha Önce Verilmiş ve Kesinleşmiş Bir Hükmün Bulunması

Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre, *"usulü müktesep hak, daha önce meydana gelmiş olan muhkem kaziyeyi (HUMK m.237) ortadan kaldır-*

⁸⁵ Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin, 22.04.1980 tarih ve E.1980/2975, K.1980/3267 sayılı kararı, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, 1980/10, s. 1352-1353 (Kuru, a. g. e., s. 3435); Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin, 26.10.2001 tarih ve E. 2001/7467, K. 2002/9682 sayılı kararı, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, 2002/5, s. 745 (Pekcanitez/Atalay/Özekes, a. g. e., s. 590, dipnot: 392).

⁸⁶ Kuru, a. g. m., s. 406; Kuru, a. g. e., s. 3435.

⁸⁷ Kuru, a. g. m., s. 406; Kuru, a. g. e., s. 3435. Aynı yönde bkz., Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin, 26.10.2001 tarih ve E. 2001/7467, K. 2002/9682 sayılı kararı, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, 2002/5, s. 745 (Pekcanitez/Atalay/Özekes, a. g. e., s. 590, dipnot: 392).

⁸⁸ Hukuk Genel Kurulunun, 17.05.1965 tarih ve E. 1967/4-322, K. 1967/265 sayılı kararı, *İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi*, 1967/78, s. 5409-5410 (Kuru, a. g. m., s. 406). Bu karar, hakkındaki red isteği merciince kabul edilen hâkimin, red isteğinin kabulüne ilişkin bu kararı temyiz edemeyeceği hakkındadır, bkz., Kuru, a. g. m., s. 406-407, dipnot 31.

maz"⁸⁹ ve kesin hüküm itirazının bozmadan sonra ileri sürülmüş olması, incelenmesine engel değildir. "Çünkü muhkem kazıye bulunup bulunmaması kamu düzenine taallûk eder. Mahkemece re'sen nazara alınması icap eder ve olayda usulü kazanılmış hak söz konusu olamaz."⁹⁰; "kesinleşmiş bir kararın Yargıtay'ca bozulmasına usulî olanak yoktur; bu itibarla zühule dayanan bir bozma kararına uyulmakla usulî kazanılmış haktan söz edilerek kesin hüküm kuralı ortadan kaldırılamaz"⁹¹; "kesin hüküm varlığının yargılamanın bir kesiminde nazara alınmamış olması diğer bir kesiminde ele alınmasına engel olmaz, evvelce gerçekleşen kesin hükme karşı usulen kazanılmış haktan söz edilemez."⁹²

Maddi Hata Bulunması

Yargıtay'ın bozma kararı, "her türlü değer yargısının dışında hiçbir suretle başka biçimde yorumlanamayacak, tartışmasız ve açık bir maddi hataya dayanıyorsa ve onunla sıkı sıkıya bağlı ise, o takdirde yine usulî kazanılmış hak kuralı, hukuki sonuç doğurmayacaktır."⁹³ Örneğin, tapulu bir gayrimenkul tapusuz bir gayrimenkul olarak kabul edilerek karar verilmiş ve bu karar başka nedenlerle bozulduktan sonra, bu husus bozma dışında kalarak kesinleşmiş olsa bile, buradaki maddi hata usulü kazanılmış hak teşkil etmez.⁹⁴ Aynı esaslar, bir Yargıtay kararında şöyle ifade edilmiştir: "Bozma kararına uyulmakla usulü müktesep hak oluşur ise de, maddi yanılığa dayalı bozma kararlarına uyulmasının ilgili taraf yararı-

⁸⁹ Hukuk Genel Kurulunun, 20.11.1968 tarih ve E.1968/1-1366, K.1968/764 sayılı kararı, *Resmi Kararlar Dergisi*, 1969/5, s. 134-136 (Kuru, a. g. m., s. 407; Kuru, a. g. e., s. 3435).

⁹⁰ Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin, 13.02.1965 tarih ve E. 1965/7251, K. 1965/704 sayılı kararı, *İstanbul Barosu Dergisi*, 1965/1-2, s. 40-41 (Kuru, a. g. m., s. 407; Kuru, a. g. e., s. 3436).

⁹¹ Hukuk Genel Kurulunun, 27.04.1979 tarih ve E. 1979/10-319, K. 1979/408 sayılı kararı, *İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi*, 1979/223, s. 7025-7026 (Kuru, a. g. e., s. 3436).

⁹² Hukuk Genel Kurulunun, 25.4.1973 tarih ve E. 1973/1-630, K. 1973/355 sayılı kararı, *İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi*, 1973/152, s. 2198-2200 (Kuru, a. g. e., s. 3436); Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin, 26.10.2001 tarih ve E. 2001/7467, K. 2002/9682 sayılı kararı, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, 2002/5, s. 745 (Pekcanitez/Atalay/Özekes, a. g. e., s. 590, dipnot: 392).

⁹³ Hukuk Genel Kurulunun, 05.12.1990 tarih ve E. 1990/1-450, K. 1990/608 sayılı kararı, *İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi*, 1991/2, s. 7809 (Pekcanitez/Atalay/Özekes, a. g. e., s. 591, dipnot: 395).

⁹⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, a. g. e., s. 591.

na usulü müktesep hak doğuramayacağı”⁹⁵ açıktır.

Ancak, bir kanun hükmünün yorumunda ya da hukuksal anlayış konusunda içine düşülen hata maddi hata olarak nitelendirilemez: “Yargıtay bozma kararına mahkemelerin uyması sonucu bir taraf yararına oluşan ‘usulî kazanılmış hakkı’ ortadan kaldıracak biçimde mahkemelerin ve Yargıtay’ın karar vermesi kural olarak olanaksızdır. Ancak kamu düzeni ile ilgili olma ve maddi hatanın varlığı durumları usulî kazanılmış hak ilkesinin ayrık hallerini teşkil eder. Bu yön, dairenin oturmuş içtihatları ile kararlılık kazanmıştır. Ne var ki, bu konudaki maddi hatanın bir kanun hükmünün yorumu ya da hukuksal anlayışı da kapsamına alacak genişlikte kabul edilmesi olanaksızdır. Dairenin, Arazi Kanunnamesi’nin 103 ve Mecellenin ilgili maddelerini olayla ilgili olarak değerlendirirken hükmü temyiz eden vekilinden gerekli (başka şekilde) yorumlanması halinde maddi hata değil anlayış farkının varlığından söz edilebilir. Aksi halde, usulî kazanılmış hak müessesesi ortadan kaldırılmış olur.”⁹⁶

Bozma Kararına Uyulmasından Sonra Yapılan Yargılama Sırasında Tarafların Yeni İddia ve Savunmalarda Bulunması

Bozma kararına uyulmasından sonra yapılan yargılama sırasında, taraflar yeni iddia ve savunmalarda bulunabilirler ve karşı tarafın sarih veya zımnî olarak, iddia veya savunmanın genişletilmesine muvafakat etmesi halinde, mahkeme bu yeni iddia ve savunmaları da inceleme konusu yapacaktır.⁹⁷ Diğer bir ifadeyle, mahkemenin usulü kazanılmış hakla, yani bozmadaki hukuki ve fiili esaslarla bağlılığı, davanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı ile sınırlı bulunmaktadır.⁹⁸ Yani, bozmaya uyduktan sonra yapılan yargılama sırasında taraflar, hasmın açık ya da zımnî muvafakati ile yeni iddia ve savunma vasıtaları ile ri sürebilirler ve böyle bir ihtimalde hukuki durum öncekine nazaran değişeceğinden, mahkeme, usulî kazanılmış hakka göre değil, değişen hukuki duruma göre karar verir.⁹⁹ Bu takdirde, yerine göre davanın

⁹⁵ Yargıtay 16. Hukuk Dairesinin, 02.07.1996 tarih ve E. 1996/2697, K. 1996/3116 sayılı kararı, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, 1997/5, s. 746-747 (Muşul, a. g. e., s. 501).

⁹⁶ Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin, 19.10.1982 tarih ve E. 1982/7266, K. 1982/12082 sayılı kararı, *Yasa Hukuk Dergisi*, 1983/6, s. 867-868 (Kuru, a. g. e., s. 3440-3441).

⁹⁷ Kuru, a. g. m., s. 408; Üstündağ, a. g. e., s. 897.

⁹⁸ Üstündağ, a. g. m., s. 185; Üstündağ, a. g. e., s. 897; Bilge/Önen, a. g. e., s. 674.

⁹⁹ Kuru, a. g. e., s. 3437.

temelini teşkil eden vakıalar değişmiş olacağından, mahkemenin de Yargıtay'ca bozma kararında belirtilen esaslarla bağlılığı artık söz konusu olmaz ve bunun usulî kazanılmış hakla sağlanmak istenen amaca ters düşen bir yönü de bulunmamaktadır.¹⁰⁰ Zira bu sonucu, bu şekilde hareket etmekle tarafların kendileri istemiş olmaktadır.¹⁰¹

Nitekim hukuk genel kurulu da bir kararında, *“Her ne kadar (...) bozmaya uyulmuş ise de bozmadan sonra ileri sürülen savunmalar ile hukuki durum değişmiştir. Böyle bir durumda usule ilişkin kazanılmış hak söz konusu olmaz”*¹⁰² diyerek yukarıda anılan esasları teyit eder yönde karar vermiştir. Yargıtay 14. hukuk dairesi de, nispeten daha yeni tarihli bir kararında, hukuk genel kurulu ile aynı yönde ve fakat daha açık ifadelerle şu şekilde karar vermiştir: *“Her ne kadar, Yargıtay bozmasına uyulduktan sonra o yolda işlem yapmak veya karar vermek gerekirse de ve lehine bozulan taraf için usulen kazanılmış hak doğarsa da, bazı hallerde mahkeme, kesin bozmaya rağmen başka türlü karar verebilir. Örneğin, feragat, kabul, tarafların iddia ve savunmalarını değiştirmeleri ve diğer tarafın buna açık veya zımî muvafakati halinde mahkemenin bozmaya uygun şekilde vermeyi düşündüğü hükümden başka bir hüküm vermesi mümkündür.”*¹⁰³

Bozma Kararına Uyulmasından Sonra Davanın Niteliğinin Değişmiş Olması

Az önce örnek verdiğimiz Yargıtay 14. hukuk dairesi kararı, aynı zamanda davanın niteliğinin değişmesi halinde de usulü kazanılmış hakkın uygulanamayacağına ilişkin olup, şu şekildedir: *“Başlangıçta, müdahalenin önlenmesi şeklinde açılan dava, kadastro mahkemesine intikal ettikten sonra, mülkiyetin tespitine dönüşmüştür; diğer bir deyimle davanın mahiyeti değişmiştir. Her ne kadar Yargıtay bozmasına uyulduktan sonra o yolda işlem yapmak veya karar vermek gerekirse de ve lehine bozulan taraf için usulen kazanılmış hak doğarsa da, bazı hallerde mahkeme kesin bozmaya rağmen başka türlü karar verebilir. Örneğin, feragat, kabul, tarafların iddia ve savunmalarını değiştirmeleri ve diğer tarafın buna açık veya zımî muva-*

¹⁰⁰ Üstündağ, a. g. m., s. 185.

¹⁰¹ Üstündağ, a. g. m., s. 185.

¹⁰² Hukuk Genel Kurulunun, 05.05.1965 tarih ve E.1965/1-71, K.1965/193 sayılı kararı, *İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi*, 1965/55, s. 3866 (Kuru, a. g. e., s. 3437).

¹⁰³ Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin, 14.01.1976 tarih ve E.1976/4976, K.1976/101 sayılı kararı, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, 1976/5, s. 712-713 (Kuru, a. g. e., s. 3437).

fakati halinde, mahkemenin bozmaya uygun şekilde vermeyi düşündüğü hükmünden başka bir hüküm vermesi mümkündür. Olayımızda, davanın mahiyeti değişmiş ve bu değişiklik 2613 sayılı yasanın uygulamasından doğmuştur. O halde, genel mahkemedeki müdahalenin men'i davasında usulen kazanılmış hakka dayanılarak kadastro davasının reddi istenemez.”¹⁰⁴

Diğer Durumlar

Bu başlık altında ele alacağımız istisnalar kendi aralarında büyük ölçüde benzerlik arz edip, daha ziyade özel bir kanun hükmünün varlığı nedeniyle ve bundan öncekiler gibi kamu düzeni gerekçesiyle kabul edilmişlerdir.

Örneğin, Asliye Hukuk Mahkemesi'nin kararı Yargıtay 1. hukuk dairesince bozulmuştur. *“Mahkeme bozma kararına uymuştur. Bozma kararına uyulmakla taraf yararına bozma kararı çerçevesinde usulî kazanılmış hak meydana gelmiştir. Aslında, (...) olayda 2510 sayılı kanununun m. 23 hükmünün uygulanması gerekmiş ise de, 1. hukuk dairesinin bu yönü bozma nedeni yapmaması bakımından da davalı yararına usulî kazanılmış hak gerçekleşmiştir. Tapulama Kanunu'nun 61. maddesi hükmünce genel mahkemeden devredilen davaya kaldığı noktadan devam edilir. Genel mahkemede, oluşan usulî kazanılmış hak tapulama mahkemesini de bağlar. Ancak genel mahkemede oluşan usulî kazanılmış hak, Tapulama Kanunu'nun genel hükümler dışında getirdiği hükümlere ters düşüyor ise, kuşkusuz usulî kazanılmış hakkın varlığından söz edilemez. O takdirde, Tapulama Kanunu'nun özel hükümleri uygulanır.”¹⁰⁵*

“6785 sayılı İmar Kanunu'nun 39. maddesi hükmü amme intizamına taalluk etmektedir. Her zaman ve davanın her safhasında re'sen göz önünde tutulması lâzımdır. Olayda müktesep hak söz konusu olamaz. Mahkemece ilk bozma ilamına uyulmuş olması, ikinci hükmü davacının temyiz etmiş bulunması, davanın son safhasında imar durumunun göz önünde tutulmasına ve ona uygun bir karar verilmesine engel teşkil etmez. Nitekim 04.02.1959 tarih ve 13/5 sayılı içtihadı birleştirme kararında da amme intizamına taalluku se-

¹⁰⁴ Bir önceki dipnotta anılan Yargıtay Kararı, Aynı yönde yeni tarihli bir karar için bkz, Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin, 02.05.2003 tarih ve 2003/2777, K. 2003/3556 sayılı kararı, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, 2003/11, s. 1717 (Pekcantez/Atalay/Özekes, a. g. e., s. 589, dipnot: 390).

¹⁰⁵ Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin, 25.09.1979 tarih ve E. 1979/5899, K. 1979/8733 sayılı kararı, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, 1980/12, s. 1604-1606 (Kuru, a. g. e., s. 3437-3438).

bebiyle mahkemenin görevi konusunda usulî müktesep hak kuralının uygulanamayacağı belirtilmiştir."¹⁰⁶

"Boşanma hükmü ile nafaka kararının davalı tarafından temyiz edilip velâyet konusunda bir itiraz ileri sürülmemiş olması, velâyet tedbirlerinin özel dairece ikinci temyiz sırasında inceleme dışında bırakılmasını gerektirmeyeceği gibi, boşanma hükmünü eksik soruşturma sebebiyle bozan özel dâirenin, birinci bozmada boşanmanın sonucu olan velâyet yönünü söz konusu etmemesi de usule ilişkin kazanılmış bir hak meydana getirmez."¹⁰⁷

"Davanın hangi safhasında olursa olsun re'sen göz önünde tutulması gereken bir hususun (destekten yoksunluk tazminatındaki mükerrer ödemeyi önleme amacına yönelik hususlara) önceki bozma kararında değinilmemiş bulunulması, taraflar lehine usulî kazanılmış hak oluşturmaz."¹⁰⁸

III. İdari Yargılama Hukukunda Usulü Kazanılmış Hak

A. Genel Olarak

Yukarıda, medeni yargılama hukukunda, usuli kazanılmış hak konusu üzerinde dururken bunun ortaya çıkabilmesinin önkoşulunun temyiz merciince verilen bir bozma kararının bulunması ve ilk derece mahkemesince de bu bozma kararına uyulması yönünde bir karar verilmiş olması gerektiğine işaret etmiştik. Diğer bir ifadeyle, usulü kazanılmış hakkın ortaya çıkabilmesinin olmazsa olmaz koşulu; ilk derece mahkemesinin, temyiz merciinin vereceği karara karşı gerektiğinde ısrar edebilmesi ve gerektiğinde de uyma yönünde bir karar verebilme yetkisine sahip olabilmesinden geçmektedir. Şayet, ilk derece mahkemesinin elinde temyiz merciince verilecek karara karşı ısrar etme yetkisi yoksa ve temyiz merciince verilecek bozma kararına mutlak surette uymaktan başka bir çözüm olanağı yoksa bu takdirde gerçek anlamda bir usulü kazanılmış hak mekanizmasının işlerliğinden söz edilemez. Zira böyle bir ihtimalde ilk derece mahkemesinin elinde

¹⁰⁶ Hukuk Genel Kurulunun, 09.11.1968 tarih ve E.1968/1-612, K.1968/741 sayılı kararı, *Ankara Barosu Dergisi*, 1969/1, s. 54 (Kuru, a. g. e., s. 3436-3437).

¹⁰⁷ Hukuk Genel Kurulunun, 08.11.1967 tarih ve E. 1967/2-99, K. 1967/519 sayılı kararı, *Resmî Kararlar Dergisi*, 1967/12, s. 153-154 (Kuru, a. g. e., s. 3437).

¹⁰⁸ Hukuk Genel Kurulunun, 05.12.1975 tarih ve E. 1975/9-717, K. 1975/1589 sayılı kararı, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, 1976/8, s. 1114. Adil yargılanma hakkının ihlâl edilmiş olması halinde de usulü kazanılmış hak oluşmayacağı ifade edilmektedir. Bkz., Pekcanitez/Atalay/Özekes, a. g. e., s. 592.

tek bir çözüm vardır; o da, temyiz merciince verilen bozma kararına uymak ve o doğrultuda tahkikat yapıp yeni bir karar vermektir. Dolayısıyla, bizce usulü kazanılmış hak prosedürünün yargılamaya yön verebilmesi ve verilecek hüküm üzerinde etkili olabilmesi için mahkemenin kanuni mecburiyet nedeniyle değil; iradi olarak bozmaya uyma yönünde karar verebilme yetkisine sahip olması şarttır.

Meseleye bu perspektiften bakıldığında; idari yargıda 1982 yılında yapılan yeni düzenlemelere kadar usulü kazanılmış hak kavram ve kurumunun ortaya çıkabilmesinin hukuksal koşulları bulunmaktaydı. Zira 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 2576 sayılı Bölge İdare ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1982 yılına dek, idari yargı yetkisini haiz il ve ilçe idare kurulları ile vergi itiraz ve temyiz komisyonları ve gümrük hakem heyetlerinin Danıştay tarafından verilen bozma kararlarına karşı ısrar kararı verme yetkileri bulunmamaktaydı.¹⁰⁹ Bu dönemde yürürlükte bulunan mevzuat uyarınca, Danıştay'ın bozma kararlarına karşı ısrara dair yegâne hüküm, 1961 tarih ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 406. maddesinde yer almaktaydı. Buna göre, *"Danıştay'ın bozma kararı üzerine temyiz komisyonu kararında ısrar ederse ihtilâf Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulun'da incelenip karara bağlanır. Bu karara gerek Danıştay daireleri gerekse temyiz komisyonu uymaya mecburdur."* Ancak, bu hüküm de, 31.12.1964 tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanununun 171. maddesi ile yürürlükten kaldırılınca, idari yargı yetkisini haiz mercilerden hiçbirisinin, Danıştay'ın bozma kararlarına karşı ısrar yetkisi kalmamıştır.¹¹⁰

Derhal fark edileceği üzere; bu haliyle, Danıştay'ın temyiz incelemesi (o zamanki adı ve yapısıyla, temyiz davası) neticesinde verdiği bozma kararı ile Yargıtay'ın bozma kararı arasında yarattıkları etki ve sonuçlar bakımından aralarında önemli bir takım farklılıklar bulunmaktaydı.¹¹¹ Gerçekten de, daha önce de belirttiğimiz gibi, me-

¹⁰⁹ Zehra Odyakmaz, Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları, Alfa, 1.Baskı, İstanbul 1993, s. 32-33.

¹¹⁰ Uzdem Akyüz, "Temyiz Davaları Diğer İdari Davalardan Farklılıkları ile Sonuçları", İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler-III, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara 1980, s. 82-83; Yahya K. Zabunoğlu, İdari Yargı Hukuk Dersleri (1980-1981, Teksir), Ankara 1981, s. 290.

¹¹¹ Kenan Aral, Danıştay Muhakeme Usulü, Sevinç Matbaası, Ankara 1965, s. 54; Odyakmaz, a. g. e., s. 33.

deni yargılama hukukunda, kural olarak, ilk derece mahkemelerinin Yargıtay'ın bozma kararlarına uyma mecburiyeti yoktur; meğerki, bozma kararı, konusuna göre hukuk yahut ceza genel kurullarından biri tarafından verilmiş bulunsun.

Halbuki 1982 yılından önce yürürlükte olan yasal düzenlemele-
re¹¹² göre, idari yargı yetkisini haiz merciler Danıştay'ın bozma karar-
larına uymak zorundaydılar; yani bozma kararı ister Danıştay dava
dairelerinden birince isterse dava daireleri genel kurulunca verilmiş
bulunsun, alt derece idari yargı yerlerinin (daha doğrusu yargı yetki-
sini de haiz idari kuruluşların¹¹³) bozma kararlarına karşı ısrar yetkisi
bulunmamaktaydı; bu kararlara uymaya mecbur idiler.¹¹⁴ Dolayısıyla,
alt idari yargı mercii vereceği yeni kararında bozma esasları dahilinde
kalmak zorunda idi; bunun dışına çıkamazdı; çıktığı takdirde, bu
durum yeni bir bozma sebebi sayılmaktaydı ve bu durumda Danıştay
yalnızca kararı yeniden bozmakla yetinmemekte; ve fakat uyuşmazlığı
sona erdirmek için işin esasına da girerek kendisi bir karar vermekteydi.¹¹⁵ Alt derece idari yargı yerlerinin ısrar yetkilerinin bulunmamasından kaynaklanan boşluk, Danıştay'a bozmadan sonra işin esasına da

¹¹² 21.12.1938 tarih ve 3546 sayılı Devlet Şûrası Kanunu'nun 46. maddesine göre, "Dava Daireleri veya Dava Daireleri Umumi Heyeti, temyizden tetkik ettikleri kararları bozdukları takdirde, işi, bu bozma kararı dairesinde yeniden bir karara bağlamak üzere kararı bozulan heyete gönderir. Ancak, dava evrakının ve lüzumu halinde getirilecek dosyanın tetkikinden edinilen malûmatı kâfi görürse kararı bozmakla beraber işin esası hakkında karar verebilir."

31.12.1964 tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 85. maddesine göre de, "Dava Daireleri ve Dava Daireleri Kurulu, temyiz yolu ile inceledikleri kararları bozdukları takdirde, iş, bozma kararı dairesinde kararı bozulan idari yargı mercii tarafından incelenir. Ancak, Dava Daireleri ve Dava Daireleri Kurulu, dava evrakının ve lüzumu halinde getirilecek dosyanın incelenmesinden maddi vakıalar hakkında edinilen bilgi yeter görülürse veya uyuşmazlık sadece hukuki noktalara ilişkin ise, kararı bozmakla beraber işin esası hakkında da karar verirler." Aktarılan yasal düzenlemeler; Odyakmaz, *a. g. e.*, s. 32, dipnot 122'den alınmıştır. 521 sayılı kanunun 85. maddesi için ayrıca Fuad Azgur, Gerekçeli Yeni Danıştay Kanunu ve Önemli İçtihatlarla İdari Yargılama Usul ve Esasları, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1965, s. 29'a bakılabilir.

¹¹³ Söz konusu kuruluşların yargı yeri mi, yoksa yargısal yetkiler de kullanabilen birer idari kuruluş mu oldukları hakkında geniş açıklama için bkz, Sait Güran, Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay Üzerine Yapısal Bir Deneme, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Enstitüsü Yayını, İstanbul 1977, s. 64 vd.

¹¹⁴ Odyakmaz, *a. g. e.*, s. 33; Aral, *a. g. e.*, s. 54; Azgur, *a. g. e.*, s. 117; Zabunoğlu, *a. g. e.*, s. 290.

¹¹⁵ Akyüz, *a. g. m.*, s. 83; Odyakmaz, *a. g. e.*, s. 32.

girerek karar verme yetkisinin tanınması suretiyle doldurulmuştu.¹¹⁶ Konuya ilişkin düzenlemeler bir bütün olarak ele alındığında, bu mekanizmanın kendi içinde bir tutarlığa sahip olduğu söylenebilir. Zira alt derece idari yargı mercilerinin ısrar etme yetkilerinin bulunmayışı yani mutlak bozma esasları dahilinde karar vermek zorunda olmaları; Danıştay'ın bozmadan sonra işi tekrar alt derece idari yargı yerlerine bırakması, aslında davaların karara bağlanması sürecini uzatmaktan öte bir anlam ifade etmezdi.¹¹⁷ Bunun içindir ki; Danıştay'ın, temyiz konusu kararı bozduktan sonra işin esası hakkında da bir karar verebilme yetkisine sahip olması kabul edilmişti.¹¹⁸

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu şekilde bir çözüm tarzını normal ve doğru karşılamak gerekir. Zira alt derece idari yargı yerlerine bozmaya uyma dışında bir hareket serbestisinin tanınmamış olması, uyuşmazlığın bozmadan sonra yine bu yerlerce karara bağlanmasından beklenen yararı bertaraf etmektedir. Deyim yerindeyse, bu takdirde ilk derece yargı yeri bağlı yetkiyle karşı karşıyadır; o, Danıştay'ın bozma kararında belirtilen esaslara mutlak bir şekilde uymak zorundadır; bunun dışında bir yol ve çözüm tarzına başvurma yetkisine sahip değildir. Şu halde, bozmadan sonra işin yine kendisi tarafından karara bağlanmasını gerektiren bir neden de yoktur.

İşte; ilk derece yargı yerlerinin Danıştay'ın bozma kararına mutlak surette uymak zorunda oldukları,¹¹⁹ diğer bir ifadeyle, bozma kararlarının usul veya esas noktasından mevzuata aykırı olduklarından dolayı temyiz merciince bozulmasının, kararı bozulan merci bakımından adeta işin yeniden tetkiki için verilmiş bir emir olarak telâkki edilebildiği¹²⁰ bir yargılama usulünde usulü kazanılmış hakkın vücut bulamayacağı açıktır. Bundan dolayıdır ki, 1982 yılında idari yargı alanında yapılan yeni düzenlemelere kadar idari yargılama hukuku alanında usulü kazanılmış hak konusu hiç gündeme gelmemiş ve tartışma konusu olmamıştır.

Ancak, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 4.

¹¹⁶ Danıştay'ın bu konudaki yetkisi hakkında yukarıda aktarılan yasal düzenlemelere bakınız.

¹¹⁷ Aydın H. Tuncay/Orhan Özdeş/Recep Başpınar, "İdari Yargılama Usulü", Yüzyıl Boyunca Danıştay, Danıştay Başkanlığı Yayını, İkinci Baskı, Ankara 1986, s. 697.

¹¹⁸ Zabunoğlu, *a. g. e.*, s. 289.

¹¹⁹ Odyakmaz, *a. g. e.*, s. 33; Zabunoğlu, *a. g. e.*, s. 289.

¹²⁰ Tuncay/Özdeş/Başpınar, *a. g. m.*, s. 697.

fıkrası ile “Mahkeme bozmaya uymayarak eski kararında ısrar edebilir.” şeklinde bir düzenleme getirilmek suretiyle ilk derece mahkemesine bozmaya uyma ile ısrar arasında bir tercih yapabilme imkânının tanınmasıyla birlikte, idari yargılama hukukunda da usulü kazanılmış hak kavram ve kurumu tartışılmaya başlanmıştır. Zira mahkemenin bozmaya uyması halinde, yeniden yapacağı yargılamada hangi esaslarla bağlı olacağı ve bozmaya uymak suretiyle verilen yeni kararın temyizi halinde temyiz merciinin bu ikinci kararı hangi unsurları yönünden temyiz incelemesine tabi tutulabileceği gibi meseleler, medeni yargılama hukukunda uygulamasını görmüş olduğumuz usulü kazanılmış hak kavram ve kurumu ile doğrudan ilgilidirler.

Böyle olmakla birlikte, idari yargılama usulü pratiği ve literatüründe bu sorunlar henüz yeterince tartışılmamış ve dolayısıyla muhtaç olduğu açıklığa kavuşturulamamıştır. Gerçekten de, usulü kazanılmış hak kavram ve kurumu üzerinde yapılan tartışma, yukarıda belirttiğimiz nedenlerle, idari yargılama hukukunda yeni başlamış olduğu için medeni yargılama hukuku ile karşılaştırıldığında, konunun doktrinde henüz yeterince ele alınıp işlenmediği¹²¹ ve yine konuyla ilgili yerleşmiş bir yargısal içtihadın da henüz bulunmadığı görülmektedir. Nitekim tespit edebildiğimiz kadarıyla, Danıştay’ın usulü kazanılmış hak kavramını açıkça kullandığı ilk kararı, İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 03.03.2000 tarih ve E. 1999/1126, K. 2000/394 sayılı kararıdır.¹²² Gerçi Danıştay’ın bu kararından önce de, yani nispeten daha eski tarihli sayılabilecek bazı kararlarında da, “Danıştay bozma kararına karşı mahkemece verilen ilk kararda direnilmediği takdirde, bozma kararında belirtilen esaslar dışına çıkılarak karar verilemez”¹²³; “ilk derece mahkemesi

¹²¹ Konuyu “Usulü kazanılmış hak” başlığı altında inceleyen yegâne yazarlar, Sabri Coşkun ve Müjgan Karyağdı’dır. (Bkz, Sabri Coşkun/Müjgan Karyağdı, İdari Yargılama Usulü, Örnek İctihatlar-Yorumlar, Seçkin, Ankara 2001, s. 549-554.). Ayrıca, tespit edebildiğimiz kadarıyla, konuya bu şekilde açıkça olmasa bile fakat kısaca da olsa temas eden diğer yazarlardan biri de Ramazan Çağlayan’dır, (Bkz, Ramazan Çağlayan, İdari Yargıda Kanun Yolları, Seçkin, Ankara 2002, s. 97-98.) diğerleri ise Kâzım Yenice ve Yüksel Esin (Bkz, Kâzım Yenice/Yüksel Esin, İdari Yargılama Usulü, (Açıklamalı-İzahatlı-Notlu) Cilt 2, (yayınevi yok) Ankara 1983, s. 730-731) ile Turgut Candan’dır (Bkz, Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara 2005, s. 918-931).

¹²² Aşağıda genişçe vereceğimiz bu kararın tam metni için bkz., Coşkun/Karyağdı, *a. g. e.*, s. 549-552.

¹²³ Danıştay 11. Dairesinin, 24.09.1997 tarih ve E. 1996/3902, K. 1997/3032 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 95, s. 700.

kararlarının, temyiz mercii olan Danıştay daireleri tarafından bozulmasından sonra, davayı yeniden inceleyen ilk derece mahkemelerinin bozma hükmüne uyarak verdikleri kararlara karşı yapılan temyiz başvuruları, ancak bozma esaslarına uygunluk yönünden temyizen incelenebilir."¹²⁴ denilerek bu karardaki kadar açıkça ifade edilmese de, usulü kazanılmış hak kurumunun karakteristik yapısını yansıtan ifadeler kullanılmakla, bu kavram ve kurumun bir süreden beridir yargısal kararlarda kendisine bir yer bulmuş olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

İşte ister yargısal kararlarda açıkça ifade edilmiş ve yer verilmiş olsun, isterse zımnî veya dolaylı bir şekilde dile getirilmiş bulunsun, usulü kazanılmış hakkın idari yargılama usulünde de artık giderek uygulanma kabiliyeti bulunduğu bir hakikattir ve biz aşağıda bunun anlam ve kapsamının Danıştay kararları ile nasıl belirlendiğini ortaya koymaya çalışacağız.

B. Danıştay'a Göre Usulü Kazanılmış Hakkın Dayanağı, Anlamı ve Kapsamı

Yargısal kararlara bakıldığında, medeni yargılama hukukunda olduğu gibi, idari yargılama hukukunda da usulü kazanılmış hakkın yasal bir dayanağının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim, Danıştay'ın bir kararında¹²⁵ bu husus şöyle ifade edilmiştir: "*İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda, usulü kazanılmış hak ile ilgili açık bir hüküm olmamakla beraber; idare mahkemesince, Danıştay'ın ilgili dairesinin temyiz incelemesi sonucunda vermiş olduğu bozma kararına uyulmak suretiyle verilen kararın, dairesince yeniden temyizen incelenmesi aşamasında yapılacak inceleme, mahkeme kararının bozma kararına uygun olup olmadığı, bir başka anlatımla, bozma kararının gereklerinin yerine getirilip getirilmediği, kararın bozma doğrultusunda olup olmadığı konusunda sınırlı olmak durumunda*(dır)."

Görüldüğü gibi, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda usulü kaza-

¹²⁴ Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun, 21.02.1997 tarih ve E. 1995/207, K. 1997/125 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 94, s. 251; aktarılan karar ve bunun alınmasına yol açan hukuksal süreç ile ilgili kısa bir açıklama için ayrıca bkz, Candan, *a. g. e.*, s. 925, dipnot: 1234. Aynı şekilde başka bir karar için bkz; Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 05.06.1998 tarih ve E. 1996/297, K. 1998/116 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 98, s. 114.

¹²⁵ İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun, yukarıda da anılan, 03.03.2000 tarih ve E. 1999/1126, 2000/394 sayılı kararı, (Coşkun/Karyağdı, *a. g. e.*, s. 549-552).

nılmış hak ile ilgili olarak açık bir kuralın bulunmadığı Danıştay tarafından da dile getirilmiştir. Fakat hemen belirtelim ki; bu müessesenin kanunda düzenlenmemiş bulunması, onun yargısal içtihatlarla kabul edilemeyeceği anlamına gelmez. Daha açık bir ifadeyle, söz konusu hukuksal müessesenin kanunda açıkça düzenlenmemiş bulunması, onun kabul edilmemesi yahut reddi için tek başına kâfi bir sebep teşkil etmez. Zira önüne gelen hukuksal sorunlara bir çözüm bulmak zorunda olan hâkim, maddi hukuk alanında olduğu kadar yargılama hukuku alanında da karşılaştığı hukuksal boşlukları doldurmak için kural koyabilir. Nitekim medeni yargılama hukukunda da, daha önce gösterdiğimiz gibi, usulü kazanılmış hak Yargıtay içtihatlarının eseri olmuştur ve bu durum, yani kanuni dayanak bulunmaması, haklı olarak, onun kabul edilmemesi için tek başına yeterli bir sebep olarak görülmektedir.

Yöntem itibariyle meseleye yaklaşımımız böyle olmakla birlikte; mahiyeti bakımından söz konusu kurumun idari yargılama hukukunda uygulanabilir olup olmadığını, daha doğru bir ifadeyle, uygulanmasının doğru ve yararlı olup olmadığı meselesi üzerinde ise ileride duracağız. Dolayısıyla, şimdilik Danıştay'ın bu kavram ve kuruma nasıl bir anlam yüklediğini, kapsam ve sınırlarını nasıl belirlediği konusunu açıklığa kavuşturmaya çalışmakla yetineceğiz.

Danıştay'a göre, *“Temyiz incelemesi sonucunda bir mahkeme kararının işin esasına ilişkin olarak bozulması halinde mahkemenin, bozma kararına uymak veya ilk kararında ısrar etmek olanağı bulunmaktadır. Mahkemenin ilk kararında ısrar etmeyerek, bozma kararına uymak suretiyle verdiği yeni kararın temyizi halinde, temyiz mercii, bu kez bozma kararına uygun karar verilip verilmediğini incelemek durumundadır. Temyiz incelemesi sırasında, temyiz mercii'nin, aynı yasal mevzuatla farklı bir sonuca ulaşması, ilk bozma ve buna uyularak verilmiş olan yargı kararının aynı mevzuat karşısında yeniden değerlendirilmesi, taraflar ve uygulama açısından istikrar ve kazanılmış haklar yönünden, aykırı sonuçlar yaratabilecek(tir).*

İdare Mahkemesince, Danıştay'ın ilgili dairesinin temyiz incelemesi sonucunda vermiş olduğu bozma kararına uyulmak suretiyle verilen kararın, dairesince yeniden temyizen incelenmesi aşamasında yapılacak inceleme, mahkeme kararının bozma kararına uygun olup olmadığı, bir başka anlatımla, bozma kararının gereklerinin yerine getirilip getirilmediği, kararın bozma kararı doğrultusunda olup olmadığı konusuyla sınırlı olmak durumunda(dır)”.

"Bakılan uyumsuzlukta ise, Danıştay 12. Dairesinin, Danıştay 5. Dairesince verilen ilk bozma kararına uyulmak suretiyle verilen kararı; bu uyumsuzlukta daha önce temyizden inceleme sonucu verilmiş bir karar yokmuş ve uyumsuzluk, ilk kez temyizden inceleniyormuşçasına değerlendirilerek,¹²⁶ aksi bir gerekçeyle (bozulmuş olması) ...usulü kazanılmış hak ilkesiyle sağlanmaya çalışılan amaca aykırı olması nedeniyle usule uygun (değildir)."¹²⁷

Danıştay bu kararı ile her şeyden önce bozma kararına uyan mahkemenin bozma kararında belirtilen esaslar dahilinde bir inceleme ya-

¹²⁶ Karara konu olan uyumsuzluk şu şekilde cereyan etmiştir:

Millî Eğitim Bakanlığı'nda Yüksek Eğitim Genel Müdürü olarak görev yapmakta iken, Bakanlık Müşavirliğine atanan bir kişi, 418 sayılı kanun hükmünde karar-namenin 10. maddesiyle 657 sayılı kanuna eklenen IV sayılı Makam Tazminatı Cetveli'nin 4. sırasında yer alan hüküm uyarınca, genel müdürler için öngörülen makam tazminatından yararlandırılması istemiyle idareye başvurmuştur.

Yapmış olduğu başvurunun zımnen reddedilmesi üzerine, zımnî redde ilişkin işlemin iptali ile özlük haklarının ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan davada; Ankara 7. İdare Mahkemesi 26.02.1992 tarih ve E. 1991/300, K. 1992/87 sayılı kararıyla; davacının makam tazminatından yararlandırılmamasında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Anılan kararın yapılan temyiz incelemesi sonucunda; Danıştay 5. Dairesi, 07.03.1994 tarih ve E. 1992/3579, K. 1994/1298 sayılı kararıyla, işin esasının incelenerek, davacının makam tazminatından yararlandırılması gerektiği gerekçesiyle temyiz konusu kararın bozulmasına karar vermiştir.

Ankara 7. İdare Mahkemesi, 15.11.1994 tarih ve E. 1994/1479, K. 1994/1524 sayılı kararıyla; Danıştay 5. Dairesinin anılan bozma kararına uyararak, dava konusu işlemin iptaline, bu işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal hakların davacıya ödenmesine hükmetmiş ise de, anılan kararın bu defa da davalı idarece temyiz edilmesi üzerine; temyiz incelemesi bu kez Danıştay 5. Dairesince değil, Danıştay Başkanlık Kurulu'nun 17.10.1995 günlü, 1995/8 sayılı kararı ile bu tür uyumsuzlukların görüm ve çözümü ile görevli kılınan Danıştay 12. Dairesince yapılmış ve neticede, 12. Dairenin 20.10.1998 tarih ve E. 1995/7905, K. 1998/2464 sayılı kararıyla; yine işin esasını incelenmek suretiyle, davacının makam tazminatından yararlanamayacağı gerekçesiyle karar bozulmuştur.

Ankara 7. İdare Mahkemesi, Danıştay 12. Dairesinin söz konusu bozma kararına uymayarak, dava konusu işlemin iptali ve yoksun kalınan parasal hakların davacıya ödenmesine ilişkin kararında ısrar etmiştir.

İsrar kararının davalı idarece temyizi üzerine, söz konusu İdari Dava Daireleri Genel Kurulu Kararı verilmiştir. Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun (21.02.1997 tarih ve E. 1995/207, K. 1997/125 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 94, s. 251) yukarıda aktarılan kararında buna benzer bir hukuksal süreç yaşanmıştır. Söz konusu kararın alınmasına yol açan hukuksal süreç ile ilgili kısa bir açıklama için ayrıca bkz, Candan, *a. g. e.*, s. 925, dipnot: 1234.

¹²⁷ İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun, yukarıda anılan kararından. Aynı yaklaşım, Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 21.02.1997 tarih ve E. 1995/207, K. 1997/125 sayılı kararında da ortaya konmuştur. Bkz, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 94, s. 251 vd.; ayrıca Candan, *a. g. e.*, s. 925, dipnot: 1234.

parak yeni bir karar vermek zorunda olduğunu ifade etmektedir ki;¹²⁸ daha önce gördüğümüz gibi, Yargıtay'ın da usulü kazanılmış hakka yüklediği birinci anlam ve işlev budur. Gerçi, aktardığımız kararda bu husus çok açık bir şekilde ifade edilmemiştir. Fakat kararın değişik yerlerinde, *"kararın yeniden temyizen incelenmesi aşamasında yapılacak inceleme, mahkeme kararının bozma kararına uygun olup olmadığı, bir başka anlatımla, bozma kararının gereklerinin yerine getirilip getirilmediği, kararın bozma kararı doğrultusunda olup olmadığı konusunda sınırlı olmak durumunda(dır)"*¹²⁹ denilmek suretiyle, hiç kuşkusuz, bu durum ifade edilmek istenmiştir. Zaten başka bir kararda da, *"Danıştay bozma kararına karşı mahkemece verilen ilk kararda direnilmediği takdirde, bozma kararında belirtilen esaslar dışına çıkılarak karar verilemez."*¹³⁰ denilerek belirttiğimiz hususa daha bir açıklık ve kesinlik kazandırılmıştır.

Danıştay'ı böyle bir kabule götüren sebep(ler) ne olabilir? Akla ilk gelen, yargısal süreçte cereyan eden prosedüral işlemlerin kendi içlerinde ve aralarında tutarlı bir mantıksal zincir oluşturmaları gerektiği yolundaki argümandır. Meseleye bu perspektiften bakıldığında; Danıştay'ın varmış olduğu sonuca hak verilebilir. Gerçekten de, bozmaya uyan mahkemenin, bozma kararında belirtilen esaslar dahilinde tahkikat yapıp bir karar vermesinin kendi içinde mantıksal bir tutarlılığa sahip olduğu söylenebilir. Bu itibarla, yukarıdaki kararda varılan sonucun doğru olduğu ilk bakışta söylenebilir. Zira mahkemenin bozma kararına uyması demek, orada gösterilen bütün esasların doğru olduğunu kabul etmesi anlamına gelir. O halde, vereceği yeni kararında da, o esaslar uyarınca muamele yaparak hüküm vermesi gerekir;

¹²⁸ Doktrinde, Çağlayan'da, *"Bozma kararına uyulmasına karar veren mahkeme, bozma kararı gereğince tahkikata başlar ve yargılamaya devam eder."*, demektir (Çağlayan, a. g. e., s. 97).

¹²⁹ Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'da aynı hususu şu şekilde ifade etmiştir: *"ilk derece mahkemesi kararlarının, temyiz mercii olan Danıştay Daireleri tarafından bozulmasından sonra, davayı yeniden inceleyen ilk derece mahkemelerinin bozma hükmüne uyararak verdikleri kararlara karşı yapılan temyiz başvuruları ancak, bozma esaslarına uygunluk yönünden temyizen incelenebilir* (Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun, 21.02.1997 tarih ve E. 1995/207, K. 1997/125 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 94, s. 251); Aynı yönde başka bir karar için bkz. *"Mahkeme kararlarının Danıştay tarafından bozulması hallerinde, mahkemelerce bozmaya ilişkin kararlar üzerine yeniden verilmiş olan kararlara karşı yapılacak temyiz başvuruları, mahkemece bozma kararındaki esaslara uyulmuş olup olmadığı yönünden incelenebileceği..."* (Danıştay 3. Dairesinin 12.03.1998 tarih ve E.1996/1280, K.1998/888 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 97, s. 245).

¹³⁰ Danıştay 11. Dairesinin, 24.09.1997 tarih ve E. 1996/3902, K. 1997/3032 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 95, s. 700.

çünkü bozmaya uymakla böyle bir mükellefiyeti de kabul etmiş olur.

Ne var ki; mantıksal açıdan doğru sayılabilecek olan bu kabul, hukuksal bir zorunluluk halini aldığı anda her zaman doğru olmaya-bilir ya da kabul edilemeyecek birtakım sonuçlar yaratabilir. Şöyle ki; yapılacak yeni yargılama ve inceleme neticesinde, çeşitli sebeplerle, önceki hükümden farklı bir sonuca varılması mümkündür. Dolayısıyla, hukuk kurallarının uygulanması eğer böyle bir sonuca ulaşmayı gerekli ve/veya haklı kılıyorsa bu takdirde, usulü kazanılmış hakkın varlığı ileri sürülerek bu sonuca ulaşılması engellenmemelidir. Yani hakkın özü, şekle feda edilmemelidir. Diğer bir ifadeyle, idarenin yargısal denetiminin gerçekleştiği idari yargıda, hiçbir ahvalde şekil esasa galip gelmemelidir. Tersini kabul edildiği takdirde, yargısal denetimin içeriğinden çok şey kaybetmesi kaçınılmaz olacaktır. Örneğin, usulü kazanılmış hak kurumunun idari yargılama hukukunda uygulanmasına taraftar olan müelliflerin dile getirdikleri, *“temyiz mercii, bu incelemenin ötesine geçerek, bozma kararında hata yapılmış olsa bile, bunu telafi yoluna gidemez.”*¹³¹ şeklindeki bir yaklaşım benimsendiği takdirde, hukuk kurallarına aykırı bir karar verilmesine peşinen razı olunacaktır. Bu durumda, şu soruları sormak kaçınılmaz olmaktadır: Acaba hangi daha üstün bir hukuksal değer, farkına varılan hukuki bir hatanın düzeltilmesine engel teşkil etmektedir? Hangi gerekçe, maddi hakikatin şekli hakikate feda edilmesini haklı ve meşru göstermektedir? Adaletin sağlanması için adil yargılanma hakkının giderek güçlendirilmeye çalışıldığı günümüzde, bir usul kuralının adaletin tecelli etmesine ve hukuka uygun idare idealinin gerçekleşmesine bariyer oluşturmaya nasıl razı olunabilir?

Danıştay'ı böyle bir hukuksal müesseseyi kabule götüren bir başka neden de, yargılamanın bir önce sonuçlandırılması olabilir. Böylece, zaman ve emekten de tasarruf sağlanarak, *“usul ekonomisi”* olarak ifade edilen ilkenin gereklerinin karşılandığı düşünülebilir. Fakat bu gerekçenin de, bir öncekinden daha güçlü olmadığı ve böyle bir müesseseyi kabul etmek için yeterince inandırıcı ve ikna edici olmadığı söylenebilir. Zira velev ki yargılamanın uzamasına yol açsa bile, henüz kesin hüküm halini almamış bir karardaki hukuki hatayı temyiz mercii niçin düzeltmesin? Yargılamanın bir an önce sona erdirilmesi elbette ki önemlidir; ancak, yargılamanın bir an önce sona ermesi he-

¹³¹ Candan, a. g. e., s. 924.

defi, hakkın ve hukukun tecelli etmesi amacına üstün tutulabilir mi? Hâkimin göz göre göre hukuku çiğnemesi pahasına sağlanacak bu sonucun, hiç yargılama yapılmamış olmasından daha az kötü olmadığını kim söyleyebilir?

Bu müessesenin kabul edilemezliğine ilişkin bakış açımıza aşağıda tekrar dönmek üzere; şimdilik, yargı yerlerinin kabullerinden hareketle bu müessesenin uygulanmasına ilişkin çeşitli yönleri ortaya koymak için açıklamalarımıza devam edelim. Bu bağlamda işaret edilmesi gereken noktalardan biri de şudur: medeni yargılama hukukunda olduğu gibi, idari yargılama hukukundaki uygulamaya göre de, bozma ilâmına her uyma, taraflardan biri yararına usulü kazanılmış hak meydana getirmez. Örneğin, hüküm usulü bir sebeple bozulur ve mahkeme buna uyarsa, bağlılık sadece mahkeme ilâmında gösterilen usul kaidesi yönündedir. Esas hakkında verilmiş olan hükme bağlılık da artık ortadan kalkar. Zira bu durumda, bozmaya sebep teşkil eden usule aykırılık, esasa da etkili olacak kuvvetle bir usulü noksanlık veya yanlışlıktır. Nitekim Danıştay'ın bir kararında¹³² aynen şöyle denilmektedir: *“Mahkeme, verdiği kararın ‘usul’ yönünden bozulması üzerine, yeni kararını, ilk karardan farklı bir şekilde verebilir.”* Kararda, devamla şu belirlemelerde bulunulmuştur: *“Her ne kadar davacı, mahkemece verilen iptal kararının usul yönünden bozulduğunu ve esas yönünden davalı idarece ileri sürülen hususlar değişmediği halde, ilk verilen kararın aksine davanın reddedildiğini ileri sürmekte ise de; Danıştay 12. Dairesinin 22.10.1996 günlü, E. 1996/2356, K. 1996/3349 sayılı kararıyla; temyize konu mahkeme kararının, görüşme tutanağı ile kararda bulunan imzaların birbirini tutmaması nedeniyle, idarece uygulanması gereken bir kararın varlığından söz edilemeyeceği gerekçesi ile bozulması karşısında, esas yönünden de gerekçesine itibar edilebilecek nitelikte bir kararın bulunmaması nedeniyle, mahkemece yeni üyelerle toplanılarak ilk kararın aksine, davanın reddi yolunda verilen kararda hukuka aykırılık görülmemiştir.”*

Üzerinde durulması gereken bir diğer sorun ise acaba bozmaya uyulduğundan söz edilebilmesi için mahkemenin bu yönde açıkça bir ara kararı vermiş olması şart mıdır; yoksa, bozma uyarınca işlem yapmak suretiyle, yani fiilen uyma şeklinde de bozmaya uyma hali gerçekleştirilebilir mi? Bu soruya medeni yargılama hukukunda olumlu şekilde

¹³² Danıştay 12. Dairesinin, 24.03.1998 tarih ve E. 1997/1411, K. 1998/895 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 97, s. 747-749.

cevap verildiğini daha önce belirtmiştik.¹³³ Yargıtay da bir kararında¹³⁴ bunu şu şekilde açıkça ifade etmiştir: “Mahkemenin bozmaya uymadığını bildirmekle beraber, bozmada gösterilen yönlerden birisini içine alacak şekilde inceleme yapmaya karar vermesi bozmaya eylemli bir uymadır.” Aynı yaklaşımın idari yargılama hukukunda da benimsendiği söylenebilir. Nitekim doktrinde konuya temas eden yegâne müellif Candan, aynen şöyle demektedir: “Kimi zaman, bozma kararı üzerine, dosyayı inceleyen mahkeme, karara uyduğunu söylemediği gibi, ısrar ettiğini de söylemeksizin, ilk kararının benzeri bir karar verir. Bu halde, gerçekte, uyma kararı değil, ‘eylemli ısrar’ vardır. Karar, ısrar kararı gibi değerlendirilir. Kimi durumlarda da, mahkeme, bozma kararına uyarak inceleme yaptığını belirtmesine karşın, verilen karar ısrar niteliğini taşıyabilir.”¹³⁵ Yargısal kararlarda da aynı yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Örneğin, bir karar da¹³⁶ Danıştay savcısının şu ifadeleri, “Her ne kadar, vergi mahkemesinin ısrar kararında, açıkça değerlendirmek¹³⁷ yönünden bir ısrar kararı ifadesi yer almamış ise de, karar da değerlendirme ile ilgili hükümlerin yapılmış olması ve

¹³³ Bkz., Bilge/Önen, a. g. e., s. 670; Üstündağ, a. g. m., s. 858; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, a. g. e., s. 523. Konuya ilişkin Yargıtay kararlarına yukarıda (s. 10) yer vermiştik.

¹³⁴ Hukuk Genel Kurulu’nun, 03.10.1962 tarih ve E. 1962/156, K. 1962/63 sayılı kararı, *Adalet Dergisi*, 1963/1-2, s. 159 (Bilge/Önen, a. g. e., s. 671, dipnot 181). Aynı yönde yeni tarihli kararlar için bkz: Hukuk Genel Kurulu’nun 13.05.1992 tarih ve 11/217-333 sayılı kararı, *İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi*, 1992/383, s. 9149 (Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, a. g. e., s. 523, dipnot: 72); 23.01.1991 tarih ve 12/539-10 sayılı kararı, *İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi*, 1991/367 (Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, a. g. e., s. 523, dipnot: 72)

¹³⁵ Candan, a. g. e., s. 923. Örneğin bir olayda; ilk derece mahkemesinin verdiği iptal kararı, ehliyet yokluğundan (davacının) temyiz merciince bozulmuş; bozmaya uyduğunu belirten mahkeme, bozma kararı doğrultusunda inceleme yatığını belirtmesine karşın, yine ilk kararındaki gerekçeyle dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir. Kararın yeniden temyizi üzerine; Danıştay Yedinci Dairesi bunun bir ısrar kararı olduğu sonucuna vararak, temyiz incelemesi için dosyayı Vergi Dava Daireleri Genel Kuruluna göndermiştir. Zira Yedinci Daireye göre, mahkeme bozma kararına uymuş olsaydı; davayı ehliyet yokluğu nedeniyle reddetmekle yetinmeliydi. Oysa böyle yapmayıp, bir yandan bozmaya uyduğunu söyleyip diğer yandan da ehliyetin varlığını kabul ederek bozulan karardaki gerekçelerle yine işlemin karar verilmekle, bozmaya uymuş sayılmaz; bilakis direttiği kabul edilir. Danıştay 7. Dairesinin, 30.10.2003 tarih ve E. 2003/2483, K. 2003/4495 (Candan, a. g. e., s. 923).

¹³⁶ Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu’nun, 05.06.1998 tarih ve E. 1996/297, K. 1998/116 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 98, s. 119. Aynı yönde belirlemelere yer verilen başka bir karar için bkz: Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu’nun, 26.03.2004 tarih ve E. 2003/356, K. 2004/34 sayılı kararı (Candan, a. g. e., s. 927, dipnot:1238).

¹³⁷ Kararda geçen “değerlendirme” ifadesi yanlış yazılmış olup, “değerleme” olması gerekmektedir.

bunların genel olarak manalandırılmış bulunması ve olayın ceza yönünden ayrı olarak ele alınmaması karşısında, bu yönünden de ısrar kararı vardır." kullanması karşısında, idari yargılama hukukunda da zımnen yahut eylemli olarak ısrar kararı verilebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Eğer eylemli olarak ısrar kararı verilebileceği kabul edilebiliyorsa, o takdirde, eylemli olarak bozmaya uyma kararının da verilebileceği tabiidir.¹³⁸ Böyle bir durumda, kararın ısrar kararı niteliğinde olup olmadığını ise nihai olarak İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulu değerlendirecektir.¹³⁹

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun yukarıda anılan kararı ile ikinci olarak; bozma kararına uyulmak suretiyle verilen kararın, dairesince yeniden yapılacak temyiz incelemesinin, ancak bozulma kararına uyulup uyulmadığının denetlenmesi ile sınırlı olacağı ifade edilmiştir. Yani, mahkemenin bozma kararına uyması ile usulü kazanılmış hak meydana gelir ve bunu; bozmaya uyma yönünde karar veren mahkeme artık ihlâl edemeyeceği gibi, temyiz mercii de edemez. Öyle ki, temyiz mercii, önceki bozma nedenleri ve sınırları ile bağlı olup, önceki bozma kararına uyma ile meydana gelmiş bulunan usulü kazanılmış hakkı artık ihlâl edemez. Diğer bir ifadeyle, bozmaya uyma ile meydana gelen usulü kazanılmış hak; ilk derece mahkemesi için olduğu kadar temyiz mercii için de geçerlidir. Çünkü *"temyiz incelemesi sırasında, temyiz merciinin, aynı yasal mevzuatla farklı bir sonuca ulaşması, ilk bozma ve buna uyularak verilmiş olan yargı kararının aynı mevzuat karşısında yeniden değerlendirilmesi, taraflar ve uygulama açısından istikrar ve kazanılmış haklar yönünden, aykırı sonuçlar yaratabilecektir."* *"Bu durum ise, usulü kazanılmış hak ilkesiyle sağlanmaya çalışılan amaca aykırı olması nedeniyle usule uygun (değildir) ve kabul edilemez."*¹⁴⁰

Usulü kazanılmış hakkın anlamı ve kapsamı konusunda Danıştay bu tespitleriyle, Danıştay'ın bozma kararına uymuş olan mahkemenin, bozma kararı gereğince inceleme yapmak ve hüküm vermek zorunda olduğunu ve mahkemenin kararını bozmuş olan Danıştay dairesinin de, sonradan ilk bozma kararı ile benimsemiş olduğu esaslara (usulü kazanılmış hakka) aykırı bir şekilde ikinci bir bozma kararı vereme-

¹³⁸ Candan, *a. g. e.*, s. 927.

¹³⁹ Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun, 30.01.1987 tarih ve E. 1986/23, K. 1987/1 sayılı kararı (Odyakmaz, *a. g. e.*, s. 87, dipnot: 174); Candan, *a. g. e.*, s. 927.

¹⁴⁰ Aynı yönde olmak üzere, yukarıda anılan Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun, 21.02.1997 tarih ve E. 1995/207, K. 1997/125 sayılı kararına bakınız.

yeceğine işaret etmiştir ki; daha önce belirttiğimiz üzere, Yargıtay'ın 09.05.1960 tarih ve 21/9 sayılı içtihadı birleştirme kararında da aynı esaslar benimsenmiştir.

Doktrinde de, *"bu temyiz incelemesinde, temyiz yeri bozma esaslarına göre kararı değerlendirmeye tabi tutar. Genel bir temyiz incelemesi yapmaz. Bozma kararındaki esaslara uygun davranılmış ise, kararı onar, uyulmamış ise bozar."*¹⁴¹ *"temyiz mercii, bu incelemenin ötesine geçerek, bozma kararında hata yapılmış olsa bile, bunu telafi yoluna gidemez."*¹⁴² denilerek, Danıştay kararları ile ortaya konulan esasları paylaşıldığı görülmektedir. Ancak bu görüşe katılmadığımızı yukarıda belirtmiştik. Bize göre, temyiz merciinin *"bozma kararında hata yapılmış olsa bile, bunu telâfi yoluna gide-memesi"* kabul edilebilir bir yaklaşım değildir. Zira tekrar belirtelim ki; hiçbir gerekçe, esas gayesi adaletli ve isabetli bir karar vererek hukuka uygunluğu sağlamak mevkiinde olan mahkemelerin -özelikle de idari yargı yerlerinin-, göz göre göre bir hukuki yanlışlığa göz yummalarını haklı ve meşru kılamaz.

Buraya kadar incelemiş olduğumuz, usulü kazanılmış hakkın birinci çeşididir. Hatırlanacağı üzere, medeni yargılama usulündeki kabule göre, usulü kazanılmış hakkın bundan başka ikinci bir çeşidi daha vardır ki; bu da, bazı konuların bozma kararının kapsamı dışında kalması suretiyle gerçekleşmektedir. Usulü kazanılmış hakkın medeni yargılama hukukundaki yeri ve uygulaması konusunda belirttiğimiz gibi, usulü kazanılmış hakkın bu ikinci çeşidi, Yargıtay'ın 04.02.1959 tarih ve 13/5 sayılı içtihadı birleştirme kararı ile kabul edilmiştir ve buna göre; bir hususun bozma kararının kapsamı dışında kalarak kesinleşmesi, yani usulü kazanılmış hak teşkil etmesi iki şekilde olabilir: **1.** O husus açıkça bir temyiz sebebi olara ileri sürülmüş, fakat Yargıtay'ca

¹⁴¹ Çağlayan, a. g. e., s. 97.

¹⁴² Candan, a. g. e., s. 924. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda değişiklik yapılmasını öngören tasarının 31. maddesinde de, "2. Kararın bozulması halinde mahkeme, dosyayı diğer bütün işlere göre öncelikle inceler ve varsa gerekli tahkik işlemlerini tamamlayarak yeniden karar verir. Bozmaya uyularak verilen kararın temyizi halinde, temyiz incelemesi, verilen bozma kararındaki esaslara sınırlı olarak yapılır." şeklinde bir düzenlemeye yer verilerek, İYUK'nın 50. maddesinin yukarıda belirtilen doğrultuda değiştirilmesi öngörülmektedir. Bkz: <http://www.kgm.adalet.gov.tr/iyuk.htm> (15.01.2008). Daha önce de işaret ettiğimiz gibi, Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın ilgili maddesinde (m. 377) ise bu yönde bir kurala yer verilmiş olması dikkat çekicidir. Bkz, Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı, Adalet Bakanlığı, Ankara 2006, s. 103.

reddedilmiştir veya 2. O hususta bir temyiz itirazı ileri sürülmemiş olmasına rağmen, dosyanın Yargıtay dairesince incelendiği sırada dosya da bulunan yazılardan onun bir bozma sebebi sayılması mümkün bulunduğu halde, o cihet Yargıtay'ca bozma sebebi sayılmamıştır.¹⁴³

Fakat hemen söylemek gerekir ki; biz usulü kazanılmış hakkın bu ikinci çeşidinin idari yargılama usulünde hiç mi hiç uygulanamayacağı kanaatindeyiz.¹⁴⁴ Bunu söylemekle; buna yalnızca prensipte karşı olduğumuzu değil ve fakat aynı zamanda ilgili yasal düzenlemelerin de buna elvermediğini ifade etmek istiyoruz. Zira İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 5. fıkrasına göre, *"Kararların kısmen onaylanması ve kısmen bozulması hallerinde kesinleşen kısım Danıştay kararında belirtilir."* Yani, kararın kısmen onanması ve kısmen bozulması durumunda, onanan kısım kesinleşmiş olur.¹⁴⁵ Bozulan kısım hakkında ısrar kararı verilmesi durumunda gidilen temyiz aşamasında, daha önce kesinleşen kısım için temyiz talebinde bulunulamaz.¹⁴⁶ Dolayısıyla, idari yargılama usulünde, medeni yargılama usulünden farklı olarak; bir konunun (cihetin) zımnen kesinlik kazanması söz konusu olamaz. Diğer bir ifadeyle, ilgili yasal düzenleme uyarınca (İYUK m. 49/5), ilk derece mahkemesi kararının kapsamındaki bir konu temyiz merciince ancak açıkça onanarak veya bozularak tüm yargısal süreç tamamlanmak suretiyle kesinlik kazanabilir ve -mevcut uygulamaya göre- kazanılmış hak teşkil edebilir. Fakat böyle bir ihtimalde, esasen kazanılmış haktan değil, hükmün kesinleşmesinden söz etmek gerekir.

Nitekim medeni yargılama usulünde de, Postacıoğlu, bozmanın kapsamı dışında kalan hususların kesinleşmesini kesin hüküm olarak nitelendirmekte ve fakat hemen arkasından, bizde Yargıtay'ın bu yola gitmediğini, bunu usule ilişkin kazanılmış hak olarak nitelendirdiğini belirtmektedir.¹⁴⁷

Üstündağ da, mahkemenin kararının davacının taleplerinden birine ilişkin bölümünün Yargıtay'ca onanarak bozmanın kapsamı dı-

¹⁴³ Kuru, *a. g. e.*, s. 3420.

¹⁴⁴ Genel olarak usulü kazanılmış hakkın, idari yargılama usulünde uygulanıp uygulanmayacağı meselesini ise, bundan sonraki başlık altında ele alıp inceleyeceğiz.

¹⁴⁵ Odyakmaz, *a. g. e.*, s. 86, Çağlayan, *a. g. e.*, s. 99. Fakat bu hükmü, karar düzeltme yolu açık bulunan hallerde bu yola başvurulmaması veya başvurulup da bunun reddi üzerine kararın kesinlik kazanacağı şeklinde anlamak gerekir.

¹⁴⁶ Çağlayan, *a. g. e.*, s. 99.

¹⁴⁷ Postacıoğlu, *a. g. e.*, s. 631.

şında kalmasını kesin hüküm olarak nitelendirdikten sonra, *“Temyiz Mahkememiz bu konularda hiçbir ayırım yapmaksızın temyizın nakzının dışında kalan noktalarda alelittlak bir usuli müktesep hakkın meydana geleceğine değinmektedir.”* görüşüne yer vermektedir.¹⁴⁸

Kuru’da, anılan her iki yazarın izledikleri bilimsel yöntem ve vardıkları sonuçların doğru olduğunu belirttikten sonra şöyle demektedir: *“Her iki yazar da, mahkemenin kararının davacının taleplerinden birine ilişkin bölümünün onanmış (bu bölüm bozma kararının kapsamı dışında kalmış) olmasının kesin hüküm sayılması gerektiği kanısında bulduklarını, fakat Yargıtay’ın içtihadı birleştirme kararlarının ise bağlayıcı olduğunu, bu nedenle uygulamada bu hususun usule ilişkin kazanılmış hak olarak nitelendirilmesini ve 09.05.1960 günlü içtihadı birleştirme kararının usule ilişkin kazanılmış hakkın bu çeşidini de uygulanması gerektiğini belirtmektedirler.”*

O halde, Kuru’nun belirttiği gibi, Yargıtay’ın sözü geçen içtihadı birleştirme kararlarındaki görüşe bilimsel yönden katılmasak bile, mahkeme kararının davacının taleplerinden birine ilişkin bölümünün Yargıtay’ca onanarak bozma kararının kapsamı dışında kalmasını kesin hüküm olarak değil, usule ilişkin kazanılmış hak olarak nitelendirmek zorundayız. Çünkü bilindiği gibi, içtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay genel kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar; aksine bir sonuca varılması, Yargıtay’ı ve mahkemeleri bağlayıcı nitelikteki içtihadı birleştirme kararlarına aykırı bir durumun ortaya çıkmasına yol açar.¹⁴⁹

Görüldüğü üzere, medeni yargılama hukukunda dahi¹⁵⁰ usulü kazanılmış hakkın bu ikinci çeşidi aslında kabul edilmemekte; fakat Yargıtay’ın içtihadı birleştirme kararları ile o şekilde kabul edildiği için, yani içtihadı birleştirme kararlarının hukuksal bağlayıcı gücü nedeniyle kerhen kabul edilmektedir. İdare yargılama hukukunda ise,

¹⁴⁸ Üstündağ, *a. g. e.*, s. 887-888.

¹⁴⁹ Kuru, *a. g. e.*, s. 3432.

¹⁵⁰ Bu şekilde ifade etmemizin sebebi; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun, temyizi düzenleyen (m. 427-439) maddelerinin hiçbirinde kısmen onama ve kısmen bozmadan söz edilmemesine karşın, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 49. maddesinin 5. fıkrasında, *“Kararların kısmen onaylanması ve kısmen bozulması hallerinde kesinleşen kısım Danıştay kararında belirtilir.”* denilmek suretiyle, bozmanın kapsamı dışında kalan hususların kesin hüküm halini alacağı açıkça düzenlemiştir. Dolayısıyla, böyle bir durumda, usulü kazanılmış haktan değil; kesin hükmün bağlayıcılığından söz etmek gerekir.

-hiç değilse şimdilik- böyle bir içtihadı birleştirme kararı bulunmadığına göre, usulü kazanılmış hakkın bu çeşidinden söz etmeye gerek yoktur.

C. Usulü Kazanılmış Hakkın İdari Yargılama Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu

Yukarıda belirttiğimiz gibi, usulü kazanılmış hak kavram ve kurumu, Türk hukuk uygulaması tarafından güncel hukukun boşluğunu doldurmak üzere, hukuk yaratma faaliyeti sonucu ortaya çıkmış bulunmaktadır.

Esasen maddi hukuk alanında başvurulmuş kazanılmış hak fikrinden esinlenerek ve oradan ödünç alınarak¹⁵¹ yargısal içtihatlarla uygulama alanına sokulmuş bulunan usulü kazanılmış hak kavramı; muğlak ve zihinleri bulandıran bir kavramdır.¹⁵² Bu kurumun, idari yargılama usulünde uygulanabilir olup olmadığı meselesi hakkında bir kanaate ulaşılmasına imkân sağlamak için önce medeni yargılama usulündeki tartışmalara kısaca bir göz atmakta fayda vardır.

Çünkü ilk defa Yargıtay'ın 04.02.1959 tarih ve 13/5 sayılı kararı ve fakat daha iyi "*kurgulanmış*" haliyle de 09.05.1960 tarih ve 21/9 sayılı içtihadı birleştirme kararlarıyla medeni yargılama hukukunda uygulama alanına girmiş ve o tarihten beri de yaygın ve yerleşik bir uygulaması bulunmasına rağmen, bu kavram ve kurumu üzerinde yapılan tartışmalar bir türlü bitmek bilmemiştir. Öyle ki; kimi yazarlar¹⁵³ bu kavram ve kurumu savunup açıkça desteklerken, kimisi de¹⁵⁴ kısmen ya da bütünüyle karşı çıkmakta ve reddetmektedir.

Usulü kazanılmış hak fikrine taraftar olanlar, buna gerekçe olarak; usulü kazanılmış hak ile daha önce karara bağlanmış konularda yeneden tahkikat yapıp zaman ve masraf yapılmasının önüne geçileceği, yani ucuz ve süratli bir yargılamanın temin edileceği, tarafların hakkı-

¹⁵¹ Tuluay, *a. g. m.*, s. 61.

¹⁵² Postacioğlu, *a. g. e.*, s. 631.

¹⁵³ Üstündağ, *a. g. m.*, s. 161 vd.; Muşul, *a. g. m.*, s. 233 vd.

¹⁵⁴ Postacioğlu, *a. g. e.*, s. 631 vd.; Tuluay, *a. g. m.*, s. 64 vd.; Yıldırım, *a. g. m.*, s. 156 vd.

nın güvence altına alınacağı ve onların yargısal kararlara olan güveninin korunacağı, şeklindeki argümanları ileri sürmektedirler.¹⁵⁵

Usulü kazanılmış hakkın gerekliliği ve yararı konusunda, doktrinde ileri sürülen bu gerekçeler Yargıtay'ın ilgili içtihadı birleştirme kararlarında da ifade edilmiştir. Buna göre, *"Temyizen bir kararın bozulması ve mahkemenin bozma kararına uyması halinde bozulan kararın bozma sebeplerinin şümulü dışında kalmış cihetlerinin kesinleşmiş sayılması, davaların uzamasını önlemek maksadıyla kabul edilmiş çok önemli bir usuli hükümdür."*¹⁵⁶ (...) *"Mahkemenin bozma kararına uymasıyla meydana gelen bozma gereğince muamele yapma ve hüküm verme durumu, taraflardan birisi lehine ve diğeri aleyhine hüküm verme neticesini doğuracak bir durumdur ve buna usul, müktesep hak yahut usule ait müktesep hak denilmektedir. Usul Kanunu'nda bu şekildeki usule ait müktesep hakka ilişkin açık bir hüküm konulmuş değilse de, temyizcinin bozma kararının hakka ve usule uygun karar verilmesini sağlamaktan ibaret olan gayesi ve mahkeme usulünün hakka varma ve hakkı bulma maksadıyla kabul edilmiş olması yanında hukuki alanda istikrar gayesine dahi ermek üzere kabul edilmiş bulunması bakımından usule ait müktesep hak müessesesi, Usul Kanunu'nun dayandığı ana esaslardandır ve amme intizamı ile ilgilidir."*¹⁵⁷

Dikkat edilirse, Yargıtay usulü kazanılmış hak kavram ve kurumunu *"davaların uzamasını önlemek"*, *"hakka ve usule uygun karar verilmesini sağlamak"*, *"hukuki alanda istikrar sağlamak"* gibi sebeplerle kabul ettiğini ve bu sebeplerin de *"kamu düzeni"* ile ilgili olduğuna işaret etmektedir. Fakat Yargıtay usulü kazanılmış hakkın kendisine birtakım istisnalar ve sınırlamalar tanımış bulunuyor ve bunları da *"kamu düzeni"* gerekçesiyle kabul ettiğini ifade etmiş bulunuyor. Bu bağlamda dikkati çeken ilk nokta ise, daha önce on başlık altında incelemiş olduğumuz bu istisnaların bir hayli fazla olmalarıdır. Dahası, bunlara yenilerinin de eklenip eklenmeyeceği belli değildir. Bu durumda, usulü kazanılmış hakka en önemli sınırlamayı bizatihi *"kamu düzeni"* ilkesinin kendisi getirdiğine göre; kendisinin varlık sebebini de yine *"kamu düzeni"* gerekçesine dayandırmak acaba ne ölçüde tutarlı ve isabetlidir? Zira eğer kuralın istisnasının dayanağı *"kamu düzeni"* oluyorsa; o takdirde, kuralın kendisinin dayanağı da nasıl *"kamu düzeni"* olabiliyor? Bu

¹⁵⁵ Üstündağ, *a. g. m.*, s. 143-144, 184-185; Muşul, *a. g. m.*, s. 233-234.

¹⁵⁶ Yargıtay'ın, 04.02.1959 tarih ve 13/5 sayılı içtihadı birleştirme kararından.

¹⁵⁷ Yargıtay'ın, 04.02.1959 tarih ve 13/5 sayılı içtihadı birleştirme kararından.

mantıksal tutarsızlık dahi göstermektedir ki, usulü kazanılmış hakkın kabul edilmesinin gerekçesi kamu düzeni olamaz.¹⁵⁸ Bunun önemli bir diğer kanıtı da, kuralın taraf iradesiyle dahi yaratılabilen bir istisnaya sahip olmasıdır.¹⁵⁹ Gerçekten de, yukarıda Yargıtay kararlarıyla usulü kazanılmış hakka getirilen istisnaları incelediğimiz kısımda da gösterdiğimiz üzere, bozma kararına uyulmasından sonra yapılan yargılama sırasında taraflar yeni iddia ve savunmalarda bulunabilmektedirler ve böyle bir durumda ise, hâkim usulü kazanılmış hak ile kendisini sınırlamaksızın yeni hukuki duruma göre karar vermek zorunda kalmaktadır. Bunun gibi, taraf iradelerinin usulü kazanılmış hak konusunda rol oynadığı başka bir durum da; tarafların mahkemeden bozmaya uymasını talep etmeleri halinde mahkemenin buna uymak zorunda bulunmasıdır. Bu halde de, usulü kazanılmış hak yoluna girilmiş olmaktadır. Nitekim yeni tarihli bir kararında, hukuk genel kurulu aynen şöyle demektedir: *“Ancak, bozma nedenlerinin kamu düzenine ilişkin ve dolayısıyla hâkimin kendiliğinden (re’sen) göz önünde bulundurması gereken sebeplerden olmaması halinde, taraflar veya vekilleri bozma kararına uyulmasını istemişlerse artık mahkemece önceki kararda direnilemez. Bozma kararına uyulmak gerekir. Yargıtay’ın yerleşmiş ve kurallaşmış uygulaması da bu doğrultudadır.”*¹⁶⁰

Aktarılan karardan açıkça anlaşılacağı üzere; bu haliyle kamu düzenine dayandığı ileri sürülen kazanılmış hak kurumunun aslında bununla bir ilgisinin bulunmadığı, bilakis taraf iradeleriyle hazırlanmış ve şekillenmiş olduğu görülmektedir. Böyle bir kabulün, usulü kazanılmış hakkın kamu düzeninden kaynaklandığı fikriyle açıkça çeliştiği görülmektedir.

İdari yargılama hukukundaki duruma gelince, usulü kazanılmış hak olarak ifade edilmemekle birlikte, söz konusu müessese ile kısmen aynı hukuksal sonuçlar doğuran birtakım yasal düzenlemelerin vaktiyle mevzuatta yer almış olduğuna daha önce işaret etmiştik. Nitekim 3546 (m. 46) ve 521 (m. 85) sayılı Danıştay kanunlarının yürürlükte olduğu dönemlerde alt idari yargı mercilerinin bozmaya uyma ve bozma dairesinde tahkikat yapıp yeni bir karar verme mecburiyetleri bulun-

¹⁵⁸ Yıldırım, *a. g. m.*, s. 161.

¹⁵⁹ Yıldırım, *a. g. m.*, s. 161.

¹⁶⁰ Hukuk Genel Kurulu’nun, 27.06.1990 tarih ve E. 1990/6-293, K. 1990/400 sayılı kararı, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, 1990/12, s. 1759-1760 (Muşul, *a. g. e.*, s. 498.).

maktaydı. Hatırlatmak için tekrar belirtmek gerekirse; anılan her iki yasal düzenlemede de, “*Dava Daireleri ve Dava Daireleri Kurulu, temyiz yoluyla inceledikleri kararları bozdukları takdirde, iş, bozma kararı dairesinde kararı bozulan idari yargı mercii tarafından incelenir.*” şeklinde bir kural yer almaktaydı ve bu kural uyarınca, alt idari yargı mercileri mutlak bozma esasları içinde bir karar vermek zorundaydılar.¹⁶¹ Dolayısıyla, bu dönemde alt derece idari yargı mercilerinin bozma esasları dışına çıkarak yahut bozulan kararlarında ısrar ederek karar vermeleri halinde; yeni kararın temyiz edilmesi üzerine Danıştay, bozma ile birlikte genellikle işin esası hakkında da bir karar vererek uyuşmazlığı sona erdirmekteydi.¹⁶² O zamanki alt derece idari yargı yerlerinin, daha doğrusu idari yargı yetkisini de haiz yönetsel kuruluşların niteliği göz önünde bulundurulduğunda, böyle bir düzenlemenin benimsenmiş olmasını normal ve doğal karşılamak gerekir. Fakat burada düzenlenmiş bulunan bozmaya uyma, iradi değil de kanuni bir uyma, yani kanunun emredici hükmü nedeniyle bir uyma hali olduğundan, usulü kazanılmış hak müessesesiyle bir tutulamaz. Başka bir ifadeyle, burada düzenlenmiş bulunan bozmaya uyma mecburiyeti, usulü kazanılmış hakkın gerekleriyle açıklanamaz.

Zira daha önce de belirttiğimiz gibi, usulü kazanılmış hak kurumunun vücut bulabilmesinin olmazsa olmaz ön koşulu; ilk derece mahkemesinin bozmaya uyma ile direnme kararı arasında bir tercihte bulunabilme imkân ve yetkisine sahip olmasıdır. Hukukumuzda vaktiyle uygulanmış bulunan yukarıdaki kurallar ilk derece mahkemesine böyle bir tercihte bulunabilme imkânı tanımadıklarından, söz konusu kuralların yürürlükte olduğu dönemde anılan hukuksal müessesenin ortaya çıkabilmesinin koşulları gerçekleşmemiştir. Bunun gerçekleşebilmesi, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun kabulü ile olmuştur. Nitekim ilk derece yargı yerleri olarak idare ve vergi mahkemelerinin kurulmasıyla birlikte, konuya ilişkin yasal düzenlemeler de buna uygun şekilde değişikliğe uğramış ve İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda şöyle bir düzenlemeye yer verilmiştir: “*Kararların kısmen onaylanması ve kısmen bozulması hallerinde kesinleşen kısım Danıştay kararında belirtilir*” (m. 49/5).

“Kararın bozulması halinde dosya, Danıştay’ca kararı veren mahkeme-

¹⁶¹ Odyakmaz, a. g. e., s. 32-33.

¹⁶² Akyüz, a. g. m., s. 85; Zabunoğlu, a. g. e., s. 289.

ye gönderilir. Mahkeme, dosyayı diğer öncelikli işlere nazaran daha öncelikli inceler ve varsa gerekli tahkik işlemlerini tamamlayarak yeniden karar verir" (m. 49/3).

"Mahkeme bozmaya uymayarak eski kararında ısrar edebilir" (m. 49/4).

Aktardığımız hükümlerden açıkça anlaşılacağı üzere, ilk derece yargı yerleri artık Danıştay'ın bozma kararına uymak zorunda değildirler; bozmaya uyma yönünde karar verebilecekleri gibi, bozmaya direnme yani ısrar kararı da verebilirler.¹⁶³ İşte ilk derece yargı yerlerine tanınmış bulunan bu yetki, teorik olarak usulü kazanılmış hak kurumunun yeşermesine uygun bir hukuksal zemin sağlamaktadır. Fakat bunu söylemekle, ne ilgili yasal düzenlemelerin bunu emrettiğini kast ediyoruz ve ne de içtihatla bunun yaratılmasının isabetli olacağına işaret ediyoruz. Bilakis, başından beri söylediğimiz gibi, biz böyle bir müessesenin içtihatla idari yargılama hukukuna sokulmasını gerekli ve yarlı görmediğimiz gibi, ilgili yasal düzenlemelerin de böyle bir sonucu çok fazla haklı çıkarmayacağı kanaatini taşıyoruz.

Nitekim yukarıda yer verilen ilgili yasal düzenlemelerden açıkça anlaşılacağı üzere, ilk derece yargı yerleri bozmaya uyma kararı verdikleri takdirde bundan dönemeyeceklerine dair bir kural bulunmadığı gibi; yapacakları yeni tahkikat ve verecekleri yeni kararlarında da mutlaka bozmaya uyma dairesinde olması gerektiğine dair bir kural mevzuatta yer almamaktadır. Keza, Danıştay'ın da daha önce bozduğu kararı ikinci kez temyizden incelerken bu ikinci incelemenin mutlaka önceki bozma kararının sınırları ile sınırlı olduğuna, yani önceki bozma kararında belirlenen esaslarla bağlı olduğuna; ona aykırı yeni bir bozma kararı veremeyeceğine ilişkin bir kural da mevzuatta bulunmamaktadır. O halde, usulü kazanılmış hak olarak ifade edilen, yani bozma kararına uymuş olan mahkemenin, bozma kararı gereğince inceleme yapmak ve hüküm vermek zorunda olmasını ve mahkemenin kararını bozmuş olan temyiz merciinin de, ilk bozma kararı ile benimsemiş olduğu esaslara (usulü kazanılmış hakka) aykırı bir şekilde

¹⁶³ İdare ve vergi mahkemelerine tanınmış bulunan bu yetki, bazı uyuşmazlıklara ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakan Danıştay dava dairelerine tanınmamıştır; bunlar yerine göre İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun bozma kararına uymaya mecburdurlar. Böyle bir yola gidilmiş olmasının nedeni ise, dava dairelerinin vereceği ısrar kararını inceleyecek bir merciin bulunmamasıyla açıklanmaktadır (Bkz, Candan, *a. g. e.*, s. 926).

ikinci bir bozma kararı verememesinin, idari yargılama hukukundaki hukuksal dayanağı nedir? Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, mevcut uygulamaya göre bunun hukuksal dayanağı kanuni değil, içtihadıdır. Nitekim bu durum idari dava daireleri genel kurulunun, çalışmamızın başından beri kendisinden sıkça söz ettiğimiz kararında da açıkça dile getirilmiştir.¹⁶⁴

Usulü kazanılmış hak kavram ve kurumunun hukuksal dayanağının kanuni değil içtihadı olması, kuşkusuz ki, onun reddedilmesi için tek başına yeterli bir neden değildir. Elbette ki, bir içtihat mahkemesi olan Danıştay'ın, maddi hukuk alanında olduğu kadar yargılama usulü alanında da karşılaştığı hukuksal boşlukları hukukun genel ilkelelerinden yararlanarak doldurmaya çalışmasını doğal karşılamak gerekir.¹⁶⁵ Fakat gerek mevcut yasal düzenlemeler ve gerekse idari yargıda görülen davaların ve çözüme bağlanan uyuşmazlıkların niteliği göz önünde bulundurulduğunda; biz usulü kazanılmış hak kurumunun idari yargıda uygulanamayacağı ve uygulanmaması gerektiği görüşündeyiz.

Çünkü özellikle iptal davası için söz konusu olmakla beraber, idari davalar, iki amaca hizmet etmektedir; başka bir deyişle, idari yargılamadan iki önemli fonksiyonu yerine getirmesi beklenmektedir. Nitekim Güran'ın belirttiği gibi, "*İdare'nin yargısal denetimi ve idari davalar, idare'nin, hukukun üstünlüğü kuralının bütün ilkeleriyle işletildiği düzenli toplum esaslarına aykırı tasarruflarını denetleyip müeyyidelendirmek, böylece bu esasların hâkimiyetini sağlamak için ve hem ferdin, hem de bütünüyle toplumun, bu denetimin icra edilmesindeki menfaatini korumak mülâhazasıyla var olan ve başvuru hukuki olanaklardır.*"¹⁶⁶ Bu nedenledir ki, adli yargının "genel" yargılama işlevi karşısında idari yargının "ayrık" ve "özel" bir yargılama işlevi bulunmaktadır ve bu niteliği, esas itibarıyla idari yargının gerçekleştirdiği yargılama işlevinde hiçbir zaman "hakemlik" rolünün bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Bir başka deyişle, idari yargı önünde görülen

¹⁶⁴ İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun, 03.03.2000 tarih ve E. 1999/1126, K. 2000/394 sayılı kararı (Coşkun/Karyağdı, *a. g. e.*, s. 549-552).

¹⁶⁵ A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 764.*

¹⁶⁶ Güran, *a. g. e.*, s. 148.

uyuşmazlıklar bakımından idare yargıcı hiçbir zaman “hakem” kimliği ile hareket etmez, edemez.¹⁶⁷

Gerçekten de, “hakem” kimliği ile hareket etmek; ele aldığı uyuşmazlıkların niteliği göz önünde bulundurulduğunda hukuk yargılaması yargıcının rolüne bir ölçüde uygun düşmekte ise de; adil ve isabetli bir karar verilmesini sağlamak için onu dahi bu pasif rolünden çıkarıp daha aktif konuma getirmek yönünde geçen yüzyılın ikinci yarısından bu yana önemli gelişmelerin kaydedildiği¹⁶⁸ hatırlanacak olursa; uyuşmazlığın taraflarının ortaya koyduğu iradelere hakemlik etme ve giderek de kendi iradesini tarafların iradelerinin sonuçlarına bağlı kılma zorunluluğu ve aynı zamanda lüksü idari yargıç bakımından hiç mi hiç geçerli değildir; çünkü o sadece ve sadece hukuk düzeninin gereklerini “hakkaniyet”e göre belirlemekle yetkili ve yükümlüdür.¹⁶⁹

İdari yargılama hukukunun amacı ve işlevi böyle olunca, onun tabi olacağı yargılama usulü kurallarının da bu amaç ve işlevin gerçekleşmesine elverecek yapı ve özellikte olması ve bu şekilde bir yoruma tabi tutulması kaçınılmaz olmaktadır. Başka bir ifadeyle, bu yargılama hukuku alanında bakılan davaların esası ile onlara uygulanacak usul

¹⁶⁷ Celâl Erkut, Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı, Yenilik Basımevi, İstanbul 2004, s. 68-69.

¹⁶⁸ Güran, a. g. e., s. 142 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, a. g. e., s. 53.

¹⁶⁹ Erkut, a. g. e., s. 69. Esasen, İdari Yargılama Hukukunun amacı ve işleviyle bağdaşmayan hukuksal kurum ve düzenlemeler ele aldığımız usulü kazanılmış hak ile de sınırlı değildir. Bunu gibi, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31. maddesiyle göndermede bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun ilgili düzenlemeleri de birçok sıkıntıya yol açmaktadır. Dolayısıyla, İdari Yargılama Hukukunun “müstakil ve özgün” karakterinin tam anlamıyla sağlanıp sürdürülebilmesi için, anılan yasal düzenlemenin gözden geçirilmesinde yarar bulunmaktadır. Bu konudaki değerlendirme ve öneriler için bkz, Metin Günday, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu-Ankara 11-12 Mayıs 2001, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara 2003, s. 79; Celâl Erkut, “İdari Yargının Yeniden Yapılandırılmasında Yargılanma Hukuku Kurallarının Etkinleştirilmesi Sorunu”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu-Ankara 11-12 Mayıs 2001, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara 2003, s. 98; Erkut, a. g. e., 211 vd.; Zehra Odyakmaz, “İdari Yargıda Hakim ve Savcı Adaylarının Eğitimi”, Türk Hukuk, Sayı: 74, Nisan, 2003, Türk Hukuk Enstitüsü Yayını, s. 14; Zehra Odyakmaz, “İdari Yargı ile İlgili Öneriler”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu-Ankara 11-12 Mayıs 2001, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara 2003, s. 150.

kuralları arasında zorunlu bir bağ bulunmaktadır ki; bunun görmezden gelinmesi, idari yargının varlık sebebinin gözden kaçırılması anlamına gelir. Aynı kaygı ve saptamaların, bir kısım yargı mensuplarınınca da paylaşıldığını görmek sevindiricidir. Nitekim usulü kazanılmış hakkın açıkça dile getirildiği ve uygulandığı İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun yukarıdan beri zikrede geldiğimiz kararına, bir kısım üyeler şu haklı gerekçelerle karşı oy kullanmışlardır: "2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20/1. maddesiyle; Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinin, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeyi kendiliklerinden yapacakları kurala bağlanmış; re'sen inceleme ilkesinin doğal sonucu olarak, mahkemelerin inceleme gereğini duydukları her türlü evrakın gönderilmesini ve her türlü bilginin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilecekleri düzenlenmiştir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun anılan maddesiyle; idari yargıda ceza yargılamasında olduğu gibi re'sen araştırma usulü benimsenmiştir. Buna göre, idari yargıda hâkim, tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlı olmayıp, gerekli gördüğü her türlü araştırmayı davanın her aşamasında kendiliğinden yapabilir.

Nitekim iddiaların araştırılması konusunda hakimin davaya müdahalesine karşın, davacı iddialarının cevaplandırılmaması veya geçiştirilmesi durumunda, söz konusu iddiaların sübut bulduğunun kabulünün re'sen araştırma ilkesinin doğal sonucu olduğu Danıştay içtihatlarıyla benimsenmiştir.

İdari yargı hakiminin başlıca görevi, hukuka uygunluk denetimi olduğundan; bu denetimin, tarafların iddia ve savunmalarıyla sınırlandırılması kabul edilemez. İdari yargı tarafından verilen kararın sadece davacıyı tatmin amacıyla değil, esasen hukuka dayalı idare ilkesinin yerleşmesi ve hukuk devletinin korunması için verildiği de bilinmektedir.

İdari yargılama usulünün en önemli araçlarından biri olan re'sen araştırma ilkesinin bu niteliği karşısında, hakimin sadece tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlı olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında söz konusu olabilecek usulü kazanılmış hak ilkesinin idari yargılamada uygulanamayacağı açıktır.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Danıştay savcısı da, bir davada konuyla ilgili olarak bildirdiği düşüncesinde şu görüşleri dile getirmiştir: "Vergi dairesince yapılan temyiz başvurusu üzerine Danıştay 3. Dairesince vergi mahkemesi kararının bozulmasının, re'sen araştırma kuralı esasları hakim olan idari yargılama usulünde, özel hukuk hükümlerine göre, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'na dayanılarak yargı içtihatlarıyla ortaya koyulan 'usulü müktesep hak' kuralının

Biz de yukarıdaki tespitlere aynen katlıyoruz. Zira taraf iradelerinin hakim rol oynadığı ve özel hukuk kişilerinin çatışan subjektif haklarının çözüme kavuşturulduğu¹⁷¹ medeni yargılama hukukunda dahi, kamu düzeni gerekçesiyle usulü kazanılmış hakka birçok istisna tanınmış olduğunu yukarıda görmüştük. Örneğin, Yargıtay, “*Bozma nedenlerinin kamu düzenine ilişkin ve dolayısıyla hâkimin kendiliğinden (re’sen) göz önünde bulundurulması gereken sebeplerden olmaması halinde, taraflar veya vekilleri bozma kararına uyulmasını istemişlerse artık mahkemece önceki kararda direnilemez*”¹⁷² diyerek, taraf iradelerine de, ancak kamu düzeni ile çatışmadığı ölçüde uyulabileceğine karar vermiştir. Şu halde, kamu düzeninden sayılan ve re’sen göz önünde bulundurulması gereken hususlarda, tarafların bozmaya uyma yönündeki iradelerinin hiçbir rolü bulunmamaktadır.¹⁷³

Yargılamayı tarafların değil, hâkimin yönetip yürüttüğü¹⁷⁴ idari yargılama usulünde yargılamayla ilgili birçok durum kamu düzeninden sayılmakta, dolayısıyla re’sen inceleme ve araştırma konusu yapılmaktadır.¹⁷⁵ Bu durum, yargılama usulleri ile bu usuller uygulanarak çözümlenen uyuşmazlık ve davaların niteliği arasında sıkı bir bağ bulunması gereğinin doğal bir sonucudur.¹⁷⁶ Nitekim uygulamaya bakıldığında, kesin birtakım kriterler koymak ve bir tasnif yapmak güç olmakla birlikte; Danıştay’ın görev, yetki, süre, tarafların ehliyeti, davanın konusu, idari merci tecavüzü, dava dilekçesinin kanuna uy-

özellikle vergilendirmeye ilgili uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulamaz.”, (Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu’nun, 05.06.1998 tarih ve E. 1996/297, K. 1998/116 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 98, s. 119.

¹⁷¹ Necmeddin M. Berkin, *Medeni Yargılama Hukuku Esasları*, Hamle Matbaası, İstanbul 1969, s. 17; Pekcanitez/Atalay/Özekes, *a. g. e.*, s. 52-53.

¹⁷² Hukuk Genel Kurulu’nun 27.06.1990 tarih ve E. 1990/6-293, K. 1990/400 sayılı kararı, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, Aralık 1990/12, s. 1759-1760 (Muşul, *a. g. e.*, s. 498.)

¹⁷³ İdari yargılama usulünde de, kamu düzeninden sayılmayan hallerde, tarafların bozmaya uyulmasını istemeleri halinde, mahkemenin buna uyması gerektiği yönünde görüşler vardır (Bkz, Yenice/Esin, *a. g. e.*, s. 731).

¹⁷⁴ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt III, Hak Kitabevi, İstanbul 1966, s. 1941; Gözübüyük/Tan, *a. g. e.*, s. 766.

¹⁷⁵ Erçetin Yorgancıoğlu, “Danıştay Yargılama Usulünde Re’sen İnceleme Yetkisi”, *İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I*, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara 1976, s. 228. hukukumuzda ve Fransız Hukuku’nda yer alan re’sen araştırma ilkesinin eksik ve yetersiz olduğu; davayı aydınlatmaktan ve özellikle taraflara tezlerini savunmak bakımından yeterince imkân ve fırsat tanımadığı yolundaki eleştiriler ve çözüm önerileri için bkz: Güran, *a. g. e.*, s. 136-163 (özellikle, 145 vd.).

¹⁷⁶ Günday, *a. g. m.*, s. 79; Güran, *a. g. e.*, s. 147.

gunluğu gibi ön inceleme konuları ile alt idari yargı mercilerinin yargılama usulü kurallarına uyup uymadıklarına ilişkin konuları daima kamu düzeninden saydığı ve re'sen göz önünde tutulması gerektiğine karar verdiği görülmektedir.¹⁷⁷ Aynı şekilde, davanın esası ile ilgili olarak da; iptal davasında hukuka aykırılık nedeni olarak, amaç unsuru dışındaki diğer sebeplerin re'sen inceleme ve araştırma konusu yapıldığı, ayrıca tam yargı davalarında da, kusursuz sorumluluk halinin kamu düzeninden sayıldığı ve kendiliğinden göz önünde bulundurulduğu bilinen bir husustur.¹⁷⁸ Hukuk yargılama usulünden büyük farklılıklar arz eden bu durumun sebebi ise; bilindiği ve bu çalışmada da çeşitli kereler ifade edildiği üzere, idari yargıda görülen davaların kökeni, tarafları, konusu, amaç ve neticeleri itibariyle özel hukuk davalarından çok farklı olmasından kaynaklanmaktadır.¹⁷⁹ Dolayısıyla, idare yargı, bir uyuşmazlık ya da dava bir kez önüne getirildikten sonra davacının sadece istem sonucu ile bağlı olup, bunun dışında taraflarca ileri sürülen iddia ve savunmalarla ve getirilen kanıtlarla bağlı olmaksızın adil ve isabetli bir kararın verilebilmesi için gerekli olan her türlü araştırmayı talep üzerine veya kendiliğinden yapabilmektedir.¹⁸⁰ İdari yargıcın bu yetkisinin, kanun yolları da dahil olmak üzere, davanın açıldığı andan nihai karar verinceye dek yargılama sürecinin her evresini içine aldığı eklemek gerekir.¹⁸¹ Zaten, hâkimi bir spor müsabakasının hakeminden ve yargılamayı da bir körebe oyunundan

¹⁷⁷ Bu konuda daha fazla bilgi ve ilgili Danıştay kararları için bkz, Yorgancıoğlu, *a. g. m.*, s. 229-231.

¹⁷⁸ Cüneyt Ozansoy, "İdarenin Kusurlu Sorumluluğundan Kusursuz Sorumluluğuna", *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı* 2000, 12-16 Ocak 2000, Ankara Kitap 1, s. 373.

¹⁷⁹ Onar, *a. g. e.*, s. 1941; Güran, *a. g. e.*, s. 147 vd.; Günday, *a. g. m.*, s. 79.

¹⁸⁰ Günday, *a. g. m.*, s. 80; Güran, *a. g. e.*, 149.

¹⁸¹ Yorgancıoğlu, *a. g. m.*, s. 219; Gözübüyük/Tan, *a. g. e.*, s. 766-769; Erkut, *a. g. e.*, s. 67-68. Bu usulün eksik ve yetersizliğine ilişkin eleştirel bir yaklaşım için bkz: Güran, *a. g. e.*, s. 146 vd. Yazar özetle şöyle demektedir: "Tarafların ileri sürdüğü maddi ve hukuki sebepler ve delillere bağlı olmaksızın, gerekli gördüğü tüm inceleme ve araştırmayı re'sen yapabilen, esas itibariyle yazılı olup, en sonunda sınırlı ve adeta fonksiyonsuz bir duruşmadan ibaret sözlü safhadan müteşekkil yargılama usulü ve yetkileri ile bu idari yargılama usulünün, bütün cazip görünüşüne rağmen, 'tam ve yeterli' bir tartışma imkanı sağlamaktan uzak olduğu kanısını taşıyoruz. Davacının, harekete ivmeyi verdikten sonra, adeta uyuşmazlıkta saf dışı edildiği, davasının idare mahkemesinin sanki veli, vasi, davanın esas sahibi gibi *el koyup sonuçlandırdığı* bu usule başlıca itirazlarımız şunlardır:" diyerek, devamında bu usulün, idari yargıda görülen davaların davacının menfaati yanında hukuk devletini gereklerini karşılayarak bakımından toplumun menfaatini de hizmet ediyor olması hususuyla yeterince bağdaşmadığını belirtmektedir.

ayıran da bu özelliklerdir ki; bunların giderek artan ölçüde hukuk yargılamasında da yer bulmaya başladığı kolayca gözlemlenebilir.¹⁸²

Esasen idari yargıcın yargılama usulündeki rolü, bu yargılama hukukunun ortaya çıkmasından beri sürekli yükselen bir grafik çizmiştir. Bunda, ilgili yasal düzenlemeler kadar, rolünün bilincinde olan idari yargıcın hukuk yaratma faaliyeti de etkili olmuştur. Öyle ki; idari yargıç, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göndermede bulunduğu (m. 31) hallerde dahi ilgili hukuksal kurum ve düzenlemeleri olduğu gibi ve medeni yargılama hukukunda uygulandığı şekliyle değil ve fakat idari yargılama usulünün genel karakteriyle uyuşacak şekilde uygulamasını bilmıştır. Örneğin, Danıştay'ın henüz istikrar kazanmamış olmakla birlikte,¹⁸³ davacının davasından yahut temyiz talebinden feragat etmesini, her zaman davayı yahut temyiz incelemesini sona erdirmeyi gerektiren bir neden olarak kabul etmediği görülmektedir. Halbuki bilindiği üzere, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun göndermede bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 95. maddesine göre, davacının feragati kesin hükmün sonuçlarını doğurur. Dolayısıyla, medeni yargılama hukukunda davacının davasından vazgeçmesi her durumda davanın ortadan kalkması sonucunu yarattığı halde, idari yargılama usulünde böyle bir sonucun doğması, Danıştay kararlarına göre, ancak davada kamu yararının ağır basmadığı durumlarda söz konusu olabilir.¹⁸⁴ Yani, bir iptal davasında davacının kişisel menfaati ikinci plandaysa, diğer bir ifadeyle, kamu yararı baskınsa, davacının davasından feragat etmesi, davanın ortadan kalkması sonucunu doğurmaz.¹⁸⁵ Nitekim doktrinde de, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun feragate ilişkin hükümlerinin aynen uygulanmasının olanaksız olduğu belirtilmektedir.¹⁸⁶

Görüldüğü üzere, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesiyle açıkça yollamada bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümlerinin dahi idari yargılama usulünün özel-

¹⁸² Güran, *a. g. e.*, s. 141-142; Pekcanitez/Atalay/Özeker, *a. g. e.*, s. 50-54.

¹⁸³ Danıştay'ın bu konudaki farklı kararları ve çok sayıda örnek için bkz, Celâl Karavelioğlu, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Cilt II, 5. Baskı, 2001 (yayınevi ve basım yeri yok), s. 1365-1380.

¹⁸⁴ Azrak, *a. g. m.*, s. 335; Günday, *a. g. m.*, s. 85.

¹⁸⁵ Azrak, *a. g. m.*, s. 335.

¹⁸⁶ Günday, *a. g. m.*, s. 85.

likleriyle bağdaştığı ölçüde ve şekilde uygulanması gerektiğini kabul eden Danıştay ve doktrinin, muhtemelen hukuk yargılaması usulündeki uygulamanın etkisi altında kalarak, idari yargılama usulünün yapısı ve özellikleriyle hiç de bağdaşmayan usulü kazanılmış hak kurumunu benimsemesi, bu konudaki genel tutumuyla da uyum içinde değildir.

Sonuç

Mevzuat hükümleri, bir hakkın doğum koşullarını ya da doğmuş bir hakkın sonuçlarını değiştirdiği zaman, önceki kuralların yürürlükte bulunduğu sırada doğmuş bulunan bu hukuksal sonuçların korunması için kazanılmış hak kavramına başvurmak zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Çünkü eğer kazanılmış hak kavramı olmasaydı, yeni kurallar yürürlüğe girdikten sonra yeni kuralların düzenleme alanı ve konusuna giren eski bütün hukuki durumların gözden geçirilmesi gerekecekti. Böyle bir durumun hukuki istikrarı zedeleyeceği, hukuki güveni sarsacağı ve sonuç olarak düzeni bozacağı gerekçesiyle kazanılmış hak fikri ortaya atılmıştır. Aynı şekilde, idarenin yapmış bir idari işlemi geri alması yahut kaldırması halinde de, bu işlemin yürürlüğü sırasında elde edilen hak ve hukuki statüler kazanılmış hak kuramına başvurularak korunmak istenmiştir.

Yukarıdaki durum gibi, bir ülkede yasalara uygun olarak elde edilen hakların yahut hukuki durumların etki ve sonuçlarını, söz konusu hakların yahut hukuki statülerin ortaya çıkmasını ve kazanılmasını değişik koşullara bağlayan bir mevzuata sahip başka bir ülkede ileri sürülmesi söz konusu olunca, yine kazanılmış hak kavramına başvurma ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Böylece, üçüncü bir ülkede, başka bir ülkede farklı koşullara uygun olarak elde edilen hak ve hukuki durumların/statülerin etkilerini sürdürebilmeleri sağlanmış olmaktadır.

Ne var ki, bu yöndeki kabul ve uygulamalar kolay ve sorunsuz olmamıştır. Gerçekten de, kazanılmış hakkın anlamı ve kapsamı ile sınırları ve hatta bizatihi kendisi hep tartışma konusu olagelmiş ve farklı bakış açılarının ortaya çıkmasına yol açmıştır.

Yargı yerleri ise, pratik bir yöntem izleyerek önlerine gelen somut uyuşmazlıkların özellik ve koşullarını değerlendirerek kazanılmış bir hakkın olup olmadığına karar vermeyi yeğlemişlerdir. Dolayısıyla, bu

alanda teorik kuramlar ve birtakım prensipler yaratmak yerine, genellikle somut durumlara göre farklı değerlendirme yapabilme hakkını kendilerinde saklı tutacak şekilde, ampirik bir metotla karar vermektedirler. Yargı yerlerini bu şekilde bir tutum takınmaya, kazanılmış hak kavramının kendisiyle açıklandığı kamu hizmeti, kamu yararı gibi çok tartışmalı konulara girmek istememesi yol açmış olabilir.

Ancak, yukarıdaki her iki durum da maddi hukuk alanına ilişkindir. Bunun yanında, bir de usulü kazanılmış haktan söz edilmektedir ki, bu da bütünüyle yargısal içtihatların ürünüdür.

Yargılama hukuku alanında başvuru usulü kazanılmış hak kavramı ve kurumu, içerdiği mantık bakımından maddi hukukta başvuru kazanılmış hak kuramına dayanmakta ve hatta oradan ödünç alınarak yahut ithal edilerek bu alanda uygulamaya sokulmuş ise de, yargılama sürecinde karşılaşılan teknik ve güncel hukuksal sorunların aşılması amacıyla kabul edildiğinden; esas itibarıyla, bu işlevi yerine getirebilecek bir yapı ve özelliğe bürünmüştür.

Buna göre, bozma kararına uymak, o kararda gösterilen fiili ve hukuki bütün esasların doğru olduğunu kabul etmek demektir. Bu itibarla, bozma kararına uyan mahkeme, ancak bozmada gösterilen esaslara uygun olarak işlem yapmak ve hüküm vermek mecburiyetindedir. Uyulan bozma kararında gösterilen fiili veya hukuki sebepler bilfarz yanlış olsa bile, artık bunları ne mahkeme, ne de temyiz mercii yeniden inceleyemez; zira bozma kararına uyulmakla taraflardan birisi lehine ve öteki aleyhine olmak üzere, usulü kazanılmış hak meydana gelmiştir.

Usulü kazanılmış hak olarak adlandırılan ve gerek medeni yargılama hukukunda ve gerekse idari yargılama hukukundaki hukuksal dayanağını kanundan değil, yargısal içtihatlardan alan bu yargılama hukuku enstrümanı, medeni yargılama hukukunda dahi uygulanabilirliğini tartışma konusu olmaktan kurtaramamışken; idari yargılama hukukunda da kendine bir yer edinmeye başlamıştır. Fakat bu yargılama usulünün genel yapısı ve özellikleri karşısında; biz, bu hukuki müessesenin bu alanda kesinlikle kabul edilemez ve uygulanamaz olduğu kanaatindeyiz.

Zira söz konusu kavram ve kurumun uygulanması birçok durumda taraf iradeleriyle ortaya çıkmakta ve şekillenmekte ve aynı şekilde

birçok durumda hakkın yahut esasın şekle feda edilmesi sonucunu doğurabilmektedir. Yargılamanın, esas olarak taraf iradeleriyle ve işlemleriyle yönetilip yürütüldüğü ve özel çıkarların dava konusu edildiği medeni yargılama hukukunda bu sonuç bir ölçüde kabul edilebilirse de; aynı şeyin, hukuka uygunluk denetiminin asıl amaç olduğu ve kişisel yarar ile kamusal yararın dengelenmeye çalışıldığı İdari yargılama hukukunda kabul edilemeyeceği ortadadır.

Çünkü idari yargı hâkimi tarafından verilen kararın yalnızca davacıyı tatmin etmek için değil, esasen hukuka dayalı idare ilkesinin yerleşmesi ve hukuk devletinin korunması için verildiği bilinen bir husustur. Hal böyle olunca; bu denetimin tarafların iddia ve savunmalarıyla, ezcümle onların işlem ve tasarruflarıyla sınırlandırılmayacağı açıktır. Aksi kabul edildiği takdirde; tarafların yargılama sürecindeki rolü ve etkinliği hâkiminkine baskın gelecektir ki, bu sonucu ise, ne idari yargının varlık sebebiyle ve ne de ortaya çıktığından bu yana hâkimin yargılamadaki rolünün giderek ağırlık kazanması şeklinde doğrusal bir seyir izleyen idari yargılama usulünün amaç ve işleviyle bağdaştırmaya olanak yoktur.

Hâkimin büyük ölçüde tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlı olması nedeniyle medeni yargılama usulünde ortaya çıkabilmenin uygun zeminini yakalamış olduğu anlaşılan bu müessesenin, yargısal denetimden beklenen yararın azami ölçüde sağlanabilmesi için kabul edilmiş bulunan ve bu bağlamda idari yargılama usulünün en önemli araçlarından biri olan re'sen araştırma ilkesi karşısında idari yargılama hukukunda uygulanamayacağı/uygulanmaması gerektiği fikrindeyiz. Aksine bir kabul; idari yargılama usulünün genel ve müstakil niteliğinin inkârı anlamına gelecek ve dolayısıyla, idari yargı denetiminin içinin boşalmasına yol açması kaçınılmaz olacaktır. Hatta daha fazlası da söylenebilir: böyle bir durumda, adli yargı idari yargının bulunmayışından kaynaklanacak boşluğu kolayca doldurabilecek ve ona gerek dahi bırakmayabilecektir.

Bu vesileyle daha temelli bir soruna işaret etmek isteriz ki; esasen, idari yargının bütün kurum ve kurallarıyla tam olarak gerçekleşebilmesi ve adli yargının etkisinden kurtulabilmesi için; özellikle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na yapılan atıfların kaldırılarak, tümüyle kendine has kuralların konulması ve böylece idari yargıda idari

yargıya özgü kurallarının egemen kılınması, gerçek anlamda bir idari rejimden bahsedebilmesinin zorunlu ön şartlarından dır.

Zira Erkut'un da haklı olarak belirttiği gibi, özel hukukta, kural olarak, yargılama usulü tarafların sübjektif nitelikteki haklarının korunmasının sağlanması amacına yönelik olarak düzenlenmiş ve esas olarak yargılamaya –en az yargıç kadar– tarafların da egemen olduğu bir yargılama hukuku modeli benimsenmiştir. Oysa idari yargıda, sadece idari yargıcın egemen olduğu ve bu bağlamda da “re’sen yargılama” usulünün kabul edildiği bir yargılama rejimi söz konusu olup; bu yargılama rejimi altında idare yargıcının “hukukun ne olduğunu belirleme yetkisi”ni kısıtlayacak hiçbir usulü müessesenin uygulanabilme yeteneğinin olmadığını ifade etmek gerekir.¹⁸⁷

KAYNAKLAR

- Akgündüz, Güzin/Saltık, Saadetin, “Usul Hukukunda Kazanılmış Hak”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 2, 1993.
- Aksoylu, Özge, “Yargıcın Bakış Açısıyla İdare Hukukunda ‘Kazanılmış Hak’ Kavramı”, Yıldızhan Yayla’ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No: 4, Birinci Baskı, İstanbul 2003.
- Alangoya, H. Yavuz/Yıldırım, M. Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, 4. Bası, Alkım, İstanbul 2004.
- Alpar, Erol: “İdare Hukukunda Kazanılmış Hak Kavramı ve Uygulaması”, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Sayı: 15.
- Aral, Kenan, Danıştay Muhakeme Usulü, Sevinç Matbaası, Ankara 1965.
- Azğur, Fuad, Gerekeçeli Yeni Danıştay Kanunu ve Önemli İçtihatlarla İdari Yargılama Usul ve Esasları, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1965.
- Azrak, A. Ülkü, “İptal Davalarının Objektif Niteliği”, *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı* 2000, 12-16 Ocak 2000 Ankara Kitap 1.
- Berkin, Necmeddin M., Medeni Yargılama Hukuku Esasları, Hamle Matbaası, İstanbul 1969.
- Bilge, Necip/Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Üçüncü Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1978.
- Candan, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara 2005.
- Coşkun, Sabri/Karyağdı, Müjgan, İdari Yargılama Usulü, Örnek İçtihatlar-Yorumlar, Seçkin, Ankara 2001.

¹⁸⁷ Erkut, a. g. e., s. 258.

- Çağlayan, Ramazan, *İdari Yargıda Kanun Yolları*, Seçkin, Ankara 2002.
- Duran, Lûtfi, *İdare Hukuku Meseleleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1964.
- Erkut, Celâl, "İdari Yargının Yeniden Yapılandırılmasında Yargılanma Hukuku Kurallarının Etkinleştirilmesi Sorunu", *İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu*-Ankara 11-12 Mayıs 2001, *Danıştay Başkanlığı Yayını*, Ankara 2003.
- Erkut, Celâl, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı*, Yenilik Basımevi, İstanbul 2004.
- Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut, *İdare Hukuku Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku*, Güncelleştirilmiş Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.
- Günday, Metin, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı", *İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu*-Ankara 11-12 Mayıs 2001, *Danıştay Başkanlığı Yayını*, Ankara 2003.
- Güran, Sait: Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay Üzerine Yapısal Bir Deneme, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Enstitüsü Yayını*, İstanbul 1977.
- Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı, Adalet Bakanlığı, Ankara 2006.
- Karavelioğlu, Celâl, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Cilt II, 5. Baskı, 2001 (yayınevi ve basım yeri yok).
- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt: IV, İlaveli Beşinci Baskı, Evrim Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 1991.
- Kuru, Baki, "Usulü Müktesep Hak", *Recai Seçkin'e Armağan*, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını*, Ankara 1974.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, *Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)*, Yetkin Yayınları, Değiştirilmiş 18. Baskı, Ankara 2007.
- Muşul, Timuçin, "Medeni Yargılama Hukukunda Ara Kararları", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 4.
- Muşul, Timuçin, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul 2002.
- Odyakmaz, Zehra, *Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, Alfa, 1.Baskı, İstanbul 1993.
- Odyakmaz, Zehra, "İdari Yargıda Hakim ve Savcı Adaylarının Eğitimi", *Türk Hukuk*, Sayı: 74, Nisan, 2003, *Türk Hukuk Enstitüsü Yayını*.
- Odyakmaz, Zehra, "İdari Yargı İle İlgili Öneriler", *İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu*-Ankara 11-12 Mayıs 2001, *Danıştay Başkanlığı Yayını*, Ankara 2003.
- Oğurlu, Yücel, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, Seçkin, Ankara 2003.
- Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt: I,III, Hak Kitabevi

vi, İstanbul 1966.

Ozansoy, Cüneyt, "İdarenin Kusurlu Sorumluluğundan Kusursuz Sorumluluğuna", *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı* 2000, 12-16 Ocak 2000, Ankara Kitap 1.

Özay, İl Han, *Günüşiğinde Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.

Özyörük, Mukbil, *İdare Hukuku Dersleri (1972-1973, Teksir)*, Ankara 1972.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, *Medeni Yargılama Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2007.

Seviğ, Vedat R., "Türkiye'nin Devletler Hususi Hukuku Sisteminde Müktesep Haklar Nazariyesinin Tatbik Şartları", *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: XXVIII, Sayı: I, 1962.

Postacıoğlu, İlhan E., *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Genişletilmiş 5. Bası, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını*, İstanbul 1970.

Tan, Turgut, *İdari İşlemin Geri Alınması*, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını*, Ankara 1970.

Tolon, Kemal Doğu, "İptal ve Tam Yargı Davalarında Kazanılmış Hak", *İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler-III*, *Danıştay Başkanlığı Yayını*, Ankara 1980.

Tuncay, Aydın H./Özdeş, Orhan/Başpınar, Recep, "İdari Yargılama Usulü", *Yüzyıl Boyunca Danıştay*, *Danıştay Başkanlığı Yayını*, İkinci Baskı, Ankara 1986.

Üstündağ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, Cilt: I-II, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Bası, Nesil Matbaacılık, İstanbul 2000.

Üstündağ, Saim, "Temyizin Nakzından Sonraki Hukuki Durum", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C: XXVIII, Sayı: 1, 1962.

Yenice, Kâzım/Esin, Yüksel, *İdari Yargılama Usulü*, Cilt 2 (Açıklamalı-İzahatlı-Notlu), (yayınevi yok) Ankara 1983.

Yıldırım, M. Kâmil, "Medeni Yargılama Hukukunda Reformatio In Peius Yasası", *Facultatis Decima Anniversaria*, 10. Yıl Armağanı, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını*, İstanbul 1993.

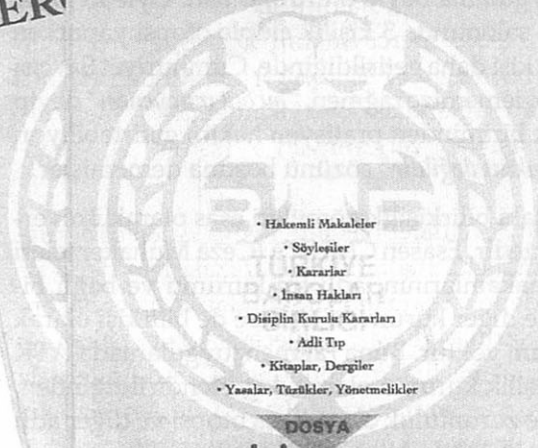
Yorgancıoğlu, Erçetin, "Danıştay Yargılama Usulünde Re'sen İnceleme Yetkisi", *İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I*, *Danıştay Başkanlığı Yayını*, Ankara 1976.

Zabunoğlu, Yahya K., *İdari Yargı Hukuk Dersleri (1980-1981, Teksir)*, Ankara 1981.

TÜRK
BARO
DERGİSİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-2404



- Hakemli Makaleler
- Söyleşiler
- Kararlar
- İnsan Hakları
- Disiplin Kurulü Kararları
- Adli Tıp
- Kitaplar, Dergiler
- Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler

DOSYA

YENİ İŞ YASASI Görüşler - Değerlendirmeler

01.05.2003

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'ne
abonelik için;

arayın: **(0212) 210 0 110**

ya da tıklayın:

www.abonet.net

abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10

3628 SAYILI MAL BİLDİRİMİNDE BULUNULMASI, RÜŞVET VE YOLSUZLUKLARLA MÜCADELE KANUNU'NA ELEŞTİREL BİR BAKIŞ VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Hüsamettin UĞUR*

*“milyonla çalan cemiyete ser-efraz
bir kuruşu mürtekinin çayı kürektir”*
(Ziya Paşa)

Giriş

Yolsuzluğun en yaygın ve basit tanımı Dünya Bankası tarafından “*kamu gücünün özel çıkarlar amacıyla kötüye kullanılması*” şeklinde ifade edilmiştir. Yozlaşma ve yolsuzluk olguları anlam olarak birbiri içine geçmiş olup, yozlaşma yolsuzluğa, yolsuzluk da yozlaşmaya neden olmakta ve birbirini tetikleyici etkileri bulunmaktadır.¹

Ülkemizde 129 adet denetim birimi bulunmakta, denetim elemanlarının sayısı on üç bini bulmaktadır. Bu dağınıklık nedeniyle, denetim çalışmaları içe dönük ve birbiriyle ilişkisiz olmakta, denetim birimleri arasındaki koordinasyon, diyalog ve işbirliği imkanları kullanılamamakta, ortak denetim standartları ve yaklaşımları sergilenememekte, denetim mesleğindeki yenilikler ve gelişmeler yeterince takip edilememektedir. Bu da denetimde mükerrerlikler ve denetim dışı kalan alanlar doğurmakta, dolayısıyla denetimin etkinliği azalmaktadır.²

* Yargıtay Tetkik Hakimi.

¹ Özsemerci, Kemal, Türk Kamu Yönetiminde Yolsuzluk ve Yozlaşmanın Kültürel Altyapısı, *Danıştay Dergisi*, Sayı 63 (<http://www.yolsuzluklamucadele.org/der58m1.pdf>).

² Rifat Hisarcıklıoğlu, Kamu Mali Yönetim Reformu Arenası, *STEAM*, 10-11 Temmuz 2002, s. 17.18.

Yolsuzluğun, yasaları göz ardı edilerek yapılmasına karşı denetimin, ortaya koyduğu sonuçları kanıtlara dayandırmak yani ulaştığı sonuçlar nesnel, tarafsız ve güvenilir olmalıdır. Yolsuzluğun kuralsızlığına karşı denetimin yasallığı, hususiyle de kanıtlara dayanma zorunluluğu denetimin hareket alanını sınırlamaktadır. Yapılması gerekenlerden birisi, mali işlemlerin bütün aşamalarının sağlıklı bir kayıt sistemine dayandırılmasıdır. Bu noktada bilişim sistemlerinden kamu idareleri olarak faydalanmak daha da önemli hale gelmektedir.³

Kamu yönetiminde yolsuzluk ve yozlaşmanın önüne geçebilmek için, adalet, eşitlik şeffaflık ve hesap verebilirlik ilkelerine dayalı bir kültürel altyapının kamuda kurumsallaştırılması gerekir. Bunun gerçekleştirilebilmesi ise, etik ilkelere bağlı, kamu yararını her şeyin üstünde tutan kamu görevlileri ve politikacıların varlığına bağlıdır. Nihai planda ise, yolsuzluk olaylarının önüne set çekebilmek, iş başındaki görevlilerin ahlaki donanımlarının son derece yüksek olmasıyla mümkündür. İyi insanlara iyi yasalar ve iyi yasalara iyi insanlar destek olmadıkça yolsuzluklar olmaya devam edecektir. Ancak iyi kamu görevlileri olmasının yolu da eğitimden geçmektedir.⁴

İnsan için asıl olan sağlığın korunması olmakla birlikte bütün tedbirlere rağmen vücudun hastalanması halinde nasıl ki cerrahi operasyon dahil her türlü yöntemle başvurulmaktadır. Toplumların örgütlenmiş şekli olan devlette de asıl olan bütün organların sağlıklı bir işleyiş içinde olmasıdır. Fakat bütün koruyucu tedbirlere karşın bazı organlar hastalanıp görevini yapamaz hale gelmişse idari ve adli her türlü yöntemle başvurulmalıdır. Aksi halde hastalık bütün vücuda yayılır ve insan için kaçınılmaz olan sonuç toplum ve devletler için de gerçekleşir.

Bu çalışmanın konusu 19.04.1990 tarih ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'dur. Gerek kanunun kendisinden doğan gerekse uygulamada yaşanan sorunlar nedeniyle kanunun, amacına hizmet etmediği göz önüne serilerek çözüm adına bazı önerilerde bulunulacaktır. Çünkü uygulamada haksız mal edinme suçu ani suçlardan sayılıp, suç tarihinin malın edinim tarihi kabul edilmesi ile bu suçların zamanaşımına uğraması ve

³ Figen Altuğ, Mali Denetim, Ezgi Kitabevi Yayınları, Bursa 2000, s. 3'den aktaran Kuluçlu, Erdal, Yönetimin Denetiminden Denetimin Yönetimine, *Danıştay Dergisi*, Ekim, Kasım 2006, Sayı 63, s.

⁴ Özsemerci, Kemal, a. g. m.

sonuçta haksız edinilen malların da müsaderesine karar verilememesi sonucu, yasama organının bu kadar önem vererek özel soruşturma usulüne tabi kıldığı ve öngörülen cezalar için erteleme ve paraya çevirme yasağı getirdiği suçlar yaptırımsız kalmakta ve kanun uygulamada bekleneni verememektedir.

3628 Sayılı Kanunun Çıkarılmasının Gerekçeleri

19.04.1990 tarih ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun amacı, 1. maddesinde *"rüşvet ve yolsuzluklarla mücadele cümlesinden olarak; bu kanunda sayılanların mal bildiriminde bulunmalarını, bildirimlerin yenilenmesini, mal edilmelerinin denetimiyle, haksız mal edinme veya gerçeğe aykırı bildirimde bulunma halinde uygulanacak hükümleri, bu kanunda belirlenen suçlarla bazı suçlardan dolayı kamu görevlileri ve suç ortakları hakkında takip ve muhakeme usulünü düzenlemek"* şeklinde açıklanmıştır.

Kanunun genel gerekçesinde⁵ belirtildiği gibi kamu görevlilerinin mal bildiriminde bulunmaları işlemlerine ve bununla ilgili müeyyidelere işlerlik kazandırmak, Cumhuriyet savcısına izin almadan takibat yetkisi vermek, rüşvet ve yolsuzlukla mücadele olaylarının aydınlatılmasına yardımcı olanlara ikramiye vermek ve bu suretle rüşvet ve yolsuzluklarla daha etkin mücadele edebilmek için bu kanun teklifinin hazırlandığı anlaşılmaktadır.

Yine anılan kanunun genel gerekçesine göre *"rüşvet ve yolsuzluk fiilleri devleti zafiyete uğratan sosyal bir yarıdır. Bununla mücadele için getirilen 09.08.1983 tarih ve 2871 sayılı Kamu Görevlileri ile İlgili Mal Bildirme Kanunu uygulamada istenilen sonucu sağlayamamıştır."*

Devleti zafiyete uğratan ve sosyal bir yara olan irtikap, rüşvet, ihtilas, zimmet, görevi kötüye kullanmak gibi suçlarla mücadelede istenilen sonucun sağlanamamasının bir nedeni de memurlar ve suç ortaklarının soruşturma ve yargılama usulünü düzenleyen 15.05.1930 tarih ve 1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun idi.

Anılan kanunun 1. maddesine göre, irtikap, rüşvet, ihtilas, zimmet, gerek doğrudan doğruya ve gerek memuriyet vazifesini suiistimal

⁵ TBBM Tutanak Dergisi, Dönem 18, 3. Yasama Yılı, 104. Birleşim, s. 61.

ederek kaçakçılık, resmen vuku bulan müzayede ve münakasalara ve alım satıma fesat karıştırma ve devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme veya bu suçlara iştiraktan sanık olan memurlar hakkında Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat hükümleri uygulanmayıp, belirtilen suçların faileri hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapma imkanı tanımakla birlikte bu suçlardan haberdar olan Cumhuriyet savcılarını sanığın ifadesini almaksızın durumu kanunda belirtilen idari makama bildirerek soruşturmaya devam etmekte ancak dava açabilmek için izin istemekteydi. İznin verilmemesi halinde kovuşturma yapılamaması sebebiyle kanunun etkinliği ve istisnai özelliği sağlanamamaktaydı.

Yukarıda özetlenen gerekçelerle 4 Mayıs 1990 tarihinde yürürlüğe giren 3628 sayılı kanun ile 09.08.1983 tarih ve 2871 sayılı Kamu Görevlileri ile ilgili Mal Bildirimi Kanunu ile 15.05.1930 tarih ve 1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

3628 Sayılı Kanuna Genel Bir Bakış

5 bölümden oluşan kanunun “*Genel Hükümler*” başlıklı 1. bölümünün 1. maddesinde kanunun amacı açıklanmıştır. Buna göre kanunun amacı; rüşvet ve yolsuzluklarla mücadele cümlesinden olarak; ...bu kanunda belirlenen⁶ suçlarla bazı suçlardan dolayı kamu görevlileri ve suç ortakları hakkında takip ve muhakeme usulünü düzenlemektir.

2. maddesinde mal bildiriminde bulunacaklar tek tek sayılmıştır. Burada dikkati çeken ilk husus; her tür seçimle iş başına gelen kamu görevlileri⁷ ve dışardan atanan bakanlar kurulu üyeleri sayıldıktan

⁶ TBMM genel kurulunda “*bu kanunda belirlenen*” yerine “*kamu görevlileri*” ifadesi kullanılarak 1. maddenin devamındaki kamu görevlileri ve suç ortakları ifadesiyle uyumlu hale getirilmesi ve böylece 2. maddedeki genişliğe zemin hazırlamanın önlenmesi önerilmiş ancak önerge reddedilmiştir. *TBBM Tutanak Dergisi*, Dönem 18, 3. Yasama Yılı, 104. Birleşim, s. 31.

⁷ Kanunun TBMM genel kurulunda görüşülürken “*her tür seçimle iş başına gelen kamu görevlileri*” tabirine Cumhurbaşkanı da dahil midir? Dahil ise mal bildirimini nereye yapacaktır? Sorusuna cevap olarak Adalet Komisyonu Başkanı; “*Cumhurbaşkanı da dahildir; çünkü, Cumhurbaşkanı da bir kamu görevlisidir. 2. sorunun cevabı için de 8. maddede açıklık vardır. 8. maddede Mal bildirimini verecek son merciler için, kendi kuruluşlarının özlük işleri ile ilgili makam veya merci... denmektedir*” şeklinde cevaplandırmıştır. Ayrıca bilinmelidir ki Cumhurbaşkanının mal bildiriminde bulunması

sonra Muhtarlar ve ihtiyar heyeti üyelerinin hariç tutulmasıdır. İkinci husus ise gazete sahibi gerçek kişiler ile gazete sahibi şirketlerin yönetim ve denetim kurulu üyeleri, sorumlu müdürleri, başyazarları ve fıkra yazarlarının da mal bildiriminde bulunmak zorunda tutulmasıdır. Kanun teklifinde ve Adalet Komisyonu raporunda yer almayan bu bent kanunun TBMM genel kurulunda görüşülmesi sırasında verilen bir önerge ile eklenmiştir.⁸

Kanunda açıkça gazete sahibi kişiler, yönetim ve denetim kurulu üyeleri, sorumlu müdürleri, başyazar ve fıkra yazarlarından söz edilmediğinden bunun kapsamını genişletmek mümkün değildir. Bu hükme göre gazetelerin fıkra (köşe yazarı) dışında kalan muhabirleri ile diğer süreli olan ve olmayan yayınların (kitap, dergi, yıllık vb.) sahipleri ve yazarları kanunun kapsamı dışındadır. Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin kararları da bu yöndedir.⁹

Gazete sahipleri, yöneticileri, sorumlu müdürleri ve yazarlarının bu kanun kapsamında olmasına halen de gerek duyuluyorsa mevcut düzenlemenin bugün için ihtiyaca cevap vermediğini söyleyebiliriz. Çünkü günümüz medya dünyası gazetelerden ibaret olmadığı gibi gazeteden daha etkili ve önemli medya kuruluşları da mevcuttur. Bu durumda Radyo, Televizyon, İnternet Medyası ve Dijital Platformların sahip ve yöneticileri ile sunucu ve/veya yorumcularının da bu kanun kapsamına alınması gerektiği açıktır. Ayrıca gazeteden kasıt nedir? Kanunda günlük veya haftalık gazete ayrımı yapılmadığına göre; haftalık periyotlarla çıkan bir gazetenin köşe yazarı bu kanunun kapsamında tutulup da haftalık çıkan dergilerin kapsam dışı tutulmasının anlamı var mıdır? Bu ayırım ne kadar anlamlıdır? Peki, haftalık gazetenin köşe yazarı ile günlük gazetelerin devamlı çizerlerinin farkı

tamamen ahlaki ve kamu yönetiminde saydamlık gereğidir. Yoksa Cumhurbaşkanı Anayasa'nın 105. maddesine göre sorumsuzdur ve ancak vatana ihanetten dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az dörtte üçünün vereceği kararla suçlandırılır.

⁸ TBBM Tutanak Dergisi, Dönem 18, 3. Yasama Yılı, 104. Birleşim, s. 35-39.

⁹ 3628 sayılı yasanın 6.maddesinin g bendinin "Gazete sahibi gerçek kişiler ile gazete sahibi şirketlerin yönetim ve denetim kurulu üyeleri ile sorumlu müdürleri, başyazarları ve fıkra yazarları"nın mal beyanında bulunacaklarını düzenlediği cihetle gazete niteliğinde olmayan Erguvan isimli derginin sahibi ve yazı işleri müdürü olan sanıkların mal beyanında bulunma zorunluluğu olmadığı gözetilmeden yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi yasaya aykırıdır (10.03.2005 Tarih ve 2003/7555 Es., 2005/1783 sayılı kanun).

nedir? En iyisi ne yazıyoruma ne de çiziyoruma karışmak! Aksi halde 3628 sayılı kanunun 8/p maddesi er geç metrukiyete¹⁰ uğrayacaktır.

Özel kanunlarına göre mal bildiriminde bulunmak zorunda olanlar da bu kanun hükümlerine tabidir.¹¹

Kanunun 3. maddesinin başlığı “*Hediye*” olup, 2. maddede sayılan kamu görevlilerinin, milletlerarası protokol, mücadele veya nezaket kaideleri uyarınca veya diğer herhangi bir sebeple, yabancı devletlerden, milletlerarası kuruluşlardan, sair milletlerarası hukuk tüzelkişiliklerinden, Türk uyruğunda olmayan herhangi bir özel veya tüzelkişi veya kuruluştan; aldıkları tarihteki değeri on aylık net asgari ücret toplamını aşan hediye veya hibe niteliğindeki eşyayı aldıkları tarihten itibaren bir ay içinde kendi kurumlarına teslim etme zorunluluğu getirilmiştir. Ancak yabancı devlet adamları ve milletlerarası kuruluş temsilcileri tarafından verilen imzalı hatıra fotoğraflarının çerçeveleri madde hükmü dışında tutulmuştur.

Kanun teklifinde 3. maddenin son cümlesi “*Ancak, imzalı hatıra fotoğraflarının çerçeveleri bu madde hükümlerine dahil değildir*” şeklinde iken verilen bir önergeyle mevcut şeklini almıştır.¹² Gerekece olarak da 3. maddenin 1. cümlesinde sayılan yabancı devletler, milletlerarası kuruluşlar, yabancı özel veya tüzelkişi veya kuruluşların herhangi birinin vereceği imzalı hatıra fotoğraflarının çerçeveleri değil, sadece yabancı devlet adamları ve milletlerarası kuruluş temsilcileri tarafından veri-

¹⁰ Kanunlar kural olarak ancak kanun koyucunun iradesi ile yürürlükten kaldırılır. Metrukiyete, kanunun hukuki yürürlüğünü ortadan kaldırmaz ise de, fiili yürürlüğünü yok eder. Örneğin basılı kağıtların kese kağıdı olarak kullanılmasını yasaklayan 3517 sayılı kanun metrukiyete uğramış gözükmetedir. (Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 1, s. 153, 252 vd.) 3517 sayılı kanunda 118 kanundan biri olarak 2 Mayıs 2007 tarihli *Resmi Gazetede* yayımlanan 5637 sayılı “*Uygulama İmkânı Kalmamış Bazı Kanunların Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanunla*” yürürlükten kaldırılmıştır. Birçok kimse de bu kanunların varlığından yürürlükte iken değil, yürürlükten kaldırılınca haberdar olmuştur.

¹¹ Örneğin 4628 sayılı kanunun 7. maddesine göre *Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu* üyeleri, 4733 sayılı kanunun 4. maddesine göre *Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurulu* üyeleri göreve başlama ve görevden ayrılma tarihlerinden itibaren bir ay içinde ve görevleri devam ettiği sürece her iki yılda bir, mal beyanında bulunmak zorundadır. 4734 sayılı *Kamu İhale Kanunu*’nun 53/f maddesine göre *Kamu İhale Kurulu* üyeleri göreve başlama ve görevden ayrılma tarihlerini izleyen bir ay içinde ve görevleri devam ettiği sürece her yıl genel mal beyanında bulunmak zorundadır. 3984 SK’nın 10. maddesine göre *RTÜK* üyeleri, her yıl Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına mal bildiriminde bulunurlar.

¹² *TBBM Tutanak Dergisi*, Dönem 18, 3. Yasama Yılı, 104. Birleşim, s. 39-41.

len imzalı hatıra fotoğraflarının çerçeveleri hediye kapsamı dışında tutulmak istenmesidir. Böylece yabancı devlet adamları ve milletlerarası kuruluş temsilcileri dışında kalan yabancı özel veya tüzelkişi veya kuruluşların herhangi birinin vereceği imzalı hatıra fotoğraflarının çerçeveleri değer itibariyle on aylık net asgari ücreti aşması halinde 2. maddede sayılan kamu görevlileri bir ay içinde kendi kurumlarına teslim etmek zorundadırlar.

Kanun teklifinde yer almayıp, Adalet Komisyonu'nda eklenen 3. madde, *"yukarıdaki maddede sayılan kamu görevlileri"* ifadesiyle başlamaktadır. Bundan maksat 2. maddede sayılan herkesi (en azından bu kanun açısından) kamu görevlisi mi kabul etmektedir? Yoksa 2. maddede sayılanlardan sadece kamu görevlilerini mi kastetmektedir? Her iki sorunun da akla gelmesi mümkün olmakla birlikte biz 3. maddenin kapsamına 2. maddede sayılan herkesin değil, sadece kamu görevlilerinin dahil edilmek istendiği düşüncesindeyiz. Çünkü 2. maddede sayılan herkes 3. madde kapsamına alınmak istenseydi *"yukarıdaki maddede sayılan kamu görevlileri"* gibi sınırlayıcı bir ifadenin kullanılmaması gerekirdi. Bir başka deyişle *"yukarıdaki maddede sayılanların"* denilmesi yeterliydi. Ayrıca cümlenin sonundaki *"kendi kurumlarına teslim etmek zorundadırlar"* ifadesinden de sadece *"kamu görevlilerinin"* kastedildiği anlaşılmaktadır. Aksi halde ifade bütünlüğü açısından *"kendi kurum, kuruluş ve şirketlerine teslim etmek zorundadırlar"* denilmesi gerekirdi. Bir gazete sahibinin *"kurumundan"* değil *"şirketinden"* söz edilebilir.

Buna göre;

- Yukarıdaki maddede sayılan kamu görevlileri,
- Milletlerarası protokol, mücadele veya nezaket kaideleri uyarınca veya diğer herhangi bir sebeple,
- Yabancı devletlerden, milletlerarası kuruluşlardan, sair milletlerarası hukuk tüzelkişiliklerinden, Türk uyruğunda olmayan herhangi bir özel veya tüzelkişi veya kuruluştan,
- Aldıkları tarihteki değeri on aylık net asgari ücret toplamını aşan hediye veya hibe niteliğindeki eşyayı aldıkları tarihten itibaren bir ay içinde kendi kurumlarına teslim etmek zorundadırlar.
- Ancak, yabancı devlet adamları ve milletlerarası kuruluş temsilcileri tarafından verilen imzalı hatıra fotoğraflarının çerçeveleri bu madde hükümlerine dahil değildir.

3. maddede “kamu görevlilerine, milletlerarası protokol, mücadele veya nezaket kaideleri uyarınca veya diğer herhangi bir sebeple, yabancı devletlerden, milletlerarası kuruluşlardan, sair milletlerarası hukuk tüzelkişiliklerinden, Türk uyruğunda olmayan herhangi bir özel veya tüzelkişi veya kuruluştan; aldıkları hediye veya hibeden” söz edildiğine göre hediye veya hibenin yurtiçinde veya yurtdışında verilmesi önemli değildir. Önemli olan hediye veya hibenin yabancı devletlerden, Türk uyruğunda olmayan herhangi bir özel veya tüzelkişi veya kuruluştan verilmiş olmasıdır. Bu halde örneğin yurtdışında Türk uyruğunda olan herhangi bir özel veya tüzelkişi veya kuruluştan verilen hediyeler 3. madde kapsamına girmeyecektir.

Burada neden yurtiçinde veya yurtdışında Türk uyruğunda olan herhangi bir özel veya tüzelkişi veya kuruluştan verilen hediyelerin kanun kapsamına alınmadığı düşünülebilir.¹³ Bütün kamu görevlilerini kapsamasa da 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 29. maddesinde¹⁴ *Hediye Alma, Menfaat Sağlama Yasağı*, 30. maddesinde¹⁵ de *Denetimindeki Teşebbüsten Menfaat Sağlama Yasağı* başlığıyla düzenlemeler mevcut olup anılan kanunun 125. maddesine göre disiplin cezası gerektirmektedir.

Ayrıca 25/05/2004 tarihli ve 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’la kurulan Kamu Görevlileri Etik Kurulu, kamu görevlilerinin görevlerini yürütürken uymaları gereken etik davranış ilkelerini hazırlayacağı yönetmeliklerle belirlemek, etik davranış ilkelerinin ihlâl edildiği iddiasıyla re’sen veya yapılacak başvurular üzerine gerekli inceleme ve araştırmayı yaparak sonucu ilgili makamlara bildirmek, kamuda etik kültürünü yerleştirmek üzere çalışmalar yapmak veya

¹³ Nitekim kanun teklifinin TBMM’de görüşülmesi sırasında yurt içinde alınan hediyelerin de kanun kapsamına alınmaması eleştirilmiştir.

¹⁴ Madde 29 - Devlet memurlarının doğrudan doğruya veya aracı eliyle hediye istemeleri ve görevleri sırasında olmasa dahi menfaat sağlama amacı ile hediye kabul etmeleri veya iş sahiplerinden borç para istemeleri ve almaları yasaktır.

(Ek fıkra: 25/05/2004 -5176 S.K./9. m.) Kamu Görevlileri Etik Kurulu, hediye alma yasağının kapsamını belirlemeye ve en az genel müdür veya eşiti seviyedeki üst düzey kamu görevlilerince alınan hediyelerin listesini gerektiğinde her takvim yılı sonunda bu görevlilerden istemeye yetkilidir.

¹⁵ Madde 30 - Devlet memurunun, denetimi altında bulunan veya kendi görevi veya mensup olduğu kurum ile ilgisi olan bir teşebbüsten, doğrudan doğruya veya aracı eliyle her ne ad altında olursa olsun bir menfaat sağlaması yasaktır.

yaptırmak ve bu konuda yapılacak çalışmalara destek olmakla görevli ve yetkili olup (3. madde), bu kanunun 7. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak hazırlanan *Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri İle Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin*¹⁶ 2/1. maddesinde sayılan genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, kamu iktisadi teşebbüsleri, döner sermayeli kuruluşlar, mahalli idareler ve bunların birlikleri, kamu tüzel kişiliğini haiz olarak kurul, üst kurul, kurum, enstitü, teşebbüs, teşekkül, fon ve sair adlarla kurulmuş olan bütün kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan; yönetim ve denetim kurulu ile kurul, üst kurul başkan ve üyeleri dahil tüm personeli için 15. madde *de hediye alma ve menfaat sağlama yasağı* getirilmiştir.

Kanunun 4. maddesinde “*haksız mal edinme*” tanımlanmıştır. Buna göre, kanuna veya genel ahlaka uygun olarak sağlandığı ispat edilmeyen mallar veya ilgilinin sosyal yaşantısı bakımından geliriyle uygun olduğu kabul edilemeyecek harcamalar şeklinde ortaya çıkan artışlar, bu kanunun uygulanmasında haksız mal edinme sayılır. Dikkati çeken husus ispat külfetinin haksız mal edindiği suçlaması ile karşı karşıya kalan kişiye yüklenmesidir. Sanık malvarlığını kanuna veya genel ahlaka uygun olarak edindiğini ispat edecektir. Aynı şekilde sosyal yaşantısının ve harcamalarının kanuna veya genel ahlaka uygun gelirleriyle paralel olması, örtüşmesi gerekir. Aksi durumda bu kanunun uygulanmasında haksız mal edinmiş sayılacaktır.

“*Mal Bildirimleri*” başlıklı 2. bölüm, “*Bildirim Zamanı*” başlıklı 5. madde¹⁷ ile başlamakta ve mal bildirimine konu olacak mal varlıkları ile miktarı düzenlenmiştir.

6. maddede bildirim zamanı, 7. maddede bildirim yenilenmesi, 8. maddede bildirimlerin verileceği merciler, 9. maddede ise bildirimlerin gizliliği düzenlenmiştir.¹⁸

¹⁶ Resmi Gazete tarihi: 13/04/2005, sayısı: 25785.

¹⁷ “Madde 5 - Bu kanun kapsamına giren görevlilerin kendilerine, eşlerine ve velayetleri altındaki çocuklarına ait bulunan taşınmaz malları ile görevliye yapılan aylık net ödemenin, ödeme yapılmayan görevlilerin ise, 1. derece devlet memurlarına yapılan aylık net ödemenin beş katından fazla tutarındaki her biri için ayrı olmak üzere, para, hisse senetleri ve tahviller ile altın, mücevher ve diğer taşınmaz malları, hakları, alacakları ve gelirleriyle bunların kaynakları, borçları ve sebepleri mal bildiriminin konusunu teşkil eder.”

¹⁸ Kanun teklifi TBMM’de görüşülürken kamu görevlilerinin kamuoyunun denetiminde kalması, edindikleri malları kamuoyunun denetimine sunmaları isteniyorsa; yasadan beklenen amacın sağlanması için mal bildirimlerinin gizli değil alenilik ilkesi gereği kamuya açık tutulması gerektiği aksi halde iki bildirim arasındaki far-

Kanunda Yazılı Suçlar ve Cezaları

3628 sayılı kanunun 3. bölümünde ceza hükümleri düzenlenmiştir.

- 10. maddesinde, 6. maddede belirtilen sürelerde mal bildiriminde bulunmayana bildirimlerin verileceği mercilerce ihtarda bulunulmasına rağmen ihtarın kendisine tebliğinden itibaren otuz gün içinde mazeretsiz olarak bildirimde bulunmamak (1. fıkra), soruşturma ile ilgili olarak verilen süre zarfında mal bildiriminde bulunmamak (2. fıkra)

- 11. maddesinde, “gerçeğe aykırı açıklama” başlığı altında mal bildiriminin muhtevası hakkında 9. maddeye aykırı davranmak suçuna yer verilmiştir (2. fıkraya göre bu fiilin basın yoluyla işlenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında artırılır).

9. maddeye göre;

“Mal bildirimleri, özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla bildirimde bulunanın özel dosyasında saklanır. Bildirimlerin içeriği hakkında, 20. madde hükmü dışında hiçbir şekilde açıklama yapılamaz ve bilgi verilemez. Ayrıca mal bildirimlerindeki bilgiler ve kayıtlar esas alınarak içeriği hakkında yayında bulunulamaz.”

Görüleceği gibi 9. maddeye göre bildirimlerin gizliliği esas olup, bu konuda her türlü açıklama yapılması, bilgi verilmesi, içeriği hakkında yayında bulunulması yasaklanmıştır. Verilen bilgi, yapılan açıklama ve yayın doğru olsa da suç oluşacaktır. Ancak 11. maddede, mal bildiriminin muhtevası hakkında 9. maddeye aykırı davranmak eylemi suç olarak tanımlandığı halde maddenin “gerçeğe aykırı açıklama” şeklindeki başlığı karışıklığa neden olmaktadır. Çünkü yetkili kişi veya mercilerce istenen bilgileri eksiksiz vermek zorunluluğu 20. maddede suç olarak düzenlenip yaptırma bağlanmıştır. Bu haliyle kötü düzenlenmiş bir maddedir.¹⁹

- 12. maddesinde, kanunen daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde gerçeğe aykırı bildirimde bulunmak,

kın, artışın yeterince denetlenemeyeceği, bu haliyle de rüşvet ve yolsuzlukla mücadele edilemeyeceği yönünde eleştiriler yapılmıştır. *TBBM Tutanak Dergisi*, Dönem 18, 3. Yasama Yılı, 104. Birleşim, s. 20-23.

¹⁹ Gündel, Ahmet, *Asliye Ceza Davaları*, 2. Baskı, Ankara 2000, s. 1167.

- 13. maddesinde, kanunen daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde haksız mal edinmek (2. fıkraya göre haksız edinilen malı kaçıran veya gizleyene de aynı ceza verilir.)

-20. maddesinde,²⁰ (12/12/2003 tarih ve 5020 S.K./14. m. ile değişik) özel kanunlarında aksine bir hüküm bulunsa bile ilgili gerçek veya tüzel kişilerin veya kamu kurum ve kuruluşlarının; bu kanuna göre takip, soruşturma ve kovuşturmayaya yetkili kişi, Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü veya temsilcisi ve bu kanundaki diğer mercilerce istenen bilgileri gecikmeksizin makul sürede eksiksiz vermek zorunluluğuna aykırı hareket etmek suçları düzenlenmiştir. Aksine davranan kişiler hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir. Bu ceza, para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemez ve ertelenemez.

Kanunun 3. maddesinde sayılan kamu görevlilerinin, milletlerarası protokol, mücadele veya nezaket kaideleri uyarınca veya diğer herhangi bir sebeple, yabancı devletlerden, milletlerarası kuruluşlardan, sair milletlerarası hukuk tüzelkişiliklerinden, Türk uyruğunda olmayan herhangi bir özel veya tüzelkişi veya kuruluştan; aldıkları tarihteki değeri on aylık net asgari ücret toplamını aşan hediye veya hibe niteliğindeki eşyayı aldıkları tarihten itibaren bir ay içinde kendi kurumlarına teslim etme zorunluluğu getirilmesine rağmen kanunda bunun yaptırımına yer verilmediği görülmektedir. Çünkü 3. madde kapsamındaki hediyeler bizatihi 4. maddede ifade edilen kanuna veya genel ahlaka aykırı mallar olmadığına göre, mal bildiriminde bulunmama veya gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçuna konu olmadığı sürece salt kendi kurumlarına teslim edilmemesinin yaptırımının kanunda düzenlenmediği görülmektedir.

3628 Sayılı Kanuna Göre Verilen Cezalar ve Özellikleri

Kanunun 16. maddesinin başlığı "*Tecil, Paraya Çevirme ve Ön Ödeme Yasağı*" olup buna göre bu bölümde (3. bölümdeki 10 ila 16. mad-

²⁰ 20. maddenin 5020 sayılı kanunla değişmeden önceki hali: "*Özel kanunlarında aksine bir hüküm mevcut olsa bile ilgili kişiler özel veya kamu kuruluşları bu kanuna göre soruşturma ve kovuşturmayaya yetkili kişi veya mercilerce istenen bilgileri eksiksiz vermek zorundadır. Aksine davranan kişiler hakkında üç aydan altı aya kadar hapis cezası verilir.*" şeklinde idi.

delerde) yazılı olan cezalar 10. maddenin birinci fıkrası hariç tecil edilemez, şahsi hürriyeti bağlayıcı olanlar para veya tedbire çevrilemez, faileri hakkında Türk Ceza Kanunu'nun 119. maddesi hükümleri uygulanamaz. Bir başka ifadeyle 10. maddenin birinci fıkrasında düzenlenen 6. maddede belirtilen sürelerde mal bildiriminde bulunmayana bildirimlerin verileceği mercilerce ihtarda bulunulmasına rağmen ihtarın kendisine tebliğinden itibaren otuz gün içinde mazeretsiz olarak bildirimde bulunmamak suçuna öngörülen üç aya kadar hapis cezası dışında kalan diğer cezalar (10. maddenin 2. fıkrası ile 11 ve 12. maddeleri uyarınca verilecek hürriyeti bağlayıcı cezalar) için *erteleme, paraya çevirme ve ön ödeme yasağı* getirilmiştir.

Kanun teklifinde erteleme, paraya çevirme ve ön ödeme yasağı için bir istisna öngörülmemesine rağmen TBMM Adalet Komisyonu'nda madde metni 10. maddenin birinci fıkrası hariç tutulacak şekilde düzenlenmiştir. Maddenin yazılış tarzı 10. maddenin birinci fıkrasının sadece erteleme yasağı kapsamında bırakıldığı şeklinde anlaşılmaya müsait olsa da madde gerekçesinden anlaşılacağı gibi erteleme, paraya çevirme ve ön ödeme yasağı 3. bölümdeki bütün cezalar içindir. Yargıtay 7.CD'nin uygulaması da bu yöndedir.²¹

Kanunun 15. maddesine göre ise, 11 ve 12. maddeler hükümleri ile cezalandırılanlara ceza süresi kadar; 13. madde hükmüne göre cezalandırılanlara müebbetten kamu hizmetlerinden yasaklanma cezası hükmolunacaktır.

Zoralmı açısından da 14. maddede açık ve ayrıntılı düzenlemeye gidilmiştir. Buna göre haksız edinilmiş olan malların zoralmına hükmolunur. Bu malların elde edilememesi veya bir malın tümünün haksız mal edinme konusu teşkil etmemesi sebepleri ile zoralmın mümkün olmadığı hallerde haksız edinilen değere eşit bedelinin hazineye ödenmesine karar verilir. Bu bedel, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil olunur.

²¹ Sanığın eyleminin 3628 sayılı yasanın 10/1. maddesinde belirtilen suç oluşturduğu ve anılan maddede öngörülen cezanın tür ve miktarı da dikkate alınıp sanığa TCK'nın 119. maddesi gereğince ön ödeme ihtaratında bulunulup sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi, Yargıtay 7.CD'nin 21.12.2006 tarih, 2004/6397 E., 2006/19430 sayılı karar; Ayrıca 11.05.2001 tr., 2001/7234-8585 sayılı karar.

Kanunda Yazılı Suçlardan Dolayı Soruşturma Usulü

3628 sayılı kanunun dördüncü bölümünde soruşturma usulü yer almaktadır. 17. maddesine göre;²²

“(Değişik fıkra: 12/12/2003 - 5020 S.K./12. m.) Bu kanunda ve 18/06/1999 tarihli ve 4389 sayılı²³ Bankalar Kanunu’nda yazılı suçlarla, irtikap, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 02/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz.

Yukarıdaki fıkra hükmü müsteşarlar, valiler ve kaymakamlar hakkında uygulanamaz.

Görevleri veya sıfatları sebebi ile özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olan sanıklarla ilgili kanun hükümleri saklıdır.”

02.12.1999 tarih ve 4483 sayılı kanunun 2/2. maddesinde de “görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır” düzenlemesine yer verilerek daha genel olan ve daha sonra yürürlüğe giren bu kanunun 3628 sayılı kanunun 17. maddesini yürürlükten kaldırdığı düşüncesi engellenmiştir.

Böylece müsteşarlar, valiler ve kaymakamlar ile görevleri veya sıfatları sebebi ile özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olan (Hakim ve Cumhuriyet savcıları, Yüksek Mahkeme üyeleri ve başkanları gibi...) sanıklarla ilgili kanun hükümleri saklı olmak kaydıyla maddede sayılan suçlar yönünden 4483 sayılı kanun hükümleri uygu-

²² 17. maddenin 1. fıkrasının 5020 sayılı kanunla değişmeden önceki hali “Bu kanunda yazılı suçlarla, irtikap, rüşvet, ihtilas ve zimmeti para geçirme, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat hükümleri uygulanmaz” şeklinde idi.

²³ 4389 sayılı Bankalar Kanunu 19.10.2005 tarih ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile yürürlükten kaldırılmış olup 5411 sayılı kanunun 169. maddesine göre “Diğer kanunlarda mülga 3182 sayılı Bankalar Kanunu ve bu kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanununa yapılan atıflar bu kanunun ilgili maddelerine yapılmış sayılır.”

lanmayacak ve Cumhuriyet savcılığınca doğrudan soruşturma yapılabilecektir.

Cumhuriyet savcısı, kamu davası açılmadan önce haksız edinildiği yolunda delil veya emare elde edilen para veya mal ile ilgili tedbirin alınmasını görevli mahkemeden veya para veya malın bulunduğu yer hukuk mahkemesinden isteyebilecektir (19/3. m.).

Bu kanunda yazılı suçların asker kişiler tarafından işlenmesi halinde soruşturmaları askeri savcılar tarafından bu kanun hükümlerine göre yürütülecektir (21. madde).

18. maddede suçun ihbarı, kamu davasına katılma ve 17. maddede yazılı suçlardan dolayı delil veya emare elde eden müfettiş ve muhakkiklerin durumu yetkili ve görevli Cumhuriyet başsavcılığına ihbar ve evrakı tevdi etmemeleri, bir başka ifadeyle ihmali davranışla görevi kötüye kullanmaları halinde²⁴ bunlar hakkında yapılacak soruşturmada da 4483 sayılı kanun hükümlerinin uygulanmayacağı vurgulanmıştır. Bunun için de Cumhuriyet başsavcılığı, müfettiş ve muhakkikler tarafından kendisine tevdiine lüzum görülme bile evrakın ilgili olduğu iş hakkında soruşturma yapmak üzere gerekçe göstererek evrakı ait olduğu merciden isteyebilecek ve fail 4483 sayılı kanuna tabi bir kamu görevlisi olsa da 4483 sayılı kanuna tabi olmaksızın genel hükümler uyarınca soruşturma ve kovuşturma yapabilecektir.

Kanunun 19. maddesindeki, *“Cumhuriyet savcısı 17. maddede sayılan suçların işlendiğini öğrendiğinde, sanıklar hakkında doğrudan doğruya ve bizzat soruşturmaya başlamakla beraber, durumu atamaya yetkili amirine veya yasanın 8. maddesinde gösterilen mercilere bildirir”* hükmüyle Cumhuriyet savcısına memurlar tarafından işlenen ve bu kanunda sayılan suçlar yönünden izin almadan sadece durumu atamaya yetkili amirine veya 8. maddede sayılan mercilere bildirmek şartıyla iddianame ile dava açabilme yetkisi verilmiştir. Böylelikle bu suçlar yönünden *“izin”* sistemi terk edilerek *“bildirim”* sistemine geçilmiştir.²⁵

²⁴ Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa; Ceza ve Usul Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve Özel Soruşturma Usulleri, Ankara 2007, s. 413.

²⁵ Yargıtay CGK'nın 17.02.2004 tarih, 2004/2-10 Esas, 2004/40 sayılı kararı.

Kamu Davasına Katılma

3628 sayılı kanununun 18. maddesine birinci fıkradan sonra gelmek üzere 5020 sayılı kanunla eklenen fıkraya göre;

“(Ek fıkra: 12/12/2003 -5020 S.K./3. m.) Yukarıdaki fıkraya göre yapılan ihbar veya takipsizlik kararı ve iddianame Cumhuriyet başsavcılığınca, Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü ile varsa diğer ilgili kamu kurum veya kuruluşlarına bildirilir. Hazine avukatının yazılı başvurusunda bulunması halinde Maliye Bakanlığı, başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanır.”

3628 sayılı kanunda, 5020 sayılı kanunla değişiklik yapılmadan önce de Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin yerleşmiş kararlarında CMUK'nun 365. (CMK 237) maddesine göre usulüne uygun bir şekilde talepte bulunulması halinde Maliye Bakanlığı'nun (Hazine) açılan davalara müdahil olarak katılması, diğer kurum ve kuruluşlar ile özel kişilerin ise müdahil olamayacağına dair kararları istikrar kazanmıştır.²⁶

5020 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucu ise Maliye Bakanlığı'nun (Hazine) yazılı başvuruda bulunması halinde, ayrıca bir katılma kararına gerek olmaksızın başvuru tarihinde yasal olarak müdahil sıfatını kazanacaktır. Ancak 5020 sayılı kanunla eklenen 2. fıkradaki *“yapılan ihbar veya takipsizlik kararı ve iddianame Cumhuriyet başsavcılığınca, ...varsa diğer ilgili kamu kurum veya kuruluşlarına bildirilir”* cümlesi Maliye Bakanlığı (Hazine) dışındaki kurum veya kuruluşları sadece bilgilendirmek amacını mı taşımaktadır, yoksa Hazine'nin yasal müdahilliği yanında ilgili kamu kurum veya kuruluşlarına, personelleri hakkında verilen takipsizlik kararına itiraz hakkı tanımak ve iddianame ile açılan kamu davasına katılma imkanı sağlamak mıdır? Takipsizlik kararına itiraz ve kamu davasına katılma hakkı 1412 sayılı CMUK'nun 165 (CMK 173) ve 365. (CMK 237) maddelerine göre suçtan

²⁶ *“Suçtan doğrudan doğruya zarar görmeyen müşteki İçişleri Bakanlığının yasaya aykırı olarak müdahilliğine karar verilmiş bulunması hükmü temyize hak bahsetmeyeceğinden müşteki İçişleri Bakanlığı vekilinin temyiz inceleme talebinin CMUK'nun 317.maddesi uyarınca istem gibi Reddine,”*

“Suçtan doğrudan doğruya zarar görmemiş olan Milli Savunma Bakanlığı'nun davaya katılma hakkı bulunmadığından temyiz isteğinin 5320 sayılı kanununun 8/1. maddesi gereğince yürürlükte bulunan CMUK'nun 317. maddesi uyarınca Reddine,”

“Davaya müdahale dilekçesi veren Sadık Avundukluoğlu'nun suçtan doğrudan doğruya zarar görmediği cihetle, yerel mahkemenin müdahale talebinin reddine ilişkin kararı yerinde bulunduğundan, bu sebeple temyiz isteğinin CMUK'nun 317. maddesi gereğince Reddine,”

zarar görenlere tanınmış olup yukarıda belirtildiği gibi Yargıtay Özel Dairesi'ne göre bu suçlardan Hazine dışındaki kimselerin doğrudan doğruya zarar gördüğü kabul edilmemektedir.²⁷

Ancak amaç sadece bilgilendirmek ise bir sonraki madde olan 19. maddenin 1. fıkrasındaki *"Cumhuriyet savcısı 17. maddede yazılı suçların işlendiğini öğrendiğinde sanıklar hakkında doğrudan doğruya ve bizzat soruşturmaya başlamakla beraber durumu atamaya yetkili amirine veya 8. maddede sayılan mercilere bildirir"* hükmü bu bilgilendirmeyi zaten sağlamaktadır.

5020 sayılı kanunla aynı zamanda 08.01.1943 tarihli ve 4353 sayılı Maliye Vekaleti Baş Hukuk Müşavirliği'nin ve Muhakemat Umum Müdürlüğü'nün Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine... dair kanunda da değişiklik yapılarak 4353 sayılı kanunun 2. maddesine aşağıdaki (G) bendi eklenmiştir:

"G. 19/04/1990 tarihli ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun 17. maddesinin birinci fıkrasındaki suçlardan genel bütçeli daireleri ilgilendirenlerin ceza davalarını ve özel kanun hükümlerine göre Hazine alacağı sayılan alacakları dava, takip, müdafaa ve tahsil etmek, vazifeleriyle mükelleftir."

4353 sayılı kanunun 2. maddesinin Hazine Hukuk Müşavirliği'ni, özel kanunlarla verilen görev ve işler dışındaki işleri altı bent halinde sayarken 5020 sayılı kanunla yedinci bent olarak 3628 sayılı kanunun 17. maddesinin birinci fıkrasındaki suçlardan genel bütçeli daireleri²⁸ ilgilendirenlerin ceza davalarını da takip ve müdafaa etmekle görevlendirmiştir.

Bütün bu yasal düzenleme ve değişiklikler sonucu olarak denilebilir ki; 3628 sayılı kanunun 17. maddesinin birinci fıkrasında sayılan suçlar nedeniyle 5020 sayılı kanunla yapılan değişikliklerin yürürlüğe girdiği 26.12.2003 tarihinden itibaren; 3628 sayılı kanunun 17. madde-

²⁷ Örnek olarak; S.S.K Genel Müdürlüğü'nün (2002/5822) Kara Yolları Genel Müdürlüğü'nün (2005/5236), Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü'nün (2001/4008), Orman Genel Müdürlüğü'nün (2001/3092), Gümrük İdaresi'nin (2005/20991) İSKİ Genel Müdürlüğü'nün (2000/17197), PTT İdaresi'nin (2002-16816), Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin (2007/702) Yüksek Öğretim Kurumu'nun (2004/9368) karar numaraları verilen dosyalarda müdahil olamayacakları gerekçesiyle Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nce temyiz talepleri reddedilmiştir.

²⁸ 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun ek (I) sayılı cetvelinde gösterilen genel bütçe kapsamındaki kamu idareleridir.

sinin birinci fıkrasında yazılı suçlardan açılan davalara Hazine avukatının yazılı başvuruda bulunması halinde Maliye Bakanlığı, ayrıca bir karar verilmesine gerek olmaksızın başvuru tarihinde yasal olarak katılan sıfatını kazanacaktır.²⁹

3628 Sayılı Kanunun Uygulanmasında Yaşanan Bazı Sorunlar Olmayan Malı Mal Bildiriminde Göstermek Suç mudur?

3628 sayılı kanunun “*Bildirim Zamanı*” başlıklı 6. maddesine göre Mal Bildirimlerinin; Bu kanun kapsamındaki göreve atanmada, seçilmede, mal varlığında önemli bir değişiklik olduğunda, görevin sona ermesi halinde, 1 ay içinde, seçimle gelinen görevlerde seçimin kesinleşmesi tarihini izleyen iki ay içinde, verilmesi zorunludur.

“*Bildirim Yenilenmesi*” başlıklı 7. maddede ise “*bu kanun kapsamındaki görevlere devam edenler, sonu (0) ve (5) ile biten yılların en geç şubat ayı sonuna kadar bildirimlerini yenilerler*” hükmü mevcuttur.

Böylece her iki maddede gerek göreve başlarken ve görevden ayrılırken belli sürelerde, gerekse görevin devamı süresince sonu (0) ve (5) ile biten yıllarda kanunun 2. maddesinde sayılanların mal bildiriminde bulunması zorunludur. 12. maddede ise “*gerçeğe aykırı bildirimde bulunmak*” suçuna hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmüştür. 4. maddede “*haksız mal edinmenin*” tarifi yapıldığı gibi “*gerçeğe aykırı bildirimde bulunmanın*” bir tanımı yapılmadığına göre hangi bildirim “*gerçeğe aykırı bildirim*” olduğunu her olayın özelliğine göre kanunun uygulayıcıları değerlendirip takdir edecektir. Doğru olan da budur. Çünkü ceza kanunları soyut ve geneldir. Somut olayların kanundaki suç tipine uyup uymadığına kanunu uygulayanlar karar verecektir.

²⁹ 4389 sayılı Bankalar Kanunu (Mülga) ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nda yazılı suçlar nedeniyle yapılan soruşturmalar neticesinde açılan kamu davalarında, kurumun (BDDK) veya fonun (TMSF) başvuruda bulunması hâlinde, bunların başvuru tarihinde katılan sıfatını kazanacakları hükme bağlanmış olup (4389 SK’nın 24/1, 5411 SK’nın 162/1. maddeleri), gerek 3628 sayılı gerekse 4389 sayılı kanunlarda 5020 sayılı kanunla yapılan bu değişiklikler 4389 sayılı Bankalar Kanunu ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu yönünden birbiriyle çelişmektedir. Çünkü 3628 sayılı kanunun 18/1. maddesinde Maliye Bakanlığının (Hazine) başvuru sonucu müdahil olacağı düzenlenmişken, 4389 sayılı Bankalar Kanunu ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu yönünden kurum (BDDK) veya fonun (TMSF)) başvuru sonucu müdahil olacağı hükme bağlanmıştır.

Gerçeğe aykırı mal bildiriminde bulunmak suçu çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. Örneğin mevcut bir malvarlığı hiç gösterilmeyerek veya değeri olduğundan düşük gösterilerek işlenebileceği gibi gerçekte olmayan bir malvarlığının varmış gibi gösterilmesi suretiyle de işlenebilir. Birinde gerçekte olanın bildirilmemesi, ikincisinde gerçekte olmayanın bildirilmesi söz konusudur ve her iki olayda da ortak payda “gerçeğe aykırı bildirim”dir. Olmayan bir mal neden bildirilsin veya böyle bir davranışın bildirimde bulunana faydası nedir diye sorulabilir? Uygulamada gerçeğe aykırı mal bildiriminde bulunmak ve haksız mal edinmek suçlarının birlikte görüldüğü davalarda; haksız mal edinmek suçlamasına karşılık genellikle afaki savunmalarda bulunularak, gerçekte olmayan ve aksinin ispatı zor olan kaynaklar gösterilmektedir. Yasal ve ahlâki gelirlerle edinilemeyecek malvarlığı için nişanda veya düğünde takılan takılar, çocuğunun sünnetinde verilen hediyeler, gayri resmi ve belgesiz olarak on parmakta on marifetle yapılan işlerden edinilen gelirler, her hangi bir tapu kaydı ve veraset belgesine dayanmayan yüklü miraslar kaynak olarak gösterilebilmektedir.

Nasıl ki kanunun 4. maddesinde “haksız mal edinme” tanımlanırken ispat külfeti haksız mal edildiği suçlaması ile karşı karşıya kalan kişiye yüklendiğinden malvarlığını kanuna veya genel ahlaka uygun olarak edindiğini, bir başka ifadeyle haksız mal edinmediğini şüpheli/sanık kişi ispat edecektir. Aynı şekilde “minareyi çalan kılıfı hazırlar” misali ileride haksız olarak edinilecek malların hesabı sorulduğunda önceden verilen gerçeğe aykırı bildirim ile gerçekte olmayan malvarlığı kaynak olarak gösterilecektir. Bu halde gerçekte olmayan malın bildirim konusu edilmesi halinde 12. maddede düzenlenen suçun oluşacağı düşüncesindeyiz.

Olmayan veya olduğundan fazla borç veya alacağın bildirilmesi de gerçeğe aykırı bildirimde bulunmak suçunu oluşturacaktır.

13. Maddenin 2. Fıkrasındaki Suçun Faili

3628 sayılı kanunun 13. maddenin 1. fıkrasında “kanunun daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde haksız mal edinene üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş milyon liradan on milyon liraya kadar adli para cezası verilir” denildikten sonra 2. fıkrasında “Haksız edinilen malı kaçıran veya gizle-

yene de aynı ceza verilir” hükmüne yer verilmiştir. Burada 2. fıkrada belirtilen haksız edinilen malı kaçıran veya gizleyen kim veya kimlerdir sorusu önem kazanmaktadır.

Bu konuda öncelikle kanunun “Amaç” başlıklı 1. maddesine bakılmalıdır. 1. maddeye göre;

“Bu kanunun amacı, rüşvet ve yolsuzluklarla mücadele cümlesinden olarak; bu kanunda sayılanların mal bildiriminde bulunmalarını, bildirimlerin yenilenmesini, mal edinmelerin denetimiyle, haksız mal edinme veya gerçeğe aykırı bildirimde bulunma halinde uygulanacak hükümleri, bu kanunda belirlenen suçlarla bazı suçlardan dolayı kamu görevlileri ve suç ortakları hakkında takip ve muhakeme usulünü düzenlemektir.”

Görüldüğü gibi maddede “bu kanunda sayılanların... Bu kanunda belirlenen suçlarla bazı suçlardan dolayı kamu görevlileri ve suç ortakları hakkında takip ve muhakeme usulünü düzenlemektir” şeklindeki ifadeyle iki önemli ipucu verilmektedir.

Birincisi “bu kanunda sayılanlar” ifadesi bizi 2. maddeye göndermektedir. Gerçekten de 2. maddede “mal bildiriminde bulunacaklar” başlığı altında kamu görevlisi olmayan birçok kişi de kanun kapsamında tek tek sayılarak mal bildiriminde bulunmak zorunda tutulmuştur. Bu zorunluluğun doğal sonucu olarak da 2. maddede sayılan herkesin aynı zamanda bu kanunun 3. bölümünde sayılan suç ve cezaların muhatabı olmasıdır.

1. maddedeki ikinci ipucu ise “kamu görevlileri ve suç ortakları” ifadesidir. Buradan da kamu görevlisi yanında kamu görevlisi olmayan kimselerin de bu kanunda belirlenen (17. maddesinin 1. fıkrasında sayılan) suçların ortağı olabilecekleri anlaşılmaktadır. Zaten

17. maddesinin 1. fıkrasında da bu husus açıkça ifade edilmiştir:

“(Değişik fıkra: 12/12/2003 -5020 S.K./12. m.) Bu kanunda ve 18/06/1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nda yazılı suçlarla, irtikap, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 02/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz.”

13. maddenin 2. fıkrasının yazım tarzından da 3. kişilerin bu suçun faili olabileceği anlaşılmaktadır. Çünkü 13. maddede “kaçırma ve gizleme failinden” değil, “kaçıran ve gizleyen failden” “de” söz edilmektedir. Aksi halde bu suç tek fıkra halinde düzenlenebilirdi.

Sonuç olarak 13. maddede hem haksız mal edinen hem de bu niteliğini bilerek haksız edinilen malı kaçırın veya gizleyen kimse aynı ceza ile cezalandırılmaktadır.³⁰

Peki, 13. maddenin 1. fıkrasındaki haksız mal edinme suçunun faili aynı zamanda 2. fıkradaki haksız edinilen malı kaçırın veya gizlemek suçunun faili olabilir mi?

Bu konu Yargıtay Ceza Genel Kurulunun’da gündemine gelmiştir.

Yargıtay C. başsavcılığının özel dairesinin bir kararına karşı “haksız edinilip gizlenen her mal yönüyle ayrı ayrı suçun oluşacağına” dair itirazı üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulunca sanığın sabit olan eyleminin 3628 sayılı yasanın 13 maddesinin 1. fıkrasına mı yoksa 2. fıkrasına mı uyduğu hususu değerlendirilirken, oyçokluğuyla verilen kararın bu konuyla ilgili kısmı önemine binaen karşı görüşle birlikte aşağıya aynen alınmıştır:

“Maddenin birinci fıkrasındaki suç, bu yasanın kapsamına giren görevlerde bulunan kişilerin haksız mal edinmesi ile oluşur. Üçüncü kişilerin bu suçu işlemesi, suça katılma hükümleri haricinde olanaksızdır. Haksız mal edinme kavramı ise, yasanın 4. maddesinde, yasaya veya genel ahlaka uygun olarak sağlandığı ispat edilemeyen mallar veya ilgilinin sosyal yaşantısı bakımından geliriyle uygun olduğu kabul edilemeyecek harcamalar şeklinde ortaya çıkan artışlar olarak açıklanmıştır.

Hayatın doğal akışı gereği, haksız edinilen malın gizlenmesi söz konusudur. Haksız mal edinme, dolayısıyla bünyesinde gizlemeyi de barındırmaktadır.

Maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen suç ise, haksız edinilen malı kaçırın ve gizleyenleri de birinci fıkra uyarınca cezalandırmayı gerektirmektedir. Bu suç, ancak üçüncü kişiler tarafından işlenebilen bir suçtur. Birinci fıkradaki suçun faili olan haksız mal edinen kişi, bu suçun faili olamaz. Nitekim maddede yer alan “de” eki, bu durumu vurgulamaktır. Bu suretle yasa koyu-

³⁰ Aynı görüşte, Gündel, Ahmet, a. g. e., s. 1169.

cu, haksız edinilen malın üçüncü kişilerce kaçırılması veya gizlenmesi eylemlerini engellemeyi amaçlamıştır.

Somut olayda sanığın yaptığı görev sırasında haksız mal edindiği iddia ve kabul edildiğine göre, eylemi 3628 sayılı yasanın 13. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suça uymaktadır.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Başkanı, “3628 sayılı yasa, belli görevlerde bulunan kişilerin yolsuzluk yapmalarının önlenmesi amacı ile çıkartılmış özel bir yasadır. Nitekim yasanın genel gerekçesinde ve “Amaç” başlığını taşıyan 1. maddesinde bu husus açıkça vurgulanmıştır. O halde bu yasadaki suçların failleri, öncelikle bu yasa da sayılan görevlerde bulunan kişiler olacaktır. Sayılan görevliler dışında kalan üçüncü kişilerin bu yasadaki suçların faili olması ancak istisnai hallerde söz konusu olabilecektir.

Yasanın 13. maddesinin her iki fıkrasında düzenlenen suçlar, ayrı maddi unsurları içermektedir. Birinci fıkrada haksız mal edinme, ikinci fıkrada haksız edinilen malın kaçırılması veya gizlenmesi eylemleri yaptırım altına alınmaktadır. Haksız mal edinen bir kimsenin, bu malı kaçırmayı veya gizlemesi halinde bu eyleminin cezalandırılmayacağını söylemek, yasa koyucunun yukarıda açıklanan amacı ile çelişecektir. Kaldı ki, haksız mal edinme ani suç niteliğinde olduğundan, malın haksız edinilmesi ile suç tamamlanacağı için dava zaman aşımı bu tarihten başlayacak, malın kaçırılması veya gizlenmesi mütemadi bir suç olduğu için temadinin tamamlandığı veya kesildiği tarihte suç tamamlanacağı için dava zaman aşımı da bu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Bu durumda uygulamada çok zaman, asli maddi fail durumundaki haksız mal edinen kişinin hakkındaki dava zaman aşımına uğrarken, onun eylemine haksız edinilmiş malı gizleme yöntemiyle katılan üçüncü kişinin hakkındaki dava zaman aşımına uğramayacaktır. İkinci fıkradaki suçun yalnızca üçüncü kişiler tarafından işlenebileceğinin kabulü halinde asıl failin cezalandırılmadığı yerde, ona yardımcı olan kişilerin cezalandırılması söz konusu olacaktır ki, bu ceza adaletiyle bağdaşmayacaktır. Bu nedenle 13. maddenin birinci fıkrasındaki suçun failinin, ikinci fıkradaki suçun faili de olabileceği kabul edilmelidir.

Somut olayda sanık hakkında düzenlenen iddianamede yüklenen suç, haksız mal edinme ve gizleme olarak nitelendirilmiş, Yerel Mahkeme’de sanığın haksız edindiği malı bildirmeyerek gizlediği kabul edilmiştir. Gerekeçeli karardaki kabul ve sanığın sabit kabul edilen eylemi malın gizlenmesidir. Bu itibarla sanığın eylemi, 13. maddenin 2. fıkrasındaki suçu oluşturur” görüşüyle;

Diğer Kurul Üyeleri de bu görüşe katılarak;

Kurul Üyelerinden Z. Aslan ise, "13. maddenin birinci fıkrasındaki suçun faili, ikinci fıkrada düzenlenen suçun da faili olabilir. Somut olayda sanığın eylemi her iki fıkradaki suçta da uymakta olduğundan, her iki suçtan da cezalandırılmalıdır" görüşüyle ve farklı gerekçeyle karşı oy kullanmışlardır."³¹

Görüldüğü gibi Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun çoğunluk görüşüne göre, hayatın doğal akışı gereği, haksız edinilen malın gizlenmesi söz konusu olup dolayısıyla bünyesinde gizlemeyi de barındırmaktadır. Bu kabul temelde doğru olmakla birlikte olaylar her zaman bu şekilde gelişmemektedir. Haksız mal edinen bir kimse pekâlâ daha fazla dikkat çekmemek için yasal ve ahlaki gelirleriyle birlikte haksız edindiği mallarını da bildirebilir. Birçok dosyada da karşımıza ayrı suçlar olarak çıkmaktadır. 13. maddede görüleceği gibi haksız mal edinmek ile haksız edinilen malı kaçırmak veya gizlemek, öngörülen ceza aynı olsa da ayrı suçlar olarak düzenlenmiştir. Karşı oy gerekçesinde belirtildiği gibi, ikinci fıkradaki suçun yalnızca üçüncü kişiler tarafından işlenebileceğinin kabulü halinde asıl failin cezalandırılmadığı yerde, ona yardımcı olan kişilerin cezalandırılması söz konusu olacaktır ki, bu ceza adaletiyle bağdaşmayacaktır. Fakat bu adaletsiz durumun bir nedeni de haksız mal edinme suçunu ani suç ve suç tarihini malın edinim tarihi kabul edilmesi sonucu, gerçekleşen dava zamanaşımı nedeniyle faillerin cezasız kalmasıdır.

Suç Tarihi Zamanaşımı ve Müsadere Hususu

Bu çalışmanın amacı ve kapsamını aşacak şekilde açıklamalara yer vermeden 3628 sayılı kanunun uygulamasına dikkatleri çekmek istiyoruz. Bir önceki başlık altında kısmen yer verilen Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı'nın bu konuyla ilgili öğretilerdeki görüşlere yer veren kısmını da öneminden ötürü aynen aktarmakta fayda görüyoruz:

"765 sayılı TCY'nin 79. maddesinde yer alan fikri içtima hali, maddede; "İşlediği bir fiil ile kanunun muhtelif ahkâmını ihlal eden kimse o ahkamdan en şedit cezayı tazammun eden maddeye göre cezalandırılır." şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile her aykırılığın ayrı bir suç teşkil etmesi ve failin suç sayısınca cezalandırılmasına ilişkin temel ilkedden ayrılmış, tek eylem ile

³¹ Yargıtay CGK'nın 2005/7-173 esas, 2006/145 sayılı kararı.

yasanın çeşitli hükümlerine aykırı davranan fail hakkında, bu hükümlerden en ağır ceza öngörenin uygulanması esası kabul edilmiştir.

Yerleşmiş yargısal kararlarda, eylemin tek olması koşulu, hareketin tek olması olarak kabul edilmiştir. Konu öğretilerde de ele alınmış ve kimi yazarlar aynı görüşü savunarak, "tek eylem" terimini, iradi karara dayanan tek hareket olarak kabul etmişlerdir. (Artuk, M.E.-Göçen, A.-Yenidünya, C., Ceza Hukuku Genel Hükümler, sh. 846; Yüce, T.T., Ceza Hukuku Dersleri, sh.379.) Fikri içtimanın gerçekleşmesi için gerekli olan diğer koşul ise, yasanın farklı hükümlerinin ihlal edilmiş olmasıdır.

Zincirleme suç olarak da adlandırılan müteselsil suç ise, T.C.Y.'nin 80. maddesinde, "Bir suç işlemek kararının icrası cümlesinden olarak kanunun aynı hükmünün bir kaç defa ihlal edilmesi, muhtelif zamanlarda vaki olsa bile bir suç sayılır. Fakat bundan dolayı terettüp edecek ceza altıda birden yarıya kadar artırılır." biçiminde düzenlenmiştir.

Bu yasal tanımlamadan anlaşılacağı gibi, müteselsil suçun varlığı için bazı koşulların gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan birisi, birden fazla suçun (neticenin) bulunması, diğeri; bu suçların kanunun aynı hükmünü ihlal etmeleri, üçüncüsü ise; birden fazla suçun aynı suç işleme kararına bağlanmasıdır.

Ceza Yasası'nın 80. maddesi, 4055 sayılı yasa ile değiştirilmiş ve madde-deki "aynı kasdi cürmü" sözcükleri çıkartılarak yerine, "aynı suç işleme kararı" ibaresi konulmuştur. Bu değişiklik, haklı olarak müteselsil suçlarda suç kastlarının ayrılığında zorunluluk bulunduğu, "aynı suç işleme kararının" kasttan başka bir anlam taşıdığı vurgulanmak istenmiştir.

Kaynak yasa ile yasanızdaki "aynı suç işleme kararı" kavramından ne anlaşılacağı öğretisi ve yargısal kararlarda değerlendirilmiş, bunun, kanunun aynı hükmünü müteaddit defa ihlal etmek hususunda önceden kurulan bir plan (Antokosei Maggiore, Manzini'ye atfen Dönmezer-Erman cilt 1, Sh.387), kanunun aynı hükmünü müteaddit defa ihlal etmek hususundaki genel bir niyet (Raineri-Pannen'e atfen Dönmezer-Erman) anlamında bulunduğu, ancak çok genel bir birliğin, genel bir saik birliği sonucuna götüreceği, örneğin hırsızlığı kendisine meslek edinmiş bir kimsenin, çok sayıda hırsızlık suçu işlemesinde saik birliği bulunduğu halde, bu saik birliğinin, kararda birliği meydana getiremeyeceği, suç saiki, niyeti, amacı ile kararının karıştırılmaması gerektiği, yine fırsat çıktığı zaman suç işlemek için verilen genel bir kararın, müteselsil suçun bu subjektif koşulunu oluşturmayacağı (Sancar), işlenen suçlar aynı

olsa dahi, failin eline geçirdiği fırsatlardan yararlanarak bunları işlemesinde, aynı suç işleme kararından bahsedilemeyeceği, suçlar arasında uzun bir süre bulunmasının, aynı suç işleme kararına bağlılıktan değil ortaya çıkan fırsatlardan yararlanma şeklinde yorumlanabileceği (Önder), görüşleri ileri sürülmüştür.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun konuya ilişkin 02.03.1987 gün ve 341/84 sayılı ve 20.03.1995 gün ve 48/68 sayılı kararlarında;

Öğretideki görüşlere yer verildikten sonra "aynı suç işleme kararından yasanın aynı hükmünü birçok kez ihlal etme hususunda önceden kurulan bir plana yönelik genel bir niyetin anlaşılması gerektiği, bu bağlamda failin suçu işlemeyen önce bir plan yapmasının veya bu suça niyet etmesinin ve fakat fiili bir defada yapmak yerine kısımlara bölmeyi ve o surette gerçekleştirmeyi daha uygun görmesinin, hareketinin aynı nitelikteki ihlale yönelik öncekinin devamı olmasının ve tüm hareketleri, arasında sübjektif bir bağlantı bulunmasının anlaşılması gerektiği" kabul edilmiştir.

Aynı suç işleme kararının varlığı, olaysal olarak suçun işlenmesindeki özellikler, suçun işleniş biçimi, fiillerin işlendikleri yer ve işlenme zamanı, fiiller arasında geçen süre, mağdurların farklı olup olmadıkları, ihlal edilen değer ve yarar ile korunan değer ve yarar, olayların oluşum ve gelişimi ile tüm özellikleri değerlendirilerek belirlenecektir.

Yine yargısal kararlarda; suçların işlenme tarihleri arasında az veya çok bir zaman aralığı bulunması ya da suç mağdurlarının birden fazla olması halinde teselsülü reddetmenin adalet ve hakkaniyete uygun bulunmayacağı genel bir kabul görmekte ise de, eylemler arasında 2-3 ay gibi, uzun sayılabilecek ve makul kabul edilemeyecek bir zaman aralığının bulunması halinde, suç işleme kararında birlikten söz edilemeyeceği kabul edilmiş, (CGK.'nın, 17.04.1995 gün ve 97-122 sayılı, 17.10.1988 gün ve 303-367 sayılı kararları) öğretilde de, aradan geçen uzun sürenin aynı suç işleme kararının değil ortaya çıkan fırsatlardan yararlanma düşüncesinin sonucu olarak yorumlanması gerektiğine, iki ihlal arasında çok uzun bir zaman aralığı bulunmasının suç kararında birlik olmadığını" karinesini teşkil edebileceğine değinilmiştir. (Önder), (Erem-Danışman-Artuk).

Bu açıklamalar ışığında 3628 sayılı yasadaki suçlar değerlendirildiğinde;

Yasanın, "Gerçeğe aykırı bildirimde bulunma" başlığını taşıyan 12. maddesinde, "Kanunun daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde gerçe-

ğe aykırı bildirimde bulunana altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.” hükmü,

“Haksız mal edinme, mal kaçırma veya gizleme” başlığını taşıyan 13. maddesinde ise, “Kanunen daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde haksız mal edinene üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş milyon liradan on milyon liraya kadar ağır para cezası verilir.

Haksız edinilen malı kaçıran veya gizleyene de aynı ceza verilir.” hükümleri yer almaktadır.

Görüldüğü gibi her iki maddedeki suçların düzenlenmesinde yasa koyucu tarafından, daha ağır bir ceza gerektirmediği takdirde bu maddelerdeki cezaların verileceği öngörülmekle, TCY’nin 79. maddesinin bu suçlar için de geçerli olduğu açıkça ortaya konulmuş bulunmaktadır. Bu itibarla fikri içtima kurallarının bu suçlarda uygulanacağı kuşkusuzdur.

Teselsül hükümlerinin uygulanmasına gelince, 12. maddede ve 13. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen suçlar, yerleşmiş yargısal kararlarda da kabul edildiği üzere, ani suçlardandır. 13. maddenin 2. fıkrasındaki suç ise, kaçırma ve gizleme eylemlerinin yapısı gereği, temadiye elverişli nitelik arz etmektedir. Bu nedendir ki, aynı suç işleme kararı altında birden fazla işlenmesi halinde anılan suçlarda teselsül hükümlerinin uygulanması olanaklıdır.

O halde, somut olay ile ilgili olarak uygulanma olanağı bulunan 3628 sayılı yasanın 12 ve 13. maddelerinde yer alan suçlar için, koşullarının varlığı halinde 765 sayılı TCY’nin 79 ve 80. maddeleri uygulanabilecektir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan dört Kurul Üyesi ise, TCY’nin 79 ve 80. maddelerinin, 3628 sayılı yasada yer alan suçlar bakımından uygulanma koşullarının bulunmadığı görüşüyle karşı oy kullanmışlardır.”³²

Buna göre, 3628 sayılı kanundan doğan davaların temyiz incelemesini yapan Yargıtay 7. Ceza Dairesi’nin³³ ve Yargıtay Ceza Genel

³² Yargıtay CGK’nın 2005/7-173 esas, 2006/145 sayılı kararı. Ayrıca 7. CD’nin de kararlarında benimseyip kararlarında atıfta bulunduğu 03.02.1998 gün ve 7/288-11 sayılı kararı da bu yöndedir.

³³ Yargıtay CGK’nın 03.02.1998 gün ve 7/288-11 sayılı kararında da belirttiği üzere haksız mal edinme suçları ani suç niteliğinde olduklarından suç tarihinin mal

Kurulu'nun yerleşmiş kararlarına göre 3628 sayılı kanununun 10. maddesindeki "mal bildiriminde bulunmama" suçu, 12. maddesindeki "gerçeğe aykırı bildirimde bulunma" suçu ve 13. maddenin 1. fıkrasındaki "haksız mal edinme" suçları ani suçlardandır. Suç tarihleri de sırasıyla 10. madde için bildirimde bulunulması gereken sürenin sonu, 12. madde için gerçeğe aykırı bildirimde bulunma tarihi ve 13. maddenin 1. fıkrası için de malın edinim tarihidir. 13. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen "haksız edinilen malı kaçırmak veya gizlemek" suçu ise kaçırma ve gizleme eylemlerinin yapısı gereği, mütemedi³⁴ (devamlılık arz eden) suçtur.

veya paranın haksız edinim tarihi olduğu gözetilerek... (7.CD'nin 30.12.2004 tarih, 2004/17283 E., 2007/3061 sayılı karar) Sanık savunması ve bilirkişi raporlarından suç konusu banka hesaplarının 1992 yılından beri yürütüldüğünün ileri sürülmesi karşısında; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03.02.1998 gün ve 7/288-11 sayılı kararında da belirtildiği üzere haksız mal edinme suçları ani suç niteliğinde olduklarından suç tarihinin mal veya paranın haksız edinim tarihi olduğu gözetilerek, ilgili bankalardan 1992 yılından bu yana açılmış bulunan söz konusu hesap ekstreleri ve diğer belgeler celp edilip suç konusu paraların hangi tarihlerde haksız edinildiği ayrı ayrı bilirkişi marifetiyle tesbit ettirilmek suretiyle suç tarihlerine göre zamanaşımına uğramış miktar belirlendikten sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi, (7. CD'nin 19.10.2005 tarih, 2003/15026 E., 2005/18761 sayılı karar) oyçokluğuyla verilen bu karara karşı bir üye "...sanığın genel olarak mal varlığı hakkında genel intiba veren beyannameler incelendiğinde bildirilmeyen bedelin haksız olarak edinildiği ve gizlendiği ve eyleminin devamlılık arz ettiği, iradi olarak devam ettiği ve olayın meydana çıkmasına kadar sürdüğü, kendisinden 19.01.2000 ve 15.02.2000 tarihlerinde özel olarak yapılan mal bildirimini istemlerinde dahi iradi olarak fiili ortadan kaldırmaya muktedir olmasına rağmen bildirimde bulunmadığı ve son vermediği zira bu defa bu bedelin ne suretle edinildiğinin de saunmasını yapmak zorunda kalacağından, bildirimden kaçındığı önceki bildirimleri ve gelirleri ile mukayese edildiğinde bu miktarın olay dışında kaldığı ve eyleminin devam eden bir eylem olması nedeni ile Yüksek Daire'nin ani suç olarak kabul eden görüşü ve bu görüşün getirdiği yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmasına dair bozma düşüncesine karşı olduğumu ve mahkemenin takdirinde isabetsizlik görmediğimden kararın onanması gerektiğini belirtirim" gerekçesiyle muhalif kalmıştır.

³⁴ Kanuni tarifindeki fiilin icrası süreklilik arz eden suçlara mütemedi suçlar denilmektedir. Bu suçlarda fiilin icrası bir anda tamamlanmamaktadır. Burada özellik arz eden husus neticenin devamı değildir. Suçun kanuni tarifindeki fiilin icrasına devam edilmektedir. Özgenç, İzzet, TCK Gazi Şerhi, 3. baskı, Ocak 2006, s. 202; Bunlar, suç oluşturan fiilin, fiilin davranışının sürekliliği yüzünden, zararlı veya tehlikeli durumu, kesintisiz olarak devam ettiren suçlardır. Gerçekten, bu suçlarda, ihlal, bir anda olup bitmemekte, zaman içinde, failin iradesi veya başka bir neden ile kesintiye uğrayıncaya kadar devam etmektedir. Hafızoğulları, Zeki, Türk Ceza Hukuku Ders Notları, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2006, s. 216, <http://www.zekihafizogullari.com/Makaleler/Hukuk%20Devleti%20ve%20Turk%20Ceza%20Hukuku.doc>

Bu ayırımın uygulamaya yansıyan en önemli sonucu zamanaşımıdır. Dava zamanaşımı, suçun işlendiği tarihten itibaren belli bir zamanın geçmesi durumunda, eylem, suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen izlenen suç siyaseti gereği sanık hakkında kovuşturma işlemlerine devam edilmesini, izlenen suçun cezalandırılabilirliğini ortadan kaldıran bir sebeptir.³⁵ Tabii ki bu suçlar için zamanaşımının hiç başlamaması ve sanıkların, ömür boyu ceza tehdidi altında tutulmasını istiyor değiliz. Ancak suçun zamanaşımına uğraması ile kamu hizmetlerinden yasaklanma cezasına (veya 5237 sayılı TCK'ya göre güvenlik tedbirlerine) ve haksız edinilen malın müsaderesine de hükmedilememesi sonucu rüşvet ve yolsuzluklarla mücadelede en temel yasa olan bir kanun işlevsiz kalmaktadır.

Uygulamada noksan soruşturma ve yanlış vasıflandırma ile açılıp hükme bağlanan davalar suçun cezasız kalmasına neden olmaktadır. Bilindiği gibi ani suçlarda ya her eylem ayrı bir suçu oluşturmakta veya suç teselsülen (zincirleme) işlenmiş olmaktadır. Yargıtay CGK'nın kararlarında belirtildiği gibi eylemler arasında 2-3 ay gibi, uzun sayılabilecek ve makul kabul edilemeyecek bir zaman aralığının bulunması halinde, suç işleme kararında birlikten söz edilemez.³⁶ Buna rağmen birçok dosyada sanıkların uzun sayılabilecek ve makul kabul edilemeyecek zaman aralıklarında haksız mal edindikleri anlaşılmasına rağmen davaların buna göre açılmadığı ve tek bir suç işlenmiş gibi dava açılıp karar verildiği görülmektedir. Oysa iddianamede her eylem ayrı ayrı anlatılarak bunların ayrı suçları oluşturduğundan bahisle suç sayısınınca cezalandırılma talep edilmesi gerekir.

³⁵ Özgenç, İzzet, a. g. e., s. 733.

³⁶ CGK'nın 2005/7-173 esas, 2006/145 sayılı karar. Bu kararda atıfta bulunulan CGK'nın, 17.04.1995 gün ve 97-122 sayılı kararında da "TCK'nın 80. maddesinde düzenlenen müteselsil suçun oluşabilmesi için, eylemin birden fazla olması, bozulan yasa hükmünde ve suç işleme kararında birlik bulunması gerekir. Sanığa yüklenen suçlar arasında 53 gün gibi uzunca sayılabilecek ve makul kabul edilemeyecek bir süre geçtiği, suç konusu yemlerin ayrı ayrı nitelikte oldukları ve numunelerin de ayrı ayrı yerlerden alındıkları gözetildiğinde, suç işleme kararında birlik bulunduğu söylenemez. Sanığın, her iki suçu da ayrı suçu kararı sonucu işlediği anlaşıldığından, davaların birleştirilmesine de keza gerek yoktur" denilmektedir.

TCK'nın Genel Hükümleri Karşısında 3628 Sayılı Kanundaki Yaptırımlar

Yasa koyucu bu suçların toplumda arz ettiği tehlike karşısında ceza siyaseti olarak genel hükümlerden farklı ve ayırık düzenlemelere gitmiştir. 765 sayılı TCK'nın 10. maddesindeki *"bu kanundaki hükümler, özel ceza kanunlarının buna aykırı olmayan maddeleri hakkında da tatbik olunur"* hükmü özel kanunlarda TCK'nın genel hükümlerine aykırı düzenlemeler yapma olanağı tanımaktaydı.

5237 sayılı TCK'nın 5. maddesindeki *"bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır"* amir hükmünün artık özel yasalardaki suç ve cezanın kanuniliği, erteleme, paraya çevirme, tekerrür, iştirak ve daha bir çok konudaki farklı ve istisnai düzenlemeleri geçersiz kılması sonucu³⁷ 3628 sayılı kanunun 16. maddesindeki erteleme, paraya çevirme ve ön ödeme yasağı hükümsüz kalacak ve 3257 sayılı TCK'nın genel hükümlerine göre verilecek bir yıl veya daha az süreli hapis cezası şartlarının varlığı halinde seçenek yaptırımlara çevrilebilecek (50. m.), iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilecek (51. m.), dahası 5271 sayılı CMK'nın 23.01.2008 tarih, 5728 sayılı kanunlarla değişik 231. maddesine göre yargılama sonunda hükmolunan ceza iki yıl veya daha az süreli hapis cezası ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecektir.

Kanunun etkinliği açısından yasa koyucu isterse benzeri hükümlere tekrar yer verebilir.³⁸ 1 Haziran 2005 tarihinden sonra 3257 sayılı

³⁷ 5252 sayılı kanunun geçici maddesindeki *"diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılmıyaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanacağı"* hükmü karşısında 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesinin yürürlük tarihi hakkında ilk olarak, 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı kanunla ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıldığına göre artık 31 Aralık 2008 tarihinin beklenmesine gerek yoktur, 5. maddede yürürlüğe girmiştir denilebilirse de bunun değişiklik yapılan yasalar için geçerli olduğu, diğer özel yasalar açısından ise yürürlük tarihinin 31 Aralık 2008 olacağını kabul etmenin daha gerçekçi ve maslahata uygun olacağı aksi halde başta 1567 ve 3628 sayılı kanunlar olmak üzere birçok özel yasa da yer alan suçun yaptırımsız kalacağı veya amacına hizmet etmeyeceği ortadadır. (Geniş bilgi için, Uğur, Hüsamettin, 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesi ve 5728 sayılı kanunun getirdikleri, *Aylık Hukuk Dergisi Terazi*, Mart 2008, sayı 17.

³⁸ 765 sayılı TCK'nın 10. maddesinin verdiği ruhsatla onlarca, hatta yüzü aşkın özel ceza yasasında ceza hukukunun genel ilkelerinin geçersiz kılınmasının tasvip edilecek bir yanının olmadığını, 3257 sayılı TCK'nın 5. maddesinin genel hükümler

TCK'nın genel hükümlerine aykırı düzenlemeler yapılması halinde genel hükümlerin istisnası olarak geçerli olacaktır. Örneğin; 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanunu yürürlükten kaldıran 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu 19.7.2003 tarihinde yürürlüğe girdiği halde, 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesi uyarınca bu kanunun genel hükümleriyle uyumlu olması için 21.03.2007 tarih ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu çıkarılmış buna rağmen teşebbüs ve müsadere yönünden bu kanuna özgü hükümlere aynen yer verilmiştir.³⁹

Sonuç ve 3628 Sayılı Kanunun İşlerliği Açısından Bazı Öneriler

Buraya kadar kanundan ve uygulamadan kaynaklanan sorunlar nedeniyle 3628 sayılı kanunun bugüne kadar kendisinden bekleneni veremediğini göz önüne sermeye çalıştık.

Uygulamaya yansdığı kadarıyla kanunun soruşturma usulü açısından 17. maddenin 2 ve 3. fıkralarında sayılan müsteşar, vali ve kaymakamlar ile görevleri veya sıfatları sebebi ile özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olan kişilerin kanun kapsamı dışında tutulması haricinde bir problem görünmemektedir. Daha çok soruşturma usulünün gereklerinin yerine getirilmemesi söz konusudur. Suçlara ilişkin ihbarların doğrudan Cumhuriyet başsavcılıklarına yapılmaması, Cumhuriyet savcısının soruşturmaya başladığında ihbarı doğrulayan emareler bulunduğu halde sanıktan, haksız edinilen malın kaçırıldığı yolunda delil ve emare elde edildiği takdirde sanığın ikinci dereceye kadar kan ve sıhrî hısımları ile gelini ve damadından mal bildiriminde bulunmalarının istenilmemesi, aynı şekilde kamu davası açılmadan önce haksız edinildiği yolunda delil veya emare elde edilen para veya

içinde en önemli ve yerinde bir düzenleme olduğunu kabul etmekle birlikte daha şimdiden birçok kanunda 5. maddesinin genel hükümlerine aykırı düzenlemeler yapıldığı ve daha da yapılacağı anlaşılmaktadır. 3257 sayılı TCK'nın 5. maddesine aykırı birkaç istisna olacaksa bunların birincisi 3628 sayılı kanun olmalıdır.

³⁹ 5607 sayılı kanunun 3. maddesinde "yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçlar ile onuncu fıkrada tanımlanan kabahat fiilleri, teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile, tamamlanmış gibi cezalandırılır" hükmü, 13. maddenin 2. fıkrasında ise "Etkin pişmanlık nedeniyle fail hakkında cezaya hükmolünmemesi veya kamu davasının düşmesine karar verilmesi, sadece suç konusu eşya ile ilgili olarak müsadere hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmez" hükmü mevcuttur.

mal ile ilgili tedbirin alınmasını görevli mahkemeden veya para veya malın bulunduğu yer hukuk mahkemesinden istenilmemesi gibi...

Bildirimlerin yenilenme süresinin 5 yıl (sonu (0) ve (5) ile biten yıllarda) olarak öngörülmesi de denetimi etkisizleştiren, beklenen faydayı sağlamayan uzun bir süredir.⁴⁰ Verilen mal bildirimleri, yetkili merci tarafından ancak bir önceki bildirim ile karşılaştırılarak denetleneceğine göre bir önceki bildirimde var olan bir usulsüzlüğün 5 yıl sonra ortaya çıkarılması halinde suçun zamanaşımına uğraması kaçınılmaz olacaktır. Ayrıca 7. maddedeki “yeni bildirimler yetkili merci tarafından daha önceki bildirimler ile karşılaştırılırlar” hükmüne yeterince uyulmadığı, bu gibi suçların genellikle vatandaşlar tarafından ihbar edildiği görülmektedir. Bu da yetkili mercilerin yasanın kendilerine verdiği görevi yeterince yerine getirmediğini göstermektedir.

Mal bildirimlerinin, gizli tutulup bildirimde bulunanın özel dosyasında saklanması bildirimlerin içeriği hakkında, açıklama yapma, bilgi verme, yayında bulunma yasağı 7. maddede belirtilen yetkili mercilerin de yasanın kendilerine verdiği görevi yerine getirmediği düşünüldüğünde şeffaflıktan, kamuoyu denetiminden uzak bir şekilde bu suçlarla mücadele edilemeyeceği ortadadır.

3. madde kapsamındaki hediyelerin kendi kurumlarına teslim edilmemesinin yaptırımının kanunda düzenlenmemiş olması bir noksanlıktır.

Yeni bir yasal düzenleme veya 3628 sayılı kanunda değişiklik yapılması düşünülmesine bile uygulamada bu gibi suçların genellikle suç tarihinden yıllar sonra vatandaşlar tarafından ihbar sonucu soruşturulması nedeniyle zamanaşımına uğradığı ve müsaderenin de gerçekleşmediği gözetildiğinde; en azından 3628 sayılı kanunda aşağıdaki değişikliklerin yapılmasında zaruret vardır:⁴¹

⁴⁰ 14. dipnotta örnek olarak verilen Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu üyeleri, Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurulu üyeleri, görevleri devam ettiği sürece her iki yılda bir, Kamu İhale Kurulu ve RTÜK üyeleri yasaları gereği her yıl genel mal beyanında bulunmak zorundadır. 3628 sayılı kanunun 7. maddesinin değiştirilerek yenilenme süresi hiç olmazsa iki yılda bir olmalıdır.

⁴¹ Bir grup milletvekilinin 09.08.2007 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na sunduğu 3069 sayılı “Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği İle Bağdaşmayan İşler Hakkında Kanun” ile 3628 sayılı “Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun” 5., 9. ve 3. maddelerinde değişiklikler yapılması, “TBMM dışı faaliyet gelirlerinin beyanı” ve bu konularda uygulamanın iz-

1. Kanununun 13. maddesindeki haksız mal edinme suçu temadi eden bir suç halinde tanımlanabilir. Böylece suç, haksız edinilen malın kullanılması süresince temadi edecek ve zamanaşımı süresi de kullanmanın tespit tarihi olacaktır.

Nitekim 2313 sayılı Uyuşturu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanunu'nun 23. maddesindeki izinsiz veya esrar elde etmek amacıyla kenevir ekme suçunda suç tarihi kenevir bitkisinin ekim tarihi olduğu ve uygulamada bitkiler dikili vaziyette yakalanmadığı zaman (işlenmemiş halde kubar esrar veya işlenmiş esrar olarak yakalanıp sanık bunu kendi ektiği kenevir bitkisinden elde ettiğini savunduğunda) suç tarihi ekim tarihi kabul edilirken 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı kanununun 77. maddesiyle yapılan değişiklikle; *"...Bu madde kapsamında ekim yapma ibaresinden, tohumun toprağa ekilmesinden ürünün hasadına kadarki süreç anlaşılır"* denilmesi suretiyle uygulamada yaşanan sıkıntı giderilmiştir.

2. Madem 13. maddede haksız mal edinen ile haksız edinilen malı kaçırın veya gizleyene de aynı ceza verilmesine rağmen yukarıda yer verilen Yargıtay Özel Dairesi ve CGK'nın kararına göre haksız mal edinme suçu ani suç, haksız edinilen malı kaçırmak veya gizlemek suçu temadi eden suçtur ve haksız edinilen malı kaçırın veya gizleyen ancak 3. bir kişi olabilmekte ve karşı oy gerekçesinde belirtildiği gibi bu da adaletsiz bir sonuç doğurmaktadır. O halde 13. madde tek fıkra halinde düzenlenebilir. Örneğin:

"Kanunun daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde haksız mal edinen, kullanan, kaçırın veya gizleyene üç yıldan beş yıla kadar hapis ve adli para cezası verilir" şeklindeki bir formülasyonda hem haksız mal edinmek suçu ile haksız edinilen malı kaçırmak veya gizlemek suçunun

lenmesi ile görevli "TBMM Siyasi Etik Kurulu" kurulmasına ilişkin, "TBMM Siyasi Etik Yasası" adında yasa teklifi verilmiş olup, halen Meclis Anayasa komisyonunda beklemektedir. Gerekçesinde 3628 sayılı "Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun" 3. maddesi değiştirilerek, hediye niteliğinde mal ve hizmet kabulünde getirilmiş olan kısıtlamaların kapsamının genişletilmesi, 5. maddesi değiştirilerek, söz konusu kanun kapsamına giren görevlilerin (milletvekilleri ve bakanlar dahil) kendilerine, eşlerine ve velayetleri altındaki çocuklarına ait bulunan mal varlıklarına ilişkin Mal Bildirimlerinin kapsamının daha geniş çerçevede yeniden belirlenmesinin amaçlandığı yazılsa da uygulamadaki problemleri gidermekten uzak olduğunu belirtmeliyiz. (Bakınız:http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun_teklifi_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=55037)

faili aynı kişi olabilecek hem de seçimlik hareketlerden birinin varlığı halinde suç oluşacaktır.

3. 14. maddesinin ilk cümlesine “fail hakkında kamu davasının veya cezanın düşürülmesine karar verilmesi, haksız edinilen malın müsadereesine engel teşkil etmez” ibaresinin eklenmesi gerekmektedir. Böylece 5237 sayılı TCK’nın 64, 65, 66. maddelerinde düzenlenen sanığın ölümü, af ve zamanaşımı hallerinde haksız edinilen malın müsadereesine karar verilebilecektir.⁴² Tabii bunun için ölüm, af ve zamanaşımı gibi davayı düşüren haller gerçekleşse bile yargılamaya devamla suçun işlenip işlenmediğine dair deliller toplanarak dava konusu malın haksız edindiğinin sabit olması halinde müsadere kararı verilebilecektir. Başından beri (1918, 4926 ve 5607 sayılı kanunlarda düzenlenen) gümrük kaçakçılığı suçlarındaki uygulama bu şekildedir.

⁴² 5237 sayılı TCK’nın “Eşya müsadereesi” başlıklı 54. maddesinin gerekçesine göre “Yapılan yeni düzenleme ile getirilen temel değişiklik, müsadereenin hukuki niteliğinin bir güvenlik tedbiri olduğunun kabul edilmesidir. İşte bu nedendir ki, müsadereye hükmedilmesi için bir suçun işlenmesi zorunlu olmakla birlikte, bu suçtan dolayı bir kimsenin cezaya mahkum edilmesi gerekmemektedir. Örneğin suç işlenmesinde kullanılan tehlikeli eşya, bunu kullanan fail çocuk veya akıl hastası olması nedeniyle cezalandırılmaması dahi, müsadereesine hükmedilebilecektir.” Maddede belirtildiği gibi müsadere için ya iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşya olmalı ya da suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması ve şahsi cezasızlık nedeniyle sanığın cezalandırılmaması gerekir. Yoksa dava zamanaşımına uğrasa bile haksız edinilmiş olan malların müsadere edilebileceği anlamında anlaşılmalıdır.

YASAL (MEŞRU) SAVUNMADA SINIRIN AŞILMASI

Mehmet ŞAHİN*

Hukuka uygunluk nedenlerinde (yasanın ifadesiyle “ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde”) sınırın aşılması hali, 5237 sayılı TCK’nın 27. maddesinde düzenlenmiştir.

Maddenin 1. fıkrasında “ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması” ifadesi yer almışsa da “ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler” hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenleri kapsadığından, bu fıkradaki ibareyi “hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın kast olmaksızın aşılması” şeklinde anlamak gerekir.¹

Sınırın aşılması

Madde 27- (1) Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması hâlinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur.

(2) Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez.²

* Yargıtay Cumhuriyet Savcısı.

¹ Özgenç İ. Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi 3. Bası s.395.

² Gerekçe:

Madde ile ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenlerin hepsini kapsamına alacak surette sınırın kast olmaksızın aşılması hâli düzenlenmiştir.

Sınır kasten aşıldığında, örneğin, meşru savunmada bulunan kişi vaki saldırıyı defetmek için saldırganı öldürmenin şart olmadığını bile bile ve sırf tecavüze uğramış olması fırsatından yararlanarak saldırganı öldürdüğü takdirde hukuka aykırılığın kalkmayacağı ve failin bu maddedeki herhangi bir ceza indiriminden yararlanamayacağı şüphesizdir. Bu nedenle madde sınırın kast olmaksızın aşılması hâlini

Açıklama

5237 sayılı TCK'da "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlığı altında yer alan "hukuka uygunluk nedenleri" şunlardır;

- a. Kanunun Hükümünü Yerine Getirme (m. 24/1),
- b. Yasal Savunma (Meşru Müdafaa) Hali (m. 25/1),
- c. Hakkın Kullanılması (İcrası) (m. 26/1) ve
- d. İlgilinin Rızası Dahilinde İşlenen Fiil (m. 26/2),

Ancak; *Hukuka uygunluk nedenleri sınırlı sayıda (numerus clausus) sayılmamıştır. Örf ve adet hukuku ile de ortaya çıkabilirler. Bu kapsamda ifade etmek gerekir ki, hukuka uygunluk sebeplerinin örf ve adet hukuku esas alınarak genişletilmesi, kıyas yasağına aykırılık teşkil etmez.*³ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun da 24, 25 ve 26. maddelerinden başka maddelerde ve Türk Ceza Kanunu dışında başka kanunlarda düzenlenmiş olan veya hiçbir kanunda yer almayan hukuka uygunluk sebepleri de mevcuttur.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun da düzenlenmiş olan ve "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlığı altında yer almayan hukuka uygunluk sebeplerine örnek olarak;

kapsamaktadır.

Yukarıda verilen örnekte fail, maruz kaldığı saldırı dolayısıyla ve içinde bulunduğu durum itibarıyla esasta gerekli olandan fazla bir savunmada bulunmuş olabilir. Sınırın aşılmasındaki bu taksir kendisinin cezalandırılmasına yol açabilirse de, bunun için işlenen suçun taksirle işlendiği takdirde de cezalandırılabilen bir fiil olması zorunludur. Demek oluyor ki, bu gibi hâllerde işlenen suçun niteliğine bakılacak ve sadece kast bulunduğu takdirde cezalandırılabilen bir suç söz konusu ise faile ceza verilmeyecek buna karşılık, suç taksirle işlendiği takdirde de cezalandırılabilen fiillerden birini oluşturduğunda, maddede öngörülen biçimde cezadan indirim yapılarak faile taksirli suçtan dolayı ceza verilecektir.

Bölüm başlığına paralel olarak, madde metnindeki "hukuka uygunluk nedenleri" yerine, "ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler" ibaresi konulmuştur.

Maddenin ikinci fıkrasında meşru savunma hakkına ilişkin özel bir savunma hâli düzenlenmiştir. Buna göre, meşru savunmada sınırın aşılması, fail bakımından mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise, faile ceza verilmeyecektir.

Hükümet Tasarısında, maddenin ikinci fıkrası bütün hukuka uygunluk nedenlerini kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Oysa heyecan, korku veya telaş, ancak meşru savunma hâlinde söz konusu olabileceği için, fıkra metninin başına "meşru savunmada" ibaresi konulmuştur.

³ Hakeri Hakan Ceza Hukuku, Genel Hükümler, s.285-286.

232/2. maddesinde yer alan “*idaresi altında bulunan veya büyütme, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisinden kaynaklanan davranışlar*” hakkındaki düzenleme ile

128. maddesinde yer alan “*yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, gerçek ve somut vakialara dayanan ve uyumsuzlukla bağlantılı olan, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulmasına ilişkin davranışlara*” ilişkin düzenlemeyi gösterebiliriz.

Ayrıca ceza kanununda yer almayan, sadece ihmali suçlarda söz konusu olan, yükümlülüklerin başka bir anlatımla görevlerin çatışması hali de bir hukuka uygunluk nedenidir. Yükümlülüklerin (görevlerin) çatışmasında fail açısından en azından iki hareket söz konusu olmakta, ancak fail bunlardan sadece birini yerine getirme olanağına sahip olup yükümlülüklerden birini yerine getirirken diğerini ihmal etmektedir. Örneğin denizde eşi ve çocuğu boğulmak üzere olan babanın sadece bir kişiyi kurtarma olanağı bulunması nedeniyle çocuğunu kurtarıırken eşinin boğulması durumu,⁴ *Sınırın aşılmasını* düzenleyen 5237 sayılı TCK’nın 27/1 maddesi yukarıda belirtilen tüm hukuka uygunluk nedenlerinde (ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde) sınırın aşılması halini, 27/2 maddesi ise sadece yasal savunma hali için geçerli olan ve diğer hukuka uygunluk nedenlerinde uygulanma olanağı bulunmayan “*mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaş*” nedeniyle sınırın aşılması halini düzenlemektedir.

Biz, 5237 sayılı TCK’nın 27/1 maddesindeki hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasını halini yasal savunmayı temel alarak inceleyeceğiz. Yasal savunmada sınırın aşılması ile ilgili olarak yapılan açıklamaların, (*yasal savunmada sınırın kast olmaksızın aşılması hali ve yasal savunmada sınırın kasten aşılması hali ile ilgili olan açıklamaların*) genel olarak 27/1 maddesi kapsamındaki diğer hukuka uygunluk nedenlerinde “*Kanunu Hükmünü Yerine Getirme (m.24/1), Hakkın Kullanılması (m.26/1) ve İlgilinin Rızası Dahilinde İşlenen Fiil (m.26/2) için*” de geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Ancak incelememizin diğer bölümü olan 27/2 maddesi kapsamındaki *yasal savunmada sınırın aşılmasının mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmesi hali* ile ilgili olan

⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri Hakan Ceza Hukuku, Genel Hükümler, s.328 vd.

açıklamalar sadece yasal savunma durumu için geçerlidir ve diğer hukuka uygunluk nedenlerinde uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmış olmasından söz edilebilmesi için, her şeyden önce hukuka uygunluk sebebinin bütün şartlarının bulunması gerekir;gerekir ki, bunun aşılmış olduğundan söz etmek mümkün olabilsin.⁵

Hangi hukuka uygunluk nedeni için sınırın aşılması söz konusu ise, öncelikle bu hukuka uygunluk nedeninin tüm koşulları ile oluşup oluşmadığı incelenmelidir. Örneğin, yasal savunmada sınırın aşılmasının bulunup bulunmadığını araştırmak için ilk önce yasal savunmanın saldırıya ilişkin koşulları olan "haksız bir saldırı olması, saldırının kişinin kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelmesi ve saldırının varlığını halen devam ettirmesi," koşulları ile savunmaya ilişkin olan "saldırıya karşı savunmanın zorunlu bulunması, savunma ile saldırının orantılı olması ve savunma ile saldırının eşzamanlı olması" koşullarının varlığının bulunup bulunmadığına bakılmalıdır.⁶ Yine, 5237 sayılı TCK'nın 24/1 maddesi kapsamında bulunan hukuka uygunluk nedeninde sınırın aşılması söz konusu ise bu durumda da öncelikle bu madde kapsamındaki hukuka uygunluk nedeninin (kanun hükmünü icra) koşullarının oluşup oluşmadığı değerlendirilmelidir.

*Sınırın aşılması hali (m.27/1) yukarıda belirtildiği üzere ancak hukuka uygunluk nedenlerinde uygulanabilir. Kusurluluğu kaldıran nedenlerde uygulama alanı yoktur. Örneğin, kusurluluğu kaldıran nedenlerden olan "zorunluluk halinde iken kişi kasten hareket etmektedir. Bu nedenle, bir olayda hem zorunluluk halinin varlığından hem de taksirle işlenen suçtan söz edilemez. Sonuç olarak, kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerle ilgili olarak sınırın aşılması söz konusu değildir."*⁷

Yine kusurluluğu kaldıran nedenlerden olan *maddî cebir*, (bir kimşenin maddî şekilde zorlanmak suretiyle suç işlemeye itilmesi hali) ile *manevî cebir* (manevî şekilde zorlanmak suretiyle bir kimseye hareket şeklinin dikte edilmesi)⁸ sonucu işlenen 5237 sayılı TCK'nın 28. mad-

⁵ Önder Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, s.265.

⁶ Yasal (meşru) savunmanın koşulları ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz; Şahin Mehmet, Yasal (Meşru) Savunma, *Barolar Birliği Dergisi*, Mart/Nisan sayısı.

⁷ Özgenç İ. Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi 3. Bası s.395.

⁸ Toroslu Nevzat, Ceza Hukukunda Zaruret Hali, s. 91.vd.

desi⁹ kapsamında bulunan suçlarda da sınırın aşılması (m.27/1) halinin uygulanması mümkün değildir.

Yasal savunma altında bulunan fail, madde gerekçesinde açıkça ifade edildiği üzere maruz kaldığı saldırı dolayısıyla ve içinde bulunduğu durum itibarıyla esasta gerekli olandan fazla bir savunmada bulunmuş olabilir. Bu durumda failin kastına bakıp değerlendirme yapmak gerekir.

Sınırın aşılması durumlarında, *fail objektif olarak var olmayan bir hukuka uygunluk sebebinin bulunduğu düşüncesi ile hataya düşerek hareket etmiş değildir. Hukuka uygunluk sebebi gerçekte vardır, failin hareketi hem objektif, hem de sübjektif bakımlardan hukuka uygundur; sadece yapılan hareket zaruret veya emrin sınırını aştığından hukuka uygunluk sebebi hareketi bütünü ile hukuka aykırı olmaktan çıkaramamakta, adeta sınırın dışında ve ötesinde kalan hareketle hukuka aykırı olmakta devam etmektedirler.*¹⁰

Sınırın aşılmasını yasal savunmadan ayıran önemli fark savunmaya ilişkin koşullardan *“savunma ile saldırının orantılı olması”* koşulunda dengenin saldırıda bulunan aleyhine bozulmuş olmasıdır. *Saldırı nedeniyle zarar gören hak ile savunma sonucunda zarar gören hak arasında açık şekilde orantısızlık bulunan hallerde, Örneğin; basit yaralama suçlarına karşı öldürme suçunun gerçekleşmesi gibi hallerde, yasal savunma hükümlerinin uygulanmasına olanak bulunmadığından yasal savunmada sınırın aşılması da söz konusu edilemez.*

*Saldırı devam ettiği süre içinde (yasal savunmada) sınırın aşılması, ancak kullanılan aracın seçimi veya kullanılış tarzı ile ilgilidir. Amaçta aşılma halinde sınırın aşılmış olduğundan söz etmeye imkan yoktur; zira bu halde artık ortada haklı bir savunma mevcut değildir.*¹¹

(“...Yukarıda belirtilen kanıtlar ışığında; sanık (A.Y)’nin maktullerden (Y) ile dünür, maktule (Ö)’nün ise kayınpederi olduğu, maktule (Ö) ile sanığın oğlu (K) arasında 5 yıldır süregelen geçimsizlik bulunduğu, her iki tarafın da geçimsizliğe neden olarak ailelerinin evliliğe müdahalelerini gösterdikleri, en son 20.05.1997 günü meydana gelen tartışma sonucu maktul (Y)’nin, kızı

⁹ 5237 sayılı TCK Madde 28- (1) *Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hâllerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.*

¹⁰ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, s.29 (Kunter Suçun Kanuni Unsurları s. 153).

¹¹ Önder Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, s.266

olan maktule (Ö)'yü alıp evine götürdüğü, olay günü sanık ve eşinin, oğullarının Ankara'ya gitmesi nedeniyle eve bakma ve çiçekleri sulamak amacıyla oğullarının ikamet ettiği eve geldikleri, ışıkların yandığını görmeleri üzerine zile bastıkları, kapıyı (Ö)'nün açtığı, sanık ve eşinin içeriye girerek oturdukları, maktule (Ö) ile sanığın tartışmaları, tartışma esnasında maktule (Ö)'nün mutfaktan aldığı bıçakla sanığa saldırdığı, sanığın eşi, maktule (Ö)'nün annesi ve babaannesinin (Ö)'ye müdahale ederek bıçağı aldıkları, bu mücadele sırasında maktulenin sehpaları kırıp ortalığı dağıttığı, daha sonra kapıyı kilitleyerek anahtarı sakladığı, sanık ve eşinin gitmesine engel olduğu akabinde babası (Y)'nin arayarak acele eve gelmesini istediği, evde bulunanların istemelerine rağmen kapıyı açmadığı, kısa bir süre sonra kapı ziline çaldığı, (Ö)'nün kapıyı açtığı ve maktul (Y)'nin elinde bıçak bulunduğu halde eve girdiği, sanık ve (Ö) dışında odada bulunanların (Y)'nin etrafını çevirip bıçağı almaya çalıştıkları, bu sırada (Ö)'nün sanığa saldırdığı, sanık tarafından bıçakla saldırıldığı belirtilmiş ise de, 20.05.1997 tarihli olay yeri inceleme ve tespit tutanağına göre, maktul (Ö)'nün bulunduğu yer veya yakınında bıçak bulunmadığı, her iki bıçağın da diğer maktulün yanında görüldüğü, (Ö)'nün bu ikinci saldırıda bıçak kullanmadığı, ayrıca maktule (Ö)'ye isabet eden mermilerden birinin sırtına isabet ettiği de nazara alındığında saldırı bittikten sonra sanığın ateş etmeye devam ettiğinin kabulünde zorunluluk bulunduğu, maktul (Y)'nin ise kızının vurulmasından sonra saldırması üzerine sanık tarafından yapılan atışlar sonucu öldüğü, bu kurşunlardan bir tanesinin hedefte sapma sonucu maktul (H)'ye rastlayarak ölümüne neden olması itibarıyla maktule (H)'ye yönelik eylemin TCY'nin 52 ve 79. maddeleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, savunma ile saldırı arasında bir oran bulunmaması da nazara alındığında olayda yasal savunma koşullarının oluşmadığı, bu nedenle savunma sınırının aşıldığından söz edilemeyeceği, olay öncesi ve olay anında sanığa yönelik hareketler birlikte değerlendirildiğinde eylemin ağır tahrik altında işlendiği anlaşılmalı, itirazın reddine karar verilmelidir. (oyçokluğuyla...)” Y.C.G.K . 04.05.1999 gün ve 1/65/95.¹²

“...Eşi maktulle olan geçimsizlikleri nedeniyle bir süredir annesinin evinde yaşayan sanığın, eşi maktulle konuşmak için olay günü eve çağırdığı, müşterek evlerine dönme konusunda aralarında çıkan tartışmada maktulün sanığı 3 gün iş gücünden kalacak şekilde yaraladığı, sanığın mutfağa kaçtığı, kapıyı zorlayıp içeri giren maktulün bıçakla sanığın üzerine yürüdüğü, sanığın

¹² Ayrıntılı karar için bkz Kaban/Aşaner/Güven/Yalvaç Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları 1996/2001 s. 78.vd.

annesi Songül'den yardım istediği, Songül'ün araya girdiği, bundan yararlanan sanığın maktulün elinden bıçağı alarak vurup öldürdüğü olayda, sanığın bıçağı almakla maktulün saldırısını sona erdirdiği, bu nedenle yasal savunma altında bulunduğu kabul edilmeyeceği, saldırının tekrar edeceğine ilişkin delil bulunmadığı da gözetildiğinde, sanığın kendisine yapılan bıçaklı saldırı nedeniyle ağır tahrik altında suçu işlediğinin kabul edilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması..." Y.1.C.D. 15.05.2007 gün ve 2007/1648-2007/3729.

"...Sanıkla maktulün daha önceden aynı işi yapmalarından kaynaklanan ticari bir çekişmelerinin olduğu, bu nedenle zaman zaman tartıştıkları, maktulün kendi işyerini devretmesine rağmen o dönemden kalma kırgınlıklarının devam ettiği, son olarak olay günü Kaş otogarı içinde, aralarında çıkan tartışma sırasında, maktulün sanığa küfretmesi üzerine, sanığın karşılık vermesine sinirlenen maktulün, yakındaki dükkandan demir bir çubuk alarak sanığın üzerine yürüdüğü, sanığın hemen oradan kaçarak annesi tanık Azime ile birlikte işlettikleri büfeye girdiği, maktulün de takip ederek peşinden içeri girmek istediği sırada, tanık Azime'nin kapının önüne durarak maktulü engellemeye çalıştığı, ancak bunu başaramadığı, olayın görgü tanığı olan Bilal K.'nin beyanına göre, tanık Azime ile mücadelesi sırasında maktulün elindeki demir çubuğun yere düştüğü ve bir daha eline almadığı, zaten sanığın da olay günü verdiği Cumhuriyet Savcılığı ifadesinde ve hakim huzurundaki sorgusunda maktulün içeride kendisine demirle saldırdığı yönünde bir savunmada bulunmadığı, bu şekilde içeri giren maktulü, sanığın, maruz kaldığı ağır haksız tahrikin etkisiyle bıçakla göğsüne vurmak suretiyle öldürdüğü ve yasal savunma şartlarının oluşmadığı olayda; sanık hakkında makul bir oranda haksız tahrik indirimi benimsenerek, 765 sayılı TCK'nın 448, 51/2, 55/3, 59. maddeleri ve 5237 sayılı TCK'nın 81/1, 29/1, 31/3, 62. maddelerinin ayrı ayrı uygulanması, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle lehe hükmün belirlenmesi ve uygulamanın buna göre yapılması yerine, yazılı şekilde, yasal savunmanın varlığının ve yasal savunmada sınırın aşıldığının kabulüyle sanığa eksik ceza verilmesi... hükmün... Bozulmasına..." Y.1.C.D. 25.05.2007 gün ve 2006/5456-2007/3967.

"...Sanığın, bıçakla hayati bölgeleri hedef alarak, ikisi batına nafiz ve midede yaralama meydana getirecek, diğeri sağ glutealde 4 cm derinliğe işleyecek şekilde yaraladığı mağdurun hayati tehlike geçirdiği, 25 gün iş ve gücünden kaldığı olayda; eylem, 765 sayılı yasanın 51/2. maddesi kapsamında tahrik karşısında adam öldürmek suçunu oluşturduğu halde, yazılı şekilde (5237

sayılı TCK'nın 27/1. CMK'nın 223. maddeleri gereğince açılan kamu davasının düşürülmesine dair) hüküm kurulması..." Y.1.C.D. 09.10.2007 gün ve 2007/3832-2007/7320.

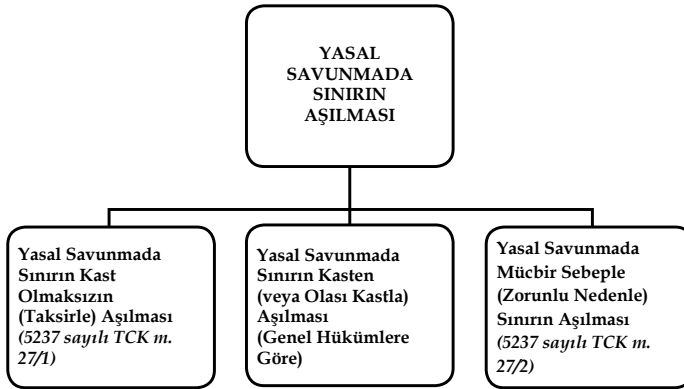
Savunma ile saldırının orantılı olması koşulunda dengenin saldırıda bulunan aleyhine bozulmuş olması sonucu oluşan "yasal savunmada sınırın aşılmasını" genel olarak üç ana başlık altında toplayabiliriz.¹³

1. Yasal savunmada sınırın kast olmaksızın (taksirle) aşılması, (5237 sayılı TCK'nın 27/1)

2. Yasal savunmada sınırın kasten (veya olası kastla) aşılması, (Genel Hükümlere Göre)

3. Yasal savunmada mücbir sebeple (zorunlu nedenle) sınırın aşılması (5237 sayılı TCK'nın 27/2)

Şema ile gösterecek olursak;



1. Yasal Savunmada Sınırın Kast Olmaksızın (Taksirle) Aşılması

Fail saldırganı karşı yasal savunmada bulunurken savunma sınırını kast olmaksızın yani taksirle (bilinçli taksir hali dahil) aştığında söz konusu olup, eylem 5237 sayılı TCK'nın 27/1 maddesi kapsamında bulunmaktadır. Taksir deyimi, 22. maddenin 2. fıkrasında şu şekilde tanımlanmıştır; "Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmemeyerek gerçekleştirilmesidir." Bilinçli taksir ise aynı maddenin 3. fıkrasında, "ki-

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, s.151 vd.; Hakeri Hakan Ceza Hukuku, Genel Hükümler, s. 331 vd.

şinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi" olarak açıklanmıştır.

Sınırın aşılmasındaki taksirin 22. maddesinin 2. fıkrasındaki "taksir" veya 22. maddesinin 3. fıkrasındaki "bilinçli taksir" kapsamında olmasının önemi yoktur. Fail her iki durumda da 27. maddesinin 1. fıkrasından yararlanacaktır. Zira yasada böyle bir ayırım yapılmaksızın "kast olmaksızın" ibaresi kullanıldığından bilinçli taksir halinin de madde kapsamında kaldığı kuşkusuzdur.

5237 sayılı TCK'nın 27. maddesinin gerekçesine göre, sınırın aşılması taksirle (dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla) gerçekleşmişse sanığın cezalandırılabilmesi için işlenen suçun taksirle işlendiği takdirde de cezalandırılabilen bir fiil olması zorunludur. Örneğin; Yasal savunmada sınırın aşılması nedeniyle, Mala zarar verme (m.151 ve 152), Konut dokunulmazlığını ihlal (m.116), Hırsızlık (m.41 vd.), Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (m.109) gibi ancak, kasten işlenmesi olanaklı bulunan suçlar da işlenmişse bu suçlar nedeniyle ceza verilmesi mümkün değildir. Demek oluyor ki, bu gibi hâllerde işlenen suçun niteliğine bakılacak ve sadece kast bulunduğu takdirde cezalandırılabilen bir suç söz konusu ise faile ceza verilmeyecek buna karşılık, suç taksirle işlendiği takdirde de cezalandırılabilen fiillerden birini (Örneğin, öldürme, yaralama gibi) oluşturduğunda, maddede öngörülen biçimde cezadan indirim yapılarak faile taksirli suçtan dolayı ceza verilecektir.

Failin yasal savunma sınırını taksirle aşması sonucunda bir kişinin ölümüne bir kişinin de duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine neden olacak şekilde yaralanmasına sebebiyet verdiğini kabul edelim;

Ölümüne sebep olduğu kişi açısından 5237 sayılı TCK'nın 85 maddesinde öngörülen "iki yıldan altı yıla kadar hapis cezasından" hakim tarafından 61 maddesindeki kriterler de gözetilerek alt ve üst sınırı arasında temel ceza belirlenip, bu ceza üzerinden 27/1 maddesi uyarınca "altıda birinden üçte birine kadar" indirim yapılacaktır. Daha sonra varsa, başka indirim hükümleri ve mahkemece uygulanması gerekli görüldüğü takdirde de takdiri indirim hükmü (m.62) uygulanacaktır.

Yaralama suçu nedeniyle de, 89/1 maddesi uyarınca 61 maddesindeki kriterler de gözetilerek alt ve üst sınırı arasında temel ceza belirlenip 89/3 maddesi uyarınca verilen ceza bir kat arttırılacak ve

bu ceza üzerinden 27/1 maddesi uyarınca “altıda birinden üçte birine kadar” indirim yapılacaktır. Sonrasında varsa, başka indirim hükümleri ve mahkemece uygulanması gerekli görüldüğü takdirde de takdiri indirim hükmü (m.62) uygulanacaktır.

5237 sayılı TCK'nın 27/1 maddesi uyarınca yapılacak indirim 1/3 oranını geçmemelidir.

(“...Kabule göre de; a. Sanık Tahsin hakkında, hüküm kurulurken, 5237 sayılı yasanın 89/1. maddesi uyarınca temel ceza belirlendikten sonra 89/2-e, 27/1 ve 62. madde sıralamasına uygun şekilde karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde uygulama yapılarak hüküm kurulması...”) Y.1.C.D. 03.05.2007 gün ve 2006/5331-2007/3409.

“...Sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 85. maddesine göre belirlenen temel cezadan, aynı kanununun 27/1. maddesiyle yapılan indirimin 1/3 oranını geçemeyeceği dikkate alınmadan, yazılı şekilde 2/3 oranında indirim yapılarak eksik ceza tayini...” Y.1.C.D. 10.05.2007 gün ve 2007/1927-3596.

Taksirli yaralama suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması, 5237 sayılı TCK'nın 89 maddesi uyarınca şikayete tabidir. Ancak, birinci fıkra kapsamına giren bilinçli taksirle işlenen basit yaralama hali hariç, 89. maddesinin diğer fıkralarındaki bilinçli taksirle işlenen yaralama suçlarında şikâyet aranmaz.

Yasal savunmada sınırın taksirle aşılması nedeniyle mağdurun 89 maddesi kapsamında bir yaralanması söz konusu ve bu suç yukarıda açıklandığı üzere şikayete tabi bulunan bir yaralama şeklinde ise ancak, usulüne uygun “şikayetin varlığı halinde sanığın cezalandırılmasına karar verilebilecek ve koşulları bulunduğu takdirde de uzlaşma hükümleri uygulanacaktır.” 5237 sayılı TCK'nın 89. maddenin birinci fıkrasındaki basit yaralama hali dışında, diğer fıkralarındaki bilinçli taksirle işlenmiş olan bir yaralama söz konusu ise bu durumda şikayetin varlığına bakılmaksızın ceza verilebilecektir.

(“...Sanığın eylemine uyan taksirle yaralama suçu nedeniyle 89/1-2, 27/1, 62, 51. maddeleri uyarınca hüküm tesis edilmiş ise de, TCK'nın 89/5. maddesine göre bu suçun kovuşturulmasının şikayete bağlı olduğu, mağdurun 03.05.2005 günlü Ağır Ceza Mahkemesi'nde alınan beyanında şikayetçi olmadığını ifade ettiği anlaşılacakla, CMK'nın 223/8. maddesi uyarınca davanın düşürülmesine karar verilmesi yerine devamlı mahkumiyet hükmü tesis edilmiş olduğundan hükmün Bozulmasına...”) Y.1.C.D. 21.02.2007 gün ve 2006/430-2007/636.

5560 sayılı yasanın 23 maddesi ve 5728 sayılı *Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunu*'nun 562 maddesi ile değişik, 5271 sayılı CMK'nın 231 maddesi uyarınca, sanığa yasal savunmada sınırın (taksirle veya kasten aşılması fark etmeksizin) aşılmasından dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; koşulları bulunduğ¹⁴ takdirde mahkemece, *hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecektir.*

Yasal savunmada sınırın kast olmaksızın (taksirle, bilinçli taksir hali dahil) aşılması halinin 765 sayılı TCK'nın ile 5237 sayılı TCK'daki düzenlemeleri arasındaki farklarına bakacak olursak;

Uygulamada 01.06.2005 tarihinden önce işlenen suçlarda yasal savunmada sınırın aşılması halinde, *sınırın kasten aşılmadığına bakılmaksızın hem kasten aşılması halinde, hem de taksirle aşılması halinde 765 sayılı TCK'nın 50. maddesi tatbik edilmekteydi.*¹⁵ Zira bu maddede sınırın kasten ya da taksirle aşılması yönünde bir ayırım yapılmamıştı. Bu madde uyarınca ceza tayin edilirken somut olayın özelliklerine göre hareket edilmekte, taksirle aşıldığında üst sınırlara yakın oranda, kasten aşıldığında da alt sınırlara yakın oranda indirim yapılmakta idi. *Ancak, yeni düzenleme olan 5237 sayılı TCK'nın 27/1 maddesi sadece, sınırın kast olmaksızın (taksirle) aşılması halini kapsamaktadır. Sınırın kasten aşılması halinde bu maddenin uygulanması olanağı yoktur.* 01.06.2005 tarihinden önce işlenen suçlarda sınırın kasten aşılması halinde, 5237 sayılı TCK'ya göre, 27/1. maddesi kapsamında değerlendirilmeyip genel hükümlere göre işlem yapılacağından, 765 sayılı TCK'nın 50. madde-

¹⁴ *Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının koşulları;*

a. Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b. Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurulurken yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c. Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

¹⁵ 765 sayılı TCK Madde 50 - (Değişik: 11/6/1936 - 3038/1 m.) 49. maddede yazılı fillerden birini icra ederken kanunun veya salahiyettar makamın veya zaruretin tayin ettiği hududu tecavüz edenler cürüm ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasını müstelzim ise sekiz seneden aşağı olmamak üzere hapis ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim olduğu takdirde altı seneden on beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Sair hallerde asıl suça mürettep ceza altıda birinden eksik ve yarısından ziyade olmamak üzere indirilir ve ağır hapse tahvil olunur ve amme hizmetlerinden müebbet memnuiyet cezası yerine muvakkat memnuiyet cezası verilir.

si lehedir. Sınırın kast olmaksızın (taksirle) aşılması halinde ise, 5237 sayılı TCK'nın 27/1 maddesi önceki düzenlemeye göre lehedir; ancak, 765 sayılı TCK'nın 463. maddesinde yer alan “öldürme fiillerini iki veya daha çok kimsenin birlikte yapması halinde, failin kim olduğu belli olmazsa bunlardan her birisi hakkında üçte birden yarıya kadar ceza indirimi uygulanması” gibi 5237 sayılı TCK'da düzenlenmeyen sanık lehine hükümler bulunduğu gözetildiğinde, uygulama yapılırken, 01.06.2005 tarihinden önce işlenen sınırın taksirle aşılmış olduğu fiiller ile ilgili olarak henüz kesinleşmemiş hükümlerde, 765 ve 5237 sayılı yasalardan her biri açısından madde ve fıkra gösterilerek, somut ve denetime elverişli biçimde karşılaştırma yapılması sonucunda lehe olan hükmün belirlenerek uygulanması, kesinleşmiş fakat infazı henüz tamamlanmamış hükümlerde ise aynı yöntemle uyarlama kararı verilmesi gerekmektedir.

(“...Sanığın eylemi sınırın kast olmaksızın aşılması olarak değerlendirildiğine göre, 765 ve 5237 sayılı yasalardan her biri açısından madde ve fıkra gösterilerek yapılacak uygulamanın somut ve denetime elverişli biçimde tespiti ile hangi yasadan kurulan hüküm daha lehe ise, o yasa gereğince hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde genel ve soyut karşılaştırma ile yetinilmesi...hükmün... Bozulmasına...” Y.1.C.D. 17.07.2007 gün ve 2006/3977-2007/5896.

“...765 sayılı Türk Ceza Yasası uygulanarak verilmiş ve kesinleşmiş olan hükmün, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 7/2 ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunu'nun 9. maddesi gereğince yeniden ele alınıp, lehe olan yasanın belirlenmesi ve uygulanması sırasında; 5237 sayılı TCK'da aynı saik altında öldürme suçu düzenlenmediğinden ve meşru savunmada sınırın aşılması konusunda yeniden değerlendirme yapılmasında zorunluluk bulunması nedeniyle duruşmalı inceleme yapılarak hüküm kurulması gerekirken, duruşma yapılmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi...” Y.1.C.D. 02.04.2007 gün ve 2007/2541-2007/2205.

Yasal savunmada sınırının taksirle aşılması durumuna bazı örnekler verecek olursak; “Kalabalık bir grubun saldırısına uğrayan bir kişinin kendisini korumak amacıyla silah çekip yukarıya bakmadan havaya ateş etmesi sırasında yanında bulunan elektrik direğinden veya bir evin balkonunun altından seken kurşunun bir kişinin ölümüne veya ağır yaralanmasına sebep olması¹⁶ ...Yine benzer saldırı sırasında silahını çekip havaya ateş etmek ister-

¹⁶ Benzer örnekler için bkz. Malkoç İsmail, Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu s. 169

ken kalabalıktan birisinin müdahalesinin de etkisiyle silahın ateş alması sonucu bir kişinin ölümüne neden olunması... Sanığın kendine yönelik saldırıya karşı savunmada bulunurken daha az bir atışla yetinmesi yerine, çok sayıda ateş ederek savunma sınırını kastı olmaksızın aşması...”

(“...Aralarında önceye dayalı ihtilaf bulunan maktul ve ailesi, sanıklar ve aileleri arasında çıkan kavgada maktulün silah çekip yaptığı atışlar neticesinde sanık Yaşar ile sanık Erkan’ın gayri resmi eşi Hülya’yı ayaklarından yaraladıktan sonra sanık Erkan’a doğrulttuğu sırada, sanık Erkan’ın da ateş ederek maktulü vurduğu, ancak maktulün halen ateş etme çabası içinde olması nedeni ile bu kez sanıkların bıçaklı olarak maktule saldırıp otopsi raporunda belirtildiği üzere çok yerinden yaraladıkları, bunlardan 3 adedinin öldürücü olduğu ve olayda yasal savunma koşulları içinde hareket eden sanıkların maktuldeki yaraların sayısı ve niteliği nazara alındığında, savunmada sınırı aştıkları anlaşılacakla sanıklar Erkan, Yaşar, Yılmaz ve Kadir’in TCK’nın 448, 49, 50. maddeleri ile cezalandırılmaları yerine yazılı şekilde karar verilmesi...”) Y.1.C.D. 11.12.2003 gün ve 2003/1001-3119.

“...Sanık A. ve maktulün olay gecesi alkol alarak sohbet ettikleri sırada sebebi belli olmayacak şekilde aralarında çıkan tartışma sırasında, maktulün tabancasını çekip sanığa ateş ederek sağ kol ve sağ göğüs cilt altından yaraladığı, yaralanıp yere düşen sanığın da kendi üstündeki silahını çekip maktule doğru 6 el ateş ederek maktulü öldürmesiyle sonuçlanan olayda; sanığın kendine yönelik saldırıya karşı savunmada bulunurken daha az bir atışla yetinmesi yerine, çok sayıda ateş ederek savunma sınırını kastı olmaksızın aşması nedeniyle 5237 sayılı yasanın 27/1, 22/3. maddesi delaletiyle 85. maddesinden mahkumiyeti yerine, yazılı şekilde hüküm kurulması...” Y.1.C.D. 31.05.2007 gün ve 2006/5834-2007/4280.

2. Yasal Savunmada Sınırın Kasten (veya Olası Kastla) Aşılması

Yasal savunmada sınırın kasten (veya olası kastla) aşılması halinde, fail başlangıçta yasal savunma koşulları altındadır, fakat savunmada bulunurken saldırgan aleyhine “saldırı ile savunma arasındaki oranı” bozup savunmada olması gereken çerçevenin dışına çıkmıştır. Fail bu çerçevenin dışına çıkarken de kasten ya da sonucun gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen olursa olsun düşüncesi ile yani olası kastla hareket etmiştir. Yargıtay kararlarına göre savunmada sınırın kasten aşılması halinde, fail karşılaştığı koşullara uygun olmayan vasıtalarla kendini savunmuş veya saldırganı zararsız hale getirdikten sonra savunma ve

tepkilerde ısrar edip sürdürmüştür. Sınırın kasten aşılmasına ilişkin fiiller 5237 sayılı TCK'nın 27. maddesinin 1. ve 2. fıkrası kapsamı dışında bırakılmıştır.

Sınırın olası kastla aşılması durumunda da 5237 sayılı TCK'nın 27/1 maddesinin uygulanması olanaklı değildir. Sınırın kasten aşılması durumunda olduğu gibi genel hükümlere göre işlem yapılması gerekir.

Önceki yasa döneminde işlenen suçlar ile ilgili olarak öğretideki bir kısım yazarlar sınırın kasten aşılması halinde 765 sayılı TCK'nın 50. maddesinin uygulanması olanağının bulunmadığı yönünde görüşler ifade etmişlerdir.¹⁷ Uygulama ile öğreti bu yönde farklılık arz etmiştir. Yargıtay yukarıda açıklandığı üzere, 01.06.2005 tarihinden önce işlenen fiillerin 765 sayılı TCK'nın 50. maddesi kapsamında bulunduğu yönünde kararlar verdiği için, 01.06.2005 tarihinden önceki fiiller nedeniyle ceza indirim öngörmesi ve lehe olması bakımından 765 sayılı TCK'nın 50. maddesi uygulanacak, 01.06.2005 tarihinden sonra işlenen fiiller için de genel hükümlere göre (haksız tahrik hükümleri gözetilerek) uygulama yapılacaktır.

(“... Sanık Erol hakkında 765 sayılı TCK'nın 448, 452, 50 ve 59. maddeleri ile tayin olunan ceza, 5237 sayılı yasanın 87/4, ikinci cümlesi 27/1 ve 62. maddeleri ile tayin olunacak cezaya göre lehe olduğundan, tebliğnamedeki 765 sayılı yasa ile 5237 sayılı TCK'nın karşılaştırılması gerektiğine ilişkin düşünceye iştirak edilmemiştir...”) Y.1.C.D. 28..03.2007 gün ve 2006/826-2007/2057.

“...Sanığın, yaşlı ve hasta olan babası ve küçük kardeşleri ile birlikte aynı evde kaldığı, kapısı ve pencereleri muhkem olan evin önüne gelen maktulün, aracının lambalarını kullanarak pek çok defalar sanığa işaret verdiği, sanığın, hakkındaki beraat hükmü kesinleşen sanık Bekir'in evine giderek kendini korumak gayesiyle olayda kullandığı tüfeği alarak kendi evine döndüğü, daha sonra pencerenin önüne gelen maktulün, para karşılığı cinsel ilişkiye girmek istediğini sanığa söylediği ve bu konuda ısrarcı olduğu, sanık tarafından defalarca ikaz edilmesine rağmen davranışlarına devam ettiği, sanığın, pencereden silahıyla pencerenin hemen önünde bulunan ve henüz eve girmeye yönelik bir davranış sergilemeyen maktulün göğüs bölgesine 1 kez ateş edip öldürdüğü olayda;

¹⁷ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, s.152 vd.

Yasal savunma sınırlarının aşılması hükümlerinin şartları bulunmakla beraber; yasal savunma sınırlarının kasten aşılması nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 27/1-2 maddesindeki koşulların bulunmadığı cihetle; sanığa 5237 sayılı TCK uyarınca ceza tayin edilmesi durumunda aynı yasanın 81, 29, 31/3 ve 62. maddelerinin tatbik edilmesinin gerekmesi ve bunun da aleyhe sonuç doğurması söz konusu olduğundan 765 sayılı TCK'nın 448, 50, 55/3, 59. maddeleri yerine yazılı şekilde hüküm kurulması, Bozmayı gerektirmiş olup..." Y.1.C.D. 27.02.2007 gün ve 2006/4201-2007/816.

Sınırın aşılması sırasında fail bazen yaralama kastı ile hareket etmesine rağmen saldırganın ölümüne neden olabilir. 01.06.2005 tarihinden önce işlenen suçlarda bu durumlarda 765 sayılı TCK'nın 452. maddesi uyarınca indirim yapılmakta ve hakkında aynı yasanın 50. maddesi uygulanmakta idi.

01.06.2005 tarihinden sonra işlenen suçlarda, fail yasal savunmada bulunurken saldırganı yaralama kastı ile hareket ederek yaralamış ve yaralanma sonucunda ölüm meydana gelmişse, saldırganın sadece yaralandığını kabul edip değerlendirme yaptığımızda, fail savunma sınırı kasten aşarak yaralamaya neden olmuşsa bu durumda zaten yasal savunma koşulları bulunmadığından, fail meydana gelen sonuçtan sorumlu tutulacak ve hakkında sınırın kasten aşılması nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 27/1 maddesinin uygulanması mümkün olmayacaktır. Fail hakkında 5237 sayılı TCK'nın 87/4 maddesi ve koşulları varsa haksız tahrik hükmü uygulanarak ceza tertip edilecektir.

Failin yaralama kastı ile hareket ederek saldırganı yasal savunma koşulları altında yaralaması ve yaralama sonucunda failce bilinmeyen birleşen bir nedenle (Örneğin kalp krizi sonucu) veya failin iradesinden hariç, fiilinden sonra beklenmeyen nedenlerin eklenmesi (Örneğin, ameliyat edilmesi gereken yaralının geç ameliyata alınması) sonucunda oluşan bir nedenle saldırganın ölmesi halinde ne olacaktır?

Bu gibi durumlarda yaralama kastıyla hareket eden failin, ölüm sonucunu istememekle birlikte saldırganın ölebileceğini öngörüp öngörmediğinin değerlendirilmesinin yapılması gerekir. Failin ölüm sonucunu öngöremeyecek durumda olması halinde, hakkında taksirle öldürme suçundan, 5237 sayılı TCK'nın 85. maddesi ile birlikte 5237 sayılı TCK'nın 27/1 maddesindeki indirimin uygulanması, eğer fail istememekle birlikte ölüm sonucunu öngörebilecek durumda ise hakkında bilinçli taksirle öldürme suçunun hükmü (22/3. maddesi aracı-

lığıyla 85. maddesi) ile birlikte 5237 sayılı TCK'nun 27/1 maddesindeki indirimin uygulanması gerektiği kanısındayız.

Failin olası kast ile hareket ederek ölüme neden olması halinde ise sınırın kasten aşılması söz konusu olduğundan 5237 sayılı TCK'nun 27/1 maddesinin uygulanması olanağı bulunmamaktadır.

Yasal savunmada sınırın aşılması hali ile ilgili olarak değerlendirmeye esas alınabilecek, *yaralama kastıyla ölüme neden olmak suçuna ilişkin* iki adet Yargıtay kararını aktarmakta yarar görüyoruz.

(“...Sanığın tekme ve yumrukle vurmak suretiyle maktulü darp etmesi sonucu maktuldeki kronik kalp, damar hastalığının aktif hale gelerek ölümün gerçekleştiği olayda, maktuldeki yaralanma ile ilgili olarak 5237 sayılı TCK'nun 86. maddesi kapsamında rapor aldirılması, yaralanmanın 86/2. madde kapsamında kalması halinde, sanığın maktulün kalp hastası olduğunu bilmesi nedeniyle, 5237 sayılı TCK'nun 22/3 ve 85. maddeleri kapsamında bilinçli taksir sonucu adam öldürme suçunun oluşacağı; yaralanmanın 86/1. maddesi kapsamında kalması halinde ise 5237 sayılı TCK'nun 87/4. maddesinde düzenlenen kastın aşılması suretiyle öldürme suçunun oluşacağı gözetilerek, 5237 sayılı TCK ile 765 sayılı TCK'nun olayla ilgili bütün hükümlerinin yargı denetimine olanak verecek biçimde uygulanması, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması, lehe olan hükmün belirlenmesi ve uygulamanın ona göre yapılması gerektiği düşünülmeksizin, 765 sayılı TCK lehe kabul edilerek yazılı şekilde uygulama yapılması,

Yasaya aykırı ve sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi... Bozulmasına...”) Y.1.C.D. 19.11.2007 gün ve 2006/6519-2007/8540.

“...Sanığın gayri resmi eşi olan maktuleye, kalp hastası olduğunu bilmesine rağmen olay günü 5237 sayılı TCK'nun 86/2. maddesi kapsamında basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek surette etkili eylemde bulunduğu, maktulenin müessir fiilin etkisiyle kendinde mevcut kronik kalp damar hastalığının aktif hale gelmesi sonucu gelişen kalp yetmezliği nedeniyle öldüğü olayda; yaralama kastıyla hareket eden sanığın, ölüm sonucunu istememekle birlikte kalp rahatsızlığı olan maktulenin ölebileceğini öngördüğünün ve böylece bilinçli taksirle hareket ettiğinin anlaşılması karşısında, 5237 sayılı TCK'nun 22/3. maddesi delaletiyle 85. maddesi gereğince cezalandırılması yerine yazılı şekilde olayda uygulama yeri bulunmayan 87/4. madde ile uygulama yapılması,

Yasaya aykırı ve sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden kabulüyle sanık hakkındaki hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi... Bozulmasına..." Y.1.C.D. 22.05.2007 gün ve 2006/5796-2007/3947.

Saldırganın ayaklarına ateş edilip etkisiz hale getirilmesi olanağı varken doğrudan öldürücü bölgelerine ateş edilmesi... yapılan ilk atış sonucu yaralanarak etkisiz hale gelmiş olan saldırganı ateş edilerek ölümüne neden olunması... elindeki silah veya bıçak alınmış olan saldırganın bıçaklanması... olaylarında yasal savunmada sınır kasten aşılmıştır. 5237 sayılı TCK'nın 27/1-2 maddesinin uygulanması olanağı bulunmamaktadır, yukarıda açıklandığı üzere, ancak, 01.06.2005 tarihinden önce işlenen suçlarda sınır kasten aşılması nedeniyle sanık hakkında 765 sayılı TCK'nın 50. maddesinin uygulanması gerekir.

Yasal savunmada sınırın kasten aşılmasına ilişkin Yargıtay kararlarından örnekler verecek olursak;

("...Somut olayda sanık (S)'nin babası (M.D) köy muhtarı olup, tüzel kişiliğe ait kahveyi işletmektedir. Maktul 23.03.1996 tarihinde bu kahveye alkollü olarak gelmiş, alkolün etkisi ile muhtar (M.D)'ya görevinden dolayı sövmüş, kahvenin camlarını kırmış, aynı gün tutuklanmış, 18.04.1996'da tahliye edilmiştir. Olay günü sabah 09.00 sularında maktul (M.D)'nin işlediği kahvenin önüne gelmiş, kimseyi hedef almaksızın uluorta küfür edip geldiği motosikleti ile ayrılmış, yarım saat sonra döndüğünde kahveye girip (M.D)'ye bıçakla saldırmaya başlamış, (M.D)'nin "cankurtaran yok mu" diye bağırması üzerine, kahvenin önünde müşterilere çay dağıtmakta olan sanık (S), babasından duyduğu bu ses üzerine kahveye girmiş, çay ocağında aldığı bıçakla babasına karşı etkili eylemde bulunan maktulün, dosyadaki 15.05.1996 günlü ölü muayene ve otopsi raporuna göre, baş, göğüs ve sırt bölgelerine 18 bıçak darbesi indirmiş, sırt bölgesine isabet eden darbelerle karaciğerinde 6 cm derinliğinde yara oluşmuş, ayrıca sağ mezenter arteri ve sağ böbrek arteri kesilmiş, maktul derine inen bu kesici alet yaralanmalarından kaynaklanan aşırı kan kaybı sonucu gelişen hipopolamik şok ile ölmüştür. Buna karşın sanığın babası (M.D)'nin ise sol omuz ve sol kol arkasından, sol sırttan ve sırtının altından hayati tehlike geçirmeyecek ve 5 gün iş ve gücüne engel olacak biçimde maktul tarafından bıçakla yaralandığı dosya kapsamı ve (M.D)'ye ait 14.05.1996 günlü geçici ve kesin rapor içeriklerinden anlaşılmaktadır.

Yerel Mahkeme "suçun işleniş şekli, olayın oluşu, suçun işlenmesindeki özellikler"i göz önünde tutarak TCK'nın 448. maddesindeki iki sınır ara-

sındaki temel cezayı takdirini kullanarak belirlemiş, TCK'nun 50. maddesini uygularken de (M.D)'nin vücudundaki yaraların bulunduğu yerler ve bu yaraların özelliklerine karşılık, sanık (S)'nin maktule yönelik tepkisini birlikte değerlendirip hak ve nesafet kurallarına göre takdiren 4/6 oranında indirim yaptıktan sonra TCK'nun 59. maddesini de tatbik etmek suretiyle sonuç cezayı 6 yıl 8 ay "hapis" cezası olarak tayin etmiştir.

Yerel Mahkemenin yukarıda değinilen oluşu nazara alarak, gerek temel gerekse sonuç cezanın belirlenmesinde takdir sebeplerinin kararda gösterildiği, takdirde yanılığa, çelişkiye ve zafiyete düşülmediği anlaşılmaktadır.

TCK'nun 29. maddesinde öngörülen ve dosya kapsamına uygun bulunan öznel ve nesnel ölçüleri gözeterek, sanığa TCK'nun 50. maddesi ile 4/6 oranında indirim yapıp asgari had üzerinden ceza takdir ve tayin eden mahkeme kararında bir isabetsizlik bulunmayıp, gösterilen gerekçe yasal ve yeterli olduğundan, 2 no'lu bozma nedenine uyup gereğini yerine getiren ve diğer yönleri de doğru bulunan Yerel Mahkeme direnme hükmünün onanmasına karar verilmelidir." (Oyçokluğuyla) Y.C.G.K. 07.07.1998 gün ve 1-191/274

"...Aksi kanıtlanamayan savunmaya göre, (A), maktulün üzerine silahla gelmesi nedeniyle kaçmaya çalışıp, yanlışlıkla tuvalete girerek içerde kalmış ve dışarı çıkmamıştır. Bunun üzerine ruhsatlı silahını çekerek maktule birden fazla kez ateş etmiştir. Olayın bu akışı ile gerçekleştirilmesindeki özellikler, olay sırasında maktulün elinde silah bulunması ve tehdit içeren sözler söylenmesi karşısında olayda yasal savunma koşulları oluşmuştur. Ancak, gerek otopsi raporu ile Adli Tıp Kurumu Fizik Balistik İhtisas Dairesi raporunda bildirildiği ve gerekse olay yerinde yapılan keşifte saptandığı şekilde sanık ölene, yakın mesafeden ve doğrudan doğruya öldürücü bölgelerine ölüm sonucunu alacak şekilde yedi el ateş ettiğinden aşırılığa kaçmış, kendisi ile arkadaşına yönelme olasılığı bulunan saldırıyı engellemekle yetinmemiş, yasal savunma sınırlarını aşmıştır. Bu nedenle sanık hakkında, İstanbul Kriminal Polis Laboratuvarı Müdürlüğü'nün raporları da nazara alındığında, TCY'nin 448, 49, 50 maddelerinin uygulanması gerektiğinden, isabetsiz olan direnme hükmünün Bozulmasına karar verilmelidir." Y.C.G.K. 30.05.2000 gün ve 1-112/118.¹⁸

"...TCY'nin 50. maddesinde düzenlenen zorunluluk sınırının aşılması ise failin karşılaştığı koşullara uygun olmayan vasıtalarla kendini savunması

¹⁸ Kaban/Aşaner/Güven/Yalvaç Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları 1996/2001 s. 72-75.

veya saldırganı zararsız hale getirdikten sonra savunma ve tepkilerde ısrar edip sürdürmesidir.

Yukarıdaki belirlemeler ışığında somut olay ele alınıp değerlendirildiğinde;

Sanık (A.H), kollukta; yoldan yukarı doğru giderken karşılaştıkları maktulün yanına gelerek küfür ettiğini, benimle derdin nedir diye sorması üzerine bu kez ceket cebinden kelepçe bıçak çıkartıp üzerine doğru atakta bulunarak yeniden küfür ettiğini, bu küfür çok zoruna gittiği için tam hatırlayamadığını, ancak istem dışı bir hareketle ateş etmiş olabileceğini, öldürme kastının bulunmadığını, asıl amacının korkutmak olduğunu belirtmiş, aynı gün C. savcısı tarafından verdiği ifadede, kendisinin yolun sağ tarafından yürüdüğünü, maktulü ise 10 metre kadar ilerde yolun sol tarafında gördüğünü, maktulün kendisine doğru gelmeye başladığını, aralarında 3-4 metre kaldığında küfür ettiğini, "senin derdin ne" diye sorduğunda bu kez maktulün yeniden küfür edip ceket cebinden çıkardığı bıçağı kendisine doğru uzatarak sallamaya başladığını bunun üzerine geri çekildiği sırada tabancasını çıkartarak korkutmak için iki el ateş ettiğini belirterek "ben öldürmeseydim, o beni öldürecekti" şeklinde beyanda bulunmuş, Sulh Hakimliği ve duruşmada da benzer savunma yaparak, maktulün bıçaklı saldırısı üzerine 1-2 metre mesafeden ateş ettiğini belirtmiştir.

...Olayımızda sanık ve tanıklar, maktulün bıçağı sallayarak üzerine yürümesi sonrasında sanığın da tabancasını çekerek maktule yöneltip 1-2 metre mesafeden peş peşe iki kez ateş ettiğini belirtmişlerdir. Sanığın maktulü peşinden kovalayarak ateş ettiği belirtilmediğine, vurulduktan sonra geri dönen maktul bir süre koştuktan sonra yere düştüğüne, boş kovanlardan biri de düştüğü yere yedi metre uzaklıkta bulunduğu göre, arasındaki mesafe maktulün vurulduktan sonra geri dönüp koşarak katettiği mesafedir.

Öte yandan, hazırlık soruşturması sırasında C. savcısına verdiği ve aşamalarda doğruladığı ifadesinde, "ben onu öldürmeseydim, o beni öldürecekti" diyerek eylemi savunma amaçlı gerçekleştirdiğini ileri süren, ayrıca istikrarlı biçimde tüm aşamalarda, maktulün bıçaklı saldırı başlatıp ikazına karşın sürdürmesi üzerine ateş ettiğini belirten sanığın, tanık anlatımları ve maktule ait bıçak gibi maddi kanıtlarla da doğrulanan bu savunmalarının göz ardı edilerek, salt maktulün küfrünün etkisi ile suçu işlediğinin kabulü de olanaklı değildir.

Bu itibarla, kendisine dargın olan ve bir süredir yolda önüne çıkıp laf atarak huzursuz edici ve ürkütücü davranışlarda bulunan maktulün bu kez olay günü çarşı içinde karşılaştıklarında küfür edip aralarında 3-4 metre mesafe

kalmışken bıçak çekerek üzerine saldırmaması sonrasında yasal savunma koşulları altında tabancasını çeken, ancak silahını maktulün saldırısını önlemeye yetecek biçimde ve hayati olmayan bölgelerine yöneltme olanağı bulunduğu halde göğüs ve karın bölgesine iki el ateş ederek vurup öldüren sanığın yasal savunmada sınırın aşılması suretiyle adam öldürmek suçundan cezalandırılmasına ilişkin Yerel Mahkeme direnme hükmü isabetli bulunmuştur (oyçokluğuyla)...” Y.C.G.K. 06.11.2001 gün ve 1-224/236.¹⁹

“...Sanığın mağdure Sebiha'nın sopalı saldırısı karşısında maruz kaldığı tahrikin etkisiyle tabancayla iki el ateş ederek bacaklarından yaraladığı olayda; sanığın kullandığı silahla mağdurun kullandığı sopa arasındaki oransızlık dikkate alındığında yasal savunma koşullarının bulunmadığı ve hedef alınan vücut bölgesi ve oluşan yaralanmanın niteliği nazara alındığında, silahla yaralama suçundan cezalandırılması gerektiğinin gözetilmemesi... hükmün... Bozulmasına, (oyçokluğuyla)...” Y.1.C.D. 05.07.2007 gün ve 2006/6149-2007/5577.

Yargıtay, kalabalık bir grup halinde gelerek, sanığın yanındaki masada oturan bir şahsı zorla dışarıya çıkarıp darp etmeye çalıştıkları, sanığın engellemek maksadıyla dışarıya çıkıp silahı ile havaya ateş ederek silahı tekrar beline koyduğu, kalabalığın darp ettikleri şahsı bırakarak arkadaşı sandıkları sanığa yönelip ellerinde sopa, bıçak, taş vs. gibi herhangi bir alet bulunmaksızın sanığa karşı etkili eylemde buldukları, sanığın da silahını çekerek doğrudan darp edenlerden birinin göğüs nahiyesine hedef alarak bir el ateş edip bir kişinin ölümüne neden olduğu olayda, 5237 sayılı TCK'nın 27/1 maddesinin uygulanması olanağı bulunmadığından, mahkemenin, sanığın eylemini yasal savunmada sınırın kasten aşılması olarak kabul ederek 765 sayılı TCK'nın 50 maddesinin uygulanması ile kurmuş olduğu hükmün lehe olduğuna karar vermiştir.

(“...Sanık Mehmet ve kardeşi olan maktul Cemal arasında arazi ihtilafı bulunduğu ve olay günü ihtilafı tarlayı sanığın sürdürdüğünü öğrenen maktulün, yanında oğlu mağdur Harun da olduğu halde elinde silahtan sayılan grebi ile geldiği ve tartışmaya başladıkları, tartışmanın kavgayla dönüştüğü, sanık Ali'nin de Mehmet'in yanında kavgayla katıldığı, maktulün bu sırada elindeki grebiyi kullandığı, sanık Mehmet'in ise maktulün silah kullanmasının verdiği haksız tahrikin etkisi altında kalıp tabancayla ateş ederek onu öldürdüğü ve yasal savunma şartlarının oluşmadığı olayda;

¹⁹ Ayrıntılı karar için bkz. Ekinci/Özcan, Kasten Adam Öldürme Suçları s. 424 vd.

a. Sanık Mehmet'in, maruz kaldığı ağır haksız tahrikin etkisiyle maktulü kasten öldürdüğüünün kabulüyle; 765 sayılı TCK ve 5237 sayılı TCK'nın ilgili bütün hükümlerinin olaya uygulanıp, sonuçların birbiriyle karşılaştırılması suretiyle, lehe hükmün belirlenmesi yerine, yazılı şekilde olayda uygulama yeri bulunmayan taksirle öldürmeden temel cezanın belirlenip, yasal savunma şartlarının oluştuğu ancak sınırın kast olmaksızın aşıldığından bahisle 5237 sayılı TCK'nın 27/1. maddesi ile indirimle gidilmesi,

b. Sanık Ali'nin kavga sırasında maktule tekme ve yumrukla vurmasından ibaret eyleminin 765 sayılı TCK kapsamında 464/1. maddesine uyan ölümlü biten kavgada maktule el uzatma suçunu oluşturduğu, 5237 sayılı TCK bakımından ise kavgada maktule el uzatma fiilinin doğrudan suç olarak düzenlenmediği anlaşılmalı beraber, unsurları itibariyle 86/2. maddesinde gösterilen basit derecede yaralama suçunu oluşturacağı, takibi şikayete bağlı olan bu suç nedeniyle maktulün şikayetçi olmadan ölmesi ve şikayet hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olup bu hakkın başkaları tarafından kullanılmayacağı hususları dikkate alındığında; 5237 sayılı TCK'nın 73. maddesi gereğince şikayet yokluğundan sanık hakkındaki maktule yönelik kamu davasının düşürülmesine karar verilmesi yerine yazılı şekilde yaralama suçundan mahkumiyet hükmü kurulması,

Yasaya aykırı, sanık Ali müdafii ve müdahiller vekilinin sair temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden kabulüyle, sanıklar Mehmet ve Ali hakkındaki maktule yönelik eylemlerinden kurulan hükümlerin (Bozulması-na...)” Y.1.C.D. 17.04.2007 gün ve 2006/1751-2007/2876.

“...Mağdur sanık Haşim'in daha önce kendini tokatlaması nedeniyle aralarında husumet bulunan kayınbabası mağdur-sanık Tahsin'i traktörüyle köye geldiğini görünce sopa ile saldırıp traktör kabininin camlarını kırarak tekrar sopayla vurmak suretiyle raporunda belirtilen şekilde yaralaması üzerine, sanık Tahsin'in de bu olayın yarattığı ağır tahrik altında tabancası ile ateş ederek Haşim'i sol göğüs ve sol scapula bölgesinden yaraladığı anlaşılmalı, sanık Tahsin'in eyleminin “ağır tahrik altında adam öldürmeye teşebbüs niteliğinde” olduğu, olayda meşru müdafaa şartlarının gerçekleşmediği gözetilmeksizin, yazılı şekilde hüküm kurulması...” Y.1.C.D. 03.05.2007 gün ve 2006/5331-2007/3409.

3. Yasal Savunmada Mücbir Sebep (Zorunlu Nedenle) Sınırın Aşılması (Yasal Savunmada Sınırın Aşılmasının Mazur Görülebilecek Bir Heyecan, Korku veya Telaştan İleri Gelmesi)

Mücbir sebep; failin şuur ve iradesinin mahsulü olmayan karşı koymayacağı veya önleyemeyeceği bir dış kuvvetin, şahsı suça itmesi halidir. Mücbir sebep halinde fail, kendisini kanuna uygun hareket etmek imkânsızlığı içinde bulur ve bu da kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep teşkil eder. Zira bu hallerde failin isteme kabiliyeti mevcut değildir ve fail ile fiil arasındaki psikik bağın noksanlığı, fiilin ona isnad edilmesine imkân vermez.²⁰

Yasal savunma sırasında, failde oluşan ve mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaş sonucunda sınırın aşılmasında, failin ruh halini etkileyen mücbir sebep vardır. Mücbir sebeple sınırın aşılması halinde, failin başka şekilde hareket etme imkânı bulunmadığından kusurlu sayılamayacak ve hukuka uygunluk nedeninden tam olarak yararlanacaktır. Bu durum 5237 sayılı TCK'nın 27. maddesinin 2. fıkrası kapsamında, yasal savunmada sınırın aşılmasının yeni ve özel bir düzenleme şeklidir.

Önceki yasa döneminde yasal savunmada sınırın aşılmasının mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmesi haline ilişkin bir düzenleme bulunmamakta idi. Ancak öğretilerde failin bu durumda hukuka uygunluk nedeninden tam olarak yararlanacağı konusunda fikir birliği bulunduğu ve uygulamada bu yönde olduğundan fail hakkında 765 sayılı TCK'nın 49. maddesi uygulanmakta idi. Yeni yasa bu konuda isabetli olarak açık bir düzenleme getirdiğinden, madde ve gerekçesine göre artık yasal (meşru) savunmada sınırın aşılmasının mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmesi halinde, 5237 sayılı TCK'nın 27/2 ve 5271 sayılı CMK'nın 223/3-c maddeleri uyarınca "failin kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı" verilmesi gerekecektir.

("...Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanık (H.T)'nin eyleminin sübutu kabul olunmuş, incelenen dosyaya göre verilen (5237 sayılı kanunun 27/2. maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin) hükümde isabetsizlik görülmemiş olduğundan, C. savcısının 5237 sayılı yasanın 25/1. maddesi delaletiyle sanığın eylemi 27/1. maddesindeki suçu oluşturduğuna

²⁰ Toroslu Nevzat, Ceza Hukukunda Zaruret Hali, s. 90

yönelen ve yerinde görülme-yen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün tebliğ-namedeki düşünce gibi Onanmasına (oyçokluğu ile...)” Y.1.C.D. 27.02.2007 gün ve 2006/901-2007/807.

“...Kararın gerekçesinde sanığın eylemini 5237 sayılı yasanın 27/2. maddesinde belirtilen şartlar altında gerçekleştirdiği kabul edildiği halde, hü-küm fıkrasında yasal savunma koşulları altında eylemini gerçekleştirdiğinden bahisle aynı yasanın 25/1. maddesi uyarınca uygulama yapılmak suretiyle hükmün karıştırılması,

Usule aykırı ve müdahiller vekili ile C. savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden sair cihetleri incelenmeksizin öncelikle bu nedenle hükmün tebliğnamedeki düşünce hilafına CMUK'nın 321. mad-desi uyarınca Bozulmasına...” Y.1.C.D. 14.03.2007 gün ve 2006/2908-2007/1487.

“...Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanıklar Ertan Ş.'nin Süleyman'ı, Süleyman, Aykut, Vecdi ve Atilla'nın Ali'yi yaralamak suçları-nın sübutu kabul, oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde suç niteliği tayin, cezayı azaltıcı tahrik ve takdiri tahfif sebeplerinin nitelik ve derecesi tak-dir kılınmış, savunmaları inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, sanıklar Vecdi, Atilla ve Aykut'un mağdur Ertan'ı yaralaması eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 27. maddesi kapsamında meşru savunmanın mazur görülebilecek heyecan, kor-ku ve telaş nedeniyle aşılması şartları içerisinde işlendiğinden ceza verilmesine yer olmadığına ve sanık Ali Ş. hakkında da yaralıya el uzatmaksızın kaavgaya katılmak suçundan beraatına karar verilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümde isabetsizlik görülmemiş olduğundan, müdahil-sanık Ertan vekilinin sanık sıfatıyla tahrikin derecesine, teşdiden ceza tayininin yersiz olduğuna, müdahil sıfatıyla Aykut, Vecdi ve Atilla'ya 5237 sayılı TCK'nın 27. madde-sinin uygulanmasının gerekmediğine vesaireye, müdahil-sanık Süleyman ve sanıklar Aykut, Vecdi ve Atilla vekillerinin müdahil sıfatıyla sanık Ertan'ın suç vasfına, sanık sıfatıyla sübuta vesaireye yönelen ve yerinde görülme-yen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi (Onanma-sına)...” Y.1.C.D. 09.07.2007 gün ve 2006/6903-2007/5589.

“...05.05.2004 tarihli hükümden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın olayla ilgili olan 81 ve 27/2 maddeleri ile 765 sayılı TCK'nın 448, 50 ve 59. maddeleri Yargıtay denetimine imkan verecek açıklıkta uygulanıp, sonuçları birbirleriyle karşılaştırılarak lehe olan hükmün belirlenmesi ve uy-gulamanın ona göre yapılmasında zorunluluk bulunduğu düşünülmemesi...” Y.1.C.D. 07.03.2007 gün ve 2006/6415-2007/1200.

5237 sayılı TCK'nın 27. maddesinin 2 fıkrasının uygulanacağı hal-lerde failin *sınırı kasten veya kast olmaksızın aşmasının bir önemi yoktur*. Yukarıda da ifade edildiği üzere bu madde hukuka uygunluk nedenlerinden sadece yasal savunma hali için geçerlidir. Diğer hukuka uygunluk nedenlerinde (örneğin; 24. maddenin 1. fıkrasında yer alan *"kanunun hükmünün yerine getirilmesi"* durumunda) 27/2 maddesinin uygulanması olanağı yoktur. Öğretideki genel eğilime göre, *yasal savunmada sınırın aşılmasının mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmesi halinde fail hukuka uygunluk nedeninden tam olarak yararlanacaktır*.

Failin yasal savunma halinde bulunması, saldırı koşullarının yukarıda açıklanan çerçevede devam etmesi ve saldırıyı defetmeye çalışırken, yapmış olduğu karşı savunma sırasında yaşadığı heyecan, korku veya telaş sonucu yasal savunmada sınırı aşması ve yaşanan bu heyecan, korku veya telaşın da mazur görülebilecek durumda olması gerekir.

Özgenç'e göre, *aslında saldırı karşısında kişinin içine düştüğü heyecan korku veya telaşın mazur görülebilecek nitelikte olup olmadığını ayrıca araştırmaya gerek yoktur. Kişi maruz kaldığı saldırı karşısında içine düştüğü "heyecan, korku veya telaş" her zaman mazur görülebilecek niteliktedir. Bu nedenle fıkra metninde yer alan "mazur görülebilecek" ibaresinin sadece açıklayıcı bir fonksiyonunun olduğunu düşünmek gerekir. Çünkü maruz kaldığı saldırı karşısında içine düştüğü "heyecan, korku veya telaştan" dolayı meşru savunma sınırını aşan kişi, davranışlarını hukukun gereklerine göre yönlendirme yeteneği ortadan kalktığı için, kusurlu addedilmemektedir. Başka bir deyişle, bu "heyecan, korku veya telaş", kişi açısından somut olayda mazeret sebebi oluşturmaktadır.*²¹

Failin yaşadığı heyecan, korku veya telaşın mazur görülebilecek nitelikte olup olmadığı değerlendirirken her olay için ortak bir somut bir çerçeve çizmek olası değildir. Fakat somut olayın özelliklerine göre, failin yaşı, cinsiyeti, eğitim ve sağlık durumu, yaşadığı sosyal çevre ve konumu, fiziki yapısı, olayın gerçekleştiği yer ve zaman dilimi gibi etmenlerin ve failin psikolojik durumunun (ruhi halinin) birlikte gözetilerek değerlendirme yapılması gerekir.

Zorunluluk halinde olduğu gibi mücbir sebepte de fail, dış şartların kurbanı olduğundan her iki müessese arasında büyük bir benzerlik bulunmakla

²¹ Özgenç İ. Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi 3. Bası s. 403.

*birlikte her ikisi esas itibarıyla birbirinden farklıdır. Zaruret halinde bulunan kimse suç işlemeğe mezun kılınmış ise de, icbar edilmiş değildir. Yani kendisini veya üçüncü şahsı feda ederek suçu işlemeyebilir. Fakat mücbir sebep halinde failin başka şekilde hareket etme imkânı yoktur.*²²

Failin kendisine yönelik saldırı karşısında içine düştüğü “heyecan, korku veya telaşın” her zaman mazur görülebilecek nitelikte kabul edildiğine dair Yargıtay kararlarından örnekler verecek olursak;

(“...Zaruret sınırının aşılmış aşılmadığı belirlenirken, failin o an içinde bulunduğu ruh halinin (psikolojik durumu) göz önünde bulundurulması gerekir.

Uyuşmazlık konusu olayda; sanık Ertan ve beraberindekilerin Kızılcahamam İlçesi’nde gözlem altında bulunan arkadaşlarını ziyarete gittikleri, ilçede karışıklık çıkması üzerine polis karakoluna sığındıkları, polis görevlilerinin Ankara’ya dönmeleri tavsiye ettikleri, bu tavsiyeye uyararak iki taksi ile Ankara’ya dönerlerken, yolda pusu kuran kalabalık bir gurubun taşlı sopalı saldırısına uğradıkları, bu saldırıyı atlatan sanık ve arkadaşlarının içinde bulunduğu araçları ilçede petrol ofisi önünde bir başka kalabalık gurubun saldırısı ile karşılaştıkları, ilk saldırıda otonun ön ve yan camlarının kırıldığı, bu nedenle ikinci saldırıda otonun durdurulacağı veya fazla sürat nedeni ile kontrolden çıkacağı endişesi ile paniğe kapılan sanığın, kendilerine taşlı sopalı yoğun saldırıda bulunan kalabalığa doğru iki el ateş ettiği, kurşunlardan birinin ölenin sol kalçasından girip kasiğinden çıkmak suretiyle aşırı kan kaybından ölümüne sebep olduğu, savunma, tanık anlatımları, 17.05.1993 günlü tespit tutanağı, ölü muayene ve otopsi tutanağı ve Adli Tıp Şube Müdürlüğü’nün 18.05.1993 tarihli raporu ile anlaşıldığından, sanığın olay sırasında ruhsal durumu, kendilerine yönelik saldırının boyutunun ne olabileceğini öngörebilecek durumda olmaması nedeniyle yasal savunma zaruret sınırını aşmak suretiyle yüklenen suçu işlediğinden, direnme kararının (Not: Yerel Mahkeme, 29.11.1994 tarihli kararında yasal savunma koşullarının bulunmaması nedeniyle yasal savunmada sınırın aşılmasından da söz edilemeyeceği açıklamasıyla önceki kararında direnmiş) bozulmasına karar verilmelidir (oyçokluğuyla)...”) Y.C.G.K. 22.05.1995 gün ve 1995/1-80-158.²³

“...Olay gecesi maktulün, sanığın evine girerek evinde yalnız olup balkon kısmındaki yatağında uyumakta olan sanığın üstüne abanıp boğazına

²² Toroslu Nevzat, Ceza Hukukunda Zaruret Hali, s. 90.

²³ Yargıtay Kararları Dergisi C.21 Sayı 8, Ağustos 1995 s.1293 vd.

çökmesi üzerine uyanan sanığın gece karanlığında kimliğini tanıyamadığı mütecavizin silahlı olup olmadığına da anlaşılmasının o an için mümkün bulunmadığı ortamda, nefisini savunma sadedinde, maktulle boğuşmak ve tecavüzü defetmek uğraşısı içinde yastık altında bulundurduğu bıçağı alıp savurarak müessir fiil vasfında yaralara meydana getirmesi sonucu ölüm husule gelmesinde zaruretin tayin ettiği sınırın aşıldığının ve saldırı ile savunma arasındaki dengenin bozulduğunun kabul edilemeyeceği gözetilmelidir..." Y.1.C.D. 01.05.2001 gün ve 879/1825.²⁴

"...1. Oluşa, dosya içeriğindeki delillere, sanığın aşamalarda değişmeyen savunmasına göre, olay günü aldığı emekli maaşını bankaya yatırmaya gitmekte olan 61 yaşındaki sanığın karşısına daha önceden tanımadığı, 1.83 metre boyunda, 75 kilo ağırlığında ve alkollü olduğu anlaşılan 30 yaşlarındaki maktulün çıkararak, "paramı ve canını istiyorum" deyip, alınan doktor raporuna göre 3 gün iş ve gücünden kalır şekilde sanığı darp ettiği, boğazını sıkıdığı, sanığın da, içinde bulunduğu durumdan kaynaklanan heyecan, korku ve telaşla üzerinde taşıdığı bıçağı çıkarıp, maktulün elinden kurtulmak için rastgele savurması sonucu maktulün aldığı bir bıçak darbesi ile öldüğü anlaşılmalı; mahkemenin gerekçesine göre de, sanığın durumunun 5237 sayılı TCK'nın 27/2 maddesi kapsamında kaldığına ilişkin takdir ve uygulamasında bir isabetsizlik bulunmadığından, tebliğnamedeki bu yönden bozma öneren düşünceye iştirak olunmamıştır.

2. Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanığın suçunun sübutu kabul, oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde suç niteliği tayin edilmiş, incelenen dosyaya göre verilen 5237 sayılı TCK'nın 27/2 maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin hükümde isabetsizlik görülmemiş olduğundan müdahil (H.M) vekilinin, TCK'nın 27/2. maddesi şartlarının oluşmadığına vesaireye yönelen ve yerinde görülmeleyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün tebliğnamedeki düşünceye aykırı olarak Onanmasına..." Y.1.C.D. 27.03.2007 gün ve 2007/865-2007/1988.

"...Tüm dosya kapsamına göre sanık Münir'in, aralarındaki husumet nedeniyle olay yerinde gördüğü Mustafa'ya hiçbir şey söylemeden bıçakla saldırıp onu sol göğüsten yaralaması, yanında bulunan çalışanları sanık Ali ve maktul Murat'a "saldırın, etrafını sarın" demesi üzerine her üçünün ellerinde bıçaklarla Mustafa'ya saldırmaları, sanık Mustafa'nın da heyecan ve telaş içinde ve yaralanmasının da verdiği etki ile traktöründeki bıçağı alarak yolun

²⁴ 01.05.2001 tarihli Yargıtay kararı için bkz. Bakıcı S. 5237 s. Yasa Kapsamında Ceza Hukuku G.H. s. 548.

karşısına geçip, sırtını duvara dayayıp karşıdan gelen bıçaklı saldırıları önlemek amacıyla rastgele bıçağını savurup maktul Murat'ı öldürmesi, mağdur sanık Ali'yi de yaralaması şeklinde gelişen olayda;

Sanık Mustafa'nın maktule ve mağdur Ali'ye karşı eyleminin yasal savunma sınırları içerisinde kaldığı, maktul Murat'ı 6 yerinden, mağdur sanık Ali'yi ise 2 yerinden bıçakla yaralayarak yasal savunma sınırlarını aştığı ancak yasal savunmada sınırın aşılmasının mazur görülebilecek heyecan, korku ve telaştan ileri geldiği anlaşıldığından, sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 27/2. maddesi uyarınca ceza verilemeyeceği gözetilmeden yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi... hükümlerin... Bozulmasına..." Y.1.C.D. 25.06.2007 gün ve 2006/7084-2007/5144.

"...a. Oluşa, dosya kapsamına ve görgü tanıklarının ifadelerine göre, olay akşamı mağdur Veli, maktul ve arkadaşlarının sanıkların işlettiği restorana geldikleri, istek şarkıda oynamak için diğer müşterilerle tartıştıkları, olaya müdahale eden gazino çalışanlarına kızan Veli'nin orada bulunanları kastederek, yanındakilere "sıkın bunlara" demesi üzerine maktulün ele geçen tabancası ile etrafa ateş etmeye başladığı ve bu ateşlerle gazino personeli Mehmet, Mustafa, Mehmet Salih ve Murat'ın doktor raporlarında belirtildiği şekilde isabet alarak yaralandıkları, maktulün elindeki silahla sanık Ramazan'a yönelmesi üzerine, sanık Ramazan'ın üzerinde bulunan ruhsatsız silah ile maktule ateş ederek, öldürdüğü anlaşılmakla, haksız ve süregelen ağır saldırının defi zarureti karşısında sanık Ramazan'ın eyleminde yasal savunmanın şartlarının gerçekleştiği gözetilmeden, sanık Ramazan hakkında 5237 sayılı TCK'nın 27/2. maddesi uyarınca ceza tertibine yer olmadığına ve beraatına karar vermek gerekirken, yazılı şekilde suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek mahkumiyet hükmü tesisi;

b. Olay sırasında kendisi de yaralanan sanık Mehmet'in, bir kişinin öldüğü ve birden fazla kişinin yaralandığı olaya sebebiyet veren, maktulü tabancayla ateş ederek yaralama suçlarına azmettiren mağdur Veli'ye, olay sırasında tabanca ile ateş ederek, sol dizinden yaralaması eyleminde 765 sayılı TCK'nın 51/2. maddesi kapsamında ağır tahrik altında kaldığının kabulü gerekirken, yazılı şekilde aynı kanunun 51/1. maddesi ile fazla ceza verilmesi;

Yasaya aykırı, sanıklar Mehmet ve Ramazan müdafilerinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmele, hükümlerin...(Bozulmasına)..." Y.1.C.D. 31.12.2007 gün ve 2006/7310-2007/9919.

Bir olayda failin yaşadığı heyecan, korku veya telaşın mazur görülebilecek nitelikte olduğu kabul edildiği halde benzer başka bir olay-

da fiilin işlendiği yer ve zamanın veya failin kişisel özelliklerine failin yaşadığı heyecan, korku veya telaşın mazur görülebilecek nitelikte olmadığı sonucuna varılabilir. Örneğin; Gücsüz, zayıf ve kısa boylu bir kadının boğazının iri cüsseli, güçlü ve kuvvetli bir erkek tarafından sıkılması ile bunun tersi durumundaki bir olayın aynı nitelikte değerlendirilmesinin mümkün olmaması gibi.

Failin yaşadığı heyecan, korku veya telaşın değerlendirmesi yapılırken yargıcın kendisini saldırıya uğrayanın bulunduğu ortamda ve koşullarda olduğunu düşünerek, kendisini saldırıya uğrayanın yerine koyması ve değerlendirmeyi buna göre yapması gerekir. Bu değerlendirme nesnel ölçütler çerçevesinde yapılırsa da subjektif niteliği göz ardı edilemeyeceğinden değerlendirmeyi yapanlar arasında aynı olayda farklı sonuçlara varılması subjektif özelliğin doğal bir sonucudur.

("...Toplanan deliller karar yerinde incelenip, suçun meşru savunma sınırının korku, heyecan, telaş nedeniyle aşılması şartları içerisinde işlendiğinden bahisle 5237 sayılı TCK'nın 27/2. maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiş olduğundan, müdahil Emine vekilinin eksik incelemeye, meşru savunma şartlarının oluşmadığına vesaireye yönelen ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi (Onanmasına)... (oyçokluğuyla)...") Y.1.C.D. 21.05.2007 gün ve 2006/2340-2007/3917.

Karşı Oy:

"Sanığın karıştı kanıtlanamayan anlatımlarına göre, sanık ile öldürülenin bir süre aynı işyerinde çalıştıkları, olay günü öldürülenin sanığı evine akşam yemeğine çağırıldığı, birlikte yemek yedikten sonra çay getireceğini illeri sürerek odadan ayrılan öldürülenin elinde bıçak ve üzerinde sadece külot olduğu halde gelerek sanığa cinsel ilişkiye girmeyi önerdiği, sanığın ayağa kalkarak kapıya yöneldiği, ancak maktulün sanığı tutup yatağın üzerine attığı ve üzerine atladığı, aralarında boğuştuğu sırada elinden bıçağı alarak bu bıçakla 16 kez vurarak öldürdüğü olayda, sanığın öldürülenin elindeki bıçağı alarak saldırıyı önledikten sonra tahrik altında öldürme eylemini gerçekleştirdiği, saldırının yineleneyeceğini varsaymanın yeterli kanıtı olmadığı ve kuşkulu kaldığı, meşru savunma koşullarının varlığından söz edilemeyeceği, kışkırtma sonucu gerçekleştirilen bu eylemden dolayı sanığın cezalandırılması gerektiği düşüncesinde olduğumdan sayın çoğunluk görüşüne katılamadım. Muhalif Üye S.Z.İ..."

“...Sanıklardan Hasan ve Fikret’in kardeşi olan Murat’ın işlettiği ve sanık Hasan’ın da boş zamanlarında yardım için bulunduğu şehir kulübünde maktul ve arkadaşları tanıklar Zafer, Serdal ve Ahmet’le alkol aldıkları, bilahare kendi aralarında tartışıp yumruklanmak ve ayrıca maktulün bardağı yere atıp kırması suretiyle taşkın hareketlerde bulunmaları üzerine sanık Hasan’ın önce maktulü tanıyan ve sözünü dinleyeceğini düşündüğü ağabeyi sanık Fikret’i arayıp olayı anlatıp yardım istediği, sonra da maktul ve arkadaşlarını ikaz ederek “içmeyi bilmiyorsan gelme, bu yaptığın bir değil iki değil” dediği, çıkan sözlü tartışma sırasında maktulün resepsiyona giderek önceden bıraktığı silahu alması üzerine, maktulün olay çıkaracağını düşünen tanık Serdal’ın da ondan alarak beline taktığı, arkadaşları tarafından dışarı çıkarılan maktulün orada da tanık Zafer’le tartışmasını sürdürdüğü, bu sırada arkadaşları ile olay yerine gelen sanık Fikret’in hep birlikte maktulü evine gitmesi için ikna etmeye çalıştıkları, buna rağmen maktulün gitmemekte direnip ısrarla sanık Hasan’la konuşup “neden bana öyle dediğini soracağım” dediği, bu ara oradan ayrılmakta olan tanık Serdal’ı darp ederek belindeki tabancayı ele geçirdiği ve tanıkların arasına dalarak sanık Fikret’le tartışırken aniden tabancasını çekerek 2-3 metre mesafedeki sanık Fikret’e 4 el ateş ettiği, atışlardan 3 tanesinin sanık Fikret’e isabet ederek sağ popliteal bölge, sol tibia ve sol ayaktan yaralanmasına neden olduğu, bir tanesinin de olay yerinde bulunan tanık Sabri’nin dizine isabet ettiği, maktulün ateşine sanık Fikret’in de tabancasıyla 3 el ateş etmek suretiyle karşılık verdiği, bu sırada kardeşinin yaralandığını ve maktulün halen tabanca ile atışına devam ettiğini gören sanık Hasan’ın da kardeşinin canına yönelik saldırıyı defetmek için 10 el ateş ederek maktulü öldürdüğü olayda;

Sanığın, kardeşinin canına yönelik olarak 2-3 metre mesafeden birden çok ateş eden ve halen silahlı saldırısı devam eden maktule, meşru savunma koşulları içerisinde hareket edip mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaştan dolayı 10 kez ateş ederek meşru savunma sınırını aştığının anlaşılmasına göre hakkında 5237 sayılı TCK’nun 27/2. maddesi uyarınca ceza verilmemesi gerekirken yazılı şekilde 765 sayılı TCK’nun 50. maddesinin uygulanması,

Yasaya aykırı... hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi Bozulmasına... oyçokluğuyla 09.04.2007 gününde karar verildi. Y.1.C.D. 09.04.2007 gün ve 2005/4811-2007/2535.

Karşı Düşünce

Her iki taraf ve yakınlarının yer aldığı olayda sanık Hasan Çelebi’nin abisi Fikret ile maktulün yakın mesafeden karşılıklı tabanca ile birbirlerine vaki atışları sonucu ağabey Fikret ayaklarından yaralanmış ve yere düşmüştür.

Bu aşamada olay bitmiş sayılamaz. Öldürülende ikinci bir tabanca bulunup bulunmadığı, mevcut silahu ile atışlarını sürdürüp saldırısına devam edip etmeyeceği belli değildir. Başka bir ifade ile yenilenmesi her an ve hemen beklenen saldırının da sona ermemiş sayılması gerekir. Bu durumda sanığın kısa sürede gerçekleşen ve abisi Fikret ile maktul arasında cereyan eden karşılıklı tabanca atışları nedeniyle paniğe kapılması doğaldır. Bu nedenle meşru müdafaa şartları içinde öldürülene ateş ettiğini kabulde zorunluluk olmakla beraber, yaralı haldeki maktulün hayati önemi olmayan vücut nahiyelerine örneğin ayaklarına ateş edip onu durdurması, hiç olmazsa öldürülenin yaralı olduğunu gördükten sonra ateş etmeye devam etmemesi, etkisiz kaldıktan sonra da savunma ve tepkilerinde ısrar etmek suretiyle aşırılığa kaçmaması gerekirdi.

Bu oluş içinde sanığın 12 yerinden yaralanan maktule 10 el ateş ederek onu öldürdüğüne göre zaruretin sınırını aşarak öldürme suçunu işlediği kabul edilmelidir.

Şu hale göre suçun vasıf bakımından mevcut delilleri tahlil ederek oluşa uygun bir şekilde sanığın öldürme suçunu zaruretin tayin ettiği sınırı aşarak işlediği şeklinde takdir eden yerel mahkemenin uygulanmasında bir isabetsizlik bulunmadığı düşüncesiyle sayın çoğunluğun sanık Hasan hakkında 5237 sayılı TCK'nun 27/2. madde ve fıkrasının uygulanarak ceza verilmemesi bu nedenle de hükmün bozulması gerektiği yönündeki görüşünü benimsemiyoruz. (Muhelif Başkan C.E. Üye S.A.)..."

"...Maktulün, uzun yıllar boyunca sanığı telefonla rahatsız ettiği, birlikte olmayı önerdiği, sanığın eşinin, maktulden şüphelendiği, evini köyün 1 km dışına taşıdığı, olay günü maktulün, sanığın eşi ve kayınbabasının evde olmayacağını bildiği cuma namazı saatini seçerek sanığın evine geldiği, ısrarla cinsel birliktelik teklif ettiği, sanığın uyarısına rağmen eve girmek istediği, kapının anahtarını bulamayan sanığın kapıyı kilitleyemediği, eline aldığı tüfekle maktulü uyarmaya devam ettiği, maktulün eve gireceği sırada tüfekle bir el ateş ederek öldürdüğü, olay mahallinin ıssız bir yer olması, köy muhtarı olan maktulün nüfuzunu kullanarak sanığı elde etme çabası, uzun yıllar boyunca sanığı rahatsız etmesi, sanığın eşi ve kayınbabasının evde olmadığı bir zaman dilimini bilerek seçmesi karşısında; sanığın, ırzına yönelen gerçekleşmesi kaçınılmaz olan eylemi defetme lüzumuyla hareket etmesi, yasal savunma kabul edildiğinden tebliğnamenin yasal savunmada sınırın aşıldığına ilişkin bozma isteyen düşüncesi benimsenmemiştir..." Y.1.C.D. 01.06.2007 gün ve 2006/2123-2007/4388.

“...Sanığın kardeşi Zeynettın Yıldız ile ilçede Tedaş İşletme Şefi olup maktullerin amca oğlu olan Nuri Tekin arasında, 1 gün önce ve sabah saatlerinde, Zeynettın’ın abonelik dosyasının imzalanması konusunda ısrarı, Nuri Tekin’in ise kontrolden sonra imzalayabileceğini söylenmesi ile çıkan ve Zeynettın ile sanığın Nuri Tekin’e hakaretleri ile sonuçlanan olay nedeni ile gerginlik oluştuğu, saat 16.00 sıraları Zeynettın’ın Şehir meydanında grdđđ Nuri Tekin ve yakınlarının kendisini dvebilecekleri endişesine kapılıp telefonla çağırması sonucu sanığın silahlı halde olay yerine geldiği kardeşi Zeynettın ile amcası Muzaffer’i alıp otomobiline binme hazırlığı içindeyken Nuri Tekin’in yakınlarına doğru el-kol hareketi yapması zerine Nuri’nin amcası oğlu maktul Servet Tekin’in demir çubuk ile sanık ve yanındakilere saldırdığı, bu arada Servet’in kardeşi Fikret ile dayısı oğlu maktul Sani Topuz’un da ellerinde bir Şey olmadan saldırıya katıldıkları, yanlarında belirlenemeyen bir kaç kişinin daha olduğu olayda, sanık ile tanıklar Muzaffer ve Zeynettın’ın alınan doktor raporları, saldırıda kullanılan ve olay yerinde bulunan demir çubuğun niteliğini, sonradan gelen ve olayı aralamaya çalışan, saldırı ile ilgileri olmayan Cerciş ve Kenan’ın silağu bırakması konusunda iknaya yönelik davranışları dikkate alındığında, meşru savunma koşullarının oluşmadığı, sanık tarafının ve sanığın başlangıçta tahrik edici davranışları üzerine maktul ve mağdurlar tarafının toplu saldırısı nedeniyle makul oranda indirim gerektirir tahrik koşulları oluştuğundan olayda, aynı kast altında iki kişiye öldürme ve Fikret’i öldürmeye teşebbüs suçundan 765 sayılı TCK’nun 450/5, 51/2, 59 ve 5232 sayılı TCK’nun 81, 29, 62 (2 kez), 81, 35/2, 29, 62. maddeleri somut olarak karşılaştırılıp lehe yasa belirlenerek uygulanması gerekirken dosya kapsamına, olayın gelişimine, kullanılan aletlerin niteliğine uymayan gerekçe ile yazılı Şekilde 5237 sayılı TCK’nun 25/1, 27/2. maddeleri uygulanarak kusurluğu ortadan kaldıran nedene dayalı ceza verilmesine yer olmadığı yönünde hüküm kurulması,

Bozmayı gerektirmiş, müdahiller Fikret ve İlhami vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmüş olduğundan hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi (Bozulmasına)...” Y.1.C.D. 18.10.2007 gün ve 2006/4648-2007/7517.

Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlileri tarafından, sınırın aşılması ile ilgili olan 5237 sayılı TCK’nun 256. maddesi²⁵ ile ilgili olarak

²⁵ Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması -5237 sayılı TCK. Madde 256- (1) Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

kısa bir açıklama yapmakta yarar görüyoruz. Hukuka uygunluk nedenlerinden “*Kanunun Hükmünü Yerine Getirme*” halini düzenleyen 24/1 maddesi ile ilişkili olan bu maddenin 27/1 maddesinin daraltılmış şekilde yeniden düzenlenmiş bir hali olduğu kanısındayız. Zira 256. maddesi olmasaydı, bu madde kapsamındaki eylemler zaten 27/1 maddesi kapsamında değerlendirilecekti. Yasa koyucu bu maddeyi düzenlemekle bir anlamda zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlilerinin kasten sınırı aşmaları halinde cezalandırılacakları yönünde uyarıda bulunmak istemiş ve sınırın aşılmasının *mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmesi halinin* zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlileri için uygulanmasının mümkün olmadığını da vurgulamak istemiştir.

5237 sayılı TCK’nın 256. maddesi ve gerekçesine göre, zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlileri (Örneğin, polis, jandarma), görevini ifa ederken yasal mevzuatın kendisine tanıdığı sınırlar dahilinde hareket etmelidirler. Zor kullanmaya yetkili olan bu görevliler tarafından yakalanan kişi de, gerekli soruşturma işlemlerinin yapılabilmesi için, emniyet görevlisinin görevinin gereği olarak ve mevzuattan kaynaklanan talimatlarına uygun davranmak yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğe aykırı davranan kişinin, örneğin; hakkında yakalama emri olan failin, hâkim veya savcı huzuruna çıkarılmamak için direnmesi hâlinde, emniyet görevlilerinin zor kullanarak bu kişiyi hâkim veya savcı huzuruna çıkarma yetkisi vardır. Keza, bir meydana hukuka uygun olmayan, örneğin gece yarısı gösteri yürüyüşü yapmak isteyen kişilerin, dağılmaları hususunda çağrıda bulunan emniyet görevlilerinin bu çağrısına rağmen, dağılmasını sağlamak amacıyla kuvvet kullanılabilir. *Kullanılan zorun, birinci örnekte suç şüphesi altında bulunan kişinin hâkim veya savcı huzuruna çıkmamak konusundaki direncini kırmaya yetecek ölçüde, ikinci örnekte ise hukuka aykırı gösteri yürüyüşü yapan kişilerin dağılmasını sağlamaya yetecek ölçüde olması gerekir.* Görevlilerin bu sınırlar dışına çıkarak kuvvet kullanmaları halinde sınırın aşılmasına dair hükümler burada da devreye girecektir. Görevli kasten zor kullanarak sınırı aşmışsa, bu durumda zor kullanması sonucu kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılması gerekecektir. Sınırın kasten aşılması sonucunda ölüm meydana gelmişse bu durumda “*sınırın kasten aşılması sonucu ölüm*” fiilinden genel hükümlere göre cezalandırılacağı da kuşkusuzdur. Görevlinin takirle hareket etmesi halinde de hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın

aşılmasına ilişkin hükümler çerçevesinde (27/1 maddesi kapsamında) değerlendirilme yapılacaktır.

(“...Sanığın arkadaşı tanık Eyüp ile Ümraniye İlçe Jandarma Karakol Komutanlığı Yeni Doğan Karakolu Sorumluluk Bölgesinde, olay gecesi saat 01 ile 05 arasında, önleyici yaya kolluk devriyesi görevini yaparken, İl Jandarma Komutanlığı Muhabere Merkezi Telsizinden 34 VL 1219 plakalı beyaz renkli Uno marka hususi otonun çalıntı olduğu, çeşitli yerlerde kapkaç olayına karıştığı, aracın muntika dahilinde görüldüğünde yakalanarak gerekli yasal işlemlerin yapılmasının anons edildiği, maktulün, yanında tanık Başar ile saat 02.45 sıralarında sevk ve idaresindeki 34 VL 1219 plakalı beyaz renkli Uno marka arabanın, Mimar Sinan Bulvarında nöbet tutan sanık ve tanık Eyüp tarafından görülmesi üzerine tanık Eyüp’ün defalarca düdük çalarak ve el işareti ile dur ihtarında bulunduğu, maktulün arabayı sanığın üzerine sürerek kaçırmaya çalıştığı sanık ve arkadaşının dur ihtarına devam ettiği, sanığın havaya 1 el uyarı atışı yaptığı, uyarıya rağmen kaçan araca, durmasını temin için tekerleğini hedef alarak arkasından 1 el ateş ettiği, aracın bagajından giren merminin maktule isabetle ölümünü tevhit ettiği, araç içinde yapılan kontrolde yağmaya maruz kalan mağdurelerin çantaları ve özel eşyalarının bulunduğu arabanın düz kontak yapılarak çalındığının anlaşıldığı olayda, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu’nun 11, 25/a, 2559 sayılı PVSK 16, 211 sayılı yasanın 80/a, 87/1-c ve yönetmeliğin 39. maddelerinin verdiği yetkiye istinaden silah kullanan sanığın 5237 sayılı yasanın 24. maddesine göre kanunun hükmünü yerine getirdiği anlaşılmakla ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde 5237 sayılı yasanın 27/1, 85, 62. maddeleri gereğince cezalandırılmasına karar verilmesi,

Kabule göre de;

5237 sayılı yasanın 53. maddesinin taksirli suçlarda uygulanamayacağına düşünülmemesi, Yasaya aykırı olup, sanık müdafinin ve C. savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi (Bozulmasına)...”) Y.1.C.D. 30.10.2007 gün ve 2006/4717-2007/7842.

KAYNAKLAR

- Prof. Dr. Dönmezer Sulhi, Prof. Dr. Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Beta Basım Yayın Dağ. A.Ş. 9. Basım .
- Prof. Dr. Erem Faruk, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, C.I Seçkin Yayınevi Ankara 1993.
- Ekinci Mustafa, Özcan Şerafettin, Kasten Adam Öldürme Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2004.
- Prof. Dr. Hakan Hakeri Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 6. Bası. Ankara 2007.
- Kaban Mater, Aşaner Halim, Güven Özcan, Yalvaç Gürsel, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Eylül 1996/ Temmuz 2001, Adalet Yayınevi, Ankara 2001.
- Kaban Mater, Aşaner Halim, Güven Özcan, Yalvaç Gürsel, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Eylül 2001/ Temmuz 2004, Adalet Yayınevi, Ankara 2004.
- Malkoç İsmail, Açıklamalı İçtihatlı 5237 S. Yeni Türk Ceza Kanunu 1. Cilt, Malkoç Kitabevi 2007.
- Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk, Doç. Dr. Ahmet Gökçen, Yrd. Doç. Dr. A. Canner Yenidünya 5237 Sayılı TCK'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi Ankara 2006.
- Prof. Dr. Önder Ayhan, Ceza Hukuku dersleri, Filiz Kitabevi 1992.
- Özen Muharrem, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Seçkin Yayınevi Ankara 1995.
- Doç. Dr. Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, T.C. Adalet Bakanlığı Eğt. D. Bşk.lığı Y. 3. Bası.
- Prof. Dr. Reisoğlu Safa, Türk Eşya Hukuku, C. I. Ank. Üniv. Basımevi, Ankara 1980.
- Sedat Bakıcı 5237 S. Yasa Kapsamında Ceza Hukuku, G. H. Adalet Yayınevi Ankara 2007.
- Prof. Dr. Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 1998.
- Prof. Dr. Tezcan Durmuş, Yrd. Doç. Dr. Erdem Mustafa Ruhan, Yrd. Doç. Dr. Sancakdar Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, T.C. Adalet Bakanlığı Eğt. D. Bşk.lığı, Ankara 2004.
- Prof. Dr. Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Savaş Yayınları, Ankara 1990.
- Prof. Dr. Toroslu Nevzat, Ceza Hukukunda Zaruret Hali, A. Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları Ankara 1968.

DEMOKRASİLERDE ADAY BELİRLEME YÖNTEMLERİ

Cüneyd ALTIPARMAK*

I. Genel Olarak; Demokrasi, Seçim ve Siyasi Partiler Kavramları

Demokratik toplumlarda siyasal hayatın düzenleyici ve itici güçleri siyasi partiler, baskı ve çıkar grupları, sivil toplum kuruluşlarıdır (sendikalar, meslek kuruluşları vb). Bunlar ve özellikle siyasi partiler siyasal hayatın tümünü oluştururlar. Siyasi yönelimlerin içersinde yer alıp, siyasal otorite olma isteği duyarlar. Çünkü siyasal iktidarı elinde bulundurmamak, yani siyasal kuvvetler savaşından galip çıkmak, siyasal hayatı düzenleyen diğer öğelere ve kamuya hüküm edebilmek imkanını sağlayacaktır. Siyasal mücadelenin topluma faydalı biçimde yönlendirilmesini ise hukuk ve insan hakları veya bunları içeren anayasa düzenler.¹

Birey, toplum ve devlet ilişkisi siyasal rejimlerde özgürlük, demokrasi ve hukuk üçlüsü ile örtüşür. Bu da son aşamada özgür birey, demokratik toplum ve hukuk devleti kavramlarına dönüşür. Sağlıklı bir demokrasi için bu üç kavramın yani özgür birey, demokratik toplum ve hukuk devleti kavramlarının ölçülü biçimde dağılmış olması ve yönetenler ile yönetilenlerce benimsenmiş olması şarttır.² Aşgari düzeyde bir demokrasi için bir ülkede belirlenen “demokrasi”³ kavra-

* Av., Şanlıurfa Barosu.

¹ Tunaya, Tarık Zafer, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuk, İstanbul 1980, s. 92-95.

² Kaboğlu, İbrahim, Anayasa ve Toplum, Ankara 2000, s. 101-102.

³ Demokrasi (Democracy) kavramı sözlükte; “halkın egemenliği temeline dayanan, doğrudan ulus tarafından veya ulusun seçtiği temsilciler tarafından uygulanan yönetim biçimi” ve “kalıtsal ayrıcalıkları olmayan insan sınıfı, ortak temele dayanan insanların yönetimi” şeklinde açıklanmıştır (Oxford Dictionary). Felsefi açıdan ise; “halkın kendi ken-

mının bazı şartları taşınması gerekir.⁴ Uygulama açısından bu şart seçimdir. Demokrasi kendisi ile birlikte bir usulü getirmiştir. Demokrasi kavramının işlerlik kazanması farklı kavramlara ihtiyaç duyar. Teorik demokratik kavramının pratikleşmesi belirli kurallara ihtiyaç duyar. Demokrasinin işleyişi ayrı bir durum, ideal demokrasi anlayışı farklı bir konudur. Demokrasinin işleyişi bir hukuk usulü meselesidir.⁵

Seçim; yurttaşların kamu işlerinin yöneltmesine belli ölçüde katılmasını ifade eder. Halkın yönetime katılması kavramının yegane yolu temsili rejimlerde seçimlerdir. Seçimler demokratik toplumun vazgeçilmez ögesidir. Ancak tek başına yeterli değildir.⁶ Farklı görüşlerin söylenebildiği ve bu düşüncelerin siyasi partiler aracılığı ile örgütlenebildiği, iktidar yarışı için siyasi rekabetin serbestçe uygulandığı rejimlerde, demokratik seçimlerden söz edilebilir.⁷

Demokratik idareler halkın rızasına ve isteğine dayalı olarak kurulurlar. Yani yönetilenler siyasi iktidarlara periyodik olarak yapılan seçimler ile ya rıza gösterirler ya da yerlerine yenilerini getirirler. Yönetilenler yönetenlere karşı 'belirleme' ve 'denetim' hakkını bu yolla kullanırlar.⁸ Biraz önce de belirttiğimiz üzere seçim demokrasi için şarttır ancak yeterli değildir. Peki, bir seçimin yapılacağı ortam hangi şartları taşımalıdır. Parti sistemleri açısından baktığımızda demokratik yarışmacı partiler⁹ sisteminde bir seçimin demokratik olabilmesi için bazı şartları taşınması gerekir.

disini yönetmesi anlamına gelen yönetim biçimi, genel olarak temsil, çoğunluğun yönetimi, partiler arası karşıtlık, yarışma, alternatif hükümet şansı, kontrol, azınlık haklarına saygı gibi temel kavramlara dayanan politik sistem" olarak tanımlamalara tabi tutulmuştur (Cevizci, Ahmet, Felsefe Sözlüğü, Ankara 1996, s. 129). Demokrasi günümüzde çağdaşlık simgesi olduğu için her devlet kendisinin de demokratik olduğundan bahsetmektedir (Özbudun, Ergun, Anayasa Hukuku, Ankara 1993). Demokrasi kavramının net olarak toplumda anlaşılmadığı için bu kavram açık olarak anlaşılammaktadır. Konumuz genellikle siyasi partiler ve siyasi partilerin iç işleri ile ilgili olduğu için bu konu üzerinde durmayacağız.

⁴ Bu şartlar başlıca, eşitlik, siyasi katılım, düşün özgürlüğü olarak nitelendirilmektedir (Cevizci, s. 129).

⁵ Ortaylı, İlber, 'Türkiye'de Demokrasi', *Demokrasi Sempozyumu* (13-14 Aralık 1997), İstanbul 1998 s. 148.

⁶ Magrath, C. Peter, Cornwell, E. Elmer, Goodman, S. Jay, *The American Democracy*, USA 1969, s. 306-308.

⁷ Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, İstanbul 1998, s. 236.

⁸ Tunç, Hasan, *Türk Seçim Sistemi*, Konya 1995 s. 4.

⁹ Bir ülkede olan partiler örgütlenmesi bakımından değişik sınıflandırmalara tabi tutulabilir. Bunlar ilkin yarışmacı sistemlerdir. Bu sistemde kendi içinde çok partili,

Bunu başında; düşünme, düşünceyi aktarmanın mümkün olduğu bir ortam, basın ve haberleşme hürriyeti, örgütlenme özgürlüğü, siyasi partiye üye olma veya olmama hakkının tanınması, oy gizliliği ve oy kullanımında eşitlik,¹⁰ yetişkin nüfusun oy kullanma ve seçilme hakkına sahip olunması gelmektedir.¹¹

Demokrasinin asgari koşulları; demokrasinin uygulanabilirliği için zorunlu bir şarttır. Konuya seçim açısından bakarsak, siyasi partiler tarihsel süreç içerisinde, demokrasinin uygulanabilir olmasını sağlayan en önemli unsurlardan biridir, hatta en önemlisidir. Yani parti-seçmen ilişkisi ve parti içi bazı kurallar aslında demokrasinin teminatıdır.

İnsanların devlet halinde örgütlenmelerinden bu yana, bir iktidar mücadelesi vardır. Ortak çıkarlara sahip olan bireylerin bir araya gelip hareket etmeleri en az insanlık tarihi kadar eski bir olgudur. Günümüzdeki siyasi partilerin çıkışı batıda burjuva sınıfının feodal ilişkileri değiştirip, parlamentolara ait olması ve monarşi iktidarını zayıflatıp, yerine geçmesi ile meydana gelmiş bir olgudur.¹²

Siyasal partilerin modern anlamda ortaya çıkışları oldukça yenidir. Ancak bu siyasi partilerin gelişim süreci çok hızlanmıştır.¹³ Günümüzde siyasi parti kavramına yabancı ülke yok gibidir. Siyasi partilerin hepsi siyasal sistemlerde aktiftir.¹⁴

Siyasi parti F. Goguel tarafından şöyle tanımlanmıştır: *“Siyasi parti üyelerinin düşünce ve menfaatlerini gerçekleştirmek için iktidarı kısmen ya da tamamen elde etmek amacı ile siyasi hayata katılan teşkilatlanmış bir gruptur”*. La Palombara ve Weimer ise; *“siyasi parti, merkezi ve yerel düzeyde kurulmuş, siyasi iktidarı elde etmeyi ve kullanmayı amaçlayan ve bununu içinde halkın desteğini sağlamaya çalışan sürekli bir kuruluştur.”*¹⁵

iki partili, bir partinin üstün olduğu sistemler olmak üzere üçe ayrılır. Yarışmacı sistemin temel amaç; birden çok partinin mücadele ederek seçmene daha çok alternatif sundukları siyasi rejimlerdir. İkinci olarak Tek Partili Sistemlerde ise sadece bir parti vardır ve diğer partilerle yarışma gibi bir kavram yoktur. (Teziç, s.335-345).

¹⁰ Teziç, s.93.

¹¹ Powell, G. Bingham, Çağdaş Demokrasiler, Çev.: Mehmet Turhan, Ankara 1990 s. 4-6.

¹² Tanilli, Server, Devlet ve Demokrasi, İstanbul 2000, s. 219.

¹³ Siyasi Parti Disiplinleri ve Çeşitleri hakkında geniş bilgi için bakınız: Özbudun, Ergun, Batı Demokrasilerinde ve Türkiye’de Parti Disiplini, Ankara 1986.

¹⁴ Kapani, Mücni, Politika Bilimine Giriş, Ankara 1989, s. 159-160.

¹⁵ Teziç, s.305.

E. Özbudun ise “halkın desteğini sağlamak suretiyle devlet mekanizmasının kontrolünü ele geçirmeye çalışan, sürekli ve istikrarlı bir örgüte sahip siyasal topluluklardır.”¹⁶ M. Kapani ise tanımını şöyle yapmaktadır: “bir program etrafında toparlanmış, iktidarı elde etmek veya iktidara ortak olmak amacını güden sürekli bir örgütlenmesi olan kuruluşlardır.”¹⁷ S. Tanilli ise demokratik rejimlerin bir ürünü olan siyasal partiler kavramının sadece dışında demokrasiye hizmet etmesini değil, bunun yanında içsel dinamiklerinde de demokrasiyi barındırması gerekliliği üzerinde durmuştur.¹⁸ *Belki de parti içi demokrasi kavramı siyasal partileri, benzeri mekanizmalardan (baskı grupları, çıkar grupları vb) ayıran “örgütlülük”, “süreklilik” ve “bağımsızlık” gibi kavramlar kadar belirleyicidir.*

II. Alman ve Fransız Siyasal Partiler Kanunu’ndaki Düzenlemeler ve Parti İçi Demokrasi Anlayışı

A. Almanya

Federal Almanya Anayasa’sı siyasal partilerin öneminden ve üstlendikleri rolden övgü ile bahsetmiştir. “Partiler halkın siyasal iradesinin oluşumunda önemli rol oynamaktadır. Parti kurmak serbesttir ve partilerin iç düzeni demokratik esaslara uygun olmak zorundadır. Partiler gelirlerinin kaynağı, nerelerde kullandıkları ve mal varlıkları konusunda resmi makamlara hesap vermek zorundadırlar. Amaçlarında veya taraftarlarının davranışlarında özgürlükçü demokratik temel düzeni ihlal edecek veya ortadan kaldıracak ve Federal Almanya Cumhuriyeti’nin varlığını tehlikeye sokacak gayeler güden partiler, anayasaya aykırıdır. Aykırılık konularında anayasa mahkemesi karar verir”¹⁹

Alman Siyasal Partiler Kanunu’nda²⁰ parti kavramı; “partiler sürekli veya uzun süre için ülke veya bir siyasal iradenin oluşumuna etki eden ve halkın Federal Anayasa Meclisi’nde veya bir eyalet meclisinde temsil edebilmesinde söz sahibi olmak isteyen vatandaşların oluşturdukları topluluk”²¹ olarak tanımlanmıştır.²² Kanununda parti kavramı ve partilerin eşit ol-

¹⁶ Özbudun, Ergun, Siyasal Partiler, Ankara 1983, s. 64.

¹⁷ Kapani, s. 160.

¹⁸ Tanilli, s. 230.

¹⁹ Federal Almanya Anayasası m. 21.

²⁰ 1967 yılında çıkarılan en son haliyle Partiler Kanunu.

²¹ Alman Partiler Kanunu m. 2.

²² Kempf, Udo, ‘Alman Siyasal Partiler Kanunu’na göre Parti İçi Demokrasi ve Partilerin

ması gibi ilkelerin yanında parti içi demokrasi kavramı üzerinde fazla durulmuştur. Buna göre partilere tüzük ve program zorunluluğu getirilmiştir. Bunun yanı sıra parti iradesinde üyelerin etkin kılınması zorunluluğundan bahsedilmiştir.²³ Ve parti içindeki azınlıkların korunması gerekliliğine vurgu yapılmıştır.²⁴

Bir devlet, yapıları anti-demokratik olan –örneğin “liderlik prensibi” veya demokratik merkezîyetçilik esasına dayanan– partiler tarafından idare edilemez. Yani parti üyeleri yerel yönetimlerinin iradesinin oluşum süreçlerine ve partideki karar süreçlerine etkin kılınmalıdır. Buda partilerin yerel politika ve seçim bölgelerinden adayların tespit edilmesi konuları önem kazanmaktadır. Almanya’da yapılan araştırmalar göstermektedir ki, partilerin yerel teşkilatlarının ülke ve eyalet mekânizmalarında fazla etkin olduğu ve parlamento seçilecek milletvekilleri konusunda etkili olduğunu ortaya koymaktadır. Eyalet listeleri, aday adaylarının seçimi de eyalet teşkilatlarının üyelerinin veya üye temsilcilerinin katıldığı bir toplantı ve parlamento federal meclis aday adaylarının gizli oylaması ile karara bağlanır.²⁵

Alman Siyasi partiler kanunu aday belirleme yolu olarak iki ana yol benimsemiştir. Bunlardan ilki; adayların bütün kayıtlı üyelerinin katıldığı ön-seçimle belirlenmesidir. İkincisi ise kayıtlı üyelerin delegeleri seçmesi ve ardından bu delegelerin adayları belirlemesidir. Bu iki metottan birisini uygulamak hakkı partilere bırakılmıştır.²⁶

B. Fransa

Partiler, 1958 Fransa Anayasa’sı ile anayasal dayanak kazanmıştır. Buna göre ulusal bağımsızlık ve demokratik ilkelere uymak şartı ile partiler ve siyasi gruplar faaliyetler ve seçime girme özgürlüğü açısından serbest bırakılmıştır. Fransa’da gerçek anlamıyla bir siyasi partiler kanunu yoktur. Bu boşluğu 1988 tarihli ‘Siyasi Hayatın Finansal Şeffaflığı Kanunu’ doldurmaya çalışmaktadır. Bu kanunda bazı genel ilkelere

Finansmanı; Türkiye ve Avrupa’da Siyasi Partiler Kanunu ve Seçim Yasası (Konrad Adenauer Vakfı Yayınları) Ankara 2002, s. 10.

²³ Kempf, ‘Alman...’ s. 1.

²⁴ Alman Partiler Kanunu m. 15.

²⁵ Kempf, ‘Alman...’ s. 2-3.

²⁶ Teziç, s. 266.

değnilmiştir.²⁷ Fransa'da her ne kadar her parti, parti içi demokrasiyi benimsediğini iddia ediyor ise de bu nadiren gerçekleşen bir kavramdır. Parti içi tartışmaları, halkın seçtiği kendi temsilcileri belirler. Bunlar genellikle milletvekili, senatör, belediye başkanları olmaktadır. Ancak bu kimseler ilgili partinin atadığı genel sekreter vb kimselerin baskısı altındadır.²⁸

Adayların seçimi, parti içi bir olgudur. Fransız parti sistemini, V. Cumhuriyet'in çoğunluğa dayanan seçim sistemi, her ne kadar iki türlü hale getirmiş de olsa Fransa'da altı ila sekiz önemli parti mevcuttur. Siyasi partilerin geleneksel kutuplaşması sağ ve sol gruplaşmasıdır. Adayların belirlenmesinde ulusal parti yönetimlerinin etkinliği söz konusudur. Mevcut iki türlü seçim sisteminin söz konusu olduğu Fransa'da, ulusal parti örgütler-yerel adaylar her ne kadar üstün yetenekli de olsalar bile-etkindir. Çünkü ikinci turdaki seçim ittifakları söz konusudur.²⁹

III. Demokrasilerde Aday Kavramı ve Demokratik Ülkelerde Aday Belirleme Yöntemleri

Parlamento üyesi olmaya istekli ve seçilebilmek için anayasa ve kanunların istediği şartları taşıyıp, seçmenin oylarına sunulan kimselerdir. Bu kişinin ilkin seçilebilme şartlarına haiz olması gerekir. Aynı zamanda kişinin önerilmesi yani pusulaya basılmasının istenmesi gerekir.^{30, 31}

Adaylık sıfatının kazanılması için taşınması gereken şartlar devletlerarasında farklılık göstermektedir. Demokratik devletlerde olması gereken seçme hakkına sahip olan bir kimsenin aynı anda seçilme hakkını kazanmış olmalıdır.³²

²⁷ Kempf, Udo, 'Fransa'da Seçimler Arifesinde Siyasi Parti Yapıları ve Partilerin Finansmanı'; Türkiye ve Avrupa'da Siyasi Partiler Kanunu ve Seçim Yasası (Konrad Adenauer Vakfı Yayınları) Ankara 2002, s. 27-28.

²⁸ Kempf, 'Fransa...' s. 30.

²⁹ Kempf, 'Fransa...' s. 29.

³⁰ Teziç, s. 259.

³¹ Bilir, Faruk, Türkiye'de Milletvekilliği ve Milletvekilliğin Sona Ermesi, Ankara 2001, s. 31.

³² Bilir, s. 31, Araslı, Oya, "Aday Kavramı ve Türkiye'de Milletvekili Adaylığı" Ankara 1972, s.1-3.

Adaylık kavramına yeterlilik ve aday gösterilme açısından bakıldığında iki başlık karşımıza çıkmaktadır. Bunlar aday olabilme şartları ve aday türleri (aday gösterilme yönünden)dir.

A. Demokratik Ülkelerde Aday Olabilme Şartları

1. Olumlu Şartlar

a. Vatandaşlık

Bu şart hemen hemen bütün devletler için geçerli bir şarttır.³³ Yani vatandaşlık, bir ülkenin vatandaşı olma koşulu, adaylık şartları açısından değerlendirildiğinde evrensel bir nitelik arz eder.³⁴ Hatta bazı ülkeler bu konuda daha titiz davranmış ve aday olacak kimsenin vatandaşlığının doğumla kazanılmasını ve belirli bir süre vatandaş olma şartı³⁵ istemişlerdir.³⁶

Ülkemizde ise 1982 Anayasa'sı m. 76'ya göre "*otuz yaşını bitiren her Türk milletvekili seçilebilir*" denmiştir. Bu ifadeye göre seçilme hakkı sadece Türk vatandaşlarına ait bir haktır. Nitekim anayasa m. 66'ya göre "*Türk devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk'tür*" denmektedir. Aynı zamanda Milletvekili Seçimi Kanunu m. 10 uyarınca "*otuz yaşını dolduran herkes milletvekili seçilebilir*" denmiştir.³⁷

b. Yaş

Yaş kavramı bireyin belirli bir olgunluk seviyesinden sonra temsilci olmasını öngörmektedir.³⁸ Çünkü devlet meseleleri ve yasama işlevinin kalitesinin artırılması için önemli bir konudur.³⁹ Birçok ülkede seçme ve seçilme yaşı farklıdır. Bunun yanında bu yaştan eşit olduğu ülkelerde vardır. Norveç, Danimarka, Kanada gibi.

Bunun yanında çoğu ülkede durum farklılık arz etmektedir. Yani

³³ Karamustafaoğlu, Tunçer, Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri, Ankara 1970, s. 167-170.

³⁴ Araslı, s.42.

³⁵ Örneğin; Senegal ve Kostarika'da on yıl, Arjantin'de altı yıl, Amerika Birleşik Devletleri'nde ise senato için dokuz yıl, temsilciler meclisine üye olmak için ise yedi yıldan beri ülke vatandaşı olmak gerekir. Bunun yanında meclis üyesi olmak ancak doğumla kazanılan vatandaşlık bağlantısı ile olur.

³⁶ Bilir, s. 32; Teziç, s. 259.

³⁷ Bilir, s. 32-33, Teziç, s. 260.

³⁸ Karamustafaoğlu, s. 170-181.

³⁹ Araslı, s. 42-43.

seçme ve seçilme yaşı ayrıdır.⁴⁰ Ülkemizde ise mevcut düzenlemede⁴¹ bu yaş otuz olarak belirlenmiştir.⁴²

c. Tahsil

Eğitim durumu yasama işlevinin hem kalitesini arttıran hem de işleri hızlandıran bir etkidir. Bunu için adayların belirli bir seviyede olan kimseler olması gerekmektedir.⁴³ Nitekim okuma-yazma bilmeyen veya eğitim seviyesi düşük kimsenin temsil görevini icra etmesi ve kavramları algılaması zordur. Birçok ülke adaylık için tahsil durumunu göz önünde tutmuştur. Ülkemizde ise mevcut son düzenlemeye göre; adayın en azından ilkokul mezunu olması gerekir (Anayasa m. 76/2).⁴⁴

d. Diğerleri

Bu konuda ülkeler arasında bazı farklılıklar vardır. Yukarıda saydığımız üç şart her ülkede aranan şartlar olmasına karşın, bu şartları ülkemiz açısından belirteceğiz. *Askerlik*: Anayasamıza göre milletvekili seçilmek için askerlik görevini yerine getirmek gerekmektedir. Askerlikten muaf olanlar da aday olabilirler. *İkametgah*: Ülkemizde diğer ülkelerde olduğu gibi adayın seçileceği ülkeye vatandaşlık bağı ile bağlanmış olması yeterli görülmüştür. Ayrıca ikamet etmesi aranmamıştır.⁴⁵

2. Olumsuz Şartlar

Aday olmak isteyen kişinin bazı özellikleri taşıması gerektiğine yukarıda değindik. Şimdi ise taşınamaması gereken özellikler üzerinde duracağız. Bunların başında adayın kısıtlı olmaması gelir. Bu şart İngiltere ve Almanya'da benimsenmiştir. Biz de ise adayın Medeni Kanun hükümlerince (Yeni Medeni Kanun m. 405-410) kısıtlanmamış olması gerekir. Bunun yanında kişinin kamu hizmetlerinden yasaklı kişi olmaması gerekir.⁴⁶ Bunun yanında bazı yüz kızartıcı suçlarından ceza

⁴⁰ İngiltere, Almanya ve İspanya'da 21, Fransa'da 23 ve senato için 35 yaş gerekmektedir. ABD'de ise bu yaş senato için 30, temsilciler meclisi için 25'tir.

⁴¹ Anayasa m. 76 ve Milletvekili Seçimi Kanunu m. 10.

⁴² Bilir, s. 35.

⁴³ Araslı, s. 43.

⁴⁴ Bilir, s. 35-36, Araslı, s. 43.

⁴⁵ Araslı, s. 44-45; Bilir, s. 37-38.

⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bakınız: Araslı, s. 46-48.

almuş olmaması gerekir.⁴⁷

B. Adayların Önerilmesi Yönünden; Aday Türleri

1. Bağımsız Adaylık

Bu adaylık, aday olmak isteyen kişinin kendi isteği veya belirli bir seçmen sayısının aday önermesi yolu ile olabilmektedir.⁴⁸ Burada adayın hiçbir siyasi parti ile ilişkisi yoktur. Günümüzde siyasal hayattaki partilerin egemenliği bağımsız adaylık kavramını ikinci plana itmiştir ülkemizde bağımsız adaylık, kişinin seçim kurulana başvurması ile olur. Ayrıca herkesin başvurmasını engellemek amacıyla bağımsız adayların teminat yatırması öngörülmüştür.⁴⁹ İngiltere ve Fransa'da uygulanan tek isimli çevre usulünde, adayların hepsi (bağımsız olsun veya olmasın) depozito yatırmak zorundadır. Bağımsız adaylığın seçmenlerce önerildiği durumda ilgili, buna onay vermek zorundadır. Seçmenlerin aday teklif edebilmeleri, ülkelere göre değişmektedir. İtalya'da bir kimsenin adaylığının teklif edilebilmesi için beş yüz seçmenin imzası gerekir.⁵⁰

2. Siyasi Partiden Adaylık

Siyasi parti adaylığı daha karışık bir mekanizma ile gerçekleşmektedir. Çünkü bir siyasi partiden aday gösterilmek, parti içinde başarılı olmanın yanı sıra parti program ve görüşünü benimsemek ve partinin üyesi olmak gibi bazı şartları gerektirir.⁵¹ Burada aday, bir siyasi partiden aday olur ve bu partiyi temsil eder.⁵²

Bir siyasi partiden aday gösterilmek, parti içi bir süreçten başarılı çıkmak ve seçmenin önüne gelmektir. İşte bu konuda demokrasilerde aday belirleme gibi gerek parti içi bir süreç olarak cereyan eden ya da tamamen kamusal bir görev olarak karşımıza çıkan bazı kavramlar vardır. Bunlar aday belirleme süreç ve yöntemleridir.

⁴⁷ Bu konuda detaylı bilgi için bakınız: Bilir, s. 38 vd; Teziç, s. 260-262.

⁴⁸ Araslı, s. 55.

⁴⁹ Milletvekili Seçimi Kanunu m. 21.

⁵⁰ Teziç, s. 262.

⁵¹ Teziç, s. 263.

⁵² Araslı, s. 55-56, Ayrıca bağımsız aday olma ve partiden adaylığın başarı olanakları açısından değerlendirilmesiyle ilgili olarak bakınız, Araslı, s. 56 vd.

IV. Demokrasilerde Siyasi Partilerin Aday Belirleme Yöntemleri

Parti mekanizmalarının işleyişinde (bir kısmına yukarıda değindiğimiz gibi) birkaç temel öge mevcuttur. Bunlar; parti örgütü üyelik ve liderlik parti disiplini partilerin finansmanı partilerin aday belirleme yöntemleri gibi ilkelere dir.⁵³

Bu asli unsurlar bir partinin işleyişi ve seçim strateji ve yöntemleri açısından önem arz etmektedir. Günümüzde oy kullanmak, seçimlerde bir partiyi desteklemek çoğu zaman partilerin programlarını, liderlerini veya partinin yerel bölgede gösterdiği adayın kazanması amaçlıdır. Demokratik rejimlerin vazgeçilmez ögesi olan siyasi partiler arasındaki iktidar mücadelesinin en belirleyici unsurlarından birisi de, partilerin aday belirleme süreçleridir. Çünkü bir siyasi parti seçimi, seçeceği bir adayla kazanabileceği gibi kaybedebilir. Bu da iktidar mücadelesini ve bunun bir yansıması olan meclis dağılımını etkileyebilir.⁵⁴ Öte yandan siyasal partilerin aday belirleme süreç ve yöntemleri, demokratik rejimin temsil müessesesi ile doğrudan alakalıdır. Çünkü demokrasilerde yönetenlerin seçilmesi her aşamada halkın iradesi ile olmalıdır. Adayın halkın önüne getirilirken de demokratik esaslar benimsenmelidir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi demokrasiyi içselleştirmeyen bir siyasi partinin demokratik olması ve demokrasiye hizmet etmesi mümkün değildir.

Siyasi parti adayları, milletvekilliği için parti adına seçime girebilecekleri, parti makamlarınca, hukuk kurallarına uygun şekilde yetkili makamlara bildirilen kişilerin, topluma bildirilmesi ile belli olur. Bu konuda partilere büyük işler düşmektedir. Başvuran adaylar arasından bir seçim yapmak ve hatta bu adayları sıralamak dahi partiler tarafından yapılmaktadır. Bu hususa ilişkin olarak partiler bazı usulleri seçmişlerdir.⁵⁵ Bu konuyu iki ana başlık altında inceleyeceğiz. Bunlar ilkin adayın kişi olarak parti tarafından seçilmesi ve diğeri de parti adaylarının listedeki sıralarının seçilmesidir.

⁵³ Bu konuda bkz, Kempf, 'Alman...' s. 1-13, Kempf, 'Fransa...' s. 27-36, Sağlam, s. 13-25, Teziç, s. 305-341, Özbudun, s. 57 vd, Sarıbay, Yaşar, Siyasal Sosyoloji, Bursa 1997, s. 120 vd., Erdoğan, Mustafa, Anayasa Demokrasi, Ankara 1996, s. 215 vd.

⁵⁴ Özbudun, s.97 vd.

⁵⁵ Araslı, s. 67.

1. Adayın Kişi Olarak Tespit Edilmesi

a. Parti Liderince Belirleme Sistemi

Adaylığın parti içi bir süreç olarak kabul edilmesinden kaynaklanan bir sistemdir.⁵⁶ Partilerin kurulmasından itibaren gündemde olan bir aday belirleme sistemidir. Bu sistemde parti başkanı veya beraberiindeki sınırlı sayıda ve partinin üst düzey kimseleri tek yetkili kimselerdir.⁵⁷ Bu durum 19. yy gelinceye kadar Amerika'da uygulanmış bir sistemdir. "Caucus"⁵⁸ adı verilen bu sistemde, parti yöneticilerinden çok sınırlı sayıda kimseler etkin olduğu için, parti içi demokrasi olgusuna aykırı bir durumdur.⁵⁹ Hatta bu yapı parti içersinde oligarşi bir yapıya dönüştüğü için günümüzde bu sistem ya terkedilmiş ya da oldukça yumuşatılmıştır.⁶⁰

Ancak bu tip bir sistem fiilen günümüzde uygulanmaktadır. Çünkü parti içi aday belirlemelerde partinin üst yönetiminin veya belirli bir grubun (hizip) etkinliği fazla olabilmektedir.⁶¹

Bu sistemde siyasal parti liderinin mizacı ve kendi öncelikleri,⁶² partinin aday gösterme prosedürlerinin yapısıyla ilgili neticeler doğurmaktadır.⁶³ Örneğin Fransa'da partinin güçsüz olduğu bölgelerde kendi isteğine göre aday göstermesi mümkün kılınmıştır. Ancak bu sistemin uzantısı olan bu durum son derece kısıtlıdır. Parti başkanınca belirleme usulü, genellikle tek parti sistemlerinde adayların ulusal listede gösterilmesi şeklindedir.⁶⁴

Bu sistem otoriter bir sistem olup, siyasi partilerde liderler hakimiyetine yol açmaktadır. Bu sistem de seçimler, parti liderince seçilen kişinin onaylanmasından başka bir şey değildir.⁶⁵ Bu, günümüzde üçün-

⁵⁶ Teziç, s. 265.

⁵⁷ Bilir, s. 73.

⁵⁸ Sözlük anlamı itibari ile yöresel parti meclisi toplantısı; parti yönetimi kurulu anlamına gelmektedir. (Oxford Dictionary). Amerika'da bu sistem caucus, legislative caucus ve informal caucus olmak üzere birkaç şekilde uygulanmıştır. Araslı, s. 69-70.

⁵⁹ Araslı, s. 69.

⁶⁰ Araslı, Oya, s. 69-71.

⁶¹ Özbudun, Ergun "Siyasi Partiler ve Demokrasi", TESAV Sempozyumu, Ankara 1995, s.12.

⁶² Yani bir takım kişisel ilişkileri, düşünsel yapısı ve bunun gibi sübjektif değerler.

⁶³ Araslı, s. 70.

⁶⁴ Özbudun "...Demokrasi", s. 13, Araslı, s. 70.

⁶⁵ Bilir, s. 73.

cü dünya ülkelerinde, bölünme tehlikesine karşı veya birliği sağlamak için halen kullanılan bir durumdur.⁶⁶

b. Parti Örgütünce Belirleme Sistemi

Parti liderince belirleme yönteminin yerine alternatif olarak çıkmış bir sistemdir. Bu sistemde partililer yani parti üyeleri daha etkindir.⁶⁷ Ancak burada bir takım sorunlar çıkmaktadır. Bu sorunun nirengi noktası; adayları belirleyen organların ne olacağı ve bu organların partinin yerel organlarının mı yoksa genel (merkez) organlarının mı olacağı problemidir.⁶⁸ Bu açıdan bakıldığında parti örgütünce belirleme sistemi üç farklı şekilde oluşabilir. Bunlar başlıca, parti üyelerinin bütünü tarafından belirleme, parti delegeleri tarafından belirleme ve karma yöntemdir. Bu sistem İngiltere’de, Fransa’da, Almanya’da, İtalya’da, Hollanda’da, Norveç’te, İrlanda’da ve Belçika’da uygulanmaktadır (ancak bu uygulamalar farklılıklar göstermektedir).

aa. Parti Delegelerince Belirleme

Bu usulde adaylar, parti üyeleri arasından seçilen, delegeler tarafından oluşturulan kongreler tarafından seçilmektedir. ABD’de convention adı ile anılan bu sisteme Avrupa’da da rastlanmaktadır. Caucus’a göre genişlemiş olması ve bu kadroya ve bu kadroya parti üyelerince görevlendirilmiş delegelerin de katılması; bu usulün parti içi demokrasinin gerçekleşmesine daha uygun bulunmasına yol açmaktadır.

Fakat sistemin sakıncalarına değinmek gerekmektedir. Bu sistem siyasi partilerdeki oligarşi eğilimleri ortadan kaldırmamaktadır. Çünkü parti merkez organlarının, belirlenen adayları onaylamaması, belli bir oranda aday göstermeleri veya aday adaylarını belirleme gibi yetkileri, parti tabanına büyük ölçüde hakim olabilmeleri ve istedikleri adayları seçtirebilme yollarını açık tutmaktadır.⁶⁹

Yani delegelerin seçimine parti merkezi veya başkanınca seçilmesi yahut bu seçimlere etki edilmesi durumu bu sistemin handikapları arasında yer almaktadır.⁷⁰

⁶⁶ Teziç, s. 265.

⁶⁷ Bilir, s. 73-74

⁶⁸ Özbudun, s. 100.

⁶⁹ Robert Michels’in bu konuya ilişkin tespitidir.

⁷⁰ Araslı, s. 70-71.

Bu sistem özet olarak parti tabanı ile parti içi yöneticileri ile parti tabanı arasında bir denge oluşturmak esasına dayanır. Bu sistem yapısı itibariyle çok çeşitli uygulamalara neden olabilmektedir.

Bu sistemin uygulanmasına ilişkin bazı örnekleri verirsek; bunların başında, parti üyelerinin seçtiği delegelerin katıldığı kongrelerde adayların seçilmesi, delegelerin katıldığı toplantılarda seçilen adayların, parti merkezi organlarının onayına sunulması (İngiltere’de bu yöntem İşçi Partisi ve Muhafazakar Parti tarafından uygulanmıştır), adayların belirli bir oranının seçim çevresindeki delegeler tarafından, diğer kısmının ise partinin merkez organlarınca seçilmesi, seçim çevresindeki delegelerin seçtikleri aday adaylarından birinin parti genel merkezince seçilmesi (Türkiye’de 1960 öncesinde bu yöntem CHP’de uygulanmıştır)⁷¹ gibi yöntemler gelmektedir.

bb. Parti Üyelerinin Bütünü Tarafından Belirleme

Parti içi bir süreç olarak kabul edilen aday belirleme işlemi, parti içinde demokratik ortamı sağlama ve partide belirli bir sınıfın egemenliğine son vermek için geliştirilmiş bir yöntemdir.⁷² Böylece parti içinde oligarşi bir yapı oluşmaz. Bu yöntemde bu yüzden ‘parti içi ön-seçim’ de denilebilir. Bu yöntemde adayların belirlenmesinde ağırlık parti yerel örgütlerindedir. Örnek olarak Belçika’da adaylar bütün kayıtlı parti üyelerinin katıldığı ön-seçimlerde belirlenmektedir. Almanya’daki federe devletteki adaylar parti organlarınca gizli oy ile seçilmektedir.⁷³

Bu sistem parti içi demokrasi açısından önemli bir dayanak ve güvencedir. Ancak parti üye kayıtları düzenli olmayan ve üye sayısı çok olup da karar alması güç olan partiler için bir handikap oluşturmaktadır.⁷⁴ Ayrıca hayali üye kayıtları ile sonucu etkilemek ve üye olmayı zor şartlara bağlayarak bir parti içi güç oluşturmakta mümkündür.⁷⁵

cc. Parti Tabanı ile Üst Yönetiminin İşbirliği ile Belirleme

Adayların parti üyeleri veya delegeler tarafından seçildiği sistemlerde de parti içi oligarşi eğilimlerin bir sonucu olarak parti yöneticilerinin, delege ve üyelerin kararlarını büyük ölçüde etkilemek mümkün

⁷¹ Bilir, s. 73-74.

⁷² Araslı, s. 71.

⁷³ Teziç, s. 266.

⁷⁴ Araslı, s. 71.

⁷⁵ Özbudun, s. 104.

olduğu malûmdur. Ancak bazı partilerde tüzük ve yönetmeliklerle yöneticilere, örgütün kararlarını veto etmek yetkisinin verilmesi veya örgütün yöneticilerin tespit ettiği isimler arasından parti adaylarını seçmek zorunda bırakılmaları oligarşi eğilimleri doğurmaktadır. Bunun için karma bir usul geliştirme yoluna gidilmiştir.⁷⁶

Gerek delegelerin gerek üyelerin seçtiği adayların parti üst yönetiminin de içinde bulunduğu bir süreçte seçilmesi işlemidir. Parti üst yönetiminin katılması önerme, onaylama ve önerilen adaylardan birini seçme gibi bir yetkinin kullanılması şeklinde olabilir. Bu yöntemle parti içinde bir denge ve kuvvet dağılımı hedeflenmektedir. Avrupa'daki uygulanmasında aday belirleme yetkisi genellikle iki uç arasında bir noktada toplanmıştır.

Nitekim A. Ranney *"en yaygın usul, ulusal veya bölgesel organların bir tür denetimi altında, seçim çevresi ve bölge örgütlerince belirleme, ondan sonra en yaygın usul ise, seçim çevresi ve bölge örgütlerinin önerilerinin incelenmesinden sonra, ulusal organlarca belirlemedir"*⁷⁷ demiştir. Dokuz demokratik ülkede de bu usul izlenmektedir.⁷⁸

Bu sistemde aday belirleme yetkisi parti seçim çevresi örgütleriyle merkez organları arasında bir şekilde bölüştürülmesi ile olur. Bu bölüşme yukarıda saydığımız (parti delegelerince belirleme yöntemindeki) tiplere benzerlik gösterir. Buna göre adayların merkez örgütüne önceden incelenmesi veya önerilmesi ya da genel merkezin belirlediği adaylar arasında seçim yapmak hakkının delegelere veya parti üyelerine bırakılması ya da tam tersi olarak parti içi tabanın seçtiği birkaç adayından birinin seçme hakkının merkeze tanınması gibi olabilir. Bu karma sistem, genellikle delegeler aracılığı ile en çok uygulanan ve iki kutup arasında (parti içi taban ve üst yönetim arasındaki) orta noktayı bulmaya yarayan bir metottur.⁷⁹

⁷⁶ Araslı, s. 72.

⁷⁷ Ranney, Austin, *'Democracy at the Polls'* Washington DC, American Enterprise Institute 1981, nakleden Özbudun, *'...Demokrasi'* s. 11-12.

⁷⁸ Bu ülkeler İngiltere, Fransa, Almanya, İtalya, Hollanda, Norveç, İrlanda, Belçika ve Japonya'dır. Ayrıca bu usulün İngiltere'de İngiliz Muhafazakar Partisi, İngiliz İşçi Partisi için ve Federal Almanya'daki düzenleme ve uygulamaları hakkında detaylı bilgi için bakınız, Araslı, s. 72-73 vd.

⁷⁹ Özbudun, Ergun, *'Partiler ve Demokrasi'* s. 11-12.

c. Ön-Seçim Sistemi

aa. Gelişimi

ABD'ye özgü olan bu sistemde,⁸⁰ partililer veya parti taraftarları adayları belirler. Burada '*partili*' kavramı Kıta Avrupası'ndaki gibi aidat ödeyen veya üye olan kimseleri kapsamamaktadır. Yukarıda da değindiğimiz gibi ABD'de ilkin *causus* sistemi uygulanmakta idi. Ancak zamanla tabandan gelen baskılar neticesinde adaylar konvensiyonlar (*convention*) tarafından belirlenmeye başlandı. Bu sistem de beraberinde parti içinde belirli politikacıların egemenliğini meydana getirdi. Çünkü konvensiyonlar yerel çevrede, partili seçmenlerce seçilen delegelerin, yönetici komitelere girmeleriyle oluşuyordu. Parti liderlerinin veya çevresinin istediği adayları seçmeyen konvensiyonların değerlendirmeleri iptal ediliyordu.⁸¹ Böylece parti içi etkin zümre, kendisine uygun bir konvensiyon oluşturuyorlardı. Bu sakıncaların giderilmesi isteği ön seçimi (*primary*) gündeme getirmiştir.⁸²

bb. Kavram ve Uygulanması

Ön-seçim siyasal partilerin yasama organına gönderecekleri adayları saptama işlemidir. Bazı siyasal sistemlerde, aday belirleme, parti içi bir sorun olarak algılanmaktadır. Oysa ABD'de bu süreç genel seçimlerin bir parçası olan ve parti-içi bir olgudan çok hukuksal bir durum olarak kabul edilmiştir. Ön-seçimler sayesinde adayın seçimlerde kesin bir sonuca ulaşması hedeflenmektedir.⁸³

Ön-seçim bir partinin asıl seçmenlerinin adaylarını belirlemeye yarayan seçim öncesi oylamadır. Yani parti, adayını '*partililer*' belirlemektedir.⁸⁴ Bu sistemi, ABD'de her federe devlet kendi usul ve kendine özgü biçimde uygular. Ama hepsinde ön-seçim vardır. Federe devletlere göre değişen başlıca iki tip ön seçim vardır. Bunlar Kapalı Ön-Seçimler ve Açık Ön-Seçimler.⁸⁵

Ön-seçim hukuksal bir durum olduğu için örgütlenmesi ve düzenlenmesi devlet tarafından yapılır ve genel seçimler gibi cereyan eden

⁸⁰ Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Magrath-Cornwell-Goodman, s. 269-313.

⁸¹ Araslı, s. 76.

⁸² Teziç, s. 263.

⁸³ Araslı, s.76, Akgüner, Tayfun, '*Önseçim*' Onar Armağanı, İstanbul 1977, s.11; Özbuğdu, "*...Demokrasi*", s. 10.

⁸⁴ Bilir, s. 74-75.

⁸⁵ Teziç, s. 264.

bir süreçtir.⁸⁶

cc. Türleri

aaa. Kapalı Ön-Seçimler

Aday belirlemesine katılacak olan kimseler hangi partiyi desteklediklerini belirtmek zorundadır. Ancak kimin, hangi partiyi desteklediği belirlenmesi biraz karmaşık bir konudur. Bunun için iki yol vardır. İlki kayıt yöntemi,⁸⁷ ikincisi ise partiye bağlılık testi yöntemidir.⁸⁸

Kayıt Yöntemi: Bu yöntemde, seçmen kütüğe kayıt sırasında seçmen hangi partiye oy vereceğini kayıt ettirir ve sonraki seçim dönemine kadar bunu değiştirmez. Bu kayıt oy sandığının girişinde de yapılabilir ve seçmene seçtiği partinin pusulası verilir. Böylece seçmen ön-seçime katılır.

Partiye Bağlılık Testi Yöntemi: Seçmen, seçim sandığının girişinde bir partinin oy pusulasını ister. Bu pusula seçmene verilmeden önce, kendisinden o partinin adaylarını geçmiş seçimlerde desteklediğini ve gelecek seçimde de destekleyeceğini bildirmesi istenir. Bazı Güney Federe Devletleri'nde, ön seçimde belirlenecek parti adaylarının destekleneceğine dair kişisel taahhüt istenir.

Kapalı ön-seçimlerdeki kayıt, beyan ve taahhüt hukuken bağlayıcı olmayıp, ahlaki bir değer taşır. Zira Texas İstinaf Mahkemesi'nin kararında da bu taahhüdün '*seçmenin vicdan ve şeref duygusu ölçüsünde*' bağlayıcı olduğu belirtilmektedir.⁸⁹

bbb. Açık Ön-Seçimler

Seçmenlerin kapalı ön-seçimlerdeki gibi hangi partiye oy vereceklerini önceden belirtmelerine gerek yoktur. Yani açık ön-seçimler seçmenin oy kullanma, siyasal tercih gizliliği ilkesine daha uygundur. Böylece seçmenin parti bağlantısını açıklama gibi bir zorunluluğu da yoktur. Açık ön-seçimlerde, seçmenlere, seçim sandığının girişinde, seçime katılan bütün partilerin ön-seçim listeleri verilir. Seçmen kapalılığın ve gizliliğin esas olduğu oy verme yerinde, kendisine verilen listeden bir partiyi ve adayı seçer. Örneğin bu sistemin en iyi uygu-

⁸⁶ Araslı, s. 77.

⁸⁷ Entrollement System.

⁸⁸ Challenge System.

⁸⁹ Özbudun, s. 101; Teziç, s. 264.

landığı Washington Federe Devleti'nde oy pusulaları partilere veya gösterilen adaylara göre belirlenmemektedir. Seçmenin önüne gelen kağıtta adayların (yerel veya ulusal) görevlerine göre bir gruplama mevcuttur. Çünkü bilindiği gibi ABD'de yerel yargı ve yönetim çevreleri seçimle doldurulmaktadır.⁹⁰

2. Parti Adaylarının Liste Sıralarının Belirlenmesi

Parti adaylarının seçimi kadar adayların seçimdeki liste sıralarının da belirlenmesi konusu adayın belirlenmesi kadar önemlidir. Çünkü adayın liste sonunda olması seçilme imkanını çoğu zaman kısıtlar. Biz bu bölümde adayların sıralarının belirlenmesine ilişkin esaslara değineceğiz.

a. Liste Sırasının Parti Tarafından (Parti Organlarınca) Belirlenmesi

Partiler çoğu zaman adayı belirlerken listedeki sırasını da tespit ederler. Bu sebeple siyasi partilerin adayların kim olduğunun tespiti için kullanılan metotların aynısı burada da geçerlidir. Yani adayın liste sırasının tespitini; ya partinin yüksek yönetim kadrosu veya parti üye ve delegeleri yahut delegelerle birlikte yöneticiler yapmaktadır.⁹¹

Bunun yanında bazı sistemlerde seçmenin oyunu verirken, parti tarafından hazırlanan listelerde değişiklik yapamaz yani seçmen blok listeyi ya onaylar ya da onaylamaz. Blok liste denen bu usulde partinin kazandığı milletvekilleri, parti listelerinin başından aşağıya doğru dağıtılır. Ancak bu sistemde seçmen hakkı kısıtlanmış ve parti yönetiminin istediği adayı meclise seçme hakkı fazlaşmıştır. Bu da halk irade etkisi bakımından sakıncalıdır.⁹²

b. Liste Sırasının Seçmen Tarafından Belirlenmesi

Bu metot seçmenler siyasi partilerin tespit ettikleri adayların sıraları üzerinde değişiklik yapmak ve yeni bir sıralamaya gitmek hakkı tanımıştır. Bu metotta iki şekilde uygulanmaktadır. Bunlar "*Tercih Oyu Yöntemi ve İsim Çizme Yöntemi*"dir.

⁹⁰ Özbudun, s. 102-103, Teziç, s. 265.

⁹¹ Araslı, s. 79, Armaoğlu, Fahir, Seçim Sistemleri, Ankara 1953, s. 160-161.

⁹² Araslı, s. 79.

aa. Tercih Oyu Yöntemi

Bu yöntemde partileri adaylarını uygun gördükleri şekilde sıralamaktadır. Seçmenler ise her adayın adının karşısında bulunan yere özel işaret koyar ve tercihini belirtir. Böylece adaylar seçmenin kendi tercihlerine göre sıralanmış olur.⁹³

Bu yöntemde seçmen hiçbir tercih yapmamış ise seçmenin seçme hakkı kadar adayın liste başından başlamak kaydıyla seçilmiş sayılır. Milletvekillerinin dağılımı ise oy sandığından çıkan her parti listesi, partiye verilmiş bir oy kabul edilmekte ve milletvekillerinin partiler arasındaki dağılımında bu oy miktarı esas alınmaktadır. Bundan sonra adaylar, almış oldukları tercih oyları bakımından en büyükten küçüğe doğru sıralanmakta ve baştan itibaren, partinin kazandığı yer sayısı kadar aday milletvekili seçilmiş olur.⁹⁴

bb. İsim Çizme Yöntemi

Tercih oyu yönteminin bir başka şekli olan bu yöntemde, adaylar beğendikleri adayı veya adayları seçmek yerine, burada beğenmedikleri birkaç adayın üstünü çizmek kaydıyla listeyi oluşturmaktadırlar.⁹⁵

Oy pusulasında adı çizilmiş olan adaylar eksik oy alacakları için partiye verilmiş oylara göre tespit edilecek milletvekilliklerinin dağıtımında şansız duruma gireceklerdir. Bunun için geniş bir kitlenin istemediği kimse seçilme hakkını kaybedecektir.⁹⁶

V. Ülkemizdeki Durum

Osmanlı İmparatorluğu döneminde ilk siyasi amaçlı örgütler, ulusal bağımsızlık amacıyla azınlıklar tarafından kurulmuştur. I. Meşrutiyet'ten önce siyasal gruplaşmalar, meclis ve seçim gibi kavramlar olmadığı için gizli kalmıştır. Ancak bu gruplar modern anlamda birer siyasi parti olma özeliği taşımamaktaydı. Zira 1876 Anayasası'nda dernek kurma özgürlüğü de tanımamaktaydı. II. Meşrutiyet'in ilanı ile ve sonra yapılan değişikliklerle dernek kurma özgürlüğü getirilmiştir.

⁹³ Armaoğlu, s. 161-162.

⁹⁴ Araslı, s. 80.

⁹⁵ Araslı, s. 80-81.

⁹⁶ Araslı, s. 81.

Buna bağlı olarak kabul edilen “*Cemiyetler Kanunu*”⁹⁷ ile bazı kurallar getirilmiştir. Buna göre siyasi partiler etnik yapıya dayanmaması ve gizli olmaması gerekmektedir. 1924 Anayasası ise dernek kurma özgürlüğünün kısıtlanabileceğini öngörüyordu. Yapılan kanun değişiklikleri ile hükümetin partiler üzerindeki denetim yetkisi genişlemiştir. 1926 yılında Medeni Kanununun kabulü ile hükümetin bu etkisi biraz azalır hale gelmiştir. 1938 yılına kadar tek partili hayatın olması, her ne kadar parti kurma özgürlüğü kabul edilmiş olsa bile, bu durumu fiilen ortadan kaldırıyordu. Bunu seyreden yıllarda ise hükümeti siyasi partiler üzerindeki etkinliği arttırılıp, hükümete parti kapatma hakkı tanınmıştır. 1946 yılında siyasi serbestlik esasına dönülmüş ve iki parti kurulmuştur. İlk kez 1947 yılında Meclis iç tüzüğünde yapılan değişiklikle “*siyasi partilerin meclis komisyonlarına aday gösterilmesi*” kabul edilmiştir. 1961 Anayasası’nın kabul edilmesi ile siyasi partiler ilk kez anayasal statüye ve güvenceye kavuşmuşlardır. Bu güvence 1982 Anayasası ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu ile daha da pekiştirilmiştir.⁹⁸ Ancak 1982 Anayasası’nın ilk hali anayasa tekniğine aykırı olup, ayrıntılı düzenlemelere yer vermiştir. Yani Türkiye’deki SPK ve Anayasa bu konuda ayrıntılı düzenlemelere yer vermiştir. Bu da Avrupa standartları açısından pek uygun değildir.⁹⁹

Türkiye’de milletvekili adaylarının partiler tarafından belirlenmesi 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu (SPK) ilk şekline göre bütün kayıtlı üyelerinin katılacağı önseçim esasına dayanmakta idi. Ancak bu usul aday belirleme işlemlerini parti içi süreç olarak kabul eden yeni bir düzenleme ile değişti. 3270 sayılı kanun ile yapılan değişiklik neticesinde partiler aday belirleme yöntemlerini kendi iç tüzüğünde öngöreceği şekilde yapabilirler. Yani bir parti önseçim ya da aday yoklaması yapabilirler. Yahut belirli oranda merkezden atama yapabilmektedirler. Bu konudaki takdir hakkı partinindir.¹⁰⁰ Yani aday seçme işlemi, parti içi bir süreç olarak kabul etmiş ve bu da 2820 sayılı kanunun yapılma amacına ters düşmektedir. Çünkü 2820 sayılı kanunda amaç demokratik oluşum ve milli iradenin tezahür etmesidir.¹⁰¹ Nitekim Anayasa

⁹⁷ 3 Ağustos 1325 (1909) tarih ve 310 sayılı Cemiyetler Kanunu.

⁹⁸ Teziç, s.312.

⁹⁹ Daha fazla bilgi için, Sağlam, Fazıl, ‘*Türk Siyasal Partiler Kanunu Tarihçesi, Eksiklikleri, Reform Çalışmaları*’; Türkiye ve Avrupa’da Siyasi Partiler Kanunu ve Seçim Yasası (Konrad Adenauer Vakfı Yayınları) Ankara 2002, s. 13 vd.

¹⁰⁰ Bilir, s. 72.

¹⁰¹ Ozbudun, s. 105-106; Teziç, s. 266; Araslı s. 74-75; Bilir, s. 72-73.

Mahkemesi bu konuda bir kararında “önseçimin zorunlu olmaktan çıkarılması ve aday saptanmasının, ülkemizde parti tüzüklerine bırakılması konuyu parti içi sorun olmaktan çıkarmamış, tersine partileri bu konuda daha serbest kılmıştır.”^{102, 103}

Siyasi partilerin adaylarını tespit edebilmeleri ve seçimlere katılabilmeleri için, SPK'ya¹⁰⁴ göre illerin en az yarısında oy verme gününden altı ay önce teşkilat kurmuş ve büyük kongrelerini yapmış olmak gerekmektedir. Ya da TBMM' de en az yirmi üyesi (grubu) olması gerekir.¹⁰⁵ Son zamanlarda seçimler dönemini yaşayan ülkemizdeki siyasi partilerin birçoğu merkezi veya lideri ağır basan portre çizmektedir. Ülkemizin durumu ve demokratikleşmede geri kalmamız göz önünde tutulursa en iyi sistem bile de-form olmaya müsaittir. Çünkü demokratikleşme biraz da mentalite durumu ile alakalı sosyo-kültürel bir konudur. Ülkemizde demokrasi için ilk önce düşünce tarzları değişmelidir. Sonra parti içi demokrasi kavramı oturtulmalıdır. Hepimizin de bildiği gibi bir kanun ne kadar kötü olursa olsun uygulayıcılar iyi ise uygulama da iyidir.

KAYNAKLAR

- Akgüner, Tayfun, 'Önseçim' Onar Armağanı, İstanbul 1977.
- Araslı, Oya, Aday Kavramı ve Türkiye'de Milletvekili Adaylığı, Ankara 1972.
- Armaoğlu, Fahir, Seçim Sistemleri, Ankara 1953.
- Bilir, Faruk, Türkiye'de Milletvekilliği ve Milletvekilliğin Sona Ermesi, Ankara 2001.
- Cevizci, Ahmet, Felsefe Sözlüğü, Ankara 1996.
- Erdoğan, Mustafa, Anayasa Demokrasi, Ankara 1996.
- Kaboğlu, İbrahim, Anayasa ve Toplum, Ankara 2000.
- Kapani, Münci, Politika Bilimine Giriş, Ankara 1989.
- Karamustafaoğlu, Tunçer, Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri, Ankara 1970.
- Kempf, Udo, 'Alman Siyasi Partiler Kanunu'na Göre Parti İçi Demokrasi ve Parti-

¹⁰² E. 1986/17, K. 198711. KT 22.05.1987, AMKD 23, s. 225.

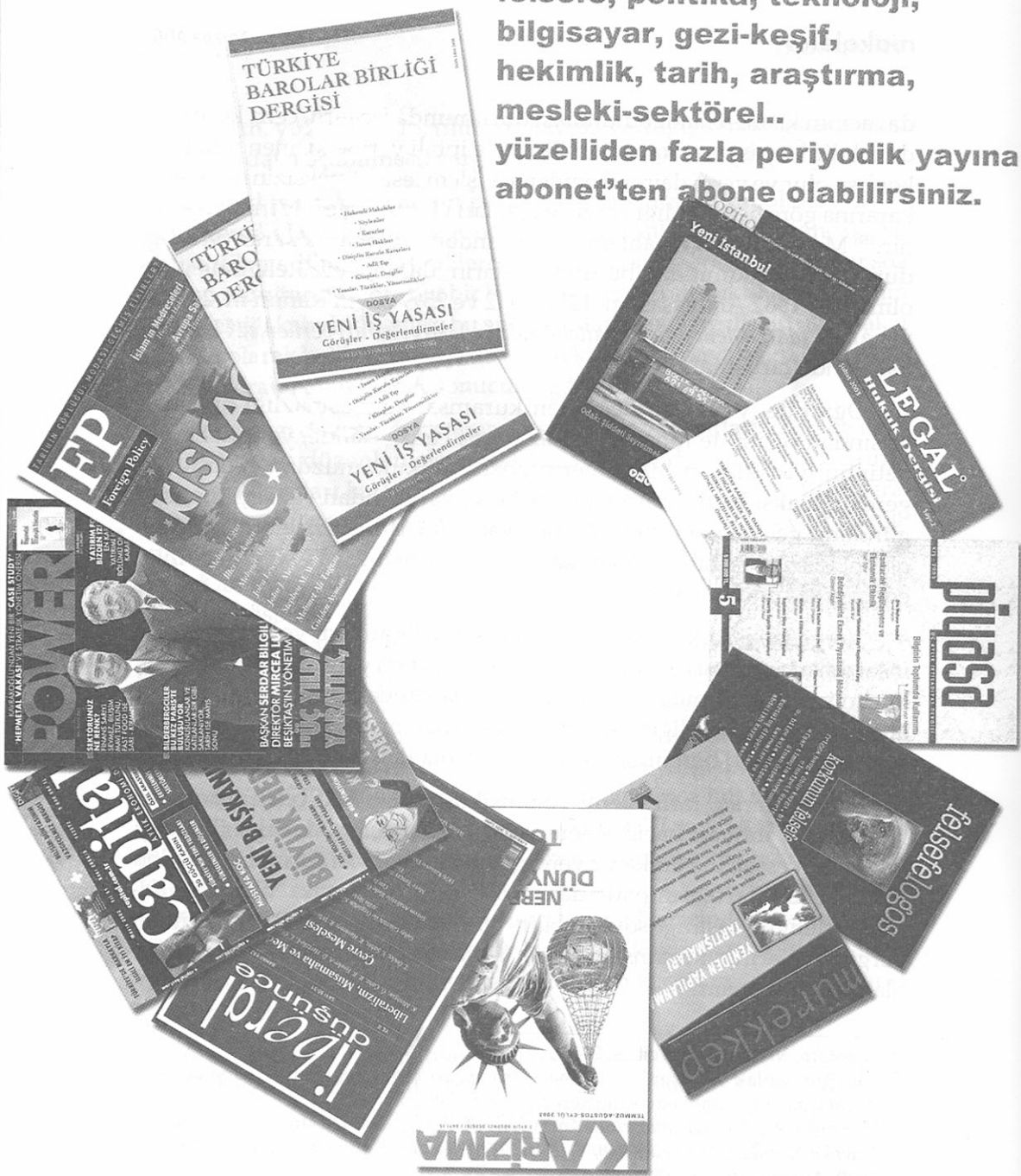
¹⁰³ Teziç, s. 267

¹⁰⁴ 3420 sayılı kanun ile değiştirilmiş 36. madde.

¹⁰⁵ Teziç, s. 267-268.

- lerin Finansmanı'*; Türkiye ve Avrupa'da Siyasi Partiler Kanunu ve Seçim Yasası (Konrad Adenauer Vakfı Yayınları) Ankara 2002.
- Kempf, Udo, *'Fransa'da Seçimler Arifesinde Siyasi Parti Yapıları ve Partilerin Finansmanı'*; Türkiye ve Avrupa'da Siyasi Partiler Kanunu ve Seçim Yasası (Konrad Adenauer Vakfı Yayınları) Ankara 2002.
- Magrath, C. Peter, Cornwell, E. Elmer, Goodman, S. Jay, *The American Democracy, USA 1969.*
- Ortaylı, İlber, *'Türkiye'de Demokrasi'*, Demokrasi Sempozyumu (13-14 Aralık 1997), İstanbul 1998.
- Özbudun, Ergun *"Siyasi Partiler ve Demokrasi"*, TESAV-Sempozyumu, Ankara 1995.
- Özbudun, Ergun, *Anayasa Hukuku*, Ankara 1993.
- Özbudun, Ergun, *Batı Demokrasilerinde ve Türkiye'de Parti Disiplini*, Ankara 1986.
- Özbudun, Ergun, *Siyasal Partiler*, Ankara 1983.
- Powell, G. Bingham, *Çağdaş Demokrasiler*, Çev.: Mehmet Turhan, Ankara 1990.
- Sağlam, Fazıl, *'Türk Siyasal Partiler Kanunu Tarihçesi, Eksiklikleri, Reform Çalışmaları'*; Türkiye ve Avrupa'da Siyasi Partiler Kanunu ve Seçim Yasası (Konrad Adenauer Vakfı Yayınları) Ankara 2002.
- Sarıbay, Yaşar, *Siyasal Sosyoloji*, Bursa 1997.
- Sezen, Saim, *Seçim ve Demokrasi*, Ankara 1990.
- Soysal, Mümtaz, *Anayasaya Giriş*, Ankara 1968.
- Tanilli, Server, *Devlet ve Demokrasi* İstanbul 2000.
- Tanilli, Server, *Devlet ve Demokrasi*, İstanbul 1981.
- Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, İstanbul 1998.
- Toktamış, Ateş, *Demokrasi*, İstanbul 1967.
- Tunaya, Tarık Zafer, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuk*, İstanbul 1980.
- Tunç, Hasan, *Türk Seçim Sistemi*, Konya 1995.

felsefe, politika, teknoloji,
bilgisayar, gezi-keşif,
hekimlik, tarih, araştırma,
mesleki-sektörel..
yüzelliden fazla periyodik yayına
abonet'ten abone olabilirsiniz.



abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10

abonet@abonet.net ❖ www.abonet.net

söyleşi... söyleşi... söyleşi... söyleşi... söyleşi... söyleşi...

AÜ HUKUK FAKÜLTESİ KÜTÜPHANESİ YENİLENDİ

Oya GÜNENDİ*
Serkan AĞAR **

Türkiye Barolar Birliği'nin yeni binasında kütüphane oluşturmak için ziyaretten döndüklerinde Yayın Yönetmenim Teoman Ergül, "AÜHF Kütüphanesi yenilenmiş ve çok güzel olmuş; Dergimizin önümüzdeki sayısı için bir tanıtımını yapalım Oya" dediğinde; kütüphaneler birbirine benzer, kitaplar ve okuma salonları vardır, ne yazabilirim ki diye düşünmüştüm. Ta ki, 4 katlı kütüphaneyi gezimiz ve aynı anda, onca yoğunluğu arasında vakit ayırıp, hiçbir salonu, odayı, ayrıntıyı atlamadan; tüm hikayeleriyle, teknik işleyişleriyle bize anlatan Kütüphane Müdürü Sayın Fuat Türker ile söyleşimiz tamamlanana dek. Dekanımız Prof.Dr.Metin Feyzioğlu'nu da ziyaret etmek ve kendisinden bilgi almak istedik, ama kendisi yurt dışında bulunduğundan teşekkür etmekle yetinmekteyiz.

Sevgili meslektaşım ve Yayın Kurulu üyemiz Serkan Ağar ile birlikte, dergi salonu, araştırma salonu, okuma salonu, kitap deposu, -ilk defa duyduğum- sayısal kitaplık, özel çalışma odaları ile son derece teknolojik olarak donatılmış, eser zenginliğine hayran olarak hiç çıkmak istemediğimiz, yenilenen AÜHF Kütüphanesi'ni yazdık, fotoğrafladık...



* Av., Ankara Barosu.
** Av., Ankara Barosu.

3. kat**“Sürelî yayınlar”...**

Fuat TÜRKER (AÜHF Kütüphanesi Müdürü): Abone olduğumuz dergiler ilk defa buraya geliyor, burada tamamlandıktan sonra ciltlenerek rafa çıkıyor. 200'e yakın aboneli olduğumuz dergi var. Bunların 90 tanesi yabancı, geri kalan Türkçe ve düzenli olarak geliyor.

Oya GÜNENDİ (TBB Genel Yayın Yönetmeni Yardımcısı): Ücretsiz olarak mı geliyor?

F.T.: Yabancı dergilerin tamamını satın alıyoruz, onun belli bir bütçesi var. Diğer Türkçe dergilerin birçoğu derleme ya da değişim diyelim... Baro dergileri var, fakültelerin çıkarttıkları dergiler var, diğer dergiler var. Ve Türkiye Barolar Birliği Dergisi ile Türkiye Barolar Birliği'nin çıkardığı yabancı dildeki *Digesta Turcica*.

O.G.: Dergilerin bu salondaki ömrü ne kadardır, ne zaman arşive kalkar?

F.T.: Burası dergilerin son sayılarının bulunduğu yer. Burada dergileri biriktiriyoruz, yıl sonunda cilt tamamlanıyor, ciltlendikten sonra da toplanıyor. Rafa çıktığı yer de bizim dergilerimizin depo kısmı.

O.G.: Dergileri hangi kritere göre kategorilere ayırdınız?

F.T.: Dergi salonumuzda dergileri alfabetik bir şekilde rafa yerleştirdik; A'dan başlar, en arkadan gider dolaşır, tekrar Z'de biter. 600 farklı başlık var; bunun dediğim gibi 200'e yakını devam ediyor, diğerleri bir dönem kesilmiş. Ama bazı dergiler var, çok önemli dergiler, ilk sayısından itibaren kütüphanemize gelmiş, 2008 yılındayız, hala devam ediyor ve koleksiyon olarak bizde var. Dergi salonumuzda 25 bin cilde yakın materyal var.

O.G.: Peki, kaynak olarak yararlanmak istediğimizde, bunlara internet ortamından ulaşabilir miyiz?

F.T.: Ankara Üniversitesi'nin, kütüphanemizin bir on-line katalogu var,* buradan PDF bilgilerine erişmek mümkün. Ama şu aşamada bir çalışma yapılıyor. Her derginin “içindekiler” sayfası tarayıcıda taratılıyor. Bütün koleksiyon tarandıktan sonra, derginin adını tıkladığınızda, Hukuk Fakültesi Kütüphanesi'nde hangi sayılar olduğunu görmek bir yana, içindekiler sayfasını da görebiliyorsunuz, ona göre de bilimsel araştırmanızı kolaylaştırıyorsunuz. Bunun bir ileri aşaması daha var, o da makalenin kendisine gidecek durumu sağlamak. Ama biliyorsunuz telif



* <http://papyrus.ankara.edu.tr/web/catalog/search.php>



konusu var, yani 70 yıldan sonra anonimleşiyor.

Yalnız, şunu söyleyebilirim, *Ankara Hukuk Dergisi*, tüm sayılarıyla web’de full-text erişime açık.* Ayrıca fakültenin kendi yayını ve eski hocalar... Hepsi bizim hocamız... Onlardan izin alınmak kaydıyla 100’e yakın monograf full-text Hukuk Fakültesi web sayfasında var.**

O.G.: Bir ay içinde kütüphaneye giren kitap-dergi sayısı nedir? Yani mevcut yayın akışına göre kütüphanenin potansiyeli yeterli mi?

F.T.: Kütüphaneyi yeni oluştururken uzun vadede şöyle bir planlama yaptık: Bir 10 yıl içerisinde yer sorunumuz olmayacak. Eğer olursa da, ondan sonrası için Adalet Yüksekokulu’nun üst katını da aldık, bir ek depo yaptırıp orayı da kullanabiliriz. Böylece, tahminen 50 yıllık bir süreç içerisinde yer sorunu olamayacaktır.

Şöyle iddialı bir şey söylenirdi hep: “Ortadoğu’nun, Balkanlar’ın birincisi...”

O.G.: Ben de zaten not almıştım sormak için; Prof. Dr. Yaşar Karayalçın Hocamız, 67-68 öğretim yılını açış konuşmasında, AÜHF Kütüphanesi için Türkiye’nin en zengin hukuk ihtisas kütüphanesi olduğunu söylemiş, hatta Avrupa hukuk fakültelerinin kütüphaneleri arasında da mümtaz bir yeri olduğunu belirtmiş. Sonra güncel yazılar arasında da buldum benzer söylemleri... Bunu koruyor muyuz hala diye soracaktım.

F.T.: Bunu şöyle koruyoruz: Biliyorsunuz, hukuk yayınlarının eski olması, bunun önemini azaltmaz. Yani tıpta ve diğer bilimlerde de olduğu gibi...

O.G.: Hukuk eskimez, kanunlar eskir...

F.T.: Dolayısıyla yayınlarımız buradaki güncelliğini koruyor ve son beş altı yıldan beri, üniversitenin sağladığı olanaklarla, çok ciddi bir yayın sağlama söz konusu. Yayınları ihaleyle satın alıyoruz. Bize gelen talepleri Rektörlüğe gönderiyoruz, Rektörlük bunu bütçeden karşılıyor.

Kitap sağlama ya da koleksiyon geliştirme yaklaşımımız da şu: Belli dönemlerde hocalarımıza yazı yazıyoruz, “kütüphanemize alınmasını istediğiniz kitapları bize bildiriniz, biz bunları alacağız” diye ve bu şekilde koleksiyonun özelliğini yitirmeden, güncelliğini sağlayarak artmasını temin etmiş oluyoruz.

O.G.: Diğer fakülte ya da üniversitelerin kütüphanelerinin veri tabanlarına buradan bağlantı kurmak mümkün mü?

* <http://auhf.ankara.edu.tr/auhfd/>

** <http://www.ankara.edu.tr/kutuphane/Yayinlar/yayinlar.htm>

F.T.: Şimdi artık İnternet öyle bir şey ki, aradığınız bilgilere ücretsizse her ortamda ulaşmanız olanaklı. Ama biz, Türkçe mevzuat için Kazancı'yı sağladık. Türkiye'de ilk defa bir veri tabanı satın aldık, ilk defa bizde vardır. Daha sonra hukuk fakültesi olan diğer vakıf üniversiteleri ve kamu üniversiteleri bizden görüş alarak bunu temin ettiler.

O.G.: Bu uygulama ne zamandan beri var?

F.T.: Sanıyorum 99 ya da 98 olması lazım. Daha sonra bunu epey geliştirdik, Almanca "Beck" var, bu veritabanı da bizde. İsviçre mevzuatına ilişkin "Swissleks" de bizde. Onun dışında, üniversitenin sağladığı bir elektronik kütüphane ortamı var (*e-kütüphane*)*. Burada da sadece hukuki içerik değil, genelde tüm bilim dallarını içeren veritabanları var. Ama sadece hukuk fakültesi özelinde kullanılan veritabanları var, hem Fransızca, hem Almanca, hem İngilizce. Hukukta kaynaklar daha çok Türkiye'nin yasalarını alırken başvurduğu ülkelerden oluyor. Almanya, İsviçre, İtalya... Buradaki kaynakların elektronik ortamda olmaları biraz zor, uluslararası bilim dili İngilizce. Bu zorlukları gözeterek az önce saydığım veritabanları seçilerek alındı, o da ihtiyacımıza cevap veriyor.



"Özel çalışma odaları" ...

O.G.: Bu odalar nedir Fuat Bey?

F.T.: Bunlar İnternet erişimi için düşünüldü, ama bir süre daha gelmeyecek, çünkü aşağıdaki salonlarda bunu düşündük. Bu odalarda kablosuz İnternet de var, yurtdışından gelen araştırmacılar ya da diğer üniversitelerden gelen araştırmacılar bu odaları kullanıyorlar, kütüphanedeki kitapları odalarına alıp çalışabiliyorlar.

O.G.: Bu çalışma odalarından yararlanmanın prosedürü nedir, nasıl oluyor?

F.T.: Başvuruda bulunuyorlar, sıraya giriyorlar ve örneğin şu an hiç boş oda yok.

O.G.: Tahmini ne kadar süre önceden başvurursak boş bulma imkanı bulabiliriz?

F.T.: Genelde hiç boş kalmıyor, o an nasıl denk gelirse...

* http://www.ankara.edu.tr/kutuphane/e_kutuphane.html

2. kat**“Araştırma salonu”...**

F.T.: Bu katta araştırma salonumuz var. Koleksiyon niteliği, akademik ve bilimsel hukuk kitapları, yani ihtisas kitapları. Bu kitapların ağırlıklı dili Türkçe dışında ve güncel olmasına dikkat ediyoruz. Çünkü az sonra göreceksiniz, bir de depomuz var. Son on yılda ya da on beş yıldaki kitapları burada (*araştırma salonunda*) tutmaya gayret ediyoruz. Zaten buraya taşınalı bir yılı yeni geçti, önümüzdeki iki yıl içerisinde tam oturacak.

O.G.: Tam olarak ne zaman bitti yenilenme süreci?

F.T.: Önceki sene 5 Kasım'da açılış yapıldı, geçen yılın mart ayında taşınmaya başladık.

Buradaki yerleştirme planımızı görüyorsunuz. Eski zabıtlar, orijinal, Osmanlıca... Bunların Türkçe basımları da var. Yeri gelmişken şunu söyleyeyim, Meclis-i Mebusan, Meclis-i Ayan, hepsinin zabıtları bizde var ve tutanak dergileri de bizde var, tam koleksiyon. Milli Kütüphane'de ve Millet Meclisi'nde olabilir, bir de bizde var.

O.G.: Kategorileştirme nasıl yapıldı?

F.T.: En başa başvuru referans kaynaklarını koyduk, ondan sonra da armağanları. Daha sonra hukuka giriş, temel kavramlar, hukukta kaynaklar, metod kitapları. Daha sonra hukuk felsefesi, ondan sonra Osmanlı ve Roma hukuku, daha sonra uluslararası devletler hukuku, kamu, Avrupa Birliği. Daha sonra maliye, vergi, tüketicinin korunması, rekabet, iş hukukuna ilişkin kitaplar, çevre hukuku. Ve arka tarafta da ceza hukuku kitapları var.

O.G.: Okuyucunun, hangi kitabı nerede bulabileceği konusunda bir kolaylık düşünülüyor mu?

F.T.: Kendi içinde bunu daha tam olgunlaştırmadık. Buraya konulacak bütün kitapların işlevi tamamlandıktan sonra, siparişimiz var, her rafa bir etiket gelecek. O kitapların hangi disiplini içerdiklerini o etiketten insanlar görebilecekler.

O.G.: Mevcut kaç kitap var?

F.T.: Kesin bir sayı veremem ama şu an burada 12-15 bin cilt, uzun vadede 30 bin; dergi salonunda 25 bin, uzun vadede 40 bin; okuma salonunda yine 12-13 bin şu an, uzun vadede 30 bin. Dediğim gibi, 10-15 yıllık planlama yaptık.





Serkan AĞAR (TBB Yayın Kurulu Üyesi): Bu söyledikleriniz, salonlardaki kitapların sayısı mı yoksa bir de arşiviniz var mı ayrıca ?

F.T.: Var. Şimdi kat kat iniyoruz, aşağıda onu da göreceğiz.

O.G.: Bu kadar kitabın güvenliğini sağlama konusunda neler düşünüldü?

F.T.: Buradaki kitaplar manyetik güvenlik altındadır, izinsiz çıkarılamaz. Eğer izinsiz çıkarmak isterseniz kapıda alarm öter, o yüzden böyle açıkta duruyor.

O.G.: Çok güzel...

F.T.: Staunders Kommentarları (*şerh*) vardır biliyorsunuz, bunlar çok önemlidir. Bunun yayımının 100. yılı dolayısıyla Berlin'den getirdik. Münih (*Münchener*) Kommentarı da yine bizde var, iftiharla ve gururla söyleyeyim. Bir arkada da yine medeni hukuk hocalarının sıklıkla başvurduğu Berner Kommentar, Zürcher Kommentar var. Ve diğer kommentarlar...

135 paha biçilmez eserin yer aldığı "Müze"...

F.T.: Dün müzemizin açılışı yapıldı (*14 Nisan 2008*). Buradaki bütün kitaplar tarandı, bilgisayarda düzenlemesi yapıldıktan sonra, Fakülte'nin web sayfasında belge sunucusuna yerleştirildi ve yine kitap haline dönüştürüldü (*sanal kütüphane müzesi*).* Biz dokundurtmuyoruz (*orjinallerine*) tabi ama oradan sayfa sayfa inceleyebilirsiniz. Çok eski kataloglarımız var, nostalji... Bu kitapların basım tarihi çok eski.

O.G.: En eski kitap hangisi mesela, kaç yılına ait?

F.T.: 1600'lere gidiyor. Türkler hakkında yazılmış olan tarihteki ilk İngilizce kitap var, maddi değeri de çok yüksek bunun. Yani buradaki kitapların 300-400 yıllık olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz.

* * <http://auhf.ankara.edu.tr/muze>



Hukuk Fakültesi Kütüphanesi'nin oluşturulması, kurulmasına ilişkin Yaşar Hoca'dan (Prof. Dr. Yaşar Karayalçın) aldığım bazı bilgiler var. Biliyorsunuz Hirsch (Prof. Dr. Ernest Hirsch) ünlü bir hukukçu, kütüphanenin ilk komisyon başkanı odur. Kütüphanenin kuruluşunda İsviçreli ve Alman hukuk adamlarının koleksiyonları ilk sırayı oluşturmuş. O yukarıdaki süreli yayınların bir kısmı öyledir. Ondan sonra da aboneliği devam ettirilerek günümüze kadar getirilmiştir. Birazdan depoyu da gezdireceğim, asıl hazine odası orası.

“Sayısal kitaplık”...

F.T.: Oluşturmayı düşündüğümüz bir sayısal kitaplığımız var. Zaten gelecekte kütüphanelerin tanımı, duvarsız bilgi merkezleri deniliyor, yani kütüphaneye gelmeden bilgilere ulaşmak. Buradaki bilginin sayısallaşması sonucunda oluşacak manyetik ortamları burada saklamayı düşünüyoruz. Bize öğrenciyken verdikleri örnek şuydu: Ben Hacettepe mezunuyum, o zaman tabii İnternet yok, bu küçük bilgisayarlar yok, ‘computer’lar (*büyük*) var. “15 ciltlik, 20 ciltlik bir ansiklopedi'nin bir manyetik ortama, yani bir cd-roma sığdığını düşünebilir misiniz?” derlerdi, düşünemedik ama şimdi çok daha ufak aygıtlara sığdırabiliyoruz.

O.G.: Kütüphanecilik Bölümü'nden mi mezunsunuz Fuat Bey?

F.T.: Ben 1990 yılında şimdiki adıyla Hacettepe Bilgi Belge Yönetimi'nden mezun oldum, eski adı Kütüphanecilik Bölümü idi.

O.G.: Yeri gelmişken, AÜHF Kütüphanesi Müdürü olma yolculuğunuzdan kısaca bahseder misiniz?



F.T.: YÖK Dokümantasyon Merkezi, Genelkurmay Merkez Kütüphanesi, Kültür Bakanlığı derken, Yaşar Hoca'yla yollarım keşişti. 92 yılında Yaşar Beyin yanında başladım. Yaşar Hoca'dan çok şey öğrendim ben. Beraber bibliyografya yaptık, Milli Kütüphane'nin depolarına gidip toprak yutarak... Ondan sonra buralara geldik. Çok şey öğrenmişimdir kendisinden.

1. kat

“Okuma salonu”...

O.G.: Burada hukuk kitabı olmayan kitaplar da var...

F.T.: Evet, burada ciddi bir edebiyat koleksiyonu da var. Daha öncesinde kültür kitaplığı idi. Onu da yine Yaşar Hoca kurmuş ve bunlar atıl kalmış. Biz daha sonra tozun toprağın içinden bunları çıkarıp, eski kütüphanede bir kültür kitaplığı oluşturduk; edebiyat kitapları, günlük gazeteler... Öğrenciler bayağı bir talep gösterdi. Yeni dönemde de bu şekilde dizayn edildi; bir tarafta ders kitapları, diğer tarafta hukuk dışı edebiyat kitapları... Ve bu koleksiyonun geliştirilmesinde, öğrencilerin istekleri de gözetildi; keza öğrenci “şu şu kitaplar burada bulunsun” diyor, biz onları alıyoruz. Çok güzel kitaplar vardır, eski bası kitaplar da birçok yerde yoktur, burada vardır, zamanında oluşturulmuş, alınmış buraya.

Zemin kat

“Kitap Deposu”...

F.T.: Burası bizim kütüphanenin en kıymetli yeri ve burada bir kütüphane kokusu alabilirsiniz. Burada kitaplar, demirbaş numarasına göre raflara yerleştirildi. Yani 1'den başladı, 2-3-4 diye devam etti. Yaklaşık 80 bin cilt civarında kitabımız var burada. Yani şunu söyleyebilirim size, kütüphanenin kuruluşundan bu yana geldiği demirbaş numarası 123 bin.

O.G.: Ya tezler?...

F.T.: 1106 civarında tez var burada, basılmamış tez...Yüksek lisans, doktora, doçentlik tezleri.

Kütüphanenin kapalı olduğu süre zarfında (*yenilenme süreci sırasında*) çok ciddi talep geldi, süreli yayınlar için olsun, diğer monografılar için olsun... “Ben bunları arıyorum, hiçbir yerde bulamıyorum, bir tek sizde var” diyenler oldu, yani bunu ben yaşadım, gerçekten de öyle. Gerçekten gurur verici. Zamanında çok ciddi emekler verilmiş buraya, değerli yayınlar sağlanmış ve bu hale gelmiş.

Şunu rahatlıkla söyleyebilirim ki, bizim yaptığımız iş iğneyle kuyu kazmak. Yani okuyucu gelir, bir kitap arar, der ki, “bu kitabı bulun bana .” Tamam bulunur, problem değil ama o kitap okuyucuya gelene kadar hangi aşamalardan geçmiş, onu bilmezler. Yani bunu anlatmak, aslında ayrı bir söyleşi konusu olur.

O.G.: Çok önemli bir konu. Bu eser zenginliğine ulaşılan dek geçen yolculuk...

F.T.: Ciddi katkılar var, bizim hocalarımızdan olsun başkalarından olsun... Kütüphaneye gelen bağışlar da var, onlar da koleksiyonun en önemli parçasını oluşturuyor.

Yani bizden yurtiçinde kitap talep ediliyor, o anlamda kitap isteklerini karşılıyoruz. Ama yurtdışından kitap getirme hizmetimiz de var. ILL dediğimiz kütüphaneler arası kitap dolaşımı. Fakülte kütüphanesinde ama üniversite ölçeğinde bir sistem bu. Gerçekten hacim olarak fakülte kütüphanesi deyip geçmemek lazım, birçok üniversitenin bu kadar koleksiyonu yoktur.

Yurtdışından kitap getiriyoruz, fotokopi getiriyoruz; yurtiçine veren, yurtdışından alan durumundayız. Uluslararası bir kütüphanecilik derneği olan IFLA'nın bu kitap dolaşımında kullandığı, “voucher” dediğimiz plastik kartlar var,. Bu kitap temininde belli bir şey ödenmesi gerekiyor, bu “voucher”ları kullanıyoruz, yani bir satın alma aracı gibi bir şeydir o. O sisteme üye değilseniz bu kitabı getiremiyorsunuz. Yani bizim şimdi kütüphanemiz, 300 üyeli bir kooperatifin üyesidir. Kitap talebinde bulunuyorsunuz X kütüphaneden, örneğin İsviçre'den; o kitap kendisinde yoksa, kitabı sizin adınıza buluyor, üzerine alıyor, size gönderiyor.

Ankara'daki üniversite kütüphaneleriyle de bir protokolümüz var; Gazi, Bilkent, ODTÜ. Bu protokole göre, bizim akademik personelimiz, protokol dahilindeki üniversitelerin akademik personeliymiş gibi, o kütüphaneden yararlanabiliyor; onlar da bizden yararlanabiliyor. Bizden eski kaynakları temin ediyorlar, biz oradan yeni kaynakları temin ediyoruz.

Giriş

“Manyetik kapı”...

O.G.: Manyetik kapının işlevini az önce anlatmıştınız... Peki kitap almak isteyen okuyucuya, üzerinde manyetik güvenlik olan kitap nasıl verilebiliyor?

F.T.: Okuyucu geldi, salonlarda araştırmasını yaptı, bazı kitapları üstüne almak



istedi, buraya (*çıkış kapısına*) geldi. Tabi üstüne alması için öncelikle burada kaydının olması gerekir. Bütün okuyucu üniversiteli on-line web tabanında. Burada kitabın manyetiği boşaltılıyor, kütüphane otomasyon programına girilerek, web'de adı bulunan okuyucunun üzerine, kitabın verildiği tarih ve dönüş tarihi yazılıyor.

S.A.- Böylece biz de aradığımız kitap kütüphanede mevcut mu değil mi görebiliyoruz o halde.

F.T.: Tabi. Yani bir kitabı ben almak istedim, katalogdan taradım, ama baktım ki o X okuyucunun üzerinde, dönüş tarihi belli. Ben onun üzerine rezerv koyabiliyorum, dönüşte talep yoksa o kitabı ben kendi üstüme ayırmış oluyorum. Eğer okuyucu kütüphanenin kitabını kaybederse, zamanında getirmemezse, birtakım yaptırımlar uygulamak zorundayız ki koleksiyonun devamlılığını sağlayabilelim.

O.G.: Ne gibi yaptırımlar?

F.T.: Para cezası... Ve o da kütüphaneye yeni kitap teminine katkı payı şeklinde değerlendirilir.



O.G.: Son olarak kütüphanenizden ödünç kitap almanın prosedürünü öğrenebilir miyiz okuyucularımız için?

F.T.: İki seçenek var. Birincisi, kütüphaneler bizden kitap ister, kendi kullanıcısı adına ve biz kitabı o kütüphaneye ödünç veririz. Örneğin İstanbul'daki ya da İzmir'deki bir kütüphanenin böyle bir talepte bulun-

ması mümkün. İstanbul'da kütüphaneler bizden çok kitap istiyor. İkinci seçenek de, okuyucu Ankara'daysa buraya geliyor, direkt kitabı buluyor, kitaptan fotokopi alabilir, gün içerisinde yararlanabilir, ama üzerine ödünç alamaz. Okuyucuların kütüphaneden ödünç kitap almaları için temel koşul, kütüphaneye üye olmaları.

O.G.: Nasıl üye olunur?

F.T.: Üye olmanın da belli kriterleri var; Hukuk Fakültesi'nin personeli olmak, akademik idari, öğrencisi olmak ya da üniversitenin yüksek lisans, doktora öğrencisi olmak yeterli oluyor.

O.G.: Üyelik koşullarını gerçekleştiremeyenler için ne gibi olanaklar sağlıyorsunuz?

F.T.: Aslında o konuda yazılı olmayan bir kural var; kütüphane herkese açıktır, bilgi herkese gereklidir, elimizden gelen katkıyı, yardımı sağlamaya çalışıyoruz. Yani bilginin paylaşılcıça artması ve değerlendirilmesi bizim için bir çıkış noktası.

O.G. Bu sözle bitirelim o zaman... Kütüphanenizde nice bilgilerin paylaşılıp artması dileğiyle...

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T.28.03.2007

E. 2007/11-84

K. 2007/166

* **Markanın hükümsüzlüğü**

* **Tescil nedeniyle oluşan üstün hak**

(556 s. KHK m. 8, 42; 4721 s. MK m. 2)

Taraflar arasındaki “markanın hükümsüzlüğü” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi’nce davanın reddine dair verilen 18.3.2004 gün ve 2002/219-2004/129 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 5.5.2005 gün ve 6610-4677 sayılı ilamı ile, (...Davacı vekili, müvekkilinden yıllar sonra kurulan davalı şirket ticaret unvanından “Arteks” vurgu sözcüğünün kullanılarak ticaret unvanına tecavüz edildiği gibi 556 sayılı KHK’nın 8/3. maddesine aykırı biçimde marka olarak da tescil ettirildiğini ileri sürerek, davalı markalarının iptali ile sicil kaydının terkinini ve “Ar-Teks” ibaresinin davalının ticaret unvanından çıkartılmasını talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, bir yıllık dava açma süresinin geçirildiğini, unvanlar arasında ayırt edici ekler bulunduğunu, davacının küçük kapasiteli bir şirket olduğunu; oysa müvekkilinin 1970 yılından beri tanınmış bir şirket olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan kanıtlara ve kısmen benimsenen bilirkişi raporuna dayanılarak, ticaret unvan tescili daha önceye dayalı olan davacının 9 yıl boyunca bu duruma ses çıkarmadığı, her iki tarafın “Arteks” ibareli ticaret unvanlarını kullanma ve marka olarak tescile hak kazandıklarını, davalının bu hakkı kullanarak marka tescili yaptırması üzerine davacının artık öncelik hakkını yitirdiği ticaret unvanına

dayanılarak marka iptali istenemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

1. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve davacının daha önceye dayalı ticaret unvanı tescilinden doğan üstün hakkı bulunsa da tarafların İstanbul'un aynı yakasında uzun yıllardan beri ayrı konuda faaliyet göstermesi ve iplik üreticiliğinin özel dinamizmiyle davalıdan haberdar olmamasının mümkün görülmemesi karşısında davalının ticaret unvanının tescilinden 9 yıl sonra "Arteks" ibaresinin silinmesinin M.K'nın 2.maddesine aykırı bulunmasına nazaran davacının aşağıdaki bent dışında kalan ve yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2. Ancak, davalının tescil ettirdiği markanın bir sınai mülkiyet hakkı türü olan davacının üstün ve önceye dayalı hak sahibi bulunduğu ticaret unvanına vurgu sözcüğü olan "Arteks" ibaresi taşımasının 556 sayılı KHK'nin 8/5. maddesi hükmünce tescil ve ilan aşamasında bir nispi ret nedeni oluşturduğu, bu aşamalardan sonra ise hak sahibinin dava yoluna başvurması halinde aynı KHK'nin 42/1-6. maddesi uyarınca tescilli markasının hükümsüz kılınmasını gerektiren bir hal olduğu gözetilmeden davalı markasının sicil kaydının terkinini ve iptali isteminin reddi doğru görülmemiş, kararın bu yön bakımından davacı yararına bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nın 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 28.3.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 28.03.2007

E. 2007/11-154

K. 2007/168

* Endüstriyel tasarımın korunması, hükümsüzlüğü
* Tasarımın ayırt edicilik ve yenilik vasfı taşıması
(554 s. KHK m. 5, 7)

Taraflar arasındaki "endüstriyel tasarımın korunması hükümsüzlüğü" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nce asıl davanın reddine, birleşen davanın kabulüne dair verilen 18.12.2003 gün ve 2002/786 E. 2002/685 sayılı kararın incelenmesi davacı karşı davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 08.03.2005 gün ve 2004/4524 E. 2005/2216 K. sayılı ilamı ile (...Davacı vekili, müvekkilinin tekstil makinaları için temizleyici keçelerin üretimini 1992 yılından itibaren gerçekleştirdiğini, temizleyici keçelerden dört adet ürünün 25.06.1999 tarihinden itibaren 5 yıl süre ile 554 sayılı KHK gereğince tescile bağlandığını, 6 adet ürün içinde endüstriyel tasarım tescil talebinde bulunduğu, müvekkili adına tescilli dört ayrı tasarım konusu ürünün davalı tarafından taklit edildiğini ileri sürerek, davalının haksız rekabetten men'ine, (10.000.000.000) TL maddi ve (5.000.000.000) TL manevi tazminatın faiziyle birlikte davalıdan tahsiline, kararın ilanına karar verilmesini talep ve dava etmiş, birleşen davaya cevabında ise, davacıların aktif husumet ehliyetine haiz olmadıklarını, tasarıma itiraz süresinin de geçirildiğini, esastan da davanın reddinin gerektiğini bildirmiştir.

Davalılar E. A. ve N. A. vekili, davacının tescilini sağladığı, tasarımın ayırt edici ve yenilik vasfı taşıyan bir tasarım olmadığını belirterek davanın reddini istemiş, karşı davasında ise, davacının ihtiyati tedbir kararına istinaden toplattırdığı ürünler nedeniyle müvekkilleri-

nin maddi ve manevi zarara uğradıklarını ileri sürerek, (4.000.000.000) TL maddi ve (2.000.000.000) TL manevi tazminatın hükmedilmesini talep ve dava etmiş, birleşen davasında ise, davalı (asıl davada davacı) adına olan tasarımın hükümsüzlüğüne karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, dosyadaki kanıtlar ve bilirkişi raporuna nazaran, davacı (birleşen-davada davalı)'nın 6608 sayılı tescilli endüstriyel tasarımlarının yeni ve ayırt edici özelliklerinin bulunmadığı gerekçesiyle, asıl davanın reddine, birleşen davanın kabulü ile davacı adına tescilli 6608 sayılı 25.06.1999 tarihli endüstriyel tasarım tescilinin hükümsüzlüğüne ve sicilden terkinine karar verilmiştir.

Karar, davacı (birleşen davada davalı) vekilince temyiz edilmiştir.

Davacı (Karşı Davalı-Birleşen Davada Davalı) vekili, müvekkili adına tescile bağlanmış "Tekstil makinaları için temizleyici keçeler" emtiasının aynıın davalı tarafından taklit edildiğini ileri sürerek, davalının haksız rekabetinin menii ile maddi-manevi tazminat isteminde bulunmuştur. Birleşen davada ise, asıl davanın davalısı, davacı (Birleşen Davada Davalı) adına tescile bağlanan çoklu tasarımın yenilik ve ayırt edicilik vasfını taşımadığını belirterek, davacı adına olan tasarımın hükümsüzlüğüne karar verilmesini istemiştir.

Bir endüstriyel tasarımın tescil edilebilmesi için, 554 sayılı kanun hükmünde kararnamenin 5 ve 7. maddelerinde öngörülen anlamda, o tasarımın yeni (özgün) ve dünyanın herhangi bir yerinde daha önce kamuya sunulmamış olması gerekir. Davaya konu tasarımların özgün olup olmadığı konusunda yaptırılan bilirkişi raporuna karşı davacı vekilince ciddi itirazlarda bulunulmuştur. 554 sayılı kanun hükmünde kararnamenin 7/son maddesinde "ayırt edicilik niteliğinin değerlendirilmesinde, birbiri ile kıyaslanan tasarımların ilk olarak farklılıklarından çok ortak özelliklerinin değerlendirilmesine ağırlık verilir ve tasarımcının tasarımı geliştirme açısından ne kadar seçenek özgürlüğüne sahip olduğu göz önüne alınır" hükmü yer almaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, Çorlu Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2000/111, 112,113 D. İş dosyalarında alınan Bilirkişi tespitlerinden yola çıkılarak inceleme yapıldığı anlaşılmakta olup, davacının tasarımlarının yenilik vasfı taşıdığı yönündeki itirazlarının duraksamaya yol açmayacak biçimde bu raporlarda karşılandığından söz edilemez. Mahkemece, aralarında tekstil, makine mühendisi ve bir hukukçu bulunan üç kişiden

oluşan uzman heyetten yukarıda açıklanan ilkeler ışığında denetime elverişli rapor alınması gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, kararın davacı (B.davada davalı) yararına bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 7.3.2007 gün ve 2007/11-94 E. 113 K. sayılı kararında aynı görüşün benimsenmiş olmasına göre Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı-Karşı Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.'nın 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 28.3.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 14.11.2007

E. 2007/11-851

K. 2007/855

* **Tasarım tescilin hükümsüzlüğü**

* **Tasarımın yenilik ve ayırt edicilik vasfı taşıması**

* **Korumanın kapsamı**

(554 s. KHK m. 5, 6, 7, 11)

Taraflar arasındaki "Tasarım Tescillerinin Hükümsüzlüğü" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul İ. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nce asıl davanın kısmen kabul, birleşen davanın reddine dair verilen 04.03.2004 gün ve 2003/281 E., 2004/92 K. sayılı

kararın incelenmesi davalı-karşı davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 12.04.2005 gün ve 2004/5638 E., 2005/3581 K. sayılı ilamı ile; (...Davacı vekili, müvekkilinin terlik imalatı, ihracatı, ticareti ile iştigal etmekte olup, terlik piyasasında haklı üne sahip olduğunu, imal ettiği ürünlerde kullanılmak üzere 31.10.2001 tarihli Endüstriyel Tasarım Tescil Belgesi aldığını, Fatex markasının da 05.04.1999 tarihinde davacı adına tescil edildiğini, davalı tarafın "kendi ürünlerini taklit ettiği" iddiası ile müvekkili hakkında iki kez şikayette bulunması üzerine müvekkili ürünlerinin toplatıldığını ve açılan ceza davalarının derdest olduğunu, oysa ki davalı adına tescilli tasarımın yenilik vasfı bulunmadığını ileri sürerek, davalı adına tescilli 1722 ve 4852 nolu Endüstriyel Tasarım tescillerinin hükümsüzlüğü ile terkinine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı-karşı davacı vekili, davacı ürünlerinin bire bir müvekkili adına tescilli tasarımların taklidi olduğunu, müvekkilince yapılan şikayet üzerine davacı ürünlerinin 17.10.2001 tarihinde toplatılmasından sonra davacının 30.10.2001 tarihinde tescil başvurusunda bulunmasının cezadan kurtulmaya yönelik olduğunu belirterek, müvekkili hakkında açılan asıl davanın reddine, karşı dava olarak da 2001/02238 nolu tasarımın hükümsüzlüğü ile terkinine, hükmün ilanına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, davalının (karşı davacının) 1722 sayılı endüstriyel tasarımında yer alan 1, 2, 3 ve 4 nolu tasarımların özgün olmayıp, yenilik ve ayırt edici nitelikleri bulunmadığı ve bunların hükümsüzlüğünün istenebileceği, davacının (karşı davalının) 2238 nolu endüstriyel tasarımın tesciline konu ürünlerin, davalının (karşı davacının) ürünlerine ve tasarım hakkına tecavüz teşkil ettiğinin ileri sürülmeyeceği, aralarında farklılıklar bulunduğu gerekçesiyle, asıl davada 001722 nolu endüstriyel tasarımın konusu olan tasarımlardan 31 nolu tasarım ve 004852 nolu tasarımın konusu ürünlerden 1, 2, 3 ve 4 nolu tasarımların hükümsüzlüğüne ve terkinine, diğer talepler ile karşı davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davalı (karşı davacı) vekilince temyiz edilmiştir.

1. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı (karşı davacı) vekilinin aşağıdaki bent dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2. Davacı vekili, davalı taraf adına tescilli endüstriyel tasarımların yemlik ve ayırt edicilik vasfı bulunmadığını iddia ederek, hükümsüzlüğünün tespitine karar verilmesini istemiştir. Davalı vekili de, süresinde açtığı karşı davada, davacı (karşı davalı) adına tescilli 2238 numaralı endüstriyel tasarımın karşı davacı adına tescilli 1722 numaralı çoklu tasarımın 31 numaralı tasarımına benzer olduğu ileri sürerek, karşı davalı adına tescilli 2238 numaralı tasarımın hükümsüz olduğunun tespitine karar verilmesini istemiştir. Her ne kadar karşı davacı, karşı davalı adına tescilli tasarımın “yenilik ve ayırt edicilik vasfı” olmadığını açıkça ifade etmemiş ise de, “kendi tasarımına benzerlik” iddiasının, “yenilik ve ayırt edicilik vasfı bulunmadığı” iddiasını da içerdiğinin kabulü gerekir.

Bir endüstriyel tasarımın tescil edilebilmesi için, 554 sayılı kanun hükmünde kararnamenin 5, 6 ve 7. madde hükümleri uyarınca, o tasarımın yeni ve dünyanın herhangi bir yerinde daha önce kamuya sunulmamış olması gerekir. Aynı kararnamenin “Korumanın Kapsamının Belirlenmesi” başlığını taşıyan 11. maddesinde de bir tasarımın koruma kapsamı belirlenirken, 7. maddeye uygun olarak o tasarımın bilgilendirilmiş kullanıcı üzerine yarattığı genel izlenimle bariz bir benzerlik gösteren bütün tasarımların dikkate alınacağı gibi, kıyaslanan tasarımların farklılıklarından çok, ortak özelliklerine ağırlık verilir. Mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılmış ise de, yapılan inceleme davalının (karşı davacının) savunmalarını karşılar nitelikte olmayıp, hüküm vermeye yeterli değildir. 15.10.2003 tarihli bilirkişi kurulu raporunda, davalı tasarımının yenilik ve ayırt edicilik unsurunu taşıyıp taşımadığı yönünde inceleme yapılmış ise de, davacı(karşı davalı) adına tescilli 2238 numaralı tasarımın 554 sayılı kanun hükmünde kararnamenin 5, 6, 7 ve 11. maddelerine göre incelenmediği anlaşılmaktadır. Ayrıca, bu dava ile eş zamanlı olarak devam eden ceza davasında alınan 08.10.2002 ve 01.09.2003 tarihli bilirkişi raporlarında, mahkemece terkinine karar verilen davalı (karşı davacı) adına tescilli 1722 numaralı çoklu tasarımın 31 numaralı tasarımına konu ürün ile davacı (karşı davalı) adına tescilli 2238 numaralı endüstriyel tasarımına konu ürünün benzer olduğu belirtilmiş olmasına göre, raporlar arasında çelişki de bulunmaktadır.

O halde mahkemece, içerisinde hukukçu ve tasarım uzmanının bulunduğu yeni bir bilirkişi kurulu vasıtasıyla, davacı (karşı davalı) adına tescilli tasarımın, davalı (karşı davacı) adına tescilli tasarıma

benzer olup olmadığı, başka bir ifade ile davacı (karşı davalı) tasarımının yenilik ve ayırt edicilik vasfının bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı olarak yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Davacı-karşı davalı vekili, davalı adına tescilli tasarımların yenilik vasfı bulunmadığını, davalının tasarım tescilinden önce yurtdışında ve yurt içinde kamuya sunulmuş olduğunu ileri sürerek, davalı adına tescilli 1722 ve 4852 nolu Endüstriyel Tasarım tescillerinin hükümsüzlüğü ile terkinine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı-karşı davacı vekili, davacı ürünlerinin bire bir davalı-karşı davacı adına tescilli tasarımların taklidi olduğunu ileri sürerek asıl davanın reddine, karşı dava olarak da davacı-karşı davalı adına tescilli 2238 nolu tasarımın hükümsüzlüğü ile terkinine, hükmün ilanına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Yerel Mahkeme, bilirkişi raporunda ulaşılan sonucu yerinde bularak asıl davanın kısmen kabulü ile davalının 001722 nolu endüstriyel tasarımın konusu olan tasarımlardan "31" nolu tasarımın ve 004852 nolu endüstriyel tasarımın konusu ürünlerden "1, 2, 3 ve 4" nolu ürün tasarımlarının yenilik ve ayırt edicilik özelliklerinin bulunmadığı anlaşılmakla bu tasarımların hükümsüzlüğüne ve terkinine, diğer davalı tasarımları ile ilgili taleplerin reddine, karşı dava yönünden davanın reddine karar vermiştir. Özel Daire, yukarıda açıklanan nedenlerle kararı bozmuştur. Yerel mahkeme, önceki kararında direndiğini açıklamakla birlikte, direnme kararının gerekçe kısmında ilk karardan farklı olarak tasarımın yeni ve ayırt edici olup olmadığını incelemiş sonucuna göre hüküm kurmuştur.

Bu durumda yeni bir hüküm söz konusu olup, mahkemece yapılan değerlendirme Özel Dairece incelenmemiştir.

Hal böyle olunca kurulan bu yeni hükmün incelenmesi için Özel Daire'ye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ: Davalı-karşı davacı vekilinin kurulan yeni hükme ilişkin temyiz nedenlerinin incelenmesi için dosyanın Yargıtay 11. HUKUK DAİRESİ'NE gönderilmesine 14.11.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 12.12.2007

E. 2007/4-964

K. 2007/965

*** Siyasi parti üyeliğinden ihraç**

*** İhraca itiraz**

(AY m.68, 2820 s. Siyasi Partiler Yasası m. 5, 6, 57)

Taraflar arasındaki “siyasi parti üyeliğinden ihraç kararının iptali” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara Asliye 24. Hukuk Mahkemesi’nce davanın kabulüne dair 21.6.2005 gün ve 2005/185-196 sayılı karara yönelik temyiz isteminin reddine dair 3.10.2005 gün ve 2005/185-196 sayılı ek kararın temyizden incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 6.2.2007 gün ve 2005/15487-2007/1119 sayılı ilamı ile (“...Dava, siyasi parti üyeliğinden kesin çıkarma kararının iptaline ilişkindir. Mahkemece istemin kabulüyle kesin çıkarma kararının iptaline karar verilmiştir. Davalının temyiz istemi mahkemece, kararın kesin olduğu gerekçesiyle 03/10/2005 tarihli ek kararla reddedilmiştir. Mahkemece, karar yasaların kendisine verdiği görev sınırları dışına çıkılarak verilmiş olup bu durum kamu düzeni ile ilgili bulunduğundan, kararın temyiz edilebileceği anlaşıldı:

Bu nedenle yerel mahkemenin 03/10/2005 tarihli kararının kaldırılmasına karar verilerek temyiz incelemesine geçildi. Tetkik Hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

Davacı M. S., davalı CHP Genel Başkanlığı aleyhine verdiği 06/05/2005 günlü dilekçe ile, CHP Merkez Yürütme Kurulu’nun kesin ihraç talebiyle Yüksek Disiplin Kurulu’na sevk edildiğini, kesin ihraç için gösterilen sebep ve olayların 29-30 Ocak 2005 tarihindeki

parti kurultayı organizasyonundan kaynaklandığını, kurultayda çıkan olaylardan dolayı kendisinin değil davalı siyasi parti yönetiminin sorumlu olduğunu, Yüksek Disiplin Kurulu'nun soruşturma usullerine uymadığını, savunma hakkının kısıtlandığını, savunma delillerinin toplanmadığını, üyelikten kesin çıkarma kararının objektiflikten uzak olduğunu, davalı siyasi partinin eylem ve işlemlerinde Anayasa'nın 68, Siyasi Partiler Yasası'nın 90 ve 93. maddelerinde öngörülen demokrasi ve eşitlik kurallarına uymadığını, parti yönetimiyle aynı düşünceleri paylaşmayanların disipline sevk edilerek yada yetkili organlar kararıyla partiden ihraç edildiklerini savunarak, Yüksek Disiplin Kurulu'nun hakkındaki üyelikten kesin çıkarma kararının iptalini dava etmiştir.

Davalı parti vekili ise, iddiaların yersiz olduğunu, Yüksek Disiplin Kurulu'nun yaptığı soruşturma ve verdiği kararda kanuna, parti tüzüğüne ve iç yönetmeliğe bir aykırılık bulunmadığını, mahkemenin esastan inceleme yetkisi olmadığını sadece, şekil ve usul bakımından inceleme yapma yetkisi bulunduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur. Dava, siyasi parti üyeliğinden "kesin çıkarma" kararının iptaline ilişkindir. Davalı Parti Merkez Yürütme Kurulu'nun 05/02/2003 tarihli kararıyla davacının; CHP'nin 29-30 Ocak 2005 tarihlerinde yapılan 13. Olağanüstü Kurultayı'nda taraftarlarıyla birlikte kapıları ve camları kırmak, Genel Başkanın konuşmasını engellemeye çalışmak, kavgaya çıkarmak, etkili eylemde bulunmak, sandalye ve masaları kırmak suretiyle kurultay düzenini bozmak, partide aldığı görev ve sorumlulukla bağdaşmayan tutum ve davranışlarda bulunmak suretiyle CHP Tüzüğü'nün 4, 5 ve 6. maddelerine aykırı davranmak suretiyle parti suçu işlediği belirtilerek "KESİN İHRAÇ" istemiyle Yüksek Disiplin Kurulu'na şevkine karar verilmiştir. Disipline sevk kararının davacıya tebliği üzerine, davacı MYK tarafından bir ön inceleme yaptırılmadan, doğrudan YDK'ya sevk edilmesinin SPY'nin 93. maddesine aykırılık oluşturduğunu, kurultayda parti Genel Başkanlığına aday olduğu için disipline sevk edildiğini, savunma sırasında avukatının kabul edilmediğini, kendisine nazik davranılmadığını, tanıklar dinlenirken hazır bulunmasının kabul edilmediğini, bir kısım tanıkların dinlenmesinden vazgeçmesi için kendisine baskı yapıldığını, parti içi çalışmalarda eşitlik ilkesine uyulmadığını, soruşturma sürerken Genel Başkan ve Genel Sekreter'in basın-yayın organlarına açıklamalar yaparak soruşturmayı etkilediklerini, kurultay sırasında Bakırköy Belediye Başkanı'nın kendisini tahrik ettiğini yumruk atma-

dığını, kurultay divanını işgal etmediğini, kendisine yönelik suçlamalara cevap verdiğini, kurultay divan kurulunun taraflı davrandığını, YDK'nın objektif olmadığını, kararda kendisine yönelik suçlamalarda bulunulduğunu, bir önceki YDK kararım beğenmeyen parti yönetiminin olağanüstü kurultay kararı aldığını, partinin iyi yönetilmediğini, aday belirlemelerinde yanlı davranıldığını, üyelere eşit davranılmadığımı ileri sürerek kesin ihraç kararının iptalini istemiştir. Mahkemece, kurultaydaki olaylar anlatıldıktan sonra kurultayın düzenlenmesi ve güvenlik önlemlerinin alınması gibi görevlerin parti MYK'ya ait olduğu, kurultay aşaması ve disiplin soruşturmasında demokratik kurallara uyulmadığı, her üyenin her kademedede aday olmasının partiden ihracını gerektirmediği, davalı siyasi partinin SPY'nin 5, 6, 90 ve 93. maddelerine uymadığı belirtilerek, davacının davasının kabulü ile üyelikten kesin çıkarma kararının iptaline karar verilmiştir.

Siyasi Partiler Yasası'nın 57. maddesine göre, hakkında partiden kesin çıkarma cezası verilen parti üyesinin bu cezaya karşı;

a. Disiplin kuruluna sevk eden organ yada mercii yada disiplin kurulunun; "görev ve yetkisizliğine" (görevli ve yetkili olmadığına),

b. Alınan kararların kanuna, parti tüzüğüne ve iç yönetmeliğe; "şekil ve usul" bakımından aykırı olduğu iddiasıyla, parti itiraz yollarını kullandıktan sonra nihai karar niteliğindeki son karara karşı (30 gün içinde) nihai kararı veren merciin bulunduğu yer Asliye Hukuk Mahkemesi'ne itiraz etme hakkı vardır.

Siyasi Partiler Yasası'ndaki düzenlemeye göre; parti Yüksek Disiplin Kurulu kararlarına karşı açılan davalarda mahkemenin inceleme yetkisi, disipline sevk eden organın yetkili olmadığı, soruşturmayı yapan kurulun görevli bulunmadığı, soruşturma aşamalarında yasa ve tüzükte gösterilen biçim ve usul kurallarına uyulmadığı iddialarıyla sınırlı tutulmuştur. Mahkemece, dava konusu kesin çıkarma kararının yasada açıklandığı gibi sadece biçim ve usul kuralları yönünden incelenmesi gerekirken, yasal yetki sınırları aşılarak karar verilmiş olması doğru değildir.

Mahkemece yapılacak iş, dava konusu edilen üyelikten "kesin çıkarmaya" ilişkin Yüksek Disiplin Kurulu kararının soruşturulması sırasında, yasa ve tüzükte gösterilen sadece "şekil" ve "usul" kurallarına aykırı davranılıp davranılmadığı inceleme ve sonucuna göre bir karar vermektir ibarettir.

Bu nedenle, usul ve yasaya aykırı olan kararın bozulması gerekmiştir...”) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu’nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu’nca da benimsenen Özel Daire Bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK’nın 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, ilk görüşmede çoğunluk sağlanamadığından, 12.12.2007 gününde ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu’nun, disiplin cezalarına itiraz başlığını taşıyan 57. maddesi düzenlemesinde “... bu karar kesindir...” amir hükmünü içermektedir.

Yani mahkemece verilen kararın kesin olduğu hiçbir tereddütte yer vermeyecek şekilde emredici hüküm olarak düzenlenmiştir.

Özel Daire, Yerel Mahkeme’nin işin esasına girerek hüküm kurduğundan bahisle, konunun amme intizamından olduğunu vurgulayarak bozma yapmıştır. Davayı usul ve şekil yönünden inceleyerek kabul veya ren yönünde bir karar ver diye nakzetmiştir.

Kanun koyucunun amacı bu olsaydı, maddeye bir ekleme daha yapar ve mahkeme işin esasına girerek hüküm verirse kanun yolu açıktır hükmünü getirirdi. Böyle bir düzenleme madde de olmadığı gibi, yerel mahkeme hakimi de işi usul ve şekil yönünden de incelemiştir.

O halde; mahkeme ister işin esasına girerek, isterse usul ve şekil yönünden inceleme yaparak karar versin, verdiği karar kesindir. Ortada amme intizamını ilgilendiren bir husus da yoktur. Bir siyasi partinin, herhangi bir üyesini, partiden ihraç etmesi hususu hiçbir zaman amme intizamından sayılamaz, sayılmamalıdır.

Mahkeme tamamen kanuna aykırı bir karar verse dahi, mademki düzenlemede verilen karar kesindir hükmü vardır, Yargıtay dahil hiçbir mercii bu kararı inceleyemez. Bozamaz. Bu halde inceleme yolu HUMK'nın 427. maddesinde gösterilmiştir. O yol da; kamu yararına temyiz yoludur. Yargıtay Özel Dairesi ancak bu halde dosyaya el koyabilir, inceleyebilir. Bozma veya onama kararı verebilir. Bu yol ile dosya kendisine gelmediği müddetçe inceleyemez.

Özel Daire'nin işi amme intizamından sayıp el atabilmesi ve inceleyebilmesi için, öncelikle temyizi kabil bir karar olması gerekir. Temyiz dilekçesinde" sair hususlar resen nazara alınmalı" denilmelidir. Aksi halde temyiz dilekçesindeki temyiz sebepleri dışına çıkılamaz. Bu durumun bir tek istisnası vardır. HUMK'nın 429. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen durumdur. Temyiz dilekçesinde "re'sen gözetilecek hususlar" denilmese dahi, temyizi kabil olan bir kararda, amme intizamına aykırı bir durum söz konusu ise, karar bu yönden de temyiz olmasa dahi incelenir. Gerekirse bozulur.

Tüm bu görüşümüzü Prof. Dr. Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* isimli eserinin 2001 tarihli altıncı baskısı, V. Cildinin 4522. sahifesinde; "2) Özel kanun hükümleri gereğince temyiz edilemeyen kararlar başlığı altında;

"Özel kanun hükümleri ile bazı nihai kararların kesin olduğu veya yalnız başına temyiz edilemeyeceği kabul edilmiş (öngörülmüş) olabilir." dedikten sonra, özel kanunlara bazı misaller vermiştir. Konumuzda da özel kanun söz konusudur.

4525. sahifesinde ise; Yukarda iki grupta incelenen "kesin kararlara karşı yöneltilen yargılamanın iadesi isteğinin kabul veya reddini öngören kararlar (m. 450)da kesin olmak lazımdır. Bu nitelikteki kararlar temyiz edilemez. Temyiz kabiliyeti bulunduğunu kabul etmek, kesinlik ilkesinin başka bir yol ile ortadan kaldırılması sonucunu meydana getirir." demektedir.

4526. sahifede ise; “Yukarıda incelenen kesin kararlar, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kanun yararına temyiz edilebilir...” açıklamasında bulunmuştur. Yapılan açıklamalar görüşümüzü aynen doğrulamaktadır.

Kesin bir karara, kanuni düzenlemeler dışında, hangi gerekçe ile olursa olsun el atılması mümkün değildir. El atıldığında nerede ve hangi hallerde durulması gerektiğim de belirlemek olanaksızdır. Giderek kesin karara el atıp incelemek genişleyecek, her kesin karara el atmak ve incelemek kaide haline gelecektir. Bu hususu düşünmek ve kabul etmek mümkün değildir. Kanuni düzenlemenin dışına çıkılmayacağından çoğunluğun görüşüne katılamıyorum.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 09.05.2007

E. 2007/10-240

K. 2007/267

* Bağkur sigortalılığının tespiti

(1479 s. Bağ-kur Kanunu'nun 2654 s.

Kanun'la değişik m. 24, ek geçici

m. 13 vd; 1479 s. Bağ-kur

Kanunu'nun 3165 s. Kanun'la

değişik m. 24; 4721 s. MK m. 2,3)

Taraflar arasındaki “tespit” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Mersin İş Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 18.10.2005 gün ve 497-962 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 06.06.2006 gün ve 1157-8157 sayılı ilamı ile, (...Dava hukuki nitelikçe, 21.02.1983-17.07.1996 döneminde 1479 sayılı yasa kapsamında Esnaf Bağ-kur sigortalılığının tespiti istemine ilişkindir. Mahkeme, yazılı şekilde, istek gibi davanın kabulüne karar vermiştir.

1479 sayılı kanununun, 20.04.1982 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 2654 sayılı kanunla değişik 24. maddesi hükmüne göre; bir kimsenin zorunlu Bağ-Kur sigortalısı olması için, ticari kazanç veya serbest meslek kazancı dolayısıyla gerçek veya götürü usulde gelir vergisi mükellefi olması, gelir vergisinden muaf olanlarında meslek kuruluşuna kayıtlı bulunması gerekir. Yine, aynı maddede 22.03.1985 tarihinde yürürlüğe giren 3165 sayılı kanunla getirilen düzenleme ile de; bu

kapsam daha da genişletilerek kendi nam ve hesabına çalışanlardan vergi mükellefi olanların meslek kuruluşuna veya esnaf siciline kayıtlı bulunanların zorunlu Bağ-Kur sigortalısı olacağı belirtilmiştir.

Somut olayda, 27.06.1997 tarihinde kuruma intikal eden giriş bildirgesi ile 01.12.1980 tarihli vergi kaydına istinaden 1479 sayılı kanuna 2654 sayılı kanunla eklenen Ek geçici 13. madde ile yine, aynı kanunun 2654 sayılı kanunla değişik 24. maddesi uyarınca 20.04.1982 tarihi itibariyle zorunlu Bağ-Kur sigortalısı olarak kayıt ve tescili yapılan davacının tescile esas vergi kaydının 21.02.1983 tarihinde sona ermesi, tekrar başlayan 17.07.1996 tarihli vergi kaydı nedeniyle Bağ-Kur sigortalılığının 21.02.1983 tarihinde terkin edilip 17.07.1996 tarihi itibariyle yeniden başlatılması, ilk prim ödemesinin 30.06.1997 tarihi olup 1997 affından yararlanmış ise de; uyuşmazlık konusu dönemde davacının sigortalılığını ortaya koyan vergi ya da oda kaydı veya sicil kaydının bulunmaması keza, bu döneme ilişkin prim ödemesinin de olmaması karşısında, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle kabulüne dair mahkeme kararında isabet bulunmamaktadır.

O halde, davalı kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli hüküm bozulmalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, 21.02.1983- 17.07.1996 tarihleri arasında Bağ-Kur sigortalısı sayılması gerektiğinin tespiti istemine ilişkindir.

Yerel mahkemece, davalı kurum tarafından tahsil edilen primlerin yıllarca kullanılmış, sosyal güvenlik hakkı yönünden davacıya güven verilmiş olduğu belirtilerek, Medeni Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca istemin kabulüne karar verilmiş, Yüksek Daire'nin yukarıda yazılı bozma kararı üzerine aynı gerekçelerle önceki hükümde direnilmiştir.

Davacının 01.12.1980 ile 21.02.1983 tarihleri arasında vergi kaydı bulunmaktadır. 27.06.1997 tarihli giriş bildirgesi ile ilk kez davalı

kuruma tescil başvurusunda bulunulmuş, vergi kaydının 01.12.1980, esnaf sicil kaydının ise 07.08.1996 tarihi ile başladığı beyan edilmiştir. 1479 sayılı kanunun 24 ve 2654 sayılı kanunun 13. maddesi ile getirilen Ek Geçici 13. madde hükümleri uyarınca, 20.04.1982 tarihinden geçerli olmak üzere Bağ-Kur'a tescili yapılmıştır. Davacı prim ödemelerine 30.06.1997 tarihi ile başlamış, 1997 yılı prim affı olarak da adlandırılan 4247 sayılı Prim ve Diğer Alacakların tahsilatının Hızlandırılması Hakkındaki Kanunu'nun 3. maddesinden yararlanarak, 1982-1997 yılları arasındaki süreye ilişkin primleri 1997-1998 yılları arasında ödemiştir. 2005 yılında güncellenen bilgilerden, davacının 01.12.1980 tarihinde başlayan vergi kaydının 21.02.1983 tarihinde sona erdiğinin, yeni vergi mükellefiyetinin ise 17.07.1996 tarihinde başladığının anlaşılması üzerine, 21.02.1983-17.07.1996 devresinde Bağ-Kur sigortalılık kaydının iptal edildiği görülmektedir.

Davacının, iptale konu devrede, Bağ-Kur zorunlu sigortalılığı için aranan "kendi ad ve hesabına bağımsız çalışma" olgusu ile bu olguyu destekleyen vergi, meslek kuruluşu ve esnaf sicil kaydı gibi yasal unsurları taşımadığı konusunda çekişme bulunmamaktadır.

Uyuşmazlık, Bağ-Kur sigortalılık koşullarını taşımayan davacının, prim affı yasasından yararlanarak iptale konu devreye ilişkin primleri 1997-1998 yılları arasında topluca ödemiş olmasının, Medeni Kanunu'nun 2. maddesi dikkate alındığında geçmişe yönelik Bağ-Kur sigortalılık hakkı sağlayıp sağlamayacağı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle belirtilmelidir ki, 4247 sayılı Prim ve Diğer Alacakların Tahsilatı'nın Hızlandırılması Hakkında Kanunu'nun 3. maddesi; 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'na göre prim, gecikme zammı ve faiz borcu bulunan sigortalılar ile ölen borçlu sigortalıların hak sahiplerinin 31 Aralık 1996 tarihine kadar tahakkuk etmiş bulunan prim borçlarından söz etmekte olup, davacının bu doğrultuda tahakkuk eden bir prim borcu olmadığı belirgindir.

Hukuki ilişkilerin kapsamını belirleyen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Dürüst Davranma" başlıklı 2. maddesinde; herkesin, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorunda bulunduğu, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuk düzenince korunamayacağı, 3. maddesinde; durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimsenin

iyi niyet iddiasında bulunamayacağı hükme bağlamıştır.

Davacı, sigortalılık koşullarını barındıranlar yönünden hüküm ifade eden 4247 sayılı kanunun yürürlüğe girmesini takiben vergi kaydının 1983 yılında sona erdiğine ilişkin gerekli bilgiyi vermeden davalı kuruma tescil başvurusunda bulunarak, başvurusuna kadarki süreye ilişkin primleri taksitler halinde ödemiştir. Bu yanıltıcı durumun yıllar sonra ortaya çıkmış olması, davacının başlı başına iyi niyetli olarak kabulüne olanak vermemektedir. İyi niyet savunmasından yararlanabilmek için durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermiş olma koşulunun varlığı aranmalıdır. Yasa, sigortalılık koşullarının bulunmaması karşısında, davalı kurumu hatalı işleme sevk etmek suretiyle geçmişe yönelik primlerin tahsil edilmesi olgusuna hukuki bir sonuç bağlamamıştır. Bu yolla elde edilen sigortalılık süresi yönünden davacı yararına kazanılmış hak oluşmayacağı, davacının yanıltması sonucu gerçek koşulların yıllar sonra öğrenilmesinin hatalı işlemi geçerli hale getirmeyeceği hukuksal olgusu dikkate alınmalıdır.

Yukarıda belirtilen maddi ve yasal olgular gözetildiğinde Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nın 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, 09.05.2007 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Dava, davacının 21.02.1983-17.07.1996 tarihleri arasında 1479 sayılı yasaya tabi Bağ-Kur sigortalılığının geçerli olduğunun tespiti ile aksi yöndeki davalı kurum işleminin iptali istemine ilişkindir.

1.4.1972 tarihinde yürürlüğe giren 1479 sayılı yasanın 24. maddesinde zorunlu Bağ-Kur sigortalılığı için esnaf sicili veya kanunla kurulu meslek kuruluşu kaydı aranırken 20.4.1982 tarihinde yürürlüğe giren 2654 sayılı yasa ile 1479 sayılı yasanın 24. maddesi değiştirilecek zorunlu Bağ-Kur sigortalılığı için gelir vergisi mükellefi olması şartı

getirilmiş ancak gelir vergisinden muaf olanlar için meslek kuruluşuna kayıtlı olma yeterli görülmüş, 22.3.1985 tarihinde yürürlüğe giren 3165 sayılı yasa ile 24. madde değiştirilerek zorunlu Bağ-Kur sigortalılığı için vergi kaydı veya esnaf sicil kaydı veya oda kaydının bulunması yeterli görülmüş, 2.8.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4956 sayılı yasa ile 24. madde değiştirilerek zorunlu Bağ-Kur sigortalılığı için gelir vergisi mükellefi olma şartı getirilmiş ancak gelir vergisinden muaf olanlar için esnaf sicil kaydı ve oda kaydının bir arada bulunması yeterli görülmüştür.

Davacının 01.12.1980-21.02.1983 ve 17.07.1996 tarihinden beri devam eden vergi kaydı, 07.08.1996 tarihinden beri devam eden Esnaf Sicil kaydı, 26.03.1998 tarihinden beri devam eden odç kaydı bulunmaktadır. 27.06.1997 tarihinde kuruma intikal eden giriş bildirgesi ile 02.12.1980 tarihli vergi kaydına istinaden 1479 sayılı yasaya 2654 sayılı yasa ile eklenen Ek Geçici 13. madde ile yine aynı yasanın 2654 sayılı yasa ile değişik 24. maddesi uyarınca 20.04.1982 tarihi itibarıyla zorunlu Bağ-Kur sigortalısı olarak kayıt ve tescili yapılan davacı; 16.05.1997 tarihli 4247 sayılı yasa ile çıkarılan prim alacakları faiz borçlarının % 50'sinin affına ilişkin hükümlerden yararlanarak 20.04.1982-27.06.1997 tarihleri arasındaki prim borçlarını 1997 yılında on taksitte ödemiş, davalı kurumda itirazda bulunmayarak kabul ve tahsil etmiş, 07.01.2005 tarihinde yaşlılık aylığı talep dilekçesi verilmesi üzerine davalı Kurumca vergi kaydının 21.02.1983 tarihinde sona erdiği gerekçesiyle davacının 21.02.1983-17.07.1996 tarihleri arasındaki sigortalılığı iptal edilmiştir.

Araştırma ve sigortalısını uyarma görevini yıllarca yerine getirmemek suretiyle davacıyı kendi hatalı işlemi sonucu kayıt ve tescil edip zorunlu sigortalı sayarak prim borçlarını tahsil edip dokuz yıl gibi uzun bir süre kullanan ve davacıya sigortalı olduğu inancını verdikten sonra yaptığı yanlışlığın farkına vararak sigortalılık süresini iptal eden kurumun bu işlemi iyi niyetten uzaktır. Yargıtay HGK.'nın 01.10.1997 gün, 1997/10-578 esas, 1997/758 karar sayılı kararında da belirtildiği üzere; davacının Sosyal Güvenlik Hukuku İlkeleri ve Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin uygulanmasının zorunlu bir sonucu olarak bu dönemde zorunlu sigortalı olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Mahkemece kararın yukarıda açıklanan gerekçe ile onanması görüşünde olduğumuzdan çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Muhalif Üye	Muhalif	Üye
M. Serpil ÖZGENÇ	Arife Nesrin	Uygur Yeşil

* * *

Yargıtay 8. Ceza Dairesi

T. 25.02.2008

E. 2007/13484

K. 2008/1110

* Beraat eden sanık lehine vekalet ücreti takdiri

(Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi m. 13/5; 1136 s. Av. K. m. 168; 5271 s. CMK m. 324/1, 2)

İşkence yapmak suçundan sanıklar Y. Ö. , A. İ. B. ve M. D. haklarında yapılan yargılama sonucunda sanıkların beraatine, 2007 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 12/5. maddesi uyarınca, sanıklar vekalet ile temsil edildiğinden, 1000 Yeni Türk ikası maktu ücreti vekaletinin hazineden alınarak sanıklara verilmesine dair (ESKİŞEHİR) Ağır Ceza Mahkemesi'nin 16.2.2007 tarih, 2005/255 esas, 2007/51 sayılı karar ve dosyası ile ilgili olarak;

Dosya kapsamına göre, beraat eden sanık lehine Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 13/5. maddesi gereğince hazine aleyhine vekalet ücretine hükmedilmiş ise de, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda beraat eden sanık yararına vekalet ücretine karar verileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmadığı gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmediğinden bahisle 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 13.11.2007 gün ve 57424 sayılı kanun yararına bozma istemine atfen Yargıtay C. Başsavcılığı'ndan 11.12.2007 gün ve KYB/2007-57424 sayılı ihbarnamesi ile dairemize tevdi kılınmakla incelendi.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Gereği görüşülüp düşünüldü:

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 168. maddesi ile "yargı yerlerindeki işlemler ile diğer işlemlerden alınacak avukatlık ücretinin" belirlenmesi görevi Türkiye Barolar Birliği'ne (TBB) verilmiş ve TBB'de Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin (Tarife) 13/5. madde-fıkrası ile beraat eden sanık yararına vekalet ücretini hazinenin ödemesine ilişkin düzenlemeyi yürürlüğe koymuştur.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 324/1. madde-fıkrasına göre avukatlık ücreti yargılama giderlerinden olup ve yine aynı CMK'nın 327/2. madde-fıkrası uyarınca beraat eden "kişinin önceden ödemek zorunda kaldığı giderler, Devlet Hazinesi'nce üstlenilir," öte yandan "29.5.1957 günlü 4/6 ve 2.5.1956 günlü 4/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararları'nda da yargılama giderlerinin neler olduğu sayılmış; karşı tarafa yüklenecek olan avukatlık ücretinin de bu giderler arasında olduğu açıkça belirtilmiştir." (Bkz. Murat Aydın: Beraat eden Sanık Yararına Avukatlık Ücretine Hükmedilmesi Kanuna Aykırı Değildir, *Terazi-Aylık Hukuk Dergisi*, Sayı: 18, Şubat 2008, s. 159-167) Mülga CMUK'nın 409. maddesinin 2. fıkrasındaki "Bir kimsenin evvelce ödemek mecburiyetinde kaldığı masraflar, Devlet Hazinesi'ne tahmil olunabilir" şeklindeki düzenleme ile CMK'nın 327/2. madde-deki düzenlemenin aynı olduğu ve CMUK'nın meriyette olduğu evrede uygulamanın ve özellikle tarifenin bu biçimde düzenlenmediği ileri sürülebilirse de (Bkz. Zekeriya Yılmaz: Beraat Eden Sanık Yararına Vekalet Ücretine Hükmedilmesine İlişkin Tarife Hükümü'nün Kanuni Bir Dayanağı Bulunup Bulunmaması Sorunu, *Terazi-Aylık Hukuk Dergisi*, Sayı: 15, Kasım 2007, S.71-82) Tarife'nin 13/5. madde-fıkrasındaki hüküm geçersiz kılmayacaktır. Kaldı ki "CMK'nın 150/1. maddesi uyarınca; hakkında bir ceza davası açılan kişi bir müdafii (avukat) seçebilecek durumda olmadığı beyan ettiği" takdirde kendisine baro tarafından görevlendirilen bir avukat atanacak, sanık bu avukata herhangi bir ödeme yapmayacak ve ücreti de HAZİNE tarafından karşılanacağı gibi dava sonunda beraat etmesi halinde de önceden ödenen bu ücret HAZİNE üzerinde kalacaktır. CMUK'nın meriyette olduğu dönemde de aynı düzenleme mevcut olmasına karşın, tarifenin 13/5. maddesi hükmü bulunmadığından avukatla kendisini temsil ettiren

ile Baro tarafından müdafii tayin edilen sanık arasındaki eşitsizlik tarihen anılan hükmüyle de giderilmiş bulunmaktadır.

Beraat eden sanığın CMK'nın 14 L ve devamı maddeleri uyarınca bu konuda dava açma imkanı da bulunmadığı gözetildiğinde ki anılan ve devam maddelerinin yer aldığı bölümün başlığının "Korama Tedbirleri Nedeniyle Tazminat" olması ve ancak maddede belirtilen sayılı ve sınırlı nedenlerle dava açılabilmesi ve bunların içinde de beraat eden sanığın önceden avukatına ödediği ücretin yer almaması; CMK'ya göre ceza yargılamasında davayı münhasıran Cumhuriyet Savcısı'nın açmak durumunda olması ve bunu da Türkiye Cumhuriyeti Devleti adına yapması ve dolayısıyla davada devletin taraf olması karşısında tarifenin 13/5. maddesindeki düzenlemenin doğru ve yerinde görülmesi gerektiği nazara alınarak Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 13.11.2007 gün ve 57424 sayılı yazılarına atfen Yargıtay C. Başsavcılığı'nın 11.12.2007 tarih ve 256243 sayılı kanun yararına bozma istemli ihbarname içeriği yerinde görülmediğinden Eskişehir Ağır Ceza Mahkemesi'nin 16.2.2007 tarih ve 2005/255 esas, 2007/51 sayılı kararının kanun yararına bozma talebinin (REDDİNE), dosyanın Yüksek Adalet Bakanlığı'na gönderilmesi için Yargıtay C. Başsavcılığına tevdiine, 25.2.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 12.06.2006

E. 2006/1496

K. 2006/6310

*** Yurt dışı hizmet borçlanması**

*** Yurt dışında fiili çalışma şartı**

*** Yabancı resmi belgelerin tasdik şartı**

(3201 Sayılı K.'nın 4958 s. K. ile değişik m. 3 vd.)

Davacı, 27.01.1985-21.09.1987 tarihleri arasındaki yurt dışı hizmet borçlanma talebini reddeden kurum işleminin iptaliyle, borçlanma talebinin kabulüne karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilanında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi Osman

Bülbül tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

1. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillere, kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle davacının davalı kuruma borçlanma talebinde bulunduğu 18.08.2005 tarihinde 3201 sayılı yasanın 3. maddesinde değişiklik yapan 4958 sayılı yasanın 56. maddesinin yürürlükte bulunmasına göre davalı kurum vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine.

2. Dava 27.01.1985-21.09.1987 tarihleri arasında Suudi Arabistan'da geçen çalışma süresinin 3201 sayılı yasa uyarınca iki yıllık başvuru süresi aranmaksızın borçlanılabileceğinin tespiti aksi yöndeki davalı kurum işleminin iptali istemine ilişkindir.

Mahkemece, davacının yurtdışında geçmiş olan çalışma sürelerinin 3201 sayılı kanuna göre (4958 sayılı yasa ile değişik şekline göre başvuru süresi kaldırılmış olduğundan) Türkiye'ye kesin dönüş tarihine bakılmaksızın borçlanılabileceğinin tespitine, aksi yöndeki kurum işleminin iptaline karar verilmiştir.

Davacının borçlanma işlemini yapabilmesi için ön koşul; borçlanılabilecek yurtdışında geçen fiili çalışmanın varlığıdır. Ancak böyle bir çalışmanın bulunması halinde davacının yurda kesin dönüş yaptıktan sonra iki yıl içinde davalı kuruma müracaat şartı aranmaksızın borçlanma yapabileceğinin tespitine ilişkin davayı açmakta hukuki yararının bulunduğu kabul edilebilir. Davacı tarafca borçlanma işlemine esas alınabilecek nitelikte yurtdışında geçen bir çalışmanın varlığı kanıtlanamaz ise artık davacının bu davayı açmakta hukuki yararı olduğundan söz edilemeyeceğinden ve açılan davanın dinlenme olanağı bulunmadığından, dava şartı yokluğundan reddine karar verilecektir. Diğer yandan davacı yurtdışı hizmet borçlanması talebini süre yönünden reddeden kürüm işleminin iptaliyle birlikte dava konusu yurtdışında geçen süreleri borçlanılabileceğinin tespitini de istemiştir. İstek hem işlemin iptalini hem de borçlanma yapabileceğinin tespitini içerdiğine göre dava konusu sürelerde davacının yurt dışında çalışıp çalışmadığının yöntemince araştırılması, çalışmış ise bu hususun hiçbir duraksamaya yer vermeyecek biçimde saptanması gerekir.

Yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının bu çalışmalarının değerlendirilmesi ve buna bağlı olarak sosyal güvenlik haklarından yararlandırılmaları amacıyla kendilerine borçlanma hakkı tanınmıştır. 320i sayılı yasa, yabancı ülkede ve yabancı sigorta kurumuna tabi olan işverenler nezdinde geçen ve Türk Sigorta Kurumları kapsamı dışında kalan hizmetlerin değerlendirilmesini düzenlemektedir. Daha açık bir anlatımla T.C. Emekli Sandığı'na, Sosyal Sigortalar Kurumu'na, Bağ-Kur'a 506 sayılı yasanın geçici 20. maddesine göre kurulan sandıklara, prim keserek ve karşılık ödenmiş sürelerin 3201 sayılı yasa gereğince borçlanılması olanaksızdır.

Bu nedenle öncelikle borçlanılmak istenilen yurt dışında geçmiş olan hizmetin Türk işveren yanından geçip geçmediği, Türk işveren yanında geçmiş ise Türk Sigorta Kanun'ları kapsamında olup olmadığı araştırılmalıdır.

Yapılan incelemede davacının yurtdışı çalışması ile ilgili olarak gerek kuruma gerekse mahkemeye ibraz ettiği T.C. Cidde Başkonsolosluğu Çalışma ve Sosyal Güvenlik Ateşeliğince 06.10.2003 tarihinde tanzim edilen belgede "davacının müşavirliğe ibraz ettiği belgenin ve pasaport fotokopisinin incelenmesinden adı geçen Suudi Arabistan'da tarihlerinde Suudlu işveren nezdinde çalıştığıнын tespit edildiğinin" yazıldığı ancak davacı tarafından ibraz edilen belgelerin ekte bulunmadığı gibi ne tür belgeler olduğunun da yazı içeriğinde belirtilmediği gibi yazıda çalışma tarihlerinin de yer almadığı görülmektedir.

HUMK'nın 296. maddesinde dış ülkede usulüne uygun yetkili memurları tarafından düzenlenen ve onaylanan resmi senetlerin o ülkede yürürlükte bulunan yasalara uygun ve o ülkedeki T.C. Başkonsolosluğu veya konsolosluk görevini yürüten T.C. Siyasi Memuru tarafından onaylanması halinde resmi senet hüküm ve kuvvetinde sayılacağı bu şekilde onaylanmamış senetlerin delil teşkil edip etmeyeceğinin mahkemece takdir olunacağı bildirilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti 5.10.1961 tarihli Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Hakkındaki Lahey Sözleşmesi'ni 3028 sayılı kanun ile onaylamış ve bu sözleşme Türkiye'de yürürlüğe girmiştir. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti; "Bazı İşlem ve Belgelerin Tasdikten Muaf Tutulması" hakkındaki çok taraflı uluslararası sözleşmeyi de onaylamış ve 16.1.1987 tarihli resmi gazetede yayınlanmıştır.

Ancak bahse konu bu son sözleşme şartları oluşmadıkça belge davanın kabulüne yeterli delil olarak kabul edilemez. Söz konusu hizmet belgesini doğrulayan başkaca bir delil ve emare de dosya ekinde bulunmamaktadır. Sosyal Güvenlik Kanun'larının uygulanması ile ilgili uyumsuzluklar kamu düzeni ile ilgili olduğundan mahkemenin ibraz edilen belgenin yasal ve gerçeğe uygun olup olmadığının re'sen incelenip göz önünde bulundurması gerekir. Ancak; resmi nitelik kazandırılmış belgelere itibar edilerek sonuca gidilebilir.

Mahkemece yapılacak iş; öncelikle borçlanılmak istenen hizmetin Türk işveren nezdinde Türk Sosyal Güvenlik Kurumları kapsamında geçip geçmediğini tespit etmek, Türk Sosyal Güvenlik Kurumlar kapsamı dışında bir hizmetin varlığının mevcudiyeti halinde ise davacıya ibraz ettiği hizmet belgesini -HUMK'nın 296. madde uygulaması gereğince T.C. yetkili Sosyal Güvenlik Kurumlarının karşılığı olan Suudi Arabistan yetkili sosyal güvenlik kurumlarından davacının çalıştığı günleri gösteren işyerine ait hizmet belgesi, ise giriş çıkış tarihleri, Suudi Arabistan iş karnesi, iş güvence karnesi, hizmet cetveli gibi bilgi ve belgeler elde edilip, bu bilgi ve belgelerin o yöredeki Türk Suudi Arabistan Elçiliği'nce veya Başkonsoloslugu'nca tercümesi yapılarak doğruluğu tasdik ettirilip, resmi senet özelliğine kavuşturulduktan sonra eldeki yargılama dosyası içerisine getirilmesinin sağlanması gerekmektedir.

Mahkemece yukarıda belirtildiği şekilde davacının çalışma sürelerinin kuşku duyulmayacak biçimde saptanması halinde bu sürelerle sınırlı olmak üzere 3201 sayılı kanunun 3. ve devamı maddeleri gereği borçlandırma hakkından yararlandırılması gerektiği düşünülmelidir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınmadan yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir.

O halde, davalı kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle/BOZULMASINA, 12.06.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 27.04.2007
E. 2007/70
K. 207/123

* Savunma sınırlarını aşan ifadeler
* Hakaret
(Av. K. m. 34, 134;
TBB Meslek Kuralları m. 5, 6)

Şikayetli hakkında, Kadıköy Asliye 5. Hukuk Mahkemesi'nin 2002/... esas sayılı davasında verdiği 17.12.2002 tarihli dilekçede, davacı T.H'ye yönelik olarak "*Manevi değerlerin en başında gelen namus duygusundan yoksun ve beyanlarından anlaşılacağı üzere sapkın bir ruh hali ve karakter taşıyan davacının, maneviyatının zedelendiğini ileri sürmesi düşündürücüdür*" şeklindeki sözleri nedeniyle başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, eylem sabit görülerek şikayetlinin Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 5 ve Avukatlık Yasası'nın 34 ve 134. maddeleri gereğince uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Şikayetli savunmasında; söylendiği belirtilen sözlerin Türkçe sözlükteki anlamlarından söz ederek, savunma sınırları içinde bulunduğunu belirterek disiplin suçu işlemediğini bildirmiştir.

Şikayetli hakkında, disiplin kovuşturmasına konu "*hakaret*" suçu nedeniyle Kadıköy Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2003/... esasında açılan kamu davasında, şikayetten vazgeçme nedeniyle düşme kararı verilmiş ve karar kesinleşmiştir.

Şikayetlinin disiplin kovuşturmasına konu sözleri sebebiyle, şikayetçi tarafından şikayetli aleyhinde Kadıköy 5. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açılmış bulunan 2003/... esas sayılı tazminat davası da takip edilmediğinden ortadan kaldırılmıştır.

Şikayetli hakkında açılan kamu davasında, şikayetten vazgeçme sebebiyle düşme kararı verilmiş olması, disiplin kovuşturmasının devamına ve sonuçlandırılmasına engel teşkil etmemektedir. Şikayetten vazgeçilmiş olsa dahi, disiplin kovuşturmasının sonuçlandırılması zorunludur.

Şikayetlinin, Kadıköy Asliye 5. Hukuk Mahkemesi'nin 2002/... esas sayılı dava dosyasına sunduğu 17.12.2002 tarihli dilekçede, şikayetçiye yönelik olarak *"Manevi değerlerin en başında gelen namus duygusundan yoksun ve beyanlarından anlaşılacağı üzere sapkın bir ruh hali ve karakter taşıyan davacının, maneviyatının zedelendiğini ileri sürmesi düşündürücüdür."* şeklinde ifadeler kullandığında bir duraksama yoktur.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun, şikayetlinin dilekçesinde kullandığı sözlerin iddia ve savunma sınırlarını aşp aşmadığı, karşı tarafı küçük düşürücü nitelikte olup olmadığıdır.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 5. maddesine göre *"Avukat, yazarken de konuşurken de düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklamalıdır. Mesleki çalışmasında avukat hukukla ve yasalarla ilgisiz açıklamalardan kaçınmalıdır"*, aynı Meslek Kuralları'nın 6. maddesine göre de *"Avukat iddia ve savunmanın hukuki yönü ile ilgilidir. Taraflar arasında anlaşmazlığın doğurduğu düşmanlıkların dışında kalmalıdır."*

Şikayetlinin dilekçesinde, şikayetçi için kullandığı ifadeler, subjektif inançla, karşı tarafın kişiliğini hedef alan, bu sebeple onu küçük düşürmeye yönelik olduğu gibi, hakkın ortaya çıkarılmasına yararlı, etkili ve hatta zorunlu açıklama olarak da kabul edilemez.

Bu nedenlerle savunma sınırlarını aşan ifadeleri sebebiyle eylem disiplin suçunu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nun değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazının reddi ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

T. 27.04.2007

E. 2007/74

K. 2007/126

* Meslektaş hakaret

* Avukatlık imajına uygun

düşmeyen sözler

(TBB Meslek Kuralları m. 4, 5)

Şikayetçiler 15.07.2003 kayıt tarihli müşterek dilekçeleri ile "29.05.2003 günü Bornova'da aracını hatalı parkeden şikayetliye müdahale etmeleri üzerine, şikayetlinin yanındakilerle birlikte aracından inip 'Dur be patlama, sen benim kim olduğumu biliyor musun? Ben hakimim senin bacaklarını kırarım' dediğini, yanındaki kişinin de 'Sen bu adamın kim olduğunu biliyor musun? O hakim, yanlış kayaya çarptın, başına iş alırsın' diye söze katıldığını, kendisinin de 'Siz hakimseniz ben de avukatım. Hem madem ki hakimsiniz topluma örnek olmanız gerekirken niye bu şekilde davranıyorsunuz' demesi üzerine de şikayetlinin 'Sen kaç yıllık avukatsın, benim senin yaşın kadar avukatlığım var, şerefsiz it, senin bacaklarını kırarım, senin gibi avukatları cebimden çıkarırım' diye cevap verdiğini ve şikayetlinin aracına binip giderken de aracın penceresinden 'Senin çarkına sı...arım, ebeni sinkaf ederim, ...tir git, şerefsiz adi herif' sözlerini söylediğini, sonra mahkemeye gittiklerinde bu kere eşi şikayetçi avukat S.B.'ya 'Defol git seni gözüm görmesin' diğer şikayetçiye de 'Defol buradan, ...tir git' dediğini, İzmir C. Başsavcılığı'na şikayette bulduklarını ve şikayetlerinin 2003/... hazırlık no. ile işlem gördüğünü" bildirerek, şikayetlinin bu eylemlerinden ötürü şikayetçi olmuşlardır.

Şikayetli avukat savunmasında, mahkemenin önünde aracından inip çantasını almak isterken karşıdan gelen araç ile burun buruna geldiklerini, karşıdan gelen aracın mütemadiyen korna çalması üzerine "Patladın mı?" dediğini, şikayetçinin de "Terbiyesizlik yapma ben avukatım" dediğini, kendisinin de avukat olduğunu söylediğini ancak hakim olduğunu söylemediğini, yanındaki kişinin de söylemediğini, kendilerine küfretmediğini, sinkafli kelimeler kullanmadığını, adliyede şikayetçi hanımın yanına gelip "Gel bakalım terbiyesiz herif senden şikayetçi olduk" demesi üzerine de "Defol git canımı sıkma, duruşmaya gireceğim, duruşmadan sonra gelirim, hem sen devletin kolluk kuvveti misin?" dediğini, bu olayın adi bir olay olup mesleki olay olmadığını, baronun ise meslek sorunları için yetkili olduğunu bildirmiştir.

Dinlenen tanıklar, şikayetlinin, şikayetçilere "defol git" dediğini ve tanık avukat C.Y.'nin de bunlara ilaveten şikayetlinin "...s...tir git" dediğini bildirmişlerdir.

Aynı eylem sebebiyle İzmir 1. Asliye Ceza Mahkemesi'ne açılan kamu davasında eylemin sübutu halinde şahsi şikayete bağlı TCK'nın 482/3 maddesindeki suçu oluşturacağı, şikayetçilerin ise şikayetlerinden vazgeçmiş olmaları sebebiyle CMK'nın 223/8 maddesine göre kamu davasının düşürülmesine karar verilmiş ve hüküm 21.02.2006 tarihinde kesinleşmiştir.

İzmir Barosu Disiplin Kurulu, şikayetlinin eylemini TBB Meslek Kuralları'nın 4 ve 5. maddelerine aykırı görerek, şikayetlinin uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına karşı şikayetli tarafından itiraz edilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetlinin aracını yolu kapatır şekilde park etmesi sebebiyle şikayetçilerin korna ve sözle uyarılarına karşılık şikayetlinin "Patladınız mı?" dediği, ayrıca mahkemede şikayetçi avukata "Defol git" diye söz sarf ettiği, şikayetlinin kabulü ve tanık beyanları ile sabit olduğu, tanık avukat C.Y'nin ifadesinde de şikayetli avukatın şikayetçilere "s...tir git" dediği anlaşılmıştır.

TBB Meslek Kuralları'nın 4. maddesine göre "Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır. Avukat özel yaşantısında da buna özenmekle yükümlüdür."

Nedeni ne olursa olsun, bir avukatın meslektaşına ya da herhangi bir vatandaşa bu tarz aşağılayıcı, azarlayıcı ve küçük düşürücü sözler sarf etmesi TBB Meslek Kuralları'nın 4. maddesine aykırı olup, gerek Avukatlık Yasası, gerek TBB Meslek Kuralları hükümleri ile oluşturulmak istenen avukat imajına uygun düşmemektedir. Bu bakımdan şikayetlinin eylemi disiplin suçunu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nun değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazının reddi ile İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

T. 27.04.2007

E. 2007/81

K. 2007/133

- * Avukatların 5525 sayılı yasa kapsamında olmadığı
- * Vekil eden yerine davada taraf olmayan bir kişinin direktifiyle hareket edilmesi
- * Avukatın hukuk kurallarını tam olarak uygulaması ve özen yükümlülüğü
(5525 sayılı kanun m. 1/2; Av. K. m. 1, 2, 34; TBB Meslek Kuralları m.3- 4)

T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü'nün ihbarı üzerine, şikayetli avukat M.D. hakkında, Beyoğlu 10. Noterliği'nce düzenlenen 07.10.1996 tarih ve 37188 yevmiye numaralı vekaletname ile T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü'nden yetim aylığı alan H.K.O'nun vekilliğini üstlenerek, geç ödenen makam tazminatı farklarının yasal faizi ile birlikte ödenmesi istemi ile Ankara 5. İdare Mahkemesi'nde 1996/... esas sayılı davayı açtığı, dava devam ederken müvekkilinin 26.05.1997 tarihinde öldüğünü, dolayısıyla vekalet ilişkisinin sona erdiğini, kanuni mirasçılarının da bulunmadığını bilmesine rağmen, bu davayı temyiz aşamasında da sürdürerek, 07.07.2003 tarihli dilekçe ile anılan kurumdan aylık farkların ödenmesini talep ettiği, böylece kurumun zarara uğratıldığı, hakkında ceza kovuşturması başlatılmasına Adalet Bakanlığı tarafından izin verildiği, durumun barosuna bildirilmesi üzerine de şikayetli avukat hakkında disiplin kovuşturması açıldığı anlaşılmaktadır.

Şikayetli avukat Baro Başkanlığı'na verdiği 29.07.2005 tarihli savunmasında, hukuk davalarında müvekkilin öldüğünün bilinmesinin imkansız olduğunu, davanın kendisine C.C.C. tarafından getirildiğini, bu kişinin telefonunu Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü müfettişine verdiğini, bu dava nedeniyle Emekli Sandığı'nın zarara uğramadığını, kusurun Emekli Sandığı'ndan kaynaklandığını ve müvekkilinin öldüğünü bilmiş olsaydı ödeme talebinde bulunmayacağını beyan etmiştir.

Şikayetli avukat hakkında iddianame düzenlenerek son soruşturmanın açılması için dosya Sincan Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmiş, Sincan 2. Ağır Ceza Mahkemesi 2006/... sayılı kararıyla, "*sanığın müvekkilinin öldüğünü bilmediği yönündeki savunmasının aksine dosyada*

mevcut delil olmadığı, görevinin gereklerini yaptığı” gerekçesiyle son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu, 5525 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanunu’nun *Resmi Gazete’*de yayımlanarak 04.07.2006 tarihinde yürürlüğe girdiği ve atılı suçun bu kanun kapsamında kaldığı gerekçesiyle, anılan kanunun 1/2 maddesi gereğince şikayetli hakkındaki disiplin kovuşturmasının işleminden kaldırılmasına karar vermiştir.

Karara şikayetçi kurum itiraz etmiştir. Şikayetçi kurum itirazında, şikayetli avukatın, gerçeğe aykırı belgelerle dava açıp, sandıktan ölü müvekkili adına fark ödemelerini talep ettiği sabit olduğu için Baro Disiplin Kurulu kararının kaldırılmasını ve cezalandırılmasını talep etmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun, şikayetli avukatın üzerine aldığı işi kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde, özen ve doğruluk yükümlülüğüne uygun şekilde yerine getirip getirmediğine ilişkindir.

Baro Disiplin Kurulu, şikayetli avukatın 5525 sayılı kanun hükümlerine dayanarak disiplin kovuşturmasının işleminden kaldırılmasına karar verdiği için, itiraz konusu dosyada öncelikle 5525 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun’dan avukatların yararlanıp yararlanamayacağını açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

5525 sayılı yasa, memurlar ve kamu görevlileriyle ilgili olup, yürürlükteki anayasa ve diğer yasa ve mevzuat hükümleri karşısında avukatların memur veya kamu görevlisi kabul edilmeleri mümkün değildir.

Avukatlık Yasası’nın 1. maddesinde avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslek olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, avukatların yaptıkları işlerin kamu hizmeti niteliğinde olduğu belirtilmekle birlikte, avukatlığın serbest meslek olduğu özelliği de vurgulanmıştır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kamu görevlilerinin yaptıkları görevleri kamu hizmeti olarak nitelendirmek mümkün ise de, her kamu hizmeti gören kişi kamu görevlisi olmak zorunda değildir. Bu nedenle avukatlık görevi kapsamında yapılan işler kamu hizmeti olmakla birlikte, avukatlar kamu görevlisi değildirler.

19.07.2006 tarih ve 26233 sayılı *Resmi Gazete'* de yayınlanan Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı'nın Disiplin Cezalarının Affı Konulu 2006-1 sayılı genelgesi gereğince de avukatların memur veya kamu görevlisi kabul edilerek yasadan yararlanabilecekleri belirtilmemiştir.

5525 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanunu'nun 1. maddesinde, *"memurlar ve diğer kamu görevlileri ile bu görevlerde bulunmuş olanlar"* hakkında verilmiş disiplin cezalarının bütün sonuçları ile affedildiği hükme bağlanmıştır. Açıklanan yasal durum karşısında, avukatların 5525 sayılı yasa hükümlerinden yararlanamayacakları duraksamaya yer bırakmayacak biçimde açıktır.

Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu tarafından daha önce verilen kararlarla da, 5525 sayılı yasadan avukatların yararlanamayacakları kararlaştırılmıştır. Bu nedenle, Baro Disiplin Kurulu tarafından verilen karar kaldırılarak, kovuşturma konusu sorunun esasının incelenmesi gerekmektedir.

Avukatlık Yasası'nın 34. maddesine göre avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3 ve 4. maddelerinde; avukatın, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürüteceği ve mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorunda olduğu vurgulanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden şikayetli avukatın vekaletini üstlendiği müvekkilini hiç görmediği, kendisiyle yüz yüze gelmediği, yaşayıp yaşamadığıyla ilgili olarak bir bilgiye sahip olmadığı anlaşılmaktadır.

Şikayetli avukatın eylemi özen yükümlülüğüne açıkça aykırılık oluşturmaktadır. Şikayetli avukat, davanın kendisine üçüncü bir kişi tarafından getirildiğini savunmasında belirtmiştir. Bu durum, aynı zamanda davada taraf olmayan bir kişinin direktifiyle hareket edildiğinin göstergesidir. Ayrıca, vekaletnamedeki bilgilerden vekalet verenin, dava tarihi itibarıyla 77 yaşında olduğu anlaşılmaktadır. Yaşlı bir

kişinin vekilliğini üstlenen avukatın özen yükümlülüğü çerçevesinde daha dikkatli davranması gerektiği açıktır.

Avukatlık Yasası'nın 2. maddesine göre avukatlığın amacı; her türlü hukuksal sorun ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını sağlamak olarak açıklanmıştır.

Şikayetli avukatın üzerine aldığı işte hukuk kurallarını tam olarak uygulamadığı ve özen yükümlülüğüne uygun davranmadığı anlaşıl-makla eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Sonuç olarak, şikayetçi kurumun itirazının kabulüne, Kırıkkale Barosu Disiplin Kurulu'nun, şikayetli avukat hakkındaki disiplin kovuş-turmasının işleminden kaldırılmasına ilişkin 10.01.2007 tarih ve 2005/ ... esas, 2007/ ... karar sayılı kararının kaldırılmasına, yeniden incelenecek başkaca bir husus bulunmadığından şikayetli avukat M.D.'nin uyarma cezası ile cezalandırılmasına oybirliğiyle karar verildi.

T. 11.05.2007
E. 2007/105
K. 2007/160

- * Temyiz dilekçesinde usulü eksiklik
- * Kuşku ve/veya varsayımla disiplin cezası verilemeyeceği
(HUMK m. 433, 435; Av. K. m. 9, 34, 134; TBB Meslek Kuralları m. 11, 30, 32)

Şikayetli avukat hakkında Bakırköy 9. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/ ... esas sayılı dava dosyasına sunduğu tarihsiz temyiz dilekçesinde kasıtlı olarak davacı ve davacı vekilini bildirmediği, acil de olsa dilekçedeki usuli eksikliği gidermeyerek gereken dikkat ve özeni göstermediği ve bu sebeple Avukatlık Yasası'nın 34, 134, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 11, 30 ve 32. maddelerine aykırı davrandığı iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu, eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat Bakırköy 9. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/ ... esas sayılı dava dosyasına iki veya üç celse girdiğini, kararın gıyaplarında ve kısmen kabul, kısmen de retle sonuçlandığını, kararın tebliğini beklerken 28.01.2005 günü hacze gelinmesi üzerine icra bedelini müvekkillerini ikna ederek Bakırköy 2. İcra Müdürlüğü'nün 2001/ ... sayılı dosyasına yatırttığını, ancak aynı gün yatırılan paranın teminat olarak değerlendirilmesi ile tehiri icra talepli olarak temyiz dilekçesini ofis ortamı dışında ve dosya olmaksızın alelacele hazırlayarak verdiğini, kararı görmediğini, temyiz dilekçesine karar numarasının yazılmamış olmasının bunun kanıtı olduğunu, temyiz dilekçesinin şikayetçiye tebliğ edildiği ve kararın kendileri tarafından da temyiz edildiğini, herhangi bir hak kaybı olmadığı gibi, bilinçli ve kasıtlı olarak davacı ve vekilinin ismini dilekçeye yazmama, görmezden gelmeye yönelik bir niyetinin olmadığını, takip dosyası ve temyizle ilgili işlemler celp ve tetkik edilse idi suçsuz olduğunun maddi gerçeğe de saptanacağını bildirmiş, suçsuz olduğunu savunmuştur.

Baro Disiplin Kurulu eylemin Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 11, 30 ve 32. maddelerine aykırılık oluşturduğunu kabul etmiştir.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 11. maddesi "*Avukat, Türkiye Barolar Birliği'nce kabul olunan mesleki dayanışma ve düzen gereklerine uygun davranmak zorundadır.*" Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 30. maddesi "*Mesleki çalışmasında avukatlar arasında usule ilişkin işlemlerde ve dosya incelemelerinde dayanışma gereği sayılabilecek yardımları ve kolaylıkları esirgemezler.*" Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 32. maddesi "*Avukat dava türü ve usulü ne olursa olsun mahkemeye verdiği layiha ve önemli belgelerin birer örneğini (istemese de) karşı taraf vekili meslektaşına verir.*" hükümlerini amirdir.

HUMK'nun 433. maddesi "*Temyiz dilekçesi, kararı veren mahkeme aracılığı ile karşı tarafa yazılı olarak bildirilir. Yazılı bildirim tarihi temyiz dilekçesinin dosyada kalan aslına işaret edilir. Karşı taraf, yazılı bildirim gününden başlayarak on gün içinde cevap dilekçesini, kararı veren mahkemeye veya bu mahkemeye gönderilmek üzere başka bir mahkemeye verebilir. Cevap veren, kararı süresi içinde temyiz etmemiş olsa bile cevap dilekçesinde karara ilişkin itirazlarını bildirerek temyiz isteğinde bulunabilir.*" hükmü uyarınca dilekçe ve eklerine ilişkin örneğin mahkemece karşı tarafa gönderilmesi zorunluluğu karşısında, Baro Disiplin Kurulu'nca eylemin Türki-

ye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 30 ve 32. maddelerine aykırılık oluşturduğu yönündeki tespitte hukuksal isabet bulunmamaktadır.

HUMK'nın 435/1. maddesi gereğince "Temyiz eden ile karşı tarafın davadaki sıfatları adı ve soyadı ve adresleri, bunların yasal temsilcileri ve vekillerinin adı, soyadı ve adresleri" temyiz dilekçesinde bulunmak zorunda ise de, HMUK'nın 435/son maddesine göre, "Temyiz dilekçesi temyiz edenin kişiliği ve imzasıyla, temyiz olunan kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşıması durumunda diğer şartlar bulunmasa bile reddolunmayıp temyiz incelemesi yapılır." hükmü uyarınca, karşı tarafın davadaki sıfatları ve vekillerinin temyiz dilekçesine yazılmaması sonuca müessir bir usuli eksiklik değildir.

O halde, olayda tartışılması gereken husus Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 11. maddesinde bildirilen "mesleki dayanışma ve düzen gereklerine uygun davranmak zorunluluğudur."

Avukatlık Yasası'nın 9. maddesi "Hukuka, ahlaka, mesleğin onuruna ve kurallarına uygun davranacağıma namusum ve vicdanım üzerine ant içerim" yeminini eden avukat, Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulu'nca kabul edilen uyulması zorunlu meslek kurallarına uygun davranmak zorundadır. Bu da, avukatların birbirleriyle olan ilişkilerinde koşullar ne olursa olsun mesleğin gerektirdiği zarafet ve meslektaşlık ruhuna uygun tutum ve davranış içinde olmaları ile mümkündür.

Ancak, disiplin kovuşturmasının bir amacı da, maddi gerçeğin hiçbir kuşkuya yer vermeyecek şekilde saptanmasıdır.

Oysa şikayetli avukatın ısrarla bildirdiği davacı ve vekilinin ismini dilekçeye yazmama, görmezden gelmeye yönelik bir niyetinin olmadığına ilişkin savunmasının aksini kanıtlar bilgi ve belge dosyada bulunmamaktadır. Kuşku ve/veya varsayımla disiplin cezası verilemez. Bu bakımdan eylemin Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 11. maddesine aykırılık oluşturduğuna ilişkin hukuksal tespit de isabet görülmemiş, uyarma cezasının kaldırılarak, şikayetli hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukat S.K'nın itirazının kabulüne, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının kaldırılmasına, şikayetli avukat S.K. hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına oybirliği ile karar verildi.

T. 01.06.2007
E. 2007/113
K. 2007/175

* Aynı işte menfaati zıt olan bir tarafa daha önce avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş avukatın teklif edilen işi reddi zorunluluğu
* “Aynı işte” kavramının geniş yorumlanması gerektiği
(Av. K. m. 38/b; TBB Meslek Kuralları m. 36)

Şikayetçi, avukatı aracılığı ile 11.07.2006 tarihinde Baro Başkanlığı'na verdiği dilekçeyle, şikayetli avukatın, Avukatlık Yasası'nın 38/b bendi ve TBB Meslek Kuralları'nın 36. maddesine aykırı olarak dava takip etmesi nedeniyle hakkında işlem yapılması için şikayette bulunmuştur.

Şikayetli 17/07/2006 tarihli savunmasında, müvekkil şirket ile şikayetçi E.K. arasında menfaat zıtlığının olmadığını, aksine taraflar arasında menfaat birliği olduğunu, bu nedenle yasaya aykırı bir eylemi bulunmadığını belirterek üzerine atılı suçlamayı kabul etmemiştir.

Şikayetli avukat, disiplin kovuşturması aşamasındaki savunmasında Yargıtay incelemesinde olan Didim Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2000/... esas sayılı dosyasının incelenmediğini, vekalet konulan davaların aynı iş olmadığını, şikayetçinin kendisine husumeti olduğunu ileri sürerek ceza verilmemesini talep etmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikayetli avukatın tarafları aynı olmamakla birlikte konuları birbiri ile ilintili bulunan davalarda eski müvekkil aleyhine dava kabul etmesi ve davalı vekili sıfatı ile ilk davanın dosyasını ikinci davada delil olarak kullanmasını, Avukatlık Yasası'na ve TBB Meslek Kuralları'na aykırı bularak kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına şikayetli avukat tarafından itiraz edilmiştir.

Şikayetli itirazında, aynı işte iki tarafa avukatlık etmediğini, 2000/... esas sayılı davanın karar örneğinden de anlaşılacağı üzere bu davada şikayetçi vekili olmadığını, Baro Disiplin Kurulu'nun “aynı işte” deyimini “aynı uyuşmazlıkta” olarak algılamasının hukuka uygun düşmediğini ve Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu kararlarına aykırı olduğunu belirterek verilen cezanın kaldırılmasını istemiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun, şikayetli avukatın Avukatlık Yasası'nın 38/b bendi ve TBB Meslek Kuralları'nın 36. maddesine aykırı bir davranışta bulunup bulunmadığına ilişkindir.

Avukatlık Yasası'nın "işin reddi zorunluluğu" başlıklı 38. maddesinin b fıkrası gereğince avukatlar, aynı işte menfaati zıt olan bir tarafa daha önce avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olmaları halinde teklif edilen işi ret etmek zorundadırlar.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 36. maddesi gereğince de, bir anlaşmazlıkta taraflardan birine hukuki yardımda bulunan avukat yarar çatışan öbür tarafın vekaletini alamaz, hiçbir hukuki yardımda bulunamaz.

Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu, "aynı işte" kavramını, önüne gelen birçok olayda verdiği kararlarla, geniş yorumlamaktan yana olmuş, araya zaman girerek kesintiye uğramadığı sürece uyumsuzluğun tümünü içine alan bir yorum ve değerlendirmenin yasanın ve meslek kurallarının ruhuna uygun düşeceğini kabul etmiştir.

Aksi düşünüş tarzı, avukatın edindiği meslek sırlarını koruması kuralına aykırı düşebileceği gibi, kamusal görev yapan avukatın etik değerlerle bağını zayıflatacağı da açıktır. Bu bağlamda, avukatın tarafları aynı olmamakla birlikte konuları birbiri ile ilintili bulunan davalarda, eski müvekkil aleyhine dava kabul etmenin ve davalı vekili sıfatı ile ilk davanın dosyasını ikinci davada delil olarak kullanmanın Avukatlık Yasası'na ve TBB Meslek Kuralları'na aykırı olduğu yönündeki Baro Disiplin Kurulu'nun görüş ve kararında hukuki bir isabet-sizlik görülmemiş, şikayetli avukatın eylemi disiplin suçunu oluşturduğundan, kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazının reddiyle, Aydın Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin 04.12.2006 tarih ve 2006/ ... sayılı kararının onanmasına katılanların oybirliğiyle karar verildi.

T. 01.06.2007

E. 2007/114

K. 2007/176

- * Meslektaşlar arası dayanışma
- * Avukatın, bir başka mahkemedeki işi sebebiyle gecikmesi halinde meslektaşını beklemesi gerektiği
(Av. K. m. 34; TBB Meslek Kuralları m. 30)

Şikayetçi, 06.10.2006 günü Aksaray 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'ndeki 2004/... esas sayılı davanın duruşmasına girmek üzere beklerken ceza mahkemesindeki duruşmasının sırası geldiğini, mübaşire duruşmaya gittiğini söylediğini, fakat duruşmadan çıkıp geldiğinde, mübaşirin davacı vekili avukat A.T.'ye başka mahkemede olduğunu söylediği halde şikayetlinin beklemediğini ve dosyayı aldırıldığını, böylece davaya karşı davalı vekili olarak beyanda bulunamadığını vekaletname sunamadığını, adliyede olduğunu bildiği halde kendisini beklemeyen davacı vekili meslektaşından şikayetçi olduğunu bildirmiştir.

Şikayetli avukat, o gün avukat S.B. ile karşılıklı davaları olduğunun doğru olduğunu, ancak duruşma saatinin 09.00 olduğunu ve mübaşirin şikayetçi avukatın 10.30'a kadar mazeretli olduğunu bildirmesi üzerine gidip tekrar 10.30'da duruşma salonuna döndüğünü, 11.00'e kadar beklediğini, mübaşire birçok kez seslendirdiğini, mübaşirin davalı vekilinin başka bir mahkemede olduğunu söylemediğini, saat 11.00'de duruşmaya girdiğini, hakimin duruşmayı kendisinin ısrarı ile başlatmadığını, şikayetçiye karşı hiçbir kastı bulunmadığını, kendisine haber verilmiş olsa idi bekleyeceğini bildirmiştir.

Dosya içinde ifadeleri bulunun bir kısım tanıklar, mübaşirin şikayetçi avukatın 10.30'a kadar mazeretli olduğunu bildirmesi üzerine şikayetlinin ayrıldığını, 10.30'da tekrar geldiğini, o sırada şikayetçinin başka mahkemede olduğu söylendiği halde hakime ısrar ederek duruşmayı aldırıldığını beyan etmişlerdir.

Aksaray Barosu Disiplin Kurulu, şikayetlinin eylemini 1136 sayılı yasanın 34 ve TBB Meslek Kuralları'nın 30. maddesine aykırı bularak şikayetlinin uyarma cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiş, karara şikayetli tarafından itiraz edilmiştir.

TBB Meslek Kuralları'nın 30. maddesi, "Mesleki çalışmada avukatlar arasında usule ilişkin işlemlerde ve dosya incelemelerinde dayanışma gereği sayılabilecek yardımları ve kolaylıkları esirgemezler" hükmünü içermektedir.

Meslektaşının, bir başka mahkemedeki işi sebebiyle gecikmesi halinde onu beklemesi bu hükmün doğal sonucu olarak avukattan beklenmesi gereken davranış biçimidir.

Disiplin kovuşturmasına konu olayda duruşma saati 09.00'dur. Şikayetliye, şikayetçi avukatın 10.30'a kadar mazeretli olduğu bildirilmiştir. Şikayetli, 10.30'da duruşma için tekrar geldiğinde, şikayetçinin başka mahkemede duruşmasının olduğunu bilmesine rağmen, mahkeme hakimine duruşmayı başlatmıştır. Eğer şikayetli herhangi bir mazeret nedeniyle daha fazla bekleyemeyeceğini bildirmiş olsa idi kendisine belki kusur izafesi mümkün olamazdı. Ancak şikayetlinin ileri sürülmüş böyle bir özrü bulunmamaktadır. Bu durumda dinlenen tanıkların, şikayetçinin başka mahkemede olduğunu bildirdikleri halde şikayetlinin ısrarı ile davanın duruşmasının açıldığını ifade etmeleri karşısında, Aksaray Barosu Disiplin Kurulu'nun takdirinde bir isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazlarının reddi ile Aksaray Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararın onanmasına katılanların oybirliğiyle karar verildi.

T. 01.06.2007

E. 2007/116

K. 2007/178

*** Reklam yasağına aykırılık**

(Av. K. m. 55; TBB Meslek Kuralları m. 7/b; TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği m. 6)

Şikayetli avukatlardan Av. M.R. B.'nin Av. U.P. hakkında yapacağı icra takibi ile ilgili olarak bilgi vermek amacı ile Ankara Barosu'na sunduğu dilekçesini içeren antetli kağıdında "B. HUKUK BÜROSU - B. MARKA VE PATENT BÜROSU" ibarelerine yer verdiği, böylece Avukatlık Yasası'nın 55, TBB Meslek Kuralları'nın 7/b ve TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 6. maddelerine aykırı davrandığı iddiasıyla re'sen başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin

Kurulu'nca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukatlar, söz konusu antetli kağıdın aslında adli ve idari yargıda yaptıkları başvurularda kullanılan kağıtlar olmadığını, Av. M.R. B.'nin aynı zamanda marka ve patent vekili olduğunu, bu sebeple kovuşturma konusu antetli kağıtların Türk Patent Enstitüsü nezdinde yapılan başvurularda kullanıldığını, baroya verilen dilekçede sehven kullanıldığını, bu kağıtların meslektaşlar arasında haksız rekabete yol açacak şekilde kullanılmadığını, bundan sonra da kullanılmayacağını bildirmişlerdir.

Baro Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası tayinine ilişkin 18.01.2006 tarih ve 2005/... esas, 2006/... karar sayılı kararı, şikayetli avukatların itirazı üzerine kurulumuzun 15.09.2006 tarih, 2006/... esas, 2006/... karar sayılı kararı ile duruşma yapılmamış olması nedeniyle bozulmuş, Baro Disiplin Kurulu'nca usulüne uygun olarak düzenlenen duruşmada şikayetli avukatlardan M.R. B. bizzat, S.Ç. B. vekili aracılığı ile sözlü ve yazılı savunmalarını bildirmişlerdir. Baro Disiplin Kurulu şikayetlilerin eylemlerini sabit bularak, Avukatlık Yasası'nın 55, TBB Meslek Kuralları'nın 7/b ve TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 6. maddelerine göre uyarma cezası ile cezalandırılmalarına karar vermiştir.

TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin "Amaç" başlıklı 1. maddesi, "Bu yönetmeliğin amacı, bu yönetmelik kapsamında olanların iş elde etmek için reklam sayılabilecek her türlü girişim ve eylemde bulunmalarının önlenmesidir. Avukatların mesleklerini özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmelerini, avukatlık sıfatının gerektirdiği saygı ve güvene yakışır bir şekilde hareket etmelerini, yargılama faaliyetlerindeki yerlerini ve işlevlerini olumsuzlaştıracak ve yargının görünümünü bozacak davranışlardan kaçınılmasını sağlamak" olarak belirtilmiştir.

Bu amaç doğrultusunda, TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 6. maddesinin 6-7 bendine göre, "Avukatların kullandığı başlıklı kağıtlarda, kartvizitlerde ve diğer basılı evrakta, avukatın veya avukatlık ortaklığının ad ve unvanını belirleme amacını aşan her türlü yazı, deyim, resim, kayıtlı bulunduğu baro veya Türkiye Barolar Birliği amblemi dışında amblem ve şekiller yer alamaz. Avukatlık hizmeti, hiçbir unvan altında marka tesciline konu olamaz, bu yolda başvuruda bulunulamaz. Basılı evrakta irtibat bürosu,

emekli yargıç, emekli savcı, emekli noter, önceki dönem baro başkanı, marka patent vekili, bakan, milletekili ve benzeri sıfatlar yazılamaz ve basılı evrak reklam niteliği taşıyacak aşırılıkta olamaz.”

Yasanın ve TBB Meslek Kuralları'nın reklam yasağı ile ilgili hükümlerinin bir kamu hizmeti olarak avukatlık mesleğini, iş temini konusunda meslektaşlar arasında haksız rekabetin önlenmesi, mesleğin ticarileştirilmesi ve avukatın iş sahipleri ve meslek gereği bağlantılı oldukları kurum ve kuruluşlar karşısında bağımsızlığını kaybetme tehlikelerine karşı korumak için getirilen kurallar zinciri olduğu görülmektedir.

Bu açıklamalar karşısında, şikayetlinin kovuşturma konusu edilen antetli kağıtların, idari ve adli yargıda kullanılan kağıtlar olmayıp, Türk Patent Enstitüsü'nde kullanıldığı savunması, avukatlık mesleğinde resmen hak edilmiş bile olsa yasanın izin verdiği unvanlardan başkalarının kullanılamayacağı ve avukatlar arasında farklı ve özel yeteneklere sahip olduğu imajı ile mesleğin ticari bir iş gibi, açık bir reklam alanına taşınarak kullanılmaması ilkesine aykırılık oluşturduğu nazara alındığında, savunmaya itibar etmek mümkün olamamıştır.

Bu nedenlerle, şikayetlilerin eylemi Avukatlık Yasası'nın 55. maddesi ile TBB Meslek Kuralları'nın 7. ve TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 6. maddesine aykırı olmakla disiplin suçunu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuksal isabetsizlik görülmemiş ve eylem kınama cezasını gerektirmesine karşın aleyhte itiraz olmadığından kararın onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, şikayetlilerin itirazlarının reddiyle, aleyhe itiraz olmadığından Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun her iki avukat hakkında uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına katılanların oybirliği ile karar verildi.

T. 01.06.2007
E. 2007/120
K. 2007/181

* **Avukatın, bir meslektaşının tutum ve davranışları hakkındaki düşüncelerini kamuoyuna açıklayamayacağı**
(Av. K. m. 164; TBB Meslek Kuralları m. 26)

Şikayetçi avukat Baro Başkanlığı'na verdiği 09.01.2004 tarihli dilekçesi ile şikayetli avukatın ilama dayanan alacağını tahsili için geldiğinde, aralarında geçen konuşmalar üzerine kendisini genel müdürlüğe şikayet ettiğini, ancak kendisinin meslek etiğine aykırı bir davranışının olmadığını, şikayetlinin genel müdürlüğe dilekçe yazması sonucunda haksız ithamları nedeniyle rencide olduğunu belirterek şikayette bulunmuştur.

İzmir Barosu Yönetim Kurulu, TBB Meslek Kuralları'nın 26. maddesine aykırılık nedeniyle şikayetli avukat hakkında, 1136 sayılı yasanın 164. maddesine aykırı olarak vekalet ücretini talep eden şikayetli avukata önce borcun ödenmesi gerektiğini ileri sürerek şarta bağlı bir tutum sergilemesi nedeniyle şikayetçi avukat hakkında, re'sen disiplin soruşturması açılmasına karar vermiştir.

Şikayetli Av. B.S. yazılı savunmasında, "*yakınanın avukat olduğunu tartışma sonrasında öğrendiğini, kamuoyuna yapılmış bir açıklama olmadığını, sadece bağlı bulunduğu genel müdürlüğe şikayet ettiğini*" savunmuş ve yakınıcının kullandığı ifadelerin alaycı, aşağılayıcı ve hakaret dolu olduğunu belirterek cezalandırılmasını istemiştir.

Hakkında re'sen disiplin soruşturması yapılan Av. N.B. yaptığı sözlü savunmasında, herkese sorduğu gibi meslektaşına da kuruma olan borcun ödenip ödenmediğini sorduğunu, bunun üzerine sinirlenerek kendisi ile böyle konuşamayacağını söyleyip gittiğini, şikayetliyi küçük düşürecek davranışta bulunmadığı gibi alay edici söz de sarf etmediğini ileri sürmüştür.

Baro Disiplin Kurulu, şikayetli Av. B.S.'nin Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 26. maddesine aykırı davrandığı, Av. N.B.'nin ise Avukatlık Yasası'nın 164. maddesine aykırı davrandığı gerekçesiyle ayrı ayrı uyarma cezası ile cezalandırılmalarına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına şikayetli avukatlar itiraz etmiştir.

Şikayetli Av. B. S. itiraz dilekçesinde; şikayetçinin avukat olmadığını, avukatlık görevi yapmadığını, olayda, Meslek Kuralları'nın 26. maddesinde tanımlanan disiplin suçunun unsurlarının oluşmadığını belirterek kendi cezasının kaldırılmasını, diğer şikayetlinin ise daha ağır bir ceza ile cezalandırılmasını talep etmiştir.

Şikayetli Av. N.B. ise itiraz dilekçesinde; Av. B.S'ye yapılan ödemenin şarta bağlanmadığını, görevinin gereklerini yerine getirdiğini, bu durumu hakkında yapılan idari soruşturma sonucunda da anlaşıldığını, 19 yıllık devlet memurluğu yaşantısında kurumu tarafından verilmiş bir cezası olmadığını, bu nedenle Baro Disiplin Kurulu'nun uyarma cezasının kendisini rencide ettiğini belirterek, cezanın kaldırılmasını talep etmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun, şikayetli Av. B.S.'nin Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 26. maddesinde belirtilen, *"hiçbir avukat, bir meslektaşının tutum ve davranışları hakkındaki düşüncelerini kamuoyuna açıklayamaz. Bu yoldaki şikayetlerin mercii yalnız barolardır."* ilkesine aykırı davranıp davranmadığı, şikayetçi avukat N.B. bakımından ise, Avukatlık Yasası'nın 164. maddesinin son fıkrasında, *"dava sonunda, kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. Bu ücret iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez."* kuralına aykırılığın söz konusu olup olmadığına ilişkindir.

Şikayet hakkı anayasal bir hak olup, herkes tarafından yasal koşullarına bağlı olarak tereddütsüz kullanılabilir. Meslek kurallarıyla anayasal bir hakkın ortadan kaldırıldığı düşünülemez. Bu bakımdan, 26. maddede tanımı yapılan meslek kuralına yanlış anlam verilerek, avukat unvanını taşısa da, idari hiyerarşi içerisinde yer alan bir kişi hakkında şikayet dilekçesi verilmiş olmasının disiplin suçu oluşturduğu şeklindeki görüş yasal dayanaktan yoksun bulunmaktadır.

Aynı şekilde, dosyadaki bilgi ve belgelerden sadece sözlü aşamada kalmış kurum borcunun ödenmiş olup olmadığı yönündeki bir sorunun da disiplin suçu olarak değerlendirilmesinde hukuksal isabet görülmemiştir.

Bu nedenlerle, İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nun her iki şikayetli avukat hakkında ki ayrı ayrı uyarma cezası verilmesine ilişkin kararın kaldırılarak, her iki şikayetli avukat hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatların itirazlarının kabulü ile İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukatların uyarma cezası ile cezalandırılmalarına ilişkin 20.10.2006 tarih ve 2005/... esas, 2006/... karar sayılı kararının kaldırılmasına, incelenecek başka husus kalmadığından her iki şikayetli avukat N.B. ve B.S. hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına katılanların oybirliğiyle karar verildi.

T. 01.06.2007

E. 2007/135

K. 2007/192

*** Savunma hakkı sınırları**

(TBB Meslek Kuralları m. 4, 5)

Şikayetli avukat hakkında, Edirne İdare Mahkemesi'nde açtığı iptal davasına ait dilekçesinde şikayetçileri kastederek "*müracaatım değerlendirilmeden, benden daha özellikle olmayan iki avukat benden çok sonra müracaat etmelerine rağmen göreve kabul edilmişlerdir... siyasi amaçlarla ve Edirne Barosu yönetiminde bulunmayı koz olarak kullandığını tahmin ettiğim avukatların benden çok sonra ve süresi dışında müracaat etmelerine rağmen, hiçbir endişeye ve sınava tabi tutulmadan, yasa ve yönetmeliklere aykırı bir şekilde görevlendirilmelerini esefle karşılıyorum*" şeklindeki ifadelerinden dolayı açılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca, eylemin disiplin suçunu oluşturmadığı kanaati ile disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Şikayetli savunmasında, şikayete konu sözlerin şikayetçilere yönelik olmadığını, siyasi amaçlarla işlem yaptıklarını düşündüğü Edirne Valiliği memurlarını kastettiğini, açtığı iptal davasında idarenin siyasi düşüncelerinden dolayı kendisini görevlendirmediklerinden bu hususu davanın hukuki dayanağını olarak gösterdiğini, savunma sınırları içinde olduğunu bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikayetlinin dilekçesinde kullandığı ifadelerin, açtığı davada savunma sınırları içinde kullandığı, şikayetçilere yönelik olmadığından, eylemin disiplin suçunu oluşturmadığı kanaati ile şikayetli hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına karşı itirazda bulunan şikayetçiler itirazlarında, Edirne Valiliği İl Özel İdaresi vekilliğini üstlendiklerini, şikayetlinin bu işlemin iptali için Edirne İdare Mahkemesi'nde açtığını

davanın dilekçesinde, şahıslarını hedef alarak meslek kurallarına aykırı, dayanaksız ithamda bulunduğunu, bu nedenlerle Disiplin Kurulu kararının bozulmasını talep etmişlerdir.

Dosyanın incelenmesinden, aralarında şikayetli ve şikayetçilerin de bulunduğu, 13 avukatın, Edirne Valiliği İl Özel İdare Müdürlüğü vekilliğini üstlenmek için başvuruda bulunduğu, Valilik İl Özel İdaresi tarafından şikayetçi avukatların vekil olarak görevlendirildiği, bu durumu öğrenen şikayetlinin anılan işlemin iptali amacıyla Edirne İdare Mahkemesi'nde 2005/... esas sayılı olan Edirne Valiliği aleyhine iptal davası açtığı, dava dilekçesinde; "*Özel İdareye iki avukatın alındığını öğrendim. Hangi esaslara ve kurallara göre avukat alındığı belli değildir. Siyasi amaçlarla ve Edirne Baro yönetiminde bulunmayı koz olarak kullandığını tahmin ettiğim avukatların benden çok sonra müracaat etmelerine rağmen... görevlendirilmelerini esefle karşılıyorum*" şeklinde ifadelerde bulunduğu görülmüştür.

Şikayetli avukatın, dava dilekçesinde kullandığı ifadeler, doğrudan doğruya İdare Mahkemesi'nde taraf olmayan ve idarenin işe alma ile uyguladığı yöntemin açıklanmasına yönelik sözlerdir.

Bu nedenle, Baro Disiplin Kurulu'nun eylemin disiplin suçunu oluşturmadığına ilişkin hukuksal değerlendirmesinde isabetsizlik görülmemiş, disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararın onanmasına oy çokluğu ile karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçilerin itirazının reddiyle, Edirne Barosu Disiplin Kurulu'nun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararının onanmasına katılanların oy çokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Şikayetlinin kullandığı sözler hak aramaya yönelik olmayıp, doğrudan şikayetçinin şahsına yapılmış olmakla eylem disiplin suçu oluşturmakta olup ceza verilmesi gerekir.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 4. maddesi, "*Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır*", 5. maddesi "*Avukat yazarken de konuşurken de düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklamalıdır.*" hükümlerini amirdir.

Avukat, iddia ve eleştirilerinde daima uygar ve bilimsel ölçüler içinde kalmak, örnek teşkil edecek incelik ve zarafet içinde olmak zorundadır.

Şikayetli avukatın dilekçesinde kullandığı sözler, yargılamanın hukuksal yönü ile ilgili olarak, *“hakkın ortaya çıkarılmasına yararlı, etkili ve hatta zaruri açıklama”*, *“objektiflik, gerçek ve somut vakalara dayanma”*, *“uyuşmazlıkla bağlantılılık”* ve *“hukuki açıklama”* esaslarına uygun açıklama olarak kabul edilemeyeceği ve savunma hakkı sınırları dışında olduğundan, eylem disiplin suçu oluşturmakta olup yeniden inceleme ve araştırmayı gerektirir bir husus bulunmadığından uyarma cezası tayini gerekir.

T. 01.06.2007
E. 2007/136
K. 2007/193

- * Mükerrer avukatlık ücreti talep ve tahsil edilmesi
- * Avukatın kendisiyle ilgili her türlü belgeyi baroda görmek hakkına sahip olması
- * Disiplin Kurulu üyesinin Baro Yönetim Kurulu üyesi iken soruşturmada görev almasının usule aykırı olması
(Av. K. m. 34, 46, 54, 147, 149, 158, 161; TBB Meslek Kuralları m. 3, 16; Esnaf ve Sanatkarlar Kredi ve Kefalet Ana Sözleşmesi m. 19, 66)

Söke İcra Müdürlüğü'nün 2005/... sayılı dosyası ile ilamsız icra takibini açan şikayetli Av. E.B. ve dosyadan para çeken Av. M.T. hakkında mükerrer avukatlık ücreti talep ve tahsil ettikleri, bu nedenle Avukatlık Yasası'nın 34, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3. maddesine aykırı davrandıkları iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonucu eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetliler kooperatife üye olanların ana sözleşmeyi kabul ederek üye olduklarını, Esnaf ve Sanatkarlar Kredi ve Kefalet Ana Sözleşmesi'nin 66. maddesinin, *“Aldıkları kredileri vadesinde ödemeyen veya borçları ertelenmeyen ortaklar ve kefilleri aleyhine yapılacak takibin mas-*

rafları ortak ve kefillere ait olup, ilk alınacak paradan mahsup olunur.” hükmünü bildiklerini, 17.11.2005 tarihli takip talebinde ana alacakla birlikte talep olunun vekalet ücretinin hukuksal dayanağının 06.07.2004 tarihli kredi sözleşmesinin 19. maddesindeki, “ *Müşteri herhangi bir icra takibatına maruz kaldığı takdirde vekalet ücreti her türlü icra ve mahkeme masraflarını ödemekle yükümlüdür.”* hükmü olduğunu, kooperatifin vekillerine ödemek zorunda olduğu avukatlık ücretinin kooperatif ana sözleşmesi ve kredi sözleşmesine dayalı olarak talep edildiğini, hukuki vasıf ve mahiyetleri birbirinden farklı olan vekalet ücretlerinin (birinin 1136 sayılı yasadan, diğerinin sözleşmenin 19. maddesi hükmünden kaynaklanması nedeniyle) bu şekilde talep edilmesinin yasaya aykırı bir yönü olmadığını, Avukatlık Yasası’nın 147, 149 ve 161. maddelerine dayalı olarak icra hukukunda yetkin bir isim olan Av. Talih Uyar’ın bilirkişi olarak görevlendirilerek şikayet konusu icra takibi hakkında icra hukuku ve disiplin hukuku yönünden ayrıntılı rapor istenmesini talep etmelerine karşın taleplerinin reddedildiğini,

29.05.2006 günlü dilekçe ile kovuşturmanın Avukatlık Yasası’nın 144/1 son maddesi uyarınca duruşmalı olarak yapılmasını talep ettikleri halde duruşma yapılarak sözlü savunmalarının alınmadığını,

Soruşturma sırasında 24.04.2006 tarihli dilekçe ile avukat sıfatını kullanmadan 4982 sayılı Bilgi Edinme Yasası’na müsteniden dosyadan örnek talep etmelerine karşın, Avukatlık Yasası’nın 46, 54. ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’nın 16. maddesi uyarınca verilmeyerek savunma haklarının kısıtlandığını, T.C. Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu’nun 12.07.2006 tarih ve 2006/541 sayılı oy çokluğu ile alınan kararla haklılıklarının kanıtlandığını,

Disiplin Kurulu üyesi Av. F.K.’nin Söke 2. Noterliği’nin 14.04.2005 tarih ve 4356 yevmiye no.lu vekaletnamesine istinaden yakınan A.Ö.’nün Söke İcra Müdürlüğü’nün 2006/... esas sayılı dosyasında vekil olmasına karşın kuruldan çekilmediği gibi, yeni öğrendiklerinden ret de edemediklerini,

Disiplin Kurulu üyesi Av. C.C’nin yönetim kurulu üyesi sıfatıyla soruşturmada rapor hazırladığını, 22.01.2007 tarihli karar oturumuna “ *ilgisi nedeniyle katılmadığı*” bildirilmiş ise de, önceki oturumlara katıldığını, usul ve yasaya aykırı kararın bozulmasını talep etmişlerdir.

Avukatlık Yasası'nın 146. maddesi, "Disiplin Kurulu, delillerin gösterilme ve inceleme şeklini, istek veya feragatle yahut evvelce verilmiş kararlara bağlı olmaksızın tayin ve takdir eder.", Avukatlık Yasası'nın 158. maddesi, "Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu ve barolar disiplin kurulları, gösterilen delilleri, soruşturma ve duruşmadan edinecekleri kaniya göre serbestçe takdir ederler. Bu kurullar disiplin cezalarının verilmesinde; avukatlık onurunu, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarını ve itibarını korumak ve mesleğin amaç ve gereklerine ve adalete uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak ilkelerini göz önünde tutarlar." hükümleri uyarınca, delillerin gösterilme ve incelenme şeklini takdirde tam yetkili olup delilleri soruşturma ve duruşmadan edinecekleri kaniya göre serbestçe takdir ederler.

Bu nedenle özellikle hukuksal bir konuda bilirkişi incelemesi yapılması hususundaki talebin reddinde yasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

29.05.2006 tarihli dilekçe ile duruşma talebinde bulunulduğu ve sözlü savunmalarının alınmadığı ve bu nedenle savunma hakkının kısıtlandığı bildirilmiş ise de; 29.05.2006 günlü ifade tutanağındaki "Öncelikle sunmuş olduğum yazılı savunmamı aynen tekrar ediyorum... Aynı şekilde yazılı savunmamın bir suretini kurulunuza da sunuyorum. Yazılı savunmalarına ekleyecek başkaca bir husus yoktur." beyanları karşısında duruşma yapılmadığı, savunma alınmadığı, savunma haklarının kısıtlandığı yönündeki itirazın yasal ve haklı olmadığı açıktır.

Avukatlık sıfatı kullanılmadan 4982 sayılı Bilgi Edinme Yasası hükümlerine göre örnek talep edildiği ve Avukatlık Yasası ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'na dayalı olarak verilmediği ve bu nedenle de savunma hakkının kısıtlanmış olduğu bildirilmiş ise de;

Avukatlık Yasası'nın 46. maddesinde, "Avukat veya stajyer vekaletname olmaksızın dava ve takip dosyalarını inceleyebilir. Bu inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesi zorunludur.", 54. maddesinde, "Levhada yazılı olan her avukatın bağlı olduğu baroda, Türkiye Barolar Birliği'nden gönderilen örneğe göre düzenlenecek bir sicil cüzdanı bulunur. Bu cüzdan gizlidir; ancak sahibi veya vekalet vereceği başka bir avukat tarafından her zaman görülebilir ve gerekli not alınabilir." hükümlerinin lafzı ve ruhu,

Avukatlık Yasası'nın 34. maddesi uyarınca Türkiye Barolar Birliği genel kurullarınca belirlenen Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları maddeleri, "Avukat kendisiyle ilgili her türlü belgeleri baroda görmek hakkı-

nı haizdir." amir hükmü karşısında *"evrakı görmek hakkı, suret almayı da kapsadığından"*, avukatlık sıfatı kullanılmadan yapılan bilgi talebinin reddi ile savunma hakkının kısıtlandığı yönündeki itirazın usul ve yasa aykırı olduğu tartışmasızdır.

Ancak Disiplin Kurulu üyesi Av. C.C.'nin Baro Yönetim Kurulu üyesi iken rapor hazırladığı görülmekle, her ne kadar 22.01.2007 günlü oturuma katılmamış ve karara imza atmamış ise de; soruşturmada görev alması karşısında Baro Disiplin Kurulu'nun kovuşturmadaki 30.10.2006, 04.12.2006 günlü oturumlarına katıldığı,

Disiplin Kurulu üyesi Av. F.K.'nın Söke İcra Müdürlüğü'nün 2006/... esas sayılı dosyasında 14.04.2005 tarihli vekaletnameye müsteniden şikayetçi A.Ö. vekili ise, kurul üyeliğinden çekilmesi gerektiği tartışmasız olduğundan işin esasına girilmeden kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli Av. E.B. ve Av. M.T. vekili Av. Y.T.'nin itirazının kabulü ile, Aydın Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının bozulmasına katılanların oybirliği ile karar verildi.

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ

KARARLARI

EVANS / BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI

(Başvuru No: 6339/05)

Çev.: Alper Can AYKAÇ

HÜKÜM
Strazburg
10 Nisan 2007

Bu hüküm kesinleşmiştir, ancak yazımı açısından yeniden gözden geçirilebilir.

Evans / Birleşik Krallık davasında

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi'ni oluşturanlar,

Başkan Bay C.L. Rozakis,

Yargıçlar Bay J.-P. Costa,

Sir Nicolas Bratza,

Bay B.M. Zupančič,

Bay P. Lorenzen,

Bay R. Türmen,

Bay V. Butkevych,

Bayan N. Vajić,

Bayan M. Tsatsa-Nikolovska,

Bay A.B. Baka,

Bay A. Kovler,

Bay V. Zagrebelsky,

Bayan A. Mularoni,

* Av., Eskişehir Barosu.

Bay D. Spielmann,
 Bayan R. Jaeger,
 Bay David Thór Björgvinsson,
 Bayan I. Ziemele,
 Katip Bay E. Fribergh,

22 Kasım 2006 ve 12 Mart 2007 tarihlerinde özel bir şekilde görüşerek, kabul edilen aşağıdaki hükmü belirtilen ikinci tarihte göndermişlerdir.

USULÎ İŞLEMLER

1. Britanya vatandaşı Bayan Natalie Evans ("*başvuran*") tarafından İnsan Haklarına ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Sözleşme'nin ("*sözleşme*") 34. maddesi uyarınca Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı'na karşı yapılan başvuru (no: 6339/05) üzerine 11 Şubat 2005 tarihinde dava ikame edildi.

2. Kendisine adli yardım hakkı tanınan başvuran, Londra'da avukatlık yapan Bay M. Lyons tarafından temsil edilmiştir. Britanya Hükümeti ("*hükümet*") kendi ajanı İngiliz Uluslar Topluluğu ve Dışişleri Bakanlığı'ndan Bayan E. Willmott ve Bayan Kate McCleery tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuran, sözleşmenin 2, 8 ve 14. maddeleri uyarınca, eski eşi ile birlikte oluşturduğu embriyoların saklanması ve kullanılması konusundaki eski eşinin rızasını geri almasına etkili bir biçimde izin veren yerel hukuktan yakınmıştır.

4. Başvuru, mahkemenin dördüncü bölümüne gönderilmiştir (mahkeme içtüzüğü 52/1. maddesi). Bölüm içerisinde, davayı değerlendiren daire (sözleşmenin 27/1. maddesi), içtüzüğün 26/1. maddesi uyarınca kurulmuştur.

5. 27 Şubat 2005 tarihinde daire başkanı, mahkemenin davanın esası hakkındaki herhangi bir kararına önyargı oluşturmaksızın, mahkeme içtüzüğünün 39. maddesi uyarınca, mahkeme bu davanın incelemesini sonlandırınca dek, başvuranın şikâyetinin temel sorununun yok edilmesine dayanan embriyoların korunmalarını sağlamak için hükümetin uygun tedbirleri almasının, işlemlerin iyi yürütülmesi menfaatinin içerisinde, arzu edildiğini hükümete bildirmeye karar vermiştir. Aynı tarihte başkan, içtüzüğün 41. maddesi uyarınca, başvurunun öncelikle ele alınmasına; sözleşmenin 29/3. ve içtüzüğün 54A maddesi doğrultusunda, kabul edilebilirliğin ve esasın bir arada incelenmesine;

içtüzüğün 54/2 (b) hükmü uyarınca, davanın kabul edilebilirliği ve esası üzerinde gözlemlerini yazılı olarak sunması için hükümetin davet edilmesine karar vermiştir.

6. 7 Mart 2006 tarihinde, kabul edilebilirlik ve esas sorunları ile ilgili duruşmanın sonrasında (içtüzük m. 54/3), başkan Bay J. Casadevall, Yargıçlar Sir Nicolas Bratza, Bay M. Pellonpää, Bay R. Maruste, Bay K. Traja, Bayan L. Mijovic ve Bay J. Šikuta, ve daire katibi Bay M. O'Boyle'dan oluşan daire, başvurunun kabul edilebilir olduğunu; oybirliği ile sözleşmenin 2. ve 14. maddelerinin ihlal edilmediğini ve ikiye karşı beş oyçokluğu ile sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edilmediğini açıklamıştır. Bay Traja ve Bayan Mijovic'in ortak karşı görüşü hükme eklenmiştir.¹

7. 5 Haziran 2006 tarihinde başvuran sözleşmenin 43. maddesi uyarınca davanın büyük daireye gönderilmesini talep etmiştir. Büyük daire genel kurulu 3 Temmuz 2006 tarihinde talebi kabul etmiştir. Aynı tarihte, mahkeme başkanı, mahkeme içtüzüğünün 39. maddesi uyarınca hükümete gönderilen 22 Şubat 2005 tarihli bildirim süresini uzatmıştır (bkz. yukarıda 5. paragraf).

8. Büyük dairenin oluşumu sözleşmenin 27/1 ile 27/2. maddelerinin ve içtüzük'ün 24. maddesinin hükümleri uyarınca belirlenmiştir.

9. Başvuran ve hükümet ayrı ayrı esas hakkındaki beyanlarını iletmışlerdir.

10. Duruşma, Strazburg İnsan Hakları Binası'nda 22 Kasım 2006 tarihinde düzenlenmiştir.

Mahkeme huzurunda bulunanlar:

(a) Hükümet adına

Ajanlar Bayan Helen MULVEIN,

Hukuk Müşavirleri Bay Philip SALES, Q.C.

Bay Philip SALES,

Danışmanlar Bayan Karen ARNOLD,

Bayan Gwen SKINNER;

(b) Başvuran adına

Hukuk Müşavirleri Bay Robin TOLSON, Q.C.,

Bayan Susan FREEBORN,

¹ Bu çevirinin kaynak metninin büyük daire hükmü olmasına rağmen, 4. daire hükmüne eklenen Bay Traja ve Bayan Mijovic'in ortak karşı görüşünü metnin sonunda bulabilirsiniz, bu karşı görüşte yer alan paragraf atıfları 4. daire hükmüne aittir. [ÇN]

Solicitor Bay Muiris LYONS,
Danışman Bayan Anita MURPHY O'REILLY,
Başvuran Bayan Natalie EVANS,

Mahkeme, Yargıçlar, Judges Spielmann, Türmen, Myjer, David Thór Björgvinsson, Costa ve Zagrebelsky tarafından sorulan sorulara verilen Bay Sales ve Bay Tolson'un yanıtlarının yanı sıra, Bay Sales ve Bay Tolson'un söylevlerini de dinledi.

OLGULAR

DAVANIN KOŞULLARI

11. Başvuran Ekim 1971'de doğmuştur ve Wiltshire'da yaşar.

12. Tarafların sözlü ifadelerini (bkz. aşağıda 20. paragraf) dinleyen Yargıç Bay Wall'ın ("*Y Wall*") bulduğu kadarıyla elde edilen olgular aşağıdadır.

A. IVF (Tüp Bebek) Tedavisi

13. 12 Temmuz 2000 tarihinde Bath Gebelik Destek Kliniği'nde ("*klinik*") başvuran ile başvuranın eşi, J (Kasım 1976 doğumlu), tedaviye başladılar. Başvuran evli olduğu zamanlar, beş yıl önce tedavi olmak için kliniğe müracaat etmişti ama evlilik birliğinin sarsılması nedeniyle bunu takip edemedi.

14. 10 Ekim 2000 tarihinde başvuran ve J, klinikteki randevu sırasında ilk testlerin başvuranın iki yumurtalığında da kanser öncesi ciddi tümörleri taşıdığını ortaya çıkardığı ve yumurtalıkların alınması gerektiği konusunda bilgilendirildiler. Kendilerine, tümörlerin yavaşça büyümesinden dolayı birkaç yumurtanın tüp bebek ("*IVF*") için alınabileceği ancak bunun bir an önce yapılması gerektiği anlatıldı.

15. 10 Ekim 2000 tarihli danışma, toplamda yaklaşık bir saat sürdü. Bir hemşire, başvuranın ve J'nin IVF tedavisi için birer rıza belgesi imzalamaları gerektiğini ve 1990 İnsan Üremesi ve Embriyoloji Kanunu ("*1990 kanunu*") hükümleri doğrultusunda başvuranın rahmine embriyoların yerleştirilmesinden önce, her biri için rızayı geri almanın herhangi bir zamanda mümkün olduğunu (aşağıda 37. paragraf), açıkladı. Başvuran, kendi döllenmemiş yumurtalarının dondurulmasının mümkün olup olmadığını sordu, ancak başarı olasılığının daha düşük olduğu bu işlemin klinikte yapılmadığı yönünde bilgilendirildi. Bu sırada J başvurana, kendilerinin ayrılmayacaklarını; yumurtalarını dondurmayı düşünmenin gereksiz olduğunu; olumsuzluğa kapılmaması

gerektiğini ve çocuğunun babası olmak istediğini söyleyerek güven verdi.

16. Daha sonra 1990 kanunu tarafından belirlenen formu imzalayarak, eşler gerekli rızalarını gösterdi. (bkz. aşağıda 37. paragraf)

Form başlığının hemen altında şu sözlere rastlanmıştır:

“Bu sorunlar hakkında bilgi almadıysanız ve size danışmanlık teklif edilmediyse bu formu imzalamayın. Kullanılmış olan sperm ve embriyolarla ilgili olanlar dışında bu rızanın şartlarını herhangi bir zaman değiştirebilirsiniz. Lütfen uygun biçimde numaraları girin veya kutucukları işaretleyin.”

17. 12 Kasım 2001 tarihinde çift, klinikte bulunmuş; on bir yumurta toplanmış ve döllenmiştir. Altı embriyo yaratılmış ve saklama işlemine alınmıştır. 26 Kasım’da başvuran yumurtalıklarını aldırarak için bir ameliyat geçirmiştir. Başvurana embriyoların rahmine yerleştirilmesinden önce iki yıl beklemesi gerektiği anlatılmıştır.

B. Yüksek Mahkeme İşlemleri

18. 2002 Mayıs’ında ilişki son bulmuştur. Embriyoların geleceği taraflar arasında tartışma konusu haline gelmiştir. 4 Temmuz 2002 tarihinde J, ayrılığı bildirmek ve embriyoların yok edilmesi amacıyla kliniğe yazı yazmıştır.

19. Klinik, J’nin embriyoların ileride kullanılmasına ilişkin rızasını geri aldığı ve 1990 kanununun 3. maddesinin 8 (2). maddesine (bkz. aşağıda 37. paragraf) uygun olarak embriyoları yok etmekle yükümlü olduklarını başvurana bildirmiştir. Başvuran embriyoların kullanılması ve saklanmasına ilişkin J’nin rızasını iade etmesini gerektiren bir emir ve diğerlerinin arasında, J’nin 10 Ekim 2001 tarihli rızasını değiştiremediğini ve değiştiremeyeceğini açıklayan bir bildiri talebiyle, Yüksek Mahkeme’deki işlemleri başlatmıştır. Bunun yanında, 1990 kanununun 12. maddesinin² -3. maddesinin- sözleşmenin 2., 8. ve 14. maddeleri altındaki başvuranın haklarını ihlal etmesi sonucu 1998 İnsan Hakları Kanunu uyarınca bağdaşmazlık bildirisi talep etmiştir. Ayrıca 2. ve 8. maddelerce embriyoların korunmaya ehil olduğunu iddia etmiştir. İşlemler sonlanuncaya dek, kliniğin embriyoları korumasını gerektiren geçici karar alınmıştır.

² 1990 kanununun 12. maddesi, rıza konusunda ayrıntılı bir açıklama getiren 3. tarife uymayı gerektirir. Buradaki “tarife”yi (Schedule), yasa koyucunun ayrıntılı olarak hazırladığı ek düzenleme olarak ele aldım. Diğer bir deyişle, bu metin içerisindeki anlamıyla “tarife”, yönetmelik gibi ayrıntı içeren ve birincil yasa koyucu tarafından kabul edilen yasa hükmünde bir düzenlemeyi teşkil etmektedir. (ÇN).

20. Duruşma Yargıcı, Y Wall, beş gün sonra davayı ele almış ve diğerlerinin arasında, J ve başvurandan delilleri elde etmiştir. 1 Ekim 2003 tarihinde başvuranın iddialarını 65 sayfalık bir hüküm ile (*Evans/ Amicus Healthcare Ltd ve diğerleri*, [2003] EWHC 2161 (Fam)) reddetmiştir.

21. Y Wall, 1990 kanununun koşulları uyarınca ve kamu politikası bakımından, koşullardaki herhangi bir değişiklikten bağımsız olarak embriyoların kullanımına yönelik J'nin eşitlikçi olmayan bir rıza göstermesinin mümkün olmadığı; olay bakımından, J'nin yalnızca başvuran ile "birlikte" tedaviye rıza gösterdiği ve ilişkinin bitmesi durumunda başvuranın tedaviye devam etmesine rıza göstermediği sonucuna varmıştır. Bu yüzden, J'nin ve başvuranın ikisinin de ilişkinin devam etmesi koşuluyla tedavi olmayı yüklediklerini tespit eden Y Wall, J'nin kendi rızasını geri almaktan men edilmesine yönelik başvuran talebini reddetmiştir. 10 Ekim 2001 tarihinde J, her zaman kendisini yükümlü kılmaksızın, o anki duyguları dürüstçe ifade ederek; başvurana sevdiği ve başvuranın çocuğunun babası olmak istediği konusunda başvurana güven vermekle elinden gelenin en iyisini yapmıştır. Y Wall, kişisel ilişkiler içerisinde bu tür sevgili davranışlarına ve teminatlarına sıklıkla rastlandığını fakat bunların kalıcı, yasal etkisinin bulunmadığını ve bulunamayacağını gözlemlemiştir. J ile IVF tedavisine başlayan başvuran, kendisi için açık olan tek gerçekçi yolu seçmiştir. Y Wall şöyle devam etmiştir:

"Her ne kadar, bu konuda yanılıyor olsam dahi ve kanun içeriğinde böyle bir men etme olanağı olsa dahi; açıkladığım gerekçeler ışığında, [J]'nin rızasını geri çekmesine izin vermenin vicdana aykırı olacağını düşünmezdim. Parlamento'nun kabul ettiği tarife kapsamında kanunun kendisine verdiği hak açıktır. Kendisinin 10 Ekim 2001'de gösterdiği rıza buna dayanmaktadır. Değişen koşullara bağlı olarak, kendisi için, Bayan Evans'ın çocuğuna baba olmak istememesi kesinlikle makuldür."

22. Başvuranın sözleşmeye dayalı iddiaları için, Y Wall, özetle, embriyonun sözleşme uyarınca korunan haklara sahip bir kişi olmadığı ve başvuranın aile yaşamına saygı gösterme hakkının doğmadığının üzerinde durmuştur. 1990 kanununun ilgili hükmünün tarafların ikisinin de özel yaşamlarına etki ettiğini kabul etmiştir, ancak rızanın ikiz direği ve doğmamış çocuğun çıkarları üzerine kurulan bir tedavi rejimi öngören yasama düzenlemesinin etkisinin orantılı olduğunu belirtmiştir. IVF tedavisine başlayan çiftlerin tedavi hakkında anlaşmış olmaları

rını arayan ve embriyoların kadına naklinden önce taraflara rızalarını geri alma izni veren hukukun yerinde olduğunu düşünmüştür.

23. Y Wall, kanunun 3. tarifesinin (aşağıda, 37. paragraf) cinsel ayırmıcılıktan bağımsız olarak tüm hastalara eşit biçimde uygulandığını vurgulamıştır ve ortak rıza gerekliliğinin kısır erkeği de benzer biçimde nasıl etkilediğinin örneği ile sonuçlandırmıştır.

“Eğer bir adam testis kanseri olsaydı ve onu sürekli kısırlaştırılan radikal cerrahiden önce saklanan spermisi eşiyile birlikte embriyo yaratmak için kullanılsaydı ve eğer embriyolar kadına nakledilmeden önce çift ayrılıysaydı, hiç kimse kadının tedavi için rızasını geri alamayacağını ve embriyoların kendisine nakledilmesini reddedemeyeceğini öne süremezdi. Yasal hükümler, sözleşmedeki haklar gibi kadın ve erkeğe eşit olarak uygulanır.”

C. Yüksek Mahkeme İşlemleri

24. Başvuranın Temyiz Mahkemesi'ne itirazı 25 Haziran 2004'te gönderilen bir hüküm (*Evans/Amicus Healthcare Ltd*, [2004] EWCA Civ 727) ile reddedildi.

Mahkeme, 1990 kanununun açık politikasının iki tarafın devam eden rızalarını tedaviye başlanmasından embriyonun yerleştirilmesi anına kadar temin etmek durumunda olduğuna ve *“mahkemenin parlamento düzenlemesiyle uyumayan bir vazgeçme ilkesini oluştururken veya tanırken son derece yavaş davranması gerektiği”*ne inanmıştır. Tıpkı Y Wall gibi Temyiz Mahkemesi'de, J'nin yalnızca başvuran ile *“birlikte tedavi”* olmaya rıza gösterdiğini ve ortaklaşa oluşturulan embriyoları başvuranın tek başına kullanmasına rıza göstermediğini tespit etmiştir. İlişki sona erdikten ve J embriyoların başvuran tarafından saklanmasını ve kullanılmasını istemediğini belirttikten sonra, artık onlar *“birlikte”* tedavi görüyor sayılmazlar. Başvuranın, J'nin ve diğer tanıkların sözlü kanıtlarını (bkz. yukarıda, 20. paragraf) değerlendirerek aşikâr üstünlüğüne sahip olan duruşma yargıcının bulgularına haksız yere karşı koymak olduğunu düşünmek suretiyle; Temyiz Mahkemesi J'nin kararsızlığını gizlediğini ki böylece başvuranın J ile birlikte çift tedavisine başladığı yönündeki başvuranın savını reddetmiştir. Temyiz Mahkemesi, rızasını geri almasındaki J'nin açık konumunun yalnızca finansal itirazdan ziyade daha temel bir itirazı teşkil ettiği konusunda J'nin danışmanı tarafından bilgilendirilmiştir.

25. Tarafların özel yaşamlarına müdahalenin söz konusu olduğu konusunda, Lord Yargıçlar Thorpe ve Sedley aşağıdaki nedenler ile bunu haklı ve orantılı bulmuşlardır:

“Burada iddia edilen en az şiddetli araç, sonucu varmayan [J'nin] rızasını geri almaya yönelik yasa koyucunun kuralıdır. Bu kural [başvuranın] başka bir yolla doğum yapmaya elverişli olmadığı nedeniyle, [başvurana] tedavinin devamını isteme yetkisini verebilirdi. Fakat [başvuranın] özel hayatıyla uyumlu olan saygıyı çoğalttığı oranda [J'nin] özel hayatına borçlu olan saygıyı azaltan bu tür bir kural, [başvuran] tarafından doğurulan bir çocuğun babası olmaması yönündeki [J'nin] katı isteğine de ağırlık vermedikçe, uygulanamaz. Ayrıca yasama, buna ağırlık vermek amacıyla, İnsan Üremesi ve Embriyoloji Makamı veya kliniği ya da ikisinden de ahlakî ve toplumsal politika ile insan sempatisi (duygudaşlığı) üzerinde temellenmiş bir hüküm vermelerini aramak zorunda kalırdı. Bununla birlikte kıyaslanamayan şeyler arasında denge kurulmasını da arayabilirdi...”

...Parlamento tarafından fark edildiği kadarıyla ihtiyaç, kurulmaya yönelik iki taraflı rıza içindir, sadece genetik malzemeleri almak ve saklamak değildir ve eğer rızanın bir tarafı etkinliğini sürdürmezse, bu ihtiyaç karşılanamaz. [Başvuranın] aksi haldeki önüne geçilemez biyolojik elverişsizliklerini karşılama amacıyla, erkeğin rızasının uygun ama sonuçsuz bir biçimde geri alınması suretiyle, orantılılığın menfaatine olan bu gerekliliği seyretmek, yeni ve hatta daha da önüne geçilemez uyuşmazlık ve keyfîlik zorlukları doğururdu. Herhangi birinin [başvuran] için hissetmesi gereken sempati ve endişe... yasama ya ilişkin düzenlemeyi orantısız hale getirmek için yeterli değildir.”

26. Lady Yargıç Arden giriş kısmında şunları belirtmiştir:

“1990 kanunu gametler ve embriyolar gibi kaçınılmaz olarak klinik dilini kullanır. Ancak 1990 kanununun, eğer yerleştirilmişse, bir çocuğun doğumuna yol açabilen, iki kişinin genetik malzemeleri ile kısırlık gibi çok duygusal bu sorunla ilgili olduğu açıktır... kısırlık, bir erkeği ya da kadını büyük bir kişisel çöküntüden muzdarip hale getirebilir. Kadın açısından bu çocuğa hayat verebilirlik, birçok kadına, mükemmel bir hayat amacı ve tamamlanma hissi verebilir. Bu da saygınlıkları ve kişilik hisleri ile ilgilidir.”

LY Arden, şöyle devam etmiştir:

“Lord Yargıçlar Thorpe ve Sedley gibi, ben de 1990 kanunun mevcut halindeki gibi rıza koşulunun değişmemesi ve devam etmesi gerekliliğinin sözleşmedeki 8/2. maddeye uygun olduğu görüşündeyim ... taraflar arasındaki kurulu denge, etik hükmün hassas bir alanı olduğu kadarıyla, Parlamento için öncelikli bir mesele olmalıdır ...parlamento, “hiç kimse, genetik ebeveynin rı-

zasına duyulan ihtiyacı çiğneme yetkisine sahip olmamalıdır" görüşünü benimsemiştir. Bu tür bir yetkiyi haiz olmama görüşü, kanaatimce bu davanın olguları tarafından örneklendirilmiştir. Tarafların kişisel durumları, tedavinin başlangıcındaki durumlarından farklıdır ve [J'nin] rızasını geri almasının [başvuran] üzerindeki etkisinin, [J'nin] rızasının geri alınmasının geçersizliğinin [J] üzerindeki etkisinden daha büyük olup olmadığını yargılamak mahkeme için zor olurdu. Mahkeme hangi değerlendirmeyi yapmak durumunda olduğu konusunda bir fikre sahip değildir. Asıl konu, her bir kişinin özel hayatına müdahaleye karşı korunma hakkı olduğudur. Bu, şahsî irade ya da kendini yönetme ilkelerinin bir görünümüdür. [J'nin] hakkına müdahalenin, [başvuranın] hakkını korumak için gerekli olduğu temelinde meşrulaştırıldığı söylenemez, çünkü kadının hakkı erkeğin hakkı ile aynı biçimde kazanılmıştır. 8. maddedeki hakların kesin sınırı tanımlanmamış olsa bile, bunlar eşdeğer hak olmalıdırlar.

Başvuranın özel yaşamına müdahale de 8/2. madde ile meşrulaştırılmıştır, çünkü başvuranın savı başarılı olursa, bu, genetik babanın ebeveyn olmamasına karar verme hakkına müdahaleye kadar varırdı. Annelik [başvuran] için elbette zorunlu olamaz ve aynı şekilde babalık da, [J] için zorunlu olamaz, özellikle de mevcut davada olduğu gibi çocuk hakları gereğince muhtemelen finansal sorumluluğu içereceği durumlarda."

27. Ayrımcılık sorunu konusunda, Lord Yargıçlar Thorpe ve Sedley doğru karşılaştırmanın, rızalarını geri alan eşlere ve bunu yapmayan eşlere sahip olan IVF tedavisi isteyen kadınlar arasında olduğu; Lady Yargıç Arden ise olağan ilişkiden sonraki aşamada IVF rızasını geri alma olanağı bulunan genetik baba itibarıyla, doğurgan ve kısır kadınların gerçek karşılaştırılanlar olduğu sonucuna varmışlardır. Bununla birlikte üç yargıç da, karşılaştırma nasıl yapılırsa yapılsın, 8. maddenin ihlal edilmediği bulgusunun altında yatan nedenlerle tedavideki farklılığın meşru ve sözleşmenin 14. maddesine uygun olduğu konusunda görüş birliğindedirler. Ayrıca Temyiz Mahkemesi, böyle bir embriyo bir yana dursun, doğum anı öncesindeki bir ceninin iç hukuk uyarınca bağımsız hak ve çıkarlara sahip olmaması nedeniyle, bir embriyonun 2. madde uyarınca korunmaya ehil olmadığı yönündeki Y Wall'ın bulgularına karşı temyiz istemini reddetmiştir.

28. 29 Kasım 2004 tarihinde Lordlar Kamarası, Temyiz Mahkemesi hükmüne karşı başvuranın temyiz istemini reddetmiştir.

SÖZLEŞME DIŞI İLGİLİ MATERYAL

A. İç Hukuk: 1990 Kanunu

1. Warnock Raporu

29. Temmuz 1978'de IVF ile ilk çocuğun doğması, "insan üremesi ve embriyoloji ile ilgili tıbbî ve bilimsel alanlardaki yakın ve olası gelişmeleri değerlendirmek; bu gelişmelerin yasal, etik ve toplumsal açılardan takdirini içeren politika ve güvenlik önlemlerinin ne olduğunu değerlendirmek ve tavsiyelerde bulunmak" için Dame Mary Warnock DBE başkanlığındaki İnceleme Kurulunun Temmuz 1982'de oluşturulmasına yol açan Birleşik Krallık'taki etik ve bilimsel tartışmaları fazlaca hareketlendirmiştir.

30. Kurul, Temmuz 1984'te rapor sunmuştur (Cmnd 9314). Bu dönemde gelecekte kullanılmak üzere insan embriyosunu dondurma tekniği başlangıç aşamasındaydı fakat kurul, bu tekniğin yaşayan bir doğumu meydana getirdiğini ve neticelendirdiğini dikkate almıştır ve ruhsat organının görüşü uyarınca geliştirme amacıyla, donmuş embriyoların klinik kullanımının devam etmesi gerektiğini tavsiye etmiştir (Rapor, § 10.3). Ancak kurul, insan embriyosunun uzun süreli saklanması olasılığından doğan potansiyel sorunları tanımak durumunda kalmış ve bir çiftin en fazla on yıl boyunca embriyoları kendi kullandıkları için saklayabilmeleri gerektiğini, bu süre sonunda kullanma ya da tasarruf hakkının saklama makamına geçmesi gerektiğini tavsiye etmiştir (Rapor, § 10.10). Bununla birlikte kurul, örneğin evliliğin sona ermesi gibi bir durumda embriyoların nasıl kullanılması gerektiğine ilişkin çift arasında bir anlaşmanın bulunmaması halinde, embriyoyu kullanmayı ya da tasarrufu belirleme hakkının saklama makamına geçmesi gerektiğini tavsiye etmiştir (Rapor, § 10.13). İnsan embriyosunun mülkiyetinin bulunmaması gerektiğine dair kendi görüşü ile tutarlı olarak (Rapor, § 10.11), kurul, uyuşmazlık içerisindeki taraflardan birinin isteklerinin aksine, diğerinin embriyoyu kullanabilmesi gerektiği konusunu değerlendirmemiştir.

2. Danışma ve Yasamanın Kabulü

31. IVF tedavisiyle ilgili olduğu ölçüde Warnock Kurulu'nun tavsiyeleri, kamuoyu için hazırlanan Green Paper³ (danışma belgesi) içerisinde düzenlenmiştir. Çift arasında bir anlaşmanın bulunmadığı durumlarda saklama makamının embriyoyu kullanma ya da tasarruf

³ Green Paper: Tasarı hakkında tartışmayı teşvik için yayımlanan hükümetin öncelikli raporu (ÇN).

haklarını üstlenmesi gerektiğine ilişkin kurul tavsiyeleri hakkında birkaç yoruma Green Paper içerisinde (§ 35) yer verilmiştir ve bu durumun çok sık karşılaşılabilecek bir durum olmamasına rağmen, “açık temelli” bir çözüm olması açısından bunun önemli olduğunun üzerinde durulmuştur.

32. İlgili tarafların sunumları alındıktan sonra, IVF’ye ilişkin teklifler, Kasım 1987’de yayımlanan White Paper, *İnsan Üremesi ve Embriyoloji: Yasama için Taslak*, içerisinde toplamıştır. White Paper, Warnock Kurulu’na ait olan, ilgili çiftin arasındaki anlaşmazlık durumunda dondurulmuş embriyoyu kullanma ya da tasarruf hakkının saklama makamına geçmesi gerektiği yönündeki tavsiyeyi kaydetmiş (§§ 50-51) fakat şöyle devam etmiştir:

“Genel olarak, saklamaya izin verilmesi gerektiğine inanların görüşlerine Warnock tavsiyeleri içerisinde yer verilmiştir. Ancak, bağışçılar tarafından sağlanmadıkça, “saklama makamı”nın kullanma ya da tasarruf hakkına sahip olmaması gerektiğine dair bazı görüşler de bulunmaktadır. Hükümet ise bu ikinci görüşü paylaşmış ve embriyo veya gametlerin saklanması konusunda bağışçının isteklerinin üstün olduğu ve eğer bağışçının rızası buna uygunsa, saklama süresinin dolumundan itibaren ruhsat sahibinin diğer amaçlarla bunları kullanabileceği yönündeki temel ilkeye hukukun bağlı kalması gerektiği sonucuna varmıştır.”

White Paper, hükümet’in kararının saklama süresinin en fazla beş yıl olması gerektiği yönünde olduğuna değinmiştir (§ 54). Bunun ardından “Bağışçının Rızası” adlı bölümde, embriyonun kullanılmasından önce herhangi bir zamanda embriyonun bir kadına nakline ilişkin rızayı değiştirme ya da geri alma hakkının bağışçıya tanınması gerektiğine yönelik politikayı hazırlamıştır:

“55. Saklama konusundaki karmaşalar, çiftin IVF tedavisine girdiği ya da gametlerin bağışlandığı anda, ilgili bireylerin, gametlerin ve embriyoların kullanım amaçlarına uygun olarak rıza gösterdikleri ilkesinin önemini altını çizmiştir.

56. Bu tasarı, gametlerin ve embriyoların yalnızca bağışçının imzalı rızası aracılığıyla saklanabileceğini; ve yalnızca saklamadan sorumlu ruhsat sahipleri tarafından rızaya ya da belirtilen amaçlara uygun biçimde (örn. tedavi tedavisi için [ya da araştırma için]) kullanılabilmesini sağlayacaktır. Rıza gösterenlere, kendi gametlerinin/embriyolarının kullanımına ilişkin teknikler hakkında ve bu kararlarının yasal sonuçları hakkında bilgilendirilmelidirler.

Sağlıklı bir çalışma yürütmek için bu kişilere danışmanlık hizmeti de verilmelidir.

57. Gametlerin/embriyoların kullanımından önce, bağışçuların kendi rızalarını değiştirme ya da geri alma hakları vardır fakat herhangi bir değişikliği ruhsat sahibine bildirme yükümü de bu kişilerin üzerindedir. Bu bildirimi alan ruhsat sahibi, bağışçının gametlerini vermiş olduğu diğer ruhsat sahiplerine bu durumu bildirmekle sorumlu olacaktır. (Bu durum örneğin bir sperm bankasının bir veya birden fazla tedavi merkezine sperm yollaması ile ilgili olabilir.) Aksine bir bildirim ya da ölüm bildirimi olmadığı sürece, ruhsat sahibi asıl rızasının geçerli olduğunu varsaymalıdır ve saklama dönemi boyunca buna uygun olarak hareket etmelidir. Dönem sona erdiğinde, yalnızca bağışçularının belirttikleri istekleri doğrultusunda, ruhsat sahibi embriyoları ya da gametleri kullanabilir veya tasarruf edebilir. Eğer bu hususlar açıkça belirlenmemişse embriyoların ya da gametlerin saklanması işleminden vazgeçilip, yok olmaya terk edilmesi gerekir.

58. Embriyolar, iki bağışçının da rızası olmaksızın (saklama süresinin dolmasına ilişkin hususlara uygun biçimde) başka bir kadına yerleştirilemez, araştırma için kullanılamaz veya yok edilemez. Eğer bağışçılar arasında anlaşmazlık bulunursa ruhsat sahibi saklama döneminin sonuna dek embriyoları saklar, bu dönemin sonunda, eğer hala bir anlaşmaya varılmamışsa embriyo yok olmaya terk edilir.”

33. İleriki müzakerelerin ardından, 1989 İnsan Üremesi ve Embriyoloji Yasa Tasarısı yayımlanmış ve 1990 İnsan Üremesi ve Embriyoloji Kanunu olarak kabul edilmiştir. Tasarı temel olarak White Paper içerisinde yer alan koşulları yansıtmıştır. Rızaya ilişkin hükümler, Parlamento aşamasındaki süreçte tartışılmamıştır.

3. 1990 Kanunu

34. R/Sağlık Bakanlığı tek taraflı olarak Quintavalle (Pro-Life Alliance adına) [2003] UKHL 13 davasında Lord Bingham 1990 kanununun alt yapısını ve genel yaklaşımını şu şekilde tarif etmiştir.

“Sorunların hassasiyetinden şüphe etmemek gerekir. Bir yanda tüp içinde embriyo ve dolayısıyla insan yaratmanın hem kutsallığa saygısızlık hem de tiksindirici olduğunu düşünenler ve bu tür etkinliklerin tamamen yasaklanmasını isteyenler var. Diğer yanda, kısırların çocuk sahibi olabilmeleri ve genetik hastalıklara ilişkin bilgiyi arttırmak amacıyla, bu yeni teknolojilerin insanî koşulları yükseltmeye yönelik bir potansiyel taşıdığını düşünenler var ve bu görüşü destekleyecek dinî ve ahlakî savalardan, bu görüş mahrum da

değil. Hızla ilerleyen tıbbî ve bilimsel gelişmelerin altyapısına karşı yasa hazırlamanın zorluğundan kimse şüphe edemez. Parlatentonun bilimdeki son gelişmelere ayak uydurmak için yasa düzenlemek zorunda kaldığına çok sık rastlanmamıştır.

1990 kanunu içerisinde tavsiye edilen ve yer bulan çözüm, tüp içinde üretilen canlı insan embriyosunun yaratılması ve daha sonradan kullanılmasını tamamen yasaklamamıştır fakat bunun yerine, belirli koşullara, kısıtlamalara, süre sınırlarına ve kontrol rejimine tabi olarak, böyle bir yaratıma ve kullanıma izin vermek için bir kısmı yukarıda da anılan bazı kesin yasaklar getirmiştir... Parlamento bazı tuhaf olasılıkları (canlı hayvan embriyosunun bir kadına nakli ya da canlı hayvan embriyosunun hayvana nakli gibi) kanundışı ilan ederken, diğer yandan sıkı kontrol rejimini düzenlediği... açıktır. Bu alan içerisinde düzenlenmeyen etkinlik yoktur. Tamamıyla serbesti yoktur.”

35. Bu yüzden kanunun 3 (1). maddesi ile, hiç kimse ruhsatsız olarak bir embriyoyu yaratamaz, koruyamaz ya da kullanamaz. Embriyonun kullanılması ya da saklanması, yalnızca söz konusu ruhsat koşulları doğrultusunda, mümkündür. 3 (1). maddeye aykırılık (kanunun 41 (2)(a). maddesi ile teşekkül eden) bir suçtur.

36. Kanunun 14 (4). maddesi uyarınca “embriyolar hakkındaki yasal saklama dönemi, ruhsatta da belirtilebileceği gibi, beş yılı aşamaz.” Bu hüküm, 1 Mayıs 1996 tarihinde yürürlüğe giren 1996 İnsan Üremesi ve Embriyoloji (Embriyoların Yasal Saklama Dönemi) Yönetmelikleri ile değiştirildi, buna göre; kendi embriyosunun kendisine nakledilmesi muhtemel kadının ya da embriyo yaratmada kullanılan gametlerin sahiplerinden biri olmayan bir kadının beklenenden erken bir zamanda tamamen kısır olduğu ya da olmasının muhtemel olduğu yönünde iki pratisyen hekim görüşü mevcut ise, saklama dönemi, kadın 55 yaşına gelene kadar uzatılır. Kendi embriyosunun kendisine nakledilmesi muhtemel bir kadının ya da gamet sağlayıcılarından birinin doğurganlık yeteneğinde hasar veya hasar görme ihtimalinin olduğu yönünde bir pratisyen hekim görüşünün mevcudiyeti durumunda, kadın 55 yaşına gelene kadar geçen süre ile 10 yıllık sürelerden hangisi daha kısa ise, o süre boyunca saklama süresi uzatılır. Gametleri embriyo yaratmakta kullanılan iki kişinin de, gelecekte kullanıma yönelik olarak saklama süresinin uzatılmasına karşı çıkmayacaklarına dair yazılı olur vermeleri gerekir. Saklama işlemi başladığında, kendisine embriyonun yerleştirilmesi muhtemel kadının 50 yaşının altında olması gerekir.

37. Kanununun 12 (c) maddesi uyarınca her ruhsat sahibine, “gametlerin ya da embriyoların kullanmaya yönelik rıza” ile ilgili olan kanunun 3. tarifesinin hükümlerine uyma koşulu getirilmiştir. Yüksek Mahkeme ve Temyiz Mahkemesi, başvuranın açtığı dava işlemlerinde (yukarıda, 20-27. paragraflar), 3. Tarifenin yapısal sistemine göre “embriyo, yalnızca bir kadına nakledilmek ile kullanılmış olur” görüşürünü benimsemiştir.

3. Tarife:

“Gamet ve embriyoları kullanmaya yönelik rızalar

Rıza

1. Bu tarife altındaki rıza yazılı olarak verilmelidir, bu tarife “etkili rıza” bu tarife altındaki geri alınmamış olan rıza anlamına gelir.

2. –(1) Embriyoyu kullanma rızası aşağıdaki bir veya daha fazla amacı belirtir –

(a) rıza veren kişiye veya bu kişiye ve belirtilen başka bir kişiye birlikte tedavi hizmetleri sağlamak için kullanma,

(b) rıza veren kişinin dahil olmadığı kişilere tedavi hizmetleri sağlamak için kullanma veya

(c) herhangi bir araştırma projesi amacıyla kullanma, ve bu şekilde kullanılabilen bir embriyonun tabi olduğu koşulları belirtebilir.

(2) Herhangi bir gameti veya embriyoyu saklama rızası –

(a) en fazla saklama süresini gösterir (eğer yasal saklama süresinden az ise),

(b) rıza veren kişi ölmüşse veya rıza koşullarını değiştirmek ya da rızayı geri almak için ehliyetsizlik nedeniyle aciz ise embriyo ve gametler ile ne yapılması gerektiğini belirtir

ve stokta kalabilen embriyo ve gametlerin tabi olduğu koşulları belirtebilir.

(3) Makamın yönergelerinde belirttiği kadarıyla bu tarife altındaki rıza, bu yöndeki diğer hususları sağlamalıdır.

(4) Bu tarife altındaki rıza –

(a) belirli embriyoyu saklamak veya kullanmak için ya da

(b) yaratılışının bu gametleri kullanmaya elverebildiği bir kişinin gamet sağlaması durumunda, herhangi bir embriyoyu saklamak veya kullanmak için uygulanabilir

ve bu tarife doğrultusunda genel olarak veya belirli embriyo ya da embriyolar bağlamında rıza koşulları değiştirilebilir veya rıza geri alınabilir.

Rıza verme usulü

3. – (1) Bir kişinin bu tarife altındaki rızayı vermesinden önce –

(a) amaçlanan adımların atılması hakkında uygun tavsiyeyi alması için uygun fırsat verilmeli ve

(b) kişi gerektiği kadarıyla konu ile ilgili bilgi ile donatılmalıdır.

(2) Bir kişi bu tarife altındaki rızayı vermeden önce, aşağıdaki 4. paragraf uyarınca bilgilendirilmelidir.

Rızanın değiştirilmesi ve geri alınması

4. – (1) Rıza ile ilgili olan, embriyo ve gametleri koruyan kişiye rıza veren kişi tarafından bildirilmek suretiyle, bu tarife altındaki herhangi bir rızanın koşulları her zaman değiştirilebilir ve rıza geri alınabilir.

(2) Aşağıdaki amaçlar için embriyo kullanılmışsa, embriyonun kullanımına yönelik herhangi bir rızanın koşulları değiştirilemez ve geri alınamaz:

(a) tedavi hizmetleri sağlamak amacıyla veya

(b) herhangi bir araştırma projesi amacıyla

Başkalarının tedavisi için gametlerin kullanımı

5. – (1) Bir kişinin gametleri bu kişi tarafından verilmiş bu yönde kullanmaya dair etkili bir rıza olmadıkça ve rızanın koşullarına uyulmadıkça tedavi hizmetlerinin amaçları için kullanılamaz.

(2) Bir kişinin gametleri bu kişi tarafından verilmiş bu yönde kullanmaya dair etkili bir rıza olmadıkça bu amaçlarla kullanmak için alınamaz.

(3) Bu paragraf tedavi hizmeti almakta olan kişinin amacı veya bu kişi ile başkasının birlikte amaçları için bu kişinin gametlerinin kullanımını hakkında uygulanmaz.

Tüpte dölleme ve embriyoların sonraki kullanımı

6. – (1) Yukarıdaki 2 (1). paragrafta anılan bir veya daha fazla amaçla, bu gametlerin kullanılması ile, kullanımına olanak veren embriyoların yaratılması için kişi tarafından verilmiş bir etkili rıza olmadıkça, bu kişinin gametleri *tüpte* herhangi bir embriyo yaratmak için kullanılamaz.

(2) Yukarıdaki 2 (1). paragrafta anılan bir veya daha fazla amaçla, gametleri embriyonun yaratılmasına olanak vermek için kullanılan

her bir kişi tarafından verilmiş bir etkili rıza olmadıkça tüpte yaratılan embriyo alınamaz.

(3) Embriyonun amacı için veya bu rızalar doğrultusunda kullanılan embriyo için, gametleri embriyonun yaratılmasına olanak vermek için kullanılan her bir kişi tarafından verilmiş bir etkili rıza olmadıkça tüpte yaratılan embriyo herhangi bir amaçla kullanılamaz.

(4) Bu paragraf tarafından aranan herhangi bir rıza, yukarıdaki 5. paragraf tarafından aranan herhangi bir rızaya ek niteliğindedir.

Lavaj vs. ile elde edilen embriyo

...

Gametlerin ve embriyonun saklanması

8. – (1) Bir kişinin gametleri, kendilerininkini saklamak için bu kişi tarafından verilmiş bir etkili rıza olmadıkça ve rıza doğrultusunda saklanmadıkça, stokta tutulamaz.

(2) Gametleri embriyonun yaratılmasına olanak vermek için kullanılan her bir kişi tarafından verilmiş, embriyonun saklanması yönünde, bir etkili rıza olmadıkça ve rıza doğrultusunda saklanmadıkça, tüpte yaratılan embriyo stokta tutulamaz.

(3) Bir kadından alınan embriyo, kadın tarafından verilmiş, saklanması yönünde, bir etkili rıza olmadıkça ve rıza doğrultusunda saklanmadıkça, stokta tutulamaz.

38. 3. tarifenin sonucu oluşan materyal Lord Yargıçlar Thorpe ve Sedley'in hükmünde, aşağıdaki gibi özetlenmiştir:

“(i) Onların gametlerinden oluşturulan embriyonun saklanması ve/veya kullanımı düşüncesine ilk önce danışmanlık servisi teklif ediliş olmalı; (ii) özellikle, değiştirilebilir veya geri alınabilen embriyoyu saklama ve kullanma yönündeki rızadaki koşullar hakkında kişilerin bilgilendirilmeleri gerekir; (iii) embriyonun kullanımına yönelik verilen rıza, embriyonun rıza veren kişi için mi, bu kişi ile birlikte başkası için mi, yoksa rıza veren kişinin dâhil olmadığı kişiler için mi kullanılması gerekip gerekmediğini belirtmelidir; (iv) embriyo yalnızca, saklanmaları yönünde gamet sağlayıcılarının ikisinin de rızası ile yalnızca kurallar doğrultusunda saklanabilir; (v) embriyo yalnızca, kullanılmalarına yönelik gamet sağlayıcılarının ikisinin de rızası ile ve rıza doğrultusunda kullanılabilir; (vi) bir kez tedavi hizmetleri sağlamak için kullanılan embriyoyu kullanma rızası değiştirilemez ya da geri alınamaz.”

B. Avrupa Konseyi'ndeki ve Bazı Diğer Ülkelerdeki Durum

1. Avrupa Konseyi Üye Devletleri

39. "39 Ülkedeki Çözüme Dair Tıbbî Destekli Dölleme ve İnsan Embriyosunun Korunması Çalışması"nı (Avrupa Konseyi, 1998) ve Avrupa Konseyi Biyoetik İdari Kurul'a üye devletlerin "Tıbbî Destekli Döllemeye Erişiminin Sorgulanması" (Avrupa Konseyi, 2005) bünyesinde toparlanan yanıtlarını içeren, mahkeme için elverişli materyalin temeli üzerinde, görünen o ki IVF tedavisi; Avusturya, Azerbaycan, Bulgaristan, Hırvatistan, Danimarka, Estonya, Fransa, Gürcistan, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İzlanda, İtalya, Letonya, Hollanda, Norveç, Rusya Federasyonu, Slovenya, İspanya, İsveç, İsviçre, Türkiye, Ukrayna ve Birleşik Krallık'ta birincil ya da ikincil yasama düzenlemeleri ile yürütülmektedir; Belçika, Çek Cumhuriyeti, Finlandiya, İrlanda, Malta, Lituanya, Polonya, Sırbistan ve Slovakya'da ise bu tür bir tedavi; klinik uygulaması, profesyonel rehberlik, krallık ya da idare tebliği veya genel ilkeler aracılığıyla yürütülmektedir.

40. Bir tedavi döngüsünde üçten fazla embriyonun yaratılmayacağını ve ilke olarak bu embriyoların bir arada derhal yerleştirilmesi gerektiğini öngören Almanya ve İsviçre'deki durum ile; yalnızca istisnâ ve olağanüstü tıbbî nedenlerin varlığı halinde embriyoların dondurulmasına izin veren İtalya'daki durum hariç olmak üzere; IVF tedavisini birincil ya da ikincil yasama düzenlemeleri ile kabul eden yukarıdaki devletlerin hepsinde embriyoların, çeşitli süre sınırları dahilinde saklanmasına izin verildiği görülmektedir.

41. Danimarka, Fransa, Yunanistan, Hollanda ve İsviçre'de embriyonun bir kadına yerleştirilme anına kadar her iki tarafın da kendi rızasını özgürce geri alma hakkı, birincil yasama tarafından tanınmıştır. Hukuk ya da uygulama bakımından ise, Belçika, Finlandiya ve İzlanda içerisinde de benzer bir biçimde, her gamet sağlayıcısının, yerleştirme aşamasından önce rızasını geri alma özgürlüğü bulunmaktadır.

42. Ayrıca bazı devletler de rıza sorununu farklı bir biçimde düzenlemişlerdir. Macaristan'da örneğin aksine önceden yazılmış bir anlaşmanın yokluğu durumunda, eşinin ölümüne veya çiftin boşanmasına bakılmaksızın, kadın tedaviyi gerçekleştirmeye ehildir. Estonya ve Avusturya'da erkeğin rızası, ilerleyip ilerlemeyeceğine ve ne zaman ilerleyeceğine tek başına karar verenin kadın olduğu durumlar dışında, dölleme anına kadar geri alınabilir. İspanya'da rızayı geri alma hakkı erkeğe, yalnızca erkeğin kadınla evli olduğu ve birlikte yaşadığı

durumda tanınır. İtalya ve Almanya'da genel olarak hiçbir taraf, yumurtalar döllendikten sonra kendi rızasını geri alamaz. İzlanda'da en fazla saklama süresi sona ermeden önce gamet sağlayıcılarının ayrılması ya da boşanması durumunda embriyolar yok edilmelidir.

2. Amerika Birleşik Devletleri

43. Ek olarak, taraflar mahkemeye, İsrail ve ABD içtihatlarını sunmuşlardır. Tıbbi destekli üreme alanı, Birleşik Devletler'de federal düzeyde düzenlenmemiştir ve birçok devletin tek tarafça rızanın sonradan geri alınması ile ilgili kanunları getirmesinden sonra, taraflar arasındaki uyuşmazlığın nasıl çözümleneceğini belirlemek mahkemelere bırakılmıştır. Bundan dolayı, eyalet yüce mahkemelerince verilmiş IVF bünyesinde yaratılan embriyoların tasarrufu hakkında biz dizi hüküm bulunmaktadır.

44. Tennessee Yüce Mahkemesi *Davis / Davis* davasında, (842 S.W.2d 588, 597; Tenn. 1992), şunları belirtmiştir:

“...tüp bebekte üretilen pre-embriyolar üzerindeki tasarruf hakkını içeren uyuşmazlıklar, gen sahiplerinin tercihlerine bakarak çözümlenir. Eğer kendi istekleri kesinleşmiyorsa ya da ortada bir uyuşmazlık varsa, o zaman tasarrufla ilgili önceki anlaşmaları icra edilir. Eğer önceden yapılmış bir anlaşma yoksa o zaman ilgili tarafların pre-embriyoları kullanıp kullanmama konusundaki menfaatleri ağırlık kazanır. Genellikle, dölemeyi durdurmak isteyen taraf, diğer tarafın söz konusu pre-embriyoların kullanımı yönteminden başka bir yöntemle makul bir ebeveyn olma olasılığına sahip olduğunu varsayarak, üstün gelecektir. Eğer başka bir makul seçenek yoksa bu durumda, gebeliği başarmak için pre-embriyoları kullanma lehine olan anlaşma değerlendirilir. Ancak pre-embriyoların kontrolünü isteyen taraf, bunları başka bir çifte bağışlamaya niyetliyse, itiraz eden taraf daha büyük bir menfaate sahiptir ve itirazı üstün gelir.

Fakat işbu kural, kendiliğinden bir veto hakkı doğurmaya yönelik değildir.”

45. *Kass / Kass* davasında, (98 N.Y. Int. 0049), “dondurulmuş pre-zigotlarımızın tasarrufu hakkında karar veremeyecek... durumda olursak”, embriyolar, araştırma amaçlı kullanılabilir diye şart koşan anlaşma, çift ile klinik arasında imzalanmıştır. Çift ayrıldığında Bayan Kass anlaşmayı bozmak ve yerleştirmeyi başlatmak istemiştir. Bayan Kass'ın ilk derece mahkemesinde (eğer IVF alanında son sözü varsa, kadının böyle bir üreme üzerindeki kendine özgü kontrol hakkı olması gerektiği sonu-

cuna varan mahkeme) haklı bulunmasına rağmen, New York Temyiz Mahkemesi var olan anlaşmanın yeterince açık olduğuna ve anlaşmaya saygı gösterileceğine karar vermiştir.

46. *A.Z. / B.Z.* davasında, (2000, 431 Mass. 150; 725 N.E. 2d 1051), yine, ayrılma durumunda embriyoların, kocanın dava sırasındaki isteklerinin aksine, tedaviye devam etmek isteyen karısına verilmesini öngören, önceden yapılmış bir anlaşma vardı. Ancak Massachusetts Yüce Mahkemesi, düzenlemenin zorlanamayacağını, çünkü *diğerlerinin arasında*, kamu düzeni sorunu olarak “zorunlu döllemenin, yargısal icraya tabi bir alan olmadığını” düşünmüştür. Aksine “evlilik ve özel yaşam konularında kişisel seçim özgürlüğü” üstün gelir.

47. Bu hüküm *J.B. / M.B.* davasında (2001 WL 909294) New Jersey Yüce Mahkemesi’nin onama kararı vermesi aşamasında alınmıştır. Burada kocanın, embriyoların gelecekteki eşiyile birlikte kullanmak için saklı tutulmasını istediği anda, bunların yok edilmesini isteyen bir eş vardı. Kurumsal savların kadının lehine olmasına rağmen, mahkeme, iddia edilen özel sözleşmeyi güçlendirmenin kadının haklarını ihlal edebileceğinin her halükarda belli olmadığı gerekçesiyle, bu olaya bu yolla yaklaşmayı reddetmiştir. Bunun yerine mahkeme, babanın kısır olmadığını da hesaba katarak, kadının isteklerinin gözetilmesi emirli ve kamu düzeninin ilişkin olan *A.Z.* davasındaki bakış açısını kabul etmiştir.

48. Bu dizinin sonuncusu olan *Litowitz / Litowitz* davasında, (48 P. 3d 261, 271), Histerektomi (rahim ameliyatı) geçirmeden önce de çocukları bulunan bir kadın, eski kocasının spermelerinden ve kendi bağışladığı yumurtalardan yaratılan embriyonun taşıyıcı anneye yerleştirilerek kullanılmasını istiyordu. Ancak eski kocası, embriyonun başka bir cifte bağışlanmasını istiyordu. Bidayet mahkemesi, kocanın görüşüne ağırlık verdi fakat Washington Yüce Mahkemesi 2002 yılında, sözleşmeden doğan çözümü kabul etmeye ve beş yıldan sonra embriyoların saklanmamasını öngören çiftin klinikle yaptığı anlaşmaya saygı göstermeye oyçokluğu ile karar vermiştir.

3. İsrail

49. *Nachmani / Nachmani* davasında (50(4) P.D. 661 (Isr)) çocuksuz İsraili bir çift, IVF tedavisine başlamaya ve sonra kendi çocuklarını taşıması için California’daki bir taşıyıcı ile sözleşme imzalamaya karar vermiştir. Çünkü kadın cenini taşımaya elverişli değildir. Çift, taşıyıcı

ile bir anlaşma imzalamalarına karşın ayrılık durumunda, embriyoların tasarrufu hakkında IVF kliniği ile anlaşma imzalamamıştır. Kadının, alınan ve kocasının spermi ile döllenmiş on bir yumurtaya sahiptir. Embriyo taşıyıcıya yerleştirilemeden önce çift ayrılmıştır ve başka bir kadın ile çocuk sahibi olmaya doğru ilerleyen koca, embriyoların kullanımına karşı çıkmıştır.

Bölge mahkemesi kocanın, cinsel ilişki içinde eşinin yumurtasını döleyen bir erkekten daha fazla yetkiye sahip olup anlaşmasından geri dönemeyeceğini belirterek davayı kadın lehine sonuçlandırmıştır. Yüce Mahkeme'nin beş yargılı dairesi, erkeğin ebeveyn olmaya zorlanmamasının erkeğin temel hakkı olduğunun üzerinde durarak kararı bozmuştur. Yüce Mahkeme on bir yargıçlı bir daire halinde, davayı yeniden ele almış ve dört oya karşılık yedi oyla kadının lehine karar vermiştir. Her bir yargıç ayrı ayrı görüşler yazmışlardır. Çoğunlukta yargıçlar kadının menfaatlerinin, özellikle genetik ebeveyn olma seçeneklerinin azlığının, erkeğinkilere oranla daha ağır bastığını tespit etmişlerdir. Daire başkanının da içinde bulunduğu azınlıktaki yargıçların üçü, kadının kocasının rızasının her aşamada arandığını ve anlaşmanın çift ayrıldıktan sonra zorlanamayacağını bildiğini vurgulayarak, karşı görüşe varmışlardır. Dördüncü muhalif ise, ebeveynlik yükümlülüğünün erkeğe yüklenebilmesinden önce, erkeğin rızasının arandığının üzerinde durmuştur.

C. Konu ile İlgili Uluslararası Metinler

50. İnsan Haklarına ve Biyomedikal Ükelere Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 5. maddesinde ifade edilen aşağıdaki genel kural:

"Tıbbî müdahale, ilgili kişinin izin vermesi ve rızasını bildirmesi ile icra edilebilir.

Kişiyne müdahalenin sonuç ve risklerinin yanı sıra, amaç ve doğası hakkında önceden uygun bilgi verilir.

İlgili kişi herhangi bir zamanda rızasını özgürce geri alabilir."

51. Şimdiki Biyoetiğe Dair Yönlendirici Kurul'dan (CAHBI, 1989) önce gelen, Avrupa konseyindeki uzman kurul olan, biyomedikal bilimlerdeki ilerlemeye dair *ad hoc* uzmanlar kurulu tarafından kabul edilen ilkelerin dördüncüsü şunu belirtir:

"1. Yapay dölleme teknikleri yalnızca, ulusal koşullar uyarınca, açık ve yazılı olarak, ilgili kişinin kendi iznini vermesi ve rızasını bildirmesi durumunda kullanılabilir.

52. Son olarak *İnsan Haklarına ve Biyoetiğe Dair Evrensel Bildirge'nin 6. maddesi şunu sağlar:*"

6. Madde: Rıza

a) Önleyici, teşhis edici ve iyileştirici herhangi bir müdahale yalnızca, yeterli bilgi temeli üzerinde, ilgili kişinin önceden izni ve bildirilen rızası ile icra edilebilir.

Rıza, uygun olduğu durumda, ifade edilir ve dezavantaja veya önyargıya tabi olmaksızın ilgili kişi tarafından herhangi bir nedenle herhangi bir zaman geri alınabilir.

HUKUK

I. SÖZLEŞMENİN 2. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

53. Başvuran, asıl başvurusunda ve daire huzurundaki gözlemlerinde, bir kere J'nin saklamaya devam yönündeki rızasını geri almasından sonra, embriyoların yok edilmesini gerektiren İngiliz hukuku hükümlerinin, aşağıdaki gibi yazılan sözleşmenin 2. maddesine aykırı olarak, embriyonun yaşam hakkını ihlal ettiğinden yakındı.

"1. Herkesin yaşam hakkı, hukukça korunur..."

54. Ancak daire, *Vo/ Fransa* davasında [BD], no. 53924/00, § 82, *AİHM* 2004-VIII büyük dairesinin yaşam başlangıcının yasal ve bilimsel tanımı üzerinde Avrupa'nın ortak görüşünün yokluğundan dolayı yaşam hakkının ne zaman başladığı sorunsalının, mahkemenin genellikle, devletlerin bu alanı kendilerinin kullanmaları gerektiğini düşündüğü takdir sınırı içerisinde olduğunun üzerinde durmuştur. Başvuranın mevcut davasında yerel mahkemeler tarafından açıklandığı gibi İngiliz hukukunda, embriyo, bağımsız hak ve menfaatlere sahip değildir ve 2. madde hükmündeki yaşam hakkını talep edemez-veya embriyo kendi adına talep etmemiştir.

55. Büyük daire, başvuranın yazılı ve sözlü sunumlarında 2. madde kapsamındaki şikâyetlerini takip etmediğini tespit etmiştir. Ancak, büyük daireye gönderilen davalar, başvurunun önceden daire tarafından incelenen tüm yönlerini kapsadığından ötürü (*K. and T./Finlandiya* [BD], no. 25702/94, § 140, *AİHM* 2001-VII), meseleyi 2. madde uyarınca ele almak gerekir.

56. Büyük daire, daire tarafından verilen nedenlere dayanarak, başvuran ve J tarafından yaratılan embriyonun 2. madde bağlamında bir

yaşam hakkına sahip olmadığını ve dolayısıyla, mevcut davada bu hüküm ihlal edilmediğini tespit etmiştir.

II. SÖZLEŞMENİN 8. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

57. Başvuran, kendi yumurtalarının J'nin spermiyle döllenmesinin ardından J'nin rızasını geri almasına izin veren 1990 kanununun 3. maddesinin hükümlerinin, aşağıda yazılı sözleşmenin 8. maddesinin hükmündeki özel ve aile yaşamına saygı hakkını ihlal ettiğini öne sürmüştür:

"1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir."

A. Daire Hükümü

58. Dairenin 7 Mart 2006 tarihli hükmünde özetle, daire, "özel yaşam" kavramının aile olmaya dair ve olmamaya dair kararların ikisine de saygı gösterilmesi hakkını içermesi nedeniyle, 8. maddenin uygulanabilir olduğunu düşünmüştür. 8. madde uyarınca ortaya çıkan soru "gamet sağlayıcı erkek olan başvuranın eski eşi tarafından rızanın geri alınmasına bakılmaksızın; genetik ilişkili çocuk doğurmak gibi belirli bir amaçla IVF tedavisine başlayan bir kadına, yerleştirme işlemi için izin vermenin, devlet için olumlu yükümlülük sayılıp sayılmayacağı" dır.

59. IVF tedavisine dair düzenlemelerde uluslararası ya da Avrupa zemininde bir görüş birliği olmadığından, bu tür bir tedavi sonucu yaratılan embriyoların kullanımından ya da genetik malzemenin IVF tedavisinin bir parçası olarak sağlandığı andaki kullanım rızasından geri dönülebilir ve IVF tedavisinin hızla ilerleyen tıbbî ve bilimsel gelişmelerin altyapısına karşı, hassas olan ahlaki ve etik sorunlar doğduğundan, davacı devlete tanınan takdir sınırı geniş olmalıdır.

60. 1990 kanunu, insan üremesi ve embriyoloji alanındaki gelişmelerin toplumsal, etik ve yasal sonuçları hakkında, çok sık rastlanmayan ayrıntılı bir incelemenin ürünüdür. Kanunun güttüğü politika, tedaviye başlama anından, yerleştirme anına dek, rızanın devamlılığını

aramaktır. Arzu edildiği gibi olağan biçimde tavsiye almak ve değerlendirmek için yeterince zaman olmaksızın yumurtaların döllenmesi hakkında başvuranın ve J'nin karar almasını gerektiren başvuranın sağlık koşullarının baskısı altında, bu kişilere, embriyonun başvuran rahmine yerleştirilmesinden önce, rızalarını geri alma konusunda açıklama yapıldığına dair bir uyumsuzluk yoktur. *Pretty/ Birleşik Krallık*, no. 2346/02, *AİHM 2002-III* ve *Odièvre/ Fransa*, no. 42326/98, *AİHM 2003-III* davalarına göre, yasama organının kararı, hassas zeminde bulunan hukuktaki kamu güvenini koruyan ve iki tarafa da yasak kesinlik kazandıran açık veya "belirgin sınırlı" kural⁴ getirmek amacıyla güçlü politik değerlendirmelere dayanır. Bu nedenle ulusal mahkemelerde olduğu gibi, daire de, başvuranın davasındaki istisnâ koşullara rağmen, genetik ebeveynin rızasını geri almasını önleyen bir gücün yokluğunun, 8. maddenin gerektirdiği adil dengeyi devirdiğine dair ya da devlete tanınan geniş takdir sınırının aşıldığına dair bir bulgu elde edememiştir.

B. Tarafların Sunumları

1. Başvuran

61. Başvuran, üretici tıbbın kullanımını belirleyen düzenleyici bir şablona gerek olduğunu kabul etmiştir fakat her iki gamet sağlayıcısına da embriyoların kullanımını veto etme hakkı veren yasal hükmün hiçbir istisna tanımamasının ne gerekli ne de orantılı olduğunu ileri sürmüştür.

62. IVF tedavisindeki kadının rolü, sperm bağışlayıp tedavi sürecinde başkaca fiziksel etkinliği olmayan erkeğe göre, daha geniş ve duygusal açıdan daha ağırdır. Gamet sağlayıcı kadın ise, toplanan yumurta sayısını arttırmak amacıyla bazen sancılı tıbbî müdahalelere maruz kaldıktan sonra, zaten sınırlı olan yumurtalarını bağışlamaktadır. Başvuranın tıbbî geçmişine sahip bir kadının somut olayında, kadın kendi gametlerini kullanarak bir daha çocuk yaratacak bir fırsata katılamaz. Kadının tedaviye yönelik duygusal ve fiziksel yatırımı, erkeğine göre daha baskındır ve 8. maddeden doğan haklarda iyileştirmeyi hak eder. Bunun yerine 1990 kanununun uygulamasına göre, başvuranın çocuk yaratmaya saygı hakkı ve özgürlüğü, J'nin kaprislerine bağlı kaldı. J, tedavide ilerlemek için başvuranı ikna etmek amacıyla gerekli

⁴ "Belirgin sınırlı" kural ("Bright line" rule): İstisna içermeyen, açık ve kesin nitelikli kural. [ÇN]

olan teminatları vererek, başvuran ile birlikte embriyo yaratma projesine girişmeye uygun olduğunu gösterdi ve bundan sonra, müdahil olmaya dair asıl kararının sorumluluğunu üstlenmeden ve terk etme davranışı hakkında bir açıklama getirme yükümlülüğü altına girmeden, istediği zaman projeyi terk etti.

63. 1990 kanunu içerisinde yer alan rızaya ilişkin kuralların darbesi sonucu, kimliği belli olan ya da olmayan sperm bağışçısının spermi ile yaratılan embriyonun kullanımına yönelik rızayı sperm bağışçısının bir kapris uğruna geri almasının mümkün olmasından dolayı, başvuranın konumundaki herhangi bir kadın için gelecekte çocuk sahibi olma umudunu korumasının hiçbir yolu kalmamıştır. Üretici tıbbın amacı, kısır olanlar için başka bir olası çözüm sunmaktır. Özel durumlarda istisna tanınmadıysa bu amaç engellenmiştir.

64. Bireylerin 8. maddeden doğan haklarını korumak için makul ve uygun tedbirler almaya yönelik olumlu yükümlülük ya da adli tamine yönelik bir müdahale bakımından devletin rolünün çözümlenip çözümlenmediği konusunda, içtihatların çekişmeli çıkarlar arasında adil bir denge kurmak zorunda olduğu açıktır. Farklı muamele gerektiren istisnaî durumların doğabileceğini öngöremeyen yaşamaya ihtiyaç yoktu. Bu ihtilaf, devlet ve birey arasında olan bir ihtilaftan daha çok, öncelikle iki özel kişinin şahsî hakları arasındadır ve bireyler arasındaki ihtilafı belirlemenin uygun yolu, şahsî konumlar hakkında mahkemenin yargısal değerlendirme talep etmektir. Mevcut davada, klinik başvuranı tedavi etmeye gönüllü ve hazır idi ve bu doğrultuda kliniğe izin verilmeliydi. Daire, başvuranın iddia ettiği yükümlülüğü abartmıştır: başvuran, kendi tedavisine devamının temin edilmesinin devlet tarafından yerine getirilmesi gereken bir görev olarak talep edecek kadar ileri gitmemiştir.

65. *Nachmani* davasındaki (bkz. yukarıda 48. paragraf) ve Amerika Birleşik Devletleri içtihatlarındaki (yukarıda, 42- 47. paragraflar) adil yaklaşım başvuranın savları için destek sağlamıştır. *Nachmani* başvuranın konumuna en yakın davadır ancak, başvuran kendi embriyolarını, bir taşıyıcı anneye değil, kendi rahmine yerleştirmek istediğinden dolayı, başvuranın davası daha güçlüdür. Birleşik devletlerde verilen tüm kararların her birinde embriyolara ilişkin hak ve/veya çıkarların dengesinin kurulduğuna dair bir test uygulanabilir, ya da en azından bu durum tanınabilir. Ayrıca bu davaların yalnızca birisi, kamu politikası ve özel haklar arasındaki ihtilafa dayalı olarak sonuca bağlanmıştır

ve içtihat hukuku böylece başvuranın bu konuda kamu çıkarının bulunmadığına yönelik savlarını desteklemiştir. Avrupa Konseyi'ndeki duruma gelirsek başvuran, erkeğin kendi rızasını yerleştirme işleminden önce mi yoksa dölleme işleminden önce mi herhangi bir zamanda alabileceği konusunda Avrupa'da görüş birliğinin olmadığını kabul etmesine rağmen; dairenin taraflara uygulanamayan materyallere dayandığı başvuran tarafından ileri sürülmüştür. Ancak başvuran, mevcut uyumsuzluk ile aynı olgulara sahip bir davayı herhangi bir Avrupa Konseyi Devleti'nin nasıl sonuçlandıracağı konusunda mahkemeyi elinde hangi kanıtın bulunduğunu değerlendirmeye davet etmiştir. Daire hükmünde rızanın yerleştirme anına dek geri alınmasına izin veren dört devlet içinde bile, işbu kurallar ne kadar "*belirgin sınırlı*"dır?

66. Yasal olarak saklama dönemi için öngörülen en fazla saklama süresinin, davanın büyük daire önüne gelmesinden önce dolmuş olması nedeniyle, J'nin kliniğe embriyoların saklama kısmından taşınmasına yönelik bildiriminden dolayı, başvuranın kendisinin artık daha fazla mağdur olamayacağını kabul etmesine rağmen; tek gamet sağlayıcısına böyle bir güç vermenin ne gerekli ne de orantılı olduğunu ileri sürmüştür. İnsan Embriyoları özeldi: 1990 kanunu felsefesinin temelini oluşturuyordu. Kanun, ikili tarafından yaratılan embriyonun, ikiliden yalnızca birinin kaprisi uğruna yok edilmesine izin verdikten sonra, bir ev hayvanı dahi hukuk uyarınca daha çok korunur oldu.

1. Hükümet

67. Hükümet, J'nin gametlerin kullanımı için verdiği rızaya ya da başvuranın, J'nin bu rızasını tutmasını beklediğine atıfta bulunan dairenin hata yapmış olduğunu ileri sürdü. Aslında, başvuranın almak istediği bir tedaviye J hiçbir zaman rıza göstermedi ve J'nin rızası her zaman başvuran ile birlikte tedavi olma şartı ile sınırlıydı; başka bir deyişle, rıza, onların ilişkilerinin devam etmesine dayalıydı. İlişki sona erdiğinde ve başvuran tedaviye tek başına devam etmek istediğinde, J'nin gösterdiği rıza yeni durum ile uyuşmadı.

68. Hükümet, embriyo yerleştirildikten sonra kadının tek başına hamileliği hakkında karar alma hakkı; tıbbi müdahaleye yönelik bilinçli ve özgürce rıza gösterme önceliği; IVF tedavisi sonucu doğabilecek herhangi bir çocuğun çıkarları; tedavi boyunca taraflar arasındaki eşitlik; IVF ve ilgili tekniklerin kullanımının ve etkililiğinin yükseltilmesi ve taraflar arasındaki ilişkinin açıklığı ve kesinliği gibi kendi araların-

da ilişkili birçok politikanın ve çıkarın ilerlemesine hizmet eden 1990 kanunundan hoşnuttur.

69. Demokratik bir toplumda bu sorunlar hakkındaki görüşlerin makul olarak büyük farklılıklara sahip olabildiği, IVF tedavisinin alevlendirdiği, ahlakî ve etik sorunların karmaşık olduğu bu alandaki geniş takdir sınırlarını devlet kullanmaya ehildi. Bir sperm bağışçısının kendi genetik malzemelerinin kullanımını engellemek ve rızasını geri almak için etkili biçimde yetkili olması gerektiği konusunda Avrupa'da ve uluslararası alanda görüş birliği yoktur. Ayrıca, birbirlerinin özel yaşamlarına saygı göstermekle yükümlü iki kişinin sözleşmeden doğan çekişmeli çıkarları arasında bir denge sağlamak için ulusal yetkililerin sorumlu olması nedeniyle, geniş bir sınır uygulanmalıdır.

70. Taraflara rızalarını embriyonun yerleştirilmesi anına dek geri alma hakkı tanıyan hukukun herhangi bir istisnaya izin vermediği ("*belirgin sınırlı*" kural) olgusu, bu hukuku orantısız hale getirmez. Eğer istisnaya izin verilseydi, parlamentonun meşru olarak ulaşmaya çalıştığı, yerleştirmeye yönelik çift taraflı rızayı temin ilkesine ulaşılmazdı. Keyfilik ve karmaşa doğardı ve mevcut davada yerel makamlardan bireylerin uzlaştırılmaz ilkelerini dengelemeleri istenirdi.

C. Mahkeme'nin Yorumu

1. 8. madde kapsamındaki sorunda hakların niteliği

71. 8. maddenin uygulanabilir olduğu ve davanın başvuranın özel yaşamına saygı hakkı ile ilgili olduğu konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık yoktur. Büyük daire tıpkı daire gibi, "*özel yaşam*"ın *diğerlerinin arasında*, dış dünyayla ve diğer insanlarla ilişkileri kurma ve geliştirme hakkı ile şahsî irade ve kişisel gelişim hakkını içeren kişinin fiziksel ve toplumsal kimliğinin yansımaları (bkz. yukarıda anılan *Pretty* § 61), ebeveyn olma veya olmama kararlarının ikisine de saygı hakkının birleşimini etrafıca saran, geniş bir kavram olduğuna katılmıştır.

72. Başvuranın, toplumsal, yasal ya da fiziksel manada anne olmasının engellendiğinden şikâyetçi olmadığına dikkat çekmek gerekir, çünkü iç hukukta ya da uygulamada kendisini bir çocuğu evlat edinmekten ve hatta bağışlanan gametlerle *tüpte* yaratılan bir çocuğu doğurmaktan bile alıkoyan bir kural yoktur. Başvuranın şikâyeti, tam anlamıyla, 1990 kanununun rızaya ilişkin hükümlerinin, J'nin ile birlikte yarattıkları embriyoyu kullanmasını engellemesi ve bu yüzden,

başvuranın özel koşullarına bakılırsa bir daha kendisi ile genetik bağı olan bir çocuğa sahip olmaması ile ilgilidir. Büyük daire, genetik mada ebeveyn olmaya ilişkin hak ile ilgili ve daha sınırlı olan bu sorunun da, 8. madde kapsamına dâhil olduğunu düşünmüştür.

73. Mevcut davanın odağında yer alan ikilem, iki özel kişinin –başvuran ve J- 8. maddeden doğan hakları arasındaki ihtilafı karşımıza çıkarmaktadır. Ayrıca, eğer başvuranın embriyoyu kullanmasına izin verilirse J baba olmaya tam anlamıyla zorlanmış olacak; öte yandan J'nin rızasını geri alma kararı üstün tutulursa başvuran genetik ebeveyn olma fırsatından mahrum bırakılacak; bu nedenle her bir tarafın çıkarları tamamen birbiri ile uzlaşmaz niteliktedir. Bu davadaki zor koşullar içerisinde, ulusal makamların kabul edebileceği çözüm, her ne olursa olsun IVF tedavisinin taraflarından ya birini ya da ötekini hayal kırıklığına uğratacaktır (karşılaştırınız, yukarıda anılan *Odièvre*, § 44).

74. Buna ek olarak, tıpkı daire gibi büyük daire de; davadaki ihtilafın yalnızca bireyler arasında sınırlı olmadığına; söz konusu yasamanın, rızanın üstünlüğü, yasal açıklığın ve kesinliğin yükseltilmesi gibi birçok kamu çıkarına hizmet ettiğine yönelik hükümet savını kabul etmiştir. 8. madde kapsamında bu değerlendirmelere ağırlık vermenin devlet için mümkün olup olmadığı aşağıda incelenmektedir.

2. Davanın olumlu yükümlülüğü ya da bir müdahaleyi gerektirip gerektirmediği

75. Her ne kadar 8. madde özünde, kamu makamlarının keyfi müdahalelerinden bireyleri koruyor olsa da, devletten yalnızca bu müdahalelerden kaçınmasını istemez: öncelikli olan bu olumsuz yükümlülüğe ek olarak, özel yaşamın özüne dair etkili bir olumlu yükümlülük olabilir. Bu yükümlülükler, bireyler arasındaki ilişkilerin alanında bile, özel yaşama saygıyı korumak için tasarlanmış tedbirlerin kabul edilmesini gerektirebilir. 8. madde uyarınca devletin olumlu ve olumsuz yükümlülükleri arasındaki sınırlar, tam anlamıyla tanımlanmaya müsait değildir. Bununla birlikte uygulanabilir ilkeler birbirinin benzeridir. Ayrıca her iki yükümlülük de çekişmeli çıkarlar arasında kurulması gereken bir denge içerisinde bulunmalıdır; her iki bağlamda da devlet belirli bir takdir sınırı kullanır (yukarıda anılan *Odièvre*, § 40).

76. Yerel işlemlerde, taraflar ve yargıçlar başvuranın özel yaşamına saygı hakkına karşı devlet tarafından müdahale edilmiş edasıyla so-

runa yaklaşmışlardır, çünkü J rıza göstermediğini kliniğe bildirdikten sonra kliniğin başvuranı tedavi etmesini, 1990 kanununun ilgili hükümleri engellemiştir. Ancak tıpkı daire gibi büyük daire de, davanın olumlu yükümlülüklerle ilişkin bir dava gibi çözümlenmesinin; yukarıda anılan *Odièvre* davasında olduğu gibi asıl sorunun da, mevcut davada uygulandığı kadarıyla yasama hükümlerinin çekişen kamusal ve özel çıkarların arasında adil bir dengeyi kurup kurmadığı bakımından çözümlenmesinin daha uygun olacağını düşünmüştür. Bu bağlamda büyük daire, birlikte yaratılan embriyonun başvuran tarafından tek başına kullanılmasına J'nin rıza göstermemiş olduğuna ve J'nin rızasının başvuran ile birlikte tedavi olma şartına bağlı olduğuna dair yerel mahkemelerin tespitini kabul etmiştir (bkz. yukarıda 24. paragraf). Mahkeme, hükümetin savı olarak (yukarıda 67. paragraf), bu koşullarda embriyonun yerleştirilmesine yönelik J'nin rızasını "geri çekmediğini" daha ziyade buna rıza göstermeyi "reddettiğini" belirlemenin sözleşme bakımından önemli olmadığını tespit etmiştir.

3. Takdir Sınırı

77. 8. madde kapsamında herhangi bir devlet tarafından kullanılmak üzere takdir sınırının genişliğini belirlerken birkaç unsur göz önünde bulundurmak gerekir. Bireylerin varlığının ya da kimliğinin hassaten önemli yönü söz konusu ise, devlete tanınan sınır dar olacaktır (bkz. Örn. *X.ve Y./ Hollanda*, 26 Mart 1985 tarihli hüküm, Seri A no. 91, §§ 24 ve 27; *Dudgeon/ Birleşik Krallık*, 22 Ekim 1981 tarihli hüküm, Seri A no. 45; *Christine Goodwin/ Birleşik Krallık* [BD], no. 28957/95, § 90, *AİHM* 2002-VI; karşılaştırınız. Yukarıda anılan *Pretty*, § 71). Ancak, söz konusu çıkarın göreceli önemi ve bu çıkarı korumak için en iyi yol bakımından Avrupa Konseyi Üye Devletleri içinde bir görüş birliğinin bulunmadığı durumda, özellikle de olayın ahlakî ve etik sorunları doğurduğu durumda, sınır daha geniş olacaktır (*X., Y. ve Z. v. Birleşik Krallık*, 22 Nisan 1997 tarihli hüküm, *Hükümler ve Karalar Raporu* 1997-II, § 44; *Frette/ Fransa*, no. 36515/97, § 41, *AİHM* 2002-I; yukarıda anılan *Christine Goodwin*, § 85; ayrıca bkz. *mutatis mutandis*, *Vo*, yukarıda anıldı, § 82). Devletin kamusal ve özel çıkarlar ya da sözleşmesel haklar arasında denge kurması gerekiyorsa, sınır yine geniş tutulacaktır (bkz. *Odièvre*, §§ 44-49 ve *Frette* § 42).

78. Mevcut davanın ortaya çıkardığı sorun şüphesiz ki ahlakî ve etik olarak hassas nitelikte ve bu bağlamda mahkeme, *Quintavalle* da-

vasındaki Lord Bingham'ın sözlerini anımsatır (bkz. yukarıdaki 34. paragraf).

79. Bununla birlikte mahkeme, karşılaştırmalı hukuk verilerine dikkatle eğilme konusunda başvuranın sunumunu özenle incelerken, bu alandaki Avrupa yaklaşımında bir birliğin bulunmadığı konusunun en azından net olduğunu ve aksi halde başvuranın da bunu ileri sürmeyeceğini tespit etmiştir. Bazı devletler IVF tedavisinin kullanımını denetlemek için birincil veya ikincil yasama düzenlemeleri getirirken, diğerleri ise bu meseleyi tıbbî uygulamaya ve rehberliğe bırakmışlardır. Birleşik Krallık, embriyoların saklanması için izin vermek ve gamet sağlayıcılarına özgürce ve etkili biçimde kendi rızalarını yerleştirme anına dek geri alma yetkisi tanımak konusunda yalnız olmadığı halde; Avrupa'daki bazı yerlerde farklı kurallar ve uygulamalar kabul edilmiştir. Gamet sağlayıcılarının rızalarının birbiri ile uyumsuz olduğu durumlarda, IVF tedavisindeki saklama işlemine yönelik herhangi bir görüş birliğinin bulunmadığı söylenemez (bkz. yukarıda, 39-42. paragraflar).

80. Başvuran, IVF işlemi sırasındaki büyük fiziksel ve duygusal yıpratılmasının ve sonraki kısırlığının gereği olarak; 8. madde kapsamındaki başvuranın haklarının J'ninkilere oranla daha üstün geldiğini ileri sürdüğü halde, mahkemeye göre, bu konuda da herhangi bir görüş birliğinin varlığına rastlanmamıştır. Temyiz Mahkemesi, J'nin başvuranın çocuğuna baba olmaya zorlanmasının etkisi ile başvuranın genetik-ilişkili çocuklara sahip olma şansının elinden alınmasının etkisini karşılaştırmanın zorluğuna değinmiştir (bkz. yukarıda 25- 26. paragraflar); ve bu zorluk, *Nachmani* davasına bakan İsrail Yüce Mahkemesi Heyeti'nin iki üyesi ve Birleşik Devletler içtihatları tarafından ifade edildiği üzere birçok görüşe de yansımıştır (bkz. yukarıda, 43- 49. paragraflar).

81. Sonuç olarak bu yüzden; IVF tedavisinin kullanımının, hızlı ilerleyen tıbbî ve bilimsel gelişmelerin altyapısına karşı hassas olan ahlakî ve etik sorunlar doğurduğu ve olayın ortaya çıkardığı sorunların, Üye Devletlerarasındaki açık olmayan bir zemine temas ettiği nedenlerine dayanarak; mahkeme, davacı devlete tanınan takdir sınırının geniş olması gerektiğini düşünmüştür (bkz. yukarıda anılan *X, Y ve Z*, § 44).

82. Tıpkı daire gibi büyük daire de, IVF tedavisinin kullanımını yürütmek için yasal düzenleme getirip getirmeme yönündeki devlet kararının ve eğer müdahale edilmişse, çekişmeli olan kamusal ve özel

çıkarların arasında bir denge kurmak amacı taşıyan ayrıntılı kurallar koyma kararının ikisinin de, ilke olarak, takdir sınırı içerisinde olması gerektiğini düşünmüştür.

4. 8. Maddeye uygunluk

83. Davanın özel koşulları içerisinde, taraflarca ortaklaşa yaratılan embriyonun başvuranın rahmine yerleştirilmesine yönelik J'nin rızasını geri almasına mı, yoksa elinde tutmasına mı izin veren bir hukukî uygulamanın, çekişmeli çıkarlar arasında adil dengeyi kuracağını belirlemek, mahkeme için artakalan konudur.

84. İnsan embriyosunu dondurarak saklama konusundaki şu anki teknik imkânlar, IVF ve cinsel ilişki sonucu döllenme arasındaki asıl farkı; yani embriyonun yaratılması ile rahme yerleştirilmesi arasında müdahale edebilmek için uzunca olabilen bir zaman aralığına izin veren bir olanağı doğurmuştur. Mahkeme, gecikmeli de olsa yasal düzenleme getirmenin devlet için meşru -ve kesinlikle arzu edilebilir- olduğunu kanaatindedir. Birleşik Krallık'ta 1990 kanunu ile kabul edilen çözüm, embriyoların en fazla beş yıllık süre ile saklanmasına izin vermektedir. 1996 yılında ikincil yasama tarafından bu dönem, gamet sağlayıcılarından birinin ya da muhtemel annenin erkenden kısır olması ya da olma tehlikesi halinde on yıl ya da daha fazla bir süreliğine uzatıldı; ancak tedavi gören kadın 55 yaşına vardktan sonra saklama işlemine devam edilmeyecekti (bkz. yukarıda 36. paragraf).

85. Bu hükümler; *diğerlerinin arasında* hangi embriyonun ne tür bir tedavide kullanılacağını (1990 kanununun 3. tarifesinin 2(1). paragrafı), en uzun saklama dönemini, gamet sağlayıcıların ölümü ya da ehliyet-sizliği durumunda ne yapılması gerektiğini belirleyen (1990 kanununun 3. tarifesinin 2(2). paragrafı); her bir gamet sağlayıcısının yazılı rızasını almak sorumluluğunu tedavi sunan kliniğe yükleyen bir koşul tarafından bütünleştirilmiştir. Ayrıca 3. tarifenin 4. paragrafı şunu öngörür: *"bu tarife uyarınca gösterilen rızanın koşulları zamanla değiştirilebilir ve gamet veya embriyoyu muhafaza eden kişiye durumu bildirmek suretiyle, rıza geri alınabilir"* ta ki embriyonun *"kullanımı"* (embriyonun rahme yerleştirildiği anlamına gelir, bkz yukarıda, 37. paragraf) anına dek. Farklı dinî, toplumsal ve siyasî kültürlere sahip diğer devletler, döllenme ve yerleştirme arasında teknik olarak farklı olasılıkları kabul etmiştir (bkz. 39-42. paragraflar). Yukarıda gösterilen gerekçeler doğrultusunda (77-82. paragraflar), bu hassas konuda uygulanan politika ve

ilkeler bakımından alınacak kararların, öncelikli olarak her bir devlet tarafından ayrıca belirlenmesi gerekir.

86. Bu bağlamda 1990 kanununun insan üremesi ve embriyoloji alanındaki gelişmelerin toplumsal, etik ve yasal sonuçları hakkında istisnai olarak detaylı bir biçimde yapılan incelemelerin buluşma noktası olduğu ve yansıma, danışma ve tartışmanın meyvesi olduğu konusunda; büyük daire, daireye katılmıştır (bkz. *mutatis mutandis*, *Hatton ve diğerleri / Birleşik Krallık* [BD], no. 36022/97, § 128, *AİHM* 2003-VIII).

87. Çiftin gelecekteki kullanım amacıyla en fazla on yıl boyunca embriyoların saklanmasına müsaade edebilmeleri gerektiğini ve bu süre sonunda kullanım ya da tasarruf hakkının saklama makamına geçmesi gerektiğini tavsiye eden Warnock Kurulu'nun 1984 tarihli raporunda, insan embriyosunun saklanması alanındaki bilimsel ilerlemeden doğabilecek olası sorunlara önceden değinilmiştir. Ortak embriyonun nasıl kullanılacağı konusunda çiftin anlaşması yok ise embriyo üzerindeki kullanma ya da tasarruf hakkının "saklama makamı"na geçmesi gerekir. Ardından gelen Green Paper, kamuoyuna embriyonun kullanımı ya da tasarrufu konusunda çiftin arasında bir anlaşma yoksa ne yapılmasının gerektiği ayrıca sorulmuştur ve 1987 White Paper, saklama işlemine kurul tavsiyeleri ile sınırlı olarak izin verilmesi gerektiği konusunda birçok kişinin mutabık olduğunu fakat bağışçıların arasında ihtilaf bulunması durumunda embriyonun kaderini "saklama makamı"nın belirlemesi gerektiğine yönelik fikre bazılarının karşı çıktığını not etmiştir. Bu yüzden hükümet "embriyo veya gametlerin saklanması konusunda bağışçının isteklerinin üstün olduğu ve eğer bağışçının rızası buna uygunsa, saklama süresinin dolumundan itibaren ruhsat sahibinin diğer amaçlarla bunları kullanabileceği yönündeki temel ilkeye hukukun bağlı kalması gerektiği" teklifini sunmuştur. Bununla birlikte White Paper, danışmanlık hizmetinin ardından gelen bir form içerisinde, 1990 kanununun 3. tarifesinde yasama tarafından kabul edilen, rızaya dair tekliflerin ayrıntılarını da hazırlamıştır (bkz. yukarıda, 29 - 33. paragraflar).

88. İşbu tarife, IVF tedavisine girişen kişiye rıza hükümlerini açıklama ve bu kişinin yazılı rızasını alma yükümlülüğünü IVF tedavisi uygulayan kliniklere yüklemiştir (bkz. yukarıda, 37. paragraf). Mevcut davada bu yükümlülüğün yerine getirildiğine ve başvuran ile J'nin ikisinin de hukukça aranan formları imzaladıklarına dair bir uyuşmazlık yoktur. Başvuranın tıbbî durumunun niteliğinin, başvuranın aşırı bas-

kı altında ve derhal karara varmasını gerektirdiği zaman; başvuran, tüm yumurtalarının J'nin spermi ile döllenmesine rıza gösterirken, bu yumurtaların kendisine uygun son yumurtalar olduğunu, kanser tedavisinin tamamlaması ile herhangi bir embriyonun kendisine yerleştirebilmesi arasında biraz zaman aralığı olacağını ve hukukî açıdan J'nin herhangi bir zaman yerleştirme işlemine yönelik rızasını geri almakta özgür olduğunu, biliyordu.

89. Başvuranın, rızaya ilişkin ulusal kuralların hiçbir koşulda uygulanmasının mümkün olmadığına yönelik eleştiri getirmesine rağmen; mahkeme, kanunun katı niteliğinin kendi içinde muhakkak 8. maddeye aykırı olduğuna ilişkin bir bulguya rastlamamıştır (ayrıca bkz. yukarıda 60. paragrafta anılan *Pretty ve Odièvre* davaları). IVF tedavisinin tarafları arasında adil bir denge kurma arzusunda olduğu gibi insan saygınlığına ve özgür iradeye riayet de, IVF tedavisi için gamet bağışlayan herkesin kendi devam eden rızası olmadığı sürece kendi genetik malzemesinin kullanılmayacağını önceden bilmelerini sağlamak amacıyla, istisna tanımayan hükümleri getiren yasa koyucu kararının temelini oluşturur. Söz konusu ilkeye ek olarak kuralın katı niteliği, yasal kesinliği yükseltmek ve Temyiz Mahkemesinin “*tamamen birbiri uzlaşmaz*” çıkarlar diye nitelediği esaslı uyumsuzlukları ve keyfilikleri azaltmak amacı taşır (bkz. yukarıda 25 – 26. paragraflar). Mahkemeye göre, yasa koyucunun izlediği bu kamu çıkarları meşrudur ve 8. maddeye uygundur.

90. IVF tedavisinin tarafları arasındaki 8. maddeden doğan ihtilafli haklarının arasında kurulan dengeye gelirse, bu davayı inceleyen diğer mahkemeler ile birlikte, büyük daire de her şeyden önce, genetik ilişkili bir çocuk doğurma konusundaki açık arzuya sahip başvurana sempati duymuştur. Ancak bu noktaya dair Avrupa'da bir görüş birliği olmadığı tespitini de içeren yukarıdaki değerlendirmelere bakılırsa (bkz. yukarıda 79. paragraf), büyük daire, başvuranın genetik anlamda ebeveyn olma kararına saygı hakkının, J'nin başvuranın genetik ilişkili bir çocuğuna baba olmama kararına saygı hakkından daha büyük olduğu sonucuna varmamıştır.

91. Mahkeme, durumun daha farklı düzenlenmesinin parlamento için mümkün olduğunu kabul etmiştir. Ancak dairenin gözlemlediği üzere, 8. madde kapsamındaki asıl sorun yasa koyucu tarafından farklı kuralların getirilip getirilemeyeceği değil, bu noktada parlamentonun

kurduğu dengenin bu madde kapsamında tanınan takdir sınırını aşım aşımadığıdır.

92. Büyük daire, bu noktaya dair Avrupa'da bir görüş birliği olmadığına bakılırsa, yerel kuralların açık olduğu ve başvuranın dikkatine sunulmuş olduğu, bu kuralların çekişmeli çıkarlar arasında adil bir denge kurmuş olduğu, sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

III. SÖZLEŞMENİN 8. MADDESİ İLE BİRLİKTE ELE ALINAN 14. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

93. Başvuran, kendisi gibi yalnızca IVF sayesinde gebe kalan bir kadının 1990 kanunu uyarınca sperm bağışçısının iradesine tabi iken, desteksiz gebe kalabilen bir kadının, dölleme anından itibaren embriyonun geleceğini yalnız belirlemesi üzerinde kontrole veya tesire tabi olmamasını gerekçe göstererek; başvurusunda ve daire önündeki yargılama işlemlerinde, sözleşmenin 8. maddesi ile birlikte ele alınan 14. maddesine aykırı olarak ayrımcılık yapıldığından yakınmıştır.

94. Başvuran büyük daireye sunduğu gözlemlerinde, 8. ve 14. maddeler kapsamındaki başvuran şikâyetlerinin kaçınılmaz olarak birbirine bağlı olduğunu ve eğer mahkemenin iç hukukun tartışmalı hükümünün 8 madde uyarınca orantılı olduğu sonucuna varması halinde, bu düzenlemenin 14. madde uyarınca da nesnel olarak haklı ve makul bulunacağını ileri sürmüştür.

95. Büyük daire, 8. maddenin ihlal edilmediğine yönelik bulguların nedeni olarak gösterilen gerekçelerin aynı zamanda 14 madde uyarınca makul ve nesnel bir haklılık sağlaması sebebiyle, mevcut paralel durumdaki başka bir kadınla karşılaştırmak suretiyle muamele farklılığından dolayı başvuranın yakınıp yakınamayacağına dair karar vermeye gerek olmadığı konusunda daireye ve taraflara katılmıştır.

96. Sonuç olarak sözleşmenin 14. maddesi ihlal edilmemiştir.

BU NEDENLERLE, MAHKEME,

1. Oybirliğiyle, sözleşmenin 2. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

2. Dört oya karşılık on üç oyla, sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

3. Dört oya karşılık on üç oyla, sözleşmenin 14. maddesinin 8. madde ile birlikte ihlal edilmediğine karar vermiştir.

İngilizce ve Fransızca yazıldı ve mahkeme içtüzüğünün 77. maddesinin 2. ve 3. fıkralarına uygun olarak 10 Nisan 2007 tarihinde yazılı olarak bildirildi.

Erik ribergh Christos ozakis
Katip Başkan

Sözleşmenin 45. maddesinin 2. paragrafı ve içtüzüğün 74. maddesinin 2. paragrafına uygun olarak bu karara Bay Türmen, Bayan Tsatsa-Nikolovska, Bay Spielmann ve Bayan Ziemele'nin ORTAK KARŞI GÖRÜŞÜ eklenmiştir:

C.L.R.
E.F.

YARGIÇLAR
TÜRMEEN, TSATSA-NIKOLOVSKA,
SPIELMANN VE ZIEMELE'NİN
ORTAK KARŞI GÖRÜŞÜ

1. Biz, 8. maddenin ihlal edilmediği ve 8. madde ile birlikte ele alınan 14. maddenin ihlal edilmediği yönündeki bulgulara karşı oy kullandık.

2. Mevcut davada başvuran, 1990 kanununun rıza kurallarının etkisiyle, kendi konumundaki bir kadın için genetik ilişkili bir çocuğa sahip olmaya yönelik gelecek ihtimallerini güvene almanın bir yolu kalma-
dığından yakınmıştır. Başvuran, tıbbın üreme amacı taşıyan kısmının, aksi halde kısır olacak kişilere olası çözümler sunmasının gerektiğini açıklamıştır. Özel koşullar için istisna tanınmaz ise bu amaç boşa çıkacaktır (bkz. hükmün 62- 64. paragrafları).

3. Taraflar ve mahkeme, 8. maddenin uygulanabilir olduğu ve davanın başvuranın özel yaşamına saygı hakkını ilgilendirdiği konusunda mutabıktırlar (71. paragraf). Mahkeme, daha ayrıntılı bir sorun olan genetik manada ebeveyn olma kararına saygı hakkının da 8. madde uygulamasının kapsamına girdiğini söyleyerek daha da ileri gitmiştir (72. paragraf). Biz 8. maddenin uygulanabilirliğine ve söz konusu olan daha ayrıntılı soruna ilişkin mahkemenin gerekçelerine katılıyoruz. Davanın koşulları içerisinde 8. maddenin uygulanabilirliğine yönelik mahkeme ifadelerinin öneminin altını çizmek istemekteyiz.

4. Mahkeme kendi yorumunda, 8. madde kapsamındaki soruna ilişkin hakların niteliğini (71-74. paragraflar) ve davanın olumlu yükümlü-

lüğü ya da müdahaleyi gerektirip gerektirmediğini (75-76. paragraflar) incelemiştir. İlk sorun hakkında mahkeme, davanın iki bireyin 8. maddeden doğan hakları arasındaki ihtilafı içerdiğini ifade etmiştir (73. paragraf) ve rızanın önceliğini ve yasal açıklık ve kesinliğin yükselmesini sağlamak için tartışma konusu yasanın daha geniş olan kamu çıkarlarına hizmet ettiğini eklemiştir (74. paragraf). Davayı olumlu yükümlülük ekseninde çözümlemenin daha uygun olduğunu değerlendiren mahkeme, mevcut davada uygulandığı kadarıyla yasa hükümlerinin, çekişmeli olan kamusal ve özel çıkarlar arasında adil bir denge kurup kurmadığının asıl ilkesel sorun olduğunu ifade etmiştir (76. paragraf). Ayrıca mahkeme, *tüp* bebek ("*IVF*") tedavisinin kullanımının, hızla ilerleyen tıbbî ve bilimsel gelişmelerin altyapısına karşı hassas olan ahlakî ve etik sorunları doğurması nedeniyle ve dava ile ortaya çıkan soruların, üye devletlerarasında açık bir zeminin bulunmadığı durumlara ait olması nedeniyle; davalı devlete tanınan takdir sınırının geniş olması gerektiği sonucuna varmıştır (81. paragraf). Mahkemeye göre ilke olarak takdir sınırı, IVF tedavisinin kullanımını yürüten bir yasa çıkarıp çıkarmayacağına yönelik devletin kararını ve eğer müdahale edilmiş ise çekişmeli olan kamusal ve özel çıkarların arasında bir denge kurmak amacına yönelik devletin ayrıntılı kurallar getirmesini kapsar (82. paragraf).

5. Davanın olumlu yükümlülük ekseninde çözümlenmesinin daha uygun olduğuna yönelik mahkeme kararını kabul edememekteyiz.

6. Biz davayı, başvuranın genetik ilişkili ebeveyn olma kararına saygı hakkına müdahale davası gibi görüyoruz. Bu müdahalenin hukuk tarafından öngörüldüğünü ve kamu düzeninin ve ahlakının korunmasına ve diğerlerinin haklarına ilişkin meşru bir amaç taşıdığına katılabiliriz. Fakat bu müdahale davanın özel koşulları içerisinde gerekli ve orantılı mıdır? Mevcut davada başvuranın genetik ilişkili ebeveyn olmaya karar verme hakkının, J'nin ebeveyn olmama hakkına göre daha ağır bastığını düşünüyoruz. Gerekçelerimizi aşağıda yer almaktadır:

i) 1990 kanunu, başvurunu etkileyen özel sağlık koşullarını değerlendirmeye alan olanaklardan yoksundur. Sorunun ahlakî ve etik açıdan hassas niteliği bulunduğu durumda, belirgin sınırlı kural ortadaki çeşitli -çoğu zaman çekişmeli- çıkarlara en iyi şekilde hizmet edebileceği konusunda çoğunluğa katılabiliriz. "*Açık hukukun yararı, kesinliği sağlamasıdır*" sözü söylenegilir. Fakat aynı zamanda şu da takdirle karşılanır ki, "*zararı ise eğer kural çok açıksa, çok fazla kesinlik sağlaması ama hiç esneklik*

sağlamamasıdır.”⁵ Bu yüzden davanın özel koşulları nedeniyle, temel sorun “belirgin sınırlı kural”ın kesin niteliğinde yatmaktadır.

ii) Mevcut davada çoğunluğun samimi olmayan yaklaşımı sonucu başvuranın genetik ilişkili çocuğu sahip olma kararı engellenmiş fakat genetik ilişkili çocuğa sahip olmak için herhangi bir olanak da etkili biçimde kökünden kazanmıştır, böylece bu tür bir karar şimdi ya da daha sonraki herhangi bir zaman için anlamsız hale getirilmiştir.

7. Bu nedenle, bizim görüşümüz, başvuranın koşullarına göre 1990 kanununun orantısız olduğu yönündedir. Kesin niteliğinden dolayı, yasal düzenleme, bu özel davada çekişen çıkarların dengesini önceden bozmuştur. Aslında, her ne kadar IVF tedavisinin taraflarının 8. maddeden doğan ihtilaflı haklarının arasında bir denge kurulması gerektiğine çoğunluk katılsa da (90. paragraf), J’nin baba olmamayı seçmesini üstün tutan karar sonucu, başvuran kararının kesin ve açık olarak yok edilmesi nedeniyle mevcut davanın koşulları içerisinde bir dengeden söz edilemez. İki taraftan birinin kararının boş ve anlamsız olmasını sağlamak, çıkarların dengelendiği anlamına gelemez. Davanın evlat edinmek veya bağışlanan bir embriyoyu taşımak olasılığı hakkında olmadığını not edilmesi gerekirdi (72. paragraf). Bu arada başvuranın elinde son şansı bulunurken, J hala kendi çocuğuna ebeveyn olma kararını alabilir durumda olacak.

8. Başvuran yumurtalıklarının alınması için ameliyata girişmiştir (26 Kasım 2001). Bu yüzden IVF tedavisi için başvurandan alınan yumurtalar, başvuran için genetik ilişkili bir çocuğa sahip olmak için son şansı. J, bu durumu çok iyi bilmesinin yanı sıra, başvuranın çocuğuna baba olmak istediği konusunda teminat vermiştir. Böyle bir teminat olmasaydı, Başvuran kendi çocuğuna sahip olmak için başka bir yol arayabilirdi. Başvuranınkiler ile J’nin hak ve çıkarları arasında çoğunluğun denge kurmaya çalıştığı anda, yani hükmün 90. paragrafında; J tarafından verilen teminat sonucu başvuranın iyiniyetle hareket etmesi yönünde güven veren bu “teminat” unsuruna ağırlık verilmedi. Sonuca ulaşmamızı sağlayan tarih 12 Kasım 2001’dir: yumurtaların dölleniş altı embriyonun yaratıldığı tarih. Bu andan itibaren J’nin kendi spermi üzerinde kontrol hakkı kalmamıştır. Rahme yerleştirilen ve yerleştirildiği zaman bebeğe dönüşen embriyo, iki kişinin ortak ürünüdür. Bir embriyonun yok edilmesi aynı zamanda başvuranın yumurtalarının öldürülmesini

⁵ Bkz. M.-B. Dembour, Kimler İnsan Haklarına İnanır? Avrupa Sözleşmesi Hakkında Fikirler, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, sf. 93.

gerektirir. Bu anlamda da Britanya yasaması, doğru dengeyi kurma konusunda başarısız olmuştur.

9. Davanın özel koşulları, başvuranın çıkarlarının, J'ninkilerden daha üstün olduğuna ve Birleşik Krallık makamlarının bunu göz önüne almamaları sonucu 8. maddenin ihlal edildiğine bizi inanmaya yönlendirdi.

10. 1990 kanununun *per se (tek başına)* 8. maddeye aykırı olmadığı ve rıza kuralının IVF tedavisi için önemli olduğu konusunda çoğunluğa katıldığımızı bir kez daha ifade etmek isteriz. Diğer devletlerin ilgili yasal düzenlemelerine baktığımızda farklı yaklaşımların ortaya çıktığına ve mahkemenin IVF tedavisinin ayrıntılı düzenlemelerine ilişkin Avrupa içinde bir görüş birliği olmadığı konusundaki haklılığına katılmaktayız. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi, davanın koşullarının, yalnızca akdi anlamdaki rıza sorununun ötesine bakmamızı sağlamasından dolayı, mevcut davaya farklı yaklaşıyoruz. Başvuranın konumu gereği ortadaki sorunlar ve değerler, bu davada ele alınan biçimsel akit yaklaşımına karşın, daha üstündür.

11. Konunun önemine ve başvuran konumunun sıra dışı niteliğine bakıldığında, "*hukukî açıdan J'nin herhangi bir zaman yerleştirme işlemine yönelik rızasını geri almakta özgür olduğunu*" (88. paragraf) başvuranın bildiği olgusundan herhangi bir sonuç çıkarmak bizim için zor. Şüphesiz ki tek sonuç, Bayan Evans'ın -gözden geçirmek zorunda olduğu bütün şeylere ek olarak- J'nin kendi rızasını geri çekme ihtimalini de düşündüğü yönünde değildir. Davaya uygulanan hukukun biçimsel şemasının, dava ile tam örtüşmediği bir kez daha ortaya çıkmıştır.

12. Avrupa'da görüş birliği yoktur, bu nedenle hükümet geniş bir takdir sınırına sahiptir; yasal düzenleme takdir sınırı içerisindedir ve bu sınır, çekişmeli olan kamusal ve özel çıkarların arasında bir denge kurmak amacını taşıyan kuralları kapsar, gibi basite indirgeyen, mekanik temeller üzerinde böylesi bir hassas dava karara bağlanamaz.

Elbette IVF tedavisinin kullanımını yürüten yasal düzenlemeleri getirirken devletler geniş bir takdir sınırına sahip olurlar. Ancak bu takdir sınırı, mahkemenin kendi denetimini uygulamasını engellememelidir, özellikle de tüm çekişmeli çıkarların arasında adil bir dengenin yerel düzeyde kurulup kurulmadığı konusunda.⁶ Mahkeme, kapsamlı bir ye-

⁶ *Lokomotif Mühendisleri ve İtfaiyeciler Sendikası (ASLEF) / Birleşik Krallık hüküme, no. 11002/05, § 46, 27 Şubat 2007, dikkat çekmek isteriz, mahkeme sınırın rolünü açıkça şöyle ifade etmiştir: "Son olarak, çekişmeli çıkarlar arasında adil bir denge kurma konusunda, devlet sözleşmeye uygunluğu sağlamak amacıyla atılan adımları belirlerken takdir sınırını kullanır (birçok makam arasında, Hatton ve Diğerleri / Birleşik*

niden inceleme sorununa yaklaşımının tümünde, yararçı bir ilke olarak takdir sınırını kullanmamalıdır.⁷

13. Sonuç olarak, çoğunluğun aksine, davanın özel koşulları içerisinde yasamanın adil bir denge kurmadığını düşünüyoruz. Yasama etkisinin bir yandan kadına genetik ilişkili bir çocuğa sahip olma kararı alması hakkı tanıdığı, diğer yandan da kadını bu konumda bulunmaktan sonsuza kadar yoksun bıraktığı durumda; 8. madde ile ve insan saygınlığını ve otonomisini koruyan sözleşmenin asıl amacı ile uygun bulunması mümkün olmayan, orantısız manevî ve fizikî yükün, kadının üzerine yüklendiğini düşünmemize yol açmıştır.

14. Sözleşmenin 14. maddesi ile ilgili olarak şunları belirtmek isteriz:

14. maddenin amacına göre, duruşma yargıcı Y Wall tarafından gösterilen kısır adam örneği (23. paragraf) en yakın karşılaştırma olabilir. Ancak bu karşılaştırma bile mevcut davadaki karmaşanın tamamını sergilemez. Kadın haklarına odaklı uluslararası kuruluşların ayrıntılı buy-

Krallık [BD], no. 36022/97, § 98, *AİHM* 2003-VIII). Ancak demokratik toplum içindeki hakkında yer alan görüşlerin geniş farklılıklar barındığı ve yerel politikacıların rolüne özel bir ağırlık verildiği genel politika alanında bulunmaması nedeniyle (bkz., Takdir sınırının “toplumsal ve ekonomik politikaları tamamlamaya yönelik olarak yapılan yasama çalışmalarında, geniş tutulması gerektiğinin” mahkeme tarafından doğal görüldüğü durumlara dair ör. *James ve Diğerleri / Birleşik Krallık*, 21 Şubat 1986 tarihli hüküm, Seri A no. 98 sf. 32, § 46); takdir sınırı yalnızca dar olarak kullanılabilir. *ASLEF* davasında kabul edilen yaklaşım, ulusal parlamentoların görüşlerini “sağlıklı bir boyutta (özel bir ağırlık verilerek) hesaba katmıştır; buna göre bireylerin temel haklarına dair kararlar ile örtüşmesi gereken (bu kişilerin bireysel başvuruları bağlamında) bir kamu politikasını düzenlerken, yukarıdakilere uygun olarak, takdir sınırının dar olması zorunludur. *Evans* davasında çoğunluk, kamu politikaları sorununa güçlü bir biçimde dayanarak geniş takdir sınırı tanımıştır ve çekişmeli kamusal ve özel çıkarlar arasında denge kurmak amacıyla devletin çıkardığı ayrıntılı kuralların, geniş takdir sınırı içinde kaldığını kabul etmiştir (bkz., hükmün 81-82. paragrafları ve sondaki ortak karşı görüşümüzün 4. paragrafı). Mahkeme önündeki birçok dava gibi, *Evans* davası da yalnızca kamu politikası ile ilgili bir dava değil, aynı zamanda önemli bireysel çıkarlar ile de ilgili bir davadır. Bize göre, çoğunluk, sanki davanın altyapısını oluşturan yegane olgusuymuş gibi kamu politikasına aşırı ağırlık vermiştir (bkz. özellikle de 3. bölüm (takdir sınırı) 81. paragraf) ve 4. bölümdeki (8. maddeye uygunluk, 83 - 92. paragraflar) önemli bir *ad hoc* dengesini uygulama yükümlülüğünü üstlenmemiştir.

⁷ R. St. J. Macdonald, *İnsan Haklarının Korunmasına Yönelik Avrupa Sisteminde “Takdir Sınırı”*, (R. St. J. Macdonald et al. [eds.], 1993), 83, sf. 84 ve 124, atıf yapan E. Brems, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Takdir Sınırı Doktrini”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1996, at sf. 313. Ayrıca bkz. “takdir sınırı” teorisinin eleştirel değerlendirmesi, M. R. Hutchinson, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nde Takdir Sınırı Doktrini”, *Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukuk Dergisi*, 1996, 638-50.

rukları tarafından, “kadınları erkeklerden farklı kılan bileşenleri ve unsurları bakımından kadının sağlık hakkının erkeğinki ile karşılaştırılmayacağını, bu unsurların: (a) kendi üreme işlevleri... gibi biyolojik unsurlar... olduğunun... (CEDAW Genel Tavsiye No. 24 (20. dönem 1999))” kabulünün haklılığı ve gerekliliği tanınmıştır. Yasamanın yapay dölleme yöntemlerin izin verdiği durumları da içeren çocuk doğurma ile ilgili olduğu kadarıyla, kadın farklı bir konumdadır. Bu yüzden, farklı durumların farklı muameleler gerektiğini açıklayan *Thlimmenos/ Yunanistan* davasındaki 14. madde kapsamındaki yaklaşımın, mevcut davada da kabul edilmesi gerektiğine inanıyoruz.⁸ Bu bağlamda başvuranın içinde bulunduğu koşulları, kendi yaşadığı durumdan kaynaklanan aşırı fiziksel ve duygusal yıkım ile etki⁹ nedeniyle, önemsiz bulmuyoruz ve bu temel üzerinde, 8. madde ile birlikte ele alınan 14. maddenin ihlal edildiği yönünde oy kullandık.

YARGIÇLAR TRAJA VE MIJOVIĆ'İN ORTAK KARŞI GÖRÜŞÜ

Biz, 2. madde hakkındaki ve 8. madde ile birlikte ele alınan 14. madde hakkındaki çoğunluğun kararına uyarken, bununla birlikte sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edilmediği yönündeki bulgularında kendilerine aşağıdaki nedenlerden ötürü katılamıyoruz:

1. Bize göre mahkeme, uyuşmazlık konusundaki bireysel hakkın doğasına gereken özeni göstermeksizin, kamu düzeni düşüncesine ve devletin takdir sınırına aşırı ağırlık vermiştir. Tek taraflı olarak rızanın geri alımı tehlikesine karşı IVF tedavisine örtülü bir yasak yükleyen 1990 kanununun, “her kişisel dava koşulları içerisindeki çekişmeli çıkarların ağırlığını ölçmenin mümkün olmadığı özel yaşamın önemli yanlarını yöneten yasaların devletçe kabulünün sözleşmenin 8. maddesine aykırı olmadığı” savıyla (hükümün 65. paragrafı), sözleşmenin 8. maddesindeki gerekçelere uygun olduğu tespit edilmiştir. Hükümde uygulanan emsaller *Pretty* ve *Odièvre* davalarıdır. Bu davalar ile mevcut davalar arasındaki farklılıklara rağmen güçlü politik düşünceler üzerine dayanması, yani yüksek bir duyarlılığa sahip hukukî kamu güvenini kalıcı kılmak ve yasal kesinliği sağlamak için mahkeme, “belirgin sınırlı” kuralın kabul edilebilir olduğunu belirtmek için ilerlemiştir.

⁸ *Thlimmenos / Yunanistan* [BD], no. 34369/97, AİHM 2000-IV.

⁹ C. Packer, “Üreme Hakkının Tanımı ve Tarifi”, *Nordic Journal of International Law*, 1998, sf. 77-95, par. 95.

Davanın özü, “belirgin sınırlı” kural temelinde en iyi kararın verilmediği türden, başvuranın bu çok özel durumunun doğasında yer almaktadır. İlk aşamada bile, *Pretty* ve *Odièvre* davalarındaki özel çıkarlar, ortadaki bu davanunkilerden farklıdır.

Pretty davası, sözleşmesel “ölüm hakkı”nın sonuca ulaşılabilir olmadığı bu davada tespit edilmiş olması bakımından ayırt edilebilir bir davaydı. Bunun aksine *Evans* davasında sorun, mahkemenin kabul ettiği gibi, başvuranın özel yaşamına saygı hakkının bir parçası olan yaratma hakkı ile ilgiliydi (57. paragraf). “Belirgin sınırlı” kuralın *Pretty* davasındaki kabulünün *Evans* davasındakiyle hiçbir ilgisi yoktur, çünkü “ölüm hakkı”nın sözleşmedeki genel durumu ve “IVF ile üreme hakkı”nın sözleşmedeki genel durumu tamamen birbirinden farklıdır.

Ayrıca, *Pretty* davasıyla olan benzerlik bir diğer bakımdan başarısızdır. Mahkemenin de kabul ettiği gibi, bu davadaki “belirgin sınırlı” kurala, Savcıya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verme yetkisi vererek ve daha hafif cezalar yüklemeye izni vererek esneklik için izin verilmelidir (76. paragraf). Yani, sözleşmenin “ölüm hakkı”nı dışladığı bir durumda, intihar yardımına ilişkin davalarda daha esnek bir hukuk sağlanmıştır, oysaki savunulabilir bir hak olarak, IVF ile üreme hakkına ilişkin *Evans* davasında, ilgili iç hukuk tamamen serttir!

Öte yandan, *Odièvre* ve *Evans* davaları arasındaki fark şudur ki, ilk davada, iki özel kişi arasındaki uyuşmazlığın konusu annenin isminin saklanmasıyla ilgili olmasıydı, oysa mevcut davada uyuşmazlık, “...daha yüksek sıradaki bir değer...” (*Odièvre* davası 45. paragraf) olarak, özel yaşama saygı yönünde ilerleyen bir hak olan IVF döllemesi ile ilgilidir. Devletin yükümlülük boyutunun söz konusu özel yaşamın özel yanına bağlı olmasını nedeniyle (bkz. *X ve Y/ Hollanda*, 26 Mart 1985 tarihli hüküm, A Serisi no. 91, s. 12, paragraf 24) başvuranın özel bir öneme sahip çıkarları, kendi davasının koşulları içerisinde, 1990 kanunu tarafından kurulandan daha doğru bir dengelemeyi hak eder.

2. Mahkemenin bulgusuna göre, başvuranın son yumurtalarını ve J'nin spermını kullanarak embriyonun yaratılması; eğer kendilerinden biri rızasını geri alırsa embriyoların klinik tarafından yok edileceği konusunda bilgilendirilen tarafların rızası üzerine temellendirilmiştir. Mahkeme, iki tarafın da çıkarlarını kısmen ve kısaca dengeleyerek davaya bakmıştır ve J'nin istenmeyen bir çocuğun babası olmaya zorlanamayacağını ve başvuranın eski eşinden çocuk sahibi olmak ama-

cıyla zaten geri alınmış olan rızanın uygulanmasını istemeyeceğini düşünmüştür (67. paragraf).

Böyle yaparak, mahkeme, yerel mahkemeler gibi, 1990 kanunu tarafından kurulan dengenin doğru olduğunu, çünkü yasa koyucunun takdir sınırı içerisinde, istisnâî bir kurala izin vermeyen ortak rızanın eksikliğine karşı IVF ile dölleme konusunda genel bir yasak getirmeyi uygun bulduğunu tespit etmiştir. Ancak asıl sorun, böyle sert bir dengeyi kurmada, rızasını geri alan tarafa durumun tamamen kontrolünü vermek için ve varsayımsal bir değer olan anılan tarafın 8 madde hakkına uyum göstermek için yasa koyucunun haklı olup olmadığıdır. Genetik ilişkili bir çocuğa başka yolla sahip olamayan başvuranın istisnâî durumunun yerel makamlar tarafından daha derin bir biçimde değerlendirilmesi gerektiğini ve başvuranın istisnâî koşullarında, anne olma hakkının korunması için yerel makamların yükümlülük altında bulunması gerektiğini düşünüyoruz. Embriyonun yerleştirilmesinin reddi, kadının kendi çocuğuna sahip olma hakkının yalnızca kısıtlanması değil, tamamen yok edilmesi anlamına gelir. Böyle bir davada sözleşme içtihatları açıktır ve pozitif yükümlülüklerine aykırı olarak veya bir müdahale yoluyla devlete böyle bir hakkın özünü bozması için izin vermez. Başvuranın hakkının çekirdeğini inkâr eden yasama düzenlemesinin, sözleşme uyarınca kabul edilebilir olduğunu düşünüyoruz.

3. Başvuranın çocuk sahibi olmak hakkı ile J'nin baba olmama hakkı arasındaki ikilem, bize göre, böylesine katı bir düzenleme ya da rızanın tek taraflı geri alınmasının hukukça örtülü uygulaması temelinde çözülemez. Bunun yerine ikilem, birinin haklarını inkâr eden diğerinin haklarını haksız yere saklı tutmayı ortadan kaldırmak yoluyla, davanın özel koşullarının dikkatli analizi içerisinde çözülebilir.

Mevcut davada, iki çıkar düzenlemesinin de birbirine örülmüş olmasına rağmen kişisel çıkarlar arasındaki ihtilafın kamusal ve özel çıkarlar arasındaki ihtilafтан daha ciddi olduğunu düşünüyoruz. Basitçe veya olağan yollarla gebe kalamayan çiftler için gebeliği kolaylaştıran ve kendi haklarının ihtilaf konusu olduğu durumlarda bireyleri koruyan IVF tedavisi düzenlemesindeki kamu çıkarlarını reddetmesek de, davada sunulan söz konusu özel hayata dair belirli çıkarların, mahkeme analizinin ortasında yer alması gerektiğini düşünüyoruz.

4. Çoğunluğun hükmünde belirtildiği gibi, mahkeme Amerika Birleşik Devletleri ve İsrail Mahkemeleri'nin ilgili içtihatlarına bakma fir-

satı bulmuştur. Rızanın öncelikli koşullarının yürürlüğe girmesini hedefleyen akit yaklaşımının, sözleşmenin ruhu ile tamamıyla uyumluluk içerisinde olmadığını düşünüyoruz, çünkü medenî hukuk düşünceleri her zaman sözleşmesel hakları en iyi biçimde korumaya niyetlenmez. Akit yaklaşımı da “belirgin sınırlı” kuraldır ve böyle davaların belirli psikolojik ve toplumsal yönlerini hesaba katmaz.

Davadaki diğer bir yaklaşım yolu, ilk yerde, mahkeme tarafından benimsenen yaklaşım olan, çekişmeli kamu düzeni ve özel çıkarları değerlendirmektir. Dava ile bu zeminler üzerinde uğraşılabilir, ama yine, başvuranın ve eşinin haklarının bazı dengelemeleri, bertaraf edilemez niteliktedir. 1990 kanununun, J'nin ebeveyn olacağı durum karşısında ebeveyn olmama hakkını savunduğu söylenmiştir ve burada J haklıdır, çünkü dölleme için kimsenin zorlanmamasında kamu çıkarı vardır. Fakat öte yandan başvuranın IVF ile çocuk sahibi olma hakkı da korumaya değer bir haktır. Rızasını alan tarafın mutlak yetkisi, iç hukukun altını çizmek için belirtilen ilkelere göre, en önemli kamu çıkarına aykırı olan, diğer tarafın genetik malzemesine ilişkin tüm idareyi yitirmesini gerektirir. Kamu düzeni iki yolda da ilerler. İki tarafın da devam eden rızası, Y Wall tarafından gösterildiği kadarıyla, cinsiyete bakılmaksızın IVF tedavisine girişen tüm hastalara eşit biçimde uygulanan (hükümün 66. paragrafı) ulusal hukukun gözünde eşit öneme sahip iken; mahkeme yalnız, genel yaklaşımında olduğu gibi, çekişmeli haklar bakımından davayı değerlendirir; özel tarafların durumlarındaki farklılık, saptanabilir ve daha iyi yorumlanabilir.

5. Bu yaklaşım, bu sorunlar hakkında Avrupa'daki görüş birliği eksikliğini temel alan mahkemenin savını ilişkilendirir. Gerçekten, eğer kişisel tarafların ihtilafı haklarını en iyi biçimde nasıl korunduğunun ne şekilde ölçüldüğünü değerlendirirsek, farklı devletlerin farklı noktalarda (embriyonun yaratılmasına kadar veya yerleştirme anına kadar) denge kurması olgusu karar verilebilir bir olgu değildir. Herkesin özel yaşamına saygı hakkını *koruma görevinin* herhangi bir Avrupa görüş birliğine bağlı olmaması gerektiğine inanıyoruz, ancak, duyarlı sorunlara bağlı olabilir. Görüş birliği, böyle hakları korumanın farklı *anlamları* ile ilgilidir ama sonuç her zaman, bu hakların öyle ya da böyle korunmuş olmaları gerektiğidir. Mahkeme şunu yinelemiştir: “...kendi aralarındaki kişisel ilişkiler alanını 8 maddeye uygun biçimde korumak için hesaplanan seçim, ilke olarak, sözleşmecî devletlerin takdir sınırı içerisinde düşen bir sorundur.” (Odièvre, 46. paragraf). Mahkeme hiçbir

zaman, özel yaşam çıkarlarının korunmasının seçiminin tamamen ve koşulsuz, devlet için sorun olarak kalabileceğini ya da her yaklaşımın, takdir sınırı veya Avrupa görüş birliğinin eksikliği nedeniyle, meşrulaştırılabileceğini söylememiştir.

Yani, Birleşik Krallık, embriyonun yerleştirilmesi anına kadar rızanın geri alımı olasılığına izin vererek, denge kurmayı seçmiştir. Avusturya ve İtalya gibi diğer ülkeler, rızanın iptalinin dölleme anına kadar etkili olabileceğine karar vermişlerdir. Bu, takdir sınırı içerisindedir ama ihtilaf içerisindeki kişisel haklar arasında doğru dengeyi kurma görevi, yine de bütün üye devletler için sözleşme hükmünde aynı biçimde zorunlu ve değiştirilemez bir gerekliliktir.

6. Mevcut davadaki gibi, özel koşullarda özgül durumlardaki belirli hakları hesaba katarak bir çözüm aramanın daha doğru olduğunu düşünüyoruz. Burada, yüklenen sorumluluğa ek olarak, her bir taraf arasındaki farklılıklar, bize en yüksek seviyedeki farklılıklar gibi görünmüştür. Bu dava-özgül test, hakların özünün yok edilme tehlikesinden koruması ile birlikte, ortadaki özel çıkarların dikkatlice denetlenmesine dayanmalıdır. Başvuranın genetik çocuğa sahip olması için başka bir yolu yokken, onun eşi J başka bir kadından çocuklar yapabilir ve böylece ebeveynlik ihtiyacını tatmin edebilir. Eğer başvuran, J'nin genetik malzemelerini kullanmadan başka bir çocuğa veya çocuk yapma olasılığına sahip olursa, denge uygulaması farklı bir sonuca önderlik eder.

Erkeğin bir kere rızasını geri almasının ardından kadının üremesi için başka bir seçimlik yolun olmayışı, mevcut davaya benzer bir dava olan İsrail Yüce Mahkemesi tarafından görülen *Nachman / Nachmani* davasına bel bağlayan çok önemli savlardan birisidir. *Nachmani* davasında Yüce Mahkeme'nin çoğunluğu, yetersiz olsa da kullanışlı bulduğumuz yaklaşım olan "*asgarî zarar*" testini uygulayarak, Bayan Evans ile aynı durumda olan kadın lehine karar vermiştir.

Daha geniş bir bağlamda, başvuranın eşi J'nin, bazı Amerikan davalarda olduğu gibi, başvuranın embriyoları taşıyıcı anne ile kullanabilme riskinden korkması için bir nedeninin olmadığını belirtiriz. Taşıyıcı bir anneye bağlılık, Amerikan mahkemelerinin kamu düzeni temelindeki sözleşmeleri uygulamayı neden reddettiğinin sebeplerinden birisi olmuştur fakat böyle bir kamu düzeni sorununun burada uygulanmadığının altını çizmek zorundayız. Mahkemenin, çıkarlar ihtilafının "*...üçüncü kişileri koruma sorunundan arındırma...*" (*Odièvre*

davası, 44. paragraf) ile uğraşmaması gerektiğini tespit ettiği noktadan bakınca da, mevcut dava, *Odièvre* davasından farklıdır. Yani bir taşıyıcı gibi, üçüncü bir tarafın yersiz müdahalesinden korunması yönündeki J'nin yasal çıkarları gerçekten var olmamıştır.

7. Benzer biçimde, yerel mahkemeler tarafından geliştirilen ve mahkememiz tarafından kabul edilen iyi niyete biraz ağırlık verdik. Başvuranın iyi niyetli olduğu zamanlardaki J'nin iyi niyeti, rızanın geri alımını daha kutsal ve saygıyı hak eden bir imkân haline getiren bir araç değildir. Öte yandan, geri alımından ötürü J'yi kusurlu bulmaksızın, bununla birlikte yalnızca 1990 kanunu hükmündeki bir kişi olan J, başvuran için onanmaz zararlara neden olmuştur. İyi niyet savı, görünüşe göre, akit düşüncelerini temel almıştır. Peki ya J kötü niyetli davranmış olsaydı? Hukuktaki sert düzenleme, böyle bir davada bile, herhangi bir istisna tanımayacaktı. Fakat muhtemelen mahkeme, bunu hesaba katmak için kendisini zorunlu hissedecekti, böylece istisnaî bir kural getirilecekti! Böyle bir mantık, bizim burada yaptığımız gibi, mahkemeyi davadaki kişisel olgulara bakmaya zorlardı.

8. Çoğunluktan farklı olarak, "*hukukun niteliği*"nin içtihatlarımızda anlaşıldığı kadarıyla, yerel mahkemelerin "*niteliği*"nden memnun değiliz. Tabii ki, bir "*belirgin sınırlı*" kural, kaba seçenekler sunsa da, aynı şekilde açık ve kesindir. Ancak kusurlu bir hukukun çekişmeli kişisel haklar arasında ya da hatta kişisel haklar ile kamu çıkarları arasında doğru bir denge kurmuş olmasının nasıl ifade edildiğini görmek de tuhaf olurdu. 1990 kanunu birkaç ciddi noktaya yanıt vermez. LY Arden'in belirttiği gibi, IVF tedavisi sırasında tarafların ayrılması veya boşanması ya da ayrı kalmaları durumunda ne olacağı hakkında hukuk sessiz kalmıştır. Bunu, başvuranın durumunda uygulanabilir kurallar tarafından ona yeterli derecede yol gösterilmemiş olması izlemiştir ve hukuktaki bu ihmalden dolayı, başvuran kendi durumunu idaresini düzenleyememiştir (*Silver ve Diğerleri / Birleşik Krallık*, 86.-88. paragraflar).

Bir "*belirgin sınırlı*" kural, sözleşme haklarının korunma anlayışı tarafından sınanmalıdır. Davanın pozitif yükümlülüklerle ilgili bir dava ve başvuranın hakkına devlet tarafından müdahaleyi içeren bir dava gibi çözümlendiği olgusu, hukukun kesin niteliği koşuluna göre ayırım yapmamalıydı. Dava hakkında, devletin müdahalesini içeren bir dava olarak, yerel mahkemelerin yaptığı gibi karar verilmemiş olsaydı, bu durumda mahkeme, hukukun niteliğini gözden geçirme ihtiyacını

hissederdi. Davanın pozitif yükümlülükler bakımından görüldüğü zaman, aynısının uygulanması gerekir.

9. Özetlemek gerekirse, mahkemenin içtihatlarında kabul edildiği gibi, devletler, kişilerin çekişen özel yaşam çıkarları üzerinde çalışmadaki belirli bir takdir sınırını kullanırlar ve bu yüzden kural, yasal düzenlemelerin “belirgin sınırlı” kuralı esas aldıkları davalarda bile, yerel düzenlemelerin ilke olarak, onaylanması gerektiği yönündedir. Ancak davanın koşulları içerisinde böyle bir kuralın katı uygulamasının onanmaz zararlar vermeye veya bir tarafın haklarının özünü yok etmeye önderlik edebildiği durumlarda, istisnalara izin verilmelidir. Belirgin sınırlı yasama, Avrupa bağlamında istisnaîdir ve bu yüzden bunun mahkeme tarafından tam anlamıyla dikkatlice gözden geçirilmesi gerekir. Biz, belirli ve özgün koşullar içerisinde taraflardan birinin çıkarlarının ilişkili öneminin, diğer tarafın çıkarlarını çiğnemesine izin verilmemesini gerektirdiğini düşünüyoruz.

Sonuç olarak, eldeki davaya bu ilkeleri uygularsak, bize göre doğru yaklaşım şöyle olurdu: *rızasını geri alan ve embriyoların yok edilmesini isteyen tarafın çıkarları (eğer iç hukuk böyle öngördüyse) üstün gelmelidir, meğerki (a) diğer tarafın genetik-ilişkili çocuğa sahip olmak için başka bir yolu olmasın, (b) hiçbir surette çocuğu olmasın ve (c) diğer taraf yerleştirme işlemi için bir taşıyıcı anneye müracaat etmeye niyetli olmasın.* Bu yaklaşımın kendi ihtilafli kişisel hakları arasında olduğu kadar, kamusal ve özel çıkarlar arasında da doğru dengeyi kuracağına inanıyoruz. Bu test doğaldır, çünkü kadın ve erkek taraflarına eşit biçimde uygulanabilir.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin iki aylık hazırlık sürecinde, Resmi Gazete'de yayımlanmış bulunan yasalar, tüzükler ve yönetmelikler, Resmi Gazete yayımlanma tarih ve numarası ile yayımlanmaktadır. Bunlardan yargı ile ilgili olanlarla, meslektaşlarımız için hemen gerekli olabileceğini düşündüklerimizin tam metinlerine **Ekler** bölümünde yer verilmektedir.

YASALAR

RG 23 Şubat 2008/26796

5735 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*

RG 27 Şubat 2008/26800

5736 Bazı Kamu Alacaklarının Uzlaşma Usulü ile Tahsili Hakkında Kanun

5737 Vakıflar Kanunu

5738 Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunlarının Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Yapıtırılması Hakkında Kanun

RG 01 Mart 2008/26803

5739 Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*

RG 06 Mart 2008/26808

5740 Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5741 Er ve Erbaş Harçlıkları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5742 İstiklal Madalyası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 07 Mart 2008/26809

5744 Uzman Jandarma Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5745 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 12 Mart 2008/26814

5743 Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu ile Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5746 Araştırma ve Geliştirme Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanun

* Bkz. Ekler

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 22 Mart 2008/26824 (Mükerrer)

- 5747 Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun
- 5748 Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun
- 5749 Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5750 Expo 2015 İzmir Yönlendirme Kurulunun Tüzel Kişilik Kazanması, Gelir ve Harcamaları ile Denetimi ve Tasfiyesi Hakkında Kanun

RG 02 Nisan 2008/26835

- 5751 Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu ile Mera Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 15 Nisan 2008/26848

- 5752 Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğünün Yeniden Yapılandırılması ile Tütün ve Tütün Mamullerinin Üretimine, İç ve Dış Alım ve Satımına, 4046 Sayılı Kanunda ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

YÖNETMELİKLER

RG 16 Şubat 2008/26789

- Sözleşmeli Subay ve Astsubay Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kıyı Tesislerine İşletme İzni Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye İş Kurumu Yurtdışında İşe Yerleştirme Hizmetine Dair Yönetmelik

RG 17 Şubat 2008/26790

- Havaalanı Sağlık Denetleme Merkezleri Yönetmeliği
- Denizcilik Müsteşarlığı Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 19 Şubat 2008/26792

- Ankara Üniversitesi Türkiye Coğrafyası Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Artvin Çoruh Üniversitesi Sağlık Yüksekokulu Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Niğde Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 20 Şubat 2008/26793

- Telekomünikasyon Kurumu Gelirlerinin Tarh, Bildirim, Tahakkuk, Tahsilat Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Şebeke Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 21 Şubat 2008/26794

- Karayolu Taşıma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Organize Sanayi Bölgeleri Yer Seçimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Makina Mühendisleri Odası Stratejik Planlama Mühendis Yetkilendirme Yönetmeliği
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Makina Mühendisleri Odası Yatırım Hizmetleri Yönetimi Mühendis Yetkilendirme Yönetmeliği
- Artvin Çoruh Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çukurova Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 22 Şubat 2008/26795

- Alkol ve Alkollü İçkilerin İç ve Dış Ticaretine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hacettepe Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mersin Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 23 Şubat 2008/26796

2008/13171 Dövizle Askerlik Hizmeti Uygulama Esasları Hakkında Yönetmelik

- Orman Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Süleyman Demirel Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 24 Şubat 2008/26797

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Hazırlık ve Düzenleme Kurullarının Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Gaziosmanpaşa Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yıldız Teknik Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Şubat 2008/26798

- Atılım Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 26 Şubat 2008/26799

- Türk Silahlı Kuvvetleri Ortaöğretim Okulları Sınıf Geçme ve Sınav Yönetmeliği
- Şile Liman Yönetmeliği
- Dicle Üniversitesi Dış Hekimliği Fakültesi Öğretim Sınav ve Staj Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 27 Şubat 2008/26800

- Erciyes Üniversitesi Sürekli Eğitim Merkezi (ERSEM) Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 28 Şubat 2008/26801

- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 29 Şubat 2008/26802

- Sosyal Güvenlik Kurumu Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Taşkömürü Kurumu Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Başkanlığı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 01 Mart 2008/26803

2008/13288 Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Teşkilat Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Ailenin Korunmasına Dair Kanunun Uygulanması Hakkında Yönetmelik
- Gülhane Askeri Tıp Akademisi ve Bağlı Eğitim Hastaneleri Döner Sermaye İşletmeleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Silahlı Kuvvetleri Besleme Kanunu Uygulama Yönetmeliği
- Türk Silahlı Kuvvetleri Beslenme Bedellerinin Uygulanmasına Dair Yönetmelik

- Türk Silahlı Kuvvetleri Besleme Kanunu Temizlik Maddeleri Kullanım Esasları ve Usullerine Dair Yönetmelik
- Türk Silahlı Kuvvetlerinin Savaş Şartları ile Olağanüstü Durumlarda Besleme Desteği İhtiyaçlarının Karşılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Silahlı Kuvvetlerinde Satın Alınacak Yemek Hizmeti Uygulamalarına Dair Yönetmelik
- Isınmadan Kaynaklanan Hava Kirliliğinin Kontrolü Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Telekomünikasyon Kurumu Tarafından Erişim Sağlayıcılara ve Yer Sağlayıcılara Faaliyet Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 02 Mart 2008/26804

- Millî Eğitim Bakanlığı İlköğretim ve Ortaöğretim Kurumları Sosyal Etkinlikler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yön.
- Özel Teknelerin Donatımı, Kaydı ve Belgelendirilmesi ile Özel Tekneleri Kullanacak Kişilerin Yeterlikleri Hakkında Yönetmelik
- Tarımsal Kuraklık Yönetiminin Görevleri, Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik

RG 03 Mart 2008/26805

- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Mart 2008/26806

- Kastamonu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yön.
- Süleyman Demirel Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 05 Mart 2008/26807

- Selçuk Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Türk Sanayi Rekabet Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 06 Mart 2008/26808

- İzmir Yüksek Teknoloji Enstitüsü (İYTE) Lisansüstü Eğitim Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Önlisans-Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yöne.
- Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Yaz Yarıyılı Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 07 Mart 2008/26809

- İstiklal Marşının Kabul Edildiği Günü ve Mehmet Akif Ersoy'u Anma Günü Hakkında Yönetmelik
- Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği (2002/49/EC)

RG 08 Mart 2008/26810

- 2008/13292 Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Daimi Kadrolarına İlk Defa İşçi Olarak Alınacaklar Hakkında Uygulanacak Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği
 - Fikir ve Sanat Eserlerinin Tespit Edildiği Materyallerin Dolum, Çoğaltım ve Satışını Yapan veya Yayan İşletmelerin Sertifikalandırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Mart 2008/26814

- Ege Üniversitesi Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Marmara Üniversitesi Kent Sorunları ve Yerel Yönetimler Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 13 Mart 2008/26815

- Fırat Üniversitesi-Sanayi İşbirliği Geliştirme Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 15 Mart 2008/26817

- Emniyet Teşkilatı Personeli Kimlik Kartları ile Polis Kimlik Kokartları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. Genel Müdürlüğü (TEDAŞ) İhtiyaç Fazlası ve İhtiyaç Dışı Malzemeler Değerlendirme ve Satış Yönetmeliği
- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Özel Rehabilitasyon ve Eğitim Merkezleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Doğu Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliği

RG 16 Mart 2008/26818

- Silivri Liman Yönetmeliği

RG 18 Mart 2008/26820

- Kültür ve Turizm Bakanlığı Kültür ve Turizm Uzman Yardımcılığı Giriş ve Kültür ve Turizm Uzmanlığı Yeterlik Sınavları ile Atanma, Yetiştirilme, Görev, Yetki ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 19 Mart 2008/26821

- 2008/13347 Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun Kapsamında Yapılacak Yarışma ve Sözleşmeye İlişkin Usul ve Esaslar ile Teşvikler Hakkında Yönetmelik
- 2008/13349 Memurlara Yapılacak Giyecek Yardımı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Adli Yargı Hâkim ve Savcı Adayları ile İdarî Yargı Hâkim Adaylarının Meslek Öncesi Eğitimlerinin Yapıtılmasının Esas ve Usullerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
 - Adli Yargı Hâkim ve Savcı Adayları ile İdarî Yargı Hâkim Adaylarının Staj Dönemi ile Staj Mahkemelerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
 - Gemi Acenteleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
 - Fırat Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
 - Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Tıp Bilim Doktoru Bütünleşik Programı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 20 Mart 2008/26822

- Kimyasal Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Önlisans, Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 21 Mart 2008/26823

- Diyanet İşleri Başkanlığı Hafızlık Tespit Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özel Güvenlik Görevlileri Sağlık Şartları Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Esnaf ve Sanatkarların Ödeyecekleri Kayıt Ücreti ve Yıllık Aidat Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ahi Evran Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yöne.

RG 22 Mart 2008/26824

- Ordu Evleri, Askerî Gazinolar ve Sosyal Tesisler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Subay ve Astsubay Atama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karayolları Trafik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dernekler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fikir ve Sanat Eserlerini İçeren Taşıyıcı Materyaller ile Bu Eserlerin Çoğaltılmasına Yarayan Teknik Cihazların Bedellerinden Yapılan Ke-

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- sintilerin Kullanımına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Kütüphane Kullanıcı Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Merkez ve Taşra Teşkilatı Ulusal ve Uluslararası Sportif Faaliyetlerine İlişkin Mal ve Hizmet Alımları İhale Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eti Holding A.Ş. Genel Müdürlüğü ve Bağlı Ortaklıklar Personel Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Bankaların Sermaye Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İhalelere Yönelik Yapılacak Başvurular Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 23 Mart 2008/26825

Finansal Kiralama, Faktöring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 24 Mart 2008/26826

- Millî Eğitim Bakanlığı Anadolu Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Fen Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Sosyal Bilimler Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Anadolu İmam-Hatip Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Mart 2008/26827

- Marmara Üniversitesi Sağlık Hukuku ve Etiği Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 26 Mart 2008/26828

- Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurum ve Kuruluşlarında Görevli Personele Döner Sermaye Gelirlerinden Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 27 Mart 2008/26829

- Türkiye İş Kurumu Personeline Yapılacak Ek Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik
- Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 28 Mart 2008/26830

- Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ziraat Odaları Temsilciliklerinin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Ziraat Odaları ve Türkiye Ziraat Odaları Birliği Ödül Yönetmeliği
- Ziraat Odaları ve Türkiye Ziraat Odaları Birliği Danışma Kurullarının Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Makina Mühendisleri Odası Yatırım Hizmetleri Yönetimi Mühendis Yetkilendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 29 Mart 2008/26831

- Maliye Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Maliye Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bayındırlık ve İskân Bakanlığı Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tohumculuk Piyasasında Yetkilendirme ve Denetleme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Profesyonel Turist Rehberliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 30 Mart 2008/26832

- Türkiye Büyük Millet Meclisi Koruma Müdürlüğü Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fatih Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 31 Mart 2008/26833

- Marmara Üniversitesi İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 01 Nisan 2008/26834

- Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gazi Üniversitesi İleri Malzeme ve Boya Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Osmangazi Üniversitesi Kütüphane ve Dokümantasyon Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 02 Nisan 2008/26835

- Kontrollü Teslimat Uygulaması Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Mesleki Yeterlilik Kurumu Personel Yönetmeliği
- Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 03 Nisan 2008/26836

- Maliye Bakanlığı Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Maliye Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme, Unvan Değişikliği ve Atama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 05 Nisan 2008/26838

- Sağlık Bakanlığınca Yapılacak Piyasa Gözetimi ve Denetiminin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Sivil Hava Ulaşımına Açık Havaalanlarında Yer Alan Gayrisihhi İşyerleri İçin İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik (SHY-33A)
- Bağ-Kur Sağlık Sigortası Yardımları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Emekli ve Malullük Aylığı Bağlanmış Olanlarla, Bunların Kanunen Bakmakla Yükümlü Buldukları Aile Fertleri, Dul ve Yetim Aylığı Alanların Muayene ile Tedavileri Hakkında Yönetmelikte
- Bankaların İzne Tabi İşlemleri ile Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Danıştay Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 06 Nisan 2008/26839

- İstanbul Üniversitesi Yabancı Dil Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Su Ürünleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 07 Nisan 2008/26840

- Marmara Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 09 Nisan 2008/26842

- Bireysel Emeklilik Sistemi Hakkında Yönetmelik

RG 10 Nisan 2008/26843

2008/13436 Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

- Avian Influenza Hastalığına Karşı Korunma ve Mücadele Yönetmeliği
- Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Görevlilerin İslahçı Hakından Yararlanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Nisan 2008/26845

- Rize Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği

RG 14 Nisan 2008/26847

- Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi Yapı Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 14 Nisan 2008/26847 (Mükerrer)

- Sigorta Acenteleri Yönetmeliği
- Merkezi Isıtma ve Sıhhi Sıcak Su Sistemlerinde Isınma ve Sıhhi Sıcak Su Giderlerinin Paylaştırılmasına İlişkin Yönetmelik
- İller Bankası Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İller Bankası Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

RG 15 Nisan 2008/26848

2008/13460 Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

2008/13478 Memurların Hastalık Raporlarını Verecek Hekim ve Sağlık Kurulları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Sözleşmeli Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ'nin
Ekler bölümü, elimizin altında bulunmasını istediğimiz,
ancak gözümüzün önünde bulunmasını istemediğimiz önemli bilgileri,
metinleri bünyesinde saklayacaktır. Dergi'nin okunmasını zorlaştıracak,
ancak kimilerinin ayrıntılarına önem verdiği uzun metinlere, yasalara, tüzük
ve yönetmeliklere burada yer verilecektir.
Biz bu bölüme kendi aramızda, eski evlerin vazgeçilmez temiz, düzenli,
ancak göz önünde bulunmayan bölümünden esinlenerek "**Kiler**" diyoruz.
Büyük ihtiyaçlara cevap verecek bölümün geleceği de sizlerin
öneri ve dilekleriyle şekillenecektir.

KANUNLAR

TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASININ BAZI MADDELERİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN

Kanun No. 5735

Kabul Tarihi: 9/2/2008

MADDE 1 – 7/11/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasına "bütün işlemlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında" ibaresi eklenmiştir.

MADDE 2 – Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 42 nci maddesine altıncı fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir."

MADDE 3 – Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer ve halkoyuna sunulması halinde tümüyle oylanır.

22/2/2008

RG: 23 Şubat 2008/Sayı : 26796

ÇEŞİTLİ KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN

Kanun No. 5739

Kabul Tarihi: 26/2/2008

MADDE 1 – 22/5/1930 tarihli ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununa aşağıdaki ek 10 uncu madde eklenmiştir.

"EK MADDE 10 – Bu Kanunda ve diğer ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılmaya kadar, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemeler bakımından bu Kanunun ek 8 ve 9 uncu maddeleri ile 16/6/1964 tarihli ve 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanunun 63 üncü maddesinin ikinci fıkrası hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.

Bu Kanunda yazılı suçlarla ilgili olarak 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesinin beş ilâ ondördüncü fıkraları uygulanmaz"

MADDE 2 – 16/6/1964 tarihli ve 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç

ve Cezaları Hakkında Kanununun 63 üncü maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Bu Kanunda açıkça belirtilmediği sürece, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitap Üçüncü Kısım Birinci Bölüm hükümleri ve zamanaşımı süresine ilişkin hükümleri, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri ile 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun hükümleri, disiplin suç ve cezaları hakkında uygulanmaz.”

MADDE 3 – 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 13 üncü maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmemesi, seçenek yaptırımlara çevirme ve erteleme yasağı

MADDE 13 – Bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemez; verilen hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrilemez ve ertelenemez. Ancak bu hükümler onbeş yaşını tamamlamamış çocuklar hakkında uygulanmaz.”

MADDE 4 – 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesinin altıncı fıkrasında yer alan “yaptırımın” ibaresi “tedbirin” olarak değiştirilmiştir.

MADDE 5 – 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 106 ncı maddesinin dördüncü ve dokuzuncu fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve onuncu fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

“(4) Çocuklar hakkında hükmedilen

adli para cezasının ödenmemesi hâlinde, bu ceza hapse çevrilemez. Bu takdirde onbirinci fıkrâ hükmü uygulanır.”

“(9) Adli para cezasından çevrilen hapsin infazı ertelenemez ve bunun infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz. Hapse çevrilmiş olmasına rağmen hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olan adli para cezasıdır.”

MADDE 6 – 23/3/2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 12 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “1 Nisan 2008” ibaresi “31 Aralık 2010” olarak değiştirilmiştir.

MADDE 7 – 25/5/2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinin (2) numaralı alt bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“2. Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırım olarak hükmedilen güvenlik tedbirinin gereklerinin yerine getirilmemesi dolayısıyla hapis cezasının infazına ilişkin karar,”

MADDE 8 – 5352 sayılı Kanunun 17 nci maddesinin birinci fıkrasında geçen “üç” ibaresi “beş” olarak değiştirilmiştir.

MADDE 9 – 7/11/1996 tarihli ve 4207 sayılı Tütün Mamullerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanunun 6 ncı maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 10 – Bu Kanunun 9 uncu maddesi 19/5/2008 tarihinde, diğer maddeleri ise yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 11 – Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

29/2/2008

RG: 1 Mart 2008/Sayı : 26803

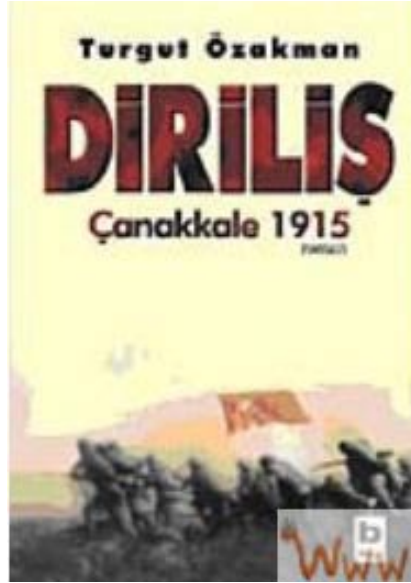
Turgut ÖZAKMAN
DİRİLİŞ-Çanakkale 1915

Roman

Bilgi Yayınevi, Ankara 2008

ŞU ÇILGIN TÜRKLER yazarı Turgut Özakman, Çanakkale, Milli Mücadele ve Cumhuriyet olarak planladığı üçlemenin, ikinci kitabından sonra birincisini bu yıl yayımladı.

Truva savaşı kadar karmaşık, hile ve gaddarlıkla dolu Çanakkale Savaşı, Osmanlılığın sonu Türk milliyetçiliğinin uyanışı şeklinde değerlendirilerek tarihimizin kırılma noktası olarak öne çıkmaktadır. Dinciler, padişah-halifeciler ne kadar çırpınırlarsa çırpınsınlar, Çanakkale’de savunulan vatandır, millettir. İnanç, savaş tarihinde pek çok ilki yaşatan bu savaşta büyük rol oynamıştır, ama amaç onun korunması değildir. İkincisi de savaşı yapanlar, ölüme uğarcasına gidenler sade insanlardır. Melekler ya da evliyalar, doğal olarak manevi makamlarında istirahat halindedirler. Mustafa Kemal, bu savaşta “ölmeyi emrettiği” askerlerinin, saygı duyduğu inancını, savaşın hemen ardından Ruşen Eşref Ünaydın’a şöyle anlatıyor:



“Biz kişilerin kahramanlık sahneleriyle meşgul olmuyoruz. Yalnız size Bombasirtı vakasını anlatmadan geçemeyeceğim. Karşılıklı siperler arasında mesafemiz sekiz metre, yani ölüm muhakkak, muhakkak.... Birinci siperdekiler hiç biri kurtulmamacasına, hepsi düşüyor; ikincidekiler onların yerine giriyor. Fakat ne kadar imrenilecek bir soğukkanlılık ve tevekkülle biliyor musunuz? ÖLENİ GÖRÜYOR, ÜÇ DAKİKAYA KADAR ÖLECEĞİNİ BİLİYOR, EN UFAK BİR DURAKSAMA BİLE GÖSTERMİYOR; SARSILMAK YOK! OKUMAK BİLENLER ELLERİNDE KUR’ANI KERİM, CENNETE GİRMEĞE HAZIRLANIYORLAR. BİLMİYENLER KELİMEİ ŞEHADET GETİREREK YÜRÜYORLAR. BU TÜRK ASKERLERİNDEKİ RUH KUVVETİNİ GÖSTEREN, HAYRETE VE TEBRİKE DEĞER BİR ÖRNEKTİR. EMİN OLMALISINIZ Kİ ÇANAKKALE MUHAREBESİNİ KAZANDIRAN, BU YÜKSEK RUHTUR.” (Ruşen Eşref, *Mustafa Kemal Çanakkale’yi Anlatıyor*, İstanbul 1981 s. 27)

Zamane yobazlarının kurguladığı (*Vatan*, 30 Mart 2008; *Hürriyet*, 8 Ağustos 2004) Çanakkale Savaşı'nın gerçekleri, Turgut Özakman'ın kalemiyle en yalın biçimde, insancıl yönü, ölümlülerin gayret ve fedakarlığı sonucu kazanılan zafer, aymazlıkları, korkaklık ve ataklıkları gibi bütün öğeleriyle anlatılmaktadır.

Gerçek inanan Mehmet Akif ERSOY da Çanakkale'yi, ÇANAKKALE ŞEHİDLERİNE adlı şiirinde aynı şekilde görmüş ve anlatmıştır.

Şu boğaz harbi nedir, var mı ki dünyada eşi?
En kesif orduların, yükleniyor dördü beşi
Şüheda gövdesi, bir baksana dağlar taşlar...
O, rüku olmasa, dünyada eğilmez başlar,
Yaralanmış tertemiz alnından uzanmış yatıyor;
Bir hilal uğruna ya Rab, ne güneşler batıyor!
Ey, bu topraklar için toprağa düşmüş, asker!
Gökten ecdad inerek öpse o pak alnı değer.
Ne büyüksün ki kanın kurtarıyor Tevhid'i...
Bedr'in aslanları ancak, bu kadar şanlı idi...
Sana dar gelmeyecek makberi kimler kazsın?
"Gömelim gel seni tarihe!" desem, sığmazsın.
Herc ü merc ettiğin edvara yetmez o kitab...
Seni ancak ebediyetler eder istiaab.
"Bu, taşındır" diyerek Kabe'yi diksem başına;
Ruhumun vahyini duysam da geçirsem taşına;
Sonra gök kubbeyi alsam da, rida namıyla,
Kanayan lahdine çeksem bütün ecreamıyla;
Mor bulutlarla açık türbene çatsam da tavan;
Yedi kandilli Süreyya'yı uzatsam oradan;
Sen bu avizenin altında, bürünmüş kanına,
Uzanırken gece mehtabı getirsem yanına,
Türbedarın gibi ta fecre kadar bekletsem;
Gündüzün fecr ile avizeni lebriz etsem;
Tüllenen mağribi, akşamları sarsam yarana...
Yine bir şey yapabildim diyemem hatırana.

Sen ki, son ehl-i salibin kırarak savletini,
Şarkın en sevgili sultanı Salahaddin'i,
Kılıç Arslan gibi iclaline ettin hayran...
Sen ki islami kuşatmış, doğuyorken hüsrana,
O demir çemberi göğsünde kırıp parçaladın;
Sen ki, ruhunla beraber gezer ecramı adın;
Sen ki; a'şara gömülse taşacaksın... Heyhat,
Sana gelmez bu ufuklar, seni almaz bu cihat...
Ey şehid oğlu şehid, isteme benden makber,
Sana ağuşunu açmış duruyor Peygamber.

Bu mısralarda yobazlıktan eser yok, NE EVLİYADAN, NE ENBİYADAN İZ YOK! SADECE KAHRAMANCA, İNANÇ İÇİNDE ÖLÜME KOŞAN ASKERLER VAR!

Kitabı kapatıp gözünüzü kapattığımızda sıradan Anadolu insanının “şehit oğlu şehitlerin” fukara, kara kuru, inançlı yüzü, gözünüzün önüne gelmekte duygulanmaktasınız. “Yaralanmış tertemiz alınından uzanmış yatıyor/Bir hilal uğruna ya Rab, ne güneşler batıyor!”

Ve ölümü hiçe sayan bu insanların direncini, akıttığı kanı, evliya ve enbiya öyküleri ile küçültmeye çalışanlara kızmaktasınız.

En önemlisi, bu öyküleri uyduranların niçin evliya ve enbiyanın bu kadar insan öldükten sonra müdahale ettiklerini kendi kendinize sormaktasınız.

Daha da önemlisi Sarıkamış'ta donarak ölen, Kanal'da boğulan ve tuzsuzluktan yanan Mehmetçiklerin aynı evliya ve enbiya tarafından niçin korunmadıklarını düşünmektesiniz.

Bütün bunlar Mustafa Kemal'in Çanakkale ile özdeşleşen karizmasını yok etmek için yapıyorsa boşuna gayret. Dünya tarihi bu gerçeği silinmez biçimde kaydetmiş bulunuyor. Bu gayreti gösterenler sadece ayıpları ile başbaşa kalmaya mahkumdurlar.

Her Türk gencinin ibretle okuyacağı çoğa zaman gurur duyacağı, üzüleceği, ancak her hal ü karda ibret alacağı ve göğsünün kabarcığı bu öyküyü çocuklarımızla birlikte okumakta sayısız yarar var.

T. E.

**Ömer DEDEOĞLU,
MUSTAFA KEMAL PAŞA'NIN
GİZLİ OTURUM KONUŞMALARI,
Kastaş Yayınevi, İstanbul 2008**

Daha önce “*Bir Milletvekilinin Günlüğünden*”, “*Ağır Cezalı Anılar*“ kitaplarını zevkle okuduğumuz meslektaşımız Ömer Dedeoğlu, bu defa Mustafa Kemal Paşa'nın Kurtuluş Savaşı yıllarında gizli oturumlarda yaptığı konuşmaları günümüz Türkçesi ile hazırlamış ve özellikle genç okuyuculara sunmuş bulunmaktadır.

Kurtuluş Savaşımız ile ilgili olarak her gün yeni bir iddianın ortaya atıldığı 1950'den sonraki yıllarda, bu belgeler ve daha yeni anı ve belgelerin yayımlanması ile gerçek bir Kurtuluş Savaşı tarihi yazmak koşulları oluşmaya başlamıştır. Ancak, bu belgeler incelendiği zaman da görülmektedir ki, “*resmi tarih*” diye küçümsenen tarihin eleştirilecek büyük bir noksanı, saptırması bulunmamaktadır. Sorun tarihe bakan kişilerin buldukları yer ve konularından dolayı, yorum farklılıklarından ileri gelmektedir. BMM'nin gizli oturum tutanakları ise ilk defa Sadi Borak tarafından 1977 yılında “*Gizli Oturumlarda Atatürk'ün Konuşmaları*” adı ile Çağdaş yayımlar tarafından 1977 yılında yayımlandı. Sadi Borak, TBMM Başkanlık Divanı'ndan alınmış özel izinle iki yüzü aşkın gizli oturum tutanağını tarayarak, Atatürk'ün beyanlarını gün ışığına çıkardığını belirtmektedir.

Bu kitapta Atatürk'ün diliş tarihi birer belge olması gerekçesiyle aynen korunmuş, ancak kitabın arkasına güzel bir sözlük eklenmiştir.

Türkiye Gizli Gelse Zabıtları, (24 Nisan 1920-25 Ekim 1932), tümüyle İş Bankası tarafından dört cilt halinde yayımlanmıştır. Dili Osmanlıcadır. Elimde kitabın ikinci baskısı var ve 1985 tarihini taşıyor; Dedeoğlu'nun Sunuş yazısından birinci baskının 1980 yılında yapıldığı anlaşılmaktadır.

Ömer Dedeoğlu, yayına hazırladığı kitabında Atatürk'ün konuşmalarını günümüz Türkçesine çevirerek okunmasında büyük kolaylık sağlamıştır.

Milli Mücadele yıllarının koşullarını anlamak isteyenlere güzel ve güvenilir bir kılavuz sunan değerli meslektaşımıza teşekkürlerimi sunuyorum.

T.E.

