

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

ISSN 1304-2408

- Hakemli Makaleler
 - Söyleşiler
 - Kararlar
 - İnsan Hakları
- Disiplin Kurulu Kararları
- Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler
 - Kitaplar, Dergiler
 - Adli Tıp
 - Çevre

DOSYA

8 MART DÜNYA KADINLAR GÜNÜ
MARCH 8 INTERNATIONAL WOMEN'S DAY

AVUKATIN İNTERNETTEKİ YERİ

UBAP

Ulusal
Baro Ağı
Projesi



www.barobirlik.org.tr



UBAP ile

- ▶ Bilgilerinizi anında güncelleyebilir,
- ▶ Ücretsiz "av.tr" uzantılı e-posta hesabı oluşturabilir,
- ▶ CMK görevlendirilmelerinizi takip edebilir,
- ▶ Sosyal yardım başvurunuzu yapabilir,
- ▶ Staj kredisi bilgilerinizi takip edebilir,
- ▶ "av.tr" alan adı başvurunuzu yapabilir,
- ▶ TBB ile hızlı iletişime geçebilirsiniz.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
BİLGİ İŞLEM MERKEZİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

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

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

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor
Av. Teoman Ergül

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

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

Danışma Kurulu / Board of Advisors
Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu,
Çankaya Ü. Hukuk Fak.
Prof. Dr. Haluk Günuğur,
Türkiye-AB Derneği Bşk.
Prof. Dr. Hamit Hancı,
AÜ Tıp Fak. Adli Tıp ABD Bşk.
Sabih Kanadoğlu,
Onursal Yargıtay C. Başsavcısı
Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu
Prof. Dr. Erdal Onar,
Bilkent Ü. Hukuk Fak.
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz,
Akdeniz Ü. Hukuk Fak.
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez,
Galatasaray Hukuk Fak.
Prof. Dr. Erdener Yurtcan

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

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

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

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

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

İletişim Adresi / Communication Address
Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Yayın İşleri Müdürlüğü
Oğuzlar Mah. Özdemir Özok Sokağı No: 3
06520 Balgat - ANKARA
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312)286 55 65
web:www.barobirlik.org.tr
e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription
Yıllık abone bedeli: 60 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /
Page Design and Offset Preparation
Mustafa Horuş - Türkiye Barolar Birliği

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

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ YAYIN KURALLARI

- 1988 yılından beri çıkmakta olan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül 2002 tarihinden bu yana da "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmaktadır. Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nde, makaleler; Yargıtay, Danıştay, AİHM, Anayasa Mahkemesi kararları, kritikler ve yayın tanıtım yazıları yer almaktadır.
- Dergiye gönderilecek yazıların özgün, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
- Yazılar, 7.500 sözcüğü geçmeyecek şekilde, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.**
Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti (en fazla 50 sözcük) ve anahtar sözcükleri (en fazla 10 sözcük) Türkçe ve İngilizce olarak yer almalıdır.
Yazıların sonunda kaynakça bulunmalıdır.
Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak yazılmalıdır.
Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnot ve kaynak verilirken yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak ("") içine alınmalı, sadece eser adı İTALİK verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.
Örneğin: Yazar Adı, "Makale Adı", Eser Adı, Xxxx Yay. 2. baskı, Ankara 1999, s. xx.
Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", AÜHF Dergisi, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
- Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası "yayin@barobirlik.org.tr" adresine gönderilmelidir.
Yazılar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Yayın Kuralları'na uygun olmaması durumunda reddedilir.
- Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini göndermelidirler.
- Yazıların "hakemli makaleler" bölümünde yayımlanması istendiği açıkça belirtilmelidir;** açıklama yer almayan durumlarda "makaleler" bölümünde yayımlanmak üzere gönderildiği varsayılır.
- Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar, "kör hakemlik" sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.
Hakem tarafından uygun bulunmadığı için yayımlanmayan yazılar, istenildiği takdirde hakem adı belirtilmeksizin yazarlara geri gönderilir. Hakem raporuna itiraz hakkı vardır.
Hakem raporu düzeltme içeriyorsa, rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç, hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.
- Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilmeyen yazılar, Yayın Kurulu'nun kararı ile yayımlanabilir. Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmez. Ancak, durum yazara bildirilir.
- Dergiye gönderilen yazıların yazım denetimlerinin yapılmış olduğu, gönderildiği biçimiyle yayımlanmasına "olur" verildiği kabul edilir. Yazı teslim edildikten sonra, baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmez. Yazım yanlışlarının fazla olması yazının yayımlanmaması için yeterlidir.
- Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yazı dili Türkçe'dir.
- Yazıların düzeltilmesinde, *Türk Dil Derneği Yazım Kılavuzu* ve *Adam Yayınları Ana Yazım Kılavuzu* esas alınmaktadır.
- Yayımlanması kabul edilen yazıların, basılı ve elektronik yayın haklarına TBB sahip olur.
- Yazarlara Türkiye Barolar Birliği Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtım Yönetmeliği çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

9 BAŞKANDAN / FROM THE PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

15 Süha TANRIVER

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler / The Civil Procedure Law No. 6100

35 Gerçek Şahin YÜCEL

Geri Dönüş Yönergesinin Avrupa Adalet Divanı Tarafından Yorumu / The Interpretation of Return Directive by European Court of Justice

45 Musa AYGÜL

Evlât Edinme Yolu ile Vatandaşlığın Kaybedilmesi ve Kazanılması / Acquisition and Loss of Nationality By Adoption

81 Ayşegül KÖKKILINÇ ERALTUĞ

Uluslararası Ticaret Anlaşmalarının Sosyal Hükümleri / Social Clauses Embodied In International Trade Agreements

125 Gürsel KAPLAN

Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmasız El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul ve Esaslar / According to the Last Legal Regulations the Basis and the Procedure of the Right to Compensation Arising by Reason of Confiscation Without Expropriation

151 Hasan GÖK

Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği İstisnası / Secrecy of Private Life Exception in the Decisions of the Board of Evaluation for Access the Information

MAKALELER / ARTICLES

165 Faruk Y. TURİNAY

Kuralların Kuralı: Anayasanın Hukuki Boyutunun Evrensel Serüveni / The Rule of the Rules: Universal Adventure of Legal Sense of the Constitution

229 Olcay ZİYA

Mülteci-Göçmen Belirsizliğinde İklim Mültecileri / Climate Refugees in the Uncertainty of Being a Refugee or Migrant

241 8 MART DÜNYA KADINLAR GÜNÜ ÖZEL DOSYASI YAZILARI

241 Hidaye KAHYAOĞULLARI

Baroların Kadın Hukuku Komisyonlarının “Kadın Hakları” Açısından Rolü
TÜBAKKOM ve 1. Kadın Avukatlar Kurultayı

245 Av. Nazan MOROĞLU

Kadının Kimlik Sorunu “Kadının Soyadı” / The Identity Problem Of The Woman
“Woman’s Surname”

269 Nur CENTEL

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik
Tasarısı’nın Değerlendirilmesi

291 Aylin MORALIOĞLU

80’li Yıllarda Kadın Hareketi ve Kampanyalar / Women’s Movement in the 80’S
and Campaigns

297 Sabire Sanem YILMAZ / Nazlı AYDOĞAN KAPLAN

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Açısından Kadın / The Situation of
Women According to Numbered 6100 Civil Judicial Code

303 Ömer Uğur GENÇCAN

Anlaşmalı Boşanma Davalarında “Anlaşma” Aldatmacası / The “Consensual”
Deception in the Consensual Divorce Cases

311 Birgül BİLGİN

Çalışma Yaşamında Kadın ve Yasal Düzenlemeler / Women at the Workplace and
Related Laws and Regulations

317 Ersan ŞEN / Tuğçe BAŞARIR

Ensest Mağdurlarından Birisi: “Kadın” / A Victim of the Incest: “Woman”

341 Erdem ÖZKARA / İ. Özgür CAN

Kadına Yönelik Şiddetle İlgili Güncel Yasal Değişiklikler ve Adli Tıp

349 Hale AKGÜN

Kuyu Da Derin İp De Kısa İse

- 363 Eray KARINCA**
Zehirli Ağacın Meyvesi / Fruit Of The Poisonous Tree
- 357 Nazan MOROĞLU**
Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 Sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi
- 381 Mustafa ŞİMŞEK**
Uygulamada Mal Rejimi Davaları / Marital Property Cases In Practice
- 396 RÖPORTAJ**
Av. Nazan Moroğlu İle Röportaj **Röp. Nülifer AY**
- 402 Şükran EROĞLU**
Tüketirken Tükenmeyelim!
- 406 Afet Gülen KÖSE**
İki Adım Geri Bir Adım İleri...
Aile konut şerhi, boşanma davasında gayrimenkulün devri istemi,
kefalette eşin rızası
- 412 Aydeniz ALİSBAH TUSKAN**
8 Mart Dünya Kadınlar Günü
- 414 Neşe DOĞAN YÜKSEL**
Nereden Çıktı Aile Mahkemelerindeki Bu Uzmanlar?
- 429 Aydeniz ALİSBAH TUSKAN**
Şiddet ve Adalete Erişim
- 436 Bahar ÜNLÜER ÖZTÜRK**
Benim Adım ????
- 438 Hale AKGÜN**
Sisfos'un Kayasını Devralan Kadınlarımız
- 445 Aydeniz ALİSBAH TUSKAN**
Toplumsal Cinsiyet Toplumda Kadına Biçilen Roller ve Çözümleri

- 450** Türkiye Barolar Birliği Kadın Hukuku Komisyonları (TÜBAKKOM)
- 454** Türkiye Barolar Birliği Kadın Hukuku Komisyonu (TÜBAKKOM) Yönergesi
- 458** Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun
- 473** **Yargıtay Kararları / Decisions of the Court of Cassation**
- 499** **Disiplin Kurulu Kararları / Decisions of the Disciplinary Committee**
- 505** **YASALAR, TÜZÜKLER, YÖNETMELİKLER / LEGISLATION**
- 516** **KİTAPLAR, DERGİLER / BOOKS, PERIODICALS**

başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım,

Sadece bizim ülkemizde değil, dünyanın diğer ülkelerinde de sorun olma özelliğini sürdüren kadın erkek eşitsizliği konusunda, başta kadınlarımız olmak üzere, erkeklerimiz ve siyasilerimiz üzerinde farkındalık yaratmak, erkeklerle kadınlar arasındaki toplumsal cinsiyet adaletiyle fırsat eşitliğinin sağlanması konusunda mücadele etmek Türkiye Barolar Birliği'nin dnden bugüne her zaman öncelikli hedefi olmuştur.

Esasen Birleşmiş Milletler tarafından cinsiyet eşitliğinin ana-akıma yerleştirilmesi, diğer bir deyişle siyasal, ekonomik ve toplumsal alanlardaki en temel politika, plan ve programlara dahil edilmesi ve böylece kadınların ve erkeklerin sağlayacakları yararın eşitlik temelinde maksimize edilmesi yönünde yaptığı çalışmalara katkı yapmak, sadece kadın hakları savunucularının ve kuruluşlarının değil, hukukların, baroların ve Barolar Birliği'nin de en önde gelen görevidir.

Türkiye Barolar Birliği bünyesi içinde TÜBAKKOM - Kadın Hukuku Komisyonu'nun kurulmasının ve bu komisyonun çalışmalarına destek verilmesinin amacı da, az yukarıda sözü edilen hedefe ulaşılmasına, küresel düzeydeki ana-akımlaştırma politikalarına katkı yapılmasına yöneliktir.

Kamu politikalarının cinsiyet eşitliği temelinde düzenlenmek suretiyle kadın sorununa, kadın avukatlarımızın mesleki sorunlarına "kadın"ı merkeze alan bir anlayışla zm aranmasını öngören ve bu konuda yasal düzenlemelerin yanı sıra içtenlik talep eden kadın hakları savunucularına destek olmak amacıyla Türkiye Barolar Birliği olarak 21-22 Nisan 2012 tarihlerinde bir ilki gerçekleştirerek "Birinci Kadın Avukatlar Kurultayı" nı düzenledik.

Kadına, kadınlarımıza verdiğimiz değeri göstermek amacıyla bir önemli adım daha atarak dergimizin bu sayısını kadınlarımızın sorunlarına, kadın haklarına özgüledik.

Değerli Meslektaşların,

Erken dönem çalışmalarından olan “*Alman İdeolojisi*” isimli eserlerinde Marks ve Engels şunları yazar: “*Yönetici sınıfın fikirleri her çağda egemen olan fikirlerdir; toplumda maddi güce egemen olan sınıf, aynı zamanda entelektüel güce de egemendir. Zihinsel üretim araçlarını elinde bulunduran sınıf, zihinsel üretim araçlarının denetimini de hep elinde tutar.*”

Marks ve Engels’in ideoloji kavramına açıklık getirmek amacıyla yaptıkları bu tespitten hareketle kadın erkek ilişkilerini değerlendirdiğimizde demek gerekir ki, çok eski günlerden bugüne kadar olan süreçte ve neredeyse dünyanın tüm toplumlarında yönetici sınıf hep erkekler olmuştur. İktidar olarak maddi gücü elinde bulunduran erkekler, entelektüel gücü de, zihinsel üretimi de, zihinsel denetim araçlarını da her zaman ellerinde tutmuşlardır. Onun için tarihsel dünya, tanıklık ettiği pek çok mücadelelerin yanı sıra kadınların cinsiyet eşitliğinin sağlanmasına yönelik mücadelelerine de tanıklık etmiştir.

Kadınların, cinsiyet eşitliğinin sağlanmasına yönelik mücadelelerinin tarihi oldukça eskidir. Bunların içinde tarihin yazımladığı önemli isimler ve aşamalar vardır. Bunlara örnek olarak daha sonra giyotinle idam edilen Olympe de Gouges’i ve onun 1791 yılında Paris’te, Fransız Devriminin erken günlerinde yayınladığı *Kadın Hakları* isimli bir el broşürünü, Amerikalı Judith Sargent Murray’ın 1790’da Massachusetts’te yayınladığı *Cinsiyetler Arasındaki Eşitsizlik Üzerine* adlı eserini, feminist düşünce için hala başat eser olarak kabul edilen Mary Wollstonecraft’ın *Kadın Haklarının Savunusu*’nu sayabiliriz. Bu mücadelenin kayda değer olanlarından birisi de hiç kuşkusuz 1850’li yıllarda kadın erkek eşitliğini savunan ve kadınların oy hakkına sahip olmalarına yönelik taleplerini içeren *ilk-dalga feminizmi* olarak isimlendirilen eylemlerdir.

Yirminci yüzyılın ilk yıllarında kadınların oy hakkına sahip olmaları, her ne kadar kadın hareketini başlangıcındaki amacından ve ilkelerinden uzaklaştırmış ise de, 1960'lı yıllarda başlayan *ikinci-dalga feminizm* hareketiyle birlikte, kadının toplumsal rolünün geliştirilmesi, toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması, erkek iktidarının yıkılması gibi radikal düşünceler ve talepler ortaya çıkmaya başlamıştır.

Marjinal feministler tarafından "*The Personal Is The Political - Kişisel Olan Siyasidir*" sloganıyla başlatılan mücadele, kişisel olanın, yani ev ve aile içi yaşamın yeniden yapılandırılmasını, bunun için bir cinsel devrime ihtiyaç olduğunu ileri sürerek başlattığı mücadelesini erkeği düşman olarak gören oldukça aşırı bir çizgiye kadar taşımıştır.

60'lı yılların radikal hareketleriyle başlayan süreç, biyolojik ve toplumsal cinsiyetle bağlantılı kavramları, cinselliğin dışavurum biçimlerini, ekonomik eşitsizliği, cinsel şiddet kullanılmasını, taciz, tecavüz gibi günlük yaşamda ve hemen her ülkede örnekleri çokça yaşanan pratikleri ve bunlar üzerine olan tartışmaları gündeme getirmiştir.

Bu tartışmalarla birlikte gelişen, çeşitlenen, zenginleşen ve olgunlaşan feminist kuramlar, bu konuları isimlendirmek ve gündeme taşımak suretiyle *cinsel politika, baskı, ataerkillik* gibi kavramlar üzerine kurulu farklı bir dil geliştirmiştir.

Bu görüşlerin ve deyimlerin Batı'da yaygın biçimde kullanılmaya başlanıldığı 1970'li yıllarla birlikte, toplumu tanıma ve kadını anlama biçimi konusunda değişiklik yapılmasına yönelik talepler, iktidar, çıkar ve çatışma modellerine açıklık getirilmesini öngören cinsel temelli politikalar ortaya çıkmaya başlamıştır.

Batıda ağır işleyen bu süreç, o yıllarda daha çok kendi içine kapanık yaşayan Türkiye'de entelektüel düzeydeki kimi tartışmaların dışında kendisine çok fazla bir alan ve taraftar bulamamıştır. Kaldı ki, cinsel politikanın dünyasını anlamak için ne türden teorik argümanların gerekli olduğu ve yeterli olacağı hususu, Batılı entelektüellerin arasında dahi o tarihlerde yeterince açık ve üzerinde tam olarak mutabık kalınmış bir husus da değildir.

O aşamada ortaya konulan görüş ve düşüncelerin yeni sürece uyarlanması için pek çok girişimde bulunulmuş ve sonunda cinsiyet rolü üzerinde sürdürülen araştırmalar giderek umulanın üzerinde bir yaygınlık ve etki kazanmıştır. Bu cümleden olarak feminizmi savunanlar arasında *ataerkilliğin evrenselliğini, psikanalizin işlevselliğini, kapitalizmin etkisini, Marksist kuramın yol göstericiliğini, erkeklerin uyguladığı cinsel şiddeti öne çıkaran ve bütün bunları tartışan birbirine rakip yeni kuramlar, farklı düşünce okulları ortaya çıkmıştır. Biyolojik olanın toplumsal olandan çok daha fazla gerçek olduğunu öne süren varsayımlar, medya, okul gibi kurumlar tarafından yaratılan cinsiyet rollerinin yapay ve bunların içlerinin boş olduğuna ilişkin argümanlar ileri sürülmüş, bütün bu konular hem akademik ve hem de entelektüel düzeyde tartışılmıştır. Ama daha sonra bu cinsiyet rollerinin içinin hiç de boş olmadığı, cinsiyete dayalı klişelerin, tarz ve biçim değiştirerek de olsa bizimle birlikte varlıklarını sürdürdükleri anlaşılmıştır.*

Sevgili Meslektaşlarım,

Hindistan Kadınlar Birliği'nin, ölümü üzerine yayınladığı bildiride, "Kadın haklarının insanlık tarihi boyunca gelmiş en büyük savunucularından" birisi olarak kabul ve ilan ettiği Büyük Atatürk, 1923 yılının Ocak ayında, Cumhuriyetin ilanından dokuz ay önce İzmir'de yaptığı konuşmada diyor ki: "... Bir toplum, cinslerinden yalnız birinin yüzyılımızın getirdiklerini elde etmesiyle yetinirse, o toplum yarı yarıya zayıflamış olur... Bizim toplumumuzun uğradığı başarısızlıkların nedeni kadınlarımıza karşı ihmal ve kusurun sonucudur... Bir toplumun bir uzvu faaliyette bulunurken öteki uzvu atalette olursa, o toplum felce uğramış demektir."

Büyük Atatürk'ün bu sözleri ifade ettiği 1923 yılından bugüne kadar geçen 89 yıl içerisinde Türkiye olarak biz neredeyiz? Kadın üzerine, feminizm üzerine yapılan tartışmaların neresindeyiz? Kadınlarımızın sorunları, hakları, insan hakları konusunda ne yaptık, ne yapacağız, daha neler yapmamız gerekir? İşte! Bu konular ve sorular için bu platformu yarattık, dergimizin bu sayısını kadınlarımıza özgüledik.

Son bir söz. Onu da “*Kadın Olanın Türküsü*” isimli şiirinde hukukçu-şair Gülten Akin söylüyor:

*Git oldu can, sürgün geldi dayandı
Sürgün yine geldi dayandı
Kitapları topladım, çocukları giydirdim
Hadi de doğrulalım Dranazın karına
Biz nereye düşeriz, halk fakir fıkara*

*Her bahar, her yaz gurbette
Sılaya dönmesi olur velakin
Ne silamız belli, ne gurbetimiz
Çiğdemi Ardahan yaylalarında
Nergisi Sinopta
Vanda koparmışsak sarı gülü
Portakal kokusu Kumlucadan gelir
Karıştırdık sıla nere, gurbet hangisi
Bizim gibi gurbetçi görülmemiştir*

*Git oldu can, sürgün geldi dayandı
Diktiğin fidanlar sen olmayanda
Yel vura ırgalana, gün vura duldalana büyüyecek
Yasa şu ki ekinler yürüyecek
Bebek dillenecek, güçsüz hallanacak
Sis kalkacak İsfendiyar başından*

*Selam olsun bizden önce geçene
Selam olsun dosta, hasa, çile çekene
Selam olsun dayanana, düşene
Yüreğim yürektir, bakma gözüm yaşına*

*Git oldu can, sürgün geldi dayandı
Sorulmasın vatanımız ilimiz.*

Saygılarımla.

Av. V. Ahsen Coşar
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

6100 SAYILI HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU'NUN REVİZYONU ÜZERİNE BAZI DÜŞÜNCELER

THE CIVIL PROCEDURE LAW NO. 6100

Süha TANRIVER*

Özet: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 1 Ekim 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Her yeni kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yaşandığı gibi, bu Kanun'un uygulanması evresinde de, bazı tereddütler ve sorunlarla da karşı karşıya kalınmıştır. Kanun'un ortaya çıkan sorunlara cevap verebilmesi ve yeni gelişen durumlara adapte edilebilmesini temin amacıyla, bir revizyona tâbi tutulması ihtiyacı doğmuştur. Sözü edilen revizyon çalışması sırasında, kanun koyucu tarafından gözetilmesi gereken hususlara temas etmek amacıyla, işbu makale kaleme alınmıştır.

Anahtar Sözcükler: Hukuk Muhakemeleri Kanunu, revizyon, tabii hâkim, kanun yolu, dava şartı, görev, yetki, davaya vekâlet, yargılama ilkeleri, davaya son veren taraf işlemleri.

Abstract: The Civil Procedure Law No. 6100 came into force on October 1, 2012. We faced some of doubts and problems during the stage of implementation of the Law as happened after the entry into force of each new law. There was a need to revise the law in order to adapt to emerging issues and innovations. This article was written for specify some points that should be considered by the legislature during to mentioned revision.

Keywords: Civil Procedure Law, revision, natural judge, legal remedy, requirement of the case, competence and jurisdiction, capacity suing and being sued, principles of trial, party transactions that conclude a case.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 1 Ekim 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Her yeni kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yaşandığı gibi, bu Kanun'un uygulanması evresinde de, bazı tereddütler ve sorunlarla da karşı karşıya kalınmıştır. Kanun'un ortaya çıkan sorunlara cevap verebilmesi ve yeni gelişen durumlara adapte

* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra – İflâs Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

edilebilmesini temin amacıyla, bir revizyona tâbi tutulması evresinde, gözetilmesi gereken belli başlı hususları, şu şekilde sıralamak mümkündür:

1-) Her şeyden önce, Anayasamızın 142. maddesinde yer alan kurala uygun bir biçimde, yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun birinci maddesinde, mahkemelerin görevlerinin **ancak** kanunla tâyin edilebileceği, idarenin düzenleyici işlemleri aracılığıyla, mahkemelerin görevine yönelik olarak, herhangi bir belirlemede bulunulamayacağı, açıkça hüküm altına alınmıştır. Şüphesiz, kanunla yapılacak göreve ilişkin bu belirlemenin, Anayasanın 37. maddesinde, açıkça güvence altına alınmış bulunan tabîi hâkim ilkesine de uygunluk arzemesi şarttır.

Ancak, 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de, bu kararnamelerde öngörülmüş olan bütün davalara, kurulacak olan ihtisas mahkemelerinde bakılacağı belirtilmiş ve bugün için, bu davalar bakımından ihtisas mahkemesi olarak da, fikrî ve sınaî haklar hukuk mahkemeleri ile ceza mahkemeleri belirlenmiştir. Anılan düzenlemeler, yasama organının bir tasarrufu olan kanunla değil de; idarenin düzenleyici idarî işlemleri arasında yer alan kanun hükmünde kararnameler aracılığı ile bir özel mahkeme kurulmasını, bir görevlendirme yapılmasını öngördüğünden, hukuk devleti (AY m.2) ve adil yargılanma hakkının (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6; AY m. 36,1) bir unsurunu teşkil eden tabîi hâkim ilkesine (AY m. 37) aykırılık arzotmektedirler. Çünkü, tabîi hâkim ilkesinin unsurlarından birisini de, kanunilik unsuru (AY m. 142) oluşturmaktadır ve sözü edilen düzenlemelerde, kuruluş ve görevlendirme, kanunla değil, düzenleyici bir idari işlem aracılığı ile gerçekleştirilmiştir. Anılan nedenle, bu bağlamda, belirtilen ilkelere uygun bir biçimde yasakoyucu tarafından bir düzeltme yapılması zaruridir.

Yine, 6110 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 4. ve 8. maddeleri ile Danıştay Kanunu'nun 27. ve Yargıtay Kanunu'nun 14. maddesinde gerçekleştirilmiş olan değişikliklerle, dava dairelerinin görevlerini belirleme yetkisinin, Danıştay'ın ve Yargıtay'ın

kendisine bırakılmış olması, yeni kurulan daireler bağlamında böyle bir açılımın yapılmış bulunması, her şeyden önce, anayasal bir ilke olan kanunilik ilkesine (AY m. 142) aykırılık oluşturur. Bir yüksek yargı yeri konumunda bulunan Yargıtay'ın ve Danıştay'ın, bu bağlamda kanunla yetkilendirilmiş olması, görev tayininin, bir yasama tasarrufu olan kanunla gerçekleştirildiği anlamına asla gelmez. Çünkü, yasama organına, bu bağlamda sahip olduğu yetkiyi, yargı organına devretme olanağı tanınmamıştır. Çünkü, Anayasa'nın 7. maddesinin son derece açık metni uyarınca, yasama yetkisi "**devredilemez**" bir niteliğe sahiptir. Kanunilik ilkesi, hukuk devleti ilkesinin ve adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından birisini teşkil eden tabii hâkim ilkesinin de, alt ögesi konumundadır. Dolayısıyla, kanunla da olsa, görev konularının tayininin tümüyle yüksek yargı organlarının kendi tasarruflarına bırakılmış olması, tabii hâkim ilkesine de aykırılık oluşturur. Öte yandan, yargı organlarının kendi iç düzenlemeleri aracılığıyla, görev bağlamında yapacakları belirlemeler, zaman zaman, kanunlara özgü bir nitelik olan genellik ve bilhassa da objektiflikten uzaklaşıp, her yıl değişim göstereceği için, tabii hâkim ilkesinin, "**belirlemenin yargılanacak olan uyumsuzluğun ortaya çıkmasından önce gerçekleştirilmiş olması**" koşulunun ihlâl edilmesine sebebiyet verecek ve bu suretle de, hukuk devleti ilkesinin somut uygulanma biçimlerinden birisini oluşturan "**hukukî güvenlik ilkesi**" açısından da ciddi sakıncaların doğumuna zemin hazırlayabilecektir. Ayrıca, anayasanın mahkemelerin görevine ilişkin belirlemeleri yapma yetkisini münhasıran kendisine bahşetmiş olduğu yasama organının (AY m. 7), bu yetkisini, çerçevesini çizerek dahi olsa, kanunla yargı organının kendi tasarrufuna bırakması, kuvvetler ayrılığı ilkesinin ve dolayısıyla bizatihi anayasanın kendisinin ihlâli anlamına da gelir.

Dolayısıyla, anayasal dayanağı olmayan bir yetki kullanıldığı için, yüksek mahkemelerin, kendi görev alanlarının tayinine yönelik olarak yapacağı belirlemeler, idare hukuku genel teorisi çerçevesinde bir nitelendirme yapılmak gerekirse, "**fonksiyon (işlev) gasbı**" olarak dahi değerlendirilebilir.

Yine, bu bağlamda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, mahkemelerin yapılanmasının, tabii hâkim ilkesine uygun olarak gerçekleştirilmemiş bulunması hususunun, bir yargılamanın iadesi sebebi sayıldığı hususunu da, göz ardı etmemek gerekir.

2-) Bugün için, uygulamada asliye ticaret mahkemeleri, hukuk yargısı alanında âdeta özel görevli bir yargı yeri (bir ihtisas mahkemesi) konumuna gelmiş durumdadır. Bu nedenle, ayrı bir asliye ticaret mahkemesi kurulmuş olan yerlerde, asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişki, işbölümü ilişkisi olmaktan çıkartılıp; bir görev ilişkisine dönüştürülmelidir. Bu çerçevede, işbölümü itirazının bir ilk itiraz olduğuna vurgu yapan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında yer alan düzenlemelerle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 116. maddesinin (c) bendinde yer alan düzenlemeler kaldırılmalı; tümüyle bu bağlamda, görev ilişkisine bağlanan sonuçlara vurgu yapılmalıdır.

3-) Kanun yolu incelemesi dışında, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, bölge adliye mahkemelerine görev verilmiş olan halde (örneğin m. 268, I; 271, I; 286, I; 410 gibi), bu mahkemeler fiilen işlerlik kazanuncaya kadar, bu mahkemelerin görev alanına giren işlere, hangi mahkemede bakılacağı hususunda, geçici madde ile, yasal çerçevede mutlaka bir belirlemede bulunulmalıdır.

4-) Anayasa Mahkemesi'nin, Avukatlık Kanunu'nun 163. maddesinde yer alan "*Baro Hakem Kurulları*" ile ilgili düzenlemeyi iptal etmesinden sonra, yargılama giderleri ile avukatlık ücretinden kaynaklanan davaların, asıl davaya bakan mahkemece bakılacağı hususunda, eski 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 15. maddesine paralel bir şekilde, kesin yetki esasını temel alan yasal bir düzenleme, özel yetki kuralları arasında, mutlaka yerini almalıdır.

5-) 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 9. maddesinin ikinci cümlesinde yer alan yasal düzenlemedeki "*uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yer*" tabiri, malvarlığının aktif ve pasiflerin bir bütünü olduğu hususu da gözetildiğinde, "*uyuşmazlık konusu malvarlığının aktifinde yer alan unsurun bulunduğu yer*" şeklinde bir düzeltime tâbi tutulmalıdır.

6-) 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun, sigorta ile ilgili düzenlemeleriyle paralellik sağlanması açısından, mer'î Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 15. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*zarar sigortaları*" tabiri, "*tazminat sigortaları*"; "*can sigortaları*" tabiri de "*meblağ sigortaları*" şeklinde bir değişikliğe tâbi tutulmalıdır.

7-) Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 10. maddesinde yer alan ve sözleşmeden doğan davalarda yetkiyi düzenleyen kuralın uygulanma alanının, borçlar hukukuna ilişkin sözleşmelerden doğan davalarla sınırlı olduğu hususuna vurgu yapmak amacıyla, anılan yasal düzenlemenin başında yer alan "sözleşmeden" ibaresinin, "borçlar hukukuna ilişkin sözleşmelerden" şeklinde bir düzeltme tâbi tutulmasında yarar vardır.

8-) 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 16. maddesinde yer alan ve haksız fiilden doğan davalarda yetki konusunu düzenleyen kuraldaki haksız fiil kavramının, bir üst kavram olması sebebiyle, "haksız fiilin işlendiği yer" tabirinin, haksız fiilin bir unsuru konumunda bulunan "**hukuka aykırı davranışın işlendiği yer**" şeklinde düzeltilmesi, amaca daha uygun olur.

9-) 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 331. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan düzenlemelerle uygunluk sağlanabilmesi için, görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi halinde, yasal süre içerisinde görevsizlik ya da yetkisizlik kararı veren mahkemeye müracaat edilip; davaya görevli veya yetkili mahkemede devam edilmesinin temin edilmemesi halinde, **davalının talebi üzerine**, davalının yargılama giderlerine çarptırılmasının işlerlik kazanabilmesi için, aynı Kanun'un 20. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde yer alan yasal düzenlemenin, "**aksi takdirde, dava hiç açılmamış sayılır**" şeklinde bir düzeltme tâbi tutulması, daha doğru bir yaklaşım biçimi olur.

10-) Yine, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 24 ve devamı maddelerinde, Kanun'un felsefesinin ve ruhunun anlaşılabilirliği ve Kanun hükümlerinin yorumlanmasında bir ölçüt işlevi görmesini temin amacıyla, sistematik bir bütün halinde, yargılamaya hâkim olan ilkelere yer verilmiştir. Bu ilkeler arasında, Kanun'un 382. maddesinde, bir işin çekişmesiz yargı işi olup olmadığının tâyini bağlamında, kendisine başlı başına bir ölçüt işlevi yüklenmiş ve işaret edilmiş olan "**re'sen harekete geçme ilkesi**"nden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin açıkça bir yasal belirlemede bulunulması, yerinde olur. Yine, aynı şekilde, esas itibarıyla çekişmesiz yargı işlerinde (m. 385, II), sınırlı ölçekte de kamu düzenine ilişkin davalarda, dava malzemesinin toplanması bağlamında işlev gören "**re'sen araştırma ilkesi**"nin de, ilkeler bağlamında yaratılmak istenen sistematik bütünlüğün tamamlanması için,

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen ilkeler arasında yer alması ve içeriğinin de tıpkı taraflarca getirilme ilkesinde olduğu gibi açıkça somutlaştırılması, isabetli olur.

11-) 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 38. maddesinin dokuzuncu fıkrasında öngörülen düzenlemenin, madde metninin bütünlüğü ve 41. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan kural karşısında anlamsız kalması sebebiyle, yürürlüğüne bir an önce son verilmelidir.

12-) 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46. maddesinde yer alan ve konu ile ilgili Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrasındaki ve 40. maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenlemelerle paralellik gösteren düzenlemenin açıklığı karşısında, 2802 sayılı Kanun'un 93/A maddesinde yer alan, hâkimler hakkında kişisel kusur, haksız fiil ve diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak kendilerine karşı tazminat davaları açılmayacağını öngören kuralın, bir an önce yürürlüğüne son verilmeli; yine, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 48. maddesindeki yasal düzenlemede de, sorumluluk davasında, salt dayanılan sorumluluk sebebine hasren yargılama yapılacağı hususuna, açıkça vurgu yapılmalıdır.

Bu çerçevede, 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin işlerlik kazanmış olması sebebiyle, sorumluluk davası bağlamında, sıkıntı yaratacak bir duruma da, işaret etmemizde yarar vardır. 659 sayılı KHK'nın 6. maddesinin birinci fıkrasında, idarelerin, kendi iş ve işlemleri ile ilgili olarak, açılacak adli ve idari davalarla, tahkim yargılamasında ve icra işlemlerinde taraf sıfatını haiz olacağı belirtilmiş; aynı KHK'nın 2. maddesinin (ç) bendinde de, idare kavramının, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na ekli 1 ve 2 sayılı cetvellerde belirtilen kamu idarelerini ifade edeceğine, vurgu yapılmıştır. Anılan 1 sayılı cetvelde, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri arasında, yüksek yargı organları konumunda bulunan ve fakat tüzel kişiliği olmayan Yargıtay ve Danıştay'a da yer verilmiş bulunmaktadır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 47. maddesinde, hâkimlerin yargısal görevlerini icra sırasında işlemiş oldukları kusurlu fiillerinden kaynaklanan ve Devlete karşı açılacak olan davalarda, görevli yargı yeri, Yargıtay olarak belirlenmiştir. Bu durumda, Yargıtay üyelerinin, yargısal görevlerini icra sırasında işlemiş oldukları kusurlu fiillerinden kaynaklanan tazminat davalarının

da, idare bütünü içerisinde yer alması sebebiyle, 659 sayılı KHK'nın 6. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, sorumluluk süjesi olarak, birinci derecede, dava Yargıtay'a yöneltilecek; Yargıtay ise, bu durumda, hem davalı hem de yargılamayı yapan yargı yeri konumuna gelecektir. Hukukun genel ilkelerinden birisi de, *"hiç kimse kendi davasının hâkimi olamaz"* kuralıdır ve bu hususa, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'muzun 34. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, açıkça işaret edilmiştir. Doğmuş olan bu çarpıklığın, 659 sayılı KHK çerçevesinde yapılacak değişiklikle, bir an önce giderilmesi, uygun olur.

13-) İhtiyarî dava arkadaşlığının işlerlik kazanmasına sebebiyet veren hallerden birisi de, davanın temelini oluşturan maddî vakıaların, birden ziyade kişi bakımından, aynı veya birbirine benzer bir nitelik taşıması oluşturur. İhtiyarî dava arkadaşlığının ortaya çıkabilmesi için, davanın temelini oluşturan maddî vakıaların, birden ziyade kişi bakımından, aynı ya da birbirine benzer olması yeterlidir; ilâve bir koşul olarak, hukukî sebeplerde de bir ayniyet ya da benzerliğin bulunması aranmaz. Dolayısıyla, ileride çıkması muhtemel sorunların doğumunun şimdiden önlenmesi için, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 57. maddesinin (c) bendinde yer alan *"ve hukukî sebeplerin"* ibaresinin, madde metninden çıkartılması, isabetli olur.

14-) Yine, davanın ihbarı üzerine, dava kendisine ihbar edilmiş olan üçüncü kişiye, alternatif bir olanak olarak, davayı kazanmasında hukukî yararı bulunan taraf yanında davaya fer'î müdahil sıfatıyla katılmanın yanı sıra, hukukumuzda, avukat marifetiyle davayı takip zorunluluğu da bulunmadığına göre, ihbar edenin yerine geçip onu davada temsil etme olanağı da tanınmalı; bu husus mer'î 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 63. maddesinin metnine dâhil edilmelidir.

15-) 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun öngördüğü sistemde, *"mahkûmunbihi kabz"*, yani hükmolunan şeyi tesellüm yahut tahsil, davaya vekâletin kanunî (olağan) kapsamı içerisinde yer almaktadır. Çünkü, sözü edilen yetki, 74. maddenin metni gözetildiğinde, davaya vekâlette özel yetki verilmesini gerektiren işlemler arasında yer almamaktadır. Dolayısıyla, anılan Kanun'un davaya vekâletin kanunî kapsamını belirleyen düzenlemesinin *"hükmolunan şeyi tesellüm ve tahsili"* de kapsayacak şekilde, yeniden gözden geçirilip bir düzeltim tâbi tutulmasında yarar vardır.

16-) 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 72. maddesinde yer alan ve davaya vekâlette uygulanacak hükümler bağlamında; 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun temsile ilişkin hükümlerine yollamada bulunan 72. maddesindeki kuralın, yeni Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra da işlevselliğini devam ettirebilmesi için, yeni Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğüne Dair Kanun'da, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 447 maddesinin ikinci fıkrasında olduğu gibi; mevzuatta yürürlükten kaldırılacak olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'na yapılmış bulunan yollamaların, yürürlüğe girecek yeni Borçlar Kanunu'nun konuyu düzenleyen hükümlerine yapılmış sayılacağına dair özel bir düzenlemeye yer verilmelidir.

17-) 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun davaya vekâlette özel yetki verilmesini gerektiren işlemlerin belirlenmesine yönelik düzenlemesinin kapsamına, 23 Eylül 2012 tarihinde işlerlik kazanacak olan, "**Anayasa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru Hâli**" de, ilâve edilmelidir.

18-) 659 sayılı KHK'nın 6. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan düzenleme karşısında, vekâletnamenin ibrazı ile ilgili 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 76. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kuralın işlevsiz kaldığına da dikkat çekmek gerekir. Çünkü, anılan KHK'da yer alan ve yukarıda sözü edilen düzenlemede, elektronik ortamda tutulacak listede yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının hukuk biriminde görev yapan avukatların, "**baroya kayıt ve vekâletname ibrazı gerekmeksizin**", idare vekili sıfatıyla, her türlü dava ve işi takip edebileceği hususu, açıkça hüküm altına alınmış durumdadır.

19-) 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinde yer alan belirsiz alacak davası kurumu, günümüzde sorunların yoğunluk kazandığı bir alan hâline gelmiştir. Bu kurumun, aynı durumda açılması mümkün olan kısmî dava kurumuna nazaran, hem usul hukuku hem de maddî hukuk bakımından alacaklıya sağlamış olduğu ciddi ve önemli yararları dikkate alınacak olursa; uygulamada, hemen herkesin, belirsiz alacak davası kurumunu zorlama gayreti içerisinde olacağı ve nitekim zorladığı da gözlemlenmektedir.

Dolayısıyla, her şeyden önce, anılan Kanun'un 107. maddesinin birinci fıkrasının, belirsiz alacak davasının, ancak ve ancak, davacının, davanın açılacağı tarihte, talep sonucunun miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin "**objektif olarak imkânsız**"

olduğu hallerde açılabilmesine ve bu dava bağlamında; dava dilekçesinde, belirtilmesi gereken asgarî tutarın, somut olayın koşullarına ve özelliklerine göre, tespiti mümkün asgarî tutar olduğu hususlarını, açıkça ve kesin bir dille vurgulayacak şekilde, yeniden kaleme alınması şarttır.

Yine, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve belirsizliğin, subjektif olduğu hallerde de, sanki bu davanın açılabilmesi zehâbını uyandıran, "**karşı tarafın verdiği bilgiye göre alacağın miktar ya da değerinin tam ve kesin olarak belirlenmesinin mümkün olduğu**" şeklindeki düzenlemede bulunan, "**karşı tarafın verdiği bilgi veya**" ibaresi, madde metninden bütünüyle çıkartılmalıdır.

Yine, belirsiz alacak davası ile ilgili, 107. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan kural da, işlevsiz kalacağı için, tümüyle kaldırılmalıdır. Çünkü, kısmî dava, her şeyden önce bir eda davasıdır. Hukukumuzda, kısmî tespit davası diye bir kurum, mevcut değildir. Kısmî davada, mahkemenin, davalıyı kısmî edaya mahkûm edebilmesi için, öncelikli olarak, dayanılan hukukî ilişkinin, bir bütün halinde varlığını tespit etmiş olması şarttır. Yani, açılan bir kısmî dava, her halükârda, hukukî ilişkinin, varlığının ya da yokluğunun, bir bütün hâlinde belirlenmesine yönelik incelemeyi, doğası gereği, zorunlu kılar ve bünyesinde barındırır. Dolayısıyla, kısmî davanın açılabilmesi hallerde, dava dışı tutulan kesim için, her ne kadar Kanun'un 107. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, tespit davası açılabilmesi ve bu durumda hukukî yararın mevcut olduğu gibi bir izlenim uyandırılmışsa da; mahkeme, kısmî davadan sonra açılan bu tespit davasını, bir dava şartı olması sebebiyle, davanın her aşamasında, re'sen ya da tarafın itirazı üzerine, derdestlik (HMK. m. 114, I, (1) bendi) olgusuna dayanarak, usulden reddetmek zorundadır.

20-) 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109. maddesinin ikinci fıkrasında, talep konusunun miktarının, taraflar arasında "**tartışmasız**" veya "**açıkça belirli olması**" hâlinde kısmî dava açılmayacağı hususu, hüküm altına alınmıştır. Ortada bir davanın bulunduğu hallerde, doğası gereği, genelde taraflar arasında, bir tartışma yahut niza, daima mevcut olacaktır. Dolayısıyla, 109. maddenin ikinci fıkrasında yer alan kuralın, daha anlamlı ve işlevsel hâle getirilebilmesi için, anılan kuralda yer alan "**taraflar arasında tartışmasız veya**"

ibaresi, metinden tümüyle çıkarılmalı ve talep konusunun miktarının açıkça belirli olduğu hallerde, kısmî dava açılmayacağı hususuna işaret edilmesi ile yetinilmelidir.

21-) 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 110. maddesinde, objektif dava birleşmesi bütünü içerisinde yer alan kümülatif dava yığılması kurumu, "*davaların yığılması*" başlığı altında ayrıca düzenlenmiş ve bu kurumun uygulanma şartları belirlenmiştir. Davaların yığılmasının işlerlik kazanabilmesi için, 1086 sayılı Kanun'da olduğu gibi sulh hukuk - asliye hukuk mahkemesi ayırımında, görev tâyini bağlamında, müddeabihin miktar ya da değeri ölçütünün belirleyici bir işlev görmesinden tümüyle vazgeçildiği ve doğal olarak aynı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasında yer alan kural da, yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na alınmadığı için, ilâve koşullar olarak, yeni düzenlemede, birlikte dava edilen taleplerin, "*tamamı bakımından aynı mahkemenin görevli olması ve aynı yargılama usulüne tâbi bulunmaları*" da getirilmelidir.

22-) 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun, terditli davaya ilişkin 111. maddesinin ikinci fıkrasının, uygulamada, bu çerçevede ortaya çıkmış olan tereddütlerin izalesi için, "**mahkeme davacının aslî talebinin esastan reddine karar vermedikçe, fer'î talebini esastan inceleyemez ve hükme bağlayamaz**" şeklinde bir düzeltme tâbi tutulması, isabetli olur.

23-) 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 113. maddesinde yer alan kuralın madde başlığının, esas itibariyle Anglo-Sakson kökenli bir kurum olan grup davasının, Kıta Avrupası'nda kazanmış olduğu görünüm biçimi olan, "*birlik davası*"nı ifade edecek şekilde bir düzeltme tâbi tutulması ve anılan dava türünün, ancak, "**maddî hukukun açıkça izin verdiği hallerde**" işlerlik kazanabileceğine, madde metninde vurgu yapılmasında, zaruret vardır.

24-) 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 120. maddesinin birinci fıkrasında, davacının, dava açarken, yargılama harçlarının yanısıra, her yıl Adalet Bakanlığı'nca çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarı da, mahkeme veznesine peşinen yatırma zorunluluğu öngörülmüş ve aynı Kanun'un 114. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde de, yatırılması gereken gider avansının yatırılmış olması, bir dava şartı haline getirilmiştir. Sözü edilen yasal düzenleme dayanak gösterilerek, Adalet Bakanlığı'nca, 30 Eylül 2011 tarihinde,

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gider Avansı Tarifesi çıkartılmış ve bu Tarife 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Tarifenin 3. maddesinin ikinci cümlesinde, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 324. maddesinde yer alan delil ikame avansı ile ilgili düzenleme, tümüyle göz ardı edilerek; gider avansının kapsamı, her türlü tebligat ve posta ücretleri, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleriyle diğer iş ve işlemler için alınacak giderler olarak belirlenmiş ve 4. maddede de alınacak tutarlara işaret edilmiştir. Bu yaklaşım karşısında, daha işin başında, hak aramak, malî açıdan, ilgililer için ciddi bir külfete dönüşmüştür. Hâlbuki, Kanun'un 120 maddesinde yer alan yasal düzenlemenin temel esprisi, idarî yargıda olduğu gibi, mahkemeye, yargılamanın sürüncemede kalmasını önlemek için, üzerinde sürekli tasarruf edebileceği, tebligat ve posta ücretleri ile sınırlı bir meblağı temin etmektir. Davacının, dava dilekçesinde, somutlaştırma yükünün (HMK m. 194) gereği olarak, tanık beyanı, bilirkişi ve keşiften söz etmiş olması, bu delillerle ilgili olarak yapılacak olan giderlerin, daha işin başında, peşinen, mahkeme tarafından yatırılmak suretiyle temin edileceği anlamına, asla gelmez. Çünkü, Kanun'un 324. maddesinde, taraflardan her birisinin, ikamesini talep ettiği delil için, mahkemece belirlenecek avansı, kendisine verilen kesin süre içerisinde yatırmak zorunda olduğu; aksi takdirde, talep olunan delilin ikamesinden vazgeçmiş sayılacağı hususu, açıkça hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, anayasal bir özgürlük olan hak arama özgürlüğünün (AY m. 36, I) kullanılması bağlamında, uygulamada ciddi sıkıntılar yaratan gider avansı tarifesinin 3. ve 4. maddelerinde yer alan düzenlemelerin, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 324. maddesindeki delil ikamesi avansı ile ilgili düzenleme de gözetilerek, gözden geçirilmesinde ve bir düzeltme tâbi tutulmasında büyük yarar vardır. Yine, bu bağlamda, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 333. maddesinde ve anılan tarifenin 5. maddesinin birinci fıkrasında yer alan avansın iadesini düzenleyen kuralın, avansın iadesini, hükmün kesinleşmesine kadar ötelemesi de; avans olarak tahsil edilen ve zaman içerisinde büyük meblağlara ulaşan tutarların, özellikle muhafazası ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek muhtemel problemler de dikkate alınarak, yeniden bir revizyona tâbi tutulmalıdır.

25-) 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 122. maddesinin birinci cümlesinde yer alan düzenlemeye, "*dava dilekçesi*" ibaresinden sonra "**ve eklerinin**" ibaresinin de ilâve edilmesinde zaruret

vardır. Çünkü, işaret edilen hususun, davalının, artık yasal çerçevede de yargılamaya ilişkin bir temel hak konumuna gelmiş hukukî dinlenilme hakkının (HMK m. 27) bir boyutunu oluşturan savunma hakkını, gereklerine uygun şekilde kullanabilmesini temin açısından, özel bir anlamı ve önemi vardır.

26-) Yine, aynı şekilde, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 126. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan yasal düzenlemede, "*cevap dilekçesinin örneği*" ibaresinden sonra "**ve eklerinin**" ibaresinin ilâve edilmesinde zaruret vardır. Çünkü, yargısal bir temel hak olan hukukî dinlenilme hakkının (HMK m. 27) unsurları arasında yer alan bilgilenmeyi talep hakkı ile açıklama yapma hakkının, gereklerine uygun şekilde kullanımı olanağının yaratılabilmesi için, bu şarttır.

27-) 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 128. maddesinde, süresinde cevap dilekçesi vermemiş olan davalının, davacının dava dilekçesinde ileri sürmüş olduğu vakıaların tamamını inkâr etmiş sayılacağı hususu, açıkça hüküm altına alınmıştır. Yine, aynı Kanun'un 136. maddesinin birinci fıkrasında da, cevaba cevap dilekçesinin, davacı tarafından "**cevap dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren iki haftalık süre içerisinde verilebileceği**" hususu, açıkça ifade edilmiştir. Bu çerçevede, süresi içerisinde, davalı tarafından cevap dilekçesi verilmemiş olması halinde, davacının, cevaba cevap (replik) dilekçesi verip veremeyeceği; sözü edilen halde, savunmayı genişletme ve değiştirme yasağının işlerlik kazanacağı anın ne olacağı ile eğer cevaba cevap (replik) dilekçesi verilemeyecekse, iddianın genişletilmesi yasağının başlayıp başlamadığı gibi hususlara açıklık kazandırılması, ortaya sıkça çıkması muhtemel sorunların şimdiden izalesi açısından büyük önem taşımaktadır.

28-) 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 132. maddesinde, karşı dava açılabilmesinin koşulları belirtilmiştir. Bu bağlamda, doğması muhtemel sorunların önlenebilmesi için, koşullar arasına, asıl dava ile karşı davanın aynı mahkemenin görev alanına girmesi ve her iki davanın aynı yargılama usulüne tâbi kılınmış bulunması da, ilâve edilmelidir.

29-) Yine, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 136. maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenlemede, birinci cümledeki "*cevap dilekçesinin*" ibaresinden sonra "**ve eklerinin**" ibaresinin,

ikinci cümlede yer alan davacının cevabının ibaresinden sonra “**ve eklerinin**” ibaresinin eklenmesi, hukukî dinlenilme hakkı (HMK m. 27) bakımından, önem arzeden bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır.

30-) Revizyon dönemi içerisinde olan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı’nın yasalaşması halinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile arabuluculuk ile ilgili hukukî düzenleme arasında bir paralellik kurulmasının temini amacıyla, Kanun’un ön incelemeyi düzenleyen hükümleri bağlamında, 137. maddesine, “ **tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalarda, onları sulhe veya arabulucuya teşvik eder**”; 140. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde, “ **tarafları sulhe yahut arabuluculuğa teşvik eder**”; yine, 140. maddenin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “*sulh*” ibaresinden sonra “**yahut arabuluculuk**” ibaresinin konulması, isabetli olur.

31-) 1086 sayılı Kanun’un öngördüğü sistemde, ayrı yargı çevreleri içerisinde yer alan, aynı düzeydeki iki mahkemede, görülmekte olan iki ayrı dava arasında irtibat varsa, davaların birleştirilmesine; ikinci davanın açıldığı mahkemede birleştirme ilk itirazında bulunulması üzerine karar verilebiliyor idi (HUMK.m.187/5). 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun öngördüğü modelde, ayrı yargı çevrelerinde yer alan, aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde açılmış olan iki davanın, irtibat sebebiyle birleştirilebilmesi için, ikinci davanın açıldığı mahkemeden, davaların birleştirilmesinin, “**ilk itiraz**” şeklinde talep edilmesine gerek kalmamıştır. Sözü edilen hâlde, davaların birleştirilmesinin, ikinci davanın açıldığı mahkemeden, her zaman talep edilebilmesi mümkün kılınmak istenmiştir. İşaret edilen durumda, davaların birleştirilmesi talebinin, ilk itiraz şeklinde ileri sürülmesi zorunluluğunun kaldırıldığına, açıkça vurgu yapmak amacıyla, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 166. maddesinin ikinci fıkrasında, davaların birleştirilmesinin, ikinci davanın açıldığı mahkemede “**her zaman**” talep edilebileceğine dair özel bir kayıt düşülmesinde, yarar bulunmaktadır.

32-) Özellikle noterlik hukuku uygulaması bağlamında sorun yaratan diğer bir hukukî düzenleme de, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 206. maddesinde yer almaktadır. Anılan yasal düzenlemenin birinci fıkrasında, imza atamayanların mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukukî işlemleri içeren belgelerin, senet niteliğini taşıyabilmesi, noterler tarafından düzenle-

me biçiminde oluşturulması koşuluna bağlanmış; üçüncü fıkrasında da, noterler tarafından düzenlenecek bu tür senetler için, ilgisinden harç, vergi ve değerli kâğıt bedelinin alınamayacağı, açıkça hüküm altına alınmıştır. Uygulamada karışıklığa sebebiyet veren husus, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 206. maddesinin birinci fıkrasında sözü edilen "**imza atamayanlar**" kavramıdır. Bu kavramdan, öncelikli olarak, imza atmaya fiilen muktedir olamayanlar anlaşılmalıdır. Ancak, okuma - yazma bilmeyenlerin de, kendisine hukuken bağlayıcılık vasfı verilmiş olan imzayı atmaları, hukuken mümkün değildir. Çünkü, imzadan maksat, ad ve soyadın, el yazısıyla yazılması işlemidir (Yeni Türk Borçlar Kanunu m. 15, I). Madde gerekçesinde de vurgulandığı üzere, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 206. maddesinde öngörülen kural, eski 1086 sayılı Kanun'un 297. maddesinde öngörülen yasal düzenlemenin yerine geçmek üzere sevk edilmiştir. 297. maddedeki kural, sadece imza atmaya fiilen muktedir olamayanları değil; okuma - yazma bilmeyenleri de kapsamaktadır. Türkiye'de, henüz kişisel veriler, bir veritabanı oluşturularak, güvenli bir elektronik ortamda, tam anlamıyla toplanamadığı için; kişilerin, okuma - yazma bilip bilmediklerinin tâyini konusunda, zaman zaman sıkıntılar çıkması muhtemeldir. Nitekim, uygulamada, okuma - yazma bildikleri halde, bu hususu saklayarak, Kanun'un 206. maddesinin üçüncü fıkrasında yaratılmış bulunan malî kolaylıktan yararlanmak amacıyla, aynı yasal düzenlemenin birinci fıkrasında öngörülen düzenleme çerçevesinde, işlem yapmak amacıyla, noterlere müracaat edenler de olmuştur. Özellikle, Noterlik Kanunu'nun 164. maddesinde öngörülen, ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu temelli hukukî sorumluluk bağlamında da, noterlerin, Devletin harç ve vergi kaybindan sorumlu tutulabilmesinin önüne geçilebilmesini temin amacıyla, anılan yasal düzenlemenin kapsamı, ya sadece tespitinin ve denetlenmesinin daha kolay olması sebebiyle, "**imza atmaya fiilen muktedir olamayanlar**"la sınırlı tutulmalı yahut da üçüncü fıkra hükmü, tümüyle kaldırılmalıdır. 206. maddede öngörülen düzenleme, ispat güvenliği açısından, özel bir anlam ve önem taşıdığına göre, bu olanaktan yararlanmak isteyen de, bunun gerektirdiği giderlere, malî açıdan doğal olarak katlanmalıdır. Bu bağlamda, üçüncü bir seçenek de, potansiyel sorunlara gebe 206. maddenin hukukî varlığının, tümüyle sona erdirilmesi ve bu konuda genel bir düzenleme öngören Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 16. maddesinin birinci fıkrasındaki kuralla yetinilmesi olabilir.

33-) 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 222. maddesinde, ticarî defterlerle ispata ilişkin özel bir hüküm sevk edilmiş ve bu hükmü de içeren Hukuk Muhakemeleri Kanunu, yürürlüğe girmiştir. Anılan yasal düzenlemenin en önemli özelliklerinden birisi de, "*tamamlayıcı yemin*"i kaldırmış bulunmasıdır. 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'na ise, hâlihazırda mer'î olan Türk Ticaret Kanunu'nun ticarî defterlerle ispata ilişkin hükümleri, hiç alınmamıştır. 6103 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 13. maddesinde ise, Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlük tarihinde önce, yani 1 Temmuz 2012 tarihinden önce açılan ve görülmekte olan davalarda, 6762 sayılı mer'î Türk Ticaret Kanunu'nun ticarî defterlerle ispatı düzenleyen 82 ila 86. maddelerinin uygulanacağı hususu, açıkça hükme bağlanmıştır. Hâlihazırdaki Türk Ticaret Kanunu, ticarî defterlerle ispat bağlamında, tamamlayıcı yemini muhafaza etmektedir. Yeni usul kanunu ise, yeminden, sadece "*taraf yemini*"ni anlamaktadır; tamamlayıcı yemini kaldırmış durumdadır. Ticarî defterlerle ispat bağlamında, yemin ve sair hususlarda, uygulamada doğması muhtemel olan tereddütlerin ortadan kaldırılabilmesi için, Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 13. maddesi, hemen yürürlükten kaldırılmalıdır.

34-) Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun, bilirkişi incelemesi ile ilgili 279. maddesine, son fıkra olarak, uzman tanıklıkla ilgili, aynı Kanun'un 293. maddesinin ikinci fıkrasındaki kurala paralel olarak, bilirkişiden rapor alınan hâllerde, hâkimin, talep üzerine veya re'sen, kendisinden rapor alınan bilirkişiyi, davet ederek, dinlenilmesine karar verebileceği ve bilirkişiye, duruşmada, hâkim ve taraflarca gerekli görülen soruların yöneltilebileceği hususu, açıkça hüküm altına alınmalıdır. Bu durum, hem bilirkişiyi raporunu hazırlarken daha dikkatli ve özenli davranmaya sevk eder hem de bilirkişiler, kurul halinde görevlendirilmişlerse, kurulda yer alan kişilerin, kendi uzmanlık alanlarının verilerini bir araya getirmek suretiyle, ortak bir kanaate ulaşmak için, topluca müzakereler yapıp yapmadıklarının denetlenmesini, büyük ölçüde kolaylaştırır.

35-) Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 311. maddesinde, feragat ve kabulün, irade bozukluğu hallerinde iptalinin istenebileceği hususu, hüküm altına alınmıştır. Bu iptal hakkının, borçlar hukukun-

da olduğu gibi, yanılma veya aldatmanın öğrenildiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan itibaren, bir yıl içerisinde, **dava yoluyla** kullanılması gerektiği hususuna, 311. maddede de açıkça işaret edilmeli ve buna paralel bir kurala, 315. maddenin ikinci fıkrasında da yer verilmelidir.

Davadan feragat ve davayı kabul, ayrıca mahkeme tarafından, bir hüküm verilmesine ihtiyaç kalmadan, kendiliğinden, yani doğrudan doğruya davayı sona erdirirler. Yani, feragat ve kabul, hükmün tamamlayıcısı değildir; aksine, hüküm verilmesini gereksiz kılan ve bizzat hükmün yerine geçen, karma karakterli işlemler konumundadırlar. Dolayısıyla, feragat ve kabulün varlığı halinde de, yine davaya son veren bir taraf işlemi konumunda bulunan sulhe ilişkin yasal düzenleme olan, 315. maddenin ikinci fıkrasında açıkça sözü edildiği gibi, mahkeme tarafından, "**karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi**" gerekir. Feragat ve kabulün sonuçlarını düzenleyen 311. maddede de, bu hususa ilişkin olarak sulhtakine paralel bir biçimde, açıkça bir vurgu yapılmasında büyük yarar vardır.

36-) Tıpkı davadan feragat ve davayı kabul gibi, mahkeme içi sulh de, mahkeme tarafından ayrıca bir hüküm verilmesine gerek kalmadan, kendiliğinden yani, doğrudan doğruya davayı sona erdirir. Yani sulh, hükmün tamamlayıcısı değildir; aksine sürrogatıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 315. maddesinin birinci fıkrasında, feragat ve kabulden farklı olarak, taraflara, hâkimden, sulhe göre karar verilmesini isteme olanağı tanınmıştır. Bu durumda, davayı sona erdiren sulhun kendisi değil, mahkeme kararıdır. Sözü edilen halde, sulh, hükmün tamamlayıcı bir unsuru, hüküm fıkrasının bir parçası, hatta esası konumundadır.

Yine, aynı Kanun 313. maddesinin dördüncü fıkrasında, sulhun şarta bağlı olarak da yapılabileceği hususu hüküm altına alınmıştır. Sulh şarta bağlı olarak gerçekleştirilmişse, tarafların, mahkemeden sulhe göre karar verilmesini isteme olanağından yoksun kılınması gerekir. Çünkü, sulhe göre karar verilmesinin talep edilmesi halinde, davayı sona erdiren, sulhun kendisi değil, mahkeme kararıdır. Mahkeme kararı yani hüküm ise, şarta bağlı olarak verilemez (HMK m. 297, II). Anılan bu tespitler karşısında, 315. maddenin ilk fıkrasında, şarta bağlı olarak sulh yapılması halinde, tarafların, mahkemeden sulhe göre karar verilmesini isteyemeyeceği hususu, açıkça hüküm altına alınmalı

ve yine aynı maddenin ikinci fıkrasına eklenecek olan yeni bir kuralla da, sulhe göre karar verilmesinin, mahkemeden talep edilmesi halinde, davayı sona erdirenin, sulhun bizatihi kendisi değil de, mahkemeye verilmiş bulunan karar olduğu hususu gözetilerek; bu durumda, irade bozukluğu sebebiyle sulhun iptalinin istenmesinin işlerlik kazanamayacağı, kesin bir dille vurgulanmalıdır. Çünkü, mahkemenin sulhe göre karar vermesi halinde, ortada gerçek anlamda bir hüküm bulunup; bu da derecâttan geçerek, maddî anlamda kesin hüküm niteliği kazanacağı için (HMK. m. 303); irade bozukluğu sebebiyle, kesin hükmün iptalinin talep edilmesinin mümkün olduğu gibi temel bir çelişki ortaya çıkar. Bu çelişkiye sebebiyet vermemek için, yukarıda kendisine işaret edilen şekilde bir düzenleme yapılması şarttır.

37-) Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 316 ve 322. maddeleri arasında yer alan basit yargılama usulüyle ilgili hükümler bağlamında, çabukluğun sağlanabilmesini temin amacıyla, ön inceleme duruşmasıyla tahkikatın ilk duruşmasının ve tahkikatın son duruşmasıyla sözlü yargılama duruşmasının, hatta hükmün alınması ve bildirilmesi sürecinin dahi birleştirilebilmesine olanak verebilecek bir şekilde, aynı Kanun'un 320. ve 321. maddelerinde açıkça vurgu yapılmasına, ihtiyaç vardır.

38-) Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 325. maddesinde yer alan yasal düzenlemenin içeriğinin, madde başlığına da uygun hale getirilebilmesini temin ve hâkimin taraflarca getirilmesi ilkesinin uygulandığı davalarda bile, re'sen bilirkişi incelemesi yaptırma ve keşfe müracaat etme konusundaki serbestisinin tam anlamıyla gerçekleştirilebilmesi için, anılan madde metninde yer alan, "**tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işlerde**" tabirinin madde metninden tümüyle çıkartılması, daha doğru olur.

39-) Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun revizyona tâbi tutulacağı süreçte, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı yasalasacak olursa, arabuluculuğun teşviki ve bu yola başvurunun özendirebilmesinin temini amacıyla, arabuluculuk giderleri de, adlî yardım kurumunun kapsamına alınmalı ve belirtilen bu hususu içerecek şekilde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 335. maddesinin metni, yeniden gözden geçirilmelidir.

40-) 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun ve ondan aynen iktibas edilmiş olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri

Kanunu'nun istinafla ilgili hükümlerine bakıldığında, bölge adlîye mahkemelerinin, esas itibariyle, hukuka uygunluk denetimi; çok sınırlı ölçekte ise, vakıalara uygunluk denetimi yapan mahkemeler şeklinde bir işlev üstlendiği gözlemlenmektedir. Ayrıca, istinaf kanun yolu ile ilgili hükümlerin, büyük ölçüde, temyiz kanun yoluna ilişkin hükümlere paralellik arz edecek şekilde sevk edildiği görülmektedir. Öngörülen modelde, esas itibariyle, ilk derece mahkemesinde ileri sürülen iddia ve savunmalarla bağlı kalınması esası benimsenmiş; yani yeni vakıa getirilmesi ve ıslaha başvuru tümüyle yasaklanmış, yeni delil getirilmesine ise, çok sınırlı bir ölçekte izin verilmiştir (HMK m. 357). Ağırlıklı olarak vakıalara uygunluk denetimine izin verilseydi, istinaf sebebine hasren yeniden yargılama yapılması olasılığının ortaya çıktığı hallerde, belirli ölçüde yeni vakıalar getirilmesine ve bu bağlamda ıslaha başvuruya olanak tanınması gerekirdi. O halde, getirilmiş olan modelin, esas itibariyle, hâlihazırda Yargıtay'ın günümüzde yapmış olduğu genişletilmiş temyiz incelemesini; sınırlı ölçüde ise, gerçek anlamda istinaf incelemesini içerdiği söylenebilir. Anılan modelin, bu haliyle, güvenceli adaletin teminini gerçekleştirebileceği konusunda ise, ciddi şüpheler mevcuttur. Dolayısıyla, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun istinaf ile ilgili hükümleri, kendisini karakterize eden temel öge olan “**vakıalara uygunluk denetimi**” ön plâna çıkacak şekilde, gözden geçirilmeli ve bu bağlamda, sınırlı ölçüde de olsa, yargılamaya yeni vakıa getirilmesine ve yeni vakıa getirilmesiyle sıkı bir ilişki içerisinde bulunan ıslah kurumunun, belirli ölçüde de olsa işlerlik kazanmasına, mutlaka olanak tanınmalıdır.

Yine, istinaf edilen dava, istinafa ilişkin dilekçelerde belirtilen sebeplere hasren istinaf mahkemesinde yeniden görülür; gerekiyorsa tahkikat yeniden yapılır, deliller yeniden incelenir. Her şeyden önce, istinaf yargılamasının karakteristik özelliğini, belirtilen sebeplerle sınırlı olarak (sebebe hasren) yargılama yapılması oluşturduğuna göre, istinaf dilekçesinde kendisine dayanılabilecek olan istinaf sebeplerinin, Kanun'un 355. maddesinde değişiklik yapılarak, yasal çerçevede, yabancı hukuk düzenlerinde olduğu gibi, saymak suretiyle, objektif bir biçimde somutlaştırılması zarureti de mevcuttur.

41-) Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bozma sebeplerini düzenleyen 371. maddesine, bir bozma sebebi olarak, “**hükümün gerekçesiz olması**” da, açıkça ilâve edilmelidir. Mahkemelerin tüm kararlarının

gerekçeli olması, hem temel norm olan Anayasa'nın 141. maddesinin üçüncü fıkrasının emri hem de adil yargılanma hakkının unsurları arasında yer alan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının bir alt ögesi olan ve yasal çerçevede de Kanun'un 27. maddesinde düzenlenmiş bulunan hukukî dinlenme hakkının dikkate alınma boyutunun ve sürpriz kararlar verilmesi yasağına uyulmasının bir gereğidir.

42-) Yine, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 373. maddesine, bir fıkra olarak, yargılamaya ilişkin temel haklar bağlamında, usulî müktesep hak kurumunun işlerlik kazanamayacağına açıkça vurgu yapan bir düzenleme ilâve edilmelidir. Belirtilen bu husus, hem ileride uygulanma alanı bulacak olan Anayasa Mahkemesi'ne kişisel başvuru yoluna müracaat sayısının azaltılması hem de yargılamaya ilişkin temel haklar bağlamında vâki olabilecek ihlaller dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılacak başvuruların sayısının kabarmasının önlenmesi açısından, özel bir anlam ve önem taşımaktadır.

43-) Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun çekişmesiz yargı işlerini belirleyen 382. maddesinin ikinci fıkrasının 13. bendinde yer alan velayetin kaldırılması, eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi ve kaldırılan velayetin geri verilmesi işi, hem kamu düzeni ile olan sıkı bağı ve sıkça uygulama alanı bulması, hem de doğası gereği bir dava olması hasebiyle, çekişmesiz yargı işleri arasından, mutlaka çıkartılmalıdır.

44-) Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 391. maddesinin üçüncü fıkrası ile 394. maddesinin beşinci fıkrasında, ihtiyati tedbir kararları bağlamında, kanun yolları ile ilgili özel düzenlemeler sevk edilmiştir. İhtiyati tedbir kararları, özü itibariyle bir geçici karar olmasına rağmen, âdeta bir nihaî karar gibi, kişinin malvarlığı ve hatta şahıs varlığı üzerinde, birebir ve doğrudan doğruya etki doğuran kararlardır. Bu temel niteliği sebebiyle, hâlihazırda, nasıl ki ihtiyati tedbir talebinin reddi ile ihtiyati tedbir kararına itiraz üzerine mahkemece verilen kararlara karşı kanun yollarına gidilebiliyorsa; aynı şekilde, ihtiyati tedbir kararlarına karşı da, doğrudan doğruya kanun yoluna gidilebilme olanağı, yapılacak olan bir yasal düzenleme ile mutlaka yaratılmalıdır. Aynı husus, İcra ve İflâs Kanunu çerçevesinde ihtiyati haciz kurumu bakımından da gözetilmelidir.

45-) Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 398. maddesinde, ihtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymayan veya tedbir ka-

rarına aykırı davranan kimsenin bir aydan altı aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılacağı hususu, açıkça hüküm altına alınmıştır. Öngörülen bu “**disiplin hapsi**” ne ilişkin kararın, kesin olup olmadığı, eğer bir kanun yolu denetimi açılacaksa, bunun ne olduğu hususunda, anılan yasal düzenlemede herhangi bir açıklık mevcut değildir. Dolayısıyla, uygulamada doğabilecek tereddütlerin izalesi açısından, bu konuya, bir an önce açıklık getirilmesinde büyük yarar vardır.

46-) Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 414. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan ve mahkemenin verdiği ihtiyati tedbir kararının hakem veya hakem kurulu tarafından değiştirilmesine yahut ortadan kaldırılmasına olanak tanıyan yasal düzenleme, potansiyel sorunların yoğunluk kazanacağı bir alan olması ve kargaşaya sebebiyet verebileceği hususu gözetilerek, bir an önce kaldırılmalı; bu konudaki yetki, yine tedbir kararını veren mahkemeye bırakılmalıdır.

47-) Yine, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 419. maddesinde yer alan ve hakemlerin hukukî sorumluluğunu düzenleyen kuralda, hukukî sorumluluğun niteliğinin ne olduğu konusundaki belirsizlik, mutlaka giderilmelidir.

48-) Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439. maddesinde, hakem kararlarına karşı, yalnızca iptal davası açılabilmesi; iptal davası hakkında verilen kararlara karşı da, bu maddede belirtilen iptal sebepleri ile sınırlı olarak, temyiz konun yoluna başvurulabileceği, hüküm altına alınmıştır. Tahkim yargılamasının temel espirisi, çabukluğu sağlamaktır. Bireylerin tahkim yoluna başvuruyu tercih etmelerindeki temel etkenlerden birisi de, Devlet mahkemelerinde cereyan eden yargılamaya nazaran, tahkim yargılamasının daha kısa sürede sonuçlandırılabilmesidir. Dolayısıyla, bu temel espiye uygunluğun temini ve pratiklik açısından, hakem kararlarına karşı, iptal davası açma yoluna gitme, tümüyle devre dışı bırakılmalı ve Yargıtay, doğrudan doğruya 439. maddenin ikinci fıkrasında, kendisine işaret edilmiş bulunan iptal sebepleriyle sınırlı olarak, hakem kararlarını, temyizen denetleyen bir kurum haline getirilmelidir.

GERİ DÖNÜŞ YÖNERGESİNİN AVRUPA ADALET DİVANİ TARAFINDAN YORUMU

THE INTERPRETATION OF RETURN DIRECTIVE BY EUROPEAN COURT OF JUSTICE

Gerçek Şahin YÜCEL*

Özet : 2008 yılında kabul edilen ve Avrupa Birliği'nde yasadışı göçmenlerin dönüşü ile ilgili hazırlanan yönerge önemli bir adım olmuştur. Böylece "gönüllü dönüş"ü teşvik etme amaçlı ortak bir strateji belirlenmiştir. 2009'dan ATAD'ın yaptığı yorumlar, yabancı ülke uyruklular için umut verici ve koruyucu bir yapıya sahiptir.

Anahtar Sözcükler : Göç, yasadışı göç, idari alıkoyma, alıkoyma süresi, yönerge, doğrudan etki

Abstract : The directive; adopted in the year of 2008 in relation to the return of the immigrants in the EU; constituted an important step. Thereby, intending to induce the "voluntary return" is determined. The interpretations of the ECJ delivered since 2009 has a promising and protective structure from the point of third countries' nationals.

Keywords : Immigration, illegal immigration, administrative detention, detention period, directive, direct impact

Avrupa yasaması 2008 yılında; yasa dışı yerleşim halindeki, üçüncü ülke uyruklarına uygulanacak standartlar ve hukuksal işlemleri devreye sokan; bir "geri dönüş"¹ yönergesi kabul etti. Yönergenin yararı pek çok üye devletin hukukunda, özellikle de azami idari alıkoyma süresi sorunu hakkında iyileştirmeye olanak tanınmasıydı. Dahası, yönergenin yayımlandığı dönemde beş üye devlet, alıkoyma süresinin² sınırlandırılmasında bir eksiklik çekmekteydi.

* Öğretim Görevlisi. Dr., Marmara Üniversitesi Avrupa Birliği Enstitüsü

¹ AP ve Anay. UE, üye devletlerde yasa dışı olarak ikamet eden üçüncü ülkeler uyruklarının geri dönüşüne uygulanabilir ortak standartlar ve işlemlere ilişkin 16 Aralık 2008 tarih ve 2008/115/CE numaralı yönerge: JOUE no L 348, 24 Ara. 2008, s.98.

² Estonya, Finlandiya, Litvanya, Hollanda, İsveç.

Yönergenin başlıca etkisi, alıkoyma müddetini 6 ay ile sınırlamak oldu. Bu dönem istisnai olarak 12 ay kadar daha, yani toplamda 18 aya dek uzatılabiliyordu. Bir geri dönüş kararına maruz kalan yabancıların korunmasını iyileştiren başka ilerlemeler de kaydedildi: Bedelsiz bir yasal desteğin³ tanınması, geri göndermeyle bağlantılı kararlar⁴ karşısında bir askıya alma başvuru hakkının garanti edilmesi, durumları vaka vaka⁵ değerlendirmeye alma gerekliliği olarak, topluluk yargıcının hukuksal görüşünden hasıl olan ilkelerin uygulamaya sokulmasının yanı sıra, bir ölçülülük ilkesinin⁶ sistematik olarak ve işlemin tüm aşamalarında tatbikatı.

Yönerge, ilgili üçüncü ülke uyuğunun kendi ülkesine geri gönderilme sürecini, geri gönderme kararları ile başlatan işlemi uygulamaya koydu. Geri gönderme kararı, kalışı yasadışı ilan etmekte ve bir geri dönüş zorunluluğu öngörmektedir. Bu karardan itibaren, bir ilk dönem açılır. Bu da 7 ila 30 günlük bir mühlet zarfında gönüllü bir geri dönüşe olanak verir. Eğer uyruklar buna riayet etmezse, bir uzaklaştırma kararı alınabilir ve uzmanlaşmış bir merkezde alıkoyma da dahil olmak üzere, zorlayıcı tedbirler alınması yoluna gidilebilir. Her bir aşama, en azından sözde, garanti ile çevrelenmiş ve bir ölçülülük ilkesine tabi tutulan, uyruklar nezdinde her türlü önlemi almış gibi görünen niteliklere sahiptir. 15. madde özünde, alıkoymanın, sadece yeterli ancak daha az zorlayıcı önlemlerin etkili şekilde uygulanabildikleri hallerde kabul edilebilir olduğunu öngörür. Ölçülülük ilkesinin yapılan yorumu, bilhassa devletleri dolaşım özgürlüğü açısından daha az engelleyici önlemleri sürdürmek konusunda uyardığında, mahkeme tarafından olağanda takip edilene benzer gibi durmaktadır.

Adı geçen yönerge, Avrupa'da medyada yoğun biçimde yer aldı. Kimileri bu yönergeyi açıkça utanç yönergesi olarak nitelendirmiş, sığınma talep edenler ile yabancıların temel haklarına gerçek bir saldırı olarak görmüşlerdi. İlk bakışta yönergenin pek de yüksek hedefleri olmadığı sonucu çıkarılabilir. Gerçekten de, metin özensiz bir dille kalem alınmıştı, bu nedenle de kapsamını yakalamak zordu. Varolan

³ Madde 13 prg 2 ve prg 3

⁴ Madde 13 prg 2

⁵ 6'yı göz önünde bulundurarak. Bu hususta ATAD, 29 Nisan 2004, dava C-482/81, Orfanopoulos ve Oliveri

⁶ 16'yı göz önünde bulundurarak.

ulusal haklara kıyasla, sağladığı katma değeri zayıf gibi görünüyordu. Üstelik Avrupa'ya getirdiği katma değer pek mütevazı olduğunu ortaya koymakta ve yaptırımların karşılıklı tanınmasına indirgenmekteydi. Yönergenin okunması sırasında gözler umutsuzca, Avrupa Temel Hakları Beyannameşi bünyesinde yeniden doğrulanmış olan Avrupa temel değerlerini aramaktaydı. Doktrin, bu haliyle yargıçların kesin karar verme amacıyla yönergeyi yorumlamasına davetiye çıkarıyordu.

Mahkeme sözü edilen yönelimleri iki seferde yorumladı. Üstelik yönerge, her türlü beklentinin aksine, Avrupa Birliği'ne üye devletlerin arazisi üzerinde yasadışı ikamet etmekte olan yabancıları koruma altına alan bir sığınak haline geldi. Mahkeme tarafından yapılan yorumla, kabul edildiği sıralarda gerici olarak nitelendirilmiş olan bu standart, AB yargıcına, ülkelerin güvenlik fiillerini yönlendirme olanağı tanıyan koruyucu bir yasa gibi göründü.

I- Geri dönüş yönergesinin 2009 tarihli Kadzoev davasıyla⁷ ilk yorumlanması

Mahkeme, geri dönüş yönergesini yorumlamak konusunda ilk kez 2009'da, Yüce Divan'da zorlandı.

Bu davada, Bay Kadzoev 2006 Ekiminde sınırimızın yakınında Bulgar makamları tarafından tutuklanmıştı ve bir geçici yerleştirme merkezinde alıkonmuştu. Bay Kadzoev 2007 yılının Mayıs ayı sonunda ilk kez, aynı yılın Ekim ayında reddedilen bir iltica talebinde bulunmuştu. Bunu iki iltica talebi daha takip etti ki, son olarak üçüncüsü 2009 yılının Temmuz ayında kesin olarak geri çevrildi. Buna koşut olarak, Bay Kadzoev'in avukatı, yine reddedilen alıkoyma tedbirinin değiştirilmesi taleplerinde bulundu. 2009 Martındaki bir kararla, Bay Kadzoev nihayet vatansız kabul edildi. Bulgar Göçmenlik Müdürlüğü, bu durumda Bay Kadzoev'in alıkonmasının sürdürülmesini karara bağlaması için Sofya İdari Mahkemesi nezdinde bir dava açtı. Aslına bakılırsa eski Bulgar mevzuatı, alıkoymanın sınırsız müddete sahip olabileceğini öngörmekteydi ama metin, 2008/115 Yönergesini getirmek üzere 15 Ma-

⁷ ATAD, 30 Kas.2009, dava C-357/09, PPU, Said Shamilovich Kadzoev

yıs 2009 tarihli bir yasa ile tadil edilmişti. Bulgar İdari Mahkemesi'nin de yönergenin alıkoyma rejimini çerçeve içine alan ve özellikle de müddet hakkındaki hükümleri içeren 15. maddeye ilişkin bir dizi soruyla sulh mahkemesine başvurması da böylece gerçekleşti.

İlk dizi soru, uzaklaştırma amaçlı alıkoymanın azami müddetini öncelikle altı ay ile beraber ve buna ilave on iki aylık olası uzatma olarak tespit eden, 15. madde, 5 ve 6. fıkraları konu almaktaydı.

Yargıç ilk etapta bu yeni düzeneğin zaman içerisindeki uygulamasını sorguladı. Mahkemenin yanıtı korumacıydı. Alıkoymanın topluluk mevzuatı tarafından öngörülen azami süresi, yönergenin yürürlüğe girişinden önce başlatılmış olan bir sınır dışı işlemi çerçevesinde tamamlanmış bir alıkoyma dönemini içermek durumundaydı.

İkinci bir soru da, sığınma talep edenlere ilişkin ulusal ve topluluk hükümleri bağlamında alınmış olan bir karara dayanarak, kişinin geçici yerleştirme merkezine konulmuş olduğu dönemin hesaba katılıp katılmamasını öğrenmekle ilgiliydi. Bunun yanıtı olumsuz oldu, çünkü 15. madde dahilinde sınır dışı amaçlı bir alıkoyma söz konusu değildi. Buna karşılık, ilgili bir geçici yerleştirme merkezinde ikamet etmeye devam ettiğinde, sınır dışı etme yargı kararının ifasının temizler nedeniyle askıya alındığı dönem dahil edildi.

Bir başka bir dizi soru da, sınır dışı için makul bakış açısının kalmaması durumunda alıkoymanın artık haklı gösterilemeyeceği ve kişinin serbest bırakılmasının gerektiğini bildiren 15. madde, paragraf 4'ü alakadar etmekteydi. Mahkemeye göre, bu metin ancak paragraf 6'da öngörülen sürenin uzatılması olasılıkları tükenmediği sürece tatbik edilebilirdi. Uzaklaştırma durumunun gerçek olması zorunluydu ve ilgilinin önceden zikredilen mühletler dahilinde üçüncü bir ülkeye kabul edilmiş olması düşük bir olasılık gibi duruyorsa, koşul yerine getirilmemiş oluyordu.

Nihayet, son sorgu mühletlerin bitiminde yapılması mümkün olanları ele alıyordu. Bulgar makamları, Bay Kadzoev'i alıkoymaya devam etmek için, hala daha geçerli belgeleri olmamasını, saldırgan ve barınaktan yoksun oluşunu ve hiçbir gelirin bulunmamasını öne sürmekteydiler. Sulh mahkemesi tarafından bu mesnetlerin de yine geçersiz olduğuna hükmedildi. Yönerge alıkoymanın azami mühletinin herhangi bir şekilde aşılmasına cevaz vermiyordu.

Mahkeme 2009'da geri dönüş yönergesinin ilk adımını esnetti. Korumacı bir yorumu yeğleyerek yönergenin tarzını yumuşatmak istedi. Ama bu yeterli değildi. Her ne kadar ılımlı açıdan bakmak gerekirse de, daha belirgin bir sonuç için 2011 yılını beklemek gerekiyordu.

II- 28 Nisan 2011 tarihli El Dridi davası⁸ tarafından getirilen muğlak açıklıklar

Mahkeme kararının katkısını analiz etmeden önce, davanın konusu üzerinde durmak gerekmektedir: Üçüncü bir devlet vatandaşı olan Bay El Dridi, İtalyan topraklarına yasa dışı olarak girmiştir. İlk olarak 2004'te bir sınırdışı etme kararnamesine; sonra da bir taraftan İtalyan devletinin yeterli yer bulunmaması sebebiyle onu bir alıkoyma merkezinde konuk edememesi, diğer taraftan da kendi namına kimlik belgeleri olmadığı için herhangi bir araçla ulaşım sağlayamaması mesnediyle 2010'da topraklardan uzaklaştırma emrine konu olmuştur. Böylece, Bay El Dridi itaat etmeyerek kamu güvenliği konusundaki hükümleri ele alan, 286/1998 numaralı Hukuk Kararnamesi madde 14, üçüncü paragraf 5⁸ dayanak gösterilerek, 1 yıllık hapis cezasına çarptırıldı. İtalyan yargıç bu maddenin, özellikle de geri dönüş yönergesinin 15 ve 16. maddelerine kıyasla, Birlik hukukuna uygunluğu konusunda şüpheliydi. İşlemin bu safhasında, sergilenen yorumlarda ara karar soruları aracılığıyla mahkemenin görüşünü almaya karar verdi.

Dava çok büyük önem arz etse de, yine de Yüce Divana gönderilmemiş olmasını dikkate almamız gerekmektedir. Bu durum hiç kuş-

⁸ Devlet arazisi üzerinde, haklı gösteren bir neden olmadan, kanun koyucu tarafından benimsenmiş düzeni ihlal ederek, yasa dışı olarak oturan yabancı; ulusal araziye yasadışı girişi [...] veya ikamet izni talep etmemesi veya devletin arazisi üzerindeki varlığını mücbir sebep yokluğunda, öngörülen mühlet içerisinde beyan etmemiş olması veya eğer ikamet izni geri alınmış ya da iptal edilmiş olması neticesinde sınır dışı etme veya geriye iadesine karar verilmiş nedeniyle; mükerrer 5. fıkra mucibince, bir ila dört yıllık bir hapis cezasına hüküm giyebilir. İkamet izninin süresi altmış günden uzun zamandan beri dolmuş ve bunun yenilenmesi talep edilmemiş veya ikamet bağlamında talebi reddedilmiş olmasından dolayı [...]eğer sınır dışı edilmesine karar verilmiş ise, altı ay ila bir yıllık bir hapis cezası tatbik olunur. Her halükarda, mükerrer 5 fıkra gereğince kanun koyucu tarafından verilen uzaklaştırma emrinin ifa edilmemesi durumunda, yabancının alıkonmuş olmadığı sürece, kolluk kuvvetleri tarafından sınıra götürülme ile beraber yeni bir sınır dışı edilme önlemi alınır. Sınıra götürülmenin olanaksız olması halinde, işbu maddenin 1 ve mükerrer 5 fıkralarının hükümleri tatbik olunur [...].

kusuz, davanın 3 veya 5 yargıçtan müteşekkil bir acil divan tarafından ele alınacağını varsayan acil durum usulüne rücu ile açıklanabilir. Lizbon Antlaşması'nın⁹ yürürlüğe girmesinden bu yana Mahkeme, tutuklu bir kişi hakkında, ulusal bir hakim tarafından ara karar bağlamında sorgulandığında, acil durum yargılama usulü geçerlidir.

Adalet Divanı iki aşamada karara varmıştır. Her şeyden evvel bu yönergenin etkileri ve kapsamı hakkında belirlemelerde bulunmuştur ki, bu da onun yönergenin 15 ve 16. maddelerinin doğrudan etkisini onaylamasına olanak tanımaktadır (a). Ardından ikinci aşamada, yönerge amaçları bakımından İtalyan mevzuatının incelenmesine başlamış ve bu sonuncunun uygun olmadığı kanaatine varmıştır (b)

a- Avrupa Adalet Divanı tarafından açıklık getirilen konular

Yargıç bu davada yönergenin, zorlayıcı önlemlerin ölçülülüğüne riayet ilkesi üzerine dayandırıldığını hatırlatmaktadır. Her şeyden önce ölçülülük ilkesi üzerinde genel hatırlatmalarda bulunmaktadır. Geri dönüş işleminin tüm aşamalarına uygulanabilen bir ölçülülük ilkesinin tatbiki; devletleri, özgürlükleri daha zedeleyici yöntemler¹⁰ karşısında daha yumuşak yöntemi¹¹ öne çıkartmaya mecbur bırakmaktadır. Gerçekten de, "2008/115/CE yönergesiyle oluşturulan geri dönüş işleminin aşamalarının gelişim sırası, geri gönderme kararının icrası yönünde alınacak önlemlerin derecelendirmesine tekabül etmektedir; burada, derecelendirme ilgiliye daha fazla serbesti bırakan önlemden, belirtmek gerekirse son gönüllü gidişi için bir süre tanınmasından, onu daha fazla kısıtlayan, yani bir uzman merkezde tutmaya önlemlere kadar giderken, ölçülülük ilkesine riayet tüm bu aşamalar süresince güvenceye altına alınması zorunludur."¹²

Bunun haricinde, ancak geri gönderme kararının, uzaklaştırma biçiminde ifasının, her bir özel durumun değerlendirilmesi anlamında, ilgilinin tavrı ile tehlikeye atılması riski taşıdığı varsayımıyla özgürlüğün kısıtlanması kararına varılmalıdır.

⁹ ABIA madde 267, bent 4 gereğince

¹⁰ Makamlara düzenli ibraz, parasal bir teminatın yatırılması, vs.

¹¹ İlgilinin gönüllü gidişi

¹² Husus 41.

Yönergenin doğrudan etkisinin doğrulanmasına dikkat çekmek yine de ilginç olur. Aslına bakılırsa yaptırım ancak üye devletin belirlenen süre içerisinde yönergeyi kendi hukuk sistemine nakil etmesiyle oluşabiliyor. Oysa geri dönüş yönergesi 20. maddesi en geç 24 Aralık 2010 tarihinde bir nakle gitmelerini devletlere buyurmaktadır ki İtalyan devleti bunu yapmayı ihmal etmiştir. Mahkemeye göre : “bir üye devlet bir yönergeyi süresi zarfında nakletmekte imtina eder veya yanlış bir nakil yaparsa, şahıslar bu yönergenin içerikleri açısından, şarta bağlı olmayan ve yeterince kesin¹³ gibiymiş görünen hükümlerini bu devlete karşı ileri sürmeye yetkilidirler. Oysaki yönergenin 15 ve 16. maddeleri tam da böyle, üye devletler tarafından uygulamaya konmaları için başka unsurları gerektirmeyecek denli, şarta bağlı olmayan ve yeterince kesindirler. Bu onaylama özellikle önem arz etmektedir, çünkü pek çok devlet yönergeyi¹⁴ bu güne kadar henüz hukuki sistemlerine tam anlamıyla geçirmemişlerdir.

b. Kural dışı durumdaki yabancıların alıkonmasının dürüst işbirliği ilkesine aykırı olduğuna hükmedilmesi

Yargıç, bunun ardından İtalyan önlemini ciddi bir şekilde incelemeye davet edildi ve geri dönüş yönergesi açısından uygunluğunun sorgulanması istenildi

İtalyan hükümeti, yazılı gözlemlerinde, kural dışı durumda bulunan yabancılar verilen hapis cezasının “*kamu düzenine ağır bir saldırı oluşturacak biçimde, kamu makamının bir emrinin ihlali durumunda, cezalandırma olarak verilen bir yaptırım*” temsil ettiğine “*Böylelikle, sözü edilen cezanın geri gönderme kararını yerine getirmeye yönelik bir zorlama önlemi olmayıp, yasal düzenin, makamın bir emrinin ihlali karşısında, haklı görülen mesnedin teyit edilmesine tabi olan, önleyici bir tepkisini teşkil ettiğine*” işaret etti.

¹³ ATAD, 26 Şub.1986, dava 152/84,Marshall.- ABAD, 3 mars 2011, dava C-203/10, Auto Nikolovi.

¹⁴ Birleşik Krallık, Portekiz, Polonya, Slovenya, Romanya, Kıbrıs, İtalya, Avusturya, Lüksemburg, İrlanda, Almanya, Danimarka'nın yanı sıra, AB'nin üyesi olmayan ancak Schengen düzeni ve bunun devamına dahil olan iki devlet: Lihtenştayn ve İzlanda.

Cezai yasama alanı ile cezai usul kurallarının devletin yetki alanına girdiği bir gerçektir ve Mahkeme bir yandan da *“hukukun bu alanının Birlik hukuku tarafından etki altına alınabileceğine”*¹⁵ dikkat çekerek bunu açık bir ifadeyle hatırlatmaktadır.

Mahkeme, bu özel durumda, *“üye devletlerin, bu uyuşmaları özellikle de bu devletlerin arazisi üzerinde yasa dışı olarak kalmaktan caydırmaya olanak tanıyan, cezai nitelikte de olsa önlemleri benimsemekte serbest oldukları”*¹⁶ ve *“ne Roma antlaşması gereği, ne de”* geri dönüş *“ yönergesinin kanunsuz göç ve kurallara uygun ikamet alanında üye devletlerin cezai yetkisini dışlamadığına”* hükmetmektedir. Daha ilerdeyse¹⁷ Mahkeme devletlerin, 2008/115/CE yönergesinin ilkeleri ile amacına binaen, zorlayıcı önlemlerin topları üzerinde kural dışı bir şekilde kalmakta olan, bir üçüncü ülke uyruğunun uzaklaştırılmasına erişmeye olanak tanımadığı durumu düzenleyen hükümleri kabul edebileceklerini belirtmektedir.

Mahkeme hükmünü, idari alıkoymanın etkili olmadığı üzerine dayandırmıştır. Yönerge ile takip edilmekte olan amaca erişmeye yatkın olmadığı sonucuna varılmıştır. Mahkemenin yargısının, hukuksal bir bakış açısıyla berrak olmaktan uzak kaldığına yine de dikkat çekmek gerekir.

Bu yasal gerekçe eleştirilere yol açtı çünkü Mahkeme bu yetkinin icrası sıkı biçimde çerçeve içerisine alınmış olsa da bir geri gönderme emrine¹⁸ itaat etmenin reddine müeyyideyi ilgilendiren, cezai konuda suç isnadı icra güçlerini nihayetinde devletlerden almaya kadar gitmedi.

Mahkeme, böylelikle; *“üye devletler, anlaşmalardan hasıl olan veya kurumların fülleri sonucu ortaya çıkan yükümlülükleri ifasını güvence altına almaya uygun, her türlü genel veya özel önlemi alırlar”* ve yönergeler ve geri dönüş yönergesi ile izlenenler de dahil olmak üzere; *“Birlik hedeflerinin gerçekleştirilmesini tehlikeye düşürmesi olası her türlü önlemden imtina ederler”* denildiği Maastricht Antlaşması 4. Maddenin 3. fıkrasına dayanarak İtalyan yasalarını uygunsuz buldu. Kural dışı durumdaki yabancıları geri dönüş politikasının; her halükarda en sert önlemler¹⁹ söz konusu

¹⁵ ABAD, 11 Kas. 1981, dava 203/80, Casati.-ABAD, 2 Şub. 1989, dava 186/87.-ABAD, 16 Haz. 1998, dava C-226/97, Lemmens.

¹⁶ Husus 52.

¹⁷ Husus 60.

¹⁸ Yargıç böylesi bir cezanın, özellikle de uygulama koşulları ve usulleri nedeniyle, adı geçen yönerge ile düşünülen hedefini; belirtmek gerekirse kural dışı ikamet eden üçüncü ülke yurttaşlarının etkili şekilde uzaklaştırılması ve ülkelerine iadesi politikasının ihdasını; tehlikeye atma riskini taşıdığına hükmetti (husus 59).

¹⁹ Devletler yine de yönergeden daha az sert ulusal önlemler alma gücünü muhafaza-

olduğunda; bundan böyle Avrupa Birliği'nin icrasıyla, onun münhasır yetkisinde olduğu fikri, gerekçeli kararda yer aldı.

Çok açıktır ki, Mahkeme tarafından ortaya koyulan çözüm, ulusal yargıcın rolü üzerinde bir tesir bırakmıştı. Kendisini, AB hukukunun türdeş ve etkili tatbikinde bir aracı haline getiren klasik bir içtihadı uygun olarak, ondan" 2008/115 yönergesi hülasasına aykırı düşen 286/1998 numaralı hukuksal kararname her türlü hüküm, bilhassa da bu kararnamenin²⁰ madde 14, üçüncü fıkrasını tatbik dışı bırakması" talep edildi. Temyiz yargı dairesi bu şekilde hareket ederek, üye devletlerde ortak anayasal geleneklerin²¹ bir parçası olan, daha hafif cezanın geriye dönük uygulanması ilkesini, gereğince hesaba katmak zorunda kalacaktır.

Yargı kararı dolaylı olarak devletleri; aykırı ulusal standartları yürürlükten kaldırarak ve yönergenin hedeflerini takip etmeye olanak veren hükümler yayınlamaya; geri dönüş yönergesi nin doğru aktarımına girişmeye de davet etmektedir.

Genel anlamda bakıldığında, *El Dridi* yargı kararı muğlaklıktan masun değildir. Resmi düzlemde, açık ve eğitsel gibi görünüyor. Ancak gerekçelendirmesi ve cezai konuda devletlerin yetkilerini çok fazla kılması ile de hayal kırıklığı yaratıyor.

Özet olarak, Mahkeme tarafından yapılan yorumlar yine de tatmin edici gibi duruyordu: kural dışı durumdaki yabancıların temel haklarını korumaya ve devletlerin güvenlik heyulalarını bir parça da olsa dizginlemeye katkıda bulunuyordu. Ancak sulh mahkemesi gerçekten de temel hakların koruyucusu olarak algılanabilir miydi? Son tahlilde, yönerge ile geliştirilen geri dönüş politikasının etkinliği hakkında kendi çözümünü haklı göstermiyor ve önünde sonunda aynen devletlerinkiler denli baskıcı bir yaklaşımı savunmuyor muydu?

za etmektedir. Bkz. karar husus 33: "Her ne kadar bu madde 4'ün 3. cü paragrafı üye devletlere, kurallara aykırı ikamet eden üçüncü ülke uyrukları için; onunla uyumlu oldukları sürece; 2008/115 yönergesinden daha elverişli hükümleri benimseme veya sürdürme yetkisi ihsan ediyorsa da; bununla birlikte, bu yönerge sözü edilen devletlerin düzenlemekte oldukları alanda daha sert standartları tatbik etmesine cevaz vermemektedir".

²⁰ ATAD, 9 Mart 1978, dava106/77, Simmenthal.-ATAD, 22 Mayıs 2003, dava C-462/99, Connect Avusturya. - ABAD, 22 Haziran 2010, dava C-188/10 ve C-189/10, Meldi mel ve Abdalı

²¹ ATAD,3 Mayıs 2005, adli davalar C-387/02,C-391/02 ve C-403/02, Berlusconi ve a. - ATAD, 11 Mart 2008, dava C-420/06, Jager.

KAYNAKLAR

Davalar:

- ATAD, 29 Nisan 2004, dava C-482/81, Orfanopoulos ve Oliveri
ABAD, 30 Kas.2009, dava C-357/09, PPU, Said Shamilovich Kadzoev
ATAD, 26 Şub.1986, dava 152/84,Marshall
ABAD, 3 mars 2011, dava C-203/10, Auto Nikolovi.
ATAD, 11 Kas. 1981, dava 203/80, Casati
ATAD, 2 Şub. 1989, dava 186/87.
ATAD, 16 Haz. 1998, dava C-226/97, Lemmens.
ATAD, 9 Mart 1978, dava106/77, Simmenthal.
ATAD, 22 Mayıs 2003, dava C-462/99, Connect Avusturya.
ABAD, 22 Haziran 2010, dava C-188/10 ve C-189/10, Meldi mel ve Abdalı
ATAD,3 Mayıs 2005, Adli davalar C-387/02,C-391/02 ve C-403/02, Berlusconi ve a.
ATAD, 11 Mart 2008, dava C-420/06, Jager.

Yönerge:

Üye devletlerde yasa dışı olarak ikamet eden üçüncü ülkeler uyruklarının geri dönüşüne uygulanabilir ortak standartlar ve işlemlere ilişkin 16 Aralık 2008 tarih ve 2008/115/CE numaralı yönerge: Avrupa Birliği Resmi Gazetesi no L 348, 24 Ara. 2008, s.98.

EVLÂT EDİNME YOLU İLE VATANDAŞLIĞIN KAYBEDİLMESİ VE KAZANILMASI

ACQUISITION AND LOSS OF NATIONALITY BY ADOPTION

Musa AYGÜL*

Özet: Bu çalışmanın amacı, evlât edinmenin vatandaşlık hukuku bakımından sonuçlarını incelemektir. Günümüzde, evlât edinilmiş çocuğun vatandaşlık durumu, kan bağı ile (tabii) soybağı kurulan çocukların vatandaşlığına yaklaştırılmaya çalışılmaktadır. Makalede, evlât edinmenin, evlâtlığın vatandaşlığına etkisi, milletlerarası sözleşmeler, karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukuku bakımından incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler: Vatandaşlık, evlât edinme, evlât edinme ile vatandaşlığın kaybedilmesi ve kazanılması, evlât edinme ile vatandaşlığın kazanılması usulü.

Abstract: The aim of this article is to analyze the effects of intercountry adoption on the nationality. The intercountry adoption has usually effects nationality of the adopted child. The effects of intercountry adoption on the nationality are analyzed according to international conventions, comparative law and Turkish Law. Especially requisites for acquisition of Turkish citizenship by adoption according to Turkish Citizenship Law (Law No: 5901, Adoption Date: 29.05.2009) are also analyzed in this article.

Keywords: Adoption, nationality, acquisition and loss of nationality by adoption, the procedure for acquisition and nationality by adoption.

I. GENEL OLARAK

Evlât edinme, evlât edinen ile evlâtlık arasında yapay soybağı kuran bir medenî hukuk işlemidir (MK m. 282/3).¹ Mülga 743 sayılı Medenî Kanundan (MK) farklı olarak 4721 sayılı MK m. 315/1'de

* Yrd. Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

¹ 743 sayılı Medenî Kanunda, evlât edinmenin hukukî niteliğini bir sözleşme olarak kabul edildiği ve 4721 sayılı Medenî Kanunda ise evlât edinmenin mahkeme kararı ile kurulabilmesi karşısında, evlât edinmenin artık bir sözleşme olarak nitelendirilemeyeceği ve kamusal işlem (karar) olarak nitelendirilmesi gerektiği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Aydoğdu, Murat, *Çağdaş Hukukî Gelişmeler Işığında Evlât Edinme*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2009, s. 4 vd; Dural, Mustafa/Ögüz, Tufan/Gümüş, Alper, *Türk Özel Hukuku*, C. III, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005, 481.

hükme bağlandığı üzere, mahkemece verilecek inşaî bir kararla, evlât edinen ile evlâtlık arasında suni soybağı kurulmaktadır.² Kan bağına dayanan soybağından ayırmak amacıyla evlât edinme yolu ile kurulan soybağı için, suni, akdi, mukavelevi, calı gibi tabirler kullanılmaktadır.³ Medenî Kanunda, bu şekilde kurulmuş soybağına bazı hukukî sonuçlar bağlanmıştır. Örneğin, evlâtlığın, evlât edinenin soyadını alması ya da mirasçısı olması gibi (MK m. 314). Günümüzde, kan bağı ve evlât edinme yoluyla kurulan soybağının sonuçları arasındaki farkların kaldırılmasına çalışılmakta; evlât edinilen çocuğun da diğer çocuklar ile aynı haklara sahip olması gerektiği yönünde görüşler savunulmaktadır.⁴

Etkileri (sonuçları) bakımından evlât edinme, tam evlât edinme sistemi (*full adoption, adoptio plena, volladoption*), sınırlı (basit) evlât edinme sistemi (*simple adoption, adoptio minus plena, teiladoption*) ve karma evlat edinme sistemi olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

Tam evlât edinme sisteminde, evlât edinen ile evlâtlık arasında tam bir hısımlık ilişkisi doğmakta ve evlâtlığın tabii ana babasıyla hısımlık ilişkisi, evlenme yasağına ilişkin bazı istisnai hükümler dışında, sona ermektedir.⁵ Evlâtlık artık tabii ana babasına ve kan hısımlarına mirasçı olamamakta ve tabii ana babanın çocukla şahsî ilişki kurma hakkı da kalmamaktadır.⁶ Tam evlât edinmede evlât edinilen çocuk, evlât edinen ana babadan doğmuş bir çocuğun hukukî statüsünü kazanmaktadır. Bunun sonucu olarak da, evlâtlık ile evlât edinen ve evlât edinenin kan ve sıhrî hısımları arasında, kan bağına dayanan hısımlık ilişkisi meydana gelmektedir. Dolayısı ile hem evlâtlık ve alt soyu, evlât edinene ve onun kan hısımlarına, hem de evlat edinen ve onun kan hısımları evlâtlığa mirasçı olurlar. Nasıl ki, kan bağına dayanan

² Kırkbeşoğlu, Nagehan, *Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 25.

³ Acabey, Beşir, *Soybağı Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı*, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2002, s. 142.

⁴ Bauböck, Rainer/Perchinig, Bernhard, "Evaluation And Recommendations", (eds, Bauböck, Rainer/ Ersbøll, Eva/Groenendijk, Kees/Waldrauch, Harald, Acquisition and Loss of Nationality, Amsterdam University Press, Amsterdam 2006, Vol. I), s. 457.

⁵ Aydoğdu, s. 68.

⁶ Baygın, Cem, "Evlât Edinmenin Sonuçları", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII, S. 3 - 4, 2003, s 627.

hısımlık ilişkisi sona erdirilemiyorsa, tam evlât edinme sisteminde de hısımlık ilişkisi haklı nedenler olsa da sona erdirilemez.⁷ Bu şekilde bir düzenlemenin amacı, evlâtlığın evlât edinen aileyi benimsemesi ve taraflar arasında gerçek bir aile bağının kurulmasıdır.⁸ Örneğin Birleşik Krallık'ta, İsviçre'de, ABD'nde, Avustralya'da ve İskandinav ülkelerinde, Avrupa ülkelerinin ekseriyetinde, çocukların evlât edinilmesinde, tam evlât edinme sistemi kabul edilmiştir.⁹

Sınırlı evlât edinme sisteminde, sadece evlât edinen ile evlâtlık arasında hısımlık ilişkisi doğmakta ve evlâtlık ile tabii ana baba arasındaki hısımlık ilişkisi sona ermemektedir. Evlâtlık ile tabii ana baba arasında ilişkiler sınırlı olarak devam ederken, evlât edinen ile de sınırlı bir hısımlık ilişkisi kurulmaktadır. Bu sistemde, tabii ana baba, evlâtlık ile şahsî ilişki kurulmasını talep edebilmekte; evlâtlık da, tabii ana babasına ve onun kan hısımlarına mirasçı olabilmektedir. Sınırlı evlât edinmede, sadece evlât edinen ile evlâtlık arasında hısımlık ilişkisi kurulduğundan evlâtlık, yalnızca evlât edinenin mirasçısı olabilmekte; evlât edinenin kan hısımlarına ise mirasçı olamamaktadır. Sınırlı evlât edinmede, evlâtlığın mirasçılık hakkı sözleşme ile ortadan kaldırılabilir. Ayrıca, taraflar, haklı sebeplere istinaden evlât edinmenin geleceğe etkili olarak sona erdirilmesini de hâkimden talep edebilirler. Fransa, Romanya, Japonya, Meksika, Peru, Filipinler gibi ülkelerde, sınırlı evlât edinme sistemi kabul edilmiştir.¹⁰

Karma evlât edinme sisteminde, küçüklerin evlât edinilmesinde, tam evlât edinme sistemi benimsenir iken, erginlerin evlât edinilmesinde ise, sınırlı evlât edinme sistemi kabul edilmektedir. Almanya, Fransa, Arjantin, İspanya, Belçika ve İtalya'da karma sistem uygulanmaktadır.¹¹

⁷ Baygın, s. 627.

⁸ Ruhi, Ahmet Cemal, *Türk Hukukunda Evlât Edinme ve Evlât Edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye'de Tanınması*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, s. 19; Arat, Tuğrul, "Evlât Edinme Hukukundaki Gelişmelere Toplumsal - İşlevsel Açıdan Bakış", *Osmal F. Berki'ye Armağan*, Ankara 1977, s. 109; Akyüz, Emine, "Evlât Edinmeye İlişkin Uluslararası Sözleşmeler, Çağdaş Hukuk Sistemleri ve Türk Medenî Kanunu", *Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan*, Ankara 1995, s. 155.

⁹ O'Halloran, Kerry, *The Politics of Adoption*, Second Edition, Springer, 2009, 263-289.

¹⁰ O'Halloran, 263-289; Aydoğdu, s. 68 - 69; Baygın, s. 628.

¹¹ Aydoğdu, s. 69.

Türk hukukunda ise, hangi sisteminin kabul edildiği hakkında farklı görüşler bulunmaktadır. Sınırlı evlât edinmenin kabul edildiği yönünde görüşler¹² ağırlıkta olmasına rağmen, tam evlât edinme ve sınırlı evlât edinme hükümlerinin terkiinden oluşan kendine özgü bir sistemin benimsendiği de, ileri sürülmektedir.¹³

Kanaatimize göre, Medenî Kanun'da, tabii ana baba ile hukukî ilişkinin devam ettirilmesi (MK m. 314/V), evlenme engelinin belirli kişiler arasında olması (MK m. 129/I-3), mirasçılık ilişkisinin tek yönlü ve evlâtlık lehine olması (MK m. 500/I-II), evlâtlık ilişkisinin çok zor da olsa kaldırılabilme olanağının olması (MK m 317 vd), evlâtlık sebebiyle hısımlık ilişkisinin belirli kişiler arasında olması gibi sınırlı evlât edinme sistemine özgü hukukî sonuçlar sebebiyle Türk hukukunda sınırlı evlât edinme sisteminin kabul edildiği söylenebilir. Ancak evlâtlık ilişkisinin kanunda sayılan sebepler dışında kaldırılamaması (hatta çocuğun menfaatine aykırı olarak neredeyse hiç kaldırılamaması, MK m. 317 vd.)¹⁴, evlenme engelinin mutlak butlan sebebi olması (MK m. 145/I-5), mahkeme kararı ile evlâtlık ilişkisinin kurulabilmesi (MK m. 315/I) gibi tam evlât edinme sistemine özgü hukukî sonuçlar sebebiyle de, tam evlât edinme sistemine doğru bir temayül olduğu görülmektedir. Diğer bir ifade ile Türk hukukunda sınırlı (basit) evlât edinme sistemi benimsenmiş iken, tam evlât edinme sistemine özgü bazı sonuçlar da, Medenî Kanun'da kabul edilmiştir.

¹² Ruhi, s. 20; Nomer, Ergin, Devletler Hususî Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, s. 275; Baygın, s. 629. Yazar, Türk hukukunda sınırlı evlât edinme sisteminin kabul edildiğini söylemekle birlikte, tam evlât edinme sistemine dair bir takım hükümlere de yer verilmiş olmasından dolayı karma bir sistemin kabul edildiğini ileri sürmektedir.

¹³ Aydoğdu, s. 69 - 71. Yazar, daha sonraki sayfalarda önceki görüşünden farklı olarak evlâtlık ile evlât edinen arasında hısımlık ilişkisini açıklarken Türk hukukunda sınırlı evlât edinme sisteminin benimsendiğini ileri sürmektedir: Aydoğdu, s. 514. Serozan ise, yabancı bir kural alınırken sistem uyumunun korunması gerektiğini, buna uyulmaması sebebi ile ortaya kendine özgü bir sistem çıkmadığını belirtmektedir. Yazar aynen "iki değişik sistemden bir karma oluşturulmaya çalışılırsa, ortaya özgün bir sentez çıkmaz, derme çatma arabesk bir mozaik çıkar" şeklinde bir değerlendirmede bulunmaktadır: Serozan, Rona, "Yeni Medeni Kanun'un Çocuklara (Soybağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına) İlişkin Düzenlemesi", Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 506. Aynı yönde bkz: Dural/Öğüz/Gümüş, s. 503.

¹⁴ Ansay, Tuğrul, "Türk Hukukunda Evlâtlık İlişkisinin Kurulması ve Bunun Sınır Ötesine Yansımaları", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 89; Serozan, Rona, Çocuk Hukuku, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, İstanbul 2005, s. 223.

Türkiye'nin de taraf olduğu Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlât Edinme Konusunda İşbirliğine Dair La Haye Sözleşmesi'nde¹⁵ hem tam evlât edinme hem de sınırlı evlât edinme sistemleri kabul edilmiştir. Ancak Sözleşme'de, sınırlı evlât edinmenin tam evlât edinmeye dönüştürülebilmesine de olanak tanınmıştır (m. 27). Üstelik Sözleşme'de, evlât edinmenin gerçekleştirildiği ülkede tam evlât edinme sisteminin kabul edilmesi halinde, bu evlât edinmenin diğer âkit devletlerde de tanınması mecburiyeti getirilmiştir (m. 26/I - c).

II. EVLÂT EDİNMENİN VATANDAŞLIK HUKUKU BAKIMINDAN SONUÇLARI

Evlât edinmenin, hem evlât edinenin hem de evlatlığın vatandaşlığını etkilemesi söz konusu olabilir. Ancak, evlât edinmenin, daha çok evlâtlığın vatandaşlığına etkisi söz konusu olmaktadır.¹⁶ Diğer bir ifade ile evlât edinmenin vatandaşlığa etkisi tek yönlüdür; vatandaşlığı etkilenecek olan taraf, evlâtlıktır.¹⁷

Evlât edinmenin evlâtlığın vatandaşlığa etkisi de iki şekilde söz konusu olabilir. Birincisi, evlâtlığın, evlât edinenin vatandaşlığını kazanması sebebiyle, önceki vatandaşlığını kaybetmesidir.¹⁸ İkincisi ise, evlâtlığın, evlât edinenin vatandaşlığını kazanmasıdır.¹⁹

A) EVLÂT EDİNME YOLU İLE VATANDAŞLIĞIN KAYBEDİLMESİ

Evlât edinme işleminin, evlatlığın vatandaşlığına hukuki etkisi bakımından menfi sonucu, vatandaşlığın kaybıdır. Buna göre, evlâtlığın, evlât edinme sebebi ile vatandaşlığını kaybetmesi iki şekilde olur.

Birincisi, evlât edinme işleminin iptal edilmesi, geçersiz olması ya da herhangi bir sebeple sona erdirilmesi durumlarında, bu evlât edin-

¹⁵ R.G.:19.04.2004 - 25438. Bundan sonra bu sözleşme için "Evlât Edinmeye Dair La Haye Sözleşmesi" kısaltması kullanılacaktır.

¹⁶ Göger, Erdoğan, *Türk Tâbiyet Hukuku*, AÜHF Yayınları, 4. Bası, Ankara 1979, s. 55.

¹⁷ Göger, s. 55.

¹⁸ Waldrauch, Harald, "Loss of Nationality", (eds, Bauböck, Rainer/ Ersbøll, Eva/ Groenendijk, Kees/Waldrauch, Harald, Acquisition and Loss of Nationality, Amsterdam University Press, Amsterdam 2006, Vol. I), s. 200, (Loss of Nationality).

¹⁹ Göger, s. 56; Uluocak, Nihal, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s. 46.

meye bağlı olarak kazanılan vatandaşlığın kaybedilmesidir. İtalyan hukukunda, evlâtlığın evlât edinene karşı bir suç işlemesi sebebiyle evlât edinmeye son verilmesi halinde, evlâtlığın kazanmış olduğu vatandaşlığı da kaybedeceği düzenlenmiştir. Eğer evlât edinme işlemi başka bir sebeple iptal edilirse, vatansız kalmamak kaydı ile evlâtlığın ergin olmasından itibaren bir yıl içinde seçme hakkı ile İtalyan vatandaşlığından ayrılma hakkı bulunmaktadır.²⁰ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin, çocukların vatandaşlığı bakımından üye devletlere yol göstermek üzere benimsediği tavsiye ilkelerinin 15. maddesinde, çocuğun yasal olarak bir ülkede beş yıldan fazla süreyle bulunması halinde, evlât edinme işleminin iptal ya da geçersiz olmasının, çocuğun vatandaşlığının kaybına sebebiyet vermemesi gerektiği ifade edilmiştir.²¹

İkincisi, yabancı birisi tarafından evlât edinilen çocuğun, bu evlât edinme sebebiyle vatandaşlığını kaybetmesidir. Bazı milletlerarası sözleşmelerde, çocuğun evlât edinme sebebi ile vatandaşlığını kaybetmesi, çocuğun vatansız kalmaması diğer bir ifade ile evlât edinenin vatandaşlığını kazanabilmesi şartına bağlı tutulmuştur.

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin²² 7 (g) maddesinde, vatandaşlığın *ex lege* (kendiliğinden=otomatik=kanun yoluyla²³) ya da yetkili makam kararı ile kayıp sebeplerinden birisi olarak, evlât edinilenin evlât edinenden birisinin vatandaşlığını kazanması ya da hali hazırda o ülke vatandaşlığına sahip olması gösterilmiştir.

Vatandaşlık Kanunlarının İtibaksızlığından Doğan Bazı Meseleler Hakkında Sözleşme'nin²⁴ 17. maddesine göre, bir âkit devlet, evlât

²⁰ De Groot, Gerard-Rene/Vink, Maarten P., *Loss of Citizenship, Trends and Regulations in Europe*, s. 33 - 34, <http://eudo-citizenship.eu>, (15.05.2011). Waldrauch, *Loss of Nationality*, s. 186.

²¹ Recommendation CM/Rec(2009)13 of the Committee of Ministers to Member States on the Nationality of Children, <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1563529>, (15.05.2011).

²² Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesinin İngilizce ve Türkçe metni için bkz: Aybay, Rona, *Vatandaşlık Hukuku*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2006, s. 449 vd.

²³ "Kanun yolu" ile vatandaşlığın kazanılması 403 sayılı mülga Kanunda kullanılan bir kavramdı. "Kanun yolu ile kazanma" şahsın iradesine tâbi olmaksızın Türk vatandaşlığının tevcih edildiği durumları ifade etmek için kullanıldığı hakkında bkz: Nomer, Ergin, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Filiz Kitabevi, 14. Baskı, İstanbul 2003, s. 52, (2003).

²⁴ Sözleşmenin İngilizce metni için bkz: <http://www.unhcr.org/refworld/publisher,LON,,,3ae6b3b00,0.html>, (15.04.2011).

edinme yolu ile evlâtlığın vatandaşlığının kaybına ilişkin düzenlemeyi ancak evlât edinmenin devletinin hukukunun, evlâtlığın bu sebeple vatandaşlık kazanabilmesine imkân tanınması halinde yapabilecektir.

Vatansızlığın Azaltılmasına Dair 1961 tarihli BM Sözleşmesi'nin²⁵ 5/I. maddesinde de, bir kimsenin evlilik, evliliğin sona ermesi, tanıma ya da evlât edinme gibi kişisel durumlardaki değişimler, vatandaşlığın sona erdirilmesini içeriyorsa, bu şekilde bir vatandaşlığın kaybı, başka bir vatandaşlığa sahip olunması ya da elde edilmesi şartına bağlanmıştır. Çocukların Evlât Edinilmesi Hakkında 1967 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nin²⁶ 11/II. maddesinde de, aynı hüküm bulunmaktadır (2008 yılında revize edilmiş metin, m. 12/II).²⁷

Evlât edinme sebebi ile vatandaşlığın kaybı, bazı ülkelerde özel bir usule tâbi iken, bazılarında otomatik olarak gerçekleşmektedir. Belçika, Almanya, İsviçre ve Lüksemburg'da yabancı tarafından evlât edinilen çocukların, evlât edinen ebeveynlerden birisinin vatandaşlığını kazanması ya da bu vatandaşlığa sahip olması halinde, vatandaşlıklarını *ex lege* kaybedecekleri düzenlenmiştir.²⁸ Alman hukukunda evlâtlığın Alman vatandaşlığını kaybetmesi, evlâtlığın evlât edinenin vatandaşlığını *ex lege* kazanması şartına bağlanmıştır. Eğer evlâtlık yabancı vatandaşlığı bir talep ile kazanmakta ise, Alman vatandaşlığını *ex lege* kaybetmemektedir. Yine evlâtlığın Alman ebeveyni ile bağlantısı devam etmekte ise (sınırlı evlât edinme), evlâtlık Alman vatandaşlı-

²⁵ Sözleşmenin Türkçe metni için bkz: <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/yedek/b2-sozlesmeler/sozlesmeler/01-birlesmismilletlersozlesmeleri/19vatans%C4%B1zl%C4%B1k.pdf>, (15.04.2011).

²⁶ Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Tiryakioğlu, Bilgin, *Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku*, Başbakanlık Aile Kurumu Yayınları, Ankara 1991, s. 28, (Türk Hukuku).

²⁷ Hailbronner, Kay, "Nationality in Public International Law and European Law", (eds, Bauböck, Rainer/ Ersbøll, Eva/Groenendijk, Kees/Waldrauch, Harald, Acquisition and Loss of Nationality, Amsterdam University Press, Amsterdam 2006, Vol. I), s. 69 - 70; The Implementation and Operation of the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention: Guide to good Practices, The Hague 2008, s. 108, http://www.hcch.net/upload/adoguide_e.pdf, (Guide No. 1); Duncan, William, "Nationality and the Protection of Children Across Frontiers the Case of Intercountry Adoption", 3rd European Conference on Nationality, Strasbourg, 11-12 October 2004, Room 1, Palais de l'Europe, "Nationality and the Child", s. 10, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/nationality/3_WEB%20E%20Rep.%209.pdf, (15.05.2011). Sözleşmenin İngilizce metni için bkz: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/058.htm>, (15.05.2011).

²⁸ De Groot- Vink, s. 36.

ğını muhafaza edecektir. Alman hukukunda vatandaşlığın kaybı bazı şartlar altında, evlâtlığın çocuklarına da etki etmektedir. Hollanda hukukunda, evlâtlık, evlât edinen yabancı ebeveynin vatandaşlığını kazanması halinde, vatandaşlığını kaybetmektedir.²⁹

İsviçre hukukunda ise, bir yabancı tarafından evlât edinilen İsviçreli, vatandaşlığını idarî bir karar ile kaybetmektedir. Yunan hukukunda da, evlâtlık, evlât edinenin vatandaşlığını kazanması ve evlât edinenin de Yunan İçişleri Bakanlığına müracaat etmesi halinde, müracaatın Yunan idarî makamlarınca kabul edilmesi şartıyla Yunan vatandaşlığını kaybetmektedir.³⁰

Türk hukukunda ise, evlât edinme, hem mülga 403 sayılı hem de 5901 sayılı Kanunda *ex lege* ya da yetkili makam kararı ile vatandaşlığın kaybı sebebi olarak kabul edilmemiştir.³¹ Ancak hem mülga 403 sayılı (m. 27/I-b)³² hem de 5901 sayılı (m. 34/I - c)³³ Kanunda, evlât edinme yoluyla Türk vatandaşlığını kazananlara seçme hakkı ile Türk vatandaşlığından ayrılma hakkı tanınmıştır.

B) EVLAT EDİNME YOLU İLE VATANDAŞLIĞIN KAZANILMASI

1. Genel Olarak

Çocuklar, genellikle doğum yoluyla ve ana babalarına bağlı olarak vatandaşlık kazanırlar. Bununla birlikte pek çok hukuk sisteminde, çocukların doğumdan sonra da vatandaşlık kazanabilmelerine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Hatta bu düzenlemelerde, çocuğun doğum yoluyla başka bir devlet vatandaşlığını kazanıp kazanmadığı da

²⁹ De Groot - Vink, s. 36; Waldrauch, *Loss of Nationality*, s. 200.

³⁰ De Groot - Vink, s. 37; Waldrauch, *Loss of Nationality*, s. 200.

³¹ Uluocak, s. 46. Bir Türk vatandaşının yabancı birisi tarafından evlât edinilmesi halinde mülga 403 sayılı Kanununun 3. maddesindeki "evlât edinme, evlâtlığın vatandaşlığına tesir etmez" kuralı gereğince evlâtlığın Türk vatandaşlığının kaybetmeyeceği hakkında bkz: Göger, s. 56.

³² Doğan, Vahit, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 8. Baskı, Ankara 2008, s. 159, (2008); Nomer, 2003, s. 99.

³³ Nomer, Ergin, *Vatandaşlık Hukuku*, Filiz Kitabevi, 18. Baskı, İstanbul 2010, 138 vd, (2010); Doğan, Vahit, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2010, s. 148 vd, (2010); Erdem, Bahadır B., *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul 2010, s. 233 vd.

dikkate alınmamaktadır. Bunun tipik örneklerinden birisi de, çocuğun evlât edinilmesi sebebiyle, bir devletin vatandaşlığını kazanmasıdır.³⁴

Günümüzde, evlât edinilmiş çocuğun vatandaşlık durumu, kan bağı ile (tabii) soybağı kurulan çocukların vatandaşlığına yaklaştırılmaya çalışılmaktadır.³⁵ Bu düşüncede, “nasıl bir çocuk doğumla soybağına istinaden vatandaşlık kazanıyorsa, evlât edinilen çocuk da, evlât edinmeden sonra, evlât edinilen ebeveynin vatandaşlığını kazanmalıdır”³⁶ anlayışı etkili olmaktadır.

2. Milletlerarası Sözleşmelerde Evlât Edinme Sebebiyle Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümler

Milletlerarası evlât edinmelerde, evlât edinilen çocuğun hangi şartlarda yeni bir vatandaşlık kazanacağı ve mevcut vatandaşlığını kaybedeceği sorusunun cevabı verilirken, Çocuğun Korunmasına Dair BM Anlaşması'nın 7/II. maddesi göz önünde bulundurulmalıdır. Bu hükme göre, “*Taraf Devletler, özellikle çocuğun tabiiyetsiz kalması söz konusu olduğunda kendi ulusal hukuklarına ve ilgili uluslararası belgeler çerçevesinde üstlendikleri yükümlülüklerine uygun olarak bu hakların işlerlik kazanmasını taahhüt*” etmişlerdir.

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin, vatandaşlığın *ex lege* kazanılmasını düzenleyen 6. maddesinde, evlât edinme bulunmamaktadır. Ancak Sözleşme'nin 6/IV. maddesinde, vatandaşlığa almada kolaylık gösterilecek kişiler sayılmıştır. Bu kişilerden birisi de, evlât edinilen çocuklardır. Buna göre, her âkit devlet, kendi vatandaşı tarafından evlât edinilmiş çocukların, vatandaşlığa alınmasını kolaylaştıracaktır (m. 6/IV-d).³⁷ Ayrıca, Sözleşme'nin 7(g) maddesinde, çocuğun yabancı bir devlet vatandaşı tarafından evlât edinilmesini, evlâtlığın vatansız kalmaması kaydıyla, vatandaşlığın *ex lege* ya da idarî bir kararla kayıp sebebi kabul edilmiştir.

³⁴ Waldrauch, Harald, “*Acquisition of Nationality*”, (eds, Bauböck, Rainer/ Ersböll, Eva/Groenendijk, Kees/Waldrauch, Harald, *Acquisition and Loss of Nationality*, Amsterdam University Press, Amsterdam 2006, Vol. I), s. 167, (Acquisition).

³⁵ Bauböck/Perchinig, s. 457.

³⁶ Walmsley, Andrew, *Report on Conditions for the Acquisition and Loss of Nationality*, s. 7, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/nationality/Reports_en.asp, (15.05.2011), (Report).

³⁷ Tanrıbilir, Feriha Bilge, “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku”, *Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan*, MHB, 2002, s. 106 – 107, (Avrupa); Güngör, Gülin, “*Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi*”, *Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan*, MHB, Y. 1997 – 1998, s. 229 vd.

1967 tarihli Çocukların Evlât Edinilmesi Hakkında Avrupa Sözleşmesi'nin 11/I. maddesinde, evlât edinilen çocuk ile evlât edinen kişi veya evli çift aynı vatandaşlıkta değilse, her âkit devletin, çocuğun evlât edinen ya da edinenlerin vatandaşlığını kazanmasına ilişkin düzenlemeleri yapması hüküm altına alınmıştır. Aynı sözleşmenin 2008 tarihli revize edilmiş metninde ise, kendi vatandaşlarından birisinin yabancı bir çocuğu evlât edinmesi halinde, her âkit devletin, çocuğun vatandaşlığı kazanabilmesi için gerekli düzenlemeleri yapması kabul edilmiştir (m. 12/I).

Türkiye'nin de taraf olduğu Çocuk Haklarına Dair BM Sözleşme'sinin³⁸ 21/(c) maddesinde, her bir akit devletin, başka bir ülkede evlât edinilmesi düşünülen çocuğun, kendi ülkesinde mevcut evlât edinme durumuyla eşdeğer olan güvence ve ölçülerden yararlanmasını sağlayacağı kabul edilmiştir. Bu hükümle, bir âkit devlette gerçekleştirilen evlât edinme eğer evlâtlığa, evlât edinen ailenin vatandaşlığını kazandırıyor, aynı sonucun ülke dışında gerçekleştirilen evlât edinmeler için de kabul edilmesi gerektiği ortaya konmaktadır.

Evlât Edinmeye Dair La Haye Sözleşmesi de aynı prensibi içermektedir. Sözleşmeye göre, tam evlât edinmelerde, ülke dışında evlât edinilen bir çocuğun, ülke içinde evlât edinen çocuklar ile aynı haklara sahip olması gerektiği kabul edilmiştir.³⁹ Evlât Edinmeye Dair La Haye Sözleşmesi'nde, çocuk ile tabii ebeveyni arasındaki hukukî bağları tamamen sona erdiren bir evlât edinmede, çocuğun, kabul eden devlette ve diğer bir akit devlette, bu akit devletlerin her birinde sahip olduğu evlât edinmeden doğan haklardan aynen yararlanacağı kabul edilmiştir (m. 26/II). Tam evlât edinmede, evlâtlık, evlât edinenlerin vatandaşlığını kazanmalıdır.

Tam evlât edinme sistemini kabul eden devletlerin vatandaşlık düzenlemelerinde, evlât edinilen çocuğun vatandaşlık kazanma hakları kabul edilmektedir.⁴⁰ Evlât Edinmeye Dair La Haye Sözleşmesi'ne taraf ülkeler arasındaki eğilim, evlâtlığın, evlât edinenin ya da evlât edi-

³⁸ R.G.: 11 12.1994 - 22138.

³⁹ Guide No: 1, s. 109.

⁴⁰ Walmsley, Report, s. 7; Galicki, Zdzislaw, Nationality of the Child - Feasibility Study, s. 11 - 12, <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/nationality/CDCJ-BU%20%282006%29%2029%20e%20-%20STUDY%20National%20of%20Child%20GALICKI%20Dec%202006.pdf>, (15.05.2011).

nenlerden birisinin vatandaşlığını kazanılması yönündedir.⁴¹ Bu konuda özel bir komisyon tarafından 2000 yılında hazırlanan raporda, evlât edinme sebebi ile çocukların otomatik olarak vatandaşlık kazanması yönünde bir temayül bulunduğu ve pek çok hukuk sisteminde, evlât edinen ebeveynden birisi o ülkenin vatandaşı olmak şartı ile çocuğun, götürüldüğü devletin vatandaşlığını kazandığı ifade edilmiştir. Yine raporda, bazı hukuk sistemlerinde, çocuğun ülkeye getirilmesi şartı da arandığı belirtilmiştir. Ancak sonuçta, çocuk ya evlât edinme ile birlikte ya da vatandaşlığı kazanılacak ülkeye götürüldüğünde, evlât edinenin ya da evlât edinen ebeveynden birisinin vatandaşlığını kazanabilmektedir.⁴²

Aynı Komisyon'un 2005 yılındaki raporunda, çocuğun vatansız kalmasını önlemek için birçok ülkede, götürüldüğü ülkenin vatandaşlığını otomatik olarak kazanması ve o ülkedeki evlât edinilen çocuklar ile aynı muameleye tâbi olması yönünde bir eğilimin bulunduğu belirtilmiştir. Raporda, evlât edinilen ve götürüldüğü ülkenin vatandaşlığını kazanamayan çocukların durumuna da değinilmiştir. Buna göre, götürüldüğü ülkenin vatandaşlığını kazanamayan bir çocuk, daha sonra yetişkin olduğu dönemlerde herhangi bir sebeple geldiği ülkeye gönderilme ya da sınırdışı işlemine maruz kalmamalıdır. Bu şekilde bir geri gönderilmenin, çocuğun yüksek yararına ve insan haklarına aykırı olduğu vurgulanmıştır. Çünkü, bu kimsenin gönderildiği ülkenin dilini konuşmaması ve orada bir ailesi ya da bağlantı içinde olduğu birisinin olmaması söz konusu olabilir. Yine Raporda, çocuğun bulunduğu ülke ile evlât edinecek muhtemel ebeveynin mutad meskeninin bulunduğu ülkenin yetkili otoriteleri arasındaki işbirliği, çocuğu vatansız bırakmamalı ve çocuk hiçbir gecikme olmaksızın ya da mümkün olan en kısa sürede, evlât edinen ebeveynin vatandaşlığını kazanması gerektiği vurgulanmıştır. Neticede, Sözleşme ile ilgili olarak kurulan özel komisyon, çocuğun, evlât edinen ebeveynlerden birisinin ya da götürüldüğü ülkenin vatandaşlığını, ebeveynlerden herhangi birisinin bir talebine ya da davranışına bağlı olmaksızın, otomatik olarak kazanılmasını tavsiye etmektedir. Eğer bu mümkün olmaz ise, çocuğun götürüldü-

⁴¹ Guide No:1, s. 109; Duncan, s. 11.

⁴² Duncan, s. 11.

ğü devlet, çocuğun bir şekilde vatandaşlık kazanabilmesine imkân sağlamalı ve Sözleşme'ye taraf devletlerin vatandaşlık politikaları, evlât edinilen bir çocuğun vatansız kalmamasını sağlamaya yönelik olmalıdır.⁴³

3. Evlât Edinme Sebebiyle Vatandaşlığın Kazanılmasının Hukukî Niteliği

a) Genel Olarak

Vatandaşlığın kazanılmasını değişik tasniflere tâbi tutmak mümkündür.⁴⁴ Bunlardan birisi de, vatandaşlığın kazanılması şekline ve usulüne ilişkin olarak yapılan, vatandaşlığın kanun hükmü gereği kendiliğinden (*ex lege*) kazanılması, idarî makamın kararı ile kazanılması ve vatandaşlığı kazanacak kişinin talebine (girişimine, irade beyanına) bağlı olarak vatandaşlığın kazanılması şeklindeki ayırmadır.⁴⁵ Burada "*hukukî nitelikten*" kasıt, evlât edinme sebebiyle vatandaşlığın kazanılmasının, bu ayırmalardan hangisine göre gerçekleştiğinin tespiti anlamındadır.⁴⁶ Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, evlât edinme ile vatandaşlığın kazanılmasında, bu üç yolun da kullanıldığı görülmektedir.

⁴³ Guide No: 1, s. 110. Report, s. 11

⁴⁴ 5901 sayılı Kanun, vatandaşlığı, kazanılma anına göre doğumla kazanılan vatandaşlık ve sonradan kazanılan vatandaşlık olmak üzere ikiye ayırmıştır (m. 5). Bu şekilde bir ayırımın isabetli olduğu hakkında bkz: Uluocak, s. 24; Göger, s. 33; Doğan, 2008, s. 40.

⁴⁵ Mülga 403 sayılı Kanunda vatandaşlığın kazanılmasında, kanun yolu ile kazanma, yetkili makam kararı ile kazanma ve seçme hakkı ile kazanma olmak üzere üç usul kabul edilmişti. Ayrıntılı bilgi için bkz: Nomer, 2003, s. 52 vd. Vatandaşlığın *ex lege* kazanılması için, topak esası ya da soybağı esasına binaen doğum yoluyla vatandaşlığın kazanılması, evlenme, evlât edinme ile vatandaşlığın kazanılması, vatandaşlığı kazanılacak ülkede ikamet tesis etmek ya da erginliğe ulaşmak gibi sebepler sayılabilir. Yetkili makam kararı (telsik) ya da seçme hakkı ile vatandaşlığın kazanılmasında, vatandaşlığı kazanma, belli şartların yerine gelmesinden veya yetkili makamın kararından sonra vuku bulmaktadır. Bu yolla kazanılan vatandaşlık, telsik (naturalisation), tek taraflı vatandaşlığın verilmesi, beyanda bulunma, onaylama, sicile kaydetme, seçme hakkı gibi yollarla mümkün olmaktadır. Bu usuller arasındaki farkların kesin olarak ortaya konulması çok zor olduğu gibi, şartları da ülkeden ülkeye değişiklik gösterebilmektedir: Waldrauch, H., "*Methodology for Comparing Acquisition and Loss of Nationality*", (eds, Bauböck, Rainer/ Ersböll, Eva/Groenendijk, Kees/Waldrauch, Harald, Acquisition and Loss of Nationality, Amsterdam University Press, Amsterdam 2006, Vol. I), s. 105, (Methodology).

⁴⁶ Erdem, s. 145.

b) Vatandaşlığın *Ex Lege* Kazanılması

Bu usulde, geçerli bir evlât edinme ile birlikte, evlâtlık, evlât edinen ebeveynlerden birisinin vatandaşlığını *ex lege* kazanır. Özellikle tam evlât edinme sisteminin kabul edildiği ülkelerde, evlât edinen ebeveynlerden birisi kendi ülkesinin vatandaşı olmak kaydı ile yabancı çocuğun *ex lege* vatandaşlık kazanabilmesine imkân tanınmaktadır. Bu ülkelerde, evlât edinilen çocuğun vatandaşlık kazanma şartları, vatandaşlığın doğum yoluyla kazanılmasına benzetilmektedir. Evlât edinen ebeveynler farklı vatandaşlıkta iseler, doğum sebebi ile vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin hükümler, evlât edinme sebebi ile vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin hükümlere ışık tutmaktadır.⁴⁷

Evlât edinmeyi *ex lege* vatandaşlığın kazanılması sebebi kabul eden ülkelerin çoğunda, evlâtlığın vatandaşlığı kazabilmesi için, küçüklük şartı getirilmiştir. Bazı ülkelerde ise, daha düşük yaş şartı da kabul edilmiştir. Mesela, Danimarka, Finlandiya, İzlanda ve İsveç'te 12, Çek Cumhuriyeti'nde ise 16 yaşından küçük olma şartı aranmaktadır.⁴⁸

Bazı ülkeler, ancak kendi ülke mahkemelerinde veya yetkili organları önünde gerçekleştirilen evlât edinmeler için vatandaşlık kazanmaya ilişkin düzenlemeler yapmaktadır. Bununla birlikte, karşılaştırmalı hukukta, yabancı ülkede gerçekleştirilen evlât edinme kararlarının tanınması şartı ile vatandaşlık kazanılabileceği de kabul edilmektedir. Bazı ülkeler ise, Evlât Edinmeye Dair La Haye Sözleşmesi'ne atıf yapmışlardır.⁴⁹ Yine bazı hukuk sistemlerinde basit evlât edinmenin tam evlât edinmeye dönüşmesi halinde, evlât edinilen çocuk belli şartlar altında vatandaşlık kazanabilmektedir⁵⁰. Mesela, Finlandiya 2003 yılında, Hollanda 1998 ve 2005 yıllarında, yurt dışında gerçekleştirilen evlât edinmelerde bu yaklaşımı benimsemiştir.⁵¹

⁴⁷ Bununla birlikte, tam evlât edinmenin kabul edildiği ülkelerde, çocuğun vatansız kalması da söz konusu olabilmektedir. Çocuğun evlât edinme sırasında sahip olduğu vatandaşlığın, evlât edinme sebebi ile kaybetmesi ancak herhangi bir sebep ile evlât edinenin vatandaşlığını kazanamaması halinde, çocuk vatansız kalabilecektir: Walmsley, Report, s. 7; Galicki, s. 11 - 12.

⁴⁸ Vink, Maarten P./De Groot, Gerard-Rene, Birthright Citizenship:Trends and Regulations in Europe, s. 18, http://eudo-citizenship.eu/docs/birthright_comparativepaper.pdf, (15.05.2011).

⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz: Vink/De Groot, s. 19.

⁵⁰ Vink/De Groot, s. 19.

⁵¹ Avrupa Konseyinin Aile hukuku uzmanlar komitesi 11 - 15 Mayıs 1998 tarihli

c) Vatandaşlığın Talep ya da Beyan ile Kazanılması

Bazı hukuk sistemlerinde, evlâtlık, evlât edinenin bir talebi ya da beyanı ile onun vatandaşlığını kazanabilmektedir. Evlâtlığın vatandaşlığı kazanabilmesi, evlât edinenin olumlu bir davranışına ya da iradesine bağlanmaktadır.⁵² Örneğin Finlandiya hukukunda, evlât edinenin beyanda bulunması sonucunda, evlâtlık vatandaşlık kazanabilmektedir.⁵³ Yine Belçika'da, eğer evlâtlık ve evlât edinen Belçika'da doğmuş ise, evlâtlık vatandaşlığı *ex lege* kazanırken, diğer durumlarda, evlâtlığın Belçika vatandaşlığını kazanabilmesi, evlât edinen ebeveynin, evlât edinme işlemini beş yıl içinde bildirmesi şartına bağlanmıştır.⁵⁴

d) Vatandaşlığın Yetkili Makam Kararı İle Kazanılması

Bazı hukuk sistemlerinde evlât edinme, yetkili makam kararı ile (*naturalization*) vatandaşlığa alınma sebebi olarak kabul edilmektedir. Bu halde evlâtlığın vatandaşlığı kazanabilmesi, takdir yetkisine sahip olduğu halde idarenin vereceği bir kararla söz konusu olabilecektir.

oturumunda, yabancı bir çocuğun evlât edinilmesi halinde, çocuğun evlât edinenin vatandaşlığını *ex lege* kazanması gerektiğini belirtmiştir. Ancak Komite, vatandaşlığın çok politik ve hassas bir konu olması ve bazı önemli pratik sonuçları sebebi ile bu konuda bir düzenleme yapılmamasına karar vermiştir: Walmsley, A., "Report on Misuse of Nationality Laws", s. 8, 1st European Conference on Nationality "Trends and Developments in National And International Law on Nationality" (Strasbourg, 18 and 19 October 1999), s. 75,

<http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/nationality/Conference%201%20%281999%29Proceedings.pdf> (15.05.2011), (Misuse). Aynı Uzmanlar Komitesi, 2006 tarihli raporunda görüşünü muhafaza ederek, evlilik dışında doğan ve evlât edinilmiş çocuklar bakımından ayrımcılık içeren bazı hükümlerin varlığını kabul etmesine rağmen, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesinde olduğu gibi, üye devletlerin millî hukuklarında bu hususu dikkate alan bir düzenleme yapılmamasına karar vermiştir: Committee of Experts on Family Law (CJ-FA), Report on Principles Concerning the Establishment and Legal Consequences of Parentage - "the White Paper", http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/CJ-FA_2006_4e%20Revised%20White%20Paper.pdf, s. 30, (15.05.2011).

⁵² Waldrauch, *Methodology*, s. 109 - 110.

⁵³ Fagerlund, Jessica, "Finland", (eds, Bauböck, Rainer/ Ersbøll, Eva/Groenendijk, Kees/Waldrauch, Harald, *Acquisition and Loss of Nationality - Policies and Trends in 15 European States*, Amsterdam University Press, Amsterdam 2006, Vol. II), s. 158.

⁵⁴ Foblets, Marie-Claire - Loones, Sander, "Belgium", (eds, Bauböck, Rainer/ Ersbøll, Eva/Groenendijk, Kees/Waldrauch, Harald, *Acquisition and Loss of Nationality - Policies and Trends in 15 European States*, Amsterdam University Press, Amsterdam 2006, Vol. II), s. 73.

tir. Örneğin Macaristan Vatandaşlık Kanunu'nun 4. maddesine göre, üç yıl devam etmiş olmak kaydı ile bir Macar vatandaşı tarafından evlât edinilmiş ve Macaristan'da ikamet eden yabancı, Kanunda aranan diğer şartların da bulunması şartı ile yetkili makam kararı ile Macaristan vatandaşlığını kazanabilecektir. Diğer yabancıların yetkili makam kararı ile Macar vatandaşlığını kazanabilmesi için aranan 8 yıl ikamet şartı, bir Macar tarafından evlât edinilen yabancı için aranmamaktadır.⁵⁵

İtalya ve Hollanda hukuklarında ise, 18 yaşından büyük (ergin) bir yabancı evlât edinilmesi, yabancı yetkili makam kararı ile vatandaşlığa alınma sebebi olarak kabul edilmektedir.

4. Karşılaştırmalı Hukukta Evlât Edinme İle Vatandaşlığın Kazanılması

a) İsveç

İsveç hukukunda, bir İsveç vatandaşının 12 yaşın altında bir yabancıyı, Nordik ülkelerinde (İsveç, Danimarka, Finlandiya, İzlanda ve Norveç⁵⁶) evlât edinmesi halinde veya yabancı ülkede gerçekleştirilen evlât edinmelerin, Evlât Edinmeye Dair Milletlerarası Hukuk Usulü Kanununa (*Act on International Legal Procedures Relating to Adoption*) göre, İsveç'te onaylanması ya da geçerli olması veya Evlât Edinmeye Dair La Haye Sözleşmesine İsveç'in katılımı ile ilgili Kanun'a uygun olması halinde, çocuk İsveç vatandaşlığını *ex lege* kazanabilmektedir.⁵⁷

⁵⁵ Macar Vatandaşlık Kanununun İngilizce metni için bkz: <http://eudo-citizenship.eu>, (15.05.2011).

⁵⁶ Norveç'te 2005 yılında kabul edilen Kanuna (*The Norwegian Nationality Act*) göre, Norveç hukukunun öngördüğü usule uygun ve Norveç hukukunun onayladığı bir çocuğun evlât edinilmesi halinde, çocuk 18 yaşından küçük ise, Norveç vatandaşlığını otomatik olarak kazanmaktadır. Bu sebeple, 12 ile 18 yaş arasındaki çocukların, Norveç vatandaşlığını kazanmak istedikleri yönündeki rızaları da aranmamaktadır. Evlât edinmekle, yabancı çocuk kendiliğinden Norveç vatandaşlığını kazanmaktadır: Guide 1, s. 110, dñn. 305.

⁵⁷ Dingu-Kyrklund, Elena, "Nationality And The Child: Hildren's Right to Citizenship - The Swedish Case", 3rd European Conference on Nationality, "Nationality and the Child", (Strasbourg, 11-12 October 2004), s. 5, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/nationality/3_WEB%20E%20Rep.%2017.pdf, (15.05.2011). İsveç'te 2001 yılından önce yalnızca Nordik ülkelerinde gerçekleştirilen evlât edinmelerde, evlâtlık otomatik olarak İsveç vatandaşlığını kazanabilirken, diğer ülkelerde gerçekleştirilen evlât edinmelerde, evlâtlık ancak yetkili makam kararı ile İsveç vatandaşlığını kazanabilmekte idi. 2001 yılındaki kanun değişikliği ile

b) ABD

ABD’de mahalli bir karar ile gerçekleştirilen evlât edinme neticesinde evlâtlık, evlât edinenin vatandaşlığını kendiliğinden kazanmakta ve kan bağına dayanan çocuklar ile aynı yasal haklara sahip olmaktadır. ABD dışında gerçekleştirilen evlât edinmelerde de, 2000 yılından itibaren evlâtlık otomatik olarak ABD vatandaşlığını kazanabilmektedir. Ancak bunun için, evlât edinenden birisinin ABD vatandaşı olması, evlât edinilenin 16 yaşından küçük olması, evlât edinmenin kesin ve tam olması ve evlâtlığın ABD’ye göçmen olarak kabul edilmesi gerekmektedir.⁵⁸

c) Almanya

Alman Vatandaşlık Kanunu’nun⁵⁹ 6. maddesine göre, geçerli evlât edinmenin sonuçlarından birisi de, Alman vatandaşı tarafından evlât edinilen 18 yaşına gelmemiş yabancıya otomatik olarak Alman vatandaşlığını kazanmasıdır. Yine aynı maddenin ikinci cümlesine göre, evlâtlığın çocukları da kendisine bağlı olarak Alman vatandaşlığını kazanabilecektir.⁶⁰

d) İngiltere

İngiliz hukukunda, vatandaşlığa etkisi bakımından İngiltere’de ve İngiltere dışında gerçekleştirilen evlât edinmeler ayrımı yapılmaktadır. İngiltere’de bir mahkeme kararı ile gerçekleştirilen evlât edinmelerde, yabancı evlâtlık mahkeme kararı ile İngiliz vatandaşlığını ka-

bu ayrım kaldırılmıştır: Bernitz, Hedvig Lokrantz/Bernitz, Henrik, “Sweden”, (eds, Bauböck, Rainer/ Ersböll, Eva/Groenendijk, Kees/Waldrauch, Harald, Acquisition and Loss of Nationality - Policies and Trends in 15 European States, Amsterdam University Press, Amsterdam 2006, Vol. II), s. 527.

⁵⁸ O’Halloran, s. 279; Leiter, Valerie/McDonald, Jennifer Lutzy/Jacobson, Heather T., Challenges to Children’s Independent Citizenship: Immigration, Family and the State, s. 15, <http://chd.sagepub.com/cgi/content/abstract/13/1/11>, (15.05.2011). Çalışkan, Yusuf/Güvercin Şahan, Ayşe, “Evlât Edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türk ve Amerikan Hukukunda Tanınması”, Ergon A Çetingil ve Rayegân Kender, 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 424.

⁵⁹ Alman Vatandaşlık Kanununun İngilizce metni için bkz: <http://eudo-citizenship.eu>, (15.05.2011).

⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz: Tanrıbilir, Feriha Bilge, “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümleri”, TBBD., S. 75, 2008, s. 53, dn. 52, (Tasarı).

zanmaktadır. İngiltere dışında meydana gelen evlât edinmelerde ise, İngiliz vatandaşlığı otomatik olarak kazanılmamaktadır. Ancak, evlât edinme işlemi Evlât Edinmeye Dair La Haye Sözleşmesi'ne taraf bir ülkede gerçekleştirilmiş ise, bu takdirde evlât edinenlerden birisinin İngiliz vatandaşı olması ve ebeveynlerden her ikisi de İngiltere ikamet etmesi şartı ile evlâtlık İngiliz vatandaşlığını kazabilmektedir. İngiliz hukukunda, İngiltere'de ikamet hakkı elde edebilmek amacıyla ve çocuğun menfaatine aykırı olarak ülke dışında yapılan evlât edinmelerin tanınmayacağı kabul edilmektedir.⁶¹

e) Hollanda

Hollanda hukukunda evlât edinme ile vatandaşlığın kazanılması ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Hollanda hukukunda evlât edinme, vatandaşlığın hem *ex lege* hem de yetkili makam kararı ile kazanılabilmesi için bir sebep olarak kabul edilmiştir. Hollanda vatandaşlık Kanunu'nun⁶² 5, 5a, 5c ve 8/II. maddelerinde, evlât edinme ile vatandaşlığın kazanılması düzenlenmiştir.

Kanun'un 5. maddesine göre, bir küçük Hollanda'da, Hollanda Antillerinde ya da Aruba'da, bir mahkeme kararı ile evlât edinilirse, ilk derece mahkeme kararı sırasında evlâtlığın küçük ve evlât edinen ebeveyninden birisi Hollanda vatandaşı olmak kaydı ile evlâtlık, Hollanda vatandaşlığını kazanır. Evlâtlık, mahkeme kararından veya temyiz söz konusu ise temyiz mahkemesinin kararından üç ay sonra vatandaşlık kazanabilmektedir.

Yurt dışında gerçekleştirilen evlât edinmelerde ise, Evlât Edinmeye Dair La Haye Sözleşmesi'ne uygun olmak ve evlât edinen ebeveynlerden en az birisinin Hollanda vatandaşı olması halinde, karar tarihinde küçük olan çocuğun Hollanda vatandaşlığını otomatik olarak kazanabilmesi hüküm altına alınmıştır. Ancak bu halde çocuğun vatandaşlık kazanılabilmesi için, önceki ebeveyn ile olan hukukî bağın sona ermesi gerekmektedir. Yine Evlât Edinmeye Dair La Haye Sözleşmesi'nin 27. maddesi gereğince, basit evlât edinme tam evlât edinmeye dönüştürülürse, küçüğün Hollanda vatandaşlığını belli şartlarda otomatik olarak kazanabileceği kabul edilmiştir (Kanun m. 5a).

⁶¹ O'Halloran, s. 233.

⁶² Kanunun İngilizce metni için bkz: <http://eudo-citizenship.eu>, (15.05.2011).

Yurt dışında, Evlât Edinmeye Dair La Haye Sözleşmesi'nin uygulama alanı dışında kalan evlât edinmeler bakımından da bazı şartlar aranmıştır. Bunlar; yurt dışında gerçekleştirilen evlât edinmenin Evlât Edinmeden Doğan Kanunlar İhtilâfı Kanunu'nun 6 ve 7. maddesine uygun olarak tanınması, evlâtlığın önceki ebeveyn ile hukukî bağının kesilmesi, evlât edinme kararı tarihinde evlâtlığın küçük olmasıdır. Aynı maddede, eğer yurt dışında gerçekleştirilen basit evlât edinme, Evlât Edinmeden Doğan Kanunlar İhtilâfı Kanunu'nun 9. maddesi gereğince tam evlât edinmeye dönüşürse, evlât edinilen küçük, Hollanda vatandaşlığını otomatik olarak kazanmaktadır (m. 5b). Evlâtlığın çocuğu da, evlatlığa bağlı olarak Hollanda vatandaşlığını otomatik olarak kazanmaktadır (m. 5c).

Hollanda hukukunda evlât edinilen reşit ise, yetkili makam kararı ile Hollanda vatandaşlığını kazanabilmektedir. Ancak bu halde, Kanunda yetkili makam kararı ile vatandaşlık kazanmada aranan 5 yıllık ikamet şartı, bu kişiler için aranmamaktadır (m. 8/2).

f) Fransa

Fransız hukukunda hem tam evlât edinme hem de basit evlât edinme sistemi kabul edilmiştir.⁶³ Fransız hukukunda daha çok korunmaya muhtaç çocuklar için tam evlât edinme sistemi kabul edilmiştir. Kural olarak, 15 yaşını doldurmamış ve yaşına bakılmaksızın kısıtlanmış çocuklar, terk edilmiş çocuklar, bulunmuş çocuklar, kimsesiz çocuklar, ana babasından velayet hakkı alınarak kendisine yardım kuruluşunun vasi olarak atandığı çocuklar ve haklarında mahkemece terk kararı verilmiş çocuklar, tam evlat sistemi ile evlat edinilebilmektedir.⁶⁴

Evlât edinmenin vatandaşlığa etkisi, evlât edinmenin türüne göre değişebilmektedir. Eğer tam evlât edinme söz konusu ise (*Plenary adoption*), evlâtlık, diğer kan bağına dayalı çocuklar ile aynı statüde kabul edileceklerdir. Bu halde evlâtlık otomatik olarak Fransız vatandaşlığını kazanmaktadır (Fransız Vatandaşlık Kanunu, m. 20). Basit evlât edinme ise, prensip olarak evlâtlığın vatandaşlığını etkilememektedir (Fransız Vatandaşlık Kanunu m. 21). Ancak bir Fransız tarafından ba-

⁶³ Fransız hukukunda karma bir sistemin kabul edildiği hakkında bkz: Aydoğdu, s. 69.

⁶⁴ Aydoğdu, s. 95.

sit evlât edinme ile evlât edinilen yabancı çocuk, ergin olduktan sonra, Fransa'da ikamet etmek şartı ile Fransız vatandaşlığına geçmek istediğini beyan ederek seçme hakkı ile Fransız vatandaşlığını kazanabilmektedir (Fransız Vatandaşlık Kanunu m. 21-12).⁶⁵

IV. TÜRK HUKUKUNDA EVLAT EDİNMENİN VATANDAŞLIĞA ETKİSİ

A) TÂBİİYET-İ OSMANİYE KANUNNAMESİ

Türk vatandaşlık hukuku alanında ilk düzenleme olma özelliği taşıyan 1869 tarihli Tâbiyet-i Osmaniye'ye Dair Kanunname 1 Ocak 1929 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır. Bu Kanunda, vatandaşlığın evlat edinme yoluyla kazanılmasına dair bir düzenleme bulunmamaktadır.⁶⁶

B) 1312 SAYILI TÜRK VATANDAŞLIĞI KANUNU

Türkiye Cumhuriyeti devletinin vatandaşlık hukukuna ilişkin ilk kanunî düzenlemesi olan 1928 tarihli 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu da, Türk vatandaşlığının evlat edinme yoluyla kazanılmasına dair herhangi bir hükme yer vermemiştir. Açık bir düzenleme bulunmadığı için Kanunun, evlâtlığın evlât edinmenin vatandaşlığını kazanamayacağını düzenlediği kabul edilmekte idi.⁶⁷

C) 403 SAYILI TÜRK VATANDAŞLIĞI KANUNU

1964 yılında yürürlüğe girmiş olan 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu (eski TVK), evlat edinme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasına imkân tanıyan ilk kanunî düzenlemedir. Mülga TVK. md. 3, "*Evlât edinme evlatlığın vatandaşlığına tesir etmez. Ancak, küçük olan evlatlık, vatansız olur veya anası babası bulunmaz veyahut nerede olduğu bilinmezse, bir Türk tarafından evlatlığa alınmakla Türk vatandaşı olur*" hükmünü havi idi.

⁶⁵ O'Halloran, s. 375; Tanrıbilir, *Tasarı*, s. 53, dn. 52.

⁶⁶ Tâbiyeti Osmaniye Kanunnamesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Fişek, Hicri, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, AÜHF Yayınları, Ankara 1959, s. 5 vd.

⁶⁷ Berki, Osman Fazıl, *Devletler Hususî Hukuku*, AÜHF Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 1956, s. 70.

Bu düzenlemede, Türk vatandaşı tarafından evlat edinilen yabancı kimsenin kural olarak Türk vatandaşlığını kazanamayacağı hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte sınırlı olarak vatansızlığı önleme amacıyla, evlâtlığın Türk vatandaşlığını kazabilmesi de düzenlenmiştir. Buna göre, Türk vatandaşlığının kazanılabilmesinin ön şartı, evlâtlığın küçük olmasıdır⁶⁸. Buna ilaveten evlâtlığın vatansız olması veya anası ve babasının bulunmaması ya da ana ve babasının nerede olduğunun bilinmemesi şartlarından birisinin varlığa da gerekli idi. Bu şartlardan birisi varsa, evlâtlık *ex lege* Türk vatandaşlığını kazanabilmekte idi. Görüldüğü gibi 403 sayılı TVK, herhangi bir makamın iradesine bağlı olmaksızın ve evlâtlığın ya da evlât edinenin talebine de⁶⁹ gerek kalmaksızın, evlâtlığın *ex lege* Türk vatandaşlığını kazabilmesine imkân tanımakta idi.⁷⁰

D) 5901 SAYILI TÜRK VATANDAŞLIĞI KANUNU

1. Genel Olarak

Mülga 403 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu yürürlüğe girdiği günden itibaren pek çok kez değiştirilmesi, kanun hükümleri arasında ahengin bozulması, değişen Anayasa (m.66) ve Medenî Kanun ile Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesine uyum sağlanması, vatandaşlıkla ilgili müracaatların hızlı ve sağlıklı bir şekilde sonuçlandırılması ve Türkiye'nin ekonomik ve sosyal hayatına katkıda bulunabilecek yabancılara Türk vatandaşlığının daha kolay verilmesi genel gerekçeleriyle⁷¹ bir kanun tasarısı hazırlanmış ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu 12.06.2009 tarihli Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁶⁸ Küçüklüğün hangi hukuka göre tespit edileceği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Doğan, 2008, s. 55 vd.

⁶⁹ Aybay, s. 150.

⁷⁰ 403 sayılı Kanundaki düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Doğan, 2008, s. 55 vd; Nomer, 2003, s. 58 vd; Erdem, s. 146.

⁷¹ Yeni bir kanuna duyulan ihtiyaç sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Tanrıbilir, *Tasarı*, s. 37 vd; Doğan, 2008, s. 34, Tanrıbilir, Feriha Bilge, "Vatandaşlığın İrade Dışı Kayıp Halleri", (Ed. Doğan, Vahit/Tanrıbilir, Feriha Bilge/Şit, Banu, *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu*, Ankara 2008), s. 146 vd; Sargın, Fügen, "Türk Vatandaşlık Kanununda Değişiklik Yapan 2003 tarih ve 4866 Sayılı Kanun Kapsamından Bir Değerlendirme", *AHFD*, 2004, C. 53, S. 1, s. 27 vd; Erten, Rifat, "5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununa Göre Türk Vatandaşlığının Kazanılması", *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan*, Ankara 2010, s. 918 vd.

İçişleri Bakanlığınca hazırlanan Türk Vatandaşlık Kanunu Tasarısı'nda⁷² iki maddede, evlât edinme ile vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin düzenleme yer almakta idi. Birincisi, sonradan kazanılan vatandaşlığı, yetkili makam kararı, evlât edinme ve seçme hakkı olmak üzere üç kategori olarak öngören 9. maddedir. Tasarı'nın 20. maddesinde⁷³ ise, *"bir Türk vatandaşı tarafından evlât edinilen yedi yaşından küçük çocuk, evlât edinildiği tarihten itibaren Türk vatandaşlığını kazanır"* hükmü yer almakta idi. Tasarının 20. maddesindeki bu hüküm, 9. maddesindeki düzenlemeye paralel olarak, *ex lege* olarak evlât edinme ile vatandaşlığın kazanılmasını düzenlemekte idi.

Ancak 1.6.2006 tarihli Avrupa Birliği Uyum Komisyonu⁷⁴, tasarıdaki 7 yaş sınırının Evlât Edinmeye Dair La Haye Sözleşmesi ile Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve iç hukukumuzdaki çocuk tanımları ile çeliştiği gerekçesiyle kaldırılmasını tavsiye etmiştir.

⁷² Tasarı ve gerekçe için bkz: <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss90.pdf> (13.05.2011).

⁷³ Madde gerekçesi aynen şöyledir: *"Madde ile; bir Türk vatandaşı tarafından evlat edinilen yedi yaşından küçük yabancı çocuğa, Türk vatandaşlığı kazanma imkanı getirilmektedir. Türk Medeni Kanunu uyarınca evlat edinme ilişkisinin kurulması ile evlat edinen ile evlatlık arasında soy bağı kurulmaktadır. Evlat edinme konusunda getirilen bu yenilikle evlat edinen ile evlatlık arasındaki soy bağı daha da güçlendirilmiştir."*: Doğan, Vahit/Tanrıbilir, Feriha Bilge/Şit, Banu, Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 199.

⁷⁴ "Madde 20- Madde ile; bir Türk vatandaşı tarafından evlât edinilen yedi yaşından küçük yabancı çocuğa, Türk vatandaşlığını kazanma imkânı getirilmektedir. Komisyon üyelerimiz, TBMM tarafından 14 Ocak 2004 tarih ve 5049 sayılı Kanun ile onaylanan 'Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlât Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşme' ile evlât edinilecek olan çocuk yaşının üst sınırını, 18 olarak belirlendiğini ve madde metninin mevcut halini koruması halinde söz konusu sözleşme hükümleriyle çelişeceğini ifade etmişlerdir. Madde hakkında söz verilen İçişleri bakanlığı yetkilisi ise; Türkiye'nin yaşadığı kendine özgü bir takım sorunlar, çocuk ticareti vb. olumsuzluklar ile 7 yaşın okula başlama yaşı olması nedeniyle evlât edinilecek çocuğun Türk örf ve adetlerini öğrenebilmesi açısından maddeye 7 yaş şartının konulduğunu belirtmiştir. Söz konusu madde hakkında görüşlerine başvurulana Avrupa Birliği Genel Sekreterliği yetkilisi ise, tasarının uyumlaştırılmaya çalışılan Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ile genel itibarı ile uyumlu olduğu fakat tasarının 20 nci maddesinde belirtilen 7 yaş şartının, söz konusu Sözleşmede belirtilen '18 yaş yaşından gün almamışlar, çocuk olarak kabul edilmektedir' hükmüne ters düştüğünü belirtmiştir. Yetkili Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesinin yanı sıra 'Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşuna İlişkin Kanun'da da çocukluk yaşının 18 olarak ifade edildiğini belirterek, tasarının 20 nci maddesinin, ulusal mevzuatımızla da çeliştiğini ifade etmiştir. Bu gerekçeler ile Komisyonumuz, 20 nci madde metninde yer alan yaş sınırının ilgili sözleşmelerde belirtilen 18 yaş şartı ile uyumlu hale getirilmesini, tasarının görüleceği esas Komisyona tavsiye etmeyi uygun görmüştür": Doğan/Tanrıbilir/Şit, s. 205.

İçişleri Komisyonu'nda⁷⁵ ise, Avrupa Birliği Uyum Komisyonu'nun raporu dikkate alınarak “yedi yaşından küçük olma şartı” kaldırılmış ve “ergin olmayan evlatlık şartı” getirilmek suretiyle vatandaşlık kazanabilecek kimselerin yaş bakımından daha geniş bir gruba yayılmasına yol açılmış, ancak bu sebeple ortaya çıkabilecek istenmeyen sonuçları ve hakkın kötüye kullanılmasını engellemek için vatandaşlığın *ex lege* kazanılmasının tasarıdan çıkarıldığını ve ayrıca millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil etmeme şartının getirildiği belirtilmiştir. Son olarak konuyla ilgili olarak “Evlât edinme tarihinden itibaren vatandaşlığın kazanılacağı” hükmü değiştirilmiş ve tamamen farklı bir biçimde “karar tarihinden itibaren vatandaşlığın kazanılabileceği” hükmüne bağlanmak suretiyle vatandaşlığın kazanılma anı ve idarenin takdir yetkisini ortaya koyan önemli değişiklikler getirilmiştir⁷⁶.

⁷⁵ İçişleri Komisyonunun 27.06.2006 tarihli raporunda aynen “Tasarının 20 nci maddesinde Türk vatandaşlığının evlât edinilme yolu ile kazanılması düzenlenmektedir. Maddeye göre, evlât edinilen yedi yaşından küçük çocuk, evlât edinilmekle otomatik olarak Türk vatandaşlığı kazanmaktadır. Avrupa Birliği Uyum Komisyonu, 14 Ocak 2004 tarihli ve 5049 sayılı Kanunla onaylanan “Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlât Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşme” nin evlât edinilecek çocuk yaşının 18 olarak belirlendiğini ve bu nedenle maddedeki düzenlemenin sözkonusu Sözleşmeye aykırı olduğunu belirtmiştir. Alt Komisyon bu öneriyi dikkate alarak evlât edinilen ergin çocuğun Türk vatandaşlığına alınmasına karar vermiştir. Ancak belli bir yaşın üstünde olanların vatandaşlığa alınması durumunda istenmeyen sonuçların doğabileceği ve bu hakkın kötüye kullanılabileceği endişesiyle evlât edinenlerin vatandaşlığa alınması otomatik olmaktan çıkarılmıştır. Ergin olmayanların evlâtlık edinmeleri halinde vatandaşlığa alınmaları “millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmama” şartına bağlanmıştır” ifadeleri yer almıştır: Doğan/Tanrıbilir/Şit, s. 208.

⁷⁶ Kanaatimizce, Avrupa Birliği Komisyonu ve İçişleri Komisyonunun 7 yaş sınırının Evlât Edinmeye Dair La Haye Sözleşme ile Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesine aykırı olduğu yönündeki görüş ve değerlendirmeleri yerinde değildir. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesinde, vatandaşlığa almada kolaylık gösterilecek kişiler sayılmıştır. Bu kişilerden birisi de, evlât edinilen çocuklardır. Yine Sözleşmede, evlât edinme, vatandaşlığı kayıp sebeplerinden birisi olarak zikredilmiş ancak bunun için evlâtlığın vatansız kalmaması gerektiği kabul edilmiştir. Bu sebeple evlât edinme sebebi ile vatandaşlığın *ex lege* kazanılmasında 7 yaş sınırının getirilmesi, 7 yaş üzerindeki evlât edinilenleri vatandaşlığa almada kolaylık sağlamak kaydıyla, Sözleşmeye aykırılık teşkil etmeyecektir kanaatindeyiz. Sözleşmedeki şartlar altında, devletler, evlât edinme sebebi ile vatandaşlığın kazanılmasını kendi vatandaşlık politikaları ve ihtiyaçları çerçevesinde düzenleme yapma hakkına sahiptirler.

Hükümet tasarısında bulunan 7 yaş sınırı, Evlât Edinmeye Dair La Haye Sözleşmesine de aykırı değildir. Sözleşmeye göre, iki ülke arasında yetkili makamlar

Ayrıca evlât edinme ile vatandaşlık kazanılmasına ilişkin kanun maddesinin düzenlendiği yer de değiştirilmiştir. Hükümetin hazırladığı tasarıda konu yetkili makam kararı ile vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin hükümlerden sonra yer almasına rağmen, İçişleri Komisyonu'nda yapılan değişiklik ile konu yetkili makam kararı ile vatandaşlığın kazanılmasını düzenleyen hükümler arasına kaydırılmış ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu olarak yasalaşmıştır.

2. Evlât Edinme Yolu İle Türk Vatandaşlığını Kazanılmasının Hukukî Niteliği, Şartları ve Usulü

a) Evlât Edinme ile Türk Vatandaşlığının Kazanılmasının Hukukî Niteliği

Türk Vatandaşlık Kanunu'nun 17. maddesi "*Bir Türk vatandaşı tarafından evlât edinilen ergin olmayan kişi, millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartıyla, karar tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kazanabilir*" hükmünü havidir.

Bu hükümden hareketle evlât edinme ile Türk vatandaşlığının kazanılmasının doktrinde yetkili makam kararı ile mi yoksa *ex lege* mi vatandaşlık kazanma türü olduğu yolunda tartışmaların olabileceği ifade edilmiştir.⁷⁷ Bunun sebebi de, sonradan kazanılan vatandaşlığı, yetkili makam kararı, evlât edinme ve seçme hakkı olmak üzere üç kategori olarak öngören 9. maddedir.⁷⁸ Hatta bu hükümden hareketle,

aracılığı ile gerçekleştirilecek evlât edinmelerde, kurumlar arasındaki anlaşma sırasında çocuğun 18 gelmemesi şartı aranmıştır. Sözleşmede, evlât edinme sebebi ile vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin doğrudan bir hüküm bir bulunmamaktadır. Dolayısı ile 7 yaş sınırının sözleşmeye aykırı olduğu iddiaları yerinde değildir. Mesela, Danimarka, Finlandiya, İzlanda İsveç ve Çek Cumhuriyeti de sözleşmeye taraf oldukları halde evlât edinme ile vatandaşlığın kazanılmasında belli bir yaş sınırı getirmişlerdir. Evlât edinme ile vatandaşlığın *ex lege* kazanılmasında evlâtlık için bir yaş sınırının getirilmesi, bu yaşın üzerinde kalan çocuklara söz konusu milletlerarası sözleşmelerin ve iç hukuk kurallarının uygulanmasına engel teşkil etmemektedir.

⁷⁷ Tiryakioğlu, Bilgin, "Yeni Türk Vatandaşlık Kanununun Eleştirel Analizi", (Ed., Hailbronner, Kay/Tiryakioğlu, Bilgin/Küçük, Esin/Schneider, Katja, *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler*, Ankara 2010), s. 44, (Eleştirel Analiz).

⁷⁸ Tiryakioğlu, *Eleştirel Analiz*, s. 45. Hükümet tasarısında sonradan kazanılan vatandaşlığı, yetkili makam kararı, evlât edinme ve seçme hakkı olmak üzere üç kategori olarak öngören 9. madde ile evlât edinme ile vatandaşlığın kazanılmasını

evlât edinilme ile vatandaşlığın kazanılmasını, yetkili makam kararı dışında bir kazanma türü olduğunun dahi söylenebileceği ileri sürülmüştür.⁷⁹ Ancak hâkim anlayış, evlât edinme ile vatandaşlığın kazanılmasını, yetkili makam ile vatandaşlığın kazanılması olarak değerlendirmektedir.⁸⁰

Öncelikle kanun maddesinin yasalaşma süreci ve konumu bu görüşü doğrulamaktadır. Çünkü hükümet tasarısında söz konusu maddenin yeri, yetkili makam kararı ile vatandaşlık kazanmaya ilişkin hükümlerden sonra gelmekte iken İçişleri Komisyonunda, yetkili makam kararı ile vatandaşlık kazanmaya ilişkin hükümler arasında yer almıştır. Yine Kanun sistematik olarak yorumlandığında, 18. maddede, yetkili makam kararı ile vatandaşlığın kazanılmasında vatandaşlık başvuru inceleme komisyonuna ilişkin düzenleme, 19. maddede ise, yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığın kazanılmasında usul ve esaslar, 20. maddede ise, yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılmasının geçerliliği ve sonuçları düzenlenmiştir.⁸¹ Ayrıca kanun çalışmaları sırasında İçişleri Komisyonunda maddenin metni ve yeri değiştirilirken, evlât edinilenin *ex lege* vatandaşlık kazanma olanağının Kanundan çıkarıldığı açık olarak ifade edilmiştir.

İkinci olarak, *ex lege* vatandaşlık kazanılmasında “*milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmama*” şartının yeri bulunmadığı doktrinde ifade edilmektedir.⁸² Çünkü bu şart, yetkili makam kararı ile vatandaşlığın kazanılmasında (m. 11/1-g) aranmaktadır. Üstelik bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırarak,

düzenleyen 20. madde arasında tam bir uyum vardı. Ancak, 20. madde, TBMM İçişleri Komisyonunda değiştirildiği halde bu değişikliğe uygun olarak 9. maddede bir değişiklik yapılmamıştır. Dolayısı ile kanun maddeleri arasında uyum bozulmuştur: Tiryakioğlu, Bilgin, “Türk Vatandaşlığı Kanununa Göre Vatandaşlığın Yetkili Makam Kararı İle Kazanılması”, (Ed. Doğan, Vahit/Tanrıbilir, Feriha Bilge/Şit, Banu, *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008), s. 81 – 82, (Tasarı); Erdem, s. 148, dpn. 64; Erten, s. 953. Doğan ise, evlât edinme yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığını kazanma yollarından birisi olarak düzenlendiğine göre, 9. maddenin “*Sonradan kazanılan Türk vatandaşlığı, yetkili makam kararı veya seçme hakkının kullanılması ile gerçekleşir*” şeklinde anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir: Doğan, 2010, s. 62.

⁷⁹ Erten, s. 953.

⁸⁰ Doğan, 2010, s. 96; Erdem, s. 146; Tiryakioğlu, *Eleştirel Analiz*, s. 45; Nomer, 2010, s. 101.

⁸¹ Tiryakioğlu, *Eleştirel Analiz*, s. 45.

⁸² Tiryakioğlu, *Eleştirel Analiz*, s. 44.

inceleyecek ve takdir edecek bir makamın varlığı da zorunludur. Kanun metnindeki “*kazanabilir*” ifadesi de idareye takdir yetkisi verir niteliktedir. Dolayısı ile evlât edinme sonucunda vatandaşlığın kazanılması idarenin takdirindedir.

Üçüncü olarak, Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin (TVKUY) 35/V. maddesinde, Kanunun 17. maddesine göre Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen kişilerden aranan şartları taşıyanların Bakanlık kararı ile Türk vatandaşlığını kazanabilecekleri düzenlenmiştir. Bu hüküm de uygulamada, evlât edinme sebebi ile vatandaşlığın yetkili makam kararı ile kazanılabileceğini göstermektedir.

Dördüncü olarak, Medenî Kanun’da tam evlât edinme sistemine özgü bazı hükümlere yer verilmiş olsa da, Türk hukukunda sınırlı evlât edinme sisteminin kabul edilmesi, evlâtlığın Türk vatandaşlığını *ex lege* değil, yetkili makam kararı ile kazanılmasını gerektirmektedir. Çünkü, sınırlı evlât edinme sistemi, evlâtlığın vatandaşlığını ya hiç etkilenmemesi ya da yetkili makam kararı veyahut seçme hakkı ile vatandaşlığın kazanılmasına uygun bir sistemdir. Bu sebeple evlâtlığın *ex lege* vatandaşlık kazanması, genellikle, evlâtlığın önceki ebeveyn ile hukukî bağının kesildiği tam evlât edinme sisteminin kabul edildiği ülkelerde benimsenmektedir. Türk hukukunda ise, evlâtlığın *ex lege* vatandaşlık kazanmasını haklı gösterecek bir evlât edinme sisteminin kabul edildiğini söylemek zordur.

b) Evlât Edinme ile Türk Vatandaşlığın Kazanılması Şartları

aa) Evlat Edinilenin Küçük Olması

Evlât edinme ile Türk vatandaşlığının kazanılabilmemesinin ilk şartı, evlâtlığın küçük olmasıdır. Evlâtlığın küçük olup olmadığı evlâtlığın millî kanununa göre belirlenecektir (MÖHUK m. 18). Evlâtlık vatansız veya birden fazla vatandaşlığa sahip ise, küçüklük şartı, MÖHUK m.4’deki hükümlere belirlenecektir.⁸³

Küçüklük şartının evlât edinme tarihinde mi yoksa müracaat anında mı aranacağı hususunda Kanun’da bir düzenleme bulunma-

⁸³ Doğan, 2010, s. 96 - 97; Erdem, s. 148 - 149.

maktadır. Ancak Yönetmelikte, evlâtlık adına müracaatın evlât edinen tarafından yapılması kabul edildiğinden, evlâtlığın müracaat anında da küçük olması gerekmektedir. Çünkü evlâtlık ergin olduktan sonra, onun adına evlât edinenin müracaatının düşünülmemesi gerekir. Ayrıca Yönetmelik m. 32/III'de, müracaat tarihinde ergin olan yabancı evlâtlığın Türk vatandaşlığını genel yoldan (TVK m. 11, TVKUY m. 15) kazanabileceği düzenlenmiştir. Dolayısı ile küçüklük şartının, müracaat tarihinde bulunması gerekmektedir.

bb) Evlât Edinilen Kişinin Vatandaşlığa Alınmasında Millî Güvenlik ve Kamu Düzeni Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Halinin Bulunmaması

Evlât edinme yolu ile vatandaşlığın kazanılabilmesi için diğer şart ise, evlât edinilenin vatandaşlığa alınmasında millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir halinin bulunmamasıdır. 18 yaşından küçük evlât edinilen çocukların, millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından nasıl bir sakınca oluşturacağı ve sakıncaların nasıl tespit edileceği yönünde itirazlar ile bu şart doktrininde eleştirilmektedir.⁸⁴

Evlât edinme, bir ülkenin vatandaşlığını kazanmak amacıyla kötüye de kullanılabilir. Bazen götürülecek ülkede yaşayan kimseler, ikamet, vatandaşlık ve göç kurallarını dolanmak için, kardeş çocukları gibi, yakın akrabalarını evlât edinebilmektedirler.⁸⁵ Bu sebeple bazı ülkelerde, aynen evlenmede olduğu gibi, evlât edinilenlerin ülkede ikametne ya da vatandaşlık kazanmalarına bazı sınırlayıcı hükümler getirilmektedir.⁸⁶ Örneğin Evlât Edinmeye Dair La Haye Sözleşmesinin 5 ve 17/I(d) maddesinde, evlât edinecek olan ebeveynin, evlât edinme ehliyetine ve elverişliliğine sahip bulunduğu ve çocuğun kabul eden Devlete girmesine ve orada sürekli ikametne izin verilmiş olduğu veya verileceği hususlarının tespit edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Sözleşme, her âkit devletin merkezî makamına, ülke dışında gerçekleştirilen evlât edinme işlemlerini veto etme hakkını vermiştir. Çünkü Sözleşme, çocuğun bulunduğu ülkeye, çocuğun

⁸⁴ Doğan, 2010, s. 95.

⁸⁵ Ansay, s. 100.

⁸⁶ Walmsley, Misuses, 68, Ansay, s. 95.

götürüleceği ülke makamlarınca ülkeye girmeye ve orada sürekli ikametine izin verildiğini gösteren bir onay almadığı sürece, evlât edinme işlemini yapma hakkı tanımamaktadır.⁸⁷

Nitekim TBMM İçişleri Komisyonunda da, evlât edinmenin kötüye kullanılabilmesiyle gerekçesiyle evlât edinme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasında “*millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmama*” şartının arandığı ifade edilmiştir.⁸⁸

Ancak burada bir noktaya da işaret etmekte yarar vardır. Eğer evlât edinme Türkiye’de gerçekleştiriliyorsa, evlât edinmeye karar veren Türk mahkemesi, MK m. 305/II ve m. 316 gereğince, gerçek bir evlât edinmenin varlığını ve evlât edinmenin küçüğün yararına olup olmadığını araştırmak zorundadır. Ancak bu araştırmadan sonra mahkeme evlât edinmeye karar verebilecektir. Mahkeme kararından sonra, idarenin, evlât edinmenin vatandaşlık ya da ikamet izni almak için yapıldığını ileri sürmesi de, bazı hukukî sorunlara yol açabilecek nitelikte olduğunu da belirtmek gerekir.⁸⁹

c) Vatandaşlığı Kazanma Anı

TVK m. 17 metninde yer alan “*karar tarihinden*” ibaresinden, hangi kararın anlaşılması gerektiği yönünde farklı değerlendirmeler söz konusu olabilir.

Bir görüşe göre⁹⁰, madde metninde geçen “*karar*” ile kastedilen evlât edinmeye ilişkin mahkeme kararıdır. Dolayısı ile yetkili makam

⁸⁷ Walmsley, *Misuse*, s. 75.

⁸⁸ Kanunda, “*millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmama*” şartı, yetkili makam kararı ile vatandaşlık kazanma yollarının tamamında aranmıştır. Genel olarak vatandaşlığa alınmada (m. 11/I-g), vatandaşlığın istisnai olarak kazanılmasında (m. 12/I), vatandaşlığın yeniden kazanılmasında (m. 13 ve 14), vatandaşlığın evlenme ile kazanılmasında (m. 16/I-c) ve evlât edinme ile vatandaşlığın kazanılmasında (m. 17).

⁸⁹ Almanya’da Hamburg Yüksek İdare Mahkemesi, evlât edinmenin özel hukuk ve idare hukuku bakımından sonuçlarının birbirinden ayrılarak farklı değerlendirilemeyeceğine karar verilmiştir. Evlât edinme işleminin geçerli bir şekilde kurularak, evlâtlığın evlât edinmenin soyadını almasına müsaade edilmesine rağmen, o ülkenin vatandaşlığının kazanılması söz konusu olduğunda, evlâtlık ilişkisini tanımamanın doğru olmayacağı ancak kamu düzeninin bunu gerektirmesi halinde evlât edinmenin özel hukuk ve idare hukuku bakımından sonuçları arasında bir fark yaratılabileceği de savunulmuştur: Ansay, s. 100.

⁹⁰ Nomer, 2010, s. 101; Erdem, s. 147.

kararı ile evlat edinilen Türk vatandaşlığına alınır, vatandaşlığın sonuçları, evlât edinmeye ilişkin mahkeme kararı tarihinden itibaren hüküm ve sonuç doğuracaktır.⁹¹ Bu görüşe göre, madde metninde geçen “karar”, eğer yetkili makamın kararı olsa idi, madde metninde bunun ayrıca ifade edilmesine gerek yoktu. Çünkü, yetkili makam kararı ile vatandaşlığı kazanma anı, madde 20’de ayrıca düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu hükme istisna getirmek amacıyla olduğundan, m. 17’de, ayrıca bir “karar” ifadesini kullanmıştır.⁹²

Bizim de katıldığımız ikinci görüşe⁹³ göre, madde metninde geçen “karar” ifadesinden, yetkili makamın kararı anlaşılmalıdır. Kanunda, aynen evlenme gibi, evlât edinme de, yetkili makam kararı ile vatandaşlığın kazanılması sebeplerinden birisi olarak kabul edilmiştir. Bu sebeple, vatandaşlığın yetkili makam kararı ile kazanılmasının sonucu, vatandaşlığın idarenin kararından itibaren kazanılmasıdır. Ayrıca Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 35/V. maddesinde de, Kanunun 17. maddesine göre müracaat edenlerin, Bakanlık Kararı ile Türk vatandaşlığını kazanabilecekleri hükme bağlanmıştır.

d) Evlât Edinme Yolu ile Vatandaşlığın Kazanılması Usulü

Evlât edinme ile vatandaşlığın kazanılması, yetkili makam kararı ile vatandaşlık kazanma olarak nitelendikten sonra, bu yolla vatandaşlık kazanabilmek için müracaatın kim tarafından ve nereye yapılacağı hususunda da bazı tereddütlerin ortaya çıkması mümkündür. Çünkü evlât edinme ile vatandaşlığın kazanılmasında, evlâtlığın ergin olması şarttır. Ergin olmayan birisinin de hukuken geçerli bir talepte bulunması söz konusu değildir.

TVK m. 17’ye getirilen eleştirilerden birisi de, ergin olmayan bir çocuğun hukuken geçerli bir şekilde vatandaşlığa alınma müracaatında bulunamayacağı, şahsa sıkı sıkıya bağlı bu hakkın kanunî temsilci tarafından da kullanılamayacağı ve dolayısı ile bazı hukukî problemlerin ortaya çıkabileceğine dair itirazlardır.⁹⁴

⁹¹ Erdem, s. 147 - 148.

⁹² Nomer, 2010, s. 101.

⁹³ Doğan, 2010, s. 98.

⁹⁴ Erten, s. 953.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, bazı hukuk sistemlerinde, evlât edinme ile vatandaşlığın kazanılması evlât edinenin bir beyanına ya da talebine bağlı olmaktadır.⁹⁵ Üstelik Danıştay Nazım Hikmet Ran'ın vatandaşlığı hakkında karar verirken, vatandaşlığın şahsa sıkı sıkıya bağlı olduğu ilkesini katı biçimiyle uygulamaktan da vazgeçmiştir.⁹⁶ Ayrıca, TVK'da, çocukların doğum sebebi dışında Türk vatandaşlığını kazanması ve kaybetmesine ilişkin hükümler de bulunmaktadır. Örneğin, TVK m. 20/II'de, ana ya da babadan birinin Türk vatandaşlığını kazanması durumunda velayeti kendisinde bulunan çocuğun Türk vatandaşlığını kazanabilmesi, diğer eşin muvafakatine bağlı bulunmaktadır. Çıkma izni olarak Türk vatandaşlığından ayrılan ana ya da babanın çocuğunun da Türk vatandaşlığını kaybetmesi ana ya da babanın talebine ve diğer eşin muvafakatine bağlı tutulmuştur. Yine TVK m. 37'de, Türk vatandaşlığının kazanılması ve kaybına ilişkin müracaatların bizzat ya da özel bir vekaletname ile yapılabileceğini düzenlemiştir.

Hem Danıştay'ın kararlarında hem de kanunî düzenlemelerde, vatandaşlığın şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu yolundaki katı anlayış⁹⁷ artık belli koşullarda da olsa değişmeye başlamıştır. Üstelik TVK'da, çocukların doğum dışında ebeveynin talebine ve iradesine bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanmasına ve kaybetmesine ilişkin düzenlemelere de yer verilmiştir. Kanaatimizce, evlâtlığın yetkili makam kararı ile vatandaşlığa alınması için, velayet hakkını haiz evlât edinenin talepte bulunmasının, vatandaşlık hukuku bakımından bir sakıncası olmaması gerekir.⁹⁸ Nitekim TVKUY m. 33/I-a'da, talebin evlât edinen tarafından yapılması gerektiği hükme bağlanmıştır.⁹⁹

⁹⁵ Bkz: II, B, 3, c.

⁹⁶ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T. 6.10.2005, E. 2004/3, K. 2005/2371, 125 Yargı Dünyası, 2006, S. 125, s. 121-123; Danıştay Kararlar Dergisi, 2006, S. 111, s. 72-74; Ekşi, Nuray, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2007, s. 698-701; Danıştay 10. Daire, 25.03.2008, E. 2006/5858, K. 2008/1450. Kararlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Ekşi, Nuray/Özelci, M. Aytaç, "Nazım Hikmet'in Türk Vatandaşlığından Çıkarılmasına İlişkin Kararların Değerlendirilmesi", İstanbul Barosu Dergisi, 2008, S. 5, s. 2308 vd.

⁹⁷ Danıştay'ın vatandaşlığın şahsa sıkı sıkıya bağlı hak olduğu yönündeki uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Nomer, 2010, s. 160 ve dph. 153.

⁹⁸ Doktrinde, evlâtlığın ergin olmaması sebebiyle, başvurunun evlât edinen tarafından yapılması gerekeceği ifade edilmiştir: Nomer, 2010, s. 101.

⁹⁹ Evlât edinme sebebi ile Türk vatandaşlığını kazananlara TVK. m. 34/I-c'de, ergin olduktan sonra seçme hakkı ile vatandaşlıktan ayrılabilme hakkı tanınmıştır.

Evlât edinme ile vatandaşlığın kazanılmasında “*millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmama*” şartının kim tarafından tespit edileceği hususunda kanunda açık bir kural bulunmamaktadır. TVK m. 11 ve 16. maddeleri uyarınca yapılan başvuruların, gerekli şartları taşıyıp taşımadığı, TVK m. 18’e göre kurulan başvuru ve inceleme komisyonunca tespit edilmesi gerekmektedir (m. 18). Dolayısı ile Kanunun lafzî esas alındığında, evlât edinme ile vatandaşlığın kazanılmasında şartların oluşup oluşmadığını, TVK m. 18’e göre kurulan Komisyonun araştırma yetkisi bulunmamaktadır.

Doktrinde bir görüşe göre¹⁰⁰ ise, komisyonun inceleme yetkisi yalnızca, genel olarak vatandaşlığa alınma (m. 11) ve evlenme yolu ile vatandaşlığa alınmada (m.16) söz konusudur; yetkili makam kararı ile diğer vatandaşlık kazanma durumlarında Komisyonun bir inceleme yetkisi bulunmamaktadır.

Doktrinde diğer bir görüşe¹⁰¹ göre ise, kanunun sistematigi gereği, evlâtlığın Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için, öncelikle millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir halinin bulunmadığının vatandaşlık başvuru inceleme komisyonu tarafından incelenmesi gerekmektedir.

TVKUY m.19’da genel olarak vatandaşlığa alınma, m. 29’da da, evlenme yoluyla vatandaşlığa alınma bakımından komisyon tarafından yapılacak işlemler ve uygulanacak esaslar belirlenmiştir. Kanaatimizce, evlât edinme ile vatandaşlığın kazanılmasında vatandaşlık başvuru inceleme komisyonunda incelenecek ve araştırılabilecek bir şart bulunmamaktadır. Çünkü evlât edinmede aranan millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel bir halin bulunmaması şartının araştırılması yetkisi ve görevi, TVKUY’nde emniyet ve istihbarat makamlarına verilmiştir (m. 35/II). Hatta genel olarak vatandaşlığa alınma (TVKUY m. 18 ve 35/II) ve evlenme yolu ile (TVKUY m. 28 ve 35/II) vatandaşlığın kazanılmasında da millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel bir halin bulunmaması şartı, komisyon tarafından değil, emniyet ve istihbarat makamları tarafından yapılmaktadır. Dolayısı ile evlât edinme ile vatandaşlığın kazanılmasında, komisyonunun bir inceleme ve araştırma yetkisi bulunmamaktadır. Nitekim Kanun’un lafzî da, bu yorumu destekler niteliktedir.

¹⁰⁰ Doğan, 2010, s. 100.

¹⁰¹ Nomer, 2010, s. 101; Erdem, s. 151.

IV. SONUÇ

Evlât edinme işlemi, hem evlât edinenin hem de evlatlığın vatandaşlığını etkilemesi söz konusu olabilir. Ancak, evlât edinmenin, daha çok evlâtlığın vatandaşlığına etkisi söz konusu olmaktadır. Evlât edinmenin evlâtlığın vatandaşlığına etkisi de iki şekilde söz konusu olabilir. Birincisi, evlâtlığın, evlât edinenin vatandaşlığını kazanması sebebiyle, önceki vatandaşlığını kaybetmesidir. İkincisi ise, evlâtlığın, evlât edinenin vatandaşlığını kazanmasıdır. Evlâtlık, evlât edinme sebebiyle vatandaşlığını kaybedebilmektedir. Ancak bunun için evlâtlığın vatan-sız kalmaması diğer bir ifade ile evlât edinenin vatandaşlığını kazanabilmesi gerekir.

Günümüzde, evlât edinilmiş çocuğun vatandaşlık durumu, kan bağı ile (tabii) soybağı kurulan çocukların vatandaşlığına yaklaştırılmaya çalışılmaktadır. Nasıl bir çocuk doğumla soybağına istinaden vatandaşlık kazanıyorsa, evlât edinilen çocuk da, evlât edinmeden sonra, evlât edinen ebeveynin vatandaşlığını kazanmalıdır. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin 6/IV. maddesinde, vatandaşlığa almada kolaylık gösterilecek kişiler sayılmıştır. Bu kişilerden birisi de, evlât edinilen çocuklardır. Buna göre, her âkit devlet, kendi vatandaşı tarafından evlât edinilmiş çocukların vatandaşlığa alınmasını kolaylaştıracaktır. 1967 tarihli Çocukların Evlât Edinilmesi Hakkında Avrupa Sözleşmesi'nde de, evlât edinilen çocukların evlât edinen ebeveynin vatandaşlığını kazanabilmesi için âkit devletlerin gerekli düzenlemeleri yapması gerektiği kabul edilmiştir.

Karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde evlât edinme ile vatandaşlık *ex lege*, telsik (yetkili makam kararı) ve talep ile kazanılabilmektedir. Ancak tam evlât edinmenin benimsendiği ülkelerde, evlâtlığın vatandaşlığı *ex lege* kazanılması yönünde düzenlemeler yapılmaktadır. Örneğin, Almanya, ABD, İsveç, Hollanda, Belçika, İngiltere'de durum bu şekildedir.

Türk hukukunda ise, evlâtlık, 403 sayılı mülga TVK'nda belli şartlarda Türk vatandaşlığını *ex lege* kazanabilmekte iken, meri 5901 sayılı Kanun'da evlâtlık Türk vatandaşlığını yetkili makam kararı ile (telsik) kazanabilmektedir. 5901 sayılı Kanun'da, evlâtlığın Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için, iki şart aranmıştır. Bunlardan birisi, evlâtlığın küçük olmasıdır. Diğeri ise, evlâtlığın vatandaşlığa alınmasında millî

güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir halinin bulunmamasıdır. Bu şartların varlığı halinde idare, evlâtlığın Türk vatandaşlığını kazanmasına karar verebilecek ve evlâtlık da bu karardan itibaren Türk vatandaşlığını kazanabilecektir.

KAYNAKLAR

- Acabey, Beşir, *Soybağı Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı*, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2002.
- Akyüz, Emine, *“Evlât Edinmeye İlişkin Uluslararası Sözleşmeler, Çağdaş Hukuk Sistemleri ve Türk Medenî Kanunu”*, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan, Ankara 1995, s. 153- 169.
- Ansay, Tuğrul, *“Türk Hukukunda Evlâtlık İlişkinin Kurulması ve Bunun Sınır Ötesine Yansımaları”*, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 85 – 103.
- Arat, Tuğrul, *“Evlât Edinme Hukukundaki Gelişmelere Toplumsal – İşlevsel Açından Bakış”*, Osmal F. Berki'ye Armağan, Ankara 1977, s. 105 – 178.
- Aybay, Rona, *Vatandaşlık Hukuku*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2006.
- Aydoğdu, Murat, *Çağdaş Hukukî Gelişmeler Işığında Evlât Edinme*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2009.
- Bauböck, Rainer/Perchinig, Bernhard, *“Evaluation And Recommendations”*, (eds, Bauböck, Rainer/ Ersbøll, Eva/Groenendijk, Kees/Waldrauch, Harald, *Acquisition and Loss of Nationality*, Amsterdam University Press, Amsterdam 2006, Vol. I), s. 431 – 478.
- Baygın, Cem, *“Evlât Edinmenin Sonuçları”*, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 3 – 4, 2003, s. 627 – 650.
- Berki, Osman Fazıl, *Devletler Hususî Hukuku*, AÜHF Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 1956.
- Bernitz, Hedvig Lokrantz/Bernitz, Henrik, *“Sweden”*, (eds, Bauböck, Rainer/ Ersbøll, Eva/Groenendijk, Kees/Waldrauch, Harald, *Acquisition and Loss of Nationality - Policies and Trends in 15 European*

- States*, Amsterdam University Press, Amsterdam 2006, Vol. II), s. 517 - 544.
- Çalışkan, Yusuf/Güvercin Şahan, Ayşe, "Evlat Edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türk ve Amerikan Hukukunda Tanınması", *Ergon A Çetingil ve Rayegân Kender*, 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 416 - 427.
- De Groot, Gerard-Rene/Vink, Maarten P., *Loss of Citizenship, Trends and Regulations in Europe*, <http://eudo-citizenship.eu>, (15.05.2011).
- Dingu-Kyrklund, Elena, "Nationality And The Child: Hildren's Right to Citizenship - The Swedish Case", *3rd European Conference on Nationality, "Nationality and the Child"*, (Strasbourg, 11-12 October 2004), http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/nationality/3_WEB%20E%20Rep.%2017.pdf, (15.05.2011).
- Doğan, Vahit, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 8. Baskı, Ankara 2008, (2008).
- Doğan, Vahit, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2010, (2010).
- Doğan, Vahit/Tanrıbilir, Feriha Bilge/Şit, Banu, *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.
- Duncan, William, "Nationality and the Protection of Children Across Frontiers the Case of Intercountry Adoption", *3rd European Conference on Nationality*, Strasbourg, 11-12 October 2004, Room 1, Palais de l'Europe, "Nationality and the Child", http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/nationality/3_WEB%20E%20Rep.%209.pdf, (15.05.2011).
- Dural, Mustafa/Ögüz, Tufan/Gümüş, Alper, *Türk Özel Hukuku*, C. III, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005.
- Ekşi, Nuray, *Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları*, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2007.
- Ekşi, Nuray/Özelçi, M. Aytaç, "Nazım Hikmet'in Türk Vatandaşlığından Çıkarılmasına İlişkin Kararların Değerlendirilmesi", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2008, S. 5, s. 2297 - 2333.
- Erdem, Bahadır B., *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul 2010.

- Erten, Rifat, "5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununa Göre Türk Vatandaşlığının Kazanılması", *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan*, Ankara 2010, s. 917 - 959.
- Fagerlund, Jessica, "Finland", (eds, Bauböck, Rainer/ Ersbøll, Eva/ Groenendijk, Kees/Waldrauch, Harald, *Acquisition and Loss of Nationality - Policies and Trends in 15 European States*, Amsterdam University Press, Amsterdam 2006, Vol. II), s. 149 - 186.
- Fişek, Hicri, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, AÜHF Yayınları, Ankara 1959.
- Foblets, Marie-Claire - Loones, Sander, "Belgium", (eds, Bauböck, Rainer/ Ersbøll, Eva/Groenendijk, Kees/Waldrauch, Harald, *Acquisition and Loss of Nationality - Policies and Trends in 15 European States*, Amsterdam University Press, Amsterdam 2006, Vol. II), s. 61 - 104.
- Galicki, Zdzislaw, *Nationality of the Child - Feasibility Study*, <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/nationality/CDCJ-BU%20%282006%29%2029%20e%20-%20STUDY%20National%20of%20Child%20GALICKI%20Dec%2006.pdf>, (15.05.2011).
- Göğer, Erdoğan, *Türk Tâbiyet Hukuku*, AÜHF Yayınları, 4. Bası, Ankara 1979.
- Güngör, Gülin, "Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi", *Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan*, MHB, Y. 1997 - 1998, s. s. 229 - 251.
- Hailbronner, Kay, "Nationality in Public International Law and European Law", (eds, Bauböck, Rainer/ Ersbøll, Eva/Groenendijk, Kees/Waldrauch, Harald, *Acquisition and Loss of Nationality*, Amsterdam University Press, Amsterdam 2006, Vol. I), s. 35 - 104.
- Kırkbeşoğlu, Nagehan, *Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
- Leiter, Valerie/McDonald, Jennifer Lutz/Jacobson, Heather T., *Challenges to Children's Independent Citizenship: Immigration, Family and the State*, <http://chd.sagepub.com/cgi/content/abstract/13/1/11>, (15.05.2011).
- Nomer, Ergin, *Devletler Hususî Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul 2011.
- Nomer, Ergin, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Filiz Kitabevi, 14. Baskı, İstanbul 2003, s. 52, (2003).

- Nomer, Ergin, *Vatandaşlık Hukuku*, Filiz Kitabevi, 18. Baskı, İstanbul 2010, 138 vd, (2010)
- O'Halloran, Kerry, *The Politics of Adoption*, Second Edition, Springer, 2009.
- Ruhi, Ahmet Cemal, *Türk Hukukunda Evlât Edinme ve Evlât Edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye'de Tanınması*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002.
- Sargın, Fügen, "Türk Vatandaşlık Kanununda Değişiklik Yapan 2003 tarih ve 4866 Sayılı Kanun Kapsamından Bir Değerlendirme", *AHFD*, 2004, C. 53, S. 1, s. 27 - 63.
- Serozan, Rona, "Yeni Medeni Kanun'un Çocuklara (Soybağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına) İlişkin Düzenlemesi", *Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan*, C. II, İstanbul 2003, s. 499 - 516.
- Serozan, Rona, *Çocuk Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, İstanbul 2005.
- Tanrıbilir, Feriha Bilge, "Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku", *Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan*, MHB, 2002, s. 791 - 818, (Avrupa).
- Tanrıbilir, Feriha Bilge, "Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümleri", *TBBD.*, S. 75, 2008, s. 27 - 62, (Tasarı).
- Tanrıbilir, Feriha Bilge, "Vatandaşlığın İrade Dışı Kayıp Halleri", (Ed. Doğan, Vahit/Tanrıbilir, Feriha Bilge/Şit, Banu, *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu*, Ankara 2008), s. 143 - 161.
- The Implementation and Operation of the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention: Guide to good Practices*, The Hague 2008.
- Tiryakioğlu, Bilgin, "Türk Vatandaşlığı Kanununa Göre Vatandaşlığın Yetkili Makam Kararı İle Kazanılması", (Ed. Doğan, Vahit/Tanrıbilir, Feriha Bilge/Şit, Banu, *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008), s. 79 - 96, (Tasarı).
- Tiryakioğlu, Bilgin, "Yeni Türk Vatandaşlık Kanununun Eleştirel Analizi", (Ed., Hailbronner, Kay/Tiryakioğlu, Bilgin/Küçük, Esin/Schneider, Katja, *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler*, Ankara 2010), s. 24 - 66, (Eleştirel Analiz).

Tiryakioğlu, Bilgin, *Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku*, Başbakanlık Aile Kurumu Yayınları, Ankara 1991, (Türk Hukuku).

Uluocak, Nihal, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.

Vink, Maarten P./De Groot, Gerard-Rene, *Birthright Citizenship: Trends and Regulations in Europe*, s. 18, http://eudo-citizenship.eu/docs/birthright_comparativepaper.pdf, (15.05.2011).

Waldrauch, H., "Methodology for Comparing Acquisition and Loss of Nationality", (eds, Bauböck, Rainer/ Ersbøll, Eva/Groenendijk, Kees/Waldrauch, Harald, *Acquisition and Loss of Nationality*, Amsterdam University Press, Amsterdam 2006, Vol. I), s. 105 – 120, (Methodology).

Waldrauch, Harald, "Acquisition of Nationality", (eds, Bauböck, Rainer/ Ersbøll, Eva/Groenendijk, Kees/Waldrauch, Harald, *Acquisition and Loss of Nationality*, Amsterdam University Press, Amsterdam 2006, Vol. I), s.121 – 182, (Acquisition).

Waldrauch, Harald, "Loss of Nationality", (eds, Bauböck, Rainer/ Ersbøll, Eva/Groenendijk, Kees/Waldrauch, Harald, *Acquisition and Loss of Nationality*, Amsterdam University Press, Amsterdam 2006, Vol. I), s. 183 – 220, (Loss of Nationality).

Walmsley, A., "Report on Misuse of Nationality Laws", s. 8, *1st European Conference on Nationality "Trends and Developments in National And International Law on Nationality"* (Strasbourg, 18 and 19 October 1999),

<http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/nationality/Conference%201%20%281999%29Proceedings.pdf>, (15.05.2011), (Misuse).

Walmsley, Andrew, *Report on Conditions for the Acquisition and Loss of Nationality*, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/nationality/Reports_en.asp, (15.05.2011), (Report).

ULUSARARASI TİCARET ANLAŞMALARININ SOSYAL HÜKÜMLERİ SOCIAL CLAUSES EMBODIED IN INTERNATIONAL TRADE AGREEMENTS

Ayşegül KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ*

Özet: Sosyal hükümler, uluslararası ticaret anlaşmalarına konulan ve çalışanların temel haklarına saygı gösterilmemesi halinde ticaret kısıtlamalarının uygulanmasını ya da ticaret ayrıcalıklarının geri alınmasını öngören hükümlerdir. Bu çalışmada uluslararası ticaret ve sosyal normlar arasında uluslararası ticaret anlaşmalarının sosyal hükümleri vasıtasıyla kurulan bağlantı incelenmektedir.

Anahtar Sözcükler: Uluslararası Ticaret Anlaşmaları, Sosyal Hükümler, Sosyal Normlar, Çalışanların Temel Hakları, Uluslararası Çalışma Standartları, Temel UÇÖ Sözleşmeleri.

Abstract: Social clauses are provisions that are embodied in international trade agreements providing for the use of trade restrictions or the withdrawal of trade preferences where fundamental workers' rights are not respected. In this study, the link between international trade and social norms that are established by means of the social clauses incorporated in international trade agreements will be examined.

Keywords: International Trade Agreements, Social Clauses, Social Norms, Fundamental Workers' Rights, International Labour Standards, Core ILO Conventions.

GİRİŞ

Uluslararası ticaret kavramı, genel anlamda, uluslararası mal ve hizmet mübadelesini içeren tüm ticari ve ekonomik faaliyetleri ifade eder.¹ Devletler arasında her bir devletin dış ekonomi politikaları ile sınırlı olmak üzere, malların ve ticari hizmetlerin değişimine yönelik ilişkilerin tümü "*dünya ticareti*" olarak tanımlanır.² Küreselleşme sü-

* Yrd. Doç.Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Şanlı Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 2.Bası, Beta, İstanbul 2002, s. 3

² Telli Serap, Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumlaşması, Ankara, 1991, s. 13.

recinde ticaretin ve para piyasalarının serbestleştirilmesine bağlı olarak uluslararası ticaret hacmi ve mali işlemler artmıştır.³ Bu süreçte, dünyada ekonomik büyümenin, ticaretin serbestleştirilmesi ve uluslararası işbölümü ve rekabetin artmasıyla sağlanması öngörülmekte; ülkeler arasındaki ticaret engellerinin azaltılması, serbest ticaret bölgelerinin kurulması ve bölgesel blokların oluşturulmasıyla, çok sayıda ülkenin dünya ticaretine katılması beklenmektedir.⁴ Dünya ticareti, giderek artan oranda, işgücü maliyeti ve çalışma hakları bakımından farklı düzeylerde olan ülkeler arasında gerçekleşmektedir.⁵ Küreselleşme sürecinde uluslararası piyasaların bütünleşmesi, üretimin rekabet avantajı elde etme düşüncesiyle firmaların rekabetçi bir şekilde faaliyette bulunabileceği bir başka yere taşınmasını kolaylaştırmıştır. Ekonomik bütünleşme, mal ve hizmet pazarlarının paylaşılması ve yatırımların çekilmesi konusunda uluslararası rekabetin artmasını teşvik etmektedir.⁶ Bu durum, uluslararası pazarlarda rakip devletlerin, işletmeleri ülkelerine çekme düşüncesiyle, çalışma standartlarını mümkün olduğu kadar düşük tutmak için yarışmalarına yol açmaktadır.⁷ Uluslararası ticaret sistemi bütünleştikçe, bir ülkede çalışma standartlarının düşük tutulması, diğer ülkeleri standartları düşürmeye zorlamaktadır.⁸ Çok uluslu şirketler, sermaye ve doğrudan yatırımları üretim maliyetini azaltmak kaygısıyla ücretlerin yüksek olduğu ülkelere düşük olduğu ülkelere taşımakta, serbest ticaret anlaşmalarının gelişmesi ve uluslararası ticaret engellerinin azaltılması, devletleri yabancı sermaye ve yatırımları ülkelere çekebilmek için iç hukuk kurallarını değiştirmeye sevk etmektedir.⁹ Gelişmekte olan ülkelerle giderek ar-

³ Klare Karl, *"The Horizons of Transformative Labour and Employment Law"*, Labour Law in an Era of Globalization, Oxford, 2005, s. 5.

⁴ Uluslararası Çalışma Örgütü, Uluslararası Çalışma Konferansı 81. Dönem, Değerleri korumak, değişimi desteklemek, Küresel ekonomide sosyal adalet, Genel Müdür Raporu (Bölüm I), Ankara, 1994, s. 14.

⁵ Hepple Bob, *"New Approaches to International Labour Regulation"*, Industrial Law Journal, Vol. 26, No. 4, December 1997, s. 355.

⁶ Banks Kevin, *"The impact of globalization on labour standards"*, Globalization and The Future of Labour Law, 2006, s. 79.

⁷ Davies A.C.L, *Perspectives of Labour Law*, Cambridge University Press, 2004, s. 55; Hepple, *New Approaches*, s. 355; Stone Katherine Wan Wezel, *"Labour and Global Economy: Four Approaches to Transnational Labour Regulations"*, Michigan Journal of International Law, 1995, Vol.16: 987, s. 992.

⁸ Krueger Alan B., *Observations on International Labor Standards and Trade*, National Bureau of Economic Research Working Paper 5632, 1996, s. 8.

⁹ Stone, s. 992;

tan ekonomik bütünleşme, serbest ticaret anlaşmalarına sosyal normlara uyulmasını öngören hükümlerin dâhil edilmesinin ve bu şekilde çalışma standartlarının uluslararası ticaretle ilişkilendirilmesinin başlıca argümanlarından birisini oluşturmuştur.¹⁰

Üretim sistemlerinin çok uluslu hale gelmesi bunların devletin yetki alanı dışına çıkmasına yol açmakta; hükümetlerarası örgütlerin devletlere yönelik normatif faaliyetinin etkisi azalmakta; bölgesel bütünleşme sistemlerinde klasik uluslararası örgütlerin eylemlerinden farklı mekanizmalar oluşmaktadır.¹¹ Geleneksel yöntemlerle konulan uluslararası çalışma normlarının denetim mekanizmalarının etkili olmaması ve somut ve caydırıcı yaptırımlarının bulunmaması çalışanların temel haklarına ilişkin uluslararası normların etkililiği sorununu gündeme getirmektedir.¹² Uluslararası ticaret anlaşmalarına sosyal hükümler konulması, uluslararası ticaret ve çalışanların hakları arasında ilişki kurulmasına yönelik bir stratejidir.¹³ Sosyal hükümler yoluyla uluslararası ticaret ve sosyal normlar arasında ilk kez doğrudan ve radikal bir ilişki kurulmaktadır.¹⁴

I) KAVRAM

Uluslararası ekonomik ve ticari ilişkilerin hukuki çerçevesi, devletlerin egemen iradeleriyle yaptıkları veya sonradan katıldıkları andlaşmalarla, ya da uluslararası andlaşmalarla kurulan kurumların koydukları kurullarla düzenlenir. Devletler bu andlaşmaların oluşturduğu genel yasal çerçeve içinde, dış ticaret ilişkilerini düzenler ve kendilerinin ve uyruklarının ekonomik ve ticari hak ve özgürlüklerini korurlar.¹⁵ Uluslararası andlaşma, uluslararası hukuk kişileri arasın-

¹⁰ Banks, s. 77.

¹¹ Sur Melda, "Globalleşme Bağlamında Sosyal Haklar", Türkiye'de İnsan Hakları, TODAİE, 1. Baskı, Ankara, Haziran 2000, s.599.

¹² Sur Melda, "Sosyal Standartların Uluslararası Ticaretle İlişkilendirilmesi" Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, Cilt I, İstanbul 2001, s.769.; "Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmelerinin üye devletlerce onaylanmasının zorunlu olmaması; onaylanmış olsa dahi her ülkenin sözleşmenin onaylanmasından doğan yükümlülüklerin ihlali halinde yaptırımlarının manevi nitelikte olmasının sistemin zafiyetine neden olduğu" görüşü için Bronstein Arturo, International Comparative Labour Law, International Labour Organization, Current Challenges, Palgrave Macmillan, 2009, s.92-93.

¹³ Bronstein, s.95.

¹⁴ Sur, Globalleşme Bağlamında, s. 601.; Sur, Sosyal Standartların, s.769.

¹⁵ Telli, s. 40; Şanlı Cemal - Ekşi Nuray, Uluslararası Ticaret Hukuku, İstanbul, 2002, s. 4.

da, uluslararası hukuka tâbi hukukî sonuçlar doğurmak üzere meydana gelen irade uyuşmasıdır.¹⁶ Andlaşmanın tarafları, uluslararası hukukun taraf olma yeteneği tanıdığı egemen devletler ve uluslararası örgütlerdir. Taraf iradelerinin, uluslararası hukuka tâbi haklar ve yükümlülükler doğurma, bunları değiştirme ya da sona erdirmeye yönünde birleşmesi, andlaşmanın bir akit olduğunu gösterir.¹⁷ Andlaşmaların konusuna göre yapılan ayırım, iç hukukta andlaşmaya bağlayıcılık kazandırma yönteminin belirlenmesi bakımından önemlidir.¹⁸ Uluslararası ekonomik, mali ve ticari andlaşmaları ifade etmek için “*anlaşma*” sözcüğü kullanılmaktadır.¹⁹

Uluslararası ticaret anlaşmalarının amacı uluslararası toplumda ticaret özgürlüğünün ve karşılıklı güven ve istikrar ortamının sağlanmasıdır. Bu anlaşmalarda genellikle, malların, sermayenin ve işgücünün dolaşımı önündeki engellerle, ticaret kısıtlamalarının azaltılması ve uyuşmazlıkların çözülmesi konularındaki düzenlemelere yer verilir.²⁰ Uluslararası andlaşmalar, tarafların sayısına ya da ilişkilerdeki durumuna göre ikili ya da çok taraflı andlaşma olarak sınıflandırılır.²¹ İkili ticaret anlaşmalarının bir kısmı sınırlı sayıda veya sadece bir konuda yapılan düzenlemelere ilişkindir.²² Bunlar bazen belirli mallara ilişkin tarife ve kotaların belirlenmesi, ikili ticari ilişkiler önündeki engellerin kaldırılması, işgücü ve sermaye dolaşımının sağlanması gibi somut taahhütleri, bazen de karşılıklı ticari ilişkilerin geliştirilmesine yönelik niyetleri içerir.²³ Ticari ilişkilerin çok taraflılaşması ile birlikte ikili ticaret anlaşmalarının yerini giderek çok taraflı ticaret anlaşmaları almıştır. Çok taraflı ticaret anlaşmaları taraf devletlerin yetkileri, hak ve yükümlülükleri üzerinde olduğu kadar, hukuk kuralları ve yargı erkleri üzerinde de etkilidir. Bu nedenle taraf devletlerin iç hukukun-

¹⁶ Sur Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, İstanbul 2008, s. 18.

¹⁷ Pazarıcı Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 43; Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, s. 19.

¹⁸ Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, s. 21.

¹⁹ Viyana Sözleşmesinin 2/a maddesi uyarınca, bir andlaşmayı ifade etmek için kullanılan isim, o belgenin “*andlaşma*” olarak nitelenmesini etkilemez. Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, s. 20; Terimler hakkında ayrıca Pazarıcı, s. 47-48.

²⁰ Şanlı, s. 4.

²¹ Pazarıcı, s. 49.

²² Telli, s. 64-65; Halatçı Ulusoy Ülkü; *Dünya Ticaret Örgütü’nde Uyuşmazlıkların Çözümü Mekanizması*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2009, s. 12-13.

²³ Şanlı, s. 4.

da belirli düzenlemelerin yapılmasını gerekli kılmaktadır.²⁴ Bölgesel serbest ticaret anlaşmaları, taraf devletlerin mal ve hizmetleri için bir ortak pazar oluşturan anlaşmalardır.²⁵ Serbest ticaret, malların ithalatı önündeki tarife ve benzeri diğer engellerin azaltılmasını ya da ortadan kaldırılmasını ifade eder.²⁶ Serbest ticaret bölgeleri, üyeleri arasında ticareti kısıtlayan veya engelleyen tarife ve kota gibi sınırlamaların ortadan kaldırıldığı ve üye ülkelerin birlik dışında kalanlara karşı ortak bir tarife uygulama yükümlülüğü altında bulunmadığı bir ekonomik birleşme türüdür.²⁷ Gümrük birliği, aralarında gümrük resimleriyle, ticareti sınırlayan diğer düzenlemeleri kaldıran ve üçüncü devletlerle olan ticari ilişkilerde, ortak tarifeye göre tespit edilen resim ve diğer düzenlemeleri uygulayan devletler grubudur.²⁸ Gümrük birliği ya da serbest ticaret bölgeleri olarak oluşturulan bölgesel örgütler, uluslararası ticaret hukukunu yönlendiren ve kontrol eden uluslararası ekonomik örgütlerin bir alt grubunu oluşturmaktadır.²⁹ Bölgesel bütünleşmelerde, mali düzenlemeler, çalışanların hakları, vergilerde eşgüdüm ve yatırım teşviklerine ilişkin ortak çerçeveler, bu alanlardan herhangi birinde kıyasıya rekabet riskinin önlenmesine yönelik bölgesel hedeflerdir.³⁰ Bölgesel serbest ticaret anlaşmalarında, ekonomik konular ve sosyal kaygıların birbirlerinden ayrılmadığı görülmektedir.³¹ Bölgesel bütünleşmelerin birçoğu, istihdam, eğitim, çevre, çalışma standartları, insan hakları, kadın erkek eşitliği ve diğer sosyal hedeflere odaklanan politika ve kurumları içermekle birlikte, sosyal hedefler, ekonomik ve siyasi hedeflerin gerisinde ve ikincil konumda kalmaktadır.³²

Bir uluslararası ekonomik veya ticari anlaşmada ya da bir ek protokolde, çalışanların korunmasına yönelik birtakım sosyal normlara yer verilerek ya da atıfta bulunularak, bunlara uyulması şart koşula-bilir ve uyulmaması halinde bir takım ticari yaptırımlar öngörüleb-ilir.³³ Uluslararası ticaret anlaşmalarına konulan ve çalışanların temel

²⁴ Telli, s. 65; Halatçı Ulusoy, s. 20.

²⁵ Klare, s. 23-24.

²⁶ Klare, s. 23-24.

²⁷ Karluk Rıdvan, Küreselleşen Dünyada Uluslararası Kuruluşlar, İstanbul, 2007, s. 520.

²⁸ Telli, s. 113.

²⁹ Halatçı Ulusoy, s. 12-13.

³⁰ ILO, "A Fair Globalization: Creating Opportunities For All", The World Commission on the Social Dimension of Globalization, ILO 2004, s. 71.

³¹ Servais J-Micheal, International Labour Law, Kluwer, 2005, s. 182.

³² ILO, A Fair Globalization, s. 73.

³³ Sur, Sosyal Standartların, s. 769; Sur, Globalleşme Bağlamında, s. 601.

çalışma haklarına saygı gösterilmemesi halinde ticaret kısıtlamalarının uygulanması ya da ticaret ayrıcalıklarının geri alınması şeklinde birtakım iktisadi yaptırımların uygulanmasını öngören kayıtlar, “sosyal kayıtlar” ya da “sosyal hükümler” terimleriyle ifade edilir.³⁴ Sosyal hükümler, çalışanların uluslararası belgelerle kabul edilmiş bulunan haklarının anlaşmaya taraf devletlerce uluslararası rekabeti etkilemek amacıyla ihlâl edilmesi halinde başvurulması öngörülen soruşturma yöntemleriyle yaptırımları gösterir.³⁵ Uluslararası ticaret terminolojisinde sosyal hükümler, ithalatçı ülkeler tarafından uluslararası asgari çalışma normlarına uymayan ihracatçı ülkelere karşı bir takım ticari önlemlerin alınmasını öngören uluslararası ticaret anlaşması hükümlerini ifade eder.³⁶ Söz konusu ticari önlemler, ihracatçı ülkenin “genelleştirilmiş tercih sistemleri” veya “en çok gözetilen ulus statüsü” gibi imtiyazlı ticari statü sağlayan düzenlemelerin dışında tutulması; tarifelerin yükseltilmesi ve/veya kota kısıtlaması ya da miktar kısıtlamaları yoluyla ticaret engellerinin konulması ya da bu ülkede üretilen malların ithalatının tamamen kısıtlanması gibi çeşitli şekillerde olabilir.³⁷ Uluslararası ticaret anlaşmalarına sosyal kayıtlar konulmasında amaç uluslararası ekonomik ve ticari ilişkilerde haksız rekabetin önlenmesi ve rekabetin arttırılmasıdır.³⁸ Anlaşmaya taraf devletlerin belirli sosyal normlara uyması, uluslararası ticarete katılmanın ya da ticaret önceliklerine erişmenin ön koşuludur.³⁹

Sosyal hükümlerin başlıca işlevi, ihracatçı ve ithalatçı ülkelerde uygulanan çalışma standartlarının uyumlu hale ya da aynı düzeye getirilmesidir. Bu şekilde, anlaşmaya taraf devletlerde uluslararası çalışma normlarının uygulanması ve uluslararası belgelerle çalışanlara sağlanan hakların güvence altına alınması sağlanmaktadır.⁴⁰ Sosyal hüküm-

³⁴ Hepple Bob, *Labour Laws and Global Trade*, Hart Publishing, 2005, s. 89, dn. 1.

³⁵ Bronstein, s. 95.

³⁶ Limm Hoe, “*The Social Clauses: Issues and Challenges*” Actrav; <http://actrav.itcilo.org/actravenglish/telearn/global/ilo/guide/hoelim.htm#1.1> Liberalisation of International Trade and Capital Flows Erişim:27.08.2010.

³⁷ Limm, <http://actrav.itcilo.org/actravenglish/telearn/global/ilo/guide/hoelim.htm#1.1>

³⁸ Bronstein, s. 95; Hepple, *Labour Laws*, s. 90,

³⁹ Rodgers Gerry - Lee Eddy - Sweptson Lee - Van Daele Jasmien, “*The International Labour Organization And The Quest For Social Justice, 1919-2009*”, International Labour Organization, 2009, s. 213.

⁴⁰ Servais, *International Labour Law*, s. 34.

lerin ihracatçı ülkede yürürlükte olan iş hukuku mevzuatının temel çalışma normlarıyla uyumlu olmasını sağlama işlevi de bulunmaktadır.⁴¹ Anlaşmalara sosyal hükümler konulmasından yana olanlar, bu yöntemle ihracatçı ülkede çalışma ve yaşam koşullarının iyileştirilmesi, ithalatçı ülkede sanayinin haksız rekabete karşı korunması biçiminde iki yönlü avantaj sağlandığı görüşündedirler.⁴² Karşı görüşte olanlar, yüksek çalışma standartlarına sahip güçlü ülkelerin aslında “korumacı” amaçla hareket ettiklerini, kendi sanayilerini korumak için gelişmekte olan ülkeleri düşük çalışma standartları vasıtasıyla elde ettikleri rekabet avantajından mahrum bırakmak istediklerini iddia etmekte;⁴³ gelişmekte olan ülkeler tarafından rekabetçi maliyetle üretilen ürünlerin ticareti önündeki engellerin yükseltilmesinin, örtülü bir korumacılık olacağını savunmaktadırlar.⁴⁴ Özellikle gelişmekte olan ülkeler, gelişmiş ülkelere karşı olmuşturlar.⁴⁵ Sosyal hükümlerin, siyasi ve ekonomik olarak güçlü gelişmiş ülkelere karşı gelişmekte olan güçsüz ülkeler üzerinde bir baskı kurma ve içişlerine karışma aracı olarak kullanılabileceği şeklindeki sakıncalara işaret eden görüşler bulunmaktadır.⁴⁶

II) GÜMRÜK TARİFELERİ VE TİCARET GENEL ANLAŞMASI (GATT) ve DÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜ

A) Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT)

Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT)⁴⁷, Birleşmiş Milletlere üye yirmi dört ülke tarafından bağitlanan (1947) ve ta-

⁴¹ Hepple, Labour Laws, s. 90.

⁴² Servais, International Labour Law, s. 34. Sosyal hükümler hakkındaki görüşler hakkında ayrıca bkz. Servais, “The social clause in trade agreements: Wishful thinking or an instrument of social progress?”, International Labour Review, Vol. 128, 1989, No: 4, s.423; Sur, Sosyal Standartların, s. 775.

⁴³ Davies, s. 55.

⁴⁴ Servais, International Labour Law, s. 34.

⁴⁵ Bronstein, s. 97.

⁴⁶ Sur, Sosyal Standartların, s. 775.

⁴⁷ GATT’ın (General Agreement on Tariffs and Trade) âkit tarafları Avustralya Uluslar Topluluğu, Belçika, Brezilya, Burma, Kanada, Seylan, Şili, Çin Halk Cumhuriyeti, Küba, Çekoslovakya, Fransa, Hindistan, Lübnan, Lüksemburg, Hollanda, Yeni Zelanda, Norveç, Pakistan, Güney Rodezya, Suriye, Güney Afrika Birliği, Büyük Britanya Birleşik Krallığı, Kuzey İrlanda ve Amerika Birleşik Devletleridir. Anlaşmanın İngilizce metni: www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.html.

raf ülkeler arasında gümrük tarifelerinin karşılıklı olarak indirilmesini, uluslararası ticaret önündeki engellerin ve ayrımcı muamelelerin kaldırılmasını öngören çok taraflı bir uluslararası ticaret anlaşmasıdır. GATT'ın bağitlanmasıyla birlikte, çok taraflı bir uluslararası anlaşma ve bu anlaşmanın işleyişini sağlayan bir kurumdan oluşan çok taraflı bir ticaret sistemi kurulmuştur.⁴⁸ GATT, bir uluslararası örgüt değildir. Uluslararası Ticaret Örgütünü Kuran Şart'ın (Havana Şartı) yürürlüğe girmemesi nedeniyle,⁴⁹ Dünya Ticaret Örgütünün kurulmasına dek, âkit taraflarca çok taraflı ticaret görüşmelerinde alınan kararlarla yönetilen, özgün bir kurumsal yapı içerisinde faaliyet göstermiştir.⁵⁰ Taraflar arasında karşılıklı olarak gümrük tarifelerinin indirilmesini, uluslararası ticaret önündeki engellerin azaltılmasını ve ayrımcı muamelelerin ortadan kaldırılmasını öngören ilk çok taraflı ticaret anlaşması olan GATT, âkit tarafların uyma taahhüdünde buldukları bir kurallar bütünü olma ve çok taraflı ticaret görüşmelerinde uluslararası ticaretin serbestleştirilmesi konusunda bir forum oluşturma işlevini üstlenmiştir.⁵¹

Uluslararası Ticaret Örgütünü Kuran Şart (Havana Şartı) küresel ticaret sisteminin temel ilkeleri olarak, hem istihdam yaratma hedefine hem de adil çalışma standartlarına saygı gösterilmesine açıkça atıfta bulunmaktaydı.⁵² Şartın 7. maddesinde üye devletler, özellikle ihracat için yapılan üretimde, adil olmayan çalışma koşullarının uluslararası ticareti güçleştireceğini kabul etmiş ve kendi ülkelerinde bu koşulların ortadan kaldırılmasına uygun ve tatbik edilebilir tüm önlemleri

⁴⁸ GATT, âkit taraflarca 30 Ekim 1947 tarihinde imzalanmış, 10 Ocak 1948 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anlaşmanın Türkiye tarafından onaylanması 23.12.1953 tarihinde 6202 Sayılı Kanunla uygun bulunmuştur. R.G:31.12.1953/8597.

⁴⁹ "Uluslararası Ticaret Örgütünün kurulmasını öngören anlaşma taslağı, BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi (ECOSOC) Uluslararası Ticaret ve İstihdam Konferansı Hazırlık Komitesi tarafından Cenevre'de gerçekleştirilen toplantılarda hazırlanmış (1947); Birleşmiş Milletlere üye elli altı ülkenin katılımıyla Havana'da düzenlenen Konferansta kabul edilmiştir (1948). Uluslararası Ticaret Örgütünün kuruluşu, Havana Şartının, aralarında ABD'nin de bulunduğu çoğunluğu oluşturan taraf devletlerce onaylanmamış olması nedeniyle gerçekleşmemiştir." Telli, s. 67; Hudec Robert E., *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, 1990, s.11-12; Breining-Kaufmann Christine, *Globalisation and Labour Rights*, 2007, s. 135; Halatçı Ulusoy, s.19.

⁵⁰ Telli, s. 69; Güran Nevzat -Aktürk İsmail, *Uluslararası İktisadi Kuruluşlar*, Isparta 2001, s. 128-131; Karluk, s. 267-268.

⁵¹ Karluk, s.267;

⁵² Rodgers - Lee - Swepston - Van Daele, s. 213.

almayı taahhüt etmişlerdi.⁵³ Havana Şartı'nın, hükümlüler tarafından üretilen malların ithalatının kısıtlanmasına ilişkin hükmü, sonradan GATT'a dahil edilerek, Anlaşmanın "Genel İstisnalar" başlıklı XX (e) maddesinde düzenlenmiştir.⁵⁴

GATT'da sosyal hükümlere yer verilmemiştir. Anlaşmada sosyal hüküm olarak nitelendirilebilecek tek düzenleme GATT yükümlülüklerine bir dizi istisna getiren "Genel İstisnalar" başlığını taşıyan XX. maddede yer almaktadır.⁵⁵ GATT'ın temel ilkelerinden olan ayırım gözetmeme ilkesi "en çok gözetilen ulus muamelesi" ve "ulusal muamele" yükümlülüklerini içerir.⁵⁶ En çok gözetilen ulus muamelesi, DTÖ üyesi ülkelerin, diğer üye ülkelerden gelen mal ve hizmetlere ilişkin uygulamalarında ayırım yapmamalarını gerektirir. Ulusal muamele kuralı, yabancı ürün ve hizmetlerin iç pazara girmesinden sonra benzer yerli ürün ve hizmetlere göre ayırımı muameleye tâbi tutulmalarının yasaklanmasını öngörmektedir.⁵⁷ Genel istisnalar kapsamında, birtakım malların satışını ve ithalatını yasaklayan bir ülkenin bu muamelesi, GATT yükümlülükleriyle çelişmeyecektir. Bu düzenleme, en çok gözetilen ulus ve ulusal muamele yükümlülüklerinin esnek uygulanışını düzenler biçimde yorumlanmaktadır.⁵⁸ XX. maddede yapılan düzenleme gereğince, anlaşmanın hiçbir hükmü gerek aynı şartlar altında bulunan ülkeler arasında keyfi ve sebepsiz bir ayırım vasıtası, gerekse uluslararası ticarete gizli bir kısıtlama vasıtası oluşturacak şekilde uygulanmamak kaydıyla, herhangi bir âkit tarafı (a) genel ahlâkın korunması; (b) insan, hayvan ve bitkilerin hayat ve sağlıklarının korunması bakımından gerekli tedbirleri almak ve uygulamaktan men edecek biçimde yorumlanmayacaktır.⁵⁹ XX. maddenin (e) fıkrası, cezaevlerinde

⁵³ Hepple, Labour Laws, s. 129.

⁵⁴ Bronstein, s. 95; Hepple, Labour Laws, s. 130.

⁵⁵ "Bunlardan bazıları genel ahlâk, insan ve hayvanların hayat ve sağlıkları, altın gümüş ithalat ve ihracatı, telif hakları, cezaevlerinde üretilen mallar, kültür malları, doğal zenginlikler, yerli hammadde ihracatı, kıtlığı çekilen mallar ve savaş gereklidir." Telli, s. 134.

⁵⁶ Halatçı Ulusoy, s. 27; Karluk, s. 276.

⁵⁷ Kaya Talat; "DTÖ Hukukunda Ayırmıcılık Yapmama İlkesi", AUHFD, 59(2), 2010:182-242; s. 5-6, auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd/AUHF-2010-59-02-kaya.pdf.; Ayırım gözetmeme ilkesiyle ilgili ayrıca, Karluk, s. 276; Pazarcı, s. 324.

⁵⁸ Telli, s. 134.

⁵⁹ Baklacı Pınar, Uluslararası Yatırım Hukukunda En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi, İstanbul, 2009, s. 68.

üretilen mallarla ilgili önlemler hakkındadır. Bu maddede, hükümlülerin çalıştırılmasıyla üretilen mallarla ilgili önlem alma hakkı saklı tutmaktadır.⁶⁰

Genel istisnalara ilişkin düzenlemeler, çalışma standartlarına aykırılık halinde ticari önlemlerin alınmasına imkân vermemekte, bunun için GATT'da açıkça bir düzenleme yapılması gerekmektedir.⁶¹ XX. maddenin (a), (b) ve (e) fıkralarındaki düzenlemeler çalışanların temel haklarıyla ilgili görülmekte⁶² ve GATT'ın sosyal hükümleri olarak değerlendirilebilmektedir.⁶³ Bununla birlikte, üye devletlerce işçi sağlığının korunması ya da çocuk işçiliğiyle mücadele gerekçesiyle yapılacak muamelelerin XX. maddenin genel ahlâk ve insanların hayat ve sağlıklarının korunmasını öngören (a) ve (b) fıkraları kapsamında olup olmadığı tartışmalıdır.⁶⁴

B) Dünya Ticaret Örgütü

1) Uruguay Çok Taraflı Ticaret Görüşmeleri Son Senedi

Dünya ticaretinin serbestleştirilmesi konusundaki çabalar bir uluslararası ticaret örgütünün kurulması yolunda gelişmiştir.⁶⁵ Uruguay Çok Taraflı Ticaret Görüşmeleri Son Senedi'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte (1995)⁶⁶ geçici bir nitelik taşıyan GATT kurumsallaşarak Dünya Ticaret Örgütü'ne (DTÖ) dönüşmüştür.⁶⁷ DTÖ'nün kurulmasıyla uluslararası ticaretin işleyişinde uygulanacak kurallar ve anlaşmazlık çözüm mekanizmaları hukuksal bir temele dayandırılmış olmaktadır.⁶⁸ DTÖ, Birleşmiş Milletler bağımsız uzmanlık kurumları arasında

⁶⁰ Breining-Kaufmann, s. 144; Hepple, Labour Laws, s. 141.

⁶¹ Hepple, Labour Laws, s. 130.

⁶² Hepple, Labour Laws, s. 141.

⁶³ Limm, <http://actrav.itcilo.org/actrav-english/telearn/global/ilo/gide/hoelim2.html>; Hepple, Labour Laws, s. 141.

⁶⁴ Breining-Kaufmann, s. 144; Hepple, Labour Laws, s. 141.

⁶⁵ ILO, A Fair Globalization, s. 33.

⁶⁶ Uruguay Çok Taraflı Ticaret Görüşmelerinin Sonuçlarını İçeren Son Senedin (Uruguay Round Final Act, Marakesh, 1994) İngilizce metni için: www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04_wto_e.html; Dünya Ticaret Örgütünü Kuran Anlaşmanın Türkiye tarafından onaylanması, Bakanlar Kurulunun 3.2.1995 tarihli ve 95/6525 Sayılı Kararıyla, 31.12.1994 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere uygun görülmüştür. R.G: 25.2.1995/22213 Mükerrer.

⁶⁷ Halatçı Ulusoy, s. 51; Sur, Uluslararası Hukukun Esasları, s. 200.

⁶⁸ Güran-Aktürk, s. 152-153.

yer alan, iktisadi ve mali kuruluş türünde, tüzel kişiliği haiz bir hükümetler arası örgüttür.⁶⁹ Örgüt, GATT ve tamamlayıcı anlaşmalar olan Hizmet Ticareti Genel Anlaşması (GATS) ve Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşmasının (TRIPS) ve örgütün diğer hukuki araçlarının uygulanmasından sorumludur.⁷⁰ Sosyal hükümler konusu Uruguay Çok Taraflı Ticaret Görüşmelerinde (1986-1994) gündeme getirilmiştir.⁷¹ Öneri, ABD ve Avrupa Birliği'ne üye bazı devletler tarafından desteklenmiş;⁷² uluslararası sendika hareketi önerinin kabul edilmesi için yoğun lobi faaliyetlerinde bulunmuştur.⁷³ Gelişmekte olan ülkeler, sosyal hükümlerin gelişmiş ülkeler tarafından korumacı amaçlarla kullanılacağı endişesiyle öneriye karşı çıkmışlardır. Son Senette, sosyal hükümlere ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.⁷⁴

2) Dünya Ticaret Örgütü Bakanlar Bildirisi

DTÖ'nün sosyal kayıtlar konusuna yaklaşımı, örgütün karar alma mekanizmasında en yüksek organı olan⁷⁵ ve ilk kez Singapur'da toplanan (Aralık, 1996) Bakanlar Konferansı Bildirisinde "*Temel Çalışma Standartları*" başlığı altında ortaya konulmuştur. Bildiride, temel uluslararası çalışma standartlarına riayet etme taahhütleri yinelenmektedir.⁷⁶ Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ)'nün uluslararası çalışma standartlarıyla ve oluşturulmasıyla ilgili uzmanlık kuruluşu olduğu ve çalışmalarında destek verileceği ifade edilmektedir. Bakanlar, uluslararası

⁶⁹ Birleşmiş Milletler Örgütü bağımsız uzmanlık kurumları, belirli konularda yetkili (uzman) ve birleşmiş milletler Örgütü ile özel ilişki içinde bulunan, ayrı tüzel kişiliği haiz evrensel hükümetlerarası örgütlerdir. Ayrıntılı bilgi, Sur, Uluslararası Hukukun Esasları, s. 198-202.

⁷⁰ Karluk, s.309.

⁷¹ Bronstein, s.95; Rodgers - Lee - Swepston - Van Daele, s.213; Charnovitz Steve, "*The influence of international labour standards on the world trading regime, A historical overview*" International Labour Review, Vol.128, No.5, September - October 1987, s. 565.

⁷² Bronstein, s. 95.

⁷³ Rodgers - Lee - Swepston - Van Daele, s.213; Erdoğan Seyhan, Küreselleşme Sürecinde Uluslararası Sendikacılık, 2006, s.330.

⁷⁴ Rodgers - Lee - Swepston - Van Daele, s.213; Servais, International Labour Law, s.36; Bronstein, s.95.

⁷⁵ Karluk, s.315.

⁷⁶ Kellerson Hilary, "*The ILO Declaration of 1998 on fundamental principles and rights: A challenge for the future*", International Labour Review, Vol. 137 (1998), No. 2, http://training.itscilo.it/ils/foa/library/labour_review/1998_2/english/kellerson_en.html

ticaretin artması ve serbestleştirilmesiyle hızlanan ekonomik büyüme ve gelişmenin, uluslararası çalışma standartlarının gelişmesine katkıda bulunacağı inancındadırlar. Bildiride, çalışma standartlarının korumacı amaçlar için kullanılması reddedilmekte; ülkelerin mukayeseli avantajlarının, özellikle düşük ücretin geçerli olduğu gelişmekte olan ülkelerin mukayeseli avantajlarının hiçbir şekilde sorgulanamayacağı konusunda anlaşmaya varıldığı; DTÖ ve UÇÖ arasında mevcut işbirliğinin sürdürüleceği ifade edilmektedir.⁷⁷ Bakanlar Bildirisi, çalışma normları ve ticaret ilişkisinin ilk kez resmi bir DTÖ belgesinde ifade edilmiş olması bakımından bir dönüm noktası teşkil etmektedir. Uluslararası çalışma standartlarına sadece UÇÖ üyesi olarak değil, DTÖ üyesi olarak da destek verileceği açıkça beyan edilmekle birlikte, uluslararası çalışma normları ilgili uzman kuruluşun UÇÖ olduğu vurgulanmakta ve böylece DTÖ'nün çalışma standartlarının konulması ve uygulanmasında önderlik etmesine ilişkin teklifler reddedilmiş olmaktadır.⁷⁸

III) KUZEY AMERİKA SERBEST TİCARET ANLAŞMASI (NAFTA) / ÇALIŞMA İŞBİRLİĞİNE DAİR KUZEY AMERİKA ANLAŞMASI (NAALC)

Çalışma İşbirliğine Dair Kuzey Amerika Anlaşması (North American Agreement on Labor Cooperation/NAALC),⁷⁹ Amerika Birleşik Devletleri, Kanada ve Meksika arasında bağitlanan Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması'na (North American Free Trade Agreement NAFTA)⁸⁰ ek anlaşmadır.⁸¹ NAALC, Kuzey Amerika Çevresel İşbir-

⁷⁷ Bildirinin İngilizce metni : WTO, Ministerial Conference, Singapore, WT/ MIN (96) DEC, www.wto.org/english/thewto_e?minist_emin96_e/singapore_declaration_96_e.pdf.; Bronstein, s.96;

⁷⁸ Leary Virginia A., "The WTO and the Social Clause: Post-Singapore" EJIL(1997) <http://ejil.oxfordjournals.org/cgi/reprint/8/1/118.pdf>; Bu konuda ayrıca, Bronstein, s.95; Breining-Kaufmann, s. 70.

⁷⁹ ABD ve Meksika ve Kanada tarafından 14 Eylül 1993 tarihinde bağitlanan Anlaşma, 1 Ocak 1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir." Secretariat of the Commisison for Labor Cooperation, www.naalc.org/index.cfm?page=147

⁸⁰ "NAFTA ile ABD, Kanada ve Meksika arasında, tarım, otomotiv, enerji, finansal hizmetler, telekomünikasyon, tekstil, ulaştırma ve benzeri sektörlerde gümrük vergilerinin ve tarife dışı araçlarla, ticaret ve yatırımları sınırlayan tüm engellerin GATT kuralları çerçevesinde belirli bir geçiş süreci içinde ortadan kaldırılması ve bir serbest ticaret alanının oluşturulması öngörülmektedir." Karluk, s. 569-570; Güran - Aktürk, s.340

⁸¹ Bronstein, s.103; Hepple, Labour Laws, s.107; Muchlinski Peter T, Multinational Enterprises & The Law, Oxford, 2007, s. 241.

liği Anlaşması (North American Agreement on Environmental Cooperation/ NAAEC) ile birlikte, NAFTA'nın bir bölümünü oluşturur.⁸² NAFTA'ya ek anlaşmaların bağitlanmasında, ABD'deki işçi sendikalarının ve çevre hareketinin, serbest ticaretin sosyal dampinge yol açmasından duydukları kaygıların giderilmesi etkili olmuştur.⁸³ NAALC, çok uluslu firmalar ve yatırımcılar için çok kapsamlı bir koruma sağlayan NAFTA'ya göre çalışanların hakları ve çalışma koşullarıyla sınırlı kalmakla birlikte, işçi sendikaları arasında sınırları aşan bir dayanışmanın sağlanmasında vasıta olmuştur.⁸⁴ NAALC'nin önerilmesinde ABD yönetimine egemen olan düşünce, işçi sendikalarının Kanada ve ABD'den çok sayıda işyerinin iş hukuku uygulamasının alt seviyede olduğu Meksika'ya taşınması ve bunun önemli ölçüde iş kaybına yol açması konusundaki kaygılarının giderilmesi ve Meksika'da iş hukuku mevzuatının uygulanmasının sağlanmasıdır.⁸⁵ NAALC'nin yapılması âkit taraflar arasında ulusal iş hukuku uygulamalarının izleme ve uyumsuzluk çözüm mekanizmalarına açık olması ve ticari yaptırımların belirli koşullarla sınırlı olarak uygulanmasına ilişkin bir uzlaşmanın yansımalarıdır.⁸⁶

NAFTA/NAALC ticaretle çalışanların hakları arasında açıkça bir bağlantı kuran ve bu özelliğiyle daha sonra yapılan serbest ticaret anlaşmalarına model oluşturan ilk anlaşmadır.⁸⁷ Anlaşmanın amacı, taraf ülkelerde çalışma ve yaşam standartlarının iyileştirilmesini (m.1/1), Ek:1'de belirtilen çalışma ilkelerinin azami ölçüde teşvik edilmesi

⁸² Muchlinski, s.241.

⁸³ Burkett Brian, *"The international labour dimension; an introduction"*; Globalization and the Future of Labour Law, Cambridge,2006,s.27; Hepple, Labour Laws, s.109; Muchlinski, s.241; Bronstein, s. 103;

⁸⁴ Compa Lance, NAFTA's Labor Side Agreement and International Labor Solidarity; Editorial Board of Antipode, 2001, s.451.

⁸⁵ Bronstein, s.103; Servais, International Labour Law, s.38; NAALC'yi hazırlayan ekonomik, sosyal ve siyasal koşullarla ilgili ayrıntılı bilgi için ayrıca; Muchlinski, s.241; Burkett, s.27; Hepple, Labour Laws, s.109; Williams Lucy A., *"Beyond Labour Law's Prochalism: A Revisioning of the Discourse of Redistribution"*, *Labour Law in an Era of Globalization*, Oxford, 2005, s. 111; Breining-Kaufmann, s. 189; Compa Lance, *"The First NAFTA Labor Cases: A New International Labor Rights Regime Takes Shape"*, *US_Mexico Law Journal*, Vol.3 HeinOnline – 3 U.S.-Mex.L.J.159 1995,s.159.

⁸⁶ Hepple, Labour Laws, s. 109.

⁸⁷ Hepple, Labour Laws, s. 107; Ticaret ve iş hukuku bağlantısının zayıf olduğu yollardaki değerlendirme için Compa Lance *" Trade Liberalization and Labour Law"* XVIII World Congress of Labour and Socail Security Law, Paris, September 5th to 8th 2006, s.8.

(m.1/2), verimlilik ve kalitenin artırılması ve yeniliklerin teşvik edilmesi konusundaki çabaların desteklenmesi (m.1/3), çalışanlarla ilgili kurumlar ve kurallar konusundaki yayınların, verilerin, taraflar arasında işbirliğinin ve bilgi değişiminin özendirilmesi (m.1/4), çalışanlarla ilgili faaliyetlerde karşılıklı çıkarlar temelinde işbirliğinin sağlanması (m.1/5); taraf ülkelerin kendi iş yasalarını iç hukuku ile uyumlu ve etkili bir biçimde uygulanması (m.1/6) ve çalışma yönetiminde şeffaflığın artırılmasıdır(m.1/7).

NAALC'nin başlıca iki özelliği bulunmaktadır. Bunlardan ilki, âkit devletlerin iç hukuk kurallarını uyarlamakla yükümlü oldukları yeni ortak standartlar konulmaması ve her devletin iç egemenlik yetkisi çerçevesinde kendi ülkesinde çalışma normlarını belirleme hakkının kabul edilmiş olmasıdır. İkincisi, iş uyuşmazlıklarını yargılamak ve yaptırıma karar vermekle görevli devletler üstü bir yargı yerinin oluşturulmaması ve ulusal hukukun uygulanmasının ulusal düzeyde yetkili mercilere bırakılmasıdır.⁸⁸ Anlaşma'da belirli uluslararası çalışma standartları tesis edilmemekte, Uluslararası Çalışma Örgütü normlarına da açık bir atıfta bulunulmamaktadır.⁸⁹ Uyulması gereken asgari normlar yerine temel konular soyut bir biçimde belirlenmektedir.⁹⁰ NAALC, NAFTA'ya üye ülkelerde, ulusal iş hukuku düzenlerinin bağımsız işleyişine müdahale edilmeksizin, iş yasalarının ve çalışma standartlarının etkili bir şekilde uygulanmasının sağlanması için özgün bir mekanizma oluşturur.⁹¹ Bununla birlikte çalışanların temel haklarının etkili olarak uygulanmasının değerlendirilmesini öngören tarafsız ve nesnel bir mekanizma kurulmuş, bu konu hükümetlerarası görüşmelere bırakılmıştır. NAALC, taraf devletlerdeki iş hukuku uygulamalarının sınırlar ötesinde izlenmesini öngören yeni

⁸⁸ Compa Lance, "Labour Rights in the FTAA", *Globalization and the Future of the Labour Law*, Oxford, 2005, s. 251; Aynı konuda; Hepple, *Labour Laws*, s.109; Breining-Kaufmann, s. 189; Doumbia Henry, Cleopatra -Gravel Eric, "Free trade agreements and labour rights: Recent developments" *International Labour Review*, Vol,145, (2006), No.3, s.192.

⁸⁹ Bunun, Kanada ve ABD tarafından onaylanan uluslararası çalışma sözleşmelerinin toplamının, Meksika tarafından onaylanan sözleşmelerden az olmasıyla ilişkili olabileceği yolundaki görüş için, Bronstein, s. 104.

⁹⁰ Sur, *Sosyal Standartların*, s. 772.

⁹¹ Secretariat of the Commisison for Labor Cooperation, www.naalc.org/index.cfm?page=147

ve benzeri bulunmayan bir sistem olarak nitelendirilmektedir.⁹² NAALC, NAFTA'ya üye devletlerdeki kurumların geliştirilmesini teşvik etmekte ve uygulamanın izlenmesi ve şikâyetlerin tartışılması için bir düzenleyici mekanizma temin etmektedir.⁹³ Anlaşma, bir işbirliği ve danışma mekanizmasını ve çalışanların haklarının ve çalışma normlarının ihlâli halinde birtakım mali ve ticari yaptırımların uygulanmasını öngören yargı benzeri bir denetim mekanizmasını içermektedir.⁹⁴

A) Taraf Devletlerin Yükümlülükleri

Anlaşma'nın 2. maddesinde, taraf devletlerden her birinin anayasasına mutlak olarak saygı gösterilmesi ve her devletin kendi çalışma standartlarını koyma ve kendi iş yasalarını ve yönetmeliklerini kabul etme ve değiştirme hakkı olduğu teyit edilmektedir. Taraf devletler, kendi iş hukuku mevzuatlarında, kaliteli ve üretken işyerleriyle uyumlu yüksek çalışma standartlarının bulunmasını sağlamak ve bu standartları geliştirmekle yükümlüdürler.⁹⁵

NAALC'de "Çalışma İlkeleri" başlığı altında taraf devletlerin geliştirmekle yükümlü oldukları ilkelere yer verilmektedir. (Ek:1) Taraf devletler, çalışma ilkeleriyle ilgili konularda ulusal iş hukuku kurallarını etkili olarak uygulamayı taahhüt etmişler; kendi uygulamalarının diğer taraf devletlerin incelemesine tâbi olması konusunda anlaşmaya varmışlardır. Taraf devletlerin çalışma ilkelerinin etkili bir biçimde uygulama yükümlülüğü, genel olarak yüksek çalışma standartlarının sağlanması, iş hukuku kurallarının etkili olarak uygulanması, işçilerin haklarının ihlâl edilmesi halinde idareye ve yargı yoluna başvurusu, iş hukuku uygulamasından doğan davaların hızlı, saydam ve etkili yöntemlerle görülmesi ve karara bağlanması, iş yasaları ve yönetmeliklerinin halka duyurulması ve hakları ve çıkarlarını ilgilendiren konulardaki değişiklik tekliflerini yorumlama fırsatı tanınması ve iş hukuku ve çalışanların hakları konusunda bilincin artırılması konularındaki yükümlülüklerini içerir.⁹⁶

⁹² Hepple, *Labour Laws*, s. 107; Hepple, *New Approaches*, s. 363.

⁹³ Blanpain, R., "Multinational Enterprises and Codes of Conduct" *Comparative Labour Law and Industrialized Market Economies*, Kluwer Law International, 2004, s. 204.

⁹⁴ Compa, *The First NAFTA Labour Cases*, s. 163.

⁹⁵ NAALC'nin İngilizce metni için www.naalc.org/naalc/naalc-full-text.htm.

⁹⁶ Compa, *Labour Rights In The FTAA*, s. 250.

Anlaşma'nın 3. maddesi çerçevesinde, taraf devletler iş hukukuna uyulmasını ve etkin bir biçimde uygulanmasını sağlamakla yükümlüdürler. Anlaşmanın 49/1. maddesi uyarınca "iş yasaları" terimi, Ek:1'de onbir madde halinde sayma yoluyla belirtilen çalışma ilkeleleriyle doğrudan ilişkili yasa, tüzük ve yönetmeliklerle, ilgili mevzuat hükümlerini ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Çalışma ilkeleri, her taraf devletin iç hukukuna tâbi olan rehber ilkelerdir; iç hukuk mevzuatları için ortak asgari norm oluşturmamaktadır. Çalışma ilkeleri, NAFTA'ya taraf üç ülkede, çalışanların hak ve çıkarlarının korunmasını öngören yasa, yönetmelik ve uygulamalarıyla geliştirmeleri öngörülen ilkeleri gösterir.⁹⁷ Bunlar; (1)Örgütlenme özgürlüğü ve sendika hakkının korunması;⁹⁸ (2)Toplu pazarlık hakkı;⁹⁹(3)Grev hakkı;¹⁰⁰ (4) Zorla çalıştırmanın yasaklanması;¹⁰¹(5) Çocuk ve genç işçilerin korunması;¹⁰²(6)Asgari çalışma standartları;¹⁰³(7)İrk, din, yaş ve taraf devletlerin iç hukukunda belirlenen diğer sebeplerle dayalı ayrımcılığın ortadan kaldırılması;¹⁰⁴(8)Kadınlar ve erkekler için eşit ücret;¹⁰⁵ (9) İş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesi;¹⁰⁶ (10) İş kazası ve meslek hastalığı tazminatları;¹⁰⁷(11)Göçmen işçilerin korunmasıdır.¹⁰⁸

⁹⁷ Blanpain, s.203.

⁹⁸ (1) İşçilerin çıkarlarını savunmak ve geliştirmek üzere serbestçe ve herhangi bir engel olmaksızın kendi seçtikleri örgütleri kurma ve bunlara katılma haklarının korunması.

⁹⁹ (2) Örgütlü işçilerin iş ilişkisinin hüküm ve koşullarıyla ilgili konularda serbestçe toplu pazarlık yapma haklarının korunması.

¹⁰⁰ (3) İşçilerin toplu çıkarlarını savunmaları için grev haklarının korunması.

¹⁰¹ (4) Zorunlu askerlik hizmeti, yurttaşlık yükümlülükleri, özel amaçlarla olmamak kaydıyla hükümlülerin çalıştırılması ve olağanüstü durumlarda görülmesi mecbur tutulan işler gibi taraf devletlerce genel olarak uygun görülen zorunlu çalışmalar hariç olmak üzere; her şekilde zorla ya da zorunlu çalıştırmanın yasaklanması ve kaldırılması.

¹⁰² (5) Çocuk ve gençlerin eğitimi ve güvenliği de dâhil olmak üzere fiziksel, zihinsel ve ahlâki bakımdan tam olarak gelişmelerini tehdit eden etmenler dikkate alınarak çalıştırılmalarına kısıtlamalar konulması.

¹⁰³ (6) Toplu sözleşme kapsamı dışında olanları da içerecek şekilde ücretliler için asgari ücret, fazla çalışma ücreti gibi asgari çalışma standartlarının tespit edilmesi.

¹⁰⁴ (7) İş ve mesleğin gerektirdiği vasıflar, emeklilik yaşına ilişkin kural ve uygulamalarla ayrımcılığa maruz kalan belirli gruplar için öngörülen özel yardım ve koruma önlemlerine ilişkin belirli istisnalarla, istihdamda ırk, din, yaş, cinsiyet ya da diğer sebeplere dayalı ayrımcılığın kaldırılması.

¹⁰⁵ (8) Aynı işyerinde eşit iş için eşit ücret ilkesinin uygulanması; kadınlar ve erkekler için eşit ücret.

¹⁰⁶ (9) İş kazası ve meslek hastalıklarının nedenlerini en aza indirecek standartların öngörülmesi ve uygulanması.

¹⁰⁷ (10) İşçilerin ve bakımakla yükümlü oldukları kişilerin, görülen işle bağlantılı ya da işin gördüğü sırada ortaya çıkan iş kazası, yaralanma veya ölüm halinde edim ve yardımlardan yararlanmalarını sağlayan bir sistemin kurulması.

¹⁰⁸ (11) Taraf ülkelerde bulunan göçmen işçilere, çalışma koşullarında vatandaşlarla

Taraf devletlerin, iş hukuku kurallarına uyulması ve bunların etkili olarak uygulanması için almaları gereken önlemler; iş müfettişlerinin görevlendirilmesi ve eğitilmesi, uygulamanın izlenmesi ve iş hukuku ihlallerine ilişkin iddiaların soruşturulması, iş hukuku kurallarına gönüllü olarak uyulmasının sağlanması, işyeri kurallarının oluşturulması için işyerlerinde işçi-işveren kurullarının kurulmasının teşvik edilmesi, arabuluculuk, uzlaştırma ve hakemlik hizmetlerinin temin ya da teşvik edilmesi ve iş hukuku ihlallerinin hukuki sonuçlarına ve yaptırımların uygulanmasına ilişkin yöntemlerin araştırılması gibi idari önlemlerdir.(m.3) Taraf devletlerden her biri kendi ülkesinde bir işçi, işveren veya bunların temsilcileri ya da ilgili diğer kişiler tarafından bir iş hukuku ihlalinin yapıldığı iddiasıyla soruşturma talebinde bulunulması halinde, başvurunun yetkili makam ve mercilerce yürürlükteki hukuk kuralları çerçevesinde dikkate alınmasını sağlayacaktır. Taraf devletlerin diğer bir yükümlülüğü, ülkelerinde bulunan ve hukuken korunan bir çıkarı olan herkesin, yürürlükteki iş hukuku kurallarının uygulanması istemiyle idari ve adli yargı mercileriyle, iş uyuşmazlıklarının çözümlenmesiyle görevli mahkemelere başvurusunun sağlanması konusundadır. Taraf devletlerin iç hukuklarında iş sağlığı ve güvenliği, istihdam standartları, toplu iş ilişkileri ve göçmen işçilerle ilgili düzenlemeler de dâhil olmak üzere iş hukukundan ve toplu iş sözleşmelerinden doğan haklarını kullanmalarına elverişli yöntemlere yer vermeleri öngörülmüştür (m.4).

Taraf devletlerde iş hukuku uygulamasından doğan uyuşmazlıklarda adli ve idari yargılama yöntemlerinin hukuka uygun, adil, eşit ve şeffaf olmasını sağlanması öngörülmüştür (m.5). Bu düzenlemeye göre, yargılama yargıcın aksi yönde bir kararı mevcut olmadıkça, kamuya açık olmalı; davacı ve davalı taraflara savunma, bilgi, belge ve delillerini sunma haklarını kullanmalarına imkân vermeli ve yargılama yöntemleri karmaşık olmamalı; gereksiz ve yersiz masrafları, zaman sınırlamalarını ve ertelemeleri gerektirmemelidir. Taraf devletler, işçileri ya da sendikalarını temsil etmek ya da bunlara danışmanlık yapmakla görevli bürolar kurabilirler. Yargılama sonucunda verilen kararlar hukuka uygun, yazılı ve gerekçeli olmalı; davada dinlenen iddia, savunma ve delillere dayandırılmalıdır. Davanın taraflarına

yargılama sonucunda verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurma hakkı tanınmalı; hükmün bağımsız ve tarafsız bir şekilde gözden geçirilmesi sağlanmalıdır. Çalışanların haklarının kullanılması, para veya hapis cezası, tedbir kararı ya da işyerinin kapatılması gibi yaptırımlarla güvence altına alınmalıdır. Anlaşmanın hiçbir hükmü, taraf devletlerin iş hukuku uygulaması için iç hukuk düzeninden ayrı bir yargı düzeni kurmasını gerektirir ya da bu tür bir düzen kurmasının engeller biçimde yorumlanamaz. Taraf ülkelerde, idari ve adli yargı yerleri tarafından verilen kararların ve ilgili olduğu davaların, bu Anlaşma hükümleri çerçevesinde gözden geçirilmesi ya da yeniden görülmesi mümkün değildir.

B) Çalışma İşbirliği Mekanizması

Taraf devletlerce çalışma işbirliği için bir komisyon kurulmuştur. (m.8) Komisyon, bakanlar konseyi ve sekreterlikten oluşur. Taraf ülkelerde kurulan ulusal yönetim büroları Komisyon'a yardım etmekle görevlidir. Çalışma işbirliği mekanizması, sosyal boyuta önem verildiği ve taraf devletlerce kabul edilir ve gerçekçi bir model oluşturulduğu şeklinde değerlendirilmektedir.¹⁰⁹

Taraf devletlerin çalışma bakanları ya da görevlendirdikleri kişilerden oluşan Bakanlar Konseyi (m.9) Komisyon'un yönetim organıdır. Yılda en az bir kez düzenli olarak; taraflardan birinin istemiyle özel olarak toplanır. Konsey, çalışma yöntemini ve kurallarını kendi tespit eder. Oturum başkanlığı, taraf devletlerce sırasıyla yerine getirilir. Konsey'in başlıca işlevleri Anlaşma'nın uygulanmasını izlemek ve gelişmesi için tavsiyelerde bulunmak ve 11. madde çerçevesinde taraf devletler arasında, iş sağlığı ve güvenliği, çocuk işçiliği, göçmen işçiler, insan kaynaklarının gelişmesi, çalışma istatistikleri, ücret ve sosyal programlar, istihdam standartları, işçi işveren ilişkileri, toplu pazarlık yöntemleri, iş kazası ve meslek hastalığı edimleri, sendika, toplu pazarlık ve iş uyuşmazlıklarının çözümlenmesiyle ilgili mevzuat ve uygulanması; işyerinde kadın-erkek eşitliği, işçi, işveren ve devletler arasında işbirliği, çalışma standartlarının geliştirilmesi için teknik destek sağlanması ve tarafların kararlaştırabilecekleri diğer konularda işbirliğini ve ortak faaliyetleri teşvik etmektir.

¹⁰⁹ Sur, Globalleşme Bağlamında, s. 603,

Taraf ülkelerin her birinde, bakanlıklar düzeyinde bir ulusal yönetim bürosunun (National Administration Office-NAO) kurulması öngörülmüştür (m.15). Her devlet, ulusal yönetim bürolarının işleyişi ve giderlerinden sorumludur. Ulusal yönetim bürosunun, bir başka devletin ülkesinde ortaya çıkan iş hukuku sorunlarını gözden geçirme yetkisine sahip bir ulusal kurum olarak, çalışanların haklarıyla ilgili başka herhangi bir rejimde bir benzeri bulunmamaktadır.¹¹⁰ Ulusal yönetim bürosunun başlıca işlevi, Anlaşmada belirtilen çalışma ilkeleriyle ilgili şikâyetlerin alınmasıdır.¹¹¹ Ulusal yönetim büroları, taraf devletlerdeki ulusal yönetim bürolarından gelen bilgi edinme taleplerini karşılar, taraf ülkelerde iş hukukuyla ilgili sorunlar hakkında bilgi alır ve yöntemine uygun olarak gözden geçirir.¹¹²

Taraf ülkelerde Anlaşma'nın uygulanması ve daha da geliştirilmesi için danışmalarda bulunmak üzere iki kurulun oluşturulması öngörülmüştür. Bunlardan biri, işçi ve işveren kuruluşlarının temsilcilerinin de katılımıyla oluşturulan Ulusal Danışma Kurulu (m.17); diğeri federal, federe ya da bölgesel hükümetlerin temsilcilerinden oluşması öngörülen Hükümetler Kuruludur.

C) Danışma ve Değerlendirme Mekanizması

1) Danışma

NAFTA ülkelerinden herhangi birinde bulunan kişiler ya da gruplar, Ulusal Yönetim Bürosuna bir dilekçe ile başvurarak bir veya birden fazla devletin Anlaşmada belirtilen çalışma ilkeleriyle ilgili iş hukuku mevzuatını etkili olarak uygulamadığını iddia edebilir. Ulusal yönetim bürosu, başvurunun kabulüne karar vermesi durumunda, diğer ulusal yönetim bürolarından, iş hukuku, çalışma yönetimi ve işgücü piyasası koşulları konusunda danışma talebinde bulunabilir.¹¹³ Danışma sürecinde, kendisinden talepte bulunulan ulusal yönetim bürosu, yasa, yönetmelik ve yöntemleri, politika ve uygulamalarıyla ilgili ge-

¹¹⁰ Compa, The First NAFTA Labour Cases, s.159.

¹¹¹ Compa, Labour Rights in the FTAA, s. 251.

¹¹² Ulusal Yönetim Bürolarının işleyişi hakkında; Sur, Globalleşme Bağlamında, s. 601; Compa, Labour Rights in the FTAA, s. 251; Hepple, Labour Laws, s. 110.

¹¹³ Hepple, Labour Laws, s. 110; Breining-Kaufmann, s. 190; Compa, Labour Rights in the FTAA, s. 251;

rekli açıklamaları içeren bilgi ve verileri temin etmekle yükümlüdür. Danışma sürecine, diğer taraf ülkenin ulusal yönetim bürosunun da katılması mümkündür. Ulusal yönetim büroları arasındaki danışmalar, değerlendirme ve tavsiyelerle sona erer.¹¹⁴

Danışma yöntemi, bakanlıklar düzeyinde de uygulanabilir. Taraf devletlerden herhangi birisinin hükümeti veya ulusal danışma bürosu çalışma ilkeleriyle ilgili tüm konularda diğer bir taraf devletle bakanlıklar düzeyinde yazılı danışma talebinde bulunabilir.¹¹⁵ Üçüncü taraf devletin sorunla ilgili menfaatinin bulunması halinde taraflara ihbarda bulunmak koşuluyla danışmalara katılması mümkündür. Danışmalarda bulunan taraflar, sorunun tam olarak irdelenmesi için karşılıklı bilgi alışverişi de dâhil, çözüme yönelik her türlü girişimde bulunacaklardır. Bakanlıklar düzeyindeki danışmalar değerlendirmeler ve bağlayıcı olmayan tavsiyelerle son bulur.¹¹⁶

2) Değerlendirme

Bakanlıklar düzeyindeki danışma safhasında sorunun çözümlenmemesi durumunda, danışma talebinde bulunan taraf, uzmanlardan oluşan bir değerlendirme kurulunun kurulmasını talep edebilir. Uzmanlardan oluşan Değerlendirme Kurulu (Evaluation Committee of Experts-ECE) üç üyeden oluşur. Kurul Başkanı, Uluslararası Çalışma Örgütü'ne danışılarak oluşturulan bir uzmanlar listesinden; diğer üyeler ise taraflarca hazırlanan bir listeden seçilirler. Anlaşma'nın 24. maddesi uyarınca, kurul üyeleri, çalışma ile ilgili sorunlarda deneyimi ve uzmanlığı olan, tarafsız, bağımsız, güvenilir bir kişi olmalı, KONSEY tarafından konulan davranış kurallarına uymalıdır.

Kurul, Anlaşma'nın 23. maddesi uyarınca, taraf devletlerin iş sağlığı ve güvenliği ve diğer teknik çalışma standartlarıyla ilgili uygulama biçimlerini Anlaşma hükümleri ışığında incelemekle görevlidir. Teknik çalışma standartları, Anlaşma'nın 49/1. maddesinde (d) ve (k) alt başlıkları arasında sayma yoluyla belirtilen, zorla çalıştırmanın yasaklanması, çocuk ve genç işçilerin korunması, toplu pazarlık kapsamı dışında olanlar da dâhil olmak üzere ücretlilerin, asgari ücret ve fazla

¹¹⁴ Breining-Kaufmann, s.190.

¹¹⁵ Hepple, Labour Laws, s.110

¹¹⁶ Breining-Kaufmann, s.190.

çalışma gibi asgari istihdam standartları, ırk, din, yaş ve taraf devletlerin iç hukukunda belirlenen diğer sebeplere dayalı ayrımcılığın ortadan kaldırılması, kadınlar ve erkekler için eşit ücret, iş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesi, iş kazası ve meslek hastalığı tazminatları ve göçmen işçilerin korunmasıyla ilgili çalışma standartlarıdır. İlk üç sırada sayılan (a) Örgütlenme özgürlüğü ve sendika hakkı; (b) Toplu pazarlık hakkı ve (c) Grev hakkı ile ilgili sorunlar, Kurulun görev ve yetkisi dışındadır. “Uygulama biçimleri” deyimi, Anlaşma’nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren taraf devletlerin, iş sağlığı ve güvenliği ve teknik standartlar konusunda bir eylemlilik ya da eylemsizlik halini ifade eder. Söz konusu olan bir defalık bir durum ya da olay değil, sürekli ve yinelenen uygulamalardır.

Kurulun toplanması için, gündeme gelen sorunun, taraflar arasındaki ticareti ilgilendirmesi ve taraf devletlerin iş yasalarının kapsamında bulunması şarttır. (m.23/3) Kurul, incelemesi sırasında taraf devletleri yazılı olarak beyanda bulunmaya davet edebilir; Sekreterlikten, taraf ülkelerdeki ulusal yönetim bürolarından, konuyla ilgili uzman kişi ve kuruluşlardan ve halktan bilgi temin edebilir. Kurul, önce bir taslak değerlendirme raporu hazırlar. Bu raporda incelenen sorunla ilgili karşılaştırmalı bir değerlendirme ve sonuca ve gerekirse sorunla ilgili olarak taraflara yardımcı olabilecek pratik tavsiyelere yer verilir. Tarafların taslak rapora karşı yazılı olarak görüşlerini bildirmelerinden sonra, altmış gün içinde nihai rapor hazırlanarak Konsey’e sunulur. Taraflar nihai raporun yayımlanmasından sonra, raporda belirtilen tavsiyelere karşı birbirlerine ve Sekreterliğe yazılı olarak cevap verirler. Nihai rapor ve taraflarca verilen cevaplar Konsey’in bir sonraki olağan toplantısına sunulur. Konsey, sorunu gözden geçirmek üzere tutabilir.

Uzmanlardan oluşan Değerlendirme Kurulu tarafından, taraf devletlerden birinde, iş sağlığı ve güvenliği, çocuk işçiliği ya da asgari ücret konusundaki teknik standartları uygulanması konusunda Anlaşmanın 26. maddesi çerçevesinde verilen nihai raporun Konsey’e sunulmasını takiben, taraf devletlerden her biri, bu devletin söz konusu standartları etkin bir biçimde uygulamadığı yolunda ısrarlı bir tutumunun olup olmadığı konusunda danışmalarda bulunulmasını talep edebilir. Danışmalarda bulunan taraflar, karşılıklı olarak tatmin edici bir çözüme varmak üzere her türlü girişimde bulunacaklardır.

Sorunun danışmalarda bulunan taraflarca bir çözüme ulaştırılmaması halinde, Konsey uyuşmazlığın çözümü için bir özel oturum düzenleyebilir. Anlaşma'nın 28. maddesi çerçevesinde, Konsey, uyuşmazlığa taraflarca tatmin edici bir çözüm bulunmasına yardımcı olmak için gerekli görürse, teknik danışmanlar davet edilebilir; bir uzmanlar kurulu ya da bir çalışma grubu oluşturulabilir; uyuşmazlık ve arabuluculuk yöntemlerine başvurabilir ve tavsiyelerde bulunabilir. Sorun bu safhada da çözümlenememişse, Anlaşma'nın 29. maddesi uyarınca, uyuşmazlığın taraflardan birinin talebi üzerine Hakem Kuruluna havale edilmesine karar verilir.

3) Hakem Kurulu

Taraf devletlerde, çocuk işçiliği iş sağlığı ve güvenliği, asgari çalışma standartlarıyla ilgili teknik normların ihlâli konusunda üye devletler arasında ticareti ilgilendiren sürekli ve sistematik bir uygulamanın olması halinde, ilgili devletin talebi üzerine Konsey'in verdiği kararla, konu Hakem Kurulu'na intikal eder. Hakem Kurulu'nun kararları bağlayıcıdır.¹¹⁷

Hakem Kurulu, Konsey tarafından hazırlanan listedeki hakemler arasından uyuşmazlığa taraf devletlerin anlaşmasıyla belirlenen, biri başkan beş üyeden oluşur. Hakemler, iş hukuku ve uygulamasında veya uluslararası anlaşmalardan doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesinde ya da diğer bilimsel, teknik ya da mesleki konularda uzmanlığı ve deneyimi bulunan, tarafsız ve güvenilir kişilerdir.

Hakem Kurulu, uyuşmazlığı Anlaşma'nın 33. maddesi çerçevesinde ve Konsey tarafından belirlenen usul kuralları çerçevesinde inceler. Kurul toplantısından önce en az bir duruşma yapar; taraflara yazılı açıklamalarını ve delillerini ibraz etme olanağı verir. Uyuşmazlığın tarafları dışındaki üçüncü taraf, taraflara ve Sekreterliğe yazılı olarak ihbarda bulunmak kaydıyla müdahil olabilir. Hakem Kurulu, taraflardan birinin istemi üzerine ya da resen herhangi bir kişi ya da kuruluştan bilgi ve teknik görüş alma talebinde bulunabilir. Anlaşmanın 35. maddesi uyarınca Hakem Kurulu, uyuşmazlığa konu olan olayda, taraf devletlerde iş sağlığı ve güvenliği, çocuk işçiliği ve işin düzenlen-

¹¹⁷ Breining-Kaufmann, s. 190.

mesiyle ilgili teknik normlar konusunda ticaretle ilişkili olarak süregelen, yaygın ve sistematik bir uygulama olup olmadığını incelemek ve ilk raporunda bulgularını, belirlemelerini ve tavsiyelerini belirtmekle görevlidir. Hakemler ayrı görüşte olabilirler; bu sebeple kararlarda oy-birliği aranmamaktadır.

İlk raporun sunulmasından sonra, tarafların yazılı olarak yorumlarını belirtirler. Hakem Kurulu tarafların talebiyle ya da resen taraflardan görüşlerini talep edebilir; raporunu gözden geçirebilir ya da incelemeyi derinleştirebilir. Kurul, bu aşamadan sonra nihai raporunu hazırlar ve taraflara sunar. Rapor, taraflarca Konseye havale edilir. Hakem Kurulu nihai raporunda, şikâyet olunan taraf devletin iş sağlığı ve güvenliği, çocuk işçiliği ve asgari ücretle ilgili teknik standartları etkili bir biçimde uygulamama yolunda ısrarlı bir tutum içerisinde olduğunu belirlemişse; uyuşmazlığın çözümüne ilişkin tavsiyelerini içeren ve ihlâlin telafi edilmesi için tatmin edici bir eylem plânı hazırlar. Uyuşmazlığın tarafları, Anlaşma'nın 38. maddesi uyarınca, kurulun tespitleri ve tavsiyeleriyle uyumlu olarak, bu eylem planı üzerinde anlaşma yoluna gidebilirler. Uyuşmazlığın taraflarının anlaşmaya varamamaları halinde Hakem Kurulu'nun yeniden toplanmasını talep edebilirler. Hakem Kurulu yeniden toplandığında, bir eylem planı oluşturarak taraflara verir. Eğer şikâyet olunan devlet, bu planı uygulayamaz ya da uygulamayı reddederse, Kurul tarafından bir tazminatın belirlenmesi yoluna gidilir.¹¹⁸

NAALC, uluslararası düzeyde bir icra mekanizması oluşturmaktadır. Taraf devletlerde çalışma ilkeleriyle ilgili konularda bireysel ve toplu iş hukuku uyuşmazlıklarının çözümlenmesi, ulusal mevzuata ve uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına bırakılmıştır.¹¹⁹ NAALC'nin amacı, çalışanların bireysel şikâyetlerine konu olan sorunlara değil sistemle ilgili sorunlara ulaşmaktır. Anlaşma, örgütlenme, toplu pazarlık, iş sağlığı güvenliği, göçmen işçilerin korunması, asgari çalışma standartları, kadına karşı ayrımcılık, iş kazası tazminatı gibi her ülkenin ulusal iş hukuku sistemi içerisinde saklı kalan ve herhangi bir şekilde uluslararası incelemeye ve hesap verme zorunluluğuna tâbi olmayan konuların uluslararası düzeyde incelenmesine imkân tanımıştır.¹²⁰

¹¹⁸ Hepple, *Labour Laws*, s. 111; Sur, *Globalleşme Bağlamında*, s. 603; Sur, *Sosyal Standartların*, s. 771.

¹¹⁹ Compa, *Labour Rights in the FTAA*, s. 252.

¹²⁰ Compa, *NAFTA's Labor Side*, s. 454.

4) Yaptırımlar

NAALC'de taraf devletlerde çocuk işçiliği ve asgari çalışma standartları ve iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili iş hukuku kurallarının etkili olarak uygulanmaması hallerinde tazminat ve ticari nitelikte birtakım yaptırımların uygulanması öngörülmektedir.¹²¹

Tazminat, Ek:39'daki düzenleme çerçevesinde, uyuşmazlığın tarafları arasında gerçekleşen ve mevcut verilere göre belirlenen toplam mal ve hizmet ticaretinin azami binde yedisi tutarında bir paranın ödenmesidir. Tazminatın belirlenmesinde, eylemin kapsam ve süresi, kaynak kısıtları dikkate alınarak makul ölçülerde beklenebilecek uygulama düzeyi, eylem planını yerine getirmemişse bunun sebepleri ve nihai raporun verilmesinden sonra gösterdiği çabalar ve benzer etmenler göz önünde tutulacaktır. Ödemenin yaptırıma tâbi tutulan devletin para birimiyle ve Konsey tarafından açılan bir fon hesabına yapılması ve o ülkede iş hukukuna uygun uygulamaların geliştirilmesi için harcanması öngörülmüştür. (Ek:39.m.3) Tazminatın ödenmesi halinde, şikâyetçi taraflar, tazminat miktarını aşmamak kaydıyla, şikâyet olunan devlete NAFTA çerçevesinde sağlanan avantajları bir yıl süreyle askıya alabilirler. Şikâyet olunan devlet, eylem planını tam olarak uygulamaması durumunda da aynı yaptırıma tâbi tutulacaktır. (Ek:41, m.2)

NAFTA çerçevesinde sağlanan avantajların askıya alınması, şikâyet olunan devlet menşeli mallara uygulanan vergi oranlarının yükseltilmesi biçiminde gerçekleştirilebilir. Söz konusu yaptırımın, uyuşmazlığa konu iş sağlığı ve güvenliği, çocuk işçiliği ya da asgari ücretle ilgili teknik çalışma standartlarıyla ilgili sektörler, bu mümkün değilse diğer sektörler için uygulanması esastır. (Ek:41/B.2) Denetim ve yaptırım sisteminin taraf devletlerce kabul edilebilecek şekilde düzenlenmiş olması, zafiyet olarak değil, sistemi etkili kılması muhtemel bir özellik olarak değerlendirilmektedir.¹²²

¹²¹ Bronstein, s.102; Compa, Trade Liberalization and Labour Law, s.8; Breining-Kaufmann, s. 190; Sur, Sosyal Standartların, s. 771; Hepple, Labour Laws, s. 113.

¹²² Sur, Sosyal Standartların, s. 772.

IV) GÜNEY AMERİKA ORTAK PAZARI (MERCOSUR) KURUCU ANDLAŞMASI/ MERCOSUR ÇALIŞMA ve SOSYAL BİLDİRİSİ

Güney Amerika Ortak Pazarı (Mercado Comun del Sur/ MERCOSUR) Arjantin, Brezilya, Uruguay ve Paraguay arasında imzalanan Asuncion Andlaşması (1991) ile kurulmuştur.¹²³ Bu girişimin amacı, bölgede bir gümrük birliğinin oluşturulması ve ekonomik politikaların uyumlu hale getirilmesidir.¹²⁴ MERCOSUR Ouro Preto Protokolü ile (1994) ile ortak pazar niteliğinde bir ekonomik birleşmeye dönüşmüş, malların ve insanların serbest dolaşımı ile dövizle getirilen kısıtlamalar kaldırılmıştır.¹²⁵ MERCOSUR'un kurumsal yapısı, Ouro Preto Protokolü ile tamamlanmış ve çalışma alanında görevli iki organ oluşturmuştur. Bunlar, 10. Çalışma Grubu ve Ekonomik ve Sosyal Danışma Kuruludur. 10. Alt Çalışma Grubu, MERCOSUR üyesi ülkelerin çalışma bakanlıkları tarafından görevlendirilen işçi, işveren ve hükümet temsilcileri ile dört üye ülkedeki her sektörden birer temsilciden oluşur. Ekonomik ve Sosyal Danışma Forumu işçi sendikaları, işverenler ve bölgesel ekonomik bütünleşme ile ilgili sivil toplum örgütlerinin katılımıyla oluşmuştur. Hükümetler, bu üçlü yapının dışındadır. Üye ülkelerde, bu yapıya koşt olarak, sivil toplum kuruluşlarının ve Uluslararası Çalışma Örgütü gibi uluslararası örgütlerin katıldığı komiteler oluşturulmuştur.¹²⁶ 10. Alt Çalışma Grubu'nun kurulmasında, kurucu andlaşmada ekonomik ve ticari konulara ağırlık verildiği yolunda paydaşlardan ve özellikle işçi sendikalarından gelen tepkiler etkili olmuştur.¹²⁷ İşçi sendikalarının baskısıyla bir sosyal şartın hazırlanması gündeme gelmiş ise de, hükümetlerin ve işverenlerin muhalefeti nede-

¹²³ "MERCOSUR'un kurucu üyelerine 2006'da Venezuela katılmıştır. Ortak üyeler, Bolivya, Şili, Kolombiya, Ekvator ve Peru'dur. Meksika gözlemci üyedir." Karluk, s.566; Andlaşmanın İngilizce metni: [http:// actrav.itcilo.org/actrav-english/telearn/global/ilo/blok/mercoa.htm](http://actrav.itcilo.org/actrav-english/telearn/global/ilo/blok/mercoa.htm). Southern Common Market (MERCOSUR) Agreement (The Treaty of Asuncin). Rotman Edgardo, "A Guide to MERCOSUR", Legal Research: Sources and Documents, www.nyulawglobal.org/Globalex/Mercosur.html.

¹²⁴ Güran-Aktürk, s.347.

¹²⁵ Karluk, s. 566.

¹²⁶ Compa, Labour Rights in the FTAA, s. 253.

¹²⁷ Motta Veiga Pedro da - F.Lengyel Miguel, "International Trends on Labour Standards; Where does Mercosur Fit in?", 2003, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, IDRC, <http://idl-bnc.idrc.ca/dspace/handle/10625/27827>, s. 13-14.

niyle gerçekleşmemiştir. 10. Alt Çalışma Grubu, üye devletlerin iş yasalarının uyumlu hale getirilmesini ve bu çerçevede aralarında temel sözleşmelerinde bulunduğu otuzdört uluslararası çalışma sözleşmesinin üye devletlerce onaylanmasını önermiştir.¹²⁸

MERCOSUR Çalışma ve Sosyal Bildirisi (Declaracion Sociolaboral) kurucu üyeler Arjantin, Brezilya, Uruguay ve Paraguay tarafından, Kurucu Andlaşma'nın eki olarak imzalanmıştır(1998).¹²⁹ Bildiri, bölgesel serbest ticaret anlaşmalarında, çalışma ile ilgili temel haklar ve ilkeleri genel olarak kabul gören kurallar halinde getirme yolundaki bir siyasi iradeye dayalıdır, Ancak bu stratejinin etkili olduğuna ilişkin bir kanıt bulunmamaktadır.¹³⁰ Âkit taraflar, ekonomik bütünleşme sürecinin sosyal politika boyutunun pekiştirilmesini ve sosyal alanda sürekli işleyişinin sağlanmasını taahhüt etmişlerdir.¹³¹ Bildirinin kabul edilmesinde amaç, üye ülkelerde UÇÖ'nün temel sözleşmelerinin onaylanmasının sağlanması ve bu şekilde çatışan iş hukuku mevzuatlarının uyumlu hale getirilmesidir.¹³² Ortak pazarı paylaşan ülkelerin, rakiplerinin iş hukuku mevzuatından daha avantajlı bir mevzuata sahip olmaması ve bunun sonucunda mukayeseli üstünlük elde etmemesi, iş hukuku kurallarının uyumlu hale getirilmesiyle sağlanmaktadır.¹³³

MERCOSUR Sosyal Çalışma Bildirisi'ne taraf devletler, temel uluslararası çalışma sözleşmelerini onaylamak ve uygulamak suretiyle, bütünleşme sürecinin sosyal boyutu üzerinde kaydedilen ilerlemeyi pekiştirmeyi ve sosyal alanda gelecek için sürekli ilerlemenin temellerini atmayı taahhüt etmişlerdir.¹³⁴ Bildiri'nin başlangıcında, tarafların Temel Haklarla ilgili İlkeler UÇÖ Bildirgesi'ni destekledikleri,¹³⁵ Ulus-

¹²⁸ Motta Veiga - F.Lengyel, s.16.

¹²⁹ http://www.mercosur.int?msweb/Documents/Publicados/Declaraciones%20Conjuntas/003671668_CMC_10-12-1998_DECL-DPR_S-N_IN_SocioLaboral.Pdf (23.01.2011)

¹³⁰ Bronstein, s.108.

¹³¹ Doumbia Henry-Gravel, s. 191;

¹³² Motta Veiga - F.Lengyel, s. 17,

¹³³ Bronstein, s. 93.

¹³⁴ Doumbia Henry-Gravel, s. 191.

¹³⁵ Çalışmaya İlişkin Temel Haklarla İlgili UÇÖ İlkeleri Bildirgesi ve İzlenmesi 18 Haziran 1998 tarihinde Cenevre'de toplanan 86. Uluslararası Çalışma Konferansı tarafından kabul edilmiştir. UÇÖ üyeleri, Uluslararası Çalışma Örgütü Statüsünde ve Filadelfiya Bildirgesinde belirtilen ilke ve hakları, örgüte serbestçe katıl-

lararası Çalışma Örgütü üyesi olarak temel uluslararası çalışma sözleşmelerini¹³⁶ onayladıkları, sağlıklı çalışma koşullarının, kaliteli işlerin, sosyal diyalogun ve çalışanların refahının sağlanmasına yönelik tüm tavsiye kararlarını benimsedikleri beyan edilmektedir. Taraflar, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, Uluslararası Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Sözleşmesi ile insan haklarıyla ilgili diğer uluslararası andlaşma, sözleşme, bildiri ve protokolleri kabul ettiklerini ifade etmekte, demokrasi ve hukukun üstünlüğü ilkesine bağlı kalmayı; kişisel ve siyasal haklara saygı göstermeyi taahhüt etmektedirler.

A) İlkeler

(i) Ayrımcılığın kaldırılması

Tüm işçiler, yürürlükteki hukuk kurallarına uygun olarak, ırk, ulusal köken, renk, cinsiyet, cinsel yönelim, yaş, inanç, siyasi görüş, sendika, ideoloji, ekonomik ve ailevi durum ve sosyal koşullar sebebiyle ayırım ya da dışlanmaya maruz kalmaksızın, eşit haklara sahip olma, eşit davranma ve fırsat eşitliği bakımından güvence altındadır. Taraf

makla kabul etmişler; örgütün genel hedeflerine ulaşmak için kaynakları imkân verdiği ölçüde ve özel koşullarına uygun biçimde çalışma yükümlülüğünü üstlenmişlerdir. (m.1/a) Bu ilke ve haklar, örgüt içinde ve dışında temel kabul edilen uluslararası çalışma sözleşmelerinde, belirli hak ve yükümlülükler biçiminde ifade edilmekte ve geliştirilmektedir. (m.1/b) UÇÖ üyesi ülkeler, söz konusu sözleşmeleri onaylamamış olsalar dahi, örgütün üyesi olmakla, bu sözleşmelerle düzenlenen ve bu bildirmede sayılan temel haklara ilişkin ilkelere, iyi niyetle ve UÇÖ Statüsünün gereği olarak saygı göstermek, bu ilkeleri geliştirmek ve gerçekleştirmekle yükümlüdürler. (m.2) Bildirmede sayma yoluyla belirtilen temel haklara ilişkin ilkeler, sendika özgürlüğü ve toplu pazarlık hakkının etkin biçimde tanınması (m.2/a); zorla ya da zorunlu çalıştırmanın tüm biçimlerinin ortadan kaldırılması(m.2/b); çocuk işçiliğine etkin biçimde son verilmesi (m.2/c); ve istihdamda ve meslekte ayrımcılığın ortadan kaldırılmasıdır. (m.2/d)

¹³⁶ Uluslararası Çalışma Örgütü Yönetim Kurulunun 1995 yılında aldığı bir kararla, Sendika Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin 87 Sayılı Sözleşme (1948), Örgütlenme ve Toplu Pazarlık İlkelerinin Uygulanması Hakkında 98 Sayılı Sözleşme (1949), Zorla veya Zorunlu Çalıştırma Hakkında 29 Sayılı Sözleşme (1930), Zorla Çalıştırmanın Yasaklanması Hakkında 105 Sayılı Sözleşme (1957), Kadın ve Erkek İşçiler Arasında Eşit Değerde İş İçin Ücret Eşitliği Hakkında 100 Sayılı Sözleşme (1951), 111 Sayılı Ayrıım (İş ve Meslek) Sözleşmesi (1958) ve Asgari Çalıştırma Yaşı Hakkında 138 Sayılı Sözleşme (1973) temel sözleşme olarak kabul edilmiştir. Uluslararası Çalışma Konferansı tarafından 1999 yılında kabul edilen Kötü Şartlarda Çocuk İşçiliğinin Kaldırılmasına İlişkin 182 Sayılı Sözleşmenin de ilavesiyle, temel sözleşmelerin sayısı sekize yükselmiştir.

devletler, eşit davranma ilkesinin güvence altına alınmasını, özellikle işgücü piyasasında dezavantajlı gruplara yönelik ayrımcılığın kaldırılması için gerekli önlemlerin alınmasını taahhüt ederler. (m.1)

(ii) Eşitliğin geliştirilmesi

Özel ihtiyaçları olan kişilere değer verilmesi, işgücü piyasasıyla ve toplumla bütünleşmeleri için ayrımcı muameleye maruz bırakılmaması sağlanacaktır. Bu durumdaki kişilerin üretime katılma fırsatına sahip olmaları için, öğretim, eğitim, mesleki yönlendirme, çalışma ortamına uyum sağlama, mal ve hizmetlere erişme konusunda etkili önlemler alınacaktır(m.2). Ulusal düzeyde, iş hukuku mevzuat ve uygulamalarında kadınlar ve erkekler için eşit davranma ve fırsat eşitliği ilkesi güvence altına alınacaktır(m.3).

(iii) Göçmen işçiler ve yurt dışında çalışan işçiler

Göçmen işçiler, buldukları ülkede, uyrukluğa dikkate alınmaksızın vatandaşlarla aynı çalışma koşullarında, aynı haklardan yararlanacaklardır. Anlaşma'ya taraf devletler emeğin bölge sınırları içerisinde dolaşımıyla ilgili ortak standartlar ve yöntemler oluşturulmasını, istihdam, çalışma ve yaşam koşullarının iyileştirilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını yüklenirler. (m.4)

(iv) Zorla ve zorunlu çalıştırmanın kaldırılması

Herkes, ulusal mevzuat çerçevesinde, işini serbestçe seçme, bir iş ya da meslek sahibi olma hakkına sahiptir. Taraf devletler, bir kimse- nin ceza tehdidi altında, isteği olmadan, zorla gördürülen iş ve hizmetleri ortadan kaldırmayı, ayrıca zorla ya da zorunlu çalıştırmaya izin verilmemesi ya da müsamaha gösterilmemesi için gerekli önlemleri almayı yüklenirler. Siyasi bir zorlama veya eğitim tedbiri olarak ya da bir kimsenin bir siyasi düşünceye sahip olan, bu düşüncesini beyan eden ya da siyasal, sosyal ve ekonomik düzene muhalif görüşlerini açıklayan bir kimseye ceza olarak, emeği ekonomik kalkınma amacıyla kullanma yöntemi olarak, bir iş disiplini ya da greve katılmanın cezası olarak ve ırk, din, sosyal ve ulusal kökene dayalı ayırım vasıtası olarak, zorla ve zorunlu çalıştırma men edilecektir. (m.5)

(v) Çocukların ve gençlerin çalıştırılması

İşe kabulde asgari yaş, zorunlu öğretimin tamamlandığı yaşın altında olmamak üzere, ulusal mevzuatla belirlenecektir. Taraf devletler, çocuk işçiliğinin ortadan kaldırılması ve işe kabulde asgari yaşın aşamalı olarak yükseltilmesi konusundaki politikaları benimseyeceklerdir. Çocuklar, istihdamda asgari yaşın tespiti ve özellikle fiziksel, zihinsel ve manevi olarak gelişmelerini sağlayacak önlemlerin alınmasında özel bir korumadan yararlanacaklardır. Çocuklar, fiziksel, zihinsel ve manevi gelişimlerini etkileyebilecek işlerde ve sağlığa ve ahlâka aykırı, tehlikeli ortamlarda çalıştırılmayacaklardır. Bu tür işlerde asgari çalışma yaşı onsekiz yaşın altında olmayacaktır. Çalışma süresi ulusal mevzuatla sınırlandırılacak, fazla çalışma ve gece çalışması yoluyla arttırılmayacaktır.(m.6)

(vi) İşverenlerin hakları

İşverenler, ulusal mevzuat ve uygulamalar çerçevesinde örgütlenme hakkına ve işletmelerini ekonomik ve teknik olarak yönetim hakkına sahiptirler. (m.7)

(vii) Örgütlenme ve sendika özgürlüğü

Tüm işçi ve işverenler, ulusal mevzuat çerçevesinde, kendi örgütlerini serbestçe seçme ve bunlara katılma hakkına sahiptirler. Taraf devletler, örgütlenme özgürlüğünün örgütlerin yönetimine herhangi bir müdahale olmaksızın yasal olarak tanınmasını ve işçi ve işveren sendikalarının üyelerinin çıkarlarını temsil etme ve savunma haklarının meşruiyetinin tanınmasını taahhüt etmişlerdir.(m.8)

İşçiler, işe girmede sendikal nedenlerle ayrımcılığa karşı yeterli bir korumadan yararlanacaklardır. Bir işe girmenin veya bir işi muhafaza etmenin, bir sendikaya üye olmaya, üye kalmaya ya da üyelikten ayrılmaya bağlı tutulmaması, işçilerin sendika üyeliğine veya sendikal faaliyetlere katılmaları sebebiyle ayrımcı muameleye tabi tutulmalarının ya da işten çıkarılmalarının önlenmesi; sendika hakkı ulusal mevzuat ve toplu iş sözleşmeleriyle güvence altına alınmalıdır. (m.9)

(viii) Toplu pazarlık, grev, uyuşmazlıkların çözülmesi

İşçi temsilcileri ve işçi sendikalarıyla, işverenler ve işveren kuruluşları, ulusal mevzuat ve uygulamalar çerçevesinde çalışma koşullarının düzenlenmesi amacıyla toplu görüşme ve toplu sözleşme hakkına sahiptirler. (m.10)

İşçilere ve sendikalarına grev hakkı tanınmalı, grev hakkının düzenlenmesine ya da iş uyuşmazlıklarının önlenmesine ya da çözümlenmesine ilişkin yöntemler, bu hakkın amacına uygun olarak kullanılmasını engellememelidir. (m.11) Taraf devletler, bireysel ve toplu iş uyuşmazlıkların önlenmesine ilişkin düzenlemelerin yapılmasını ve objektif yöntemlerin kullanılmasını teşvik etmeyi ve geliştirmeyi yüklenirler. (m.12)

(ix) Sosyal diyalog

Taraf devletler, bölgede sürdürülebilir bir ekonomik kalkınmanın ve sosyal adaletin sağlanmasına elverişli koşulların sosyal mutabakatla oluşturulması ve yaşam koşullarının iyileştirilmesi için, hükümetler ile işçi ve işverenler arasında etkin danışma mekanizmaları kurmak suretiyle, ulusal ve bölgesel düzeyde sosyal diyalogu teşvik edeceklerdir. (m.13)

(x) İstihdamın artırılması, işsizlerin korunması

Sosyal ve bölgesel eşitsizliklerin giderilmesi ve yaşam standartlarının yükseltilmesi için taraf devletlerce ekonomik büyümenin teşvik edilmesi, bölgesel ve iç piyasaların genişletilmesi, istihdam yaratılmasına ve artırılmasına yönelik etkin politikaların geliştirilmesi taahhüt edilmiştir. (m.14) Taraf devletler bu çerçevede, ulusal mevzuat ve koşullar dâhilinde, işsizliğe karşı koruyucu mekanizmaları kurmak, sürdürmek ve geliştirmek, istekleri dışında işsizlikten etkilenenlerin haklarını güvence altına almak, aynı zamanda işe yerleştirmelerini kolaylaştırmak üzere eğitim programlarına erişmelerini sağlamakla yükümlüdürler. (m.15)

(xi) İnsan kaynaklarının eğitimi ve geliştirilmesi

İşçiler mesleki eğitim ve rehberlik alma ve vasıflarını geliştirme haklarına sahiptirler. Taraf devletler, işçilerin üretime katılmak için

gerekli vasıflara sahip olmalarını mümkün kılmak, teknolojideki gelişmeleri dikkate alarak bilgilerini arttırmak için gönüllü kuruluşlarla birlikte, sürekli mesleki eğitim ve rehberlik programlarını oluşturacaklardır. Taraf devletler ayrıca, mesleki eğitim ve rehberlik hizmetlerinin eşgüdümünü sağlamak için gerekli önlemlerin alınmasını, istihdamı koruyucu kamu hizmetlerinin yanı sıra işçilerin işgücü piyasasıyla bütünleşmeleri için gerekli koşulların hazırlanmasını, ulusal ve bölgesel düzeyde, işçilere işgücü piyasalarına ilişkin bilgilerin ve serbest dolaşımın sağlanmasını taahhüt ederler. (m.16)

(xii) İş sağlığı ve güvenliği

Tüm işçiler, fiziksel ve ruhsal sağlıklarını koruyucu, mesleki gelişimlerini ve iş görmelerini teşvik edici, sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamında çalışma hakkına sahiptirler. Taraf devletler, iş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesi ve çalışma ortamındaki koşulların iyileştirilmesi için, işçi ve işveren sendikalarıyla işbirliği halinde, işçilerin sağlık ve güvenliklerine ilişkin politika ve programları oluşturmayı, uygulamayı ve güncelleştirmeyi yüklenirler. (m.17)

(xiii) Çalışma ortamının denetlenmesi

Tüm işçiler, çalışma ortamı ve koşulları bakımından uygun bir korumadan yararlanırlar. Taraf devletler, çalışma ortamının, iş sağlığı ve güvenliği standartlarına uygun olup olmadığının denetlenmesi için, iş teftiş hizmetlerinin kurulmasını ve sürdürülmesini yüklenirler.(m.18)

(xiv) Sosyal güvenlik

Tüm işçiler, ulusal mevzuatla belirlenen hüküm ve koşullarda sosyal güvenlikten yararlanırlar. Taraf devletler, ülkelerindeki yerleşiklerin, hastalık, yaşlılık, malullük ve ölüm risklerine karşı sosyal güvenliğini sağlamayı; hak sahiplerinin ulusal kökenleri nedeniyle ayrımcılığa maruz kalma ihtimalinin ortadan kaldırılmasına yönelik politikalar oluşturmayı yüklenirler. (m.19)

B) Uygulamanın İzlenmesi

Bildirinin uygulanması ve izlenmesiyle, üye ülkelerdeki işçi, işveren ve hükümet temsilcilerinden üçlü yapıda oluşturulan MERCOSUR

Sosyal Çalışma Komisyonu görevlidir. Bildiri, taraf devletler bakımından oldukça kapsamlı taahhütleri içermesine karşın, yaptırım gücü bulunmamaktadır. Taraf devletlerin ulusal hukukunun üstünlüğünün kabul edilmiş olmasının bir sonucu olarak, uluslararası bir uyumsuzluk çözüm mekanizması da öngörülmemiştir.¹³⁷ Bildiri'nin bağlayıcı güçten yoksun olmasının sebebi ortak standartların oluşturulmaması ve ticari yaptırımların öngörülmemiş olmasıdır.¹³⁸

Sosyal Çalışma Komisyonu, üye devletlerce Bildirideki taahhütleri konusunda verilen raporları incelemek, Bildiriye uygun uygulama plan ve programları hazırlamak, uygulamadaki güçlükler ve hatalara ilişkin görüşleri izlemek ve kayıtları oluşturmakla görevlidir. Bildiride yer verilen çalışma ilkelerinin ulusal düzeyde uygulanmasını izlemek, iş teftiş kurumlarının görevidir. İş teftiş kurumları bu görevi, işçi ve işveren sendikalarının katılımıyla yerine getirirler. Üye devletlerce sunulan raporlar, çalışma bakanlıkları tarafından en fazla temsil gücüne sahip işçi ve işveren sendikalarıyla danışmalarda bulunmak suretiyle yıllık olarak hazırlanır ve Bildiri'de yer verilen ilkelerin uygulanması konusunda ulusal mevzuatta yapılan değişikliklerin ve uygulamadaki güçlüklerin bir özetini içerir. Bildiri'nin 21. maddesinde Komisyon'un yılda en az bir kez toplanarak raporları incelemesi, bu raporlara dayanarak Ortak Pazar Grubu'na sunulmak üzere geniş kapsamlı bir rapor hazırlaması öngörülmüştür.¹³⁹

V) DOMİNİK CUMHURİYETİ -ORTA AMERİKA SERBEST TİCARET ANLAŞMASI (CAFTA-DR)

Dominik Cumhuriyeti-Orta Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement CAFTA-DR) ABD ve Dominik Cumhuriyeti ile Kosta Rika, El Salvador, Guatemala, Honduras ve Nikaragua tarafından 5 Ağustos 2004 tarihinde bağtlanan bir serbest ticaret anlaşmasıdır. CAFTA-DR, ABD ile bir grup geliştirmekte

¹³⁷ European Commission, The Use, Scope and Effectiveness of Labour and Social Provisions and Sustainable Development Aspects in Bilateral and Regional Free Trade Agreements, Final Report. Contract VC/2007/0638, 2008, <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2112>, s.51.

¹³⁸ Compa, Labour Rights in the FTAA, s. 255.

¹³⁹ Compa, Labour Rights in the FTAA, s. 255.

olan ekonomi arasında yapılan ilk serbest ticaret anlaşması olma niteliğini taşır. Anlaşma ile tarifelerin kaldırılması, pazarların açılması hizmetler önündeki engellerin azaltılması ve bölgesel bir bütünleşmeye yönelik olarak ticaret ve yatırımların kolaylaştırılması öngörülmektedir.¹⁴⁰

A) Sosyal Hükümler

Anlaşmanın sosyal hükümleri, “Çalışma” başlığı altında 16. Bölüm’de yer almaktadır. Bu bölümde ticaretle ilişkili işçi hakları konusunda geniş kapsamlı taahhütlere yer verilmektedir.

Taraflar, Uluslararası Çalışma Örgütü üyesi olarak üstlendikleri yükümlülükleri ve Temel Haklarla İlgili İlkeler Bildirgesi çerçevesindeki taahhütlerini teyit etmektedirler.¹⁴¹ Taraf devletler yasalarında Temel Haklarla İlgili İlkeler Bildirgesinde belirtilen temel haklarla ilgili ilkelerin tanınmasını ve korunmasını sağlamayı yüklenirler. Bunlar, sendika özgürlüğü ve toplu pazarlık hakkının etkin biçimde tanınması, zorla ya da zorunlu çalıştırmanın tüm biçimlerinin ortadan kaldırılması, çocuk işçiliğine etkin biçimde son verilmesi ve istihdamda ve meslekte ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına ilişkin temel ilkelerdir.¹⁴²

Taraflar, kendi iş yasalarının etkili olarak ve ticareti etkilemeyecek şekilde uygulanmasını sağlamaya çalışmayı yüklenmişlerdir. “İş yasaları” terimi, taraf devletlerde yasama ve kural koyma yetkisine sahip organlar tarafından konulan ve çalışanların uluslararası belgelerle kabul edilen haklarıyla doğrudan ilişkili hukuk kurallarını ifade etmektedir(m.16). Bunlar, (a) Örgütlenme hakkı; (b) Sendika ve toplu pazarlık hakkı; (c) Her ne şekilde olursa olsun zorla ya da zorunlu çalıştırmanın yasaklanması; (d) Çocukların çalıştırılmasında asgari yaş ve en kötü koşullarda çocuk işçiliğinin yasaklanması ve ortadan kaldırılması, (e) Asgari ücret, çalışma süreleri ve iş sağlığı ve güvenliği bakımından uygun çalışma koşullarıyla ilgili düzenlemelerdir.¹⁴³ İş ve meslekte ayrımcılığın kaldırılması ve kadın erkek eşitliği Anlaşmanın Ek: 16/5. maddesi çerçevesinde oluşturulan Çalışma İşbirliği ve Ka-

¹⁴⁰ Anlaşmanın İngilizce metni için Office of the United States Trade Representative, www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta

¹⁴¹ Bkz. Yukarıda 135. dipnot.

¹⁴² Bkz. Yukarıda 136. dipnot.

¹⁴³ Doumbia-Henry - Gravel, s. 195.

pasite Oluşturma Mekanizması'nın temel öncelikleri arasında olduğu ifade edilmekle birlikte, bu ilkeler yukarıda sayma yoluyla belirtilen temel haklarla ilgili ilkeler arasında sayılmamaktadır.¹⁴⁴ Taraflar, iş yasalarını ticareti etkilemeyecek şekilde uygulamakla yükümlüdürler. İş hukuku uygulamasında ticareti etkilemeye yönelik sürekli veya yinelenen eylemlerde bulunmak veya eylemsizlik halinde olmak, anlaşma hükmünün ihlâli sayılacaktır. Taraflar, iş hukuku mevzuatının düzenlenmesinde ve uygulamasında ticareti veya yatırımları teşvik etmek amacıyla Anlaşmada sayma yoluyla belirtilmiş olan temel haklarla ilgili ilkelerin herhangi birinden feragat etmeyecekler, bunlarla bağdaşmayan başka türlü herhangi bir kısıtlama öngöremeyecekler ve bu yolda bir teklifte bulunamayacaklardır.

Taraf devletlerin bir diğer önemli yükümlülüğü usul hukukuna ilişkin güvenceler konusundadır. Taraflar, iş hukukundan doğan uyumsuzluklarla görevli ve yetkili yargı yerlerinin kurulmasını, yargılamanın açık, adil ve tarafsız bir şekilde yapılmasını güvence altına almakla yükümlüdürler. Yargılama yöntemlerinin usul hukuku hükümlerine uygun olması gerekir. Yargılama aleni yapılmalı, davacı ve davalının dinlenmesine ve delillerini sunmalarına imkân verilmelidir. Yargılama yöntemleri, ölçsüz yargılama giderlerini gerektirmemeli, zaman kısıtlamalarını öngörmemeli, yersiz gecikmelere yol açmamalıdır. Yargılama sonucunda verilen karar yazılı ve gerekçeli olarak ve gecikmeksizin taraflara duyurulmalı, kararın düzeltilmesi istemiyle tarafsız ve bağımsız temyiz mercilerine başvurulması sağlanmalıdır. Taraf devletler ayrıca, iş yasalarının uygulanması için para ve hapis cezası ve işyeri kapatma da dâhil olmak üzere uygun yaptırım türlerini düzenleyeceklerdir.

Anlaşma'ya taraf ülkelerde, çalışma bakanlıklarınca görevlendirilen kamu görevlilerinden oluşan birer "*Çalışma Konseyi*" kurulmaktadır. Çalışma konseyleri, Anlaşma'nın sosyal hükümlerinin uygulanmasını ve işbirliği mekanizmalarının faaliyetlerini izlemek ve gözden geçirmekle görevlidir. Konsey kararları kural olarak ilân edilmelidir. Taraf devletlerin çalışma bakanlıklarında, anlaşma hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili olarak taraflara ve halka hizmet vermek üzere "*Bağlantı Noktası*" adı verilen birer birim kurulmaktadır. Bağlantı noktaları, Anlaşma'nın sosyal hükümlerine ilişkin sorunlarla ilgili başvuruları

¹⁴⁴ Dombia-Henry - Gravel, s. 196.

almak ve diğer tarafları ve kamuyu bilgilendirmekle görevlidir. Taraf devletlerde, sosyal hükümlerin uygulanmasıyla ilgili görüş ve öneri alışverişinde bulunmak üzere, halkın ve işçi ve işveren kuruluşlarının temsilcilerinin katılımıyla oluşan “*Danışma Kurulları*”nın kurulması öngörülmüştür.

Anlaşmada ayrıca, Temel Haklarla ilgili UÇÖ İlkeleri Bildirgesi ve En Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Ortadan Kaldırılmasına ilişkin 182 Sayılı UÇÖ Sözleşmesi ilkeleri de dâhil olmak üzere, tarafların çalışma ile ilgili konulardaki ortak taahhütlerinin daha ileriye götürülmesi ve uluslararası çalışma normlarının geliştirilmesi için, çalışma bakanlıkları düzeyinde çalışma işbirliği mekanizmalarının oluşturulması öngörülmüştür. Çalışma bakanlıklarında kurulan bağlantı noktaları, çalışma işbirliği mekanizmalarına da hizmet verecektir. Söz konusu mekanizmalar, taraf devletin ulusal hukukuna tâbi olarak işleyecektir. Çalışma ile ilgili temel haklar ve bunların etkili bir biçimde uygulanması, çalışma hayatının yönetimi ve denetimi, kötü şartlarda çocuk işçiliği, işçi ve işveren ilişkileri, işçi, işveren ve hükümetler arasında işbirliği ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri, çalışma koşulları, iş sağlığı ve güvenliği, işsizlik yardımları ve diğer sosyal güvenlik ve sosyal yardım programları, insan kaynakları ve yaşam boyu öğrenme, çalışma istatistikleri, istihdam fırsatları, kadın-erkek eşitliği; teknoloji ve üretimde verimlilik ile taraflarca kararlaştırılabilecek diğer konular, işbirliği mekanizmalarının temel öncelikleri arasında sayılmıştır.¹⁴⁵

B) Uyuşmazlıkların Çözülmesi

Taraflardan birinin, diğer bir taraf devletin Anlaşma'nın 16. maddesindeki yükümlülüklerine uymadığı inancında olması durumunda, “*ortak danışma mekanizması*” işletilmektedir. Sorun, taraf devletlerden birinin iş hukukunu etkili olarak uygulama yükümlülüğünü yerine getirmemesiyle ilgili ise, şikâyetçi taraf danışma sürecinin sonunda Anlaşma'nın “*Uyuşmazlıkların Çözümü*” başlıklı 20. bölümündeki kurallar çerçevesinde ilâve danışmalarda bulunulması ya da hükümet düzeyinde serbest ticaret komisyonunun toplanması talebinde bulunabilir. Komisyon, anlaşmazlığı gideremezse, sorun uyuşmazlık çözüm kuruluna havale edilir.¹⁴⁶

¹⁴⁵ European Commission, Final Report, s.45.

¹⁴⁶ Anlaşmanın 16. Bölümünün özeti için bkz. Summary of The Agreement, s. 21-22. www.ustr.gov/webfm_send/2632

İş hukukunun etkili olarak uygulanmamasına ilişkin uyuşmazlıklarda, Uyuşmazlık çözüm kurulu, uzmanlar kurulu raporunun sunulmasından sonra şikâyet olunan devletin iş hukukunu etkili bir biçimde uygulama yükümlülüğünü sürekli olarak yinelenen eylemler veya eylemsizlik yoluyla ticareti etkileyecek biçimde yerine getirmediğini tespit eder ve uyuşmazlığın tarafları arasında çözüm üzerinde bir anlaşma sağlanmaz, ya da şikâyetçi taraf, kuruldan bu devlete parasal nitelikte bir yaptırım uygulanmasını talep edebilir. Kurul, tarafından azami tutarı Anlaşma'da öngörülen miktarda bir tazminatın belirlenmesi ve bunun Komisyon tarafından çalışma ve çevre ile ilgili faaliyetler için oluşturulan bir fona yatırılması öngörülmüştür. Şikâyet olunan devlet tarafından bu tazminatın ödenmemesi halinde, şikâyet eden devlet, Anlaşma'nın amacının ticaret önündeki engellerin kaldırılması olduğunu göz önünde bulundurmak ve Anlaşma'nın taraflarının ve uyuşmazlığın tarafı olmayan devletlerin çıkarlarını etkilemekten kaçınmak koşuluyla, tarife avantajlarının askıya alınması da dâhil olmak üzere birtakım önlemlere başvurma hakkına sahiptir.¹⁴⁷

CAFTA-DR'de çalışanların haklarının etkili olarak uygulanmasının değerlendirilmesini öngören tarafsız ve nesnel bir mekanizma kurulmamış; sendika özgürlüğünün korunması hükümetlerarası görüşmelere bırakılmıştır.¹⁴⁸ Anlaşma, çalışma haklarına ilişkin hükümleri içermekte; ancak yaptırımlar sadece taraf ülkelerde iş hukuku mevzuatının etkili bir biçimde uygulanmaması halinde uygulanmaktadır.¹⁴⁹

VI) İKİLİ SERBEST TİCARET ANLAŞMALARI

ABD'nin taraf olduğu ikili serbest ticaret anlaşmaları çalışma ile ilgili hükümlerle, uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve yaptırımlarla ilgili düzenlemelere yer verilmektedir. Kanada ile Kosta Rika ve Şili arasında imzalanan serbest ticaret anlaşmaları, çalışma alanında işbirliği yapılmasına ilişkin ek anlaşmaları içermekte, taraf devletler çalışanların temel haklarına saygılı olma ve kendi iş hukuku mevzuatlarının uygulanmasını sağlama taahhüdünde bulunmaktadır.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Uyuşmazlık çözümü ve yaptırımlarla ilgili bilgi için: Summary of The Agreement, s.25-26; Hepple, Labour Laws, s.118; European Commission, Final Report., s. 45.

¹⁴⁸ Bronstein, s. 107.

¹⁴⁹ Bronstein, s. 103.

¹⁵⁰ Bronstein, s. 103.

ABD'nin taraf olduğu ikili serbest ticaret anlaşmalarından sekizi sosyal hükümler içermektedir.¹⁵¹ Bunlar ABD-Ürdün Serbest Ticaret Alanı Kuran Anlaşma (2001),¹⁵² ABD- Singapur Serbest Ticaret Anlaşması(2004),¹⁵³ ABD- Şili Serbest Ticaret Anlaşması (2004),¹⁵⁴ ABD-Avustralya Serbest Ticaret Anlaşması (2005),¹⁵⁵ ABD- Bahreyn Serbest Ticaret Anlaşması (2006),¹⁵⁶ ABD-Fas Serbest Ticaret Anlaşması (2006),¹⁵⁷ ABD- Peru Serbest Ticaret Anlaşması (2009),¹⁵⁸ ABD-Umman Serbest Ticaret Anlaşması'dır(2009).¹⁵⁹

ABD ile Bahreyn, Ürdün, Şili, Peru, Singapur, Fas, Avustralya ve Umman ile yapılan serbest ticaret anlaşmalarında taraflar, öncelikle Uluslararası Çalışma Örgütü üyesi olmaktan doğan yükümlülüklerini ve Temel Haklarla İlgili UÇÖ İlkeleri Bildirgesi çerçevesindeki taahhütlerini teyit etmektedirler. Anlaşmalardaki sosyal hükümlerinin ortak özelliği, taraf devletlerin iş hukuku mevzuatının, uluslararası çalışma ilkelerinin ve çalışanların uluslararası belgelerle kabul edilmiş bulunan haklarının tanınmasını ve korunmasını sağlama taahhüdünde bulunmalarıdır. Bunlar, örgütlenme hakkı, sendika ve toplu pazarlık hakkı, zorla ya da zorunlu çalıştırmanın yasaklanması, istihdamda çocuk ve gençlerin korunması, çocuklar için asgari çalıştırma yaşı ve en kötü şartlarda çocuk işçiliğinin ortadan kaldırılması ile asgari ücret, çalışma süreleri ve iş sağlığı ve güvenliği konularındaki uluslararası

¹⁵¹ Anlaşmaların "Labor-Çalışma" başlıklı bölümleri için. Uluslararası Çalışma Örgütü resmi sitesi: www.ilo.org/global/What_we_do/InternationalLabourStandards/InformationResources/fta/lang-en/WCMS_115531/index.html#P6_1463; Anlaşmalarla ilgili belgelere erişim: ABD Ticaret Bakanlığı (Office of the US Trade Representative) resmi sitesi: www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements.

¹⁵² www.ustr.gov/webfm_send/1041.

¹⁵³ www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/singapore/asset_upload_file7_08_4036.pdf.

¹⁵⁴ www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/chile/asset_upload_file853_4012.pdf.

¹⁵⁵ www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/australia/asset_upload_file148_5168.pdf.

¹⁵⁶ www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/bahrain/asset_upload_file73_6297.pdf.

¹⁵⁷ http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/morocco/asset_upload_file899_3853.pdf.

¹⁵⁸ www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/peru/asset_upload_file73_9496.pdf

¹⁵⁹ www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/oman/asset_upload_file901_8812.pdf.

çalışma normlarıdır. Anlaşma'nın hiçbir hükmü, asgari ücret düzeyinin belirlenmesi konusunda taraf devletlere herhangi bir zorlamada bulunulduğu biçiminde yorumlanamayacaktır. Serbest ticaret anlaşmalarında istihdamda ayırım yasağına ilişkin temel ilkeye yer verilmediği dikkat çekmekte; bu konu, genel olarak karşılıklı işbirliği yapılması öngörülen konular arasında sayılmaktadır.¹⁶⁰ Anlaşmalarda, asgari ücret, çalışma süreleri ve sağlık ve güvenlik bakımından uygun çalışma koşulları şeklinde üç yeni başlık altında çalışanların haklarının korunmasını öngören normlara yer verilmektedir.¹⁶¹

Taraf devletler, iş yasaları ve yönetmelikleriyle çalışmada temel haklar ve ilkelerle ilgili mevzuat hükümlerini etkili olarak ve ticareti etkilemeyecek bir şekilde uygulamakla yükümlüdürler. Tarafların, bir diğer yükümlülükleri, iş hukukundan doğan uyuşmazlıklarla görevli ve yetkili yargı yerlerinin kurulmasını ve yargılamanın açık, adil ve tarafsız bir şekilde yapılmasını güvence altına alınmasıdır. İş hukuku uygulamasında ticareti etkilemeye yönelik sürekli ve sistematik eylemlerde bulunmak veya eylemsizlik halinde olmak, anlaşma hükmünün ihlâli sayılacaktır. Taraflar, iş hukuku mevzuatının düzenlenmesinde ve uygulamasında, ticareti veya yatırımları teşvik etmek amacıyla, Anlaşmada belirtilen temel haklarla ilgili ilkelerin herhangi birinden feragat etmeyecekler; bunlarla bağdaşmayan başka türlü herhangi bir kısıtlama öngöremeyecekler; bu yolda bir teklifte bulunamayacaklardır.

Bahreyn, Şili, Singapur, Peru, Fas, Umman ile aktedilen anlaşmalarda Temel Haklara İlişkin İlkeler Bildirgesi ve En Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin 182 Sayılı Sözleşme ilkeleri de dâhil olmak üzere, tarafların çalışma ile ilgili konulardaki ortak taahhütlerinin daha ileriye götürülmesi ve uluslararası çalışma normlarının geliştirilmesini için, çalışma bakanlıkları düzeyinde çalışma işbirliği mekanizmalarının oluşturulması öngörülmüştür. Çalışma bakanlıklarında kurulan bağlantı noktaları, çalışma işbirliği mekanizmalarına da hizmet verecektir. Söz konusu mekanizmalar, taraf devletin ulusal hukukuna tâbi olarak işleyebilecektir. Çalışma ile ilgili temel haklar ve bunların etkili bir biçimde uygulanması, çalışma hayatının yönetimi ve denetimi, kötü şartlarda çocuk işçiliği, işçi ve işveren ilişkileri, işçi, işveren ve hükümetler arasında işbirliği ve uyuşmazlık

¹⁶⁰ European Commission, Final Report., s.44-45.

¹⁶¹ Dombia Henry - Gravel, s. 197.

çözüm yöntemleri, çalışma koşulları, iş sağlığı ve güvenliği, işsizlik yardımları ve diğer sosyal güvenlik ve sosyal yardım programları, insan kaynakları ve yaşam boyu öğrenme, çalışma istatistikleri, istihdam fırsatları, kadın-erkek eşitliği, teknoloji ve üretimde verimlilik ile taraflarca kararlaştırılabilecek diğer konular, işbirliği mekanizmalarının temel öncelikleri arasında sayılmıştır.¹⁶²

Serbest ticaret anlaşmalarında, uyuşmazlıkların çözüm yöntemlerine ilişkin düzenlemeler benzerlik göstermektedir. Taraflardan birisinin, diğer tarafın anlaşmadan doğan yükümlülüklerini yerine getirmediği düşüncesinde olması halinde, öncelikle danışma mekanizması işletilmekte; sorun danışma sürecinde çözümlenmemiş ise bir ortak komiteye sunulmakta; bu aşamada da bir çözüme varılamazsa hakem kuruluna havale edilmektedir. Hakem kurulu, şikâyet olunan devletin anlaşmadan doğan yükümlülüklerini yerine getirmediğini belirlemesi ve uyuşmazlığın taraflarının çözüm üzerinde bir anlaşmaya varamaması ya da şikâyet olunan devletin taraflarca üzerinde anlaşmaya varılmış bir çözüme uygulamaması halinde, şikâyet eden devlet şikâyet olunan devletin tazminat ödemesine karar verilmesini talep etmektedir.¹⁶³ ABD ve Ürdün arasındaki serbest ticaret anlaşmasında, taraflardan birinin anlaşmadan doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde uyuşmazlığın öncelikle danışmalar yoluyla çözümlenmesi öngörülmekte; tarafların danışmalar yoluyla bir çözüme varmaları mümkün olmazsa, uyuşmazlık bir karma komiteye havale edilmektedir. Bu aşamada da bir çözüme varılmamışsa, taraflarca uyuşmazlık çözüm kurulu oluşturulmaktadır. Uyuşmazlık çözüm kurulu tarafından hazırlanan rapor karma komiteye sunulmakta; karma komite tarafından da uyuşmazlığın çözümlenmesi mümkün olmazsa, taraflar "*uygun ve orantılı önlemler*" alma hakkına sahip olmaktadır. Diğer serbest ticaret anlaşmalarının aksine bu anlaşmada yaptırımlara ilişkin herhangi bir sınırlamaya yer verilmemiştir.¹⁶⁴ ABD ile Bahreyn, Fas, Avustralya, Şili, Singapur arasındaki serbest ticaret anlaşmalarında, anlaşmadan doğan yükümlülüklerini yerine getirmeyen tarafın üst sınırı anlaşmada gösterilen miktarda bir tazminatı ödemesi öngörülmekte; belirlenen tazminatın ödenmemesi halinde bu ülkeye sağlanan avantajların askıya alınması yoluna gidilmektedir.¹⁶⁵

¹⁶² European Commission, Final Report, s.45.

¹⁶³ Hepple, Labour Laws, s.116; European Commission, Final Report, s.45.

¹⁶⁴ Hepple, Labour Laws, s.117.

¹⁶⁵ European Commission, Final Report, s. 45; Hepple, Labour Laws, s.118.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Çalışmamızda incelenen serbest ticaret anlaşmalarının sosyal hükümlerinde farklı düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması/Çalışma İşbirliğine Dair Kuzey Amerika Anlaşması (NAFTA/NAALC) taraf devletlerin ulusal iş hukuku mevzuatında çalışma normlarını belirlemelerini ve uyuşmazlıkların kendi yargı mercilerinde çözümlenmesini öngörmektedir. Anlaşmada, ortak normlar yerine taraf ülkelerde çalışanların hak ve çıkarlarının korunmasını öngören ve mevzuat ve uygulamalarıyla geliştirmeleri öngörülen çalışma ile ilgili ilkeler belirlenmiştir. Güney Amerika Ortak Pazarı (MERCOSUR) Kurucu Andlaşması'na ekli Çalışma ve Sosyal Bildirisi'nde âkit taraflarca Uluslararası Çalışma Örgütü'nün temel sözleşmelerinin onaylanması ve bu şekilde çatışan iş hukuku mevzuatlarının birbirleriyle uyumlu hale getirilmesi öngörülmektedir. Ortak pazarı paylaşan ülkelerin, birbirlerinin iş hukuku mevzuatından daha avantajlı bir mevzuata sahip olmaması ve mukayeseli üstünlük sağlamaması, iş hukuku kurallarının uyumlu hale getirilmesiyle sağlanmaktadır. Dominik Cumhuriyeti - Orta Amerika Serbest Ticaret Anlaşması'nın (CAFTA-DR) ve çalışmamızda incelenen ikili serbest ticaret anlaşmalarının sosyal hükümlerinin ortak özellikleri: taraflarca öncelikle Uluslararası Çalışma Örgütü üyesi olmaktan doğan yükümlülüklerini ve Temel Haklarla İlgili UÇÖ İlkeleri Bildirgesi çerçevesindeki taahhütlerinin teyit edilmesi ve örgütlenme, sendika ve toplu pazarlık hakkı, her ne şekilde olursa olsun zorla ya da zorunlu çalıştırmanın ve en kötü koşullarda çocuk işçiliğinin yasaklanması ve ortadan kaldırılması, asgari çalıştırma yaşı, asgari ücret, çalışma süreleri ve iş sağlığı ve güvenliği bakımından uygun çalışma koşullarıyla ilgili iş hukuku kurallarını ticareti etkilemeyecek şekilde ve etkili bir biçimde uygulanmasının kabul edilmiş olmasıdır. Bu ilkelerden ticareti veya yatırımları teşvik etmek amacıyla feragat edilmesi ya da bir kısıtlama getirilmesi, sosyal hükümlerin ihlali anlamına gelmektedir.

Anlaşmaların sosyal hükümlerinde yer verilen normlar, genellikle örgütlenme, sendika ve toplu pazarlık hakkı, zorla ya da zorunlu çalıştırmanın yasaklanması, en kötü koşullarda çocuk işçiliğinin yasaklanması ve ortadan kaldırılması ve ayrımcılığın kaldırılması konularında çalışma yaşamında temel haklarla ilgili UÇÖ normları ile asgari ücret, çalışma süreleri ve iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin teknik normlar üye-

rinde yoğunlaşmakta; dünya ticaretiyle ilişkili bir sosyal norm kataloğu oluşmaktadır. Uluslararası ilişkilerin iktisadi ve siyasi niteliği dikkate alındığında, uyumsuzlukların çözüm mekanizmalarının işleyişi ve yaptırımların etkililiği konusunda bir değerlendirme yapmanın güçlüğü ortadadır. Uluslararası ticaret anlaşmalarının sosyal hükümlerinin, çalışanların temel haklarına uluslararası hukuk belgeleri ve ulusal iş hukuku mevzuat ve uygulamalarıyla sağlanan güvenceyi ikame etmesi mümkün görülmemekle birlikte, sosyal normların uygulanmasının sağlanması bakımından yararlı olabilecek özgün bir mekanizma olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğu görülmektedir.

KAYNAKLAR

- Baklacı Pınar, *Uluslararası Yatırım Hukukunda En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi*, İstanbul, 2009,
- Banks Kevin, *"The impact of globalization on labour standards"*, *Globalization and The Future of Labour Law*, 2006.
- Blanpain R., *"Multinational Enterprises and Codes of Conduct"*, *Comparative Labour Law and Industrialized Market Economies*, Kluwer Law International, 2004, s.191 - 212
- Breining Kaufmann Christine, *Globalisation and Labour Rights*, 2007
- Bronstein Arthur, *International and Comparative Labour Law, Current Challenges*, Palgrave Macmillan, 2009.
- Burkett Brian, *"The international labour dimension; an introduction"*; *Globalization and the Future of Labour Law*, Cambridge, 2006, s. 15-51
- Charnovitz Steve, *"The influence of international labour standards on the world trading regime, A historical overview"* *International Labour Review*, Vol.128, No.5, September-October 1987, s. 565-584.
- Compa Lance *"Trade Liberalization and Labour Law"* XVIII World Congress of Labour and Social Security Law, Paris, September 5th to 8th 2006. (Trade Liberalization and Labour Law)
- Compa Lance, *"Labour Rights in the FTAA"*, *Globalization and the Future of the Labour Law*, Oxford, 2005 (Labour Rights in the FTAA)

- Compa Lance, "The First NAFTA Labor Cases: A New International Labor Rights Regime Takes Shape", *US_Mexico Law Journal*, Vol.3 HeinOnline – 3 U.S.-Mex.L.J.159 1995. (The First NAFTA Labour Cases)
- Compa Lance, *NAFTA's Labor Side Agreement and International Labor Solidarity*; Editorial Board of Antipode, 2001. (NAFTA's Labor Side)
- Davies A.C.L, *Perspectives of Labour Law*, Cambridge University Press, 2004.
- Doumbia Henry Cleopatra - Gravel Eric, "Free trade agreements and labour rights: Recent developments" *International Labour Review*, Vol.145 (2006), No.3.
- Erdoğan Seyhan, *Küreselleşme Sürecinde Uluslararası Sendikacılık*, 2006,
- European Commission, *The Use, Scope and Effectiveness of Labour and Social Provisions and Sustainable Development Aspects in Bilateral and Regional Free Trade Agreements*, Final Report. Contract VC/2007/0638, 2008, <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2112> (Final Report)
- Güran Nevzat –Aktürk İsmail, *Uluslararası İktisadi Kuruluşlar*, Isparta 2001
- Halatçı Ulusoy, Ülkü; *Dünya Ticaret Örgütü'nde Uyuşmazlıkların Çözümü Mekanizması*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2009
- Hepple Bob, "New Approaches to International Labour Regulation", *Industrial Law Journal*, Vol. 26, No. 4, December 1997, s. 353-366. (New Approaches)
- Hepple Bob, *Labour Laws and Global Trade*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2005 (Labour Laws)
- Hudec Robert E., *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, 1990,
- ILO, "A Fair Globalization: Creating Opportunities For All", *The World Commission on the Social Dimension of Globalization*, ILO 2004, (A Fair Globalization)
- Karlık Rıdvan, *Küreselleşen Dünyada Uluslararası Kuruluşlar*, İstanbul 2007

Kaya Talat "DTÖ Hukukunda Ayrımcılık Yapmama İlkesi", AUHFD, 59(2), 2010:182-242, auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd/AUHF-2010-59-02-kaya.pdf

Kellerson Hilary, "The ILO Declaration of 1998 on fundamental principles and rights: A challenge for the future", *International Labour Review*, Vol. 137 (1998), No. 2, http://training.itscilo.it/ils/foa/library/labour_review/1998_2/english/kellerson_en.html

Klare Karl, "Horizons of Transformative Labour Law", *Labour Law in the Era of Globalisation*, Oxford, 2005.

Krueger Alan B., *Observations on International Labor Standards and Trade*, National Bureau of Economic Research Working Paper 5632, 1996,

Leary Virginia A., "The Wto And The Social Clause: Post-Singapore" *EJIL*(1997) <http://ejil.oxfordjournals.org/cgi/reprint/8/1/118.pdf>;

Limm Hoe, "The Social Clauses: Issues and Challenges", <http://actrav.itscilo.org/actrav-english/telearn/global/ilo/guide/hoelim2.html>.

Motta Veiga Pedro Da - F.Lengyel Miguel, *International Trends on Labour Standards; Where does Mercosur Fit in?*, 2003, *Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales*, IDRC., <http://idl-bnc.idrc.ca/dspace/handle/10625/27827>

Muchlinski Peter T, *Multinational Enterprises & The Law*, Oxford, 2007

Pazarcı Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

Rodgers Gerry - Lee Eddy - Sweptson Lee - Van Daele Jasmien, "The International Labour Organization And The Quest For Social Justice, 1919-2009", International Labour Organization, 2009.

Rotman Edgardo, "A Guide to MERCOSUR", *Legal Research: Sources and Documents*, www.nyulawglobal.org/Globalex/Mercosur.html.

Servais J-Micheal, *International Labour Law*, Kluwer, 2005. (International Labour Law)

Servais, "The social clause in trade agreements: Wishful thinking or an instrument of social progress?", *International Labour Review*, Vol. 128, 1989, No: 4, s. 423 - 432 (The social clause)

- Stone Katherine Wan Wezel, *“Labour and Global Economy: Four Approaches to Transnational Labour Regulations”*, *Michigan Journal of International Law*, 1995, Vol.16:987.
- Sur Melda, *“Globalleşme Bağlamında Sosyal Haklar” Türkiye’de İnsan Hakları*, TODAİE, 1. Baskı, Ankara, Haziran 2000, s. 597-610 (Globalleşme Bağlamında).
- Sur Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, İstanbul 2008 (Uluslararası Hukukun Esasları)
- Sur Melda, *“Sosyal Standartların Uluslararası Ticaretle İlişkilendirilmesi” Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan*, Cilt I, İstanbul 2001, s. 765-779 (Sosyal Standartların)
- Şanlı Cemal – Ekşi Nuray, *Uluslararası Ticaret Hukuku*, İstanbul, 2002,
- Şanlı Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 2.Bası, Beta, İstanbul 2002
- Telli Serap, *Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumlaşması*, Ankara 1991
- Uluslararası Çalışma Örgütü, *Uluslararası Çalışma Konferansı 81. Dönem 1994, Değerleri korumak, değişimi desteklemek, Küresel ekonomide sosyal adalet, Genel Müdür Raporu (Bölüm I)*, Ankara, 1994. (Değerleri Korumak)
- Williams Lucy A., *“Beyond Labour Law’s Prochalism: A Revisioning of the Discourse of Redistribution”*, *Labour Law in an Era of Globalization*, Oxford, 2005

YENİ YASAL DÜZENLEMELERE GÖRE KAMULAŞTIRMASIZ EL KOYMA SEBEBİYLE DOĞAN TAZMİN HAKKININ TABİ OLDUĞU USUL VE ESASLAR

ACCORDING TO THE LAST LEGAL REGULATIONS THE BASIS AND THE PROCEDURE OF THE RIGHT TO COMPENSATION ARISING BY REASON OF CONFISCATION WITHOUT EXPROPRIATION

Gürsel KAPLAN*

Özet: Kamulaştırmaz el koyma sorununu çözmek için bugüne kadar çeşitli yasal düzenlemeler gerçekleştirilmiştir. Ancak söz konusu yasal düzenlemelerin sorunu tam anlamıyla çözemediği görülmektedir. Çünkü söz konusu düzenlemeler bu konuda her zaman için uygulanabilecek kurallar içermek yerine, daha ziyade, geçmişte gerçekleşmiş bulunan kamulaştırmaz el atmaları “bir defaya mahsus” olmak üzere yasal bir çözüme kavuşturmakla yetinmektedirler. Bu bakımdan, söz konusu kanunlar bir nevi “af kanunu” özelliği taşımaktadırlar. Bu durum, ele aldığımız yeni yasal düzenlemeler için de geçerlidir. Çünkü bu Kanunla getirilen düzenlemeler de geçmişin yanında geleceği de düzenlemekle birlikte, bunu 2026 yılı ile sınırlandırmış olduğu için bu düzenlemelerin bizatihi kendisi de sorunu kökten halletmek gibi bir iddia içermemektedir.

Durum böyle olunca, ister istemez, 2026 yılından sonra ne olacağı sorusu akla gelmektedir. Bu durumda, şayet aksi yönde bir düzenleme yapılmazsa, Yargıtayın içtihadı birleştirme kararlarıyla benimsenen çözümün uygulanmasına devam olunacağı anlaşılmaktadır. Buna göre, taşınmazına el atılan kişi, belli bir süreyle kısıtlı olmaksızın, tazminat (ecrimisil, bedel) veya men’i müdahale davası açmak konusunda seçimlik bir hakka sahiptir. Özel mülkiyeti korumaya odaklı bu çözüm, kamusal yarar ve çıkarları gözetmeyi tamamen ihmal ettiği için tatmin edici değildir. Bu sebeple, kişilerin mülkiyet hakkı ile birlikte kamu hizmetinin gereklilerini ve kamu mallarının korunmasını da gözetken kalıcı çözümlerin bulunması zorunludur.

Anahtar Sözcükler: Kamulaştırmaz el atma, dolaylı kamulaştırma, kamu mallarının dokunulmazlığı, men’i müdahale davası, tazminat (bedel) davası.

* Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Abstract : Until now sundry legal undertakings have been made in order to prevent confiscation without expropriation. However, it is obvious that these undertakings are not sufficient for instead of proving rules which are always applicable, they only enable legal solutions to solve confiscations that have already been made “for once” only. For this reason, the said laws possess the quality of an amnesty law. The same thing is true for the new legal undertaking we are dealing with. The reason being, although the regulations brought with this undertaking take care of the future along with the past, they do not solve the problem radically because of this the new law is limited to the year 2026.

As things stand, the question what will happen after this inevitably comes to mind. Should there be no other arrangement in the opposite direction, it is deduced that the solution adopted with the landmark decision of the Supreme Court of Appeals will continue to be applied. According to it, the person whose real property has been confiscated has the right to choose from the options indemnity or sue for preventing the intervention. This solution, aiming to protect private property, is not satisfactory for it neglects to look after public interest and welfare. Therefore, it is essential that permanent solutions be found to look after the requirements of public service and the protection of public property along with the ownership rights of individuals.

Keywords: Confiscation without expropriation, indirect expropriation, immunity of public property, a sue for preventing the intervention, action for damages.

Giriş

Kamulaştırmasız el atma konusunu düzenleyen yegâne hüküm niteliğindeki 4 Kasım 1983 tarih ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 38 inci maddesinin Anayasa Mahkemesi'nin 10 Nisan 2003 tarih ve E.2002/112, K.2003/33 sayılı kararı ile iptal edilmesi üzerine ciddi bir hukuksal boşluk ortaya çıkmıştır.

Kamulaştırmasız el atma sorunu, geçmişi hayli eskiye dayandığı ve uygulamada sıkça karşılaşıldığı için yargı yerlerinin kendisine yabancı olmadığı bir sorun olsa da ortaya çıkan hukuksal boşluk karşısında tutum ve kararları oldukça farklılık göstermiştir. Özellikle hak düşürücü sürenin uygulaması konusunda kendisini gösteren bu içtihat farklılığının yol açtığı olumsuzluklar karşısında harekete geçen kanun koyucu¹, hem süre sorununu hem de yargı yerlerince verilen men'i mü-

¹ 18 Haziran 2010 tarih ve 5999 sayılı Kanunla 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa eklenen Geçici 6 ncı maddenin “Gereke”sinde bu yönde açıklamalara yer verilmektedir.

dahale kararlarının kamu malları ve hizmetine dokunan zararlı etki ve sonuçlarını bertaraf etmek için, 18 Haziran 2010 tarih ve 5999 sayılı Kanunla 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na eklediği geçici 6 ncı madde ile birtakım yasal düzenlemeler yürürlüğe koymuş bulunmaktadır.

İnceleme konumuzu esas itibariyle anılan yasal düzenlemeler teşkil etmekle birlikte, bunların irdelenmesine geçmeden önce, kavramsal, tarihsel ve karşılaştırmalı hukuk açısından da meseleye kısaca değinmenin yararlı olacağı kanaatindeyiz.

Çünkü söz konusu yasal düzenlemelere ilişkin olarak yapacağımız irdeleme ve değerlendirmelerin isabetliliği, her şeyden önce, bunların doğru bir kavramsal temelde ele alınmasına ve ikame edildikleri düzenlemelerin uygulamada kazanmış oldukları anlam ve uygulamalara bağlıdır.

Bu nedenle, ele aldığımız düzenlemelerin olumlu ve olumsuz yanlarını ortaya koymadan önce, kısaca da olsa, konuya kavramsal ve tarihsel perspektiften bakmakta yarar vardır.

I- Kamulaştırmaz El Koyma (El Atma) Kavramı

Başlıkta belirtilen kavram ve kurumu kısaca tanımlamak gerekirse şunu diyebiliriz: Kamulaştırma yetkisine sahip bir idare, Anayasa ve yasalara uygun bir işlem oluşturmaksızın, bir kimsenin taşınmaz malına el koyar ve onun üzerinde bir tesis veya bina yapar yahut o taşınmaz malı bir hizmete tahsis ederek mal sahibinin taşınmazı üzerinde dilediği gibi kullanma hakkına karşı herhangi bir girişimde bulunursa, idare taşınmaz mala kamulaştırmaz el koymuş sayılır.²

Anayasamızın ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun ilgili hükümleri göz önünde bulundurulduğunda, normalde kamulaştırmaz el atma gibi hukuk dışı durumların ortaya çıkmaması beklenir. Çünkü Anayasamızın kamulaştırmayı düzenleyen 46 ncı maddesinin birinci fıkrasına göre, *"Devlet ve kamu tüzelkişileri, kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere*

² Ali Arcak, *Kamulaştırmaz Elkoyma ve Yeni Hükümler*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1987, s. 23.

göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir". Dolayısıyla, idare kendisine verilen görev ve hizmetleri yürütebilmek ve bunun için gerekli olan teşebbüsleri kurmak için Anayasamızın ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun belirlediği hukuki esaslar çerçevesinde hareket ederek ihtiyaç duyduğu taşınmaz mallar üzerinde mülkiyet yahut irtifak hakkı kurabilir.

Ancak idarenin her zaman bu hukuki esaslara göre hareket etmediği görülmektedir. Başka bir ifadeyle, idarenin ihtiyaç duyduğu taşınmazların mülkiyetini elde etmek yahut irtifak hakkı kurmak için belirtilen anayasal ve yasal kurallara göre hareket etmek yerine, bilek ya da bilmeyerek, hiçbir yasa kuralına dayanmadan da kişilerin mülkiyet hakkına el koyduğu (el attığı) görülmektedir. "Kamulaştırmaz el atma", "dolayısıyla kamulaştırma" veya "füli kamulaştırma"³ olarak ifade edilen bu tür bir el koyma, idareden çıkmasına rağmen, hiçbir yasal dayanağı bulunmadığı ve tamamen usul dışı olduğu için aynı zamanda "füli yol" veya "haksız fül" olarak nitelendirilmektedir.⁴

Elbette ki, idarenin özel mülkiyet hakkını ihlal eden veya ona zarar veren her türlü davranışı bu nitelikte değildir ve dolayısıyla kendisine böyle sonuçlar bağlanmamaktadır. Genel kabul gören görüşe göre, fiili yol yahut haksız eylem niteliğinde bir kamulaştırmaz el koymadan söz edebilmek için, idarenin özel mülkiyette bulunan bir taşınmaz mala sahiplenme amaç ve kasdıyla hareket etmesi, yani malik veya zilyed gibi tasarrufta bulunması ya da taşınmazı hiç olmazsa belli bir süre sahibinin tasarrufundan alıkoyması gerekir⁵. Nitekim Yargıtay'a⁶ göre de,

³ Doktrinde genellikle "dolayısıyla kamulaştırma" terimi ile ifade edilen bu duruma "füli kamulaştırma" da denilmektedir. Bkz.: Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt: III, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1558; René Chapus, *Droit Administratif Général*, Cilt: II, 15. Baskı, Montchrestien, Paris, 2001, s. 568.

⁴ A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku, Cilt: I, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 1161-1162; İl Han Özay, *Günüşiğında Yönetim*, Alfa Kitabevi, İstanbul, 2002, s. 473; Metin Günday, *İdare Hukuku*, 9. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 248; Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt: II, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009, s. 990; Meltem Kutlu Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2009, s. 362-363.

⁵ Bu nedenle, idarenin bu tür fiillerini ifade etmek için "kamulaştırmaz el atma" deyimini yerine "kamulaştırmaz el koyma" deyiminin kullanılması daha isabetlidir. Çünkü anlatılan durum, aynı zamanda belli bir nicelik ve süreklilik de içerdiği için, "el koyma" terimi daha iyi karşılamaktadır. Ancak "el atma" terimi daha yerleşmiş olduğu için biz de yer yer aynı terimi de kullanmaya devam edeceğiz.

⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 15 Ekim 2004 tarih ve E. 2004/5-561, K.2004/717 sayılı Kararı (*Kazancı İçtihat Bankası*).

“Bir taşınmaza kamulaştırmaz elatıldığından söz edilebilmesi için, öncelikle idarenin, o taşınmaza eylemli olarak el koyup, malikin kullanımını, yasa-ya aykırı şekilde tamamen ortadan kaldırması ve bu durumun kalıcı olması şarttır. Eş söyleyişle idare, elkoyma eylemini, o taşınmazı sahiplenme amaç ve kastı ile yapmış olmalıdır”.

Dolayısıyla, idarenin bu nitelikte olmayan, yani ani ve geçici zarar verici tutum ve hareketleri fiili yol yahut haksız fiil değil, birer hukuka aykırı idari eylem olarak kabul edilerek onların tabi olduğu hukuki rejime tabi tutulacaktır.⁷ Nitekim yukarıda anılan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararında dile getirilen şu düşüncelere bakılırsa uygulamanın da bu yönde olduğu görülmektedir.

“Elkoyma eylemi açıklanan nitelikte değil ve sadece geçici bir kullanım sözkonusu ise, kamulaştırmaz elkoyma olgusu mevcut değildir. Bundan dolayı malikin bir zararı oluşsa bile, taşınmaz bedelinin istenilmesine hukuken olanak yoktur. Böyle bir durum, sadece ve ancak, uğranılan zararın tazminini başka hukuksal yol ve kavramlara dayalı olarak isteme olanağı verebilir.

Yine, kamulaştırmaz elkoyma hükümlerinin uygulanması, mal sahibinin kullanımına engel olma ve malın elinden alınması anlamını taşıdığına göre, taşınmaz, mal sahibinin elinde bulunduğu ve kullanma hakkına sahip olduğu süre, mal sahibi idareden değer karşılığının verilmesini isteyemez”.

Diğer taraftan, hiçbir hukuki esasa dayanmadan kişilerin mülkiyet ve zilyetlik haklarını sürekli bir biçimde ihlal eden el atmaların hepsi de aynı mahiyette değildir. Daha doğru bir ifadeyle, idarenin bu tür müdahalelerinin hepsi başlangıçta aynı mahiyette olsa da, bunlardan büyük bir kısmı zamanla nitelikçe değişime uğrayarak diğerlerinden farklılaşmaktadır. Dolayısıyla, başlangıçta aynılık olsa bile sonradan ortaya çıkan önemli farklılık, bunların hüküm ve sonuçları bakımından ayrı ayrı ele alınarak değerlendirilmesini gerektirmektedir. Çünkü bu tür el atmaların bir kısmı sadece malikin yahut zilyedin gayrimenkulü üzerindeki tasarruf hakkına engel olmaktan ibaret kaldığı halde, diğer bir kısmının hatta çoğunluğunun ise, yine aynı sonucu da doğurmakla birlikte, kamu malı ve hizmetini ilgilendiren önemli birtakım sonuçları da olmaktadır. Dolayısıyla, her ikisini aynı kefedede

⁷ Günday, a.g.e., s. 248; Pertev Bilgen, *Kamulaştırma Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s. 97; Kutlu Gürsel, a.g.e., s.363, 368; Ömer Köroğlu, *Kamulaştırma*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1995, s. 132; Zeki Akar, *Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları*, Cilt: II, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 941.

görmek doğru olmaz. Bu nedenle, idarenin hiçbir hukuki esasa dayanmadığı için başlangıçta “*füli yol*” veya “*haksız fiil*” şeklinde nitelendirilen müdahalelerinden bir kısmının zamanla kamuya yararlı sonuçlar yarattığı göz önünde bulundurularak, ortaya çıkan bu iki ayrı durum arasında bir fark gözetilerek buna göre soruna bir çözüm bulunmasının daha doğru olacağı düşüncesi ileri sürülmüştür.⁸

Fransız hukuku kökenli olan bu düşünceye göre, birinci durumdaki el atmaları “*alélâde kamulaştırmaz el atmalar*”; ikinci durumdaki el atmaları ise “*bayındırlık eserleri inşası nedeniyle kamulaştırmaz el atmalar*” şeklinde adlandırmak ve nitelendirmek gerekir.⁹ Çünkü basit birer haksız fiil yahut mülke tecavüz olan birinci tür el atmalarda zilyed yahut malikin malını korumak ve geri almak için her türlü dava hakkı varken, ikinci tür el atmalarda ise bu kişilerin sadece tazminat yahut malın bedelini isteme hakkı vardır.¹⁰ Gerçi bu durum kendiliğinden yahut idarenin tek taraflı bir kararıyla değil, taraflar arasında anlaşma sağlanmadığı takdirde, mahkemece hükmedilecek belli bir miktar tazminat (bedel) karşılığında ve yine mahkemece verilecek tescil kararıyla olmaktadır. Ancak bu durumda malikin ve zilyedin hiçbir şekilde men’i müdahale yahut istihkak davası açabilme hakkı ve imkânı yoktur.¹¹ “*Dolaylı kamulaştırma*” olarak ifade edilen bu durum temelini, “*bayındırlık eserlerinin dokunulmazlığı*” ilkesinden almaktadır.¹² Hukukumuzdaki duruma ışık tutacağı düşüncesiyle konuya biraz daha yakından bakmakta fayda olduğu kanaatindeyiz.

II- Fransız Hukukunda Kamulaştırmaz El Atmaya Bulunan Çözüm: “*Dolaylı Kamulaştırma*” Teorisi ve Bunun Terkedilmesi

Fransız hukukunda ilk defa Conseil d’État’ın¹³ 7 Temmuz 1853 tarihli *Robin de la Grimaudière* kararıyla benimsenen ve 1990’lı yıllara kadar mutlak bir biçimde uygulanagelen bu anlayışa göre¹⁴, birinci durumda malın mülkiyeti malike ait olmaya devam ettiği halde, ikin-

⁸ Onar, a.g.e., s. 1558-1559; Gözler, a.g.e., c. II, s. 990-991.

⁹ Gözler, a.g.e., c. II, s. 990-991.

¹⁰ Gözler, a.g.e., c. II, s. 990.

¹¹ Gözler, a.g.e., c. II, s. 992-994.

¹² Chapus, a.g.e., s. 566.

¹³ Chapus, a.g.e., s.566.

¹⁴ Chapus, a.g.e., s.566.

ci durumda malın mülkiyeti idareye geçmektedir. Fransa'da özdeyiş hâline gelmiş bir içtihadî ilkeye göre "yanlış yere yapılmış bayındırlık eseri yıkılamaz (*ouvrage public mal planté ne se détruit pas*)".¹⁵ "Bayındırlık eserlerinin dokunulmazlığı ilkesi (*principe d'intangibilité des ouvrages publics*)" olarak da ifade edilen ve zaman zaman mahkemelerin idareye emir veremeyeceği şeklinde ikinci bir ilke ile de desteklenmiş¹⁶ olan bu ilke uyarınca mahkemelerin bir bayındırlık eserinin işlemesine yahut bütünlüğüne, ne şekilde olursa olsun, müdahale eden karar veremeyecekleri kabul edilmiştir.¹⁷ Bu iki ilkeden birisi arasında seçim yapmanın mümkün olduğu hallerde ise, mahkemeler genellikle ikincisine yani "*bayındırlık eserlerinin dokunulmazlığı ilkesi*"ne dayanmayı tercih etmişlerdir ve böylece bu ilke zaman içinde iyice yerleşmiştir.¹⁸

Söz konusu ilkenin yerleşmesinin yarattığı sonuç ise, kamulaştırmasız olarak üzerinde bayındırlık eseri inşa edilen taşınmazın mülkiyetinin idareye geçmesi olmuştur. Çünkü bu anlayışa göre, bu şekilde taşınmazına el atılan malik, idarenin müdahalesine karşı men-i müdahale davası veya istihkak davası açamaz. Bu kişi sadece uğradığı zararın giderilmesi için adli yargıda tazminat davası açabilir.¹⁹ Adli yargı hâkimi, tazminata karar verirken aynı anda, mülkiyetin idareye devrine de hükmeder.²⁰ İşte hâkimin bu kararıyla mülkiyet, mal sahibinin rızası hilafına idareye geçmiş olur ki, "*dolaylı kamulaştırma*" da, "*dolaylılığın*" anlamı budur.²¹

Ancak "*bayındırlık eserlerinin dokunulmazlığı ilkesi*" yahut "*dolaylı kamulaştırma*" denilen bu uygulama, yaklaşık birbuçuk asır boyunca uygulandıktan sonra, 1990'lı yıllardan itibaren yavaş yavaş terk edilmeye başlanmıştır.²² Anılan teorinin terk edilmesine ilişkin ilk işaretler Conseil d'État'ın²³ 19 Nisan 1991 tarihli *Époux Denard et Martin* kararı ile Yargıtay'ın²⁴ 6 Ocak 1994 tarihli *Baodon de Mony* kararı ile verilmiştir.

¹⁵ Chapus, a.g.e., s.566; Martine Lombard/Gilles Dumont, *Droit Administratif*, 5. Baskı, Dalloz, Paris, 2003, s. 390.

¹⁶ Chapus, a.g.e., s. 566-567.

¹⁷ Chapus, a.g.e., s. 566; Gözler, a.g.e., c. II, s. 994.

¹⁸ Chapus, a.g.e., s. 567.

¹⁹ Chapus, a.g.e., s.566-567; Gözler, a.g.e., c. II, s. 995.

²⁰ Chapus, a.g.e., s.566-567; Gözler, a.g.e., c. II, s. 995.

²¹ Gözler, a.g.e., c. II, s. 995.

²² Chapus, a.g.e., s. 569; Lombard/Dumont, a.g.e., s.390.

²³ CE (Sect.), 19 avril 1991, *Époux Denard et Martin*, Recueil, p. 148 (Nakleden: Chapus, a.g.e., s. 569; Lombard/Dumont, a.g.e., s.390).

²⁴ Cass.Ass.Plén., 6 janvier 1994, *Baodon de Mony*, c. EDF, AJDA, p. 424 (Nakleden: Chapus, a.g.e., s. 570; Lombard/Dumont, a.g.e., s.390).

İlgililerin başvurusuna rağmen bir bayındırlık eserinin kaldırılmasını reddeden belediye başkanı işlemine karşı açılan davada Conseil d'État, işlemde "açık bir değerlendirme hatası"²⁵ bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Kararda, "bayındırlık eserlerinin dokunulmazlığı ilkesi"nin terk edildiğine ilişkin açık bir hüküm veya ifade yer almamakla birlikte, varılan sonucun mefhumu muhalifinden böyle bir anlam çıkarılmıştır.²⁶ Çünkü kararın gerekçesinden, açık bir değerlendirme hatasının bulunması halinde davanın kabul edileceği ve bu kararın uygulanması durumunda da ister istemez bayındırlık eseri kaldırılacağı için, "bayındırlık eserlerinin dokunulmazlığı ilkesi" de terk edilmiş olmaktadır.²⁷ Chapus'un ifadesiyle, değinilen ilke böylece ilk "sarsıcı darbeyi" (*coup de boutoir*) bu kararla almış olmaktadır.²⁸ Sonraki tarihlerde idari yargı yerlerince verilen kararlarda ise, bayındırlık eserinin yapılmasına²⁹, yıktırılmasına, imar ve ıslah edilmesine³⁰ yahut kaldırılmasına veya yerinin değiştirilmesine³¹ açıkça hükmedildiği ve söz konusu kararların uygulanmasını sağlamak için de idareye para cezası (*astreinte*) ile desteklenmiş yargısal emir (*injonction*) verildiği görülmektedir.³² Meseleye "yargısal emir" temelinde değinen Fombeur ve Stahl de "yanlış yere yapılmış bayındırlık eseri yıkılmaz (*ouvrage public mal planté ne se détruit pas*)" ilkesinin artık uygulanmadığını; idari yargı yerlerinin yanlış yere yapılmış yahut işlevsel olarak kötü bir biçimde yapılmış olan bayındırlık eserlerinin yıktırılmasına yahut onarılmasına veya düzeltilmesine dair yargısal emir verdiklerini ifade etmektedirler.³³

²⁵ "la décision du maire n'étant pas entachée d'erreur manifeste d'appréciation".

²⁶ Chapus, a.g.e., s.570.

²⁷ Chapus, a.g.e., s. 569-570.

²⁸ Chapus, a.g.e., s. 570.

²⁹ Örneğin bir belediye idaresine ait arsada en geç dört ay içinde drenaj kanalı yapılması için günlük bin Frank para cezası (*astreinte*) ile desteklenmiş yargısal emir için bkz: Lyon İdare Mahkemesinin 4 Şubat 1998 tarihli *Mme Guillot* kararı, LPA août, 1999, no: 155 (Nakleden: Chapus, a.g.e., s.572)

³⁰ Örneğin bir su bendinin iki ay içinde onarılmasına ilişkin olarak bkz: Limoges İdare Mahkemesinin 7 Aralık 1995 tarihli *cons. Descat* kararı, RFDA, p. 348 (Nakleden: Chapus, a.g.e., s.572).

³¹ Örneğin bir kanalın yerinin değiştirilmesine ilişkin olarak bkz: Lyon İdare Mahkemesinin 7 Haziran 1996 tarihli *Nameur* kararı, DA 1996, no: 495 (Nakleden: Chapus, a.g.e., s.572).

³² İlgili kararlar için bkz: Chapus, a.g.e., s.572. Ayrıca aynı yönde bkz: Pascale Fombeur/Jacques-Henri Stahl, "Contentieux Administratif", in *Code Administratif*, 29. Baskı, Dalloz, Paris, 2006, s. 515 (Coordination éditorial par Zéhina Aıt - El - Kadi et Christelle de Gaudemont).

³³ Fombeur/Stahl, a.g.e., s. 515.

Fransız Elektrik İdaresi'nin (EDF) baraj yapımı için satın almak suretiyle elde ettiği gayrimenkule ilişkin satış sözleşmesinin bilahare geçersizliği üzerine malın mülkiyetinin malike döneceğine karar veren Yargıtay ise, Medeni Kanun'un "hiç kimse malını terke zorlanamaz"³⁴ (m. 545) yolundaki kuralına dayanarak, idarenin ancak mal sahibi ile anlaşarak ya da kamulaştırma usulüne başvurarak söz konusu yerin mülkiyetini elde edebileceğine karar vermiştir.³⁵ Böylece, "bayındırlık eserlerinin dokunulmazlığı ilkesi" yahut "dolaylı kamulaştırma" teorisinin terk edilmesine Yargıtay da iştirak etmiştir.

Kanun koyucu da bu ilke ve teorinin terk edilmesine yalnızca sessiz ve seyirci kalarak dolaylı bir destek vermekle yetinmemiş; 1995 yılında gerçekleştirdiği yasal düzenlemelerle³⁶, idari yargı yerlerine, idareye para cezası (*astreinte*) ile desteklenmiş yargısal emir (*injonction*) verme yetkisini tanımak suretiyle bir bakıma aktif bir destek vermiştir.³⁷

Sonuç olarak, bu yeni yaklaşımı özetlemek gerekirse, yanlış yere yapılmış bir bayındırlık eseri nedeniyle bu eserin üzerinde bulunduğu yeri dolaylı şekilde kamulaştırılmış saymak mümkün değildir. İdare eğer bu yerin mülkiyetini elde etmek istiyorsa, ya mal sahibi ile anlaşarak satın alacak ya da kamulaştırma usulüne başvuracaktır. Bu iki seçenek dışında, idarenin mülkiyet hakkını kazanması kural olarak olanaklı değildir. Ancak kamu mallarının korunması ve kamu yararının gözetilmesi prensibini de bütünüyle göz ardı etmek istemeyen yargı yerleri, çıkarlar dengesini gözetken şöyle bir çözüm geliştirmişlerdir: Yargısal kararın yerine getirilmesi, kamulaştırmaz el atma neticesinde inşa edilmiş bir bayındırlık eserinin yıkılmasını gerektiriyorsa bu takdirde yargıç kararının gerekçelerini de göz önünde bulundurmak suretiyle söz konusu tesisin yıktırılmasının davacıya getireceği yarar ile kamunun ve üçüncü şahısların görebileceği zararı tartmak suretiyle ne şekilde hareket edilmesi gerektiğine karar verebilecektir. Bu kriterler dâhilinde, yani ilgili kişi veya kesimlerin yarar ve çıkarları karşılaştırıldığında, eğer kamusal tesisin yıkılması aşırı bir zarara yol açmayacaksa kararını uygulaması konusunda idareye emir verip vermemesi hususunda yargıcın takdir yetkisi bulunmaktadır.³⁸

³⁴ 29 "Nul ne peut être contraint de céder sa propriété ..." (Code Civile, art. 545).

³⁵ Chapus, a.g.e., s. 571.

³⁶ (CJA, art. L. 911-1).

³⁷ Chapus, a.g.e., s.571.

³⁸ CE (Sect.), 17 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-*

Görüldüğü gibi, “bayındırlık eserlerinin dokunulmazlığı ilkesi” artık terk edildiği için buna bağlı olarak, “dolayısıyla kamulaştırma” teorisinin uygulama alanı da son derece zor koşullarla çevrili ve oldukça dar bir alana hapsedilmiştir.

III- Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 16.5.1956 Tarih ve E.1956/1, K.1956/6 -7 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararlarıyla Bulunan Çözüm

Hukumumuzda, daha ziyade, özel mülkiyette bulunan taşınmazların yola dönüştürülmesi nedeniyle ortaya çıkmış³⁹ bulunan bu sorunu, Yargıtay’ın Fransız hukukunda vaktiyle benimsenen ikili bir ayrıma gitmeden çözmeye çalıştığı görülmektedir. Hayli karmaşık hukuksal sonuçları olan bu tür müdahaleler karşısında Yargıtay’ın bulunduğu çözüm nispeten basit ve sade olmuşsa da yetersiz kalmıştır. Aşağıda biraz daha etraflıca ifade ettiğimiz gibi, Yargıtay’ın yerleşik içtihadına göre, bu şekilde el konulan (el atılan) taşınmazın mülkiyeti idareye geçmez. Malikin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı devam eder. Bu nedenle malikin istihkak davası açmasına imkân ve gerek yoktur. İdarenin haksız müdahalesini önlemek için men’i müdahale davası açılması gerekli ve yeterlidir. Böyle bir dava hakkı ise hiçbir süreyle kısıtlı değildir.

Yargıtay’ın bu çözümü karşısında, kamulaştırmaz el koymalar nedeniyle önemli sorunlar yaşanmayacağı düşünülebilir ise de bu doğru değildir. Çünkü idare bu şekilde el koyduğu taşınmazlar üzerinde genellikle bina, yol, köprü, tünel, viyadük, baraj vb. gibi bir kamu hizmeti tesisi kurarak el attığı bu yerleri kamu malları ile donatmakta ve sonuçta bu şekilde el atılan yer kamu mallarıyla birleşip kaynaşmakta ve fiilen tahsis edildiği kamu hizmetinin vasıtası haline gelmektedir. Başka bir ifadeyle, bu gibi durumlarda el atılan taşınmaz kamu hizmeti ile kaynaşmış olacaktır; çünkü üzerindeki bayındırlık eserleri kamunun yararlanmasına tahsis edilmiş oldukları için kamu

Maritimes et commune de Clans, AJDA 2003, p. 784 (Nakleden: Lombard/Dumont, a.g.e., s.390; Fombeur/Stahl, “Contentieux Administratif”, s. 515).

³⁹ İsmet Giritli/Tayfun Akgüner, İdare Hukuku Dersleri II, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 63; Günday, a.g.e., s. 249; Bilgen, a.g.e., s. 98; Köroğlu, a.g.e., s. 132.

malı niteliğini kazanmaktadırlar⁴⁰. Böyle durumlarda verilecek bir men’i müdahale kararı söz konusu kamusal tesislerin yıkıtılmasını veya kaldırılmasını ve dolayısıyla artık kendilerinden yararlanılamaması sonucunu doğurur ki, kamu yararı ve milli servetin korunması açısından bakıldığında böyle bir sonucu kabullenmek pek kolay olmasa gerektir⁴¹.

Sorunun çözümüne ilişkin olarak yargı yerlerinin kararları arasında ortaya çıkan içtihat farklılığı Yargıtay’ın⁴² aynı tarihli iki içtihadı birleştirme kararı ile şöyle bir çözüme kavuşturulmuştur:

- 1) *“Usulü dairesinde istimplâk muamelesine tevessül edilmeksizin gayrimenkulü yola kalbedilen şahsın, esas itibariyle, gayrimenkulünü yola kalbeden âmme hükmü şahsiyeti aleyhine men’i müdahale davası açmaya hakkı” vardır.*⁴³
- 2) *Ancak malik “dilerse bu fiili duruma razı olarak, mülkiyet hakkının âmme hükmü şahsiyetine devrine karşılık gayrimenkulün bedelinin tahsilini de dava” edebilir.*⁴⁴
- 3) *“Usulü dairesinde istimplâk muamelesine tevessül edilmeksizin gayrimenkulü yola kalbedilen şahsın gayrimenkulünün bedelinin tahsili hakkında gayrimenkulünü yola kalbeden âmme hükmü şahsiyeti aleyhine açacağı bedel davasında müruruzaman mevzubahis olmaz”.*⁴⁵

Yargıtay’ın taşınmaz malikine, belli bir süreyle kısıtlı olmaksızın, tazminat (bedel) veya men’i müdahale davası açmak konusunda seçimlik hak tanıyan bu çözümü, kamu mallarının korunması ve kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkelerini göz ardı ettiği gerekçesiyle bir hayli eleştirilmiştir.⁴⁶

⁴⁰ Onar, a.g.e., s. 1558; Gözübüyük/Tan, a.g.e., s. 1164; Özay, a.g.e., s. 473.

⁴¹ Onar, a.g.e., s. 1561-1562.

⁴² YİBBGK, 16.5.1956 tarih ve E.1956/1, K.1956/6 -7 sayılı Kararlar. Söz konusu kararların ilgili kısımları ve analizi için bkz: Onar, a.g.e., s. 1559-1562; Bilgen, a.g.e., s. 98-99; Akar, a.g.e., s. 942-945; Gözler, a.g.e., c. II, s. 995 vd.

⁴³ Yukarıda anılan 6 sayılı içtihadı birleştirme kararının sonuç kısmından.

⁴⁴ Yukarıda anılan 6 sayılı içtihadı birleştirme kararının sonuç kısmından.

⁴⁵ Yukarıda anılan 7 sayılı içtihadı birleştirme kararının sonuç kısmından.

⁴⁶ Onar, a.g.e., s. 1561-1562; Giritli/Akgüner, a.g.e., s. 63-64; Gözübüyük/Tan, a.g.e., s. 1164; Özay, a.g.e., s. 472-474; Bilgen, a.g.e., s. 100-101; Gözler, a.g.e., c. II, s. 996-997.

IV- 5 Ocak 1961 Tarih ve 221 Sayılı Amme Hükümü Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun İle Getirilen Çözüm

Yargıtay'ın soruna bulduğu çözümden kanun koyucu da memnun kalmamış olmalı ki, 5 Ocak 1961 tarih ve 221 sayılı⁴⁷ Amme Hükümü Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun ile çözüme ortak olmak istemiştir. Söz konusu Kanun'un 1'inci maddesine göre, "6830 sayılı İstimlâk Kanununun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, kamulaştırma işlerine dayanmaksızın, kamulaştırma kanunlarının göz önünde tuttuğu maksatlara fiilen tahsis edilmiş olan gayrimenkuller ilgili âmme hükmi şahsı veya müessesesi adına tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılır."

İkinci maddesiyle de, "Gayrimenkulde amme hizmetinin mahiyet ve gayesine uygun şekilde tesisler veya inşaat vücuda getirilmiş olması bu kanunun uygulanması bakımından fiilen tahsistir" diyerek "tahsis" kavramına açıklık getiren Kanun bu düzenlemeleriyle⁴⁸, 6830 sayılı İstimlâk Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 9 Ekim 1956 tarihine kadar kamulaştırma işlemine dayanmaksızın kamulaştırma kanunlarının göz önünde tuttuğu amaçlara fiilen tahsis edilmiş olan taşınmazların ilgili âmme hükümü şahsı veya müessesesi adına tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılır demek suretiyle sorunu bir ölçüde çözmüş ise de bütünüyle halletmekten uzak kalmıştır. Çünkü bu Kanun bir kez uygulanmış ve ancak geçmişte (9 Ekim 1956 tarihine kadar) gerçekleşmiş bulunan kamulaştırmasız el atmalar nedeniyle ortaya çıkmış bulunan sorunları çözebilmiştir. Bu nedenle, 9 Ekim 1956 tarihinden sonra gerçekleşen kamulaştırmasız el koymalarda yine Yargıtay'ın yukarıda anılan içtihadı birleştirme kararlarıyla benimsenen çözümlerin uygulanmasına devam olunmuştur.⁴⁹ Her ne kadar, Kanun'un 6 ncı maddesinde, "Kanunun yürürlüğe girmesinden önce açılmış ve ke-

⁴⁷ Resmi Gazete, Tarih: 12 Ocak 1961, Sayı: 10705.

⁴⁸ Anayasa Mahkemesi, kamu yararının gözetildiğini, kamulaştırılmış sayılmanın koşulu olan fiilen tahsis tarihinin de tanımının yapıldığını belirterek, 221 sayılı Kanunun bu düzenlemelerinin Anayasanın 2 nci ve 46 ncı maddelerine aykırı olmadığını (oyçokluğuyla) karar vermiştir. Bkz: Anayasa Mahkemesinin 17 Ocak 2008 tarih ve E.2004/25, K.2008/42 sayılı Kararı, Resmi Gazete, Tarih: 21 Şubat 2008, Sayı: 26794.

⁴⁹ Günday, a.g.e., s. 250; Giritli/Bilgen, a.g.e., s. 64; Bilgen, a.g.e., s. 101.

sin karara bağlanmamış dâvalar hakkında da bu kanun hükmü uygulanır” denilmiş ise de, bu hükmün de 9 Ekim 1956 tarihinden önce gerçekleşmiş bulunan kamulaştırmasız el atmalarla ilgili olduğu açıktır. Dolayısıyla, bu Kanun’un getirmiş olduğu düzenleme ve çözüm, 9 Ekim 1956 tarihinden önce gerçekleşmiş bulunan kamulaştırmasız el atmalarla sınırlı kalmıştır.

V- 4 Kasım 1983 Tarih ve 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanununun 38 inci Maddesiyle Getirilen Çözüm

221 sayılı Kanunun ardından da sorunun devam etmesi üzerine bu defa da 4 Kasım 1983 tarih ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 38 inci maddesiyle, *“Kamulaştırma yapılmış, ancak işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırma hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmaz malın malik, zilyed veya mirasçılarının bu taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşer. Bu süre taşınmaz mala elkoyma tarihinden başlar”* şeklinde bir düzenleme getirilerek sorun halledilmek istenmiştir.

Ancak bu düzenleme de sorunu çözmekte yetersiz kalmıştır. Çünkü her şeyden önce, *“her türlü dava hakkı”* ile hangi dava haklarının amaçlandığı açık değildir. Ayrıca bu hakkı yirmi yıllık bir hak düşürücü süreyle⁵⁰ sınırlı tuttuğu için kaçınılmaz olarak hak kayıplarına yol açmıştır.⁵¹ Anılan maddenin gerekçesinde böyle bir süre öngörülmüş olmasının nedeni, *“Medeni Kanunu’muzun 638, 639 ve 897’nci maddeleri dikkate alınarak mülk edinmedeki kazandırıcı zamanaşımı süresinin mülkiyetin kaybedilmesinde de idarelerin menfaatleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir.”* şeklinde ifade edilmişse de, bu yöndeki bir düzenlemenin, ilgili yasal düzenlemeler arasında bir

⁵⁰ *“Bu açık hüküm karşısında, idarenin el koyarak taşınmazı kamu hizmetine özgülemesi veya bir tesis yaptırma eyleminin üzerinden yirmi yıl geçmiş ise, artık tapu ile malik bile olsa, sahibinin her türlü dava hakkının düştüğü, kuşku ve duraksamadan uzaktır. Dolayısıyla bu hak düşürücü süre dolduktan sonra, mal sahibinin ne malı geri alıp tasarrufunu sağlayıcı (el atmanın önlenmesi, taşınmaz malın teslimi gibi) bir dava açabilmesi, ne de mal varlığındaki eksilmesini önleyici, zararını karşılayıcı (yerin bedelinin ödenmesi, ecrimisil, kira veya tazminat) davaları açabilmesi olanaklı değildir. Bu demektir ki, eski malikin bu yer üzerindeki mülkiyet hakkı sona ermiştir. Taşınmaz mal kendisinin mülkiyetinden çıkmış, tahsis veya tesisi yapan idarenin mülkiyetine geçmiştir.”*, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, 25 Mayıs 2005 tarih ve E.2005/5-288, K.2005/352 sayılı Kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

⁵¹ Günday, a.g.e., s. 250.

ahenk oluşturma ihtiyacından ziyade, bu şekilde el atılan yerlerin bedelsiz bir şekilde idareye geçmesini sağlama amacını taşıdığı söylenebilir.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, elkonulan taşınmaz malın malik, zilyed veya mirasçılarının hangi davaları açabilme imkânına sahip olduklarını düzenlemediği ve her türlü dava hakkını yirmi yıllık bir hak düşürücü süreyle sınırlı tuttuğu için çeşitli eleştirilere maruz kalan bu düzenleme de Anayasa Mahkemesi'nin, 4 Kasım 2003 tarih ve 25279 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 10 Nisan 2003 tarihli ve E.2002/112, K.2003/33 sayılı Kararı⁵² ile iptal edilmiştir.

⁵² Kararın ilgili kısımları şöyledir:

"Mülkiyet hakkının içerik ve sınırlarını belirleme yetkisi yasalara bırakılmışsa da, bu konuda yasakoyucuya mutlak bir yetki de verilmiş değildir. Aksi görüşün kabulü mülkiyet hakkının Anayasa garantisine altına alınmış olmasına aykırıdır. Kamu tüzel kişilerinin her hangi bir şekilde kamulaştırma yapmadan bir taşınmaz üzerine kamu yararı amacıyla köprü, yol veya herhangi bir tesis yapmaları kamulaştırmasız el atmadır.

Anayasa'nın 46. maddesinde öngörülen kamulaştırma, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkına getirilmiş anayasal bir sınırlamadır. İdare kendisine Anayasa tarafından tanınan olanak ve yetkileri Yasa'ya uygun bir biçimde kullanmaksızın taşınmaza elatarak kamulaştırma ilkelerine aykırı davranamaz. Anayasa'nın sınırlarını belirleyerek izin verdiği kamulaştırma yöntemini kullanmadan yapılan elatmalar, itiraz konusu kurala göre yirmi yıl geçtikten sonra yasal bir kamulaştırmanın bütün sonuçlarını doğurmakta ve taşınmazın, idarenin adına tapu kütüğüne tescili ile sonuçlanabilmektedir. Bu ise anayasal dayanağı olmayan kamulaştırmasız el koymadır. Yirmi yıllık hak düşürücü sürenin geçmesiyle taşınmaz malikinin her türlü dava açma hakkının engellenmesi ve taşınmazın hiçbir karşılık ödenmeden idareye geçmesi, mülkiyet hakkının sınırlanmasını aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durumdur.

Bu nedenlerle kural, Anayasa'nın 13, 35 ve 46. maddelerine aykırıdır.

Hukuk devleti insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Devletin veya bir kamu tüzel kişisinin kamulaştırma işlemi olmaksızın temel insan haklarından olan mülkiyet hakkına keyfi bir şekilde el konularak bireylerin sahip oldukları taşınmazları üzerinde özgürce tasarruf etmelerinin engellenmesi ve yirmi yıl sonunda dava hakkı da tanınmayarak, mülkiyet haklarının ellerinden alınması hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Ayrıca, hukukun evrensel ilkelerine saygı duymak hukuk devleti olmanın gereğidir. Hukukun genel ilkelerinden birisi de mülkiyet hakkının "zamanötesi" niteliği, başka bir anlatımla mülkiyet hakkının zamanaşımına uğramamasıdır. Bu nedenle, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu tarafından bir taşınmazın malik, zilyed veya mirasçılarında

VI- Anayasa Mahkemesinin 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 38 inci Maddesini İptal Etmesi Üzerine Ortaya Çıkan Hukuksal Durum ve Yargı Yerlerinin Tutumu

Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararının yürürlüğe girmesinin ardından, hukukumuzda kamulaştırmazlık elkoyma halini düzenleyen hiçbir yasal düzenleme kalmamıştır. Yargıtay,

“Dosyada yapılan incelemede; dava konusu taşınmazın 2132 metrekaarelik kısmına, 1961 yılından sonra el atılarak yol haline getirildiği ve el atma tarihinden itibaren, 2942 sayılı Kamulaştırma Yasasının 38. maddesinin, Anayasa Mahkemesince iptal edilme ve dava tarihine kadar 20 seneden fazla süre geçtiğinden, taşınmaz maliki olan davacı tarafın her türlü dava hakkının düştüğü anlaşılmıştır.

Diğer taraftan Anayasa Mahkemesince; 2942 sayılı Kamulaştırma Yasasının 38. maddesi iptal edilmiş ise de, Anayasanın 153/son maddesi uyarınca; Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümeyeceği ilkesi uyarınca, Kamulaştırma Yasasının 38. maddesinin iptal edilmesinden önceki kazanılmış haklara uygulanması imkânı da bulunmamaktadır.

tanınmış olan hakların, hak sahiplerince yirmi yıl boyunca kullanılmaması, o kimselerin taşınmazla aralarındaki ilişkiyi fiilen kestiğini göstermiş olsa bile, o taşınmazla aralarındaki hukuksal ilişkinin sona erdiği anlamına gelmez. Devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması, kazanılmış haklara saygı duyulmasını gerektirir. Kazanılmış haklara saygı ilkesi hukukun genel ilkeleri ve hukuk devleti kavramı içerisinde yer alır. Bu ilkenin temel amacı ise bireylerin hukuk güvenliğini sağlamaktır. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine de aykırıdır.

Öte yandan Avrupa İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye Ek Protokol'ün 1. maddesinde:

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasa da öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasalara sahip oldukları hakka halel getirmez.” denilmektedir. Nitekim bu kural uyarınca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, önüne gelen değişik davalarda kamulaştırmazlık el koymayı mülkiyet hakkına aykırı bulmuştur. Mahkeme Papamichalopoulos-Yunanistan (No:14556/89) Carbonara& Venture-İtalya (No: 24638/94) ve Belvedere Alberghiera S.R.L.-İtalya (No: 31524/96) davalarında Yunan Deniz Kuvvetleri ve İtalyan Belediyelerinin kamulaştırmazlık elatmalarını mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir. Açıklanan nedenlerle, dava dilekçesinde ileri sürülen diğer aykırılık savları üzerinde durulmaksızın itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 46. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”. (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

*Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 25.05.2005 gün ve 2005/5-288 esas-2005/352 sayılı kararında da bu husus benimsenmiştir*⁵³ diyerek açılan davaları süreden reddetmiştir.

VII-18 Haziran 2010 tarih ve 5999 sayılı Kanunla 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa Eklenen Geçici 6 ncı Maddenin Öngördüğü Çözüm

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 38 inci maddesinin iptali üzerine oluşan hukuksal boşluğu doldurmak üzere bu defa da 18 Haziran 2010 tarih ve 5999 sayılı Kanun'la 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na eklenen geçici 6 ncı madde ile önemli birtakım yasal düzenlemeler yürürlüğe konulmuştur. Kendisinden önceki yasal düzenlemelere nazaran hayli ayrıntılı ve kısmen de farklı kurallar içeren bu yeni düzenleme de birçok açıdan sorunlu görüldüğü için, kanaatimizce sorunu çözmekte yetersiz kalacaktır.

Çünkü her şeyden önce belirtmek gerekir ki, 18 Haziran 2010 tarih ve 5999 sayılı Kanunla getirilen düzenleme de ilgililere sadece tazminat talebinde bulunma hakkı tanıdığı için özünde kendisinden önceki düzenlemelerden pek farklı değildir. Nitekim getirilen düzenlemeye göre, *"Kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 9/10/1956 tarihi ile 4/11/1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması sebebiyle,"* malikin tazminat talebi hakkı vardır. Malikin bu hakkını dermeyeran edebilmesi bir süreyle kısıtlanmamış olmakla birlikte, dava açabilmesi idareye *"uzlaşma"* başvurusunda bulunma şartına bağlanmıştır. Nitekim ilgili yasal düzenlemede bu şart, *"malik tarafından ilgili idareden tazminat talebinde bulunulması halinde, öncelikle uzlaşma yoluna gidilmesi esastır."* denilmek suretiyle açıkça ifade edildiği gibi, Kanunun gerekçesinde de *"Bu hükme göre, uzlaşma yoluna*

⁵³ Yargıtay 5. Dairesinin, 7 Kasım 2005 tarih ve E.2005/9536, K.2005/11740 sayılı Kararı (Kazancı İçtihat Bankası). Aynı yönde başka bir karar için bkz: Yargıtay 5. Dairesinin, 18 Temmuz 2010 tarih ve E.2007/6035, K.2010/14927 sayılı Kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

başvurulmaksızın dava açılmayacaktır.” ifadesine yer verilerek her türlü tartışma ve tereddüt bertaraf edilmiştir.

Söz konusu başvuru üzerine, Kamulaştırma Kanunundaki kıymet takdiri ile ilgili prosedüre göre hareket edilmesi öngörülmektedir. Buna göre, fiilen el konulan veya üzerinde irtifak hakkı tesis edilen taşınmaz, malikin müracaat ettiği tarihteki tahmini değeri, Kamulaştırma Kanunu'nun 8 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre teşkil edilen kıymet takdir komisyonu marifetiyle, taşınmazın el koyma tarihindeki nitelikleri esas alınmak ve bu Kanun'un 11 inci ve 12 nci maddelerine göre hesaplanmak suretiyle tespit edilecek ve bu tespitten sonra, bu Kanun'un 8 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre teşkil olunan uzlaşma komisyonunca, müracaat tarihinden itibaren en geç altı ay içerisinde 7201 sayılı Kanun hükümlerine göre tebliğ edilen bir yazı ile, tahmini değer bildirilmeksizin, talep sahibi uzlaşma görüşmelerine davet edilecektir.

Uzlaşma şansını arttırmak için nakdi ödeme yanında idareye ait taşınmazın trampası, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tanınması veya imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullandırılması gibi seçenekler de öngören Kanun, uzlaşma görüşmelerinin de, hukuki veya fiili engel bulunmadığı takdirde davete icabet tarihinden itibaren en geç altı ay içerisinde sonuçlandırılmasını emretmektedir.

Nakdi tazminat bedeli üzerinden uzlaşılması halinde, bütçe imkânlarının elvermemesi halinde ödemenin sonraki yıllara sâri olacak şekilde taksitli olarak da yapılabileceğini öngören Kanun, bu takdirde, taksitli ödeme süresince, 4/12/1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'a göre ayrıca kanuni faiz ödeneceğini öngörmektedir.

Uzlaşma sağlanamadığı takdirde ise, uzlaşmazlık tutanağının tanzim edildiği veya ikinci fıkradaki sürenin uzlaşmaya davet olmaksızın sona erdiği tarihten itibaren üç ay içerisinde malik tarafından sadece tazminat davası açılabilir. Dava açılması halinde, fiilen el konulan taşınmazın veya üzerinde tesis edilen irtifak hakkının müracaat tarihindeki değeri, ikinci fıkranın birinci cümlesindeki esaslara göre mahkemece tespit ve taşınmazın veya hakkın idare adına tesciline veya

terkinine ve malike tazminat ödenmesine hükmedilir. Tescile veya terkinine ilişkin hüküm kesin olup tarafların hükmedilen tazminata ilişkin temyiz hakkı saklıdır.

Genel esasları bakımından kendisinden önceki yasal düzenlemelerle paralel hükümler içeren bu düzenleme bazı bakımlardan ise onlardan uzaklaşmaktadır. Sıralamak gerekirse:

1. 5999 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeye göre kamulaştırmasız el koyma sebebiyle *sadece tazminat davası açılabilir*. Kanun böylece, men'i müdahale ve istihkak davası açabilme imkânını açıkça dışlamıştır. Tazminat davası ile ne kast edildiği ise çok açık değildir. Gerçi, tazminat tutarının nasıl hesaplanacağına ilişkin olarak Kamulaştırma Kanunu'nun taşınmazın bedeli ile ilgili düzenlemelerine atıfta bulunulduğundan, tazminattan maksadın gayrimenkulün bedeli olduğu anlaşılmaktadır; ama her iki terimin içerdiği ve kapsadığı maddi tutarların farklı olabilmesi de olasılık dâhilinde bulunduğundan, "*tazminat*" kavramı yerine "*gayrimenkulün bedeli*" teriminin kullanılması daha isabetli olurdu.
2. Buna karşılık, 221 sayılı Kanun açıkça *herhalde gayrimenkule müdahalenin men'i ve tazminat dâvası dinlenmez* (m.3) şeklinde bir hüküm getirdiği gibi, açılacak davanın *gayrimenkulün bedelini dava hakkı* (m.4) olduğunu da kesin bir biçimde belirtmek suretiyle daha açık bir düzenleme getirmekteydi.
3. 2942 sayılı Kanun ise, "*her türlü dava hakkı*"ndan söz etmekteydi. 2942 sayılı Kanun'da geçen bu ifade ile tam olarak ne kast edildiği açık değildi. Ancak uygulamada, açılan davalar daha çok tazminat (bedel) davası şeklinde olmuştur.
4. 2942 ve 221 sayılı Kanunlar (m. 3) tazminat yahut gayrimenkulün bedelini talep hakkını malik, zilyed ve bunların mirasçılarına tanımış iken 5999 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme bu imkânı yalnızca malike tanımış bulunmaktadır. Malike tanınan haktan genel hükümler uyarınca mirasçılarının da yararlanabileceği açıktır. Ancak zilyede ve mirasçılarında hiçbir hakkın tanınmamış olduğu da açıktır. Kanun koyucunun zilyede niçin hiçbir hak tanımadığına ilişkin olarak Kanunun gerekçesinde de herhangi bir açıklama bulunmamaktadır.

5. 2942 ve 221 sayılı Kanunlar tazminat davası açılabilmesini herhangi bir önkoşula bağlı tutmamışken 5999 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme bunu ilgili idareye uzlaşma başvurusu şartına tabi tutmuştur. Bir nevi idari yargılama hukukundaki “önkarar” müessesine (İYUK, m. 13) benzeyen bu düzenleme ile, Kanun’un gerekçesinde ifade edildiği gibi, mahkemelerin iş yükünün azaltılması amaçlanmıştır. Ancak umulan neticeyi vermesi zor görünmektedir.
6. 2942 ve 221 sayılı Kanun (m. 4) tazminat davası açabilme imkânını Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl ile sınırladığı halde, 5999 sayılı Kanun bunu Kanunun ikinci fıkrasındaki sürenin (yani uzlaşma başvurusu üzerine işleyecek olan 6 aylık sürenin) uzlaşmaya davet olmaksızın veya uzlaşmanın başarısızlıkla sonuçlanmasının ardından işleyecek olan üç aylık bir süre ile sınırlamıştır. Ancak dava hakkı, uzlaşma başvurusunda bulunma şartına bağlanmış olup, uzlaşma başvurusu ise, nihai olarak 2026 yılı ile sınırlanmıştır.⁵⁴ Dolayısıyla, dava açma süresi, duruma göre, önceki düzenlemelerden uzun olabileceği gibi, kısa da olabilir.
7. 5999 sayılı Kanun “uzlaşılan nakdi tazminat bedeli, bütçe imkanları dâhilinde, sonraki yıllara sari olacak şekilde taksitli olarak da ödenebilir” demek suretiyle nakdi ve peşin ödeme kuralını yumuşatmıştır. Hak sahipleri aleyhine sonuç doğurabilecek olan bu kural, “taksitli ödeme süresince, 4/12/1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanuna göre ayrıca kanuni faiz ödenir” denilmek suretiyle telafi edilmek istenmiş ise de, bu düzenlemede, kamulaştırma bedelinin kural olarak peşin ödenmesini öngören Anayasamızın emredici hükümlerine (m. 46) uyarlık bulunmadığı söylenebilir.
8. 5999 sayılı Kanun’un önceki yasal düzenlemelere nazaran getirdiği farklı bir düzenleme de, “Bu madde uyarınca ödenecek olan tazminatın tahsili sebebiyle idarelerin mal, hak ve alacakları haczedilemez” yolundaki kuraldır. Kuralın en bariz farklı yanı ise, hiçbir ayırım yapmaksızın idarenin her türlü mal, hak ve alacaklarının haciz yasağı

⁵⁴ 13 Şubat 2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanununun Geçici 2 nci maddesi ile getirilen düzenlemeye göre, “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş yıl süreyle geçerli olmak üzere; 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun geçici 6 ncı maddesi hükmü, 4/11/1983 tarihinden sonraki kamulaştırmaz el koyma işlemlerine de uygulanır”.

kapsamına almış olmasıdır. Haciz yasağı bu denli geniş kapsamlı şekilde uygulandığı takdirde, uzlaşma veya mahkeme kararı üzerine hak sahibi lehine doğan tazminat alacağıının tahsilinde ciddi güçlüklerle karşılaşılacağı söylenebilir.

9. 221 ve 2942 sayılı kanunlar yalnızca yürürlüğe girdikleri tarihe kadar gerçekleşmiş bulunan kamulaştırmasız el atmaları düzenledikleri halde, 5999 sayılı Kanun bununla yetinmeyerek yürürlüğünden sonra belli bir tarihe kadar (2026) gerçekleşecek olanları da kapsamına almış bulunmaktadır. Kamulaştırmasız el atma uygulamasının ülkemizde olağan hale gelmiş olduğu göz önünde bulundurulduğunda, kanun koyucunun gelecekte gerçekleşmesi muhtemel sorunları da kapsamına almış olmasının isabetli olduğu söylenebilir. Ancak bu durumun niçin 2026 yılı sınırlanmış olduğu sorusu ise cevapsız kalmaktadır. Ayrıca bu düzenlemenin idareyi kamulaştırmasız el atma fiillerine teşebbüs etme konusunda cesaretlendireceği de söylenebilir. Böylece idarenin mal edinme yönteminin normal ve olağan usulü olan kamulaştırma usulü yerine bu usule daha sıklıkla başvurulması tehlikesi ortaya çıkabilir.

Genel Değerlendirme ve Sonuç

Kamulaştırmasız el atma sorunu çözmek için bugüne kadar gerçekleştirilmiş bulunan yasal düzenlemelerin sorunu çözemediği görülmektedir. Çünkü söz konusu düzenlemeler, bu konuda her zaman için uygulanabilecek kurallar içermek yerine, daha ziyade, geçmişte gerçekleşmiş bulunan kamulaştırmasız el atmaları "*bir defaya mahsus*" olmak üzere yasal bir çözüme kavuşturmakla yetindikleri için bir nevi "*af kanunu*" özelliği taşımaktadırlar. Bu durum, 5999 sayılı Kanun için de geçerlidir. Çünkü bu Kanun'la getirilen düzenlemeler de geçmişin yanında geleceği de düzenlemekle birlikte, bunu 2026 yılı ile sınırlandırmış⁵⁵ olduğu için bu düzenlemelerin bizatihi kendisi de sorunu kökten halletmek gibi bir iddia içermemektedir.

⁵⁵ 13 Şubat 2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunun Geçici 2 nci maddesi.

Durum böyle olunca, ister istemez, 2026 yılından sonra ne olacağı sorusu akla gelmektedir. Bu durumda, şayet aksi yönde bir düzenleme yapılmazsa, Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararlarıyla benimsenen çözümün uygulanmasına devam olunacağı anlaşılmaktadır.⁵⁶ Özel mülkiyeti korumaya odaklı bu çözümün kamusal yararı gözetmeyi ihmal ettiği için eleştirildiğine yukarıda işaret etmiştik. Hatırlatmak gerekirse, Yargıtay'a göre, taşınmazına el atılan kişi, belli bir süreyle kısıtlı olmaksızın, tazminat (ecrimisil, bedel) veya men'i müdahale davası açmak konusunda seçimli bir hakka sahiptir.

Görüldüğü gibi, bu bakış açısı olaya yalnızca ve tamamen özel mülkiyetin korunması perspektifinden yaklaşmaktadır. "*Fiat justitia et ruat caelum* (gök çökse de adalet yerini bulsun)"⁵⁷ özdeyişi ile özetlenebilecek olan bu yaklaşım, "*alêlâde kamulaştırmazsınız el atmalar*" yani el atmanın sadece malikin yahut zilyedin gayrimenkulü üzerindeki tasarruf hakkına engel olmaktan ibaret kaldığı durumlar için doğru-

⁵⁶ Nitekim 5999 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce mahkemelerin bu yönde kararlar verdiği görülmektedir. Örneğin 12 Ağustos 2011 tarihli *Hürriyet* Gazetesinde yer alan "*Alanya'da Herkes Şaşkın*" başlıklı haberde aynen şöyle denilmektedir:

"Alanya'nın Oba Beldesi'nde oturan Hasan Okşar, 2005 yılında Oba Belediyesi'ne, kendisine ait taşınmazın kamulaştırılmadan yol açıldığı, yeşil alan ve çocuk parkı yapıldığı gerekçesiyle dava açtı. Herhangi bir istimlak bedeli ödenmeden yapılan uygulamadaki hataların giderilmesini isteyen Okşar'ın 6 yıldır süren hukuk savaşı sona erdi. Mahkeme, davacı Hasan Okşar'ı haklı bularak yol olarak kullanılan taşınmazın kendisine ait olduğuna ve iadesine karar verdi. Mahkeme kararından sonra harekete geçen Okşar, kendisine ait ancak kamunun yol olarak kullandığı alana geldi. Bilirkişi eşliğinde yapılan ölçüm ve tespitlerden sonra yolun nereden kapanacağı belirlendi. İşlemlerin ardından işçiler, vatandaşların ve turistlerin şaşkın bakışları arasında yolun 4 bin 211 metrekaresine kısmını tel örgüyle kapattı. İşçiler tel örgüyü çekerken, vatandaşlar yolda yapılanları şaşkınlıkla izledi". Mustafa SERTER/DHA *Hürriyet*.

²⁴ Ağustos 2011 tarihli *Hürriyet* Gazetesinde yer alan "*Görenleri Şaşırtan Tabela*" başlıklı haberde ise şöyle denilmektedir:

"Van'da trafik sorununu çözmek için alternatif yollar aranırken mevcut yollarda da genişletme çalışmaları yapılıyor. Bu kapsamda Şabaniye Mahallesi'ndeki 2 bin 200 metre uzunluğundaki yolun altyapıları da tamamlanarak 26 metre genişliğinde çift şeritli olarak açıldı. Genişletme çalışmalarında istimlak edilen birçok ev yıkılarak hak sahiplerine paraları ödendi. Karayolları tarafından yapılan yolun kendi arsasında geçtiğini belirten ve istimlak bedelinin ödenmediğini iddia eden Hüsnü Çiftçi dava açtı. Bölge İdari Mahkemesi, 2008 yılında Çiftçi'yi haklı bularak 40 metrelik yolu trafiğe kapattı. Yolun ortasında "Bu kesimde yol çalışmaları mahkeme kararı ile durdurulmuştur. Karayolları 11. Bölge Müdürlüğü" yazılı tabelayı görenler şaşırırken yolun kapanması trafikte büyük aksaklıklara neden oluyor". Gülay ÖZEK-Murat ÇAĞLAR/DHA.

⁵⁷ Gözler, a.g.e., c. II, s. 993.

dur.⁵⁸ Çünkü böyle durumlarda idarenin müdahalesinin önlenmesi ve yasaklanması, kamusal yarar ve çıkarlara dokunan ciddi bir sonuç doğurmaz. Kamu malı ve yararına zarar getirmeyen bu tür önleme ve yasaklama kararları özel mülkiyete saygı prensibini de korudukları için gerekli ve isabetlidirler.

Ancak bu şekilde el atılan taşınmazlar üzerinde genellikle, zamanla kamusal yapı ve tesislerin kurulduğu ve böylece el atılan taşınmaz ile kamusal malların birleşip kaynaştığı ve bir bütün olarak kamu hizmetinin yürütülmesinin vazgeçilmez bir aracı haline geldiği görülmektedir. Nitekim ilgili yargısal kararlara bakıldığında bu olguları kolayca gözlemlemek mümkündür. Ne var ki, mülkiyet hakkının üstünlüğünü ön plânda tutan Yargıtay, taşınmazın zilyed yahut malikine anılan dava haklarını tanımakta herhangi bir sakınca görmemiştir.

Mülkiyet hakkını korumaya önem verdiği için özünde doğru sayılabilecek bu yaklaşım, kamusal yarar ve çıkarları hiç gözetmediği için eleştiriye açıktır. Çünkü men'i müdahale kararı neticesinde, yolun trafiğe kapanması, köprü, viyadük, tünel yahut bir hizmet binasının yıkırılması gibi, kamu hizmetini kesintiye uğratacak ve milli servetin zarar görmesine yol açabilecek durumlar ortaya çıkacaktır. Mülkiyet hakkının korunması adına bunların görmezden gelinmesi doğru değildir.⁵⁹ Gerçi idare bu aşamada da kamulaştırma yetkisini kullanarak, mahkeme kararı üzerine ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçları bertaraf etme imkânına sahiptir. Yargıtay⁶⁰ biraz da bu düşünceden hareketle olsa gerektir ki, kolayca men'i müdahale kararı verebilmektedir. Yargıtayın yaklaşımı özünde doğru olmakla birlikte, soruna her durumda tatmin edici bir çözüm teşkil etmekten uzaktır. Çünkü tamamlanması belli bir zaman gerektiren bu usulünün, açılacak dava vs. gibi nedenlerle iyice gecikmesi ve hatta bütünüyle akamete uğraması bile ihtimal dâhilindedir. Dolayısıyla, idarenin böyle bir imkâna sahip olması, Yargıtayın bu tutumunun her durumda haklı olduğunu göstermeye yetmez.

⁵⁸ Gözler, a.g.e., c. II, s. 996.

⁵⁹ Gözler, a.g.e., c. II, s. 996.

⁶⁰ "İdarenin elattığı taşınmazı kamu hizmeti için her aşamada kamulaştırma yetkisi bulunduğundan, elatmanın önlenmesi ve yıkım kararı verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır". Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 8 Mart 2010 tarih ve E.2009/18079, K.2010/3531 sayılı Kararı (Kazanıcı İçtihat Bankası).

Bize göre, bu tür durumlarda, yargı yerlerinin önlerine gelen somut uyuşmazlıklara göre bir karar vermeleri daha doğru olacaktır. Örneğin, el atılan taşınmaz üzerindeki kamusal yapı ve tesislerin değeri ve bunların tahsis edilmiş oldukları kamu hizmeti bakımından vazgeçilmezlik derecesi vb. hususlar göz önünde bulundurularak men'î müdahale kararı verilebileceği gibi, bedeli karşılığında mülkiyetin idare adına tesciline de karar verilebilir. Kişisel yarar ve çıkar ile kamusal yarar ve çıkarın dengeli bir biçimde gözetilmesi esasına dayanan bu anlayış, idare hukuku prensiplerine uygun olduğu gibi medeni hukuk kurallarında da karşılığını bulmaktadır.⁶¹ Nitekim Onar ve Gözler'in⁶² işaret ettikleri gibi, kamulaştırılmamış araziye bayındırlık eseri yapılması durumunda, Medenî Kanun'un başkasının arazisi üzerinde inşaat yapılmasına ilişkin hükümleri uygulanabilir. Gerçekten de Türk Medenî Kanununun "*Arazinin mülkiyetinin malzeme sahibine verilmesi*" başlıklı 724 üncü maddesine göre, "*Yapının değeri açıkça arazinin değerinden fazlaysa, iyiniyetli taraf uygun bir bedel karşılığında yapının ve arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının mülkiyetinin malzeme sahibine verilmesini isteyebilir*".⁶³ İşte kamulaştırılmamış araziye bayındırlık eseri yapılması durumunda da adliye mahkemeleri bu hükümlere göre hareket edebilirler.⁶⁴ Anlaşılabacağı üzere, söz konusu hükümlerin uygulanabilmesi için öncelikle yapının değerinin arazinin değerinden fazla olması ve yapı sahibinin iyi niyetli olması şeklinde iki şartın birlikte gerçekleşmiş olması gerekir. Ancak bu şartların özel hukuk ilişkilerinde olduğu şekilde değil, kamusal yarar ve çıkarların gerektirdiği ihtiyaçlara cevap verecek şekilde uygulanması gerekir. Örneğin, inşa edilen bayındırlık eserinin değeri arazinin değerinden daha fazla olmamakla birlikte, söz konusu bayındırlık eseri toplumun geniş bir kesimine sunulan önemli bir kamu hizmetinin yürütülmesi için vaz-

⁶¹ Onar, a.g.e., c.III, s.1561-1562.

⁶² Onar, a.g.e., c.III, s.1561-1562.

⁶³ Bu düzenlemeyi tamamlayıcı bir hüküm de "*Taşkın yapılar*" başlıklı 725 nci maddede yer almaktadır. "*Bir yapının başkasına ait araziye taşınan kısmı, eğer yapıyı yapan malik taşınan arazi üzerinde bir irtifak hakkına sahip bulunuyorsa, ona ait taşınmazın bütünüyleyi parçası olur.*

Böyle bir irtifak hakkı yoksa, zarar gören malik taşmayı öğrendiği tarihten başlayarak onbeş gün içinde itiraz etmediği, aynı zamanda durum ve koşullar da haklı gösterdiği takdirde, taşkın yapıyı iyiniyetle yapan kimse, uygun bir bedel karşılığında taşınan kısım için bir irtifak hakkı kurulmasını veya bu kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilir".

⁶⁴ Onar, a.g.e., c.III, s.1562; Gözler, a.g.e., c. II, s. 996-997.

geçilmez nitelikte ise, bu durumda da ilk şartın gerçekleşmiş olduğu kabul edilmelidir. Başka bir ifadeyle, bayındırlık eserinin değerini tespit ederken onun kamusal yarar ve çıkarlar bakımından taşıdığı önemi göz ardı edip, yalnızca maddi değeri ile sınırlı bir değerlendirme yapmakla yetinmek doğru olmaz. Çünkü söz konusu olan iki özel hukuk kişinin menfaatinin yarışması değil, özel hukuk kişisi ile kamunun yarar ve çıkarının çatışmasıdır. Bu itibarla, yapının değeri belirlenirken yani birinci şartın gerçekleşip gerçekleşmediği irdelenirken bu hususun da mutlaka göz önünde bulundurulması gerekir. Aksi takdirde, değeri arazinin değerinden fazla olmamakla birlikte toplumun günlük, olağan ve normal yaşamı bakımından vazgeçilmez nitelikteki bazı yapıların bu hükümlerden yararlanamaması sonucunun ortaya çıkması kaçınılmaz olur. İyi niyet şartına gelince, bunun da özel hukuk kişilerinde arandığı şekilde aranması doğru olmaz. Çünkü idare adına böyle bir fiili gerçekleştiren görevliler de bunu şahsi yarar ve çıkarları için değil, kamusal bir ihtiyacı karşılamak yahut bir kamu hizmetini yürütmek için yaptıklarından idarenin karine olarak iyiniyetli sayılması gerekir.⁶⁵ İşte bu koşullar gerçekleşmişse, idare uygun bir bedel karşılığında arazinin mülkiyetinin kendisine geçmesini isteyebilir. Böyle bir durumda mahkeme arazi sahibi özel kişiye uygun bir bedel ödenmesine ve arazinin mülkiyetinin idareye geçmesine karar verebilir. Böylece bir bakıma “*dolaylı olarak kamulaştırma*” gerçekleşmiş olur.⁶⁶

Belirttiğimiz koşulların gerçekleşmemesi durumunda ise, Yargıtay’ın yukarıda yer verdiğimiz içtihadı birleştirme kararlarıyla benimsenen çözüm yolu izlenmelidir. Başka bir ifadeyle, üzerinde bayındırlık eseri tesis edilen arazinin değeri tesisin (yapının) değerinden daha fazla ise ve söz konusu tesis toplumun geniş bir kesimine hitap eden bir kamu hizmetinin yürütülebilmesinin vazgeçilmez aracı niteliğinde değilse veya idare tartışma götürmeyecek derecede açıkça kötü niyetli ise, Medeni Kanun’un anılan hükümleri uygulanamayacaktır. Dolayısıyla, bu şekilde el konulan (el atılan) taşınmazın mülkiyeti ne

⁶⁵ Onar, a.g.e., c.III, s.1562. Onar’ın ifade ettiği gibi, burada aranan iyi niyeti de anılan hükmün uygulanabilmesinin esasa ilişkin bir şartı olarak değil, bedelin takdirinde göz önünde bulundurulacak bir unsur olarak görmek gerekir. Çünkü burada asıl amaç, milli servetin ve kamusal yarar ve çıkarın korunması olduğu için iyi niyet-kötü niyet değerlendirmesi tali planda kalmaktadır. Daha fazla bilgi için bkz: Onar, a.g.e., c.III, s.1562.

⁶⁶ Gözler, a.g.e., c. II, s. 997.

kendiliğinden ve ne de mahkeme kararı ile idareye geçmez. Malikin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı devam eder. Bu nedenle malikin istihkak davası açmasına imkân ve gerek yoktur. İdarenin haksız müdahalesini önlemek için men'î müdahale davası açılması gerekli ve yeterlidir. Böyle bir dava hakkı ise hiçbir süreyle kısıtlı değildir.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, Fransız hukukunda da “*bayındırlık eserlerinin dokunulmazlığı ilkesi*” artık terk edildiği için buna bağlı olarak, “*dolayısıyla kamulaştırma*” teorisinin uygulama alanı da son derece zor koşullarla çevrili dar bir alana hapsedilmiş bulunmaktadır. Kamu yararı ile kişisel yarar ve çıkarın bağdaştırılması esasına dayanan bu yeni çözüm perspektifinin, esas itibarıyla, yukarıda ifade ettiğimiz çözüm tarzıyla örtüştüğü söylenebilir.

Kuşkusuz, sorunun bütünüyle çözümü, idarenin sahip olduğu kamulaştırma yetkisini kullanarak kamulaştırmaz el atma fiillerine hiç girişmemesinden geçmektedir. Ancak, her nasılsa, ülkemizde (ve tabii ki Fransa’da) kamulaştırmaz el atma fiilleri hiç eksik olmamıştır ve öyle olmaya da devam edecek gibi görünmektedir. Konuya ilişkin olarak yürürlüğe konulan birtakım özel yasal düzenlemeler de sorunu kökten halletme potansiyeli ve iddiası taşımadıklarına göre yapılması gereken, Medeni Kanun’un yukarıda anılan hükümlerini idare hukuku prensipleri ile birlikte uygulayarak bir çözüm geliştirmektir.

KAYNAKLAR

- Arcak, Ali, *Kamulaştırmaz El Atma ve Yeni Hükümler*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1987.
- Akar, Zeki, *Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları*, Cilt: II, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- Bilgen, Pertev, *Kamulaştırma Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999.
- Chapus, René, *Droit Administratif Général*, Cilt: II, 15. Baskı, Montchrestien, Paris, 2001.

- Fombeur, Pascale/Stahl, Jacques-Henri, "*Contentieux Administratif*", in *Code Administratif*, 29. Baskı, Dalloz, Paris, 2006 (Coordination éditorial par Zéhina Aıt - El - Kadı et Christelle de Gaudemont).
- Giritli, İsmet/Akgüner, Tayfun, *İdare Hukuku Dersleri II*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.
- Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, Cilt: I, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, Cilt: II, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, 9. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2004.
- Köroğlu, Ömer, *Kamulaştırma*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1995.
- Kutlu Gürsel, Meltem, *Kamulaştırma Hukuku*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2009.
- Lombard, Martine/Dumont, Gilles, *Droit Administratif*, 5. Baskı, Dalloz, Paris, 2003.
- Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt: III, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- Özay, İl Han, *Günışığında Yönetim*, Alfa Kitabevi, İstanbul, 2002.

BİLGİ EDİNME DEĞERLENDİRME KURULU KARARLARINDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ İSTİSNASI

SECURITY OF PRIVATE LIFE EXCEPTION IN THE DECISIONS OF THE BOARD OF EVALUTION FOR ACCESS THE INFORMATION

Hasan GÖK*

Özet: Bilgi Edinme Hakkı'nın sınırlarından birini özel hayatın gizliliği istisnası oluşturmaktadır. Bu hakkın kullanımında özel hayatın gizliliği kavramından ne anlaşılması gerektiğinin belirlenebilmesi için Kurul kararlarının incelenmesi gerekmektedir. Çalışmada Kurul kararları dört başlık altında incelenmektedir: Kamu görevlilerinin sicil ve soruşturma dosyalarına ilişkin talepler, kamunun mali kaynaklarının kullanımına ilişkin talepler, kişisel bilgilere ilişkin talepler ve eğitim hayatı ve akademik faaliyetlere ilişkin talepler.

Anahtar Sözcükler: Bilgi Edinme Hakkı, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu, Özel Hayatın Gizliliği

Abstract: One of the restriction of freedom of information is secrecy of private life. On the exercise of this right to identify what the meaning of the concept of secrecy of private life , the Board decisions should be examined. In this study, the Board decisions are examined in four divisions: Request about public officers personal records and investigation files, requests about disposal of financial resources of public, requests about personal information and requests about education background and academic activities.

Keywords: Freedom of information, The Board of Evaluation for Access to Information, Secrecy of private life

Giriş

Herhangi bir konuda yasal düzenleme yapılması önemli olduğu kadar, o konudaki yasal düzenlemeyi uygulayacak olan makamların tutumu ve bu tutumun hukuka uygunluğunu denetleyecek olan mahkemelerin ve idari otoritelerin konuya yaklaşımı da önem taşır. Bu çerçevede bilgi edinme hakkının hayata geçişinde Bilgi Edinme Değerlen-

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Araştırma Görevlisi Mohr Siebeck Tübingen Mohr Sieb

dirme Kurulu(BEDK) kararlarının büyük önemi vardır. Gerek yapılan itirazlar üzerine verdiği kararlar, gerekse de idarelerin görüş talepleri üzerine yapmış olduğu açıklamalarla kanunun uygulanmasında Kurul yol gösterici rol üstlenmektedir. Bu çalışma çerçevesinde ele alınacak olan özel hayatın gizliliği istisnasının uygulamaya ne şekilde yansıtıldığının belirlenmesinde de Kurul kararları yol gösterici niteliktedir.

I. Genel Olarak Bilgi Edinme Hakkı

9.10.2003 tarihinde kabul edilen 4982 sayılı Kanun¹ ile birlikte mevzuatımıza “bilgi edinme hakkı” adıyla yeni bir hak dahil edilmiştir. Bakanlar Kurulu TBMM’ye sunduğu tasarıda bu hakkı demokrasinin ve hukukun üstünlüğünün gereklerinden biri olarak nitelendirmiştir. Yine, 4982 sayılı Kanun’un 1. maddesinde bu kanunun demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemek amacıyla çıkarıldığı belirtilmiştir.

Öğretide ise, bürokratik gizlilik ve saydam olmayan kamu yönetimi kültürlerine karşı gelişen toplumsal ve hukuksal refleks olarak kabul edilen² bilgi edinme hakkının; idarenin kurduğu ve kurmakta olduğu işlemler ile eylemler hakkında bireyin bilgi almasını, belgeleri elde etmesini öngören bir hak olduğu ileri sürülmektedir.³ Bilgi edinme hakkı bugün için bir imtiyazdan ziyade temel bir insan hakkı olarak nitelendirilmektedir.⁴

4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nda bilgi edinme hakkının istisnaları tek tek sayılmıştır. Kanun’a bakıldığında bu istisnaların; yargı denetimi dışında kalan işlemler, devlet sırrına ilişkin, ülkenin ekonomik çıkarlarına ilişkin, istihbarata ilişkin, idari soruşturmaya ilişkin, adli soruşturma ve kovuşturmaya ilişkin bilgi ve belgeler ile özel hayatın gizliliği, haberleşmenin gizliliği, ticari sır, fikir ve sanat

¹ RG. 24.10.2003, sy.25269.

² Necati Akyıldız , “1982 Anayasası’nın İnsan Hakları Rejimi ve Bilgi Edinme Hakkı”, *Kazancı Hukuk Dergisi*, İstanbul 2004,S.3, s.41.

³ Ahmet İyimaya, “Bilgi Edinme Hakkı ve Verilere Ulaşma Özgürlüğü”, *Ankara, Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2003,S.1, s.41.

⁴ Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s.511.

eserleri, kurum içi düzenlemeler, kurum içi görüş, bilgi notu ve tavsiyeler ile mütalaa talepleri olduğu görülecektir.⁵

Kanun metninde yer alan istisnaların sayıca çok olması eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Bu kadar çok istisnai hükmün varlığı, adeta istisnaların kanunun asıl kuralları haline geldiği ve kamu kurum ve kuruluşları ile bu nitelikteki meslek kuruluşlarından talep edilen bilgi ve belgelerin bir şekilde istisnalar kapsamına dahil edilerek reddedilme olasılığının oldukça yüksek olduğu ileri sürülmektedir.⁶ Yine, kanundaki istisna yoğunluğunun “kaşıkla verileri kepçe ile geri alma” olarak görülebileceğini ve Kanun koyucunun istisnalar konusunda cimri davranması gerektiğini belirten görüşler de vardır.⁷ Bayraktar ise, Kanun’un düzenlenmesinde sınırların çok geniş tutulduğu ve adeta bilgi edinme hakkının ortadan kaldırıldığı saptamasında bulunmuştur.⁸

Bütün bu eleştirilere neden olan istisnaların tek tek incelenmesi çalışmamızın boyutlarını aşacak niteliktedir. Çalışma çerçevesinde özel hayatın gizliliği ilkesinin bilgi edinme hakkını ne şekilde sınırlandırdığı, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu kararlarından yola çıkarak ortaya konulmaya çalışılacaktır. Ancak, Kurul kararlarının incelenmesine geçilmeden önce özel hayat kavramından ne anlaşılması gerektiğinin belirtilmesi çalışmanın bütünlüğü açısından önem taşımaktadır.

II. Bilgi Edinme Hakkının Özel Hayatın Gizliliği Sebebiyle Sınırlanması

A. Özel Hayatın Gizliliği

1. Genel Olarak Özel Hayatın Gizliliği

Bir kimsenin hak ve özgürlüklerinin bir başka kimsenin hak ve özgürlüklerinin başladığı noktada biteceği hukukun bilinen ilkelerindedir. Herkes bilgi edinme hakkına sahip olduğu gibi özel hayatının gizliliği ve korunması hakkına da sahiptir. Her ikisi de demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez olan bu iki hak arasında kabul edile-

⁵ İstisnalar Kanun’un 15-27. maddeleri arasında yer almaktadır.

⁶ Haşmet Sırrı Akşener, “Bilgi Edinme Hakkı”, *Legal Hukuk Dergisi*, İstanbul 2004,S.13 s.39.

⁷ İyimaya, a.g.m., s.44.

⁸ Köksal Bayraktar, “Bilgi Edinme Hakkı ve Sır Kavramı”, *Kazanıcı Hukuk Dergisi*, İstanbul 2004,S.3, s.9.

bilir hassas bir dengenin kurulması zorunludur.⁹ Bilgi edinme hakkını düzenleyen 4982 sayılı Kanun'da özel hayatın gizliliği, bilgi edinme hakkının sınırlarından biri olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle bilgi edinme hakkı başvuruları bir başka kimsenin özel hayatının gizliliğini ihlal ettiğinde kural olarak reddedilecektir.

Özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı; bireyin kişiliğini geliştirmek ve manevi değerlerine güvence sağlamak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların oluşturduğu ve korunması hukuken gerekli görülen hayat üzerindeki hak olarak tanımlanabilir.¹⁰ Bu kavrama hem ulusal hem de ulusüstü hukuk düzenlemelerinde yer verilmektedir. Ulusal düzlemdeki düzenlemelere örnek olarak 1982 Anayasası'na değinilebilir. 1982 Anayasası'nda özel hayatın gizliliği ikinci bölümde kişinin hakları ve ödevleri arasında yer almıştır. Bu düzenlemeye göre; *"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."* (AY. m.20/1) Yasal düzeyde de başta Türk Ceza Kanunu olmak üzere özel hayatın gizliliğini koruyan düzenlemelere yer verilmiştir.¹¹

Ulusüstü insan hakları belgelerine bakıldığında özel hayatın gizliliği ve korunması bu belgelerde de önemli yer tutmaktadır. Bunların bazılarına kısaca değinmek gerekirse ilk olarak Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'ndeki düzenleme ele alınabilir. Bildirinin 12. maddesine göre; *"Hiç kimse, özel hayatına, ailesine, konutuna ya da haberleşmesine yönelik saldırılara maruz bırakılmayacaktır. Herkesin, bu tür müdahale ya da saldırılara karşı kanun ile korunma hakkı vardır."*¹² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki düzenlemeye göre ise, *"Her kişi, özel yaşamına ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir."*¹³ Maddenin ikinci fıkrasında ise bu hakka ulusal güvenlik, kamu emniyeti ya da ülkenin ekonomik refahı, suçun ya da düzensizliğin önlen-

⁹ Ayhan Döner, *Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010, s.259.

¹⁰ Ersan Şen, *Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, Kazancı Yayınları, İstanbul 1996, s.8.

¹¹ Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu TCK'nin 134. maddesinde düzenlenmiştir.

¹² Mehmet Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri*, Cilt IV, Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005, s.10.

¹³ Mehmet Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri*, Cilt I, Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005, s.41.

mesi, sağlığın ya da ahlakın yahut başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, kanuna uygun olarak yapılan ve bir demokratik toplumda gerekli bulunanlar dışında hiçbir müdahalede bulunulamayacağı belirtilmiştir.¹⁴

Bir diğer örnek olarak, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 17. maddesi gösterilebilir. Bu maddede yer alan düzenlemeye göre; *"Hiç kimse özel yaşamına, aile yaşamına, konutuna ya da haberleşmesine keyfi yahut yasadışı müdahaleye; onuruna ve şöhretine yönelik yasadışı saldırılara maruz bırakılmayacaktır."*¹⁵ Ayrıca maddede herkesin bu tür müdahale ve saldırılara karşı kanun tarafından korunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Yukarıda değinilen ulusal ve ulusüstü düzenlemelerden yola çıkarak özel hayatın gizliliğinin temel bir hak olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim, öğretide bu hakkın kişilere bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez nitelikteki bir hak görünümünde olduğu söylenmektedir.¹⁶ Öyle ki; özel hayata yapılacak haksız müdahalelerin devlet ya da diğer kişilerden gelmesi farklı sonuçlar doğurmayacak ve kişiler özel hayata yönelik her türlü saldırıya karşı korunma talep edebileceklerdir.

2. Özel Hayatın Kapsamı

Günlük hayatta kişinin hayatını parçalara bölmek ve özel hayatın kapsamını belirlemek kolay değildir. Ancak kişinin özel hayatının, diğer kişilerin müdahalesine karşı korunabilmesi için kapsamının belirlenmesi gerekir. Bu gereklilikten yola çıkarak öğretide kişinin hayat çevresi; ortak hayat(kamusal hayat), özel hayat ve gizli hayat olmak üzere üçlü bir ayrıma tabi tutulmaktadır.¹⁷

¹⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında bu hakka ilişkin kapsamlı bir inceleme için bkz. Gülay Arslan Öncü, *Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, Beta Yayınları, İstanbul 2011.

¹⁵ Mehmet Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri*, Cilt V, Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005,s.80.

¹⁶ Şen, a.g.e., s.9.

¹⁷ Haluk Tandoğan, *"Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması"*, AÜHF Dergisi, Ankara 1963, S.1-4, s.26, Gürsel Özkan, *Demokratik Yönetimin Birinci Adımı Bilgi Edinme*

“... Ortak hayat, kişinin herkese açık olan sosyal olaylarını içermekte, özel hayat ise her bireyin sıkı bağlarla bağlı bulunduğu yakınları, dostları ve tanıdıklarıyla paylaşmak istediği kapısının arkasında yaşadığı “iç hayat” olaylarını kapsamaktadır. Gizli hayat ise, kişinin kendilerine açıklanan kişiler hariç başkalarının bilgisi dışında tutulması gereken olaylarını ve jestlerini içermektedir.”¹⁸ Bu ayırım çerçevesinde kural olarak kişinin kamusal/ortak hayatının bilgi edinme hakkına konu olabileceği, özel ve gizli hayatının ise istisna kapsamına girdiği söylenebilir.

B. Kurul Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği İstisnasının Uygulanması

Yukarıdaki açıklamalar sırasında da belirtildiği gibi bilgi edinme hakkının sınırlarından birini özel hayatın gizliliği istisnası oluşturmaktadır. BEHK'nin 21. maddesine göre; “Kişinin¹⁹ izin verdiği haller saklı kalmak üzere, özel hayatın gizliliği kapsamında açıklanması halinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, mesleki ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi ve belgeler, bilgi edinme hakkı kapsamı dışındadır.” Ancak 21. maddenin 2. fıkrasında bu kuralın istisnasına da yer verilmiştir. Buna göre; “Kişisel bilgi ve belgeler; kamu yararının gerektirdiği hallerde; ilgili kişiye en az 7 gün önceden haber verilerek yazılı rızasının alınması koşuluyla açıklanabilir.” Bu istisna hükmünün gerçekleşebilmesi için iki koşulun da (kamu yararı ve yazılı rıza) aynı anda mevcut olması gerekir.

BEDK, özel hayatın gizliliği istisnasının uygulanması hakkında kendisinden istenen görüş doğrultusunda bu hususu teyit etmiştir: “... Söz konusu koşulların (kamu yararı ve yazılı rıza) herhangi birinin gerçekleşmemiş olması halinde; 3.kişilerle ilgili olup, açıklanması halinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, mesleki ve ekono-

Hakkı, Türkiye Kamu-Sen Yayınları, Ankara 2004, s.82. (Özkan bu ayırımı Alman öğretisi ve İsviçre Mahkemeleri tarafından yapıldığını söylemektedir.)

¹⁸ Cemil Kaya, *İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s.285, Özkan, a.g.e. s.82, Tandoğan, a.g.m., s.26.

¹⁹ Özel hayatın gizliliği denildiğinde ilk olarak bu kavramın sadece gerçek kişileri kapsadığı akla gelmekteyse de tüzel kişilerin de bu haktan yararlanabileceği unutulmamalıdır. (BEDK 2004/156 K, 01.11.2004, (Çevrimiçi), <http://www.bedk.gov.tr/KurulKararlari>.) Özellikle “mesleki ve ekonomik değerlerine” haksız müdahale oluşturduğu gerekçesi ile tüzel kişilerle ilgili bilgi ve belgelerin istisna kapsamına girdiği söylenebilir.

mik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi ve belgelerin mezkur Kanun hükümleri çerçevesinde başvuru sahiplerine verilmesi mümkün değildir. Bu gibi bilgi ve belgeler ancak, ilgili kurum ve kuruluşun kamu yararı görmesi halinde ve ilgili kişiye (bilgi ve belge kendisi hakkında olan kişi) en az yedi gün önceden haber vererek kendisinin yazılı rızası alındıktan sonra başvuru sahiplerinin erişimine sunulabilecektir.”²⁰

Çalışma sırasında Kurul’un internet sitesinde yayınlamış olduğu kararlardan yararlanılmıştır. Hemen belirtelim ki, Kurul’un özel hayat istisnası ile ilgili çok sayıda kararı vardır. Kararların incelenmesinde kolaylık sağlanması için aşağıda kararlar belli başlıklar altında toplanarak incelenmeye çalışılacaktır. Bu başlıklar bilgi edinme taleplerinin yöneldiği konulardan hareketle; kamu görevlilerinin sicil ve soruşturma dosyalarına ilişkin talepler, kamunu mali kaynaklarının kullanımına ilişkin talepler, kişisel bilgilere ilişkin talepler ve eğitim bilgileri ve akademik faaliyetlere ilişkin bilgiler olarak belirlenmiştir.

1. Kamu Görevlilerinin Sicil ve Soruşturma Dosyalarına İlişkin Talepler

BEDK’nin 21. madde çerçevesinde vermiş olduğu kararlara baktığımızda bunlar arasında kamu görevlilerine ait sicil, özlük ve soruşturma dosyalarında yer alan bilgi ve belgelere ulaşma taleplerinin önemli bir yer tuttuğu görülecektir. Hiç şüphesiz Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun getirmiş olduğu en önemli kazanımlardan biri kamu görevlilerinin kendi sicil dosyalarına erişim hakkı olmuştur. Kurul kararlarında istikrarlı bir şekilde kamu görevlilerine sicil ve özlük dosyasına erişim hakkı tanımayan idarelerin tutumunun kanuna aykırılık teşkil ettiği tespit edilmektedir. Ancak üçüncü bir kişi kamu görevlisinin sicil dosyasına ulaşmak istediğinde Kurul, bu taleplerin reddedilmesi gerektiği yolunda kararlar vermektedir. Sicil ve özlük dosyalarının kamu görevlisinin erişimine açık olmakla birlikte, üçüncü kişilere karşı gizlilik prensibi içinde muhafaza edilmesi gerektiği aksi bir tutumun kişinin mesleki ve ekonomik değerlerine haksız bir müdahale teşkil edeceği kabul edilmektedir.²¹

²⁰ BEDK, 2006/83 K, 15.02.2006, (Çevrimiçi),<http://www.bedk.gov.tr/KurulKararlari>.

²¹ BEDK, 2004/129 K, 11.10.2004, Aynı Yönde 2004/226 K, 20.12.2004, (Çevrimiçi),<http://www.bedk.gov.tr/KurulKararlari>.

Aynı şekilde üçüncü kişiler hakkındaki soruşturma dosyaları ve müfettiş raporları da özel hayat istisnası kapsamında değerlendirilmekte ve başvurular reddedilmektedir.²² Ancak, soruşturma raporları ile ilgili iki husus ayrıca belirtilmelidir. Soruşturma raporu üçüncü kişi hakkında olmakla birlikte, bilgi edinme başvurusu yapan kişiyi ilgilendiren bilgiler de içeriyorsa bu durumda raporda üçüncü kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal eden bilgiler olsa bile bilgi edinme başvurusu reddedilemez. Ancak, burada 9. madde hükmü doğrultusunda üçüncü kişilerin kimlik bilgileri kapatılarak belge başvuranın erişimine sunulmalıdır.²³ Soruşturma raporlarında ismi geçen üçüncü kişilerin usulsüzlüklere iştirak etmiş olmaları halinde ise özel hayat istisnasının çerçevesi daha da daralmaktadır. Kurul, usulsüzlüklere iştirak etmiş olan kişilerin bu eylemlerinin açıklanmasının özel hayat gerekçesi ile kapsam dışı tutulmasının Kanun'un ruhuna ve lafzına uygun düşmeyeceğini, bir başka deyişle hukuka aykırı iş ve eylemlerin hukuki korumaya mazhar olamayacağını belirtmiştir.²⁴

Üçüncü kişi ile ilgili olan soruşturma dosyasına ulaşmanın mümkün olduğu bir diğer hal de bilgi edinme talebinde bulunan kişinin bu soruşturmanın açılmasına neden olan şikayetçi olmasıdır. BEDK'ye göre; *"...soruşturmanın açılmasına neden olmuş olan şikayetçi ile soruşturma neticesinde mağduriyeti söz konusu olan diğer kişilere, genel olarak Kanunda bilgi edinme hakkının kullanılabilme şartı olarak aranmayan ancak istisnai olarak burada aranması zorunlu olan "ilgililik" şartını gerçekleştirmiş oldukları kabul edildiğinden, talep etmiş oldukları 3.kişilerle ilgili soruşturma raporlarının Kanun'un 19. ve 9. maddeleri çerçevesinde değerlendirilerek verilmesi mümkün olacaktır."*²⁵ Böylece şikayetçi ve/veya mağdur soruşturmanın gidişatı hakkında bilgi sahibi olabilecek ve soruşturma sonuçlarından memnun kalmazsa diğer yasal haklarını kullanabilecektir.

²² BEDK, 2005/32 K, 17.01.2005, Aynı Yönde 2005/224 K, 06.04.2005, 2006/252 K, 12.04.2006, (Çevrimiçi),<http://www.bedk.gov.tr/KurulKararlari>.

²³ BEDK, 2005/299 K, 27.04.2005, (Çevrimiçi),<http://www.bedk.gov.tr/KurulKararlari>.

²⁴ BEDK, 2005/754 K, 09.11.2005, (Çevrimiçi),<http://www.bedk.gov.tr/KurulKararlari>.

²⁵ BEDK, 2005/664 K- 2005/665 K 21.09.2005 Aynı Yönde 2006/83 K, 15.02.2006, (Çevrimiçi),<http://www.bedk.gov.tr/KurulKararlari>.

2. Kamunun Mali Kaynaklarının Kullanımına İlişkin Talepler

Kamunun mali kaynaklarının kullanımına ilişkin taleplerin başında kamu görevlilerine tanınan mali imkanlar hakkındaki başvurular gelmektedir. Kamu görevlilerine tanınan mali imkan denildiğinde de ilk olarak akla kamu çalışanlarının ücretleri gelmektedir. Bu çerçevede, idareye başvurarak çalışanların ücret bordrolarının kendisine verilmesini talep eden kişinin başvurusu özel hayatın gizliliği gerekçesi ile reddedilmişse de Kurul, bu karara karşı kendisine yapılan itiraz başvurusunda ücret bordrolarının bilgi edinme hakkına konu olabileceğine karar vermiştir. Kurul söz konusu kararında kamu görevlisine ödenen ücretin kaynağından hareketle bordrodaki bilgilerin kamusal bilgi olduğunu ve bu bilgilerin açıklanmasının kişilerin ekonomik değerlerine haksız müdahale olarak görülemeyeceğini belirtmiştir.²⁶

Kamu görevlilerinin sahip olduğu mali imkanların açıklığa kavuşturulması aynı zamanda bu görevlilerin kamusal sıfatları nedeniyle haksız kazanç elde edip etmediklerinin tespiti bakımından da önemlidir. BEDK, bu tespitini dolaylı yoldan yapılabilmesine imkan sağlayacağını düşündüğümüz bir kararında belediye emlak servisinde çalışan personelin emlak vergisine ilişkin tarh ve tahakkuk fişlerinin birer örneğinin başvuru sahibine verilmesinin özel hayatın gizliliği istisnası kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır.²⁷

Kamunun mali kaynaklarının kullanımına ilişkin bilgi edinme başvurusuna konu olan diğer bir husus da kamu ihalelerinde verilen tekliflere yönelik başvurulardır. Aynı zamanda Kamu İhale Kanunu'nun da aradığı saydamlık ve kamuoyu denetiminin hayata geçebilmesi için BEDK, tekliflere yönelik bilgi edinme başvurularında fiyatlara ilişkin kısım dışında kalan hususların bilgi edinme başvurusuna konu olabileceği görüşündedir.²⁸ Fiyat teklifleri ise 21. madde kapsamında değerlendirilerek bilgi edinme hakkının kapsamı dışında tutulmaktadır. İhalelerde ileri sürülen fiyat tekliflerinin kapsam dışı tutulması aynı zamanda ticari sır niteliğindeki bilgilerin korunması amacına yöneliktir.²⁹

²⁶ BEDK, 2004/217 K, 20.12.2004 Aynı Yönde 2005/794 K, 09.11.2005, (Çevrimiçi),<http://www.bedk.gov.tr/KurulKararlari>.

²⁷ BEDK, 2004/161 K, 01.11.2004, (Çevrimiçi),<http://www.bedk.gov.tr/KurulKararlari>.

²⁸ BEDK, 2006/432-433 K, 24.05.2006, (Çevrimiçi),<http://www.bedk.gov.tr/KurulKararlari>.

²⁹ Bilgi Edinme Hakkı'nın sınırlarından birini oluşturan ticari sır kavramı için bkz. Yasemin Şavran, *Bilgi Edinme Hakkı ve İdarenin Bilgi Verme Yükümlülüğü*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kocaeli 2006, s.124, (Çevrimiçi), <http://tez2.yok.gov.tr>.

3. Kişisel Bilgilere İlişkin Talepler

Kişilerin ad-soyadları, adresleri³⁰, telefon numaraları, elektronik posta adresleri³¹ gibi kişisel bilgilerin öğrenilmesi amacıyla yapılan başvurular özel hayatın gizliliği istisnası içinde kabul edilerek reddedilmektedir. Kurul'a intikal eden pek çok itirazda başvuruda bulunan kişilerin aleyhinde icra takibi başlattıkları borçluları hakkında bilgi talebinde buldukları görülmektedir. SSK'ya başvurarak borçlusunun adresini öğrenmek isteyen³² kişinin, kendisine borçlu olan yeminli mali müşavirden hizmet alan mükelleflerin ad-soyad ve adreslerinin kendisine bildirilmesi için vergi dairesine başvuran³³ kişinin taleplerini reddeden idarelerin bu kararları Kurul tarafından yerinde görülmüştür. Zaten başvuru sahiplerinin ileri sürdüğü taleplerden, bu başvuruların Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun amaçları doğrultusunda yapılmadığı anlaşılmaktadır.

Hiç şüphesiz sağlık bilgileri de kişisel bilgiler arasında sayılır ve ilgisinin rızası olmadan üçüncü kişilere açıklanamaz. Ancak, sağlık bilgileri talep edilen kişinin vefat etmiş olması farklı bir değerlendirme yapılmasını gerektirecektir. Kurul, kardeşinin vefat ettiği hastaneye başvurarak kardeşine hastanede yapılmış olan işlem ve tetkiklerin kaydedildiği hasta dosyasının bir suretinin kendisine verilmesi talebi 21. madde çerçevesinde reddedilen kişinin başvurusunu, belgenin ilgili olduğu kişinin vefat etmiş olması ve söz konusu belgenin müteveffanın yasal mirasçısı tarafından talep edilmiş olması nedeniyle özel hayatın gizliliğini ihlal eder nitelikte görmemiştir.³⁴

Kişisel bilgiler arasında sayılabilecek bir diğer bilgi türü de kişilerin sahip olduğu taşınmaz malları gösteren tapu sicillerindeki bilgilerdir. Tapu sicilleri ve taşınmazlarla ilgili yapı ruhsatı v.b. belgelerin özel hayatın gizliliği kapsamında olduğu ve bilgi edinme hakkına konu olamayacağı belirtilmektedir. Ancak bu ruhsat v.b. belgelerin akaryakıt ve LPG istasyonları gibi kamu sağlığı ve güvenliğini yakından ilgilendirdiği açık olan ticari işletmelerle ilgili olması durumunda bu belgelerin açıklanması talebi mesleki ve ekonomik değerlere haksız müdahale olarak görülmemektedir.³⁵

³⁰ BEDK, 2004/194 K, 06.12.2004, (Çevrimiçi),<http://www.bedk.gov.tr/KurulKararlari>.

³¹ BEDK, 2006/894 K, 15.11.2006, (Çevrimiçi),<http://www.bedk.gov.tr/KurulKararlari>.

³² BEDK, 2005/918 K, 14.12.2005, (Çevrimiçi),<http://www.bedk.gov.tr/KurulKararlari>.

³³ BEDK, 2006/869 K, 15.11.2006, (Çevrimiçi),<http://www.bedk.gov.tr/KurulKararlari>.

³⁴ BEDK, 2007/107 K, 07.02.2007, (Çevrimiçi),<http://www.bedk.gov.tr/KurulKararlari>.

³⁵ BEDK 2006/415 K, 24.05.2006, (Çevrimiçi),<http://www.bedk.gov.tr/KurulKararlari>.

4. Eğitim Bilgileri ve Akademik Faaliyetlere İlişkin Talepler

Kişinin eğitim bilgileri de özel hayatın gizliliği çerçevesinde bilgi edinme hakkının istisnaları arasında yer alır. Mezun olunan okul, sınavlarda alınan sonuçlar, disiplin cezaları başta olmak üzere öğrencilik hayatının tüm evreleri eğitim bilgileri kapsamındadır. Bu bilgilerin kural olarak kişinin rızası dışında üçüncü kişilerle paylaşılması mümkün değildir. Ancak eğitim bilgileri kamu yararının gerektirmesi ve üstlenilen kamusal görevler nedeniyle bilgi edinme hakkının konusunu oluşturabilir. Örneğin bir Kurul kararında, hakimlerin hangi fakülteden mezun olduklarının açıklanması özel hayatın gizliliğini ihlal olarak görülmektedir.³⁶

Eğitim bilgileri içerisinde yer alan ve üçüncü kişilerle paylaşılması istisna kapsamında kalması gereken sınav sonuçları ise, söz konusu sınav kamu kurum ve kuruluşlarına personel alımı için yapılan bir sınav olduğu takdirde özel hayatın gizliliği istisnası içerisinde değerlendirilmemektedir. Kurul, bu sınavların Anayasal bir hak olan kamu hizmetine girme hakkına ilişkin sonuç doğurmaları, usul ve esaslarının Kanun ve Yönetmeliklerle belirlenmiş olması ve kişiye özel değil genel nitelikte işlemlerden sayılması sebebiyle özel hayatın gizliliği istisnası kapsamında olmadığını belirtmiştir.³⁷

Öğrencilik dönemindeki disiplin cezaları da özel hayatın gizliliği çerçevesinde üçüncü kişilere açıklanamaz. Nitekim, yapmış olduğu başvuru ile oğlunun almış olduğu disiplin cezasına ilişkin bilgilerle birlikte, disiplin cezası almış olan diğer son sınıf öğrencileri hakkında da bilgi talep eden başvuru sahibine, kendi oğlu hakkındaki bilgiler verilirken, diğer öğrencilerin bilgileri özel hayat istisnası kapsamında görülerek reddedilmiş ve bu cevap Kurul tarafından yerinde görülmüştür.³⁸

Belirli bir akademik kadroya atanmak isteyen adayların eğitim bilgileri, akademik çalışmaları ve yapmış oldukları yayınlar da bilgi edinme hakkının konusunu oluşturmalıdır. Böylece atamanın objektif

³⁶ BEDK, 2005/565 K, 29.06.2005, (Çevrimiçi),<http://www.bedk.gov.tr/KurulKararlari>.

³⁷ BEDK 2005/309 K, 06.05.2005 Aynı yönde 2007/336 K, 18.04.2007, (Çevrimiçi),<http://www.bedk.gov.tr/KurulKararlari>.

³⁸ BEDK 2010/1517 K, 16.09.2010, (Çevrimiçi),<http://www.bedk.gov.tr/KurulKararlari>.

ve bilimsel kriterlere uygun olarak yapıp yapılmadığı değerlendirilebilecek ve atanamayan adayların şüpheleri giderilecektir. Ancak, konuya ilişkin kararlar incelendiğinde, Kurul'un birbiri ile çelişkili kararlara imza attığı görülmektedir.

Akademik faaliyetlere ilişkin bilgilerin özel hayatın gizliliği istisnası çerçevesinde olup olmadığına ilişkin incelenen ilk kararda, profesörlük kadrosu için başvuruda bulunan iki adaydan ataması yapılmayan adayın üniversiteye başvurarak atanan adayın sanatsal çalışma dosyası, profesörlüğe müracaat dosyası, jüri raporları ve hakkındaki yönetim kurulu kararını istemesine özel hayatın gizliliği gerekçesi ile red cevabı veren üniversite kararı Kanuna aykırı sayılmıştır.³⁹ Benzer bir kararda da fakülte öğretim üyelerinin uluslararası bilimsel yayınları sınıflayan indekste yer alan çalışmalarına ait bilgiler, öğretim üyelerinin özel hayatlarına değil, akademik çalışmalarına ait olduğundan bu bilgilerin açıklanması ilgili kişilerin özel hayatlarına haksız bir müdahale olarak kabul edilmemiştir.⁴⁰

Yakın tarihli bir Kurul kararında ise, ilan edilen yardımcı doçentlik kadrosuna başvuran adayların isimleri, görev ve unvanları ile görev yerleri, her adayın toplam puanları, yayın listeleri, değerlendirmeye gönderilen jüri üyelerinin belirtilmesi talepleri ile erişilmek istenen bilgi ve belgelerin başvuru sahibinin erişimine sunulması gerektiği sonucuna varılmış, ancak her bir jüri üyesinin adaylar hakkındaki raporu özel hayat istisnası kapsamında görülmüştür.⁴¹ Kurul, *"...her bir jüri üyesinin kanaat raporunun her bir aday için eklenerek verilmesi talebi ile erişilmek istenen belgelerin özel hayat istisnası kapsamında kişinin mesleki ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak nitelikte belgelerden olduğu"* sonucuna varmıştır. Bu değerlendirmenin yerinde olduğunu söylemek pek mümkün gözükmemektedir. En azından atanmaya hak kazanan adaylar hakkındaki jüri raporları atanamayan adaylara sunularak⁴² onlara kendi raporları ile karşılaştırma imkanı verilmelidir.

³⁹ BEDK, 2005/565 K, 17.01.2005, (Çevrimiçi),http://www.bedk.gov.tr/Kurul_Kararları.

⁴⁰ BEDK, 2005/222 K, 06.04.2005, (Çevrimiçi),http://www.bedk.gov.tr/Kurul_Kararları.

⁴¹ BEDK, 2010/428 K, 18.03.2010, (Çevrimiçi),http://www.bedk.gov.tr/Kurul_Kararları.

⁴² İncelenen başvuru ataması gerçekleştirilmeyen bir aday tarafından yapılmıştır.

Sonuç

Bu çalışmada Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu kararlarından yola çıkarak özel hayatın gizliliği istisnasının uygulamada ne gibi sonuçlar doğurduğu tespit edilmeye çalışılmıştır. Özel hayatın gizliliği kavramının çerçevesini çizmenin oldukça zor olduğu öğretilerde de kabul edilen bir gerçektir. Pek çok farklı konuda istenen bilgi ve belge taleplerinin özel hayatın gizliliği nedeniyle reddedildiği Kurul kararlarından anlaşılmaktadır. Bilgi edinme başvurularındaki bu farklılık Kurul'u her somut olayda ayrı bir değerlendirme yapmaya yöneltmiştir. Böyle olunca ortak ilkeleri belirlemek de zorlaşmaktadır. Yine de çalışmada değinilen kararlardan bazı sonuçlar çıkarılmaya çalışılmıştır.

Genel olarak Kurul'un kendisine yöneltilen başvurularda talep edilen bilgi ve belgenin açıklanmasının kamu yararına olduğuna inandığı durumlarda özel hayat istisnasının uygulanma alanını daraltarak başvuruyu kabul ettiği söylenebilir. Öte yandan, kamu yararını değil de kişisel merakı tatmin amaçlı başvurularda ise bu istisnanın biraz daha geniş uygulandığı tespitinde bulunulabilir. Bilgi Edinme Kanunu'nun amacının yönetimde şeffaflığı sağlamak olduğu düşünülürse bu tutumun yerinde olduğu ileri sürülebilir.

Sonuç itibarıyla önemli olan şeffaflığı gerektiren bilgi edinme hakkı ile gizliliği gerektiren özel hayat kavramı arasında çatışan çıkarların dengelenmesidir. İdarelerin özel hayatın gizliliği bahanesi ile bilgi edinme taleplerini reddetme eğilimlerinin Kurul kararları ile bir ölçüde dengelendiği tespitinde bulunmak yanlış olmayacaktır.

KAYNAKLAR

Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/ Kaya,Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 2. Baskı,

Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011.

Akşener, Haşmet Sırrı: *"Bilgi Edinme Hakkı"*, İstanbul, *Legal Hukuk Dergisi*, İstanbul 2004,S.13.

Akyıldız, Necati: *"1982 Anayasası'nın İnsan Hakları Rejimi ve Bilgi Edinme Hakkı"* *Kazancı Hukuk Dergisi*,İstanbul 2004, S.3.

- Bayraktar, Köksal: *"Bilgi Edinme Hakkı ve Sır Kavramı"*, İstanbul, Kazancı Hukuk Dergisi, İstanbul 2004.
- Döner, Ayhan: *Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010.
- Gemalmaz, Mehmet Semih: *İnsan Hakları Belgeleri*, Cilt I, Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005.
- Gemalmaz, Mehmet Semih: *İnsan Hakları Belgeleri*, Cilt IV, Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005.
- Gemalmaz, Mehmet Semih: *İnsan Hakları Belgeleri*, Cilt V, Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005.
- Gözübüyük, Şeref/Tan,Turgut: *İdare Hukuku* (Cilt I Genel Esaslar) 5.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- İyimaya, Ahmet: *"Bilgi Edinme Hakkı ve Verilere Ulaşma Özgürlüğü"*, Ankara, Ankara Barosu Dergisi, Ankara 2003, S.1.
- Kaya, Cemil: *İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- Öncü Arslan, Gülay: *Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, İstanbul, Beta Yayınları, 2011.
- Özkan, Gürsel: *Demokratik Yönetimin Birinci Adımı Bilgi Edinme Hakkı*, Ankara, Türkiye Kamu-Sen Yayınları, 2004.
- Şavran, Yasemin: *Bilgi Edinme Hakkı ve İdarenin Bilgi Verme Yükümlülüğü* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kocaeli,2006.
- Şen, Ersan: *Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1996.
- Tandoğan, Haluk: *"Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması"*, AÜHF Dergisi, Ankara 1963, S.1-4.

Elektronik Kaynak

www.bedk.gov.tr

KURALLARIN KURALI: ANAYASANIN HUKUKİ BOYUTUNUN EVRENSEL SERÜVENİ

THE RULE OF THE RULES: UNIVERSAL ADVENTURE OF LEGAL SENSE OF THE CONSTITUTION

Faruk Y. TURİNAY*

Özet: Anayasa pek çok bilimde farklı anlama gelir. Bu kavram, örneğin, iktisatta mali politikaların uygulanmasının güçlü bir aracı, siyaset bilimde ise iktidarı sınırlandıran siyasal bir belge olarak kendini gösterir. Hukuka gelince, bağlayıcılık, alt düzeydeki kuralların kendisine uygun olması, devlet tüzel kişiliğini hukuken yaratan düzenleme oluşu gibi özellikleri ön plana çıkar. Bu çalışmada anayasa, hukuki kimliğiyle ele alınmış; anayasanın anlamını tasnif eden yazarların ve mahkemelerin görüşlerine evrensel ölçekte yer verilmiştir. Hukuki anlamdaki anayasanın çeşitli kavramlarla bağlantıları incelenmiştir. Önemi hiç de az olmamakla birlikte, son olarak, Avrupa Birliği örneğinin anayasa düşüncesi üzerindeki etkileri tahlil edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: anayasa, ulusüstü hukuk, anayasa kavramı, anayasanın tanımı, hukuki anlamda anayasa, anayasa kuramı, Avrupa Birliği

Abstract: Constitution means different sense in a lot of disciplines. For instance, the notion appear a powerful instrument of fiscal policy's practice; and also a political document which restrict power in political science. It's some characteristics loom large; such as legal binding, conformity of all 'lower' norms to constitution, being a norm what legally creat juridical personality of state. Constitution has handled in respect of legal attribution. They have been universally touched on that opinions of both courts and authors which classify meanings of constitution in the work. Connections between constitution in the legal sense and miscellaneous concepts have examined. The last but not the least, influences of European Union on constitution's conception have been tried to resolve.

Keywords: constitution, supranational law, the concept of constitution, definiton of constitution, , constitution in the legal sense, European Union

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma görevlisi

GİRİŞ

Anayasa hukuku bir yana, hukukun dahi sınırlarını aşmış bir kavram olarak anayasa, Yeni Çağ'dan bugüne, özellikle de siyasi gelenekleri bütünüyle kurumsallaşamamış hukuk düzenlerine sahip ülkelerde, dinmeyen tartışmaların odağında yer almıştır. Siyasal iktidarın sınırlandırılmasından en üst hukuki düzenleme oluşuna, devlet kavramıyla ilişkisinden meşruiyet sağlayıcı özelliğine kadar geniş bir fikir yelpazesinde gezinen anayasanın konumunu tespit etmenin kolay olmadığı takdir edilebilir. Tabii, 'anayasanın sadece anayasadan ibaret olmaması', gerçeklik payı yüksek bir klişe niteliğiyle araştırmacının önünde dururken kitaplara ve sonunda kaleme sarılmamak elde değildir.

Hiçbir kavram kendiliğinden düşünce evreninde var olamaz; kelimelerin ifade gücüne ihtiyaç duyar. Kelimeler olmadan kavramlar üzerine düşünülemez. Anayasa bir kavram olduğu gibi bir kelimedir¹. Fakat münhasıran 'kavram olan anayasa'yı inceleyebilmek için dil tartışmasına girmemekte yarar vardır. Diğer bir deyişle, kavram olan anayasa, kelime olan anayasadan koparılmalıdır.

Bir kavrama 'hukuki' açıdan bakmak, o kavramı kendiliğinden düzenli, sonuç odaklı ve 'mevzun' bir boyut kazandırır; bağlayıcılığını meydana çıkarır. Anayasayı bir hukuki kavram olarak ele alırken diğer düzenleyici hukuki işlemler ile karşılaştırmak, benzerlerinden ayırabilmek, hakkını teslim etmek için gereklidir. Fakat anayasa bir yönüyle uç bir kavramdır; düzenlemelerin düzenlemesi, kuralların kuralıdır. Zaten sorun bu özelliğinden doğmaktadır. Her normun sahip olmak istediği meşruiyet ihtiyacı kuşkusuz onun için de geçerlidir. Bu tartışma ise hukuk araştırmacısını ister istemez doğal hukuk anlayışına, hukukun başlangıcına götürür. Tartışma, gelinen genel kamu hukuku sahasının imkânlarıyla yetinmez; daha sonra siyaset bilimi ile sosyolojiye doğru sürükler. Fakat sürüklenişe bir yerde son vermek lazımdır; aksi halde kavramlar silsilesinin kaybolma/bozulma tehlikesiyle yüz yüze gelinir. Ne var ki, hukuki olanı hukuki olmayandan ayırmak, hele konu anayasa ise, hiç de basit değildir. Üstelik ayırıcı

¹ Anayasa kelimesi hakkında etimolojik-hukuki bir inceleme için bkz: Turinay, Faruk Y., "Bir Kelime Olarak Anayasanın Tarihsel Yolculuğu Üzerine Düşünceler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Temmuz-Ağustos 2011, s.269-312

çizgi kalındır; altında kayda değer genişlikte, gri bir alan bırakır. Hukuki bir kavram olarak anayasa incelenirken esnekliğin benimsenmesi yararlı olacaktır.

A. ANAYASA KAVRAMININ HUKUKİ VE SİYASİ NİTELİKLERİNİN AYRIŞTIRILMASI

Yazıya dökülmüş eserlerin derinliklerine dalmadan, hukuk ve siyaset birbirinden ayrılmaya çalışıldığında, akla ilk gelen ayırım noktası siyasetin sebep, hukukun ise sonuç olduğu yönünde. Siyaset sayısız olayın zincirleme iç içe geçtiği bir alan iken, hukuk siyasetteki olayların neticesinde uzlaşılarak veya zora dayanarak ihdas edilen kuralları ifade ettiği sonucudur. Tabii, burada sözü edilen hukuk, yürürlükteki hukuktur, doğal hukuk değil.

Her kavramın birden fazla niteliği olabilir. Her kavram farklı bilimlerin lügatinde farklı anlamlara gelebilir. Anayasa kavramının birçok niteliği vardır: mali boyutta anayasa, iktisadi boyutta anayasa, uluslararası ilişkiler boyutuyla anayasa, insan hakları boyutuyla anayasa... Bu liste uzatılabilir. Anayasanın niteliklerinden karışmaya en müsait olanları hukuki ve siyasi nitelikleri olduğundan, hukuki kavram olan anayasa ile siyasi kavram olan anayasa incelenmelidir.

Anayasanın hukuki yönünü görebilmek için çok eski zamanların kurallarını bakmak gerekebilir. Roma İmparatorluğu Anayasası bunlardan biridir. Üstelik anayasanın varlık amaçlarından biri olan özgürlüğün hal ve şartları eski zamanlarda daha iyi anlaşılmuş bile olabilir². Marcus Tullius Cicero, Romalı devlet adamı Cato'dan aktararak der ki, Roma Anayasası, diğer devletlerinkine üstündür; zira o, bir kişinin değil pek çoğunun dehasının ürünüydü. Şöyle ki, Roma Anayasası, bir nesil için değil, yüzyıllar süren uzun bir zaman diliminde yaşayacak farklı çağların insanları için inşa edilmişti³. Bununla beraber, zamanın imtihanı ve fiili deneyimlerin yardımı olmaksızın; gelecek için gerekli

² Friedrich August von Hayek / Ronald Hamowy, *The Constitution of Liberty*, The Definitive Edition, The University of Chicago Press, Chicago, 2011, s.113

³ M. Tullius Cicero, *De Re Publica*, Oxford Classical Texts, Oxford University Press, 2006, Liber II, .1.2.; aktaran: Hayek / Hamowy, loc.cit., *The Constitution of Liberty*, s.113

tüm hükümleri yaşayan tüm insanların güçlerini birleştirerek yaratan, hiçbir şeyi gözden kaçırmayacak derecede dahi biri(leri) yaşamış olamaz⁴. Bu tutum, biraz, “Yeni Kıta” menşe’li, “yaşayan anayasa” (*living constitution*) kavramının hareket noktasını çağrıştırmaktadır. Gözden kaçırılabilir hükümlerin değişken yorumlarla makul kılınmasıyla...

Hans Kelsen, *Hukuk ve Devletin Genel Kuramı* adlı eserinde katı ve yumuşak anayasalardan söz ettikten sonra katı anayasanın var olduğu bir hukuk düzeninde, tıpkı anayasa gibi değiştirilmesi alelade kanunlardan daha yüksek şartlara bağlanmış kanunların mevcudiyetinden de bahseder. Bunlar öyle kanunlardır ki, ancak ve ancak özel usullere riayet edilerek değiştirilebilir yahut ilga edilebilir. Eğer bu kanunların anayasanın bir parçasını oluşturduğu düşünülürse *anayasa kavramı*⁵ saf şekli anlamda makes bulur⁶.

Anayasanın ne olduğunu kavramak, biraz da, bağımsız erkleri düzenleyen bir belge (anayasa) tarafından tahdidi şekilde çember içine alınan temsili yapının kudreti içinde, temsili hükümeti kavramak ile yakından ilişkili hale gelmiştir⁷. Ve tabii, biçimlendirilen şey, anayasanın yarattığı bir yapıdan başkası değildir. Anayasanın bağlayıcılığından kuşku duyulmadığına göre ve anayasanın hem neden hem sonuç oluşu görmezden gelinemezse hukuki olan anayasa teşekkül etmiş demektir.

Ma. Elena K. Parayno tarafından hazırlanan bir sunumda “anayasanın anlamı” denince “egemenlik kudretini kullananların uyguladığı kurallar bütünü”nün kastedildiği gözler önüne serilir. Anayasanın mahiyetini idrak etmeye yardım eden yaklaşım biçimleri, “anayasa işlevinin önemi, tabiatı ve amacı” başlığı altında incelenir. Buna göre, halk, iktidarı-

⁴ Hayek / Hamowy, loc.cit. *The Constitution of Liberty*, s.113. Hayek, yine de şunu söylemeden edememiştir: “Neither republican Rome nor Athens- the two free nations of the ancient world- could thus serve as an example for the rationalists.” (Ne cumhuriyet dönemindeki Roma ne de Atina -antik dünyanın iki özgür ulusu- gerçekçiler için (geçerli) bir örnek olamaz.) Hayek / Hamowy, loc.cit., s.113

⁵ Anayasa kavramını hukuki açıdan, üstelik idare hukuku penceresinden ele alan bir çalışma için bkz: Ender Ethem Atay, “Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008, Sa. 1-2, s.503

⁶ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Translated by Anders Wedberg, Third printing, The Lawbook Exchange Ltd., New Jersey, 2009, s.260

⁷ Hayek / Hamowy, loc.cit. *The Constitution of Liberty*, s.265

nı anayasa vasıtasıyla (*through the Constitution*) kullanır. Öyle ki, halk, kendisini, adaletsizce icra edilen hükmetme gücünden, kendini temsil edecek görevlileri belli aralıklarla tekrarlanan seçimlerle seçmek suretiyle korur⁸. Bir anayasa, halkın bizatihi kendisinin yürürlüğe koyduğu, devleti⁹ yaratan üstün veya temel kanundur. Anayasanın amacı, hükümet/devlet düzeninin çerçevesini ya da ana hatlarını resmetmek ve bu çerçevenin içinde yer alan, devletin muhtelif erklerinin güç ve işlevlerini ayrıntılandırmaktır. Yazar, yumuşak / katı, yazılı / yazısız anayasalar gibi alışıldık kavramlaştırmalara yer vermekle birlikte, “*bir anayasanın kanunlardan nasıl ayırt edileceğini ilk akla gelen “değiştirilme usulü” farklılığına değil, onu ihdas eden organın farklılığına dayandırmak*” gibi ilginç bir yaklaşım tarzını kullanmaktadır. Bu son görüş bağlamında, yazara göre, kanunlar, halkın temsilcileri tarafından ihdas edilmekteyken; anayasa bizzat halk tarafından doğrudan koyulan kuralları ifade eder. Anayasa, diğer tüm mevzuatın kaynağını aldığı, devletin esas kanunudur¹⁰. Parayno’nun vurgusunun bağlayıcılık olduğu açık görüldüğüne göre, anayasayı hukuki bir kavram olarak ele aldığı söylenebilecektir.

Yönetilenlerin rızası ve meşruiyet konularında anayasa daha bir hukuki kimliğe bürünür. Barnett’a göre, anayasal meşruiyet fikrinin en ortak düzenleme mevzusunun *yönetilenlerin rızası* oluşu aslında yanlıştır¹¹. Çünkü bu, hiçbir anayasada sağlanmamıştır! Söz konusu ulaşılamaz ideal sınırlar dâhilinde anayasayı ele alma, anayasa metninin anlamının yerine geçer ve meşruiyetini baltalamış olur. Bu netice çelişkilidir. Zira oy hakkının büyük çapta genişlemesine rağmen, “*yönetilenlerin rızası*” tarafından meşrulaştırılabilmemiş hiçbir gelişmiş ve yeni anayasa yorumlanışı yoktur¹². Diğer yandan, hukukun pek çok

⁸ Ma. Elena K. Parayno, The Concept of Constitution, Scribd elektronik yazılı kaynak web sitesi, <http://www.scribd.com/doc/11535697/Concept-of-Constitution>, erişim tarihi: 22.9.2011

⁹ Yazar, İngilizce yayın yapan pek çok başka yazarın yaptığı gibi, *government* sözcüğünü günümüz Türkçesindeki *hükümet*’ten ziyade ‘*devlet*’ sözcüğüne yakın bir anlamda kullanmaktadır.

¹⁰ Ma. Elena K. Parayno, op.cit., The Concept of Constitution, Scribd elektronik yazılı kaynak web sitesi, <http://www.scribd.com/doc/11535697/Concept-of-Constitution>, erişim tarihi: 22.9.2011

¹¹ Randy E. Barnett, Restoring The Lost Constitution: The Presumption of Liberty, Princeton University Press, 2004, New Jersey, s.3

¹² Barnett, op.cit., Restoring The Lost Constitution: The Presumption of Liberty, s.3

yerde rıza ilkesini benimsediği bilinmektedir. Anayasanın konusu yönetenler ile yönetilenler arasındaki ilişkiyi de kapsadığına göre, meşruiyet ihtiyacı kaçınılmaz surette depreşecektir.

Anayasanın hukuki yönünü, birey, her zaman hissetmez. Ancak, Anayasa Mahkemesi kendini doğrudan ve dolayısıyla ilgilendiren bir karar verdiğinde, bir ceza mahkemesi tarafından anayasal ilkelere atıfta bulunarak serbest bırakılma kararı yüzüne okunduğunda ya da bireysel başvuru yolunu kullanarak bir hakkını korumayı başardığında ve bu gibi somut gelişmeler sayesinde hissedebilir. Teziç de anayasanın hukuki ve siyasi niteliğini isabetle ayırıştırır. Ona göre, “*anayasa*”nın biri hukuki öteki de siyasi olmak üzere iki anlamı vardır. Anayasa yalnızca bir devletin hukuki statüsü olmayıp, aynı zamanda devlet içinde siyasi iktidarı ve toplum içinde de devlet iktidarını sınırlayan bir belgedir¹³. Teziç’in değindiği “*devletin hukuki statüsü*” anayasanın hukuki niteliğini ifade etmekten, hem genel ölçekte devlet iktidarının hem dar ölçekte siyasi iktidarının sınırlanması anayasanın siyasi niteliğinin bir başka ifadesidir. Anayasanın devlet iktidarını sınırlayan, kişi haklarını güvenceye alan bir belge olması, aynı zamanda bir siyasi tercihi de yansıtır. 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinin 16. maddesindeki “*insan haklarının sağlanmadığı ve kuvvetler ayrılığının belirlenmediği bir toplumda anayasa yoktur*” ilkesi, anayasanın siyasi niteliğini ortaya koymaktadır. İşte anayasanın bu siyasi niteliğidir ki, “*anayasal devlet*” ile “*anayasalı devlet*”i birbirinden ayırır. Çünkü tanımı gereği, her devletin bir anayasası vardır ama rejimi anayasal olmayabilir¹⁴. Gözler ise, siyasi-hukuki kavram ayırımına girmeksizin anayasayı fiziki ortamından ayırdıktan sonra, soyut düzlemde, sadece bir hukuk kavramı olarak inceler¹⁵.

Thomas’ın deyimiyle, anayasa, bir ülkedeki yazılı kurallar topluluğudur; öyle ki, hükümetin halk için yapması gerekenleri, halkın da hükümet için yapması gerekenleri söyler. Muhtemelen, hükümetin yapmaması gerekenleri de belirtir¹⁶. Dünyada hemen her milletin bir

¹³ Teziç, Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 2009, s.4

¹⁴ Loc.cit.

¹⁵ “*Anayasanın Tanımlanması Sorunu: Hangi Anayasa*” bölümünde Gözler’in bu konudaki görüşlerine yer verilmiştir.

¹⁶ William David Thomas, What Is A Constitution?, Gareth Stevens Publishing, 2008, s.6

anayasaya sahip olduğunu vurgulayan yazar, bunların bir ya da birkaç belgeden mürekkep olduğunu ortaya koymaktadır. Muhtelif yollarla anayasa, halkın (yurttaşların) haklarını ve hükümetin sorumluluklarını açıklar. Pek çok anayasa, vatandaşların kendilerini temsil etmesi için pek az sayıda kişiyi seçeceklerini, bu kişilerin kanunları yapacaklarını ve kaldıracaklarını söylemektedir. Ayrıca bu temsilcilerin nasıl seçileceği, halkın mevcut temsilcilerin icraatlarından hoşlanmazsa bir daha seçmeme imkânı da anayasada yazılıdır. Mahkemelerin uyması gereken kurallar ile bu kuralları yorumlamak ve uygulamak zorunda oluşu da anayasalarda yer alır. Son olarak, anayasalar, kendi kurallarının nasıl değiştirilebileceğini de çoğu zaman düzenler¹⁷.

Felix Frankfurter ile *James M. Landis*, *Yale Hukuk Dergisi*'nde kaleme aldığı "*The Compact Clause*¹⁸ of *The Constitution: A Study In Interstate Adjustments*" (*Anayasanın Sıkı Yasağı: Eyaletlerarası Dengeleme*) başlıklı makalede, anayasanın işlevsel boyutundan söz eder. Anayasanın öyle bir işlevi olmuştur ki, Amerika'daki hukuki birliği sağlayabilmiştir. Buna göre, anayasa, doğal bir şekilde, eyaletler arasında işbirliğin sağlanması ve "*daha mükemmel bir Birliğin*" biçimlendirilmesi amacıyla tasarlanmış, devlet adamlarının bir başarısı olarak alkışlarla karşılanan¹⁹ belgenin ta kendisidir. Anglo-Sakson hukuk düzenlerine hâkim olmuş genel işlevselcilik/faydacılık ilkesi hatırlandığında, Amerika'daki anayasa algısının da bu ilke doğrultusunda olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Anayasanın toplumsal ve iktisadi olgulardan kopuk bir şekilde devletin üst düzey organlarını ve siyasi yaşamayı kurallarla düzenlemeyi öne çıkarttığı ileri sürülür. Klasik anayasacılık döneminin, hukuk kuralları aracılığıyla siyasal olguları engellemeye çalıştığı²⁰, buna karşılık iktidarı sınırlama aracı olarak anayasa, hukuki olmaktan çok

¹⁷ Thomas, op.cit., What Is A Constitution?, s.6

¹⁸ "*Compact Clause*" Türkçeye çevirmesi oldukça zor bir tabir olup Amerikan Anayasa Hukukuna mahsus kavramlardandır. Eyaletlerin, Amerikan Kongresi'nin rızası olmaksızın barış zamanda ordu besleyemeyeceğini, diğer bir devlet ya da yabancı bir güçle antlaşma veya sözleşme yapamayacağını... emreden Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının 1. maddesinde yer alan kurallardan biridir.

¹⁹ Felix Frankfurter / James M. Landis, "*The Compact Clause of The Constitution: A Study In Interstate Adjustments*", *Yale Law Journal*, 34 *Yale L.J.*(1924-1925), s.625

²⁰ Turpin, *Droit Constitutionnel*, PUF, 1992, s.2-3, aktarma: Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Legal Yayınevi, s.12

siyasal olduğu, mutlak hükümranlığı kayıtlama hedefi ile yazılı ve sert bir anayasanın kabulü arasında doğrudan bir ilişki bulunduğu dile getirilmektedir²¹. Bu görüş uyarınca, ilk dönem anayasacılığı, hukuken üstün ve bağlayıcı bir kural olmaktan çok yönlendirici bir metin özelliğine ilave olarak siyasal gerçeklik yerine 'olması gereken hukuk'un ağır bastığı bir zaman dilimi olarak değerlendirilmektedir. Devlet ve hükümetin daha çok olgulardan hareketle incelenmesinin siyaset biliminin doğuşu ile ve II. Dünya Savaşı'ndan sonra mümkün olduğu söylenmektedir²². Anayasa hukuku, siyasi hayatın gerçeklerini hukuki olarak çerçeveleyen ve bunları düzenlemekle görevli hukuk dalı olarak tanımlandığında, siyaset bilimiyle ortak ve ayrı noktaları göz önünde tutulursa, anayasa kavramının da hukuki ve siyasi noktaları ayrıştırılabilir. Anayasaya ilişkin olarak da iki bilim dalının konusu aynıdır; yalnız, yaklaşım tarzı farklıdır. Bu bilimleri de birbirinin tamamlayıcısı olarak görmek daha isabeti olabilir. Anayasanın hukuki ve siyasi yönlerinin ayrıştırılması, kavramın durumunu apaçık ortaya koymak dışında bir amaç gütmemekte; anayasanın siyasi boyutunun varlığını dolaylı olarak teyit etmektedir.

Anayasanın kavramsal boyutunu incelerken, devlet kavramını da düşünülme kaçınılmaz olmaktadır; devletlerin esas oyuncu olduğu uluslararası hukuku da... Göçer'e göre, az sayıda kavram anayasa kavramı kadar, devlet kavramı ile sıkı bir ilişki içindedir. Bununla beraber anayasa kavramı uluslararası hukuk düzeninde yer alan üst düzey kuralların bütünü tasvir etmek amacıyla yaygınca kullanılmaktadır. Ancak, uluslararası anayasa veya uluslararası anayasa hukuku kavramı, bu kavramın farklı yorumlara konu olmasından dolayı bir ölçüde belirsizdir. Gerçekten de bu kavram, uluslararası hukuka dair ulusal anayasa kurallarını belirtmek amacıyla kullanıldığı gibi, devletlerarası toplumun anayasal kurallarının bütünü ifade etmek amacıyla da kullanılmaktadır²³. Yazarın yaklaşımı bir başka anlatımla, uluslararası bir toplumun varlığını, anayasanın bu toplumun hukuki belkemiğini teşkil ettiği iddiasını esas almaktadır. Bu yaklaşım ışığında, anayasa kavramı, kökenleri daha eski bir tarihe dayanmasına rağmen, bugün-

²¹ Kaboğlu, loc.cit.

²² Kaboğlu, loc.cit., s.13

²³ Mahmut Göçer, "Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Anayasa Kavramı", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı: 57-2, s.2

kü anlamını devletin iç hukuk düzeninde kazanmıştır. Bu olgu, anayasa kavramının devletin iç hukuk düzenine mahsus bir kavram olup olmadığı sorunu ortaya çıkarmaktadır. Gerçekten de, anayasa kavramı geleneksel olarak münhasıran devlet kavramıyla iç içe girmiş bir kavram olarak sayılagelmiştir²⁴.

Fransız kamu hukuku öğretisini takip eden yazar, bir yandan, bizim yaklaşımımıza yakın bir doğrultuda, anayasanın birkaç boyutunu birbirinden ayırarak ortaya koymaktadır. Bunlardan birincisi, hemen her topluluğun -dini, ticari vs.- temel bir hukuki temele sahip olduğunu ve bunun da anayasa olduğunu esas alarak kavramın nüfuz alanını olabildiğince genişletmektedir. İkincisi, anayasayı toplumun siyasal örgütlenmesine indirger. Sonuncu boyut ise, anayasa kavramını iktidar kavramı ile ilişkilendirerek, anayasayı, onun örgütlenmesini ve kullanım koşullarını düzenleyen kurallar bütünü olarak sunmaktadır. Ancak, anayasa her türlü erki değil, sadece siyasal iktidarı kurumsallaşmış bir şekil altında düzenleyebileceğinden, burada yeniden toplum kavramının veya kurum kavramının açıklanması ve tanımlanması gerekecektir. Göçer, bu üç yaklaşımda muhtelif eksikliklerin mevcudiyetinden dem vurarak anayasanın "*hukuk düzeni*" ve Kelsen'in söz konusu soruna dair tavrını çözüm olarak önermektedir²⁵ ki, bu, kanaatimizce "*hukuki anlamda anayasa*"yı ifade etmektedir.

Siyasi iktidarın kurumsallaştığı, hukuki bir çerçeveye alındığı, sınırlandığı anda, anayasanın bu iki niteliği birbirinden koparılamayan, ayrılmayan bir bütünü oluşturur. Çünkü siyasi iktidarı kullananlar, emretme yetkisini aldıkları gibi, kendi koymuş oldukları kurullarla da bağlı olurlar. Anayasa, kanunların, idari düzenleyici işlemlerin yapılmasına ilişkin temel ilkeleri, kuralları içerir. Anayasanın öngördüğü biçimde yapılan bu işlemler, herkes için olduğu kadar, bunları yapanları da bağlar. Zira bu işlemleri yapanlar, devletin hizmetinde olup, işlemleri hukuken, onlar üzerinde de otoritesini kabul ettiren devlete mal edilir. Yönetenler yaptıkları işlemleri aynı biçime uyarak değiştirebilirler. Ancak bu kurallara karşı gelemeyecekleri gibi, bunları diledikleri gibi, kişisel keyfi usullerle değiştiremezler. Aksi halde bu,

²⁴ Göçer, loc.cit., "*Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Anayasa Kavramı*", s.3

²⁵ Göçer, loc.cit., "*Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Anayasa Kavramı*", s.4 ve devamı, özellikle bkz: aynı yayının "*Hukuk Düzeninin Temel Unsuru Olarak Kabul Edilen Anayasa Kavramı*" başlığı

anayasal biçim dışında bir değiştirme olur ve anayasayı tanımamak, yadsımak sonucunu doğurur²⁶. Anayasanın hukuki ve siyasi niteliklerini bazı noktalarda ayırmak güçtür. Mesela “*hukuk devleti*” ve “*anayasanın üstünlüğü*” kavramları üzerine düşünüldüğünde, hukuk ile siyaset arasındaki sebep-sonuç ilişkisinin karmaşıklığı anlaşılabilir. İktidarın kurumsallaşması, Alman hukukçularının “*hukuk devleti*” diye adlandırdıkları, yani yönetenlerin de hukukla bağlı oldukları devlet anlayışıdır. Buna karşılık, yöneticilerin keyfi davranışlarına, yani kurallarla bağlı olmadan bir ülkeyi yönetmelerine de “*polis-devlet*” denir²⁷. İşte, anayasanın özellikleri, bireylere göre konumu, yapılış şekli, nasıl uygulandığı hep kavramın hukuki ve siyasi niteliklerinin tezahürleri arasındaki çizgide gezinmektedir.

Diğer yandan, hukukun konusu kaba şekilde, usul ve esas olarak ikiye ayrılırsa, esas’ın anayasa hukuku bakımından niteliği tartışmalı olsa da usul’ün bütünüyle hukuki vasıfta olduğu belirtilmelidir. Mesela, bir hukuki işlemin ne zaman, kim tarafından, ne surette yapılacağı usulî bir sorun ise ve işlemi yapacak olanın ‘ne yapacağı’, ‘tercihinin hangi yönde olması gerektiği’ açmazı esasa ilişkinse bunu anayasanın niteliklerini ayırıştırırken kullanmakta sakınca olmasa gerekir. Bu bağlamda, ‘anayasanın üstünlüğü’, ‘sert anayasa’, ‘tali kurucu iktidar’, ‘anayasa yargısı’ gibi anayasa hukuku meselelerinin hukuki yanlarının kuşkuyla yer bırakmayacak derecede ağır bastığı söylenebilir. O halde, herhangi bir konuda anayasanın hangi niteliğinin ağır bastığını tartışırken, usul’ün baskın hukuki vasfını göz önünde tutmak yararlı olabilecektir.

B. ANAYASANIN HUKUKEN TANIMLANMASI SORUNU: HANGİ ANAYASA?

1. Başlangıç

Bilimsel yaklaşım, hukuk, kavramlar ve tanımların yatay ve dikey keşiştiği bir durumda kavramı tanımlama gereği ortaya çıkmaktadır. Kavramın zihnin sınırları dâhilinde yer aldığı, soyut ve genel özellikte olduğu bir çırpıda söylenebilir. Diğer yandan kavram bir nesneye ait olabileceği gibi bir düşünceye de ait olabilir. Sonuçta düşünce mahsu-

²⁶ Teziç, op.cit. Anayasa Hukuku, s.144-145

²⁷ Loc.cit. s.145

lüdür. Anayasaya gelince yüzyılların süzgecinden geçerek damıtılmış sayısız düşüncelerin oluşturduğu, zihindeki tasarımlardan biridir²⁸. Anayasa hakkında birçok algı vardır. Bu algıları kapsayan yönüne anayasanın zihinsel imgesi ya da kavramsal boyutu denebilir. Anayasanın içeriğini, kapsamını işaretlerle, sözle anlatan soyut düşünceye ‘anayasa kavramı’ denmesinde sakınca yoktur.

Çağdaş hukuki düzenlerinin ezici çoğunluğu anayasayı en üst seviyedeki kurallar topluluğu olarak görmektedir. Anayasanın üstünlüğü ilkesi zımnen yahut yazılı yöntemlerle hemen her ülkede benimsenmektedir. O halde anayasa kuralların kuralıdır.

Anayasanın tanımlanması sorununu çözmeye çalışırken, anayasanın hukuki yönünü²⁹ diğer yönlerinden ayıran yazarlara bakmak gerekir. Aksi halde “*hukuki bir kavram olarak anayasa*”yı diğer “*anayasa*”lardan ayırırken, yapılan okumalar yeterince faydalı olmayabilir.

²⁸ Anayasanın kavram oluşu üzerine derinlemesine düşünmek için aşağıdaki parça kullanılabilir. Kavram sözcüğünün geçtiği yerlere anayasayı soyut olarak yerleştirmek yararlı olabilecektir. Buradaki kavram, İngilizcedeki conception veya notion’a tekabül eden anlamdadır: “*Nesnelerin ya da olayların ortak özelliklerini kapsayan ve bir ortak ad altında toplayan genel tasarım; tek bir nesnenin (bireysel kavram) ya da bir nesnelere sınıfının (genel kavram) özünü belirleyen, birbirleriyle bağlantılı niteliklerin ya da özel belirtirlerin (özelliklerin) bir sözcükte düşünülmüş olan birleşimi. 2. (Klasik mantıkta) Yargı ile çıkarımın sonradan üzerinde kurulacağı en yalın, en temel öge. (Gerçekte ise kavram düşünce için bir başlangıç noktası olmayıp, düşünce için kendisini topladığı, yoğunlaştığı bir noktadır; düşünce için bir bütüne, bir birliğe dönüşmüş biçimdir.) // Klasik mantık için kavramlar çoğunlukla nesne kavramlarıdır ama bunun yanında ilişki ve görev kavramlarından da söz edilebilir (de, üzerine, eğer, ancak vb.). Nesne kavramları: Bir nesnenin özünü, kurucu özelliklerini düşünce ile belirtip kavramaya çalışan kavramlar. Nesne kavramları bireysel olup tek bir nesneyi (Kızılırmak) göz önünde bulundurabilirler, o zaman bireysel kavramlar adını alırlar. Bir nesne öbeğinin ortak özellikleriyle ilintili olduklarında, bunlara tür kavramları denir (dere, çay, ırmak). Ortak özellikleri olan tür kavramlarından cins kavramı kurulur; her cins kavramı yeniden daha yukarı bir cins kavramının tür kavramı olabilir ve bu, böylece oluşan kavram piramidinin en yukarıdaki en son cins kavramına kadar gider. Bu piramit bir kavramlar dizgesidir. Bu dizgede boyuna daha yukarı, daha genel cins kavramına doğru yükselir. En son cins kavramında kavramlar dizgesi doruğuna ulaşır ve bundan kavram çözümlenmesiyle (Lat. divisio) tersine olarak daha aşağı cinslere, türlere inilir ve sonunda artık bölünemeyen bireylere ulaşılır.” (Türk Dil Kurumu Felsefe Terimleri Sözlüğü “*kavram*” başlığı, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, erişim tarihi: 31.3.2011)*

²⁹ Hukuki anayasa anlayışını dile getirirken ‘hukuki kurallar topluluğu olarak anayasa’ (constitution comme ensemble des règles juridique), ‘kural olarak anayasa (constitution comme norme), kuralı anayasa (constitution normative) ve anayasanın kuralı içeriği (lecture juridique de la constitution) gibi kavramların kullanıldığı görülmektedir. Bkz: Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Ekin Yayınları, 2010, s.101, 72 numaralı dipnot

2. Anayasal Kuram

Anayasa hukukunu ele alan yeni çıkmış bir kitap şu sözlerle başlamaktadır: “Anayasa hukukunun sorunu, hiç kimsenin hangi görüşü benimseyeceğini bilmemesidir.”³⁰ En üst kanun olarak, anayasa, devletin meşru kuvvetinin mantıki başlangıç noktasıdır³¹. Kanun bilge bir seyyahın kendi yolunu bulması için, ipuçlarını aydınlatır. Anayasanın ötesinde ise kanunlar (gücü) tükenir ve seyyah, insan zihninin ayak basmadığı bir mekâna girer³². Anayasa hukuku araştırmacılar ve siyaset yorumcularında en iyi gayretleri uyandırır; anayasa hukuku da... Kanunların soluğunun kesildiği yerde olduğundan, anayasal iddialar, incelikli, çözülmesi zor ve kaçamak yapmaya meyilli olur³³. Tarih, felsefe, din, siyaset, sosyoloji ve iktisat anayasanın üstünde gezinir, etrafında uçar. Araştırmacılar ile kamu görevlileri anayasanın uygulanması ve yorumlanmasında bu kaynakların nasıl kullanılacağı mevzuunda uzlaşamaz³⁴. Bu uzlaşmazlığa rağmen, bazı görüşler, herkeste saygı uyandırır. Siyasi anayasalar, uçsuz bucaksız bir genişliğe veya bir milletin özgürlüğü ve refahını sağlamak amacıyla bir devletin kurulmasına neden olabilir. Anayasanın yapımı, değiştirilmesi, yorumlanması üst düzey bir siyasi oyundur. İnsanların bu oyunu kazanmasına yardım etmek için, (anayasa) kuram, özgürlük ve refahın anayasal dayanaklarını izah eder. Temel kanunların sonuçlarını tahmin etmesi sayesinde, anayasal kuram, kamuyu, rehber siyasetçileri bilgilendirir; mahkemelerin hükümlerini geliştirir. Anayasanın alternatif kavrayışının insana sağladığı refahının sonuçlarının tahmin edilmesi, herkesçe önemsenebilir³⁵.

Hâlihazırda görüldüğü üzere, anayasal kuram, daha ziyade anayasal metinlerin tarihi ve felsefesini ihtiva etmektedir. Tarihte anayasa hukukunun kaynaklarını keşfeden bazı hukuk araştırmacıları, anayasaları, o anayasanın banilerinin (yapıcılarının) anlayışını ince eleyip sık dokumak suretiyle yorumlamaktadır. Geri kalan araştırmacılara ge-

³⁰ Gerhardt and Rowe, *Constitutional Theory: Arguments and Perspectives*, Michie Co. (Charlottesville, Va.), 1993, s.1; aktaran: Robert Cooter, *The Strategic Constitution*, Princeton University Press, New Jersey, 2002, s.1

³¹ Cooter, *The Strategic Constitution*, s.1

³² *The Beatles’ Magical Mystery Tour*, ; aktaran: Robert Cooter, *The Strategic Constitution*, Princeton University Press, New Jersey, 2002, s.1

³³ Cooter, *op.cit.*, *The Strategic Constitution*, s.1

³⁴ Cooter, *loc.cit.*

³⁵ Cooter, *loc.cit.*, s.2

lince, onlar, bütün kanunları düz anlamları uyarınca açıklamaktadır. Yine de diğerleri, bir anayasa bakımından felsefi, ahlaki ve dini esinlenişleri sınamaktadır. Bu yaklaşımlar, anayasanın kuralımsı/hukuki taahhütlerini berraklaştırmaktadır; anayasal haklardan ilham alınarak bireysel özerkliği bulup çıkarmak gibi...³⁶ Anayasanın yorumlanış biçiminin incelenmesiyle bile anayasa hakkında hukuki-siyasi kavramsal ayrıştırmaya gitmenin mümkün olduğu ortaya çıkmaktadır.

Cooter'ın kitabında çizilen kurallar silsilesi resmi alışılmışların ötesindedir. Bir kere hukuk fakültesinin birinci sınıfında tahtaya çizilmeyen edilemeyen ucu sivri piramit, yazarın kitabında ucu kesik bir vaziyette durmaktadır. Piramidin üzerinde ters çevrilmiş geniş fakat kısa bir bardak şekli vardır; şeklin içindeyse, yukarıda değinilen anayasal kaynaklar, tarih, felsefe, din, siyaset, sosyoloji ve iktisat öylece uçmaktadır. Geniş fakat kısa bardağın yanbaşıda "kaynaklar" yazmaktadır. Piramide gelince, her ne kadar ucu kesik olsa da, geri kalan gövdenin en üstünde, tahmin edileceği üzere, anayasa yer almaktadır. Onun altında tüzükler, tüzüklerin altında da düzenlemeler, kararnameler, emirler, politikalar bulunmaktadır. Ucu kesik piramidin hizasında yazan ise "kanunlar hiyerarşisi"dir³⁷.

Yazarın eserindeki konumuza ilişkin bir başka şekil, çeşitli düzenlemelerin işlem maliyetlerini³⁸ yansıtmaktadır. Buna göre, anayasa değişikliklerindeki işlem maliyeti, yasama işlemlerinin maliyetinin iki katı, idari emirlerin maliyetinin ise üç katıdır³⁹. Şekildeki diziliş, aynı zamanda, düzenlemelerin genellik niteliğindeki artışı ve oranları da göstermektedir. İşlem maliyeti yükseldikçe söz konusu düzenlemenin hukuki niteliği de güçlenmektedir. Nitekim en yüksek işlem maliyeti olan düzenleme çeşidi anayasa olarak arz-ı endam etmektedir.

Cooter'a göre, nasıl ki bir katedralde en üst otorite piskopos ise, bir devletin en üst kanunu da anayasadır. Anayasa, çeşitli şekillerde devletin en üst kanunudur. İlk olarak, diğer kanunlara göre daha genel-

³⁶ Cooter, loc.cit., s.3

³⁷ Cooter, loc.cit., The Strategic Constitution s.2 Fig. 1-1, Pyramid of State Law and its Sources

³⁸ Kuşkusuz burada maliyet'ten kasıt zaman, gerçekleştirilebilirlik gibi unsurları da havidir.

³⁹ Cooter, loc.cit., The Strategic Constitution s.2 Fig. 1-2, Transaction Costs of Changing Laws

dir. Anayasalar, kamu gücünü erklere paylaşır; vatandaşların temel haklarını tanır. Oysa daha ziyade siyasetin icrasını ve hareket tarzını düzenleyen erk, yasamadır⁴⁰. İkinci olarak anayasa, diğer kanunlara baskın çıkar; onları gölgede bırakır. Şöyle ki, diğer bir eyalet/devlet kanunuyla⁴¹ çeliştiğinde ona galip gelir. Üçüncü olarak, anayasa, değiştirilmesi zorluk sayesinde diğer kanunlara nazaran daha sağlama alınmıştır. Aslında, ilk iki özellik, üçüncüyle bağlantılıdır. Bir yasanın genelleşmesi ve kuvvetlenmesi, onun değiştirilmesinde karışıklığa, (süreç itibarıyla) parçalanmışlığa sebep olur⁴². Karışıklığın, parçalanmışlığın engellenmesi için genel kanunlar hususi kanunlara oranla daha yavaş değişikliğe tabi tutulur⁴³. Anayasal istikrarın yokluğuyla ilgili bir fıkrası vardır: "1992'de bir müşteri kitapevine girer. Bir Rus anayasası ister. Kitabevi sahibi ona der ki, "çok üzgünüm, biz onu periyodik şekilde satışa sunmuyoruz." Fıkranın temas ettiği istikrarsızlık içinde, anayasanın hukuki niteliği söylenmesi pek de mümkün olan bir şey değildir. Kavramsal boyutta, anayasal istikrarı sağlayan zorlaştırmalar anayasanın hukuki hüviyetini inşa etmektedir. Netice itibarıyla, bir anayasanın değiştirilmesi, bir kanun veya tüzük çıkarmaya göre daha külfetli bir usul zincirini gerektirmektedir⁴⁴. O halde değiştirilmesi daha zor olan düzenleme çeşidinin hukuki değerinin daha yüksek olacağı tahmin edilebilir ki bu, anayasadan başka bir şey değildir.

3. Anayasanın Kaç Tane Tanımı Olabilir?

Bir görüşe göre, "Anayasa yargıçlar ne diyorsa odur!"⁴⁵ Anayasanın çağdaş hukuk düzenlerindeki 'hukuki' konumu, II. Dünya Savaşı'ndan sonra ülkelerde anayasa yargısının kurulmasıyla güçlenmiştir. Anayasa yargısı hukukun siyasete hâkim olmasını sağlamış, anayasa hukuku üzerindeki siyaset bilimi nüfuzunu azaltmıştır.

⁴⁰ Robert Cooter, *The Strategic Constitution*, Princeton University Press, New Jersey, 2002, s.1

⁴¹ Cooter, "state law" tabirini kullanmaktadır. State, İngilizcede eyalet yerine de kullanılabilir. Dolayısıyla yazarın Amerikan örneğinde görüleceği üzere federal kanun-eyalet kanunu ayırımı baz aldığı söylenebilir.

⁴² Örneğin, Amerikan Anayasasının değiştirilebilmesi için Kongrenin değişiklik teklif etmesi, Kongrenin her iki meclisinin üçte iki çoğunluğu veya eyaletlerin üçte ikisinin yasama organlarının kabul etmesi gerekmektedir.

⁴³ Cooter, op.cit., *The Strategic Constitution*, s.1

⁴⁴ Cooter, loc.cit. *The Strategic Constitution*

⁴⁵ Barnum, *The Supreme Court and American Democracy*, St. Martin's Press, 1993, s.7

Gözler'in anayasanın ne olduğu hakkındaki sorusu ve ona verdiği yanıtlar zihin açııcıdır:

“Anayasa nedir? Bir Anayasa kitapçığını elinize alıp “anayasa nedir” sorusunu sorarsanız, bu soruya tasvirî bir cevap verebilirsiniz. Örneğin kullandığım anayasa kitapçığından hareketle ben şu cevabı verebilirim: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 9 cm x 13, 5 cm boyutlarında toplam 128 sayfadan oluşmuş bir kitapçıktır. Daha ileri giderek bu kitapçığın üzerinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasası yazdığını, her sayfanın üzerinde siyah harflerle yazılar olduğunu, bu yazılara bakıldığında anayasa metninin kendi içinde kısımlara, kısımların bölümlere, bölümlerin de maddelere ayrıldığını söyleyebilirim. Keza maddelere daha dikkatli baktığımda her maddenin bir ya da birden fazla cümleden oluştuğunu, her cümlenin birden fazla kelimedenden oluştuğunu, her kelimenin de birden fazla harfin bir araya gelmesinden meydana geldiğini söyleyebilirim. Harflerin ise beyaz kâğıt üzerinde siyah mürekkeple basılmış çeşitli şekiller olduğunu ilâve edebilirim. Bu şekilde anayasanın fiziki ve dilbilimsel varlığını tanımlamış oluruz. Böyle bir yanıtın haliyle hukuk bakımından pek de bir değeri yoktur. O halde yukarıdaki soruyu tekrar soralım: Bir hukuki kavram olarak anayasa nedir? Anayasa kavramını en basit olarak şöyle tanımlayabiliriz: anayasa, anayasal nitelikteki hukuk kurallarının toplamıdır.”⁴⁶

Yazarın izlediği yola benzer bir akıl yürütmeye, mesela, Amerikan Anayasasını kastederek, anayasa için şöyle bir tanım yapmak mümkündür: *“Anayasa, Washington D.C.’deki Ulusal Arşivlerde özel cam mahfazalarda sergilenen, özgün, el yazımı bir belgedir.”* Şüphesiz böyle bir tanım, onlarca anayasadan birinin, Amerikan Anayasası’nın fiziki bir tarifi olmakla kalacaktır⁴⁷.

Yazar, anayasayı kısaca tanımladıktan sonra mantık kurallarını yaptığı tanıma uygulayarak kavramın hukuki yönüne ışık tutmaya devam etmektedir: *“Bu tanım şu iki önermeden oluşmaktadır: (1) Anayasa hukuk kurallarından⁴⁸ oluşur. (2) Ancak anayasa her türlü hukuk*

⁴⁶ Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, op.cit., s.47

⁴⁷ Örnek bir resim ve bilgi için bkz: Thomas, op.cit., What Is A Constitution?, Gareth Stevens Publishing, 2008, s.5

⁴⁸ Hukuk kuralları, meşru hukuki güç olan devletin, egemenliğin işlevlerini yerine getiren anayasal yetkiye sahip organlarınca konulan, bağlayıcı, müeyyideli toplumsal kurallardır. Bu tanımda anayasal kelimesinin kullanılması zorunlu görülür. Zira çağdaş devletlerde anayasanın vermediği bir yetki kullanılmayacağı gibi, böyle bir

kuralından değil, sadece belirli nitelikteki (anayasal) hukuk kurallarından oluşur. Anayasanın hukuk kurallarından oluştuğu önermesi şüphesiz doğru bir önermedir. Anayasa, bir din, ahlak, örf ve adet, siyaset, ekonomi veya edebiyat belgesi değil, bir hukuk belgesidir. Anayasanın hukuk kurallarından oluştuğunun söylenmesi doğruluğu apaçık bir şeydir. Bunun ayrıca ispatlanmasına gerek yoktur.⁴⁹ Burada kadar hukuki olan, hukuki olmayandan keskin bir çizgiyle ayrılmıştır. Yazar, sözünü ettiği hukuk kurallarının anayasal niteliğine ise şu şekilde değinmektedir: Bir hukuk düzeninde binlerce, yüz binlerce ve hatta milyonlarca hukuk kuralı vardır. Anayasa ise bunların hepsinden değil, bazılarından, açıkçası birkaç yüzünden oluşur. Dolayısıyla bu anayasayı oluşturan birkaç yüz hukuk kuralı ile bir hukuk düzeninde bulunan milyonlarca hukuk kuralını birbirinden ayırmak gerekir. Anayasanın oluştuğu hukuk kuralları diğer hukuk kurallarından nasıl ayrılır? Diğer bir ifadeyle anayasallığın, yani bir hukuk kuralının anayasa kuralı olmasının ölçüsü nedir?⁵⁰ Anayasanın mantıki ve organik değerine temas eder hale gelen bu noktada, tartışma aşağıda daha ayrıntılı sürdürüleceği için, yazarın sorduğu son soruya verdiği cevabı öğrenmeden önce, soru üzerine düşünülebilir.

Anayasa dendiğinde, her şeyden önce, *bir devletin kuruluşunu, örgütlenişini, iktidarın el değiştirmesini ve bireylerin hak ve özgürlüklerini düzenleyen kurallar bütünü* anlaşılıyor⁵¹. Anayasalar, devletin biçimsel temelleridir. Kuşkusuz, biçimselden kasıt, hukuki özelliğidir. Dış dünyadan hukuk ile ilgili en başta gelen algıların, dava açma, duruşma, tanık dinlenmesi gibi usuli kurallara ilişkin oluşu tesadüf değildir.

Anayasa kavramını, anayasanın üstünlüğünü, anayasal değişiklikleri ve 4 Ekim 1958 Fransız Anayasası'nın genel özellikleri hakkında bilgi veren bir eğitsel siteye göre, anayasa kavramı (*la notion de constitution*), çağdaş siyasi düzenlerin tamamının işleyişinin temelini oluşturur⁵². Bu şu demektir ki, anayasa kavramının ne olduğu anlaşılmadan,

yetkiye dayanarak hiçbir hukuk kuralı da ihdas edilemez. O halde hukuk kuralı ile anayasa birbiriyle tanımlanan kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Yapılagelen tanımlar matematiksel bir dille, aksiyom olarak da değerlendirilebilir.

⁴⁹ Gözler, Loc.cit. s.47

⁵⁰ Loc.cit., s.49

⁵¹ Teziç, op.cit., s.142

⁵² Maxicours web site, ("*La Notion de constitution est a la base du fonctionnement de tous les regimes politiques contemporains*"), <http://www.maxicours.com/soutien-scolai->

çağdaş siyasi düzenlerin, çağdaş anayasaların sağlıklı bir şekilde anlaşılması ve yorumlanması mümkün olmayacaktır.

Amerika'da kadın hakları, işçi-işveren ilişkilerinde zayıf olan işçinin konumu, yönetim, düzenler arasındaki farklılıklar gibi konular özelinde anayasanın kavramsal kimliğini tartışmaya açan *Vivien Hart*, "*Bound by Our Constitution: Women, Workers, And Minimum Wage*" (*Anayasamızla Kısıtlananlar: Kadınlar, İşçiler ve En Düşük Ücret*) adlı eserinde Amerika'da ve İngiltere'deki anayasa algısına dair farklılıkları ayırt eden yazarlar olduğundan söz eder: Albert Venn Dicey, James Bryce (1. Vikont Bryce) ve Abbott Lawrence Lowell... Bunlardan *Dicey*, ilk kez 1898'de verdiği derslerde, İngiliz hükümeti üzerine düşünüp eksiklerini bularak, 'meclisin kâdir-i mutlak oluşu, her işe gücünün yetmesi meselesine işaret etmiştir. Kâdiri mutlaklık sorunu, özetle, "*eleştirmenin uysal hayranlığına hâkim olma*"yı ifade etmektedir. *Dicey*, diğer araştırmacıların aksine meselenin kuramsal yönüyle yetinmemiş, tatbiki etkileri de incelemiştir⁵³. Yazısız anayasaların varlığı inkar edilemeyeceğine göre, yasama makamının teamüli anayasaca düzenlendiği bilgisi esas alındığında, "*keyfiliği önleme vasıtası*" sıfatıyla anayasa, bu noktada hukuki kimliğiyle kendini göstermektedir.

Dicey'nin arkadaşı *Lord Bryce*, Amerikan hukuk düzenindeki yazılı anayasayla tahkim edilmiş bir 'popüler egemenlik' sorununu ortaya koymuştur. Bu, öyle bir sorundur ki, bilhassa "*demokratik tahakküm*"ü yaratabilir. Anayasa sadece temel bir kanun değildir; aynı zamanda değişmez kanundur; değişmezdir, yani ancak ulusal yasama makamınca, zorlu ve yavaş bir sürecin uygulanması yoluyla ve halk tarafından değiştirilebilir⁵⁴. Popülerlikten maksat, halkın çoğunluğu tarafından benimsendiği halde adaletsizce kullanılan yozlaşmış egemenliğin özelliğidir. Hukuki niteliği baskın olan yazılı anayasanın siyasi bir menfaati meşrulaştırma aracı olarak kullanılmasında anayasanın bu vasfının zayıfladığını, kanunilik-meşruiyet ayrımı ışığında söyleyebiliriz.

re/droit/concours-cat.-c/148207.html, erişim tarihi: 18.09.2011
⁵³ Vivien Hart, *Bound by Our Constitution: Women, Workers, And Minimum Wage*, Princeton University Press, 1994, New Jersey, Chapter One: Constitutional Politics, s.3

⁵⁴ Vivien Hart, *op.cit.*, *Bound by Our Constitution: Women, Workers, And Minimum Wage*, Chapter One: Constitutional Politics, s.4

Abbott Lawrence Lowell, İngiltere'yi, esnekliğin en ileri derecesinde olduğundan, katılığın son noktası olan Amerika Birleşik Devletleri'nin tam zıddı tarafa yerleştirmektedir. İngiltere'de "hiçbir kanun "anayasal-anayasal değil" şeklinde ayrılmaz; bütün kanunlar meclis tarafından değiştirilebilir.". Lowell ayrıca, İngiltere'nin yazılı olmayan anayasal teamül kurallarına (*constitutional conventions*) riayet hususunda, esrarengiz bir şekilde vicdanlı ve titiz olduğunu belirtmektedir⁵⁵. İngiltere'deki bu tavırda anayasa kurallarına uyma ile hukuka riayet örtüşmüştür. Kavramsal olarak da, anayasanın hukuki yönü, 'esnekliğin en ileri derecesinde' ve yazısız olmasına rağmen, İngiltere örneğinde, olanca çıplaklığıyla görünmektedir.

Vivien Hart, uzun süre Harvard Üniversitesi rektörlüğü görevini yapan yazarın, Amerikan Anayasası'nın çifte işlevi olduğundan bahsetmektedir. Birincisi, (Amerikan) anayasa(sı), müesseseleri ve hükümet biçimini, kamu alanındaki siyaseti etkileyecek siyasal düzeni kurar. Kuvvetler ayrılığını esas alan anayasal çerçeve dâhilinde; federal yönetimin, siyasal partilerin, mahkemelerin, idari kurumların gelişimi, hepsi, düşük ücret gibi toplumsal politikaların önü açar ve genişletir. İkinci olarak, Amerikan Anayasası, kamu yararının tanımlanması uğraşında hükümetin neler yapabileceğini, hakların güvencelerini ayrıntılarıyla ortaya koyar. Devlet, toplum ve bireysel alan arasındaki ilişkilerin reçetesini yazar⁵⁶. Her ne kadar ilki, diğerine göre daha belirgin olsa da, gerek siyasal düzenin bağlayıcı kurallarını ihdas ederken, gerekse bireysel alanı mümkün olduğunca serbest bırakmaya eğilimli *ruhıyla* bir yaklaşım tarzını deruhte ederken, anayasanın 'usulî' rengini gözler önüne sermektedir.

Bir görüşe göre, anayasanın birden fazla anlamı vardır; bunlardan ilki anayasanın bir ülkedeki üstün hukuk gücüne sahip olan metni olduğunu ikincisi ise bir ülkede belli bir andaki fiili devlet düzenini, yaşayan anayasa olduğunu, dolayısıyla resmi anayasaya ek olarak diğer

⁵⁵ Hart, loc.cit., *Bound by Our Constitution: Women, Workers, And Minimum Wage*, s.4

⁵⁶ Hart, loc.cit., *Bound by Our Constitution: Women, Workers, And Minimum Wage*, s.4, s.5; Hart, aynı eserin 6. sayfası ve devamında "Hukuk, Siyaset ve Toplum" başlığı altında asıl konusunun anayasal süreç boyutunu incelemektedir. Kitabın genelinde cinsiyetler arası eşitsizlik gibi oldukça özel konular bağlamında İngiliz ve Amerikan hukuki düzenleri karşılaştırılarak ele alınmaktadır: bkz: Hart, loc.cit. s.6-223

tamamlayıcı mevzuatı, teamülleri, yargı kararlarını kapsadığını belirtir⁵⁷. İşte bu ilk iki görüş, anayasanın hukuki niteliğini yansıtmaktadır.

Birey ile anayasanın ilişkisini, bireyden hareketle anayasanın 'aslında' ne olduğunu, onca karmaşaya rağmen, öğrenmeye çalışmak faydalı olabilir. Karmaşıktır, çünkü anayasa kendi başına çelişkili bir kavramdır. Anayasanın bu ilginç yönüne değinen Kaboğlu şöyle demektedir:

*"Belli bir toprak parçası üzerinde yaşayan insan, anayasa karşısında iki bakımdan merkezi konuma sahiptir: bütün anayasal kurumları kendisi yaratmıştır; fakat bizzat varlık verdiği kurumlara karşı, koyduğu kurumlara kendini korumak durumunda kalmıştır. Bunu, kendi varlığını güvence altına almak için yapmıştır. Başka bir anlatımla, bedeni varlığını korumak ve toplumsal yaşayışını sürdürmek amacıyla siyasal örgütlenmeyi gerçekleştiren insan, bu örgüte karşı da kendini bireysel ya da toplu olarak güvenceleme gereksinimi duymuştur. İnsan eseri olan siyasal örgütlenmenin adı devlet; buna karşılık, kendini devlete karşı koruyan başlıca siper ise, hak ve özgürlüklerdir."*⁵⁸

İşte bu hak ve özgürlüklerin ancak anayasa tarafından güvence altına alınabilir olması, çelişkiyi artırmaktadır. Yazar, kavramsal tartışmaya coğrafiliği katarak yeni bir boyut kazandırmaktadır:

*"Bununla birlikte, belli bir yeryüzü parçası olarak insanın üzerinde yaşadığı mekân (ülke), anayasa hukuku kavramlarının belirlenmesinde ikincil konumda kalmıştır. Varlığını, üzerinde yaşadığı doğal ve çevresel ortama borçlu olmasına karşın insanoğlu, anayasa hukuku ekseninde, mücadelesini, daha çok kendisinin varlık kazandırdığı örgüte karşı vermiştir. Öyle ki, anayasa ya da anayasa hukuku, bir bilim dalı olarak ilkin devleti, sonra insanın kendisini akla getirmektedir; her ikisinin varlık ve geçerlilik ortamı olarak ülkeyi değil. XXI. yüzyılın başında anayasa hukuku, bu 'yaratılış veya varlık sıralaması'nı nasıl ele almaktadır?"*⁵⁹

Anayasanın kaç tane tanımı olduğu sorusunun cevabı bulunmasa da, mevcut tanımlardan hangisinin hukuki tanım niteliği taşıdığını söylemek mümkün olabilecektir.

⁵⁷ Erdoğan, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, 2010, s.3

⁵⁸ Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayıncılık, 2009, s.1

⁵⁹ Kaboğlu, loc.cit., s.1

4. Mahkemelerin Dünyasında Kavramsal Boyut

Dünya genelinde anayasaların üstünlüğü ilkesinin tabii bir sonucu olarak, anayasal yargı makamlarının resmi isimleri, anayasanın hukuki kavramsal boyutunun aydınlatılmasına katkı verebilecektir. Kavram-kurum ilişkisini incelemek yararlı olabilecektir. Türkiye’de Anayasa Mahkemesi adını taşıyan bu makam, ABD’de *Supreme Court* olarak anılmaktadır; *court*’un adli anlamı göz önünde tutulursa yine ‘mahkeme’ sıfatı taşıdığı söylenebilir. Almanya’da bu işlevi *Bundesverfassungsgericht* görmektedir. Almancada *gericht* mahkeme demek olduğundan Almanya’daki anayasal makamın da taşıdığı yargısal işlevin adına yansıdığını söylemek mümkündür. Fransa isimlendirme konusunda farklı yol tutturmuştur: *Conceil Constitutionnel*. *Conceil* kurul, konsey olarak çevrildiğinde Anayasal Kurul gibi bir ad ortaya çıkmaktadır ki, bu yargısal bir işlevden çok danışma ya da icra görevini çağrıştırmaktadır. Fakat Kurul’un yapısı ve görevleri incelendiğinde işlevinin yargısal olduğundan şüphelenmek için bir nedene rastlamak güç olmaktadır. Adli ve idari yargının üzerinde yer aldığı belirtilen bir makam bir de hukuktaki anlamıyla ‘hüküm’lere etki edecek kararlar verebilmektedir⁶⁰. Yine de, hukuki anlamda anayasayı üstün noktaya taşıyan bir düzende en üst anayasal kurulun mahkeme olarak adlandırılması sıra-dışı olarak değerlendirilebilir. İspanya’ya gelince, *Tribunal Supremo de España*’nın anayasal yargı denetimi yaptığı⁶¹, *tribunal* sözcüğünün de ‘mahkeme’ anlamına geldiğini belirtmek gerekir. Anayasal yargı makamlarını ‘mahkeme’ olarak nitelendiren ülkeler kuralların kuralı olması yönüyle anayasa kavramını somutlaştırmış, günlük hayatın içine sokmuştur.

Anayasa mahkemelerinin verdikleri kararlar kimi zaman siyasi oldukları gerekçesiyle, anayasa hükümlerinin, dolayısıyla anayasanın tüzel varlığının hukuki olup olmadığının sorgulanması suretiyle eleştirilmesi nadir rastlanan bir durum değildir. Buna karşılık pek çok söz söylenebilir. En azından anayasanın kavramsal yönünü tehdit edebi-

⁶⁰ Conceil Constitutionnel Site Officiel, Présentation Générale, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/presentation-generale/presentation-generale.206.html>, erişim tarihi: 7.6.2011

⁶¹ LLRX Web Site, Law and Technology Resources for Legal Professionals, A Guide to the Spanish Legal System, <http://www.llrx.com/features/spain.htm#court>, erişim tarihi: 7.6.2011

lecek durumda olup olmamasıyla ilgili olarak şunu söylemek gerekir: Hukuku hukuk yapan özelliğin bağlayıcılık olması ve mahkemelerin yaptığı yorumun siyasi içerikle doldurulması halinde dahi bağlayıcılığın değişmemesinden ötürü kararın hukuki olup olmadığından kuşku duymak pek de isabetli olmayabilir. Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıçlarından Brennan'ın deyimiyle, "Anayasanın dehası, artık yaşanmayan geçmiş bir dünyada sahip olduğu sabit anlamlara değil, onun büyük ilkelilerinin mevcut sorunlar ve ihtiyaçlarla başa çıkacak şekilde uyarlanabilirlik gücüne dayanır."⁶² O halde anayasanın gerektiğinde yargıçların şöyle veya böyle yorumlarıyla yaşayan düzenin şartlarına uyarlanmasının, onun hukuki niteliğini zayıflatmayacağı söylenebilir.

Bir işlem bir yargı makamınca yargılanabiliyorsa, gerektiğinde değiştirilebiliyor, geri alınabiliyor, iptal edilebiliyorsa o işlemin hukuki olma ihtimali daha güçlüdür. Bu bakımdan Dr. Bonham davası kırılma noktalarından birini teşkil etmektedir. İngiltere'deki *Court of Common Pleas* 1610 yılında Sir Edward Coke tarafından yazılan bir kararla yürütme ve yasama ile ilgili bir resmi işlemin bir mahkeme tarafından iptal edilebilmesi yolunu açan tarihi bir karar vermiştir⁶³. Cambridge Üniversitesi mezunu Dr. Bonham, çalışma ruhsatıyla ilgili olarak uygulanan işlemler neticesinde tutuklanmış, durum yukarıda adı geçen İngiliz mahkemesine intikal etmiş, mahkeme kendini yasama organının işlemini iptal etmeye yetkili görmüştür⁶⁴. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin *Marbury v. Madison* kararı da aynı yöndedir. Bu kararda Yüksek Mahkeme başkanı Marshall, hukuki ve mantıki gerekçelerle ABD Anayasası'nı ve onun şahsında kavramsal olarak anayasa'yı güçlü bir konuma çıkarmıştır. Marshall'ın gösterdiği gerekçe yer vermeye değerdir: "Anayasa ya alelade kanunlar gibi değiştirilemeyen üstün bir kanundur yahut da yasama kuvvetinin dilediği zaman değiştirebileceği, alelade kanunlarla aynı seviyede bir tasarruftur. Bu şıklardan birincisi doğru ise yasama organının anayasaya aykırı olan tasarrufları kanun değildir. İkinci şık doğru ise yazılı anayasalar, mahiyeti itibarıyla sınırlandırılması imkânsız

⁶² W.J. Brennan, "My Life on the Court", E.J. Rosenkranz & B. Schwatz, Reason and Passion: Justice Brennan's Enduring Influence, Newyork, W.W. Norton&Company, 1997, s.18'den aktaran Aktaran Arslan, Anayasa Teorisi, Seçkin yayınları, 2008, s.75

⁶³ Law Library -American Law and Legal Information, <http://law.jrank.org/pages/6484/English-Law-DR-BONHAM-S-CASE.html> erişim tarihi: 6.6.2011

⁶⁴ Loc.cit. <http://law.jrank.org/pages/6484/English-Law-DR-BONHAM-S-CASE.html>, erişim tarihi: 6.6.2011

olan bir kuvveti sınırlandırmak üzere milletlerin giriştiği manasız teşebbüslerdir. Eğer anayasa kanunlardan üstün ise, ki üstündür, Meclis alelade bir kanun ile anayasayı değiştiremiyorsa, bu halde anayasaya aykırı kanunların mahkemelerce tatbik edilmesi mümkün değildir.”⁶⁵ Anayasanın hukuki statüsünü bu denli güçler önüne seren bir başka karara erişmek güçtür.

Hukuk devleti ile anayasanın hukukiliği birlikte düşünüldüğünde hiçbir resmi makamın kendisine anayasal olarak tanınmayan bir yetkiye sahip olmadığı, dolayısıyla bununla ilgili bir sorun ortaya çıktığında hukuk yoluyla çözüm bulunacağı akla gelmektedir. Ancak hukuk devleti ilkesinin hukuki bir ilke olmaktan çok siyasi bir ideal olduğunu düşünen yazarlar da yok değildir⁶⁶.

Yine, soyut olarak hukuk hakkında beyin fırtınası yapıldığında şunlar ortaya çıkabilir: hukuk ve anayasa ‘yaratılan şey’dir, bu yüzden edilegendir, ‘gücün eseri’dir, asli kurucu iktidar da bu doğrultuda hukuk-dışıdır, hukuk-üstüdür; anayasa yargısı varsa yargıçlar negatif anayasa koyuculuk yetkisine sahip sayılır... Yargıçlar kendilerini hukuku bulan değil hukuku yaratan olarak görebilir⁶⁷. Pasif olan şeyin aynı zamanda bağlayıcı, zorlayıcı güce sahip olması bir çelişki ya da bir paradoks da olabilir. Anayasa, hem ‘konulan kural’dır, hem siyasi iktidarı kullananlar dâhil herkesi, en güçlü olanları dahi, bağlar.

Anayasanın hukuki durumunu teyit eden beyanlardan biri, Amerika Birleşik Devletleri anayasasının hazırlayıcılarından, alışılmış deyişle bir kurucu baba ve ülkenin ilk hazine bakanı Alexander Hamilton’a aittir. Hamilton, iki kişiyle birlikte kaleme aldığı Federalist Papers’ın yargı erkine ilişkin olan bölümün ilk maddede (madde 78) şöyle demektedir: “Burada apaçık ilkelere bağlı bir durumun olduğu söylenemez: yasama erkini kullananlar anayasaya aykırı bir karar verdiklerinde; geçersizdir. Bunu reddetmek vekilin asıldan, müstahdemin efendisinden, halkı temsil edenlerin halkın bizatihi kendisinden üstün olduğu anlamına gelir. Mahkemeleri, halk ile meclis arasında, ikincisinin (meclisin) kendisine verilen yetki sınırları dahilinde tutan bir ara müessese olarak tasarlandığını düşün-

⁶⁵ University of Missouri-Kansas City School of Law web site, <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/marbury.html>, erişim tarihi: 6.6.2011

⁶⁶ Erdoğan, op.cit., Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, 2010, s.21

⁶⁷ Sartori, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, Çeviren: T. Karamustafaoğlu-M. Turhan, Türk Demokrasi Vakfı Yayınları, s.334

mek daha isabetlidir. Bir temel kanun olan Anayasanın ve yasama erkinin yaptığı diğer kanunların anlamını belirleme işi hâkimlere aittir. Eğer anayasa ile kanunlar arasında bir uymama hali varsa, kuşkusuz, daha üstün bağlayıcılığa ve hükme sahip olan ötekine, bir başka deyişle, anayasa kanuna, halkın iyi niyeti onu temsil edenlerin niyetine tercih edilmelidir."⁶⁸ Yazar burada anayasanın üstünlüğünü vurgularken, onun siyasi özelliklerini bir kenara bırakarak yalnızca hukuki işlevinin altını çizmektedir.

2011 yılı itibariyle dünya genelinde anayasası olmayan hemen hiçbir devletin kalmamış olması, her devletin sahip olması gereken bir kurallar bütünü olması bakımından anayasanın hukukiliğinin ağır bastığı bir meseledir. Otoriter, totaliter devlet düzenleri dahi, bu düzenleri yaratan kuralları açıkça ihdas etmek kaydıyla hukuki anlamda bir anayasaya sahiptir. Çünkü hukukun usul ve zorlayıcılık yönü, hatta edilgen kimliği, hukuk bilimi çerçevesinde araştırmacının meşruiyet tartışmasına girmesini zorlaştırmaktadır. Pek çok bilim adamının kullandığı anayasalı devlet-anayasal devlet ayrımı da bu tartışmaya teğet geçmektedir. Şöyle ki, 'anayasalı devlet'in hukuken daha somut ve gerçekçi bir özellik arz ettiğini itiraf etmek gerekir. Öte yandan anayasalı devletin kapsadığı alan anayasal devlete göre daha geniştir. Tercihe daha layık olan, müphem bir içerik kıstasından çok ayakları yere basan, yeryüzünün her yerinde uygulanabilmesi sayesinde evrensel olan hukuki anayasa ölçütüdür. Hem anayasalı devlet, hem anayasal devlette 'anayasa' adında resmi ve hukuki bir düzenleme vardır⁶⁹. İkisi arasındaki fark hukuki olarak belirlenemeyecek durumdadır. Tabii bir yandan şu soruyu sorma ihtiyacı doğmuştur: Bir hukuki normun hukuki olması uygulanabilirliğine mi bağlıdır? Soruyu Erdoğan'ın yaşayan anayasa-sözde anayasa ayrımını dikkate alarak cevaplamak daha isabetli olabilecektir. Yazar yaşayan anayasayı siyasal iktidarın keyfi kullanımını sınırlayarak bireysel özgürlükleri güvence altına alan anayasa olarak tanımlar; bu düzende siyasal sürecin gerçek işleyişi ile anayasa normları arasında uyum olduğunu belirtir. Ona göre, sözde anayasa ise yürürlükte olan ve fiilen uygulanan 'anayasacılığın gereklerine uygun olmayan', özgürlükleri güvence altına almayan anaya-

⁶⁸ Founding Fathers web site, The Federalist Papers Online, <http://www.founding-fathers.info/federalistpapers/fedindex.htm>, erişim tarihi: 7.6.2011

⁶⁹ Erdoğan, op.cit., Anayasal Demokrasi, s.40

sadır⁷⁰. Buradaki 'anayasacılığın gerekleri'nin yalnız siyasal bir anlam taşıdığını söylemekte sakınca olmayabilir.

Toplumsal Sözleşme'nin anayasanın oturduğu meşruiyet zeminini gösteren bir kavram olduğu bilinmektedir. Genel anlamıyla, sözleşme'nin, en az iki tarafça yapılan tek taraflı, eksik iki taraflı veya iki taraflı olabilen, taraflardan en az birinin üzerinde hak ve borç doğuran hukuki bir işlem olduğuna da şüphe yoktur. Pekâlâ, anayasa, yukarıdaki bilgiler ışığında hukuken bir sözleşme olarak nitelendirilebilecek midir? Toplumsal sözleşme kuramcıları, bireylerin tabii haklarını, doğa halinde sahip oldukları güç kullanma haklarını (devlet adı verilen tüzel kişiliğe) devrettiğini, dolayısıyla anayasanın bir toplumsal sözleşme (fr. *contrat social*) olduğunu iddia etmişlerdir. Fakat siyasal toplumun bu biçimde oluştuğundan kuşku duyan, örneğin Locke'ın toplumsal sözleşmeden adeta gerçekmiş gibi bahsetmesine rağmen gerçekte toplumların bu şekilde oluştuğunun kesin kanıtı olmadığı düşünülmektedir⁷¹. Kanaatimce buradaki kuşku hem gerçekte söz konusu devrin olup olmadığına, hem de bu devir işleminin, sözleşme olması yönüyle hukuki nitelik taşıyıp taşımadığına yönelmelidir. İlk bakışta, geniş bir coğrafyada yaşayan milyonlarca insanın belli bir metni "evet" oyu kullanılarak kabul etmesi, ortada bir sözleşme, hukuki bir işlem olduğuna emare olabileceksin de, bu işleme katılımın çok geniş ve siyasal içerikli oluşu araştırmacıları tereddüde sevk etmektedir. Öte yandan, bir halk oylamasıyla kabul edildiği varsayılırsa, "hayır" diyenlerin durumu ne olacaktır? Hukukta, 'karşı tarafın iradesiyle uyuşan irade beyanı'nın sözleşmenin kurucu unsuru olduğu kabul edilmektedir. Yine de anayasanın hukuken de bir sözleşme olduğunu ileri sürenlere bir haklılık payı verilebilir. Zaten toplumsal bir işlem olduğu tartışılmamaktadır.

Bir ülkede anayasanın varlığından söz edebilmek için mutlaka yazılı ve değiştirilmesi özel koşullara bağlanmış bir üst kurallar topluluğunun bulunması şart mıdır? Eğer gerçekten bu şartsa İngiltere'de anayasa yok mudur? 1814 ve 1830 Fransız Nizamnamesi⁷², 1848 İtalyan Anayasası (*Statuto Albertino*) ve 1921 Türk Teşkilat-ı Esasiye Kanunu birer anayasa değil midir?

⁷⁰ Erdoğan, Anayasal Demokrasi, op. cit., s.39

⁷¹ Erdoğan, Anayasal Demokrasi, op.cit., s.15, 16

⁷² Buradaki nizamname, tüzüğün eş anlamlısı değildir; Fransızcadaki charte'in karşılığı olarak norm, kurallar bütünü anlamındadır.

Bir ülkede anayasanın varlığından söz edebilmek için anayasal kuralların yazılı olması, tek bir metinde mi toplanması ve aynı hukuki değere mi sahip olması gerekir? Eğer öyleyse günümüz İsrail’inde anayasa yok mudur? Yeni Zelanda bir anayasaya sahip değil midir? İşte bu tarz soruların tamamı, anayasadan bahsedildiğinde insan zihninde oluşan alacakaranlıkta bir meşale gibi yol gösterici olabilecektir.

C. HUKUKİLİĞİN GÖSTERGESİ: ANAYASANIN ÜSTÜNLÜĞÜ

Anayasaya sahip olan her devlet açıkça veya zımnen anayasanın üstünlüğü ilkesini kabul ederler. İlkenin iki anlamı olduğu iddia edilmektedir. Anayasanın üstünlüğünün birinci anlamı, bütün kamu idarelerinin işlem ve eylemlerinde anayasal kurallara uymak zorunda oluşudur⁷³. Anayasanın dışında/üzerinde yetki dağıtan bir düzenleme yoktur. Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin hukuki varlıkları anayasada, tabir yerindeyse, erimiştir. Anayasanın olmadığı yerde hukuken bir devletin olduğundan söz etmek mümkün değildir. Anayasanın bağlayıcılığı ilkesinin ilgilendirdiği taraf devlet ve resmi yetkiler kullanan organlardır. Kamu etkinlikleri anayasanın uygulanması da demektir. Bununla beraber anayasanın üstün oluşu tabiatı gereği vatandaşları doğrudan alakadar etmez. Anayasanın üstünlüğünün diğer anlamına gelince, o, anayasanın bütün hukuki işlemler arasında en üstün düzenleyici işlem oluşudur. Normatif üstünlük de denilen bu yorum bağlamında, yazarın deyişiyle *“hukuk normları hiyerarşisinde anayasa en üst kademedeyi yer aldığı için kanunların ve diğer hukuki işlemlerin anayasaya uygun olması gerekir. Kamu makamlarının anayasa dışında asli yetkili kaynakları bulunmadığı için, anayasaya aykırı işlemler teorik olarak geçersizdir. Bununla beraber bu tür işlemlerin geçersizliğinin hukuken tespit edilmesine de en azından pratik nedenlerle ihtiyaç vardır.”*⁷⁴

Anayasanın hukuki yönünü ele alırken kamu erklerini bağlayan kuralların varlığını iddia eden hukuki anayasa anlayışının tam zıddı olmasa da muhalifi olan bir kurama, realist yorum kuramına⁷⁵ göz at-

⁷³ Erdoğan, op.cit., s.81

⁷⁴ Erdoğan, loc.cit., s.83

⁷⁵ Bkz: Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Ekin Yayınları, 2010, s.100; Göz-

makta yarar olabilir. Bu kurama göre, yorumlanan unsur, kural değildir; kuralın lafzıdır. Mesela, 1982 Anayasası'nın 1. maddesindeki "Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir" kural değil, kuralın metni, söze dökmüş halidir. Takdir edilir ki, bütün metinler gibi hukuki metinler de pek çok anlam taşıyabilir. Yorum, işte bu pek çok anlam arasından birinin yeğlenmesidir. Kuralın lafzı kendiliğinden yorumlanamayacağına göre, söz konusu yorumu birisi yapacaktır. Bu 'birisi' tercihini yaparken genellikle özgür olacaktır. Bu noktada şu iddia edilebilir: *Yorumcu genel-geçer mantık ilkeleriyle bağlı olmalıdır. Gai, lafzi, tarihsel veya sistematik yorum yöntemlerinden faydalanmak durumundadır.* Hemen belirtmek gerekir ki, bu iddia hukuki dayanaktan mahrumdur. Zira yorumcuyu gerek hukuken gerekse fiilen bağlayan bir şart ya da kural mevcut değildir. O halde kural, konumuz bağlamında da anayasa, yorumcu nasıl yorumlarsa odur. Bu da şu manaya gelir ki, hakiki kanun koyucu yorumcudur. Yukarıda Sartori'ye atıfta bulunularak belirtildiği üzere, yorumcu olan yargıç, kanun koyma yetkisini bu kurama istinaden kendisinde görebilecektir, görmektedir.

Hukuki anayasa anlayışının realist yorum kuramına neden muhalif olduğu meselesine dönülecek olursa, bağlayıcılık hususunun ayırım noktalarından olduğunu hemen tespit etmek mümkündür. Realist yorum kuramı, bir bağlayıcılığın olduğunu kabul etmekle birlikte, bağlayıcı kişi ya da merciin her zaman kuralda (mevzumuz gereği anayasada) belirtilen kişi ya da merci olmayabileceğini öngörmektedir. Oysa hukuki anayasa anlayışında, anayasa belirtilen organ ve herkes, kuralla bağlıdır ve yüksek ihtimalle ilgili anayasa kuralı anayasaya sadakatle yorumlanacaktır. İşte bu noktada hukuki anayasa anlayışı realist yorum kuramından uzaklaşır. Diğer yandan bu kuramlar birbirinin tam zıddı da değildir.

Hukuki anayasa anlayışının asıl karşıtı, mekanist anayasa anlayışıdır⁷⁶. Buna göre, anayasa devlet içinde siyasi iktidarın şekillendirilmesidir. Bu şekillendirme içinde anayasal organlar gerçek (hukuki)

ler, Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı, Anayasa Yargısı Dergisi, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1998, cilt 15, s.207-249. Teorinin kurucularından en bilineni Hans Kelsen'dir. Yazar, bu kuramını "Saf Hukuk Kuramı" adlı eserinde ortaya koymuştur.

⁷⁶ Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, op.cit. s.101

anlamda yükümlülükler altında değildir. Bu organların tabi olduğu şey, olsa olsa zorlamalar'dır⁷⁷. Anayasal organların davranışları bağlayıcı hukuk kurallarının uygulanması veya ihlali olarak değil, içinde anayasal düzenlemelerin ve karşılıklı ilişkilerin yer aldığı bir aygıtın (mekanizma) ürünü olarak telakki edilir. Sorun, kamu makamının yetkili olup olmama meselesi değil, neyi yapmasının mümkün olduğu sorundur⁷⁸. Bu aşamada realist yorum kuramını göz önünde bulunduran bir tetkike ihtiyaç oluşmuştur.

Mekanist anlayış açısından, yorum yetkisine sahip organın yorumlarının, bu organın iş ortağı konumundaki diğer organların tepkisi ile dengeleneceği iddia edilebilir. Yorum yapan yetki organ yapacağı yorumun her halükarda geçerli olduğunu varsayarak tamamen keyfi şekilde yorum yapma imkânı bulamayacaktır. Yorumu yaparken sadece hukuki değil fiili şartları da nazarı itibara almak, diğer organlarda yorumun yol açacağı tepkileri hesaba katmak durumunda kalacaktır. Çelişkili veya kimilerince kabul edilemez yorumlar yaparsa diğer organların tepkisini çekeceği söylenebilecektir. Bunların neticesinde, aşamalı şekilde, yorumu yapan anayasal makamın yetkilerinde bir kısılma meydana gelebilir⁷⁹. Kuşkusuz söz konusu kısılma hukuki değil fiili nedenlerle gerçekleşecektir. Mesela, İngiltere'de Kraliçe'nin Lordlar ve Avam Kamarası'nın ihdas ettiği bir kanunu geri çevirmesine ülkedeki 'hukuki anlamda anayasa' bakımından bir engel yoktur. Fakat İngiltere'de Kraliçe'nin imza için saraya gönderilen bir kanunu veto ettiği yüzyıllardır görülmemektedir⁸⁰. Bu tavrın sebebi hukuki olmadığına göre siyasi olmalıdır. Daha açık bir deyişle, Kraliçe, kanunları

⁷⁷ Michel Troper, *La Constitution et ses représentations sous la Ve République*, Pouvoirs, n 4, 1978, s.62'den aktaran Gözler, loc.cit.; yazar bahiste geçen 'yükümlülük' terimini Fransızcadaki 'obligations', 'zorlamalar'ı ise 'contraintes' terimleriyle eşleştirmektedir. 'Obligation' İngilizcede de hukuki anlamda ifası zorunlu olan edim, 'borç' demektir. Nitekim bu dilde *Borçlar Hukukunu* ifade etmek için *Law of Obligations* terimi kullanılır.

⁷⁸ Troper, *Le Problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité*, *Recueil d'études en hommage a Charles Eisenmann*, Editions Cujas, 1975, s.150'den aktaran Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, op.cit. s.101

⁷⁹ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, op.cit. s.101

⁸⁰ En son 1707 tarihinde Kraliçe Anne, Scotch Militia Kanununu onaylamaktan kaçınmıştır. S.B. Chrimes, *English Constitutional History*, Oxford University Press, 1953, s.13'ten aktaran Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, op.cit., s.53

veto yetkisini kullanmamaktadır⁸¹; çünkü parlamentonun tepkisinden ve siyasi kuvvetinden çekinmektedir. Kolayca anlaşılacağı gibi, mekanist anayasa anlayışı, siyasi dengeleri dikkate alan anayasal organların mümkün olan her türlü işlemi, anayasaya aykırı olup olmadığına bakmaksızın, yapabileceğini de öngörmektedir. Pekâlâ, mekanist anlayış ışığında ‘hukuki anlamda anayasa’ nereye oturmaktadır? Hemen altını çizmek lazımdır ki, anayasanın üstünlüğü, burada, ihlal edilen/edilebilen bir şey değildir. O yüzden söz konusu yaklaşımla çelişmez. Ne var ki, anayasal organların siyasal dengeleri gözeterek yetkilerini kullanırken anayasadaki hukuk kurallarını çiğneyebildiği söylenemese de *intra constitutionem* biçimde her makamın yetkilerini aşmadığı; üstelik bazı yetkilerini kullanmaktan dahi imtina ettiği görülebilecektir.

D. FEDERALİZM İLE HUKUKİ ANLAMDA ANAYASA İLİŞKİSİ

1. Genel Olarak

Federasyon, uluslararası kişiliği haiz merkezi bir devlet (ki bu federal devletin ta kendisidir) ile uluslararası kişiliği haiz olmayan bölgesel devletlerin (bunlar da federe devletlerdir) aralarında teminatlı bir yetki paylaşımı yapmak suretiyle oluşturdukları devlet topluluğudur⁸². Bir devlet biçimi olarak federal idarenin olmazsa olmazlarına bakıldığında, anayasanın hukuki yanıyla kaçınılmaz bağlantısını fark etmemek hemen hemen imkânsız gibidir. Nitekim Erdoğan’ın deyişiyle, “*federalizm başlangıçta anayasal devleti gerçekleştirmenin yolu olarak görülüyordu. Bunun temel nedeni federal devletin devlet iktidarını dikey olarak dağıtmak suretiyle merkezde aşırı güç toplanmasını önlemeye elverişli niteliğidir.*” İlk tahlilde anayasanın siyasi yönüne dairmiş gibi duran federalizm-anayasa bağlantısı, aslında federal devletin zorunlu unsurlarına bakıldığında kendiliğinden hukuki renge bürünecektir. Federal

⁸¹ De Smith & Brazier, *Constitutional and Administrative, ve Law*, Penguin Books, 1989, s.29’da, Albert Venn Dicey, *Introduction to Study of the Law of the Constitution*, 1959, s.417-422’den aktararak belirtilmektedir. (internette erişim: www.constitution.org/cmt/avd/law_con.htm, erişim tarihi: 10.8.2011) İlk belirtilen kaynakta başka örnekler de vardır. İlave etmek gerekir ki, İngiltere’de bu tarz hukuki değer taşıyan siyasi/anayasal geleneklere ‘constitutional conventions’ denmektedir.

⁸² Gözler, *op.cit.*, s.193

devlet birbirine karşı belli bir oranda özerk iki tür yönetime sahiptir: federe devlet-federal devlet. Fakat bundan başka federal devletin iki vazgeçilmez özelliği daha vardır: yazılı anayasanın olması ve anayasal yargının bulunması!

Dünyada bilinen ilk federal devlet Amerika Birleşik Devletleridir. Ne tesadüftür ki, dünyada günümüzdeki anlamıyla bilinen ilk anayasa da Amerikan anayasasıdır. Bu tablo, kaçınılmaz şekilde, hukuk dünyasına anayasayı armağan eden düzenin federalizm olduğuna işaret etmektedir. Tersinden söylemek gerekirse, dünyada federal düzene ihtiyaç duyulacak siyasi şartların oluşması geciktikçe anayasanın günlük hayata girmesi de gecikmiştir; ta ki 1787’de Amerikan anayasası ilan edilesiye kadar.

2. Federasyona Duyulan İhtiyaç

Burada şu soruyu sormamak elde değildir: Federasyona neden ve ne zaman ihtiyaç duyulur?

İlk olarak belirtmek gerekir ki, anayasa ile federalizmin bağı çift yönlüdür. Şöyle ki, anayasa hem federasyonun kaynağıdır; hem de federe devletler arasındaki bağın niteliğidir⁸³. Anayasanın federal devletin kaynağı oluşu, federal devletin bir anayasa olmaksızın kurulmaması, mecburen kanunların üzerindeki bu hukuki normu gerektirmesi olarak da ifade edilebilir. Anayasa, bir devlet topluluğu çeşidi olan federal devletin aynı zamanda niteliğini teşkil eder. Bunu açıklayabilmek için diğer bir devlet topluluğu olan konfederasyon ile karşılaştırmak faydalı olacaktır. Konfederasyonda üye devletleri bir arada tutan güç bir ya da birkaç ‘uluslararası sözleşme’ iken, federasyonda federe devletleri birleştiren hukuki bağ, tartışılmaz biçimde ‘anayasa’dır. Diğer bir tabirle, konfedere devletler arasındaki bağ *akdî* iken federal düzendeki federe devletler arasındaki bağ *anayasaldır*. İşte, federe devletleri birbirine bağlayan bağın anayasa haricinde başka bir hukuki müessese olamayışı, federasyonun olmazsa olmaz surette anayasal niteliğini apaçık ortaya koymaktadır. Bu sonuca ilave olarak, devlet ile anayasa arasındaki ilişki düşünüldüğünde, federasyon ile anayasa bağlantısı daha bir pekişmekte ve açığa kavuşmaktadır.

⁸³ Oktay Uygun, Federal Devlet, Çınar Yayınları, 1996, s.176 vd.; Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, op.cit., s.196-216

İkinci olarak, federal düzende yazılı anayasa şarttır⁸⁴; çünkü özerk iki tür yönetimin yetki paylaşımı ancak en üst hukuki norm olan anayasa ile ve açık seçik olması yönüyle yazılı surette yapılabilir. Ya tek tek federal devletin yetkileri sayılıp gerisi federe devletlere bırakılır, ya da her iki özerk idarenin yetkileri ayrı ayrı yazılır. Yazılı anayasa ile anayasanın hukuki yönü arasındaki yakın ilişkiye yukarıda değinilmişti. O halde şu denilebilir ki, yazılı bir anayasa olmaksızın federal devlet düzeni kurulması mümkün değildir.

Federal düzende katı anayasa şarttır⁸⁵; aksi halde federal devlet, sahip olduğu üstün federal yasama yetkisini kullanarak federe devletlerin yetkilerini keyfi şekilde tırpanlayabilir. Katı anayasa koşulu, yazılılık koşuluyla birlikte göz önünde bulundurulursa ve bu iki şartın aslında anayasaya asıl hukuki hüviyetini kazandıran unsurlar olduğu hatırlanacak olursa, hukuki anlamda anayasanın federalizm ile arasındaki karşılıklı perçinlenmiş durumu kendiliğinden gözler önüne serilecektir.

Dünyadaki federal devletlere bakıldığında, İsviçre, Belçika, Birleşik Arap Emirlikleri gibi bazı küçük federal devletler bir kenara bırakılırsa⁸⁶, kaydadeğer bir çoğunluğunun geniş yüzölçümüne sahip olduğu görülecektir. Rusya Federasyonu, Hindistan, Avustralya, Brezilya, Arjantin, Kanada, ABD, Sudan, Etiyopya gibi devletler milyonlarca kilometrekarelik geniş topraklara sahiptir. Ve ne tesadüftür ki, geniş topraklara sahip olup da federalizmi benimsememiş pek az devlet vardır. Topraklar genişledikçe ülkenin tek bir merkezden yönetilmesinin zorlaşması, birçok idari/bölgesel merkeze ihtiyaç duyulması federal düzeni doğuran başlıca sebeplerden biridir. Takdir edilir ki, bu kadar geniş coğrafyada ana merkez ile bölgesel merkezler arasındaki yetki paylaşımının öyle bir belgeyle yapılması gerekir ki bölgesel merkezlerin hakları ihlal edilmesin. İşte bu belge yazılı ve katı anayasadan başka bir şey değildir.

Federal düzende iki özerk idare arasında doğabilecek artık 'anayasal' olarak nitelenmesinde sakınca olmayan sorunları çözümleyecek, mümkün olduğunca tarafsız, kaçınılmaz olarak tek, bağımsız bir

⁸⁴ Gözler, op.cit., s.207

⁸⁵ Gözler, loc.cit.

⁸⁶ Gözler, op.cit., s.199

makama ihtiyaç vardır. Bu makam yargısal olmak mecburiyetindedir; aksi halde uyumsuzlukta son sözü söyleyemez. O halde ülke genelinde var olan eşi bulunmayan bu makam bir mahkemedir. Anayasa yargısı ile anayasanın hukuki vasfı hakkında yukarıda ortaya konan düşünceler de dikkate alınır, federal devlet düzeni, zorunlu olarak bir anayasal düzen yaratır; bu, hukuki, bağlayıcılığı olan, bir yargı makamu tarafından denetlenen bir düzendir; temel kurallarının tamamı yazılıdır; her kişi ve organ ancak bu 'kuralların kuralı'nda yer alan bir resmi yetkiyi kullanabilecektir.

E. ANAYASA KAVRAMININ DOĞUŞUNA HUKUKİ BAKIŞ

1. Genel Olarak

Anayasa kavramının doğduğu yıllar, tarihte imparatorlukların ve krallıkların yıkılmaya başladığı yerine ulus-devletlerin kurulduğu döneme tekabül etmektedir. Bu cümleye bakıldığında anayasanın siyasi niteliğine değinileceği düşünülmemelidir. Aksine buradaki anayasa, devletin temel kurallarını içeren hukuki bir kavram olan anayasadır. Tarihteki ilk anayasa 1787 tarihli *Amerika Birleşik Devletleri anayasasıdır*. ABD'nin İngiliz İmparatorluğu'ndan koparak bağımsızlığını ilan ettiği bilinmektedir. Tarihteki ikinci anayasa 1791 tarihli *Fransa anayasasıdır*; Fransız Cumhuriyeti Fransa Krallığı'nın külleri üstünde kurulmuştur. Anayasa, hukukun hem öznesi hem nesnesi olan devletin temel kaidesi⁸⁷ olarak bu devletlere hukuki varlık kazandırmıştır. Diğer bir deyişle, siyasi düzenin değişmesi hukuk düzenlerini de bir bir değiştirmiştir. ABD ve Fransa'dan önce, anayasaya sahip olan bir devlet yok değildir. MÖ 2300 yılında Sümer kralı *Lagaşlı*⁸⁸ *Urukagina*'nın yürürlüğe koyduğu ilk anayasadan Atinalılar, Romalılar, Cermenler, Medineliler gibi pek çok milletin benimsediği anayasal belgeler olmuştur. Yine örneğin, San Marino'nun, altı kitaptan oluşan *Leges Statutae Republicae Sancti Marini* anayasası, 1300 tarihli *Statuti Comunali* esas alınmak ve İmparator Justinianus'un *Codex*'inden ilham alınmak suretiyle Latin-

⁸⁷ Burada "kaide", hem kural hem dayanak anlamında kullanılmıştır.

⁸⁸ Lagaş, Fırat ve Dicle nehirlerinin birleşme yerinin kuzeybatısında Uruk'un doğusunda yer alır. Lagaş hem Sümerlilerin hem de daha sonraları Babillilerin en eski şehirlerinden biridir.

ce olarak⁸⁹, 1600 yılında kaleme alınmıştır; büyük ölçüde halen yürürlükte dir⁹⁰. 1639 *Kuzey Amerika Anayasası*, 1653 *İngiliz Hükümet Belgesi*⁹¹, 1657 *İngiliz Naçiz Tavsiye ve Dilekçe*⁹², 1710 *Pylyp Orlyk Anayasası*⁹³, 1755 *Korsika Anayasası*⁹⁴, 1772 *İsveç Anayasası*⁹⁵ bilinen anayasalardandır. Fakat günümüzdeki anlamıyla ilk anayasanın 1787 ABD Anayasası olduğu yaygın şekilde kabul etmektedir.

Fransa'daki anayasanın macerasını öğrenmek için yeniden Teziç'e bakmak gerekiyor. Fransa'da "Eski Rejimde", 16. yüzyılda, milli devlete doğru gelişmede, devletin statüsünü düzenleyen "Krallığın Temel Kanunları" vardı. Fransa'nın ilk anayasası sayılan bu kurallara, monark karşı gelemiyordu. Fakat oluşma halinde olan bu kurallar açık değildi ve teamüli nitelikleri, kralın kişiliği ile devletin birbirinden ayrılmasına imkân vermiyordu. "Eski Rejimde", monarşi hukukçuları, devletin hukuki niteliğinin bütün sonuçlarını henüz ortaya koyamamışlardı. Bu bakımdan da, kral tarafından yapılan işlemler, devletin değil, fakat yalnızca kralın irade açıklamaları sayılıyorlardı. Monark'ın ölümünde, işlemleri yapan irade, iktidarını yitirdiği için işlemler bütün otoritesini ve bağlayıcılığını kaybediyorlardı. Bunların bağlayıcı olabilmeleri için, onun yerine geçen (halefinin) ayrıca bunları doğrulaması (teyit etmesi) gerekiyordu.

Anayasa arayışı, sözde anayasacılık hareketleri⁹⁶ bir kenara bırakılırsa, daima devlete hukukilik, süreklilik, kişilik kazandırma yönünde olmuştur. Anayasanın hukuki kavramsallığının şekillenmesi, anayasacılık hareketleriyle gerçekleşmiş, pekişmiş ve sürüp gitmiştir.

⁸⁹ San Marino Cumhuriyeti Portalı, <http://www.sanmarinosite.com/eng/statuti.html>, erişim tarihi: 6.4.2011

⁹⁰ Loc.cit.

⁹¹ Özgün adı The Instrument of Government'tır. Kısa süre yürürlükte kalmıştır.

⁹² Özgün adı The Humble Petition and Advice'tır. Kısa süre yürürlükte kalmıştır.

⁹³ Kiev Urban Adventures Web Site, <http://www.kieurbanadventures.com/did-youknow>, erişim tarihi: 6.4.2011

⁹⁴ Özgün adı Progetto di costituzione per la Corsica'dır. İtalyanca kaleme alınmıştır.

⁹⁵ Özgün adı 1772 års regeringsform'dur.

⁹⁶ "Pseudo-mouvements constitutionnels". Örneğin, Çarlık Rusya'sında, Çar 2. Nikola tarafından, gerçek anayasacılık hareketlerinin önüne geçmek için birtakım sözde önlemlerin alınmasında görülmüştür. "Ekimciler" ya da "17 Ekim Birliği" olarak bilinen bir grup aydın, bu sözde anayasacılık hareketleri için Çarın yaptığı çağrıya olumlu yanıt vermiştir. <http://fr.wikipedia.org/wiki/Octobriste>, http://en.wikipedia.org/wiki/Union_of_October_17, erişim tarihi: 6.4.2011

2. Ölümlü Hükümdar-Ölümsüz Devlet

Anayasaların varlık sebepleri üzerine düşünüldüğünde, hükümdar ile devletin birbirinden farklı olduğunun anlaşılmasının bir dönüm noktası olduğu görülmektedir. Hükümdar, her ne kadar kendisine ilahi kudret atfedilse, “Tanrının yeryüzündeki gölgesi” olarak anılsa dahi, ölümlüdür. Çünkü insandır. Herkes, buna hükümdarın tebaası da dâhil, hükümdarın günün birinde öleceğini bilmektedir. Peki devlet? Devlet nedir? Hükümdarın varlığından ayrı bir oluşum mudur? Buna mesela Fransız kralı “hayır” diye cevaplamıştır, “*l’etat, c’est moi!*”⁹⁷. O halde şu tespit yapılabilir: Belli bir döneme kadar devletin hükümdarın bedeninde somutlaştığı kabul edilmiş, hükümdarın her buyruğu devletin kuralı sayılmıştır. Zaten Osmanlı hükümdarlarının mesela yalnız başına yemek yemelerini öngören yazısız kurallar, onların insani özelliklerinin birileri tarafından görülmesini engellemeyi hedeflemiştir. Görüldüğü üzere, coğrafya, din, dil değişse de, anayasa öncesi hukuk ve devlet anlayışı değişmemektedir. Bu anlayışa göre, devlet hükümdardır; hükümdar devlettir. Bu mesele siyasi tarihi, siyaset bilimini ilgilendirdiği kadar hukuku da ilgilendirmektedir. Çünkü anayasaların hukuk arenasına girme sebebi tam da bu noktada saklıdır. Hükümdarın ölümlü, devletin ölümsüz olduğu, dolayısıyla ikisinin aynı şey olamayacağı, din ile hukuk arasındaki meşruiyet bağlarının zayıflamasıyla anlaşılmaya başladıktan sonra zihinlere zor bir açmaz düşmüştür: hükümdar devlet değilse, o halde devlet nedir? Devlet, hükümdarın kişiliği dışında bir şey olmak zorundadır. O halde kişilik dışı, soyut, tıpkı modernite öncesi dönemde olduğu gibi herkesi bağlayıcı bir iradeye veya kurallar manzumesine ihtiyaç vardır. Düşünce silsilesi, hukuk ile siyaset biliminin kesiştiği o belirsiz sahada, araştırmacıyı anayasaya götürmektedir. Devlet anayasadır. Hukukun kaynağı değişmiştir; bir insan olan hükümdarın yerini kurallardan ibaret olan kişilik dışı bir dayanak, anayasa almıştır.

Hukukun kaynağı açısından, evrensel anlamda somut ile soyutun ayrılması, kopmasını Teziç Fransız İhtilali’ne bağlar. Ona göre, 1789 Devrimi, devlet ile kralın şahsını birbirinden ayırır; böylece anayasa kavramı ortaya çıkar. 1791 Fransız Anayasasına göre kral artık “Fran-

⁹⁷ Fr. “devlet benim”

sızların" değil, "Fransa'nın" kralıdır⁹⁸. Devlet tüzel kişiliğinin bütün hukuki sonuçları ortaya konur. Bundan böyle, yönetenlerin yaptığı işlemler, devlet adına olur ve iktidarlarını yitirdikleri zaman devletin özerkliği nedeniyle, bu işlemler bağlayıcılığını korurlar⁹⁹.

Öte yandan, tüzel kişilik, eski tabiriyle hükmi şahsiyet kavramı ile anayasalar arasında güçlü etkileşimler vardır. Medeni hukuk ile anayasa hukuku arasındaki duvar kaldırıldığında, bir hakikat kendini gösterir: Hukuk, gerçek kişilik müessesesiyle yetinmeyip, tüzel kişilik kavramını bünyesine katmıştır. Fakat hukuk, aynı zamanda, tarihin belli bir evresinde, artık kaynağını ölümlü bir insana değil de, kalıcı bir varlığa dayandırmaya başlamıştır. İkisi, aynı dünya görüşünün eseridir: Aydınlanma. Hukukun en üst noktasındaki zihniyet değişimi, kuvvetli dalgalar halinde hukukun alt dallarına sirayet etmiştir. Hâkimiyet, gökyüzünden yeryüzüne, insanların düzeyine indirilmiştir. Tüzel kişiliğin tanınması da, meşruiyetin kaynağının gökyüzünden yeryüzüne indirilmesinin bir meyvesidir.

Devleti oluşturan unsurlarının yanı sıra, onun niteliklerinden biri hukuki bir varlığa sahip olmasıdır. Buna tüzel kişilik deniyor: Devlet bir kamu tüzel kişisidir; kendisini oluşturan bireylerin dışında, hukuken korunan hakları olduğu gibi, ödevleri de vardır. Tüzel kişi olmasının bir başka sonucu devletin sürekliliğidir. Tüzel kişiliğin özelliği, bunların ancak bir "statut"ye¹⁰⁰ sahip olmaları ile hukuki kişiliklerinin varolabilmesidir. Hukuki faaliyetlerde bulunabilmesi için tüzel kişinin bazı organları gereklidir. Bu organlar da ancak "statut" ile oluşabiliyor. Şu halde "statut" olmadan tüzel kişilikten söz edilemez. Devletin "statut"sü anayasadır. Yetkilerin tek kişide toplandığı durumlar hariç, her devletin bir anayasası vardır. Anayasa sözcüğü, öteki yasalardan daha geniş kapsamlı, onlara kaynaklık eden yasa demektir¹⁰¹.

⁹⁸ Görüldüğü üzere, somut "Fransızlar" deyiminden soyut "Fransa" deyimine geçilmiştir. Fransızlar sayısı, niteliği belli olan, belli bir bölgede yaşayan, yürüyen, yemek yiyen, uyuyan insanlardır. Halbuki "Fransa" bir devlettir, sınırı değişebilir, yöneticileri değişebilir, hatta hükümet şekli değişebilir; fakat hala Fransa olma özelliğini korur; ölümsüzdür, kalıcıdır, mücerrettir.

⁹⁹ Teziç, op.cit., Anayasa Hukuku, s.143

¹⁰⁰ "Statut" kurucu metin anlamında kullanılmıştır.

¹⁰¹ Teziç, op.cit., Anayasa Hukuku s. 142

F. ANAYASANIN MANTIKİ VE BİÇİMSEL DEĞERİ

1. Genel Olarak

Bütün toplumsal kuralların koyuluş amacı ve sebebi vardır. Kurallar; yaşamı kolaylaştırmak, adaleti sağlamak, insanların vicdanını tatmin etmek, yönetimi meşru halde getirmek gibi amaçları gerçekleştirmek üzere ihdas edilir. Diğer yandan insan tabiatının açmazları, sürekli değişen ihtiyaçlar ise kural koymanın sebebinin teşkil eder. Hukuk kuralları da, birer toplumsal kural olarak, tartışma götürmez şekilde mantıktan beslenir; kaynağını ondan alır. Anayasa, hukukun en kayda değer kavramlarından biri olduğuna göre o da mantıki bir değere sahiptir. Anayasanın mantıki değeri içeriğinin değeridir. Kavramın özüne ilişkindir. Anayasa hukukçularının 'maddi anlamda anayasa' olarak vasıflandırdığı bir düşünce ürünüdür.

Yazılı hukuk birden fazla norma sahiptir. Bunlar öyle normlardır ki, her biri hukuki değer olarak birbirinden farklıdır. Aralarında astlık-üstlük ilişkisi vardır. Anayasanın bir hukuki norm olduğu genel kabul gördüğüne göre o da düzenlemeler arasında bir yere sahiptir. Bu yer tüm düzenlemelerin en üstüdür. Bir benzetmeyle konuyu açıklamak gerekirse, hukuk birçok organlardan müteşekkil bir beden ise her bir norm bir organdır. Organlar arasında işlevlerinden kaynaklanan önem farklılığı vardır. Böbreksiz bir insan yaşayabilir; fakat kalbi olmayan bir insan yaşayamaz. O halde organlar ve dolayısıyla normlar arasında üstünlük ayırımının ayırtına varılmalıdır.

Anayasanın biçimsel/organik değeri bazı ölçütlere tabidir: yazıllık, sertlik, hukuki düzenlemeler arasında altlık-üstlük ilişkisinin varlığı, şekil şartlarına riayetkârlık... Dolayısıyla, bu bağlamda yapılacak tartışmalar, söz konusu ölçütler kullanılmak suretiyle yapılmalıdır.

Anayasanın organik değeri, yalnız ulusal hukuk düzeni bazında değil, uluslar arası hukuk düzeninde kullanılması mümkün olan bir kıstastır. Örneğin, Avrupa Birliği Anayasa Taslağı ile ilgili olarak, maddi değer sıfatıyla var olan anayasaya organik değer kazandırmak amacıyla, her ülkede farklı yöntemlerle hukukilik kazanacak şekilde çalışmalar yapılmış, yol haritaları hazırlanmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, Avrupa Birliği şekli bir anayasaya sahip olmadan önce de anayasal bir düzen kurmuştur. Diğer bir ifadeyle açık yargı kanalla-

rı ile hukuk devletinin ve yurttaşların hak ve özgürlüklerinin güvence altına alındığı bir sistem söz konusudur. Bu doğrultuda Avrupa Toplulukları'nı kuran antlaşmanın bir anayasalaşma sürecinden geçtiğini ifade edebiliriz. Bu niteliğe sahip olmayan bir normun anayasal değere kavuşması ve söz konusu hukuk düzeninde diğer normların üzerinde yer alması olgusu öncelikle bu değer ulaşacak normun tartışmasız yorumunu yapacak bir kurumun da varlığını gerektirir. Bu kurum, Avrupa Adalet Divanı'dır. Bu süreç boyunca Divan'ın *Van Gend en Loos*, *Costa*, *Yeşiller*, *Simmenthal* kararları ile anayasal düzeni temellendirdiği görülmektedir. Bu süreç sonunda Antlaşma, bir 'hukuk topluluğu'nun Anayasası haline evrilmiştir¹⁰². Avrupa Birliği'nin bu anayasalaşma sürecinin yazılı hukuktaki yansıması tek bir metin haline gelerek Avrupa Anayasası'na dönüşmüştür. Önemli olan nokta Avrupa Birliği'nin konfederal-federal yapılanma tartışmalarının ötesinde Avrupa Birliği hukuk düzeninin süreç içinde oluşturduğu anayasal *corpus*'unu **yazılı bir anayasa** haline getirmesidir¹⁰³.

2. Aşkın (*transcendental*) Kaide ve Kurallar Silsilesinde Anayasa

Avusturyalı hukukçu Kelsen Devlet ve Hukukun Genel Kuramı¹⁰⁴ adlı eserinde normları astlık-üstlük oluşturacak şekilde sınıflandırır; 'tabakalar halinde biçimlendirilmiş hukuk doktrini'¹⁰⁵ veya yaygın bilinen adıyla 'normlar hiyerarşisi' kavramlarını gündeme getirir. İşte anayasanın bu organik değerine hukukçular 'şekli anlamda anayasa' demektedir.

Kurallar zinciri, kendiliğinden, normların çeşitliliğini, anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik gibi farklı tür hukuk kurallarının varlığını gerektirir. Tabii şekli anlamda anayasayı diğer kurallardan farklı kılan, onun tek olmasıdır: onlarca kanun, yüzlerce tüzük, binlerce yö-

¹⁰² Karakaş, Avrupa Birliği Anayasası, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2005/1, s.99

¹⁰³ Karakaş, Avrupa Birliği Anayasası, loc.cit.

¹⁰⁴ General Theory of Law and State. Cambridge 1945; Théorie générale du droit et de l'État suivi de La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique, LGDJ - Bruylant, 1997, Paris, coll. La pensée juridique

¹⁰⁵ Kelsen, yazdığı özgün metinde bu kavram için Almanca "*Stufenbaulehre*" sözcüğünü kullanır, bkz: University of Maryland College of Behavioral and Social Sciences web site, <http://www.bsos.umd.edu/gvpt/lpbr/subpages/reviews/kelsen0307.htm>

netmelik vardır; fakat bir kural türü olarak anayasa bir tanedir. Diğer yandan, bu kuramda, üçlü bir farklılaşma olduğu, normu uygulayan organın onu koyan organdan ayrıldığı, hem yapım sürecinde hem uygulama esnasında denetleyen organın ilk ikisinden farklı olduğu söylenebilir. İşte, bu üç özelliğin ortaya çıkardığı ilişkiye 'üretim ilişkisi' denmektedir¹⁰⁶. Yasa anayasa tarafından, tüzük yasa tarafından yapılır. *"Bu bakımdan normların özellikleri geçerlilik ve uygunluk yönünden irdelenir. Diğer bir normun geçerlilik koşullarını belirleyen norm, ötekine göre hiyerarşik olarak üst konumdadır. Bu da 'temel norm'dur. Böylece birinci düzey norm (anayasa), ikinci düzey normların (kanunlar) ve üçüncü düzeydeki normların geçerlilik koşullarını belirtir; bu ilişki aşağıya doğru sürer gider."*¹⁰⁷ Anayasanın aşkın yönü, geçerlilik, uygunluk, normlar hiyerarşisinin diğer ilkeleri sayesinde belirginleşmektedir.

Geçerlilik şartlarının üretim şartlarından farklı olmadığı ileri sürülür¹⁰⁸. Bir görüşe göre, kademelenme ilkesi, bir düzenin bütün normlarının yapılanmasını mümkün kılar; düzenin her normu bakımından şartlarının tanımlanabilmesiyle onu teşkil eden normlar zincirini kurmak mümkün olabilir. Uygunluğun geçerlilikten farklı olduğu, bir normun geçerliliğinin üretimini düzenleyen şartlara saygıdan kaynaklandığı, diğer bir tabirle normun doğuşu ve yürürlüğe konma aşamalarına ilişkin olduğu, uygunluk sorunun ortaya çıkabilmesi için geçerlilik sorununun önceden çözülmesinin zorunlu olduğu, sadece geçerli bir normun 'uygun olup olmama' tartışmasının yapılabileceği savunulmaktadır¹⁰⁹. *"Bu söylenenler ışığında en üstte yer alan (temel norm varsayımı) anayasanın otoritesi, anayasaya saygı ile mümkündür. Bu da anayasallık ilkesinin güvencelenmesini gerekli kılar. Bu amaçla anayasaya üstünlük, Anayasa Mahkemesince sağlanır."*¹¹⁰ Anayasanın üstün norm oluşu bir bakıma, bir kabuldür; deyim yerindeyse, kanıksanmış bir aksiyomdur. Kant'ın aşkın (*transcendental*) sıfatının, pozitivist bir bakış açısının meyvesi olan normlar hiyerarşisinin en tepesindeki anayasa kaidesi için uygun düşün bir yakıştırma olması ilginç olsa da, isabetli görünmektedir.

¹⁰⁶ L. Favoreu - P. Gaia - R. Ghevontian - J.L. Mestre - A. Roux - O. Pfersmann - G. Scoffoni, Droit Constitutionnel, 4e éd., 2001, s.58, aktarma: Kaboğlu, op.cit., s.43

¹⁰⁷ Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, loc.cit.

¹⁰⁸ L. Favoreu - P. Gaia - R. Ghevontian - J.L. Mestre - A. Roux - O. Pfersmann - G. Scoffoni, Droit Constitutionnel, 4e éd., 2001, s.58, aktarma: Kaboğlu, op.cit., s.43

¹⁰⁹ Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, loc.cit. s.43

¹¹⁰ Kaboğlu, loc.cit.

G. ANAYASANIN AKİBETİ: AVRUPA ÖRNEĞİ

1. Başlangıç

Artık, anayasa hukuku alanında ulus-üstü düşünce ile anayasanın bağdaştırıldığı, gerek evrensel anlamda gerekse Avrupa'ya münhasır şekilde bu konuda eserler serdedildiği görülmektedir¹¹¹. Yalnız Batılı hukuki düzenlere dair değil, onlar dışındaki düzenler hakkında da ulus-üstü anayasa anlayışını ele alan çalışmalara erişilebilmektedir¹¹².

Ulusal anayasa ile uluslararası anayasa kavramları arasında basit bir benzetmeye gitmeksizin, bugün için çok fazla gelişmiş ve müte-silsil bir örgütlenme düzeyine sahip olmayan uluslararası toplumun, her ne kadar şekli bir anayasası olmasa da, temel kurallar biçiminde

¹¹¹ Alec Stone Sweet, "What is a Supranational Constitution?: An Essay in International Relations Theory" *Review of Politics* 55 (1994): 441-474. Available at: http://works.bepress.com/alec_stone_sweet/17; Alec Stone Sweet and Thomas Brunell. "Constructing a Supranational Constitution: Dispute Resolution and Governance in the European Community" *American Political Science Review* 92 (1998): 63-81. bkz: http://works.bepress.com/alec_stone_sweet/15; Maas, William, a Supranational Constitution for European Citizens, Prepared for the conference "Supranational Political Community: Substance? Conditions? Pitfalls?" University of Victoria, Canada, 30 September - 2 October 2005. eserinin sekizinci bölümünden, Avrupa vatandaşlığının siyasi gelişimini inceleyen Avrupa Vatandaşlığının Yaratılması adlı eserinden, <http://www.law.uvic.ca/demcon/documents/Maas-Supranational%20constitution%20for%20European%20citizens.pdf>; John P. McCormick, Habermas, Supranational Democracy and the European Constitution, *European Constitutional Law Review* (EuConst), Volume 2, Issue 3, <http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=586080>; Rachel A. Cichowski, Women's Rights, the European Court, and Supranational Constitutionalism, *Law & Society Review*, Volume 38, Number 3, September 2004, pp. 489-512(24), Publisher: Wiley-Blackwell; Constructing a supranational constitution: dispute resolution and governance in the European Community, Sweet, Alec Stone; Brunell, Thomas L., *American Political Science Review*, Publish date: March 1, 1998; Brian F. Havel, The Constitution in an Era of Supranational Adjudication, *North Carolina Law Review*, Vol. 78, No. 2, 2000, Özeti için bkz: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1667092, erişim tarihi: 9.6.2011

¹¹² Adalah Proposes Supranational Constitution for Palestine, <http://althayyib.wordpress.com/2007/12/22/adalah-proposes-supranational-constitution-for-palestine/>; Relations of national and supranational constitutional systems and alternatives of the improvement of Hungarian constitutional system with regard to EU accession, www.nefmi.gov.hu/research/national_projects/otka/abstracts/T038414.rtf; Yoav Stern, Arab rights group seeks 'supranational regime in all of historic Palestine', *Haaretz Gazetesi*, 20 Aralık 2007 nüshası, internetten erişim için bkz: <http://www.haaretz.com/print-edition/news/arab-rights-group-seeks-supranational-regime-in-all-of-historic-palestine-1.235600>

^erişim tarihi: 9.6.2011

kendini gösteren anayasal ilkelere, dolayısıyla bir anayasa hukukuna sahip olduğu ileri sürülmektedir¹¹³. Yazar bu noktadan sonra bir adım daha ileri giderek, anayasa kavramının uluslararası örgütlerin kurucu antlaşmalarını nitelemek amacıyla, “*anayasal antlaşma*” şeklinde kullanılmasının son derece geçerli bir yaklaşım olduğunu belirtir. Bu yaklaşım, özellikle evrensel düzeyde Birleşmiş Milletler Sözleşmesi bakımından geçerli olduğu gibi, bir “*Avrupa anayasasının*” temellerini oluşturan Avrupa Topluluğu Kurucu Antlaşmaları ve Avrupa Birliği (Maastricht) Antlaşması bakımından da aynı şey geçerli olabilir. Gerçekten de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve üye devletlerin anayasalarıyla birlikte düşünüldüğünde, bu antlaşmalar bir Avrupa anayasasının temellerini oluşturmaktadır¹¹⁴. Bu düşünceler, anayasasının ulusal kalıpları evrensel boyutta yıkıp geçtiğini, uluslararası alana sirayet ettiğini göstermektedir.

Öte yandan, anayasanın ulus düşüncesi ile bağının zayıflaması münhasıran Avrupa’da görülen bir durum değildir. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı’nın¹¹⁵ kabulü, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi’nin kurulması ve faaliyete başlaması¹¹⁶ Afrika gibi bir kıtada da yukarıda değinilen gelişmelerin görüldüğünün emareleridir. Güney Afrika devletleri de bu konuda geri kalmamaktadır. Hâlihazırda iki üyesi ve iki gözlemci üyesi olan Güney Amerika Milletler Birliği¹¹⁷, 2004’te gerçekleşen Cusco Bildirgesi ve ardından

¹¹³ Göçer, op.cit., “*Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Anayasa Kavramı*”, s.15

¹¹⁴ Göçer, loc.cit., s.15

¹¹⁵ Şartın özgün metni için bkz: Afrika Birliği resmi sitesi, http://www.africa-union.org/official_documents/treaties_%20conventions_%20protocols/banjul%20charter.pdf; ; Bu Şarta Ek Afrika Kadın Hakları Protokolü’nün (Protocol to the African Charter on Human and Peoples’ Rights on the Rights of Women in Africa) özgün

metni için bkz. <http://www.african-court.org/fileadmin/documents/Sources%20of%20Law/Women/PROTOCOL%20women%20eng.pdf>; bu ekin Türkçedeki bir çevirisi için bkz: İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi web sitesi, http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/temel_belgeler/temel_belgeler_afrika_kadin_haklari_protokolu.pdf, erişim tarihi: 9.6.2011

¹¹⁶ Mahkemenin işleyişi, yapısı ve baktığı davalarla ilgili ayrıntılı bilgi için Mahkemenin resmi web sitesi: <http://www.african-court.org/en/>, mahkemeyi kuran antlaşma (Protocol to the African Charter on Human and Peoples’ Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples’ Rights) için bkz: <http://www.african-court.org/fileadmin/documents/Court/Court%20Establishment/africancourt-humanrights.pdf>, erişim tarihi: 9.6.2011

¹¹⁷ Birliğin resmi web sitesi Sitio Oficial de la Union de Naciones Suramericanas için

2008’de imzalanan Kurucu Antlaşma ile şekillendirilmiştir; tıpkı Birleşmiş Milletler gibi bir genel sekreter tarafından temsil edilmektedir ve bir parlamentoya sahiptir. Kurucu antlaşma 11 Mart 2011’de yürürlüğe girmiştir. Güney Amerika ülkelerinden pek çoğu, farklı derecelerde, Güney Amerika Milletler Birliği lehine bazı yetki fedakârlıklarında bulunmuş ve bulunmaktadır; Birlik lehine bir irade belirtmektedirler. Mesela Brezilya Anayasası’nın dördüncü maddesinin ikinci fıkrası Brezilya Federatif Cumhuriyeti’nin bir Latin Amerika Milletler Topluluğu yaratmak amacıyla, Latin Amerika halkları ile iktisadi, siyasi, toplumsal ve kültürel bütünleşme sağlamak için çabalayacağını hükme bağlamaktadır¹¹⁸. Yine Surinam Anayasası egemenlik ve Surinam Cumhuriyeti’ne ayrılmış birinci bölümü, madde 2’de, Surinam devletin yer aldığı, tarihi olarak tanımlanan Güney Amerika kıtasına atıfta bulunmaktadır¹¹⁹. Görülen o ki, ulus-üstü anayasaya doğru yönelen hareketlenmeler Avrupa coğrafyasıyla sınırlı değildir.

Uluslararası alanda anayasa kavramının kullanılışı, gerçeklik meselesini gündeme getirmektedir. Devletlerarası ilişkilerin yüzyıllar boyunca ördüğü bir yumak olan uluslararası alanda, anayasadan söz etmek ne kadar gerçekçidir? Soruya cevap arayan yazarlardan Mahmut Göçer’e göre, uluslararası hukukta anayasa kavramının kullanılması bir yandan uluslararası toplumun anayasası anlamında, diğer yandan ise uluslararası örgütlerin kurucu antlaşmalarının anayasal niteliğini belirtmek için olmuştur. Her iki durumda da bir uluslararası hukuk düzeninin veya uluslararası örgütlere özgü hukuk düzenlerinin varlığı kabul edilmektedir. Gene, her iki durumda da anayasa kavramının iç hukuktan uluslararası hukuka intikali söz konusudur¹²⁰. Uluslararası toplumun bir anayasaya sahip olabileceği tezi, öğretilerde özellikle anayasa kavramının siyasal toplum kavramından ayrılmaz bir kavram olarak gören bazı yazarlarca ileri sürülmüştür. Bu yazarlar, uluslararası anayasayı yazılı

bkz: <http://www.pptunasur.com/inicio.php?menu=30&idiom=1>, erişim tarihi: 9.6.2011

¹¹⁸ Constitution of Brazil in English, Article 4 (International Relations) (1), International Constitutional Law web site, http://www.servat.unibe.ch/icl/br00000_.html, erişim tarihi: 8.6.2011

¹¹⁹ Constitution of Suriname in English, Article 2, (Territory), Constitution Society web site, National Constitutions, <http://constitution.org/cons/suriname.htm>, erişim tarihi: 8.6.2011

¹²⁰ Göçer, op.cit., “Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Anayasa Kavramı”, s. 6-7

olmayan maddi bir anayasaya benzeterek, mevzubahis anayasanın teamül niteliğinde ve kendini zımnen ifade eden bir anayasa olduğunu belirtmişlerdir. Ancak, uluslararası toplumun şekli anlamda bir anayasaya sahip olmaması, onun temel kurallar şeklinde bir anayasa hukukuna sahip olmasını engellemez. Bu anlamda bazı yazarlar, uluslararası toplumun teamül niteliğinde anayasasını oluşturan ve büyük bir bölümünün Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde hukuki varlık kazandırılan anayasal ilkelerin bulunduğunu belirtmektedir. Gerçekten de, bir temel kuralın "anayasal" bir kural olarak nitelenebilmesi için, bir yandan maddi olarak anayasa kuralı niteliği arzemesi, diğer yandan da bağlayıcı olması gerektiği düşünüldüğünde, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi bu iki şartı "evrensel düzeyde" yerine getiren tek antlaşma niteliği tebarüz eder. Zira Birleşmiş Milletler Sözleşmesi evrensel niteliğiyle günümüzde evrensel örgüt nitelemesine hak kazandığı gibi, maddi olarak anayasal hükümler de içermektedir. Birleşmiş Milletler'in amaçlarının ve ilkelerini tanımlayan 1. ve 2. maddeleri bu tür hükümler oluşturduğu gibi, Sözleşmenin 103. maddesi gereğince, Sözleşme, diğer uluslararası antlaşmalar karşısında üstün bir değeri haizdir¹²¹.

2. Ulus-üstü Yapıya Doğru Anayasa

Anayasanın devletin temel kaidesi oluşu, birden fazla egemen devletin tek bir anayasaya tabi hale getirilmesi süreciyle birlikte düşünüldüğünde oldukça tuhaf bir durum ortaya çıkmaktadır. Anayasa egemenliği tanımlama kudretine sahip yegâne belge olarak kabul edilmektedir. Bir ülkeler topluluğu, hepsinde geçerli ve bağlayıcı olacak bir anayasa yaratmak isterlerse, anayasayı yeniden tasvir etme ihtiyacı doğacaktır. Böyle düşüncelerin ortaya çıkmasının sebebi, kolaylıkla tahmin edilebileceği gibi, Avrupa Birliği için hazırlanan anayasadır. 15 Aralık 2001'de Laeken Zirvesi'nde alınan karar doğrultusunda bir Kurultay oluşturulmuştur. Bu Kurultay'a üye ülke temsilcileri, Avrupa Parlamentosu üyeleri, ulusal parlamento üyeleri, AB Komisyonu temsilcileri iştirak etmiştir¹²². Kurultay, Avrupa Birliği Anayasa Taslağını

¹²¹ Göçer, loc.cit., "Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Anayasa Kavramı", s. 9; Genel olarak uluslararası antlaşmaların anayasal nitelikleri hakkında bir inceleme için bkz: Göçer, loc.cit., "Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Anayasa Kavramı", s.13-15

¹²² Bozkurt/Özcan/Köktaş, Avrupa Birliği Hukuku, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, 2004, s.54-55

hazırlayarak 2003 Haziran'ında tamamlamıştır. Taslak hakkında egemenlik yetkilerinin ulus-devletten Birliğin ulus-üstü varlığına devrini sağlayan son merhale olduğu, AB hukukunun kanunlaştırma belgesi niteliği taşıdığı düşünülmektedir¹²³.

Bu aşamada Avrupa Birliği anayasa taslağına dair bazı bilgilerin belirtilmesi gerekmektedir. Taslak, "*Avrupa İçin Anayasa Yapımına Dair Sözleşme*"nin, 29 Ekim 2004'te o gün için Avrupa Birliği'nin yirmi beş üyesinin¹²⁴ devlet ve hükümet başkanlarının katılımıyla imzalanmasıyla belirlilik kazanmıştır. Eşit derecede, dört ana başlığa ayrılan Taslak, tıpkı ulusal bir anayasaymışçasına bir başlangıç bölümü ile başlamaktadır. Bu bölümde, yine tıpkı ulusal anayasalar gibi Avrupa'nın tarihi ve mirası hatırlatılmaktadır. Yukarıda değinilen dört ana başlığın içeriğinden bahsetmek gerekirse, birinci kısım Birliğin tanımı ve amaçları, Birlik vatandaşlığı ve tanıdığı temel haklar, Birliğin yetkileri, mali yapısı ve kurumları, Birliğin demokratik yaşamı, komşu devletlerle ilişkileri ve nihayet Birliğe üyelik konularını kapsamaktadır. İkinci kısım, Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'ni¹²⁵ ihtiva etmekte, kısımda bir başlangıç metninin ardından yedi başlıkta insanlık haysiyeti, özgürlük, eşitlik, dayanışma, vatandaşlık hakları, adalet ve özel hükümlere yerilmektedir. Üçüncü kısım, Birliğin işlevlerinin ve politikalarının nasıl idare edileceğini düzenlemekte, iç ve dış siyaset, iktisadi ve parasal birlik, hürriyet sahası, güvenlik ve adalet, ortak güvenlik ve dış politika, kurumların görevlerine dair hükümler içermektedir. Bu kısımda biçimsel olarak genel uygulama, ayrımcılık yasağı ve vatandaşlık, iç siyaset ve faaliyet, denizaşırı ülkeler ve bölgelerle işbirliği, Birliğin dış faaliyetleri, işleyişi ve ortak hükümlerden oluşan yedi başlık bulunmaktadır. Dördüncü ve son kısım ise anayasanın yürürlüğe girmesi, değiştirilmesine dair usul, önceden imzalanmış sözleşmelerin feshine ilişkin hükümlere yer vermektedir. Bu kısımda beş sözleşmenin anayasanın ilavesi olduğu belirtilmektedir¹²⁶. Sözü edilen sözleşmeler

¹²³ Yazıcı, *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009, s.278

¹²⁴ 2004 yılı itibariyle Avrupa Birliği'nin yirmi beş üyesi var iken, hâlihazırda, Birliğin üye sayısı yirmi yedidir. Avrupa Birliği Resmi Sitesi, http://europa.eu/about-eu/member-countries/index_en.htm, erişim tarihi: 4.5.2011

¹²⁵ Belge için bkz. Avrupa Parlamentosu Resmi Sitesi, http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf, erişim tarihi: 4.5.2011

¹²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Avrupa Birliği Resmi Sitesi, <http://europa.eu/scadplus/>

şunlardır: Avrupa Birliği'nde Ulusal Meclislerin Konumuna Dair Sözleşme, Orantılılık ve Yerellik İlkelerinin Uygulamasına Dair Sözleşme, Avro Grubuna Dair Sözleşme, Euratom Antlaşmasının Tadiline Dair Sözleşme, Birliğin Tedrici Yapısı ve Organlarına Dair Sözleşme.

Bu noktada şu gündeme getirilebilir: “Avrupa Birliği Anayasası” taslağı, anayasadan başka bir şey midir? Kullanılan terim açısından bakıldığında “*The Treaty Establishing A Constitution For Europe*”, “*The Constitutional Treaty*” ya da “*European Constitution*” isimlendirmele-riyle karşılaşılacaktır. Avrupa Birliği anayasa taslağının yukarıda resmedilen yapısına bakıldığında, isminin anayasa (*constitution*) oluşuna ilaveten, onun bir uluslararası sözleşmeden çok gerçek bir anayasaya benzediği gerçeği teslim edilmelidir. Şekli anlamda, Amerikan, İspanyol, Alman, Brezilya, Fransız, Türk anayasaları dâhil pek çok ulusal anayasanın Dibace/Başlangıç/Preamble denilen bir bölüme, kendi tarihine ve mirasına atıfta bulunacak şekilde sahip olduğu, bunun Avrupa Birliği anayasa taslağında aynı niteliklerle yer aldığı görülmelidir. Taslağın temel hak ve özgürlükleri, Birliğin organlarının yetki ve sorumluluklarını, tam olarak böyle kayda geçirilmese de gerçek anlamda Birlik ile üye devletler arasındaki yetki paylaşımını, en önemli siyasi ilkeleri, güvenlik, dış ve iç politikaları içermesi, bu kanaati güçlendirmektedir. **Taslak ile herhangi bir ülkenin anayasası yan yana koyulduğunda, Birlik yerine o ülkenin isminin kullanılması ve ulusal özellikler bir kenara bırakılırsa, gerek maddi gerekse şekli açılardan iki anayasa arasında pek az farkın olduğu görülecektir.** Bu keyfiyetin, anayasa kavramının ulusal bağlarla ilişkisini zayıflatmış olduğu gerçeği takdir edilecektir.

Diğer yandan “Avrupa Birliği Anayasası” taslağının henüz yürürlüğe girmemesinin anayasanın evrensel serüveninde oluşabilecek bir değişimi geciktirdiği veya engellediği düşüncesi akla gelebilir. Fransa ve Hollanda halklarının taslakla ilgili halkoylamasında olumsuz görüş serdettiği bilinmektedir¹²⁷. Fakat geriye kalan üye devletlerin meclis onayı ya da halkoylaması gibi muhtelif yöntemlerle taslağı kabul etmesi halinde reddeden ülkelerde yapılan halkoylamalarının tekrarlanması, küçümsenebilecek bir ihtimal değildir. Bu ihtimal gerçekleşirse o

¹²⁷ constitution/introduction_en.htm#FUTURE, erişim tarihi: 4.5.2011
Yazıcı, op.cit., Demokratikleşme Sürecinde Türkiye, s.282

ülkelerde halkın görüşünü değiştirmesi için ikna çalışmaları yapılır ve bu süreç olumlu sonuçlanırsa taslak, anayasallaşacaktır. Şu var ki, bu ihtimal gerçekleşme bile, yani taslak yürürlüğe girse de girmese de, adı konulmamış bir Avrupa anayasal düzeni devam edecektir. **Zira bu düzen, İngiltere'deki teamüli anayasa geleneğine benzer şekilde, Avrupa Birliği'nin maddi anlamda anayasası özelliği gösteren antlaşmalar, sözleşmeler ve Birliğin çeşitli organlarının yayınladığı düzenlemeler, Avrupa Adalet Divanı'nın pek çok birleştirici kararı sayesinde yıllar yılı oluşmuş ve pekişmiştir.** Ki, devam eden serüvenin bir yerinde, şekli olarak da anayasayı meydana getirecek gelişmeler ile bambaşka bir anayasa modelinin ortaya çıkışı hukuken tahkim edilebilecek, kanıtlanabilecektir.

Avrupa Birliği özelindeki üstün hukukun hangisi olduğu tartışması bir kenara bırakılsa bile, bu mesele esasında evrensel bir hikâyenin bir parçasıdır. Cooter'ın anlattığına göre, bazı araştırmacılar, haklı olarak, uluslararası hukukun ulusal anayasalara baskın çıktığını düşünmektedirler. Belki de uluslararası hukuk ulusal anayasaların üzerindedir; papanın piskoposların üstünde yer alması gibi¹²⁸.

Anayasanın akıbetini kestirebilmek için, öncelikle kavramda eklen kayması oluşumunu akla getiren uluslar topluluğunun hikâyesine bakmak gerekmektedir. Anayasal düzen olarak Avrupa Birliği kurulduğu günden beri, tüm dinamik yapıların bir özelliği olarak, sürekli gelişerek uluslarüstü bir anayasal düzene doğru ilerlemiştir. Kömür-Çelik Topluluğu'ndan Tek Pazar'a¹²⁹, Tek Pazar'dan Maastricht Antlaşması ile ortak güvenlik ve dış politika, tek para, adalet ve işlerinde işbirliğine, Amsterdam Antlaşması ile insan hakları ihlallerinin yaptırımılandırılması, Nice Antlaşması ile genişlemenin hazmedilmesi söz konusu olmuştur. Bugün Avrupa'da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve uygulamasının esaslı katkıları ile oluşmuş bir ortak anayasa sahası söz konusudur. Bu anayasal saha Avrupa hukuk kültürünün ifadesi olarak bir ortak anayasal düzen, bir yeni *jus commune*¹³⁰ oluşturmaktadır. Anayasa, bir ulus-kurucu iktidar birlikteliği olarak ele alındı-

¹²⁸ Cooter, op.cit., The Strategic Constitution, Princeton University Press, New Jersey, 2002, s.1'deki 1 numaralı dipnot

¹²⁹ Ortak Pazar olarak da bilinir. Mal, hizmet, sermaye ve kişilerin serbest dolaşımı ile ortak politikalarla aynı işlevdedir.

¹³⁰ Latince ortak hukuk demektir.

ğında Avrupa'da kurucu iktidarı oluşturabilecek ne tarihsel olgu ne de hukuki varlık düzeyinde bir Avrupa ulusunun mevcut olduğunu söylemek olası değildir. Avrupa Birliği de devlet ya da uluslar arası örgüt niteliği taşımamaktadır¹³¹. Avrupa Birliği'nin uluslararası örgüt olmadığı yönündeki bir görüş, eleştiriye açık olmakla birlikte anayasanın kavramsal çerçevesinin yeniden çizilmesine katkıda bulunacak niteliktedir.

Yazarın deyimiyle, vurgulanması gereken, anayasanın, D. Rousseau'nun ifade ettiği üzere, artık sadece kurumlar arası ilişkileri, kuvvetler ayrılığını belirleyen bir belge olmadığı hususudur. Anayasa artık Vatandaş-Devlet arasındaki ilişkilerin tanımı, yaptırım mekanizmaları ile güvenceye bağlanmış bir hak ve özgürlükler şartı niteliği göstermektedir. Diğer bir tabirle, sadece iktidarı kuran ve dağıtan bir belge olmaktan çıkmıştır¹³². Bir açıdan, bu düşünce anayasanın hukuki niteliğini siyasi boyutuna karşı güçlendirmektedir.

Kaboğlu, yirminci yüzyılın anayasacılık bakımından bir başka özelliğinin ulus-üstü anayasacılık hareketini başlatmış olması olduğunu, ilk adımın Birleşmiş Milletler Şartı'yla atıldığını, somut anayasal gelişmelerin kıtalar düzleminde kaydedildiğini, Avrupa ve Amerika'nın hak ve özgürlükler aracılığıyla böyle bir hareketin öncüsü olduğunu, fakat bu sürecin 18. yüzyıl sonu anayasacılık hareketlerine benzemediğini, bunun sebebinin bu kıtalarda meydana gelen şeyin öncelikle hak ve özgürlükleri güvenceleme mekanizmalarının kıta ölçeğinde ulusal-üstü düzeye çıkarılmış olmasında saklı olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, 1949'da kurulan Avrupa Konseyi nezdinde hazırlanan, 1953'te yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin uygulanıp uygulanmadığını denetleyen F.T.) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 47 yargıcıyla dünyanın en büyük insan hakları mahkemesi özelliği kazanmış, böylece dolaylı bir ulusal-üstü anayasa mekanizması kurulmuştur¹³³. Görülen o ki, anayasayı hukuki anlamda da ulus-üstü olabilen ve olan bir kavram olarak görmektedir. Bu bakış açısı, makalede savunulmaya çalışılan düşünceyi destekler mahiyette olarak değerlendirilmektedir. Nitekim yazar, Birleşmiş Milletler Şartı-

¹³¹ Karakaş, op.cit., s.97

¹³² Karakaş, loc.cit., s.97-98

¹³³ Kaboğlu, op.cit., s.10

nın bir “dünya anayasası” olup olmadığını anayasal açıdan inceleyen, Sandra Szuret’in kaleme aldığı “*La Charte des Nations Unies Constitution Mondiale?*” adlı bir çalışmanın varlığından söz etmektedir¹³⁴. İnsan haklarının uluslararası hale gelmesinin anayasa açısından kimi zaman açık olarak, bazen örtülü ve dolaylı bir şekilde ulusal-üstü düzeyde bir gelişme olarak görülebileceğini söyleyen yazar, bu sürecin Hukuk Yoluyla Demokrasi ya da bilinen adıyla Venedik Komisyonu’nun Orta ve Doğu Avrupa devletleri tarafından referans kaynağı sayılmasıyla devam ettiğini ileri sürmektedir¹³⁵.

3. Anayasa-üstü Kural, Anayasa-üstü Hukuk

Devlet-Ulus(asli kurucu iktidar)-Anayasa üçgeni Avrupa Birliği’nde anayasa problematiğine cevap oluşturmamaktır. Zaten anayasa da artık Burdeau’nun ifade ettiği gibi sadece bir fikir değil, siyasal, toplumsal, kurumsal, yaşamı bir hukuk korsesi içine alan, hak ve özgürlükleri pozitif hukuk çerçevesinde koruyarak sürekli değişim içeren dinamik bir yapıdır. Avrupa’da ortak bir anayasa hukukunun ortaya çıktığı görülüyor. Bu olgunun esas nedeni, Avrupa anayasalarının temel hak ve özgürlükleri benzer şekilde ifade etmeleri ve koruma altına almaları dışında, yargıların hak ve özgürlüklerin yorumunu benzer şekilde yapmalarıdır. Ulusal-üstü alanda ise, bu ortak anayasa kültürü farklı hukuk sistemlerinde farklı ilkeler bütününden oluşmakla birlikte, Avrupa alanında bu ortak birikim birleştirici bir özellik olarak paylaşılan değerlerden ve farklılıklara saygı ilkelerinden oluşmaktadır. Dolayısıyla burada söz konusu olan ulusal olmayan, anayasal bir Avrupa kimliğidir. Avrupa kimliği ise ulus kimliği gibi birleştirici değil, ancak ortak anayasa kültürü doğrultusunda uyumlaştırıcıdır. Bu olgu, Avrupa’da anayasal yurtseverlik (*patriotisme constitutionnel*) kavramıyla ifade edilmektedir. Bu kavram çerçevesinde siyasal birliğin, ulusal değil, rasyonel bir unsur üzerine kurulduğu dile getirilmektedir¹³⁶. Bu tespit, harika bir şekilde, ulus-üstü anayasayı, çağdaş ve bilinen anayasanın geçmişine götürmekte; krallıklar-imparatorluklar döneminden akılcı bir yöntemle anayasal düzenlere geçişi hatırlatmaktadır.

¹³⁴ “*La Charte des Nations Unies Constitution Mondiale?*” adlı başka bir çalışma daha vardır: Régis Chemain, Alain Pellet, Collectif, Editions A. Pedone (1 février 2006) Cahiers internationaux, 237 pages

¹³⁵ Kaboğlu, op.cit., s.11

¹³⁶ Loc.cit., s.98

Yazara göre, ulusal-sonrası bir kimlik olarak nitelendirilebileceğimiz bu yeni aidiyet etnik köken, din, dil ve kültürel özellikler gibi öğelerden bağımsız olarak şekillenmekte; yurttaşlar kimliklerini anayasada bulmaktadır. Demokrasi, insan hakları üzerinde yükselen Avrupa, ulusal farklılıklarla uyum içinde bütünleşmeye çalışmaktadır. Avrupa'da tek bir *demokratik* değil, ortak değerler etrafında bütünleşmiş Avrupa halkları vardır. Bu halklar, Avrupa kimliğini oluşturan Avrupa anayasal birikimi uyarınca ortak bir hukuk düzeni çerçevesinde bütünleşmektedir. Bu doğrultuda Avrupa teknik bir bütünleşme hareketi olduğu ölçüde bir değerler topluluğudur. Aradaki bağlar etnik, dinsel, dilsel, kültürel değil; demokrasi, hukuk devleti, insan hakları gibi etik kriterler temelindedir¹³⁷. Böylelikle, anayasa, kavramsal köken itibarıyla, Avrupa örneğinde taçlanarak; kültürelde tekniğe, somuttan soyuta doğru, antropolojik birliktelikten ilke birliğine ve nihayet yerelden evrensele doğru evrilmektedir.

Avrupa Birliği Anayasası hazırlama düşüncesi, anayasanın 'devleti kuran belge' sıfatını taşıma gibi kurucu unsurlarını sarsmaktadır. AB Anayasası'nın içeriğine kısaca değinmek gerekirse, üç sütunlu yapı diye bilinen; birinci sütun Avrupa toplulukları, ikinci sütun Ortak Güvenlik ve Dış Politika, üçüncü sütun Adalet ve İçişlerinde İşbirliği'nden oluşan yapı kalkmakta, tüm sütunlar tek bir çatı altında, Avrupa Birliği adı altında birleşmektedir. Avrupa Birliği'nin hukuki kişiliği de sağlanmaktadır. Konsey Başkanlığı makamı tanınmaktadır. Hıristiyanlığa atıfta bulunulmamakta; fakat kültürel, dini¹³⁸, insanlık mirası ifadeleri yer almaktadır. Oybirliğinin saklı tutulduğu hassas alanlar varlığını devam ettirmektedir. Vergilendirme, sosyal politikalar, dış politika ve güvenlik, öz kaynaklar, mali düzenlemeler, anayasanın değiştirilmesi hassas alanlardandır. Avrupa Birliği'nde yerleşen hukuki işlemlerin adları değişmektedir; tüzük "*Avrupa yasası*", yönerge ise "*Avrupa çerçeve yasası*" adını almaktadır. Kurumsal düzeydeki ufak tefek değişiklikler, sistemin daha kolay işletilir hale getirilmesi yanında Anayasa'nın somut olarak getirdiği en önemli konu Anayasa'ya

¹³⁷ Loc.cit.

¹³⁸ Kuşkusuz bir din ile o dinle ilgili miras farklı şeylerdir. Din, tartışmasız şekilde, bir inanç ve kurallar manzumesini ifade ederken; dini miras, dinin toplumda uzun süre yaşanarak bıraktığı izler, davranış biçimleri, çeşitli kültürel değerleri de kapsayan oldukça geniş bir kavramdır.

yerleştirilmiş Temel Haklar Şartı'dır. AB vatandaşlarının Birlik iktidarı ile ilişkilerinde doğrudan dayanacakları bağlayıcı bir metin söz konusudur. Bu metin ekonomik birliğin ötesinde değerler topluluğunun somut yüzünü oluşturmaktadır¹³⁹. Yaratılan tablo, gerçekleştirilmese bile¹⁴⁰, bambaşka bir anayasa kavramı oluşturulduğuna işaret etmektedir. Yine de Anayasa'nın ulus-devlet anayasasını andıran yönleri yok değildir. Liberal demokratik haklarla, sosyal ve ekonomik hakları aynı metinde yer alması ile modern anayasalara benzeyen bir düzenleme yapılmıştır. Anayasa, Avrupa Birliği'nde temel hak ve özgürlüklerin korunmasında yeni bir normatif temel getirmektedir. Anayasa'da Temel Haklar Şartı'nın anayasa hükmü olması, sütunların birleştirilmesi gibi bütünleşmeye yönelik düzenlemeler yanında, dış politika ve ortak güvenlik gibi konularda gösterdiği hükümetler arası unsurlar varlığını sürdürmektedir. Bu doğrultuda Anayasa'nın ikili yapıyı sürdürdüğünü tespit etmekle birlikte, Avrupa anayasal birikimi çerçevesinde, bireyin eksen olduğu bir hukuk anlayışının Avrupa Anayasası ile netleştiğidir¹⁴¹. Bütün bu hususiyetler göz önünde bulundurulduğunda; AB Anayasa taslağı, bazı özellikleriyle 'uluslararası sözleşme' izlenimi vermekteyken; birtakım unsurlarıyla anayasa kavramıyla yaklaşmaktadır. AB Anayasa taslağı, ulus-üstü (*supra national*) hukuk düzeni ile birlikte incelendiğinde, yaratılan hukuk normuna **anayasa-üstü** (*supra-constitutional*) **norm** adının verilebileceği ve yaratılan normu inceleyen sahaya da **anayasa-üstü hukuk** (*supra-constitutional law*) denebileceği kanaatindeyim. Nitekim "ulusal-üstü hukuk" veya "ulusal-üstü anayasa hukuku", "ulus-üstü hukuk" gibi kavramlar bazı yazarlar tarafından tercih edilmekte, üstelik anayasa ile birlikte ele alındığına rastlanmaktadır¹⁴².

¹³⁹ Karakaş, op.cit., s.101-102

¹⁴⁰ Aralarında Fransa'nın da olduğu bazı AB ülkeleri, yapılan halkoylamaları neticesinde, AB Anayasası'nı reddetmiştir.

¹⁴¹ Karakaş, op.cit., s.102

¹⁴² Stella-Eirini Vetsika - Vassilis P. Tzevelekos In Integration We Trust? The Reception of Supranational Law in the Greek Legal Order: "a Tale of Love and Darkness", Sant'Anna School of Advanced Studies Department of Law <http://stals.sssup.it> ISSN: 1974-5656, internetten erişim için bkz: http://stals.sssup.it/files/stals_Vassilis_052010.pdf; Martin F. Polaschek Implementation of International and Supranational Law by Sub-national Units, Published by the Forum of Federation, internet erişimi için bkz: <http://www.forumfed.org/libdocs/IntConfFed02/StG-ws-Polaschek.pdf>; John Erik Fossum & Agustín José Menéndez, The Theory of Constitutional Synthesis. A Constitutional Theory for a Democratic European Union,

4. Uluslararası Hukuk Yerine Topluluk Hukuku İkame Edilirken Anayasa

Ulus ve anayasa kavramları arasında sıkı bir bağ vardır. Uluslararası hukuk, eşitler arası hukuktur. Devletler birincil hukuki kişilikler olarak kabul edilir. Bunlar, eşit-egemen devletlerdir. Devletler, ulusları tarafından bir anayasa yapılmak suretiyle kurulmuştur. Bir devletin en önemli unsurlarından biri egemenliktir. Fakat ulus-üstülük telaffuz edildiğinde ve egemenliğin de anayasadan ayrılmazlığı dikkate alındığında, egemenlik yetkisinin durumu anayasa kavramını nereye götürmektedir?

Uluslararası hukuka geri dönmek gerekirse, uluslararası toplumun hukuku olduğu öncelikle belirtilmelidir. Hukuki açıdan ulusüstülük, topluluk normlarının milli normlara üstün geldiği mutlak bir hiyerarşiyi gösterir. Diğer bir deyişle, bu hiyerarşide topluluk hukuku hem doğrudan uygulanabilir¹⁴³ hem de milli hukuklar üzerinde üstündür¹⁴⁴.

Uluslararası hukuk ile topluluk hukuku arasındaki farkların bilinmesi, anayasa kavramının evrensel serüveninin nasıl devam ettiği hakkında bazı ipuçları verebilir. Zira uluslararası hukukta, farklı ulusların hukukten var olduğu isminden de anlaşıldığı üzere peşinen kabul edilmekteyken, topluluk hukukunda 'topluluk' (*community*) gibi **alışılmamış ve ulus-üstü** bir hukuki yapının varsayıldığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan, uluslararası hukuk, devletlerin egemen eşitliği üzerine kurulmuştur. Egemenlik uluslararası hukukta devletlerarası 'eşitlik', iç hukukta ise 'en yüksek otorite' anlamına gelir. Ulusüstü nitelik taşıyan Topluluk hukuku ise 'bu hukuk düzenine taraf olan devletlerin egemen yetkilerinin kısmen devri' olgusu üzerine kurulmuştur. Bu hukuksal çerçeve içinde, uluslararası hukukta kararlar istisnai du-

özetine erişmek için bkz: <http://ideas.repec.org/p/erp/reconx/p0082.html>, Aralık 2010, RECON Online Work Paper' dan aslına erişmek için bkz: http://www.reconproject.eu/main.php/RECON_wp_1025.pdf?fileitem=3653824, erişim tarihi: 9.6.2011; Kaboğlu, kitabının "Yöntem ve Plan" başlıklı bölümünde şöyle bir cümle kurmaktadır: "...Bu da, ulusal hukuk verileriyle yetinmeksizin, ulusal-üstü ve karşılaştırmalı anayasa hukuku verilerinden yararlanmayı zorunlu kılar", Kaboğlu, op.cit. s.48

¹⁴³ "The direct principle" olarak ifade edilir.

¹⁴⁴ "The supremacy principle" olarak ifade edilir. Başlar, "Avrupa Birliği'nin Normatif Supranasyonalitesi", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 30, Sayı 3, 1997 s.4-5

rumlar dışında oybirliği ile alınırken, Topluluk hukukunda Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu kuran Roma Antlaşması'nın 148. maddesine göre, 'oyçokluğu' ile alınabilmektedir. Uluslararası hukuk ile ulusüstü nitelik taşıyan Topluluk hukuku arasındaki bir başka fark da her iki hukuk dalının özneleri ile ilgilidir. Uluslararası hukukun özneleri devletler ve uluslararası örgütler olduğu halde, Topluluk hukukunun özneleri üye devletler, Topluluğun organları ve üye devlet uyruğunda bulunan özel ve tüzel kişilerdir¹⁴⁵. Her iki hukuk dalının kaynakları da birbirinden farklıdır. Uluslararası hukukun kaynakları, uluslar arası antlaşmalar, örf ve adet kuralları, hukukun genel ilkeleri, mahkeme içtihatları ve öğretilerdir. Buna karşılık, ulusüstü nitelik taşıyan Avrupa Topluluğu'nun kaynakları **anayasal nitelik taşıyan** kurucu anlaşmalar, Topluluk organlarının kabul ettikleri tüzük, yönerge ve kararlar, Adalet Divanı kararları ve bu kararlarla kabul edilen hukukun genel ilkeleri, Topluluğun üye olmayan devletlerle yaptığı uluslararası antlaşmalardır¹⁴⁶. Bu iki hukuk alanında kural koymaya yetkili olan kurumlar, organlar ve makamlar da birbirinden farklıdır. Uluslararası hukukta kural koyma yetkisi esas olarak devletlere, sınırlı ölçüde ise uluslararası örgütlere aittir. Topluluk hukuk düzeninde ise kurucu antlaşmalar dışında tüzük ve yönetmelik gibi işlemler Topluluğun yetkili organları tarafından yaratılmaktadır. Öte yandan, uluslar arası hukukun kuralları, devletler ve uluslararası örgütler gibi uluslar arası kişileri bağladığı halde, Topluluk hukuku bireyleri ve iç hukuk kişilerini bağlamaktadır. Bundan başka, uluslararası hukuk düzeninde zorunlu bir yargı organı ve yaptırımları uygulayacak bir mekanizma olmadığı halde, Topluluk hukuk düzeninde Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve yaptırımları uygulayacak kurumlar mevcuttur¹⁴⁷. Uluslararası hukuk ile topluluk hukuku arasındaki diğer önemli farklı özellikler şunlardır:

- a) Uluslar arası hukukun kaynaklarından olan uluslararası antlaşmalar, bu antlaşmalara taraf olan devletlerin yetkili organlarının onayıyla yürürlüğe girerler; devlet başkanı, parlamento veya bakanlar kurulu... Buna karşılık, topluluk hukukunun kaynakları arasında

¹⁴⁵ Günüçür, Avrupa Topluluğu Hukuku, Tarhan Basımevi, 1993, s.3; Yazıcı, op.cit. s.259

¹⁴⁶ Yazıcı, op.cit. s.259

¹⁴⁷ Pazarıcı, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, 2005, s.11; Yazıcı, op.cit. s.259-260

yer alan tüzükler, Birliğin bu işlemi yapmaya yetkili organlarınca kabul edildikten sonra Birlik resmi gazetesinde yayımlanarak ve üye devletlerin herhangi bir işlemi olmaksızın bu devletlerin hukuk düzenleri üzerinde doğrudan doğruya etki doğururlar¹⁴⁸.

- b) Uluslar arası hukuk kuralları doğrudan sadece üye devletleri bağlar; üye devletlerin hukuk düzenlerindeki gerçek ve tüzel kişileri bağlamaz. Bunların uluslararası hukuk kurallarıyla bağlı kılınması, bu kuralların söz konusu devlet tarafından iç hukuka uyarlanması ve yeni düzenlemeler yapılmasıyla sağlanabilir. Hâlbuki topluluk hukukunun birincil ve ikincil kurallarının pek çoğu üye devletlerdeki gerçek ve tüzel kişilere doğrudan uygulanabilmektedir. Örneğin Roma Antlaşması'nın 12, 30, 31, 48, 59. ve başka bazı maddeleri Avrupa Adalet Divanı'nca sözü edilen gerçek ve tüzel kişilere uygulanmıştır.
- c) Uluslararası hukukun öznelerinden olan uluslar arası örgütler işbirliği, eşgüdüm gibi bir başka eşit iradenin varlığını benimseyen yönetim araçlarına istinat eder; yetki devri görülmemektedir. Topluluk hukukuna gelince, o, bütünleşme esasına dayanır; üye devletlerden Birliğe pek çok kaydadeğer yetki devrine tanık olmak mümkündür. Gerek bu bağlamda, gerekse genel kavramsal bağlamda **"Birlik üyesi ülkelerin vatandaşlarının tamamı ulusun yerini, topluluk düzenini kuran antlaşma anayasa yerini almıştır" önermesi, ciddiyle tartışılması gereken bir önermedir.**
- d) Topluluk hukukunu yarattığı ulusüstü hukuki varlık, yani Birlik, varlığın kurucu unsurlarından, devletlerden bağımsız bir tüzel kişiliğe sahiptir. Avrupa Birliği, Belçika'dan, İspanya'dan, Almanya'dan ya da bir başka Avrupa devletinden bağımsız olarak, güçlü bir hukuki bir meşruiyetle var olmakta ve hukuki kişiliğini sürdürmektedir. Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Antlaşması'nın 6. maddesine göre, *"Topluluk, uluslar arası ilişkilerde işlevlerini yerine getirebilmek ve amaçlarına ulaşabilmek için gerekli olan hukuksal kişiliğe ve kapasiteye sahiptir."* Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu Antlaşması'nın 184. maddesine göre *"Topluluk hukuki bir kişiliğe sahiptir."*

¹⁴⁸ Pazarıcı, Uluslar arası Hukuk Açısından Otuzuncu Yılında AET, İktisadi Kalkınma Vakfı Dergisi, No: 49, 1987, s.31-32; Yazıcı, op.cit., s.260

Görülen o ki, Avrupa Birliği Anayasası adı verilen düzenleme, hiç yürürlüğe girmeyecek olsa bile, Avrupa Topluluğu'nun kurulmasından bugüne, anayasa kavramı esaslı bir şekilde, ilk halinden başka bir hale bürünmüştür. **Artık, ulus ile birebir bağlantılı bir anayasa yoktur; ulus yerine evrensel değerleri ilham kaynağı ve menşe sayan, ulusüstü insan topluluğunun yarattığı kabul edilen bir esas teşkilat, bir anayasa vardır.**

Uluslararası hukuktan topluluk hukukuna doğru evrilen hukuki süreçte, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın¹⁴⁹ bazı içtihatları önem arz etmektedir. Divan'ın 1963 tarihli *Van Gend en Loos* kararına göre, AET antlaşmasının işleyişi, Topluluk içerisindeki ilgili tarafları doğrudan doğruya ilgilendiren bir Ortak Pazar kurmak olan amacı, bu antlaşmanın sadece âkit devletler arasında karşılıklı yükümlülükler yaratan bir sözleşmeden ibaret olmadığını ifade etmektedir. Bu görüş, antlaşmanın sadece hükümetlere değil, aynı zamanda halklara da atıfta bulunan Dibacesiyle doğrulanmaktadır. Bu aynı zamanda, kullanılması gerek üye devletleri, gerek onların vatandaşlarını etkileyen egemen haklarla donatılmış kurumların kurulmuş olmasıyla da daha özgül biçimde doğrulanmaktadır. Bundan çıkarılacak sonuç, Topluluğun, devletlerin sınırlı alanlarda da olsa onun lehine egemen haklarını sınırlandırmış oldukları, yeni bir uluslararası hukuk düzeni oluşturduğu ve bunun öznelerinin sadece üye devletleri değil aynı zamanda onların vatandaşlarını içine aldığıdır. Dolayısıyla, üye devletlerin ulusal hukuklarından doğan bağımsız olarak Topluluk hukuku, sadece bireylere yükümlülükler yüklemekle kalmaz, aynı zamanda onlara, hukuki miraslarının bir parçası haline gelen haklar bahşetme amacını güder. Antlaşmanın ruhuna, sözüne ve genel yapısına göre, 12. maddenin, ulusal mahkemelerin korumak zorunda oldukları bireysel haklar yaratacak ve doğrudan doğruya etki doyuracak şekilde yorumlanmalıdır. Eğer üye devletlerin vatandaşları haklarını doğrudan talep edebiliyorsa burada birtakım egemenlik yetkilerinin ulus-devletten ulus-üstü topluluğa devredildiğini söylemek yanlış olmayacaktır.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ya da kısaca Avrupa Adalet Divanı, AAD (İngilizce: European Court of Justice) Avrupa Birliği (AB) bünyesi içinde yer alan yüksek mahkemedir. Avrupa Birliği üyesi ülkeleri arasında, Avrupa Birliği hukukunu ilgilendiren konularda son sözü söyleyen kurumdur.

¹⁵⁰ Tartışma ile ilgili olarak Bkz: Serap Yazıcı, Demokratikleşme Sürecinde Türkiye,

Eğer egemenlik yetkileri devrediliyorsa, egemenliğin hukuki temeli olan anayasa'nın kavramsal boyutunun keskin, belirgin bir değişime uğraması kaçınılmaz hale gelmiş demektir.

Simmenthal kararı¹⁵¹, Divan'ın anayasa kavramının içeriğini etkileyecek güçte bir başka içtihadını teşkil etmektedir. Divan'a göre, herhangi bir kuralın doğrudan doğruya uygulanabilmesi, Topluluk hukuku kurallarının da yürürlüğe girdiği tarihten ve yürürlükte kaldığı sürece bütün üye devletlerde tam ve yeknesak şekilde uygulanmalarını ifade eder. Bu yüzden söz konusu hükümler hem üye devletlerin hem bireylerin Topluluk hukukundaki hukuki işlere taraf olan ve bunlardan etkilenen herkesin hak ve ödevlerini tanımlama kudretindedir. Topluluk hukukunun üstünlüğü ilkesine uygun olarak bir yandan Antlaşma'nın hükümleri ve kurumların doğrudan tatbik edilmesi mümkün olan tedbirleri ile üye devletlerin hukuk düzeni arasındaki ilişkiye bakmak gerekir. Bu ilişkide topluluk hukukunun hüküm ve tedbirleri sadece yürürlükte olan ulusal hukuk kurallarını uygulanamaz hale getirmekle kalmaz; bir de yeni yürürlüğe girecek ve Topluluk hukukuyla çelişen iç hukuk kurallarının uygulanmasını da imkânsızlaştırır. Topluluğun yasama yetkisini kullandığı alana tecavüz eden, topluluk hukukunun hükümleriyle herhangi bir surette bağdaşmaz olan ulusal yasal önlemlerin hukuki etkiye sahip olmalarını kabul etmek, üye devletlerin Antlaşma uyarınca kayıtsız, şartsız, geri alınmaz biçimde üstlendikleri yükümlülüklerin etkinliğinin inkârı demektir ve böylece Topluluğun temellerini tehlikeye atar. Her ulusal mahkeme, görevine giren bir uyuşmazlıkta Topluluk hukukunu tümüyle uygulamalıdır. Onun bireylere sağladığı hakları korumalı, ulusal hukukun onunla çatışan herhangi bir hükmünü önce ya da sonra, ne zaman kabul edilmiş olursa olsun, ihmal etmelidir¹⁵². Topluluk

İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009 s.262 vd.; Ercüment Tezcan, Avrupa Birliği Kurumlar Hukuku, Beta Yayınevi, 2001, s.96. vd.

¹⁵¹ *Simmenthal* kararıyla ilgili bkz. European Navigator The Authoritative Multimedia Reference On The History of Europe Web Site, Judgment of the Court of 9 March 1978 1 Amministrazione delle Finanze dello Stato v *Simmenthal* S.p.A., erişim tarihi: 4.5.2011

¹⁵² Bu noktada Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 90. maddesinin son fıkrasındaki hüküm ve onun ifade ettiği anlam ile anayasa ve egemenlik yetkisinin devri meselesi akla gelebilir. Hüküm şöyledir: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık

hukukunu uygulamaya yetkili ulusal mahkemeden uygulama anında Topluluk hukukunun tümüyle etkili olmasını engelleyen ulusal yasal tedbirleri ihmal etme yetkisini esirgemek suretiyle Topluluk hukukunun etkinliğine zarar verebilecek bir iç hukuk kuralı ve her türlü yasal, idari, yargısal uygulama Topluluk hukukunun bizatihi özünü oluşturan gerekçelere aykırıdır. Topluluk hukukunun bir hükmü ile daha sonraki bir iç hukuk kuralının çatışmasının çözümü, takdir yetkisine sahip bir başka mahkemeye bırakıldığı takdirde topluluk hukukunun tam etkinliği üzerindeki böyle bir engelin varlığının geçici oluşu dahi durumu değiştirmez¹⁵³. Topluluk hukukunu uygulamakla görevli mahkeme, sonradan kabul edilen bir iç hukuk kuralını topluluk hukukuyla çatışması halinde göz ardı etmelidir. Divan, Topluluk hukukunu tüm iç hukuk kurallarına karşı müdafaa etmektedir. *Lex superior derogat legi inferiori* (Üst kanun ast kanunu ilga eder) gibi temel bir hukuki ilke ile birlikte, Divan'ın *Simmmenthal* içtihadı birlikte ele alındığında, kaçınılmaz şekilde, Topluluk hukukunun üst kanun (norm) iç hukuk kurallarının ast kanun olarak kabul edilmekte; böylece Topluluk hukukuna anayasa işlevi gördürülmektedir. Bu içtihat, anayasa kavramının içeriğinin şekillendirilmesinde, sözü edilen kuralı uygulaması sayesinde pay sahibi olmuş, anayasayı bilinen tanımlarının dışına çıkarmıştır. Egemenliğin üç emaresinden biri olan yasama yetkisini dahi sınırlamaktadır. Topluluğun ulusüstü hukuk düzeninin üye devletlerin milletlerarası antlaşma yapma yetkisini sınırlandırdığı Avrupa Adalet Divanı'nın *Erta* kararıyla daha bir belirginlik kazan-

iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır." Bu hüküm, Türkiye'nin egemenlik yetkilerini sınırlamakta mıdır? Egemenlik yetkilerini devredilmesine neden olmakta mıdır? Sorun, belki de ortaya bir uyuşmazlık çıktığında başvurulacak, bağlayıcı karar almakla yetkili bir yargı mercinin olup olmaması kistasıyla çözülebilecektir. Ortada böyle bir yargı mercii yoktur. Türkiye, konuyla ilgili bir egemenlik yetkisini, anayasadaki kısıtlamayı aşacak şekilde kullandığında, onu durdurabilecek ulus-üstü bir yargı mercii bulunmaktadır. Nitekim Türkiye Avrupa Birliği üyesi olmadığından, Avrupa Adalet Divanının bu tür kararlarıyla da bağlı değildir. Türkiye'nin anayasasındaki bu hükme rağmen, egemenlik yetkilerini anayasal düzeyde muhafaza ettiği ve bu hükmün Türkiye bakımından, anayasanın kavramsal yönünü değiştirebilecek kudrette olmadığı düşünülmektedir.

¹⁵³ Yazıcı, op.cit. s. 266

mıştır. 1971 tarihli bu karara göre Topluluğun Antlaşma'nın öngördüğü politikaları yürürlüğe koymak için kabul ettiği kuralların türü ne olursa olsun, üye devletler üçüncü ülkelerle bireysel veya toplu olarak bu kuralları etkileyen veya bunların kapsamını değiştiren yükümlülükler üstlenemeyecektir¹⁵⁴. Herhangi bir yasama işleminin yapılması, o işlemi yapmaya yetkili organ tarafından dahi sınırlamaz iken, o ülkenin dışındaki bir başka irade tarafından sınırlandırılması ulusal düzeyde egemenlik yetkisinin sınırlandırıldığını ve ulusüstü bir yapıya devredildiğini göstermektedir. **Egemenlik ile anayasa arasındaki karşılıklı bağımlılık ve hukuki ilişki düşünüldüğünde, Divan'ın bu kararının anayasanın evrensel serüveninde rol oynadığı, su götürmez bir gerçek olarak belirmektedir.** Divan'ın *Factortame ve Italy v. Commission*¹⁵⁵ kararları da aynı doğrultudadır.

Avrupa Adalet Divanı'nın 1964 tarihli *Costa Enel* adlı kararına göre, alelaide uluslararası antlaşmaların aksine, Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması, yürürlüğe girmekle, üye devletlerin hukuk düzenlerinin ayrılmaz bir cüzü haline gelen ve onların mahkemelelerinin uygulamaya mecbur oldukları kendi hukuk düzenini yaratmıştır¹⁵⁶. Kendi kurumlarına, kendi kişiliğine, kendi hukuk ehliyetine ve uluslararası düzeyde temsil ehliyetine ve daha özel olarak egemenliğin sınırlandırılmasından veya devletlerden Topluluğa yetkilerin devredilmesinden kaynaklanan gerçek yetkilere sahip, sürece sınırsız bir Topluluk yaratmışlardır. Üye devletler sınırlı alanlarda dahi olsa egemenlikten doğan haklarını sınırlandırmışlar ve böylece vatandaşlarını, bizatihi kendilerini de bağlayan bir hukuk düzeni yaratmışlardır. Topluluk'tan kaynaklanan hükümlerin tüm üye devletlerin kanunlarıyla bütünleşmesi ve daha genel olarak antlaşmanın şartları ve ruhu,

¹⁵⁴ Commission c/Conseil, 22/70, Rec. 1971; Karara ilişkin değerlendirmeler için bkz.: Yazıcı, op.cit. s.268; Karakaş, op.cit., s.76; Bozkurt, Özcan, Köktaş, op.cit., s.111

¹⁵⁵ Bu kararda Divan şöyle demektedir: "Üye devletlerce Antlaşma hükümlerine uygun olarak hak ve yetkilerin Topluluğa devredilmiş olması, onların egemen hakları üzerinde kesin bir sınırlamayı içerir ve ulusal hukukun hiçbir hükmü bu sınırlamayı bertaraf etmez üzere ileri sürülemez." Yazıcı, loc.cit. Case c-213/89, Factortame Ltd and others v. United Kingdom, 1990, 20, 21, 22. paragraf

¹⁵⁶ Avrupa Adalet Divanı'nın *Costa Enel* kararıyla ilgili incelemeler için bkz. Jan Herman Reestman, Primacy of Union Law, The European Constitutional Review, c.1, 2005, s.104

zorunlu olarak, devletlerin tek taraflı ve daha sonraki bir tedbire kendilerince müteakabiliyet temelinde kabul edilmiş bir hukuki düzen karşısında öncelik tanımalarını imkânsız hale getirmektedir. Dolayısıyla böyle bir önlem o hukuki düzenle uyumsuzluk halinde olamaz. Topluluk hukukunun icrai gücü daha sonraki iç kanunlara bağlı olarak bir devletten diğerine değişmez¹⁵⁷. Biraz geriye çekilip resmin tamamına bakıldığında şu görülecektir: Bir hukuk düzeni bir başka hukuk düzenine aykırı olamıyorsa, aslında ortada iki değil sadece bir tane hukuk düzeni mevcut demektir. Çünkü bir hukuk düzenini diğerinden ayırt eden hususlardan biri de, benzerlerine karşı bağımsız olmasıdır. Bu durumda Avrupa örneğine mahsus olarak, Topluluk hukukunun, neredeyse ulusal düzeydeki hukuku ya da bilinen deyimiyile her ülkenin anayasal hukuk düzenini kapsadığı söylenebilecektir. Nitekim anayasa kavramının tarihsel yolculuğuna bakıldığında, yurttaşların, güvenlik, adalet gibi belli konularda elinde tuttuğu haklardan ‘devlet’ lehine vazgeçtiği, mülkiyet, kişi hak ve hürriyetlerini muhafaza ettiği, sözü edilen konularla ilgili sorumlulukları devlete yüklediği, bu vazgeçişin ve ‘devrin’ anayasa ile hukukileştirildiği bilinmektedir. **Yurttaş-devlet arasında görülen hak devrinin bir benzerinin enteresan bir şekilde devlet-Topluluk arasında yaşanmakta olduğu tespitini yapmak mümkün olacaktır.**

Divan’ın üye devletlerin egemenlik yetkisinin Topluluğa devri sonucunu yaratan daha pek çok kararı olduğu bilinmektedir. Topluluk hukukunun üye devletlerde doğrudan doğruya uygulanma özelliğini vurgulayan söz konusu tüm kararlar, bu ulusüstü hukuk düzeninin ulus devletin egemenlik yetkilerinin devri temelinde şekillendiğini¹⁵⁸ ve her bir ülkenin yürürlükte olan anayasasını dahi bir kenara bırakacak şekilde bir hukuk düzenini yarattığını göstermektedir.

Avrupa örneğinde, görüldüğü üzere, topluluk hukuku ‘anayasa’ yerine tedrici şekilde ikame edilmektedir. Yapılan bu ikamenin kanıtları yalnız Avrupa Adalet Divanı’nın kararlarından ibaret değildir. Belli başlı Avrupa devletlerinin anayasaları da “*anayasa-üstü norm*”un varlığını teyit edecek niteliktedir. Bu bağlamda Avusturya

¹⁵⁷ Yazıcı, op.cit. s. 264

¹⁵⁸ Yazıcı, loc.cit.

Anayasası'nın 9. maddesi oldukça dikkate şayandır. *"Uluslararası hukukun çoğunlukla kabul görmüş olan kuralları, Federal hukukun ayrılmaz bir parçası olarak sayılır. Kanun veya 50. maddenin birinci fıkrası gereğince kabul edilmesi gereken bir antlaşma belli federal yetkileri uluslararası örgütlere ve onların makamlarına devredebilir ve uluslararası hukuk çerçevesinde yabancı devletlerin görevlilerinin Avusturya içindeki faaliyetleriyle, Avusturyalı görevlilerin ülke dışındaki faaliyetlerini düzenleyebilir."*¹⁵⁹ Fransız Anayasası'nın *"Avrupa Birliğine Dair"* başlıklı 15. bölümündeki 88-1 numaralı maddeye göre, *"Cumhuriyet, kendilerini kuran antlaşmalar yoluyla, bazı yetkilerini birlikte kullanmayı özgürce seçmiş olan Devletlerce kurulmuş Avrupa Topluluklarına ve Avrupa Birliği'ne katılır."* Aynı metnin madde 88-2'si ise şu şekildedir: *"Karşılıklılık ilkesine bağlı olarak ve 7 Şubat 1992'de imzalanmış olan Avrupa Birliği hakkındaki Antlaşma hükümleri uyarınca Fransa, Avrupa ekonomik ve parasal birliğinin kurulması için gerekli yetkilerin devrini kabul eder. Aynı çekinceye bağlı olarak ve 2 Ekim 1997'de imzalanmış Antlaşma ile yeniden düzenlenmiş olan Avrupa Topluluğunu kuran antlaşma hükümleri doğrultusunda, kişilerin dolaşım hürriyeti ve diğer ilgili kuralların tespiti için gerekli yetkilerin devri kabul edilebilir. Avrupa Birliği'ne ilişkin Antlaşma uyarınca kabul edilmiş olan kanunlara göre Avrupa tutuklama müzekkeresine ilişkin kurallar, kanunlarla belirlenir."*¹⁶⁰ Portekiz Anayasası'nın 8. maddesinde yer alan benzer bir hüküm ise şöyledir: *"Genel ve olağan uluslararası hukukun kuralları ve ilkeleri, Portekiz hukukunun ayrılmaz parçasıdır. Portekiz'in üye olduğu uluslararası örgütlerin yetkili organlarınca konulan kurallar, tatbik edilecek kurucu antlaşmalarca öngörüldüğü ölçüde, iç hukukta doğrudan doğruya uygulanır."*¹⁶¹ Bir başka cesur düzenleme ise İngiltere'ye aittir. 1972 tarihli Avrupa Toplulukları Senedi'nin 2/1. maddesine bakıldığında şu hüküm görülmektedir: *"Antlaşmalardan ve bu antlaşmaların uygulamasından doğan haklar, yetkiler, mesuliyetler, yükümlülükler, kısıtlamalar ile yine antlaşmaların tatbiki neticesinde ortaya çıkan davalar ve yargısal usul, herhangi bir iç hukuk*

¹⁵⁹ ICL, Austria Constitution, http://www.servat.unibe.ch/icl/au00000_.html, erişim tarihi: 3.5.2011

¹⁶⁰ ICL, France Constitution, http://www.servat.unibe.ch/icl/fr00000_.html, erişim tarihi: 3.5.2011

¹⁶¹ ICL, Portugal Constitution, http://app.parlamento.pt/site_antigo/ingles/cons_leg/Constitution_VII_revisao_definitive.pdf, erişim tarihi: 3.5.2011

belgesine gerek olmaksızın, bu Senet hükümleri uyarınca Birleşik Krallık tarafından tanınır ve uygulanır."¹⁶² Buna benzer hükümler Almanya, Norveç, Belçika, Lüksemburg, İsveç, Danimarka, İspanya, Hollanda, Yunanistan ve İtalya gibi pek çok devletin anayasa veya düzenlemelerinde mevcuttur.

Avrupa Topluluğu, Avrupa Birliği hukuk düzeninin ulusüstü tabiatının bir gereği olarak üyelerinin yetkisinin devri esasına dayanmaktadır. Genel manzara böyle olmasına rağmen, bu ulusüstü hukuk düzeni üyelerinin evvelce sahip olduğu egemenlik yetkilerinin tümünü ortadan kaldırmamıştır¹⁶³. Hâlâ, Avrupa ülkelerinin meclisleri, yargı organları, hükümetleri hukuki ve fiili varlıklarını sürdürmektedir. Üye devletlerin Topluluğa devredilen yetkilere saygılı olmak koşuluyla ulusal düzenlemeleri yapmakta özgür olduğu söylenmektedir. Başka bir deyim kullanmak gerekirse, yetki devri sınırsız değildir ve antlaşmalarla bu olgu belirlenmiş olduğu görülmektedir. Topluluk kurumlarına gelince, antlaşmalar tarafından kendilerine bırakılan yetkilerin sınırları içinde hareket etmek durumunda olduğu dile getirilmektedir¹⁶⁴. Bununla beraber söz konusu devletlerin, egemenlik yetkilerinin hiç de azımsanmayacak bir bölümünü, cömertçe ve anayasal düzeyde hukuki güvenceler göstermek suretiyle, bir başka iradeye, Topluluğa ve onun makamlarına devrettiğini göz ardı etmek isabetli olmayacaktır.

Bütün bu örneklerle ve emarelere bakıldığında, *anayasa-üstü hukuk ve anayasa-üstü norm'un belirgin üstünlüğü* görüldüğünde "*hangi anayasa?*" sorusunu sormak kaçınılmazdır.

SONUÇ YERİNE

Anayasanın, hukuki bir kavram olarak, günümüzdeki anlamına kavuşmasının üzerinden çok zaman geçmemiştir; bir ya da birkaç yüzyıl... Hâlbuki kavramlar dünyasında devlet, millet, ülke, iktidar

¹⁶² İngiltere Yasama Organı Resmi Sitesi, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1972/68/section/2>, erişim tarihi: 3.5.2011

¹⁶³ Yazıcı, op.cit., s.277

¹⁶⁴ Günüşur, "AB'nin Son Genişlemesi, Yeni Üye Devletlerde Yapılan Anayasal Düzenlemeler ve Türkiye", *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi*, c.12, n.1-2, 2004, s.87

gibi çok daha eski unsurlar vardır. İktidarların en kuvvetlisi olan siyasi iktidarın kâğıda dökülmüş birtakım cümlelerle sınırlanabilir hale gelişinin, hukuk tarihinde parlak bir dönüm noktası olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. İşte o parlak noktadan itibaren, anayasa, emsallerinin önüne geçen olağanüstü bir güç kazanmıştır: hukuki bağlayıcılık. Hukuki bağlayıcılıkta, bir “kılıç-tutan” a ihtiyaç duyulacaktır. Kılıcın sahipleri bellidir: anayasa mahkemesi ve yüksek mahkemeler... Anayasanınki, öyle bir güçtür ki, devlet’i de tanımlayabilir, iktidar’ı da... Adalet, eşitlik, kurallara riayetkâr devlet, fırsat eşitliği, vatandaşlık, haklar ve özgürlükler, yaptırımlar ve sınırlamalar, ormanlar, denizler, kıyılar, vatandaşlar, hatta yabancılar, kamu idareleri, erklerin yetkileri, hepsi anayasa kılıcının gölgesi altındadır. İnsanoğlunun yaşam boyunca peşinden koştuğu pek çok gücü paylaşırma yetkisi, ölümlü insanlar yerine kalıcı olabilecek bir eşyaya, bir kitapçığa terk edilmiştir. Kitapçığın eline, yetkilerin en can acıtanı olan yönetme yetkisini tevdi etme gücü de geçmiştir. O, dilediğine icrai yetkileri bağışlar; Bir insana verebilir ki bu hükümdardır. Bir kurula verebilir ki bu bakanlar kuruludur. Ve nihayet halka da verebilir ki bu “site devleti”nden başka bir şey değildir... O arzu ettiğine, kural koyma yetkisi verebilir, kuralları yorumlama yetkisini de... Siyasi tarih boyunca, bu üç yetki elden ele gezmiş, kimi zaman bir elde temerküz etmiş, bazen de sabit kalmayacak şekilde paylaşılmıştır. İşte anayasa, bu belirsizliğe ve istikrarsızlığa son verme hususunda bulunan en gelişmiş hukuki icattır.

Bir ülkede herhangi bir kuralın değeri uygulanma derecesiyle ölçülebilir. Bu yüzden, anayasa gibi, kuralların kuralı konumunda yer alan bir hukuk metninin tarihsel yolculuğu boyunca kat ettiği mesafe ve geldiği evreyi sağlıklı şekilde tespit edebilmek için uygulamasına bakmak gerekmektedir. Hele, pek çok ülkenin anayasaları, bizzat başka birtakım değerlere, kurallara, hukuk düzenlerine berak bir dil kullanarak atıfta bulunuyorsa, o anayasaların temsil ettiği hukuki anlayıştaki “anayasa”nın “kuralların kuralı” olup olmadığı, kurallar silsilesinde hâlâ en üstte yer alıp almadığı sorgulanmalıdır. İşte bu yolla anayasanın aldığı yeni konum tespit etmek mümkün olabilecektir.

KAYNAKLAR

Basılı Kaynaklar

- Arslan, Zühtü, *Anayasa Teorisi*, Seçkin Yayınları, 2008
- Atay, Ender Ethem, "*Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki*", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XII, Y. 2008, Sa. 1-2, s.503
- Barnett, Randy E., *Restoring The Lost Constitution: The Presumption of Liberty*, Princeton University Press, 2004, New Jersey
- Barnum, David G., *The Supreme Court and American Democracy*, St. Martin's Press, 1993
- Başlar, Kemal, "*Avrupa Birliği'nin Normatif Supranasyonalliği*", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 30, Sayı 3, 1997
- Bozkurt, Enver / Mehmet Özcan / Arif Köktaş, *Avrupa Birliği Hukuku*, Asil Yayın Dağıtım, 2004
- Brunell, Thomas L., "*Constructing a supranational constitution: dispute resolution and governance in the European Community*", *American Political Science Review*, Publish date: March 1, 1998
- Cicero, M. Tullius, *De Re Publica*, Oxford Classical Texts, Oxford University Press, 2006
- Cichowski, Rachel A., *Women's Rights, the European Court, and Supranational Constitutionalism*, *Law & Society Review*, Volume 38, Number 3, September 2004, pp. 489-512 (24), Publisher: Wiley-Blackwell
- Cooter, Robert, *The Strategic Constitution*, Princeton University Press, New Jersey, 2002
- De Smith & Brazier, *Constitutional and Administrative, ve Law*, Penguin Books, 1989
- Erdoğan, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, 2010
- Frankfurter, Felix / Landis, James M., "*The Compact Clause of The Constitution: A Study In Interstate Adjustments*", *Yale Law Journal*, 34 Yale L.J.(1924-1925), s.625
- Gerhardt, Michael J., / Rowe, Thomas D., *Constitutional Theory: Arguments and Perspectives*, Michie Co. (Charlottesville, Va.), 1993 (citation)
- Göçer, Mahmut, "*Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Anayasa Kavramı*", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Sayı: 57-2
- Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Ekin Yayınları, 2010

- Gözler, Kemal, "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", Anayasa Yargısı Dergisi, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1998, cilt 15, s.207-249
- Günuğur, Haluk, Avrupa Topluluğu Hukuku, Tarhan Basımevi, 1993
- Günuğur, Haluk, "AB'nin Son Genişlemesi, Yeni Üye Devletlerde Yapılan Anayasal Düzenlemeler ve Türkiye", Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi" Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, c.12, n.1-2, 2004
- Hart, Vivien, Bound by Our Constitution: Women, Workers, And Minimum Wage, Princeton University Press, 1994, New Jersey
- Hayek, Friedrich August von/ Hamowy Ronald, The Constitution of Liberty, The Definitive Edition, The University of Chicago Press, Chicago, 2011
- Kaboğlu, İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayıncılık, 2009
- Karakaş, Işıl, Avrupa Birliği Anayasası, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2005/1
- Kelsen, Hans, General Theory of Law and State, Translated by Anders Wedberg, Third printing, The Lawbook Exchange Ltd., New Jersey, 2009
- Pazarıcı, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, 2005
- Pazarıcı, "Uluslar arası Hukuk Açısından Otuzuncu Yılında AET", İktisadi Kalkınma Vakfı Dergisi, No: 49, 1987
- Sartori, Giovanni, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, Çeviren: T. Karamustafaoğlu-M. Turhan, Türk Demokrasi Vakfı Yayınları, 1996
- Sweet, Alec Stone, "What is a Supranational Constitution?: An Essay in International Relations Theory" *Review of Politics* 55 (1994): 441-474
- Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 2009
- Thomas, William David, What Is A Constitution?, Gareth Stevens Publishing, 2008
- Troper, Michel, Le Problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité, Recueil d'études en hommage a Charles Eisenmann, Editions Cujas, 1975 (citation)
- Turpin, Dominique, Droit Constitutionnel, PUF, 1992, s.2-3, (citation)
- Uygun, Oktay, Federal Devlet, Çınar Yayınları, 1996
- Yazıcı, Demokratikleşme Sürecinde Türkiye, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009

İnternet Kaynakları

Afrika Birliği resmi sitesi, http://www.africa-union.org/official_documents/treaties_%20conventions_%20protocols/banjul%20charter.pdf

Avrupa Birliği Resmi Sitesi, http://europa.eu/about-eu/member-countries/index_en.htm, erişim tarihi: 4.5.2011

Avrupa Parlamentosu Resmi Sitesi, http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf, erişim tarihi: 4.5.2011

Adalah Proposes Supranational Constitution for-Palestine, <http://althayyib.wordpress.com/2007/12/22/adalah-proposes-supranational-constitution-for-palestine/>

Alec Stone Sweet, "What is a Supranational Constitution?: An Essay in International Relations Theory" *Review of Politics* 55 (1994): 441-474. Available at: http://works.bepress.com/alec_stone_sweet/17

Alec Stone Sweet and Thomas Brunell. "Constructing a Supranational Constitution: Dispute Resolution and Governance in the European Community" *American Political Science Review* 92 (1998): 63-81. bkz: http://works.bepress.com/alec_stone_sweet/15

European Navigator The Authoritative Multimedia Reference On The History of Europe Web Site, Judgment of the Court of 9 March 1978 1 Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal S.p.A., erişim tarihi: 4.5.2011

İngiltere Yasama Organı Resmi Sitesi, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1972/68/section/2>, erişim tarihi: 3.5.2011

(Türk Dil Kurumu Felsefe Terimleri Sözlüğü "kavram" başlığı, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, erişim tarihi: 31.3.2011)

Conceil Constitutionnel Site Officiel, Présentation Générale, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/presentation-generale/presentation-generale.206.html>, erişim tarihi: 7.6.2011

ICL, Austria Constitution, http://www.servat.unibe.ch/icl/au00000_.html, erişim tarihi: 3.5.2011

ICL, France Constitution, http://www.servat.unibe.ch/icl/fr00000_.html, erişim tarihi: 3.5.2011

ICL, Portugal Constitution, http://app.parlamento.pt/site_antigo/ingles/cons_leg/Constitution_VII_revisao_definitive.pdf, erişim tarihi: 3.5.2011

- Founding Fathers web site, The Federalist Papers Online,
- John P. McCormick, Habermas, Supranational Democracy and the European Constitution, *European Constitutional Law Review (EuConst)*, Volume 2, Issue 3, <http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=586080>, erişim tarihi: 7.6.2011
- Brian F. Havel, The Constitution in an Era of Supranational Adjudication, *North Carolina Law Review*, Vol. 78, No. 2, 2000, Özeti için bkz: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1667092, erişim tarihi: 9.6.2011
- Relations of national and supranational constitutional systems and alternatives of the improvement of Hungarian constitutional system with regard to EU accession, www.nefmi.gov.hu/research/national_projects/otka/abstracts/T038414.rtf; erişim tarihi: 9.6.2011
- International Constitutional Law web site, http://www.servat.unibe.ch/icl/br00000_.html, erişim tarihi: 8.6.2011
- Constitution Society web site, National Constitutions, <http://constitution.org/cons/suriname.htm>, erişim tarihi: 8.6.2011
- Constitution of Brazil in English, Article 4 (International Relations) (1), International Constitutional Law web site, http://www.servat.unibe.ch/icl/br00000_.html, erişim tarihi: 8.6.2011
- Constitution of Suriname in English, Article 2, (Territory), Constitution Society web site, National Constitutions, <http://constitution.org/cons/suriname.htm>, erişim tarihi: 8.6.2011
- Yoav Stern, Arab rights group seeks 'supranational regime in all of historic Palestine', *Haaretz Gazetesi*, 20 Aralık 2007 nüshası, internetten erişim için bkz: <http://www.haaretz.com/print-edition/news/arab-rights-group-seeks-supranational-regime-in-all-of-historic-palestine-1.235600>, erişim tarihi: 9.6.2011
- <http://www.foundingfathers.info/federalistpapers/fedindex.htm>, erişim tarihi: 7.6.2011
- İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi web sitesi, http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/temel_belgeler/temel_belgeler_afrika_kadin_haklari_protokolu.pdf, erişim tarihi: 9.6.2011
- Kiev Urban Adventures Web Site, <http://www.kieurbanadventures.com/didyouknow>, erişim tarihi: 6.4.2011
- LLRX Web Site, Law and Technology Resources for Legal Professionals, A

Guide to the Spanish Legal System,

Maxicours web site, ("La Notion de constitution est la base du fonctionnement de tous les regimes politiques contemporains"), <http://www.maxicours.com/soutien-scolaire/droit/concours-cat.-c/148207.html>, erişim tarihi: 18.09.2011

<http://www.llrx.com/features/spain.htm#court>, erişim tarihi: 7.6.2011

Library -American Law and Legal Information, <http://law.jrank.org/pages/6484/English-Law-DR-BONHAM-S-CASE.html>, erişim tarihi: 6.6.2011

Ma. Elena K. Parayno, The Concept of Constitution, Scribd elektronik yazılı kaynak web sitesi, <http://www.scribd.com/doc/11535697/Concept-of-Constitution>, erişim tarihi: 22.9.2011

Maas, Williem, a Supranational Constitution for European Citizens, Prepared for the conference "*Supranational Political Community: Substance? Conditions? Pitfalls?*" University of Victoria, Canada, 30 September - 2 October 2005. eserinin sekizinci bölümünden, Avrupa vatandaşlığının siyasi gelişimini inceleyen Avrupa Vatandaşlığının Yaratılması adlı eserden, <http://www.law.uvic.ca/demcon/documents/Maas-Supranational%20constitution%20for%20European%20citizens.pdf>

San Marino Cumhuriyeti Portalı,

Sitio Oficial de la Union de Naciones Suramericanas için bkz: <http://www.pptunasur.com/inicio.php?menu=30&idiom=1>, erişim tarihi: 9.6.2011

<http://www.sanmarinosite.com/eng/statuti.html>, erişim tarihi: 6.4.2011

University of Missouri-Kansas City School of Law web site, <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/marbury.html>, erişim tarihi: 6.6.2011

University of Maryland College of Behavioral and Social Sciences web site, <http://www.bsos.umd.edu/gvpt/lpbr/subpages/reviews/kelsen0307.htm>

Wikipédia-Française, Wikipedia-English, "*Octobriste*" ve "*17 Ekim Birliği*" başlığı, <http://fr.wikipedia.org/wiki/Octobriste>, http://en.wikipedia.org/wiki/Union_of_October_17, erişim tarihi: 6.4.2011

MÜLTECİ-GÖÇMEN BELİRSİZLİĞİNDE İKLİM MÜLTECİLERİ

CLIMATE REFUGEES IN THE UNCERTAINTY OF BEING A REFUGEE OR MIGRANT

OlcaY ZİYA*

Özet: Küreselleşme ile birlikte göçün hedef aldığı alanlar farklılaşmaktadır. Özellikle kitlelerin uluslararası göç sürecindeki hareketliliğinin nedenleri mülteci hukukuna ve göç çalışmalarına konu olmaktadır. İklim değişikliği süreci ile ortaya çıkmakta olan doğal afetler büyük nüfus hareketliliğine ve kitlelerin toplu olarak yer değiştirmelerine yol açmaktadır. Söz konusu süreci anlamak için yapılan bilimsel çalışmalar, bu sürecin bilim ayağının olmasının yanında bir insani sorun olarak ortaya çıkmakta olduğu görülmektedir. Bu açıdan bakıldığında uluslararası kamuoyunun gündemini meşgul eden ve alışlagelmiş kitlesel göç sebeplerinden bağımsız yeni bir kavram ortaya çıkmaktadır. Ortaya çıkan iklim mültecileri bu çalışmanın konusunu oluştururken, kavram uluslararası mülteci hukukunda kabul edilen tanımlamalar ve kavramlarla irdelenecektir.

Anahtar Sözcükler: Uluslararası göç, iklim mültecileri, 1951 Sözleşmesi.

Abstract: The target areas of migration have been changing within globalization. Especially, the reasons regarding the movement of masses in the migration process have been subject to refugee law and migration studies. The natural disasters which come up because of the climate change result in large population movements and displacement of masses collectively. The scientific researches carried out to explain the mentioned process, indicate that it also comes out as a humanitarian problem apart from being a scientific case. From this perspective, a new concept independent of the standard mass migration reasons, and that attracts the attention of international public opinion, emerges. This concept, namely climate refugees, makes up the subject of this study and will be analyzed by the definitions and concepts acknowledged in international refugee law.

Key Words: International migration, Climate Refugees, 1951 Refugee Convention.

* Harp Akademileri Stratejik Araştırmalar Enstitüsü, Harp ve Harekat Hukuku Yüksek Lisans Programı mezunu, araştırmacı.

GİRİŞ

İnsanlık tarihinin başlangıcından itibaren var olan göç olgusu, günümüzde de devam etmekte ve üzerinde durulması gereken önemli konulardan biri haline gelmektedir. Kişilerin gelecek yaşantılarının bir bölümünü ya da tamamını geçirmek üzere bir yerleşim biriminden diğerine yerleşmek üzere yapmış oldukları yer değiştirme olayı olarak ifade edilen göç kavramı, dinamik özelliğiyle devamlılık arz etmektedir¹. Göç, insanın doğal yaşama alanından zorlayıcı sebeplerle (istemli/istemli) olarak kopması sonucu ortaya çıkan bir olgudur². Çalışmanın konusunu, söz konusu zorlayıcı sebeplerden biri olan iklim değişimi ve çevresel nedenlere dayalı göç oluşturmaktadır. Bu göç şeklini yaşayan kişilerin tanımlanması, bu kişilerin uluslararası korumadan yararlanıp yararlanamayacakları, bu kişilerin mülteci-göçmen ikilemi tartışmaları irdelenecektir.

Uluslararası boyutta gerçekleşen kitlesel göç, çeşitli nedenlere bağlanmaktadır. Ekonomik ve politik sebeplerin uzun yıllardır tartışılmasının ardından, küresel iklim değişimi sorunu sebebiyle insanların göç etmesi de yeni bir tartışma alanı doğurmuştur. Çevresel bozulma ve doğal afetler yüzünden göç eden insanların sayısı her geçen gün artmaktadır. Çevresel nedenlerden kaynaklanan bu tarz göç, diğer göç tipolojilerinden farklı olarak kavramsal ve hukuki anlamda yeni gelişmekte olan bir alandır.

1. İKLİM MÜLTECİLERİ KİMDİR?

Çölleşme, seller, kuraklaşma, tsunami gibi felaketlerin, çevre sorunlarının neden olduğu insan göçü hareketine iklim göçü denilmektedir. Erozyon, çölleşme, ormansızlaşma, hava ve su kirliliği, su baskını gibi çevresel değişikliklerin, seller volkanlar, toprak kaymaları ve depremler gibi doğal felaketlerin ve sanayi kazaları, radyoaktivite gibi insan kaynaklı felaketlerin yerinden ettiği insanlar “çevresel mülteci-

¹ Öztaş, Cemal/Zengin, Eyüp, *Göç ve Azerbaycan: Bir İnsanlık Dramu Olarak Azerbaycan'da Mülteciler Sorunu*, Uluslararası Göç Sempozyumu (8-11 Aralık 2005), İstanbul Zeytinburnu Belediyesi 2005, s. 65.

² Gürel, Sümer, *Türkiye'de Göç ve Bütünleşme Sorunsalı*. Bağlam Yayınları, İstanbul 2001, s. 132-133.

ler” olarak tanımlanmaktadır³. İklim mültecileri kavramı, günümüzde yaşanan küresel ısınma ve iklim değişikliği ile bağlantılı olarak yerinden olan insanları ifade etmektedir⁴. 1980’li yıllarda çevre sorunlarına yönelik ilginin ve araştırmaların artmasıyla, çevre sorunları ortasında kalan ve mücadele eden insan unsuru da incelenmeye başlanmıştır.

Hinnawi’ye göre, çevresel mültecileri, belirgin bir çevresel bozulma (doğal ve / veya insan ürünü) nedeniyle varlıklarının tehlikeye girdiği, geçici veya kalıcı olarak, geleneksel yaşam terk etmek zorunda kalan bu insanlar / ya da ciddi şekilde yaşam kalitesini etkilediği için geleneksel yaşamlarını terk etmek zorunda kalan kimseler olarak tanımlanmaktadır. 1985 yılında Birleşmiş Milletler Çevre Programı (UNEP) tarafından hazırlanan rapor bu tanımlamayı kabul etmiştir⁵. Myers bu tanımlamayı 1995’te güvenlik çerçevesinde (hem kişi güvenliği, hem devlet güvenliği) değerlendirirken; kuraklık, çölleşme, tropik fırtınalar, seller gibi çevresel faktörleri tanımlamaya dahil etmiştir. 1995 yılında çevresel faktörler yüzünden 25 milyon insan yerinden olduğu, 2010 itibarıyla bu sayının 50 milyonu bulacağı belirtilmiştir⁶. Günümüzde ise söz konusu rakamlarda önemli farklılıklar mevcuttur. Özellikle Afrika’nın güneyinde ve doğu Asya’da, Pasifik’te on milyonlarca insanın, çevresel faktörler nedeniyle yerinden olma tehlikesiyle karşı karşıya olduğu ve 2050 yılına dek 200 milyon kişinin iklim mültecisi olabileceği endişesi taşımaktadır⁷.

Tanımlar çevresel mültecinin, özellikle çevresel nedenler, toprak kaybı ve bozulması ve doğal afetler nedeniyle yerinden olan bir kişi olduğu yönünde yorumlanabilmektedir. Zorunlu göç çerçevesinde

³ Castles, Stephen/ Miller, Mark, *Göçler Çağı, Modern Uluslararası Göç Hareketleri*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 146.

⁴ Literatürde zaman zaman iklim mültecileri kavramıyla eş anlamlı olarak kullanılan, çevresel mülteciler aslında daha geniş bir kavram olarak, depremler, volkanlar gibi doğal afetler nedeniyle yerinden olan insanları da kapsamaktadır. Ancak bu çalışmada iklim mültecileri terim olarak tercih edilmiştir.

⁵ Kolmannskog, Vikram Odedra (2008), “Future Floods of Refugees: A Comment on Climate Change, Conflict and Migration” web: http://www.nrc.no/arch/_img/9268480.pdf, Erişim Tarihi: 10.12.2010.

⁶ Myers, Norman (2005), “Environmental Refugees: An Emergent Security Issue”, web: http://www.osce.org/documents/eea/2005/05/14488_en.pdf, Erişim Tarihi:11.12.2010.

⁷ TRT (2009). “Küresel Isınma İklim Mültecileri Yarattı”. web: <http://www.trtdari.com/Haber/HaberDetay.aspx?HaberKodu=f28e4369-93ad-4b84-a42e-b81b7f18ee0>, Erişim Tarihi: 11.12.2010.

ve istem dışı/gönülsüz olarak yaşanan bu süreç uluslararası hukukta mülteci ve göçmen kavramlarıyla benzer niteliktedir. Gelişmekte olan bir kavram olarak iklim mültecileri, mülteci ve göçmen kavramları ile karşılaştırılacak ve statüsü tartışılacaktır.

2. MÜLTECİ VE GÖÇMEN ARASINDAKİ FARKLAR

1951 Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi'ne (1951 Sözleşmesi) göre mülteci "*ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen şahıs*"lar olarak tanımlanmaktadır⁸.

Göçmen, genellikle ekonomik nedenlerle veya içinde bulunduğu sosyal ortamın hoşnutsuzluğu nedeniyle kendi ülkesini gönüllü olarak terk ederek başka bir ülkeye yasal veya yasadışı yollarla giden, orada yaşayan yabancıdır. Özellikle ekonomik refah için veya sosyal koşulları daha rahat olan bir ülkede yaşamak için ülkelerinden göçmenlere ekonomik göçmenler denmektedir. Ekonomik göçmenler, mültecilik statüsünden yararlanamamaktadırlar. Yabancı statüsünde ilgili başvurular yapılarak iltica edilebilir; ancak bunun kabulü, göçmenlikle ilgili ve mültecilikle ilgili tasarruf, o ülkenin iç hukukundaki düzenlemelerle ilgili bir durumdur.

Mültecilik ile göçmenlik arasında bir takım farklar bulunmaktadır. Bu farklar sebep, maksat, vasıta/olanak gibi unsurlar çerçevesinde şekillenmektedir. Sebep açısından mülteciler mal varlıklarını geride bırakarak, korku ve yaşama hakkına gelebilecek bir zarar neticesinde güvenli bir ülkeye iltica etmekte iken; göçmenler ise, ekonomik anlamda daha rahat yaşamak amacı ile göç etmektedirler. Niyet açısından mülteciler korku, baskı gibi zorlayıcı sebepler neticesinde zorunlu

⁸ Türkiye Temsilciliği, BMMYK, *Sığınma ve Mülteci Konularındaki Uluslararası Belgeler ve Hukuki Metinler*. Damla Matbaası, Ankara1998, s. 68.

olarak ülkelerinden göç ederken; göçmenler daha iyi yaşama koşulları için gönüllü olarak göç etmektedirler. Vasıta/olanak bakımından mülteciler zorlayıcı koşullar nedeniyle ani yer değişikliği yapmak durumunda oldukları için zorlu şartlarda yolculuk yaparlar; göçmenlerin ise göç etmelerine ilişkin olanaklar daha fazladır. Mülteciler göç eyleminde bulunurken bu eylemde bulunmalarının sebebi haklı bir korku içinde olmaları ve tabiiyetinde oldukları ülkenin korumasından yararlanamamalarıdır. Bu nedenle genellikle göçü kolaylaştıracak resmi belgelere sahip değillerdir. Ancak göçmenler⁹ kendi ülkelerindeki korumadan yararlanmakla beraber bu korumanın sosyal ve ekonomik koşullardan dolayı yetersiz olduğuna kanaat getirip göç eden kişiler olmaları sebebiyle mültecilere oranla göçlerini kolaylaştıracak resmi belgelere nispeten sahiptirler¹⁰. Ekonomik nedenlerle göç eden göçmenler, mülteci statüsü için gerekli olan statüye uygun olmadıkları için, 1951 Sözleşmesi ile tanınan haklardan ve uluslararası korumadan yararlanamamaktadırlar¹¹. Mültecilerle göçmenler arasındaki bu farklara bakıldığında kimlerin mülteci, kimlerin göçmen olduğunu söylemek kolay gibi görünse de; uygulamalara gelindiğinde bunun ayrımı zaman zaman zorlaşmaktadır. Bunun sebebi insanların yaşam haklarına hanel getirebilecek unsurların ekonomik ve sosyal şartları da içerisinde barındırır hale gelmesidir. Bu sebeple 1951 Sözleşmesinde tanımlanan mülteci tanımlamasının unsurlarının uygulamada daha geniş bir kitleyi kapsayabilecek hale geldiği aşikârdır.

Mülteci ve sığınmacı, göçmen kişidir. Ancak her göçmen kişi sığınmacı ve mülteci değildir. Kimi yerlerde göçmenlik ile mültecilik kavramlarının karmaşıkleştığını görmekteyiz. Mültecinin kimler olabileceğini ve göçmenden ayrımını daha iyi anlayabilmek için en temel mülteci tanımı olan 1951 Sözleşmesi'ndeki tanımının unsurları irdelenmelidir.

⁹ Göçmenler; legal(yasal), kaçak göçmenler olarak iki hukuki zemine oturtulmaktadır. Resmi belgelerin varlığı yokluğu, göç ettikleri ülkelerdeki hukuki düzenin bu kişileri kabul edip etmemesi veya haberdar olup olmaması durumları bu kategoriyi etkilemektedir. Ancak bu ayırım ve ilgili detaylı bilgi bu çalışmanın dışında kalmaktadır.

¹⁰ Atayün, Yurt, *Mülteciler Sorununa Sosyolojik Bir Yaklaşım: Van Örneği*, Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyoloji Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Van 2002, s. 8.

¹¹ Jastram, Kate, BMMYK, *Mültecilerin Korunması: Uluslararası Mülteci Hukuku Rehberi*: Damla Matbaası, Ankara 2001, s. 41.

“Zulme uğramaktan haklı nedenlerle korkan” ibaresinde iki unsur bulunmaktadır: “zulüm” ve “haklı nedenlerle korku”. Sözleşme de zulümden ne anlaşılması gerektiği açıkça belirtilmemiştir. Ancak söz konusu olabilecek “zulüm”den bir ülkeden terk-i diyar edilmesine varacak nitelikte bir korku mahiyetinde olması gerektiği anlaşılmaktadır. “Korku”dan öznel bir duygu olmasının etkisiyle ne anlaşılması gerektiği de net değildir. Ancak, “zulüm” durumunda her kişinin “korku” hissine kapılabileceği ve buna karşılık sergileyeceği davranışın o yerden kaçma eylemi olabileceği (karinesine varılabılır) düşünülebilir. Zamana ve mekâna göre görelî/göreceli olan/olabilen/olabilecek “zulüm” kavramı, insan hakları ihlalleriyle doğru orantılı şekilde gelişmeye müsait bir yapıdadır. Bu durum kavramın tanımlanmasını güçleştirmekte ve tanımın ucunun açık olmasına yol açmaktadır¹².

Tanım irdelendiğinde zulmün beş nedeni bulunmaktadır: ırk, din, tabiiyet, belirli bir sosyal gruba mensubiyet, siyasi düşünceler. Tanımda her ne kadar zulmün kaynağı veya haklı korkudan kaynaklanan zulüm bu nedenlere bağlansa da içeriğinin genişliği durumlar çerçevesinde değerlendirilmektedir.

Zulmün ırka dayalı yapıldığı unsur incelendiğinde 1951 Sözleşmesi’nde “ırk” kelimesinin irdelenmediği, tanımlanmadığı görülmektedir. 1965 tarihli Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşmesi’nin ilk maddesinde “ırk, renk, soy ya da ulusal ya da etnik kökene” dayandırılarak anlaşılmaktadır¹³. Herhangi bir ırka dayanma durumu, mülteci statüsü kazanmak için yeterli olmamaktadır. Irk unsuru tanımdaki diğer unsurlarla birlikte veya onlarsız olabilmesiyle belirli bir baskı ve zulümle bir araya geldiğinde statü kazandırabilmektedir.

Sığınma anlayışının en temelinde bulunan tarihin en başlangıcından itibaren ilticaya sebep olan unsur din sebebiyle yapılan zulümdür. 1951 Sözleşmesinin ortaya çıktığı süreç dine ve inançlar temelli zulüm ve baskının yoğunlaştığı İkinci Dünya Savaşı sonrası olmuştur. Bu sebeple bu unsur o dönem itibarıyla oldukça etkin bir unsur olmuştur.

¹² Çiçekli,Bülent, *Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar*, Seçkin Yayınları, Ankara2009, s. 52.

¹³ Türkiye Temsilciliği, BMMYK, s. 237.

Dünyada din temelli baskı ve zulüm devam etmektedir. Bu ister ibadet şekliyle yapılan baskı olsun, ister dinsel bir topluluğa ait olmayla ilgili olsun, ister bireysel, ister topluluk halinde olsun zulüm sebebi olarak ağırlığını korumaktadır.

Milliyet (tabiiyet) sözcüğünden etnik temel anlaşılmaktadır. Geniş olarak ırk ile eş anlamlı kullanılabilmektedir. Ancak burada daha çok azınlık/çoğunluk kavramlarıyla ilişkilendirilmektedir.

Belirli bir sosyal gruba mensubiyet unsuru diğer unsurlar gibi tanımlanmamıştır. Kadınlar, eşcinseller, bir takım meslek grupları, aşiretler vb bir takım sosyal statüler bu unsur dahilinde değerlendirilebilmektedir. Bu unsuru taşıyan kişilerin politik tercihleri, genelinin sahip olduğu ırk, din gibi unsurlar belirli durumlarda baskı ve zulüm için yeterli olabilmektedir.

Birçok uluslararası sözleşmede siyasi düşüncelerin özgürce ifade edilmesi, düşünce özgürlüğü gibi haklar düzenlenerek, güvence altına alınmaya çalışılmıştır. Siyasi hakların kullanılmadığı, menşe devletindeki hükümetle fikirlerinin uyuşmaması sebebiyle baskı ve zulme uğramak söz konusu olabilmektedir. Mülteci statüsü belirleyenler bu unsuru da dikkate almaktadırlar¹⁴.

3. İKLİM MÜLTECİLERİNDE STATÜ SORUNU

Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'ne (United Nations Climate Change Framework Convention-UNCCFC) göre, iklim değişikliği "*karşılaştırılabilir zaman dilimlerinde gözlenen doğal iklim değişikliğine ek olarak, doğrudan veya dolaylı olarak küresel atmosferin bileşimini bozan insan faaliyetleri sonucunda iklimde oluşan bir değişiklik*"¹⁵ demektir¹⁶. İklim değişikliğinin etkileri çeşitli şekillerde kendini göstermektedir¹⁷.

¹⁴ Goodwin-Gill, Guy S. / McAdam, Jane, *The Refugee In International Law*, Oxford Yayıncılık, New York 2007, s. 71-89.

¹⁵ Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi (BMİDÇS), madde 1-Tanımlar.

¹⁶ Arıkan, Yunus, *Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi ve Kyoto Protokolü*. Bölgesel Çevre Merkezi Yayınları, Ankara 2006, s. 9.

¹⁷ Küresel ısınmanın etkisiyle sıcaklığın artması sonucu topraklar daha az

İklim değişikliğinin nedenlerinin analiz edilmesi ve doğuracağı sonuçların öngörülmesi çok önemlidir. Ancak bu durumun insanlar açısından doğuracağı sonuçlara yeterli önem verilmemektedir. Söz konusu öngörü iklim değişikliğinin insanlar açısından doğuracağı sonuçlara yönelik müdahaleler ve önlemler bağlamında uluslararası toplumun üzerinde durması gereken bir konudur.

İklim değişikliği, bu değişikliğin yansıdığı (seller, fırtınalar, kuraklık gibi), pek çok kişinin geçimini ve güvenliğini etkilemeye, gelir farkını ve eşitsizlikleri arttırmaktadır. Geçtiğimiz yirmi yılda, yaşanan doğal afetlerin sayısı yılda yaklaşık 200'den 400'ün üzerine çıkarak ikiye katlanmış olup, yaşanan her 10 doğal afetten 9'unun iklimle ilgili olduğu ifade edilmektedir¹⁸.

Ülkelerinde Yerinden Olmuş Kişilerin İnsan Hakları Genel Sekreterliği Temsilcisi, Walter Kälin, iklim değişikliğine bağlı olarak ortaya çıkacak en az beş senaryo tespit etmiştir:

- Hidrometeorolojik afetler (seller, kasırgalar/tayfunlar/siklonlar, toprak kayması (heyelan) gibi),
- Devletler tarafından insanların yaşaması için riskli ve tehlikeli bölge olarak kabul edilen bölgeler;
- Çevrenin bozulması ve yavaş yavaş yaklaşan afetler (örneğin suya erişimin azalması, çölleşme, tekrarlayan su baskınları (seller), kıyıya yakın tatlı su kaynaklarına tuzlu su karışması gibi);
- Küçük ada devletlerinin sular altında kalabilme olasılığı,

verimli hale gelmektedir. Bu durum kentleşme hızını arttırabilmektedir. Ancak böylesi bir durum kıt kaynakların dağılımındaki adaletsizliği arttırabileceği öngörülmektedir. Sıcaklığın artmasının sonucunda kuraklığın artması ve bulaşıcı hastalıkların artması beklenmektedir. Bu durumun devletler arasındaki ilişkilere çatışma şeklinde yansımaya olasılığı değerlendirilmektedir.

¹⁸ Holmes, John (2008), *Opening remarks by Sir John Holmes, Under-Secretary General for Humanitarian Affairs and Emergency Relief Coordinator at the DIHAD 2008 Conference*, web: <http://www.reliefweb.int/rw/rwb.nsf/db900sid/YSAR-7DHL88?OpenDocument>, Erişim Tarihi: 09.12.2010.

- İklim değişikliği sebebiyle zorunlu ve hayati kaynakların (örneğin su ve gıda gibi) azalmasının tetiklediği silahlı çatışmalar¹⁹.

İklim değişikliği süreci nüfus hareketliliğine iki şekilde yansımaktadır: kısa süre nüfus hareketliliği ve uzun süre nüfus hareketliliği. Kısa süre içerisinde kasırgalar, seller, depremler, dev dalgaların olduğu tsunamiler etkisiyle nüfus hareketliliğinin ani, acil ve kısa sürede gerçekleşmesi bakımından değerlendirilmektedir. Uzun süre nüfus hareketliliğinde ise nüfus hareketliliği uzun süre içerisinde yayılmaktadır. Öngörülen çevresel bir felaket durumunda devletler, insanları uyarmakta ve o bölgeden ayrılmayı teşvik etmektedir²⁰.

Kısa ve uzun sürede olan nüfus hareketliliğinde insanlar felaketin olduğu devletin²¹ içerisinde güvenli yerlere kaçabileceği gidebileceği gibi, uluslararası sınırlara doğru (kimi zaman sınırları da aşır) kaçabilir, sığınabilirler. Kendi devletleri içerisinde güvenli yerlere sığındıkları zaman bu kişilerin mülteci hukukuna göre statüsü ülkesinde yerinden edilmiş kişiler (Internally Displaced Persons/People-IDP) olur. Ülkelerinden yerinden edilmiş kişiler Birleşmiş Milletler Yüksek Komiserliği'nin ilgi alanında olan kişilerdir ve asgari düzeyde uluslararası korumadan yararlanabilmektedirler²². Ancak çevresel bir felaket nedeniyle uluslararası sınırlarda büyük nüfus hareketliliği olduğunda veya bu nüfus uluslararası sınırları aştığında bu insanların hukuki statüsü olmadığı görülmektedir. Uluslararası mülteci hukuku çerçevesinde bu kimselere mülteci statüsü verilmemektedir. Mülteci statüsü verilmediği için uluslararası korumadan yararlanamamaktadırlar. Bu insanlara devletler nezdinde göçmen de denilmemektedir. Bu yüzden "belirsiz" bir statüye sahiptirler.

¹⁹ Kälın, Walter (2008), *The Climate Change-Displacement Nexus*, web: http://www.brookings.edu/speeches/2008/0716_climate_change_kalin.aspx, Erişim Tarihi: 17.02.2012.

²⁰ Kolmannskog (2008).

²¹ Münferit hadiseler dışında, bu hareketliliğin yaşanan devlet olduğu varsayılmaktadır.

²² 1951 Mülteci Sözleşmesi tanımına uyan kişilere ek olarak, "yaygın şiddet ya da kamu düzenini ciddi olarak bozan diğer durumlardan dolayı yaşamları, güvenlikleri ya da özgürlükleri ciddi bir tehdit altında olduğu için korku duyan" kişiler de yetki alanı dâhilindedir.

İklim değişikliğinin insanlar üzerindeki bir başka olumsuz etkisi de devlet açısından ortaya çıkmaktadır. Devletin unsurlarından olan toprak parçası çevresel bir felaket nedeniyle ortadan kalktığı zaman, bu insanların vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları bir hukuki devlet varlığını sürdürüp sürdüremeyeceği uluslararası hukukta yaşanmakta olan bu kişilerin vatansız olarak kabul edilip edilmeyecekleri bir tartışma konusudur^{23 24}.

1951 Mülteci Sözleşmesindeki mülteci tanımlaması iklim değişikliği nedeniyle uluslararası sınırları geçmiş insanlar için uygulanabilir değildir. Bu sınırı aşan hareketin mecburiyetten gerçekleşmesi ve bu gibi hareketlerin tanımlanması mülteci tanımının genişletilmesi çerçevesinde değerlendirilebilecek bir kriterdir.

SONUÇ

İklim mültecileri kavramının tanımlanması tartışmaları da beraberinde getirmektedir. 1951 sözleşmesinde tanımlanan “mülteci” terimine, Sözleşme ile açık bir şekilde çerçeve çizilmiştir. Bu çerçeve sebebiyle sınırlı bir içeriğe ve “insan yapımı” bir “zulüm” içeriğine sahiptir. Bununla birlikte 1951 Sözleşmesinde yer alan tanımlamaların, günümüzün değişen dünyasında artık yetememekte, uluslararası korumanın ihtiyacını karşılayamamaktadır. Çünkü sözleşmedeki “zulüm”ün içeriği değişmekte, çeşitlenmekte ve insan üstü bir hale gelmektedir. Birleşmiş Milletler özellikle yerinden edinmiş kişilere karşı çalışmalar yapıyor olmasına rağmen, iklim mültecileri ve bu kavramın içeriği ile ilgili teorinin ötesinde uluslararası bir çerçeve ortaya konmalıdır.

Deniz seviyesinin yükseldiği büyük doğal afetlerin yaşanması sonucunda milyonlarca insan evleri, yiyecekleri ve buna benzer hiçbir

²³ Örneğin Maldivler, Vanuatu ve Tuvalu gibi ada ülkelerinin kıyıları sular altında kalmaya başlamıştır. Ada devleti Tuvalu'nun nüfusunun dörtte biri Yeni Zeland'a göç etmiştir. Aslında Tuvalu devleti, halkını göçe zorlayarak, onların güvenliğini sağlamaya çalışmaktadır. (ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.trtdari.com/Haber/HaberDetay.aspx?HaberKodu=f28e4369-93ad-4b84-a42e-b81b7f18ee01>) Hollanda gibi İskandinav devletler de deniz seviyesinin yükselmesi sorunuyla karşı karşıyadılar. Gelecekte bu devletlerin toprak unsurlarının kaybolmasıyla hukuki varlıklarının sorgulanabileceği düşünülmektedir.

²⁴ Kälın (2008).

kaynağı olmadan (olmaksızın yerlerinden oldular. Bu insanlar yeni evleri ve yeni hayatlar için sığınmacı konumuna düştüler ancak uluslararası yardım bu insanlara koruma sağlayabilir mi tartışması devam ederken, büyük kitleler halinde hareket eden iklim mültecilerinin sayısının mülteci sayısından fazla olabileceği gözden kaçmamalıdır. Bu bağlamda, çevresel faktörler nedeniyle evini terk eden kişiler, “doğal zulüm”den kaçmaktadırlar. Bu özellikleri sebebiyle “sığınma arayan kişi” konumundadırlar. Uluslararası toplumun külfet paylaşımı ve yardım gibi sorumlulukların yerine getirilmesinin yanında uluslararası koruma kapsamına iklim mültecilerini de almalıdır.

KAYNAKLAR

- Arıkan, Yunus, *Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi ve Kyoto Protokolü*, Bölgesel Çevre Merkezi Yayınları, Ankara 2006.
- BMMYK, Türkiye Temsilciliği, *Sığınma ve Mülteci Konularındaki Uluslararası Belgeler ve Hukuki Metinler*, Damla Matbaası, Ankara 1998.
- Castles, Stephen/Miller, Mark, *Göçler Çağı, Modern Uluslararası Göç Hareketleri*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008.
- Çiçekli, Bülent, *Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar*, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.
- Guy S. Goodwin-Gill/McAdam, Jane, *The Refugee In International Law*, Oxford Yayıncılık, New York 2007.
- Gürel, Sümer, *Türkiye’de Göç ve Bütünleşme Sorunsalı*. Bağlam Yayınları, İstanbul 2001.
- Holmes, John, (2008, Nisan 8). *Opening remarks by Sir John Holmes, Under-Secretary General for Humanitarian Affairs and Emergency Relief Coordinator at the DIHAD 2008 Conference*, Aralık 9, 2010 tarihinde <http://www.reliefweb.int>: <http://www.reliefweb.int/rw/rwb.nsf/db900sid/YSAR-7DHL88?OpenDocument> adresinden alındı.

- Jastram, Kate, BMMYK, *Mültecilerin Korunması: Uluslararası Mülteci Hukuku Rehberi*, Damla Matbaası, Ankara 2001.
- Kälin, Walter, (2008), *The Climate Change-Displacement Nexus*. 17.02.2012 tarihinde http://www.brookings.edu/speeches/2008/0716_climate_change_kalin.aspx adresinden alındı.
- Kolmannskog, Vikram Odedra, (2008, Nisan). *Future Floods of Refugees: A Comment on Climate Change, Conflict and Migration*. Aralık 10, 2010 tarihinde [www.nrc.no: http://www.nrc.no/arch/_img/9268480.pdf](http://www.nrc.no/arch/_img/9268480.pdf) adresinden alındı.
- Myers, Norman, (2005), *Environmental Refugees: An Emergent Security Issue*. 12.11.2010 tarihinde [www.osce.org: www.osce.org/documents/eea/2005/05/14488_en.pdf](http://www.osce.org/documents/eea/2005/05/14488_en.pdf) adresinden alındı.
- Öztaş, Cemal / Zengin, Eyüp, *Göç ve Azerbaycan: Bir İnsanlık Dramı Olarak Azerbaycan'da Mülteciler Sorunu*, Uluslararası Göç Sempozyumu, Zeytinburnu Belediyesi, İstanbul 8-11 Aralık 2005.
- TRT, (2009 12 01), *Küresel Isınma İklim Mültecileri Yarattı*, 11.12.2010 tarihinde [/www.trtdari.com: http://www.trtdari.com/Haber/HaberDetay.aspx?HaberKodu=f28e4369-93ad-4b84-a42e-b81b7f18ee01](http://www.trtdari.com/Haber/HaberDetay.aspx?HaberKodu=f28e4369-93ad-4b84-a42e-b81b7f18ee01) adresinden alındı.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi
8 Mart Dünya Kadınlar Günü
Özel Dosya Yazıları

BAROLARIN KADIN HUKUKU KOMİSYONLARININ “KADIN HAKLARI”AÇISINDAN ROLÜ

TÜBAKKOM VE 1. KADIN AVUKATLAR KURULTAYI

1136 Sayılı Avukatlık Kanunu uyarınca, Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder. 1920’li yıllarda ülkemizde ilk kadın avukat olarak mesleğini icra etmeye başlayan, Sayın Süreyya Ağaoğlu’nun kadının eğitim ve çalışma hakkı açısından vermiş olduğu mücadelesini minnetle anmak anlamlı olacaktır.

Mustafa Kemal Atatürk’ün önderliğinde, Cumhuriyet’in ilanı ile benimsenen temel ilkeler ile kadının temel hak ve özgürlüklerine ilişkin kazanımları hızla artmıştır.

Ülkemizde ve dünyada 1980’li yıllara gelindiğinde ise kadın hukukçuların, kadın hakları alanında bireysel ve örgütsel çalışmaları, kadın hareketine ivme kazandıran en önemli faktörlerden biri olmuştur.

Bu çalışmaların ülkemizde son 13 yıldır örgütlü bir şekilde artmasının temel adımı ise; 1998 yılında Medeni Kanun değişikliklerinin değerlendirilmesi amacı ile Av. Nazan Moroğlu başkanlığında İstanbul Barosu Kadın Hukuku Komisyonu’nun talebi ve İstanbul Baro Baş-

kanlığı tarafından yapılan çağrı neticesinde Türkiye Baroları Kadın Komisyonları Ağı (TÜBAKKOM) çalışmalarının başlamış olması, 1999 yılında ise Türkiye Barolar Birliği Yönetim kurulu kararı ile “Türkiye Barolar Birliği Kadın Hukuku Komisyonu” adı ile, baroların kadın hukuku komisyonlarının, kurumsal yapılanma içerisinde yerini almış olmasıdır. 11. Dönemi içerisinde bulunan TÜBAKKOM, Mayıs 2013’te yapılacak genel kurul ile bu dönemini tamamlamış olacaktır.

TÜBAKKOM çatısı altında baroların kadın hukuku komisyonları;

Ulusal ve uluslararası mevzuatta kadının insan haklarına ilişkin düzenlemelerin yaşama geçirilmesi, eşit ve adil uygulanmasının sağlanması, evrensel hukuk ölçeğinde adalet ve eşitlik prensibine aykırı mevcut düzenlemeleri ve uygulamaları değiştirecek çözüm önerilerinin saptanması ve savunulması, Kadınların haklarını öğrenmeleri ve kullanmalarını sağlamaya yönelik eğitim çalışmaları yapılması ve gönüllü danışmanlık hizmeti verilmesi, kadının insan hakları mücadelesine kamuoyu desteği sağlamak amacıyla TÜBAKKOM aracılığıyla baroların kadın hakları kurulları/ komisyonları ile ortak eylem planlarının oluşturulup, uygulamaya konulması, Baroların kadın hukuku kurulları/ komisyonları arasında koordinasyon, işbirliği ve dayanışmanın sağlanması doğrultusunda yapılacak çalışmaların planlanması, mesleki anlamda kurumsal ve uygulamaya yönelik yayınlar yapılmasını amaçlamaktadır.

Tüm barolarda mevcut kadın hukuku komisyonları; buldukları şehir ve bölge bazında hukuksal danışmanlık ve yardım çalışmalarını özellikle insan hakları, CMK ve adli yardım kurul ve komisyonları ile koordineli olarak sürdürmekte,

-Kadın hakları komisyonları TÜBAKKOM bünyesinde gerçekleştirilen dönemsel yürütme ve genel üye toplantıları ile, kadının insan haklarına ilişkin düzenlemelerin yaşama geçirilmesi, eşit ve adil uygulanmasının sağlanması amacı ile elde edilen istatistiki ve bilimsel veriler ile mesleki tecrübeler doğrultusunda uygulamada yaşanan aksaklıkların giderilmesi noktasında mevzuat çalışmalarını ortak irade ürünü olarak ilgili kurum ve kuruluşlara öneri niteliğinde sunmakta,

Kadın hukuku komisyon, kurul ve merkezleri kendi bölgelerinde ya da illerinde, farklı meslek gruplarına mensup uzman kişilerin de

desteği ile meslek içi eğitim çalışmalarının yanı sıra toplumsal farkındalık çalışmaları amacı ile çeşitli sivil toplum kuruluşları, özel-kamu kurum ve kuruluşlar ile işbirliği içinde eğitim içerikli etkinlikler düzenlemektedir.

İş bu lokal çalışmaların yanı sıra dönemsel olarak yapılan seminer, panel, sempozyum vb.. gibi etkinlikler çerçevesinde meslek içi eğitim alışmaları TÜBAKKOM bünyesinde bütünsel olarak gerçekleştirilmektedir.

Kadın haklarına ilişkin gerek Ulusal gerekse uluslararası alanda özel anlam ve önem ihtiva eden günlere binaen faaliyetlerde bulunmanın yanı sıra yine kamuoyu desteği sağlamak amacı ile ortak eylem planları oluşturularak ortak uygulamaların benimsenmesi ve sürekli-lik kazandırılması amacı ile çalışmalar yapılmaktadır.

Kadın Hakları alanında mesleki ve uygulamaya dönük eğitim materyalleri ile çeşitli yayımları hazırlama ve kullanıma sunma çalışmaları yapılmaktadır. Bu alışmaların Türkiye Barolar Birliği'nin çeşitli kurul ve komisyonlarının çalışmalarına ortak olabileceği gibi özellikle kadın hukuku alanındaki çalışmaların arşivlenmesi amacı ile iki yıllık srelerden oluşan her dönem sonunda çalışma raporları TBB Yayın Kurulu vasıtası ile kitap olarak yayımlanmakta ve meslektaşlarımıza sunulmaktadır.

Son olarak ise, TÜBAKKOM 10. Genel Kurulu toplantısında ülke-mizde ilk kez gerçekleştirilecek olan 1. Kadın Avukatlar Kurultayı'nın yapılmasına karar verdik. Bizler evremizde cinsiyet ayrımcılığı ve ataerkil uygulamalarda yaşanılan sorunların çözümüne yönelik farkındalık çalışmalarında en nde yer almamıza karşın, kendi örgütsel yapımızda bu çalışmaları yansıtmıyoruz. Bu nedenle her alanda eşit ve görünür olmak, yaşamımızda ve meslek rgtlerimizdeki ataerkil anlayışa karşı farkındalığımızı arttırmak, toplumsal cinsiyet eşitliği perspektifinden mesleki yapılanmadaki yerimizi sorgulamak ve söylemi-mizi "toplumsal cinsiyet eşitliği" temelinde oluşturmak için, 1. Kadın Avukatlar Kurultayı konu başlıklarını şu şekilde belirledik;

1-Toplumsal Cinsiyet Eşitliği ve Hukuk Eğitiminde Cinsiyetçi geler

2- Çalışma Yaşamında Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Kadın Avukatlara Etkileri

Ücretli kadın avukatlar iş hayatında annelik, evlilik ve ücret hakkına yönelik müdahaleler, çalışma hayatında kadın avukata yönelik ayrımcı uygulamalar ve benzeri,

Kadın avukatlara adliye personelinin bakış açısının cinsiyet eşitliği temelinde irdelenmesi

3- Ülkemizde ve Dünyada Barolardaki Kadın Örgütlenme Modelleri ve Kadınların Temsiliyeti

* Meslek örgütlerinde cinsiyete duyarlı bütçeleme,

* Kota, pozitif ayrımcılık

4-Kadının İnsan Hakları ve Uluslararası Sözleşmelerin Analizi

* CEDAW, Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Güvenlik Konseyi Sözleşmesi

İnanıyorum ki;” Hukuka dünyaya ve yaşama dair sözümüz var.” fikri ile 1. Kadın Avukatlar Kurultayına, meslektaşlarımızın katılımı, düşünceleri ve çalışmaları bizlere bir kez daha rehberlik edecektir. Büyük Önder Mustafa Kemal Atatürk’ü saygı ve rahmetle anıyor, kadının temel hak ve özgürlüklerinin korunması ve kazanımında emeği geçen, bireysel ve örgütsel başarıya cesaretle imza atan tüm meslektaşlarımıza saygılarımı sunuyorum.

TÜBAKKOM

11. Dönem Sözcüsü

Av. Hidaye Kahyaoğulları

KADININ KİMLİK SORUNU “KADININ SOYADI” THE IDENTITY PROBLEM OF THE WOMAN “WOMAN’S SURNAME”

Nazan MOROĞLU*

Özet: Bir kimsenin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur olan soyadı, *vazgeçilemez, devredilemez ve feragat edilemez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkıdır*. Soyadı üzerindeki hak, *mutlak haklardan* olması nedeniyle herkese karşı ileri sürülebilen ve yasayla özel olarak korunan bir haktır. Ancak, hukukumuz açısından soyadının bütün bu özellikleri “kadınlar” açısından geçerli değildir. Bu yazıda, Türk Medeni Kanunu’na göre kadının soyadı, ilgili İHAM ve Anayasa Mahkemesi kararları ve değişiklik önerisi ile “kadının soyadı ile aile adı” kuralı bakımından Alman Hukukunda ataerkil anlayıştan eşitlikçi anlayışa doğru yaşanan süreçte yapılan dikkate değer değişikliklere değinilmektedir.

Anahtar Sözcükler: soyadı, kadının soyadı, aile adı, soyadı kanunu, medeni kanun, kişilik hakkı, ortak evlilik adı

Abstract: The surname, which is the most important element in determining one’s identity, *is indispensable, cannot be transferred nor can it be renounced and is a personal right decisively attached to that specific person*. The right to have a surname is a legally protected right that can be put forward against everyone due to the fact that it is an *absolute right*. In our law, however, not all these aspects regarding the surname are available to the “women”. In this article, the topics such as the woman’s surname in the Turkish Civil Code, the related ECHR (European Court of Human Rights) and the Constitutional Courts decisions along with the amendment proposals and the significant changes during the period of patriarchal concept to equalitarian approach in the German Law in terms of the “woman’s surname and the family name” rule are discussed.

Keywords: surname, woman’s surname, family name, surname law, civil code, personal right, common marital name.

I - Genel Olarak Soyadı – Kadının Soyadı

Toplum içinde insanların birbirinden ayırt edilmesini sağlamak üzere tarih boyunca öfad ile birlikte ikinci bir ad kullanıldığı görülmüştür. Bu ikinci ad çoğu kez kişinin dış görünüşü, mesleği veya yaşadığı yer gibi bir nitelemeyle belirtilmiştir, örneğin, Uzun Hasan, Güzel

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi; TÜKD Genel Başkanı

Ayşe, Terzi Mustafa veya Buldanlı Mehmet gibi¹. Soyadı (ikinci adı), zaman içinde yasalarla düzenlenerek özad ile birlikte kullanılması zorunlu kılınmıştır.

Soyadı kavramına tarihi gelişimi, işlevi, kazanılması, hukuki niteliği açısından bakıldığında, soyadının uzun yıllar sadece erkekler için bir kimlik belirleme unsuru olduğu ve kadının soyadının genellikle ataya, babaya, kocaya bağlı olarak değiştiği² görülmektedir. Kadınların tarih boyunca yaşamın birçok alanında olduğu gibi soyadı bakımından da görünmez kılındığına tanık olunmaktadır.

Ülkemizde Soyadı Kanunu'nun³ kabul edilmesinden sonra kullanılmasının yasal bir yükümlülük ve zorunluluk haline gelmesiyle birlikte, soyadı bir kimsenin kimliğinin ayrılmaz bir parçası olmuştur. Bilindiği gibi, 1926 tarihli Medeni Kanun'da soyadının kazanılmasına ve korunmasına ilişkin kurallara yer verilmişti, ancak soyadı taşımayı zorunlu kılan bir yasal düzenleme bulunmamaktaydı. Daha sonra 1934 yılında Soyadı Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle soyadı kullanmak zorunlu hale gelmiş ve böylece Medeni Kanun'un soyadına ilişkin hükümleri uygulama alanı bulmuştur.⁴

Bir kimsenin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur olan soyadı, *vazgeçilemez, devredilemez ve feragat edilemez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkıdır*. Soyadı üzerindeki hak, *mutlak haklardan* olması nedeniyle herkese karşı ileri sürülebilen ve yasayla özel olarak korunan bir haktır. Ancak, hukukumuz açısından soyadının bütün bu özellikleri "*kadınlar*" açısından geçerli değildir. Diğer bir ifadeyle, hukuki niteliği açısından bir kişilik hakkı olan soyadının işlevi ve özellikleri 2001 tarihli Medeni Kanunu'nun 187. (1926 tarihli MK. 153.) maddesinde görüleceği gibi sadece erkekler için geçerli olmakta, "*medeni halindeki*"

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. MOROĞLU Nazan, *Kadının Soyadı*, (Beta yayını), İstanbul 1999, s. 17-23.

² De BEAUVOIR Simone, *Kadın - Evlilik Çağı II*, çev. Bertan Onaran, 6. Baskı, İstanbul 1986, s. 31 vd. Yazar; "Evlilik siyasal, hukuksal ve ahlâksal açıdan bir yasa, sözleşme, kurum sayılabilir... Erkeklerin çoğu evlenirken, soylarını devam ettirmeyi...düşünür.." diyerek 1900'lerin başında yasalarda yer alan soyadı kuralı ile bağlantı kurmaktadır.

³ 21.6.1934 gün ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu. Kanuna göre, her Türk öz adından başka soyadını da taşımak zorundadır ve soyadı seçme görevi ve hakkı evlilik birliğinin başkanı olarak kocaya âittir.

⁴ KÖPRÜLÜ Bülent; *Medeni Hukuk Genel Prensipler, Kişinin Hukuku*, İstanbul, 1984, s. 306; ZEVKLİLER Aydın, *Medeni Hukuk, Kişiler Hukuku*, 4. Bası, Ankara 1995, s. 353-358.

her değişiklik, yasa gereği sadece *kadının soyadının değişmesini zorunlu* kılmaktadır. Bu nedenle, Medeni Kanunun kadının soyadına ilişkin hükmü Anayasamızın 10. ve 41. maddeleri ve 16.11.2004 tarihli Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İHAM) Ünal Tekeli kararı doğrultusunda, çağdaş hukuk sistemlerindeki kurallar örnek alınarak yeniden düzenlenmelidir.

20. yüzyılın özellikle ikinci yarısından itibaren insanlar arasında ırk, dil, din, cinsiyete dayalı her türlü eşitsizliği kaldırılmasına yönelik çalışmalar, kadın erkek eşitliğinin sağlanması açısından da itici güç olmuştur. 1900'lerin başında yasalarda "*evlenen kadın kocanın, doğan çocuk babanın soyadını alır*" kuralına yer verilmiş, ancak zaman içinde toplumsal yaşamdaki gelişmenin aile yaşamına yansmasıyla *eşlerin eşit haklara sahip olması anlayışı* benimsenmiş, evlilik hukukunda ve bu arada soyadı ile ilgili maddelerde de değişiklikler yapılmıştır. Çağdaş hukuk sistemlerinde yaşamın değişen koşullarına ve ortaya çıkan ihtiyaçlara uygun olarak "*kadının soyadı*" kuralının kadın erkek eşitliğine uygun hale getirildiği görülmektedir.

Günümüzde soyadı, kişinin *kimliğinin belirtilmesini*, onun hangi aileye, soya ait olduğunun gösterilmesini (*aidiyet*) ve başka ailelerin bireylerinden *ayırt edilmesini* sağlar. Bu bakımdan soyadı, kişiler arası özel yaşam ilişkileri açısından özel hukuk alanında; nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi açısından da kamu hukuku alanında düzenlenmiştir. Ayrıca, yabancı ile evlenenlerin "*soyadı - aile adı*" ile ilgili karşılaştıkları sorunların çözümünde hangi ülkenin hukukunun uygulanacağı ise milletlerarası özel hukuk kurallarında yer almaktadır.

Bu yazıda, Türk Medeni Kanunu'na göre kadının soyadı, ilgili İHAM ve Anayasa Mahkemesi kararları ve değişiklik önerisi ele alınmadan önce, "*kadının soyadı ile aile adı*" kuralı bakımından Alman hukukunda ataerkil anlayıştan eşitlikçi anlayışa doğru yaşanan süreçte yapılan dikkate değer değişikliklere bakmakta yarar var. Kaynak İsviçre hukukunda ise, Almanya örneğinde olduğu gibi bir yasa değişikliği süreci yaşanmamış, ancak 1980'lerden itibaren Anayasa'da ve Medeni Kanun'da cinsiyete dayalı eşitsizliklerin kaldırılmasına yönelik değişiklik yapılırken, soyadı konusunda da eşler arası eşitliğe doğru adımlar atılmıştır.

II. Alman Hukukunda Kadının Soyadı

Alman hukukunda, *kadının soyadı kuralında* başlangıçtaki ataerkil anlayış, değişen yaşam koşullarına paralel olarak eşlerin eşit haklara sahip olmaları anlayışıyla gelişmiş ve adım adım dikkate değer bir yasa değişikliği süreci yaşanmıştır. Kadının soyadına ilişkin yapılan yasal değişiklikler ve uygulama, Almanya’da aile içinde eşlerin konumunda yaşanan eşitlikçi gelişmeyi destekleyen açık ve kararlı bir kamu politikasının varlığını göstermektedir. 1993’te çıkarılan aile adıyla ilgili yasada (FamNamRG) soyadının toplumsal düzeni sağlama işlevine önem verilmekle beraber, **kişilerin kimliğine ve kişilik hakkına öncelik** tanınmış olduğu görülmektedir.⁵

Alman hukukunda, ilk kez 1794 yılında Prusya’da kabul edilen yasa ile “*evlenen kadın kocasının soyadını alır*” hükmü uygulanmaya başlanmıştır. Daha sonra 1896 yılında yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu’nda (BGB § 1355) soyadı ile ilgili aynı hükme yer verilmiştir. Evlilik birliğinin dış görünümü açısından eşlerin ortak bir soyadı taşımaları kabul edilmiş, eşlerin ortak soyadının da “kocanın soyadı” olacağı tercihi yapılmıştır.

Alman Medeni Kanunu’nda “kadının soyadı”na dair kurallarda 1920’lerden günümüze aşağıdaki değişiklikler yapılmıştır:⁶

- a) Eşit Haklara Sahip Olma İlkesi’nin Kabulü (1949);
- b) Eşit Haklar Yasası’nın Yürürlüğe Girmesi (1957);
- c) Evlilik ve Aile Hukuku Reform Kanunu (1976);
- d) Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nce 1355/2. md.sine ilişkin verilen İptal Kararı (5.3.1991);
- e) Aile Adı Hakkına Dair Kanun’un kabul edilmesi (16.12.1993).

⁵ NOWAK, Der Name der natürlichen Person, Giessen, 1996, s. 26.

⁶ GIESEN; Familienrecht, Tübingen, 1994, No. 626; (Almanya’da Aile Hukukunda kadının erkekle eşit haklara sahip olması yolunda ilk adım 1921 tarihli “Çocuğun Dini Terbiyesi Hakkında Kanun” -Gesetz über die religiöse Kindererziehung- ile atılmıştır); MENZEL; s. 156: “Alman Medeni Kanunu’nda yapılan ilk değişikliklerin temelinde Alman Hukukçu Kadınlar Birliğinin (DJB) önderliğinde güçlü bir kadın hareketi olduğu görülmektedir.”

a) Eşit Haklara Sahip Olma İlkesi'nin Kabulü

Alman hukukunda, 1949 tarihinde yasalarda kadın erkek eşitliğinin sağlanması yolunda kararlı bir adım atılmış ve Anayasa'nın (Grundgesetz) 3. maddesinde "*bütün insanlar kanun önünde eşittir (1.fıkra); erkekler ve kadınlar eşit haklara sahiptirler..(2. fıkra); hiç kimse ... cinsiyeti.. nedeniyle mağdur edilemez ve daha iyi duruma getirilemez..(3. fıkra)*" hükümlerine yer verilmiştir. "Eşit haklara sahip olma ilkesinin" bütün yasalarda yerleştirilmesini sağlamak üzere, Anayasa'nın 117. maddesiyle, yasalarda yer alan eşitliğe aykırı tüm hükümlerin 31 Mart 1953 tarihine kadar değiştirilmesi için süre tanınmış, bu kuralların değiştirilene kadar yürürlüğünü sürdüreceği, ancak sürenin bitiminde, eşitliğe aykırı bütün maddelerin yürürlükten kalkmış sayılacağı kabul edilmiştir.⁷ Böylece, 1953 yılında kadın erkek eşitliğine aykırı hükümler Anayasa gereğince yürürlükten kalkmıştır.

b) Eşit Haklar Yasası'nın Yürürlüğe Girmesi.

1953 yılında Anayasa'nın 117. maddesi gereğince yürürlükten kalan kurallar yerine, kadın erkek eşitliğine uygun yasal düzenleme ancak 1957 yılında yapılabilmektedir. 18.6.1957'de kabul edilen "Kadın ve Erkeğin Medeni Hukuk alanında Eşit Haklara Sahip Olmaları Hakkında Kanun" (Gesetz über Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts) 1.7.1958 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kısaca Eşit Haklar Yasası olarak anılan 8 maddelik yasanın 1. maddesiyle, Alman MK'nun (BGB) kadın erkek eşitliğine aykırı hükümlerinde değişiklik yapılmıştır. Örneğin, "evlilik birliğine ilişkin bütün işlerde karar verme yetkisi kocaya aittir", "koca ikametgahı ve evi belirler", hükümleri eşitliğe aykırı olduğu için bu yasa ile yürürlükten kaldırılmış ve *kadının soyadı* ile mal rejimlerine ilişkin kurallar ise *yeniden düzenlenmiştir*.

Eşit Haklar Yasası ile, 1896 tarihli Alman MK'nun BGB § 1355 "*kadın evlendiğinde kocasının soyadını alır*" hükmüne "*kadın kendi soyadını da taşımak hakkına sahiptir, evlendirme memuruna bu yolda bildirimde bulunabilir, bu bildirim resmen onaylanır*" hükmü eklenmiştir. Eşit Haklar Yasası ile ataerkil anlayıştan eşit haklara sahip olmaya doğru bir

⁷ JARASS / PIEROTH; Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, München 1989 (23.5.1949 tarihli Bonn Anayasası), s. 82; LEIBHOLZ / RINCK; Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Köln, 1971, s. 165.

adım atılmış; kadına kızlık soyadını birlikte kullanma hakkı verilerek, *kadının aile içinde kocası ve çocukları arasında bağımsız bir kimliği olması sağlanmıştır.*⁸ Ancak görüldüğü gibi, burada yine de kadının kimliğine değil, soyadının kamu düzenini sağlama işlevine (Ordnungsfunktion) üstünlük tanınmıştır. Alman Federal İdare Mahkemesi'nin 1960 tarihli bir kararında da "kadının evlenirken soyadından vazgeçmeyi kabul ettiği var sayılmalıdır" denilmiştir.⁹

Eşit Haklar Yasası'nın yürürlüğe girmesiyle kadınlar, her ne kadar evlilik adının önünde kendi soyadını taşıyabilmesi olanağına sahip olmuşlarsa da, soyadını çocuklarına verme hakkı henüz tanınmamıştır.¹⁰

c) Evlilik ve Aile Hukuku Reform Kanunu

1970'li yıllarda evlilik birliği içinde eşlerin eşit hak ve yükümlülükleri olduğu anlayışının gelişmesine paralel olarak Alman MK.da değişiklik yapılmış ve 14.6.1976 tarihinde Evlilik ve Aile Reformu Kanunu (Ehe- und Familien Reformgesetz) kabul edilmiştir. Kanunda, soyadının bir kişilik hakkı olması özelliği giderek daha ön planda tutulmuş ve kadının kişilik haklarına erkekle eşit ölçüde değer verilmesi kabul edilmiş, soyadına ilişkin madde yeniden düzenlenmiştir.

Evlilik birliği için eşlerden birinin soyadının **ortak evlilik adı (soyadı)** olarak seçilmesini öngören Alman Medeni Kanunu hükmü (BGB § 1355/1), anayasal eşitlik ilkesine (GG Art.3) uygun hale getirilmiştir.¹¹ Bu madde ile eşlere soyadı seçme konusunda eşit hak ve görev verilmiştir.¹² Eğer eşler evlenme başvurusu veya merasimi sırasında ortak bir (aile ismi) soyadı seçtiklerini beyan etmemişlerse, bu takdir-

⁸ GERNHUBER / COESTER-WALTJEN, s. 142.; RAMM Thilo; Gleichberechtigung und Ehe- und Familienname, FamRZ 1962, s. 281 vd.

⁹ Alman Federal İdare Mahkemesi (BVerWG) bir kararında: "Kişiler evlenmekle evlilik kurumunun getirdiği fedakârlığa katlanmayı kabul etmiş demektir. Bu fedakârlık yürürlükteki yasa gereği soyadı açısından kadına düşmektedir" denilmektedir. (FamRZ, 1960, 1 1960, 113; NJW, 1960, 449).

¹⁰ WESTERMANN H.P.; Handkommentar zum BGB. Band 2, München 1975, s. 628; REBMANN Kurt, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München 1978, § 1355.

¹¹ NOWAK; s. 34, dip Not 25 de yer verilen Federal Anayasa Mahkemesi Kararı (BVerfGE 17, 168)

¹² GIESEN Dieter; Familienrecht, Tübingen 1994, No. 163; GRZIWOTZ Herbert, Wichtige Rechtsfragen zur Ehe, 2. Aufl., München 1996, s. 54-58.; STURM Fritz; *Der Ehename aus kollisionsrechtlicher Sicht - Zum Beschluss des BGH vom 12.5.1971*, FamRZ 1973, Heft 8/9, s. 401.

de Alman Medeni Kanunu'nda (BGB § 1355/2) yer alan (yedek) hüküm gereğince *kocanın soyadının (Geburtsname) evlilik birliğinin soyadı (Ehename)* olacağı kabul edilmiştir. Bu fıkra hükmünde, Anayasa'nın "kadın erkek eşit haklara sahiptir ve kanunlar önünde eşittir.." hükmüne aykırı düşen, geleneksel anlayışın devam ettiği görülmektedir. Alman hukukunda 1980'li yıllardan beri bu maddenin (BGB § 1355/2, 2) kadın erkek eşitliğine aykırı, patriyarkal bir anlayış içerdiği ileri sürülmektedir.¹³ Aslında eşlerin ortak bir soyadı seçmiş olmaları durumunda veya seçme hakkının kullanılmamış olmasıyla kocanın soyadının aile adı olarak kabul edilmesi halinde, uygulamada bir sorun yaşanmamaktadır. Sorun, eşlerin soyadı konusunda anlaşamamaları halinde, erkeğin soyadının evlilik adı olacağı kabul edilmiş olması nedeniyle ortaya çıkmaktadır.

Evlilik Hukuku Reform Kanunu'nda yer alan soyadına ilişkin madde, yürürlük tarihi olan **1.7.1976 dan sonra yapılan evlilikler açısından hüküm ifade etmekteydi ve daha önce yapılmış evliliklere (Altehen) dair bir geçiş hükmü mevcut değildi.** Daha sonra çıkarılan Evlilik Adı Değiştirilmesine İlişkin Yasa'da,¹⁴ 1.7.1976 yılından önce yapılmış olan evlilikler için 1.7.1979 ile 30.6.1980 tarihleri arasında yapılmak üzere bir yıllık başvuru süresi tanınmıştır. Bu süre içinde evlendirme memurluğuna başvuran eşlerin "kadının soyadını" evlilik adı olarak seçme hakkını kullanabilecekleri kabul edilmiştir.

d) Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin Medeni Kanun'un 1355/2. md.sine ilişkin iptal kararı

Anayasa Mahkemesi'nin (BVerfG) 5.3.1991 tarihli iptal kararı, soyadına ilişkin hükümler açısından Alman hukukunda tam anlamıyla kadın erkek eşitliğinin sağlanmasında, diğer bir deyişle **ataerkil anlayıştan eşitlikçi anlayışa doğru yaşanan süreçte son adımın atılmasında önemli rol oynamıştır.** Yasanın (BGB) 1355. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*eşler bir evlilik adı seçmemişlerse, kocanın soyadı evlilik adı olur*" hükmü Anayasa'nın (Art. 3/II) eşit haklara sahip olma ilkesine aykırılık oluşturduğu **gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir.**

¹³ WIRTH Thomas, *Der Ehename bei im Ausland geschlossenen Ehen nach dem Beschluss des BverfG vom 5.3.1991*, FuR 3/91, s. 138-142.

¹⁴ Von MÜNCH; s. 20: "Das Ehenamensänderungs Gesetz von 27.3.1979". GÖREN ATAYSOY, s. 97.

İptal kararında soyadı maddesinde *yeni bir düzenleme* yapılması gerektiği ve kararın ilânından itibaren *yeni yasa çıkarılana kadar* yapılacak evliliklerde *eşlerin kendi soyadlarını* taşımaya devam edebileceği kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının 2.4.1991 tarihinde yürürlüğe girmesinden itibaren altı ay içinde yapılan evliliklerde yaklaşık dörtte bir oranında eşlerin ortak bir evlilik adı seçmedikleri, kendi soyadlarını taşımaya devam ettikleri ve 1990 yılına kıyasla kocanın soyadının evlilik adı olarak seçilmesinde aynı oranda bir azalma olduğu görülmektedir.¹⁵

e) Aile Adı Hakkına Dair Kanun (FamNamRG)¹⁶

Alman Medeni Kanunu'nun 1355/2. maddesi Federal Anayasa Mahkemesi'nce iptal edildikten iki yıl sonra *Aile Adı Hakkına Dair Kanun* (Familiennamensrechtgesetz) çıkarılmıştır. Kanun'da eşlerin eşit haklara sahip bireyler olarak kişilik haklarına öncelik ve önem verilmiş ve herbirinin kimliklerinin ön planda tutulması benimsenmiştir.

Bu yasa ile getirilen yenilik eşlerin ortak aile adı kullanmaları *zorunluluğunun kaldırılmasıdır*. Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği gibi, eşlerin evlenirken soyadı seçme hakkını kullanmamaları durumunda, yine de ortak evlilik adı (soyadı) taşımamanın zorunlu tutulması, bir tarafın aleyhine sonuç doğurmakta ve bu da eşitliğe aykırı düşmekteydi. Yeni yasayla evlilikte ortak bir soyadı kullanmak zorunlu olmaktan çıkarılmakla birlikte, toplum içinde evlilik birliğini tanıtıcı

¹⁵ STENZ Heinz, Namenswahl bei der Eheschliessung nach dem Beschluss des BVerfG vom 5.3.1991 - Eine Zwischenbilanz; StAZ, Nr. 1/1992, s. 21 de yer verilen bir araştırma sonucunda, Tübingen Evlendirme Memurluğu tarafından yapılan açıklamaya göre: 2.4.1991 ile 30.9.1991 tarihleri arasında 295 evlilik işlemi yapılmıştır; bunlardan kocanın soyadı evlilik adı olarak seçilen evlilik sayısı 208 (%70, 51), kadının kendi soyadını da birlikte kullanması 33; karının soyadı evlilik soyadı olarak seçilen evlilik sayısı 16 (% 5, 42), kocanın kendi soyadını da birlikte kullanma sayısı 4; eşlerin bir evlilik adı seçmeyip kendi soyadları ile devam ettikleri evlilik sayısı 71 (% 24, 07)dir. Yine Tübingen Evlendirme Memurluğunca açıklanan sayılarla 1990 yılında yapılan 510 evlilikte soyadı seçme durumu karşılaştırıldığında, 1991 yılında kocanın soyadının evlilik adı olarak seçilmesinde % 25 oranında azalma görülmektedir: 510 evlilikten kocanın soyadı evlilik adı olan evlilik sayısı 488 (% 95, 69), bunlardan 155'inde kadın kendi soyadını da birlikte kullanmakta; kadının soyadı evlilik adı olan 22 (% 4, 31) bunlardan 16'sında koca kendi soyadını birlikte kullanmaktadır.

¹⁶ Aile Adı Hakkına Dair Kanun (Familiennamensrechtgesetz) 16.12.1993 tarihinde kabul edilmiş ve 1.4.1994'de yürürlüğe girmiştir.

bir unsur olan *ortak evlilik adını seçme hakkı eşlere tanınmaya devam etmektedir*, dolayısıyla eşlerin ortak soyadı taşımalarına tamamen son verilmiş değildir. Hatta eşlerin evlilik birliği kurulmasından itibaren 5 yıl içinde ortak evlilik adı seçebilecekleri de kabul edilmiştir (Alman MK.1355/3).

1994 de yürürlüğe giren aile adına ilişkin yasaya göre eşler, ortak bir soyadı seçmemişlerse, her biri evlenmeden önceki soyadını taşımaya devam edecektir. Kanun koyucu bu kural ile *eşit haklara sahip olma ilkesini tam olarak yaşama geçirmiş bulunmaktadır*.¹⁷

Eşlerin bu yeni kuraldan yararlanarak ortak aile adı kullanmama- ları halinde, doğan çocukların soyadının nasıl belirleneceği konusun- da da açık bir hüküm getirilmiştir.¹⁸ Alman MK'nun 1616. maddesinde (FamNam RG ile) 1994 de yapılan değişikliğe göre; çocuğa annenin veya babanın soyadı seçilerek verilecek, bir ay içinde böyle bir seçim yapılmadığı takdirde vesayet mahkemesi soyadı seçme yetkisini ana- ya veya babaya verebilecektir. İlk çocuk seçilen soyadı daha sonra do- ğan çocuklar için de geçerli olacaktır.

Eşlerin boşanmaları durumunda, eğer bir evlilik adı seçmişlerse, bunu boşandıktan sonra da taşımaya devam edecekleri kabul edilmiş- tir (Alman MK. 1355/5). Ancak boşanan kişi doğumla kazandığı ya da evlenmeden önce kullanmakta olduğu soyadına dönmek isterse, bunu şahsi hal memuruna bildirecektir.

Aile Adı Hakkına Dair Kanun'da, yürürlüğe giriş tarihinden önce yapılmış olan evliliklere (**Altehen**) ilişkin geçiş hükmüne de yer veril-

¹⁷ GIESEN, s. 74, No.165.

¹⁸ GIESEN, age., s. 289-291, No.550-557; Alman Anayasa Mahkemesinin eşlerin soyadı konusunda anlaşamamaları halinde erkeğin soyadının aile adı olarak belirleyiciliğini öngören kuralın anayasal eşitlik ilkesine aykırılığı nedeniyle iptal etmesi üzerine, her eşe kendi soyadını taşıma hakkı tanınmıştır. Bu durumda çocuklar ana ve babanın her ikisinin soyadını birlikte taşıyacaklardı. Ancak 1994 de yürürlüğe giren Aile Adı Hakkına İlişkin Yasada ise çocukların annenin ya da babanın olmak üzere tek soyadı kullanmasına olanak verilmektedir. Dolayısıyla, Almanya'da bu yasanın yürürlüğe girişinden önce ve sonraki tarihlerde doğan çocuklar (kardeşler) açısından farklı soyadları söz konusu olmaktadır. Çocuğun soyadı ile ilgili madde (BGB 1616/1) gereğince ana veya babanın soyadının seçilerek çocuğa verilmesi halinde bu soyadı diğer çocuklar için de geçerli olacağından iki soyadını birlikte taşıyan çocuğun kimliğinde bu şekilde bir değişiklik yapılması zorunlu olmaktadır. Ancak yabancı eşle evlilikten doğan çocukların, eğer eşlerden birinin ülke yasası çift soyadına izin veriyorsa, çocuklara ananın ve babanın soyadı her ikisinin birlikte verilebileceği de kabul edilmiştir.

miştir. Buna göre eşler, yasanın yürürlüğe girmesinden itibaren *bir yıl* içinde başvurarak yasanın tanıdığı haklardan yararlanmak isteyebilirler.

Alman hukukunda yaşanan bu süreç, kadının toplumsal yaşam içinde giderek daha fazla yer almasıyla birlikte ortaya çıkan ihtiyacına ve yaşadığı kimlik sorununa çözüm getirmede kanun koyucunun duyarlılığını göstermektedir. Alman hukukunda “kadının soyadı” ile ilgili olarak gördüğümüz bu gelişme, kadına ve kadının kimliğine verilen önem konusunda tutarlı ve kararlı bir kamu politikasının varlığı ve hukuk kurallarının günün ihtiyaçlarına uygun olarak nasıl değiştirilmesi gerektiği konusunda da, dikkatle izlenmesinde yarar olan bir örnek oluşturmaktadır.

III. Türk Hukukunda Kadının Soyadı

1926 tarihli yasada olduğu gibi 2001 tarihli yeni Medeni Kanun’a göre de kadın, doğumla aldığı soyadını evlenince terk etmek ve kocasının soyadını almak zorundadır. Daha sonra medeni halindeki her değişiklikte, boşandığında ve yeniden evlendiğinde kadın, soyadını her defa değiştirmesi gerekmektedir. Hatta evlilik devam ederken, kocanın evlat edinilmesi ile veya haklı nedenle soyadının değiştirilmesi halinde, kocaya bağlı olarak kadının da soyadı değişmektedir. Kadının evlendiğinde veya boşandığında soyadını değiştirmek zorunda olması (Medeni Kanun 187. ve 173. md) kadının kimliğini, pasaportunu, banka hesaplarını, kredi kartını, sürücü belgesini ve birçok benzer resmi veya özel belgeyi yeniden çıkarmasını gerektirmektedir. Evlenince zorunlu olarak soyadını terk eden kadın boşanınca bu defa da “boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğunu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceğini” ispatlamak, aksi halde önceki soyadına dönmek ve bütün bu belgeleri yeniden düzenlemek zorunda kalmaktadır. Medeni halindeki değişikliğe bağlı olarak soyadını değiştirmek zorunda kalmaları kadınları mağdur etmekte “kimlik sorunu” yaşamalarına yol açmaktadır. Özellikle yabancı ile evli kadınların, pasaport başta olmak üzere resmi belgelerde soyadı açısından yaşadıkları sorunlar göz ardı edilemeyecek derecede mağduriyete yol açmaktadır.

Erkek ise doğduğu gün aldığı soyadını kural olarak yaşamı boyunca taşıma hakkına sahiptir. Soyadını ancak evlat edinilmesi ve haklı nedenle soyadını değiştirme talebinin kabul edilerek karara bağlanması durumlarında değiştirir.

Türk hukukunda, son yıllarda özellikle AB'ne uyum yasaları çerçevesinde yapılan anayasa değişiklikleri başta olmak üzere yasalarda kadın erkek eşitliği yolunda önemli adımlar atılmıştır. 3 Ekim 2001 tarihinde Anayasa'nın 41. maddesinde yapılan değişiklikle "Aile toplumun temelidir" maddesine "eşlerarası eşitliği dayandır" ibaresi eklenmiştir. 22 Kasım 2001 tarihinde kabul edilerek 1 Ocak 2002'de yürürlüğe giren yeni Medeni Kanun da eşler arası eşitlik ilkesine uygun düzenlenmiştir. MK'nun "Aile Hukuku" bölümünde anayasal eşitlik ilkesine aykırı düşen tek madde "kadının soyadı"dır (md. 187 ve 173).

1. Türk Medeni Kanunu'nda yer alan kurallar

Bilindiği gibi 1926 tarihli Medeni Kanunu'nun 153. maddesinde 1997 yılında değişiklik yapılanaya kadar "kadın evlenmekle kocasının soyadını alır" kuralı yürürlükteydi. **1997 yılında 153. madde değiştirilmiş** ve eşitliğe doğru bir adım olarak niteleyebileceğimiz aşağıdaki düzenleme yapılmıştır:

"Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir."

Yukarıdaki hüküm 2001 tarih ve 4721 sayılı (yeni) Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesine "Kadının Soyadı" başlığıyla aynen alınmıştır. Oysa Medeni Kanunda değişiklik yapılmasının temel amacı, ailede eşlerin eşit haklara sahip olmaları ilkesinin yerleştirilmesi ve kadın erkek eşitsizliğinin kaldırılmasıydı. Yeni Medeni Kanun'un genel gerekçesinde "günümüzde modern hukuk sistemlerinin istisnasız hepsinde temel ilke olarak kabul edilen kadın - erkek eşitliği ilkesinin hukukumuzda da tam anlamıyla yerleştirilmesi amacıyla" Medeni Kanun'da değişiklik yapıldığı belirtilmektedir. Gerçekten 2002'de yürürlüğe giren Medeni Kanun'un "Aile Hukuku" bölümünde evlilik yaşı, konutun seçimi, evlilik birliğinin yönetimi ve temsili, birliğin giderlerine katılma, yasal mal rejimi gibi konular eşlerarası eşitlik esasına dayandırılmıştır.¹⁹ Ancak, evliliğin genel hükümlerinde yer alan 187. maddede ve boşanmanın sonuç-

¹⁹ MOROĞLU N., *Ailede Demokrasi - Toplumda Demokrasi*, Dünya Gazetesi, 7 Mart 2003.

larına ilişkin 173. maddede “Kadının Soyadı” kurallarında kadınlara karşı ayrımcılık devam etmektedir.

“Kadının Soyadı” başlığını taşıyan **187. madde**, önceki Medeni Kanun’un 153. maddesinin 1997’de değiştirilen, yukarıda yazılı şekliyle aynıdır.

Madde 173 - Boşanan Kadının Kişisel Durumu:

“Boşanma halinde kadın evlenme ile kazandığı kişisel durumunu korur, ancak evlenmeden önceki soyadını yeniden alır. Eğer kadın evlenmeden önce dul idiyse, hakimden bekarlık soyadını taşımasına izin verilmesini isteyebilir.

Kadının, boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceği ispatlanırsa, istemi üzerine hakim, kocasının soyadını taşımasına izin verir.

Koca, koşulların değişmesi halinde bu iznin kaldırılmasını isteyebilir.”

Kadın boşandığı kocasının soyadını kullanmaya devam etmek istediğinde, **bunu boşanma davası ile birlikte veya boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde talep edebilir.** Kadının boşandığı kocasının soyadını kullanmayı talep etmesi, evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan bir dava hakkı olduğuna göre, MK’nun 178. maddesi hükmü gereğince bir yıllık zamanaşımına tabidir.²⁰ Yargıtay’ın 2. HD.nin 25.6.1970 tarih ve 3452/3917 sayılı kararında “... davalı tarafın (kadın) Ö... soyadını kullanmasında davacının zımni bir izni olduğunun kabulü gerekir. Çünkü, davacı kendi soyadını kullanmasına boşanmayı müteakip itiraz etmemiş, beş seneye yakın bir zaman sonra bu davayı açmıştır” denilmektedir. Söz konusu karar dikkate alındığında, boşanma üzerinden bir yıl geçtikten sonra, boşanan kadının MK. md. 173/2’ye dayanarak dava açmasında bir menfaati olmayacağı sonucuna varabiliriz.

Yukarıda görüldüğü gibi, (yeni) Medeni Kanun’da her iki maddede de kadınlara karşı ayrımcılık sürmektedir. Özellikle 187. madde gereğince evlendiğinde kocasının soyadını almak zorunda bırakılan kadın açısından, boşandığında bu defa 173. md. gereğince kocasının soyadını kullanma yasağının getirilmesi hakkaniyete de aykırıdır. Kadının kocasının soyadını kullanmakta yararı olduğunu ispatlayamaması ya da izin verilse

²⁰ DOĞAN İzzet, *Aile Hukukunda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler*, Legal Hukuk Dergisi, Nisan 2005, s. 1366-1367.

bile kocanın her zaman iznin kaldırılmasını talep edebilmesi karşısında, kadın yeniden soyadı değiştirmek zorunda kalacaktır. 187. maddede göz önünde tutulduğunda, boşanma durumunda 173. maddenin İsviçre'deki gibi düzenlenmesi ve boşanan kadının kocasının soyadını kullanma hakkının devam etmesi, ancak kadının istemiyle kendi soyadına dönebilmesi kabul edilmeliydi.

Aslında, Medeni Kanun değişikliği yapılırken, "Evlilik Birliği" bölümünde bütün kurallar "eşler" sözcüğüyle başlatılmış ve eşlerin eşit haklara sahip olması ilkesine uygun düzenlenmiştir. Bu nedenle, Anayasa'nın 41. ve 10. maddelerine de aykırı olan MK.nun "Kadının Soyadı" maddesindeki ayrımcılık kaldırılmalı ve eşitlik ilkesi çerçevesinde yeniden düzenlenmelidir.

2. Uluslararası Sözleşmelerde Kadının Soyadı

Türkiye kadın erkek eşitliğini sağlamak üzere düzenlenmiş olan BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ni, Ek İhtiyari Protokol'ü ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi²¹ ile 7 No.lu Ek Protokol'ü onaylamıştır. Sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekir.

a) Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi

Genel kapsamlı olan İnsan Hakları Sözleşmeleri yanında, somut olarak kadının insan haklarını yaşama geçirmek, kadınlara karşı var olan ayrımcılığı kaldırmak amacıyla düzenlenmiş olan *Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi* en kapsamlı ve en geniş katılımlı uluslararası sözleşmedir. 23 Şubat 2012 tarihi itibarıyla 187²² ülkenin taraf olduğu Sözleşmeyi Türkiye 1985 yılında onaylamıştır. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Hakkında Sözleşme'nin 16. maddesinin g fıkrası doğrudan konumuzla ilgilidir. Bu maddede:

"Taraf devletler kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayrımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacaklar ve özellikle kadın erkek eşitliği ilkesine dayanarak kadınlara aşağıdaki hakları sağlayacaklardır:

²¹ MOROĞLU Nazan, Uluslararası Sözleşmelerde Kadın Erkek Eşitliği, İstanbul Barosu yay., 2005.

²² http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en (erişim tarihi 23.02.2012)

g) Aile adı, ... karı koca için eşit kişisel haklar”

denilerek, kadının soyadı konusunda eşlerin eşit haklara sahip olması ilkesine uyulması zorunluluğu açık bir ifade ile öngörmüştür. Bu nedenle, Türkiye'nin 1985 yılında onayladığı Sözleşme'den doğan taahhütlerini yerine getirmesi gerekmektedir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve 7 No.lu Protokol

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. ve 14 maddelerinde ve 22.11.1984 tarihli 7 No.lu Protokol'ün 5. maddesinde “Eşler kendi aralarında ve çocuklarıyla ilişkilerinde, evlilikle ilgili, evlilik sırasında veya ayrıldıktan sonra, özel hukuk nitelikli haklara ve yükümlülüklerle eşit olarak sahiptirler” denilmektedir. Ayrıca, Avrupa Konseyi'nin “ Medeni Hukukta Eşlerin Eşitliği Konusundaki 37 sayılı İlke Kararı'nın 11/6. bendinde” de *soyadı konusunda bir eşin diğerinin soyadını kullanmaya zorlanamayacağına* değinilmektedir.

3. Kadının Soyadına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararları

a) Kadın erkek eşitliği açısından “kadın evlenmekle kocasının soyadını alır” kuralı, Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılığı nedeniyle hem 1926 tarihli Medeni Kanun hem de 2001 tarihli Medeni Kanun açısından Anayasa Mahkemesi'ne götürülmüş ve iptali istenmiştir. Anayasa Mahkemesi, kadının soyadına ilişkin 20 Eylül 1998 tarih ve 61/59 sayılı kararıyla²³ Medeni Kanun'un “kadın evlenmekle kocasının soyadını alır” maddesinin iptal istemini “bu durum eşitliğe aykırı değildir” diye reddetmiştir. Ret kararının gerekçesi dört yıl sonra 15.11.2002 tarihinde yayımlanmıştır.

Mahkemenin ret gerekçesinde: “... İtiraz konusu kural kimi sosyal gerçeklerin zorunluluklarından ve yasa koyucunun yıllar boyu kökleşmiş bir geleneği kurumsallaştırmasından kaynaklanmaktadır. Aile isminin kuşaktan kuşağa doğumla geçmesiyle aile birliği devam etmiş olacaktır. Kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar soyadının kocadan geçmesinin tercih nedeni olduğunu göstermektedir. Kaldı ki itiraz konusu kuralda aile isminin sadece erkeğin soyadına bağlanacağı öngörülmemiş, kadın başvurduğunda kocanın soyadıyla birlikte önceki soyadını da kullanma olanağı vardır. Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayrımına dayanan bir farklılaşma

²³ Anayasa Mahkemesinin 20 Eylül 1998 tarih ve 61/59 sayılı kararı, RG. 15.11.2002, s. 24937

yarattığı savı da yersizdir. Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez.²⁴ Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişiler için değişik kural ve uygulamaları gerekli kılabilir. Yasa koyucunun aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi, bu haklı nedenler karşısında eşitliğe aykırılık oluşturmaz..." denilmektedir.

Burada dikkate değer olan husus, Anayasa Mahkemesi'nin bir başka kararında²⁵ "modern aile hukukunun dayanağı olan eşlerin eşit haklara sahip olmaları ilkesi ve Anayasanın 10. maddesinde yer alan kanun önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı" gerekçesine açıkça yer verdiği halde kadının soyadı konusunda bu görüşünden ayrılmış olmasıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin, "Kadının Soyadı" kuralına ilişkin iptal isteminin reddi kararına muhalif kalan başkan Mustafa Bumin, üyeler Fulya Kantarcıoğlu ile Yalçın Acargün, Türkiye'nin 1985 yılında onayladığı Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi'nin "farklı cinslerin eşit haklara sahip olması" ilkesinin esas alınması gerektiğine işaret etmişlerdir.

Karşı oy yazısında "Bu kural evlilik birliği içinde aynı hukuksal konumda bulunan taraflardan kocayı kadın karşısında üstün duruma getirmektedir. Bu eşitsizliği kamu düzeni, kamu yararı gibi soyut kavramlarla açıklamak olanaksızdır. Evlenen kadının soyadı üzerindeki kişilik hakkının kimi olasılıklara veya varsayımlara dayanılarak sınırlandırılması demokratik hukuk devleti ve demokratik toplum düzeni gerekleriyle bağdaştığı ileri sürülemez. Aile soyadının seçimini, evlilikte eşit haklara sahip eşlerin özgür iradesine bırakmayıp, kocaya mutlak üstünlük sağlayan kural, yalnız eşitlik ilkesine değil, kadının soyadı üzerindeki kişilik hakkına müdahale niteliği taşıdığından Anayasa'nın 17. maddesine de aykırıdır.." denilmektedir.

Anayasa Mahkemesinin 3'e karşı 8 oyla verdiği "kadının soyadı" kuralına ilişkin iptal istemini reddeden kararına, o tarihte de bugün de katılmamız mümkün değil. Karşı oy yazısında işaret edilen Sözleşme ve Anayasa maddeleri dikkate alınması ve maddenin iptali gerekirdi.

b) Anayasa Mahkemesi'nin 2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin Anayasa'nın 2., 10., 12., 17., 41. ve 90.

²⁴ Kararın verildiği tarihte henüz Anayasa'nın 41. maddesinde (2001) ve 10. maddesindeki (2004) değişiklikleri yapılmamış olmasının eksikliği görülmektedir.

²⁵ Anayasa Mahkemesinin 29.11.1990 tarih ve 1990/30 sayılı, kadının çalışmak kocasından izin almasına dair MK. 159. maddesinin iptali kararı.

maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemiyle yapılan itiraz hakkındaki **10.3.2011 tarihli ret kararının kanımca hukuken haklı gerekçesi bulunmamaktadır.**²⁶

Evli kadının yalnız önceki soyadını kullanması istemiyle açılan davalarda itiraz konusu MK. 187. maddenin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler²⁷ iptali için başvurmuşlardır. Ancak, Anayasa Mahkemesi Türk Medenî Kanunu'nun 187. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve **itirazın REDDİNE**, Osman Alifey-yaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ ile Engin YILDIRIM'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA** 10.3.2011 gününde karar verilmiştir.

Karşı oy yazılarında, kadının kimlik sorunu, kadın erkek eşitliği ve Anayasa ve uluslararası sözleşmeler çerçevesinde 187. maddenin iptal edilmesi konusunda haklı gerekçeler verilmiştir.

KARŞI OY YAZISI

“...4721 sayılı Yasa'dan önce yürürlükte bulunan 743 sayılı Yasa'nın itiraz konusu kuralla aynı içerikteki 187. maddesi hakkında, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen red kararından sonra Anayasa'nın eşitlik ilkesine ilişkin 10. maddesinde, kadınlar lehine 2004 ve 2010 tarihli değişikliklerin yapılmasına karşın, aynı konuda 1998 yılında verilen kararda, çoğunluk oylarıyla da olsa ısrar edilmesi, Anayasa Mahkemesi'nin, gerçekleştirilen Anayasa değişikliklerini ve uluslararası alandaki gelişmelerin somut bir göstergesi olan AİHM kararlarını dikkate almadığını ortaya koymaktadır. Bu durum, temel hak ve özgürlüklerin korunup, güçlendirilmesi amacıyla evrensel hukuktaki gelişmeler doğrultusunda, Anayasa ve yasalarda yapılan değişikliklerin, onları uygulayan yargı yerleri tarafından özümseyip yaşama geçirilmedikçe, insanın onurlu bir yaşam sürdürmesi, maddi ve manevi varlığını geliştirebilmesi için gerekli ortamın oluşturulmasına bir katkı sağlayamayacağını göstermektedir. İtiraz konusu 187. maddeyle ilgili evlenen kadının, sadece kendi soyadını kullanabilmesine olanak

²⁶ RG. 21.10.2011 - 28091; E: 2009/85, K. 2011/49

²⁷ 1- Fatih 2. Aile Mahkemesi (Esas Sayısı: 2009/85), Ankara 8. Aile Mahkemesi (Esas Sayısı: 2010/35); Kadıköy 1. Aile Mahkemesi (Esas Sayısı: 2010/94)

sağlayan bir kanun tasarısı taslağının Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanarak görüşe sunulması ise yasama açısından olumlu bir gelişme olarak değerlendirilebilir.

Anayasa Mahkemesi'ne daha önce verilen aynı konuya ilişkin 29.9.1998 günlü, E: 1997/61, K: 1998/59 sayılı kararın karşioy gerekçesinde de belirtildiği gibi; cinsiyete dayalı ayrımları yasaklayan "farklı cinslerin eşit haklara sahip olması" ilkesinin sözleşmelerle uluslararası alana taşınarak ortak idealler haline dönüştürülmesi, bu ilkenin ulusal düzenlemelere yansıtılmasında itici bir güç oluşturması bakımından büyük önem taşımaktadır.

Anayasa'nın başlangıcı ile 174. maddesinde dile getirilen çağdaş uygarlık düzeyine ulaşma amacı bu uygarlığın hukuk alanına yansımaları olan hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası belgelerin, Anayasa kurallarıyla birlikte değerlendirilmesini gerektirmektedir.

Bu anlayış içinde bakıldığında, yalnız kadın yönünden zorlama getirdiği anlaşılan "Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır." biçimindeki itiraz konusu kural, evlilik birliği içinde hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda bulunan taraflardan kocayı kadın karşısında üstün duruma getirmektedir. Bu eşitsizliği kamu düzeni kamu yararı gibi soyut kavramlarla açıklamak da olanaklı değildir. Çünkü bu tür gerekçelerin, ancak kamu düzenini bozan ya da kamusal yararı zedeleyen somut olayların varlığı halinde geçerli olabileceği açıktır. Evlenen kadının soyadı üzerindeki kişilik hakkının, kimi olasılıklara veya varsayımlara dayanılarak sınırlandırılmasının, kadın-erkek eşitliği konusunu önceki düzenlemelerden farklı olarak, kadın lehine pozitif ayrımcılığa izin veren bir noktaya taşıyan Anayasa'nın 10. maddesi ile uyum içinde olduğu ileri sürülemez.

1976 tarihli Alman Evlilik ve Aile Hukuku Yasası'ndaki eşlerin ortak bir soyadı kullanacağı, aile soyadı olarak karının ya da kocanın soyadının seçilebileceği, eğer eşler bir karara varamazlarsa, kocanın soyadının ailenin soyadı olarak kabul edileceğine ilişkin kuralı inceleyen Alman Anayasa Mahkemesi 5.3.1991 günlü kararıyla kocanın soyadının, ikincil aile adı olarak seçilmesini Anayasa'ya aykırı bulmuştur. İptal kararının gerekçesinde şu görüşlere yer verilmiştir: "... bir ilişkinin geleneksel yapısı, eşitsizliği haklı kılamaz. Eğer mevcut toplumsal gerçeklik veri olarak ele alınırsa, anayasal bir emir olan farklı cinslerin eşit haklara sahip olmaları ilkesinin gerçekleştirilmesi işlevini kaybe-

decektir. Bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalınmalıdır. Esas olarak bu ilke, kadınların ayrımcılığa uğradığı yerlerde geçerlik kazanmaktadır. Çünkü Anayasa'nın 3. maddesinin ikinci fıkrası böylesi ayrımcılığı önleme amacına hizmet etmektedir. Doğumla kazanılan ad, kişinin bireyselliğinin ve kimliğinin ifadesidir. Bu nedenle birey hukuk düzeninin adına saygı göstermesini ve bunun korunmasını talep edebilir. Bir isim değişikliği, çok önemli nedenler olmadıkça talep edilemez" ^[2] Avrupa İnsan Hakları Divanı da, 1994 yılında verdiği İsviçre hakkında mahkûmiyetle sonuçlanan bir kararında, ismin kişinin kimliği anlamına geldiğini, buna yapılan müdahalenin, ailenin özel yaşamına müdahale sayıldığını bu nedenle eşitlik ilkesine aykırı olduğunu belirtmiştir.

Anayasa'nın herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu ifade eden 17. maddesi ve herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı bulunduğunu belirten 20. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı, duraksamaya yer vermeyecek biçimde açıkça ortaya çıkmaktadır.

Belirtilen nedenlerle Anayasa'nın 10., 17. ve 20. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılan itiraz konusu kuralın iptali gerektiği kanısıyla çoğunluk görüşüne katılmıyoruz."

Üye Fulya KANTARCIOĞLU

Üye Fettah OTO

Üye Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye Serruh KALELİ

Üye Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye Recep KÖMÜRCÜ

KARŞI OY YAZISI

"...Anayasa'nın 41. maddesinin ilk fıkrasına göre ise, "Aile, Türk toplumu temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır." 4721 sayılı Medeni Kanun'da her alanda eşler arası eşitlik kabul edilmesine rağmen, "Kadının Soyadı"na ilişkin kural bu eşitliğe aykırı olan tek düzenleme olarak varlığını sürdürmektedir.²⁸

²⁸ (Moroğlu, Nazan, "Medeni Kanun'a Göre Kadının Soyadı ve Bir Öneri, www.tukd.org.tr/dosya/kadinin_soyadi.doc erişim tarihi, 26.04.2011.)

Ülkemizde, son yıllarda gerçekleştirilen anayasa değişiklikleri başta olmak üzere, yasalarda kadın erkek eşitliğinin sağlanması amacıyla yeni düzenlemeler yapılmıştır. Medeni Kanun'da değişiklik yapılmasının temel amaçlarından biri, ailede eşlerin eşit haklara sahip olmaları ilkesinin yerleştirilmesi ve kadın erkek eşitsizliğinin kaldırılmasıydı. Yeni Medeni Kanunun genel gerekçesinde de "günümüzde modern hukuk sistemlerinin istisnasız hepsinde temel ilke olarak kabul edilen kadın - erkek eşitliği ilkesinin hukukumuzda da tam anlamıyla yerleştirilmesi amacıyla" Medeni Kanun'da değişiklik yapıldığı belirtilmektedir. Gerçektende 2002'de yürürlüğe giren Medeni Kanun'un "Aile Hukuku" bölümünde evlilik yaşı, konutun seçimi, evlilik birliğinin yönetimi ve temsili, birliğin giderlerine katılma, yasal mal rejimi gibi konular eşler arası eşitlik esasına dayandırılmıştır. Medeni Kanunun "Aile Hukuku" bölümünde anayasal eşitlik ilkesine uymayan tek madde "Kadının Soyadı"dır. Zorunlu soyadı kullanımı kadının kişiliğinin zedelenmesi ve evlilik bağı içinde devlet zoruyla tabi konumda tutulması anlamına gelmektedir.

Kadınların toplumsal yaşamda tanındığı soyadını kullanmaya devam etmesi en doğal hakkıdır. Evli kadının evlenmeden önceki soyadını kullanması kadının kimlik ve kişiliğinin gelişmesine yol açarak, aile kurumunun eşitlikçi bir yapıya sahip olmasına katkı yapacaktır. Kadının evlilik öncesi sahip olduğu soyadının kullanılmasına izin verilmesiyle evlilikte taraflar arasında eşitliği sağlamada küçük ama önemli bir adım atılmış olacaktır.

Yeryüzünde var olan toplumların neredeyse tamamında erkeğin kadına üstünlüğü yerleşik bir değer yargısı olmuş ve bunun temelinde, kadının aciz, erkek tarafından korunmaya muhtaç bir varlık (*inbeccillitas sexus*) olduğu varsayımı yer almıştır. Aile kurumunun, "toplumun kalbinde en küçük demokrasinin inşasına" imkân verecek bir şekilde, cinsiyetler arası eşitliğe dayalı olarak yapılanabilmesi, toplumsal düzeyde demokrasinin ve demokratik değerlerin yerleşmesine imkân tanıyacaktır.

Sonuç olarak, itiraz konusu olan kadının evlenmekle kocanın soyadını alınacağına ilişkin düzenlemenin, Anayasa'nın 10., 12., 17. ve 41. maddelerine aykırı olduğu düşüncesiyle çoğunluk görüşüne muhalefet ediyorum.."

c) Anayasa Mahkemesine tarihi bir karar aldırın gelişme, Siirt Asliye Hukuk Mahkemesine yapılan başvuru ile geldi.²⁹ Eşinden boşanıp çocuğunun velayet hakkını veren mahkeme kararıyla alan anne, babaya ait olan soyadı da değiştirirp çocuğuna kendi soyadını vermek istedi. Ancak, mahkeme bu değişikliğe Soyadı Kanunu'nun izin vermemesi üzerine 21.6.1934 günlü, 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasının "*Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır*" biçimindeki birinci cümlesinin, Anayasa'nın 10., 13. ve 41. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yolu ile başvurdu. Anayasa Mahkemesi "...Eşler, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumdadırlar. Erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmaması, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğurur. Bu nedenle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırıdır..." gerekçesiyle oybirliğiyle maddenin iptaline karar verdi. Ancak, 1934 tarihli Soyadı Kanunu'nun ilgili maddesinin iptal edilmiş olması karşısında bir yasa boşluğu doğmuştur. Medeni Kanun'daki çocuğun soyadına ilişkin maddenin de bu yolda yeniden düzenlenmesi gerekecektir.

4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı³⁰

"Türk yasaları tarafından erkeklerin kendi soyadlarını kullanmasına izin verilmesine karşın, nüfus idaresinin evlendikten sonra kızlık soyadını kullanmasına izin vermemesini" İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne (İHAM) şikayet eden Ayten Ünal Tekeli, bunun cinsiyete dayalı ayrımcılık olduğunu ileri sürmüştür. Başvuran Ünal-Tekeli, ulusal mercilerin evliliğinden sonra yalnızca kızlık soyadını kullanmasına izin vermemelerinin hem tek başına hem de 14. maddeyle birlikte düşünüldüğünde 8. maddeyi³¹ ihlal ettiğini iddia etmiştir. Ulusal yargı yolla-

²⁹ Karar Günü: 8.12.2011; E.: 2010/119; K: 2011/165; R.G. Tarih-Sayı: 14.02.2012-28204;

³⁰ Ünal - Tekeli Türkiye Davası, AHİM, 4. Daire, Başvuru No. 29865/96; Karar 16 Kasım 2004.

³¹ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) 8. madde:

"1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik,

rında bunun bir ayrımcılık olmadığına karar verilmiş olduğunu belirten başvuran, Sözleşmenin 8. maddesinin uygulanmasını talep etmiştir.

Türk hükümeti yaptığı savunmada, bu davaya Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanamayacağını ileri sürerek, soyadı seçiminin bireysel bir tercih olmadığını ve devletlerin bu alanda kamu düzeni gereğince geniş tasarruf hakları bulunduğunu belirtmiştir. Ayrıca Hükümet, durumun cinsiyetler arasında farklı muamele oluşturduğunun farkında olduğunu, ancak bunun bir kamu düzeni sorunu olduğunu ve burada bireyin özel yaşamına değil, kamu düzenine öncelik verildiğini açıklamıştır. Anayasa Mahkemesi kararına atfla, Türkiye'deki toplumsal gerçekler gözönüne alındığında cinsiyete dayalı farklı muamelenin geçerli nedenleri olduğunu iddia etmiştir. Hükümet, 14 Mayıs 1997'de MK'nun 153. maddesinde değişiklik yapılmış olduğunu, kadınların evlenmekle aldığı kocasının soyadının önünde önceki soyadını da kullanabileceğini açıklamıştır.

AİHM, cinsiyetler arası eşitliğin geliştirilmesinin günümüzde Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında önemli bir hedef olduğunu vurgulayarak, Bakanlar Komitesi'nin yayınladığı iki metne işaret etmiştir.³² Mahkeme, bu metinlerin üye Devletleri, aralarında soyadı seçiminin de bulunduğu birçok konuda cinsiyete dayalı ayrımcılığı kaldırmaya çağıran temel belgeler olduğunu vurgulamıştır. AİHM ayrıca, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerde, eşlerin aile adı seçiminde eşit haklara sahip olduklarını, Türkiye'nin evlenmekle kadının otomatik olarak soyadını değiştirmesini yasalarla öngören tek ülke olduğunu; evlenince soyadını değiştirmek istemeyen kadınların çıkarlarının dikkate alınmamış olduğunu belirtmiştir. Türkiye'de Kasım 2001'de yapılan Medeni Kanun değişikliğinin amacı ailede eşleri eşit haklara sahip konuma getirmek olduğu halde, evlendikten sonraki aile adına yönelik, kadınları kocalarının soyadlarını almaya zorlayan kuralların

kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlilik ve düzeninin 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."

İHAS 14.madde:

"Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer görüşler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımında hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır."

³² Medeni Kanun'da eşlerin eşitliğine ilişkin 27 Eylül 1978 tarihli ve 37 sayılı karar; cinsiyet ayrımına karşı yasal korumaya ilişkin 5 şubat 1985 tarihli ve 2 sayılı tavsiye kararı.

değiştirilmemesinin hiçbir haklı gerekçesi olamayacağını ileri süren AİHM, söz konusu farklı muamelenin başvuranın talebi doğrultusunda 14. maddeyle birlikte düşünüldüğünde Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir.

AİHM kararı gereğince, başvuran da dahil olmak üzere evli eşlerin kendi soyadlarını kullanabilme veya soyadı (aile adı) seçiminde eşit haklara sahip olmalarını sağlamaya yönelik yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve gerekli önlemlerin alınması Türkiye devletine bırakılmıştır. AİHM başvurana ayrıca bir manevi tazminat verilmesini uygun görmemiştir.

AİHM kararının açıklanmasının ardından, "eşlere ortak soyadı seçme hakkı veren" ve kadına evlendikten sonra sadece kendi soyadını taşıma hakkı veren" kanun teklifleri TBMM'ne verilmişse de, bu kanun teklifleri henüz gündeme alınmamıştır.

Değişiklik Önerisi

Türk hukukunda halen yürürlükte olan "Kadının Soyadı"na ilişkin kurallar (MK. 187 ve 173. md.ler), soyadının hukuki niteliği ve işlevi göz önünde tutulduğunda kadınlara karşı ayrımcılık oluşturmaya devam etmektedir. Bilindiği gibi, soyadı bir kimsenin kimliğinin ayrılmaz bir parçasıdır, dolayısıyla kadının soyadı da kadının kimliğinin ayrılmaz bir parçasıdır. Evlenince ve boşanınca sadece kadının soyadını değiştirmek zorunda kalması, günümüzde ortaya çıkan ihtiyaca ve çağdaş hukuk kurallarına aykırı düşmektedir. Medeni Kanun'un kadının soyadıyla ilgili kuralları Anayasa, uluslararası sözleşmeler ve AİHM kararı doğrultusunda yeniden düzenlenmesi gereklidir.

Medeni Kanun'da yer alan "Kadının Soyadı"na ilişkin kurallar, Anayasa'nın aşağıdaki hükümlerine aykırıdır:

- 2001 tarihinde Anayasa'nın 41. maddesinde yapılan değişiklikle kabul edilen *ailede "eşlerarası eşitliği"* öngören hükmüne;
- 2010 değişikliği gözönünde tutulduğunda, Anayasa'nın "kanun önünde eşitlik" başlığını taşıyan 10. maddesinin "*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçirilmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.*" hükmüne;

- Anayasa'nın 12. maddesinde yer alan kişilik haklarının korunmasına ilişkin *"herkes kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir"* hükmüne;
- Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan *"herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma.. hakkına sahiptir"* hükmüne;
- 2004 değişikliğiyle Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen *"usulüne uygun yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümler esas alınır"* hükmüne aykırıdır.

Özellikle 2001 yılında Anayasa'nın 41. maddesinde yapılan değişiklik karşısında, *"evlendiğinde kendi soyadını taşımaya devam etme miyle"* (Aile Mahkemesinde) açılacak bir davada, MK.nun 187. maddesinin Anayasa'ya açık aykırılığı nedeniyle Anayasa Mahkemesine götürüldüğünde iptal edilmesi gerekirken, Anayasa Mahkemesi bu yolda yapılan itirazı 10.03.2011 tarihinde oyçokluğuyla reddetmiştir.

MK'da yer alan "Kadının Soyadı" kuralı, Anayasa'ya aykırılığının yanında, Türkiye'nin taraf olduğu ve uygulama taahhüdü altında bulunduğu başta Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi'nin 16. maddesine; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. ve 8. maddelerine; 7 no.lu Ek Protokol'ün 5. maddesine; Avrupa Konseyi tavsiye kararlarına ve ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da aykırı düşmektedir.

Kadınların toplumsal yaşamda tanındığı soyadını evlendiğinde de kullanmaya devam etmesi en doğal ve yasal hakkıdır. Nitekim yasada böyle bir hak verilmemesine rağmen toplum içinde veya iş yaşamında tanındığı soyadını evlendiğinde kullanmaya devam eden çok sayıda kadın vardır. Bu gereksinimin karşılanması için "Kadının Soyadı" kuralı, "eşlerin soyadı konusunda birlikte karar verebilmelerine veya her birinin kendi soyadını taşımaya devam etmesine imkan verecek" bir şekilde değiştirilmelidir. Bu bakımdan Alman hukukunun örnek alınması kanımca doğru bir tercih olacaktır.

Önerim, 187. madde başlığının "Kadının Soyadı" yerine "**Aile Adı**" olarak değiştirilmesi ve maddenin *eşlerin ortak bir soyadı seçme zorunda olmadıkları, ama dilerlerse seçme hakkının da verildiği aşğıdaki şekilde* düzenlenmesidir. Böyle bir değişiklik Anayasa'nın 41. ve

10. maddesindeki eşitlik ilkesine uygun ve İHAM'ın Türkiye'ye verdiği yükümlülüğü yerine getirecek, aynı zamanda günümüzde ortaya çıkan ihtiyaçları da karşılayacak nitelikte olacaktır:

Madde 187. Aile Adı:

“ Eşler, her biri evlilik öncesi soyadını kullanmaya devam etmek istemedikleri takdirde, evlendirme memuruna yapacakları yazılı bildirim ile ortak aile adı olarak erkeğin ya da kadının doğumla aldığı soyadını seçebilirler. Soyadı aile adı olarak seçilmeyen eş doğumla kazandığı soyadını aile adının önünde taşıyabilir. Eşler böyle bir seçimde bulunmamışlarsa kadın evlenmekle kocasının soyadını alır ve doğumla aldığı soyadını kocasının soyadının önünde taşır.”

Yukarıdaki şekilde yapılması önerilen değişiklikte **eşlerin her birine kendi soyadlarını taşımaya devam etme imkanı verilmiş** olacaktır. Bu imkanı kullanmak istemeyen eşlere aynı zamanda evlenirken **“soyadını seçme hakkı verilmesi” eşlerin eşit haklara sahip olmaları ilkesine uygun düşecektir.** Ortak aile adı seçmedikleri takdirde, evli kişilerin ortak soyadı kullanması anlayışını benimseyen görüşe uygun olarak **kadın kocasının soyadını alacaktır.** Evlenirken eşlerden birinin soyadının seçilmemiş olması günümüzde olduğu gibi, kocanın soyadının aile adı olarak kabul edilmiş olması anlamına gelecektir. **Ayrıca, önerilen hükme göre kadın da doğumla kazandığı soyadını kaybetmeyeceğinden, bir kimlik sorunu yaşamaması önlenmiş olacaktır. Mevcut evlilikler için bir geçiş hükmü ile örneğin bir yıl süre tanınarak, isteyen eşlere bu süre içinde aile adı seçmeleri imkanı verilebilir.** Medeni Kanun'un 187. maddesinde önerilen şekilde yapılacak bir değişiklik, aynı zamanda boşanma durumunda kadının soyadı ve çocuğun soyadı kurallarının da yeniden düzenlenmesini gerektirecektir. Özellikle Medeni Kanun'un 321. maddesi açısından **“çocuğun soyadına” bir başka yazıda değinilecektir.**

Yürürlükteki MK. 187. madde hükmünün, objektif veya sübjektif nedenle evlendiğinde karısının soyadını almak isteyen erkek açısından da engelleyici olduğu gözardı edilmemelidir. Bu bakımdan MK.nun 187. maddesinde yapılmasını önerdiğimiz değişikliğin günümüz gereksinimini karşılayacağını düşünüyoruz.

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA CİNSEL SALDIRI SUÇU VE CİNSEL SUÇLAR DEĞİŞİKLİK TASARISI'NIN DEĞERLENDİRİLMESİ*

REVIEWING THE SEXUAL HARASSMENT OFFENSE IN TURKISH PENAL CODE NUMBER 5237 AND AMENDMENT PROPOSITIONS FOR THE SEXUAL OFFENSES

Nur CENTEL**

Özet: Bu makalede sadece “cinsel saldırı” suçu ele alınarak öğretilerdeki bazı farklı görüşlere değinilmekte ve “Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı” değerlendirilmektedir.

Anahtar Sözcükler: Türk Ceza Kanunu, cinsel suçlar, Kişilere Karşı Suçlar, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz.

Abstract: In this article, the term “sexual harassment” is studied and some different opinions in the doctrine is mentioned along with discussing the “Amendment of the Sexual Harassment”

Keywords: Turkish Penal Code, sexual harassment offenses, offenses against a person, offenses against sexual immunity, sexual harassment, sexual abuse of the children, sexual intercourse with a minor and sexual abuse.

I. Giriş

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda cinsel suçlar “Kişilere Karşı Suçlar” arasında “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Burada dört ayrı suç yer almaktadır: Cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz.

Aşağıda sadece “cinsel saldırı” suçu kısaca ele alınarak öğretilerdeki bazı farklı görüşlere değinilmekte ve “Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı” değerlendirilmektedir. Konunun kriminolojik yönü, bu suçların

* Bu konu Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde 4 Mayıs 2011 tarihinde yapılan “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Yeni Yaklaşımlar Sempozyumu”nda tebliğ olarak sunulmuştur.

** Prof. Dr., Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

nedenleri, etkenleri ile nasıl kontrol altına alınıp azaltılabileceğini ise ele alınmamaktadır.

Anlatım düzeni olarak, tanım, korunan hukuki değer, fail ve mağdur, suçun maddi unsuru, hukuka aykırılık unsuru, manevi unsur, ağırlaştırıcı sebepler, suçun özel görünüm biçimleri ile yaptırım ve yargılamaya ilişkin kurallar sırası izlenmektedir.

II. Suçun Tanımı

Cinsel saldırı suçu yürürlükten kalkmış bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki irza geçme, irza tasaddi ve (kısmen) sarkıntılık suçlarının karşılığı olmaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 102'ye göre, "(1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi, mağdurun şikayeti üzerine, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. / (2) Fülün vücudunda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda yedi yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu fülün eşe karşı işlenmesi halinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikayetine bağlıdır. / (3) Suçun; a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, b) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, c) Üçüncü derece dahil kan veya kayın husumluğu ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı, d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır. / (4) Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır. / (5) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. / (6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

III. Korunan Hukuki Değer

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel suçların "Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler" başlığı altında düzenlenmesi yasakoyucunun cinsel suçlara cinsel özgürlük değil, genel adap açısından

baktığını göstermekteydi. *Genel adap* kadına karşı ayrımcılığı meşrulaştıran değer yargılarının ifadesi olan belirsiz bir kavramdır. Belirsiz bir kavramı korumak uğruna kişinin ruhsal ve fiziki bir bütün olan cinsel yaşamını, cinsel özgürlüğünü koruma arka plana itilmişti ve bu durum çağdaş gelişmelerle, Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi hükümleriyle çelişmekteydi.

Yasalarda kullanılan kavramlar yasakoyucunun ilgili suç bakımından hangi hukuki değeri korumak istediği hakkında fikir verme ve uygulamayı yönlendirme işlevini görmektedir; bu nedenle dikkatli seçilmeleri gerekir.

Türk ceza muhakemesi hukukunun öncülerinden merhum Prof. Dr. Nurullah Kunter'in (*Prof. Dr. Feridun Yenisey ile Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu tarafından güncelleştirilerek devam ettirilmekte olan*) ünlü "*Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*" isimli eserinin her baskısının başlangıç sayfasında *Carnelutti*'den alıntı olduğunu ifade ettiği şu tümceler yer alır: "*İsim meselesi. Bir zamanlar ben de bana öğretildiği gibi önemsiz derdim. Kelimelerin değerini şimdi ve her gün biraz daha fazla anlıyorum*". Dolayısıyla, bu tümcelerde de vurgulandığı gibi, kullanılan kavramların önemini gözardı etmemeliyiz.

2547 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel özgürlüğe karşı suçlar *kişilere karşı suçlar* arasına alınarak isabetli bir düzenleme yapılmıştır. Böylece yasakoyucu cinsel suçların genel adap ve aileye karşı değil, kişilere karşı suç olduğunu kabul ederek bireye önem verdiğini ortaya koymuştur. Burada bir adım daha atılarak bu suçlar cinsel dokunulmazlığa karşı değil, *özgürlüğe karşı suçlar* arasında düzenlenmelidir.

Bu suçlarla bireylerin cinsel özgürlükleri ihlal edilmektedir. *Cinsel özgürlük ile cinsel dokunulmazlık* eş anlamlı kavramlar değildir. 2547 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel suçların "*cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*" başlığı altında toplanması, korunan hukuki değerinin insanın fiziki varlığı, bedeni olduğu algılamasına sebebiyet vermektedir. Oysa beden bütünlüğü ile vücut dokunulmazlığı yaralama suçları tanımlarıyla korunmaktadır.

Hükmün gerekçesinde korunan ortak hukuki değer "*kişilerin cinsel dokunulmazlığı*" olduğu, cinsel dokunulmazlığı kişilerin vü-

çudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunulması suretiyle ihlal edildiği belirtilmekte; cinsel özgürlük kavramına ise hiç değinilmemektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı yapılan bazı başvurularda, cinsel suçlarda tıbbi muayenenin tecavüzü tespit etme amacına değil, bekaretin kaybedilip edilmediğinin belirlenmesine yönelik olduğu; mağdurun tecavüz kurbanlarının gösterdiği psikolojik davranışlar içerisinde bulunup bulunmadığının araştırılmadığı ve adli tıp uzmanları tarafından gerekli incelemenin yapılmadığı hususlarını eleştirmektedir. Bu açıdan suçun özgürlüğe karşı suçlar arasına alınması korunan hukuki yararı daha iyi anlatarak bu tür eleştirilerin önüne geçebilir.

IV. Suçun faili ve mağduru

Cinsel saldırı suçunun faili herkes olabilir. Failin küçük olması mümkündür. Fail ve mağdur aynı veya farklı cinsiyetten olabilir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde ırza geçme suçunun failinin ancak erkek olabileceği kabul edilmekteydi. Irza geçme "aktif failin cinsel organını diğerinin vücuduna normal veya anormal yoldan menisini boşaltacak şekilde kısmen veya tamamen ithal etmesi, sokması" şeklinde tanımlanmaktaydı. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan suç tanımına göre ise failin erkek olması şart değildir. Bu Yasa'da *cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal etme, vücuda organ veya sair bir cisim sokma* kavramları esas alınmış bulunmaktadır.

Suçun mağduru herkes olabilir. Ancak, mağdurun failin eşi olması durumu nitelikli cinsel saldırı bakımından ayrıca düzenlenmiştir.

Öte yandan, bu suçta mağdurun yaşı önem taşımaktadır. Mağdurun yaşının küçük olması halinde bu suç değil, *çocukların cinsel istismarı suçu* oluşacaktır. Ancak mağdur 15-18 yaş arasında ve rızası var ise bu durumda da eylem *reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu* oluşturacaktır. 15 yaşından küçüklerin rızası bulunsa da geçerli olmayacak ve eylem çocukların cinsel istismarı suçu olarak cezalandırılacaktır. 15 yaşından büyüklere karşı işlendiğinde ise ancak rıza bulunmadığında bu suç oluşacaktır.

V. Suçun Unsurları

Suçun unsurları maddi unsur, hukuka aykırılık unsuru ve manevi unsur olarak ele alınmaktadır.

1. Suçun Maddi Unsuru

a. Cinsel saldırının temel şeklinde maddi unsur

Cinsel saldırı suçunun temel şekli cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlalidir (TCK m. 102/1). Bu suç, 765 sayılı Yasa'daki irza tasaddi ve (kısmen) sarkıntılık suçlarını kapsamaktadır. Suçun takibi şikayete bağlıdır.

Vücut dokunulmazlığının ihlali, kişinin rızası dışında başkası tarafından vücut bütünlüğüne yapılan fiziki temastır.

Davranışların cinsel olması gerekir. Cinsel davranışlar cinsel amaçlı veya cinsel istekleri tatmine yönelik olarak yapılan hareketlerdir. Failin cinsel tatmin duyup duymaması önemli değildir. Cinsel davranış, öpme, okşama, elleme, dokunma veya sarılma şeklinde olabilir.

Cinsel saldırıdan söz edilebilmesi için iki kişi arasında bedensel temas şarttır. Bununla birlikte, bu temasın çıplak vücutla veya cinsel organlarla ilgili olması gerekmez. Örneğin, cinsel maksatlarla bir kimseyi sadece seyretme veya bir kimseyi kendi üzerinde cinsellik içeren hareketler yaparken hazır bulunmaya zorlama cinsel saldırı olmaz; çünkü vücut teması yoktur.

Cinsel arzuların tatmin edilmiş olması gerekmez; mağdurun vücudu üzerinde cinsel birleşmeye varmayan cinsel davranışların yapılmasıyla birlikte suç tamamlanır.

Yargıtay da bedensel temas ölçütünü esas almaktadır. Fiziki temas içermeyen cinsel davranışlar, cinsel taciz sayılmaktadır.

Cinsel saldırı suçunun düzenlenmesinde cebir, tehdit, hile veya mağdurun iradesine etki edecek haller unsur olarak gösterilmemiştir. Ancak Gerekeç'te, cinsel saldırı suçunun özelliğinin, bu suçu oluşturan fiillerin mağdurun iradesi dışında gerçekleştirilmesi olduğu belirtilerek, mağdura karşı cebir veya tehdit ya da hile kullanılabileceği gibi; mağdurun bilincini yitirmesine neden olma veya uyku hali do-

layısıyla bilincinin kapalı olmasından yararlanma suretiyle de suçun işlenebileceği gösterilmiştir. Kanaatimizce bu örneklere “psikolojik baskı” da eklenmeliydi. Bir çok cinsel saldırı psikolojik baskıya başvuru olarak işlenmekte, ancak bu durum cebir, tehdit veya hile kapsamında da görülmeyerek eylem suç sayılmamaktadır.

Cebir, mağdur üzerinde maddi güç kullanmaktır. Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmedilecektir

Cebir mağdur üzerinde gerçekleştirilmelidir. Mağdurun yakınları üzerinde gerçekleştirilerek onun fiile rızasını sağlamayı amaçlayan cebir mağdura karşı tehdit sayılır. Mağdurun yakınlarına yönelik beyanlar da cinsel saldırı suçunun vasıtası olan tehdit niteliğindedir.

Tehdit, mağdurun kendisinin veya yakınlarının ağır ve haksız bir zarara uğratılacağı bildirilerek korkutulmasıdır. Bu zarar bildirim, yaşama, vücuda, malvarlığına yönelik olabilir.

Hile, mağdurun aslında yapmayacağı bir davranışı aldatılarak yapmaya yöneltmesidir.

Mağdur failin kullandığı hileli vasıtalarla veya başka nedenlerle de cinsel saldırıya karşı koyamayacak durumda bulunabilir. Bu durumlarda rıza göstermiş olsa bile rıza geçerli olmayacaktır. Mağdurun beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olmasından yararlanılarak cinsel saldırının işlenmesi daha ağır cezayı gerektirecektir.

b. Cinsel saldırının nitelikli şeklinde maddi unsur

Cinsel saldırının vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi suçun ağırlaşması sonucunu doğurmaktadır (TCK m. 102/2). Bu eylem 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki ırza geçme suçunun karşılığı olmaktadır; ancak, önceki düzenlemeden daha geniş kapsamlıdır. Çünkü, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde ırza geçme suçunda tabii veya gayritabii yoldan cinsel ilişki, yani cinsel organı sokma esas alınmaktaydı. Yargıtay cinsel organ dışındaki bir organın veya cismin cinsel organa sokulmasını *ırza tasaddi* olarak nite-

lendirmektedir. Buna karşılık, yeni düzenlemede herhangi bir vücut boşluğuna cinsel veya diğer bir organ sokmanın yanı sıra cisim sokulması da bu suçu oluşturacaktır. Hükmün gerekçesine göre, “Suçun bu nitelikli hali için, vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin ithal edilmesi gerekir. Bu bakımdan vücuda penis ithal edilebileceği gibi, vajinal veya anal yoldan cop gibi sair bir cisim de ithal edilebilir. Bu bakımdan söz konusu suçun temel şeklinin aksine, bu fıkra tanımlanan nitelikli halinin oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması şart değildir”.

Bu halin cinsel saldırı suçunun ağırlaştırıcı sebebi mi olduğu yoksa ondan bağımsız bir suç mu olduğu konusu öğretilerde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre cinsel saldırının vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi ayrı suçtur, dolayısıyla eylemin tamamlanmadığı hallerde suç teşebbüs aşamasında kalmış olur. Yani yaptırım olarak ağırlaştırılmış ceza esas alınır ve teşebbüs indirimi uygulanır.

Diğer görüş ise vücuda organ veya sair cisim sokmanın cinsel saldırı suçunun nitelikli hali sayılması gerektiği şeklindedir. Bu durumda eylemin tamamlanmadığı hallerde sadece daha hafif olan basit cinsel saldırının cezasının verilmesi gerekir.

Kanımca, cinsel saldırı suçunun vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenmesi ayrı suç sayılmalı, dolayısıyla eylemin tamamlanamadığı hallerde ağırlaştırılmış ceza esas alınarak teşebbüs indirimi uygulanmalıdır.

Yasa koyucu vücuda organ veya sair cisim sokma eyleminin eşe karşı işlenmesi durumunda soruşturma ve kovuşturmanın şikayete bağlı olmasını öngörmüştür (TCK m. 102/2 cümle 2).

765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde “evlilik içi ırza geçme” olarak nitelendirdiğimiz bu hal cinsel suç kapsamında cezalandırılmıyor, belli şartlarla eşe karşı *kötü muamele suçu* olarak nitelendiriliyordu. Oysa ırza geçme suçunun tanımında mağdurun failin eşi olmaması gibi bir unsura yer verilmemişti.

Geleneksel anlayışta evli kadının kocanın adeta malı olarak görülmesi, kadının evlenmekle kocasıyla her koşulda cinsel ilişkiyi kabul

konusunda geri alınmaz bir irade beyanında bulunmuş sayılması uygulamayı etkilemekteydi. Evli kadının vücut bütünlüğü yokmuş gibi davranılmaktaydı. Başka ülkelerde çoktan değişmiş olan bu anlayışın bizde de değişmesi için evlilik içi ırza geçmenin suç olması gerekiyordu. Bu nedenle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda evlilik içi ırza geçmenin açıkça suç olarak düzenlenmesi isabetlidir. Kuşkusuz, bu suç çoğunlukla gizli kalacak, şikayet konusu yapılmayacaktır. Ancak, Yasa'da bu suça yer verilmesi en azından bu tür davranışların toplumsalca onaylanmadığının sembolik de olsa bir ifadesini teşkil edecek ve potansiyel suçlular açısından caydırıcı olabilecektir.

2. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuken geçerli bir rızanın varlığı halinde ortada bir saldırı bulunmayacağından eylem hukuka uygun olacak, suç teşkil etmeyecektir.

Ancak rıza sadece cinsel davranışı değil, aynı zamanda cinsel davranışın gerçekleşme biçimini de kapsamalıdır. Sözelimi, rızanın bedensel temasa yönelik olup da vücuda organ sokmayı kapsamadığı hallerde vücuda organ sokulması bu suçu oluşturacak; mağdurun rızasından söz edilemeyecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bir kararına göre, mağdur bakımından onur kırıcı olan ya da ağır bedensel zarar doğurma riskini taşıyan cinsel davranışlara gösterilen rızanın geçerliliği yoktur (*AHİM-19. 02. 1997, Laskey Jaggard ve Brown/Birleşik Krallık*).

Rıza bulunması halinde suç oluşmayacağından, uygulamada en çok üzerinde durulan konulardan biri rızanın var olup olmadığıdır. Mağdurların genellikle önce rızalarının bulunmadığını söyleyip sonra çeşitli nedenlerle beyanlarını değiştirmeleri, suça dair sair delillerin elde edilmesinin güçlüğü, mahkemelerin karar vermelerini zorlaştırmaktadır (*YCGK, 07. 10. 2008-5-161/212, O. Yaşar/H. T. Gökcan/M. Artuç, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu III, Ankara 2010, 3269*).

3. Manevi Unsur

Cinsel saldırı suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Ancak, bulunması gereken kastın çeşiti konusunda öğretilerde üç farklı görüş vardır: 1) Bu

suçun genel kastla işlenebilen bir suç olduğu, 2) Suçun temel şeklinin özel, vücuda organ veya sair cisim sokulması şeklinde işlenen nitelikli halinin ise genel kastla işlenebilen bir suç olduğu, 3) Cinsel saldırı suçunun her iki şeklinin de özel kastla işlenebileceği.

Bir suç tanımının analiz edilmesinde bu kadar farklı görüşlerin ileri sürülebilmesi tanımın isabetli biçimde yapılmadığını göstermektedir. Eski deyişle tanım "*efradını cami, ağyarını mani*" olmamıştır.

Suç tanımına bakıldığında, cinsel saldırının her iki şekli bakımından da bu suçta aranan kast çeşitinin genel kast olduğu, cinsel tatmin özel kastına yer verilmediği görülmektedir. Madde metninde saike yer verilmemiştir. Fail, hareketinin cinsel hareket olduğunu bilmeli ve bu hareketi isteyerek yapmalıdır. Hareketin cinsel istekleri tatmine yönelik olması gerektiği madde metninden anlaşılmamaktadır.

Hükmün gerekçesinde ise suçun temel şekli bakımından gerçekleştirilen hareketlerin objektif olarak shevi nitelikte bulunmalarının yeterli olduğu, failin shevi arzularının fiilen tatmin edilmiş olması gerekmediği, nitelikli şekilde ise suçun temel şeklinin aksine nitelikli halin oluşabilmesi için gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olmasının şart olmadığı belirtilmektedir.

Gerekçeye göre suçun temel şeklinde özel kastın aranması, nitelikli şekilde ise genel kastla yetinilmesi gerekecektir. Yasa koyucunun hüküm metninin tamamlanmasını bu ölçüde Gerekçeye bırakması isabetli olmamıştır. Gerekçe hukuken yasa metnine dahil bulunmadığından, hüküm kapsamını bu yolla daraltmak veya genişletmek mümkün değildir.

Temel cinsel saldırıda özel kast aranması, failin cinsel arzuları tatmin amacıyla eylemi gerçekleştirmediği hallerde suçun kasten yaralama veya hakaret sayılması sonucunu doğuracaktır. Vücuda organ veya sair cisim sokmada ise cinsel arzuları tatmin amacı bulunmasa da failin eylemi bilerek ve isteyerek hareket etmiş olması bu suçun oluşması için yeterli görülecektir.

Suçun işlenmesinde sadece doğrudan kastın mı aranacağı yoksa olası kastın da yeterli mi olacağı konusunda da öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Kanımca bu suç olası kastla işlenebilir.

VI. Ağırlaştırıcı Nedenler

Cinsel saldırı suçuna ilişkin ağırlaştırıcı nedenler şunlardır:

1. Mağdurun Beden veya Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumda Olması

Eylemin beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan bir kişiye karşı işlenmesi cezanın artırılmasını gerektiren bir haldir (TCK m. 102/3-a). Kendini savunamayacak durumda bulunma engelli olmaktan veya bedensel veya ruhsal bir hastalıktan ileri gelmiş olabilir.

Beden ve ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunma mağdurun cinsel saldırı suçuna karşı koyma olanağını ortadan kaldıracak nitelikte olmalıdır. Bu halin geçici veya sürekli olması önemli değildir. Önemli olan mağdurun bu nedenle eyleme karşı koyma serbestisinin bulunmamasıdır.

Beden bakımından kendini savunamayacak durumda bulunma, kişinin felçli olması veya iç hastalıkları dolayısıyla güçsüzleşmiş olmasıdır.

Ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olma, mağdurun savunma olanağını ortadan kaldıracak şekilde maluliyetinin bulunması demektir. Mağdur eylemin ahlaki kötülüğünü ve anlamını kavrayamamaktadır.

Mağdurun bu durumunun fail tarafından fiilden önce bilinmesi şarttır.

2) Kamu Görevinin veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuzun Kötüye Kullanılması

Failin kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak eylemi işlemesi halinde ceza ağırlaşacaktır (TCK m. 102/3-b). Bu konumdaki kişilerin mağdur üzerindeki otoritelerini kötüye kullanarak mağdurun direncini daha kolay kırmaları ve cinsel saldırı suçunu işlemeleri mümkündür. Hizmet ilişkisinin sürekli veya geçici, ücretli veya ücretsiz olması önemli değildir. Önemli olan bu ilişki dolayısıyla failin mağdur üzerinde nüfuzunun bulunması ve bunu kötüye kullanarak suçu işlemesidir.

Resmi dairelerin, devlet kurumlarının veya banka, fabrika, ticarethane vs. gibi özel işletmelerin yöneticilerinin terfi, tayin veya işten çıkartma, ücretleri artırma, izin verme gibi konularda var olan yetkilerini buralarda çalışanlara karşı işledikleri cinsel saldırı suçunda baskı aracı olarak kullanmaları halinde bu ağırlaştırıcı sebep uygulanacaktır.

3) Kan veya Kayın Hısımlığı İlişkisinin Bulunması

Mağdurla fail arasında üçüncü derece dahil kan veya kayın ilişkisinin bulunması, cezayı artırıcı bir husustur (TCK m. 102/3-c). Akrabalık ilişkisi çerçevesinde failin mağdur üzerinde etkili olması fiilin işlenmesini kolaylaştırır ve mağdurun direncinin daha kolay kırılabilmesine sebebiyet verir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda sadece failin üstsoydan olması hali ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmüştü. 5237 sayılı Yasa'da bunun genişletilmiş olması isabetlidir.

Evliliğin sona ermesiyle birlikte kayın hısımlığı ceza hukuku açısından artırma nedeni olarak dikkate alınmayacaktır.

4) Silah Kullanılması veya Faillerin Birden Fazla Olması

Suçun silahla işlenmesi veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi ağırlaştırıcı nedendir (TCK m. 102/3-d).

Silah kullanılması faile cesaret vererek suçun işlenmesini kolaylaştıran ve mağduru da korkutarak direncini azaltan bir husustur.

Silah tanımına 5237 sayılı TCK m. 6/1'de yer verilmiştir. Buna göre silah, ateşli silahlar, patlayıcı maddeler, saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, yakıcı aşındırıcı yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı, nükleer, radyoaktif, kimyasal ve biyolojik maddelerdir.

Fiilin işlenmesi sırasında mağduru etkileyecek biçimde bu araçlardan birinin kullanılmış olması, örneğin tabanca gösterilmesi hükmün uygulanması için yeterlidir. Silahın bilfiil somut olayda kullanılması gerekmez. Önemli olan mağduru korkutup direncini kırmasıdır. Ger-

çeğine benzeyen oyuncak tabanca da bu hükmün uygulanması sonucunu doğurabilir.

Faillerin birden fazla olması hali ağırlaştırıcı sebeptir. Burada kastedilen suçun icra hareketlerinin müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde gerçekleştirilmiş olmasıdır. Azmettirme veya yardım etme halinde bu ağırlaştırıcı neden uygulanmaz. Çünkü Yasa'da *birlikte hareket etmeden* söz edilmektedir. Birlikte hareket etme, önceden anlaşmayı gerektirmez.

Birden fazla kişinin her birinin mağdura cinsel saldırı eylemini gerçekleştirmiş olması gerekmez. Faillerden biri cinsel eylemi yaparken diğerinin mağdurun kollarını tutması halinde eylemi birlikte işlemiş kabul edilirler.

Birlikte hareket edenlerden birinin kusur ehliyetinin bulunmaması bu hükmün uygulanmasını engellemez. Suç teşebbüs aşamasında kalsa da bu ağırlaştırıcı neden uygulanır.

Mağdurlar ve failer birden fazla olup da her bir failin diğer bir mağdura cinsel saldırıda bulunması halinde bu ağırlaştırıcı neden uygulanmaz.

VII. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Haller

Cinsel saldırı suçunu netice sebebiyle ağırlaştıran haller şunlardır:

1. Mağdurun Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması

Cinsel saldırı sonucunda mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulması durumunda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç ortaya çıkacak ve ceza ağırlaşacaktır (TCK m. 102/5). Fail bu neticeden ancak taksiri varsa sorumlu tutulacaktır (TCK m. 23).

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suçtan söz edilebilmesi için en azından suçun temel şeklinin tamamlanmış olmasının gerektiğine Yargıtay kararlarında işaret edilmektedir.

Bu ağırlaştırıcı neden, işlenen cinsel saldırı fiili sonucunda kalıcı bir ruhsal bozukluk meydana gelmesi halinde uygulanacaktır. Adli Tıp raporlarına göre, kalıcı bozukluk 2-6 ay arasında devam eden tedaviye rağmen iyileşme gerçekleşmeyen hallerde var demektir.

Beden sağlığının bozulması, mağdurun fiilden kaynaklanan bir hastalığa maruz kalması demektir. Örneğin, nitelikli cinsel saldırı sonucu mağdur AIDS, hepatit, verem, frengi gibi hastalıklara yakalanmışsa bu ağırlaştırıcı sebebin uygulanması gerekir. Hastalığın tedavisinin mümkün olup olmadığının bir önemi yoktur. Mağdurun fiil sonucunda bedensel bir hastalığa yakalanmış olması yeterlidir.

Eylemin gerçekleştirildiği yerin bulaşıcı hastalığı bulunan bir kişiye ait olması nedeniyle mağdurun verem vs. gibi bir hastalığa yakalanmış olması durumunda da bu ağırlaştırıcı sebep uygulanabilir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda fiilin mağdurun *mayubiyeti* sonucunu doğurmuş olması ağırlatıcı sebep olarak gösterilmişti. *Mayubiyet* ayıp, ayıplanmış anlamına gelmektedir; bir uzvun fizyolojik işlevi etkilenmeksizin estetik, güzellik ve şeklinin bozulmasıdır. Ne gibi hallerin *mayubiyet* sayılacağı Kanun'da gösterilmemekle birlikte, Yargıtay kararlarında *kızlık zarının yırtılması* mayubiyet sayılarak cezanın ağırlaştırılması gerektiğine işaret edilmekteydi. Bu uygulama, kızlık niteliğinin şeref ve haysiyet sembolü olduğu, evlenebilme şansını etkilediği şeklindeki toplumsal değer yargıları dolayısıyla haklı görülmekteydi.

Mayubiyet kavramına 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer verilmemiştir. Ancak, bizatihi kızlık zarının yırtılması değilse de kızlığın bozulmasının beden veya ruh sağlığının bozulmasına yol açtığı hallerde bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanacağı kuşkusuzdur.

2. Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölmesi

Fail istemediği halde mağdurun cinsel saldırı dolayısıyla bitkisel hayata girmesi veya ölmesi halinde ceza ağırlaşacaktır (TCK m. 102/6). Failin netice bakımından taksir derecesinde kusurunun bulunması gerekir. Ölüm neticesi ile cinsel saldırı arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.

Ölüm sonucunun yaralama eyleminden hemen sonra meydana gelmesi gerekmez. Ölüm sonucu bir süre sonra meydana gelse de arada nedensellik ilişkisi kurulabilmesi hükmün uygulanması için yeterlidir.

Fail bu ağır neticeleri istememiş, ancak yapılan hareketin mağdu-

run bitkisel hayata girmesi veya ölmesi neticesini meydana getirmiş olması gerekir. Ölümün mutlaka cinsel saldırının sonucu olması, örneğin vücuda organ sokulması dolayısıyla cinsel organların harabiyeti dolayısıyla meydana gelmesi şart değildir. Failin cinsel saldırıyı gerçekleştirmek için kullandığı vasıtayla, örneğin mağdurun boğazını uzun süre sıkması sebebiyle ölüm meydana gelmiş olması halinde de nedensellik bağının varlığı kabul edilecektir.

Fail hem cinsel saldırıda bulunmak hem de mağduru öldürmek istemiş ise sadece bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanmasıyla yetinilmez, ortada iki ayrı suç bulunduğundan, iki ayrı ceza uygulanır. Fail mağduru öldürdükten sonra cinsel saldırıda bulunmuş ise bu hüküm uygulanmaz.

Netice sebebiyle ağırlaşmış hallerde daha ağır ve başka neticelerden sorumlu tutulmanın sözkonusu olması için, failin bu neticeler bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması aranır. Bununla birlikte fail eyleminin daha ağır neticelerini öngörmüş ve bunları umursamamış, kabullenmiş ise artık olası kastı söz konusu olduğundan, meydana gelen ağır neticeden ayrıca sorumlu tutulacaktır.

VIII. Suçun Özel Görünüm Biçimleri

Suçun özel görünüm biçimleri teşebbüs, iştirak ve içtima olmaktadır.

1. Teşebbüs

Cinsel saldırı suçunun temel şekli sırf hareket suçu niteliğindedir. Bu nedenle ancak icra hareketlerinin kısımlara ayrılabilirdiği hallerde teşebbüs gerçekleşebilir.

Cinsel saldırı suçunun nitelikli hali mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmektedir. Bu eylemin bağımsız suç değil de temel cinsel saldırının daha ağır ceza verilmesi gereken hali sayılması durumunda, sonuca ulaşamadığında teşebbüsten söz edilemeyecek, temel şeklin cezasının verilmesiyle yetinilecektir.

Buna karşılık, vücuda organ veya sair cisim sokma şeklindeki cinsel saldırının bağımsız suç sayılması halinde ise nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs mümkündür. Dolayısıyla gönüllü vazgeçme halinde de buna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

2. İştirak

Cinsel saldırı suçu iştirak halinde işlenebilir. Suçun, birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi ağırlaştırıcı sebep olarak gösterildiğinden, buna ilişkin hüküm uygulanacaktır. Suçu birlikte işleme dışında kalan azmettirme, yardım etme halinde ise iştirake ilişkin hükümler uygulanacaktır.

3. İctima

Cinsel saldırı suçu zincirleme suç olarak işlenebilir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda önce cinsel suçlarda zincirleme suç hükmünün uygulanamayacağı gösterilmiş olduğu halde, daha sonra bu düzenleme değiştirilmiştir. Dolayısıyla bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda aynı mağdura karşı cinsel saldırı suçunun birden fazla işlenmesi durumunda bir cezaya hükmedilerek bunun dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılması yoluna gidilecektir.

Cinsel saldırı suçunda cebir veya tehdit unsur olduğundan, fail bileşik suç kapsamında bu fiillerden dolayı ayrıca cezalandırılmayacaktır. Ancak, suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kasten yaralama suçu bileşik suç kapsamında görülmeyip ayrıca cezalandırılacaktır.

Yargıtaya göre, oral, anal gibi farklı yollardan cinsel saldırının işlendiği hallerde, zincirleme suç hükmü uygulanamaz.

Cinsel saldırı suçu işlenirken aynı zamanda konut dokunulmazlığı veya kişi özgürlüğünü kısıtlama suçu işlenirse, bunlar ayrıca cezalandırılır.

IX. Yaptırım

Cinsel saldırı suçunun temel şeklinin cezası iki yıldan yedi yıla kadar haptir.

Vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle suçun işlenmesi durumunda yaptırım yedi yıldan oniki yıla kadar haptir.

Suçun, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı, silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde ceza yarı oranında artırılır.

Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır.

Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

Suç sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

Yargıtaya göre, cinsel saldırı suçunda ağırlaştırıcı sebeplerin ikisinin birden gerçekleşmesi halinde dahi cezada bir kez artırım yapılması gerekir.

X. Yargılama

Cinsel saldırı suçunun temel şeklinin takibi şikayete bağlıdır.

Vücuda organ veya sair cisim sokma halinde takibat re'sen yapılır. Ancak, mağdurun failin eşi olduğu hallerde suçun takibi şikayete bağlıdır.

Cinsel saldırı suçunun takibi şikayete bağlı olan halleri bakımından uzlaşma yapılması mümkün değildir.

XI. Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan cinsel suçlarla ilgili değişiklik yapılmasına dair kanun teklifi üzerine TBMM Adalet Komisyonunun 4 Nisan 2011 tarihinde kabul ettiği "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi" metni kamuoyunda tartışmalara yol açmış ve konuya ilişkin bilimsel toplantılar yapılmasına da

vesile olmuştur¹. Sözkonusu teklifle getirilmek istenen değişiklikler ve bunlarla ilgili değerlendirmelerim kısaca şöyledir:

1. Cinsel Saldırı Suçunun Cezasının Ağırlaştırılması

Tasarı metninde öngörülen ilk yasal değişiklik cinsel saldırı suçunun cezasının ağırlaştırılması olmaktadır. Buna göre, TCK m. 102/1’de yer alan temel cinsel saldırı suçunun halen “iki yıldan yedi yıla kadar hapis” olan cezası “beş yıldan on yıla kadar hapis cezası” şeklinde artırılmaktadır.

Bu metin yasalastığı takdirde, suçla mücadelede etkili olmadıkça cezaların ağırlaştırılması yoluna gidilmesi yanlına bir kez daha düşülmüş olacaktır. Geçmişte suç oranının yükseldiği dönemlerde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki cezalar sürekli yükseltilmiş, ancak bu yaklaşımın suçların azalmasını sağlayacak bir etkisi olmamıştır. Önemli olan, Yasa’da öngörülen cezaların etkili biçimde uygulanmasıdır. *Etkili ceza*, ağır olan değil, mutlaka uygulanan cezadır.

Değişiklik metninde cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin de cezasının artırılması önerilmektedir. Buna göre, fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda “yedi yıldan oniki yıla kadar hapis” olan ceza “on yıldan onsekiz yıla kadar hapis” şeklinde yükseltilecektir. Yukarıda değindiğim gibi, etkili ceza ağır değil mutlaka uygulanan ceza olduğundan, cezanın ağırlaştırılmasını isabetli bulmadığımı tekrarlamak isterim.

2. Cinsel Saldırı Suçunun Temel Şeklinde Hafifletici Hal Öngörülmesi

TBMM Adalet Komisyonu’nun kabul ettiği metinde önerilen ikinci değişiklik, cinsel saldırının sarkıntılık şeklinde işlenmesi halinde cezanın hafifletilmesidir. Metne göre, TCK m. 102/1’e şu cümle eklenecektir: “Suçun ani ve kesik hareketlerle işlenmesi halinde verilecek ceza üçte birine kadar indirilebilir”. Teklifi yapan milletvekillerinin sundukları metinde ise indirim “Fiilin sarkıntılık düzeyinde kalması ha-

¹ Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, Türkiye Büyük Millet Meclisi S. Sayısı: 747, sayfa 45 vd.

linde” yapılması önerilmiştir. Yani burada gerçekleştirilmek istenen, sarkıntılık suçunun, cezası ağır olan cinsel saldırı suçu kapsamında çıkartılarak önceki Yasa döneminde olduğu gibi daha hafif cezalandırılmasını sağlamaktır. Sarkıntılık suçunun cinsel saldırı suçu kapsamına dahil edilmesinin yerinde olmadığı bu vesileyle ortaya çıkmış bulunmaktadır.

Belirtelim ki, cinsel suçların saik ve işlenme şekli bakımından 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Yargıtay içtihatlarında kusurun ağırlığına göre yapılagelen farklı nitelendirmelerin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’na alınmaması yerinde bir tercih olmamıştır. Değişiklik önerisi, hukuk dilinde ve uygulamada yerleşmiş kavramların kullanılması gerekliliğini bir kez daha göstermektedir. *Sarkıntılık* uygulamada yerleşmiş, çerçevesi belirlenmiş bir kavramdır. Bu bakımdan cinsel saldırı suçuna dahil edilmemesi yerinde bir yaklaşımdır. Ancak, kabul edilen değişiklik teklifinde bu kavram kullanılmamaktadır. Metinde *sarkıntılık* yerine kullanılan *ani ve kesik hareketlerle suçun işlenmesi* kavramı kolaylıkla teşhis edilecek bir kavram değildir. Bu nedenle, yapılacak değişiklikte “*sarkıntılık*” kavramının kullanılması yerinde olacaktır.

3. Cinsel Saldırı Suçunun Ağırlaştırıcı Sebeplerinin Genişletilmesi

Değişiklik teklifinde cinsel saldırı suçunun ağırlaştırıcı sebeplerinin genişletildiği görülmektedir.

TCK m. 102/3’te halen yer alan ağırlaştırıcı nedenler, suçun “beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı”, “kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle”, “üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı”, “silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenme”sidir. Bu ağırlaştırıcı nedenlerden TCK m. 102/3-b’deki “kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması” ağırlaştırıcı sebebine “*vesayet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması*”, TCK m. 102/3-c’deki “üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisinin bulunması” ağırlaştırıcı sebebine ise “*üvey baba, üvey ana, kardeş, evlat edinen veya evlatlık*” ilişkileri eklenmektedir. Bu değişiklikler isabetlidir. Söz ko-

nusu ilişkiler suçun işlenmesinde kolaylık sağlayacak ilişkilerdir; bu nedenle daha ağır cezalandırılmalıdır.

Cinsel saldırı suçunun ağırlaştırıcı sebepleri arasına TCK m. 102/3'e "e" bendi olarak "aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle" "f" bendi olarak ise "insanların bir arada toplu olarak bulunmalarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle" işlenmesi eklenmek istenmektedir. Bu değişiklikler de isabetlidir; suçun işlenmesini kolaylaştıracak ortamlar cezayı ağırlaştırma konusunda dikkate alınmış olmaktadır.

Değişiklik metninde ayrıca TCK m. 102'nin 4. fıkrası 5. fıkra yapılarak 4. fıkra olarak hükme şu ağırlaştırıcı neden eklenmektedir: "Mağdur bu suç nedeniyle eğitimini, işini, ailesini veya oturduğu yerleşim bölgesini terk etmek ya da eğitim gördüğü kurumu veya çalıştığı işyerini değiştirmek zorunda kalmış ise, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza üçte birine kadar artırılır".

Cinsel suç mağdurunun mağduriyetinin dolaylı olarak artmasına sebebiyet veren haller bu şekilde ağırlaştırıcı neden olarak dikkate alınacaktır.

4. Cinsel Saldırı Suçunda Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Hallerin Azaltılması

Değişiklik Tasarısı önerisinde TCK m. 102/5'te halen netice sebebiyle ağırlaşmış hal olarak yer alan "mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulması" halinin 5237 sayılı Yasa'dan çıkartılması öngörülmektedir.

Cinsel suçların az veya çok her mağdurun beden veya ruh sağlığını bozan suçlar olması gerçeği karşısında, farklı uygulamalara yol açan, tespiti zor olan bu halin Yasa'dan çıkartılması isabetlidir. Cinsel saldırı suçunun basit ve nitelikli halinin cezasının ağırlaştırılmasının öngörülmesi de bu halin kaldırılmasını telafi etme kaygısından kaynaklanmış olsa gerektir; ancak kanımca isabetli değildir.

5. Cinsel Suç Failleri Hakkında Güvenlik Tedbiri Öngörülmesi

TBMM Adalet Komisyonu'nun kabul ettiği "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi" metninde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yanı sıra 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri-

nin İnfazı Hakkında Kanun'da da cinsel suçlarla ilgili olarak yapılması önerilen değişiklikler bulunmaktadır. Buna göre, 5275 sayılı Yasa'nın 108. maddesinin başlığına "Mükerrirlere" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve tehlikeli suçlulara" ibaresi eklenecektir. Sözkonusu ekleme sonucunda koşullu salıverme, mükerrirlere özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbiriyle ilgili hükümlerin tehlikeli suçlular kapsamındaki cinsel saldırı suçlarının faileri hakkında da uygulanması mümkün olacaktır.

Nitekim, 5275 sayılı Yasa'nın sözkonusu 108. maddesinin ilk fıkrasına şu cümle ile fıkralar eklenmesi öngörülmektedir: "Bu fıkra hükümleri, mükerrir olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununun 102 nci maddesinde tanımlanan cinsel saldırı suçunun nitelikli hallerinden, 103 üncü maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçundan veya 104 üncü maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli halinden hapis cezasına mahkum olanlar hakkında da uygulanır". Böylece cinsel suç failerinin koşullu salıverilmeleri cezanın daha uzun süre infaz edilmiş olmasına bağlı olacak ve mükerrirlere özgü özel hükümler mükerrir olmasalar da cinsel suç faileri hakkında uygulanabilecektir.

Aynı hükme 7, 8 ve 9. fıkralar olarak şu eklemeler yapılmaktadır: "(7) Türk Ceza Kanununun 102 nci maddesinde tanımlanan cinsel saldırı suçunun nitelikli hallerinden, 103 üncü maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçundan veya 104 üncü maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli halinden hapis cezasına mahkum olanlar, hakim kararı ile cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde, denetim süresi içinde; a) Testosteron etkisini önemli ölçüde azaltıcı tedaviye tabi tutulabilirler, b) Tedavi amaçlı programlara katılmakla yükümlü kılınabilirler, e) Çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanabilirler, f) Çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmektan yasaklanabilirler. (8) Yedinci fıkrada yazılı suçlar bakımından itiyadi suçlu veya mükerrir olan hükümlülerin, aynı fıkrada tanımlanan yükümlülükler ve yasaklara tabi tutulmaları zorunludur. Bu yükümlülük ve yasakların uygulanmasına cezanın infazı tamamlandıktan sonraki denetim süresi zarfında da devam olunur. (9) Mükerrir veya özel tehlikeli diğer hükümlüler, bu madde hükümlerine göre kendilerine yüklenen yükümlülükler ve yasaklara cezanın

infazı tamamlandıktan sonra devam eden denetim süresi zarfında aykırı hareket etmeleri halinde, hâkim kararı ile zorlama hapsine tabi tutulur. Zorlama hapsinin süresi onbeş günden az ve ihlâlin tekrarı halinde toplam bir yıldan fazla olamaz”.

Bu değişiklik metninde güvenlik tedbiri olarak cinsel suç failleri hakkında testosteron etkisini önemli ölçüde azaltan tedavi öngörülmektedir. Hakim cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverilme halinde denetim süresi içinde cinsel suç faillerine bu tedavinin uygulanmasına karar verebilecektir.

Günümüzde bedensel ceza uygulanması çağdışı bir yaklaşımdır. Kamuoyuna *hadım etme cezası* olarak yansıyan ve yoğun tartışmalara yol açan bu işlem, değişiklik teklifinde *tedbir* olarak nitelendirilmektedir. Ancak, tedbirin benimsenmesi için bu işlemin tedavi mi, engelleme mi yoksa kimyasal hadım etme mi olduğu ortaya konulmalıdır. Testosteron etkisini azaltıcı ilaçların bir çok yan etkisinin bulunduğu, uygulanan kişiyi ölüme kadar götürebileceği, ayrıca tamamıyla etkili olmadığı ve cinsel gücün azalmasıyla birlikte failin çocuklara yönelmesi tehlikesinin bulunduğu ileri sürülmektedir.

Bu işlem Amerika Birleşik Devletlerinde Kaliforniya dahil sekiz eyalette uygulandığı gibi; Çek Cumhuriyetinde cinsel suç faili erkeklerin, Polonya’da yakın akrabaya tecavüz ve pedofil faillerinin ilaçla hadım edildiği, İngiltere, İsveç, Danimarka ile Kanada’da ise suçluların isteğine bağlı olarak bu işlemin uygulandığı bilinmektedir. Ancak, ülkemizde cinsel suç faillerine bu işlemin tatbikinin kabul edilip edilmemesi tıbbi görüşler doğrultusunda değerlendirilmelidir.

Öte yandan, değişiklik önerisine göre cinsel suç faillerinin cezanın infazı esnasında ve koşullu salıverilme halinde denetim süresince hakim kararıyla tedavi amaçlı programlara katılmakla yükümlü kılınmaları, çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan, çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmaları mümkündür. Fail hakkındaki yükümlülük ve yasakların uygulanmasına cezanın infazı tamamlandıktan sonraki denetim süresinde de devam olunacaktır. Bu uygulamaların yararlı olacağı kuşkusuzdur.

Buraya kadar yaptığım açıklamalarla cinsel saldırı suçunun 5237

sayılı Türk Ceza Kanunu'nda çizilen çerçevesini kısaca göstermiş ve mevcut düzenleme ile değişiklik önerilerine ilişkin görüşlerimi ortaya koymuş bulunmaktayım. Son olarak belirtelim ki, cinsel suçlar karşılığında, infaz sırasında uygulanacak olan ıslah-eğitim programları ve hükümlünün denetlenmesi özellikle önemlidir. Toplumda kültür düzeyinin yükseltilmesi, cinsel eğitime olanak tanınması ise potansiyel suçlular bakımından etkili olacaktır. Cezaların ağırlaştırılmasına değil, cinsel suçların işlenmesini önlemeye yönelik tedbirlere öncelik tanınmalıdır.

80'Lİ YILLARDA KADIN HAREKETİ VE KAMPANYALAR

WOMEN'S MOVEMENT IN THE 80's AND CAMPAIGNS

Aylin MORALIOĞLU*

Özet: Bu makalede Türkiye'de kadın hareketinin tarihsel sürecine baktığımızda kadınların geçmişten günümüze değin kendilerine dayatılan toplumsal rolleri sorgulayarak, söz konusu rolleri ve gelenekçi tutumları değiştirmek için değişik biçimlerde mücadele verdiklerine ve özellikle 80'li yıllarda kadınlar tarafından şiddete, dayığa, cinsel tacize karşı gerçekleştirilmiş kampanya ve örgütlenmeler çerçevesinde 80'li yılların kadın hareketi tarihindeki önemine değinilmiştir.

Anahtar Sözcükler: kadın hareketi, aile içi şiddet, feminizm

Abstract: In this article, it is referred to the historical significance of the women's movements in the 80's within the scope of the historical process of the women's movement in Turkey by questioning the social roles that have been imposed on them throughout the years and how they have fought back in various forms in order to be able to change these social roles and traditionalist approaches by means of campaigns and organizations against violence, beatings and sexual harassment especially in the 80's.

Keywords: women's movement, domestic violence, feminism

Türkiye'de kadın hareketinin tarihsel sürecine baktığımızda kadınların Osmanlı toplumundan günümüze değin kendilerine dayatılan toplumsal rolleri sorgulayarak, söz konusu rolleri ve gelenekçi tutumları değiştirmek için değişik biçimlerde mücadele verdiklerini görmekteyiz. Bu süreçte özellikle 80'li yıllarda kadınlar tarafından şiddete, dayığa, cinsel tacize karşı gerçekleştirilmiş kampanya ve örgütlenmeler, kadın hareketi tarihinde çok önemli bir yere sahiptir. Kadınların kendilerini gerçekleştirebilmelerinin önündeki en büyük engellerden biri olan aile içi şiddet" kavramını kamuoyuna taşıyarak dile getirmeleri, dayığa, cinsel tacize karşı seslerini yükseltip kampanyalar düzenleyerek kadınların kendi aralarında örgütlenebilmelerini sağla-

* Avukat, İstanbul Barosu

maları bakımından 80'li yıllar kadın hareketine çok büyük bir ivme kazandırmıştır. "Özel olan politiktir." sloganı 80'li yıllardaki kadın hareketinin sahip olduğu farklı bilinci ve devinimi en iyi şekilde ifade etmektedir.

1980'li yıllarda varolan yeni feminist hareket, toplumsal cinsiyet kalıplarını, egemen kültür tarafından belirlenen kadınlık, erkeklik kimliklerini ve rollerini sorgulayarak ataerkil değerlere karşı önemli bir toplumsal hareket başlatmıştır.

1980 askeri darbesi sonrasında, Türkiye'de kadınların kadın oldukları için karşılaştıkları sorunları gündeme getiren bir kadın hareketi oluşmuştur. Hareket devletten bağımsız, kendiliğinden oluşmuş, bazen belli yayın organları, bazen sadece ortak kimlikler çerçevesinde toplanmış küçük gruplar veya tek tek yazarlar, sanatçılar, gazetecilerden oluşmuştur. Ortak amaç kadınların kadın oldukları için karşılaştıkları sorunları sorgulamak, bu sorunlara çözüm aramaktır. Bu amaç çerçevesinde değişik ideolojiler dile getirilmiştir. Çoğunlukla iş sahibi, eğitim görmüş, orta sınıf, kentli kadınların önderliğinde başlatılan hareket içinde, kısa zamanda gençler etkin rol oynamıştır.¹

Feminist kelimesini ilk benimseyenlerden bir grup meslek sahibi kadın 1983 yılında haftalık Somut dergisinde "feminist" bir sayfa çıkarmak için toplanmış, 1983 sonlarında, Kadın Çevresi adı ile "ev içinde ve ev dışında ücretsiz ve ücretli çalışan kadınların emeğine dayalı ve bu emeği değerlendirme" amacıyla bir "yayıncılık, hizmet, ve danışmanlık" şirketi kurulmuştur. Kadın Çevresi aracılığıyla bir kitap kulübü oluşturularak, feminist klasikler çevrilerek yaygınlaştırılmıştır.²

Toplu eylemlere, Birleşmiş Milletler Kadının On Yılı sonunda 1985 tarihinde onaylanan Türkiye'nin de imzasının bulunduğu "Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi'nin uygulanmaya konması için açılan dilekçe kampanyası ile başlanmıştır. 1986 Mart'ında, Meclis'e hitaben 4 bin kadar kadının imzaladığı ve mevcut yasaların, ayrımcılığa karşı sözleşme ile uyumlu hale getirilmesini talep eden bir dilekçe yazılmış bu girişim; feministlerin başlattığı ve

¹ Yeşim Arat, "1980'ler Türkiye'sinde Kadın Hareketi: Liberal Kemalizm'in Uzantısı", Toplum ve Bilim Dergisi, Bahar 1991, sayı:53, s. 10

² Y. Arat, a.g.e., s. 10

oldukça kitlesel bir girişim olduğundan, feminizme, bir ad, hatta bir ideoloji olarak kısmen meşruiyet sağlamıştır³.

Toplu eylemlerle birlikte kadın hareketi hareketlilik ve çeşitlilik sağlamıştır. 8 Mart 1987 tarihinde "Feminist" dergisi çıkmaya başlamıştır. Dergiyi çıkaranlar amaçlarını " Bir süredir kendi ezilmişliğimiz üzerine düşünmekteydik ama bu dergi bize kendi özelimizden söz etme cesareti verdi. Bilirsiniz biz feministler özel olanın politik olduğunu düşünüyoruz... Biz her konuda ortak düşünüp düşünmediğimizi henüz bilmiyoruz daha konuşmadığımız o kadar çok şey var ki..."⁴ olarak açıklamışlardır.

Aynı yıl "Dayağa Karşı Dayanışma" kampanyası açılmış, 12 Eylül sonrasının ilk kitlesel mitinginde, 2500 kadın yürümüştür.⁵ Dayağa Karşı Dayanışma mitingi⁶ kampanyalar döneminin ilk etkinliği olarak nitelendirilmiştir. Söz konusu kampanya 1987 Nisan'ında "Feminist" dergisinden kadınların önerisi ile başlamıştır. Kampanya, Çorum'da bir hakimın üç çocuklu bir kadının dayak yediği için açmış olduğu boşanma davasını " Kadının sırtından sopayı, karnından sıpayı eksik etmeyeceksin" gerekçesi ile reddetmesi üzerine söz konusu kararı protesto etmek amacı ile başlamıştır.⁷ Söz konusu kampanya ile ilk defa evlerde uygulanan şiddet ifade edilmiştir.

Mayıs ayında bir yürüyüşle açılan kampanya Ekim ayında Kariye Müzesi önünde düzenlenen bir festivalle devam etmiş, feministlerle ilişki kurmak isteyen kadınlarla orada tanışılmıştır. Kampanyaya hazırlık sürecinde Ayrımcılığa Karşı Kadın Derneği (AKKD) kurulmuştur. Dernek, geleneksel kurumsallaşmaya ve hiyerarşik yapılanmaya karşı olan feminist hareket içinde yeni bir yapılanma olmuştur. Derneğin amacı Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi'nin hayata geçirilmesi ve geleneklerin ve değer yargularının dönüştürülmesi için kadın örgütlenmesinin sağlanmasıydı.⁸

³ Kadın Hareketinde Mücadele Deneyimleri, Yay. Haz: Berivan Kum, Fatma Gülçiçek, Pınar Selek v.d., Amargi Yayınları, İstanbul, 2005, s. 82

⁴ Feminist sayı1, 8 Mart 1987, s.34

⁵ İnci Özkan Kerestecioğlu, "Kadınlara Yönelik Aile içi Şiddet: Mücadele, Kazanımlar ve Sorunlar", Birikim, Ağustos- Eylül 2004, s.123

⁶ Bkz. "Koca Dayağına Son" Yürüyüşü, Cumhuriyet Gazetesi, 18.05.1987, s.12, ve "Kadınlara Baskıya Son", Milliyet Gazetesi, 18.05.1987, Kadın Eserleri Kütüphanesi ve Bilgi Merkezi

⁷ Kadın Hareketinin Yüzyılı, Kadın Eserleri Kütüphanesi ve Bilgi Merkezi Vakfı 2000 Ajandası, s.245

⁸ Y. Arat, "1980'ler Türkiyesinde Kadın Hareketi", s.11

Bu dönemde bir başka eylem "Geçici Kadın Müzesi" olmuştur. Kadınların karşılıksız emeklerini, bedenlerine yönelik şiddeti, suistimali simgeleyen bir takım nesnelere – tencere tavadan gelinliğe- sergilediği bir müzeydi. Erkek dayaağı ile ilgili ilk kitap da bu müzede tanıtıldı. Kariye Şenliği'nde kurulmasına karar verilen "dayanışma ağları" da 1989 Ocak ayında hayata geçirilmiştir. Bununla, şiddete maruz kalan kadınların hukusal ve pratik destek alacakları bir telefon ağı oluşturulmuştur. Bu kampanyaların hedefi olan "sığınak projesine" bir adım olmuştur.⁹

1 Mayıs 1988'de Sosyalist Feminist Kaktüs dergisi çıkmaya başlamıştır. Dergiyi çıkaran kadınlar Kadın Çevresi veya Dayaağı Karşı Dayanışma Kampanyası için çalışmış kişilerdi. Kaktüs grubu "kadın erkek eşitsizliğini üreten şeyin yalnızca ideoloji değil, cinsiyet ve üretim ilişkilerini kapsayan tüm toplumsal ilişkiler sistemi" olduğunu savunuyordu. Sosyalist feministler kadın grubu içinde, ideolojik farklılıklarını en net biçimde ortaya koymaya çalışan grup olmuştur.¹⁰

Ankara'da 1989 yılında Kadın Dayanışma Derneği kurulmuştur. Ankara'da kadınların oluşturduğu ve feminizm, kadın hareketi konularında bilinç yükseltmeye dönük çalışmalar yapan Perşembe grubunun önerisi ile Şubat 1989'da İstanbul ve Ankara'da feministleri biraraya getiren 1. Feminist Haftasonu toplanmıştır. Toplantıda 1989 Kasımında "Cinsel Tacize Hayır" kampanyası başlamıştır. Kampanya çerçevesinde kadınların saldırılara karşı kendilerini korumaları için mor iğneler satılmıştır.¹¹ Bu kampanya "Mor İğne Kampanyası" olarak da anılmıştır.¹² Kampanyada iğnenin seçilmesi cinsel tacizin bir saldırı olduğunu ifade etmek için ve bir tür silah sayılabilecek bir şeyi tacize uğrayan kadınların kullanmaya hakları olduğunu, bunun meşru madafaa olduğunu göstermek için seçilmiştir. Kampanyanın çağrı metninde asıl suçlu ve utanması gerekenlerin sarkıntılık yapan erkekler olduğu vurgulanmış ve kadınlar sokaklara çağrılmıştır.¹³ Mor iğne fikrinden

⁹ Kadın Hareketinde Mücadele Deneyimleri, s. 84

¹⁰ Y. Arat, "1980'ler Türkiyesinde Kadın Hareketi", s.11

¹¹ a.g.e., s. 11

¹² Bkz. "Sarkamı İğnelirim", Sokak Degisi, 05.11.1989; "Mor İğnelilerin Onur Savaşı", Cumhuriyet Gazetesi, 02.12.1983 ve "Tacizcilere Karşı Mor İğne Dağıttılar", Hürriyet Gazetesi, s.6, 2 Mart 2008, "Feministler Meyhane Bastı", Milliyet Gazetesi, 22.11.1989, Kadın Eserleri Kütüphanesi ve Bilgi Merkezi

¹³ Kadın Hareketinde Mücadele Deneyimleri, s. 84-85

etkilenen bir grup Alman feminist kadın Köln kentinde mor iğne dağıtılan “tacize hayır” kampanyası düzenlemiştir.¹⁴

Feministler yaptıkları başvurularla Bakırköy ve Şişli Belediyelerinin kadın sığınakları açmalarına yol açtılar.

“Cinsel Tacize Karşı Kampanya’nın ikinci aşamasını işyerinde cinsel tacize karşı bir dizi eylem ve protesto olması planlanmış ama TCK mad. 438’in gündeme gelmesi ile protestolar ilgili maddeye yöneltilmiştir. TCK mad 438’e göre fahişelik yapan kadınlar tecavüze uğrayınca üçte iki ceza indirimi uygulanıyordu. 1989’un sonunda Antalya’da N.T adlı bir kadının tecavüz davasını avukatlar, bu maddenin Anayasa’nın 10. maddesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi’ne götürmüşler ama Anayasa Mahkemesi “iffetli kadınları koruduğu” gerekçesi ile, maddenin Anayasa’ya aykırı olmadığı kararını vermiştir.¹⁵

Feminist kadınlar genelev kadınlarını ziyaret etmişler “iffetli/ifetsiz kadın yoktur” gibi pankartların taşındığı bir yürüyüş düzenlemişler ve konu günlerce basının ilgi odağı olmuştur.¹⁶

Tanınmış bütün köşe yazarları Anayasa Mahkemesi kararına karşı çıkmıştır. Baroların konu ile ilgili tavrı ve desteği 438. maddenin kaldırılmasında oldukça etkili olmuştur.¹⁷ Kamuoyu baskısı o derece yükselmiştir ki Meclis konuyu ele alarak, maddeyi iptal etmek zorunda kalmıştır.¹⁸

14.04.1990 tarihinde İzmir’de şarkıcı olup, kocasının çalışma iznini geri alması üzerine boşanma davası açan bir kadının davası sırasında, mahkeme bu kez Medeni Kanun’un 159. maddesinin Anayasa’nın 10. maddesine aykırı olduğunu ileri sürerek Anayasa Mahkemesine

¹⁴ İnci Özkan Kerestecioğlu, “Kadınlara Yönelik Aile içi Şiddet: Mücadele, Kazanımlar ve Sorunlar”, s.123

¹⁵ “438’den Sonra Sıra 453’de”, Demokrat, sayı 1, s.40-41, Haziran 1990

¹⁶ “Bütün Kadınlar 438’e Karşı”, 2000’e Doğru Dergisi, 18.02.1990, “Feministler Yürüdü”, Milliyet Gazetesi, 19.02.1990; “Bedenimiz Bizimdir”, Cumhuriyet Gazetesi, 19.02.1990;“Hukuka İnat Kadınlar Yürüdü”, Sokak Dergisi, 25.02.1990, s.12

¹⁷ Kadın Hareketinde Mücadele Deneyimleri, s. 89, Kadın Eserleri Kütüphanesi ve Bilgi Merkezi

¹⁸ Şirin Tekeli, “ Kadın Erkek Eşitliğinde Hukuk Mücadelesi”, Basisen, sayı: 49, Mart 1993, s.17

başvurmuştu.¹⁹ Evli kadının çalışmasını koca iznine bağlayan Medeni Yasa'nın 159. maddesin Anayasa Mahkemesi'ne gitmesi üzerine İstanbul'da bir grup kadın Ağustos 1990 tarihinde imza kampanyası başlatmıştır.²⁰ Ortaköy, Salacak, ve Moda'da stand açılarak imza toplandı ve toplam beşbin bildiri dağıtılmıştır. 16 Eylül 1990 tarihinde toplanan 2500 imzalı dilekçe Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmiş olup²¹, Anayasa Mahkemesi farklı bir karar vererek 29 Kasım 1990 tarihinde 159. maddeyi iptal etmiştir. Kararın gerekçesi iki yılda yazılmıştır.²²

1987 yılında bir ağır ceza yargıcının bir dava sırasında "kadının sırtından sopayı, karnından sopayı eksik etmeyeceksin" şeklindeki beyanı kamuoyunda tartışmalara yol açarak, kadın hareketini başlatan bir kıvılcım olmuştur. Bu sözler, "Dayağa Karşı Yürüyüş" kampanyalarını başlatmıştır. Cinsel tacize karşı "Mor İğne Kampanyası", eski Medeni Kanun'da kadının çalışmasını kocanın iznine bağlayan 159. maddeyi protesto kampanyaları, eski Türk Ceza Kanunu'nda fuhuş meslek edinen kadına karşı tecavüze indirmiş öngören maddeleri protesto kampanyaları, feminist çevrelerin hukuk alanında yapılması istediği değişimlerin ilk adımları olmuştur.²³

1980'lerin hareketliliği 1990'larda yerini kurumsallaşmaya bırakırken, siyasetin hem içeriğine hem de biçimine önemli yenilikler getirmiştir. Kamusal ve özel alan arasındaki farklılıkları ilk sorgulayan toplumsal hareket feminizm olmuştur. Daha önce siyaset dışı addedilen pek çok konu siyasetin konusu hale gelmiştir. Feminist hareket devlete karşı siyasal özerkliklerini oluşturmaya, hiyerarşisiz ve doğrudan katılımı sağlayacak mekanizmaları yaratmaya, teoriyi gündelik sorunlarıyla buluşturmaya çalışarak yeni bir siyasal dil oluşturmuştur.²⁴

¹⁹ a.g.e., s.17

²⁰ Bkz. "159'a Hayır", Kadınca, Ekim 1990 ve "Kadınların İmza Kampanyası", Cumhuriyet Gazetesi, 13 Ekim 1990

²¹ Kadın Hareketinin Yüzyılı, Kadın Eserleri Kütüphanesi ve Bilgi Merkezi Vakfı 2000 Ajandası, s.253

²² Bkz. 2 Temmuz 1992 tarihli Resmi Gazete

²³ Nazik Işık, "1990'larda Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Hareketi İçinde Oluşmuş Bazı Gözlem ve Düşünceler", 90'larda Türkiye'de Feminizm, der. Aksu Bora- Asena Günel, 2.Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, s.43-46.

²⁴ İnci Özkan Kerestecioğlu, "Kadınlara Yönelik Aile içi Şiddet: Mücadele, Kazanımlar ve Sorunlar", s. 123

6100 SAYILI HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU AÇISINDAN KADIN

THE SITUATION OF WOMEN ACCORDING TO NUMBERED 6100 CIVIL JUDICIAL CODE

Sabire Sanem YILMAZ*
Nazlı AYDOĞAN KAPLAN**

Özet: Bu çalışmanın ana hedefi kadının 6100 sayılı Hukuk Muhakemesi Kanunu'na göre durumunu belirlemektir. 6100 sayılı Kanun'da kadın açısından ortaya çıkan avantaj ve dezavantajlarını önemle inceleyeceğiz.

Makale aynı zamanda BM Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) ile karşılaştırarak Kanun'u incelemektedir.

Çalışmada yeni hukuk düzenlemesinde getirilen yeni hükümlerin medeni yargılama sistemi içerisinde kadın haklarını koruyan uluslararası düzenlemelere yaklaşması ve buna göre gelişmesi beklentisi dile getirilmiştir.

Anahtar Sözcükler: Kadınlar, CEDAW(BMKKHTAÖS), Medeni Yargılama, Boşanma

Abstract: The main goal of this article to mark the situation of women according to numbered 6100 Civil Judicial Code. The most important note of the article to bare the advantages and disadvantages of the new code and the changes appearing with the code numbered 6100. Special arrangements has been arising because of the characteristics of civil judicial code outside the early rules of civil judicial law giving way to specific law for civil judicial.

The rights and benefits of the women according to the new code and also the harm of the new code appearing on the women practice has been criticised. The new situation of the women according to the new civil judicial code has been seen as worsened. The main principals of the code depending on the expense payments before setting up the court case and as checking the statistics, most women who to sue divorce, cannot take action with the reason of the expenses related with the court case.

* Avukat, Muğla Barosu Kadın Hakları Komisyonu Üyesi
** Avukat, Muğla Barosu Kadın Hakları Komisyonu Üyesi

The article also has analyzed the code by the method of comparing with the international agreements as CEDAW (Committee on the Elimination of Discrimination Against Women). The agreement had been signed by Türkiye as being a member of United Nations in convention. The agreed articles of CEDAW provides kinds of advantages for the women which are not numbered and need to be arranged by the governments in convention, until the equal opportunity is realized in a satisfied condition. The article has been bearing the fact that the new code is not able to applied according to the ruling nature of CEDAW.

The article assumes the new articles appearing with the new civil judicial code, may be improved and to approach to the international rules preserving women rights in the system of civil judicial.

Key Words: Women, CEDAW, Civil judicial, divorce.

Konuya Franz Kafka'nın eserlerinden birinden bir tümce ile başlamak istiyorum. Tam anlamıyla cümlelerini aktarıyorum size. 'Herşeyi kendim çabalayarak elde etmek zorundayım, yaşadığım günlerle geleceği değil, geçmişini bile kendim yaratmak zorundayım, doğal olarak herkesin bir geçmişi vardır belki, ben onu bile kendim elde etmek zorundayım, bence bu en zor iş, dünya sağa mı dönüyor, Bilmiyorum ya - ayak uydurabilmem için benim sola dönmem gerekiyor. Nasıl başa çıkarım! Gücüm yetmez ki... Paltom ağır gelirken nasıl taşıyım koskoca dünyayı sırtımda? Bırak benim güçsüzlüğümü, kimin gücü yeterdi bütün istenenleri yerine getirmeye? Kendi gücümüzle bu işlerin altından kalkabilmeyi denemek çılgınlıktır, çılgınlıkla da ödenir.

6100 sayılı HMK sadece avukatlar açısından değil hakimler açısından da korkutucu değişiklikler getirdi ve usul ekonomisi ilkesi ile yargılamanın hızlandırılması ilkelerinin üzerinde vurgulayıcı bir etki yarattı.

Yani Kafka'nın dediği gibi paltomuz zaten ağırdı HMK bize, bu kez koskoca bir dünyayı taşıtmaya çalıştı.

Hazır mıydık böyle bir değişikliğe ya da olması gereken değişiklik bu muydu? Tartışılacak çok yanı varken biz burada sadece HMK'nın kadın açısından etkilerinin olumlu mu olumsuz mu olduğuna yaklaşmak ve biraz bu konuyu irdelemeye çalışmamak istedik.

HMK'NIN KADIN ÜZERİNDEKİ DEPREM ETKİSİ: GİDER AVANSI

HMK'nın yargılamanın hızlandırılması ve usul ekonomisi ilkelere vurgu yaptığını ve bu ikili sacayağı üzerine temellendiğini söyleyebiliriz.

HMK mad. 30'da Alman ZPO'suna benzer bir bakış açısıyla dediler ki: 'Hakim yargılamanın makul süre içerisinde ve düzenli bir şekilde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür.'

HMK mad. 120 'Harç ve Avans Ödenmesi' başlığıyla tüm yargılama giderlerinin ve Adalet Bakanlığı'nca belirlenecek olan gider avansının peşin olarak daha dava açılırken yatırılacağı düzenlenmiştir.

UYGULAMADA : 'Dava açan kadın örneğin bir boşanma davası açıyor ise, boşanmaya ilişkin delilleri de incelenmek suretiyle örneğin bir ya da birkaç bilirkişi tayin edilecek ise ikiyüz elli TL her bir bilirkişi için, tanık sayısının da 5 katı tutarında gider avansı olmak üzere peşin yatırılması gerekmektedir.

Hakim eline kalemi alıp adeta bir bakkal gibi bakkal hesabı yapmakta ve yargılama giderleri peşin yatırılmadan dava açılmış sayılmaktadır.

HMK'nın 120. maddesinin 2. fıkrasında 'Eksiklik tespit edilen gider avanslarının taraflarca tamamlanması için dava sırasında iki haftalık kesin süre verilecektir.

Ülkemizde kadınların, en çok, evlilik birliğinin ihlal edilmesinden doğan boşanma, nafaka, çeyiz eşyalarının iadesi gibi davalar açtıkları düşünüldüğünde ve genelde boşanma davası açan kadınların sosyo ekonomik düzeylerinin geçimlerini sağlamaya yeterli olmadığı gözetildiğinde HMK'nın tüm gider avansını daha davanın başında peşin olarak alması kadını sarsıcı bir unsur ve kadın-erkek eşitliğine aykırı bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır.

CEDAW'a göre devletin kadın ve erkek arasındaki eşitsizliği ortadan kaldıracı önlemler alması gerekliliği böyle bir yasal düzenlemenin yapılmaması gerektiğini ortaya koymaktadır.

ADLİ YARDIM: DEPREMİN SONUÇLARINI ORTADAN KALDIRIR MI?

6100 sayılı HMK'nın 85 ila 392. maddeleri arasında adli yardım hükümlerine rastlıyoruz. Adli yardım, yargılama giderlerini karşılamaktan aciz olan kişilerin tüm yargılama giderlerinden muaf tutulmasını sağlayan bir mekanizma olarak karşımıza çıkıyor. HMK 334. madde adli yardımdan yararlanacak olan kişileri şu şekilde tanımlıyor.: 'Kendisinin ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama ve takip giderlerini, kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimseler, iddia ve savunmalarında, geçici hukuki korunma taleplerinde ve icra takibinde, haklı oldukları yolunda kanaat uyandırmak kaydıyla adli yardımdan yararlanabilirler.'

Uygulamada çoğu kez yargılama giderlerini karşılayamayacak olan kişi kadın olarak karşımıza çıkmakta ve barolara başvuru ile baro yönetim kurullarınca tüm malvarlığı araştırıldıktan sonra ödeme gücünden yoksun olduğuna kanaat getirildi ise bir avukat tayin edilmektedir. Dava avukat tarafından 'adli yardım talepli' açılmakta ve mahkeme tarafından da gerekli incelemeler yapıldıktan sonra yargılama giderlerinden tamamen muaf tutulmaktadır. Mahkeme davayı açan kadın hakkında malvarlığı incelemesini yapana kadar, kadın tüm yargılama giderlerinden geçici olarak muaf tutulmaktadır.

Peki, mahkeme adli yardım talebini kabul ettikten sonra adli yardım kararının kapsamı nedir? Bunun cevabını da HMK 335. maddede bulmaktayız. Buna göre: 'Yapılacak olan tüm yargılama ve takip giderlerinden geçici muafiyet, yargılama ve takip giderleri için teminat göstermekten muafiyet, tüm takip giderlerinin devlet tarafından avans olarak ödenmesi, dava takibi için avukat gerekiyorsa, davanın takibi için ücretsiz avukat tayinidir.

Görüldüğü üzere adli yardım kurumunda yargılama giderlerinden ve masraflardan muaf tutulma oldukça geniş kapsamlı tutulmuş olup, HMK sisteminde getirilen yeni değişikliklerle tüm yargılama giderlerinin daha başta peşin olarak yatırılması zorunluluğu nedeni ile kendini savunma hakkı bulamayacak olan kadın, adli yardım talebinde bulunarak kendini erkekle eşit düzeyde temsil etme hakkını bulacaktır. Tabii sırf kadın olması nedeni ile tüm yargılama giderlerinden

muafiyet diye bir durum sözkonusu değildir. Kadının malvarlığı hakkında araştırma yapılacak, çeşitli kurumlara yazışmalar yapılacak ve hakim adli yardım kararını verecektir.

Uygulamada çoğu kez kadının taşınmaz malvarlığı oluşu ya da asgari ücret seviyesinde maaşının oluşu adli yardım talebinden yararlanamayacağı gibi yanlış bir kanı oluştursa da hakim kadının üzerinde malvarlığı oluşunu ya da asgari ölçüde maaşının oluşunu adli yardım talebinin reddi gibi değerlendirmeyecek, bilakis talebi kabul edebilecektir. Adli yardımdan yararlanma talepleri malvarlığı yönünden biraz daha farklı ve kapsamı geniş olarak yorumlanmaktadır. Kadının dava açmak için üzerine kayıtlı olan tek taşınmazını satmak gibi hayatın olağan akışına uygun olmayan bir durum hukuk düzeninde kabul edilemez.

DENGE VE DEĞERLENDİRME

Kadın-erkek eşitliğini sağlama yönünde yeni HMK'da da adli yardım kurumuna yer verilmiş olması, elbette HMK'nın gider avansını peşin olarak yatırılması zorunlu şartının önünde kadını koruyucu bir kalkandır diye algılıyoruz. Bu anlamda bir denge kurulmuştur ve peşin gider avansı kavramının korkutuculuğunu aza indirmektedir. Kadının tüm haklarını maddi engellere takılmadan sağlıklı bir şekilde yargılama makamları önüne taşınması açısından adli yardım kurumunun işlerliğinin kazandırılması daha da olumlu sonuçlar doğuracaktır.

Bir taraftan da 'paran yoksa adalet yok' gibi genelgeçer söylemler açısından değerlendirildiğinde adli yardım talebi reddedilmiş ve buna rağmen dava açmaya parası olmayan kadınlar için HMK nasıl bir formül geliştirmiştir, HMK'da böyle bir formül bulamıyoruz. Gider avanslarının kesin süreler içerisinde yatırılması gerekliliği ve adli yardım taleplerine dar bir çerçeveden bakan ve nihai kararı da verecek olan hakim olduğu düşünülürse bu durumda ne yapılabilecektir.

Örneğin, Şiddet gören ve koruma talebi ile mahkemeye başvuran KADIN için gider avansını peşin yatırmak gerekiyor denilse ve ödeme gücünden yoksun olan kadın avansı yatıramazsa, koruma yasasının önemi var mıdır?

HMK bu durumlara bir formül getirememiştir.

Sonuç olarak her ne kadar yargılamanın hızlandırılması ve usul ekonomisi ilkelerini temel alan bir HMK'mız oldu ise de ödeme gücünden yoksun olan kadın ve kadının savunma hakkı açısından ya da daha doğru bir tabir ile kadının insan hakları açısından, usul ekonomisinin yanında kadının da ekonomisini gözeten ve kadın-erkek eşitsizliğini ortadan kaldıran bir HMK'ya sahip olmadığımız kanaatindeyiz.

Nerede kadının insan hakları?

ANLAŞMALI BOŞANMA DAVALARINDA “ANLAŞMA” ALDATMACASI THE “CONSENSUAL” DECEPTION IN THE CONSENSUAL DIVORCE CASES

Ömer Uğur GENÇCAN*

Özet: Bu makalede Eşler arasındaki silahların eşitliği ilkesi Yargıtay tarafından anlaşmalı boşanma davalarında belirli durumlara özgü olarak içtihat uygulaması ile sonlandırılmaktadır. Anlaşmalı boşanma davası adı içerisinde anlaşma sözcüğünü içermekte ise de anlaşma aldatmacası adı altında toplanabilecek hallerde gerek anlaşmanın sonlandırılması gerekse anlaşmanın değiştirilmesi gibi durumlarda bu davanın hiç de anlaşmaya bağlı olmadığı gibi bu adlandırmanın da isabetli olup olmadığı değerlendirilmektedir.

Anahtar Sözcükler: anlaşma, anlaşmalı boşanma, silahların eşitliği, davadan feragat, temyiz

Abstract: The equality of arms principle is concluded by the Supreme Court of Appeal with judicial precedent peculiar to specific cases when it comes to uncontested divorce cases. It is discussed in this article that even though the term Consensual Marriage contains the word consensual, whether naming this term as such is discussed in this article as well as the very case not really being consensual due to the fact that the consensus may be ended or altered under conditions where the consensual deception takes place.

Keywords: consensus, consensual divorce, equality of arms, withdraw of the lawsuit, appeal

GİRİŞ

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun genel boşanma sebebi olan TMK m. 166 hükmü ile **anlaşmalı boşanmaya** ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Tarafların **irade ilkesine** göre boşanma yönündeki iradelerini belirli koşulların gerçekleşmiş olması durumunda açıklamaları ile **evlilik birliğinin sarsılması** ilkesinin gerçekleştiği kanun koyucu tarafından kabul edilmektedir.

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 166 f. III hükmüne göre evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hâlinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış

* Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi

sayılır. Bu hâlde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü hâlinde boşanmaya hükmolunur.

Eşler arasındaki **silahların eşitliği ilkesi** Yargıtay tarafından anlaşmalı boşanma davalarında **belirli durumlara özgü olarak** içtihat uygulaması ile sonlandırılmaktadır. Anlaşmalı boşanma davası adı içerisinde **anlaşma** sözcüğünü içermekte ise de **anlaşma aldatmacası** adı altında toplayabileceğimiz hallerde gerek anlaşmanın sonlandırılması gerekse anlaşmanın değiştirilmesi gibi durumlarda bu davanın hiç de **anlaşmaya bağlı** olmadığı gibi bu adlandırmanın da isabetli olmadığı ibretle gözlemlenebilir.

I. ANLAŞMALI BOŞANMA DAVASINDA DAVA DİLEKÇESİNDE ADIN SOLA YAZDIRILMASININ ÜSTÜNLÜKLERİ

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 166 f. III hükmüne göre evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin **birlikte başvurması** ya da bir eşin **diğerinin davasını kabul etmesi** hâlinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır.

Anlaşmalı boşanma davasına ilişkin dava dilekçelerinde **harcın kimin tarafından yatırıldığı** eşler tarafından hiç önemsenmez. Genellikle dilekçe **erkek eş** tarafından mahkemeye götürülür ve dava harcı da erkek eş tarafından yatırılır.

Görünüm itibariyle **davayı açan** eşin diğer bir ifadeyle dava dilekçesinde **adını sola yazdıran**¹ eşin hiçbir üstünlüğü olmadığı sanılır. Hatta dava harcını yatırmadığı için dava dilekçesinde **adını sağa yazdıran** eş kendini şanslı bile sayabilir. Oysa işler öyle değildir.

Düşünceme göre eşler anlaşmalı boşanmayı **sonlandırma** konusunda eşler arasındaki silahların eşitliği ilkesinin doğal bir sonucu olarak **eşit hak ve yetkilere** sahiptir. Oysa Yargıtay sadece **harcı yatıran eşe** diğer bir ifadeyle **adını sola yazdıran eşe** bu hak ve yetkiyi vermektedir.

¹ Bilindiği üzere dava dilekçesinde **davacı eşin** adı sola yazılmaktadır.

Türkler işi rast gitmeyenlere “Bugün **solundan mı** kalktın!” derler. Anlaşmalı boşanma davalarında ise temyiz işi rast gitmeyenlere² “Temyize, dava dilekçesinin **sağından mı**³ kalktın!” derler.⁴

Anlaşmalı boşanma kararı verildikten sonra harcı yatırmayan eş boşanma iradesi ile **sonsuz kadara** bağlı iken harcı yatıran eş anlaşmayı **keyfe keder** bozma hak ve yetkisine sahiptir. Bu nasıl **anlaşmalı boşanma** oluyor anlamak mümkün değil.

Davalı gösterilen eş anlaşmalı boşanma kararı verildikten sonra oluşan yeni koşullar sebebiyle boşanmak **istemediği halde** davadan feragat hakkı verilmediği için boşanmak zorunda kalmaktadır. Tuhaf şekilde davalı gösterilen eş boşanmak **istediği halde** harcı yatıran eş istemezse⁵ anlaşmalı boşanma kararına rağmen boşanmak mümkün olmuyor. Bu davaya da öğretilen **anlaşmalı (!) boşanma** deniliyor. Oysa evliliğin **kaderini belirleyen** tamamen dava harcını yatıran eş.

Davalı gösterilen eş anlaşmalı boşanma kararı verildikten sonra oluşan yeni koşullar sebebiyle boşanmak istemediğini temyiz dilekçesinde açıklasa bile bu irade açıklaması Yargıtay tarafından **ciddiye alınmamaktadır**. Davalı gösterilen eş boşanmak istemediğini açıklamasına rağmen boşanma kararı onanmaktadır.

En yeni bir örnek verelim;

Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre yerinde bulunmayan **temyiz isteğinin**⁶ reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına⁷

Karşı oy: Anlaşmalı boşanma tarafların anlaşması ile oluşur. Anlaşmanın bozulması ise anlaşmanın tarafları olan her eşin hak ve yetkisidir. Farklı düşünüyorum.

Üye

Ömer Uğur GENÇCAN

² Anlaşmalı boşanmaktan vazgeçtiği için/halde temyiz istemi Yargıtay tarafından ciddiye alınmayanlara.

³ Davalı eş sıfatıyla.

⁴ Dava dilekçesinin sağına harcı yatırmayan yani davalı eş sıfatını kullananın adı yazılır. Bu yazım ise tamamen bir tesadüftür.

⁵ İstemediği için davadan feragat ederse.

⁶ Temyiz istemi adını sağa yazdıran eş tarafından diğer bir ifadeyle dava harcı yatırmayan eş tarafından gerçekleştirilmiştir.

⁷ Y2HD, 31.10.2011, E. 2010/16465, K. 2011/17521

Oysa davalı gösterilen eş anlaşmalı boşanma kararı verildikten sonra oluşan yeni koşullar sebebiyle boşanmak istemediğini temyiz dilekçesinde açıklasa bile bu irade açıklaması Yargıtay tarafından **ciddiye alınmaz iken** harcı yatıran eş keyfe keder olarak boşanmak istemediğini temyiz dilekçesinde açıklarsa bu irade açıklaması Yargıtay tarafından **ciddiye alınmaktadır**.

En yeni bir örnek verelim;

Mahkemece, tarafların Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. maddesi uyarınca boşanmalarına karar verilmiş, kararı davacı vekili süresinde verilen dilekçe ile temyiz etmiştir. Hükmü temyiz eden **davacı vekili**, 14.04.2010 tarihli temyiz dilekçesinde; "**tarafların boşanmaktan vazgeçtiklerini**"⁸, boşanma kararının bu nedenle bozulmasını" talep etmiştir. Bu beyan davadan feragat niteliğindedir. Bu husus dikkate alınarak bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.⁹

Görüldüğü üzere davanın adı **anlaşmalı** olsa bile **karar verildikten sonra** ipler dava dilekçesinde dava harcını yatırdığı için **adını sola yazdıran eşe** geçmiş durumdadır. Siz aile mahkemesinde imzaladığınız karşılıklı irade beyanı ile evlilik sıkıntısından kurtulduğunuzu sanıyorsanız bilirsiniz ki yanılmaktasınız. Bu iş asıl şimdi zorlaşıyor.

Adını sola yazdıran eşe sadece bu özelliği sebebiyle boşanıp boşanmama konusunda **ezici bir üstünlük** sağlanmış durumdadır. Dava harcını yatıran eş **pazarlık gücünü** değişik şekilde¹⁰ kullanabilir. Bu pazarlığa yanaşmayan dava harcı yatırmayan eşinizi **davadan feragat etmekle** tehdit bile edebilirsiniz.

Eğer eşiniz bu **cibilliyette** ise sakın ola dava harcını ona yatırtmayınız. Çünkü hiç de aklınıza gelemeyen ek bedelleri **anlaşmalı boşanma kararına rağmen** kendisine ödemek zorunda kalabilirsiniz. Adı anlaşmalı boşanma olsa bile artık harcı yatırmayan eş olarak davada hiçbir değeriniz kalmamaktadır. Harcı yatıran eşiniz ne derse o olur. Canı boşanmak isterse boşanır istemezse boşanmaz. Siz onu harcı yatırmayan eş olarak şaşkınlıkla izlerseniz.

Şimdiden söylemek isterim ki üstünlük sadece davadan feragat ile sınırlı değildir.

⁸ Davacı canı isterse vazgeçebilir!

⁹ Y2HD, 14.07.2011, E. 2010/11136, K. 2011/12300.

¹⁰ Dava dilekçesinde adını sağa yazdıran eşten **neler istenebileceği** dava harcını yatıran eşin insafına kalmıştır.

II. ANLAŞMALI BOŞANMA KARARINI GECİKMEDEN TEBLİĞ EDİLMESİ GEREĞİ

Anlaşmalı boşanma kararı verilince kararı gecikmeden taraflara tebliğ ettiriniz. Eşinizin “Bak gördüğün üzere mahkeme huzurunda boşandık. Tüm isteklerini de kabul edip imzaladım. Gel bir müddet daha çocukların¹¹ hatırına birlikte olalım. Baktın olmazsa kararı tebliğ ederek boşanma kararını kesinleştiririz” sözlerine de aldanmayınız.

Kararın **makul süreden sonra** tebliğ ettirilmesi olgusu anlaşmalı boşanma davasında açıklanan iradelerinin samimi olmadığını gösterir. Yargıtay artık bu anlaşmanın **sonuç doğurmayacağı** düşüncesindedir. Siz anlaşmalı boşandık sanırsınız ama artık mahkemedeki açıklamalarınız bir değer ifade etmeyebilir.

Örnekler verelim;

Tarafların anlaşarak boşanma taleplerine ve bu yönde hüküm almalarına rağmen, hüküm tebliğ ettirilmeyip, iki yıldan fazla birlikteliğin sürdürülmesi, açıklanan iradelerinin samimi olmadığını gösterir. **2 yıl 6 ay sonra hükmün tebliğ ettirilmesi** Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesi ile bağdaşmaz. Bu nedenle hükmün bozulması gerekmiştir.¹²

Tarafların anlaşarak boşanma taleplerine ve bu yönde hüküm almalarına rağmen, mahkeme kararı tebliğe verilmeyip, **evliliğin 3 yıl daha sürdürülmesi** açıklanan iradenin samimi olmadığını gösterir. Boşanma kararının 3 yıl süreyle davacı tarafından tebliğe çıkarılıp hükmün kesinleştirilmemesi Türk Medeni Kanununun 2. maddesindeki dürüstlük kuralı ile de bağdaşmaz. Açıklanan sebeple kararın bozulmasına karar vermek gerekmiştir.¹³

III. ANLAŞMALI BOŞANMA KARARININ SADECE FER’İ HÜKÜMLERİNİ TEMYİZ EDEBİLME HAKKI

Anlaşmalı boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Ancak aile mahkemesi sizin anlaşmanızla bağdaşmayacak **tuhaf işler** yapabilir.

¹¹ Başkalarının hatırı da olabilir.

¹² Y2HD, 20.04.2009, E. 2009/4466, K. 2009/7493.

¹³ Y2HD, 14.03.2011, E. 2010/3558, K. 2011/4409.

Örneğin; aile mahkemesi sizin anlaşmanızla bağdaşmayacak şekilde **kendi keyfine göre** ve size bile danışmadan kişisel ilişki düzenlemesi yapabilir. Siz bu durumda eğer hükmü **boşanma bölümü açısından da temyiz ettiğinizi** açıklamazsanız Yargıtay anlaşmalı boşanmanın fer'i hükümlerinin **tek başına temyiz edilebileceğini** düşündüğü için sizin kişisel ilişki konusunda anlaşmanız olmadığı halde **anlaşmalı (!) boşanmış** sayılırsınız. Karar Yargıtay tarafından **sadece kişisel ilişki yönünden** incelenir.

Örnekler verelim.

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm **kişisel ilişki yönünden** temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü. Türk Medeni Kanununun 166/3.maddesine dayalı boşanma davasında hakim tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Taraflarca hazırlanan **protokolde belirlenen çocukla kişisel ilişki süreleri değiştirildiği** halde bu hususta tarafların onayı alınmamıştır. Anlaşma protokolünde mahkemece yapılan **değişiklik hakkında tarafların görüşü sorulmalı**, uygun bulmaları halinde Türk Medeni Kanununun 166/3.maddesi çerçevesinde bir hüküm oluşturulması¹⁴ gerekirken yazılı olduğu şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.¹⁵

Karşı oy: Bir yandan kişisel ilişki konusunda anlaşma olmadığını söyleyip diğer yandan anlaşmalı boşanmanın kesinleştiğini söylemek açık bir çelişki oluşturur.

Üye

Ömer Uğur GENÇCAN

¹⁴ Daire temyizi **kişisel ilişki** diye sınırlayarak hükmün **boşanma bölümünü zaten kesinleştirmiş** durumdadır.

¹⁵ Y2HD, 21.02.2011, E. 2010/1734, K. 2011/2900.

Davacı Yargıtay'ın bozma kararını umursamayarak **davadan feragat etse** bile artık taraflar zaten boşanmış durumdadır. Diğer bir ifadeyle eşlerin artık kişisel ilişki konusunda uzlaşmalarına gerek kalmamıştır. Bozma kararının bu bağlamda hiçbir anlamı kalmamıştır. Kalan davadan feragat eden davacıya, davalı eşin "Yargıtay'ın bozma kararı var ama" demesine davacı eş "Ben zaten anlaşmalı boşandım ve kalan davadan feragat ediyorum ve sen artık bu davayı kişisel ilişki yönünden bile sürdüremezsin!" diyerek sadece tebessüm edecektir.

Bir başka örnek daha verelim.

Aile mahkemesi sizin anlaşmanızla bağdaşmayacak şekilde **kendi keyfine göre** ve size bile danışmadan maddi tazminat miktarını azaltabilir. Siz bu durumda eğer hükmü **boşanma bölümü açısından da temyiz ettiğinizi** açıklamazsanız Yargıtay anlaşmalı boşanmanın fer'i hükümlerinin **tek başına temyiz edilebileceğini** düşündüğü için sizin maddi tazminat konusunda anlaşmanız olmadığı halde **anlaşmalı (!) boşanmış** sayılırsınız. Karar Yargıtay tarafından **sadece maddi tazminat yönünden** incelenir.

Yargıtay tarafından hükmün sadece maddi tazminat yönünden bozulmasının ise sizin felaketinizi önleme ihtimali yoktur. Diyelim 100.000 TL maddi tazminat için anlaştınız ve bu şekilde beyanda bulunup imzaladınız. Aile mahkemesi 1.000 TL maddi tazminat verdi. Hükmü sadece maddi tazminat şeklinde sınırlayarak temyiz ederseniz Yargıtay temyizi "temyiz maddi tazminattan" diyerek sınırlar. Sizin 1.000 TL maddi tazminat konusunda anlaşmanız olmadığı halde **anlaşmalı (!) boşanmış** sayılırsınız. Hüküm **sadece maddi tazminat yönünden** bozulur ama bu noktada artık dul statüsüne geçersiniz. Davacı eşiniz¹⁶ **anlaşmalı (!) boşanma kararını** elde etmiş durumdadır. Siz ise maddi tazminat yönünden davanın süreceğini sanırsınız. Bozma kararından sonra davacı eşiniz **kalan davadan feragat ederse** ne yapabilirsiniz? Hiçbir şey. Aldığınız maddi tazminat yok ama Yargıtay'a göre **anlaşmalı (!) boşanmış** sayıldınız. Bu arada eski eşiniz ölüverdi? Ne yapabilirsiniz? Hiçbir şey. Aldığınız maddi tazminat yok ama Yargıtay'a göre rahmetliden **anlaşmalı (!) boşanmış** sayılırsınız.

¹⁶ Artık **eski eşiniz** sayılır. Siz hükmün **boşanma bölümünü de temyiz ettiğinizi** açıklamadığınız için bu sıfat kazanılmış olmaktadır.

SONUÇ

Anlaşmalı boşanma davalarında ne yapabilirsiniz? Ne yapmalısınız?

Anlaşmalı boşanma davalarında ne yapıp edip **dava harcını mutlaka siz yatırın**. Anlaşmalı boşanma kararını eşinizin keyfe keder bozma ya da sizden şantajla ek taleplerde bulunmasını böylece önlemiş olursunuz. Usul yönünden engel varsa anlaşmalı boşanmayı sadece sizin dava harcını yatırmış olacağınız bir dava içinde yapabileceğinizi eşinize anlatarak **yeni dava içinde** bu işe kalkışmalısınız.

Aile mahkemesinin anlaşmalı boşanma kararında yaptığı tuhaf işleri **tek başına** temyiz sebebi yapmayınız. Anlaşmanın aile mahkemesi tarafından bozulduğunu/değiştirildiğini gördüğünüzde “Hükümün **boşanma bölümünü de** bu sebeple temyiz ediyorum. **Bu şekilde boşanmış olmayı kabul etmiyorum**” açıklamasında bulunursanız anlaşma dışı boşanma kararının kesinleşmesini engellersiniz. Temyiz dilekçesinde yer alan bu açıklamayı ister davacı eş ister davalı eş olun, mutlaka yapınız.

Anlaşmalı boşanma kararına rağmen kararı tebliğ ettirmede gecikmeyiniz. Aldığınız anlaşmalı boşanma kararı zaman geçerse ister inanın ister inanmayın buhar olabilir/buharlaşabilir.

Bilmeniz isterim ki “Anlaşmalı boşanma **tarafların anlaşması** ile oluşur. Anlaşmanın bozulması ise anlaşmanın tarafları olan her eşin hak ve yetkisi içerisindedir. Farklı düşünüyorum.” ve “Anlaşmalı boşanma davalarında **fer’i hükümlerde oluşan** sakatlığın hükmün bütününe özürlü kılacağını düşünüyorum. Diğer bir deyişle anlaşmalı boşanma bütündür. Bir kısmının kesinleştiğini bir kısmının kesinleşmediğini kabul etmek Türk Medeni Kanununun sistematığıne aykırıdır. Farklı düşünüyorum.” şeklinde **verdiğim karşı oylar** beni **duygusal sorumluluktan kurtarmakta** ise de verdiğim bu karşı oylar açıklamış olduğum sakıncaları ortadan kaldıracı bir işleve o dosya için sahip olmadığından maalesef o dosyanın taraflarının derdine derman da olmamaktadır.

ÇALIŞMA YAŞAMINDA KADIN VE YASAL DÜZENLEMELER

WOMEN AT THE WORKPLACE AND RELATED LAWS AND REGULATIONS

Birgül BİLGİN*

Özet: İncelemede; kadın emeğinin ücretlendirilmeye başlanması ve kadınların çalışma hayatına girmesiyle beraber karşılaştıkları sorunlar irdelenerek, bu sorunların çözümü için yapılması gereken çalışma ve yasal düzenlemeler ortaya koyulmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Çalışma yaşamında kadın erkek eşitliği, İş Kanunu, Uluslararası sözleşmeler ve yasal düzenlemeler.

Abstract: In this study the problems women face in the workplace have been put under scrutiny and it focuses on the legal solutions to resolve these problems

Keywords: Equal treatment and wages for men and women in the workplace; labor laws; international agreements and other rules and regulations.

Kadınlar eski çağlardan bu yana her dönemde emekleriyle ve çalışmalarlarıyla varlıklarını ortaya koymuşlardır. Sanayi devrimiyle beraber 1750'den 1914'e ve I. ve II. Dünya savaşına kadar olan dönemde kadın emeği ücretlendirilmeye başlanmış ve ücretli işçi olarak çalışma hayatına girmişlerdir.

Kadınlar çalışma hayatına girmeleriyle aile içerisinde özgürleştirirken, iş ortamında karşılaştıkları ayrımcı uygulamalardan dolayı çeşitli sorunlar yaşamaya başlamışlardır. Bunlardan en çok bilinenlerinde biriside 1857 yılında New Yorklu dokuma işçisi kadınların eşitsizliklere ve ayrımcılığa karşı sürdürdüğü mücadele ile başlayan ve bu önemli günü 8 Mart'ı tüm dünya kadınlarının kutladığı uluslararası bir güne dönüştüren mücadele sürecidir.

* Avukat, TÜBAKKOM Yürütme Kurulu Üyesi

Kadın erkek eşitliğinin tam anlamıyla sağlanması; kadınların iyi eğitim almaları, daha fazla iş alanında var olmaları ve daha iyi ücret kazanmaları durumunda mümkün olabilecektir.

Türkiye genelinde kadın istihdam oranı yüzde 27 iken, AB ülkelerinde bu oran yüzde 57 civarındadır. Türkiye’de her 3 kadından 2’si işsizdir. Kadın nüfusun istihdam artışı, erkek istihdam artışının üçte biri kadardır². Kadınların iş hayatında düşük oranda istihdam olanağı bulması kadın emeğine bakış açısındaki olumsuzluklardan kaynaklanmaktadır. Geleneksel yapıdan ve toplumsal değer yargılarından kaynaklanan nedenlerle kadının görevleri aile içi işlerle çerçevelendirilmektedir. Kadın annedir- evinin kadınıdır ve üstlenebileceği görevler ev işleri ve anneliktir. Oysaki kadınların iş dünyasında güçlenmesi ülke refahını artıran en önemli faktörlerden biridir. Kadının işgücüne katılımının düşük olmasının başlıca nedenleri; kadınların kayıt dışı ve sigortasız çalıştırılması, erkeklere oranla zor koşullarda çalıştırılarak düşük ücret verilmesi, çocuk bakımı hizmetlerinin yetersizliği ve kreş açılmamasıdır.

Cinsiyet eşitliği, ILO’nun “Bütün Erkek ve Kadınlar için İnsana Yakışır İş” temel ilkelerindedir. Kadınlara Daha Fazla ve Daha İyi İş Sağlama istihdam yaratma, eğitim, girişimciliği geliştirme, işgücü piyasasına daha iyi erişim sağlama ve fırsat eşitliği gibi yollarla kadınlara daha fazla iş imkânı sağlamayı amaçlamaktadır. Eşitlik ilkesi, Türkiye’nin Avrupa Birliği’ne tam üyeliğinin sağlanması için önemli bir şarttır. Avrupa Parlamentosu’nun “Genişleme” başlıklı Komisyon raporlarında; «Kadın-erkek arasında fırsat eşitliği sağlanmadan tam üyelik olmaz.» denilmektedir. Kadın erkek arasında fırsat eşitliğinin sağlanabilmesi için çalışma yaşamı ile ilgili gerekli yasal düzenlemelerin yapılması, yasaların uygulanmasında gerekli özenin gösterilerek uygulama sorunlarının acilen çözülmesi, toplumsal yaşamın her alanına (evde-okulda-işte) eşitliğe aykırı süregelen kalıplaşmış geleneksen- toplumsa düşünce ve davranış biçimlerinin ortadan kaldırılması gerekmektedir.

Eşitlik ilkesi Anayasa’nın 10. ve 55. maddelerinde de ifade edilmiş, 10. maddede “herkes, dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi

² Kadın Yönetici ve Kadın Çalışanlar Dayanışma Derneği (KAYÇAD) tarafından yaptırılan Kadın İşgücü Dağılımı konulu araştırma.

inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir". 55. maddenin kenar başlığı "Ücrette Adalet Sağlanması" şeklindedir. Cinsiyete dayanan ayrımcılık yapılamayacağı hususu Anayasa'da özel olarak belirlenmiştir

4857 sayılı İş Kanunu'nda kadın işçilerle ilgili yeni düzenlemelerle çalışma hayatında eşitliğin sağlanarak, ayrımcı uygulamaların ortadan kaldırılması düşünülmüştür. Bu konuda önemli gelişmeler sağlanmıştır. Ancak bazı eksiklikler nedeni ile olumsuz sonuçların ortaya çıkabileceği düşünülmektedir.

Çalışma hayatında işçilere çocuk bakım hizmetlerinde yardımcı olmak amacı ile yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 150 den çok kadın işçi çalıştırılan işyerlerinde, 0-6 yaşındaki çocukların bırakılması ve bakılması, emziren işçilerin çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine yakın bir kreş (yurt) açılması zorunludur. Kreş ve oda açılması için gereken sayının kadın işçilerin sayısı oranında olması kadın işçi sayısını bu rakamın altında tutulması gibi bir sakıncalı duruma sebep olmaktadır. Kreş açılırken erkek işçi sayısı da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu düzenleme eşitlik kuralına aykırıdır.

Erkekler kadınlara oranla daha fazla ücret almaktadır. Çalışma ortamlarında uygulanması gereken "Eşit işe eşit ücret" ilkesine kadınlar için de ivedilikle etkinlik kazandırılmalıdır. Bu ilke İş Yasasında «eşit davranma ilkesi» başlığı altında (madde 5) de tanımlanmıştır. İşverenin "cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem" yapmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır. Cinsiyetinden dolayı ayrımcılığa maruz kalan kadın bunu belirttiğinde ayrımcılık uygulamadığını ispat etme yükümlülüğü işverendedir. Bu hakkın kullanımı için uygulamadaki hataların düzeltilerek bu konuda bilinçlendirme çalışmaları yapılmalıdır.

Kadın işçilere analık ve emzirme konusunda olumlu yeniliklerle iyileştirme yapılmıştır. Kanun'da "ebeveyn izni" ile ilgili bir düzenleme yer almamaktadır. AB müktesebatına uyum açısından ebeveyn izninin düzenlenmesi gerekmektedir.

Cinsel taciz özellikle kadınların karşılaştığı önemli bir sorundur. Etkin yasal düzenlemeler yapılması gerekmektedir. 4857 sayılı İş

K'nda, ne yazık ki, işyerinde cinsel tacizle ilgili özel bir madde düzenlenmemiş, işyerinde cinsel tacizin ayrımcılık oluşturduğuna yer verilmemiş, işyerinde cinsel tacizin ve taciz biçimlerinin (cinsel rüşvet/gözdağı tacizi ile düşmanca ortam yaratan tacizin) tanımı yapılmamıştır. Yalnızca işçinin haklı nedenle iş sözleşmesini feshettiği haller ve işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği haller içinde, cinsel taciz durumunda işçi ve işverene haklı nedenle fesih hakkı tanınmıştır. Sonuçta sadece işten çıkma ve çıkarmayla ilgili bir düzenleme yapılmıştır. Hâlbuki önemli olan, cinsel tacizi önlemektir. Yaptırıma bağlamak önemli olmasına rağmen, öncelikli olan işverenlere işyerinde cinsel tacizi önleyici önlemler alma ve mekanizmalar oluşturma yükümlülüğü getirilmesidir. Ayrıca işverenlere, her işyerine giren işçi veya işçilere işyerinde cinsel taciz konusunda eğitim verme yükümlülüğü getirilmelidir.³

4857 sayılı İş Kanunu'nda bu konudaki düzenlemelerin en önemlisi; kadına karşı ayrımcılığın bir türü olan "cinsel taciz" le ilgili 24. madde ile ilk defa bir işverenin bir işçiye ve de bir işçinin diğer bir işçiye cinsel tacizde bulunması, tacize uğrayan işçiye sözleşmeyi derhal fesih hakkı doğmaktadır. Yasada «işverenin işçiye cinsel tacizde bulunması, işçinin işyerinde başka bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen, işverenin gerekli önlemleri almaması durumunda, işçi sözleşmesini bildirimsiz olarak sona erdirebilecek.» ibaresi yer almaktadır. Ancak maalesef yasal düzenlemeler yetersiz kalmaktadır. Öncelikli olarak cinsel tacizin önlenmesine yönelik çalışmaların yapılması gerekliliğidir. Çünkü taciz mağdurlarının bütün istedikleri, tacizin meydana gelmemesi veya meydana geldikten sonra derhal sona erdirilmesidir. Taciz ve tecavüz gibi saldırılarda kadınlar toplumsal baskı sonucu olayı örtbas etmek zorunda bırakılmaktadır. Kadın işçinin işten atılma tehlikesiyle karşı karşıya kalması söz konusu olabilmektedir.

Türk iş hukukundaki ağır ve tehlikeli işlerde kadınlar için öngörülen çalıştırma yasakları ve sınırlamalar, kadınların, özellikle kadın mühendislerin istihdamını önemli ölçüde etkilemekte ve cinsiyet ayrımcılığına yol açmaktadır. Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği'ndeki yasaklar, kadınların sanayide çalışabileceği alanları son derece kısıtla-

³ Bakırcı, Kadriye (İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz).

maktadır. Bu nedenle bu düzenlemelerin teknolojik ve bilimsel gelişmeler dikkate alınarak, Avrupa hukuku ve uluslararası hukuk ışığında gözden geçirilmesi ve kadın istihdamını daraltıcı gereksiz yasakların kaldırılması gerekmektedir.⁴

Hem kadın hem erkeği eşit olarak olumsuz etkileyen ağır ve tehlikeli işlerdeki çalıştırma yasakları kaldırılmalıdır. Bu tür işlerde iş sağlığı ve güvenliği önlemleri artırılarak hem kadın hem erkek işçiler korunmalıdır. Bu tür işlerde çalışıp çalışmayacağına, sağlığı söz konusu işi yapmaya elverişli olan kadınlar kendileri karar vermelidir, yasa koyucu değil. Aksi durum ayrımcılık oluşturur ve eşitlik ilkesini ihlal eder.⁵

Sigortasız çalıştırılan kadın sayısı erkeklere kıyasla daha yüksektir. Bunun engellenmesi için önerilebilecek yollardan biri, işverenleri kadınları sigortalı çalıştırmaya teşvik edici önlemler almaktır. Çeşitli sektörlerde kadınlara yönelik vergi ve sigorta prim indirimleri işverenleri hem kadın çalıştırmaya hem de sigortalı olarak çalıştırmaya teşvik edecektir. Vergi ve sigorta indirimlerinin özellikle genç kadın işsizler ile çocuk sahibi olması nedeniyle işten ayrılan kadınları kapsayacak biçimde uygulanması, işgücüne katılım oranını artıracaktır.⁶

Kadınlar çalışma yaşamında, emekleri oranında ücret alamamakta ve sosyal güvenceden yoksun bir şekilde zor koşullarda çalışmaya devam etmektedirler. Dünyada işlerin yarısından fazlası kadınlar tarafından yapılmaktadır. Buna rağmen kadınların dünyadaki toplam gelirin % 10'una ve malvarlığının % 1'ine sahip olmaları kadının çalışma hayatındaki sorunlarının çözülmesi gerekliliğini açıkça ortaya koymaktadır. Bu nedenlerle Avrupa Birliği (AB) mevzuatı, Uluslararası Çalışma Örgütü (İLO) belgeleri ve BM Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'ne CEDAW) uygun şekilde eğitim, bilinçlendirme ve yasal düzenlemelere yönelik çalışmaların acilen yapılması gerekmektedir.

⁴ Bakırcı, Kadriye

⁵ Bakırcı, Kadriye

⁶ Yılmaz/Karadeniz.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Bilgi - Belge Merkezi



Güvenilir ve doğru bilginin adresi

ENSEST MAĞDURLARINDAN BİRİSİ: “KADIN” A VICTIM OF THE INCEST: “WOMAN”

Ersan ŞEN*

Tuğçe BAŞARIR**

Özet: Bu makalede Türk Ceza Kanunu açısından, evlenmeleri ahlaken, hukuken, dinen yasaklanmış, nikah düşmeyen, yakın akraba olan kişilerin arasındaki cinsel davranışları kapsayan ensestini ayrı bir suç olarak düzenlenmediği, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar adı altındaki cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz kapsamında değerlendirilebileceğine değinilmektedir.

Anahtar Sözcükler: ensest, evlenme yasaklılığı, cinsel ilişki, altsoy, çocuk

Abstract: In this article it is discussed that incest, which, according to the Turkish Penal Code, covers sexual act between those who are not allowed to get married on moral, legal and religious grounds or those who are next of kin to each other, has not been classified as crime but it can be reviewed in the scope of crimes against sexual immunity, sexual abuse, sexual abuse of children, sexual intercourse with a minor and sexual harassment.

Keywords: incest, being restraint of marriage, sexual intercourse, lineal kinship, child

I. Genel Olarak

Ceza hukukunda bugüne kadar yeterince tartışılmamış olan “ensest” kavramı, evlenmeleri ahlaken, hukuken, dinen yasaklanmış, nikahlanmaları mümkün olmayan, yakın akraba olan kişilerin cinsel ilişkide bulunmaları anlamına gelmektedir¹. Ayrıca, kan bağı olan kişiler arasında cinsel ilişki ve temas dışında cinsel amaçlı davranışlar da, “ensest” kavramı kapsamında düşünülmektedir.

* Prof. Dr. , İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

** Avukat, İstanbul Barosu

¹ Ahmet Ceylani Tuğrul, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar&Ensest İlişkiler, Ankara, 2010, s. 13.

Türk Medeni Kanunu'nun 129. maddesine göre, üstsoy ile altsoy arasında, kardeşler arasında, amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında, kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden birisi ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında, evlat edinen ile evlatlığın veya bunlardan birisi ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında evlenme yasağı bulunmaktadır. Ancak Türk Medeni Kanunu'nda kuzenler arasındaki evlilik yasaklanmamıştır. Türk Medeni Kanunu tarafından evlenme yasağı konulan kişiler arasındaki cinsel davranışların gerçekleşmesi ensesti tanımlamaktadır. Bu davranışların rıza ile veya rıza olmaksızın gerçekleşmesi mümkündür. Ayrıca bir suç olarak tanımlanmamış olan ensest, rıza ile gerçekleşirse yalnızca 18 yaşını tamamlamamış kişilere yönelik olanlar suç sayılmış, rıza olmaksızın gerçekleşirse Türk Ceza Kanunu'nda cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar kapsamındaki suçların ağırlaştırıcı sebebi olmak suretiyle suç olarak düzenlenmiştir.

Ensest adlı ilişki türü, geçmişten günümüze genel olarak bir tabu olarak görülmüş olup, ensest ilişkide bir mağdurun bulunabilmesi için öncelikle kişinin rızası dışında cinsel ilişkiye veya cinsel amaçlı davranışa maruz kalması gerekmektedir. Bu tip bir mağdur, çocuk olabileceği gibi ergen kişi de olabilir. Çalışma, elbette yalnızca Türk Dil Kurumu'nun kullandığı anlamda erişkin olan kadını ele almamaktadır. "Kadın" kavramı, doğduğundan itibaren "kadın" cinsiyetine sahip olan herkesi kapsar. Kadın cinsiyeti, istisnai olarak sonradan da elde edilebilir. Elbette bu elde etme, kişinin kendisini "kadın" olarak hissetmesi ile mümkün olmayıp, bu kimliğin doğal ve hukuki şartlarla kazanılmasına bağlıdır.

Kadının bir cinsiyet türü olarak 18 yaşından küçük (18 yaşını tamamlamamış) kız çocuğunu da kapsadığından hareketle, çalışmada çocuğun cinsel istismarı ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçları da ele alınacaktır. Bu çerçevede, 18 yaşından küçük olan kız çocuklarının "kadın" kapsamında değerlendirilmemesinin ayrımcı bir bakış taşıyacağını ifade etmek isteriz. Belirtmeliyiz ki, ensestin mağduru yalnızca kadın değildir. Çocuk, özellikle 15 yaşını tamamlamamış kız ve erkek çocuklar maalesef ensestin daha fazla mağduru olabilmektedir.

Ensest ilişkinin 18 yaşından büyük kişiler tarafından rızaen gerçekleşmesi halinde, ceza sorumluluğu açısından hukuka aykırılığın

gerçekleşmeyeceğini ifade etmek isteriz. Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesinin ikinci fıkrasına göre, "Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemez". Kanun koyucu, kişinin rızasını bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlemiştir. Kişi hürriyeti olarak kabul edilen cinsel hürriyet de, temyiz kudretini haiz kişi tarafından üzerinde mutlak şekilde tasarrufta bulunulabilecek haklar arasında yer almaktadır. Bu durumda olan bireyin iradesi üzerinde herhangi bir baskının olamaması ve özgür iradesi ile hareket etmesi, TCK m. 26/2'nin somut olayda kabulü için aranması gereken bir diğer unsurdur.

"Ensest", kavram olarak mukayeseli hukukta bazı mevzuatta yer alırken, Türk mevzuatında düzenlenmemiştir. Kanunlarımızda geçmese de bu kavram bilinir ve doktrinde yer alır². Eski adı irza tecavüz veya irza tasaddi, yeni adı cinsel saldırı ve cinsel istismar, yine sarkıntılık, cinsel taciz gibi suç tipleri ile ensest ilişkisinin önüne geçilmesi amaçlanmış ise de, bu düzenlemelerin doğrudan doğruya enseste ilişkin olmaması, bu konuda hukuk kültürü ve inancının toplumda tesis edilmemiş olması, enseste ayıp, konuşulmaması, tartışılmaması ve Türk aile yapısında işlenmesi ve kabulü mümkün olmayan konu olarak bakılması, yine bu tür meselelerin dışarıya yansıtılmaması, aile içine karışılmasının önüne geçilmesine dair bakış açısı, tüm bu sebeplerle enseste ilişkin somut olayların yargıya intikal etmemesi, mevcut yasal düzenleme ve uygulamanın yeterli olmadığını göstermektedir. Ensest konuşulmaktan kaçınılsa da bir sorunsal, bu sorunun üzerine gitmek, aile içinde mağdur olan ve mağdur olma ihtimali bulunanı korumak, kesinlikle Anayasa m. 41/1 hükmü ile Türk toplumun temelini teşkil eden aile düzenini bozmak amacına değil, aile düzeni ile birlikte mağdur kişinin hak ve hürriyetlerini, dolayısıyla toplumun temelini oluşturan ve asıl unsur olan bireye güvence sağlamak anlamına gelir. Enseste maruz kalan mağdurun güvence altında olmasını sağlayan hukuki yollara ilişkin düzenlemeler eksik ve yetersiz gözükmektedir. Bu konuda toplumsal inanç ve istek sağlanmalı, ensest sorununa elbette yasakçı ve cezacı bir mantıktan hareketle tek bir çözüm yolu üreterek,

² Ahmet Mumcu, "Türk Ceza Hukukunda Ensest Sorunu Var mı?", Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt I, İstanbul, 2010/1.

aile içine sürekli müdahale yöntemlerini tatbik etmekle yetinilmemeli, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku, hatta Aile Hukuku, ensest sorunun çözümde yardımcı fonksiyonlar üstlenmelidir. Aile bireylerinin de öncelikle manevi olarak, daha sonra hukuki olarak müdahalesinin gerektiğini önemle belirtmek isteriz.

Ancak düzenin kişi hak ve hürriyetleri adına korunması gerek ve gerçeği, kime karşı olursa olsun bireyin hak ve hürriyetlerinin “eşitlik” ilkesine uygun şekilde ve Anayasa m. 13’de öngörülen sınırlama ölçütleri çerçevesinde dikkate alınmalıdır³. Çünkü toplumsal düzen ve barış, gerek bireyler ve gerekse devlet ile bireyler arasındaki ilişki ve uyumsuzluklar açısından, hiçbir zaman eşit, dürüst, iyi düzenlenip tatbik edilen hukuk kuralları olmaksızın sağlanamaz.

Tüm dünyada önemli bir sorun olarak karşımıza çıkan ensest konusu farklı hukuki temellere oturtularak, çeşitli yaptırımlara tabi tutulmuş ve engellenmeye çalışılmaktadır. Elbette esas olan, yasak ihlalden ve suç işlendikten sonra tedbir almak ve failleri cezalandırmak değil, bireyin hak ve hürriyeti ihlal edilmeden kime karşı olursa olsun korunmasını sağlamak, temyiz kudretine sahip olmak ve özgür iradesi ile hareket etmek kaydı ile bireyin cinsel hürriyeti üzerindeki tasarruflara karışmamak gerekir. Bu anlamda, Türk hukukuna göre çocuk sayılan henüz 18 yaşını doldurmamış olanlarda ise rızanın varlığı yeterli olmayacaktır. Ancak bu noktada maalesef TCK m. 104’ün, fiil tarihinde 15 yaşını dolduran çocuklar yönünden zımni olarak rızayı kabul ettiğini, aile baskısı altında kalma ihtimali çok yüksek olan mağdur çocuğun şikayetçi olmayacağını veya olamayacağını, sessiz kalacağını veya şikayetten feragat edeceğini ya da yaptığı şikayetten göreceği gizli ve dayanılmaz baskılar nedeniyle vazgeçmek zorunda bırakılacağını görmekteyiz. Esasında cebir, tehdit veya hileye dayanan çocukla cinsel ilişki, bu hükümden dolayı özellikle ensest fiiller yönünden kötüye kullanılmaya çok elverişlidir. 104. maddeye göre, “Cebir, tehdit ve hile olmaksızın onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”. Çocukla cinsel ilişki, en azından evlenmeleri ya-

³ Anayasa m. 13’e göre, “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”.

sak olanlar ve ensest fiiller yönünden soruşturulup kovuşturulması mağdurun şikayetine bağlı tutulmamalı ve cezanın alt haddi, hapis cezasının paraya çevrilme, ertelenme ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması sınırlarının dışına taşınmalı, bu suçla ilgili hapis cezasının alt sınırı üç yıl ve üst sınırı da beş veya altı yıl hapis cezası olarak tespit edilmelidir.

Aralarında evlenme yasağı bulunan, ayırt etme gücüne sahip kişiler arasında karşılıklı rızaya dayanan ensest fiili, bizim ülkemiz de dahil olmak üzere bazı ülke yasalarında suç olarak düzenlenmemiştir. Aile hukuku açısından ise, ensest ilişkiden doğan çocuğun baba tarafından tanınması halinde çocuk tüm haklara sahip olabilmekte ve yasal zemini olmasa da ayrı birey kimliği kazanan çocuk ile baba arasında kişiler hukuku ve aile hukukundan kaynaklanan ilişkiler kurulabilmektedir.

Çalışmamızın konusunu kadına yönelik ensest fiilleri teşkil ettiği için, “pozitif ayırıcılık” olarak bilinen, kadın hak ve hürriyetlerinin korunması adına cinsiyet ayırıcılığı yasağının istisnalarına izin veren Anayasa m. 10’ndan da kısaca bahsetmek gerekir. “Kanun önünde eşitlik” başlığı taşıyan Anayasa m. 10’un birinci fıkrasına göre, cinsiyet ayırımı yapılmaksızın kanun (hukuk) önünde herkes eşittir. Kadınlar ve erkekler, ayırım gözetilmeksizin insan hak ve hürriyetlerinden eşit şekilde yararlanırlar. Ancak bazı doğal veya sosyal zorunluluklar sebebiyle ortaya çıkan hukuki statü farklılıkları, erkekler ve kadınlar arasında ayırım yapılmasını, değişik kural ve uygulamaları lüzumlu kılabilir. Bunlara, doğum yapan çalışan kadına verilen izin, emekli sürelerinde farklı uygulama, askerlik ödevinin kadınlar için öngörülmemesi bazı örnekler olarak gösterilebilir. Elbette bu farklılıklar, hem keyfi olmamalı ve hem de eşit hukuki durumda olan tüm kadınları kapsamalıdır.

Tüm bunlara rağmen kanun koyucu, kadınların korunması ve “eşitlik” ilkesine vurgu yapmak amacıyla Anayasa değişikliğine ihtiyaç duymuştur. Türk toplumunun sosyolojik yapısı, iktisadi ve hukuki bazı gereklilikler sebebiyle kanun koyucu tarafından Anayasa m. 10/2’ye önce 2004 yılında 5170 sayılı Kanunun 1. maddesi ile eklenen, “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.” hükmü ve sonrasında 2010 yılında 5982

sayılı Kanun'un 1. maddesi ile Anayasa m. 10/2'ye eklenen, *"Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz."* üçüncü cümle, net bir şekilde kadınlar lehine eşitlik ilkesini ihlal edecek olsa bile düzenleme getirilebileceğini ve tedbirlere başvurulabileceğini ifade etmektedir. Kadına yönelik ensest fiilleri yönünden de Anayasa m. 10'da yer alan bu hükümler ile düzenlenme amaçları dikkate alınmak zorundadır. Çünkü *"Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü"* başlıklı Anayasa m. 11'e göre, *"Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz"*.

II. Kadına Yönelik Ensestın Türk Ceza Kanunu'ndaki Yeri

Ensesti doğrudan doğruya düzenlemeyen, fakat zımni olsa da ağırlaştırıcı sebep olarak içinde barındıran suçlar, Türk Ceza Kanunu'nun *"Kişilere Karşı Suçlar"* başlıklı ikinci kısmının *"Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar"* başlıklı altıncı bölümünde yer almaktadır. Bu hükümlerde ensest, ayrı bir suç tipi olarak değil, Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçu, 103. maddesinde düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçu ve 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunun ağırlaştırıcı sebebi olarak düzenlenmiştir. Ayrıca ensest ilişkinin, TCK m. 104'de düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kapsamında gerçekleşmesi mümkün olsa da, bu durum TCK m. 104 kapsamında nitelikli hal olarak düzenlenmemiştir.

1. Cinsel Saldırı Suçu Kapsamında

TCK m. 102'de düzenlenen cinsel saldırı suçu, birinci fıkrada basit cinsel saldırı ve ikinci fıkrada nitelikli cinsel saldırı olmak üzere iki şekilde düzenlenmiştir.

Cinsel saldırı suçunun basit hali, kişinin cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal etmesi ile gerçekleşir. Cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için, cinsel içerikli davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi yeterlidir. Basit cinsel saldırı suçunun düzenleyen TCK m. 102/1'de öngörülen cinsel davranış, ilişki düzeyine varmayan ancak mağdurun vücuduna temas etmek suretiyle gerçekleştirilen cinsel arzuların tatminine yönelik hareketler ola-

rak tanımlanabilir⁴. Bu ihlalin, fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması hariç olmak üzere cinsel içerikli her türlü davranışla icrası mümkündür. Basit cinsel saldırı suçu, bireyin rızası dışında yapılan cinsel arzuları tatmine yönelik ve mağdurun vücuduna temas içeren her türlü davranış olabileceğinden, bu suçun maddi unsurunun hareket kısmı serbest hareketlerden oluşur. Basit cinsel saldırı suçu, serbest hareketli suç olup, bu yönü ile nitelikli cinsel saldırı suçundan da ayrılır. Çünkü nitelikli cinsel saldırı suçunda, vücuda organ veya cisim sokulmasını kapsayan bir hareketin varlığı suçun maddi unsurunun tamamlanması için aranmıştır.

102. maddenin birinci fıkrasında belirtildiği anlamı ile vücut dokunulmazlığının ihlali, kişinin rızası dışında başkası tarafından vücut bütünlüğüne yönelik fiziki temas şeklinde gerçekleşmektedir. Bu suçun oluşması için, kişinin vücuduna cinsel amaçlı olmak üzere temas edilmesi yeterli olup, failin cinsel arzularının tatmininin gerçekleşmesi aranmamaktadır.

Cinsel saldırı suçunda failde aranan kast ise, cinsel içerikli davranışın objektif açıdan incelenmesi yoluyla tespit edilecektir. Cinsel saldırı suçunun failinin suç işleme kastı ile hareket edip etmediğinin tespiti, sübjektif olarak failin cinsel amaçlı olarak hareket edip etmediği yönünden değil, failin davranışının cinsel arzuyu tatmin amacı içerip içermediğinin ortaya konulması suretiyle yapılacaktır. Bir başka deyişle, bu suçun işlenmesinde bulunması gereken kastın tespitinde, failin özel olarak cinsel arzuyu tatmin amacına yönelik kastının bulunup bulunmadığı değil, failin suç işleme kastı ile hareket ederek, davranışının objektif olarak cinsel arzuyu tatmin amacına yönelik olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. Bu durumda, cinsel saldırı suçunda failin genel kast ile hareket etmesinin gerektiği düşüncesini savunduğumuzu ifade etmek isteriz. Bununla birlikte, failin özel kasta sahip olması ve bu kastın tespiti halinde suçun manevi unsurunun gerçekleştiği fikri de ileri sürülebilir. Çünkü hükümde, “cinsel davranışlarla” ibaresine yer verilmiş olup, bu ibarenin varlığının tespitinde failin sübjektif olarak durumun incelenmesi ve failin gerçek iradesinin anlaşılabilmesi için hangi maksatla bu davranışı icra ettiğinin belirlenmesi gerektiği düşünülebilir.

⁴ Emin Artuk –Ahmet Gökçen – Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2006, 7. Bası, s. 137.

Cinsel saldırı suçu, kişinin rızasının bulunmaması halinde gerçekleşebilmektedir. Erişkin bir kimsenin rızasının olması halinde, hukuka uygunluk sebebi gerçekleşeceğinden, cinsel saldırı suçu oluşmayacaktır. Cinsel saldırı suçunun işlenmesi için failin mağduru etkisiz hale getirmesine veya mağdur üzerinde baskı yapmasına, mutlaka bir darp, cebir uygulamasına gerek olmamakta ve mağdurun vücut dokunulmazlığının rızası dışında ihlal edilmesi gerekmektedir. Mağdur, baştan rızası olmamakla birlikte, kendisine karşı yapılan cinsel davranışa sonradan muvafakat göstermiş veya rızasının olduğunu açıklamışsa, suçun olduğundan ve cezai sorumluluğun doğduğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır⁵.

Basit cinsel saldırı suçunda fiilin cinsel amaçlı olarak işlenmesi gerekir. Bir kişinin herhangi bir yerine dokunma, bir kişiye sarılma veya herhangi bir yerini öpme, sıkma, okşama, hatta dokunma gibi hareketler cinsel istek veya amaç içermekte ise, basit cinsel saldırı suçunu oluşturacaktır. “Cinsel davranışlar” deyiminden, kişinin bir başkasının vücut dokunulmazlığını ihlal ederken bunu cinsel arzu ve duygularını tatmin amacına yönelik olarak gerçekleştirmesinin anlaşılması gerekir. Ancak cinsel tatmin amacına yönelik olan cinsel davranışlarda, failde tatmin duygusunun gerçekleşip gerçekleşmemesinin, birinci fıkrada düzenlenen basit cinsel saldırı suçu veya ikinci fıkrada düzenlenen nitelikli cinsel saldırı suçunun oluşması açısından önemi bulunmamaktadır. Cinsel amaçlı bir davranışın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde, failin kastına bakılmak suretiyle değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmek isteriz. Basit cinsel saldırı suçunda failin suç kastı özel bir amaç içermektedir, bu sebeple failin olası kastla basit cinsel saldırı suçunu işlemesi de mümkün gözükmemektedir. Bu tespit, esas itibariyle basit cinsel saldırı suçunun manevi unsuru yönünden özel kastın, yani failin cinsel arzu saiki ile hareket etmesinin gerekli olduğunun kabulü anlamına da gelebilir.

Cinsel saldırı suçuna ilişkin yargılamalarda, davranışların cinsel tatmin amacı taşıyıp taşımadığı ve suça ilişkin olayda rızanın bulunup bulunmadığı konularında ciddi hukuki tartışmalar ortaya çıkabilecektir. Bu hususların kanıtlanamadığı durumlarda “şüpheden sanık yararlanır” ilkesinin dikkate alınması gerektiğini ifade etmek isteriz.

⁵ Ersañ Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 378.

Basit cinsel saldırı suçu şikayete tabi bir suç olarak düzenlenmiş olup, basit cinsel saldırıya maruz kalan kişinin "Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar" başlıklı TCK m. 73/1-2 hükümleri uyarınca, fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği tarihten itibaren altı aylık süre içinde şikayette bulunması gerekir. Aksi takdirde, bu suçla ilgili soruşturma ve kovuşturma yapılamaz. Basit cinsel saldırı suçunun, bir kişinin bacağına cinsel tatmin amaçlı ellenmesi şeklinde gerçekleştiğinde, kişinin davranışın cinsel amaçlı olduğunu ilk aşamada fark edemeyeceği ve ilerleyen günlerde devam eden benzer davranışlarda cinsel amaçlı olduğuna emin olabileceği durumlar gerçekleşebilmektedir. Böyle hallerde altı aylık şikayet süresi, mağdur tarafından fiilin cinsel amaçlı olduğunun anlaşılması anı ile itibaren işlemeye başlamalıdır. Esas itibarıyla bu durumda aynı mağdura karşı birden fazla cinsel saldırı olduğundan, TCK m. 43/1'de düzenlenen müteselsil/zincirleme suç hükmü uygulama alanı bulacaktır. TCK m. 73/3 uyarınca basit nitelikteki cinsel saldırı suçuna maruz kalan aynı anda birden fazla kişi varsa, bu kişilerden birisinin altı aylık şikayet süresini geçirmesi, diğerlerinin şikayet haklarını düşüreceği anlamına gelmemektedir. Şikayetten vazgeçmeyi düzenleyen TCK m. 73/4 uyarınca basit cinsel saldırı suçundan şikayetçi olan kişinin şikayetinden vazgeçmesi, soruşturmayı kapatacak veya davayı düşürecek, ancak TCK m. 74/2 uyarınca uğranılan zararın tazmini için açılan şahsi hak davasını etkilemeyecektir. Eğer şikayetçi olan birden fazla kişi varsa, bir kişinin şikayetinden vazgeçmesi diğer şikayetçileri etkilemeyecektir ve soruşturma veya kovuşturma, şikayetçi olan diğer kişiler yönünden devam edecektir. Ayrıca iştirak halinde basit cinsel saldırı suçu işlenmişse, TCK m. 73/5'e göre, faillerden biri hakkındaki şikayetten vazgeçme diğer failleri de kapsayacak ve şikayetten vazgeçme hükümleri tatbik edilecektir. Basit cinsel saldırının ensest ilişki kapsamında gerçekleşmesi halinde suç yine şikayete bağlı olacaktır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Uzlaşma" başlıklı 253. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlarda, cumhuriyet savcısı veya talimatı üzerine adli kolluk görevlisi, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Ancak CMK m. 253/3'e göre, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaştırma yoluna gidilemez. 5918 sayılı Kanununun 8. maddesi ile değişiklik getirilen hükmü uyarınca uzlaştır-

ma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması halinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz. Örneğin, basit cinsel saldırı suçu ile birlikte soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı olan basit yaralama suçu işlenmişse, basit yaralama suçu uzlaşma kapsamına düzenlenmiş olsa da basit cinsel saldırı suçu ile birlikte işlendiğinden, bu suçlarla ilgili uzlaşma hükümleri uygulanmayacaktır.

Nitelikli cinsel saldırı suçu ise, basit cinsel saldırıdan farklı olarak, fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda yedi yıldan oniki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Nitelikli cinsel saldırı suçu, basit cinsel saldırı suçunun unsurlarından farklı olarak, cinsel arzuların tatmini amaçlı olması şart olmaksızın rıza dışında mağdurun vücuduna bir organın veya bir cismin ithal edilmesi ile oluşmaktadır. Maddenin gerekçesinde, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olmasının şart koşulmadığı belirtilmiş olsa da, doktrinde nitelikli cinsel saldırı suçuna ilişkin davranışın, cinsel tatmin amacına yönelik olmasa da mutlaka cinsel içerik taşıması gerektiği yönündeki görüş hakim gözükmektedir⁶. Bu düşünce isabetli gözükmektedir, çünkü kanun koyucu 102/2’de “fiilin” ibaresine yer vermek suretiyle birinci fıkraya atıf yaptığından, birinci fıkrada geçen “cinsel davranışlarla” ibaresi, «fiilin» ibaresine yer vererek ilk fıkraya atıfta bulunan 102. maddenin ikinci fıkrasında da uygulama bulacaktır.

Farklı bir düşünce, tartışmalı olan bu konunun açıklığa kavuşturulabilmesi için cinsel saldırı suçu ile korunan hukuki yararın ihlal edilip edilmediğine objektif olarak bakılması gerektiği şeklinde ileri sürülebilir. Bu suçla korunan hukuki yarar kişilerin cinsel dokunulmazlık ve özgürlüğüdür⁷. Örneğin, bir copun cinsel içerik kapsamayan bir davranışla kişiye vajinal veya anal yollardan ithal edilmesinde, kişinin cinsel dokunulmazlığının ihlal edileceğini ve hatta kişinin maruz kaldığı bu tür bir davranıştan sonraki hayatında cinsel özgürlüğüne sahip olarak sağlıklı bir şekilde yaşamasının da engellenebileceğini ifade etmek isabetli olacaktır. Failin davranışının cinsel içerikli olsun ya

⁶ Remzi Gündüz -Veysel Gültaş, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Suçlar, Bilge Yayınevi, Ankara, 2008, s. 26-29.

⁷ Tezcan - Erdem - Önok, Teorik ve Pratik Ceza Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2007, s. 269-270.

da olmasın cinsel bir organa gerçekleştirdiği herhangi bir davranışının cinsel dokunulmazlığa ve özgürlüğe müdahale niteliğinde olduğunu belirtmek isteriz. Bu sebeple, failin cinsel arzu, güdü veya amaçla hareket etmesinin nitelikli cinsel saldırı suçunun oluşması açısından bir önem taşımayacağı ve suça yönelik davranışın failden bağımsız olarak cinsel olmasının yeterli olacağı ileri sürülebilir. Ancak verilen bu örnekler, icra edilmiş şekli itibarıyla ister istemez cinsel davranış veya cinsel içerikli davranış olarak kabul edilecektir. Burada itiraz, mağdurun vücuduna bu şekilde cisim sokan kişinin cinsel arzularını tatmin kastına sahip olmaması hallerinde çıkabilir ki, mağdura vajinal veya anal yollardan cisim sokulması, kanaatimizce beraberinde karine olarak bu hareketi bir cinsel davranış ve faildeki kastı da cinsel içerik taşımaya elverişli olarak nitelendirilmede yeterli olacaktır. Bu noktada, failin kastının işkence veya mağduru yaralamak olduğunun kabulü halinde, ya TCK m. 44'e göre fikri içtima ya da fiillerin birbirinden ayrılması durumunda birbirinden bağımsız suçların varlığı gündeme gelebilecektir. Ancak failin, mağdurun ağzına ya da kulağına veya burnuna bir cisim veya organ sokması durumunda, somut olayın ortaya koyduğu özellikler ve failin sahip olduğu kastın araştırılıp incelenmesinden elde edilen sonuçlara göre bir karar varılması gerekecektir.

Suçun nitelikli hali için, vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ ve sair bir cisim ithal edilmesi gerekir. Fail bu işlemi bir başkası vasıtasıyla da gerçekleştirilebilir. Bu durumda iştirak hükümleri tatbik edilecektir. Cinsel saldırı suçunda failin kadın olabileceği durumlar olmakla birlikte, nitelikli cinsel saldırı suçunda kadın failin bir erkeği cinsel ilişkiye zorlaması ve aralarında cinsel ilişkinin gerçekleşmesi durumunda nitelikli halin oluşup oluşmayacağı konusu tartışmalıdır. Kadın failin zorla erkekle cinsel ilişkiye girmesi halinde, erkeğin rızasının bulunduğu fikri ileri sürülebilir ki, bunun kabulü mümkün değildir. Çünkü içinde "zorla" kelimesi olan bir ilişkinin rızaya dayalı olduğunu söylemek imkanı olamaz. Aksi düşüncede olanlara göre, burada cinsel saldırı suçunun basit hali oluşabilse de nitelikli hal gerçekleşmeyecektir. Çünkü nitelikli cinsel saldırı suçu, failin mağdura organ veya sair cismi ithal etmesi halinde oluşmaktadır. Kadının zorla erkeğin organını kendisine ithal etmesi gibi bir durumun hayatın olağan akışına aykırı olduğu, ancak böyle bir durum olsa da suçun nitelikli halinin oluşmayacağı ve aksi halin suçun tipiklik unsuruna ve ka-

nunilik ilkesine aykırılık taşıyacağı söylenebilir. Kadının da zorla bir erkekle cinsel ilişkiye girebilmesi mümkündür. Özgür iradeyi ortadan kaldırmaya elverişli olacak şekilde zorla veya tehditle erkeğin organını vücuduna ithal ettiren kadının fiili nitelikli cinsel saldırı suçu sayılır ve suçun kanunilik unsurunu da bozmaz. Çünkü 102. maddenin ikinci fıkrasında, “fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle” denilmekte, fakat burada kadından veya fiilin icrasında mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokulan kişi olmasından bahsedilmemektedir. Fail, “sokma” eylemi bakımından aktif veya pasif durumda olabilir. Bu fark, suçun nitelikli cinsel saldırı suçu sayılmasının etkilemeyecektir. Kaldı ki, vücuda organ veya cisim sokulabilmesi için erkek olmaya da gerek bulunmamaktadır. Kadınlar da parmak, dil gibi organların yanında, cisim kullanmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı suçu işleyebilirler.

Nitelikli cinsel saldırı suçunda, vücuda ithal edilen organ, penis, parmak veya dil olabileceği gibi, sair cisim olarak meyve, şişe, cop da olabilir. Ancak Yargıtay, cinsel amaçla da olsa failin ağzına parmaklarını sokması veya dilini okşaması şeklindeki eylemi basit cinsel saldırı olarak değerlendirmiştir⁸. Kişinin parmağını bir başkasının ağzına sokması bile cinsel tatmin amacına yönelik olup, mağdurun vücuduna bir organ sokulması suretiyle vücut dokunulmazlığının ihlali niteliğinde sayılabilir. Bu sebeple, sözkonusu fiilin basit cinsel saldırı kapsamında değil de, nitelikli cinsel saldırı kapsamında değerlendirilmesi gerekeceği düşünülebilir. Burada kanun koyucunun 102. maddenin ikinci fıkrası ile neyi amaçladığının tespiti önemli olmakla birlikte, bu noktadaki yorumu genişletip kıyas yapmak da hukuka aykırıdır (TCK m. 2/3). Ayrıca, parmağın sadece ağza sokulması nitelikli cinsel saldırı suçu sayıldığında, fail hakkında ağır bir cezanın uygulanması gündeme gelebilecektir ki, bu ceza adalet duygusunu ve vicdanları rahatsız edebilecektir.

Nitelikli cinsel saldırı suçunun takibi şikayete bağlı tutulmamıştır. Savcılık makamı bu suçla ilgili ceza soruşturmasını, ihbar veya şikayet üzerine ya da re’sen başlatabilecektir.

Basit ve nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs mümkündür. Fail

⁸ Ahmet Ceylani Tuğrul, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar&Ensest İlişkiler, Ankara, 2010, s. 298.

nitelikli cinsel istismar suçu işleme kastı ile icra hareketlerine başlamış ve elinde olmayan sebeplerle icra hareketini tamamlayamamışsa, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilecektir. Fail icra hareketlerine başlamış, ancak kendi iradesi ile bu hareketlerden vazgeçmişse, teşebbüsün şartlarından biri oluşmayacağından faile ceza vermek mümkün olmayacaktır. Ancak, vazgeçme anına kadar yaptığı icra hareketleri başlı başına bir suç teşkil ettiği takdirde, bu suçun cezasının verilmesiyle⁹ yetinilecektir. Suça teşebbüsün tespit edilebilmesi için, failin nitelikli cinsel saldırı suçunu işleme kastı ile hareket edip etmediğinin, vasıtadaki elverişliliğin ve icra hareketlerinin suça teşebbüsü tereddütsüz ortaya konulması gerekmektedir. Failin cinsel organ veya sair bir cismin bir kişiye ithal etme kastı ile hareket edip bu kişiyi rızası olmaksızın soyduğu ve vücut dokunulmazlığını ihmal ettiği bir durumda, kendi iradesi ile organ veya sair bir cismi kişiye ithal etmekten vazgeçmişse, bu halde fail yalnızca basit cinsel saldırı suçundan cezalandırılacaktır. Ancak failin, kendi iradesi ile değil de elinde olmayan sebeplerle, örneğin iktidarsızlıktan veya mağdurun kaçmasından, organ veya sair bir cismi mağdura ithal edemediği durumlarda nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs suçundan cezalandırılacağını söylemek isabetli olacaktır.

Cinsel saldırı suçunun “ensest” vakası olarak gerçekleşmesi hali, TCK m. 102/3-c hükmünde düzenlenmiştir. TCK m. 102/3-c’ye göre, üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı cinsel saldırı suçunun işlenmesi halinde temel ceza yarı oranında artırılacaktır. Bu düzenleme yerinde gözüküp, ensest şeklinde gerçekleşen cinsel saldırı suçunun, cezanın artırılma sebebi olarak düzenlenmesinin gerekçesi olarak, aileye duyulan güvenin yüksek miktarda sarsılması gösterilebilir. İnsanın sosyolojik olarak en güven duyduğu müesseselerden birisi olan ailede meydana gelen ve kişiyi en derin şekilde etkileyen cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen cinsel saldırı suçunun insanda hiçbir zaman tamir edilemeyecek üzüntülere sebep olabileceğini belirtmek isteriz. Bu olumsuz etkinin hukuki bir sonucu olarak da cezanın yarı oranında artırılması kimileri için yetersiz gözükse de objektif açıdan bakıldığında korunan hukuki yarar ve fiilin ağırlığı ile paralel bir düzenleme olarak gözükmektedir.

⁹ Sulhi Dönmezer -Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt I, 11. Bası, Beta Yayın Dağıtım, İstanbul, 1994, s. 451.

Ensest olarak cinsel saldırı suçu işlendiğinde, artırım sebebinin uygulanması için, failin hısımlık ilişkisinin varlığını bilmesi ve bu ilişkinin varlığından faydalanmak suretiyle eylemi gerçekleştirmesi gerekmektedir.

Ensest olarak cinsel saldırı suçu, anne, baba, dede, anneanne veya babaanne, büyük dede, büyük anneanne veya babaanne, çocuk, torun, torunun çocukları, kardeş, kardeş çocukları, dayı, amca, hala, teyzeye karşı işlenebilecektir. Ayrıca, aynı uzaklıkta kayın hısımlığı için de artırım nedeni uygulanacaktır. Türk Medeni Kanunu'nun 18. maddesine göre, eşlerden birisi ile diğer eşin kan kısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesi ile ortadan kalkmaz. Bu düzenleme uyarınca evlilik sona erse bile kayın hısımlığının devam ettiği düşünülecek olsa da, CMK m. 45'te tanıklıktan çekinebilecek haller sayılırken "evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi" ibaresine yer verildiğinden veya ensest ilişkinin temelini oluşturan müesseseden "evlenme engelleri" sayılırken "kayın hısımlığı meydana getirmiş evlilik sona erse bile" ibaresine yer verildiğinden, kanun koyucu cinsel saldırı suçunu düzenleyen TCK m. 102'de de benzer bir ifadeye yer verebilirdi. Evlilik sona erdiğinde ortada bir aile kalmadığından, aile içindeki güvenin sarsılmasından yola çıkılarak düzenlenen aile içindeki cinsel saldırı suçunun, varsayılan kayın hısımlığını da kapsadığını ileri sürmek isabetli değildir. Bu sebeple kanun koyucu, evlilik bağının son bulması halini dikkate almamıştır. Evlilik bağı olmadığı veya son bulduğu halde bunu var olduğunu zanneden failin hataya düştüğü kabul edilecek ve ağırlaştırıcı sebep failin aleyhine uygulama alanı bulamayacaktır.

Ayrıca, ensest şeklindeki cinsel saldırı suçu evlatlık ilişkisi içinde de geçerlidir. Evlat edinme, bir evlatlığın aile tarafından korunmasını, bakılmasını ve tanınmasını öngörmektedir. Böyle bir durumda kişinin aileye duyduğu güven hukuki yarar korunmalıdır. Aile ilişkisinin istismar edilmesi ile işlenen cinsel saldırı suçunun cezalandırılmasının yine artırım görmesi yerinde bir düzenlemedir. Türk Medeni Kanunu'nun 305. maddesinin ikinci fıkrasına göre, evlat edinmenin her halde küçüğün yararına bulunması ve evlat edinenin diğer çocukların yararlarının hakkaniyete aykırı bir biçimde zedelenmemesi gerekir. Bu durumda aynı her ailedeki bireyler gibi evlat edinenin de aile içinde kendini güvende hissetmesi ve korunması gerekmektedir.

2. Çocukların Cinsel İstismarı Suçu Kapsamında

“Çocukların cinsel istismarı” başlıklı Türk Ceza Kanunu m. 103’de, 102. maddedeki gibi “cinsel saldırı” ifadesine değil, “cinsel istismar” ifadesine yer verilmiştir. Cinsel saldırı suçu erişkin kişilere karşı rıza dışında gerçekleştirilebilen bir suç olup, çocukların cinsel istismarı suçu çocuklara karşı, yani rızanın önem teşkil etmediği kişilere yönelik işlenebilen bir suç olarak düzenlenmiştir. Cinsel saldırı suçunun oluşması için mağdurun rızasının olmaması gerekmektedir. Bu sebeple, TCK m. 103’de cinsel istismar ifadesinin kullanılması isabetlidir.

Çocukların cinsel istismarı suçunda, 15 yaşını tamamlamamış veya 15 yaşını tamamlayıp da fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocukların rızasının varlığı ya da yokluğu aranmamaktadır. TCK m. 103/1-b uyarınca, bu çocuklar dışındaki diğer çocuklara karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir sebebe dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, çocukların cinsel istismarı kapsamında düzenlenmiştir. Başka bir ifadeyle, 15 yaşını doldurmuş ve fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğini haiz çocukların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen bir sebeple yani bir nevi kandırılmak suretiyle cinsel istismara uğramaları halinde, cinsel istismar suçu oluşacak ve TCK m. 103/1-b tatbik edilecektir.

15 yaşını doldurmuş ve fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğini haiz çocuğun rızası ile cinsel ilişkide bulunması halinde, fail yönünden çocuğun cinsel istismarı suçu gündeme gelmeyecek, TCK m. 104’de düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşacaktır. Böylece, 15 yaşını doldurmuş ve fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğini haiz çocukların rızalarının olması halinde, cinsel ilişki olmaksızın gerçekleşen cinsel içerikli davranışların cezalandırılmayacağını ifade etmek isteriz. Kanun’un bu şekildeki düzenlemesinin yerinde bir düzenleme olmadığına yukarıdaki açıklamalarımızda yer vermiştik. Ayrıca, fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin tespiti konusunun hukuki açıdan ihtilafa yol açabileceğini ve kolay olmayacağını da ifade etmek isteriz. Buradaki şikayet hakkının kime ait olacağı, yalnızca fiilin icra tarihinde 15 yaşını tamamlamış çocuğa mı, yoksa yalnızca onun veli veya vasisine mi ya da çocukla birlikte veli veya vasiye mi ya da her iki tarafa da ayrı mı ait olup kullanılabileceği tartışılabilir ki, kanaatimizce şikayet hakkı aynı anda çocuğa, veli veya

vasiye aittir. Bu şikayet hakkı sayılan herkes tarafından kullanılabilir ve kim kullanmışsa şikayetten de sadece o vazgeçebilir.

Cinsel saldırı suçunda olduğu gibi, çocukların cinsel istismarı suçunda da faile bakılmaksızın davranışın cinsel nitelikte olması yeterli olup, cinsel arzunun tatmin edilmiş olması gerekmemektedir. Ancak davranışın kapsamı, 102. maddeye göre farklı şekilde düzenlenmiştir. TCK m. 103/1-a'ya göre, her türlü cinsel davranış çocukların cinsel istismarı suçu kapsamında yer almaktadır. "Her türlü cinsel davranış" ifadesi doktrinde tartışmaya sebep olsa da, fiziki davranışların yanında, çocuklara karşı gerçekleştirilen söz atma, sarkıntılık yapma, cinsel organ gösterme gibi cinsel taciz niteliğindeki fiillerin de bu hüküm kapsamında değerlendirilmesini gerekli kılacağı düşünülebilir. Bu düşünceye göre kanun koyucu bu görüşü benimsemese idi, "her türlü cinsel davranış" yerine, "vücut dokunulmazlığını ihlal eden her türlü cinsel davranış" ibaresine yer verirdi. Ancak Yargıtay içtihatlarında bunun tersi bir uygulama öngörülmüştür. Yargıtay, failin yalnızca cinsel organını gösterdiği, bedensel temasın sözkonusu olmadığı durumlarda cinsel taciz suçunun oluşacağına işaret etmiştir¹⁰. Kanun hükmünde, çocuklara karşı işlenen her türlü davranışın TCK m. 103 uyarınca cezalandırılacağı öngörülmüştür. O halde, çocuklara karşı TCK m. 105'de düzenlenen cinsel taciz kapsamında gerçekleşen fiillerin TCK m. 103 kapsamında cezalandırılması gerektiği savunulabilir. Böylece TCK m. 105'in, sadece erişkin olan kimselere gerçekleştirilen cinsel taciz fiillerinin cezalandırılmasını hüküm altına aldığı düşünülebilir. Bu düşünceye, çocuğa yönelik cinsel taciz hareketinin ağırlığını gözardı ederek veya çocuğun vücuduna hiç temas olmaksızın yapılan cinsel taciz hareketlerini cinsel istismar kabul ederek katılmak, adalet duygusunu ve vicdanları rahatsız edebilecek cezaların failer hakkında tatbikini gündeme getirebilecektir. Bu sebeple, çocuğa yönelik cinsel

¹⁰ Ahmet Ceylani Tuğrul, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar&Ensest İlişkiler, Ankara, 2010, s. 294. "Sanığın olay günü apartmanın önünde oynayan mağdureleri yanına çağırdığı, gelmemeleri üzerine kendisinin apartmana girip dışarıdaki mağdurelere yönelik olarak yalnızca cinsel organını gösterdiği, bedensel temasın sözkonusu olmadığı dikkate alındığında, eylemin birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmiş olması nedeniyle 5237 sayılı TCK. nun 105/1. ve 43/1-2. maddeleri uyarınca cezalandırılması gerekirken, suç niteliğinde yanılığa düşülerek çocuğun basit cinsel istismarı suçundan yazılı şekilde hükme varılması bozmayı gerektirmiştir" (Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 06. 05. 2009 tarih ve 2009/5763-5363 sayılı kararı).

tacizi 103. madde kapsamında saymamak, 105. madde içinde değerlendirmek isabetli olacaktır. Ancak 105. maddeye, mağdurun çocuk olması yönünden ağırlaştırıcı neden eklenmesi yerinde olacaktır. Bu yolla, cinsel saldırı ve cinsel istismar ile cinsel taciz arasında mağdurun vücuduna temasla ilgili konulan ince çizgi de ihlal edilmemiş olacaktır. Çünkü vücuda temasla ilgili cinsel içerikli hareketlerin kapsamı oldukça geniş ve hareket sayısı da bir o kadar fazladır. Bu alanı daha genişletmek, cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının tatbik sahasının macını açacak şekilde uygulanmasına yol açacaktır.

Çocukların cinsel istismarı suçu şikayete bağlı bir suç olmayıp, savcılık makamı tarafından soruşturulması ve kovuşturulması ihbar veya şikayet üzerine ya da re'sen yapılabilecektir.

Çocukların cinsel istismarının mağduru, kadın veya erkek olabilmektedir. Çalışmanın konusu olan "ensest mağduru olan kadın" kapsamında "kadın" ifadesinin geniş anlamda kullanıldığını ve çocukların cinsel istismarı suçunun mağduru olan kız çocuğunun da kadın kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmek isteriz. Ensest mağduru olan kadını kapsayan düzenleme, TCK m. 103'ün üçüncü fıkrasında yer almaktadır. Bu madde hükmüne göre, mağdur ile fail arasında belirli bir akrabalık bağı bulunması nitelikli hal olarak sayılmıştır.

TCK m. 103/3'e göre, "*Cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır*". Çocuklara karşı cinsel istismar eylemi, anne, baba, dede, annanne veya babaanne, büyük dede, büyük annanne veya babaanne, kardeş, dayı, amca, hala, teyze tarafından işlenirse, TCK m. 103/3 hükmü tatbik edilecektir. Ayrıca, madde kapsamına üvey baba ile evlat edinen de alınmıştır. Ancak bu düzenlemenin, üvey babayı kapsayıp üveyi anneyi kapsamaması sebebiyle hatalı olduğunu ifade etmek isteriz. Bu düzenlemenin, üvey annenin aile ilişkisini kötüye kullanmayacağı düşüncesinden hareketle yapılmış olabileceği düşünülebilir. Aile ilişkisinde kadının veya annenin rolü elbette çok daha güvenilir gözükür. Ancak, bunun her aile

ilişkisinde geçerli olmayabileceğinin gözönüne alınması gerekir. Annenin aile içindeki rolü dikkate alınmak suretiyle böyle bir düzenleme yapıldığı tahmini karşısında, aksine böyle bir düzenlemenin üvey annenin çocuğa karşı daha kolay cinsel istismar fiilini işlemesine yol açabileceğini de belirtmek isteriz. Ensest mağdurlarından olan kadının bir üvey anne tarafından da cinsel istismara uğrayabileceği ve aile içinde bir kadının üvey anneye duyduğu güvenin çok daha güçlü olabileceği gözönüne alındığında, “üvey anne” ibaresinin nitelikli hal kapsamında bulunmamasının ne kadar hatalı olduğu tespit edilebilmektedir. Bu sebeple, Kanun maddesinin bir an evvel üvey anneyi de kapsayacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Bir başka eleştiri olarak, cinsel saldırı suçunda fiilin kayın hısımları tarafından gerçekleştirilmesi nitelikli hal olarak düzenlenmişken, kayın hısımları tarafından çocukların cinsel istismarı suçunun işlenmesi nitelikli hal olarak öngörülmemiştir. Bu tutarsızlık, çocukların korunmaya, geliştirilmeye ve bakılmaya daha muhtaç oldukları gözönüne alındığında, düzeltilmesi yerinde olabilecek bir başka hususa daha işaret etmektedir.

3. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu Kapsamında

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, 15 yaşını tamamlamış olan çocukla cebir, tehdit, hile olmaksızın cinsel ilişkide bulunmak olarak tanımlanmıştır. Bu suçlarla korunmaya çalışılan değer, kişinin cinsel özgürlüğü, yani cinsel tercih hakkıdır. Ancak bu madde ile 15 yaşını tamamlamış çocuğun davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeteri kadar bulunmadığı ve bu yaş aralığında varsayılan cebrin bulunduğu yorumundan hareketle çocuğun korunması amaçlanmıştır. Bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması da şikayete bağlı olduğu için ve çocuğun cinsel özgürlüğünü yönlendirme hakkının ihlal edilmesini bir nebze engelleyebileceği gözönüne alındığında, bu düzenlemenin yerinde olduğu ileri sürülebilir. Öncelikle belirtmeliyiz ki, mağdurda “rıza”nın olup olmadığı konusunda ciddi hukuki sorunlar ortaya çıkabilecektir. Rızanın varlığı, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun bir unsurudur. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşması için sakatlanmamış rıza olmalıdır. Bu suçun mağduru olan kimsenin cinsel ilişkide rızası bulunmuyorsa, fail hakkında TCK m. 103/1-b tatbik edilecektir.

Madde başlığında geçen “reşit” ile maddede yer alan “15 yaşını tamamlamış çocuk” ifadeleri birbiri ile çelişmektedir. Bu çelişkili ifade sebebiyle, 18 yaşından küçük mağdurun Türk Medeni Kanunu hükümlerince ergin kılınması halinde suçun mağduru olup olamayacağı konusu doktrinde tartışmalıdır. Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre evlenme kişiyi ergin kılar ve Türk Medeni Kanunu’nun 12. maddesine göre, 15 yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızası ile mahkemece ergin kılınabilir. Bu durumda “reşit” ifadesinin de ergin olma anlamına geldiği gerekçesinden hareketle, suçun mağdurunun 18 yaşından küçük, 15 yaşını tamamlamış olması ve Türk Medeni Kanunu gereğince ergin kişi haline gelmemesi gerekmektedir.

Bu suçun işlenmesi için özel kast aranmaz, genel kastın varlığı yeterlidir. Ancak bu suç, taksirle işlenebilen bir suç da değildir. Bu suça yönelik kastın oluşabilmesi için failin, mağdurun 15 yaşının üstünde bir çocuk olduğunu bilmesi ve onunla cinsel ilişkiye girmeyi istemesi gerekmektedir. Ayrıca madde hükmünden, cinsel ilişkinin gerçekleşmesi halinde bu suçun oluşabileceği ve ancak cinsel ilişkinin kısmen veya tam olarak gerçekleştiği sırada failin kendisi dışında başka bir sebebin gerçekleşmesi ile fiili son bulmuşsa, suçun teşebbüs aşamasında kalabildiği net bir şekilde anlaşılabilir.

“Cinsel ilişki” kavramı, kişiler arasında cinsel arzuların tatminine yönelik olan birleşmeyi ve teması ifade etmektedir. Madde gerekçesinde, cinsel ilişkinin kapsamına yer verilmemiştir. TCK m. 104 kapsamında ifade edilen cinsel ilişki de, cinsel arzuyu tatmin amacına bağlı olarak mağdur ile fail arasında vajinal, oral veya anal yoldan gerçekleşen ilişkiyi kapsamaktadır. Bu sebeple, yalnızca çiftleşmeyi sağlayacak bir birleşme zorunluluğu bulunmamaktadır.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu şikayete bağlı bir suç olup, şikayet ancak suçun oluşmasından sonra yapılabilecektir. TCK m. 104’ün ikinci fıkrasında yer alan ağırlaştırıcı hal ise, Anayasa Mahkemesi’nin 23. 11. 2005 tarih 2005/103 E. ve 2005/89 K. sayılı kararında “hukuk devleti” ve “eşitlik” ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir. Bu fıkra göre, fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikayet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat artırım yapılmakta idi. Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararında; “*faillerin, mağdurdan beş yaştan daha büyük olmaları halinde yakınma olup olmadığına bakılmaksızın iki kat fazla ceza*

ile cezalandırılmaları öngörülmüştür. Böylece, aynı yaştaki mağdurlarla cinsel ilişkide bulunan failer arasında sadece yaş farkına dayanan bir ayırım yapıldığı gibi, faille aralarındaki yaş farkının beşten az olması halinde suçun şikayete bağlı olarak takip edilip edilmemesi hususunda mağdurun iradesi esas alınıp, failin beş yaştan büyük olması durumunda ise, bu irade gözetilmeyerek mağdurlar yönünden de farklılık yaratılmıştır. Aynı yaşta olup, aynı eylemin tarafı olan mağdurlar arasında yapılan bu ayırım ile aynı yaştaki kişilere karşı aynı eylemi gerçekleştiren failer arasında sadece yaş farkına dayanılarak yapılan ayırımın, kuralın belli yaştaki çocukların cinsel dokunulmazlıklarını koruma amacını gerçekleştirmeye elverişli bulunmadığı ve adalet ilkeleriyle de bağdaşmadığı” sonucuna varılmıştır. Yaş farkının cezayı belirleyici bir ölçü olmasının ve aynı suçun şikayete bağlılık açısından yaşa göre farklılık arz etmesinin eşitlik ilkesine ters düştüğünü, bu sebeple iptal kararının isabetli olduğunu da belirtmek isteriz.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun ağırlaştırıcı bir sebebi bulunmamaktadır. Encest ilişkinin TCK m. 104 kapsamında gerçekleşmesi de ağırlaştırıcı bir sebep olarak düzenlenmemiştir. Ancak, encest ilişkinin mağduru olan birisinin 15 yaşından küçük ve ergin hale gelmemiş olması ve rızası ile faille cinsel ilişkide bulunması halinde TCK m. 104 hükmü tatbik edilecektir. Aile içindeki cinsel istismarın önlenmesi ve caydırıcılığının sağlanması açısından bu madde hükmünde de aile içinde gerçekleşen bu fiilin ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmesi daha isabetli olurdu.

TCK m. 104 ile ilgili çalışmamızın başlangıcında yer verdiğimiz eleştiri ve açıklamalara burada atıf yapmakla yetinmekteyiz.

4. Cinsel Taciz Suçu Kapsamında

Türk Ceza Kanunu’nun 105. maddesinin birinci fıkrasına göre, “Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmolunur”. Maddenin gerekçesinde, cinsel tacizin cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi şeklinde gerçekleştiği ifade edilmiştir. Cinsel taciz suçu, Türk Ceza Kanunu’nda cinsel dokunulmazlığa karşı diğer suçlardan farklı olup, bu suçta kişinin vücut dokunulmazlığı herhangi bir şekilde ihlal edilmemekte, cinsel dokunulmazlık temas dışında söz, yazı veya benzeri şekillerde ihlale uğramaktadır.

Bu suçun faili herkes olabilmektedir. Mağdurun türüne göre ağırlaştırıcı bir sebep veya hal düzenlenmemiş olup, her birisi TCK m. 105/1 kapsamında değerlendirilecektir. Ancak failin çocuk olması durumunda Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinden dolayı yaş küçüklüğünden dolayı cezanın indirilmesi gündeme gelecektir (TCK m. 31).

Çocuklara karşı TCK m. 105'de düzenlenen cinsel taciz kapsamında gerçekleşen fiiller TCK m. 103 kapsamında değerlendirilebilir. Çünkü TCK m. 103'de her türlü cinsel davranış, çocukların cinsel istismarı kapsamında düzenlenmiş olup, bu davranışlar cinsel amaçlı olan cinsel taciz fiillerini de içerdiği söylenebilir. Ancak Yargıtay içtihatlarında bunun aksi yönünde bir uygulama görülmektedir. Yukarıda bahsettiğimiz Yargıtay kararından da anlaşılacağı üzere, cinsel taciz kapsamında kalan fiillerin mağduru çocuk da olsa TCK m. 103 değil, m. 105 kapsamında değerlendirilecektir. Uygulamanın isabetli olmadığı, Kanunun lafzından her türlü cinsel davranışın cinsel taciz fiilini de kapsadığı ve TCK m. 105'de düzenlenen cinsel taciz suçunun mağdurunun çocuk olmayan kimseler olduğu düşünülebilir. Bu düşünceyi, cinsel taciz fiiline göre ağır ceza sorumluluğu öngörmesi nedeniyle eleştirdiğimizi, dolayısıyla bu konuda isabetli çözümün TCK m. 105'e mağdur çocuklar yönünden hüküm eklenmesinin isabetli olacağını belirtmek isteriz.

Cinsel taciz fiilinin cinsel amaçlı olarak gerçekleşmesi, vücut dokunulmazlığını ihlal edici nitelikte olmaması ve mağduru rahatsız edici nitelikte olması gerekmektedir. Aksi halde, cinsel taciz suçunun unsurları oluşmayacaktır. Cinsel amaçlı olmayan taciz içerikli, örneğin karşı tarafı rencide etmek için yapılan el ve kol hareketleri veya söylenen kötü sözler, cinsel taciz suçunu değil, hakaret suçunu oluşturacaktır¹¹. Fiilin cinsel amaçlı gerçekleşmesi suçun unsurlarından olup, fail açısından özel kastın cinsel amaçlı hareket etmesini zorunlu kılmaktadır. Fail cinsel amaçlı değil de, yalnızca kişileri rahatsız etmek amacıyla bir fiil işlemişse, o zaman cinsel taciz değil, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu oluşacaktır. Cinsel amaçlı fiil, vücuda temas halinde gerçekleşmişse, burada cinsel taciz suçu değil, çocukların cinsel istismarı veya cinsel saldırı suçu oluşacaktır. Vücut dokunulmazlığını ihlal niteliğinde olmayan cinsel amaçlı davranışlar; sözle sarkıntı-

¹¹ Osman Yaşar -Hasan Tahsin Gökcan -Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt III, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 3458.

lık etmek, telefonda cinsel içerikli sözler söylemek, internet vasıtasıyla cinsel içerikli fotoğraflar göndermek, kişiye cinsel organını göstermek suretiyle gerçekleşmektedir. Bu davranışların mağdura ulaşmış olması gerekmektedir. Aksi halde, suç oluşmayacaktır. Örneğin, cinsel içerikli bir mektubun mağdura ulaşmayıp, annesine ulaşması halinde suç teşebbüs aşamasında kalacak veya cinsel taciz suçu neticesi harekete bitişik ani suçlardan sayıldığı takdirde, cinsel taciz suçunun olutduğundan da bahsedilemeyecektir. Ayrıca bu davranışların, ulaşan kişinin mağduriyetine yol açması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, mağdurun rencide edilmesini sağlayacak nitelikte bir davranış olması halinde cinsel taciz suçu oluşacaktır. Bu suçun gerçekleşip gerçekleşmediğini hakim somut olayın özelliklerine göre takdir edecektir.

Doktrinde, cinsel taciz suçunun teşebbüse elverişli olmadığı yönünde görüşler bulunmaktadır. Cinsel taciz suçu kapsamındaki bir fiil bölünebilir nitelikte olup da fail bu davranışı elinde olmayan sebeplerle tamamlayamazsa, cinsel taciz suçu teşebbüs aşamasında kaldığından söz edilebilecektir. Örneğin, failin cinsel amaçlı olarak cinsel organını mağdura gösterme amacıyla başladığı davranışını elinde olmayan sebeplerle tamamlayamadığı durumda suç teşebbüs aşamasında kalacaktır. Bununla birlikte, cinsel taciz suçunun umumiyetle neticesi harekete bitişik suçlardan olduğu, bu sebeple de teşebbüse elverişli kabul edilemeyeceği söylenebilir. Ancak icra hareketlerinin bölünebildiği durumlarda, cinsel taciz suçunun teşebbüse elverişli olduğu da düşünülebilir ki, bu noktada somut olayın özelliklerine bakmak isabetli olacaktır.

Cinsel taciz suçunun ensest olarak, yani aile içinde işlenmesi 5377 sayılı Kanun'un 13. maddesi ile değişen TCK m. 105/2'de ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmiştir. 105. maddenin ikinci fıkrası, 5377 sayılı ve 29. 06. 2005 tarihli Kanun ile genişletilerek, eğitim ve öğretim ilişkisi ile aile içi ilişkiyi de kapsar hale getirilmiştir¹². TCK m. 105/2'ye göre, bu fiiller, aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlendiği takdirde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. Kanun değişikliğinin, aile içi ilişkinin kötüye kullanılmasının ve aile içindeki şiddetin engellenmesi açısından isabetli olduğunu ancak, madde metninde aile içi ilişkinin kapsamı belirlenmediğinden değişikliğin eksik olduğunu da ifade etmek isteriz. Cinsel taciz suçunun soruşturulması

¹² <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1584/17171.pdf>, 24. 02. 2012.

ve kovuşturulmasının basit veya nitelikli haller arasında ayırım yapılmaksızın şikayete bağlı olduğu ifade edilmiştir. Maddenin gerekçesinde de aksine bir hüküm bulunmamaktadır. Suçun nitelikli halinin takibi, yani soruşturulup kovuşturulması yine şikayete bağlı kabul edilecek, fail hakkında yalnızca ceza artırımı gidilecektir.

Sonuç

Türk Ceza Kanunları açısından, evlenmeleri ahlaken, hukuken, dinen yasaklanmış, nikah düşmeyen, yakın akraba olan kişilerin arasındaki cinsel davranışları kapsayan ensestini ayrı bir suç olarak düzenlenmediği, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar adı altındaki cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz kapsamında değerlendirilebileceği söylenebilir. Ensest, bu suçlardan cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı ve cinsel taciz suçlarında nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda ise, aile içinde gerçekleşen cinsel ilişki nitelikli hal olarak düzenlenmemiştir.

TCK m. 103 uyarınca failin, 15 yaşını tamamlamamış ve fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği bulunmayan mağdurun rızası olsa bile mağdura cinsel davranışta bulunursa fiil cezalandırılacaktır. TCK m. 104’de failin, 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış ve ergin sayılmamış mağdurun rızası ile mağdurla cinsel ilişkiye girmesi halinde cezalandırılacağı öngörülmüştür. Çalışmamızda incelenen bu dört suça bakıldığında, esas itibarıyla ensestini 18 yaşını tamamlamamış ve ergin sayılmamış kişilere karşı gerçekleşmesi suç olarak düzenlenmiştir. Ancak 18 yaşını tamamlamış kişilerin maruz kaldığı ensest kapsamındaki cinsel davranışlar suç olarak düzenlenmediğinden, bu fiiller yalnızca mağdurun rızasının yokluğu halinde cezalandırılacaktır.

Türk Medeni Kanunu’nun evlenme yasaklılığı ile ilgili olan hükmünde dolaylı olarak ve Türk Ceza Kanunu’nun “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenen “ensest” konusunun, Ülkemiz kanunlarında çok kapsamlı ve işlevsel bir şekilde düzenlenmemiştir.

Türkiye’de ensest vakıalarının daha çok kadına yönelik olduğu ve toplumumuzun ataerkil bir yapıdan oluştuğu düşünüldüğünde,

asında problemin rıza bulunmaksızın kadına yönelik gerçekleşen ensest ile ilgili cezalandırılma sorunu değil, soruşturma evresine geçme aşamasının gerçekleşememe sorunu olduğu görülecektir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, ensestin mağduru çocuklar ve daha çok 15 yaşını tamamlamamış kız ve erkek çocuklar olabilmektedir. Bunun sebebi, çocukların ve özellikle henüz akıl baliğ olmayan, korumasız ve sosyal ilişkilerinde yetişkinlere daha fazla ihtiyaç duyan 15 yaşını tamamlamamış kız veya erkek çocukların aile yaşamına duyduğu saf güven duygusunun, ailede bulunan yetişkinler tarafından istismar edilmesinden kaynaklanabilir. Bu nedenle, çalışmamızda “kadın” tanımı altında topladığımız kız çocuklarının ve hatta erkek çocuklarının ensestin asıl mağduru olduklarını belirtmek isabetli olacaktır.

Çalışmamızın konusunu oluşturan ensest mağdurlarından kadının, maruz kaldığı suça yönelik fiillerin kapsamını ve boyutunu tam olarak bilememesi, meseleyi ahlaki boyutta görüp, kendisini veya ailesini korumak için yaşadığı sorunu üçüncü kişilere taşımak istememesi ya da korkması, aile içinde cinsel dokunulmazlığını ihlal eden fiilleri adli makamlara taşıyamamasına yol açmaktadır. Bu sorunun çözümü, kadınlar ve enseste maruz kalanlar açısından kişi hak ve hürriyetlerini kısıtlamayacak nitelikte belirli pozitif ayrımcı düzenlemeler getirilmek suretiyle de mümkün olabilir. Bunun için, en azından aile içinde gerçekleşen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun şikayete bağlı olmaktan çıkarılması ensesti azaltmak ve enseste ilişkin bilinci ortaya çıkarmak adına isabetli olacaktır. Böylece, aile içinde yaşanan cinsel ilişkinin takibi re’sen de yapılabilecek hale gelir ve cinsel dokunulmazlık bir nebze daha korunabilir. Ayrıca, ataerkil toplum içerisinde yaşayan kadınların, yaşadıkları ensest deneyimleri yargıya taşımaması ve ahlaken bunu yanlış görmesi de, enseste yönelik gerçekleşen suçların karanlık alan içinde kalmasını sağlamaktadır. Aile bireyleri ensest konusunun yargıya taşınmamasını bir sorun olarak görmeyip, sorunun ahlaki boyutunu daha fazla önemsemekte ve kendi içlerinde yaşamaktadırlar¹³. Böylece, ülkemizde veya dünyada ne kadar ensest vakiası olup olmadığı tam olarak bilinmemektedir. Enseste dair olguların yargıya taşınmamasının sebeplerinin ortaya çıkarılması ve bu konuda kamuoyu duyarlılığının artırılması için çalışmalar yapılması her zaman mümkündür.

¹³ Alanur Çavlin Bozbeyoğlu, Türkiye’de Ensest Sorununu Anlamak, Nüfusbilim Derneği, 1. Bası, Ankara, 2009.

KADINA YÖNELİK ŞİDDETLE İLGİLİ GÜNCEL YASAL DEĞİŞİKLİKLER VE ADLİ TIP

Erdem ÖZKARA*

İ. Özgür CAN**

Özet: Kadına yönelik şiddet tüm toplumlarda ve her türü ile yaygın olarak görülmektedir. Dünyada her üç kadından biri yaşamlarının herhangi bir noktasında hayatlarındaki erkekler tarafından şiddete uğramaktadır. Ülkemizde kadına karşı ayrımcılığı körükleyen veya göz yuman yasal düzenlemelerin büyük bölümü yürürlükten kaldırılrsa da şiddetin önlenmesine karşı alınan önlemlerin yeterli olmadığı, yeni yasal düzenlemelerin ise birçok tartışmayı beraberinde getirdiği gözlenmektedir. Adli Tıbbın önemli bir konusu olan kadına yönelik şiddetin biyopsikososyal varlık olarak bireydeki etkilenmelerinin belgelenmesi, bildirilmesi ve rehabilitasyonu süreçlerinin multidisipliner bütüncül bir yaklaşımla ele alınması gerekmektedir. İstanbul Sözleşmesi'nde belirtilen tüm ilkelerin eksiksiz olarak iç hukuk sisteminde yer bulması ve kadının insan hakları, toplumsal cinsiyet, eşitlik konusunda verilecek eğitimin sağlık çalışanları, hakimler, savcılar ve kolluk kuvvetleri dahil olmak üzere konuyla ilgilenenleri kapsamaması yararlı olacaktır.

Anahtar Sözcükler: Kadın, şiddet, İstanbul Sözleşmesi, adli tıp

Abstract: Violence against women is widespread in all societies and in its each type. One of every three women around the world at any point in their lives are exposed to violence by men in their own lives.

Although a large portion of legal regulations that condone and increase discrimination against women have been repealed, it is also observed; that new legislations brought many discussions

As an important subject for the type of forensic, violence against women should be analysed totally in a multidisciplinary method by considering the process of documenting, reporting and rehabilitation of the impairments in the individual as being a biopsycosocial entity.

Keywords: Women, violence, İstanbul Convention, Forensic

* Prof. Dr, Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı

** Yrd. Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı

GİRİŞ

Kadına yönelik şiddet tüm toplumlarda ve her türü ile yaygın olarak görülmektedir. Dünyada her üç kadından biri yaşamlarının herhangi bir noktasında hayatlarındaki erkekler tarafından şiddete uğramaktadır. Psikolojik şiddet, finansal baskılar da gözönüne alındığında bu oranın arttığı gözlenmektedir (1-5).

Kadınlarda fiziksel şiddetin %13-61, cinsel şiddetin %6-59 arasında gözlemlendiği bildirilmektedir. Kadına yönelik şiddetin üreme çağındaki kadınların, ölüm nedenleri ve sakatlıkları arasında kansere eşdeğer önemde olduğu bilinmektedir (Dünya Sağlık Örgütü Raporları). Ülkemizde yapılan çalışmalarda kadınların en az 1/3'ünün aile içi şiddete uğradığı belirtilmekte ve kadına yönelik cinayetlerin hızla arttığı bilinmektedir. Son dönemde medyanın da konuya duyarlılığının artmasıyla neredeyse her gün bu şiddetin sonuçlarını haberlerde görmekteyiz. Kadına yönelik şiddet doğum öncesinde; erkek çocuk tercihi nedeniyle kız gebeliklerin sonlandırılması veya doğum öncesi annenin şiddete uğraması sonucunda etkilenme ile başlayıp ergenlik çağında ensestle, erişkin döneminde namus, töre adı altında işlenen cinayetlerle, evlilik içi zorla cinsel ilişkilerle, kadın ticaretine zorlanma, çalışma hayatında istismar ve sömürülme ile sürmektedir (3-10).

Dünyada genel olarak; kadınlar dünya nüfusunun yarısını oluştursa da dünyadaki gelirin 1/10'una, çalışma süresinin 2/3'üne, mülklerin 1/100'üne sahiptirler. Kadının çalışma hayatında ve gelir paylaşımındaki yerini olumlu yönde geliştirmek bir yana şiddet nedeniyle kadınların yaşamları ve sağlıkları ciddi tehlike altındadır (1-6). Ülkemizde kadına karşı ayrımcılığı körükleyen veya göz yuman yasal düzenlemelerin büyük bölümü yürürlükten kaldırılrsa da şiddetin önlenmesine karşı alınan önlemlerin yeterli olmadığı, yeni yasal düzenlemelerin ise birçok tartışmayı beraberinde getirdiği gözlenmektedir (11, 12). Örneğin; tecavüz mağdurunun hayat kadını olması halinde cezanın indirilmesini öngören kanun iptal edilmiş (1990 yılı, TCK) olmasına rağmen olayların yasal makamlara bildirilmesi ve yasal sürecin işleyişinde aksaklıklar olduğu bilinmektedir. Kadının kocasından izin almadan çalışabilmesine olanak sağlayan düzenleme getirileli 20 yıldan fazla olsa da kadının çalışma gücüne katılımı, gelir paylaşımındaki yeri ve çalışan kadının konumu halen iç açıcı değildir. Kadınlara yönelik şiddet olaylarında erkeklere haksız tahrik indirimi uygulamasının yaygınlaştığı bildirilmektedir (7, 9, 10, 12).

Genel olarak kadına yönelik şiddetle ilgili tanımlara ve uluslararası sözleşmelere bakıldığında;

Birleşmiş Milletler Kadınlara Yönelik Şiddetin Önlenmesi Bildirgesi; kadınlara yönelik şiddeti; “ister kamusal isterse özel yaşamda meydana gelsin, kadınlara fiziksel, cinsel veya psikolojik acı veya ıstırap veren veya verebilecek olan cinsiyete dayanan bir eylem veya bu tür eylemlerle tehdit etme, zorlama veya keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakma, kurbanı ekonomik ihtiyaçlardan yoksun bırakmak “ şeklinde tanımlamaktadır (11).

Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi; “Kadına yönelik şiddet” ister kamusal ister özel alanda meydana gelsin, kadınlara fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik acı veya ıstırap veren veya verebilecek olan cinsiyete dayalı her türlü eylem veya bu tür eylemlerle tehdit etme, zorlama veya keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakma” tanımını getirmekte ve bir insan hakları ihlali ve kadınlara yönelik ayrımcılığın bir biçimi olarak görmektedir (11).

Aile içi şiddet; “mağdur faille aynı haneyi paylaşırsa da paylaşmasa da, aile veya hanede, eski veya şimdiki eşler ya da partnerler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddet” olarak tanımlanmaktadır. Aile içi şiddet bir kişinin eşine, çocuklarına, anne babasına, kardeşlerine ve/veya yakın akrabalarına yönelik uyguladığı her türlü saldırgan davranıştır. Şiddete yalnız aynı evde oturan kişiler değil, eski eş, kız veya erkek arkadaş ya da nişanlı da maruz kalabilir (4-7).

Kadına yönelik cinsiyete dayalı şiddet; “doğrudan kadınlara yalnızca kadın oldukları için uygulanan veya orantısız bir şekilde kadınları etkileyen şiddet” olarak tanımlanmaktadır. Ülkemiz 1985 yılında imzaladığı BM belgesi olan “**Kadınlara karşı her türlü ayrımcılığın önlenmesi sözleşmesi**” (CEDAW, 1979) tarafıdır ve 1995 yılında **Pekin’de yapılan 4. Dünya Kadın Konferansı’nda** da taahhütleri çekincesiz kabul etmiştir (11). Türkiye’nin verdiği güvenceleri ne ölçüde yerine getirdiği Pekin+5 olarak (2001) tanımlanan toplantılarda da ele alınarak eksiklikler belirlenmiştir.

Türkiye, 7 Nisan 2011 tarihli “Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi”ni (İstanbul Sözleşmesi) ilk imzalayan ülke olarak güvence vermiştir. İmzalanan devletlere ek yükümlülükler getirmekte, toplumsal cinsiyete duyarlı politikalar izlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Kültür, örf ve adet, din, gelenek veya sözde “namus”un şiddet eylemlerinin bir gerekçesi olarak kabul edilmemesini güvence altına alırken kadına yönelik şiddetin bildirilmesi, belgelenmesi, önlenmesi ve mağdurların korunması konularında taraf devletlere sorumluluklar yüklemektedir. İlgili metin kadın sünnetini, cinsel şiddeti, zorla evlendirmeyi engelleyen düzenlemelerin yaşama geçirilmesini istemektedir (11).

Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine İlişkin Kanun (6284 sayılı) TBMM Genel Kurulu’nda özel anlama sahip bir gün olan 08/03/2012 tarihinde kabul edilmiştir. Kanunla, ülkemizde kadına yönelik şiddetin bildirilmesi, açığa çıkarılması, önlenmesi, mağdurların korunması ve cezalandırma süreçlerinde iyileşmeler hedeflenmektedir. Özellikle “medeni nikah/aynı çatı altında yaşama/yakın ilişki içinde olma” halleri dışındaki durumları da kapsayacak biçimde ve şiddeti önleme ve izleme merkezleri kurulmasını sağlayacak şekilde genişletilmiştir. İstanbul Sözleşmesi’nde yer alan birçok başlık da yasada yer bulmaktadır (“kadına yönelik şiddet”, “kadına yönelik cinsiyete dayalı şiddet” ve “ev içi şiddet” gibi farklı başlıklar). Ancak kanunun başlığının kadına yönelik şiddeti ve ayrımcılığı değil aileyi içermesi bir tartışma konusudur ve yasadaki bazı eksiklikler, örneğin yasanın İstanbul Sözleşmesi’ni direkt tanımaması, tazminat konuları gibi başlıklar birçok kadın sivil toplum örgütleri, akademisyenler ve hukukçular tarafından öne sürülmektedir. Özetle; İstanbul Sözleşmesi ile bu kanun arasındaki çelişki/belirsizlik olmaması gerektiği ifade edilmektedir. Kadına yönelik şiddetin insan haklarına aykırılık teşkil ettiği, ayrımcılık yasağı, fiili eşitsizlikler gibi şiddetin arkasındaki dinamiklere dair düzenlemelerin yasada yer almaması, tedbir kararına aykırılık halinde davaların görülmesinde görevli mahkemelerin `asliye ceza mahkemeleri` olarak düzenlenmesinin yer almaması, şiddet mağdurlarının zararlarının tazmin edilmesi gibi konular da tartışılmaktadır (12).

SAĞLIK ÇALIŞANLARININ ROLÜ ve ADLİ TIP

Kadına yönelik şiddet mağduru ile ilk karşılaşan profesyoneller genelde sağlık çalışanları olmaktadır. Şiddetin belgelenmesi ve yasal makamlara bildirilmesi, mağdurun tedavisi ve rehabilitasyonu süreçlerinde hekimler, hemşireler, ebeler ve diğer yardımcı sağlık personeline görev düşmektedir (13-20). Ancak sağlık çalışanlarının aile içi şiddete uğrayan kadınlara karşı ilgisiz kaldığı ve yasal makamlara bildirimde bulunmadığı da bilinmektedir. Bu nedenle, sağlık çalışanlarının meslek uygulamalarında aile içi şiddete yaklaşımları konusunda duyarlılıklarını ve haberlilik düzeylerini artırmak amacıyla ulusal ve uluslar arası birçok proje yürütülmektedir. Bu çalışmaların olumlu yansımalarının elde edilmeye başlandığı bildirilmektedir. Ancak adli makamlara bildirimde bulunulan olayların bir bölümünde, polis ve savcı gibi adli makamların olayın aile içinde çözümlenmesinin istendiği, bir bölümünde ise şikayetlerin geri alındığı belirtilmektedir (15-22).

Kadına yönelik şiddetin ruh sağlığına olan olumsuz etkileri yanı sıra üreme sağlığı üzerindeki etkileri de göz önünde bulundurulmalıdır (23-24). Adli yönden araştırma konusu olması gereken kadına yönelik şiddetin yol açtığı ölümlerde ise bu yola başvurulmadığı ve adli süreç dışında ölüm raporları düzenlendiği bildirilmektedir. Şiddet mağduru kadın öldüğünde olayın adli makamlara bildirilmesi ve otopsi sonrası ölüm nedenlerinin belirlenmesi gereklidir. Kadına yönelik cinayetlerin araştırıldığı ayrı bir emniyet birimi kurulabilir.

Şiddet mağduru kadının medikolegal(adli tıp) değerlendirilmesi sırasında mağdurun hassasiyetlerine özen gösterilerek, güvenliği sağlanarak yapılacak çok dikkatli bir muayenenin ardından ilgili disiplinlerin de işbirliğiyle mümkünse bir defada işlemlerin yapılarak bulguların rapora aktarılması sağlanmalıdır. Günümüzde cinsel saldırı mağdurları için önerilen her işlemin tek bir merkezde yürütüldüğü (rape crisis center) modelin kadına yönelik şiddet olgularında da yararlı olacağı açıktır. Böyle bir merkezde, mağdurlara olabildiğince az travmatize ederek çok yönlü desteğin sağlanabilmesi yanı sıra, şiddetin tüm boyutlarıyla belgelenerek adli rapora yansıtılması daha kolay olacaktır. Ülkemizde de bu şiddetin yaygınlığı göz önüne alındığında böylesi merkezlerin ne kadar gerekli olduğu da anlaşılacaktır.

Öneriler

Kadına yönelik şiddetin biyopsikososyal varlık olarak bireydeki etkilenmelerinin belgelenmesi, bildirilmesi ve rehabilitasyonu süreçlerinin multidisipliner bütüncül bir yaklaşımla, buna spesifik kurulmuş yapılanmalarda (merkezler gibi) ele alınması gerektiği düşüncesindeyiz.

Yasal süreçlerde ise uluslararası protokoller ve sözleşmeler dikkate alınarak kadının ailedeki yeri, konumu veya rolü üzerinden değil birey olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşündeyiz.

Kadının mahkeme kararını beklemeden koruma altına alınabilmesi önemli kazanımlardan birisi olarak görülmektedir. Ülkemizde şiddete uğrayan kadının başvuracağı yerler ve danışabileceği birimlerin İstanbul Sözleşmesi ve yürürlüğe girecek yasa ile (ailenin korunması ve kadına yönelik şiddetin önlenmesi) birlikte daha aktif olarak çalışacağı düşüncesindeyiz.

İstanbul Sözleşmesi'nde belirtilen tüm ilkelerin eksiksiz olarak iç hukuk sisteminde yer bulması ve kadının insan hakları, toplumsal cinsiyet, eşitlik konusunda verilecek eğitimin sağlık çalışanları, hakimler, savcılar ve kolluk kuvvetleri dahil olmak üzere konuyla ilgilenenleri kapsamaması yararlı olacaktır.

Kadına yönelik şiddetin tanınması ve raporlandırılmasında, adli tıp hem sağlık çalışanlarını, hem hukukçuları hem de halkı bilinçlendirme çalışmalarına aktif katkı sağlayabilir. Bu bağlamda şiddetin bulgularının ve şiddete giden sürece işaret eden habercilerinin tanınması eğitimleri düzenlenmelidir. Uzun vadeli olsa da şiddetin önlenmesi için en etkili yol eğitimidir.

KAYNAKLAR

II. Kadın Hekimlik ve Kadın Sağlığı Kongresi, 2008 ve 2010. Kongre kitapları. TTB.

Violence Against Women; A priority health issue. Women's Health and Development, Family and Reproductive Health. World Health Organization, Geneva, 1997.

Worldwatch Institute –Health and Gender Equity Center 2002 yılı araştırması

Hacettepe Üniversitesi Kadın Sorunları ve Araştırma Merkezi.
<http://www.huksam.hacettepe.edu.tr/siddet.htm/> Erişim tarihi:
 10.01.2012

International Service for Human Rights (1995). Women’s Rights in the UN: A manual on how the UN human rights mechanisms can protect women’s rights, Human Rights Series No. 3 (Birleşmiş Milletler’de Kadın Hakları: BM’de insan hakları mekanizmalarının kadın haklarını nasıl koruyabileceği üzerine bir el kitabı). Cenevre: International Service for Human Rights.

T.C.Başbakanlık Kadın Statüsü Ve Sorunları Genel Müdürlüğü.
 Türkiye’de Kadın 2001. Can Matbaacılık: Ankara; 2001.

Salaçin S, Toprak Ergöner A, Uyaniker Demiroğlu Z. Kadına yönelik şiddet. Klinik Gelişim Dergisi. 2009;3:95-100.

Girard, F. (2000). “Beijing plus five: IWHC’s analysis of negotiations and final ‘Further Actions Document.’” (“Pekin + 5: Uluslararası Kadın Sağlığı Koalisyonu’nun tartışmalar ve sonuç belgesi hakkındaki analizi”) <http://www.iwhc.org/uploads/FutherActions.pdf>

Altınay A, Arat Y. Türkiyede Kadına Yönelik Şiddet. TÜBİTAK Sosyal ve Beşeri Bilimler Araştırma Grubu (SOBAK) 2007 Raporu, İstanbul.

İçel K. Türkiye’de Aile İçi Şiddet. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2003, İstanbul.

İlgili mevzuat: TTB mevzuat ve Resmi gazete linkleri. (www.ttb.org.tr)

Kadın Örgütlerinin hazırladığı ortak yasa taslağı, <http://sosyalistfeministkolektif.org/feminist-politika>

Hyman A, Schillinger D, Lo B. Laws and Mandating Reporting of Domestic Violence. JAMA, 1995; 273 (22): 1781-1787.

Waller AE, Hohenhouse SM, Shah PJ et all. Development and Validation of an Emergency Department Screening and Referral Protocol for Victims of Domestic Violence. Annals of Emergency Medicine, 1996; 27(6): 754-760.

Toprak Ergöner A, Özdemir MH, Salaçın S. Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Tanısında Acil Servislerin Rolü: Bir Olgu Sunumu. *Acil Tıp Dergisi*. 2002; 2 (2); 46-49.

Council on Ethical and Judicial Affairs, American Medical Association. Physicians and Domestic Violence, Ethical Considerations. *JAMA*, June 17, 267(23);1992.

McAfee RE. Physicians and Domestic Violence Can We Make Difference? *JAMA*, 1995; 273(22): 1790-1791.

Özkara E, Altunyurt S, Ünüvar T, Arısoy Y. "15 Yaş Altı Adölesan Dönemdeki Gebeliklerin Beden Sağlığına Etkileri ve TCK 103. Maddesi Kapsamında Tartışılması", *Adli Bilimler Dergisi*, 7(4), 35-41(2008).

Ergöner AT, Özdemir MH, Can İÖ, Sönmez E, Salaçın S, Berberoğlu E, Demir N. Domestic violence on pregnant women in Turkey, *Journal of Forensic and Legal Medicine* (Scopus Index), 2009;16(3): 125-29.

Toprak Ergöner A, Özdemir MH, Can İÖ, Salaçın S. Aile İçi Şiddet Öykülü Abortus Olgularında Medikolegal Sorunlar: Bir Olgu Sunumu. *Adli Bilimler Dergisi*. 2003; 2(4); 39-43.

Salaçın S, Avcı A, Willamson E, Özkara E, Ergöner TA, "Uzman Hekimlerin Aile İçi Şiddet Konusunda Mesleki ve Özyaşam Deneyimleri", IV. Adli Bilimler Kongresi, Bildiri Özet Kitabı:19, İstanbul, 2000.

Yıldırım A. Sıradan Şiddet, Türkiye'ye Özgü Olmayan Bir Sorun: Kadına ve Çocuğa Yönelik Şiddetin Toplumsal Kaynakları. 1. Basım, Boyut Kitapları, İstanbul, 1998.

Burge SK. Violence Against Women. *Women's Health*, 1997; 24(1): 67-81.

John R, Johnson JK, Kukreja S, Found M, Lindow SW. Domestic violence: prevalence and association with gynecological symptoms. *BMOG: an International Journal of Obstetrics and Gynecology*. 2004; 111: 1128-1132.

KUYU DA DERİN İP DE KISA İSE

Hale AKGÜN*

“Suçu toplum hazırlar, suçlu işler.”

Buckle

Özet: Hukuk kuralları adalete ve eşitliğe yönelik olmadığı zaman yaptırımları da adalet ve eşitlik doğurmayacaktır. Yine toplumsal yaşayışı belirleyen yazılı olmayan ahlak kuralları toplumun yapısına göre şekillendirilmiş olup akla, adalete, eşitliğe dayanan kurallar olmadıklarında toplumsal huzur ve mutluluğu sağlayamayacaktır.

Abstract: If the legal rules are not fair and equitable, their sanctions does not acquire justice and equality. When the unwritten code of ethics which determine the social life is not based on sense, justice and equality social peace and happiness will not occur.

Felsefede ahlak kavramı “ belli bir toplumun belli bir döneminde bireysel, toplumsal gelenek, görenek, aktöre ve alışkanlıklarla belirlenmiş toplumsal davranış kurallarının tümü ” olarak tanımlanır. Ahlak felsefesi, olan yanında olması gerekeni de irdelemektedir. İyi ve kötünün ne olduğuyula birlikte, erdem, özgürlük, vicdan gibi kavramları da içermektedir. İnsanlardan iyi ve kötü arasında seçim yapmaları beklenir.

Ahlak felsefesi açısından insan davranışları özgür seçim içermeyen refleks, içgüdü türü etki-tepki davranışlar ile uyarıma istenç katılarak gerçekleşen davranışlardır. İlkinde ahlaki sorumluluk aranmazken ikinci de irade söz konusudur ve ahlakın konusuna girerler. İnsan davranışlarına bu açıdan bakıldığında; iyi-kötü daha da belirgin hale gelmektedir. İyi onu seçme olanağı bulunan bireyden beklenen davranıştır. Kötü ise kaçınılması gereken eylemlerdir.

Ancak hangi davranış iyi hangisi kötüdür, bu seçimin kıstası nedir?

* Avukat, İstanbul Barosu

Çağlara ve toplumlara hatta tek tek bireylere göre değişen iyilik kötülük kavramları söz konusudur, bir ölçüm formülü yoktur. Her anlayışta kendisinininkinin en doğru en iyi olduğunu savunur. İlkel bir kabileden hasım kabileden birini öldürmek ödev olurken, bunu yapamamak ise ödev bilincine aykırılıktır ve uygar insanın vicdan azabına eşdeğerdur. Hatta bazı eski toplumlarda hırsızlık erdem, savaşlarda yağmalamak kahramanlık, yaşlı anne babayı ölüme terk ise ödev sayılmıştır.

İyi ve kötü kavramları tarih boyunca düşünürler, çeşitli felsefi akımlarınca da farklı yorumlanmıştır. Örneğin; Sokrates'e göre, iyiyi bilmek ahlaklılıktır, kötülük bilgisizlikten doğar, bilgi erdemlere ulaştırır, erdemler mutluluğa, kimse bilerek kötülük yapmaz. Stoacılar; iyinin doğaya uygun yaşam olduğunu, Kant ise; iyi insanın özündeki ahlak yasasına uygun olandır derken, yararçı felsefecilerden Marks ise, toplumsal gelişmeye katkısı olan iyidir demektedir.

Ahlak kavramını (iyilik ve kötülük) tanrısal temellere dayayanlar yanında, birey üzerinden açıklayanlar akıl, içgüdü, libido, hazların yönlendirmesi vs. ile ilişkilendirilirken, toplumsal kaynağa bağlayanlarda, evrensel ahlak kavramını reddederek toplumun yapısı, üretim, yaşayış biçimi o toplumun ahlak kurallarını belirleyecektir demektedirler.

Toplumlara göre değişen ahlak kavramı "var olandan yola çıkarak olması gerekene ulaşılamaz" haklı eleştirisi ile karşılaşmıştır. Oysaki bireyin içselinde akıl ile gerçekleşecek ahlak kavramının tüm topluma sirayetidir asıl olan.

Hukuk bireyin eylemlerinin dış dünyaya etkileri ile ilgilenirken ahlak bireyin iç dünyası ile de ilgilidir ve bireyin tüm yaşam alanına karışır. Ahlak kurallarının toplum yaşamına etkisini, çiğnenmesinde bireye verdiği vicdan azabında ve toplumun örf ve adetlerinin gösterdiği tepkide görülmektedir. Hukuk yaptırım ile bireyleri sınırlarken bu sınırla kurallarına uyulması da ahlaksal eylemlerin açık ya da kapalı ödül ceza düşüncesi ile yapılması da öngörülen davranış kurallarına uyulmuş olmayı erdem olmaktan çıkarır. Yapılmaması gereken şeyler üzerine kurallar koyan ancak bunların sebebini açıklamayan ancak tabu ahlakıdır. İnsandan ve yaşamdan yana olmak ise buyurucu bir ahlak kuralı olmaktan çıkan bir ölçüt olacaktır.

İnsan beynini üç bölüm oluşturmaktadır; ego denilen benliğimiz, süper ego denilen üst benliğimiz ve alt bilincimizdir. Ego dürtülerle dış dünya kuralları arasında düzenleyicidir. Alt bilinç ilkel benliğimizdir. Yaşamak için gereken, yemek için avlanmak, üremek için cinsel dürtülerimiz, tüm bunları elde etmek için kavgacı olan ilkel benliğimizdir. Buradaki dürtüler dış dünyaya uyum kavramı tanımazlar. Uygur insanda kabul edilmeyen kavgacı benlik isteklerini dengeleyen ise kişiliğimizi simgeleyen benliğimizdir. Süper ego denilen üst benliğimiz ise kurallar ve töreleriyle insanları hayvanlardan ayıran, yasaları tabuları yaratan vicdanı oluşturan bölümdür. Bir çocuk doğduğunda ayıp, günah, yasak, başkasının hakkı gibi kavramları bilmez, haz duygusu ile hareket ederken, anne babasının yönlendirmesi ve ceza sistemi ile bunları öğrenir. Büyüdükçe bunları içselleştirerek kontrolü de kendi sağlar. Bir toplumun üst benliği ne kadar gelişmiş ise benlik ve alt benlik çatışması o derece az olacak iyi ve kötüyü kendi ayırt edebilecektir.

Bütün bunları neden anlattık dersiniz; suçu toplum hazırlar demek için diyeceğim.

Zira bir toplumun ahlak kavramı, bireysel ve manevi alemle veya toplumsal yapıya göre ilişkilendirilip şekillendirmek yerine evrensel erdem kavramları ile özdeş tutulur ise o toplum da suçu hazırlamayacaktır.

Dünyamızın iki psiko-sosyal ihtiyacı vardır. Bunlardan biri; savaşları önleyecek düzen, insanların daha verimli çalışmasını sağlayacak ekonomik düzen ve eğitim düzenidir. Diğeri ise; evrensel ahlaksal değerler yani erdemlerdir. Tüm bunlar ise bizi eğitim kavramına götürmektedir. Sokrates'e göre ahlakın amacı mutluluktur. İnsanı kötülüğe sürükleyen bilgisizliğidir. Bilgi edinen kişi eylemlerinde iyiye yönelecek, erdem sahibi olacak ve erdem sayesinde de mutluluğa ulaşacaktır.

İnsanlar akıl ve bilime dayanan bilgidan ne kadar uzak olurlarsa onlardan oluşan toplumlarda onları kötülüğe sürükleyen bilgisizlik içinde olacaklardır. Topluma ulaşabileceği doğru bilgiyi sunmak bu bilgileri kendi akıl süzgecinden geçirme özgürlüğü tanımak, sorgulamak araştırtmak, asıl olanın bilimsel bilgi olduğunu ancak bunların dahi sorgulamadan kesin doğru kabul edilmemesi gerektiğini benimsetmek, korku veya ödül ile gerek hukuki gerekse ahlaki kurallara uymak yerine istemsel iyilik sağlayacaktır.

Toplumsal yaşayış düzeni için insan hakları temelli hukuk ve toplumsal kurallar konulmakta ve bunlara aykırılık hukuki ve toplumsal yaptırımlara tabi tutulmaktadır.

Hukuk kuralları adalete ve eşitliğe yönelik olmadığı zaman yaptırımları da adalet ve eşitlik doğurmayacaktır. Yine toplumsal yaşayışı belirleyen yazılı olmayan ahlak kuralları toplumun yapısına göre şekillendirilmiş olup akla, adalete, eşitliğe dayanan kurallar olmadıklarında toplumsal huzur ve mutluluğu sağlayamayacaktır.

Sofist Thrasymakos “Adalet, güçlünün işine gelendir” demektedir. Güçlünün her kavramı, her durumu kendine göre tanımladığını, içeriğini bozup tahrif ettiğini belirttiği için pek de haksız sayılmaz hani... Hukuk ve toplumsal ahlak kurallarında adalet güçlünün işine gelen şekilde cereyan ettiğinde toplum suçu kendi hazırlayacak suçluda işleyen olacaktır.

Oysa; “Bir yargıç, iyi niyetle dinlemeli, akıllıca karşılık vermeli, sağlıklı düşünmeli, tarafsızca karar vermelidir.” der Sokrates. Bu yargılayıcı gerek toplumun yargıçlığı gerekse bireysel yargıçlıktır. Kişi ve toplumlar insanları, davranışları, olayları bu ölçütlerle yargılamalıdır. Toplumunu oluşturan insanlar, kurallar ve töreleriyle insanları hayvanlardan ayıran, yasaları ve tabuları yaratan vicdanı oluşturan gelişmiş üst benliği ile iyi ve kötüyü kendi ayırt edebilecektir. Bu üst benliği geliştirecek olan ise insana doğduğundan itibaren bulunduğu toplumda verilenlerdir.

Toplumların insan haklarını hiçe sayan gerek hukuk gerekse töresel geleneksel kuralları yaşayış tarzı o toplum insanının üst benliğini de anı şekilde şekillendirecektir.

Bir toplum geniş yaptırım içeren hukuk kurallarım var iken neden suç oranı düşmüyor diye sorarken önce kendi toplumsal yapısını şekillendirirken yaptığı yanlışlara bakmalıdır. Sadece yaptırımlarla hiçbir suç önlenemeyecektir. İyilik ve kötülük kavramı evrensel insan hakları kurallarına göre şekillenmemiş bir toplum suç işlemeye devam edecektir. Hele ki bir de hukuk kuralları eşitlik ve adalet kıstaslarını tam olarak yakalayamamışsa, hem kuyu derin hem ip kısa gelecektir.

ZEHİRLİ AĞACIN MEYVESİ

FRUIT OF THE POISONOUS TREE

Eray KARINCA*

Özet: Bu makalede, özel hukuk davalarında da yasak delillerin sadakat vb nedenlerle caiz kabulü kesin olarak mümkün olmadığına değinilmiştir.

Anahtar Sözcükler: Delil, ispat, hukuka aykırı delil, ses ve görüntü kaydı, özel hayatın gizliliği

Abstract: In this article, the fact that it is not entirely possible for the prohibited evidence to be permissible in civil cases for the reasons such as fidelity etc. is discussed.

Keywords: Evidence, proof, illegal evidence, audio and video recordings, right of privacy

Genel seçimlerden önce ana muhalefet partisi genel başkanının yasa dışı yöntemlerle elde edilmiş ses ve görüntü kayıtları kullanılarak koltuğundan indirilmesinin ardından, yine özel yaşamlarına ilişkin görüntü kayıtları medyaya servis edilerek ikinci muhalefet partisinin de genel başkanı dışındaki yönetim kadrosu büyük ölçüde saf dışı edildi. Etik dışı, insan haklarını çiğneyen bu saldırıların, tüm kesimlerde etkili ve kararlı biçimde lanetlenmesi beklenirken, kurbanların suçlandığı görüldü.

Hukuk, siyaset, etik vb. açılardan incelenmesi gereken bu çok önemli süreçte, siyaset ve ceza yargılaması yanında, özel hukuk uygulamalarında alınacak tutum da yaşamsal önemdedir. Öyle ki Hukuk

* Avukat/Yazar

Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenleme olmayan, yani tümüyle içtihatlarla belirlenecek olan bu konuda yargıçların tavrı, ülkenin korku cenderesinden çıkmasında, suçla mücadelede, özel yaşamın gizliliği ve korunmasında önemli rol oynayacaktır. Bir örnekle somutlaştırırsak, sindirilmek, itibarsızlaştırılmak istenen bürokrat veya siyasetçinin gizli ilişki yaşadığı kadın veya erkeğin eşi, bu yöntemlerle elde edilmiş olan ses veya görüntü kayıtlarını boşanma davasında kullanabilecek midir? Bu kanıtları nasıl elde ettiğinin ya da ona ne şekilde ulaştırıldığıнын, olaya katkısının olup olmadığının bir önemi var mıdır? Yani ceza yasası açısından suç oluşturan bu eylemler sonucu elde edilen deliller, özel hukuk yargılamasında geçerli kabul edilecek midir?

Böyle bir davada yapılması gereken öğretilde zehirli ağacın meyvesi olarak tanımlanan bu delillere ilişkin iddiaları ön sorun olarak kabul edip öncelikle bu sorunun çözülmesidir. Çünkü özel hayatın gizliliği, Anayasanın 20. maddesi yanında, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 12. maddesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. maddesi uyarınca korunmaktadır ve bir delil, kişilerin Anayasayla tanınmış hakları çiğnenerek elde edilmişse hukuka aykırıdır. Ancak delilin elde edilmesinde hukuka uygunluk nedenleri varsa, örneğin, usulüne uygun olarak alınmış mahkeme kararına dayanıyorsa, hukuka aykırılık ortadan kalkar. Yukarıdaki örneklerde görüntü kayıtları ve fotoğrafların, gizli teknik yöntemlerle, kişilerin bilgisi dışında çekildiğinde, özel hayata müdahale edilerek elde edildiğinde ve bir mahkeme kararına dayanmadıklarında duraksama yoktur. Öyleyse bu yöntemlerle elde edilmiş olan deliller özel hukuk yargılamasında da geçersizdir.

Buna karşın söz konusu fotoğraf ve görüntü kayıtlarının, bu kayıtların elde edilmesinde bir katkısı olmayan, hatta bu kayıtların basına, İnternet'e sızdırılması nedeniyle bilgi sahibi olan, yani itibarsızlaştırılan kişiyle ilişki yaşayan üçüncü kişinin eşi tarafından açılan boşanma davasında kullanılması halinde ne olacaktır? Çünkü bu deliller o eşin isteği dışında elde edilmiş ve kendisine ulaştırılmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 185. maddesi uyarınca da eşlerin evlilik birliği içinde birbirlerine sadakat yükümlülüğü vardır. Nitekim sadakat yükümlülüğü referans alınarak, evliliğin yasal yükümlülükler alanının diğer eş

için dokunulamaz olamayacağı savunulmaktadır. Kulağa hoş gelen ve geleneksel anlayışa uygun düşen bu yorum esas alındığında, Anayasanın 20. maddesi ile yukarıda belirtilen evrensel belgelerde korunan özel hayatın gizliliği, eşler arasında ileri sürülemeyecektir. Ancak ceza hukuku açısından kaynağı suç olan bir eylem sonucu elde edilen bulguların, kaynağı ne olursa olsun özel hukukta eşlerin sadakat yükümlülüğü gerekçe gösterilerek hukuka uygun sayılması çelişki olup Anayasa'nın 38/3 maddesindeki, "Kanuna aykırı elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez." hükmüne aykırıdır.

Öte yandan bu bulguların hangi gerekçeyle olursa olsun delil olarak kabulü, ses veya görüntüleri yasa dışı olarak saptayan kötü niyetli kişilerin amaçlarına ulaşmasını da sağlayacaktır. Oysa toplum, tıpkı vücut gibi içine sızan zararlı unsurlara karşı topyekün mücadele etmelidir. Ceza hukukunda kullanılması yasak olan bir delilin, Anayasanın kesin buyruğuna karşın özel hukukta kullanılmasının kabulü, bu savaşta toplumun gücünü azaltır. Mahkemeler hem ceza hem de özel hukuk yargılamalarında toplumunun demokratik ve özgürlükçü niteliğini, Anayasa ve evrensel belgelerdeki özel yaşamın korunmasına ilişkin düzenlemeleri gözetmeli, özel yaşamın gizliliğini titizlikle korumalıdır.

Nitekim 6100 sayılı yeni HMK, 189. maddesinin 2. fıkrasında, "**Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz.**" Şeklindeki düzenlemesi ile Anayasa'nın 38/6. maddesinin gereğini yerine getirmiştir. Maddenin hükümet gerekçesi şöyledir: "*İkinci fıkra ile ispat hakkının delillere ilişkin yönünün hukuki çerçevesi çizilmiş, bir davada ileri sürülebilecek her türlü delili mutlaka hukuka uygun yollardan elde edilmiş deliller olması esası getirilmiştir. Fıkroda öngörülen düzenlemeye göre hukuka aykırı olarak elde edildiği anlaşılan delillerin mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınmayacağı düzenlenmek suretiyle yargılama sırasında taraflarca sunulan delillerin elde edilme biçiminin mahkeme tarafından re'sen göz önüne alınması ve delilin her ne suretle olursa olsun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin tespit edilmesi halinde diğer tarafça bir itiraz ileri sürülmesi dahi mahkemece caiz olmadığına karar verilerek, dosya kapsamında değerlendirilmemesi benimsenmiştir.*"

Bu gerekçeye göre maddenin dördüncü fıkra ile birlikte değerlendirilmesi bir zorunluluktur. Çünkü dördüncü fıkra, gösterilen delilin caiz olup olmadığına mahkemenin re'sen karar vereceğini düzenlemiştir.

Bu düzenlemeler ışığında artık özel hukuk davalarında da yasak delillerin sadakat vb nedenlerle caiz kabulü kesin olarak mümkün değildir.¹

¹ Aslında yasak deliller konusu, bu konuda bir düzenleme içermeyen 1086 sayılı HUMK döneminde de bir mahkeme kararında tartışılmıştır. Yani sindirilmek, itibarsızlaştırılmak istenen bürokrat veya siyasetçinin gizli ilişki yaşadığı kadın veya erkeğin eşi, bu yöntemlerle elde edilmiş olan ses veya görüntü kayıtlarını boşanma davasında kullanabilecek midir; Bu kanıtları nasıl elde ettiğinin ya da ona ne şekilde ulaştırıldığıının, olaya katkısının olup olmadığıının bir önemi var mıdır? Yani ceza yasası açısından suç oluşturan bu eylemler sonucu elde edilen deliller, özel hukuk yargılamasında geçerli kabul edilecek midir?- Anılan mahkeme kararında Anayasa'nın 38/5 maddesi uyarınca bu nitelikteki delilleri hukuksal olarak aykırı sayılmış, karar Yargıtay tarafından da onanmıştır. Bkz.; Ankara 8. Aile Mahkemesi'nin 21.7.2010 günlü Esas 2009/887, Karar 2010/1061 sayılı kararı; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 1.12.2011 günlü, esas 2010/19624 , karar 2011/21547 sayılı kararı ile onanmıştır. (Ancak başka delillerle-tanık ve ikrar- zina iddiası kanıtlandığı gerekçesiyle dava kabul edilmiştir.)

KADINA YÖNELİK ŞİDDETİN ÖNLENMESİ 6284 sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi

Nazan MOROĞLU*

Özet: Kadına yönelik şiddet çoğunlukla bir tabu olarak görüldüğünden uzun yıllar gözardı edildi ve belgelenmedi bu konuya toplumsal dikkat son yirmi yıldır çoğalmaktadır. Geçtiğimiz yirmi yılda şiddet sorunu kadınların kasten yaralanmasının önemli bir nedeni olarak dikkati çekti ve bugünlerde kadına yönelik şiddet tüm dünyada açık bir insan hakları ihlali ve bir kamu sağlığı sorunu olarak ele alınmaktadır. Bu çalışma kadına yönelik aile içi şiddetin önlenmesi ve bununla mücadele edilmesinin ulusal ve uluslararası hukukta yaşam sürecini incelemektedir. Kısmen, kadına yönelik her türlü şiddet ve aile içi şiddetin önlenmesi, ortadan kaldırılması, kovuşturulması ve giderilmesini amaç edinen Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesine İlişkin Yeni Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul, 2012)'de ele alınmaktadır. Türkiye'de 8 Mart 2012'de yasalaşan Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine dair kanun, medeni hallerine bakılmaksızın kadına yönelik şiddetin önlenmesinde kapsamı genişletecektir.

Anahtar Sözcükler: Kadına yönelik şiddet, aile içi şiddet, şiddetin türleri-şekilleri

Abstract: Violence against women has been unnoticed and undocumented partly due to its taboo nature over long times. But it has received increasing public attention over the past 20 years. The past two decades have highlighted the problem of intimate partner violence as a major cause of intentional injury to women. And nowadays violence against women is well recognised as human rights violation and a public health problem of worldwide significance. This article presents the progress preventing and combating on domestic violence against women at international and national law. Particularly, the new Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence (Istanbul, 2011); the purpose of this Convention is to protect women against all forms of violence, and prevent, prosecute, and eliminate violence against women and domestic violence. And in Turkey the new law for the Protection of the Family and Prevention of Violence against Women would widen the scope of protection (8th March 2012), which is intended to address the issue of violence against to all the women irrespective of their marital status.

Keywords: violence against women, domestic violence, forms of violence.

* Bu yazıda, uluslararası hukukta yaşanan gelişmeler ile iç hukukumuzda 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ile başlayan ve 8 Mart 2012 tarihinde kabul edilen 6284 sayılı Kanun ile devam eden hukuki düzenlemeler ele alınacaktır.

** Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi; TÜKD Genel Başkanı

GİRİŞ

Kadına yönelik şiddet, dünyada ve ülkemizde, kentli - köylü; eğitilmiş - eğitimsiz; varlıklı - yoksul; genç - yaşlı; ev kadını - çalışan kadın farkı olmaksızın kadınların büyük çoğunluğunun yaşadıkları ortak sorundur. Kadına yönelik şiddet bir insan hakları ihlalidir.

Kadına yönelik şiddet, ister kamusal alanda ister özel yaşamda meydana gelsin, kadının fiziksel, ruhsal, sosyal, cinsel ve ekonomik açıdan zarar görmesine, acı çekmesine, onurunun zedelenmesine, kadının özgüvenini yitirmesine ve kadınlara karşı ayrımcılığın sürmesine yol açan bir eylemdir.¹ Kadına yönelik şiddet olaylarına işyerinde, sokakta, okulda, gözetiminde, savaşımlarda rastlanmaktadır. Ancak, kadınlar en korunduğu yer diye düşünülen "aile içinde" kendi evinde sevgi, saygı beklediği insan(lar) tarafından daha yaygın bir şekilde şiddete uğramaktadır.²

Kadına karşı şiddet ve aile içi şiddet sorunu çözümlenmedikçe, kadın erkek eşitliğinin sağlanması, kadınlar açısından süregelen özel ve kamusal alanlar arasındaki uçurumun kapatılması mümkün olamayacaktır. Kadınların karar verici konumlarda yeterli sayıda temsil edilememeleri, mağdurların korunması ve şiddetin önlenmesi için kalıcı çözümlerin getirilmesini engellemektedir. Günümüzde, kadına yönelik şiddet, aile içi şiddet toplumsal sorun olarak ele alınmakta, koruyucu ve önleyici yasalar çıkarılmakta, uluslararası sözleşmeler yapılmaktadır.

I. Uluslararası Hukukta

Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi Çalışmaları

Kökleri tarih boyunca ataerkil kültürle yeniden üretilen aile içi egemenlik ilişkisinden kaynaklanan kadına yönelik aile içi şiddetin bir sorun olarak algılanması ve çözüm üretilmeye çalışılması oldukça yakın tarihlerde gündeme gelmiştir.

Bilindiği gibi, genellikle erkekler tarafından kadınlar üzerinde egemenlik kurmaya yönelik bir güç kullanma şekli olan şiddet; ha-

¹ Tanım için bkz. 1993 tarihli BM Kadına Yönelik Şiddete Karşı Bildirge, md.1.

² MOROĞLU Nazan; *Kadına Yönelik Şiddet*; Aile Mahkemeleri Yasal Çerçevesi ve Uygulama Sorunları, İstanbul Barosu Dergisi, Özel Sayı 2: Aile Hukuku, 2007, s.91 vd; güncelleştirilmiş şekli TÜBAKKOM, 2009; Türkiye Barolar Birliği yayını.

karet, tehdit, aşağılama, dayak, cinsel taciz, tecavüz, yaralama, öldürme şeklinde görülmektedir. Şiddete uğrayanların, kendine özgüvenini, girişimcilik ruhunu, değerlerini yitirdiği görülmektedir. Bütün dünyada olduğu gibi ülkemizde de aile içi şiddet en çok kadınları ve çocukları mağdur etmektedir. Ancak, kadına yönelik şiddetin günümüzdeki anlamda bir sorun olarak ele alınması, önlenmeye çalışılması, mağdurların korunması, failin cezalandırılması çalışmaları dünyada çok yakın zamanlarda, 1970'lerden sonra gündeme gelebilmiştir. 1990'lardan sonra da uluslararası belgelerde kapsamlı olarak düzenlenmeye başlanmıştır.

İnsan haklarının evrensel bir değer olarak tanınması ve geliştirilmesiyle dünyada olduğu gibi ülkemizde de ailede ve toplumda kadınlara karşı her türlü ayrımcılığın kaldırılması çalışmaları sürmektedir. Bu çalışmalar kadına yönelik şiddetin önlenmesi mücadelesinin de hareket noktasını oluşturmuştur.

25 Kasım'ların "*Kadına Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılması İçin Uluslararası Mücadele Günü*" olarak kabul temelinde trajik bir olay yer alıyor. 25 Kasım 1960 tarihinde Dominik Cumhuriyeti'nde diktatörlüğe karşı mücadele eden üç kız kardeş (Mirabel Kardeşler) tecavüz edilerek öldürülmüş, ancak bu bir trafik kazası gibi gösterilmiştir. Bunun üzerine 1981 yılında Latin Amerikalı ve Karayipler'den kadın grupları 25 Kasım'ı "*Kadına Yönelik Şiddete Hayır Günü*" ilan etmişlerdir. Mirabel kardeşlerin ölümü kadına yönelik şiddetin ne ilk örneği ne de sonuncusu olmuştur. Yüzyıllardır kadına uygulanan fiziksel, psikolojik, cinsel, sosyal, ekonomik şiddet tüm acımasızlığıyla devam ediyor.

Kadına yönelik şiddet tarih boyunca var olduğu halde şiddet olarak algılanamamıştı. İnsan haklarından kadınların eşit olarak yararlanması ve yasalarda, yaşamda var olan ayrımcılıkların kaldırılması amacıyla 1979 yılında kabul edilen (CEDAW) Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nde yaşamın her alandaki kadın sorunu ele alındığı halde, "*kadına yönelik şiddet*" konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmemişti.³ O tarihlerde şiddet he-

³ Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu, TC Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Md.lüğü yayını, Ankara, 2001, s.16, 40; Türkiye'de Kadının Durumu; TC Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Md.lüğü yayını, Ankara 1998, s.65-71; Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun

nüz bir sorun olarak ele alınmamış, dile getirilmemişti. Oysa, aile içi şiddet olayları yaşanmaktaydı ve özellikle kadınların insan haklarını kullanmasının önünde önemli bir engel olarak devam etmekteydi. Ancak, kadına yönelik aile içi şiddet konusunda henüz farkındalık oluşmamış olduğundan Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi'nde, kadına yönelik aile içi şiddet düzenlenmemiştir.

1980 yılında Kopenhag'da toplanan 2. Dünya Kadın Konferansı sonuç bildirgesinde "aile içi şiddet" konusuna yer verilmiştir. BM Ekonomik ve Sosyal Konsey'in 1984 tarihli aile içi şiddete ilişkin kararında "sorunun niteliği ve nedenleri hakkında bilgilerin genellikle gizlendiği, bu bilgilere ulaşılamadığı, bu nedenle de mağdura yardım edilebilmesi, şiddetin tekrarının önlenmesi için bu bilgilerin açığa çıkarılması, kamuoyunda farkındalık, duyarlılık yaratılması zorunludur" denilmiştir.⁴

1985 yılında Nairobi'de toplanan 3. Dünya Konferansı sonunda yayınlanan "Kadının İlerlemesi İçin Nairobi İleriye Yönelik Stratejiler" belgesinin Barış bölümünde kadınlara yönelik şiddet konusuna değinilmiş ve önlenmesi için öncelikle hukuki tedbirlerin alınması öngörülmüştür.⁵

BM Kadının Statüsü Komitesinin Ocak 1992 tarihli 11. Oturumunda alınan 19 sayılı Tavsiye Kararında: "..Cinsiyete dayalı şiddet, kadının, kadın erkek eşitliğine dayanan haklarını ve özgürlüğünü zedeleyen bir ayırım biçimidir. Üye devletlere, aile içi şiddete ve her türlü cinsel istismara, tacize, tecavüze karşı tüm kadınları koruyacak, onların onuruna saygı gösterecek yasaları çıkarmaya; taraf devletlerin, kadınlara karşı şiddetin sürdürülmesine neden olan davranışların, örf ve adetlerin ve uygulamaların niteliği ve yaygınlığı ile bunların sonucu olan şiddet türlerini Komiteye verdikleri "Ülke Raporlarında" belirtmeyi tavsiye eder" denilmiştir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca kadına yönelik şiddetin önlenmesine ilişkin kabul edilen ilk belge 20 Aralık 1993 tarihli "Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Bildirge"dir.⁶ BM Ekonomik ve Sosyal

Yaklaşımı, İstanbul Barosu yayını, 2002, s.8 vd.; Moroğlu Nazan, Kadınların İnsan hakları Bildirisi ve Ek İhtiyari Protokol, 2. Bası, İ.Ü. yayını No. 4207, Beta, 2003.

⁴ <http://www.un.org/ecosoc/docs/dec2001.asp>

⁵ Moroğlu Nazan, Kadınların İnsan hakları Sözleşmesi, XII Levha yayını, İstanbul 2009, s. 109.

⁶ MOROĞLU Nazan, Uluslararası Belgelerde Kadın Erkek Eşitliği, İstanbul Barosu

Konsej'in 30 Mayıs 1991 tarih ve 18 sayılı kararıyla, kadınlara karşı şiddet sorununu özel olarak ele almak üzere bir uluslararası belge hazırlanması önerilmiştir. Ayrıca, 1992 yılında Cenevre'de toplanan BM İnsan Hakları Komitesi kadına yönelik şiddet konusunu BM Genel Kurulu gündemine taşıyabilmek üzere üye ülkeleri "*Kadın Haklarını Çiğnemek İnsan Haklarını Çiğnemektir*"; "*Kadına Yönelik Şiddet Bir İnsan Hakları İhlalidir*" başlığı altında açılan imza kampanyasına destek vermeye çağırmıştır. Dünyanın her yerinde kadınlara karşı uygulanan şiddet konusunda *acilen* önlem alınması talebiyle açılan bu imza kampanyası için Türkiye'de 30.000'den fazla imza toplanmıştır. İ.Ü. Kadın Sorunları Araştırma ve Uygulama Merkezi'nin koordinasyonunda kadın kuruluşlarıyla işbirliği içinde yürütülen imza kampanyasında Türkiye, dünyada en çok imzayı toplayan ülke olmuştur.⁷

Birleşmiş Milletler'in 20 Aralık 1993 tarihli Genel Kurul gündemine alınan "*Kadınlara Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Bildirge*" oylamaya başvurulmaksızın kabul edilmiştir. Bildirgede; *şiddetin önlenmesi, failin cezalandırılması ve şiddete uğrayanın korunması* konusunda Devletlere düşen sorumluluklar ve görevler ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Devletlerin iç hukuklarında *ceza, medeni ve iş kanunu* başta olmak üzere ilgili kanunlarda düzenleme yapılması ve uygulamaya geçirilmesi, bu konuda STK'larla işbirliği yapılması" öngörülmüştür. Ayrıca, şiddete uğrayanların güvenliği ve fiziksel ve psikolojik tedavisi için hükümet bütçesinde yeterli ödenek ayrılması da önemle vurgulanmıştır.

Bildirge, hukuki bağlayıcılığa sahip olmadığı halde, kadınlara yönelik şiddetin önlenmesi açısından içerdiği ilke ve kurullarla, devletlerin iç hukuklarında düzenleme yapılması için itici güç olmuştur. Avusturya'da 1997 yılında, Almanya'da 2002 yılında şiddetle mücadele yasaları "*Gewaltschutzgesetz*" çıkarılmıştır. Türkiye'de 4320 sayılı "*Ailenin Korunmasına Dair Kanun*" 14.1.1998 tarihinde kabul edilmiş ve

7 yayını, 2005, s.148 vd.
Kadınlarımızla Birlikte On Yıl, İ.Ü. Kadın Araştırmaları Merkezi Etkinlikleri; yay. haz.: Nazan Moroğlu, İstanbul, 1999, s.46-47. Türkiye'de çok sayıda imza toplanmasının temelinde 1987 yılında "*Dayağa Karşı Kadın Dayanışması*" adı altında yapılan eylemlerin; 1989 yılında yapılan "*Mor İğne Kampanyası*" ile şiddet konusunda farkındalık yaratılmış olmasının ve aile içindeki şiddetle mücadele yaygınlaştırmak amacıyla 1990 yılında Mor Çatı Kadın Sığınağı Vakfının kurulmasının rolü olmuştur; <http://www.morcati.org.tr/tr/sayfa/11/Oykumuz.html>

17.1.1998 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Ayrıca, AB’ye uyum sürecinde 20 Mayıs 2003 tarihinde İş Kanunu’nda yapılan değişiklikle, İş K. 24. maddesinde “iş yerinde cinsel tacizin” işçinin iş sözleşmesini derhal fesih edebilmesi için haklı neden oluşturduğu kabul edilmiştir. Bundan başka, kadına yönelik fiziksel, cinsel, ekonomik şiddetin önlenmesini sağlamak ve faili cezalandırmak üzere Türk Ceza Kanunu’nda, Medeni Kanunda ve Borçlar Kanunu Tasarısı’nda yeni düzenlemeler getirilmiştir.⁸

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu 1994 yılında kabul ettiği 45 sayılı kararlar: “.. Kadınlara yönelik şiddetin sebepleri ve sonuçları konusunda bilgi toplamak, şiddetin önlenmesi için çözümler önermek üzere bir özel raportör atanmasını kabul etmiştir.”⁹

Bildirge’de, kadınlara yönelik şiddet, fiziksel şiddet ile sınırlanmamış, şiddet korkusu nedeniyle kadınları sindiren her türlü eylemi kapsayacak şekilde geniş tutulmuştur. 1. maddesinde “kadınlara karşı şiddetin tanımı” yapılmış; 2. maddede şiddete ilişkin örnekler verilmiş; 4. maddede ise kadına yönelik şiddetin önlenmesi için devletlerin sorumluluklarına ayrıntılı bir şekilde yer verilmiştir.

Cins ayrımcılığına dayalı kadınlara yönelik şiddetin yasaklandığı Bölgesel düzeydeki ilk Sözleşme olan “Kadınlara Karşı Şiddeti Önleme, Cezalandırma ve Ortadan Kaldırmaya İlişkin İnter Amerikan Sözleşmesi’dir”. Sözleşme’de, şiddet fiziksel, ruhsal ve cinsel şiddet biçiminde tanımlanmış ve üç ayrı kategoride ele alınmıştır.

Hem BM Bildirgesi’nde hem de İnter Amerikan Sözleşmesi’nde, özel ya da kamusal alanda kadına yönelik uygulanan şiddeti önleme, soruşturma ve cezalandırmada, devletlerin etkin ve kararlı bir politika izlemeleri önemle vurgulanmıştır. Bunun yanında “devletin veri toplama ve istatistiklere dayalı araştırma yapma görevi” olduğu da belirtilmiştir.¹⁰

⁸ TCK. 86/3-a, b; 96/2-b; 232. maddeler; TMK. 196; 199; BK Tasarısında “iş yerinde cinsel tacizin” tazminat talep hakkı verdiğine ilişkin düzenlemede olduğu.

⁹ Prof. Dr. Yakın Ertürk Ağustos 2003 tarihinde 2009 yılına kadar süren BM İnsan Hakları Komisyonu Kadına Yönelik Şiddet Özel Raportörlüğü görevine getirilmiştir.

¹⁰ Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması için bkz. <http://www.ksgm.gov.tr/tdvaw/anasayfa>

Avrupa Konseyi'nde ve Avrupa Birliği'nde 2000'li yıllara kadar "kadının şiddetten korunmasına" dair özel bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak, İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesinde (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde) ve Avrupa Konseyi tavsiye kararlarında kadına karşı şiddeti önlemeye yönelik özel bir düzenleme olmamakla beraber, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan "işkence yasağı, insanlık dışı ve kötü muamele yasağı ve zorla çalıştırma yasağı" kurallarından hareketle "BM Kadınlara Karşı Şiddetin Önlenmesine İlişkin Bildirge"deki ilkelerle örtüşen kararlar vermiştir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nce 30 Nisan 2002 tarihinde kabul edilen tavsiye kararında¹¹, aile içi şiddetin ve kadına karşı şiddetin önlenmesi yöntemlerine ayrıntılı olarak yer verilmiştir. Tavsiye kararında ve ekinde -toplumda bu konuda farkındalık yaratılması; - polis, adli tıp, sosyal hizmetler alanında çalışanların ve yargı mensuplarına konuyla ilgili meslek içi eğitim verilmesi; - şiddet mağdurunun güvenliğinin korunması için sığınaklar açılması, - çocuk yaşta evliliklerin önlenmesi, -medyanın desteğinin alınmasına ilişkin düzenlenmeler yapılmıştır.¹²

2. Dünya Savaşı sonrası Avrupa'da ilkin ekonomik bütünleşme ve güçlenme amacıyla kurulan günümüzdeki adıyla Avrupa Birliği'nde; Avrupa Komisyonu'nun tavsiye kararlarında kadına yönelik şiddet konusu *iş yerinde cinsel tacizin önlenmesi* olarak sadece *çalışma yaşamıyla sınırlı olarak* ele alınmıştır.

Avrupa Komisyonu'nun "İşyerinde Kadın ve Erkeklerin Onurunun Korunması Hakkında 27.11.1991 tarihli Tavsiye Kararı"nda: 'İşyerinde cinsel nitelikli istenmeyen davranışın üstün veya astın yapmış olması, cinsel tacizin varlığı bakımından bir farklılık yaratmaz' denilerek cinsel tacizin önlenmesi ve mağdurun korunmasında izlenmesi gereken ilke ve yöntemlere yer verilmiştir. Ayrıca cinsel tacizin fiziksel veya sözlü ya da sözsüz şekilde gerçekleşebileceğine de dikkat çekilmiştir.

¹¹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 794. oturumunda kabul edilen "Kadınların şiddete Karşı Korunmasına İlişkin Tavsiye Kararı Rec(2002) 5.

¹² MOROĞLU Nazan, Uluslararası Belgelerde Kadın Erkek Eşitliği, İstanbul Barosu yay., 2005, s. 179-193.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Komitesi'nin 1997 yılında aldığı "Avrupa Çapında Kadınlara Karşı Şiddete Sıfır Hoşgörü" kararıyla "1999 yılının Avrupa Kadınlara Karşı Şiddete Hayır Yılı" ilan edilmiş ve bu çerçevede bir imza kampanyasının başlatılması önerilmiştir. Bu kararda, üye devletlerin iç hukuklarında özel düzenlemeler yapması, böylece cinsiyete dayalı şiddete uğramış kişilerin korunması ve cinsel tacizin önlenmesi öngörülmüştür. Avrupa Konseyi'nin önerisiyle yapılan izleme toplantılarından sonra hazırlanan Rapor'da olumlu gelişmeler olduğu görülmüştür. Örneğin, Avusturya'da ve Almanya'da aile içi şiddetin önlenmesine dair yasa çıkarılmış, İspanya ve Finlandiya'da ceza kanunlarına şiddeti cezalandıran kurallar konulmuştur.

Ayrıca, 1999 yılında kurulan Avrupa Birliği Kadın Hukukçuları Derneği¹³ (EWLA) üyeleri, Avrupa antlaşmalarında herhangi bir yasal dayanağı bulunmayan "kadınlara karşı ayrımcılığın önlenmesi ve kadına yönelik şiddet" hususuna, hazırlanmakta olan Avrupa Konvansiyonunda (Convention for the Future of Europe) yer verilmesini talep etmişlerdir.

24.1.2000 tarihinde Avrupa Komisyonu ve Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen Daphne Programı'nda "şiddet" en geniş anlamıyla tanımlanmıştır. Buna göre; cinsel taciz, tecavüz, aile içi şiddet, ticari sömürü, kadın ticareti, işyerinde, eğitim kurumlarında tehdit ve sindirme amaçlı konuşmalar, baskılar ve bu gibi davranışlar "cinsiyete dayalı şiddet" olarak kabul edilmiştir. Avrupa Komisyonu'nun önerisi üzerine dörder yıllık bir Topluluk Programı haline dönüştürülen Daphne programına ayrılan bütçe 20 Milyon Euro'dur. Daphne aday ülkelerin projelerine de açılmıştır.

Avrupa Birliği hukuku çerçevesinde "cinsel taciz" kavramına ilk kez 2002 yılında çıkarılan Yönergede yer verilmiştir. 23 Eylül 2002 tarihinde kabul edilerek 5 Ekim 2002'de AB Resmi Gazetesinde yayınlanan Yönergede:

"İşyerinde cinsel tacizin 'erkek ve kadına eşit davranma ilkesine' aykırı düşüşü ve bu nedenle önlenmesi gerektiği ve bu gibi ayrımcılığın engellenmesi için özellikle işe alınma ve hizmet içi eğitim aşamalarında

¹³ <http://www.ewla.org/News/14752/>

özen gösterilmesi gerektiği" kabul edilmiştir. Yönerge yürürlük kuralına göre, içeriğinin üye ülkelerce en geç 5 Ekim 2005 tarihine kadar iç hukuklarına yansıtılması, bu yolda düzenleme yapılması gerekmektedir.¹⁴

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nce 28 Haziran 2006 tarihinde kabul edilen "*Kadınların Şiddete Karşı Korunmasına İlişkin Tavsiye Kararında*" (R 1512) başta şiddetin önlenmesi, mağduru korunmasına, yargıçların bu konuda eğitimi için yapılması gereken programlara ayrıntılı bir şekilde yer verilmiştir.

Avrupa Birliği'nde 2006 yılı "*aile içi şiddetle mücadele yılı*" ilan edilmiştir.¹⁵

2008 yılında hem Birleşmiş Milletler'de hem de Avrupa Konseyi'nde kadına yönelik şiddete son verilmesini sağlamak amacıyla önemli adımlar atılmıştır. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komitesi, kadına yönelik şiddetle mücadele ve mağduru koruma önlemlerini geniş çerçevede ele alan, *bağlayıcı ve yaptırım içeren* bir uluslararası veya Avrupa çapında bir *sözleşme düzenlenmesi çağrısında* bulunmuştur.¹⁶

Birleşmiş Milletler ile Avrupa Birliği 10 Ekim 2008 tarihinde Brüksel'de yapılan toplantıda kadına yönelik şiddeti etkin bir şekilde önlemek üzere acil eylem planları yapılması çağrısında bulunmuşlar ve bunun bir kampanya ile desteklenmesine karar vermişlerdir. "*Şiddete Hayır – Say No to Violence*" imza kampanyasına çok sayıda ülkeden, hükümetler, sivil toplum kuruluşları ve kişilerce destek verilmiştir.¹⁷

Ayrıca, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 19 Haziran 2008 tarihli toplantısında, Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Kaldırılmasına ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine dair Sözleşme ve Bildirgelere gönderme yapılarak "*silahlı çatışmalarda (savaş halinde) kadınlara yönelik her türlü cinsel şiddete son verilmesi istenmiştir* (R 1820).

¹⁴ (Official Journal L 269, 5/10/2002; No.73; P. 0015-0020).

¹⁵ European Council Resolution 1512(2006), Report of the Committee on Equal Opportunities for Women and Men, 28 June 2006.

¹⁶ http://www.durde.org/index.php?option=com_content&task=view&id=142&Itemid=27

¹⁷ http://www.unifem.org/news_events/story_detail.php?StoryID=745; www.saynotoviolence.org

Haziran 2009'da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ilk kez bir devleti (Türkiye'nin) aile içi şiddet konusunda gerekli tedbirleri almamak ve kadın mağduru koruyamamaktan dolayı tazminat ödemesine karar verdi. AİHM'in oybirliği ile verdiği karar, 47 ülke için emsal oluşturacaktır.¹⁸ Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yaşama hakkını güvenceye alan (2. madde), işkence ve insanlık dışı ve fena muamele yasağını düzenleyen (3. madde) ve her türlü ayrımcılığı yasaklayan (14. Madde) üç ayrı maddesinin ihlal edildiğine hükmetti.

İstanbul Sözleşmesi

Avrupa Konseyi'nce kadına yönelik şiddetle mücadele konusunda kararlı yeni bir adım atılmıştır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul'da imzaya açılan "*Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Sözleşme*" uluslararası hukukta kadına karşı şiddet ve aile içi şiddet konusunda yaptırım gücü olan ilk sözleşme niteliği taşıyor. Sözleşme, İstanbul'da imzaya açılmış olması nedeniyle İstanbul Sözleşmesi olarak anılmaktadır. İlk defa bağlayıcı ve kadına yönelik şiddetin insan hakları ihlali olduğunun vurgulandığı bu sözleşmede, ayrıca bağımsız bir denetim mekanizması kurulmasına ilişkin düzenlenme yapılmıştır. Sözleşme'de, şiddetin kadın erkek eşitsizliğinin bir sonucu olduğu vurgulanmıştır. Sözleşme hem CEDAW'ın güçlenmesine hem de CEDAW'da düzenlenen ayrımcılığın kaldırılmasına eşitliğin sağlanmasına destek oluşturacak niteliktedir. Türkiye, imzaya açılma töreninde 13 ülkenin imzaladığı Sözleşme'ye imza koyan ve onaylayan ilk ülke olmuştur¹⁹. Sözleşme'nin 75. md. 2. fıkrası hükmü uyarınca, Sözleşme en az sekizi Avrupa Konseyi üyesi olan on devlet tarafından onaylanmasından sonraki üç aylık süre sonunu takiben ayın ilk günü yürürlüğe girecektir. 29 Aralık 2011 tarihi itibarıyla Sözleşme'yi 18 ülke imzalamış ama henüz Türkiye dışında onaylayan olmamıştır.

¹⁸ Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'de Aile İçi Şiddetle İlgili (Opuz) Kararı

¹⁹ Resmî Gazete: 29 Kasım 2011, Sayı: 28127

Sözleşme'nin, kadına yönelik şiddete ve aile içi şiddete son verilmiş bir Avrupa yaratmak amacıyla düzenlendiği önemle vurgulanmıştır. Sözleşme'de kadına karşı şiddetle mücadele için kapsamlı bir hukuki çerçeve oluşturmak üzere önleme (*prevention*), koruma (*protection*), kovuşturma (*prosecution*) ve mağdur destek mekanizmaları oluşturma politikaları (*policy*) konularına yer verilmiştir. Bu konuda uluslararası bağlayıcılığa sahip ilk hukuki belge olan Sözleşme, Avrupa Konseyi üyeleri dışındaki ülkelerin de imzasına ve onayına açılmıştır.

Sözleşme, medeni haline bakılmaksızın tüm kadınların şiddetten korunmasını kapsamakta, mağdurların haklarını korumaya yönelik önlemlerin alınmasında cinsel kimlik, cinsel yönelim de dahil olmak üzere hiçbir ayrımcılık yapılmamasını öngörmektedir.

Sözleşme'nin tanımlar maddesinde "*kadına yönelik şiddetin*" ister kamusal ister özel alanda meydana gelsin kadınlara fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik acı ve ıstırap veren veya verebilecek olan cinsiyete dayalı her türlü eylem veya bu eylemlerle tehdit etme anlamına geldiği; bir insan hakları ihlali olduğu ve kadınlara yönelik ayrımcılığın bir biçimi olduğu düzenlenmiştir.

Aile içi şiddetin, mağdur faille aynı haneyi paylaşırsa da paylaşmasa da, eski ve şimdiki eşler - partnerler arasında meydana gelen her türlü şiddet olarak kabul edileceğine açıklık getirilmiştir.

Sözleşme'nin 3. maddesinde "*toplumsal cinsiyet*" tanımı yapılmıştır. "*Toplumsal cinsiyet: kadınlar ve erkekler için toplum tarafından uygun görülen ve sosyal olarak inşa edilen roller, davranışlar, eylemler ve nitelikler anlamına gelir*" denildikten sonra "*kadına yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin, kadına kadın olmasından dolayı uygulanan ve kadınları orantısız biçimde etkileyen şiddet anlamına geldiğine*" açık ifadelerle yer verilmiştir. Ancak, bu tanıma 8 Mart 2012 tarihinde TBMM'de kabul edilen 6284 sayılı "*Ailenin Korunmasına ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun*"da yer verilmemiştir.

Sözleşme'de, şiddetle mücadele için ilgili tüm kurum ve kuruluşların etkili işbirliği yapması, tedbirlerin uygulaması sürecine sivil toplumun da dahil edilmesi ve mali kaynakların ve insan kaynaklarının yeterli düzeyde tahsis edilmesi hükme bağlanmıştır.

Sözleşmede, şiddet olaylarına, başvurulara ve alınan önlemlere ilişkin ayrıştırılmış istatistiksel verilerin toplanması ve bunların kurulacak uzmanlar grubuna iletilmesine yer verilmiştir.

Sözleşme, şiddetin önlenmesi konusunda adeta bir yol haritası çizmiş; farkındalığı artırma, uzmanların eğitimi, önleyici müdahale, tedavi programları, özel sektör ve medya desteğinin alınması, psikolojik ve hukuksal destek hizmetleri, sığınakların kurulması, acil yardım hatlarının açılması, çocuk tanıklar için koruma, bedensel zarar görenlere tazminat, adli yardım hizmetleri gibi konular ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

İzleme mekanizması kurularak (GREVIO adı verilen) uzmanlar grubunun Sözleşme'nin taraf devletlerce uygulanmasını izleyecek olması, Sözleşme'nin bağlayıcılığını ve yaptırım gücünü artıracak niteliktedir.

Sözleşme, en az sekizi Avrupa Konseyi üyesi olan on devlet tarafından onaylandıktan sonra 75. maddesi gereğince yürürlüğe girecektir. 20 Mart 2012 tarihi itibarıyla Sözleşme'yi onaylayan tek ülke Türkiye'dir. Onay belgesi Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne iletilmiştir.²⁰

II. İç Hukukumuzda

Aile İçi Şiddete Uğrayanı Koruyan Özel Bir Yasa

Uluslararası hukuk alanındaki gelişmeler, ülkemize de yansımakta, yasaların çıkarılmasında ve uygulanmasında; şiddeti önleyici kurumsal çalışmaların yapılmasında itici güç olmaktadır. Nitekim, İstanbul Sözleşmesi'nin imzalanmasıyla birlikte, 1998 yılından beri uygulanmakta olan ve 4320 sayısı ile yaygın olarak bilinen Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un değiştirilmesi, uygulamada karşılaşılan eksiklerinin ve aksaklıkların giderilmesi ülke gündemine girmiştir.

Aslında kadın ile erkek arasındaki tarih boyunca var olan eşitsizliğe dayalı iktidar ilişkisinin dışavurumu olarak da ifade edebileceğimiz şiddet olayları, uzun yıllar olağan bir hareket gibi kabullenilmiş, hatta

²⁰ http://conventions.coe.int/?pg=Treaty/News_en.asp

“kocandır döver de sever de; kadının karnından sıpayı, sırtından sopayı eksik etmeyeceksin; kızını dövmeleyen dizini döver, babanın vurduğu yerde gül biter gibi” özdeyişlerle pekiştirilmiş ve bir sorun olarak ele alınmamıştır.

Türkiye’de yasa yapılırken *“kadına yönelik şiddetin önlenmesi, kadının şiddetten korunması”* yerine *“ailenin korunması”* olarak adlandırılması tercih edilmektedir. Oysa, 4320 sayılı yasa 1998 yılında esas olarak kadını şiddetten korumak amacıyla düzenlenmişti. Buna rağmen *“Ailenin Korunmasına Dair Kanun”* adıyla çıkarılmıştır. 8 Mart 2012 tarihinde TBMM’de kabul edilen 6284 sayılı yeni yasanın da Tasarı halindeki adı *“Kadın ve Aile Bireylerinin Şiddetten Korunması Yasa Tasarısı”* olmasına rağmen Meclis’e sunulurken *“Ailenin Korunmasına ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun”* olarak değiştirilmiştir.

Bilindiği gibi, bütün dünyada olduğu gibi Türkiye’de de aile içi şiddet en çok kadınları ve çocukları mağdur etmektedir. Aslında, aile içi şiddet ve buna gösterilen tahammül, kadının her alanda söz sahibi olmasının ve güçlenmesinin önünde önemli bir engel oluşturmaktadır.

Yapılan araştırmalarda, ailelerin yüzde 39’unda fiziksel şiddet, yüzde 46’sında sözlü şiddetin uygulandığı ve ev içi şiddetin yoğun olarak yaşandığı görülmektedir. 2008 yılında Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü²¹ ve proje ortakları tarafından yapılan *“Kadına Yönelik Aile içi Şiddet Araştırması”* sonucuna göre, Türkiye genelinde evli kadınların % 39’unun, Kuzeydoğu Anadolu’da % 53’ünün, Güneydoğu Anadolu’da % 48’inin, Batı Marmara’da % 25’inin, Ege’de % 31’inin fiziksel şiddet yaşamış oldukları görülmektedir. Şiddet gören evli kadınların eğitim düzeyi yükseldikçe şiddet mağduru sayısının azaldığı belirlenmiştir. Örneğin, lise ve üstü eğitim alanlarda oran % 27 iken, eğitimi olmayan, ilköğretimi bitirmemiş kadınlarda % 56’ya yükselmektedir..²²

²¹ Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı kurulduktan sonra KSGM Bakanlık teşkilatı içinde bir bölüm haline geldi (RG. 8 haziran 2001).

²² T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü, ICON-Institut Public Sector GmbH and BNB Danışmanlık (2009), Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması 2008, www.ksgm.org.tr

Şiddetin Gerekçesi Olur Mu?

Kadınların birçoğu karşılaştıkları şiddetin haklı gerekçesi olduğunu düşünmekte, bunu bir insan hakları ihlali olarak görmemektedir. Örneğin; Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırması'nda kadınlara, belirli durumlarda kocasının karısını dövme hakkı olup olmayacağı sorulmuş, kadınların yüzde 39'u, bazı hallerde (kadının yemeği yakması, kocasına karşılık vermesi, parayı lüzumsuz yere harcaması, çocuklarını ihmal etmesi gibi) durumlarda kocanın karısını dövmesini haklı gördüklerini belirtmişlerdir. Şiddet konusunda toplumda farkındalık giderek artmasına rağmen, yakın zamana kadar, toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin bir dışavurumu olan şiddet, kadınların büyük bir kısmı tarafından da sorun olarak algılanmamıştır.

Aile İçi Şiddet Sadece Kadının Sorunu Mu?

Bilindiği gibi, aile içi şiddet olayları genellikle gizli kalmakta, özel yaşam alanında şiddete maruz kalanlar bunu kabullenmekte ve çoğu kez de olağan karşılamakta, bu nedenle sessizlik çemberi kırılmamaktadır. Oysa aile içi şiddet sadece kadının sorunu değildir. Anayasamızın 41. maddesinde belirtildiği gibi, aile toplumun temelidir ve aileyi oluşturan bireylerin, kadının, çocuğun korunması, maddi ve manevi varlıklarını geliştirmesi, kişisel güvenlikleri anayasal güvence altındadır. Anayasa ile, ailenin korunması için gerekli önlemlerin alınması görevi devlete verilmiştir, bu nedenle şiddetin önlenmesi için devletin kararlı bir politikası olması ve uygulaması gerekir.

Türkiye'de şiddet mağduru kadını korumak amacıyla önemli bir adım atılmış ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun 14.1.1998 tarihinde kabul edilerek 17.1.1998'de yürürlüğe girmiştir.²³ Yasanın adı her ne kadar "*Ailenin Korunmasına Dair Kanun*" ise de esas itibarıyla *kadının şiddetten korunmasının amaçlanmış olduğu içeriğinden ve kullanılan kavramlardan anlaşılmaktadır*. Nitekim, şiddet uygulayan hakkında hakimın hükmedeceği tedbirler için "*kusurlu eş*" kavramına yer verilmiştir. Kanunun gerekçesinde de "*kocanın şiddetinden*" söz edilmektedir. 26.4.2007 tarihinde kabul edilen 5636 sayılı "*Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*" ile "*ku-*

²³ R.G. 17/1/1998 S. 23233

surlu eş” kavramına “*diğer aile bireyleri*” eklenmiş, böylece kanunun adı ile içeriği uyumlu hale gelmiştir.²⁴

Hukuk sistemimizde, Anayasa’nın 41. maddesinde belirtildiği gibi “*aile toplumun temeli*” olarak kabul edilmiş ve son yıllarda Anayasa’da ve Medeni Kanunda yapılan değişikliklerle ailede eşlerarası eşitlik ilkesi esas alınmıştır. Medeni Kanun’a göre, boşanma söz konusu olmaksızın, eşler arasında her hangi bir uyuşmazlık doğmadan önce (aile konutu için şerh verilmesinde olduğu gibi) ve uyuşmazlık doğmasından sonra da (TMK. 195; 199. md.ler) hakim müdahalesi istenebilecektir. Yeni TCK’da “*aile hukukundan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi*” suçu düzenlenmiştir (TCK.232, 233).

14 Ocak 1998 tarihinde kabul edilen “4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun” evlilik devam ederken aile içi şiddetin önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınmasına ilişkin özel bir kanundur ve önemli bir hukuki araçtır. Yasanın eleştirilmekte olan birçok eksikliği 2007 yılında yapılan değişikliklerle giderilmiştir.

4320 sayılı Yasanın Getirdikleri:

Başlangıçta hukuken geçerli evlilikteki kadını şiddetten koruyan yasada 2007 yılında yapılan değişiklikten sonra diğer aile bireyleri de koruma kapsamına alınmıştır.

4320 sayılı yasanın 1. maddesi gerekçesinde “...kocanın eve içkili gelerek kadın ve çocuklara karşı şiddet eyleminde bulunduğu hallerde...” şeklindeki açıklamalar, yasanın hukuken geçerli evlilik bağı olan şiddete mağduru kadını koruma amacıyla çıkarıldığını göstermektedir. Aile içi şiddetin önlenmesi amacıyla 4320 sayılı Yasanın çıkarılması yararlı olmuştur, ancak yeterli olmadığı görülmüştür. Nitekim uygulamada yaşanan aksaklıklar dikkate alınarak yürürlüğe girişinden yaklaşık dokuz yıl sonra 2007 yılında 5636 sayılı kanunla diğer aile bireylerini kapsayan ve uygulamada yaşanan aksaklıkların ve sorunların giderilmesine yönelik değişiklikler yapılmıştır. Kanunun 2. maddesi/son fıkrasına dayanarak 1 Mart 2008 tarihinde yasanın uygulanması hakkında yönetmelik çıkarılmıştır.²⁵

²⁴ R.G. 4.5.2007 S. 26512

²⁵ RG 1 Mart 2008; S: 26803

Kanunda “*aile içi şiddet*” olarak belirtilen şiddet türlerine Yönetmelik’te açıklık getirilmiş; Yönetmeliğin 4. md/e-bendine göre şiddet; “*aile bireyinin fiziksel, cinsel, ekonomik veya psikolojik zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanması muhtemel hareketler, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözel ve ekonomik her türlü davranış*” olarak tanımlanmıştır.

Her ne kadar 2007 yılında yapılan değişiklikle şiddete uğrayanlar açısından “*mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fülen ayrı yaşayan aile bireylerinden birinin..*” şeklinde açılım getirilmişse de, 4320 sayılı Kanun’la “*tüm şiddet mağduru kadınlar koruma kararı kapsamında değildir*”.²⁶

4320 sayılı Kanunun ilk uygulaması:

1998 yılı Şubat ayında şiddete uğrayan (İ.Ü. Kadın Araştırmaları Merkezi’nin açtığı meslek edindirme atölyesinde kursiyer) bir kadının, İstanbul Barosu Kadın Hakları Komisyonu’na yönlendirilmesi üzerine, kendisine hukuki yardımda bulunulmuştur. Adli yardımdan atanan avukat aracılığıyla Fatih Sulh Hukuk Mahkemesi’nde dava açılmış ve 4320 sayılı Kanun’un bu *ilk uygulamasında* koruma kararı talep edilmiştir. Yasanın uygulanmasında karşılaşılan ilk zorluk, hakimin tedbir kararını derhal vermesini sağlayabilmek konusunda yaşanmıştır. Ancak, ilk uygulama olmasına rağmen başvurunun yapıldığı gün, şiddet uygulayan eş hakkında (Sulh Hukuk Mahkemesi) hakimin 20 gün evden uzaklaştırma tedbirine hükmetmiş olması önemli bir adım olmuştur. Bu ilk uygulamadan olumlu sonuç alınması üzerine, Baro Kadın Hakları Komisyonu üyeleri, kadın kuruluşlarıyla işbirliği içinde özellikle kırsal alan çalışmalarında 4320 sayılı Kanun hakkında yoğun bir şekilde bilgilendirme toplantıları düzenlemişler, “*cesaret sizden, destek bizden*” diyerek hukuki desteklerini sürdürmüşler ve sürdürmektedirler.²⁷ 2009 yılında İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi’ne toplam

²⁶ 4320 sayılı Kanunda (2003 yılına kadar Sulh Hakimi görevli idi) Aile Mahkemesi hakimi tarafından verilecek tedbir kararları için bkz. 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun.

²⁷ TÜBAKKOM (Türkiye Barolar Birliği Kadın Hukuku Komisyonu) Barolar bünyesinde “*aile içi şiddet*” konusundaki bilgilendirme ve hukuki yardım çalışmaları

13147 kişi başvurmuştur. Başvuranların %96'sı aile içi şiddet mağduru-
rudur. Başvuran kadınlara sorunlarıyla ilgili hukuki çözüm yolları an-
latılmış, yasal hakları konusunda bilgi verilmiştir. Yargı yoluna baş-
vurmak isteyen 4382 kadına ücretsiz avukat ataması yapılmıştır.

Kanunun çıkarılmasının birinci yılında Türkiye genelinde 1727
dava açılmış olması dikkate değerdir. Bu davaların 564'ü Ege Bölge-
sinde, bunun 476'sı İzmir'de açılmıştır. İstanbul'da 256, Eskişehir'de
149, Elazığ'da 31, Diyarbakır'da ise 28 dava açılmıştır.

İ.Ü. Adli Tıp Enstitüsü tarafından İstanbul mahkemelerinde yapı-
lan bir araştırmada 4320 sayılı Kanun'a dayanarak açılan davaların %
92'sinde DERHAL tedbir kararı verildiği görülmüştür.²⁸ Aslında aile
içi şiddet, rakamlara yansıyanlardan çok daha fazla olduğu bilinmek-
tedir. Şiddete maruz kalan kadının neden başvuruda bulunmadığına
bakıldığında, ekonomik bakımdan güçsüz olması, cesareti olmaması
veya iddiasının ciddiye alınmayacağı korkusunu taşıması ya da saldır-
ganın cezalandırılmayacağı ve şiddetin tekrarlanacağı endişesi içinde
olduğu görülmektedir.

Son yıllarda giderek artan kadına yönelik şiddet olayları ve kadın
cinayetleri karşısında Kadından Sorumlu Devlet Bakanlığı, boşanan
kadını da korumak üzere 4320 sayılı Kanun'da değişiklik tasarısı ha-
zırlatmıştır. Ancak, o tarihlerde genel seçimlerin yapılması nedeniyle
tasarı TBMM gündemine getirilememiştir.

6284 sayılı Ailenin Korunmasına ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun

Bilindiği gibi, Kadından Sorumlu Devlet Bakanlığı'nın kaldırıl-
masının ardından kurulan Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, kadına

rının ülke çapında uyum halinde yapılması için meslek içi eğitim çalışmalarını
sürdürmektedir. İstanbul Kadın Kuruluşları Birliği (İKKB); İstanbul genelinde
Halk Eğitim Merkezlerinde, Belediyelerin Kültür Merkezlerinde, ayda iki kez aile
içi şiddetin önlenmesine destek çalışmalarını hukukçu, psikolog ve sosyal hizmet
uzmanlarıyla birlikte düzenlemektedir. Sivil Toplum Kuruluşları ayrıca Valilik-
lerdeki İnsan Hakları Kurulu ile birlikte Başbakanlık Genelgesinde gösterildiği
gibi çalışmalar yapmaktadırlar.

²⁸ Bu konuda bölgelere göre başvurulara ve mahkeme kararlarına ilişkin ayrıntılı
araştırma için bkz. UÇAR, Mehmet Ali, Aile İçi Şiddet ve Aile Koruma Yasası,
Ankara 2003, s.168-184.

yönelik şiddetin ve kadın cinayetlerinin acil çözüm bekleyen önemli bir toplumsal sorun olduğunu dikkate alarak, “*Kadın ve Aile Bireylerinin Şiddetten Korunmasına Dair Kanun Tasarısı*”nı hazırlatmış ve kadın kuruluşlarından, ilgili kurumlardan görüş ve önerilerini iletmelerini istemiştir.

Kuruluşlar yasa taslağına ilişkin önerilerini raporlar halinde Bakanlığa iletmışlerdir.²⁹ “*Şiddete son*” platformu adı altında 230’ dan fazla kadın kuruluşu bir araya gelerek yoğun çalışmalar yapmış, önerilerini ve taleplerini Bakanlıkla paylaşmışlardır. Tasarı taslaklarında birbiri ardına değişiklik yapıldıktan sonra, nihayet 24 Şubat 2012 tarihinde TBMM Başkanlığı’na gönderilmiştir. Konusu itibariyle Tasarı, Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu’nda ayrıntılı olarak görüşülmesi beklenirken TBMM Başkanlığı’na tali komisyon olarak gösterilmiştir. Tasarı, TBMM Genel Kurulu’nda temel yasa niteliğinde görüşülmüş ve 8 Mart 2012 tarihinde 6284 sayılı Kanun olarak yasalaşmıştır.

6284 sayılı Kanun, esas itibariyle 4320 sayılı Kanunda düzenlenmiş olan koruma tedbirlerini içermektedir. Ancak, yeni yasa gerek şiddet mağdurlarının kapsamı açısından, gerek şiddetin önlenmesi, koruma kararı verilmesi ve kurumlar arası koordinasyon kurulması açılarından ve mağdura geçici maddi yardım desteğı bakımından kapsamlı düzenlemeler içermektedir.

Yeni yasanın olumlu yanları olmasına rağmen, eksiklikleri olduğunu, kadın kuruluşlarının, özellikle kadın hukukçuların uygulamada ortaya çıkabilecek aksaklıkların önlenmesine yönelik önerilerinin göz ardı edildiğini de belirtmek gerekir.

Özellikle, 6284 sayılı Kanun’un tasarısı halindeyken farklı olan adının değiştirilmiş olması kadın kuruluşlarının ve Meclis’te konuya duyarlı milletvekillerinin tepkisini çekmiştir. Bilindiğı gibi, Tasarı hazırlandığında adı “*Kadın ve Aile Bireylerinin Şiddetten Korunması Yasa Tasarısı*” iken Meclis’e sevk edilirken adı değiştirmiş ve “*Ailenin Korunmasına ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Tasarısı*” haline getirilmiştir. Tasarının temel dayanağı olan “*Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa*

²⁹ http://www.tukd.org.tr/dosya/siddetle_mucadele_yasasi_hk.doc

Konseyi Sözleşmesi” bu açıdan göz ardı edilmiştir. Asıl olan adı değil, içeriğidir denilebilir. Ancak, kadını BİREY olarak görmeyen bir zihniyeti yansıtan yasanın adında olduğu gibi, uygulamasında da aynı zihniyetin hakim olabileceği endişeleri göz ardı edilmemelidir. Nitekim, Tasarı bütün partilerin oylarıyla kabul edilmiştir. Ancak, Meclis görüşmeleri sırasında bir milletvekilinin Tasarı hakkında yaptığı konuşmada “..kadını koruyorsak, insanı koruyoruz, oysa insanı korumanın birinci önceliği aileyi sağlıklı olarak muhafaza etmektir. Pozitif ayrımcılık uygulamaları boşanmayı kolaylaştıracak, ailenin çabucak dağılmasına sebep olacak uygulamalara dönüştürülmemeli, .. erkeğin otoritesini, egemenliğini kıralım derken, feminizme de davetiye çıkarmamak gerekir...” sözleri dikkat çekicidir. Bilindiği gibi, milletvekillerinin bu gibi benzer ifadelerine 1998 yılında 4320 sayılı Kanun’un yasalaşma sürecinde TBMM görüşmelerinde de tanık olmuştuk. O tarihlerdeki TBMM tutanaklarında yer alan “...bu tasarı yasalaşırsa ailenin temelinde dinamit konmuş olacak...” sözlerine benzer ifadelerle 2012 yılında da karşılaşmak, toplumsal cinsiyet eşitliğinin ne denli göz ardı edildiği anlamına gelmektedir.

6284 sayılı Kanun’un Getirdikleri:

Aslında, 4320 sayılı Kanun’un 14 yıldır uygulanmakta olduğu, eksiklerinin ve uygulamadaki aksaklıklarının bilindiği dikkate alındığında, kısa öz bir yasa olan 4320’de değişiklik yapmak daha amaca uygun düşecekti. Ancak, Bakanlık yeni bir yasa yapma yolunu seçmiştir. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, bu süreçte barolarla, kadın kuruluşlarıyla, ilgili kurumlarla yakın işbirliği içinde çalışmıştır. Bu bakımdan kavramlar, tanımlar başta olmak üzere, uygulamadaki aksaklıkların yeniden yaşanmasını önleyecek bir yasanın çıkarılması mümkün olabilirdi. Ancak yine de yeni yasada düzenlenen koruyucu ve önleyici tedbirlerle şiddetle mücadelede yolunda olumlu adımlar atılabileceğini ifade etmek gerekir.

Yeni yasada aşağıdaki hükümler şiddetle mücadelede ve şiddetin önlenmesinde önemli adımlar atılmasını sağlayacak niteliktedir:

- Şiddete uğrayan ve şiddete uğrama tehlikesi bulunan, herhangi bir ayırım yapılmaksızın tüm kadınların, çocukların ve aile bireylerinin korunması, (md. 1/f. 1)

- Kanunun uygulanmasında Anayasa, uluslar arası sözleşmeler ve özellikle İstanbul Sözleşmesinin esas alınacak olması, (md. 1/f. 2 a)
- Şiddet mağduruna temel insan haklarına ve kadın erkek eşitliğine duyarlı, sosyal devlet ilkesine uygun, adil, etkili ve süratli destek ve hizmet verilmesi, (md. 1/f. 2 b)
- Tedbir kararının insan onuruna yaraşır bir şekilde yerine getirilmesi, (md. 1/f. 2 c)
- Kadına yönelik şiddetin, cinsiyete dayalı bir ayrımcılık ve kadının insan haklarını ihlal eden bir tutum olarak tanımlanmış olması, (md. 2/f. 1 ç)
- Şiddet, ev içi şiddet ve kadına yönelik şiddetin ayrıntılı olarak tanımlanması, (md. 2/f. 1 d)
- 7 gün 24 saat esasına göre çalışacak şiddet önleme ve izleme merkezlerinin kurulacak olması; (md. 2 /f. 2 f)
- Koruyucu tedbirlere ilişkin kararın Aile mahkemesi hakimi tarafından verilmesi yanında, mülki amire de bazı tedbirlerin alınması görevinin verilmesi ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde barınma yeri sağlanması ve hukuki, sosyal, psikolojik açıdan rehberlik ve danışmanlık hizmeti vermek üzere kolluk amirine de tedbir alma yetkisi verilmiş olması (md. 3; md. 4)
- Gecikmesinde sakınca olan durumlarda kolluk kuvveti veya mülki amirin koruma kararı verilmesi, mağdura barınma yeri temin edilecek olması, geçici koruma altına alınabilmesi, (md. 3 / f. 2)
- Korunan kişinin talebi üzerine MK. 194. maddenin koşullarının varlığı halinde tapu kütüğüne “*aile konutu*” şerhi konulması, (md. 4/f. 1c)
- Korunan kişinin çalışma yaşamına katılımını desteklemek üzere 4 aylık kreş imkanı sağlanması ve Bakanlık bütçesinden ödenmesi, mağdurun çalışması halinde 2 aylık kreş imkanı verilmesi, (md. 3/f. 1d)
- Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde şiddeti önleyici tedbirlerin aile mahkemesi hakimince verilmesinin yanında kolluk amirine yasa da yazılı tedbirleri alma yetkisinin verilmiş olması (md. 5/2),

- Hayati tehlikesi olması halinde, ilgilinin aydınlatılmış rızasına dayanarak Tanık Koruma Kanunu çerçevesinde kimlik ve belgelerinin değiştirilmesi, (md. 4/f. 1ç)
- Şiddet veya şiddet uygulanma tehlikesinin varlığı hâlinde herkesin bu durumu resmi makam veya mercilere ihbar edebilmesi, (md. 7)
- Koruyucu tedbir kararı verilmesi için, şiddetin uygulandığı hususunda delil veya belge aranmaması, (md. 8/f. 3)
- Kolluk kuvveti tarafından yapılacak uygulamaların çocuk ve kadının insan hakları ile kadın erkek eşitliği konusunda eğitim almış ve ilgili kolluk birimlerince belirlenmiş sayıda personel tarafından yerine getirilecek olması, (md. 11)
- Tedbir kararlarının uygulanmasında hâkim kararı ile teknik araç ve yöntemlerin kullanılabilmesi (ancak, kişilerin ses ve görüntüleri dinlenemeyecek, izlenemeyecek ve kayda alınamayacak) (md. 12)
- Tedbir kararını ihlal eden hakkında, fiili bir suç oluştursa bile ihlal edilen tedbirin niteliğine göre hâkim kararıyla üç günden on güne kadar zorlama hapsi verilmesi, (zorlama hapsinin toplam süresi altı ayı geçemez) (md. 13)
- Şiddet önleme ve izleme merkezlerinin kurulması, (md. 14)
- Şiddet mağduruna ve şiddet uygulayana verilecek destek hizmetlerinin ayrıntılı olarak düzenlenmiş olması, (md. 15)
- Kanunun uygulanmasında ilgili kurum ve kuruluşların koordinasyonunun Bakanlık bünyesinde olması, (md. 16)
- Şiddetin önlenmesi amacıyla yapılacak bilgilendirme programlarının, TV'lerde çocukların da izleyebileceği saatlerde RTÜK denetiminde yayınlanacak olması, (md. 16/3)
- İlköğretim ve ortaöğretim müfredatına, kadının insan hakları ve kadın erkek eşitliği konusunda eğitime yönelik dersler konulacak olması, (md. 16/ 6)

- Korunan kişiye Bakanlık bütçesinden geçici maddi yardım yapılabilmesi, (md. 17)
- Korunan kişi için nafakaya hükmedilecek ve sağlık giderlerinin karşılanacak olması (md. 18; md. 19)
- Bu kanun kapsamında başvurular ile verilen kararların icra ve infazı için yapılan işlemlerden yargılama giderleri, harç, posta gideri ve benzeri hiçbir ad altında masraf alınmaması, (md. 20)
- Bu kanun kapsamında açılacak davalara Bakanlığın müdahil olabilmesi, (md. 20/2)
- Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi için Yönetmelik hazırlık aşamasında, Adalet, İçişleri, Maliye, Milli Eğitim ve Sağlık Bakanlıklarının görüşleri alınması, (md. 22)
- Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce 4320 sayılı Kanun hükümlerine göre verilen kararların uygulanmasına devam olunması, (md. 23/3)

6284 sayılı yasa ile getirilen olumlu gelişmelerdir.

Ancak, henüz hukuksal ve kurumsal alt yapısı tam olarak yapılandırılmadan, yönetmelik çıkarılmadan, kolluk görevlileri, mülki amirler, hakimler ve avukatlar yasa hakkında bilgi sahibi olmadan, yasanın yürürlüğe girmesiyle kısa sürede sonuç alınması kolay olmayacaktır. Uygulamada şiddet mağdurunu yasanın amacına uygun olarak korumakta zorluk yaşanacak hükümler bulunmaktadır. Bu nedenle, çıkarılacak yönetmelikle bu hususlara açıklık getirilmelidir. Örneğin, Yasanın 3. maddesinin 2. fıkrasına göre, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk amiri koruma kararı verebilecektir. Koruma kararına ilişkin evrakın en geç kararın alındığı tarihi takip eden ilk iş günü içinde mülki amirin onayına sunulması gerekmektedir. Ancak, mülki amir tarafından kırk sekiz saat içinde onaylanmayan tedbirlerin kendiliğinden kalkacağına ilişkin hüküm, uygulamada sorunlar yaşanmasına yol açacak niteliktedir. Aynı şekilde, şiddetin önlenmesine yönelik gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk amirinin alabileceği tedbirlere ilişkin kararın da alındığı tarihi takip eden ilk iş günü içinde hakim onayına sunulması gerekiyor. Ancak, hakim tarafından 24 saat içinde onaylanmazsa tedbirlerin kendiliğinden kal-

kacağı belirtiliyor. Tatil günleri ya da hakimın her hangi bir nedenle bulunmaması durumunda bu hüküm telafisi mümkün olmayan sonuca yol açabilecektir.

Yasayı uygulayacak olan kamu kurumu, yargı ve diğer ilgililere yönelik eğitim programlarının acilen hazırlanmasında yarar vardır.

Uzun vadede şiddetin önlenmesi açısından ilköğretim ve ortaöğretim müfredatına toplumsal cinsiyet eşitliğini içeren dersin konulması büyük önem taşımaktadır, bu dersin içeriği belirlenmeli ve gelecek eğitim yılından itibaren yaşama geçirilmelidir.

Sonuç olarak, kadına yönelik şiddeti ve aile içi şiddeti ortadan kaldırmak için bütün ilgili kurum ve kuruluşların işbirliğiyle uzun soluklu bir mücadele gerekir.

Sadece hukuk alanında önlemler getirilmekle şiddetin tam anlamıyla önlenmesi mümkün değildir. Kurumlar arası koordinasyon ve toplumsal cinsiyet eşitliğine ilişkin hizmet içi eğitim ile şiddetle mücadelede olumlu adımlar atılmasını sağlayacaktır.

Evde önlenemeyen şiddet, çocukları olumsuz etkilemekte ve okulda şiddet olaylarının yaşanmasına yol açmaktadır, bu etkileşim sokağa ve yaşamın her alanına yansımaktadır. Bu nedenle kadına yönelik şiddet bir kadın sorunu olmaktan öte, toplumsal bir sorun olarak ele alınmalıdır.

Kadına yönelik aile içi şiddeti önlemek için;

- Şiddetin olumsuz etkileri ve şiddet konusunda farkındalık yaratmak, sessizlik çemberinin kırılmasına destek vermek üzere sivil toplum kuruluşlarına, görsel ve yazılı medyaya,
- Kanun konusunda bilgilendirme toplantıları düzenlemekte Barolara; kadın kuruluşlarına, kent konseylerine,
- Kanunun amacına uygun uygulanmasında kolluk kuvvetlerine; aile mahkemelerine, mülki idarelere, adli tip kurumuna, baroların adli yardım bürolarına,
- Mağdura destek programları için sosyal hizmetlere; sendikalara, Bakanlık teşkilatına,

- Şiddete uğrayanın ilk anda koruma altına alınabilmesi, sığınma evleri açılması için öncelikle yerel yönetimlere,
- Okul öncesi eğitimden başlayarak eğitimin her kademesinde öğrencilere toplumsal cinsiyet eşitliği, demokrasi, insan hakları konularında duyarlılık, şiddet konusunda farkındalık yaratacak programlara müfredatta yer verilmesi için Milli Eğitim Bakanlığına,
- Adeta yaşamın bir parçası haline getirilen TV dizilerinin ve şiddet içeren diğer programların denetlenmesi için RTÜK'e,
- Şiddetin olumsuzluklarını kamuoyuna yansıtmakta medyaya ve
- İlgili her kuruma, kadın erkek herkese görev düşmektedir.

Aile içi şiddetle etkin mücadele, ancak devlet kurumlarının, hükümetlerin kararlı tutumu ile kadın kuruluşlarının deneyimlerinin bir araya getirilmesiyle mümkün olabilir. Başvuruları alan ve yasayı uygulayan her kurumda "*şiddetin önlenmesi ve 6284 sayılı yasa konusunda*" hizmet içi eğitim verilmeli, kurumlar arası koordinasyon sağlanmalı, "*kadına yönelik şiddete ve aile içi şiddete son verme çalışmaları*" kararlı bir devlet politikasıyla sürdürülmelidir.

UYGULAMADA MAL REJİMİ DAVALARI MARITAL PROPERTY CASES IN PRACTICE

Mustafa ŞİMŞEK*

Özet: Bu makalede 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ülkemizde yürürlüğe girdiği 01. 01. 2002 tarihinden bu yana özellikle eşler arasındaki mal rejimine ilişkin davalar ile aile konutundan kaynaklanan davaların uygulanmasında çeşitli sorunlarla karşılaşıldığı ve ülkemizdeki mahkemelerin, yaklaşık 10 yıllık uygulamaları sonucu büyük ölçüde şekillenen eşler arasındaki mal rejimine ilişkin davalar hakkında paylaşımda bulunmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Mal rejimi, mal rejimi türleri, mal rejimi seçimi, mal rejiminin başlaması ve sona ermesi, mal rejimi davaları, olağanüstü mal rejimine geçiş davası, katkı payı alacağı davası, değer artış payı davası, artık değere katılma alacağı davası

Abstract: In this article, topics such as problems with the marital property cases between the spouses and the cases regarding the family properties ever since the Turkish Civil Code number 4721 has taken effect in 01. 01. 2002 and other marital property cases which have substantially taken their true form by means of the practices of the similar cases in the courts of our country for the last 10 years are discussed.

Keywords: Marital property, types of marital property, marital property selection, beginning and end of the marital property, marital property cases, out of the ordinary situations marital property cases, contribution debts cases, appreciation increase cases, cases related to participating in residual value.

Giriş

4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun ülkemizde yürürlüğe girdiği 01. 01. 2002 tarihinden bu yana özellikle eşler arasındaki mal rejimine ilişkin davalar ile aile konutundan kaynaklanan davaların uygulanmasında çeşitli sorunlarla karşılaşıldığı gözlenmektedir. Bu yazının amacı; ülkemizdeki mahkemelerin, yaklaşık 10 yıllık uygulamaları sonucu büyük ölçüde şekillenen eşler arasındaki mal rejimine ilişkin davalar hakkında kısa ve öz bilgi paylaşımından ibarettir.

* Emekli Hakim

1. Mal Rejimi

1. 1. Genel Bilgi

Eşler arasındaki mal rejimlerine ilişkin kurallar 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 202-281. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Yargıtay kararlarını incelemeyen bu maddeleri ve gerekçelerini okuyan birçok hukukçu; eşler arasındaki mevcut mal rejimi sona erdiğinde mal rejiminin de zorunlu olarak tasfiye edilip mal varlığının paylaşılacağını, varsa eşlerin alacaklarının karşılıklı takas edileceğini düşünebilir. Oysa Yargıtay kararları; bu algılama ve düşünce sonucu hazırlanan dava ve savunma dilekçelerinin, bilirkişi raporlarının ve bu raporlara dayanılarak oluşturulan yerel mahkeme kararlarının ülkemizdeki mal rejimleri uygulaması yönünden doğru olmadığını göstermektedir.

Ülkemizdeki uygulamaya göre; eşler arasında "mevcut mal rejimi" sona erdiğinde mal rejiminin de tasfiye edilmesi, mal varlığının paylaşılması zorunlu değildir. Eşlerin (veya boşanan tarafların veya eşlerin mirasçılarının) mal rejimi ile ilgili usulüne uygun harcı yatırılmak sureti ile açtıkları bir dava veya karşı dava mevcut değilse; aile mahkemesi bu konudaki talepleri kendiliğinden inceleyemez. . Usulüne uygun açılmış bir davanın bulunması halinde de; davalının birleşen bir davası veya karşı davası mevcut değilse, onun mal rejimine yönelik ileri süreceği alacak, takas gibi talepler bir sonuç doğurmaz.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi bir kararında; "Takasın olabilmesi için harcı yatırılarak açılmış bir davanın bulunması gerekir"² görüşüne yer vermiştir.

Mal rejiminin tasfiyesi ile ilgili bir talebin aile mahkemesi tarafından incelenebilmesi için; mutlaka bu konuda usulüne uygun harcı yatırılarak açılmış bir davanın veya karşı davanın bulunması zorunludur. Katkı payı alacağı davası, değer artış payı davası, artık değere katılma alacağı davası gibi mal rejiminin tasfiyesine yönelik davalar kural olarak; kişisel hakka dayalı, para alacağına yönelik, nispi harç ve nispi vekalet ücretine tabi olan davalardır. Hak kaybına uğramamak için dava dilekçesinde gösterilen değer harca esas olarak gösterildiğinin belirtilmesi ve fazlası ilişkin hakların saklı tutulması doğru olur.

² Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 2010/953E. 2148K. Yargıtay Kararlar Dergisi C:37, Sayı: 1, naklen

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi bir kararında; "Davacı dava dilekçesinde fazlaya dair isteklerini saklı tutmadığına göre isteğini bu miktarla sınırlandırmış ve fazlaya ilişkin hakkından da vazgeçmiş sayılacağından, ıslah dilekçesi dikkate alınmaz"³ görüşüne yer vermiştir.

Bu davaların açılabilmesi için eşler arasındaki "mevcut mal rejiminin" sona ermesi (TMK m. 225) gerekir. Ancak; mal rejiminin sona ermesi, her zaman mal rejiminin tasfiyesine yönelik açılan davanın esasının incelenip karar verilmesi için yeterli olmayabilir. Örneğin boşanma, evlenmenin iptali veya mahkeme tarafından mal ayrılığına geçilmesine (olağanüstü mal rejimi: TMK m. 206 vd.) yönelik davalardan birinin açılması durumunda; bu davaların açıldığı tarihte eşler arasındaki "mevcut mal rejimi" de sona erer. Fakat mal rejiminin tasfiyesine yönelik bir davanın esastan incelenip hüküm kurulabilmesi için; yukarıda belirtilen davalardan birinin (boşanma ve diğer) kabul edilerek buna ilişkin kararın kesinleşmesi zorunludur. Bu özelliğin uygulama yönünden sonucu şudur: Boşanma, evlenmenin iptali veya olağanüstü mal rejimine geçilmesi davalarından birisi açılmış ancak henüz derdest (yargılama süreci devam etmekte) ise; açılmış bulunan mal rejiminin tasfiyesine yönelik davalar, devam eden davaların (boşanma ve diğer) sonucunu bekleyecektir. Boşanma, evlenmenin iptali veya olağanüstü mal rejimine geçiş davaları mahkeme tarafından kabul edilir ve bu kararlar kesinleşirse; mal rejiminin tasfiyesine yönelik davalar da esastan incelenip hüküm kurulabilecektir. Aksi durumda; örneğin boşanma davası ret edilir ve bu karar kesinleşirse; mal rejiminin tasfiyesine yönelik dava da esastan incelenmeden usulden ret edilecektir. Kişisel malların (örneğin ziynet eşyalarının) aynen iadesi veya bedellerinin tahsiline yönelik açılacak davalarda bu kural yani mal rejiminin sona ermesine ilişkin önkoşul geçerli değildir. Eşya iadesi veya bedelinin tahsiline yönelik davalar mal rejiminin tasfiyesine yönelik davalardan sayılmadığından dolayı mal rejimi sona ermeden önce de bu davalar açılıp esası incelenebilir.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi bir kararında; "Eşlerden her biri kişisel eşyalarını her zaman, mal rejiminin sona ermesinden önce yada sonra isteyebilir. Bu istek; mal rejiminin tasfiyesi halinde istenilecek

³ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 2010/953E. 2148K. Yargıtay Kararlar Dergisi C:37, Sayı: 1, naklen

katkı payı, değer artış payı veya artık değere katılma alacağı olarak değerlendirilemez. Bu tür eşyalarla ilgili dava, boşanmanın eki niteliğindeki davalar olarak da düşünülemez. Mevcut olan eşyaların aynen geri verilmesine ilişkin istihkak davaları her zaman açılabilirdiğinden zamanaşımına da tabi değildirler...” görüşüne yer vermiştir.⁴

Mahkeme tarafından anlaşmalı boşanmaya (TMK m. 166/3) karar verilebilmesi için tarafların boşanma, boşanmanın mali sonuçları (TMK m. 174/1-2, 175) çocukların durumu hakkında (velayet, kişisel ilişki) anlaşmaları gerekli ve yeterlidir. Ayrıca eşyalar veya mal rejiminin tasfiyesine yönelik diğer konularda da anlaşmaya varmaları zorunlu değildir. Bu nedenle anlaşmalı boşanma davasında eşyalar veya mal rejiminin tasfiyesine yönelik konularda da bir anlaşma, kabul mevcut değilse daha sonra bunlara ilişkin dava açılması mümkündür. Ancak taraflar boşanma protokolünde veya anlaşmalı boşanma dava dosyasındaki duruşma tutanağında imzalı beyanları ile “birbirlerinde eşya iadesi, mal rejimi kapsamında da başkaca her hangi bir alacaklarının kalmadığını” belirtmişler ise; daha sonra bu yönde bir dava açılması Yargıtay tarafından dürüstlük kuralına aykırı, hakkın kötüye kullanılması (TMK m. 2) niteliğinde bir davranış olarak değerlendirilmekte, açılan davanın reddi gerekeceği belirtilmektedir.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi bir kararında; “Mal rejiminden kaynaklanan talepler boşanmanın eki niteliğindeki taleplerden olmayıp ayrıca dava konusu edilebilir. Davacının, kesinleşen boşanma davasında mahkeme içi ikrar niteliğindeki “boşanma nedeni ile herhangi bir nafaka, tazminat, eşya ve başkaca alacağına ilişkin haklarımdan feragat ediyorum” beyanı görülmekte olan davada kesin delil teşkil eder. Bu ikrara rağmen davacının eldeki davayı açarak aksini ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırılık ve hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eder. Davacının doğmamış haktan feragat edemeyeceği ileri sürülebilir ise de; boşanma dava tarihi itibarıyla mal rejimi sona ermiş olup, mal rejiminden doğan alacak hakkı boşanma dava tarihi itibarıyla dolar, ancak bu hakkın dava yolu ile kullanılabilmesi, tasfiyeye karar verilebilmesi için boşanma davasının olumlu sonuçlanarak kesinleşmesi gerekir. Davacının beyanının boşanma davasının yargılaması devam

⁴ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 2010/5567E. 2011/2071K. 11. 04. 2011 Tarih Yargıtay Kararlar Dergisi C:37, Sayı; 8, s. 1408-1412 naklen

ederken yapıldığından doğmamış haktan söz etmekte mümkün değildir” görüşüne yer vermiştir.⁵

1. 2. Mal Rejimi Kavramı, Türleri, Seçimi

Kanunumuzdaki mal rejimine ilişkin kurallar genel olarak; eşlerin her birinin kendisine ve eşine ait bulunan mal varlığına yönelik haklarını, yükümlülüklerini, mal rejimi sona erdiğinde birbirlerinden (ölüm halinde mirasçılardan) talep edebilecekleri hakların neler olduğunu düzenlemektedir.

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu dört çeşit mal rejimi öngörmüştür. Bunlar; edinilmiş mallara katılma rejimi (TMK m. 218-241), mal ayrılığı rejimi (TMK m. 242-243), paylaşımlı mal ayrılığı rejimi (TMK m. 244-255) ve mal ortaklığı rejimidir (TMK m. 256-281). Eşler mutlaka kanunda gösterilen bu dört mal rejiminden birine tabi olmak zorundadırlar. Eğer kendileri bu dört rejimden birini mal rejimi sözleşmesi ile seçmezlerse; kanun karşısında “yasal mal rejimi” olarak adlandırılan edinilmiş mallara katılma rejimini (TMK m. 218-241) seçmiş sayılacaklardır.

Mal rejiminin seçilmesi, değiştirilmesi ve kaldırılması kural olarak “mal rejimi sözleşmesi” ile olur. Bu sözleşme noterde “düzenleme” veya “onaylama” şeklinde yapılabilir ve çok sıkı sınırlamalara tabidir. Evlenecek olan taraflar isterlerse evlenme başvurusu sırasında evlendirme memurluğuna hangi mal rejimini seçtiklerini bildirebilirler. Taraflar, yasada gösterilenler dışında başka ülke hukuklarında geçerli olan veya kendilerinin kararlaştıracığı başkaca bir mal rejimini seçemeyecekleri gibi kanundaki mal rejimleri üzerinde yasal sınırlar dışında herhangi bir değişiklik yapamazlar (TMK m. 202-205).

Mal rejimi sözleşmesi ancak ayırt etme gücüne sahip olanlar tarafından yapılabilir. Ayırt etme gücüne sahip olan küçük ve kısıtlıların yapacakları mal rejimi sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yasal temsilcilerinin de rızası gerekir. Ayırt etme gücüne sahip ancak kısıtlı olan tarafın yapacağı mal rejimi sözleşmesinde yasal temsilcinin rızası yanında ayrıca vesayet makamının da izni gerekir (TMK m. 462/9).

⁵ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 2010/4983E. 2011/2095K. 12. 04. 2011 tarih. Yargıtay Kararlar Dergisi C:37, Sayı; 9, s. 1614 -1618 naklen

1. 3. Mal Rejiminin Başlaması ve Sona Ermesi

Mal Rejiminin Başladığı Tarih

Katkı payı alacağı davası, değer artış payı davası, artık değere katılma alacağı davası gibi mal rejiminin tasfiyesine yönelik davalarda öncelikle şu hususların belirlenmesi gerekir: Bu davalar hangi mal rejimi kurallarına göre çözümlenecektir? Davada kuralları uygulanacak mal rejimi taraflar arasında hangi tarihte başlayıp hangi tarihte sona ermiştir?

Taraflar arasında sözleşme ile seçilmiş bir mal rejimi varsa o mal rejimine ilişkin kurallar, mal rejimi sözleşmesi ile belirlenmiş bir mal rejimi türü yoksa kanun uyarınca zorunlu olarak tabi oldukları mal rejimi kuralları uygulanacaktır. Talep önceki Medeni Kanunun (743 sayılı TMK) yürürlükte olduğu dönemde edinilen bir malvarlığına yönelik olup taraflarca başka bir mal rejimi kabul edilmemiş ise; önceki Kanunumuzda kural rejim olarak kabul edilen “mal ayrılığı” rejimine göre, şayet talep yeni Medeni Kanunun (4721 Sayılı TMK) yürürlüğe girmesinden sonra edinilen bir mala yönelik ise ve taraflarca başka bir mal rejimi seçilmemiş ise yasal mal rejimi olarak kabul edilen “edinilmiş mallara katılma” rejiminin kurallarına göre dava çözülecektir. .

Tasfiyeye konu mal rejimi taraflar arasında hangi tarihte başlamıştır? Taraflar ayrıca bir sözleşme yapmamışlar ise; 4721 Sayılı Medeni Kanunun yürürlüğe girdiği 01. 01. 2002 tarihinden önce evlenen eşler arasında evlendikleri tarihten itibaren 743 sayılı önceki Medeni Kanunumuzda yasal mal rejimi olarak kabul edilen mal ayrılığı rejimine tabi olacaklar ve bu rejim 4321 Sayılı yeni Medeni Kanunun yürürlüğe girdiği 01. 02. 2002 tarihinde sona erip aynı tarihte yeni Medeni Kanunumuzun yasal mal rejimi olarak öngördüğü edinilmiş mallara katılma rejimi başlayacaktır. Eşlerin, daha sonraki bir tarihte kanunda gösterilen başka bir rejimi seçmeleri durumunda da; aralarındaki mevcut mal rejimi mal rejimi sözleşmesinin yapıldığı tarihte sona erecek ve seçtikleri yeni rejim başlayacaktır. 01. 01. 2002 tarihinden sonra evlenen eşler arasında da şayet mal rejimi sözleşmesi yapılmamış ise; evlendikleri tarihte edinilmiş mallara katılma rejimi başlayacaktır.

Mal Rejiminin Sona Erme Zamanı

Mal rejiminin tasfiyesine yönelik bir davanın açılabilmesi için; taraflar arasındaki mevcut mal rejiminin sona ermesi gerekir. Mal rejiminin sona ermesi ile evlilik birliğinin sona ermesi aynı değildir. Bazen evlilik birliği sona ermeden de eşler arasındaki mevcut mal rejimi sona erebileceği gibi, evlilik birliği devam ettiği halde mevcut mal rejimi sona erebilir.

Eşler arasındaki mevcut mal rejiminin hangi hallerde sona ereceği TMK 225. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre mal rejimini sona erdiren haller;

a)Eşlerden birinin ölümü halinde: Ölüm tarihinde hem evlilik birliği hem de mal rejimi ölüm tarihinden itibaren sona erer.

b)Eşlerin mal rejimi sözleşmesi ile aralarındaki mevcut mal rejimi dışında, kanunda gösterilen diğer rejimlerden birini seçmeleri halinde: Bu yeni rejimin seçildiği tarihte aralarındaki eski mal rejimi de sona erer. Örneğin eşlerin 01. 01. 2004 tarihinde evlendikleri ve mal rejimi sözleşmesi yapmadıklarını varsayalım. Kanun uyarınca evlendikleri tarihten itibaren zorunlu olarak edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olacaklardır. Eşlerin 01. 01. 2012 tarihinde kanunda gösterilen diğer mal rejimlerinden birini, örneğin mal ayrılığı rejimini seçmeleri durumunda; evlilik birliği devam ettiği halde, evlenme tarihi olan 01. 01. 2004 tarihinde başlayan edinilmiş mallara katılma rejimi, mal rejimi sözleşmesi ile mal ayrılığı rejiminin seçildiği 01. 01. 2012 tarihinde sona ermiş olacaktır.

c)Boşanma ve evlenmenin iptali halinde: Boşanma ve evlenmenin iptali davasının açıldığı tarihte eşler arasındaki mevcut mal rejimi de sona erecektir. Evlilik birliği ise; boşanma veya evlenmenin iptali davalarının açıldığı tarihte değil, boşanma veya evlenmenin iptaline ilişkin kararın kesinleştiği tarihte sona erecektir.

d)Hakim tarafından "mal ayrılığına" geçilmesine karar verilmesi halinde:Eşler birlikte istedikleri zaman aralarında mevcut mal rejimini yasal sınırlara bağlı kalarak değiştirebilir, kaldırabilirler. Örneğin önce mal ayrılığı rejimini seçtikleri halde daha sonra mal ortaklığı veya Kanunda gösterilen diğer rejimlerden birini seçebilirler. Ancak kanunda gösterilen bazı istisnai durumlarda (TMK m. 206 vd.) eşlerden birinin

başvurusu ile aile mahkemesi hakiminin kararı ile mevcut mal rejimi “mal ayrılığı rejimine” dönüştürülebilir. Bu durumda evlilik birliği devam ettiği halde taraflar arasındaki mevcut mal rejimi (örneğin edinilmiş mallara katılma rejimi, mal ortaklığı rejimi veya paylaşmalı mal ayrılığı rejimi) olağanüstü mal rejimine geçiş davasının açıldığı tarihte sona erecektir.

2. Mal Rejimi Dava Çeşitleri

2.1. Genel Bilgi

Halen aile mahkemelerinde görülen, Yargıtay’da temyiz incelemesi yapılmakta olan mal rejimine ilişkin davalar; “olağanüstü mal rejimine geçiş davası” (TMK m. 206 vd), “değer artış payı alacağı davası” (TMK m. 227), “artık değere katılma alacağı davası” (TMK m. 231-236), ve “katkı payı alacağı davası”dır. Bu davalardan “olağanüstü mal rejimine geçiş davası bir alacak davası olmayıp, eşler arasındaki mevcut mal rejimini değiştirmeyi, mevcut mal rejimini hakim kararı ile “mal ayrılığı” rejimine dönüştürmeyi hedefleyen bir davadır. Diğer üç dava ise; kişisel hakka dayalı bir alacağın tahsilini amaçlayan davalardır. Bu davalar hakkında uygulamada yararlı olacak bilgiler kısaca özetlenmiştir.

2.2. Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş Davası

Eşler diledikleri zaman “birlikte” mal rejimi sözleşmesi ile yasal sınırlar içinde aralarındaki mevcut mal rejimini değiştirme hakkına sahiptirler. Ancak bazı durumlarda aralarındaki mevcut mal rejiminin eşler “birlikte” hareket etmeden de değişmesi, değiştirilmesi gerekebilir. Eşler edinilmiş mallara katılma, paylaşmalı mal ayrılığı, mal ortaklığı rejimlerinden birini seçmişlerse veya mal rejimi sözleşmesi yapmadıkları için kanun uyarınca edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olmuşlarsa; aralarındaki mevcut mal rejimini değiştirme konusunda ortak bir talepleri olmasa dahi, bazı durumlarda aralarındaki mevcut mal rejiminin “mal ayrılığı” rejimine dönüşmesi durumu kanunumuzda olağanüstü mal rejimi olarak düzenlenmiştir. Örneğin aralarında “mal ortaklığı” rejimi bulunan eşlerden birinin iflası halinde mal ortaklığı rejimi iflas kararı ile birlikte kendiliğinden mal ayrılığı rejimine dönüşecektir (TMK m. 209). Mal ortaklığını kabul eden eşlerden

birine karşı icra takibinde bulunan alacaklı, haczin uygulanmasında zarara uğrarsa hakimden “mal ayrılığına” geçilmesine karar verilmesini isteyebilecektir (TMK m. 210). Eşlerden birinin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun bulunması halinde; yasal temsilcisi de TMK 206. maddeye göre mal ayrılığına geçiş davası açabilecektir. TMK 206. maddede gösterilen veya buna benzer başka haklı bir nedenin bulunması halinde eşlerden birinin talebi üzerine aile mahkemesi tarafından eşler arasındaki mevcut mal rejiminin “mal ayrılığına” dönüştürülmesine karar verilebilecektir. Bu davanın önemi şudur: Eşler arasında evlilik birliği devam ettiği halde bu davanın kabulü ve kararın kesinleşmesi halinde mal rejiminin tasfiyesine yönelik diğer davaların açılıp, esasının incelenmesi mümkün olabilecektir.

Olağanüstü mal rejimine(mal ayrılığı) geçiş davasında görevli mahkeme aile mahkemesi olup, maktu yargılama harcı ve maktu vekalet ücretine tabidir. Yetkili mahkeme ise eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir(TMK m. 207).

2. 3. Katkı Payı Alacağı Davası

Uygulamada kısaca “katkı payı” davası olarak da adlandırılan bu davanın konusunu çoğunlukla 743 sayılı önceki Medeni Kanunun yürürlükte olduğu dönemde (01. 01. 2002 tarihinden önceki dönem) edinilip eşlerden biri adına tapuda tescil edilen taşınmaz mallar, trafik tescil memurluklarında kayıtlı motorlu taşıtlar oluşturur. Çoğunlukla tarla, arsa, bağ, bahçe, ev, dükkan gibi taşınmaz malların 3. kişilerden satın alma yolu ile edinilerek eşlerden biri adına tapuda tescil edildiği, arsa olarak alınıp üzerine bina yapıldığı, kooperatif üyesi olunup daha sonra kat irtifakı, kat mülkiyeti kurularak tapuya tescil edildiği görülür. Malik olmayan eşin malik olan eş aleyhine açtığı bu davada davacı; davalının mülkiyetinde olan malın edinilmesinde, iyileştirilmesinde veya korunmasında kendisinin de katkısı bulunduğunu ileri sürerek hak talep eder. “Katkı” iddiasına dayalı olarak davacının, davalıya karşı ileri sürebileceği hak “kişisel hak” niteliğindeki para alacağına yönelik olmalıdır. Katkıda bulunulduğu iddiasına dayalı bu davada aynı hak talebinde bulunulamaz. Örneğin davacı, davalı adına kayıtlı olan taşınmazın alımına katkıda bulunduğunu ileri sürüp taşınmazın 1/2, 1/3 gibi belirli bir payının tapuda kendi adına tescilini talep edemez. Katkı iddiasının dayanağı; dava konusu malın alınması,

onarılması, iyileştirilmesi, korunması ve benzer amaçlar için harcanan para, emek, malzeme olabilir. Örneğin bu katkı; davacının maaşını, ücretini, serbest meslek kazancını davalıya vermesi, banka borcunu, kooperatif üyeliği aidat ve taksitlerini ödemesi, ziynet eşyalarını vermesi ve benzer bir çok değişik şekilde olabilir.

Bu davanın hukuki dayanağını; 743 sayılı önceki Medeni Kanunumuzun hükümleri, Borçlar Kanunu hükümleri ve Yargıtay kararları oluşturmaktadır.

Bazı bilirkişi raporlarında ve bu raporlar esas alınarak oluşturulan kararlarda; bu davanın “değer artış payı davası” (TMK m. 227) ile karıştırıldığı gözlenmektedir. Her iki davanın dayanağını da davalının mülkiyetinde bulunan bir malın edinilmesi, iyileştirilmesi, korunmasında davacının karşılığını almadan yaptığı katkı iddiası oluşturuyor ise de; aralarında bazı farklar mevcuttur. Bu dava hakkında ki uygulama kısaca şöyledir;

a) Önce davacının iddiasını kanıtlaması gerekecektir. Davacının yaptığı katkının nasıl ve ne şekilde olduğu, miktarı, tanık dahil her tür delille kanıtlanabilir. Mal rejiminin başladığı tarihten, dava konusu malın edinildiği tarihe kadar tarafların gelirleri de dikkate alınmak suretiyle tüm deliller toplandıktan sonra davacının katkısı belirlenmeye çalışılacaktır

b) Daha sonraki aşamada; dava konusu taşınmazın edinildiği tarihteki değerine göre davacının yaptığı katkının oranı rakamsal olarak bulunacaktır. Örneğin %30, %50 gibi. Katkı oranı bulunurken 743 sayılı önceki Medeni Kanunumuzdaki “kocanın, karısının ve çocukların infak ve iasesi ile sorumlu olduğuna ilişkin 152. madde hükmünün uygulanması ve buna göre kadının katkı oranının hakkaniyete uygun tespit edilmesi gerekecektir.

c) Son aşamada ise bulunan “katkı oranı” dava konusu taşınmazın” dava tarihindeki” değeri ile çarpılarak, davacı lehine hükmedilecek katkı payı alacağı belirlenecektir.

Katkı payı alacağı davasında görevli mahkeme aile mahkemesi, yetkili mahkeme ise davalının yerleşim yeri mahkemesidir. Bu yetki kesin yetki niteliğinde olmadığından mahkeme tarafından resen dikkate alınamaz. Ancak davalının süresinde ve usulüne uygun yetki itirazı mevcut ise mahkeme tarafından incelenip değerlendirilir.

Dava nispi harç ve nispi vekalet ücretine tabi olup talep olması halinde faize “dava tarihinden” itibaren hükmedilir. Dava dilekçesinde gösterilen değer harca esas olarak gösterildiği, fazlaya ilişkin her hakkın saklı tutulduğunun dava dilekçesinde belirtilmesi ilerde hak kaybına uğranılmaması için yerinde olur.

Katkı payı alacağı davasında dava açma süresi; Yargıtay 8. Hukuk Dairesi kararlarında 10 yıllık genel zamanaşımı süresi olarak kabul edilmektedir.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi bir kararında; “...Dava konusu taşınmaz 1986 yılında alınmıştır. Davacı tarafından katkı yapıldığı iddia edilen taşınmazın edinildiği tarih itibariyle eşler arasında 743 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 170. maddesi uyarınca mal ayrılığı rejimi geçerlidir. Uyuşmazlık Borçlar Kanunu’nun genel hükümlerine göre çözüme kavuşturulmalıdır. Bu durumda 01. 01. 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 178. maddesinde düzenlenen zamanaşımına ilişkin kural eldeki davaya uygulanamaz...”⁶ görüşüne yer vermiştir.

2. 4. Değer Artış Payı Davası

Bu davanın hukuki dayanağını; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 227. maddesi oluşturmaktadır. Davacı bu davada; davalının mülkiyetinde bulunan bir malın edinilmesi, iyileştirmesi veya korunmasında hiç yada uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunduğunu ileri sürerek “katkıya dayalı” para alacağı talebinde bulunmaktadır. Bu davada da öncelikle davacının katkısının kanıtlanması ve daha sonra katkı oranının bulunması gerekir. Bu yönler katkı payı alacağı davasında da bulunduğundan, uygulamada her iki davanın zaman zaman birbiri ile karıştırıldığı gözlenmektedir. Her iki dava arasındaki önemli farklar şunlardır. “Katkı payı alacağı” davasında katkıda bulunduğu iddia edilen mala katkıda bulunduğu ileri sürülen tarih 01. 01. 2002 tarihinden önce olduğu halde “değer artış payı alacağı” davasına konu malın edinildiği, katkı yapıldığı ileri sürülen tarih 01. 01. 2002 tarihinden sonradır. Katkı payı alacağı davasında; katkı payı alacağı miktar olarak belirlenirken; katkı oranı ile malın dava tarihindeki sürüm (pi-

⁶ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 2010/1855E. 3896K. , 13. 07. 2010 tarihli, Yargıtay Kararlar Dergisi Cilt. 37, Sayı 2. s. 243-245, naklen.

yasa) değeri çarpılır. Değer artış payı alacağı davasında ise katkı oranı ile malın tasfiye tarihindeki (karara en yakın tarih) sürüm değeri çarpılmak sureti ile değer artış payı alacağı miktar olarak belirlenecektir. Ayrıca, değer artış payı davasında; katkıda bulunulan malda bir değer kaybı oldu ise (deprem ve benzeri nedenlerle) katkının başlangıçtaki değeri esas alınacaktır. Katkıda bulunulan mal, daha önce elden çıkarıldı ise; davacının alacağı hakim tarafından hakkaniyete uygun olarak belirlenecektir (TMK m. 227).

2. 5. Artık Değere Katılma Alacağı Davası

Bu davanın hukuksal dayanağını 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun edinilmiş mallara katılma rejimi düzenleyen maddeleri(m. 218-241), özellikle 231-236. maddeleri ve Yargıtay kararları oluşturmaktadır. Mal rejimi sözleşmesi ile edinilmiş mallara katılma rejimini seçmiş veya mal rejimi sözleşmesi yapmadıkları için kanun uyarınca (TMK m. 202) bu rejimi seçtikleri kabul edilen eşlerin veya onların yasal mirasçılarının mal rejimi sona erdiğinde birbirlerinden talep edebilecekleri kişisel hakka dayalı para alacağına yönelik bir davadır.

Bu davayı “katkı payı” alacağı davası ve “değer artış payı” alacağı davasından ayıran en önemli özellik; taraflardan birinin diğerine ait bir mala yada malvarlığına katkıda bulunduğunu kanıtlayarak yükü altında bulunmamasıdır. Yasa koyucu bu mal rejiminde eşlere sahip oldukları bazı mallarla (TMK m. 219) ilgili karşılıklı olarak kişisel hakka dayalı para alacağını ileri sürme hakkı tanımıştır. Bunun için somut bir katkının kanıtlanması gerekmemektedir. Mal rejimi sona erdiğinde; eşlerden her biri veya mirasçılar diğer eş veya onun mirasçılarından davalıya ait “artık değer”in (TMK m. 231) kural olarak yarısını “artık değere katılma alacağı” olarak isteyebilirler. TMK 231. maddede artık değer bulunacağı edinilmiş mallar, 219. maddede açıklanmıştır. Sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemelerle (örneğin emekli ikramiyesi gibi), çalışma gücünün kaybı nedeni ile ödenen tazminatlar; kanunumuzda “edinilmiş mallar” arasında sayılmış ise de(TMK m. 219) bunların tamamının edinilmiş mal olmadığı, bir kısmının kişisel mal olduğu, bu ayırma işleminin nasıl yapılacağı 228. maddede açıklanmıştır.

Bir eşin bütün malları aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal kabul edilir(TMK m. 222/3). İddia, savunma ve toplanan delillerle yapılan yargılama sonucu;

a) Mal rejiminin sona erdiği tarihte mevcut olan davalıya ait edinilmiş mallar bulunacak,

b) Şayet mevcut ise (ileri sürülüp kanıtlandı ise) “eklenecek değerler” (TMK m. 229) bulunup bunların değerleri edinilmiş mallara eklenecek,

c) Şayet mevcut ise (ileri sürülmüş ve kanıtlanmış ise) “denkleştirme” işlemi TMK m. 230) yapılarak edinilmiş mal hesabına dahil edilecek,

d) Sonuçta davalı eşe ait bulunan edinilmiş malların toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkartıldıktan sonra kalan miktar “artık değer” olarak bulunacaktır. Her eş veya mirasçuları, diğer eşe ait “artık değer”in yarısı üzerinde hak sahibi olurlar. Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma halinde hakim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranını hakkaniyete uygun olarak azaltabilecek veya kaldırabilecektir (TMK m. 236 / 2).

Mal rejimi ile ilgili bazı eserlerde (makale, kitap vd.), bilirkişi raporlarında “artık değere katılma alacağı” hesabı ile ilgili bazı formüllere yer verildiği, yasada gösterilen tertip ve sıra ile hesaplamının yapıldığı hatta davalının da alacağının tespit edilip TMK 236. madde hükmüne dayanılarak takas işlemine yer verildiği görülmektedir. Mal rejiminin tasfiyesine yönelik davalarla ilgili Yargıtay kararları incelendiğinde; ülkemizdeki uygulama açısından göz önünde bulundurulması gereken başlıca önemli hususlar şunlardır:

a) 01. 01. 2002 tarihinden önce edinilen bir mala katkıda bulunulduğu iddiası ile açılan “katkı payı alacağı” davası ile 01. 01. 2002 tarihinden sonra edinilen bir mala katkıda bulunulduğu iddiası ile açılan “değer artış payı alacağı” davaları ve bu davalardaki hesaplama yöntemi birbirinden farklıdır.

b) Artık değere katılma alacağına yönelik her davada “eklenecek değerler” (TMK m. 229) ve “denkleştirme” (TMK m. 230), mahkeme tarafından kendiliğinden dikkate alınıp uygulanamaz. Bu konuda tarafların bu yönde bir taleplerinin bulunması ve bununda kanıtlanması

durumunda bilirkişi incelemesinde bu hususların değerlendirilebilmesi mümkün olabilecektir.

c) Usulüne uygun açılmış karşı dava veya birleşen dava yoksa davalının; alacak ve buna bağlı "takas" talebi dikkate alınmaz.

d) Artık değere katılma alacağı hesabında mevcut olan edinilmiş malların "tasfiye" tarihindeki sürüm (piyasa) değerleri esas alınır. "Tasfiye tarihi değeri", Yargıtay uygulamasına göre; bu davanın karar tarihine en yakın tarihteki değeridir. Edinilmiş mallara hesapta eklenecek değerler (TMK m. 229) varsa, malın devredildiği tarihteki değeri esas alınacaktır (TMK m. 235).

Eşler mal rejimi sözleşmesi ile; değer artış payı veya artık değere katılma ile ilgili başka bir esas da kararlaştırabilirler (TMK m. 227-237).

Değer artış payı davası ve artık değere katılma alacağı davası da nispi harç ve nispi vekalet ücretine tabidir. Talep bulunması halinde faize bu iki davada da ancak "tasfiye tarihin"den (Karar tarihine en yakın tarih) itibaren hükmedilebilir.

Değer artış payı davası ile artık değere katılma alacağı davasında da görevli mahkeme aile mahkemesi olup yetkili mahkeme TMK 214. maddede gösterilmiştir. Buna göre;

a)Mal rejiminin ölümle sona ermesi durumunda ölenin son yerleşim yeri mahkemesi,

b)Boşanmaya, evliliğin iptaline veya hakim tarafından mal ayrılığına karar verilmesi durumunda bu davalarda yetkili olan mahkeme,

c)Diğer durumlarda ise davalı eşin yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir.

Aile konutu ve ev eşyası ile ilgili TMK 240. maddedeki düzenleme; edinilmiş mallara katılma rejiminin "ölümle" sona ermesi durumunda ve sağ eşin "artık değere katılma alacağının" belirlenmesi halinde uygulanacak bir maddedir. Mal rejiminin boşanma veya ölüm dışındaki başka bir nedenle sona ermesi durumunda bu madde hükmünün uygulanması mümkün değildir.

Artık değere katılma alacağı ancak para olarak talep edilebilir. Şayet borçlu dilerse para dışında "ayın" olarak da ödeme hakkına

sahiptir(TMK m. 239). Eşlerin veya mirasçılarının birbirlerine karşı açacakları artık değere katılma alacağı ve değer artış payı davasında dava açma süresi yasadaki gösterilmemiştir. TMK 241. maddedeki düzenleme özel bir durumu; sadece 3. kişilere karşı açılacak davalardaki süreyi göstermektedir. Mal rejiminin boşanma ile sona ermesi nedeni ile açılan artık değere katılma alacağı davasında dava açma süresi; halen bu davaların temyiz incelemesini yapmakla görevli bulunan Yargıtay 8. Hukuk Dairesince “bir yıllık zamanaşımı” süresi olarak uygulanmaktadır. Bir yıllık sürenin başlangıcı da boşanmaya dair kararın kesinleştiği tarih olarak kabul edilmektedir.⁷

Eşler yabancı ülke mahkemesinde boşanmışlar ve karar Türkiye’de tanınmış veya tenfiz edilmiş ise artık değere katılma alacağı yönünden dava açma süresi ne zaman başlayacaktır? Yargıtay 8. Hukuk Dairesi bu sürenin yabancı mahkemenin boşanmaya dair kararının o ülkede kesinleştiği tarihten itibaren başlayacağı görüşündedir.⁸

Son olarak; Mal rejiminin ölümle sona ermesi ve sağ kalan eşin miras hakkı yanında ayrıca edinilmiş mallara katılma rejiminden kaynaklanan değer artış payı alacağı veya artık değere katılma alacağının da bulunması halinde, hangisinin önceliği olduğu konusu üzerinde durulmalıdır. Sağ eşin mal rejiminden kaynaklanan alacak hakkı terekenin borcu olduğundan öncelikle bu borcun ödenmesi gerekecektir. Sağ eşin miras payı daha sonra kalan tereke miktarı üzerinden belirlenecektir.⁹

⁷ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 2010/802E. 3138K. 10. 06. 2010 tarih; Yargıtay Kararlar Dergisi Cilt 37, Sayı 3, s. 425-428

⁸ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 2010/1855E. 3896K. 13. 07. 2010 tarih; Yargıtay Kararlar Dergisi Cilt 37, Sayı 2, s. 4243-245

⁹ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 2011/1293E. 1521K. 11. 03. 2011 tarih; Yargıtay Kararlar Dergisi Cilt 37, Sayı 9, s. 1610-1613

AV. NAZAN MOROĞLU İLE RÖPORTAJ*

8 Mart Dünya Kadınlar Günü öncesinde TÜBAKKOM olarak kadın ve başarı kimliğini birbiriyle yıllarca ayrılmaz bir şekilde bütünleştirmiş bir kadının hukukçu, ülkemizin ilk kadın hukuku uzmanı ve kurucularımızdan Sayın Nazan Moroğlu ile birlikteyiz.



- Dünyada ve Türkiye’de kadına ilişkin genel değerlendirmeleriniz nelerdir?

Dünyada ve Türkiye’de kadının konumuna baktığımızda, aslında kentli-köylü, eğitilmiş-eğitimsiz, zengin-yoksul tüm kadınların cinsiyetlerinden dolayı ayrımcılığa uğradığını, sorunlar yaşadığını görüyoruz. Tarih boyunca egemen olan günümüzde de sürmekte olan ataerkil zihniyet erkeğin güçlü, akıllı ile hareket eden ve yöneten olduğunu,

* Bu Röportaj İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi Başkan Yardımcısı Av. Nülifer Ay tarafından 21 Şubat 2012 tarihinde gerçekleştirilmiştir.

kadının ise duygularıyla hareket eden, korunması gereken ve yönetilen olduğunu kabul etmiştir. Bu bakımdan, tarihsel süreç içinde, kadın ile erkek arasındaki biyolojik farklılığın giderek toplumsal farklılığa dönüştürüldüğünü, cinsiyete dayalı eşitsizliğin haklı gerekçesi yapıldığını görüyoruz. İşte, bu nedenle kadın erkek eşitsizliği içeren kurallar konulmuştur. Nitekim, 1900'lerin başında medeni kanunların, ceza kanunlarının düzenlenmesinde, erkek egemen zihniyetin etkisini fark ediyoruz. Günümüzde kadınlara karşı ayrımcılık olarak nitelendirdiğimiz "koca ailenin reisidir" diye başlayan erkeğin üstünlüğüne dayanan kurallar değiştirilmiştir.

Türkiye'de ve dünyada kadının konumunu değerlendirirken Türkiye'nin çok özel bir yeri olduğuna değinmeden geçemeyeceğim. İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi'nin henüz dünya gündeminde bile olmadığı bir dönemde, Atatürk'ün önderliğinde yaşama geçirilen Cumhuriyet devrimleriyle kadınların o yıllar açısından çok ileri haklar elde ettiğini belirtmek gerekir. Özellikle kadınlara milletvekili seçme ve seçilme hakkının 5 Aralık 1934'te Anayasa'da değişiklik yapılarak, birçok Avrupa ülkesinden önce verildiğini biliyoruz. Ama ne yazık ki bu doğru başlangıç sürdürülemedi. Türkiye, dünya ülkeleri arasında toplumsal cinsiyet eşitliği açısından en alt sıralarda, 2011 Dünya Ekonomik Forumu toplumsal cinsiyet eşitsizliği raporunda 135 ülke arasında 122. sırada yer alıyor.

Türkiye, Anayasa'da ve yasalarda kadın erkek eşitliği sağlandı, ama yaşama geçirilmesi için çok uzun bir yol var. Tabii bu arada kadının adının Bakanlıktan silinmesini de unutmamak gerekir.

- Mesleğinizi icra ederken akademik kariyerinizde özellikle kadın hukukunu tercih etmenizden en önemli faktör ne oldu?

Üyesi olduğum derneklerde ve kuruluşlarda son yirmi yıldır kadının yasalarda ve yaşamda eşit haklara sahip olması amacıyla yapılan çalışmalarda yer aldım. Bildiğiniz gibi, Birleşmiş Milletlerce 1979 yılında kabul edilen CEDAW Türkiye tarafından 1985 yılında onaylandıktan sonra, kadın sorunlarının araştırılması ve çözüm getirilmesi için üniversitelerde kadın araştırma merkezleri ve kadın araştırmaları anabilim dalları kuruldu. kadın kuruluşları ve baro kadın hakları ko-

misyonu başkanlığını yürütürken, kadın hukuku alanında disiplinler arası bir çalışma yaparsam akademik çalışma alan çalışmasıyla birlikte daha yararlı olur diye düşündüm ve yeniden bu alanda bir yüksek lisans yapmaya karar verdim. Tezimin konusu “Kadının Soyadı” idi. 1999 yılında yayınlandı. Artık kadın sorunu, kadın hukuku akademik alanda yer alıyor. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde son sekiz yıldır “Uluslararası ve Ulusal Hukukta Kadının İnsan Hakları” kısaca kadın hukuku dersini veriyorum. Kadın kuruluşlarında aktif çalışmalar yaparken, kadına yönelik uluslar arası sözleşmeleri, Türk hukukuna yansımalarını teorik açıdan incelemek, çözüm önerileri getirmek, sanırım akademik açıdan Kadın hukukunu tercih etmemde en önemli faktör oldu.

- Üniversitede kadın hukuku dersi veriyorsunuz, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi’nde ve Türk Hukukçu Kadınlar Derneğinde başkanlık yaptınız, İstanbul Kadın Kuruluşları Birliği Koordinatörü ve Türk Üniversiteli Kadınlar Derneği Genel Başkanı ve bir kadın hukukçu olarak temel hak ve özgürlüklere bakış açınız nedir? Bu alanda bireysel ve kurumsal çalışmalarınız nelerdir?

Temel hak ve özgürlüklerin, demokratik bir hukuk devletinde herkese eşit olarak tanınması kuraldır. Ancak, hakların varlığı ile kullanılması açısından her zaman kadınlar aleyhine bir durum görülmektedir. Bu nedenle, ülkemizde demokratikleşme yolunda atılacak önemli adımlardan bir kadın erkek eşitliğinin tanınması ve yaşama geçirilmesidir. Temel hak ve özgürlükler konusunda bilgi sahibi olmak çok önemli. Özellikle alan çalışmalarında yurttaşların, kadınların hakları konusunda bilgi sahibi olmadıklarını görüyoruz. Son iki yıldır kent konseyleri olarak “hukuk okur yazarlığı” seminerleri düzenliyoruz. Evlenme, boşanma, mal rejimleri, tüketici hakları, kira, kat mülkiyeti konularında verilen bilgiler kadınlar açısından çok yararlı oluyor. İhtiyaç sahibi olanları adli yardım servisine baroya yönlendiriyoruz.

- Özellikle son yıllarda kadınlara yönelik şiddette ciddi artış gözlenmektedir. Şiddeti önleme adına çözüm önerileriniz nelerdir?

Aile içi şiddet ve kadına yönelik şiddet tarih boyunca var olduğu halde bu tür davranışlar şiddet olarak algılanmamış, sadece kadınların yaşadığı üzücü olaylar olarak görülmüştü. Nitekim, insan haklarından kadınların eşit olarak yararlanması, yasalarda ve yaşamda var

olan ayrımcılıkların kaldırılması amacıyla 1979 yılında kabul edilen (CEDAW) Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi düzenlenirken, her alandaki kadın sorunu ele alındığı halde, “kadına yönelik şiddet” konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmemişti. O tarihlerde şiddet henüz bir sorun olarak ele alınmamış, dile getirilmemişti. Oysa, aile içi şiddet olayları yaşanmaktaydı ve özellikle kadınların insan haklarını kullanmasının önünde önemli bir engel olarak devam etmekteydi. Birleşmiş Milletler tarafından bu konuda kabul edilen ilk belge 20 Aralık 1993 tarihli “**Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Bildirge**” dir.

Artık günümüzde şiddet sadece kadının sorunu olarak değil, toplumsal bir sorun olarak ele alınıyor. Sorun masaya yatırıldı, toplumsal farkındalık yaratıldı. Haklarını öğrenen ve kullanmak isteyen kadınlar, ne yazıkki erkek egemen zihniyetin tepkisiyle çoğu zaman ağır bedeller ödüyorlar.

Aile içi şiddet çözüm bekleyen akut bir problemdir. Çocuklar aracılığıyla sokağa taşınmakta; evde, sokakta, toplumsal yaşamda bir şiddet kısır döngüsü yaşanmaktadır. Ancak, şiddet sadece kadının sorunu olarak görüldükçe, yol açtığı olumsuz sonuçlar konusunda farkındalık yaratılmadıkça, bir toplumsal sorun olarak ve bir halk sağlığı sorunu olarak çok yönlü ele alınmadıkça şiddeti önlemek, bu sorunu çözüme kavuşturmak kolay olmayacaktır.

Son yıllarda giderek artan kadına yönelik ev içi şiddetle mücadele için kısa vadede ve şiddetin önlenmesi için uzun vadede yapılması gerekenler var.

Kısa vadede; 4320 sayılı Kanun’da kapsamlı bir değişiklik yapılması veya yeni bir yasanın çıkarılması, failin caydırıcı şekilde cezalandırılması, şiddetin olumsuz etkileri ve şiddet konusunda farkındalık yaratılması, sığınmaevleri açılması, yasal haklar konusunda kamu kurum ve kuruluşları, barolar, sivil toplum kuruluşları tarafından bilgilendirilmeler yapılması.

Bunun yanında, Kanun’un amacına uygun uygulanması için kolluk kuvvetlerinin; baro adli yardım servislerinin, aile mahkemelerinin, Adli Tıp Kurumunun etkin çalışması, mağdura destek için sosyal hizmetler; sendikalar, yerel yönetimler ve özel sektörün kapsamlı bir program uygulaması, toplumdaki erkek egemen zihniyetin değiştiril-

lebilmesi için erkeklere yönelik yoğun bilgilendirici programlar yapılması, şiddet mağdurlarının başvurularında 24 saat hizmet verebilecek birimler kurulması, alo şiddet hatlarının çoğaltılması, donanımlı hale getirilerek aktif çalışmalarının sağlanması gerekli.

Ülkemizde kadına ve çocuğa yönelik şiddet oranlarının çok yüksek olduğu dikkate alındığında, aile içinde şiddetin önlenmesinin zor olduğu görülüyor. Son dönemde şiddet olayları kadınların duyarlılığının ve haklarını kullanma oranının artmasına paralel olarak artış göstermiştir. Bunu erkek egemen zihniyetin kadının birey olarak haklarını kullanmasına tepkisi olarak da nitelendirebiliriz. Sosyal yapının ve zihniyetin yasalar kadar kolay değiştirmesi mümkün değil.

Bu bakımdan, eğitim süreci uzun vadede büyük önem taşımaktadır; anaokulundan başlayarak eğitimin her kademesinde, toplumsal cinsiyet eşitliği, insan hakları, çocuk hakları, kadın hakları, demokrasi ve yurttaşlık bilinci konularını içeren bir derse müfredatta yer verilmesi, öğretmenlerde toplumsal cinsiyet eşitliğine duyarlılığın artırılması ve öğrencilerine yansıtmaları için hizmet içi eğitimde bu konunun ele alınması; öğretmen okulu öğrencilerinin de bu konularda bilgilendirilmeleri, şiddetle mücadelede ilk başvuru yeri olan kolluktan başlamak üzere yargı mensuplarına, kararın uygulamasını kontrol ve izleme sürecinde görevli ve yetkili olanlara hizmet içi eğitim verilmesi, mezun olunca savcı, hakim veya avukat olacak hukuk öğrencileri için “Kadının İnsan Hakları-Toplumsal Cinsiyet Eşitliği” dersinin hukuk fakülteleri programına konulması ve yaygınlaştırılması ile uzun vadede ev içi şiddetin önlenmesi sağlanabilecektir.

- TÜBAKKOM'un kurucu üyelerinden biri olduğunuzu biliyoruz; Sizce TÜBAKKOM nedir? Hangi amaçla kimler tarafından nasıl kurulmuştur? Yıllar içinde bu amaca ulaşabildi mi? TÜBAKKOM'un kadın hakları alanında sağladığı en büyük kazanım sizce ne olmuştur. TÜBAKKOM'un 10 dönemine ilişkin genel bir değerlendirme yapar mısınız?

Aile hukukunda eşlerin eşit haklara sahip olmasına yönelik köklü değişiklikler içeren Medeni Kanun Tasarısı 1998 yılında kamuoyuna açıklandığında, İstanbul Barosu Kadın Hakları Komisyonu olarak tüm barolarla işbirliği yapmak ve Tasarıyı değerlendirmek istedik. Baro başkanından diğer barolara çağrı yapmasını ve İstanbul Barosu ev sa-

hipliğinde bir toplantı düzenlenmesini talep ettik. Kısa sürede yirmi bir barodan yanıt geldi, katılacaklarını bildirdiler.

Tasarıya ilişkin değerlendirme ve önerilerimizi içeren raporu hazırlamak başta olmak üzere, hakları ve nereye başvuracakları konusunda yeterli bilgisi olmayan dar gelirli kadınlara ücretsiz danışmanlık yapmak, yasal haklar eğitimini ülke çapında yaygınlaştırmak, kadın avukatlar arasında dostluk ve bilgi alış verişini güçlendirmek amacıyla bir araya geldik. İstanbul’da yapılan bu ilk toplantıya Kadından Sorumlu Devlet Bakanı da katıldı. Toplantıda kadın avukatların kuracağı bu yeni oluşumun Türkiye baroları kadın komisyonları ağı olması kararlaştırıldı ve TÜBAKKOM adı verildi. TÜBAKKOM’un Ankara’da yapılan ikinci toplantısından sonra Türkiye Barolar Birliği yönetim kurulu, 5 Haziran 1999 tarihinde aldığı karar ile TÜBAKKOM’un kurumsallaşması açısından TBB bünyesinde yer almasına karar verdi. Fikir ve isim annesi olarak TÜBAKKOM’un kurulduğu tarihten günümüze on iki yıldır, sırayla dönem sözcülüğüne seçilen barolar aracılığıyla amacına uygun çalıştığını görmek memnuniyet verici. Önemli bir kazanım da, birinci yılında başlattığımız uygulamanın, yıllık çalışmaların kitap halinde yayınlanmasının sürdürülmesidir. Bir TÜBAKKOM tarihi yazılmaya devam ediyor. Bu kitapların kadın hukuku ve uygulamasına ışık tutan kaynaklar olması da önemli bir kazanım.

- Üniversitede ders veriyorsunuz, kitaplar yazıyorsunuz, birçok sivil toplum kuruluşunda yöneticilik yapıyorsunuz. Bu muhteşem enerjinizi neye borçlusunuz?

Çalışma enerjimi sanırım hayatımda “keşkelere yer yok” diyerek hep ileriye, önümdeki işlere bakmama borçluyum. Tabii geçmişi değerlendirip, deneyimlerden ders almak önemli, ama daha önemlisi hep ileri bakmak ve geleceği planlamak...

TÜBAKKOM aracılığıyla 8 Mart Dünya Kadınlar Günü adına kadınlara ne mesaj vermek istersiniz ?

Elele verirse, Cumhuriyet’in aydınlığının yeniden yaşanmasını, eşit hakların yaşama geçirilmesini sağlayabilir, çocuk gelinler ve kadına yönelik şiddet sorununu sona erdirebiliriz ve 8 Mart’ları Kadınlar Günü olarak kutlayabiliriz.

TÜKETİRKEN TÜKENMEYELİM!

Şükran EROĞLU*

Toplumda yerleşmiş bir inanç vardır. KADINLAR DAHA ÇOK TÜKETİRLER.. Ancak bu inanca sahip olanlar bunun nedenini düşünmez ve sorgulamazlar. Kadınlar sadece kendileri için mi tüketiyorlar? Yoksa ailenin tüm ihtiyaçlarını kadınlar sağladıkları ve evin, çocukların hatta evdeki erkeklerin (eş, baba, kardeş) de ihtiyaçlarını kadınlar aldıkları için mi çok tüketiyor görünüyorlar?

Yaşadığımız yüzyıl tüketimin korkunç boyutlara ulaştığı bir yüzyıl. Tüm mekanizmalar daha çok tükettirmek üzerine kurulmuş vaziyette. Bir yandan reklamlar, bir yandan durmaksızın açılan AVM. ler, bir yandan her gün yeni bir biçimde karşımıza çıkan satış yöntemleri ve her gün gelişen teknoloji... Bu yoğun saldırıya dur dememiz mümkün gibi görünmüyor, ama en azından bilinçli tüketebilmek hala bizim elimizde..

Bunun için de öncelikle haklarımızı bilmemiz ve nereden başlayacağımıza karar vermemiz gerekiyor.

15 Mart 1962 tarihinde ABD Başkanı Kennedy tüm dünya'ya tüketicilerin korunması gerektiğinden bahsederek Temel Tüketici Hakları'nı açıklamış, 1986 yılında da Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 8 Temel Tüketici Hakkı'nı kabul ederek, EVRENSEL TÜKETİCİ HAKLARI olarak tüm dünyaya ilan etmiş ve tüm dünyada kabul edilen tüketicinin korunması hakkında yasalarda da bu haklar güvence altına alınmıştır.

Nedir bu 8 temel hak ?

- Temel Gereksinimlerin Karşılanması Hakkı

* Avukat, Tüketiciyi Koruma Derneği Genel Başkanı, Tüketici Sorunları İl Hakem Heyeti ve Beşiktaş Hakem Heyeti Baro Temsilcisi)

- Sağlık ve Güvenliğin Korunması Hakkı
- Ekonomik Çıkarların Korunması Hakkı
- Bilgilendirilme Hakkı
- Eğitilme Hakkı
- Temsil Edilme Hakkı
- Tazmin Edilme Hakkı
- Sağlıklı bir çevrede Yaşama Hakkı

Demek ki tüketirken bu haklarımızın olduğunu, dolayısıyla satılmak üzere tüketiciye sunulan mal ve hizmetlerin sağlık açısından zarar vermeyecek durumda olmalarının zorunlu olduğunu, mal veya hizmet satın alırken mutlaka detaylı olarak bilgilendirilmemiz gerektiğini, satın aldığımız mallarda ayıp çıkması durumunda;

Bedel iadesi veya

Ücretsiz onarım veya

Malın değiştirilmesini veya

Ayıp oranında bedelden indirim yapılmasını isteme haklarımızın olduğunu unutmamalıyız. Ayrıca ayıplı mal başka bir mala zarar vermişse, ya da ölüm ve yaralanmaya sebep olmuşsa imalatçıdan tazminat isteme hakkımızın da olduğunu bilmeliyiz.

Aldığımız mallarda veya hizmetlerde ayıp çıkması halinde bunu öncelikle mallarda satıcılara, hizmetteyse sağlayıcıya bildirmemiz gerekmektedir. Bu bildirimde yukarıda bahsettiğimiz haklardan hangisini talep ettiğimizi de belirtmeliyiz. Satıcı veya sağlayıcı talebimizi kabul etmediği takdirde 3.032.65 TL.'na kadar olan uyuşmazlıklarda ilçelerde bulunan kaymakamlıklarda görev yapan tüketici hakem heyetlerine bir dilekçe ile başvurarak şikâyet hakkımızı kullanmalıyız. Bu bedelin yukarısında olan uyuşmazlıklar için de bilim sanayi ve teknoloji il müdürlüğünde faaliyet gösteren tüketici sorunları il hakem heyetine başvurabiliriz. Tüketiciler ikamet ettikleri ilçedeki veya satıcının bulunduğu ilçedeki kaymakamlığa müracaat etmekte serbesttirler.

Teknolojik mallarda (örneğin: cep telefonları, otomotiv, beyaz eşya gibi) ayıp çıkması halinde satıcılar tüketicileri teknik servislere yönlendirmektedirler. Teknik servis mutlaka bir fiş ya da belge düzenlemek zorundadır. Burada dikkat etmemiz gereken husus arızanın tespit edilmesidir. Oysa teknik servisler sadece arızayı tespit etmeyip, onarım yaparak tüketicilere iradeleri dışında onarım hakkını kullanılmaktadır. Bu tarz suiistimalleri önlemek için servis fişlerine "ONARIM İSTEMİYORUM" ibaresini yazdırmalıyız. Bu takdirde servis arızayı tespit edip tüketiciye bildirecek ve sonrasında tüketicinin talebini sormak zorunda kalacaktır.

Onarım talep ettiğimiz takdirde onarım süresinin 20 İŞ GÜNÜ olduğunu unutmamalıyız. (Cumartesiler iş günüdür, sadece Pazar günleri sayılmaz) Bu süre aşıldığı takdirde artık malı servisten almayıp, Hakem heyetine başvurarak paranızın iadesini veya malın ayıpsız misliyle değiştirilmesini isteyebilirsiniz.

Satıcılar tüketicilere mutlaka GARANTİ BELGESİ ve KULLANMA KILAVUZU (Türkçe) vermek zorundadırlar. Vermedikleri takdirde bilim sanayi ve teknoloji il müdürlüğüne şikâyet ederek para cezası verilmesini sağlamalıyız.

Kredi kartı yıllık aidatlarının ve hesap işletim ücretlerinin iadesi için de Hakem heyetine başvurmalıyız. Dilekçemize kart veya hesap ekstresini eklememiz gereklidir.

Kapıdan yapılan satışlarda 7 GÜNLÜK CAYMA HAKKIMIZ vardır, sözleşmeyi imzaladığımız tarihten itibaren 7 gün içinde hiçbir gerekçe göstermeden vazgeçmemin mümkündür. Ancak bu zamanı telefonlarda kaybetmeden iadeli- taahhütlü bir mektupla veya Tüketici Derneklerine giderek ya da noterden bu ihtarnameyi göndermemiz mümkündür.

Devre Tatil sözleşmesi yaptıysak 10 GÜN İÇİNDE CAYMA HAKKIMIZI kullanabiliriz. Mesafeli satışlarda (telefon, internet vb. sanal ortamlarda) CAYMA HAKKI SÜREMİZ 7 GÜNDÜR.

En önemlisi de tüketirken bilinçli davranabilmektir. Bunun için de;

- Her ay mutlaka bir bütçe hazırlamalıyız.
- Zorunlu giderleri (kira, elektrik, su, doğalgaz, aidat vb) ödedikten sonra ihtiyaçlarımızı belirlemeliyiz.
- Alışverişe çıkarken ihtiyaç listesi yapmalıyız.
- Aç karnına, sinirliyen ya da ayaküstü alışverişe çıkmamalıyız.
- Satın alacağımız mal veya hizmet hakkında ön bilgi edinmeli (internet veya diğer vasıtalarla) ne satın aldığımızı bilmeliyiz.
- Alışveriş sırasında malların üzerindeki etiketleri incelemeli, aydınlatıcı değilse satıcılardan detaylı bilgi almalıyız ve fiyatları kontrol etmeliyiz (bazen raf fiyatı ile kasadaki fiyat farklı olabilmektedir, böyle bir durumda raf fiyatı uygulanmak zorundadır) etiketlerdeki son kullanım tarihlerine mutlaka bakmalıyız.
- Satıcıların bizi yönlendirmelerine izin vermemeli, kendi irademizle satın almalıyız.
- Kaliteli ve markasını bildiğimiz, servis ağı geniş ve TSE, İSO vb. belgeleri taşıyan malları tercih etmeliyiz.
- Gıda satın alırken ambalajlarına dikkat etmeli, yırtık, delinmiş, şişmiş gıda ürünlerini almamalı ve rafta duruyorsa satıcıyı uyarmalıyız.
- İmzaladığımız her tür sözleşmeyi okumalı, müzakere etmeli ve haksız şart içeriyorsa bu şartın kaldırılmasını istemeliyiz. (O anda okumamız mümkün değilse sonrasında okuyarak satıcı veya sağlayıcıyı uyarmanız mümkündür).
- Sözleşmenin bir örneğini murlaka istemeliyiz, çünkü sözleşmenin bir örneğinin tüketiciye verilmesi yasal zorunluluktur.

Hepinize tükenmeden tüketeceğimiz sağlıklı günler diliyorum.

İKİ ADIM GERİ BİR ADIM İLERİ...

Aile konut şerhi, boşanma davasında gayrimenkulün devri istemi, kefalette eşin rızası

Afet Gülen KÖSE*

Ve bir gün daha geldi “evet bu bahsettiğimiz hak vardı ama şu an uygulanmıyor.” demek zorunda kaldığımız... Aile konut şerhi çok önemli bir müessese çünkü Türkiye genelindeki tapuların¹ yüzde 65’i erkeklerin üzerine kayıtlı bulunuyor dolayısıyla ülkemizde aile konutu olarak özgülünen, kullanılan gayrimenkullerin çoğu da yine erkek eşlerin adına tescilli. Çoğu kez tüm ailenin bir ömür boyunca zar zor kazandıklarıyla elde edilen ve eşlerin çocuklarıyla birlikte barınma ihtiyacını karşılayan onları bir arada ve ayakta tutan ve yine çoğu kez ailelerin tek güvencesi olan da yine aile konutları.

İşte toplumun temeli olan ailenin bir arada yaşamasına özgülünen aile konutlarına” TMK’nun 194. maddesinin 1. fıkrası² uyarınca diğer eşin rızası olmaksızın devir yapma yasağı çerçevesinde koruma getirilmiş ve gayrimenkulün maliki olmayan eşin haberi olmaksızın devredilmesinin önüne geçilmek istenmiş ve 194. maddenin 3. fıkrası

* Avukat, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi Yürütme Kurulu Üyesi

¹ <http://www.kadinvekadin.net/tapular-erkeklede-mi-kadinlarda-mi-2011-10-28.html>, 28.10.2011 tarihli AA haberi, “Elektronik ortamda olan tapu müdürlüklerinden alınan bilgiye göre, Türkiye genelindeki tapu kayıtlarının yüzde 65’inin erkek, yüzde 35’inin de kadın mülkiyetinde olduğunu ifade eden Kanal, aile konut şerhi oranının ise yüzde 0, 03 olduğunu söyledi.” şeklindedir.

² Medeni Kanunumuzun 194. Maddesinin 3. Fıkrası “Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir.” şeklinde olup Tapu Sicil Tüzüğü’nün 57. Maddesinin d bendi kanunun uygulanması hususunda açıklık getirmiş ve gayrimenkulün sahibi olmayan eşin talebi ile tapuda aile konutu şerhinin işlenmesi için, konutun aile konutu olduğunu kanıtlayan muhtarlıktan ve varsa apartman yönetiminden alınmış belge ile birlikte vukuatlı nüfus kayıt örneği veya evlilik cüzdanının tapu müdürlüğüne sunulmasını yeterli göstermiştir. Buna bağlı olarak 2002/7 sayılı genelgenin “Aile Konutu Şerhi” başlıklı Bölümünün 1. maddesi ile Tapu Müdürlüklerine gayrimenkulün sahibi olmayan eşin tüzükte belirtilen belgeleri sunması halinde mahkeme kararı veya ilgilinin rızası aranmaksızın aile konut şerhi düşüleceği bildirilmiştir.

uyarınca da taşınmaz malın maliki olmayan eşe tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteme hakkı verilmiştir. Tapu Sicil Tüzüğü'nün 57 maddesinin d bendi ile ise kanunun nasıl uygulanacağına açıklık getirilmiş ve gayrimenkul üzerine kayıtlı bulunmayan eşin, tapu sicil müdürlüğüne yapılan başvuru ile konutun aile konutu olduğunu kanıtlayan muhtarlıktan ve varsa apartman yönetiminden alınmış belge ile birlikte vukuatlı nüfus kayıt örneği veya evlilik cüzdanı sunması halinde gayrimenkulün maliki olan eşin rızası aranmaksızın harçsız ve davasız aile konutu olarak özgülünen gayrimenkul üzerine aile konut şerhi düşülebiliyordu ve bu şerh sayesinde, ailesinden mal kaçırmak isteyen eşlerin önüne geçilebiliyordu.

Kadın haklarıyla ilgilenen tüm meslekdaşlarımız için kadının ve dolayısıyla ailenin ekonomik birliğinin korunması adına en önemli hukuki işlemlerden biri olan aile konut şerhinin tesisi hususunda Mahkemece, dayanağı maddi hata içeren dolayısıyla hukuken geçerli olmayan bir gerekçe ile yürütmeyi durdurma kararı verildi. Üstelik yürütmeyi durdurma kararını veren idare mahkemesi değil Danıştay'dı³ ve yürütme durdurma kararı TMK'nun 194. maddesinin 3. fıkrasının uygulama maddesi olan Tapu Sicil Tüzüğü'nün 57. maddesinin d bendinin ve 2002/7 sayılı Genelge'nin⁴ "Aile Konutu Şerhi" başlıklı Bölümünün 1. maddesinin iptali istemi ile açılmıştı, yani gayrimenkulüne aile konut şerhi konulan davacı, kendi gayrimenkulündeki şerhin kaldırılmasını değil bu şerhin konulmasına neden olan tüzüğün ve genelgenin ilgili maddesinin iptalini istemişti.⁵

³ Tüzükler birer idarî işlemdir ve bu nedenle de, Anayasanın 125'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca yargısal denetime tâbidirler. Danıştay Kanununun 24'üncü maddesinin ilk fıkrasının a bendi uyarınca, tüzüklerin yargısal denetimi, bir Bakanlar Kurulu işlemi olduklarından, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da yapılır.

⁴ <http://www.tasinmazmulkiyeti.org.tr/tr/?Sayfa=Detay&Id=642>, 2002-7 sayılı genelge, I- Aile Konut Şerhi(MK. M. 194) 1-Malik olmayan esin talebiyle: Evlilik birliğinin resmen devam ettiğini kanıtlayan nüfus kayıt örneği ile bu konutta birlikte yaşantılarını sürdürdüklerini kanıtlayan muhtarlıktan alınmış belgenin ibrazı halinde "Aile konutudur." şerhinin islenmesi... şeklindedir.

⁵ 2010 yılında anılan düzenlemenin iptali istemiyle dava açılmış, Danıştay Onuncu Dairesi'nin 2010/11873 E. Sayılı dosyada 13 Haziran 2011 tarihli ara kararıyla, Tapu Sicil Tüzüğü'nün 57. Maddesinin 1. Fıkrasının (d) bendi ile 2002/7 sayılı genelgenin "Aile Konutu Şerhi" başlıklı Bölümünün 1. Maddesinin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir. Bunun üzerine Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı'nca kaleme alınan 16 Ağustos 2011 tarihli yazıyla durum tapu sicil müdürlüklerine bildirilmiş, anılan Danıştay Kararı uyarınca işlem

Üstelik davacı, basında ve medyada bu dava üzerine kadın haklarıyla uğraşan tüm sivil toplum örgütlerinin tepkileri üzerine “Ben aslında sadece gayrimenkulüm üzerine konulan aile konut şerhini kaldırmak istemiştım” dedi. Kader ağlarını örmek isteyince örüyordu sanki acaba öyle miydi gerçekten...

Danıştay’ın verdiği yürütmeyi durdurma kararı akabinde; Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü, 16.08.2011 tarihinde tüm tapu dairelerine bir genelge göndermiş ve bu genelge gereğince tüm tapu ve kadastro bölge müdürlükleri tarafından, yargısal süreç sonunda aksi bir karar verilinceye kadar, malik olmayan eşin talebi ile belirtilen belgeler eşliğinde aile konut şerhi konulması uygulamasını durdurmuş aile konut şerhi işlenmesi için mahkeme karar aranması gerektiğini belirtmiştir.

Elbette idari yargılama usul kanunu uyarınca yürütme durdurma kararlarının beklenmeksizin uygulanması gerekir⁶ ancak bu öyle bir karar ki bu kararın maddi hataya dayalı olarak hazırlanan gerekçesinin⁷ ayrı, bu karar uyarınca tüzüğün maddesinin uygulanmasının durdurulması sureti ile tüzüğün ilgili maddesinin dayanağı olan TMK 194. maddenin getirdiği “diğer eşin rızası olmaksızın aile konutunu devredememe” yasağının tamamen ihlal edilmesi ayrı bir inceleme konusudur.

Şöyle ki; İYUK’nun 27. maddesi uyarınca Danıştay’ca, yürütmeyi durdurma kararı, idari işlemin hukuka açıkça aykırı olması ve telafisi güç veya imkansız zarar doğması şartlarının birlikte gerçekleşmesi so-

yapılması gerektiği bildirilmiştir.

⁶ İdari yargı kararlarının uygulanması Anayasa Madde 138 ile İdari yargılama Usulü Kanunu madde 28’de düzenlenmiştir. Anayasa Madde 138, “...Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez...” hükmüne, İYUK madde 28, “Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez...” hükmüne yer vermektedir.

⁷ Danıştay 10. Dairesinin 2010-11873 E. sayılı dosyasında verdiği yürütmeyi durdurma kararında “ 4721 sayılı Yasanın 1008. maddesinde, şerhlerin de tapu kütüğüne tescil edilecek haklar arasında bulunduğunu”... belirterek, bu tespitten ardından tescile ilişkin olarak 1013., 1014. 1015. maddeleri ve yine yolsuz tescile ilişkin 1025. madde ile, düzeltme başlığı altında yer alan 1027. maddeyi gerekçe göstermiş, tescile ilişkin hükümler uyarınca mahkeme kararı olmaksızın aile konut şerhi konulmasının hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir.

nucu verilebilir. Keza yürütmeyi durdurma veren Danıştay kararında Danıştay Savcısı da bu hususun altını çizmiş ve İYUK'un 27. maddesinde öngörülen koşulların oluşmaması nedeni ile yürütmeyi durdurma isteminin reddinin gerekeceğini belirtmiştir.

Danıştay yürütmeyi durdurma kararının gerekçesinde 4721 sayılı yasanın 1008. maddesinde şerhlerin de tescil edilecek işlemler arasında olduğunu, tescil için ise mahkeme kararı gerektiğini o halde kanun hükmü uyarınca şerh düşülebilmesi için mahkeme kararının gerektiği sonucuna varmıştır.

Oysa Danıştay maddeye bakarken açıkça maddi hata yapmıştır çünkü 1008. madde kapsamında tescil edilecekler arasında şerhler yoktur, madde düzeni şöyle devam etmektedir: B İşlemler I. İşlemin Konusu 1. Tescil Madde 1008: Taşınmaza ilişkin aşağıdaki haklar, tapu kütüğüne tescil edilir: 1. Mülkiyet, 2. İrtifak hakları ve taşınmaz yükleri, 3. Rehin hakları. 2. Şerhler a. Kişisel Haklarda Madde 1009 şeklinde.

1008. maddede taşınmaza ilişkin tapu siciline tescil edilecek olan haklar tahdidi şekilde sayılmıştır bunlar mülkiyet hakları, irtifak hakları ve taşınmaz yükleri ve rehin haklarıdır. 1008. maddenin devamında 1009. maddede şerhler başlığı altında kişisel haklardaki şerhler anlatılmaya başlanmıştır. Mahkeme madde numaralaması alt alta olduğundan 1009. Maddenin başlığı olan "şerhler"i sehven 1008. maddenin içinde görmüş ve şerhleri tescil edilecek işlemler arasında saymıştır oysa tescil işlemi ve şerh işlemi işlemler başlığı altında yer alan birbirinin içinde yer almayan farklı işlemlerdir. Dolayısıyla mahkemenin gerekçesinin devamında tescilin terkinine, değişikliğine, yolsuz tescile ilişkin açıklamaları konumuzun dışındadır ve bu bahisle Danıştay'ın şerhi tapu siciline tescil edilecek haklar arasında tanımlayarak tescile ilişkin hükümleri uygulayarak mahkeme kararı olmaksızın şerh işlenmeyeceğine dair görüşü maddi hataya dayalı gerekçesi nedeniyle geçersizdir.

Mahkemenin yaptığı bu maddi hatayı görüp derhal yürütmenin durdurmasının kaldırılmasına karar vermesi ve davayı sonuçlandırması gerekmektedir.

Diğer yandan Danıştay'ın verdiği yürütme durdurma kararı ile mahkeme kararı olmaksızın aile konut şerhi konulmadığından bu kararın verildiği tarihten bu yana tüzüğün dayanağı olan TMK'nun

194. maddesinin 1. fıkrası⁸ uyarınca diğer eşin rızası olmaksızın devir yapma yasağı ihlal edilmeye devam edilmektedir.

Mevcut durumda tüzüğün ve ilgili genelgenin yürütmesinin durdurulmasına hangi sebeple karar verilirse verilsin dayanağı olan kanun maddesinin yok sayılması açıkça hukuka aykırıdır, halihazırda tapu dairelerinde yapılan tüm devirlerde aynı bankaların kredi sözleşmelerinde yaptığı gibi gayrimenkul üzerinde aile konut şerhi olup olmadığına bakmaksızın devri yapan eşin rızasını arama zorunluluğu bulunmaktadır. Bunun aksine yapılan tüm devirlerde telafisi güç ve imkansız zararların doğduğu ve doğacağı ve burada devletin yükümlülüğünün de olduğu son derece açıktır.

Devletin bir yandan kanun maddesi yaparak koruduğu menfaati diğer yandan yargı kararına dayalı olarak çıkardığı genelge ile yok sayması kendisi ile çelişmesinden başka bir şey değildir.

Uygulamada sıklıkla taraflar, anlaşmalı boşanma protokollerinde ve çekişmeli boşanma davalarında dava dilekçelerinde, diğer tarafın adına tescilli olan tapuların kendi adlarına devrine karar verilmesini talep etmektedirler. Keza mahkemeler de talep uyarınca davalı adına tescilli gayrimenkulün, istemde bulunan davacı tarafa devredilmesine ilişkin karar vermektedirler, bu kararın sonunda davalı eş, gayrimenkulü devretmemekte ve bu nedenle davacı tarafından ayrıca dava açılmak mecburiyetinde kalmakta, yüksek harçlar ödenmektedir ya da davalı devre yanaşsa dahi yine tapudaki harçların ödenmesi davacı tarafa kalmakta sırf bu nedenle karar uygulanamamaktadır. Oysa Yargıtay'ın da yerleşik içtihatları uyarınca mahkemeden "davalı" adına kayıtlı gayrimenkulün tapusunun iptali ile "davacı" adına tescilli

⁸ Medeni Kanunumuzun 194. Maddesinin 3. Fıkrası "Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir." şeklinde olup Tapu Sicil Tüzüğü'nün 57. Maddesinin d bendi kanunun uygulanması hususunda açıklık getirmiş ve gayrimenkulün sahibi olmayan eşin talebi ile tapuda aile konutu şerhinin işlenmesi için, konutun aile konutu olduğunu kanıtlayan muhtarlıktan ve varsa apartman yönetiminden alınmış belge ile birlikte vukuatlı nüfus kayıt örneği veya evlilik cüzdanının tapu müdürlüğüne sunulmasını yeterli göstermiştir. Buna bağlı olarak 2002/7 sayılı genelgenin "Aile Konutu Şerhi" başlıklı Bölümünün 1. maddesi ile Tapu Müdürlüklerine gayrimenkulün sahibi olmayan eşin tüzükte belirtilen belgeleri sunması halinde mahkeme kararı veya ilgilinin rızası aranmaksızın aile konut şerhi düşüleceği bildirilmiştir.

şeklinde karar verilebilmekte, tapuya bu ilamla gidildiğinde matbu ilam harcı ödemekle devir yapılabilir. Bu nedenle bin bir zorlukla neticelenen gayrimenkul devri istemine dayalı taleplerin tapu iptal tescil istemi ile açılması ve mahkemelerce de emsal kararlar uyarınca istem şeklinde karar verilmesi uygulamada kolaylık sağlayacaktır.⁹

Diğer yandan Borçlar Yasamızdaki kefalet hükümleri ise, düne kadar eşinin rızası olmadan kefil olan aile bireyleri nedeni ile canı yanan eşlerden ve hatta yuvası yıkılan nice aileden sonra olumlu, umut verici bir gelişmedir, 01.07.2012’de yürürlüğe girecek olan Borçlar Kanunumuzda kefalet sözleşmesinde kefil olabilmek için eşin rızası aranmaktadır. Bir yandan bu umut verici bilgiyi paylaşırken kefalette diğer eşin rızası aranarak ailenin korunması düşünülmüş iken çoğu kez tarafların çalışıp didinerek aldıkları yegane evleri olan aile konutlarına, hali hazırda şerh düşülemiyor oluşu yine büyük bir çelişki oluşturuyor.¹⁰

Kadınlarımızı ötekileştirmememiz, onların bir yandan haklarını hiçbir zaman ödeyeceğimiz annelerimiz, bir yandan gözbebeğimiz kızlarımız olduğunu bir kez daha anımsayarak 8 Mart 2012’de emekçi kadının haklarının korunmasına katkıda bulunmamız dileğiyle...

⁹ T.C. Yargıtay 2. HD, 2002-1350 E., 2002-1781 K., 11.02.2002 tarihli kararı “Mahkemece tapu kaydı celp edilip anlaşmaya uygun olarak gayrimenkul davacı adına kayıtlı ise ½ hissesinin iptali ile davalı kadın adına tesciline de karar verilerek boşanmaya hükmedilmesi gerekirken kararda yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.” şeklindedir.

¹⁰ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun kefalet sözleşmesine ilişkin “III. Eşin rızası” başlıklı 584. maddesi, “Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır. -Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalet dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez.” şeklindedir. Kanununun 648. Yürürlük maddesi, “Bu kanun 01.07.2012’de yürürlüğe girer.” şeklindedir.

8 MART DÜNYA KADINLAR GÜNÜ

Aydeniz ALİSBAH TUSKAN*

8 Mart 1857 tarihinde New York'da işçi kadınların özellikle "eşit işe eşit ücret" ve "12 saatlik iş günü" için, 8 Mart 1908 tarihinde ise Manhattanlı işçi kadınların "8 saatlik iş günü" "eşit işe eşit ücret" ve "oy hakkı" için başlattıkları mücadele, Birleşmiş Milletler tarafından 16 Aralık 1977 tarihinde Dünya Kadınlar Günü olarak kabul edilerek bugün bütün dünyada "kadınların özgürlük mücadelesinin sembolü" olarak, ülkemizde de 1984 yılından itibaren yaygın olarak kutlanmaktadır.

2012 yılı 8 Mart'ına ise Türkiye'de kadına yönelik insan hakları ihlallerinin had safhaya ulaştığını gösteren istatistiklerin vahim sonuçları eşliğinde girilmektedir.

Ülke çapında yapılan araştırmalar göstermektedir ki, kadın başta silahlı şiddet olmak üzere her tür şiddetten en çok zarar gören kesimi oluşturmaktadır. Alenen uygulanan cinsiyet ayrımcılığıyla birlikte, feodal değer yargılarının faturası daima kadına kesilmekte ve bunun sonucu olarak kadın yoğun şekilde aile içi şiddete maruz kalmaktadır.

Namus kavramı kadın bedeniyle ilişkilendirilmekte, böylece kadının kimlik oluşturabilmesi engellenmekte hatta bu amaçla uygulanan baskı ve şiddetin boyutları kadının aile içinde sürekli ölüm tehdidi altında yaşamasına kadar vardırılabilmektedir. Bu ölümcül şiddeti aile mahremiyeti deyimıyla kılıflamak olayın en trajik boyutudur.

Kadınları katleden erkeklerin yargılama aşamasında sarf ettikleri "töre ve namus için öldürdüm" şeklindeki ifadelerinden yola çıkılarak verilen cezada tahrir indirimi kaldırıldığı halde infazla ilgili aile meclisi kararı istenilmesi anlayışın değişmediğini göstermekte ayrıca cezaların caydırıcılığı prensibini de ortadan kaldırarak, her geçen gün öldürülen kadın sayısı artmaktadır.

Kadına karşı fiziksel şiddetin yanında; ekonomik, psikolojik ve cinsel şiddet de uygulanmaktadır. Şiddete maruz kalan kadınların

* İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Üyesi

Devlet tarafından korunabilmesi amacıyla bulunması artık zorunluluk arz eden kadın sığınma evlerinin sayısının yok denecek kadar az olması soruna gösterilen duyarsızlığın en bariz kanıtıdır.

Başta çalışma hayatı olmak üzere kadınlar cinsel ayrımcılığa tabi tutulmakta, bu nedenle uygulamada kadın erkek eşitliği sağlanamamakta, eşit fırsat ilkesi daima ihlal edilmektedir. Medeni Kanun'un kabulünden 83 yıl sonra Kadın Erkek Eşitliği Komisyonu değil Fırsat Eşitliği Komisyonu kurulmuştur. 2012 yılında bu komisyonun gerçek eşitliği sağlamasını umuyoruz.

Laik Cumhuriyet'in ilanı kadınları tecrit edildikleri kafeslerin ardından çıkararak dünyaya karışmalarını sağlamış ve kendilerine sunulan haklar bakımından öncesiyle kıyas kabul etmeyecek duruma gelmiştir. Ancak Cumhuriyet ilkeleriyle şekillenen yasaların uygulama aşamasında son 10 yılda ayrımcılığa tabi hükümlerle ilgili yasal düzenlemeler yapılsa bile kadının insan haklarını korumak açısından çoğunlukla işlevsiz kaldığı ortadadır. Kadına karşı şiddetin ve her türlü hak ihlalinin engellenmesi öncelikle yasaların adil olarak uygulanması konusunda güdülecek etkin devlet politikasıyla mümkündür. Adli makamların, hukuk kurallarından ziyade ahlaki normları referans göstererek hüküm tesis etmeleri ihlallerin sonlanması yerine, mevcut olumsuzluğun artarak devam etmesine hatırı sayılır katkı sağlamaktadır. Bu konuda olumlu çalışmalarda vardır. Bunlardan biri olan aile içi şiddetle ilgili yasal düzenleme konusunda İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi olarak tüm önerilerimiz ilgili Bakanlığa sunulmuş alt yapının oluşturulması taleplerimiz yinelenmiştir.

8 Mart 1857 tarihinde fabrika önüne kurulan barikatı aşamadığı için yanarak can veren kadın işçilerin, töre cinayeti adı altında katledilen tüm kadınların buruk hatırına atfen Dünya Kadınlar Gününüz kutlu olsun!

8 Mart 2012 tarihinde kadın erkek eşitliğinin toplumun her yaşına geçirilmesini, eğitimde, çalışma yaşamında, siyasette bu eşitliğin yasalara dayandırılarak uygulamanın sağlanmasını, şiddete son verilmesini, yasaların hayata geçirilmesini ve toplumda gerçek eşitliğin sağlanması için olumlu ayrımcılığın hayata geçirilmesini talep ediyoruz.

İstanbul Barosu olarak aile içi şiddetin önlenmesi ve eşitliğin sağlanması için mücadelemiz devam edecektir...

NEREDEN ÇIKTI AİLE MAHKEMELERİNDEKİ BU UZMANLAR?

Neşe DOĞAN YÜKSEL*

Zaman zaman avukatların da aklına bu soru gelmiştir sanırım. Önceden bu tür davalar ile karşılaştığınızda, taraflar, tarafların yakınları, mahkeme sürecindeki yazışmalar v.b. davanın yeterince karmaşık hale gelmesine yardımcı olurlardı. Şimdi bir de uzmanlar çıktı!

Türk Medeni Kanunu'nda yapılan değişikliklerin bütünlüğü içinde aile mahkemelerinin kurulması girişimi önemli bir adımdır. Türk hukuk sisteminin temel taşlarından olan Medeni Kanun bu değişiklik ile demokratik aile oluşumunu ve gelişimini güçlendirmiştir. Toplumun temeli olan ailenin tüm süreçlerinde yaşanabilecek olumsuz olayların, çatışma ve sorunlarının bir uzmanlık mahkemesinde ele alınması ve koruyucu, önleyici ve geliştirici yaklaşımlarla karar alınmasının sağlanması ileri bir düzenlemedir. Türkiye'de 166 aile mahkemesinde, 294 aile mahkemesi uzmanı (psikolog, pedagoğ, sosyal hizmet uzmanı) bulunmaktadır.

Aile mahkemeleri kurulduktan sonra uzun yıllardır çalışmakta olduğum çocuk mahkemelerinden ayrılarak aile mahkemelerinde ilk uzman olma onuru ile göreve başladım. 2003 yılından beri İstanbul 1. Aile Mahkemesi'nde çalışmaktayım. Bu süre içinde toplumun değişik kesimlerinden mesleğimle ilgili sayısız ve değişik sorular duydum ama derginizde bu makaleyi yazmam istendiğinde aklıma en uygun başlık olarak bu soru geldi; Nereden çıktı aile mahkemelerindeki bu uzmanlar?

Aile mahkemeleri'nde uzmanlardan; boşanma, velayet, velayet hakkı kendisinde olmayan ebeveynin çocuğu ile kişisel ilişkinin düzenlenmesi ve evlat edinme davalarına ilişkin görüşlerine başvurulmaktadır. Hakkında rapor yazılmak sureti ile görüş istenilen dosyalar; hakimın takdiri, hakimın taraflara teklifi, tarafların kendi istekleri veya *taraf vekillerinin* talepleri üzerine gönderilmektedir.

* İstanbul Aile Mahkemesi Uzmanı

Birliktelikler yasallaşmadan yani evlenmeden önce başlayıp, yasal olarak sona erdirilmeden önce bitebiliyor!

Bir restorandaki evli çiftleri evli olmayanlardan nasıl ayırt edebiliriz? Herhalde, birbirleriyle konuşmayanlar evli çiftlerdir diyeceksiniz! Oysaki eşler de konuşurlar ve bunu sık biçimde yaparlar. Birçoğu; alışverişe gitme, hastalıklarla ilgilenme, arabayı tamirciye götürme veya çocuğu okuldan almak için yapılması gereken mantıklı konuşmaları gün içinde defalarca gerçekleştirmektedir. Oysa ilişkilerinin ilk dönemlerinde durum nasıldır? Birbirlerinin sözcüklerine tutunma, telefonda saatler boyu konuşma, birbirlerinin hikayelerini, onun her anlattığını pür dikkat dinleme... Yani başlangıçta paylaşılan şeylerle doludurlar. Dinlerken sadece hikayenin içeriğini değil onu anlatan kişinin coşkusunu, ilgisini de içlerine çekerler. Peki, zaman geçtikçe ve artık tüm hikayeler paylaşıldığında, gün hakkında dahi konuşmak için çok çaba gerektiğinde, yalnızca eve gelmek ve rahatlamak istendiğinde, anlatacak daha fazla hikaye olmadığı hissedildiğinde, ilişkinin heyecanı bittiğinde, bu insanı tanıma arzusu artık birbirini motive etmediğinde neler olur?

İlk günler sevgi sözcükleri, hoşgörü, birbirini incitmemek için özel çaba gösterirken, saygıyı koruyarak geçerken, zamanla; flört döneminde var olup görmezden gelinen konular rahatlıkla ortaya konmaya başlıyor, onu kırmaktan, incitirim korkusu ile söylemediklerini söylemekten sakınmaz oluyor, birbirini koruyup kollamayı bırakıp, güç savaşı, hayal kırıklıkları yaşanıyor... Çünkü 'hayallerde boşanmanın yeri yok...'

Ama boşanmak da var...

Boşanmanın ilk evresi uzun yıllar sürebilen "duygusal boşanmadır". Bu dönemde eşler ilişki ile ilgili heyecan kaybı yaşıyor. Fiziksel olarak birlikte olsalar da duygusal ayrılık gelişir. Çatışmalar 'bir gün çözülür' beklentisi ile erteleniyor. Bitirme-devam etme kararı bu dönemde alınır. Duygusal hattaki çatışmalar başka alanlara (özellikle para- cinsellik konusuna) kayıyor. Özellikle cinsellik ilk etkilenen alan. Duygusal olarak eş kaybı vardır. Büyük kentte yaşamak, çocuğu olmamak, aile arkadaş desteği olmamak, evliliğin başında olmak yas sürecini ağırlaştırıyor. Birbirini değiştirmekle itham ederler. Ama duygusal olarak bir uzaklaşma ve yabancılaşma yaşarlar. Hatta öyle bir

an geliyor ki evlilik bağı kendi bireysel gelişimine ayak bağı olarak görüyorlar. Kendilerini çok depressif, yenilgiye uğramış, başarısız, sıkıntılı hissedebilirler. Çatışmalar öyle noktalara geliyor ki buz dağının altında kalan sorunlar, duygular görülmüyor. Ama gerçek çatışma konusu olmayan konularda, örneğin maddi yaşam olaylarında yoğunlaşıyorlar. “Ya bu iş bitecek, yada biz bu çatışmalarla baş etmeyi öğreneceğiz” diyorlar.

Karar alınıp mahkemeye gelindiğinde, yani yasal boşanma sürecinde, özel hayatın olmadığı, ‘mahremiyet kaybı’ yaşanıyor. Olayların kendileri dışında geçtiğini düşünüyorlar. Yaşamlarının mahrem yanları gözler önüne seriliyor. Bu travmatik süreç Mahkemedeki savaşlar, kontrol kaybı mahremiyetin ortadan kalkması hislerini artırıyor. Boşanmanın yasal süreci ne kadar uzarsa, travma etkisi o kadar artıyor. Taraflar için; boşanma kararını verdikleri anda yasal sürecin çabuk bitmesi önem taşıyor.

Ekonomik boşanma ise finanssal bir ayrılık. Burada mal paylaşımı sırasında ciddi çatışmalar olabiliyor. Bazen rasyonel bir paylaşımda bile işin sürüncemede bırakıldığını, yokuşa sürüldüğünü, kavgalar, tartışmalar çıktığını görebiliyoruz. Böyle çiftlerde genellikle henüz duygusal boşanma, hesaplaşma bitmemiş oluyor. Çatışmalarda birbirlerinin canlarını nasıl acıtacaklarını çok iyi biliyorlar. Bir yandan mahremiyeti korumaktan bahsederken, diğer yandan ‘kirli çamaşırların dökülmesi, ipliğin pazara çıkarılması’ ortalıkta kol gezebiliyor. Çeşitli sebeplerle boşanmanın gerçek sebepleri gizli kalabiliyor. Oysaki tarafların boşanmanın hangi süreci içinde mahkeme karşısına çıktıkları bilinmemektedir.

İşte aile mahkemesi uzmanı, eşlerin boşanmanın hangi aşamasında olduğunu tespit etmektedir...

Aile mahkemesi uzmanları aracılığı ile eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri konusunda eşlerin uyarılması ve gerektiğinde uzlaştırılmaları evlilik birliğini koruma yönünden önemli bir düşüncedir. Koruyucu ve önleyici yaklaşım açısından doğru olan bu çabanın hakim, uzmanlar ve eşler arasında nasıl işleyeceği net olarak açıklanmalı, hakim bu işleme karar vererek aileyi uzmanlara yönlendirmelidir. Bundan sonraki süreç; uzmanların mesleki çalışmalarıyla gelişen bir uygulama süreci olarak düşünülmelidir.

Aile Mahkemeleri Uzmanlarının rolü nedir?

Aile mahkemelerindeki uzmanların görevleri Yasanın 5., 6. ve 7. maddelerinde tanımlanmıştır. Özetle;

- Eşler arasındaki uyuşmazlık nedenlerinin tespit edilmesi,
- Küçükler hakkında koruyucu, eğitici ve sosyal önlemler alınması
- Eş ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunların tespiti-sulh ile çözümünün sağlanması...

Bu amaçla uzmanlar belirlenen gün ve saatte eşlerle bireysel ve birlikte, varsa çocuklar ile de bireysel görüşmeler yapmakta, düzenledikleri rapor ile hakimin karar verme sürecinde görüş bildirmektedir.

Bu sürecin en önemli bölümünü oluşturan görüşmelerin içeriği hakkında ve gizliliği ilkesi ile bu sırada yaşanan uzlaşma kavramından bahsetmek istiyorum...

Görüşmeler

Bireysel görüşme;

Görüşmeler, uzmanın kişi ve çocuklar ile amatörce konuşmalar yaparak ve kendi sağduyusuna güvenerek öğütlerde bulunarak bir araya gelmelerini sağlamaya çalıştığı bir ortam değildir. Ailenin bir üyesinde ortaya çıkan ya da birkaç üyenin birlikte yakındıkları belirtinin/sorunun konuşulup, dile getirilmesiyle, herkesin artık sorunu bildikleri ve kendiliğinden çözebilecekleri sanılan bir zeminde değildir. Görüşmeleri yürütmek ve amacına uygun olarak sonuçlandırmak donanım, eğitim ve deneyim gerektirmektedir. Yaşam koşullarını görmek ve gözlemlemek, ailenin kurulma özgeçmişinden, yaşadıkları dönemsel sorunlara kadar öykülerini dinleme ve anlama sorumluluğu taşımaktadır. Gözlem, etkileşim ve teşvik etme rolleri görüşmenin önemli sorumluluklardandır.

Eş ve çocuklar uzman ile yapılan görüşmelerde; duruşma ortamının dışında, duygu, düşünce, istek ve beklentilerini uzman odasının ve kendine ayrılan uzun zamanın rahatlığı ve güveni içerisinde içinden geldiği gibi dile getirebilme fırsatı bulmaktadırlar.

Buna rağmen tüm seanslarda olduğu gibi görüşmelerimizde sonuç almamızı engelleyen, bizi yanıltan davranış, tepki yada söylem-

lerle karşılaşabilmekteyiz. Gözle görülebilir davranışlar ve gelişmeler objektif olarak dıştan incelenebilmektedir. Ancak zihinde meydana gelen olaylar, duygular, iç yaşantılar da önemlidir. Bunlar doğrudan doğruya başkası tarafından gözlenemez, kısmen bedene yansır. Bu öznel yaşantılar doğrudan doğruya olmasa bile bedene yansıdığı ölçüde (dolaylı olarak) incelenebilir. Ancak kişi istediği zaman bu iç duygu ve düşüncelerini geniş ölçüde gizleyebilir. Ayrıca aynı belirti her zaman aynı duyguları yansıtmayabilir. Örneğin soğuktan, korkudan veya öfkeden titreyebiliriz. Bu nedenle dış gözlem yolu ile her zaman doğru bilgiler edinmemiz mümkün olmayabilir. Böylece bireyin sadece gözlenen davranışlarını inceleyerek onun iç yaşantısı hakkında sonuçlara varmak yanılabilir. Kıskanmak, hoşlanmak ve kederlenmek gibi duyguların en önemli niteliği öznel oluşudur. Bunlar ancak insanın kendisi tarafından doğrudan doğruya incelenebilir. Bundan ötürü iç yaşantıları incelemek söz konusu olduğu zaman neler duyduğunu insanın kendisine sormak bir araştırma yoludur. Bu tür içsel olaylara ilişkin en geçerli bilgi kaynağı kişinin kendisidir. Bireyin kendi kendini incelemesi iç gözlemdir. İç gözlem metoduna bazı itirazlar elbette bulunmaktadır. Objektif ve bilimsel sonuçlara varabilmek için bir olayın birçok kişiler tarafından görülüp incelenmesi gerekir. Oysa iç gözlemde inceleyen ve incelenenin aynı kişi olması bu yolla elde edilen bilgilerin sonuçlarına gölge düşürmekte, yeterli sayılmamaktadır. Ayrıca iç yaşantıları için bilgisine başvurduğumuz kişi isterse bizi aldatabilir. Dolayısıyla bu eleştirinin haklı yanları vardır. Ancak bazı önlemler alınabilir. Örneğin uzman, mesleki yöntemler kullanmak sureti ile güven ortamını sağlayarak kişinin içinden geçenleri aktarmasını sağlar.

Görüşmeye başlarken tanışma, uzmanın açıklama ve bilgilendirmesi önem taşımaktadır. Görüşmenin amacı, süresi, sınırları, riskleri konusunda bilgilendirme yapılmakta, uzmanın ve görüşme yapılan kişinin karşılıklı beklentileri ve özellikle gizlilik hakkı ve gizliliğin anlamı gibi tüm gerekli ayrıntılar açıklanmakta, gizli bilginin başkaları ile paylaşılmayacağı konusunda anlaşma sağlanmaktadır. Ayrıca ortamın taraf olma ve çekişme ortamı olmadığı anlatılmakta, isteksizlikleri durumunda özü ve kapsamı hakkında bilgi verilerek, reddetme hakkının sonuçları konusunda aydınlatılmaktadır.

Görüşmeler eşlerin kendilerini, ilişkilerini, evlilik birliğini gözden geçirme fırsatı sağlamakta, farkında olmadıkları pek çok ayrıntıyı gö-

rebilmektedir. Bu noktada görüşmelerin birden fazla yapılabilmesi ihtiyacı da doğabilmektedir.

Görüşme süreci sadece geçmişte ya da dış dünyada olup bitenlerin konuşulması ve analiz edilmesinden ibaret değildir. En az bunlar kadar, uzman-görüşme yapılan kişi ilişkisinin konuşulması da önemli ve değerlidir. İki kişi arasındaki etkileşim, görüşme yapılan kişinin kendi kişilerarası yaklaşım stiline farkına varmasına fırsat verir ve görüşme odası, dış dünyanın minik bir temsilini oluşturur. "Şimdi ve burada yaşananlar"dan yola çıkarak "o zaman ve orada" yaşananları anlamlandırmak mümkün olur. Bu nedenle görüşme süreci yalnız uzmana konuşmak, uzmandan yardım almak değil, görüşme yapılan kişilerin kendisini açıklıkla ortaya koyabileceği ve bunun için cezalandırılmayacağı bir güven ilişkisi kurmaktır.

Fakat görüşmelerde; eşler uzmana aktardığı bilgileri mahkemede aleyhine delil olarak kullanılabilmesi olasılığını düşünebilmektedir. Bu nedenle içinde bulunduğu, hissettiği gerçek duygu ve düşüncelerini, var olan durumu olduğundan -yani mutlak gerçekten- daha iyi yada daha kötü göstermek çabası içerisine girebilmekte, ayrıca diğer eşin ileri sürdüklerini reddederek karalamayı tercih edebilmektedir. Tüm bunlara bağlı olarak uzmanı düzenlediği raporda, taraf tutmakla, objektif olamamakla, muhbir-laf taşıyan kişi olarak algılayabilmektedir. Bu nedenle avukatlardan; 'müvekkillerini uzman ile yapacakları görüşmenin mesleki etik ve gizlilik ilkesi çerçevesinde yapılacağı, uzmana güvenmeleri gerektiği ve kendilerine objektif yaklaşılacağı konusunda' bilgilendirmeleri yönündeki isteğimizi de burada yeri gelmişken ifade etmek isterim.

Eşler ile birlikte görüşme;

Eşlerin birlikte görüşmeyi kabul etmeleri gerekmektedir. Görüşmelerin her aşamasında duygu ve düşüncelerin anlatılmasını sağlamak gerekmektedir demiştik. İşte bireysel görüşmedeki gibi birlikte görüşme sırasında da eşlerin kendini, ilişkisini ve evlilik birliğini gözden geçirmesi, fark etmesi tekrar ele alınmış oluyor. Birlikte görüşme tarafların duygu ve düşüncelerini birbirlerine karşı ifade etmesi için uygun bir ortamdır ve bu ortamın değerlendirilmesi, amacına uygun kullanılması önemlidir.

Eşler birbirine değişmesini istediği noktaları, beklentilerini, planlarını, duygu ve düşüncelerini ifade etmektedir. İfadelerinin altındaki anlamı ve gerçekten ne söylediğini bulmak ve tüm bunları eşlerin birbirlerinden duymasını sağlamak önem taşımaktadır. Çünkü çatışmada kişinin kendi doğrusu vardır ve diğer kişi bunu açıklanan şekliyle anlayabilmiş midir, bakmamız gereken nokta budur.

Birlikte görüşmede eşler, evlilik birliği içerisinde kurdukları ilişki biçimlerini ve içinde buldukları boşanma sürecinin hangi sürecinde olduklarını ortaya koymaktadır. Aralarındaki iletişim sorununun varlığı ve anlaşmazlığın şiddetli olması halinde ve eşlerden birinin dominant olması gibi durumlarda görüşme kilitlenebilekte, iki tarafın birbirini kabul edebileceği noktaya gelebilmek zaman almakta, birden fazla görüşme yapılması gerekebilmektedir. Bu nedenle görüşmelerin; tarafların istekleri de göz önünde bulundurularak, uzman tarafından belirlenen yeterli sayı ve sürede olması önem taşımaktadır Dolayısı ile bir uzmanın değerlendirebileceği dosya sayısı sınırlıdır.

Gizlilik;

Uzmanlar eşlerle, mesleki sorumluluklarını göz ardı etmeden, eşlerin ve çocukların gereksinimlerini esas alarak, onlara zarar vermekten kaçınarak, saygı, güven, gizlilik ve özel hayatın korunması, elde edilen bilgilerin sorumlu bir biçimde kullanılması temeline dayalı ilişkiler kurar ve sürdürür. Elde ettiği bilgilerin gizliliğini mesleki zorunluluklar hariç saklamak zorundadır. Her durumda elde ettiği gizli bilgiyi, istenen amaca ulaşmak için gerekli olduğu ölçüde açıklamalı, sadece açıklama yapılması gereken konu ile doğrudan ilgili bilgiyi vermelidir.

Burada gizlilikle ilgili mesleki etik ilkelerimizden birkaçından bahsetmek isterim;

- Psikolog, çalışması boyunca hizmet verdiği kişi ve kurumlardan edindiği bilgileri gizli tutmakla yükümlüdür.
- Psikolog görüşme yaptığı kişiye gizlilikle ilgili sınırları belirtir. Psikolojik faaliyetler sonucunda toplanan bilgilerin ileride ne şekilde kullanılabileceğini bildirir.
- Gizliliğin sınırları, koşulların uygun ya da olası olmadığı durumlar dışında mesleki ilişkinin başında açıklar.

- Psikolog, elde ettiği gizli tutulması gereken bilgileri, gerekirse; isim ve ayrıntıları saklı tutarak, sadece bilimsel ya da profesyonel amaçlar için profesyonel kişilerle paylaşır, hizmet verdiği kişilerle mesleki ilişki içinde elde ettiği özel bilgileri medyaya açıklamaz, kendisinden psikoterapi hizmeti alan kişilerin medyada teşhir edilmesine göz yummaz. Psikolog, yazılı ve sözlü raporda, süpervizyon sırasında ve konsültasyonlarda sadece iletişimin amacına uygun ve gerekli bilgiyi vermekle yetinir.
- Psikolog kişiye özgü özel bilgileri, o kişi ya da kurumun ya da velayet sahibinin iznini aldıktan sonra ilgili yetkililere verebilir.
- Gizlilik ilkesi, sadece kişinin kendine, psikologa ve diğer insanlara yönelik bir zarar vermiş ve/veya verecek olma durumu söz konusu ise ve 18 yaş altı çocuk veya ergen olduğu, cezai ehliyeti olmayan yaşlı veya özürlü olduğu her türlü kötüye kullanım durumlarında göz ardı edilebilir.

Görüşmelerde neyi aramaktayız, yani yargıç bizden neyi tespit etmemizi istemektedir?

Aile mahkemesi uzmanının görevi uzlaştırmak mıdır?

İletişimin amacı uzlaşmak değil, anlamaktır. Uzlaşmak aynı noktada anlaşmaktır ve bazen uzlaşma çatışmadan daha zarar verici de olabilir. Eşler arasındaki en büyük sorunun uzlaşamadıklarını kabul etmek olduğunu görüyoruz. Anlaşmak için, hem koşulları hem de karşı tarafı anlamak gerekir. Anlaşamadıkları nokta nedir? Birbirlerini anlamakta güçlük çekmektedirler. Örneğin kadın erkeğin onun için yaptıklarını görmezden gelip yapmadıklarından yakınır erkek ise yaptıklarının takdir edilmediğini görerek sevilmediğini düşünür. Kadın onun davranışlarını düzelterek sanki çocukmuş gibi neler yapması gerektiğini söyler, erkek beğenilmediği için sevilmediğini düşünür. İnsanlar içgüdüsel olarak hep kendi istediklerini verdikleri için, aşk sık sık yetersiz kalabilir. Kadının ihtiyaçları sevgi, ilgi görmek, anlaşılma vb. olduğundan erkeğine de otomatik olarak bolca ilgi ve anlayış gösterir. Erkek açısından bu ilgi, sanki eşi ona güvenmiyormuş izlenimini verir. Onun temel gereksinmesi ilgi değil, güvendir. Erkek ilgisine olumlu tepki vermeyince kadın verdiği desteği neden onun takdir etmediğini

merak eder. Erkek de doğal olarak kendi türünde sevgi vermektedir, oysa kadının ihtiyaç duyduğu bu değildir. Kadınlar dinlenilmediği, erkeklerse kadının bu çabalarını kendisini değiştirmek istendiği şeklinde algılıyor. Değişim korkutucu olduğu için de diyor ki, "beni değiştiremezsin". Böylece eşler birbirinin gereksinmelerini karşılamakta yetersiz bir kısır döngü içerisine sıkışıp kalabilmektedir. Erkek ve kadının farklı olması korkutmamalı, bu farkla büyümeyi öğrenmeliyiz. Farklı olmak eşit olmamıza aykırı değil.

İletişim sürecinde bir mesajın ardından hangi mesajın geldiği önemlidir. Örneğin bir anlaşmazlık sırasında erkek "karım dırıldır ediyor, söyleniyor, ben de kulaklarımı tıkayıp bir köşeye çekiliyorum ve gazetemi okuyorum". Kadın ise durumu "kocam beni hiç dinlemiyor, sorunlarla ilgilenmiyor, kayıtsız bir şekilde gazetesini okuyor, ben de onunla konuşabilmek için durmadan söylenmek zorunda kalıyorum" şeklinde açıklamaktadır. Bu örnekte erkek de kadın da kendi davranışlarını ve yaşadıkları çatışmalı durumu bir neden-sonuç ilişkisi çerçevesinde yorumlayarak "bunlara sen neden oluyorsun" mesajını vermekteler.

Uzlaşma çabalarına, her iki taraf/eş kendisi için en iyi sonucu almak için başlar ama egemen anlaşma ve uzlaşma stratejisi, karşı tarafın üzerinden buldozer gibi geçmektir. Tüm stratejiler rakibi köşeye sıkıştırıp onu kayıtsız şartsız teslim almak üzerine kurulur. Bir konuda anlaşmak için yapılan uzlaşma görüşmelerinde bizim için ideal sonuç masaya oturup tüm isteklerimizi karşı tarafa dikte ettirmektir diye düşünülmektedir. Çünkü uzlaşma, yenilgi hatta teslimiyet gibi gelir. Eşler uzlaşmak için bir ödün verdiğinde, arkasından yeni ödün isteklerinin geleceğini, 'elimi verdiğim kolumu kaptracağım' diye düşündüklerini görmekteyiz. Oysa uzlaşma eşitlerin diyalogu ile gerçekleşir. Karşı tarafın kişiliğine ve haklarına saygı duymadan uzlaşmak zordur. Karşısındaki kişinin en az kendisi kadar saygıdeğer ve akıllı olduğunu kabul etmeyen kişi uzlaşamaz. Kırıp sonra sarma yöntemi ile ulaşılan geçici çözümler ve uzlaşmalar ancak kısa bir süre yararlı olur. Bir süre sonra sorun, daha ağırlaşmış olarak tekrar gündemin ilk sırasına oturur. Gerçek uzlaşmalar, tüm çelişkiler ortaya konduktan ve sorun her yönüyle tartışıldıktan sonra ortaya çıkabilir.

Görüşme sırasında işe bitmemiş duygular, yargılar ve önyargılar da karışabilir. Zafer duygusuna duyulan açlık ve kısmi başarıların ver-

diği sarhoşluk duygusu, uzlaşma masasını tezlerin ve görüşlerin değil kişiliklerin çarpıştığı bir arenaya dönüştürebilir. Uzlaşma sürecindeki bu psikolojik dalgalanmaların pozitif bir şekilde yönetilmesi anlaşmaya varılmasına katkıda bulunur. Geçmişin çelişkilerini ve kinlerini bir tarafa bırakıp, kendi ve çocuğunun yararı için uzlaşmak, geleceğe yönelik bir zihniyetle mümkün olur.

Birlikte görüşme bölümünde; ‘eşler birbirine değişmesini istediği noktaları, beklentilerini, planlarını, duygu ve düşüncelerini ifade etmektedir, ifadelerinin altındaki anlamı ve gerçekten ne söylediğini bulmak ve tüm bunları eşlerin birbirlerinden duymasını sağlamak önem taşımaktadır, çünkü çatışmada kişinin kendi doğrusu vardır ve diğer kişi bunu açıklanan şekliyle anlayabilmiş midir, bakmamız gereken nokta budur.’” demiştim... İşte uzman, eşlerin kendi ve diğerleri hakkında düşündüğu/hissettiği/gördüğu şeyleri uygun ifade biçimleri ile açıklayabilmesini sağlamaktadır. Eşlerin bireyselliğe saygının var olduğu bir bütün içinde; kararlarını güç yerine birbirini anlama ve aralarında anlaşma sağlayarak gerçekleştirmeye çalışmasını sağlamak, birbirlerini dinlemeleri, anlamaları, görüşlerine saygı duymaları ve hatta bu doğrultuda boşanma kararı almaları da uzlaşmadır...Bu doğrultuda, evet aile mahkemesi uzmanlarının bir görevi de uzlaştırmaktır.

Uzmanlar, eşlerin evlilik birlikteliğinin bitip bitmediğini mi belirlemeye çalışıyor...

Uzmanın görevi ve amacı görüşme ve rapor sürecinde eşlerin kusur oranını ve hatasını belirlemek değildir. Genel anlamda uzman, eşlerin evlilik sürecinde;

- Yaşadıkları olay, sorun ve çatışmalar ile boşanmak isteme veya istememe sebeplerini ortaya koyar, bu konularda eşlere “farkındalık” kazandırma, tarafsız ve önyargılardan uzak bir ortamda ilişkilerini değerlendirme imkanı sunarak bunlara ilişkin değerlendirme yapar.
- Birbirini tamamlamalarında ve bütünleşmelerinde uyum/uyumsuzluk yaşayıp yaşamadıklarına, yani karı koca arasında iletişimi ve/veya iletişim bozukluğuna, birbirlerini anlamalarının, dinlemelerinin engellenip engellenmediğine, bu durumun aralarında

gerekli olan eşduyumu, esnekliği, hoşgörüyü, özveriyi ortadan kaldırıp kaldırmadığına, evliliğe uyumu sağlayan davranışların oluşmasını zorlaştırıp zorlaştırmadığına ve

- Birbirleri tarafından beğenilme, desteklenme, ödüllendirilme, sevilme, önemsenme, güvenme, onurlandırma, evlilik birliğinden beklentisine yanıt alıp alamama durumuna, yani beklentilerinin örtüşüp örtüşmediğine bakar.
- Birbirlerine olan sevgisi mi bitti? Yoksa birbirlerine kızgınlar mı?
- Tüm olasılıklar tükenmiş midir? Denenmiş midir?
- Eşlerin ihtiyacına göre eşlere alternatifler gösterebilir fakat kararı eşlere bırakır.

Sık sorulan sorulardan biri hangi taraf terk ediyor. Bunu tespit etmek o kadar kolay ve çabuk olmuyor. Eşlerden hangisinin duygusal, bedensel ve yasal ayrılığa çanak tuttuğunu ölçmek zor. Tartışmalar sona erip, gözyaşları kuruyunca bazen taraflar kendileri bile kimin kimi terk ettiğini bilemeyebiliyor.

Eşler uzmanın karşısına geldiğinde hangi noktadadır...

Birbirlerine olan sevgisi mi bitti? Yoksa birbirlerine kızgınlar mı?

Başlangıçlar, farkındalıkların en taze, en dokunaklı ve en önyargısız olduğu durumlar olduğu için başlangıç aşaması büyük önem taşımaktadır. Her kişi farklı ve özgün bir başlangıç yapar. Varoluşsal bir karşılaşmanın reçetesi olamayacağı ve kişinin fenomenolojisine saygı duymak her şeyden önemli olduğu için en anlamlı başlangıç noktası, kişinin bulunduğu noktadır. Altta yatan anlam ne olursa olsun kişiye ait tüm yaşantılar "gerçek"tir.

Kişinin yaşamında bilgi verebileceği ne kadar zengin veri olursa olsun, kişinin gerçeği, o anda farkında olduğu kadardır ve bu nedenle "farkındalık" her şeydir ve kişinin bilinç akışı içindeki yaşantılarını nasıl organize ettiği, anlamlandırdığı ve yorumladığının araştırılması önemlidir. Uzman bu nedenle kişinin mümkün olan tüm bilgi aktarımını vermesini sağlamaya çalışır. Kişi, farkındalığı ölçüsünde seçim yapma ve değiştirme özgürlüğünü yakalayabilir ve farkındalığı ölçüsünde yaşantısal sorumluluk ve karar alabilir.

Baş ağrısı denildiğinde bunun ne demek olduğunu hepimiz biliriz, ama hiç birimizin baş ağrısı birbirine benzemez. Bu nedenle ilacı ya da çaresi de kişiden kişiye değişir. Depresyon, panik atak, sosyal fobi gibi günümüzde popüler olmuş tanılar da bizlerde, bazı psikolojik sorunların herkes tarafından aynı şekilde yaşandığı ve çözümlerinin de aynı olduğu izlenimini yaratabilmektedir. Bu yanılğı, en çabuk ve hazır çözümler beklemeye yol açabilmektedir. Oysa yaşadığımız deneyimlerin belli isimleri olsa da onu yaşayış biçiminiz sadece kişiye özeldir ve yalnızca sorunları değil, kişisel tarihi, yılların ürünü olan kişiliği de bunlar çok değerlidir. Başlangıçta bir süre çözüm üzerinde değil, anlama, tanımlama ve farkındalık uyandırma üzerinde çalışılır. Farkındalık, puslu bir görüntünün netleşmesi, loş bir köşenin gün ışığına çıkması gibidir. Değişimi (gelişimi) bir dalgaya benzetirsek, her farkındalık bu dalganın içindeki bir su damlasıdır. Tek başına yetersiz, ama çok değerli.. O damla olmadan o dalga oluşmayacaktır...Uzman aracılığı ile eşlerin farkındalığının arttırılması sürecini yargılama sürecinin akışını kolaylaştırıcı ve netleştirici rolünü göz ardı etmek mümkün değildir...

Yargılama sürecinde eşlerin inanç sisteminde değişimler olmuştur. Güvensizlik, kızgınlık, öfke, haksızlığa uğramışlık gibi duygular çoğunlukla uç sözcükler, bitmemiş duygular ile ifade edilmektedir. Ve en önemlisi 'önleyebilirdim, önleyemedim' gibi kendini suçlama yolu ile ve kendini dış dünyaya doğru yönelteceğine kendine yöneltebiliyor...Ya da örneğin kocası aldattığı zaman kocasına değil aldattığı kadına yöneliyor, bir şekilde hedefini şaşırabiliyor.

Kişinin bilinçsel düzeyini mutlaka hesaplamamız gerekiyor yani kişi hangi noktadadır? İçinde bulunduğu durumu, duygularını yakalamak önemlidir. Bu aşamada empati, yani onun gözünden bakabilme en önemli koşuldur. Hikayenin onun gözünden nasıl yaşandığını, nasıl algılandığını anlayabilmektir. Diğer bir koşul ise olumlu kabul. Olumlu kabul demek onu onaylamak, onunla aynı fikirde, aynı görüşte olmak anlamına gelmemekte, yaşadıklarının uzman tarafından kabul edildiğini kişiye göstermektir. Kişiyi anlaşıldığını hissettirerek, kabul ettiğimizi ona iletmemiz gereklidir. Bu belirleme sırasında; eşlerin uzman tarafından anlaşıldığını hissetmeleri elbette kendilerini iyi hissettirmekte, fakat bunun uzmanı etkileme, kendisinin lehine bir değerlendirme inancı taşımakla ile karıştırdığını görmekteyiz... Uzman

raporunda değerlendirmenin kendi isteği gibi olmaması halinde hayal kırıklığı yaşamakta ve uzmana yönelik kabul edilmez iddialar ileri sürmeye yöneltebilmektedir. Oysaki uzman eşlerin/ tarafların tarafı değildir. Bu nedenle yine avukatlardan; 'müvekkillerini uzmana güven duymaları, kendilerine objektif yaklaşılacağı ve bu nedenle duygu ve düşüncelerini içlerinden geldiği şekilde ifade etmeleri konusunda' bilgilendirmeleri yönündeki isteğimizi tekrarlamak istiyorum.

Uzmanla yapılan görüşmelerle farkındalık düzeyi arttığından, eşler ilişkilerini ve aldığı kararı yeniden gözden geçirme olanağı bulmaktadır. Dolayısı ile eşlerin şikayetleri, boşanma/boşanmama sebepleri ayrıntılandırılıyor. Eşlerin genel şikayetlerinden bazıları; ilgi, destek, anlayış görmemek, dayanışma içinde olmamak, olamamak, sevgi, sevinç ve mutluluğu paylaşamamak, bütünleşme gereksiniminin karşılanmaması, davranışlarını dengeleyip, düzenleyememeye bağlı tartışmalar, anlaşamama, birbirini eleştirme, iletişim kuramama, güven duyulmayan eş, doyumsuzluk, mutsuzluk, birlikte geçirilen zamanın giderek azalması. En önemlisi kısır bir döngü şeklinde süre giden etkileşim örüntülerine hapis olduklarını bu süreci uzun süreli ve sürekli yinelenerek yaşadıklarını görüyoruz.

Çocuğum var, tüm bunları onun için yapıyorum...

Güzel bir ilişki kurmak zordur. Ama güzel bir ilişkiyi korumak çok daha zordur. Çünkü ilişkiler de tıpkı insanlar gibi zaman içinde bir kimlik kazanırlar ve kendi öykülerini yaratırlar. İşte bu yüzden bazen, ilişkilerimiz istemediğimiz şekilde gittiği halde, birşey yapamadığımızı, kontrolün elimizden kaçtığını ve çaresiz kaldığımızı hissedebiliriz. Çoğu zaman, ilişkideki herkes tek başına "yeterince iyi" olmasına karşın, ilişki "yeterince iyi" olamamaktadır. Tıpkı, dünyanın en iyi müzisyenlerinden oluşan bir orkestranın, dünyanın en iyi orkestrası olamaması gibi. "Bütün", kendisini oluşturan parçaların toplamı değildir. O artık başka birşeye dönüşmüştür..Bu yaklaşım doğrultusunda, kişiler değil, ilişkiler üzerinde çalışılmaktadır. Amaç, suçlu aramak ve onu yargılamak değil, birlikte pişirilen tatsız bir yemeğin, hangi aşamalarda, hangi malzemelerle, nasıl tatsızlaştığını elbirliğiyle keşfetmektir. İyi olmayan kişiler değil, yemekdir.. Belki yeniden ve daha farklı pişirilirse, istenilen lezzete ulaşılacaktır.

Evlilik birliğinin kurulması ile, çocuğun dünyaya gelmesi ile ilişkilerde yeniden düzenlenme olduğu gibi, boşanma sonrası yaşamda ve çocuğun velayeti konusunda da eşler arasında 'yeniden düzenlenme' yapılmaktadır. Bu düzenleme bilinçli veya bilinçsizde yapılsa kaçınılmazdır.

Uzman çocuğun velayet hakkının ebeveynlerden kime ait olmasının daha uygun olacağını tespit etmeye çalışılmaktadır. Bu durumda da yine anne baba ve çocuk ile ayrı ayrı ve birlikte görüşme yapılmaktadır. Tarafların kendi imkanlarına göre çocuğunun beden, ruh ve ahlak gelişimini sağlamaya çalışmaları, yetiştirilmeleri, bakımı ve eğitimleri konusunda çocuğun menfaatini, yüksek yararını göz önünde bulundurup bulundurmadıkları, ihmalkar davranıp davranmadıkları, gereken özen ve çabayı sarf edip etmedikleri, sorumluluk ve yükümlülüklerini yerine getirmeye, onun menfaatini korumaya ve gelişimin tehlikeye düşmemesi için çaba göstermeye çalışıp çalışmadığı konusu üzerinde durulmaktadır. Uzmanın anne ve baba ile birlikte görüşme yapması önemlidir.

Çocuk için en ideal olanı her iki ebeveynin de çocukla ilgili kararlara aktif katılması, çocuğun sınırlama olmaksızın istediği kadar her iki ebeveyni de görebilmesidir. Boşanma sonrasında ebeveynlerin sık olarak çocuk bakımı ve görüşmeler konusunda çatıştıkların görmekteyiz. Çatışmaları çocuk üzerinden devam ettirerek birbirlerini cezalandırma, öfkelerini aktarma yolu olarak çocuğu kullanma ortaya çıkabilmektedir.

Velayet hakkı kendisinde olmayan ebeveynin çocuğu ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesi sırasında da ebeveynlerin yeniden düzenlenme yapmaları gerekmektedir. Bu konuda uzmanın anne babaya uygun alternatifler seçenekler sunması önem taşıyor. Bu noktada anne ve babanın çocuğunun 18 yaşına kadar süreci kapsayarak göz önünde bulundurmadıkları, yani kısa zamanlı değerlendirdikleri, ebeveynlerin birbirlerine güvenmedikleri, tek taraflı olarak kendi istedikleri gibi yönlendirici oldukları, denetledikleri, birbirlerinin haklarına saygı duymadıkları gözlenmektedir. Ayrıca; içinde buldukları süreç hakkında çocukları bilgilendirmenin ihmal edilen en önemli nokta olduğunu, çocuğu nasıl etkilediğinin farkında olamadıkları, çocuğu taraf tutmak zorunda bıraktıkları, birbirlerine karşı hissettikleri kabul edilmez ve bitmemiş duyguları nedeni ile anlaşmakta zorlandıkları, çocuklarını kullandıkları sık olarak karşılaştığımız bir tablodur ve bu nedenle ilişkilerinin düzenlenmesinde profesyonel yardım almaları gerektiğini gözlemlemekteyiz.

Velayet hakkı kendisinde olmayan ebeveynin çocuğu ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesi sırasında; en önemli kriz; ebeveynlerin birbirine olan güvensizlikleri ve en önemli nokta ise; çocuğun ebeveynlerine duymak istediği güvendir. Bu nedenle çocuğun hangi günler görüşüleceği belirlenmeli, çocuk bu zamanı bilmeli ve aksatmadan görüşmesi sağlamaya çalışılmalıdır. Çocuğa 'birbirlerini terk ediyorlar, beni de terk ediyorlar' endişesi yaşatılmamalı, nerede kalacağı ve hangi okula gideceği gibi konularda kararı çocuğun görüşü göz önünde bulundurularak ebeveynler vermeli, okulu, evi, odası yaşam şartları olabildiğince az değiştirilmelidir.

Kişisel ilişkisinin düzenlenmesinden sonra velayet hakkı kendisinde olmayan ebeveynin çocuğu ile kişisel ilişkisinin kurulması sırasında anlaşmazlık yaşanması halinde; aile mahkemesi uzmanı, gerek aile mahkemesi gerekse icra müdürlükleri tarafından İcra ve İflas Yasası'nın 25/b maddesine dayanarak çağrılır. Uzmanın, mahkeme kararı, taraflar veya vekilleri tarafından sözlü olarak çağrılması halinde engellerle karşılaşmaktadır. Adli sistemde, adliye dışı incelemelerde ücret, yer ve zaman düzenlenmesi, araç temini planlandığı gibi "çocuk teslimi" nin de diğer adliye dışı uygulamalardan sayılarak, aynı biçimde önceden düzenlenmesi gerekmektedir.

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün 30/01/2006 gün ve 115 sayılı Çocuk Tesliminde Uzman Bulundurulması Ve Ücret Taktiri Hakkında Genelgesi ile; İcra ve İflâs Kanunu'nun 25/b maddesinde sayılan kişilerin, sahip oldukları bilgi ve tecrübeyi kullanarak icra müdürüne yardımcı oldukları ve bu iş için emek ve zaman harcadıkları göz önüne alınmak suretiyle bu kişilerin çocuğun teslim edileceği mahalle gelmeleri için yaptıkları masraflar ile harcadıkları emek ve zamanın karşılığının, icra masrafları cümlesinden, makul ve kabul edilebilir bir ücret takdir edilerek karşılanması belirtilmiştir.

Evlilik kadar eski olan boşanma, toplumların tarihsel gelişimine göre değişen özellikler gösterir. Birçok eski toplumda erkek çocuğun dünyaya gelmesi evliliği kalıcı kılardı. Kadının kısırlığı ise erkek için haklı bir boşanma nedeni sayılırdı. İlkel bir yaşam süren Pueblo yerli kabilelerinde kadın, kocasının ayakkabılarını evin eşiğine bıraktığında onu boşanmış sayılır. Bizde ise boşanma süreci artık aile mahkemelerinden geçiyor. 2003 yılından sonra hukuk mahkemelerinde yer alan uzman kavramını ve uzmanların görevlerini özetlemeye çalıştım. Teşekkür ederim.

ŞİDDET VE ADALETE ERİŞİM

Aydeniz ALİSBAH TUSKAN*

Dayatmayı sağlamak amacıyla, saldırganlıkla ilgili bir olgu olan şiddet fiziksel, düşünsel, kültürel, duygusal, ekonomik ve cinsel olabilir. Toplumda genellikle kadınlara, çocuklara ve yaşlılara yöneltilir.

Şiddete uğrayan için bu durum haksız ve zarar vericidir. Ancak bazen uygulayan için kendi açısından meşru görülebilir. Erkeğin bazı davranışları mesela baskıcı olanları aile içinde ve dışında cinsiyetçi davranış toplum tarafından meşrulaştırılmıştır.

Şiddet zaman, kültür ve topluma göre değişkenlik arz etmektedir.

Kadına yönelik şiddetin yaygın olması eşitsiz anlayış ve ayrımcılık ruhu taşımakta ve kadına ikincil varlık olarak bakma, aşağılama, güç gösterme, zarar verme ve denetleme amacıyla yapıldığını ortaya çıkarmaktadır. Bu durum ideolojiktir. Ataerkil ve cinsiyetçi anlayış bu ideolojiyi yaygınlaştırmıştır. Asıl belirleyici olan şiddette etkisi olan olguda kültür ve toplumsal yapıdır. Bu etken tarihsel süreçte değişkenlik arz edebilir.

Kadının kimliği ve namusu başkasına bağlıdır. Örneğin evlenmeden önce babasına sonra kocasına ait bir mal olarak değerlendirilmekte ve bu şekilde aşağılanmaktadır. Kadın giyinirken, bir yere giderken, çalışma yaşamına katılırken genelde erkekler karar verir.

Şiddet bireyseldir. Psikolojik yapı yanında sosyal faktörler temel alma özelliği arz eder. Stres, saldırganlık, aile içindeki huzursuzluk, alkol bu olguyu doğuran sebeplerdendir. Geleneksel rolde burada önemlidir. Ebeveynler ise çocuklarla ilişki kurma yöntemi olarak şiddeti benimseyebilirler. Özgüven eksikliği bağımlı kişilik, depresyon, sorumluluktan kaçma gibi sebeplerle çocuklara şiddet uygulanmaktadır. Bu konuda uluslararası boyutta 1946 yılında BM'de Kadının Sta-

* Avukat, İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Üyesi

tüsü Komisyonu kurulmuştur. 4. 9. 1992 'de Viyana' da BM Ekonomik ve Sosyal Konsey Kadına Yönelik Şiddetin Yok Edilmesi Bildirisi'ni yayınladı.¹ Bu tanıma göre;

- 1- Fiziksel şiddet daha çok bedene yönelik acı ve korku yaşatan davranışlardır.
- 2- Psikososyal şiddet bağırıp hakaret etmek, evden çıkmaya izin vermemek, tehdit etmek, evden kovmak şeklindedir.
- 3- Cinsel şiddet vücuduna aklına güç gösterisi olarak cinselliği kullanılarak yapılan haksız hareketlerdir. Tecavüz, istemediği cinsel davranışlarda bulunmak vs.
- 4- Ekonomik şiddet; çalışmaya izin vermeyen, satın alma hakkını engelleyen, iş yaşamına engel olan vs. davranışlardır.

Şiddet uygulanan kişi açısından bakıldığında kaygı, depresyon intihar, eziklik, yaralama suçu vs. gibi rastlanan sonuçları vardır.

Aile sevgi, güven, şefkat ve düzen gibi kavramları kapsar. 1975 -1985 yılları Dünya Kadın Yılı kabul edilmiştir. Temmuz 1985 Nairobi'de Dünya Kadınlar Konferansı'nda her ülkede değişik boyutlarda şiddet olduğu ve bunun önlenmesi gereği vurgulandı. Her toplumda şiddet konularını takip edecek ulusal bir mahkemenin oluşturulması gereği konuşuldu. 1975'te yine suçun önlenmesi ve suçlulara karşı davranış BM 5. Kongresinde tecavüzün büyük ölçüde gizli bir suç olduğu ve arttığı tespiti yapılmıştır.

1985'te BM'de Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi kabul edilerek CEDAW Komitesi 8. Oturumunda her türlü şiddete karşı önlem alınması gereği vurgulanmıştır.

Şiddetle ilgili ulusal stratejiler şunlardır:

- 1- Koruma emri
 14. 1. 1998'de kabul edilen 4320 sayılı Ailenin Korunması Hakkında Kanun Şiddet gören haricinde şiddete uğrayan veya bunu duyan veya bilen bir kişinin mahkemeye müracaatı
- 2- Özel kadın polis merkezleri

¹ "Kadınlara yönelik şiddete karşı bildirge"

3- Aile içi şiddete müdahale (DAIP) eğitim programları

4- Ayrıca kadın konukevleri projeleri

Avrupa’da kadına karşı şiddeti önlemeye yönelik özel bir düzenleme olmamakla beraber Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan “işkence yasağı, insanlık dışı ve kötü muamele yasağı gibi” kuralardan hareketle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin BM Kadınlara Karşı Şiddetin Önlenmesine İlişkin Bildirgedeki ilkelerle ve kurallarla örtüşen kararları olduğunu görüyoruz.

Avrupa Birliği’nde çıkarılan son yönergelerde de “iş yerinde cinsel taciz”in erkek ve kadına eşit davranma ilkesine aykırı düştüğü bu nedenle önlenmesi gerektiği ve bu gibi ayrımcılığın engellenmesi gündeme getirilmiştir. Diğer Avrupa ülkelerinde olduğu gibi yeni İş Kanunumuzda konuyla ilgili maddeler konulmuştur.

Bütün bu uluslararası belgelerden kadınların;

- Aile içi şiddete uğradıkları (dayak, hakaret, cinsel istismar, evlilik içi tecavüz vs.)
- Toplum tarafından şiddete uğradıkları (iş yerinde, eğitim kurumlarında, sokakta, cinsel taciz, sindirme, kadın ticareti, fahişeliğe zorlama vs.)
- Devlet kaynaklı, devletin işlediği ya da göz yumduğu şiddet olduğu (işkence, göz altında ve silahlı çatışmalarda tecavüz vs.) saptanmıştır.

Tüm bu açıklamalardan sonra aile içinde kadınlar yaygın şekilde şiddete uğramaktadırlar. Aile içi şiddetin mağdurları kadınlar ve çocuklar olmaktadır. En çok aile içi şiddet uygulayanların aile bireylerine sevgi ve saygı göstermesi gereken erkekler olduğu görülüyor. (Baba, ağabey, eş gibi) ²

Anayasamızda yer aldığı gibi “aile toplumun temelidir ve devletin korunma ile ilgili gerekli tedbirleri alması gereklidir. Ekonomik özgürlükten yoksun olan kadın genelde, çoğunlukla şikayette bulunmamaktadır.

² Moroğlu Nazan Uluslararası Belgelerde Kadın Erkek Eşitliği 2005 Baskısı İstanbul Barosu Yayınları

Kadına yönelik şiddet insan hakları ihlalidir. Devlet konuyla ilgili yasalar çıkarmasına rağmen koruyucu, gerekli teşkilatı halen kuramamıştır. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumunun yaptırdığı bir araştırma sonucuna göre ailelerin % 39'da fiziksel şiddet % 53'ünde sözlü şiddetin uygulandığı açıklanmıştır. 14 Ocak 1998 tarihinde bu gelişmeler iç hukukumuzda yansıtılmış olup "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun" kabul edilmiş 26. 04. 2007 tarih, 5636 sayılı yasa ile de değişiklikler ve eklemeler yapılmıştır.

Yasanın getirdiklerine kısaca değinecek olursak 1. maddede:

"TMK. nunda öngörülen tedbirlerden ayrı olarak, eşlerden birinin veya çocukların veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birinin veya mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kaldığının kendilerinin veya Cumhuriyet başsavcılığının bildirmesi üzerine aile mahkemesi hakimi meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak re'sen aşağıda sayılan tedbirlerden bir veya birkaçına birlikte veya uygun göreceği benzeri başka tedbirlere de hükmedebilir. Koruma kararına uyulmaması halinde genel kolluk kuvvetleri mağdurların şikayet dilekçesi vermesine gerek kalmadan re'sen soruşturma yaparak evrakı en kısa zamanda Cumhuriyet Başsavcılığına intikal ettirir.

Cumhuriyet başsavcılığı koruma kararına uymayan eş veya diğer aile bireyleri hakkında sulh ceza mahkemesinde kamu davası açar.

Fiili başka bir suç oluştursa bile, koruma kararına aykırı davranan eş veya diğer aile bireyleri hakkında ayrıca 3 aydan 6 aya kadar hapis cezasına hükmolunur.

Yasanın gerekçesi ve amacı gereği tedbirlerin acilen verilmesi şarttır.

Başvurudan sonra tanık ya da karşı tarafın dinlenmesine ve delil toplanmasına gerek olmadan mahkemece bu karar verilmelidir.

Yasa çıktıktan sonra 2001 yılında 3207 başvuru varken her yıl bu rakam %100'e yakın bir sayıyla artış göstermiştir. .

İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi ve İstanbul Kadın Kuruluşları Birliği " aile içi şiddete karşı sessiz kalmayın, cesaret sizden destek bizden" kampanyası başlatmıştır. Aile içi şiddette kadının güçlen-

dirilmesinin önemli olduğunu, kadının bir kez polise gittiğinde 2. kez şiddet görme olasılığının azaldığı görülmüştür. Şiddetin önüne geçmek için her türlü eğitim büyük önem taşımaktadır. Kadınlar haklarını bildikleri ve haklarını kullandıkları sürece bu sorunu azaltabiliriz. İstanbul Barosunun ücretsiz danışmanlık hizmeti, sivil toplumla ortak çalışmaları, kadınları bilgilendirme çalışmaları, kadınları ilgilendiren konularda kamuoyu yaratma ve eşitliğin sağlanması için yapılan ortak çalışmalar, yazılı ve görsel medya aracılığıyla yaptığı çalışmalar, bazı olaylarda mağdur kadınların savunmasını ücretsiz üstlenmek, şiddete son kampanyaları ile ilgili broşür ve afiş dağıtımı, sığınma evi konusunda konuyla ilgili yasal düzenlemelerin merkezce yapılması çalışmaları, meslek içi eğitim seminerleri, gibi tüm çalışmalar kadınların adalete başvuruda İstanbul Barosunun rolünü çok güzel açıklamaktadır. Baroya başvuran tüm şiddet mağdurlarına hukuki destek verme çalışmaları devam edecektir.

1995 yılından bu güne kadar İstanbul Barosu Kadın Hakları Komisyonu, 2000 yılından itibaren de Kadın Hakları Uygulama Merkezi olarak bu çalışmalar devam etmiş ancak 2007 döneminde bu iki birim birleştirilerek Kadın Hakları Merkezi olarak bu birim daha güçlendirilmiştir. Şu anda adli yardım bürolarının sayısı arttırılmış olup Çağlayan Adliyesinde de Şiddeti Önleme Bürosu faaliyete geçirilmiştir.

Adli yardım bürosunda görev alan avukat sayısı 3. 392 olup, bu avukatların 1. 527'si Kadın Hakları Merkezi eğitiminden geçmiştir.

Bu güne kadar yapılan çalışmalara örnek olarak aşağıdaki istatistik bilgileri sunabiliriz.

2010-2011 YILI BAŞVURULARI:

- Yüz yüze görüşmede verilen danışmanlık hizmeti: 8507
- Telefonla başvuruda danışmanlık hizmeti: 5000
- Boşanma davası için başvuru 5647, nafaka ve nafaka artırım davaları 1948, 4320 sayılı yasa 693, çocuk teslimi 65
- 2429 kadın ruhsal şiddete, 2092 kadın ekonomik şiddete, 1928 kadın fiziksel şiddete maruz kalmıştır. 2781 kadın eşinden, 127 kadın eşinin ailesinden, 22'si ise kendi ailesinden ve çocuklarından şiddet görmektedir.

- Başvuranların 1567'si ilkokul mezunu, 502'si lise mezunudur. Hiç okula gitmemiş kadın sayısı ise 290'dır. 96 kadınsa üniversite mezunudur.
- Başvuranların 2183'ü meslek sahibi değildir. % 74'ü ev kadını % 19'u işçidir.

Sonuç olarak; devletin üzerine düşeni yapması ve STK' larla koordineli çalışarak şiddete uğrayan kadınların korunması, barındırılması, ekonomik olarak güçlendirilmesi ve istihdamının sağlanması konularında gerekli destek ve güvenceleri vermesi gerektiğini söylüyoruz.

Toplumun bilinçlendirilmesi ve şiddetin önlenmesi için çocuklardan başlayarak, tüm toplumun eğitimi şarttır. Devlet, STK'lar, barolar ve kadın kuruluşları tarafından yasal haklar konusunda bilgilendirme toplantıları artırılmalıdır.

Özellikle erkeklerin eğitilerek şiddet konusunda toplumda farkındalık ve duyarlılık yaratılması sağlanmalıdır.

Bilgilerin görsel ve yazılı medya tarafından yaygınlaştırılması gerekmektedir. Ancak ne yazık ki medya bu konuda son derece duyar-sız davranmakta, özellikle kadın programları kadınların oynatıldığı, anlatıldığı veya evlendirildiği programlar olarak sürdürülmektedir. Kadına yönelik eğitim programları yapılmamakta, kadın hakları anlatılmamaktadır. Bu konuda üzerine çok büyük görev düşen medya konusunda da zorunlu programlar yaptırılması, spotlar, reklamlar ve toplumun tanıdığı kişilerin yer alacağı tanıtımlarla şiddet konu işlenmelidir.

Kanun'un uygulanmasında polis teşkilatının yeterince bilgi sahibi olmadığı, kadının polise müracaatında evine geri gönderildiği ve bu nedenle tekrar şiddet görme olasılığının arttığı tespit edilmiştir. Ayrıca tüm yargı mensuplarının ve özellikle aile mahkemesi hakimlerinin, sağlık kurumlarında çalışan doktor ve diğer sağlık personelinin, adli tıp kurumu çalışanlarının da özellikle şiddet konusunda meslek içi eğitimleri zorunlu olmalıdır. Polis teşkilatına Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü tarafından İç işleri ile ortak bir eğitim programı devam etmektedir. Ayrıca sağlık mensuplarına şiddet konusundaki eğitim devam etmektedir.

Kanunun uygulanmasında en büyük zorluk şiddet mağdurunun barındırılması konusunda yaşanmaktadır. Halen Türkiye genelinde yarısı SHÇEK. 'e bağlı olmak üzere 70 civarında sığınma evi bulunmaktadır.

Belediyeler bir an önce kanunun getirdiği bu yükümlülüğü yerine getirmeli ve sığınma evi açmalıdır. Değilse şiddete uğrayan bireyi barındırmak son derece zor olmaktadır.

İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi olarak herkese sesleniyor ve;

“SESSİZ KALMAYIN

AİLE İÇİ ŞİDDETE KATLANMAYIN” diyoruz.

BENİM ADIM ?????*

Bahar ÜNLÜER ÖZTÜRK**

Ama ben bu kadarını yapamazlar diye düşünmüştüm. Adımı değiştiresem kendimi de değiştirim, Songül hiç bulunamayacak uzak diyarlarda kaybolur gider demiştim.

Her gün arkamı kollamak, göremediğim herşeyden tavşan ürkekliğiyle kaçmak, saklanmak, sürekli bir yürek kalkmasıyla yaşamaktan bıkmıştım artık. Bir kaçak olmak ağırdı bana. Amcamın oğluna değil de komşunun oğlu Hasan'a gönlüm kaydı diye öz be öz anamın, babamın ölmeme istemesinden bile ağırdı bana!!

Hasan da hayırsız çıktı. En doğrusu buymuş! Bizi birbirimize yazmamışlar! Bizim sonumuz yokmuş! Gelmedi benimle. Ama ben kaçtım geldim İstanbullara. İstanbul kocamandı. "İstanbul bir büyük diyar kaybolur gider içinde insanlar"... Böyle bildim ben. Ben de kaybolurum dedim. İstanbul deniz, ben 17 sinde küçük bir ceylan. Bir kum tanesi olurum, kurtulurum dedim.

Ama duydum ki; benim küçücük Osmanım peşimdeymiş. Beni öldürecekmiş. Töre böyle demiş. Oy Osmanım oy... Kucağımda, küçücük yaşımla sana analık, ablalık yaptığım günler geliyor aklıma. Daha dün abla diyerek koşturuyordun ardım sıra. Ne zaman büyüdün?

Adımı değiştireyim dedim. En güzeli Songül ölsün! Kesin çözüm bu! Birileri yol gösterdi, davamı açtım. Adımı Gonca yaptım. Goncaydım şimdi. Sanki insan kendi adını kendi koyarsa, kendi kaderini de kendisi yaparmış gibi. İşlersem nakışımı ince ince, kimse beni bulamazmış gibi. Gonca olunca bütün dertler son bulurmuş gibi...

* Bu hikaye, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi'ne hukuki yardım için başvuran şiddet mağduru kadınların gerçek hikayelerinden derlenerek hazırlanmıştır. Katkıları için İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi Adli Yardım Bürosunda görevli Av. Nurcan Bingöltekin Taş'a teşekkürler.

** Avukat, İstanbul Barosu

Aradan da epey geçmişti. İyiden iyiye Gonca oldum. Mahalledeki ablam da bana bir iki iş buldu. İstanbul'da kadınlar dışarılarda çalışırlarmış, evlerini de başka kadınlar temizlermiş. O kadınlardan oldum. Temizlikçi Gonca! Bir tek Songül'ün memleket havaları çalması televizyonda, radyoda. İşte o zaman durduramıyorum ağlamamı bir türlü. Anam geliyor aklıma...

Sonra bir gün elimde öte beri eve lazım çayım şekerim almış dönerken rastladım ona. Tam da bütün yaşanmışlıklarımı silmek üzereyken üstümden. Tam da Gonca'ya teslim etmişken herşeyi. Küçücüğüm çıkmış gelmiş memleketten. Beni bulmaya hem de! Oy Osmanım, şimdi sana sarılmak vardı. Kokunu çekmek içime memleketimin kokusu, anamın kokusu... Dizime de oturtamam ya seni ... Bir kara yağız delikanlı olmuş benim kardeşim. Arkamı dönüp hemen uzaklaşırken ben, Gonca'yı soruyordu kasap Hilmi'ye anladım. Nerden de öğrenmiş Gonca'yı ?

Ve işte ablalarım burdayım. Emeklerimi, yıllar süren mücadelemi, Gonca'yı, arkamda bıraktım ve geldim. Bu Songül temelli ölsün artık hakketti! Ben izledim gördüm bir filmde. Anlattılar da bana herşeyini. Değiştireyormuş devlet adını, soyadını, babanın adını bile, yetmezse yüzünü bile. Sizler kadınları koruyormuşsunuz, beni de koruyun o zaman! Ne Songül olayım ne Gonca bambaşka biri olayım ben yeniden umudumu verin bana ne olur?

Bir kaçak olmak çok ağır artık bana!

SİSFOS'UN KAYASINI DEVRALAN KADINLARIMIZ

Hale AKGÜN*



*Tüm evrenini yeniden,
Aldığın taşla inşa edeceksin
YERDEN!...*

*Tüm evrenini yeniden,
Attığın taşla inşa edeceksin
YOKTAN!**

Özet: Kadınlar insanlığın en ilkel çağlarında da yaşadıkları topluluklarda iki insan cinsine toplumun farklı yaklaşımı ile karşılaşıyorlar mıydı acaba? Yoksa toplumlar sözde uygarlık aşamasına geçtikten sonra mı bu farklılık ve bundan kaynaklanan mücadeleler ortaya çıkmıştır?

Yunan mitolojisinde, Odissea Destanında Homeros' un en hünerli ölümlüsü Korint kralı Sisifos, tanrılar tarafından büyük bir kayayı dik bir tepenin doruğuna yuvarlayarak çıkarmakla cezalandırılır. Her seferinde tam tepenin doruğuna ulaştığında kaya yeniden aşağıya düşecek, Sisifos aşağı inip kayayı bir daha çıkaracak, tekrar düşecek ve bu sonsuza dek sürecektir.

* Avukat, İstanbul Barosu

** Görsel Kaynak: Oya İnan

Bir kayayı dik bir dağın zirvesine sonsuza kadar çıkarmaya çalışma cezası, bana dünya kadınlarının binlerce yıldır süren hak arama mücadelelerini hatırlatmıştır hep. Kadının binlerce yıldır en temel insan haklarına sahip olma mücadelesinin hala sürmesi ile de yaşadığımız dünya düzeni kadınların sırtına Sisifos'un kayasını yüklemiş, onlar sırtlanıp tepeye çıkarmaya çalıştıkça da kaya geri yuvarlanmaktadır.

Sisifos: Tam tepeye çıkartıldığında sırtımda yaşamın yükü bu taş, hep o bildik tepeyi arşınlayan şu ayaklarım,

*Yalnızlık, aynılık, anlaşılmamıştık ve tüm bunların üstüne farklılığım,
Hades'in cehenneminden beter bu mahkumiyetten nasıl kurtulacağım?*

Kahin: Ey Mutlu Sisifos!

*Nasıl ki güneş vurduğunda açılır Apollon Tapınağı'nın kapıları,
Işık girsin diye kenara çekilen perdeler gibi kurtulacaksın dertlerden,
Genç bir kısrak gibi zincirlenemez iraden,*

Seni ilk defa kendi tepen yerine buraya getiren,

Cevaplar soruda çoktan verilmiştir, bakış aynada çoktan yansımıştır,

Tüm evrenini yeniden,

Aldığın taşla inşa edeceksin

YERDEN!...

Tüm evrenini yeniden,

Attığın taşla inşa edeceksin

YOKTAN! ¹

Fransız yazar ve düşünürü Albert Camus'nün II. Dünya Savaşı ortasında yayımlanan "Sisifos Söyleni" adlı deneme kitabında; Sisifos'un durumuna sonsuza kadar çare bulanamayacağının fakat saçma olarak isimlendirdiği durumu geriletebileceğinin farkındadır. Camus " tepelere doğru tek başına didinmek bile bir insanın yüreğini doldurmaya yeter." diyecektir. Bu boyun eğiş değildir, yenilgiyi kabul etmez

¹ Odissea Destanı; minimalya.blogspot

akıl ve bilinç gücüyle direnir. Ümidini kaybetmeyen, kendi kurtuluşu için çabalayan mücadele ve direniştir.

Kadınlar insanlığın en ilkel çağlarında da yaşadıkları topluluklarda iki insan cinsine toplumun farklı yaklaşımı ile karşılaşıyorlar mıydı acaba? Yoksa toplumlar sözde uygarlık aşamasına geçtikten sonra mı bu farklılık ve bundan kaynaklanan mücadeleler ortaya çıkmıştır?

Şu sözü çok sevmişim; "Kadın doğulmaz, kadın olunur!"². Yeryüzünde insan gelişimi, toplumsal yaşam incelendiğinde görülecektir ki kadının doğasından değil bu itiliş. Tarih boyunca, dinler, boş inançlar, ideolojiler, edebiyatlar yarattıkları kadın imgesiyle, böylesi bir itilişi hazırlayıp durmuşlardır. Cinsler arası farklılık insanın doğası değil, toplumların yarattığı gerçekliklerdir.³

İlkel toplumun temeli toplayıcılık ve avcılıktı. Kadın ve erkek arasında kadının çocuk bakımını da göz önüne alan eşitlikçi bir işbölümü var idi. Üretime eşit katkıda bulunuyorlardı. Aztekler, İnkalar ve özellikle dünyanın varlığını sürdüren en eski insan topluluklarından olan Avusturya yerlileri Aborijinlerden insanın geçmiş yaşam biçimlerini, toplumsal yapıyı görebiliriz. Doğa yasalarına göre yaşayan bu topluluklarda eşitlikçi ve özgürlükçü temelde cinsler arası işbirliğine dayanan toplumsal yaşam söz konusudur.

Aborijinler günümüze kadar uzanan en eski topluluk olarak incelendiğinde, tüm ilk çağ topluluklarında olduğu gibi toplumsal iş bölümünde asıl görevleri toplayıcılık olan kadınların, gündelik gereksinimleri karşılamak üzere erkeklerden daha fazla iş yaptıkları görülmektedir. Ancak kadınlar birer bağımsız üretici olduklarından kendi yaşamları üzerinde yüksek derecede denetime ve temel bir güce sahiptirler ve sınıfsız bir toplumun eşit ferdi konumunun bilincindedir yerli kadın. Kadınların özünde özgür olmadıkları aile yapısı bu nedenle ilkel yerli kabilelere değil uygarlık getirdiğini söyleyen beyazlara ait kabul edilir.⁴

Öyle ki bu ilkel dediğimiz toplulukta çağlar öncesinde günümüzde hala savaşımını verdiği sığınma evlerinin dahi mevcut oldu-

² Tanilli server, Ne Olursa olsun Savaşıyorlar, Alkım Yayınevi 1. Baskı 2006

³ Tanilli server, Ne Olursa olsun Savaşıyorlar, Alkım Yayınevi 1. Baskı 2006

⁴ Coşkun Eser; İnsanın Yaşayan Geçmişi, syf.78 Pera Yayıncılık 3.Basım 2008

ğunu görüyoruz. Bu kadar eşitlikçi toplumda neden sığınma evi var denildiğini duyar gibiyim. Ancak misyonları kadının yüküne destek olmak olan kadın dayanışma birimleridir bunlar. Bizzat kadınlar tarafından tasarlanıp, inşa edilen “Jilimi” adı verilen bu kadın evi veya kadın kulüpleri bekar kızlar, konuk kadınlar, hasta olan, yas tutan ve duygusal desteğe ihtiyacı olan kadınlara konut görevi yaparmış. Bu kadınların çocukları da burada bakılır, evli kadın gündüz konuk evine gelir gece aile evine dönermiş. Tekrar evlenmek istemeyen kadınlar ve eşleri ile oturmak istemeyen evli kadınlar da burada yaşarlarmış. Burası kadınların maddi ve ruhsal dayanışmasının mekanları olup erkekler için tabu olan mekanlardır. Bu kapsamda dünyanın ilk sığınma evleri diyebilmekteyiz ancak anlaşıldığı gibi kapsamı çok daha geniştir.⁵

Bu ilkel (!) dediğimiz toplulukta, ekonomik işbölümünde toplayıcılık görevini üstlenen kadının, sürekli göçebelik hayatı nedeni ile daha özgür hareket etmesi, yaşam düzeylerini yükseltmek, doğayla uyum içinde yaşamak için çok çocuk sahibi olması da tercih edilmeyen bir durum olduğundan çeşitli bitkilerle doğum kontrolü de uygulanmaktadır.

Şaşırmaya devam ediyoruz; akrabalık yasaları da ancak kendi soyları dışındakiler ile evlenmelerini gerektirmektedir. Hatta bu nedenle çocuklara sıkı bir şekilde kendi soy bağları eğitimi verilirmiş⁶. Çocuklar eşitlikçi paylaşımcı, özgür ve mutlu büyütülmüş ta ki uygar(!) beyaz adam gelip; çocukları disiplin altına alma adına sert kontroller, ezberci baskıcı eğitimler uygulanana kadar⁷.

Bu topluluk gençliğin eğitimine de çok önem veriyor ve asıl önemlisi bu konuda kadınların rolünü çok üstün tutuyordu. Öyle ki çocukluktan yetkinlik dönemine ölüm ve yeniden diriliş olarak kabul edilen çok önem verilen bir törenle geçiliyor ve bu törenlerde yaşlı bilge kadınlar; aileler, bireyler, gruplar ve konuklar arasında uyumu sağlıyor. Bu törenlerde hem kız hem erkek çocuklar için bilgi ve fiziksel güç sınanıyor, doğaya, topluma, yasalara, kutsal atalara dair bilgiler aktarılıyordu. Ergin gence bir tartışmada mutlaka fikrini söylemesi gerektiği aksi taktirde kimsenin varlığını fark etmeyeceği biri olacağı da söyle-

⁵ Çoşkun Eser; İnsanın Yaşayan Geçmişi, syf.113 Pera Yayıncılık 3.Basım 2008

⁶ Çoşkun Eser; İnsanın Yaşayan Geçmişi, syf.66 Pera Yayıncılık 3.Basım 2008

⁷ Çoşkun Eser; İnsanın Yaşayan Geçmişi, syf.77-80 Pera Yayıncılık 3.Basım 2008

nerek sorgucu, özgür fikirli, baskılardan uzak, eşitlikçi, paylaşımcı bir genç nesil yetiştiriliyordu. Topluluk yasalarının düzenlenmesi ve uygulanması da bu aşamadan başlayan bilge yerlilerden alınan bilgilerle halka uzanıyordu.⁸

Bu örnekleri çok daha artırabiliriz. Ancak bunların bile yukarıda sorulan sorunun fazlası ile cevabı olduğu kanaatindeyim. Çağlar öncesinden beri erkeğin yaradılıştan fiziksel farklılığı ve fiziksel güç üstünlüğü, kadının bakımını üslenmesi nedeni ile kadının hep ikinci sınıf cins konumunda kaldığı, kalmak zorunda olduğu savının doğru olmadığı ortadadır. Peki ne olmuştur da bu işbirliği eve eşitlik bozulmuştur?

Tarih araştırmacıları, arkeologlar, antropologlar ve etnografya uzmanları yüz yılı aşkın zamandır ataerkillik ve anaerkillik, toplumlarda kadın erkek yaşayış şekillenmesi üzerine çalışmalar yapmaktadırlar. Bir kısım görüş; yetersiz araştırma ve bilgi ile, başlangıçtaki analık temelinin ilkel insanda doğurganlığın önem arz etmesi, babalık kavramının olmamasına bağlamıştır. Soy bağı kavramının farkına varılması ile erkeğin anayı ve çocukları sahiplenme ve anaerkilliğin yerini ataerkilliğe bırakmasına böylece de dinsel ahlakı temele bağlanmıştır. Diğer bir kısım ise; ataerkilliğin yıkıcı toplumsal örgütlenmeden doğduğunu, insanların birbirleri üzerinde hakimiyet kurması esasına dayandığını anaerkillik döneminin ise tersi dönem olmadığını ortaklık modeli olduğunu savunmuşlardır. Bu görüşlerle anaerkillik eski çağlardaki kadın hakimiyeti, ataerkillik ise günümüzdeki erkek hakimiyeti şeklinde birbirinin karşısı hipotezler olarak algılanmaya başlanmıştır. Bunu kadın ve erkek arasında ki biyolojik farklılığın ataerkillik sürecini kaçınılmaz kıldığı tezi takip etmiştir⁹.

Neolitik Çağ'ın orta döneminde gerçekleşen ikinci teknik devrim ile (öküz, su, rüzgarın gücü, saban, rüzgar, yelkenli gemi, su değirmeni vb.) erkek tarım üretiminde kadının yerine geçer. Tarımda teknik keşiflerin fiziksel güç nedeni ile erkekler tarafından kullanılmaya başlaması kadını üretimin dışına itilerek üretileni işlemek üzere evine gönderdi. Erkeklerin üretim katkısının böylece öne geçmesi, oluşan artı-değerin erkeğin üretim alanında olması onun servet sahibi aynı

⁸ Coşkun Eser; İnsanın Yaşayan Geçmişi, syf.73-74 Pera Yayıncılık 3.Basım 2008

⁹ <http://tr.wikipedia.org/wiki/Ataerkillik>

zamanda mülkün sahibi olmasının koşulunu doğurmuştur ve kadın üzerinde ekonomik güç elde etmesini sağlamıştır. Elde edilen bu ekonomik güç kişisel mülkiyetle birlikte babalığa dayalı hukuku getirmiştir (babalık soyu, miras hakkı gibi). Besin artışı nüfusta patlamaya, yerleşik düzene geçmeye yol açar. Kabileler yerine köyler, kasabalar, şehirler kurulur. Sosyal sınıflar doğar, üretim çekişmeleri başlar ve tabi savaşlar. Mal paylaşımını önlemek malı artırmak için ve üretici olarak kadınlar aile içinde tutulur, sahiplenilir. Bu kadınların eve kapanmasının başlamasıdır. Kadınları cinsel ve ailenin hizmetçisi- üreticisi rollerine indirgenen yaşamı böylece başlayacaktır.¹⁰

Doğada hiçbir haksızlık eşitsizlik yoktur, en önemli doğal yasa olan akıl, herkesin birbirinin hayatına, özgürlüğüne ve malına saygılı olmayı emreder. İnsan akılı ile doğanın yasalarına uyduğunda hiçbir zaman gerçekleşmeyecek haksızlıklar, insanların kendi topluluk yasalarını yazılı veya teamülü olarak, doğa yasalarının akıl süzgecinden geçirmeden oluşturmaları ile kadınların sırtına haksızlıklardan oluşan bir kaya yüklenmiştir. Yüzyıllardır süregelen tüm hak arama mücadelelerine rağmen de tepeye çıkarılmaya çalışıldıkça geri yuvarlanan kaya misali en temel insan hakları konusunda dahi elde edilemeyen hakları neticesi savaşımaları bitmemektedir.

27 Ekim 1922 tarihinde Mustafa Kemal Atatürk Bursa'da yaptığı konuşmasının bir yerinde: "Hiçbir mantıki kanıtı dayanmaksızın birtakım geleneklere ve inançlara bağlı kalmakta ısrar eden milletlerin gelişmesi çok güç olur ve belki de hiç gerçekleşmez. Gelişim yolunda bağları koparamayan ve engelleri aşamayan uluslar akla uygun düşen ve gereksemelere ayak uydurabilen bir zihniyetle hayata bakamazlar. Bunlar engin hayat felsefelerine sahip başka milletlerin egemenliği altına girip onların tutsağı olmaktan kurtulamazlar" sözleri ile bireysel ve toplumsal tutsaklığa son vermenin tek yolunun bilim ve akıl olduğunu vurgulamıştır.

Prometheus ilk insanı çamuru gözyaşlarıyla karıştırarak yarattı. Buna aslanın gücünü, tavusun kibrini, tilkinin kurnazlığını, tavşanın ürkekliğini kattı. Fakat insan çıplaktı, kendisini koruyacak hiç bir şeye sahip değildi. Doğduğu günden itibaren acıları, üzüntüleri, ve bitmek

¹⁰ Tanilli Server, Ne Olursa olsun Savaşıyorlar, Alkım Yayınevi 1. Baskı 2006

bilmeyen ihtiyaçları başlıyordu. Biz insanlar eğer, bilgili ve güçlü ve de adaletin yerini bulması için yeterince cesur, merhametli, saygılı ve onurlu, çalışkan ve de dürüst yani erdemli olabilirsek, Prometheus'un çamurdan şekillendirdiği Athena'nın da üfleyerek can verdiği, Titanların kötülük ve çirkinlikleri ile Zagreus'un saflığı, temizliği ve güzelliğinin karışımı çamur olmaktan çıkarak, gerçek insanlar olacağız.

"Hiç bir şey eyleme geçen cahillik kadar korkunç olamaz." Konfüçyus

TOPLUMSAL CİNSİYET TOPLUMDA KADINA BİÇİLEN ROLLER VE ÇÖZÜMLERİ

Aydeniz ALİSBAH TUSKAN*

İnsanların bir biçimde sınıflanarak genel kategoriler oturtulması sonucunda ortaya çıkan kalıplar ya da bir kişi ya da grup hakkında yapılan genellemeler stereotip olarak değerlendirilmektedir.

Konumuzda kadına uygun görülen ve görülmeyen rolleri toplumlara göre değerlendirmek gerekir. Nüfusumuzun yarısını teşkil eden kadınların yasalarda eşitlik olmasına rağmen bu güne kadar çağdaş ve hak eşitliğine dayalı bir statü kazanamamasının en temel sebebi kadının toplumdaki algılanma biçimidir

Toplumda kadın-erkek eşitliği ve o toplumun uygarlık düzeyini belirten en önemli kriter toplumda kadının durumudur. Toplumsal cinsiyet toplumun kadına verdiği görev ve sorumluluklar, toplumda kadının nasıl görüldüğü, algılandığı ve beklentileri ile ilgili bir kavramdır. Toplumsal cinsiyet üzerine yapılan araştırmaların çoğu kadınların erkeklerle kıyaslanması şeklinde yapılmaktadır. Toplumsal cinsiyet kişinin kültürel, toplumsal rolü, ruhsal-içsel tanımlanması ve onların temsil edilmesi anlamında kullanılmaktadır. Cinsiyeti doğa belirlerken toplumsal cinsiyeti kültür belirlemede ve toplumsal cinsiyet kimliği hakkındaki anlayışlar cinsel eğitim ve tutum erken yaşlarda oluşmaktadır.

CEDAW'ın 1. maddesi toplumsal cinsiyette eşitlik sağlanmasını ve ayrımcılık yasağını ortaya koymuştur. Toplumsal cinsiyet ayrımcılığına maruz kalan kadınlar siyasal, yasal, sosyal ve ekonomik haklara sahip olmada, bu haklarını kullanmada toprak ve sermaye gibi kaynaklara sahip olmada eşitsizliklere uğramışlardır.

* Avukat, İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Üyesi

Kadınların erkeklere göre daha güçsüz daha değersiz görülmesi, ayırimcılığa yol açan geleneksel yaklaşımlar, kız çocuklarının eğitime bile ulaşmasını zorlaştırmaktadır. her alanda eşitsizliğe uğrayan kadınlar aile reisliği, malları yönetme, yürütme, iş kurma gibi konularda erkeklerle eşit değildir.

Kadınlar ailede, kayıt dışı sektörlerde, geçici, gündelik, kötü koşullu, ücret karşılığı olmayan şekillerde çalıştırılmaktadır.

Kadın anadır, doğurgandır. Ancak tarih boyunca da kadın bu üstün özelliğine rağmen horlanmış, ezilmiş, sömürülmüştür. Cinsel kimliğinin istismar edilmesiyle birlikte kadın her konuda ezilmiş ve sömürülmüştür. "Kadının yeri evidir anlayışı" nedeniyle kadın istihdamı engellenmekte ve kadın iş gücünün % 71'i kayıt dışına itilmektedir. Kadınların % 85'i genellikle ücretsiz aile işçisi olarak çalışmaktadır. Karar organlarındaki kadın oranları % 7'dir. Hamilelik, doğum, çocuk bakımı vs. durumlardan dolayı kadınların çalışma hayatında üretim kaybına neden olduğu düşünülmektedir. Bu nedenle kadınlar hizmet sektöründe ve kayıt dışı alanlarda çalıştırılmaktadır. Her 4 kadından 3'ü işsizdir. Türkiye'deki kadın istihdamının istatistikleri % 24'lerde seyretmektedir.

Kadınlar toplumsal olarak desteklenmedikleri için güçsüz kaldıklarında annelik rollerini de gereği gibi yerine getiremezler. Kadınlar anneliğin yanı sıra evin idaresinden de sorumludurlar. Ev işleri görülmez işlerdendir ve maddi karşılığı yoktur. Ev kadınlarının sosyal güvencesi olmayıp, geçinmek için eşine bağımlı olması onu geri plana itmektedir.

Kadınların namusu toplumun ve ailenin namusu olarak görülmektedir. Bu nedenle eğitime ve çalışmaya katılmaları, faaliyetlerde bulunmaları engellenir, engellenmediğinde de çok sıkı bir denetim altında tutulur. Töre ve namus gibi gerekçelerle okuyamayan kız çocukları çok küçük yaşlarda evlendirilmekte, bağımsız ve eşit bir yurttaş olarak toplumsal yaşama katılamamakta, eğitimi olmadığı için şiddete uğrama ihtimali de artmaktadır. Çalışmak kadının dünyaya bakışını değiştirmektedir. Bu durumla toplumsal statüsü yükselerek erkeğin arkasında değil yanında onunla eşit olarak topluma katılması sağlanır.

Erkekler hem aile düzeyinde hem de toplum düzeyinde karar verici olarak görülmektedirler.

Toplumların kalkınmasında bireylerin statülerinin yüksek olması önem arz etmektedir. Kadınların toplum içindeki yeri zaman içinde farklılıklar göstermiştir. Üretim sektöründe kadının yer almasının artırılması kadının özgürleşmesi, kadına yapılan ayrımcılığın azaltılması, kalkınmada kadının yerini yükseltmeye çalışmıştır. 1970 yıllarında toplumsal cinsiyet ve kalkınma ortaya çıkan bir yaklaşım olmuştur. Bu yaklaşımla kadının yaşamı ve üretim içinde yeri yeniden ele alınmış, toplumsal cinsiyet etnik yapı ve kalkınma ilişkisinin kadın hayatındaki yerinin önemli olduğu vurgulanmıştır. Dünya ekonomisindeki değişiklikler ve hayat şartlarının ağırlaşması kadının iş yaşamına katılımını gerekli hale getirmiştir.

Ülkenin toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamadaki başarısını ölçerken 3 temel noktaya dikkat etmek gerekir.

- Kadın ve erkeğin yaşama süreleri
- Yetişkin kadın ve erkek okur -yazarlık oranları
- Kadın ve erkeklerin okullaşma oranları

Toplumsal cinsiyet eşitliğini güçlendirme endeksini aşağıdaki durum belirlemektedir.;

- Parlamentodaki kadın oranı
- Karar mekanizmalarındaki kadın oranı
- Mesleki ve teknik işlerde çalışan kadın oranı

Toplumsal cinsiyetle statü arasında ilişki tartışılırken göstergelerde yer alan öğrenim durumu, gelir getiren bir işte çalışma ve siyasi yaşama katılım önemlidir. Kız çocuklarının eğitime ulaşmasındaki zorluklar günümüze kadar devam etmektedir. Türkiye’de 2000 yılında yetişkin okur - yazarlık oranı erkelerde % 95, 7, kadınlarda % 81, 1 ‘dir. Bu durum ülkemizde toplumsal cinsiyet eşitliğine duyarlı olmayan bir eğitim politikası uygulandığını göstermektedir.

Kadınlar meslek yaşamlarında erkek rakipleriyle yarışmalarının yanı sıra kadın rollerini de aksatmamaya çalışmaktadırlar. Kadınların

öncelikle evdeki sorumluluklarının paylaşılması, bakmakla yükümlü olduğu kişiler için bakım olanaklarının sağlanması ve iş yaşamında ayrımcılığın giderilmesi gerekmektedir.

Siyasi yaşama kadının katılımı ülkemizde % 9, 1 oranındadır. Bu oran son derece düşük olduğu gibi dünyanın bir çok ülkesinden önce seçme ve seçilme hakkını elde eden ülkemizde kotanın uygulanmasının bu sorunu belirli sürede çözeceğini düşünüyoruz.

2002 yılında yapılan son Medeni Kanun değişikliğinde evli kadının yasal olarak durumunda değişiklikler yapılmış, erkeğin aile reisiği durumu ortadan kaldırılmıştır. İkametgahı artık 186. maddeye göre eşler birlikte seçerler. Birliği eşler beraberce yönetirler, birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve mal varlıklarıyla katılırlar. 185. maddeye göre de eşler bu birliğin mutluluğunu el birliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler. Birliğin temsili artık eşitlenmiştir.

Tüm bu yasal değişiklikler yapılmış ancak toplumsal eşitlik anlayışı değişmediği için hala kadına yüklenen toplumsal bakış değiştirilememiştir. Bu nedenle bir anlayış değişikliği gerekmektedir.

- Kadınların eğitilmesi
- Sağlık, siyaset ve kamu yaşamına katılmada kadınlara öncelik tanınması
- Kadınların rol ve sorumluluklarına ilişkin olumsuz kalıp ve yargılarla mücadele edilmesi
- Sorumlulukların birlikte paylaşılması
- Aile içinde kararların birlikte alınması
- Hak ve sorumluluklarda eşitlik
- Ailedeki kız ve erkek çocuklarının eşit davranılarak yetiştirilmesi
- Kadınların toplumda görev almasını sağlamak ve desteklemek, istihdamını arttırmak, kadının çalışma hayatıyla iş hayatının örtüşmesini sağlamak
- Kadınların şiddete uğramasını engellemek

- Ayrımcılığın yasaklanması ve ayrımcılıkla mücadele konusunun geliştirilmesi
- Eşit fırsatlar sağlanması
- Olumlu ayrımcılığın uygulanması

Toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması için yapılması gerekli konulardan bazılarıdır. Kadınlara biçilen rolün ortadan kaldırılmasıyla ilgili olarak sadece kadınların eğitilmesinin önemli olmadığı erkek farkındalığının yaratılması ve erkeklerin eğitilmesinin toplumsal cinsiyet eşitliği için önemli olduğunu düşünüyoruz.

Toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması ve toplumda kadına biçilen rollerin değiştirilmesi için tüm toplum olarak kadınların önüne çıkarılan engelleri kaldırarak, onları eşit birey olarak kabullenip toplumda hak ettikleri yeri almaları sağlanmalıdır.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ KADIN HUKUKU KOMİSYONLARI (TÜBAKKOM)

1. KADIN AVUKATLAR KURULTAYI 21-22 NİSAN 2012, ANKARA

KURULTAYIN AMACI VE HEDEFLERİ: Türkiye Barolar Birliği ve Barolar içinde Kadın Avukatların daha aktif olma talepleri ve ülkeyimizin kadın hareketine daha aktif katılma çabası son 12 yıldır örgütlü bir biçimde artmaktadır.

20 Mart 1999 tarihinde çeşitli barolardan kadın avukatlar İstanbul'da bir araya gelerek "Demokratikleşme Yolunda Yasalarda Kadın Erkek Eşitliği" konusunu ele almış, çalışmaların birlikte sürdürülmesi için, "Türkiye Baroları Kadın Hakları Komisyonu Ağı"nın kurulmasına oy birliği ile karar vermiş ve 5 Haziran 1999'da resmileşerek Türkiye Barolar Birliği Kadın Hukuku Komisyonu adını almıştır.

Bizler çevremizde cinsiyet ayrımcılığı ve ataerkil uygulamalarda yaşanan sorunların çözümüne yönelik farkındalık çalışmalarında en önde yer almamıza karşın, kendi örgütsel yapımızda bu çalışmaları yansıtmıyoruz. Kadınların siyasi partilerde, sendikalarda, yerel yönetimlerde, TBMM'de ve diğer yönetim ve karar mekanizmalarında eşit temsiliyet talebini savunduğumuz halde, barolarımızın yönetim kurulları ve delegeliklerde, Barolar Birliği yönetim ve karar mekanizmalarında söz ve yetki sahibi olmadığımızı düşünüyoruz.

Bu nedenle her alanda eşit ve görünür olmak, yaşamımızda ve meslek örgütlerimizdeki ataerkil anlayışa karşı farkındalığımızı arttırmak, toplumsal cinsiyet eşitliği perspektifinden mesleki yapılanmadaki yerimizi sorgulamak ve söylemimizi "toplumsal cinsiyet eşitliği" temelinde oluşturmak için; TÜBAKKOM 10.Genel Kurulu Toplantısında Kadın Avukatlar Kurultayı yapılmasına karar verdik.

02-03 Temmuz 2011 tarihinde Antakya'da TÜBAKKOM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş olan kurultayın tartışma konuları dört başlık altında toplanmıştır.

KURULTAY'A İLİŞKİN TEBLİĞ KONU BAŞLIKLARI:

1-Toplumsal Cinsiyet Eşitliği ve Hukuk Eğitiminde Cinsiyetçi Ögeler.

2- Çalışma Yaşamında Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Kadın Avukatlara Etkileri

Ücretli kadın avukatlar iş hayatında annelik, evlilik ve ücret hakkına yönelik müdahaleler, çalışma hayatında kadın avukata yönelik ayrımcı uygulamalar ve benzeri

Kadın avukatlara adliye personelinin bakış açısının cinsiyet eşitliği temelinde irdelenmesi

3- Ülkemizde ve Dünyada Barolardaki Kadın Örgütlenme Modelleri ve Kadınların Temsiliyeti

*Meslek örgütlerinde cinsiyete duyarlı bütçeleme,

*Kota, pozitif ayrımcılık,

4- Kadının İnsan Hakları ve Uluslararası Sözleşmelerin Analizi.

*CEDAW, Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Güvenlik Konseyi Sözleşmesi

Yukarıda belirtilen ana başlıklar çerçevesinde alt konu başlıkları örneklendirilmiş olup kurultayın amacı kadın bakışı ve farkındalığı yaratmak, sorunları tespit etmek ve çözüm üretmektir.

KURULTAY DELEGELERİNİN BELİRLENME YÖNTEMİ:

Türkiye Barolar Birliği'nin 31.12.2010 tarihli listelerine göre Türkiye'de **44.297 erkek 26.035 kadın avukat bulunmaktadır.** TBB de mevcut **328 delegenin sadece 55 'i kadın avukattır.** 55 delegenin 23'ü Türkiye'nin en büyük barosu olan ve 10.986 üyesi olan İstanbul Barosunun temsilcisidir. Birçok ilde yönetim kurulunda ve kadın avukat bulunmamaktadır.

Kurultayın amacı doğrultusunda toplumsal cinsiyet eşitliği perspektifinden mesleki yapılanmadaki yerimizi sorgulamak, farkındalığımızı arttırmak ve tüm illerde kadın hukuku komisyonlarının kurulmasının özendirilmesini sağlamak için illerde bulunan kadın avukatların sayısına göre aşağıda belirtilen sayıda delege kurultaya katılır.

TBB’de olan Kadın Delegeler Kurultayın doğal üyesidir.

Kadın Avukat sayısı;

1-300 arasında olan 66 ilden 2’şer delege

300’den fazla olan 10 ilden 5’er delege

Türkiye Barolar Birliği delegesi 55 delege, olmak üzere kurultaya katılacak delegelerin toplamı 237’dir. İllerde katılacak kadın delege listesi Mart sonuna kadar TÜBAKKOM döneme sözcülüğüne bildirilir.

KURULTAYIN ÇALIŞMA İLKELERİ VE YÖNTEMİ:

Kurultayın 1. günü kurultay çalışmalarını yürütmek üzere 5 kişilik bir divan kurulu oluşturulur. Bunun yanı sıra 5 kişilik raportör grubu oluşturulur. Delegeler arasından seçimle belirlenen kurulda divan başkanı, başkan yardımcısı ve 3 rapor yazıcı bulunur. Divan kurulu kurultayın gündemini sunar, onaylatır ve kurultayın gündeme uygun olarak yürütülmesini ve sonuçlandırılmasını sağlar.

İllerden gelen delegeler tarafından önceden bildirilmiş olan tebliğler özet olarak sunulur. Farklı illerden gelen, ancak komisyonca ortaklaştırılan tebliğler illerin kendi arasından belirleyeceği sözcü tarafından okunur.

Yapılan tartışmalar sonucunda öneri ve eleştirilerin ışığında çoğunluk görüşleri rapor, azınlık görüşleri de ekli olarak kurultay delegelerinin oylarına sunulur.

Tartışmalar kurultay delegeleri tarafından yapılır. Kurultayda karar almada ikna olma ve ortaklaşma esas alınır.

Kurultayın sonuç bildirgesini hazırlamak üzere kurultayın ilk günü 10 kişilik bir komisyon oluşturulur. Komisyon tarafından hazırlanan sonuç bildirgesi kurultayın görüş ve önerilerine sunulur. Kurultayın son günü yayımlanır ve TBB’ye bildirilir.

KURULTAY TANITIM AFİŞ VE BROŞÜRLERİ: Tüm barolara ve hukuk fakültesi bulunan tüm üniversitelere tebliğ edilmiştir.

KURULTAYA HAZIRLIK AŞAMASINDA YAPILMASI ÖNERİLEN ANKET ÇALIŞMASI:

Tüm illerde yapılması hedeflenen anket çalışması kadın olmaktan kaynaklı çalışma yaşamına ara verme, meslek hayatında sözel ya da bedensel tacize maruz kalınıp kalınmadığı, çalışma hayatında aynı işi yapan erkek meslektaşları ile aynı imkanlara (maaş, prim vs.) aynı ekonomik kazanımlara sahip olunup olunmadığı vb konulara yönelik olup tüm bölgelerde elde edilen veriler merkez toplantısında kitapçık haline getirilerek ilgili kuruluşlara rapor halinde bildirim sağlanacaktır.

KADIN AVUKATLAR KURULTAYI ANKET SORULARININ AMACI:

Anket ile kadın avukatlara yönelik ayrımcılığın tespiti ve analizi ile sorunların görünür kılınması ve toplumsal farkındalık yaratılması amaçlanmıştır. 21-22 Nisan 2012 tarihinde Ankara'da yapılacak olan Kadın Avukatlar Kurultayında tartışacağımız konulara veri tabanı oluşturması ve mesleki sorunlarımızın çözümüne ilişkin önerilerin toplanması açısından önemli olduğunu düşünüyoruz.

TÜBAKKOM
11. DÖNEM SÖZCÜSÜ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ KADIN HUKUKU KOMİSYONU (TÜBAKKOM) YÖNERGESİ

Kuruluş:

Madde:1- Türkiye Barolar Birliğine bağlı ve yönergede düzenlenen hükümler çerçevesinde çalışmak üzere Türkiye Barolar Birliği Kadın Hukuku Komisyonu (TÜBAKKOM) kurulmuştur.

AMAÇ:

Madde:2- Komisyonun Amacı:

A- Ulusal ve Uluslararası mevzuatta kadının insan haklarına ilişkin düzenlemelerin yaşama geçirilmesi, eşit ve adil uygulanmasının sağlanması.

B- Evrensel hukuk ölçüğünde adalet ve eşitlik prensibine aykırı mevcut düzenlemeleri ve uygulamaları değiştirecek çözüm önerilerinin saptanması ve savunulması.

C- Kadınların haklarını öğrenmeleri ve kullanmalarını sağlamaya yönelik eğitim çalışmaları yapılması ve gönüllü danışmanlık hizmeti verilmesi.

D- Kadının insan hakları mücadelesine kamuoyu desteği sağlamak amacıyla TÜBAKKOM aracılığıyla baroların kadın hakları kurulları/ komisyonları ile ortak eylem planlarının oluşturulup, uygulamaya konulması.

E- Baroların kadın hukuku kurulları/ komisyonları arasında koordinasyon, işbirliği ve dayanışmanın sağlanması doğrultusunda yapılacak çalışmaların yapılması.

F- Mesleki anlamda kurumsal ve uygulamaya yönelik yayınlar yapılmasıdır.

EŞGÜDÜM SORUMLUSU:

Madde:3- Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu, kendi içinden belirlediği üyeyi, toplantılara katılmak ve TÜBAKKOM ile Yönetim Kurulu arasındaki eşgüdümü sağlamak amacıyla eşgüdüm sorumlusu olarak görevlendirir.

ORGANLARI:

Madde:4- Türkiye Barolar Birliği Kadın Hukuk Komisyonu organları:

- a) Genel Kurul
- b) Yürütme Kurulu
- c) Dönem Sözcüsü

A) GENEL KURUL:

Madde:5- Türkiye Barolar Birliği Kadın Hukuku Komisyonu, Genel (üye) kurulu, kadın hukuku komisyonu /kurulu kurmuş, TÜBAKKOM'a üye olmuş baroların kadın komisyonu/kurullarından seçilebilecek birer üyenin dışında avukat sayısı beşbinin üzerindeki baroların, sonraki her beşbin üye için ayrıca birer üyenin katılımı ile oluşur. İki yılda bir mayıs ayında toplanır.

GÖREVİ:

Madde:6- Genel kurulun görevi, komisyonun bir sonraki dönem sözcüsü ile yürütme kurulunu seçmek, çalışmaların projelendirilmesini onaylamak, öneriler getirmek, çalışma gruplarına üye olmak, faaliyet raporu ile Türkiye Barolar Birliği bütçesinden yapılan harcamaları karara bağlamaktır.

B) YÜRÜTME KURULU:

Madde:7- Yürütme Kurulu; eşgüdüm sorumlusu, dönem sözcüsü, genel üye toplantısının salt çoğunluğunun kendi içinden seçeceği

yedi coğrafi bölgeden birer baronun kadın hukuku komisyonunun/ kurulunun temsilcisi 7 üye ile Ankara, İstanbul ve İzmir barolarının kadın hukuku komisyonunun/kurulunun birer yürütme kurulu, en az, üç ayda bir kez toplanır. Toplantı yeter sayısı, üye tam sayısının yarısı, karar yeter sayısı ise toplantı salt çoğunluğudur. Oyların eşitliği halinde dönem sözcüsünün oyu iki oy sayılır. Kararlar, toplantıya katılan üyeler tarafından imzalanır. Özü olmadan üst üste üç toplantıya katılmayan yürütme kurulu üyesinin üyeliği yürütme kurulu kararı ve Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunun onayı ile düşer

GÖREVİ VE YETKİSİ:

Madde:8- Yürütme kurulunun görev ve yetkileri:

- a) Komisyonun gerekli gördüğü çalışma programını yapmak ve yürütmek
- b) Komisyonun çalışma alanı guruplarını oluşturmak.
- c) Çalışma alanı ile ilgili olarak Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nun vereceği işleri yürütmek.
- d) Gerekli görülen hallerde Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nun onayını alarak yayınlar yapmak.

C) DÖNEM SÖZCÜSÜ:

Madde:9- İki yılda bir mayıs ayında yapılan genel kurul toplantısında aday olan üye baroların kadın hukuku kurulları/ komisyonları temsilcileri arasından gizli oyla seçilir. Görevi bir sonraki genel kurula kadar devam eder. Prensip olarak tüm baroların bir dönem, dönem sözcülüğü yapması esastır. Bu nedenle daha önce dönem sözcülüğü yapmamış barolardan aday bulunmaması halinde yeniden aday olabilirler.

GÖREV VE YETKİSİ:

Madde:10- Dönem sözcüsünün görev ve yetkileri:

- a) Komisyonu temsil etmek,
- b) Yürütme kuruluna ve genel üye toplantısına başkanlık etmek,

- c) Komisyonun amacına göre tüm etkinliklerin ve çalışmaların hazırlanması ve yürütülmesini düzenlemek,
- d) İki yılda bir yapılacak genel kurul toplantısı, yürütme kurulu ve genel üye toplantılarının gündemini hazırlamak ve toplantıların yapılacağı il barolarının kurulları ile toplantı programını hazırlamak ve toplantıyı düzenlemek, genel kurula katılanların listesi ile toplantı tutanaklarını toplantıdan sonra Türkiye Barolar Birliği'ne göndermek
- e) Gerek gördüğünde organları olağanüstü toplantıya çağırarak.

MALİ HÜKÜMLER

KOMİSYONUN GELİR VE GİDERLERİ:

Madde:11- Komisyonun yürütme kurulu, genel üye toplantısı ve genel kurul toplantılarına katılan üyelerin giderleri kendi barolarınca karşılanır. Türkiye Barolar Birliği merkezindeki çalışmalarını TBB sağlar. Yayın giderlerini ve tebligat giderlerini Türkiye Barolar Birliği denetleme yapabilir.

SON HÜKÜMLER

Madde:12- Bu yönerge hükümleri Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nca yürütülür.

AİLENİN KORUNMASI VE KADINA KARŞI ŞİDDETİN ÖNLENMESİNE DAİR KANUN

Kanun No. 6284

Kabul Tarihi: 8/3/2012

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Temel İlkeler ve Tanımlar

Amaç, kapsam ve temel ilkeler

MADDE 1- (1) Bu Kanunun amacı; şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

(2) Bu Kanunun uygulanmasında ve gereken hizmetlerin sunulmasında aşağıdaki temel ilkelere uyulur:

a) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, özellikle Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve yürürlükteki diğer kanuni düzenlemeler esas alınır.

b) Şiddet mağdurlarına verilecek destek ve hizmetlerin sunulmasında temel insan haklarına dayalı, kadın erkek eşitliğine duyarlı, sosyal devlet ilkesine uygun, adil, etkili ve süratli bir usul izlenir.

c) Şiddet mağduru ve şiddet uygulayan için alınan tedbir kararları insan onuruna yaraşır bir şekilde yerine getirilir.

ç) Bu Kanun kapsamında kadınlara yönelik cinsiyete dayalı şiddeti önleyen ve kadınları cinsiyete dayalı şiddetten koruyan özel tedbirler ayrımcılık olarak yorumlanamaz.

Tanımlar

MADDE 2- (1) Bu Kanunda yer alan;

a) Bakanlık: Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığını,

b) Ev içi şiddet: Şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddeti,

c) Hâkim: Aile mahkemesi hâkimini,

ç) Kadına yönelik şiddet: Kadınlara, yalnızca kadın oldukları için uygulanan veya kadınları etkileyen cinsiyete dayalı bir ayrımcılık ile kadının insan hakları ihlaline yol açan ve bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan her türlü tutum ve davranışı,

d) Şiddet: Kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanmaması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranışı,

e) Şiddet mağduru: Bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışlara doğrudan ya da dolaylı olarak maruz kalan veya kalma tehlikesi bulunan kişiyi ve şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi bulunan kişileri,

f) Şiddet önleme ve izleme merkezleri: Şiddetin önlenmesi ile koruyucu ve önleyici tedbirlerin etkin olarak uygulanmasına yönelik destek ve izleme hizmetlerinin verildiği, çalışmalarını yedi gün yirmi-dört saat esaslı ile yürüten merkezleri,

g) Şiddet uygulayan: Bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışları uygulayan veya uygulama tehlikesi bulunan kişileri,

ğ) Tedbir kararı: Bu Kanun kapsamında, şiddet mağdurları ve şiddet uygulayanlar hakkında hâkim, kolluk görevlileri ve mülkî amirler tarafından, istem üzerine veya resen verilecek tedbir kararlarını,

ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

Koruyucu ve Önleyici Tedbirlere İlişkin Hükümler

Mülkî amir tarafından verilecek koruyucu tedbir kararları

MADDE 3- (1) Bu Kanun kapsamında korunan kişilerle ilgili ola-

rak aşağıdaki tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere mülkî amir tarafından karar verilebilir:

a) Kendisine ve gerekiyorsa beraberindeki çocuklara, bulunduğu yerde veya başka bir yerde uygun barınma yeri sağlanması.

b) Diğer kanunlar kapsamında yapılacak yardımlar saklı kalmak üzere, geçici maddi yardım yapılması.

c) Psikolojik, meslekî, hukukî ve sosyal bakımdan rehberlik ve danışmanlık hizmeti verilmesi.

ç) Hayatî tehlikesinin bulunması hâlinde, ilgilinin talebi üzerine veya resen geçici koruma altına alınması.

d) Gerekli olması hâlinde, korunan kişinin çocukları varsa çalışma yaşamına katılımını desteklemek üzere dört ay, kişinin çalışması hâlinde ise iki aylık süre ile sınırlı olmak kaydıyla, on altı yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık net asgari ücret tutarının yarısını geçmemek ve belgelendirilmek kaydıyla Bakanlık bütçesinin ilgili ter-tibinden karşılanmak suretiyle kreş imkânının sağlanması.

(2) Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde birinci fıkranın (a) ve (ç) bentlerinde yer alan tedbirler, ilgili kolluk amirlerince de alınabilir. Kolluk amiri evrakı en geç kararın alındığı tarihi takip eden ilk işgünü içinde mülkî amirin onayına sunar. Mülkî amir tarafından kırksekiz saat içinde onaylanmayan tedbirler kendiliğinden kalkar.

Hâkim tarafından verilecek koruyucu tedbir kararları

MADDE 4- (1) Bu Kanun kapsamında korunan kişilerle ilgili olarak aşağıdaki koruyucu tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere hâkim tarafından karar verilebilir:

a) İşyerinin değiştirilmesi.

b) Kişinin evli olması hâlinde müşterek yerleşim yerinden ayrı yerleşim yeri belirlenmesi.

c) 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunundaki şartların varlığı hâlinde ve korunan kişinin talebi üzerine tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulması.

ç) Korunan kişi bakımından hayatî tehlikenin bulunması ve bu tehlikenin önlenmesi için diğer tedbirlerin yeterli olmayacağının

anlaşılması hâlinde ve ilgilinin aydınlatılmış rızasına dayalı olarak 27/12/2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu hükümlerine göre kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerinin değiştirilmesi.

Hâkim tarafından verilecek önleyici tedbir kararları

MADDE 5- (1) Şiddet uygulayanlarla ilgili olarak aşağıdaki önleyici tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere hâkim tarafından karar verilebilir:

a) Şiddet mağduruna yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmaması.

b) Müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhâl uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi.

c) Korunan kişilere, bu kişilerin buldukları konuta, okula ve iş yerine yaklaşmaması.

ç) Çocuklarla ilgili daha önce verilmiş bir kişisel ilişki kurma kararı varsa, kişisel ilişkinin refakatçi eşliğinde yapılması, kişisel ilişkinin sınırlanması ya da tümüyle kaldırılması.

d) Gerekli görülmesi hâlinde korunan kişinin, şiddete uğramamış olsa bile yakınlarına, tanıklarına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hâller saklı kalmak üzere çocuklarına yaklaşmaması.

e) Korunan kişinin şahsi eşyalarına ve ev eşyalarına zarar vermemesi.

f) Korunan kişiyi iletişim araçlarıyla veya sair surette rahatsız etmemesi.

g) Bulundurulması veya taşınmasına kanunen izin verilen silahları kolluğa teslim etmesi.

ğ) Silah taşınması zorunlu olan bir kamu görevi ifa etse bile bu görevi nedeniyle zimmetinde bulunan silahı kurumuna teslim etmesi.

h) Korunan kişilerin buldukları yerlerde alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaması ya da bu maddelerin etkisinde iken korunan kişilere ve bunların buldukları yerlere yaklaşmaması, bağımlılığının olması hâlinde, hastaneye yatmak dâhil, muayene ve tedavisinin sağlanması.

1) Bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurması ve tedavisinin sağlanması.

(2) Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde birinci fıkranın (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde yer alan tedbirler, ilgili kolluk amirlerince de alınabilir. Kolluk amiri evrakı en geç kararın alındığı tarihi takip eden ilk işgünü içinde hâkimin onayına sunar. Hâkim tarafından yirmidört saat içinde onaylanmayan tedbirler kendiliğinden kalkar.

(3) Bu Kanunda belirtilen tedbirlerle birlikte hâkim, 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununda yer alan koruyucu ve destekleyici tedbirler ile 4721 sayılı Kanun hükümlerine göre velayet, kayyum, nafaka ve kişisel ilişki kurulması hususlarında karar vermeye yetkilidir.

(4) Şiddet uygulayan, aynı zamanda ailenin geçimini sağlayan yahut katkıda bulunan kişi ise 4721 sayılı Kanun hükümlerine göre nafakaya hükmedilmemiş olması kaydıyla hâkim, şiddet mağdurunun yaşam düzeyini göz önünde bulundurarak talep edilmese dahi tedbir nafakasına hükmedebilir.

Suçlara ilişkin saklı tutulan hükümler

MADDE 6- (1) Kişinin silah bulundurması, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmasının suç oluşturması dolayısıyla ya da fiilinin başka bir suç oluşturması nedeniyle;

a) Soruşturma ve kovuşturma evresinde koruma tedbirlerine veya denetimli serbestlik tedbirlerine,

b) Mahkûmiyet hâlinde ceza veya güvenlik tedbirlerinin infazına ve bu çerçevede uygulanabilecek olan denetimli serbestlik tedbirlerine,

ilişkin kanun hükümleri saklıdır.

İhbar

MADDE 7- (1) Şiddet veya şiddet uygulanma tehlikesinin varlığı hâlinde herkes bu durumu resmi makam veya mercilere ihbar edebilir. İhbarı alan kamu görevlileri bu Kanun kapsamındaki görevlerini gecikmeksizin yerine getirmek ve uygulanması gereken diğer tedbirlere ilişkin olarak yetkilileri haberdar etmekle yükümlüdür.

Tedbir kararının verilmesi, tebliği ve gizlilik

MADDE 8- (1) Tedbir kararı, ilgilinin talebi, Bakanlık veya kolluk görevlileri ya da Cumhuriyet savcısının başvurusu üzerine verilir. Tedbir kararları en çabuk ve en kolay ulaşılabilecek yer hâkiminden, mülkî amirden ya da kolluk biriminden talep edilebilir.

(2) Tedbir kararı ilk defasında en çok altı ay için verilebilir. Ancak şiddet veya şiddet uygulanma tehlikesinin devam edeceğinin anlaşıldığı hâllerde, resen, korunan kişinin ya da Bakanlık veya kolluk görevlilerinin talebi üzerine tedbirlerin süresinin veya şeklinin değiştirilmesine, bu tedbirlerin kaldırılmasına veya aynen devam etmesine karar verilebilir.

(3) Koruyucu tedbir kararı verilebilmesi için, şiddetin uygulandığı hususunda delil veya belge aranmaz. Önleyici tedbir kararı, geciktirilmeksizin verilir. Bu kararın verilmesi, bu Kanunun amacını gerçekleştirmeyi tehlikeye sokabilecek şekilde geciktirilemez.

(4) Tedbir kararı, korunan kişiye ve şiddet uygulayana tefhim veya tebliğ edilir. Tedbir talebinin reddine ilişkin karar ise sadece korunan kişiye tebliğ edilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ilgili kolluk birimi tarafından verilen tedbir kararı şiddet uygulayana bir tutanakla derhâl tebliğ edilir.

(5) Tedbir kararının tefhim ve tebliğ işlemlerinde, tedbir kararına aykırılık hâlinde şiddet uygulayan hakkında zorlama hapsinin uygulanacağı ihtar yapılır.

(6) Gerekli bulunması hâlinde, tedbir kararı ile birlikte talep üzerine veya resen, korunan kişi ve diğer aile bireylerinin kimlik bilgileri veya kimliğini ortaya çıkarabilecek bilgileri ve adresleri ile korumanın etkinliği bakımından önem taşıyan diğer bilgileri, tüm resmi kayıtlarda gizli tutulur. Yapılacak tebligatlara ilişkin ayrı bir adres tespit edilir. Bu bilgileri hukuka aykırı olarak başkasına veren, ifşa eden veya açıklayan kişi hakkında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.

(7) Talep hâlinde ilgililere kişisel eşya ve belgelerinin kolluk marifetiyle teslimi sağlanır.

İtiraz

MADDE 9- (1) Bu Kanun hükümlerine göre verilen kararlara karşı tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde ilgililer tarafından aile mahkemesine itiraz edilebilir.

(2) Hâkim tarafından verilen tedbir kararlarına itiraz üzerine dosya, o yerde aile mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye, son numaralı daire için birinci daireye, o yerde aile mahkemesinin tek dairesi bulunması hâlinde asliye hukuk mahkemesine, aile mahkemesi hâkimi ile asliye hukuk mahkemesi hâkiminin aynı hâkim olması hâlinde ise en yakın asliye hukuk mahkemesine gecikmeksizin gönderilir.

(3) İtiraz mercii kararını bir hafta içinde verir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir.

Tedbir kararlarının bildirim ve uygulanması

MADDE 10- (1) Bu Kanun hükümlerine göre alınan tedbir kararları, Bakanlığın ilgili il ve ilçe müdürlükleri ile verilen kararın niteliğine göre Cumhuriyet başsavcılığına veya kolluğa en seri vasıtalarla bildirilir.

(2) Bu Kanun kapsamında ilgili mercilere yapılan başvurular ile bu başvuruların kabul ya da reddine ilişkin kararlar, başvuru yapılan merci tarafından Bakanlığın ilgili il ve ilçe müdürlüklerine derhâl bildirilir.

(3) Korunan kişinin geçici koruma altına alınmasına ilişkin koruyucu tedbir kararı ile şiddet uygulayan hakkında verilen önleyici tedbir kararlarının yerine getirilmesinden, hakkında koruyucu veya önleyici tedbir kararı verilen kişilerin yerleşim yeri veya bulunduğu ya da tedbirin uygulanacağı yer kolluk birimi görevli ve yetkilidir.

(4) Tedbir kararının, kolluk amirince verilir uygulandığı veya korunan kişinin kollukta bulunduğu hâllerde, kolluk birimleri tarafından kişi, Bakanlığın ilgili il veya ilçe müdürlüklerine ivedilikle ulaştırılır; bunun mümkün olmaması hâlinde giderleri Bakanlık bütçesinin ilgili tertibinden karşılanmak üzere kendisine ve beraberindekilere geçici olarak barınma imkânı sağlanır.

(5) Tedbir kararının ilgililere tefhim veya tebliğ edilmemesi, kararın uygulanmasına engel teşkil etmez.

(6) Hakkında barınma yeri sağlanmasına karar verilen kişiler, Bakanlığa ait veya Bakanlığın gözetim ve denetimi altında bulunan yerlere yerleştirilir. Barınma yerlerinin yetersiz kaldığı hâllerde korunan kişiler; mülkî amirin, acele hâllerde kolluğun veya Bakanlığın talebi üzerine kamu kurum ve kuruluşlarına ait sosyal tesis, yurt veya benzeri yerlerde geçici olarak barındırılabilir.

(7) İşyerinin değiştirilmesi yönündeki tedbir kararı, kişinin tabi olduğu ilgili mevzuat hükümlerine göre yetkili merci veya kişi tarafından yerine getirilir.

Kolluk görevleri

MADDE 11- (1) Kolluk görevleri, kolluğun merkez ve taşra teşkilâtında bu Kanunda belirtilen hizmetlerle ilgili olarak, çocuk ve kadının insan hakları ile kadın erkek eşitliği konusunda eğitim almış ve ilgili kolluk birimlerince belirlenmiş olan yeteri kadar personel tarafından yerine getirilir.

Teknik yöntemlerle takip

MADDE 12- (1) Bu Kanun hükümlerine göre verilen tedbir kararlarının uygulanmasında hâkim kararı ile teknik araç ve yöntemler kullanılabilir. Ancak, bu suretle, kişilerin ses ve görüntüleri dinlenemez, izlenemez ve kayda alınamaz.

(2) Teknik araç ve yöntemlerle takibe ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir.

Tedbir kararlarına aykırılık

MADDE 13- (1) Bu Kanun hükümlerine göre hakkında tedbir kararı verilen şiddet uygulayan, bu kararın gereklerine aykırı hareket etmesi hâlinde, fiili bir suç oluştursa bile ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre hâkim kararıyla üç günden on güne kadar zorlama hapsine tabi tutulur.

(2) Tedbir kararının gereklerine aykırılığın her tekrarında, ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre zorlama hapsinin süresi onbeş günden otuz güne kadardır. Ancak zorlama hapsinin toplam süresi altı ayı geçemez.

(3) Zorlama hapsine ilişkin kararlar, Cumhuriyet başsavcılığınca yerine getirilir. Bu kararlar Bakanlığın ilgili il ve ilçe müdürlüklerine bildirilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Merkezlerin Kurulması, Destek Hizmetleri ve Kurumlararası Koordinasyon

Şiddet önleme ve izleme merkezlerinin kurulması

MADDE 14- (1) Bakanlık, gerekli uzman personelin görev yaptığı ve tercihen kadın personelin istihdam edildiği, şiddetin önlenmesi ile koruyucu ve önleyici tedbirlerin etkin olarak uygulanmasına yönelik destek ve izleme hizmetlerinin verildiği, çalışmalarını yedi gün yirmi-dört saat esasına göre yürüten, çalışma usul ve esasları yönetmelikle belirlenen, şiddet önleme ve izleme merkezlerini kurar.

(2) Kurulan merkezlerde şiddetin önlenmesi ile koruyucu ve önleyici tedbirlerin etkin olarak uygulanmasına yönelik izleme çalışmaları yapılır ve destek hizmetleri verilir.

Destek hizmetleri

MADDE 15- (1) Bu Kanun kapsamında şiddetin önlenmesi ve verilen tedbir kararlarının etkin olarak uygulanmasının izlenmesi bakımından şiddet önleme ve izleme merkezleri tarafından verilecek destek hizmetleri şunlardır:

a) Koruyucu ve önleyici tedbir kararları ile zorlama hapsinin verilmesine ve uygulanmasına ilişkin veri toplayarak bilgi bankası oluşturmak, tedbir kararlarının sicilini tutmak.

b) Korunan kişiye verilen barınma, geçici maddi yardım, sağlık, adli yardım hizmetleri ve diğer hizmetleri koordine etmek.

c) Gerekli hâllerde tedbir kararlarının alınmasına ve uygulanmasına yönelik başvurularda bulunmak.

ç) Bu Kanun kapsamındaki şiddetin sonlandırılmasına yönelik bireysel ve toplumsal ölçekte programlar hazırlamak ve uygulamak.

d) Bakanlık bünyesinde kurulan çağrı merkezinin bu Kanunun amacına uygun olarak yaygınlaştırılması ve yapılan müracaatların izlenmesini sağlamak.

e) Bu Kanun kapsamındaki şiddetin sonlandırılması için çalışan ilgili sivil toplum kuruluşlarıyla işbirliği yapmak.

(2) Korunan kişilerle ilgili olarak şiddet önleme ve izleme merkezleri tarafından verilecek destek hizmetleri şunlardır:

a) Kişiyi hakları, destek alabilecekleri kurumlar, iş bulma ve benzeri konularda rehberlik etmek ve meslek edindirme kurslarına katılmasına yönelik faaliyetlerde bulunmak.

b) Verilen tedbir kararıyla ulaşılmak istenen amacın gerçekleşmesine yönelik önerilerde bulunmak ve yardımlar yapmak.

c) Tedbir kararlarının uygulanmasının sonuçlarını ve kişiler üzerindeki etkilerini izlemek.

ç) Psiko-sosyal ve ekonomik sorunların çözümünde yardım ve danışmanlık yapmak.

d) Hâkimin isteği üzerine; kişinin geçmişi, ailesi, çevresi, eğitimi, kişisel, sosyal, ekonomik ve psikolojik durumu hakkında ayrıntılı sosyal araştırma raporu hazırlayıp sunmak.

e) İlgili merci tarafından istenilmesi hâlinde, tedbirlerin uygulanmasının sonuçları ve ilgililer üzerindeki etkilerine dair rapor hazırlamak.

f) 29/5/1986 tarihli ve 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu hükümleri uyarınca maddi destek sağlanması konusunda gerekli rehberliği yapmak.

(3) Şiddet uygulayanla ilgili olarak şiddet önleme ve izleme merkezleri tarafından verilecek destek hizmetleri şunlardır:

a) Hâkimin isteği üzerine; kişinin geçmişi, ailesi, çevresi, eğitimi, kişisel, sosyal, ekonomik ve psikolojik durumu ile diğer kişiler ve toplum açısından taşıdığı risk hakkında ayrıntılı sosyal araştırma raporu hazırlayıp sunmak.

b) İlgili makam veya merci tarafından istenilmesi hâlinde, tedbirlerin uygulanmasının sonuçları ve ilgililer üzerindeki etkilerine dair rapor hazırlamak.

c) Teşvik edici, aydınlatıcı ve yol gösterici mahiyette olmak üzere kişinin;

1) Öfke kontrolü, stresle başa çıkma, şiddeti önlemeye yönelik farkındalık sağlayarak tutum ve davranış değiştirmeyi hedefleyen eğitim ve rehabilitasyon programlarına katılmasına,

2) Alkol, uyuşturucu, uçucu veya uyarıcı madde bağımlılığının ya da ruhsal bozukluğunun olması hâlinde, bir sağlık kuruluşunda muayene veya tedavi olmasına,

3) Meslek edindirme kurslarına katılmasına,
yönelik faaliyetlerde bulunmak.

(4) Şiddet mağduru ile şiddet uygulayana yönelik hizmetler, zorunlu hâller dışında farklı birimlerde sunulur.

Kurumlararası koordinasyon ve eğitim

MADDE 16- (1) Bu Kanun hükümlerinin yerine getirilmesinde kurumlararası koordinasyon Bakanlık tarafından gerçekleştirilir.

(2) Kamu kurum ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişiler, bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak kendi görev alanına giren konularda işbirliği ve yardımda bulunmak ve alınan tedbir kararlarını ivedilikle yerine getirmekle yükümlüdür. Gerçek ve tüzel kişiler, bu Kanun kapsamında Bakanlık çalışmalarını desteklemek ve ortak çalışmalar yapmak üzere teşvik edilir.

(3) Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu ile ulusal, bölgesel ve yerel yayın yapan özel televizyon kuruluşları ve radyolar, ayda en az doksan dakika kadınların çalışma yaşamına katılımı, özellikle kadın ve çocukla ilgili olmak üzere şiddetle mücadele mekanizmaları ve benzeri politikalar konusunda Bakanlık tarafından hazırlanan ya da hazırlattırılan bilgilendirme materyallerini yayınlamak zorundadır. Bu yayınlar, asgari otuz dakikasını 17.00-22.00 saatleri arasında olmak üzere 08.00-22.00 saatleri arasında yapılır ve yayınların kopyaları her ay düzenli olarak Radyo ve Televizyon Üst Kuruluna teslim edilir. Bu saatler dışında yapılan yayınlar aylık doksan dakikalık süreye dâhil edilmez. Bu süreler Radyo ve Televizyon Üst Kurulu tarafından denetlenir. Televizyon kuruluşları ve radyolarda yayınlanacak bilgilendirme materyalleri, Bakanlık birimleri tarafından üniversiteler, ilgili meslek kuruluşları ve sivil toplum kuruluşlarının da görüşleri alınarak hazırlanır.

(4) Bu Kanunda öngörülen görevlerin yerine getirilmesi sırasında kamu kurum ve kuruluşlarının personeli Bakanlık görevlilerine yardımcı olurlar.

(5) Tüm kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, personel ve üyelerinin bu Kanunun etkin bir biçimde uygulanması amacıyla Bakanlığın hazırlayıp koordine edeceği, kadının insan hakları ile kadın erkek eşitliği konusunda eğitim programlarına katılmasını sağlar.

(6) İlköğretim ve ortaöğretim müfredatına, kadının insan hakları ve kadın erkek eşitliği konusunda eğitime yönelik dersler konulur.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Mali Hükümler

Geçici maddi yardım yapılması

MADDE 17- (1) Bu Kanun hükümlerine göre geçici maddi yardım yapılmasına karar verilmesi hâlinde, onaltı yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık net asgari ücret tutarının otuzda birine kadar günlük ödeme yapılır. Korunan kişinin birden fazla olması hâlinde, ilave her bir kişi için bu tutarın yüzde yirmisi oranında ayrıca ödeme yapılır. Ancak, ödenecek tutar hiçbir şekilde belirlenen günlük ödeme tutarının bir buçuk katını geçemez. Korunan kişilere barınma yeri sağlanması hâlinde bu fıkrada belirlenen tutarlar yüzde elli oranında azaltılarak uygulanır.

(2) Bu ödemeler, Bakanlık bütçesine, geçici maddi yardımlar için konulan ödenekten karşılanır. Yapılan ödemeler, şiddet uygulayan dan tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde tahsil edilir. Bu şekilde tahsil edilemeyenler 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre ilgili vergi dairesi tarafından takip ve tahsil edilir.

(3) Korunan kişinin gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu tespit hâlinde yapılan yardımlar, bu kişiden 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre tahsil edilir.

Nafaka

MADDE 18- (1) Bu Kanun hükümlerine göre nafakaya karar veril-

mesi hâlinde, kararın bir örneği, resen nafaka alacaklısının veya borçlusunun yerleşim yeri icra müdürlüğüne gönderilir.

(2) Nafaka ödemekle yükümlü kılınan kişinin Sosyal Güvenlik Kurumu ile bağlantısı olması durumunda, korunan kişinin başvurusu aranmaksızın nafaka, ilgilinin aylık, maaş ya da ücretinden icra müdürlüğü tarafından tahsil edilir. İcra müdürlüklerinin nafakanın tahsili işlemlerine ilişkin posta giderleri Cumhuriyet başsavcılığının suçüstü ödeneğinden karşılanır.

Sağlık giderleri

MADDE 19- (1) Bu Kanun hükümlerine göre hakkında koruyucu tedbir kararı verilen kişilerden genel sağlık sigortalısı olmayan ve genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi kapsamına da girmeyen veya genel sağlık sigortası prim borcu sebebiyle fiilen genel sağlık sigortasından yararlanamayan ya da diğer mevzuat hükümleri gereğince tedavi yardımından yararlanma hakkı bulunmayanlar; bu hâllerin devamı süresince, 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) numaralı alt bendi kapsamında, gelir testine tabi tutulmaksızın genel sağlık sigortalısı sayılır.

(2) Bu Kanun hükümlerine göre hakkında önleyici tedbir kararı verilen kişinin aynı zamanda rehabilitasyonunun veya tedavisinin gerekli olduğuna karar verilmesi hâlinde, genel sağlık sigortası kapsamında karşılanmayan rehabilitasyon hizmetlerine yönelik giderler ile rehabilitasyon hizmetleri kapsamında verilmesi gereken diğer sağlık hizmetlerinin giderleri Bakanlık bütçesinin ilgili tertiplerinden karşılanır.

Harçlar ve masraflardan, vergilerden muafiyet ve davaya katılma

MADDE 20- (1) Bu Kanun kapsamındaki başvurular ile verilen kararların icra ve infazı için yapılan işlemlerden yargılama giderleri, harç, posta gideri ve benzeri hiçbir ad altında masraf alınmaz. Bu Kanunun 17 nci maddesi uyarınca yapılan ödemeler gelir vergisi ile vevaset ve intikal vergisinden, bu ödemeler için düzenlenen kâğıtlar ise damga vergisinden müstesnadır.

(2) Bakanlık, gerekli görmesi hâlinde kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet tehlikesi dolayısıyla açılan idarî, cezaî, hukukî her tür davaya ve çekişmesiz yargıya katılabilir.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Kadrolar

MADDE 21- (1) Ekli listede yer alan kadrolar ihdas edilerek 13/12/1983 tarihli ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı cetvelin Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığına ait bölümüne eklenmiştir.

Yönetmelik

MADDE 22- (1) Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar altı ay içinde, Adalet, İçişleri, Maliye, Milli Eğitim ve Sağlık Bakanlıklarının görüşleri alınmak suretiyle Bakanlık tarafından hazırlanan yönetmeliklerle düzenlenir.

Yürürlükten kaldırılan hükümler ve atflar

MADDE 23- (1) 14/1/1998 tarihli ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

(2) Mevzuatta 4320 sayılı Kanuna yapılan atflar bu Kanuna yapılmış sayılır.

(3) Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce 4320 sayılı Kanun hükümlerine göre verilen kararların uygulanmasına devam olunur.

Şiddet önleme ve izleme merkezlerinin faaliyete geçmesi

GEÇİCİ MADDE 1- (1) Bu Kanunun 14 üncü maddesinde kurulması öngörülen şiddet önleme ve izleme merkezleri, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl içinde Bakanlık tarafından belirlenecek illerde pilot uygulama yapılmak üzere kurulur. Kuruluşları tamamlanuncaya kadar merkezlerin görevlerinin Bakanlığın hangi birimlerince yürütüleceği Bakanlık tarafından belirlenir.

Yürürlük**MADDE 24-** (1) Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.**Yürütme****MADDE 25-** (1) Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.**LİSTE****KURUMU: AİLE VE SOSYAL POLİTİKALAR BAKANLIĞI****TEŞKİLATI: TAŞRA****İHDAS EDİLEN KADROLARIN**

SINIFI SINIFI	UNVANI	DERECESİ	SERBEST KADRO ADEDİ	TOPLAM
GİH	Kuruluş Müdürü	2	10	10
GİH	Kuruluş Müdürü	3	4	4
TH	Sosyolog	3	10	10
TH	Sosyolog	4	10	10
TH	Sosyolog	5	5	5
TH	Sosyolog	7	20	20
SH	Psikolog	3	20	20
SH	Psikolog	4	20	20
SH	Psikolog	5	20	20
SH	Psikolog	7	30	30
SH	Sosyal Çalışmacı	3	10	10
SH	Sosyal Çalışmacı	4	10	10
SH	Sosyal Çalışmacı	5	10	10
SH	Sosyal Çalışmacı	7	15	15
SH	Çocuk Gelişimcisi	4	5	5
SH	Çocuk Gelişimcisi	5	5	5
SH	Çocuk Gelişimcisi	7	10	10
SH	Çocuk Gelişimcisi	9	22	22
SH	Hemşire	3	4	4
SH	Hemşire	4	15	15
SH	Hemşire	7	15	15
SH	Hemşire	9	50	50
YH	Bakıcı Anne	5	10	10
YH	Bakıcı Anne	7	10	10
YH	Bakıcı Anne	12	22	22
	TOPLAM		362	362

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

- T.12.10.2011
E.2011/18-535
K. 2011/622
- * Reşit olmayan çocukların babalarının değiştirdiği soyadını reşit olana kadar kullanmaları zorunlu ve reşit olmadan açılan dava, ancak reşit olana kadar onları bağlayacağına göre, reşit olduktan sonra şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanabilecekleri ve soyadının değiştirilmesini isteyebilecekleri
- (T.C. Anayasası m. 36; 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Yasası m. 36/1-b; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6)

DAVA : Dava, soyadının düzeltilmesi istemine ilişkindir.

Davalı idare temsilcisi, bozma ilamında belirtilen gerekçe ile davanın reddini talep etmiştir.

Yerel mahkemece, davanın kabulüne dair verilen hüküm, davalı idare temsilcisinin temyizi üzerine Özel Dairece yukarıda açıklanan gerekçeyle bozulmuştur.

Yerel mahkemece önceki kararda ısrar edilmiş; hükmü, davalı idare temsilcisi temyize getirmiştir.

KARAR : Direnme yoluyla H.G.K. önüne gelen uyuşmazlık; davacıların reşit olmadığı dönemde, babaları tarafından, mahkeme kararı ile soyadlarının değiştirildiği ve 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Yasası'nın 36/1-b maddesi gözetildiğinde, reşit olduktan sonra aynı konuya ilişkin olarak dava açıp açamayacakları noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olan "soyadı"nın açıklanmasında fayda vardır:

Toplum içinde bir kişiyi diğerinden ayırmaya, o kişinin ferdi ailevi ve siyasi durumunu tayine yarayan birçok özellikleri vardır. Adı, yaşı, cinsiyeti, evlilik durumu gibi. İşte bu özelliklerin tümü, kişinin halini (statüsünü) belirtir.

Kişinin hali ve bunları meydana getiren unsurlar o kimsenin özellikleri olduğundan başkasına devredilemezler. Bir kişinin hüviyetinin tespitinde ilk bakılacak unsur ise o kişinin adı ve soyadıdır.

Kişinin adı ve soyadı üzerindeki hak, kişilik haklarının bütün özelliklerini taşır ve mutlaktır; şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olup bir başkasına devredilemez.

Soyadı, nesilden nesile intikal eden ve bir kişinin bir soya bir aileye bağlılığını ifade eden addır ve ya nesep bağı ile ya evlenme ile ya da evlat edinme yolu ile yahut da idari kararlar kazanılır. 24 Haziran 1934 tarihinde kabul edilen, 2 Temmuz 1934 günü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren, 2525 Sayılı Soyadı Kanunu ile kişiye seçerek soyadı kazanma hakkı tanınmıştır.

Eldeki davada olduğu gibi, nesep bağı yoluyla soyadının kazanılmasında, evlilik içinde doğan çocuk doğar doğmaz babasının soyadını kazanır. Bu hüküm emredicidir, şu veya bu şekilde çocuğa başka bir soyadı verilmesi mümkün değildir.

Evlilik dışı çocuklardan babaları tarafından tanınanlar veya kişisel sonuçlarıyla babalığa hüküm alınarak babalarına gayri sahih nesep bağıyla bağlananlar, babalarının soyadını alırlar. Evlilik dışı çocuğun nesebi ana bananın evlenmesiyle düzelmişse çocuk babasının soyadını alır. Evlilik dışı çocuk, babaya gayri sahih nesep yoluyla bağlanmamış

ise veya nesebi düzelmemişse ananın soyadını alır. Ana başka bir erkekle evliyse çocuk anasının kızlık soyadını alır.

Soyadı, nüfus kütüğüne yazılmakla belirlenmiş olur. Bir kimse zorunlu olarak taşıdığı soyadını dilediği gibi ve dilediği zaman değiştiremez. Çarpışmakta olan toplumsal yararlar kişisel yararın bağdaştırılması için soyadının değiştirilmesi ancak haklı bir sebep bulunması halinde mümkündür. Haklı sebeplerin neler olacağı konusunda belirlenmiş bir kural bulunmamakla birlikte, dürüstlük kuralına göre, kişinin o soyadını taşımamakta bir yararı varsa soyadının değiştirilmesine cevaz verilmelidir. Ancak, edebe aykırı ve gülünç kelime ya da kavramların, aşiret, yabancı ırk ve millet isimlerinin, rütbe ve memuriyet bildiren isimlerin soyadı olarak alınmasına izin verilmez.

Yukarıda da açıklandığı üzere, soyadı, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Reşit olmayan bir çocuk, reşit olana kadar aile soyadını kullanmak zorundadır ancak reşit olduktan sonra soyadını değiştirmek üzere dava açabilir.

Bir kişinin özellikleri, hak ve fiil ehliyeti, hürriyeti, bedeni ve manevi varlıkları onun kişiliğini meydana getirir. Kişilik, insanın insan olması dolayısıyla ayrılmaz bir biçimde sahip olduğu hakları içerir. Bunlar para ile ölçülemeyen, devredilemeyen ve mirasçıya geçmeyen mutlak haklardır. Hiçbir şekilde maddi değere sahip değildirler. Kişinin adı ve soyadı üzerindeki hakkı da münferit bir kişilik hakkıdır.

Şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar, kural olarak, bizzat şahsın kendisi tarafından kullanılabilir. Bu sebeple de kanuni temsilci tarafından kullanılması mümkün değildir. Bu hakların kullanılmasına karar verme yetkisi kişidedir. İster idari, ister kanuni temsilciye bu yetkinin kullanılması bırakılmaz.

Açıklanan bu maddi hukuk kuralları, somut olay ortaya konularak değerlendirildiğinde;

Davacılar, reşit olmadıkları bir tarihte, Mersin 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1993/719-663 Esas ve Karar sayılı, 14.10.1993 tarihli kararı ile babalan tarafından "Ö." olarak değiştirilen soyadlarının, "K." olarak değiştirilmesini talep etmişlerdir.

5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Yasası'nın 36/1-b maddesiyle, aynı konuya ilişkin olarak nüfus kaydının düzeltilmesi davasının ancak bir

kere açılabilceği ve ad değişikliği halinde, Nüfus Müdürlüğü'nün bu kişinin çocuklarının baba ve ana adına ilişkin kaydı, soyadı değişikliğinde ise eş ve ergin olmayan çocukların soyadını da düzelteceği hüküm altına alınmıştır.

Her ne kadar madde metninde, nüfus kaydının düzeltilmesi davasının ancak bir kere açılabilceğinden bahsedilmiş ise de, davacıların babası tarafından açılan dava ile davacıların da dava açtığını kabul etmek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme)'nin 6.maddesiyle 1982 Anayasası'nın 36. (Değişik: 3.10.2001-4709/H md.) maddesinde düzenlenen "hak arama özgürlüğü" ilkelerine tezat teşkil edecektir.

Davacıların babası tarafından açılmış dava ile soyadlarının değişmesi halinde, davacılar tarafından açılmış bir davadan söz edilemez. Soyadı değişikliğinin, aynı konuya ilişkin nüfus kaydının düzeltilmesi davasının ancak bir kere açılabilceği hükmü kapsamında değerlendirilmesi haklı nedenlerin varlığı halinde davacının dava açma hakkının engellemesi sonucunu doğurur ki, bunun kabulüne olanak yoktur.

Diğer taraftan reşit olmayan çocukların babalarının değiştirdiği soyadını reşit olana kadar kullanmaları zorunlu ve reşit olmadan açılan dava, ancak reşit olana kadar onları bağlayacağına göre, reşit olduktan sonra şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanabilecekleri ve soyadının değiştirilmesini isteyebileceklerinin, kabulü gerekir.

O halde, Yerel Mahkemenin direnme kararı yerinde olup, işin esaslı incelenmek üzere dosya dairesine gönderilmelidir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, direnme kararı uygun olup; davalı Nüfus idaresi temsilcisinin işin esasına ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 18. HUKUK DAİRESİNE gönderilmesine.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

- T.21.09.2011** * **Rehin hakkı banka ile müşterisi arasında imzalanan çerçeve sözleşmede de yer aldığından bankanın borçlusuna karşı ileri sürebileceği rehin hakkını borçlunun alacaklısına karşı da istihkak iddiası olarak ileri sürülebileceği**
- E.2011/17-513**
- K. 2011/549**
- (Mülga 3167 Sayılı “Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkındaki” Kanununun 10. ve 5941 Sayılı Çek Kanunu’nun 3.maddesi; İİK m.96vd.)**

DAVA : Taraflar arasındaki “istihkak” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Manisa 2. İcra Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 4.8.2009 gün ve 2009/146 E., 2009/305 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 9.12.2010 gün ve 2010/8720-10778 Sayılı ilamı ile;

(... Davacı üçüncü kişi vekili, Manisa 3. İcra Müdürlüğünün 2009/1945 Esas sayılı takip dosyası ile davalı alacaklı tarafından davalı borçlu aleyhine yürütülen takipte, 19.3.2009 tarihinde müvekkili bankanın Manisa Şubesine gelinerek borçluya ait hesapta bulunan ve müvekkili ait kredi borcundan dolayı bloke tutulan 7,520 TL. nin fiilen haczedilerek icra dosyasına gönderildiğini, söz konusu paranın müvekkiline rehinli olduğunu ileri sürerek haczin kaldırılması ile tazminat talep etmiştir.

Davalı alacaklı vekili davacı bankanın 3167 Sayılı Çek Kanunu’nun 10. maddesi uyarınca bankaların çek hamillerine ödemek zorunda kalacağı miktara karşılık gelen paranın bloke altında tutulduğuna dair iddiasının soyut bir iddia olup bankaca, mevcut ya da muaccel bir alacakları için rehin tesis edilmediğini, ileride doğması muhtemel bir risk için paranın bloke edildiğini ve bunun yasal olmadığını savunarak davanın reddini ve tazminat istemiştir.

Davalı borçlu davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, davacı bankanın haciz tarihi itibarıyla muaccel bir alacağının bulunmadığı, 3167 Sayılı Kanununun 10. maddesinde çeklerin karşılığının bulunmaması halinde davacı bankanın sorumluluğunun düzenlendiği bankanın bu madde uyarınca yaptığı ödemediği sonra üçüncü kişilere yönelemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı 3.kişi vekilince temyiz edilmiştir.

Dava, 3.kişinin İ.İ.K.nun 96 vd. maddelerine dayalı istihkak davasına ilişkindir.

Somut olayda çözümlenmesi gereken husus; 19.3.2009 tarihinde haczedilen para üzerinde davacı 3.kişinin (bankanın), rehin hakkı bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. 3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'un 10/1 maddesine göre muhatap banka, süresinde ibraz edilen çekin karşılığının bulunmaması halinde her çek yaprağı için (2009 yılı için 435 TL) ödeme yapmakla yükümlüdür. Davacı banka ile borçlu müşteri arasında imzalanan "Bankacılık Hizmetleri ve Sermaye Piyasası İşletmeleri Çerçeve Sözleşmesi" gereğince, ilgili bankanın yasal sorumluluk tutarları müşteriye (borçluya) kullandırılan gayri nakdi kredi niteliğinde olup anılan sözleşmenin 20.maddesinin (R) bendinde müşterinin (borçlunun) bankaya karşı iş bu sözleşmeden veya herhangi bir sebepten doğmuş ve doğacak her türlü borçlarından dolayı müşteriye ait olup da bankada bulunan her türlü sermaye piyasası araçları üzerinde (bunların kuponları, anapara, işlemiş ve işleyecek faiz, temettü, rüçhan hakkı, itfa bedelleri vs gibi) bankanın rehin, hapis, takas ve mahsup hakkı olduğu hükme bağlanmıştır. Bu durumda borçlu ile 3.kişi (Banka) arasında düzenlenmiş, açıklanan sözleşme ile banka lehine tanınmış olan haklar değerlendirilerek hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken bu husus gözetilmeden aksi düşüncelerle reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği düşünüldü:

KARAR : Dava, 2004 Sayılı İ.İ.K.nun 96 ve devamı maddelerine dayalı istihkaka ilişkindir.

Üçüncü kişi banka, müvekkili bankanın Manisa Şubesi nezdinde borçluya ait hesapta bulunan ve müvekkiline ait kredi borcundan dolayı rehinli olup, blokede tutulan paranın fiilen haczedilip icra dosyasına gönderilmesinin yerinde olmadığı iddiası ile eldeki davayı açmıştır.

Mahkemenin davanın reddine ilişkin hükmü davacı vekilinin temyiz üzerine Özel Dairece yukarda başlık bölümünde yer alan sebeplerle bozulmuştur. Mahkemece önceki kararda direnilmiş; hükmü temyize davacı vekili getirmiştir.

Direnme yoluyla H.G.K.'nun önüne gelen uyuşmazlık; 3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun (Mülga), 5941 Sayılı Çek Kanunu ve davacı banka ile borçlu müşteri arasında imzalanan çerçeve sözleşme gereğince borçlunun karşılıksız çek sebebiyle bankanın yasal sorumluluğundan kaynaklanan riskinden dolayı müşteriye ait olup da bankada bulunan her türlü sermaye piyasası araçları üzerinde bankanın rehin, hapis, takas ve mahsup hakkı olup da bankada bulunan her türlü sermaye piyasası araçları üzerinde bankanın rehin, hapis, takas ve mahsup hakkı olup olmadığı ile bankanın alacağının muaccel hale gelip gelmediği giderek davacı bankanın istihkak isteminin yerinde olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü bakımından konuyla ilgili genel olarak yasal düzenlemelere değinilmesinde yarar vardır:

Genel anlamıyla rehin; alacaklının alacağını teminata bağlamak için borçlunun veya üçüncü kişinin mal varlığı üzerinde kurulan sınırlı bir ayni haktır. Hapis hakkı ise; Türk Medeni Kanunu'nun 950. maddesinde hükme bağlanmış olup borçlunun taşınır mallarına ve kıymetli evrakına onun onamıyla zilyed bulunan alacaklının muaccel olan ve bu eşya ve evrakla doğal bir bağlantısı bulunan alacağının teminatı olarak alıkoyma ve paraya çevirme yetkisi veren bir ayni haktır. İleride doğabilecek bir alacağın güvenceye bağlanması için ipotek kurulabileceği kabul edilmiş ise de taşınır rehininde böyle bir hüküm bulunmamakta olup öğretilde ileride doğacak ve koşula bağlı alacakların da taşınır rehini ile güvence altına alınabileceği ileri sürülmektedir (Doğrusöz M. Edip, Karahacıoğlu Ali Haydar, Altan Mehmet, Türk Hukukunda Rehin, Ankara 1996, s 12).

2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 23. maddesinde;

“Bu kanunun tatbikında: (ipotek) tabiri ipotekleri, ipotekli borç senetlerini, irat senetlerini, gemi ipoteklerini, eski hukuk hükümlerine göre tesis edilmiş taşınmaz rehinlerini, taşınmaz mükellefiyetlerini, bazı taşınmazlar, üzerindeki hususi imtiyazları ve taşınmaz eklentisi üzerine rehin muamelelerini,

(Değişik fıkra: 17.7.2003 – 4949 S.K./5. Md.) (Taşınır rehni) tabiri, teslimine bağlı rehinleri, Türk Medeni Kanununun 940 ıncı maddesinde öngörülen rehinleri, ticari işletme rehnini, hapis hakkını, alacak ve sair haklar üzerindeki rehinleri,

Sadece (Rehin) tabiri, (İpotek) ve (Taşınır rehni) tabirlerine giren bütün taşınır ve taşınmaz rehinlerini ihtiva eder.

(Taşınmaz) tabiri, gemi siciline kayıtlı olan gemilere de şamildir. Diğer gemiler bu kanun hükmünce taşınır sayılır.”

hükmü yer almaktadır.

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (T.M.K.'nun 881.maddesiyle halen mevcut olan veya henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olası bulunan herhangi bir alacağın, ipotekle güvence altına alınabileceği, ipoteğe konu olarak taşınmazın, borçlunun mülkiyetinde bulunmasının gerekmediğini hükme bağlamıştır.

Anılan Kanun'un 950.maddesi gereğince; alacaklı, borçluya ait olup onun rızasıyla ziyeydi bulunduğu taşınır veya kıymetli evrakı, borcun muaccel olması ve niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması halinde, borç ödeninceye kadar hapsedebileceği, zilyetlik ve alacak ticari ilişkiden doğmuşsa, tacirler arasında bu bağlantı var sayılacağı, alacaklı, borçluya ait olmayan taşınırlar üzerinde de zilyetliğin iyiniyetle kazanılmasının korunduğu ölçüde hapis hakkına sahip olacağı ve 955.maddesinde ise senede bağlanmış olan veya olmayan alacakların rehni için rehin sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve senede bağlı alacaklarda senedin teslim edilmesi gerekeceği hükme bağlanmıştır.

Diğer taraftan, çek, özel bir para ödeme aracı olup çek tanzimi ve devri, keşidecinin banka nezdindeki provizyon alacağının temlikî işlemidir (Domaniç Hayri, Karşılıksız Çek, İstanbul 1983, s 10).

3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun (mülga)'un 10.maddesi gereğince; "Muhatap banka, süresinde ibraz edilen çekin karşılığının bulunması halinde ise bu miktarı her çek yaprağı için üçyüzmilyon liraya tamamlayacak biçimde ödeme yapmakla yükümlüdür. Bu husus, hesap sahibi ile muhatap banka arasında çek defterinin teslimi sırasında yapılmış olan dönülemeyecek bir gayri nakdi kredi sözleşmesi hükmündedir."

Bu kanun 20.12.2009 tarih ve 27438 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 14.12.2009 tarih ve 5941 Sayılı Çek Kanunu'nun 9.maddesiyle yürürlükten kaldırılmış olup "İbraz, Ödeme, Çekin Karşılıksız Olduğunun Tespiti ve Gecikme Cezası" başlıklı 3.maddesiyle de aynı nitelikte hüküm konulmuştur.

Bu zorunlu kredi sözleşmesi için banka çek karnesi vermeden istediği teminatı talep edebilecek; eğer hesap sahibi bankanın kredi müşterisi ise bankaya karşı doğmuş ve doğacak tüm borçları için daha önce verdiği ipotekler, ticari işletme rehinleri, menkul rehni, mevduat ve alacaklar üzerindeki rehinler ve bankanın aldığı kefaletler bu kredinin de teminatını oluşturacaktır. Bankanın azami yasal yükümlülüğü için bu miktarı karşılayacak miktarda paranın hesap sahibi tarafından bloke edilmesini istemesi de mümkün olup bloke olarak alınan paranın çek hesabı dışında bir hesapta tutulması ve hesap sahibinin bu para üzerinde bankaya rehin hakkı tanınması gerekecektir (Reisoğlu Seza, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek, Ankara 1998, s 214 v.d.).

Öte yandan; Davacı üçüncü kişi banka ile borçlu Ö.B. Ölçme Değerlendirme Ticaret Ltd. Şti. arasında imzalanan Bankacılık Hizmetleri ve Sermaye Piyasası İşletmeleri Çerçeve Sözleşmesi'nin;

"Hesapta Çek ile Tasarrufa İlişkin Hükümler" başlıklı 4.maddesinin;

(M) bendinde; "müşterinin banka nezdinde açtırdığı hesabı çek keşide ederek kullandığı taktirde 3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun, Türk Ticaret Kanunu ve ilgili mevzuata uyacağını kabul ve taahhüt eder",

(N) bendinde; "3167 Sayılı Kanun'un 10.maddesi uyarınca hesapta yeterli karşılığı bulunmayan çekler için Banka'nın çek hamiline

ödemeye mecbur olduğu miktarı Banka'nın hamile ödeme tarihinden, söz konusu miktarın müşteriden tahsil tarihine kadar geçecek süre için Banka'nın borçlu hesaplara uygulayacağı en yüksek cari faiz haddinin %25 fazlası ile buna ilişkin diğer vergi ve sair kesenek ve masrafları ödeyeceğini müşteri kabul ve taahhüt eder. Müşteri bankanın mesul olduğu miktarın bankaca hamile ödendiği anda temerrüde düşmüş sayılacağını kabul eder.”

Düzenlemesi yer almaktadır.

Aynı sözleşmenin “Genel Hükümler” başlıklı 20.maddesinin “Banka'nın/T. Yatırım'ın Rehin, Hapis, Takas Mahsup, Virman Hakkı” başlıklı (R) bendinde; müşterinin bankaya karşı iş bu sözleşmeden veya herhangi bir sebepten doğmuş ve doğacak her türlü borçlarından dolayı müşteriye ait olup da bankada bulunan her türlü sermaye piyasası araçları üzerinde (bunların kuponları, anapara, işlemiş ve işleyecek faiz, temettü, rüçhan hakkı, itfa bedelleri vs gibi) bankanın rehin, hapis, takas ve mahsup ve virman hakkı olduğu, müşterinin kredi borcunun olması halinde hesabına yapılacak her türlü alacak kayıtlarının kredi borcuna mahsup edileceğini kabul edeceği hükme bağlanmıştır.

Diğer taraftan, 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu (İ.İ.K.'nun 96/1. maddesi gereğince; borçlu, elinde bulunan bir mali başkasının mülkü veya rehni olarak gösterdiği yahut 3. bir kişi tarafından o mal üzerinde mülkiyet veya rehin hakkı iddia edildiği taktirde, icra dairesi bunu haciz ve icra zabıtlarına geçirir ve keyfiyeti iki tarafa bildirir.

Somut olaya gelince;

Manisa 3.İcra Müdürlüğü'nün 2009/1945 Sayılı dosyasında, S. Yayıncılık Bilgisayar Yazılım Basım Dağıtım San. Tic. Ltd. Şti. vekili tarafından 6.3.2008 tarihli takip talebi ile Ö. B. Ölçme Değerlendirme Tic. Ltd. Şti. aleyhine 35.000,00 TL asıl alacak, 1.750,00 TL işlemiş faiz olmak üzere toplam 36.750,00 TL alacağın faiz ve masrafları ile birlikte tahsili istenmiş; 15.12.2008 keşide, 30.12.2008 keşide, 15.2.2009 keşide ve 29.12.2008 keşide tarihli karşılıksız kaşesi vurulan dört adet çeke dayanılmıştır. Ödeme emri borçluya 6.3.2009 tarihinde tebliğ edilmiş; takibin kesinleşmesinin müteakip 19.3.2009 tarihinde borçlunun davacı bankada bulunan ve 2.2.2009 ve 16.2.2009 tarihinde çek sebebiyle bankaca bloke konulan hesabı üzerinde fiili haciz uygulanarak hesapta bulunan 7.520,00 TL icra dosyası hesabına alınmıştır.

Haciz sırasında davacı banka vekili tarafından İ.İ.K.nun 96/1. maddesi hükmü gereğince istihkak iddiasında bulunmuştur.

Manisa 2.İcra Hukuk Mahkemesi'nin 20.3.2009 gün ve 2009/135-122 K sayılı kararı ile; T. Bankası'nın 19.3.2009 tarihli haciz sırasında istihkak talebinde bulunduğu, fiili haciz sırasında haczedilen ve menkul hükmünde olan para bakımından haciz tutanağındaki iddianın yazılış şekli bakımından tam bir istihkak iddiası niteliğinde olmadığı, üçüncü kişi bankanın hapis ya da rehin hakkı bulunduğuyla ilişkin soyut iddia dışında bir belge ibraz edemediği gerekçesiyle takibin devamına, istihkak davası açabileceğine kesin olarak karar verilmiştir. Manisa 2.İcra Hukuk Mahkemesi'nin 24.3.2009 tarihli yazıları ile takip dosyasında yatırılan 7.520,00 TL'nin dava sonuna kadar ödenmemesi için ihtiyati tedbir kararı verildiği İcra Müdürlüğü'ne bildirilmiş; 4.8.2009 tarihli yazısı ile de ihtiyati tedbirin kaldırıldığı bildirilerek 4.8.2009 tarihinde alacaklı vekiline ödenmiştir.

Yukarıda yapılan açıklamalar karşısında somut olay değerlendirildiğinde;

Mülga 3167 Sayılı "Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkındaki" Kanununun 10. ve 5941 Sayılı Çek Kanunu'nun 3.maddesi uyarınca muhatap banka süresinde ibraz edilen çekin karşılığının bulunmaması halinde yasal sorumluluk miktarına kadar (somut olay yönünden 2009 yılı için 435,00 TL) ödeme yapmakla, kısmen karşılığının bulunması halinde ise kalan meblağı tamamlamakla yükümlüdür. Aynı maddede ödeme yükümlülüğü ile ilgili hususun hesap sahibi ile muhatap banka arasında çek defterinin teslimi sırasında yapılmış olan dönülemeyecek bir kredi sözleşmesi hükmünde olduğu açıklanmıştır. Bu ödeme külfeti, yasa gereğince bankalara yükletilmiş olduğundan bankaca müşterisine verilen her çek yaprağı için borçlunun bankadaki mevduatının her bir çek için yasal sorumluluk miktarı ile sınırlı olarak banka lehine rehinli olduğunun kabulü zorunludur.

Esasen rehin hakkı banka ile müşterisi arasında imzalanan çerçeve sözleşmede de yer aldığından bankanın borçlusuna karşı ileri sürebileceği rehin hakkını borçlunun alacaklısına karşı da istihkak iddiası olarak ileri sürülebileceğinin kabulü gerekir.

Açıklanan nedenlerle, yerel mahkemece, aynı yönlerde işaret eden ve yukarıda açıklanan ilave sebeplerle H.G.K.'nce benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması ve davacı bankanın, çekle işleyecek hesap açarken ve çek karnesi verirken, gerekli basiret ve itina göstermek zorunda olduğu da gözetilerek, haciz tarihi itibarıyla davacı bankanın takip borçlusuna verdiği ibraz edilen ancak karşılıksız kalan çekler ile bankanın yasal sorumluluk miktarı kadar riski bulunduğu ibraz edilmeyen çeklerden kaynaklanan tüm riskinin banka kayıtları üzerinde uzman bilirkişi aracılığıyla inceleme yaptırılmak suretiyle tespiti ile oluşan sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken; yerinde olmayan gerekçelerle, önceki kararda direnilmesi usul ve yasa aykırıdır.

Bu sebeple direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ : Davacı/banka vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen ilave nedenlerden dolayı H.U.M.K.'nin 429.maddesi gereğince BOZULMASINA.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

- T.23.11.2011 * Dava dilekçesi ve duruşma günü, bozma ila-
E.2011/11-554 mı, karar düzeltme ilamı, bozma sonrası du-
K. 2011/684 ruşma günü, direnme kararı ve temyiz dilek-
çesinin isim benzerliğinden dolayı tutuklu
davalı dışında başka şahsa yapılması iddia
ve savunma hakkının, hukuki dinlenilme
hakkının, adil yargılanma hakkının ihlali
olacağından taraf teşkili usulünce sağlanma-
dan hüküm kurulmasının hukuka aykırı ola-
cağı
- * İlk kararın ve temyiz dilekçesinin de, açıklan-
nan şekilde 7201 sayılı Kanununun 19. madde-
si ve ilgili tüzük hükümlerine aykırı olarak
tebliğ edilmiş olması
- (T.C. Anayasası m. 36; HUMK m. 429/2; 7201
sayılı Tebligat Kanunu m.10, 19)

DAVA : Taraflar arasındaki “maddi ve manevi tazminat” dava-
sından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 13. Asliye Hukuk
Mahkemesince davanın kısmen kabul, kısmen reddine dair verilen
21.05.2008 gün ve 2006/136 E., 2008/180 K. sayılı kararın incelenme-
si taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11. Hukuk
Dairesi’nin 15.12.2009 gün ve 2008/13385 E., 2009/12985 K. sayılı ila-
mı ile;

(... Davacılar vekili, davalı İ. G.-G. Tic. A.Ş.nin maliki ve işleteni,
davalı M. Y.’ın sürücüsü olduğu T.A. Koleji okul servisinde müvek-
killerinin murisinin yolcu olarak okuluna gitmekte iken, araç sürü-
cüsünün tam kusuru ile neden olduğu kazada vefat ettiğini, müvek-
killerinin olay nedeniyle desteklerinden yoksun kaldıkları gibi derin
acılar yaşadıklarını ileri sürerek, fazlaya dair talep ve dava hakları sak-
lı kalması kaydıyla şimdilik, müvekkillerinden M. için 200.000 YTL.
sı manevi ve sigorta tarafından karşılanmayan kısım için 5.000 YTL.
sı maddi, K.H. için 200.000 YTL.sı manevi ve sigorta tarafından karşı-
lanmayan kısım için 5.000 YTL.sı maddi, C. için 100.000 YTL.sı manevi

tazminatın olay tarihinden itibaren avans faizi ile davalılardan müte-selsilen tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı İ. G.- G. San. Tic. ve Araç Kiralama Hizmetleri (Rent a Car) vekili, dava konusu kazayı yapan aracın malikinin müvekkili olmasına karşın aracın 29.6.2004 tarihinde dava dışı C. Tur. Ltd. Şti.ne kiralandığını, olayın da bu şirket tarafından aracın işletilmesi sırasında meydana geldiğini, anılan şirketle yapılan sözleşmenin 5.12 maddesi uyarınca trafik kazaları da dahil olmak üzere tüm maddi ve manevi zarar ve ziyandan C. Tur. Ltd. Şti.nin sorumlu olacağını düzenlendiğini, keza sürücünün de bu şirketin çalışanı olduğunu, sigorta şirketlerinin maddi tazminat taleplerini karşıladığını, talep edilen manevi tazminat miktarının fahiş olduğunu, yasal faiz istenebileceğini savunarak, davanın usul ve esastan reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı T.A. Koleji Vakfı Özel İlköğretim Okul Müdürlüğü vekili, öğrenci servisinin veli ile yaptığı taşıma sözleşmesi ile hizmet verdiğini, aracın okula ait olmadığını, Okul Servis Araçları Hizmet Yönetmeliğinin 5. ve 7. maddelerinin olayda uygulanma yerinin bulunmadığını savunarak, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlar, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, murisin okutulması bakım ve yetiştirilmesi için yapılan muhtemel masraf ile sigorta şirketleri tarafından ödenen tazminat miktarları indirildikten sonra davacıların karşılanmamış maddi tazminat hakkının kalmadığı, okul servisinin davalı T.A. Koleji Vakfı Özel İlköğretim Okul Müdürlüğüne ait olmadığı, aracın okulun kullanımına tahsis edilmediği, servis hizmetinin velilerle yapılan taşıma sözleşmesi gereği yapıldığı, olayda kusursuz sorumluluk hallerinin bulunmadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile, davalı T.A. Koleji Vakfı Özel İlköğretim Okul Müdürlüğü aleyhine açılan davanın husumet yönünden reddine, davacı M. için 20.000 YTL.sı manevi, davacı K. H. için 20.000 YTL.sı manevi ve kardeş C. için 10.000 YTL.sı manevi tazminatın olay tarihinden itibaren yasal faizi ile davalılar İ. G.- G. San. Tic. ve Araç Kiralama Hizmetleri (Rent a Car) ve M. Y.'dan tahsiline, maddi tazminat istemlerinin reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacılar vekili ve davalı İ. G.- G. San. Tic. ve Araç Kiralama Hizmetleri (Rent a Car) 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 davacıların murisinin davalı taşıma şirketine ait araçta yolcu olması nedeniyle kusurunun olmamasına, murisin yetiştiği aile ortamı yüksek tahsil yapmaya yönlendirecek şart ve imkanlara sahip olması nedeniyle asgari ücretin üzerinde tazminata esas gelirin belirlenerek maddi tazminatın hesabında bir usulsüzlük bulunmamasına, taşıma sözleşmesinin davalı İ. G.- G. San. Tic. ve Araç Kiralama Hizmetleri (Rent a Car) ile yapılması nedeniyle aracın fiili taşıyana kiralanmasının bu davalının taşıyan olarak sorumluluğunu ortadan kaldırmayacak olmasına ve ayrıca olay tarihinde geçerli Okul Servis Araçları Hizmet Yönetmeliğinin 7. maddesi hükmü uyarınca da T. A. Koleji vakfının taşıyan dışında bir başka sıfatla dahi sorumlu tutulması mümkün bulunmadığından hakkındaki davanın husumet yönünden reddinde de bir usulsüzlük bulunmamasına göre, davalı İ. G.- G. San. Tic. ve Araç Kiralama Hizmetleri (Rent a Car) vekilinin tüm ve davacılar vekilinin aşağıdaki bent dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2- Davacılar vekilinin temyiz itirazlarına gelince, dava, taşıma sözleşmesinden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece karara esas alınan 19.03.2008 tarihli bilirkişi raporunda davacılar Ferdî Kaza Koltuk Sigorta Poliçesinden ödenen 50.000 YTL.sı hesap edilen destekten yoksun kalma tazminatından indirilmiş ise de, Ferdî Kaza Sigorta Sözleşmesinde yolcunun ölümü halinde sigortacı, bir meblağ sigortası bedeli olan ölüm tazminatını can sigortası ilkeleri uyarınca aynen ölenin yasal mirasçılara ödemek yükümlülüğü altındadır. Bu itibarla mahkemece, Ferdî Kaza Koltuk Sigorta Poliçesinden ödenen 50.000 YTL.sının hesap edilen destekten yoksun kalma tazminatından indirilmek suretiyle ve bu durumda tazminat miktarının negatif bakiye verdiğiinden bahisle davacı anne ve baba yönünden maddi tazminat isteminin reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir...),

Gerekçesiyle bozulduktan sonra, bu kez davacılar vekilince reddedilen temyiz itirazları yönünden karar düzeltme talebinde bulunması üzerine;

(... 1- Yargıtay ilamında benimsenen gerekçelerine göre,

davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair karar düzeltme itirazlarının reddi gerekmektedir.

2- Davalı T.A. Koleji Vakfı ile davalı İ. G.-G. Sanayi Ticaret Taahhüt Taşımacılık ve Araç Kiralama Hizmetleri arasında önceden 22.08.2003 tarihinde sonradan da bu sözleşme yenilenerek 28.09.2004 tarihinde öğrencilerin taşınması hususunda anlaşma yapıldığı, kazanın 06.06.2005 tarihi itibarıyla sözleşme süresi içerisinde meydana geldiği hususları tartışmasıdır. Sözleşme başlığı "Öğrenci, öğretmen ve personel taşıma sözleşmesi" olup sözleşmenin konusu başlıklı. 2. maddeye göre "T. A. Koleji Vakfı okulları, öğrenci, öğretmen ve personelinin A. içi ile İ. kampusu arasında evden okula, okulda eve götürülüp getirilmesi..." olduğu, 3. maddesinde; işin süresinin gösterildiği, 4. maddesinde; güzergahların, 5. maddesinde; alınacak ücretlerin, 6. maddesinde; ilgili ay sonunda verilen hizmette bir aksama olması halinde kullanılmak üzere taşıyıcının vakfa 100.000 YTL güvence bedeli yatıracağı, 8. maddesinde; taşımacının 300.000 YTL tutarında kesin ve süresiz teminat mektubunu vakfa vereceği, 9. maddesinde; vergi, resim ve harçların, 10. maddesinde; fesih hususların düzenlendiği, öncelikle 7. maddesinde a) bendinde; okul servis araçları yönetmeliği hükümlerine uyulacağı b) bendinde; taşımacının vakıftan onay almadan herhangi bir değişim yapamayacağı, c) bendinde; taşımacının vakfın belirleyeceği bir sigorta şirketine "Ferdî Kaza Sigortası" yaptırması zorunluluğu, d) bendinde; 3.kişilere verilerek zararlardan dolayı vakfa rücu edilemeyeceği, m) bendinde; taşımacının personelinin davalı çalışanlarına ait tüm kararlarına ve genelgelerine uymakla yükümlü olacağı hususları açıkça belirtildiği, davacı tanıklarının da; servis araçlarının kiralanması, taşımacılık işlerinde bulunulması, ihalenin yapılması ve araçların seçim ve denetiminde tamamen okul yönetiminin etkili ve yetkili olduğu, öğrenci ve velilerin söz sahibi olmadıkları yönündeki beyanları karşısında davalı vakfın söz konusu taşıma işini denetleme ve kontrol yetkisine sahip olduğu bu durumda vakfın da taşıyan olarak kabulü gerektiğinden davacı vekilinin bu yöne ilişkin karar düzeltme itirazlarının kabulü ile Dairenin temyiz bozma ilamının (1) nolu bölümünün bu hususa ilişkin bölümünün ortadan kaldırılarak yerel mahkeme kararının bu nedenle de davacı yararına bozulması gerekmektedir...),

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve direnme kararının verildiği tarih itibarıyla H.U.M.K.2494 sayılı Yasa ile değişik 438/II.fıkrası hükmü gereğince duruşma isteğinin reddine karar verilip dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

KARAR : Dava, taşıma sözleşmesinden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Yerel mahkemece, davanın kısmen kabul, kısmen reddine karar verilmiştir.

Taraf vekillerinin temyizi üzerine, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde yazılı gerekçelerle bozulmuş; davacılar vekilinin karar düzeltme istemi üzerine yine yukarıda başlık bölümünde yer alan bozma nedeni de eklenmiştir.

Mahkemece önceki kararda direnilmiş; hükmü davacılar vekili temyize getirmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca yapılan incelemede işin esasına geçilmeden önce, dosya kapsamına göre dava dilekçesi ve duruşma gününün davalı dışında başka bir kişiye tebliğ edilmiş olması karşısında, taraf teşkili sağlanıp sağlanmadığı, taraf teşkili sağlanıp savunma hakkı tanınmadan yargılamanın yürütülüp, karar verilmesinin mümkün olup olmadığı hususları ön sorun olarak ele alınmıştır.

Uyuşmazlığın çözümünde öncelikle "tebligat", "taraf teşkili", "adil yargılanma" ve "hukuki dinlenilme hakkı" kavramları üzerinde durulmasında yarar bulunmaktadır:

Yetkili makamlar tarafından bir takım hukukî işlemlerin, bunların hukukî sonuçlarından etkilenmeleri amaçlanan kimselere kanuna uygun şekilde bildirim ve bu bildirim de usulüne uygun şekilde yapıldığının belgelenmesi olarak tanımlanan tebligat, Anayasa ile güvence altına alınan iddia ve savunma hakkının, daha da özeldir hukukî dinlenilme hakkının tam olarak kullanılması ve bu suretle adil bir yargılamanın yapılmasını sağlayan çok önemli bir araçtır.

Bir dâvada davalının, davacının açmış olduğu dâvadan haberdar olması, dâvaya cevap vermesi ve hatta cevap süresinin işlemeye başlaması için dâva dilekçesinin tebliğ edilmesi gerekir. Aksi durumun,

ilgilinin hak arama hürriyetini kısıtlayacağına şüphe yoktur. Aslında hemen her hukuksal işlemin tebligat ile sonuç doğuracağını söylemek mümkündür.

Yargılamanın sağlıklı bir biçimde sürdürülebilmesi, iddia ve savunma ile ilgili delillerin eksiksiz toplanıp tartışılabilmesi, itirazların yapılabilmesi, davanın süratle sonuçlandırılabilmesi; bozma sonrası yargılamanın devamı, uyup uymama yönündeki kararın verilebilmesi, öncelikle tarafların duruşma gününden usulünce haberdar edilmesi ve böylece taraf teşkilinin sağlanması ile mümkündür. Bu yolla kişi, hangi yargı merciinde duruşması bulunduğu, hakkındaki iddia ve isnatların nelerden ibaret olduğuna, yargılamanın safahatına, bozma ilamının içeriğine, bozma sonrası duruşmanın hangi tarihte yapılacağına, verilen kararın ne olduğuna, 7201 sayılı Tebligat Kanunu ve Tebligat Tüzüğünde açıklanan usule uygun tebligat yapılması ile vakıf olabilecektir.

Görüldüğü üzere, taraf teşkili sadece davanın açılması aşamasında değil, yargılamanın diğer aşamalarında da önem taşımaktadır.

Mahkemenin, bozma ilamına uyma ya da direnme konusunu karara bağlamadan önce de, bozma ilamını ve duruşma gününü taraflara kendiliğinden tebliğ edip taraf teşkilini sağlaması, 6217 sayılı Kanunun 30.maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)'nun 429. maddesinin amir hükmü gereği, zorunludur.

Nitekim, bozma sonrası mahkemece yapılacak işlemleri düzenleyen 1086 sayılı HUMK'nun 429/2. maddesinde, "...Mahkeme, temyiz edenden 434'ncü madde uyarınca peşin alınmış olan gideri kullanmak suretiyle, kendiliğinden tarafları duruşmaya davet edip dinledikten sonra, Yargıtay'ın bozma kararına uyulup uyulmayacağına karar verir." hükmü öngörülmüştür.

Bu açık hüküm karşısında mahkeme, bozma ilamını taraflara tebliğ edip; kendiliğinden tarafları duruşmaya davet etmekle yükümlüdür. Belirtilen usulü işlemler tamamlanmadan ve bozma sonrası taraf teşkili sağlanmadan, mahkemece direnme ya da uyma kararı verilmesi olanaklı değildir (HGK'nun 26.09.2007 gün ve 2007/11-652 E. -624 K; 02.07.2003 gün ve 2003/2-408 E.-467 K. sayılı ilamları).

Hal böyle olunca, yargılamada yöntemine uygun olarak taraf teşkilinin sağlanıp sağlanmadığının belirlenmesine yönelik olarak, tebligata ilişkin yasal düzenlemeler üzerinde de durulmalıdır:

7201 sayılı Tebligat Kanunu (Teb.K)'nin 10. maddesinde; "Tebligat, tebliğ yapılacak şahsa bilinen en son adresinde yapılır." hükmü bulunmaktadır.

6099 sayılı Kanunla; bu maddenin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere "Bilinen son adresin tebligata elverişli olmadığına anlaşılması veya tebligat yapılamaması halinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi, bilinen en son adresi olarak kabul edilir ve tebligat buraya yapılır" düzenlemesi getirilmiştir.

Anılan Kanunun "Mevkuf ve mahkumlara tebligat" başlıklı 19. maddesinde: "Mevkuf ve mahkumlara ait tebliğlerin yapılmasını, bunların bulunduğu müessese müdür veya memuru temin eder."

Hükmü yer almakta;

Tebligat Tüzüğü'nün 25. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesinde de; "Mahkuma tebligat yapılamazsa, tebliğ mazbatasına, müdür veya memur tarafından sebebi gösterilmek suretiyle şerh verilir." düzenlemesi bulunmaktadır.

Hemen belirtmelidir ki, tebliğ ile ilgili kanun ve tüzük hükümleri tamamen şeklidir. Tebligat; bilgilendirme yanında belgelendirme özelliği de bulunan bir usul işlemidir. Gerek tebliğ işlemi ve gerekse tebliğ tarihi ancak yasa ve tüzükte emredilen şekillerle tevsik ve dolayısıyla ispat olunabilir. Bu sebeple tebligatın, usul yasaları ile ilişkisi de daima göz önünde tutulmalıdır.

Anılan Kanun ve Tüzüğü'nün bu konuda etkili önlemler almış olmasının tek amacı, tebliğin muhatabına ulaşmasını ve onun tarafından kabul edilmesini sağlamaktır.

Şu hale göre; yazılı tebligat, bir davaya ilişkin işlemleri o davayla ilgili kişilere bildirmek için, mahkemelerce Kanuna uygun biçimde yapılan bir belgelendirme işlemidir. Dolayısıyla, Kanun ve Tüzük hükümlerinin en küçük ayrıntılarına kadar uygulanması zorunludur.

Taraf teşkili konusuna gelince;

Bir dâvada tarafların teşkil edilebilmesi, bu sayede dâvada karşılıklılık, çelişikliğın sağlanabilmesi ve iddia ve savunmalarda bulunabilmesi için taraflarla, taraflar dışındaki tanık ve bilirkişi gibi üçüncü kişilere usulüne uygun tebligat yapılması gereklidir. Tebligat sayesinde, ilgililer duruşmaya davet olunur ve kendilerine, yargılama hakkındaki ilk bilgiler, tebliğ konusu dilekçeler sayesinde verilir. Tebligat, yargılamanın makûl sürede yapılıp sonuçlandırılması, hak ve adaletin gecikmeden yerine getirilmesi açısından önemli bir usûli işlemdir (Mehmet Ruşen Gültekin, Adil Yargılanma Hakkının Gerçekleşmesini Sağlayan Araçlardan Milletlerarası Tebligat ve İstinabe, (Doktora Tezi), Ankara 2006, s. 16, 17).

Taraflar duruşmaya çağrılmadan, eş anlatımla; taraf teşkili sağlanmadan hüküm verilememesi, Anayasanın 36. maddesi ile düzenlenen iddia ve savunma hakkının kullanılmasına olanak tanınması ilkesinin doğal bir sonucudur.

Gerçekten savunma hakkını güvence altına alan T.C. Anayasasının 36. maddesi ile direnme kararının verildiği tarihte yürürlükte bulunan 1086 sayılı HUMK'nun 73. maddesinde de (6100 sayılı HMK'nun 27. maddesi) açıkça belirtildiği üzere, mahkemece davalı yan; dinlenmek ve savunması alınmak üzere kanuni şekillere uygun olarak davet edilmedikçe hüküm verilmesi mümkün bulunmamaktadır, aksi halde savunma hakkının kısıtlanmış sayılacağı, gerek öğreti, gerekse yargısal kararlarda tartışmasız olarak kabul edilmektedir (Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, Cilt II, s.1876 vd).

Çekişmeli yargıda kural olarak duruşma yapılması zorunludur. 01.10.2011 tarihi itibariyle yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nun 27. maddesi uyarınca Kanunun gösterdiği istisnalar dışında hakim tarafları dinlemeden veya iddia ve savunmalarını bildirmeleri için kanuna uygun biçimde davet etmeden hükmünü veremez.

Taraf teşkili dava şartı olup, davanın her aşamasında mahkemece re'sen nazara alınması gereken bir olgudur ve mahkemenin, duruşma gününü, kararını, bozma ilamını, duruşma günü ve direnme kararını taraflara kendiliğinden tebliğ edip taraf teşkilini sağlaması, usulün amir hükmü gereğidir.

Yargılamanın sağlıklı bir biçimde sürdürülebilmesi, iddia ve savunma ile ilgili delillerin eksiksiz toplanıp tartışılabilmesi, itirazların yapılabilmesi, davanın süratle sonuçlandırılabilmesi, öncelikle taraf-

ların duruşma gününden haberdar edilmesi ile mümkün olur. Kişinin hangi yargı merciinde duruşması bulunduğunu, hakkındaki iddia ve isnatların nelerden ibaret olduğunu bilmesi, 7201 sayılı Tebligat Kanunu ve Tebligat Tüzüğünde açıklanan usule uygun tebligat yapılması ile sağlanabilir (HGK'nun 04.03.2009 gün ve 2009/9-52 E.-2009/105 K.; 14.04.2010 gün ve 2010/21-200 E. 2010/216 K.; 20.04.2011 gün ve 2011/5-175 E. 2011/202 K. sayılı ilamları).

Hukuki dinlenilme hakkına gelince:

Mahkeme iki tarafa eşit şekilde hukukî dinlenilme hakkı tanıyarak hükmünü vermelidir. Taraflara hukukî dinlenilme hakkı verilmesi anayasal bir haktır. Anayasamızın 36. maddesine göre teminat altına alınan iddia ve savunma hakkı ile adil yargılanma hakkı, hukukî dinlenilme hakkını da içermektedir. Yine İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nöe de hukukî dinlenilme hakkı, adil yargılanma hakkı içinde teminat altına alınmıştır. Bu hakka, tarafın hâkime meramını anlatma hakkı ya da iddia ve savunma hakkı da denilmektedir. Ancak, hukukî dinlenilme hakkı, bu ifadeleri de kapsayan daha geniş bir anlama sahiptir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesi hükmüne göre:

“ (1) Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler.

(2) Bu hak;

a) Yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını,

b) Açıklama ve ispat hakkını,

c) Mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini,

içerir”.

Hukukî dinlenilme hakkı, Anayasanın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur. Zira, insan onurunun yargılamadaki zorunlu bir sonucu olarak, yargılama sùjelerinin, yargılamada şeklen yer almaları dışında, tam olarak bilgi sahibi olmaları, kendilerini ilgilendiren yargılama konusunda açıklama ve ispat haklarını tam ve eşit olarak kullanmaları ve yargı organlarının da bu açıklamaları dikkate alarak gereği gibi değerlendirme yapıp karar vermesi gereklidir.

Hukukî dinlenilme hakkı olarak maddede ifade edilen ve uluslararası metinlerde de yer bulan bu hak, çoğunlukla “iddia ve savunma hakkı” olarak bilinmektedir. Ancak, hukukî dinlenilme hakkı, iddia ve savunma hakkı kavramına göre daha geniş ve üst bir kavramdır.

Bu hak, yargılamanın tarafları dışında, müdahiller ve yargılama konusu ile ilgili olanları da kapsamına almaktadır. Ancak, her yargılama süjesi kendi hakkıyla bağlantılı ve orantılı olarak bu hakka sahiptir. Hakkın temel unsurları maddede tek tek belirtilmiş, böylece uygulamada bu temel yargısal hak konusundaki tereddütlerin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Bu çerçevede, öncelikle tarafların gerek yargı organlarınınca gerekse karşı tarafça yapılan işlemler konusunda bilgilendirilmeleri zorunludur. Kişinin kendisinden habersiz yargılama yapılarak karar verilmesi, kural olarak mümkün değildir.

Bu hakkın ikinci unsuru, açıklama ve ispat hakkıdır. Taraflar, yargılamayla ilgili açıklamada bulunma, bu çerçevede iddia ve savunmalarını ileri sürme ve ispat etme hakkına sahiptirler. Her iki taraf da bu haktan eşit şekilde yararlanırlar. Bu durum “silahların eşitliği ilkesi” olarak da ifade edilmektedir.

Bu hakkın üçüncü unsuru, tarafların iddia ve savunmalarını yargı organlarının tam olarak dikkate alıp değerlendirmesidir. Bu değerlendirmenin de, kararların gerekçesinde yapılması gerekir (bkz. 6100 sayılı HMK.nun Hükümet Gerekçesi madde 32).

Yargılama bakımından, sadece bir tarafın dinlenmesi, başka kimse- nin dinlenmemesi, tek yönlü karar verilmesi demektir. Yargılamada yer alan taraflar, yargılamanın objesi değil, süjesidir. Hukukî dinlenilme hakkı, doğru karar verilmesinin garantisidir; bu nedenle, haksızlığa karşı koyabilme imkânı tanır. Bu hak, hukuk devletinin, insan onurunun korunması ve eşitlik ilkesinin, hak arama özgürlüğünün, adil yargılanma hakkının bir gereğidir.

Hukukî dinlenilme hakkı yargılamanın süjesi olan herkese aittir. Dava sonunda hukukî durumu etkilenecek olan kişilere, yargılama-daki durumlarına uygun şekilde bu hak tanınacaktır. Tanık ve bilir-kişilerin kendileri ile ilgili bir sonuç doğması halleri dışında, hukukî dinlenilme hakkı bulunmamaktadır. Davada taraflar, çekişmesiz-yargı işlerinde ilgililer bu hakka sahip oldukları gibi, fer’i müdahilin de kendi hakkıyla bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkı bulunmaktadır.

Hukukî dinlenilme hakkı, sadece belli bir yargılama için ya da yargılamanın belli bir aşaması için geçerli olan bir ilke değildir. Tüm yargılamalar için ve yargılamanın her aşamasında uyulması gereken bir ilkedir. Bu çerçevede gerek çekişmeli ve çekişmesiz yargı işlerinde gerekse bu yargılamalarla bağlantılı geçici hukukî korumalarda, icra takiplerinde, tahkim yargılamasında, hatta hukukî uyuşmazlıklarla ilgili yargılama dışında ortaya çıkan çözüm yollarında, her bir yargılama, çözüm yolu ve uyuşmazlığın niteliğiyle bağlantılı şekilde hukukî dinlenilme hakkına uygun davranılmalıdır.

Hukukî dinlenilme hakkına aykırılık -bir istinaf gerekçesi ve -temyizde de bozma sebebidir. Hakkın ihlâlinin niteliğine göre, yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilebilir. Ayrıca adil yargılanma ihlâli çerçevesinde de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurulabilir.

Kanunda da açıkça belirtildiği gibi, hukukî dinlenilme hakkının temel üç unsuru bulunmaktadır (6100 sayılı HMK madde 27/2).

Bunlardan ilki “Bilgilenme Hakkı” dır.

Buna göre, hak sahibinin kendisi ile ilgili yargılama ve yargılamanın içeriği hakkında tam bir şekilde bilgi sahibi olması sağlanmalıdır. Bilgilerime hakkı, gerek karşı taraf gerekse yargı organlarının işlemleri ve dosya kapsamına girip yargılamayı etkileyen her şeyi kapsar. Tarafın bilgi sahibi olmadığı işlemler, belge ve bilgiler yargılamada esas alınamaz. Bilgilenmenin şekli bakımından, hukukî dinlenilme hakkına uygun davranılmalı, ilgilinin bilgilenmesi şeklen değil, gerçekten sağlanmaya çalışılmalıdır. Özellikle tebligat ve davetiye kurallarının uygulanmasında özen gösterilmelidir. Usûlüne uygun tebligat yapılmadan, davetiye çıkarılmadan, tefhimi mümkünse tefhim gerçekleşmeden yapılan işlemler taraflar bakımından sonuç doğurmaz. Taraflardan gizli yargılama yapılamayacağı için, yargılamaya dâhil olan her işlem bakımından taraflar, dosyanın korunması ve yargılamanın sağlıklı yürütülmesi dışında bir sınırlamaya tabî olmadan tam olarak bilgilenme hakkını kullanabilirler. Bu sınırlamalar da bilgilenme hakkını ortadan kaldırmayacak şekilde olmayıp sadece kullanılmasını yargılamanın sağlıklı işlemesi için belirli kurallara bağlamak şeklinde olabilir. Tarafların bilgisine açık olmayan hiçbir husus hükme esas alınamaz.

Hukukî dinlenilme hakkının ikinci unsuru “Açıklama ve İspat Hakkı” dır.

Buna göre de, hak sahibinin bilgilendiği hususlarda açıklama hakkı tam olmalıdır. Açıklama hakkı kapsamına, yargılamanın temelini oluşturan vakıalar, bunların ispatına ilişkin faaliyet ve hukukî sebepler girmektedir. Bununla birlikte, açıklama hakkı sınırsız bir içini dökme hakkı değildir. Bu konuda hakkın özünü zedelemeyen, yargılamanın sağlıklı işlemesine yönelik sınırlamalar getirilebilir. Ancak, hakkı anlamsız kılacak sınırlamalar kabul edilemez. Bu çerçevede örneğin, makul kabul edilebilecek, iddia ve savunmayı genişletme yasağı ile delil gösterilmesi konusunda getirilen sınırlamalar hukukî dinlenilme hakkına aykırı sayılmaz. Burada, teksif ilkesi ve usûl ekonomisi ortaya çıkacak, hukukî dinlenilme hakkı ihlâli sonucunu doğurmayan, teksif ilkesine ve usûl ekonomisine uygun olan sınırlamalar kabul edilebilecektir. Açıklama hakkının ne şekilde kullanılacağını ise, kural olarak ilgili yargılama usûlûbelirler. Açıklama hakkının kullanılması için ilgiye gerekli ortam hazırlanmasına rağmen, kişi bu hakkı kullanıp kullanmamakta serbesttir, hakkını kullanmayarak haktan feragat edebilir.

Hukukî dinlenilme hakkının üçüncü unsuru “Dikkate Alınma Hakkı”dır.

Taraf açıklamalarını yargı organları, tam olarak dikkate alıp değerlendirmelidir. Ancak bu şekilde ilgililer gerçek anlamda yargılamayı etkileyen bir yargılama süjesi haline gelmiş olur. Aksi halde bilgilendirme ve açıklama hakkı anlamsız kalacaktır. Bu sebeple, dikkate alma ve değerlendirme, yargı organı için mutlak bir yükümlülüktür (Hakan Pekcanitez- Oğuz Atalay- Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku, 11. Bası, Ankara 2011, s. 272- 278).

Hakkaniyete uygun bir yargılanmanın gerçekleşmesini sağlayacak en önemli ilke ise silâhların eşitliği ilkesidir. Silâhların eşitliği ilkesi, yine, AİHM’ne göre, mahkeme önünde sahip olunan hak ve vecibeler bakımından taraflar arasında tam bir eşitliğin bulunması ve bu dengenin bütün yargılama boyunca korunmasıdır. Başka bir deyişle, silâhların eşitliği ilkesi, dâvanın taraflarından birini diğeri karşısında avantajlı bir duruma düşürmeyecek şekilde her iki tarafın deliller de dahil olmak üzere, iddia ve savunmasını ortaya koymak için makûl bir olanağa sahip olması, tarafların denge içinde olması demektir. Silâhların eşitliği ilkesi, AİHM’nin 6. maddesinin 1. bendinin ilk cümlesinde geçmektedir.

Bu konuda AİHM’nin Türkiye’ye ilişkin bir değerlendirmesi

Mehmet Göç/Türkiye kararında yer almıştır. AİHM, “mahkemece belirlenen tazminatı yetersiz bulan başvurucunun dâvasının, Yargıtay aşamasında devam etmekte olduğu bir sırada başvurucu, Yargıtay önündeki yargılamada başarı olanaklarını zayıflatacak her türlü sunumdan bilgi edinmek hakkına sahiptir. Bu nedenle Cumhuriyet Başsavcısının Yargıtay’a sunduğu tebliğnamesinin başvurucuya tebliğ edilmemesi, Sözleşmenin 6. maddesinin ihlâlidir” sonucuna varmıştır.

Söz konusu ilke tarafların usulüne uygun olarak mahkemenin önüne gelmelerini sağlayan tebligat işlemi açısından önemlidir. Çünkü ancak hukuka uygun bir usûlde gerçekleşen tebligat üzerine, durumdan haberdar olan taraflar iddia ve savunmalarını eşit şekilde yapabileceklerdir.

Savunma hakkının yeterince kullanılmadığı bir yargılamanın doğru sonuçlar vermesi beklenemez. Adil yargılamayı gerçekleştirmeye yönelik her hukuk kuralı savunma hakkının varlığına işaret edecektir. Hak arama özgürlüğü ve bunun somut unsurlarından biri olan savunmanın yapılabilmesinin ilk koşulu ise tebligattır. Bir yargılama sırasında taraflar, yargılama hakkındaki ilk bilgilere ve bunun sonucunda iddia ve savunma yapabilme haklarına ancak usulüne uygun tebligat ile kavuşabilecek ve bu şekilde savunma yapılabilecektir. Bunun tersi olarak geçerli ve usulüne uygun bir tebligat olmaksızın yargılama yapılması ise, savunma hakkının dolayısıyla, en temel insan haklarından birinin ihlâli anlamına gelecektir (Mehmet Ruşen Gültekin, a.g.e., s. 17 vd.).

Tüm bu açıklamalar ışığında somut olay ele alındığında;

Mahkemece dava dilekçesi ve duruşma günü, bozma ilamı, karar düzeltme ilamı, bozma sonrası duruşma günü, direnme kararı ve temyiz dilekçesinin isim benzerliğinden dolayı davalı M. Y. dışında başka bir şahsa yapılmıştır.

Diğer taraftan, yerel mahkeme kararı ile temyiz dilekçesi de aynı tebligat zarfı içerisinde tutukevinde bulunan davalı M. Y.’ın tebliğ anında orada bulunmama nedeni gösterilmeden “yetkili müdüre” yapılmıştır. 7201 sayılı Tebligat Kanunu’nun yukarıda açıklanan 19.maddesi ve ilgili tüzük hükmü gereğince, tutukevinde bulunan davalı M. Y.’a tebliğlerin yapılmasını, bulunduğu müessese müdür veya memurunun temin edip; tebligat yapılamazsa, bunlar tarafından sebebi gösterilmek suretiyle tebliğ mazbatasına şerh verilmesi gerekirken; buna

uyulmamakla mahkeme kararı ve temyiz dilekçesinin de usulüne uygun olarak tebliğ edilmediği, anlaşılmaktadır.

Bu nedenle, dava dilekçesi ve duruşma gününün, bozma ilamının, karar düzeltme ilamının, bozma sonrası duruşma gününün, direnme kararı ve temyiz dilekçesinin isim benzerliğinden dolayı davalı M. Y. dışında başka bir şahsa yapılması; ilk kararın ve temyiz dilekçesinin de, açıklanan şekilde 7201 sayılı Kanunun 19. maddesi ve ilgili tüzük hükümlerine aykırı olarak tebliğ edilmiş olması; yukarıda ayrıntısıyla açıklanan ve ortaya konulan tüm ilkelerin ihlali anlamındadır.

O halde, davalıya dava dilekçesi ve duruşma günü, mahkeme kararı, temyiz dilekçesi, bozma ilamı, karar düzeltme ilamı ve bozma sonrası duruşma günü usulüne uygun olarak tebliğ edilmeden, taraf teşkili usulünce sağlanmadan yargılamaya devam olunup, hüküm kurulması olanaklı değildir.

Yerel Mahkemece, dava dilekçesi ve duruşma günü, mahkeme kararı, temyiz dilekçesi, bozma ilamı, karar düzeltme ilamı ve bozma sonrası duruşma günü davalıya usulünce tebliğ edilmiş gibi işlem tesis edilip, taraf teşkili sağlanmadan duruşma açılarak; davalının yokluğunda ve ona hukuki dinlenilme hakkı tanınmadan, savunma ve adil yargılanma hakkını kısıtlar biçimde yargılama yapıp sonlandırılması ve sonuçta da davalının aleyhine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle ön sorunun kabulü ile diğer hususlar incelenmeksizin kararın salt bu usulü nedenlerle bozulması gerekmiştir.

Yukarıda açıklanan bu değişik gerekçe ve nedenlerle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ : Davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda gösterilen değişik nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanunun 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA...

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
DİSİPLİN KURULU KARARLARI
DECISIONS OF THE DISCIPLINARY COMMITTEE

T. 15.04.2011
E. 2010/754
K. 2011/247

- * 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 Birliğince belirlenen Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdür.
- * Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür
- * Avukat mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.

(1136 sayılı AV. K. m. 34, 136/1; TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikayetli avukat hakkında, şikâyetçi avukatın Bakırköy 3.Asliye Hukuk Mahkemesinde takip ederek kazandığı davadan dolayı mahkemece hükmedilen avukatlık ücretinin de dâhil olduğu ilamı icraya koymak suretiyle avukatlık ücretini de tahsil ettiği ve ihtarname ile talep edilmesine rağmen iade etmediği, bu amaçla başlatılan icra takibine itiraz ettiği, açılan itirazın iptali davası sonunda itirazın iptaline ve takibin devamına karar verildiği halde halen dosya borcunu ödemedi-

ği, iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülmüş ve disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat soruşturma ve kovuşturma aşamalarında usule uygun olarak yapılan tebligatlara rağmen savunma vermemiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikâyetli avukatın eylemini Avukatlık Yasasının 34, 134 maddeleri ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3 ve 4.maddelerine aykırı bularak şikâyetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş, karara şikâyetçi, şikâyetli avukat hakkında yapmış olduğu icra takibinin sonuçsuz kaldığını, borçlu hakkında aciz vesikası verildiğini, Avukatlık Yasasının 5.maddesinin g bendi gereğince hakkında aciz vesikası bulunan ve kaldırmayanların avukatlık yapamayacağını, şikâyetli avukatın meslekten ihracı ve aciz vesikasını kaldırana kadar meslekten men'i gerekirken sadece kınama cezası verilmesinin avukatı suça teşvik edeceği gibi suçun cezasız kalmasına neden olacağını bildirmek suretiyle şikâyetli avukat tarafından ise Baro Disiplin Kurulu kararının kanuna, yönetmeliğe ve usule aykırı olduğunu, şikâyetçi avukat ile alacak konusu için konuştuklarını orta bir yol bulamadıklarını, kötü niyetle yapılmış bir fiilin söz konusu olmadığını bildirmek suretiyle itiraz edilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikâyetçi avukatın davacı vekili olarak açtığı davanın sonunda Bakırköy 3.Asliye Hukuk Mahkemesi Hakimliğinin 2001/794 Esas, 2004/312 Karar sayılı ve 07.09.2004 tarihli kararı ile davacı için 3.702,56.-TL. sı avukatlık ücretine hükmedildiği, bu ücreti ilamı icraya koyan şikâyetli avukatın tahsil ettiği halde şikâyetçi avukata ödemediği, şikâyetçi avukatın Bakırköy 5.Noterliğinden 04.10.2006 tarihinde keşide ettiği ihtarname ile söz konusu meblağı ve ayrıca ilamın icraya yolu ile tahsil edilmesinden dolayı 9.915,44.-YTL. sı icra vekalet ücreti de dahil olmak üzere toplam 13.518,00.-YTL. sının ödenmesini talep ettiği, 04.05.2007 tarihinde aynı alacak için Bakırköy 4.İcra Müdürlüğünün 2007/3373 Esas sayılı dosyası ile icra takibi başlattığı, şikâyetli avukatın itirazı ile duran takip için şikâyetçi avukatın Bakırköy 1.Sulh Hukuk Mahkemesinde açtığı davanın kısmen kabulü ile icra takibinin 3.702,56.-YTL. sı alacak için devamına ve % 40 icra inkar tazminatına hükmedildiği, Ankara 30.İcra Müdürlüğünün 2008/221 Talimat sayılı dosyasından 15.07.2008 tarihinde borçlu/şikâyetli avukatın işyerinde menkul haczi yapıldığı, şikâyetçinin, Baro Disiplin Kurulu

kararına itiraz dilekçesinde bildirdiği aciz vesikası konusunda karardan önce talepte bulunmadığı ve kanıt vermediği, anlaşılmıştır

Avukatlık Yasasının 34.maddesine göre, “Avukatlar, yükledikleri 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 Birliğiince belirlenen Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdür.”

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3.maddesine göre “Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür.”, 4.maddesine göre “Avukat mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.”

Şikayetli avukatın, şikâyetçi avukat meslektaşının yaklaşık üç yıllık emeğinin karşılığı olan vekâlet ücretini tahsil etmesine ve ödenmesi talep edilmesine karşın haksız bir şekilde iade edilmemesi, hakkında icra takibi başlatılması, itirazı üzerine dava açılması ve ödenmemekte ısrarlı olunması karşısında icra takibi ve haciz işlemlerine maruz kalmasından ibaret eylemi Avukatlık Yasasının 34 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3 ve 4.maddesine aykırı olmakla eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Her ne kadar şikayetçi avukat şikâyetli avukat hakkında yapmış olduğu icra takibinin sonuçsuz kaldığını, borçlu hakkında aciz vesikası verildiğini, Avukatlık Yasasının 5.maddesinin g bendi gereğince hakkında aciz vesikası bulunan ve kaldırmayanların avukatlık yapamayacağını, şikâyetli avukatın meslekten ihracı ve aciz vesikasını kaldırana kadar meslekten men’i gerekirken sadece kınama cezası verilmesinin avukatı suça teşvik edeceği gibi suçun cezasız kalmasına neden olacağını itiraz nedeni olarak ileri sürmüş ise de hakkında aciz vesikası verilen avukat mesleğe kabul için aranılan şartlardan birini kaybetmiş bulunduğundan Avukatlık Yasasının 71.maddesine göre levhadan silme kararı vermek görevi Baro Yönetim Kuruluna ait olduğundan, şikâyetçi avukatın bu konuya ilişkin itirazının reddine karar vermek gerekmiştir.

Şikayetli avukatın eylemi aynı zamanda Avukatlık Yasasının altıncı kısmında yer alan 34.maddesine de aykırı olduğundan, Avukat-

lık Yasasının 136/1.maddesine göre, en az kınama cezası uygulanması zorunlu olduğundan Baro Disiplin Kurulunun eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesinde ve takdir ettiği kınama cezasında hukuki isabetsizlik görülmekmiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetçi avukat ile şikâyetli avukatın itirazlarının reddi ile Baro Disiplin Kurulunun “**Kınama Cezası Verilmesine**” ilişkin kararının **ONANMASINA** katılanların oybirliği ile karar verildi.

T. 15.04.2011
E. 2010/757
K. 2011/249

- * **Yönetim Kurulu salt çoğunlukla toplanır ve üye tam sayısının salt çoğunluğu ile karar verir**
- * **Toplantıya katılan üyelerin sayısı ne olursa olsun kararlar, üye tam sayısının salt çoğunluğu ile alınır**

(1136 sayılı AV. K. m. 93/2; Avukatlık Kanunu Yönetmeliği m. 43/2)

Şikâyetçi avukat, şikâyetli avukatın Gaziantep 2.Ağır Ceza Mahkemesinin 2007/283 Esasında kayıtlı olan kamu davasında adam öldürme suçundan yargılanan M.S.’nin vekili sıfatıyla katıldığı 20.05.2008 tarihli duruşma sırasında, müdahil vekili olan şikâyetçi avukata yönelik olarak “*asıl yalan söyleyen müdahil avukattır, müvekkillerimin savunması doğrudur*” şeklinde sözler söylediği, iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülmeyle “Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına” karar verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinde, Baro Yönetim Kurulunun 20.08.2010 tarihli şikâyetli avukatın “Disiplin kuruluna sevkine” ait kararda Avukatlık Yasasının 93/2.fıkrasında “Yönetim Kurulu salt çoğunlukla top-

lanır ve üye tam sayısının salt çoğunluğu ile karar verir” hükmü ile Avukatlık Yasası Yönetmeliğinin 43/2.maddesinde yer alan “toplantıya katılan üyelerin sayısı ne olursa olsun kararlar, üye tam sayısının salt çoğunlu ile alınır.” hükmü gereği salt çoğunluk olan 6 üyenin Yönetim Kurulu kararında imzasının bulunması gerekir. Baro Yönetim Kurulunun 20.08.2010 günlü “Disiplin Kuruluna sevk” kararında 5 üyesinin imzasının bulunduğundan, bu eksiklik nedeniyle Baro Disiplin Kurulu kararının bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir.

Sonuç olarak şikâyetçi avukatın itirazının kabulü ile Baro Disiplin Kurulunun “Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına” ilişkin kararının “BOZULMASINA” katılanların oybirliği ile karar verildi.

T. 15.04.2011 * **Takip edilen dava, takip ve işlerde tarifeye göre hesaplanacak vekâlet ücreti yıllık avukatlık ücretinin üzerinde olduğu takdirde aradaki eksik miktar avukata ayrıca ödenir.**
E. 2010/765
K. 2011/254
(1136 sayılı Av.K. m. 164; Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi 1.Kısım 4.Bölüm)

Şikâyetli avukat hakkında, asgari ücretin altında ve ücretsiz iş takip etmek üzere sözleşme akdettiği iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmasında, 2002 ile 2007 tarihleri arasında şikâyete konu şirketlerin vekâletini üstlendiğini, yapılacak hukuki işlemler için dava takip ve işlerin tümünü kapsayan aylık sabit ücret aldığını, üçüncü şahıslar hakkında açılacak davalar için % 6 vekâlet ücreti, müvekkili şirket aleyhinde açılacak davalarda ise % 2 ücret alınacağını kararlaştırıldığını, vekâlet ücreti alacakları için şirketler aleyhinde davalar açtığını, ücretsiz dava almadığını, bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikâyetli avukatın eylemini asgari ücret tarifesine ve Avukatlık Yasasının 164.maddesine aykırı olduğunu kabulle şikâyetli avukat hakkında uyarma cezası tayin etmiş, karara şikâyetli avukat tarafından itiraz edilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, kovuşturma konusu sözleşmenin 16.12.2002 tarihinden 11.05.2007 tarihine kadar uygulandığı anlaşılmaktadır. Bu nedenlerle, kovuşturma konusu sözleşmenin, aynı şartlarda, 11.05.2007 tarihine kadar yürürlükte olduğu göz önünde bulundurularak, ilgili sözleşmenin Avukatlık Yasası, Avukatlık Yasası Yönetmeliği, Avukatlık Ücret Tarifesi genel hükümleri ile Birinci Kısım, Dördüncü Bölümdeki hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Şikâyetli avukat hakkındaki iddia, dosyada örneği bulunan ve 16.12.2002 tarihinden itibaren geçerli olduğu yazılan avukatlık sözleşmesinin 2. sayfasının 5. paragrafında *“daha düşük davalarda vekil herhangi bir ücret talebinde bulunmayacaktır.”* ifadesine yer verilmiş ve avukatın değeri 50.000,00.-TL. sının altında kalan davalardan vekâlet ücreti almayacağı sözleşme ile kararlaştırılmıştır. Ayrıca, müvekkili şirket tarafından başlatılacak icra takipleri ile şirket aleyhine yapılan icra takiplerinden de vekâlet ücreti alınmayacağı da sözleşmede düzenlenmiştir.

Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 1.Kısım 4.Bölümünde sözleşmeli avukatlara aylık olarak ödenecek asgari vekâlet ücreti belirlendikten sonra *“Takip edilen dava, takip ve işlerde tarifeye göre hesaplanacak vekâlet ücreti yıllık avukatlık ücretinin üzerinde olduğu takdirde aradaki eksik miktar avukata ayrıca ödenir.”* amir hükmüne yer vermiştir. Bu düzenlemeye göre, aylık maktu vekâlet ücretinin dışında avukatın takip ettiği dava veya takipler nedeniyle tarife gereğince yine vekâlet ücretine hak kazanacağı açık bir gerçek iken şikâyetlinin bu hükme aykırı olarak sözleşme yapmış olması sebebiyle eylemi disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenlerle, aleyhte itiraz olmadığından Baro Disiplin Kurulunun *“uyarma cezası verilmesine”* ilişkin kararında hukuken bir isabetsizlik görülmemiş, kararın onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukatın itirazının reddi ile Baro Disiplin Kurulu'nun *“Uyarma Cezası Verilmesine”* ilişkin kararının ONANMASINA, oybirliği ile karar verildi.

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 yayımlanmıştır. Bunlardan yargı ile ilgili olanlarla, meslektaşlarımız için hemen gerekli olabileceğini düşündüklerimizin tam metinlerine Ekler bölümünde yer verilmektedir. Derginin tümünde olduğu gibi bu bölüm de ihtiyaç ve isteklere göre şekillendiğinden, 2012 yılından itibaren kaldırılmıştır. Bundan böyle avukatlar için öncelikli mevzuat metinleri verilecektir.

KANUNLAR

18 Aralık 2011/28146

6253 Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı Kanunu

27 Aralık 2011/28155

- Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği

29 Aralık 2011/28157 M.

6260 2012 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu

29 Aralık 2011/28157 2.M.

6261 2010 Yılı Merkezi Yönetim Kesin Hesap Kanunu

13 Ocak 2012/28172 M.

6266 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

3 Şubat 2012/28193 M.

6273 Çek Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER

16 Aralık 2011/

YÖNETMELİKLER

16 Aralık 2011/ 28144

- Bitki Koruma Ürünlerinin Sınıflandırılması, Ambalajlanması ve Etiketlenmesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Eğitim Bakanlığına Ait Bazı Yönetmeliklerin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığının Yurt Dışı Teşkilatına Sürekli Görevle Atanacak Personel Hakkında Yönetmelik
- Millî Savunma Bakanlığı Askerî İş Müfettişleri Yönetmeliği
- Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Birden Çok Medya Hizmet Sağlayıcıya Ortaklıkla İlgili Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Makina Mühendisleri Odası Serbest Müşavirlik ve Mühendislik Hizmetleri ve Asgari Ücret Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Süleyman Şah Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

17 Aralık 2011/ 28145

- Adli Tıp Kurumu Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Bitki Karantinası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bitkisel Gıda ve Yem İthalatının Resmi Kontrollerine Dair Yönetmelik
- Canlı Hayvanlar ve Hayvansal Ürünlerde Belirli Maddeler ile Bunların Kalıntılarının İzlenmesi İçin Alınacak Önlemlere Dair Yönetmelik
- Gıda Hijyeni Yönetmeliği
- Gıda İşletmelerinin Kayıt ve Onay İşlemlerine Dair Yönetmelik
- Gıda ve Yemin Resmi Kontrollerine Dair Yönetmelik
- Hayvan ve Ürünlerin Ülkeye Girişinde Ön Bildirim ve Veteriner Kontrollerine Dair Yönetmelik
- Hayvansal Gıdaların Resmi Kontrollerine İlişkin Özel Kuralları Belirleyen Yönetmelik
- Tıbbi Olmayan Veteriner Sağlık Ürünleri Yönetmeliği
- Ürünlerin Ülkeye Girişinde Veteriner Kontrollerinin Düzenlenmesine Dair Yönetmelik
- Ülkeye Giriş Yapan Canlı Hayvanlarda Yürütülecek Veteriner Kontrollerinin Düzenlenmesine Dair Yönetmelik
- Yurt İçinde Canlı Hayvan ve Hayvansal Ürünlerin Nakilleri Hakkında Yönetmelik
- Gemi Sağlık Resmi Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Yan Hizmetler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Danıştay Personeli Atama ve Nakil Yönetmeliği
- Belgelerin Sayıştaya Gönderilmesi, İadesi, Saklanması ve Yok Edilmesine İlişkin Yönetmelik
- Kamu İdaresi Hesaplarının Sayıştaya Verilmesi ve Muhasebe Birimleri ile Muhasebe Yetkililerinin Bildirilmesi Hakkında Usul ve Esaslar

- Sayıştay Başsavcılığı Çalışma Yönetmeliği
- Sayıştayca Bilirkişi ve Uzman Görevlendirilmesine İlişkin Yönetmelik
- Sayıştay Dairelerinin Çalışma Usul ve Esasları
- Sayıştay Denetçilerinin Mesleki Etik Kurallarına İlişkin Usul ve Esaslar
- Sayıştay Denetim Yönetmeliği
- Sayıştay Genel Kurulu, Temyiz Kurulu ve Daireler Kurulunun Çalışma Usul ve Esasları
- Sayıştay Meslek Mensupları ile Savcılarına Ait Sicil Yönetmeliği
- Sayıştay Meslek Mensuplarının Yabancı Ülkelere Gönderilmesi Hakkında Yönetmelik
- Sayıştay Resmi Kıyafet Yönetmeliği
- Sayıştay Yönetim Birimlerinin Görevleri ile Çalışma Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik

18 Aralık 2011/ 28146

- Avrasya Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

19 Aralık 2011/ 2814 7

- Abant İzzet Baysal Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Sınıfları Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Muğla Üniversitesi Gıda Analizleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

20 Aralık 2011/ 28148

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği İçmimarlar Odası Bilirkişilik Yönetmeliği

- Mersin Üniversitesi Ortak Zorunlu Yabancı Dil ve Yabancı Dil Hazırlık Eğitim-Öğretim Yönetmeliği

21 Aralık 2011/ 28149

- Afrika At Vebası Hastalığına Karşı Korunma ve Mücadele Yönetmeliği
- Bal Arılarının Amerikan Yavru Çürüklüğü Hastalığına Karşı Korunma ve Mücadele Yönetmeliği
- Bal Arılarının Küçük Kovan Kurdu ile Tropileaps Akarı Hastalığına Karşı Korunma ve Mücadele Yönetmeliği
- Durin Hastalığına Karşı Korunma ve Mücadele Yönetmeliği
- Hayvan Hastaneleri Yönetmeliği
- Ülkeye Girişte Veteriner Kontrollerine Tabi Olan Hayvan ve Ürünlere Dair Yönetmelik
- Belediye Zabıta Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Büyük Şehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında 3030 Sayılı Kanunun Uygulanması ile İlgili Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Dernekler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Biyosidal Ürünler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Personel Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Tarım İşletmeleri Genel Müdürlüğü Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sürekli Uçuşa Elverişlilik ve Bakım Sorumluluğu Yönetmeliği (SHY M)
- Kırıkkale Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve

- Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ordu Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Süleyman Demirel Üniversitesi Tarımsal Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

22 Aralık 2011/ 28150

- Çevre ve Şehircilik Uzmanlığı Yönetmeliği
- Atların Enfeksiyöz Anemisi Hastalığına Karşı Korunma ve Mücadele Yönetmeliği
- Evcil Hayvan Genetik Kaynaklarının Tesciline İlişkin Yönetmelik
- Evcil Hayvan Genetik Kaynaklarının Korunması ve Sürdürülebilir Kullanımı Hakkında Yönetmelik
- Hayvanların Tanımlanması ile Veteriner Biyolojik Ürünlerin Uygulama Ücretleri Yönetmeliği
- Hayvan Sağlığı Kabini Açılış, Çalışma ve Denetlenme Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ruam Hastalığına Karşı Korunma ve Mücadele Yönetmeliği
- Büyükşehir Belediyeleri Özürlü Hizmet Birimleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

23 Aralık 2011/ 28151

- Çevre ve Şehircilik Uzmanlığı Yönetmeliği
- Atların Enfeksiyöz Anemisi Hastalığına Karşı Korunma ve Mücadele Yönetmeliği

- Evcil Hayvan Genetik Kaynaklarının Tesciline İlişkin Yönetmelik
- Evcil Hayvan Genetik Kaynaklarının Korunması ve Sürdürülebilir Kullanımı Hakkında Yönetmelik
- Hayvanların Tanımlanması ile Veteriner Biyolojik Ürünlerin Uygulama Ücretleri Yönetmeliği
- Hayvan Sağlığı Kabini Açılış, Çalışma ve Denetlenme Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ruam Hastalığına Karşı Korunma ve Mücadele Yönetmeliği
- Büyükşehir Belediyeleri Özürlü Hizmet Birimleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

24 Aralık 2011/ 28152

- Hayvan Satış Yerlerinin Ruhsatlandırılma ve Denetleme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Hayvanların Nakilleri Sırasında Refahı ve Korunması Yönetmeliği
- İnsan Tüketimi Amacıyla Kullanılmayan Hayvansal Yan Ürünler Yönetmeliği
- Sperma, Ovum ve Embriyo Üretim Merkezlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik
- Risk Değerlendirme Komite ve Komisyonlarının Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Veteriner Tıbbi Ürünler Hakkında Yönetmelik
- Veteriner Tıbbi Ürünlerde Yapılacak Değişikliklerle İlgili Yönetmelik

25 Aralık 2011/ 28153

- Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı Yönetmeliği
- Spor Genel Müdürlüğüne Ait Bazı Yönetmeliklerin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Gediz Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

26 Aralık 2011/ 28154

- Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği

27 Aralık 2011/ 28155

2011/2568 Yem Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

- Hayvansal Gıdalar İçin Özel Hijyen Kuralları Yönetmeliği
- Yem Hijyeni Yönetmeliği
- Yemlerin Piyasaya Arzı ve Kullanımı Hakkında Yönetmelik
- Yemlerin Resmî Kontrolü İçin Numune Alma ve Analiz Metotlarına Dair Yönetmelik
- Tütün Mamullerinin Üretim ve Ticaretine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kastamonu Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Sosyal Politikalar Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

28 Aralık 2011/ 28156

2011/2512 Genel Sağlık Sigortası Kapsamında Gelir Tespiti, Tescil ve İzleme Sürecine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

- Ölçü ve Ölçü Aletlerinden Alınacak Muayene ve Damgalama Ücret Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği
- İkili Anlaşmalar, Protokoller veya Diğer Düzenlemeler Kapsamı Dışında, Belirli Ülkeler Menşeli Tekstil Ürünleri İthalatında Gözetim ve Korunma Önlemleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Güvenlik Kurumu Taşra Teşkilatı Kuruluş ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Devlet Malzeme Ofisinden Yapacakları Mal ve Malzeme Taleplerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Barolar Birliği Adli Yardım Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dumlupınar Üniversitesi Öğrenci Sağlık İşleri ve Sağlık Raporları Yönetmeliği
- İstanbul Teknik Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Ondokuz Mayıs Üniversitesi Havacılık ve Uzay Teknolojileri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

29 Aralık 2011/ 28157

- Basın Kartı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gümüşhane Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Mevlana Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

29 Aralık 2011/ 28157 3.M.

- Türk Gıda Kodeksi Pestisitlerin Maksimum Kalıntı Limitleri Yönetmeliği
- Türk Gıda Kodeksi Aroma Vericiler ve Aroma Verme Özelliği Taşıyan Gıda Bileşenleri Yönetmeliği
- Türk Gıda Kodeksi Gıda Katkı Maddeleri Yönetmeliği
- Türk Gıda Kodeksi Hazırlama Yönetmeliği
- Türk Gıda Kodeksi Yönetmeliği
- Türk Gıda Kodeksi Mikrobiyolojik Kriterler Yönetmeliği
- Türk Gıda Kodeksi Etiketleme Yönetmeliği
- Türk Gıda Kodeksi Bulaşanlar Yönetmeliği
- Türk Gıda Kodeksi Gıda ile Temas Eden Madde ve Malzemeler Yönetmeliği
- Gıda Kontrol Laboratuvarlarının Kuruluş, Görev, Yetki ve Sorumlulukları ile Çalışma Usul ve Esaslarının Belirlenmesine Dair Yönetmelik

30 Aralık 2011/ 28158

2011/2504 Adres Kayıt Sistemi Yönetmeliği ile Bazı Yönetmeliklerde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Bankalarca Kredilerin ve Diğer Alacakların Niteliklerinin Belirlenmesi ve Bunlar İçin Ayrılacak Karşılıklara İlişkin Usul ve

Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Başkent Üniversitesi Türkçe Öğretim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Gümüşhane Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

30 Aralık 2011/ 28158 3.M

- Vergi Denetim Kurulu Performans Değerlendirme Sistemi Yönetmeliği

31 Aralık 2011/ 28159

- Takograf Cihazları Servis Hizmetleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çevre Kanununca Alınması Gereken İzin ve Lisanslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kültür ve Turizm Bakanlığı Stajyer Kontrolörlük Giriş ve Kontrolör Yeterlik Sınavları ile Atama, Yetiştirilme ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Beşeri Tıbbi Ürünler Ambalaj ve Etiketleme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dış Protez Laboratuvarları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Karayolu Taşıma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğünde Sözleşmeli Olarak Görev Yapan Sanatkar Memur, Uygulamacı Uzman Memur ve Uzman Memurlar Hakkında Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

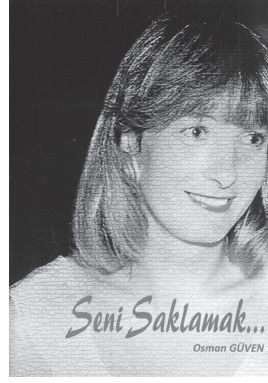
Osman Güven

SENİ SAKLAMAK-Şiirler

İzmir Mart- 2012

(Antalya'da avukat yazarından edinilebilir.)

8 Mart Kadınlar Günü için özel sayı olarak düşünülen TBB dergisi'nin 99. Sayısında, genç yaşta ölen eşi için duygularını şiirleştiren bir avukat arkadaşımızın kitabını tanıtmak istiyorum.



Osman Güven, eşinin ölümünden sonra yeniden yazmaya başladığı şiirlerini, yanlış saymadı isem tam 115 şiiri, SENİ SAKLAMAK adı ile kitaplaştırmış. Osman Güven, Antalya Barosu'nun önceki başkanlarından (1994-1998) ve TBB Yönetim Kurulu önceki üyelerinden (2001-2005) olup yaşamını Antalya'da sürdürmektedir.

1994 yılında onbeş yıllık eşi ve tek çocuklarının annesi Aliye Hanım'ı kaybetmiştir. Önsözünde o günlerdeki ruh halini çok güzel özetlemektedir: "Ölüm devası bulunmayan bir hastalığın sonunda geldi. Belki bu yüzden beklenmedik bir ölüm değildi. Fakat, çığm dağdan kopup geldiğini seyredencesine seyrettiğim ölümün yıkımından kaçamadım. Altında kaldım, ezildim, kımıldayamadım. İçimdeki çığığı bastıramadım. Yangınma kimseleri çağıramadım. Her şey kendi içimde, yandı, karardı, kül oldu."

Osman Güven'i baro ve TBB faaliyetleri içinde o günlerde tanıdım. Uzaktanda olsa üzüntülü ve hüzünlü günlerini gözlemledim, yaşadım. Direnme gücünü, ayakta kalma çabasını çalışmasını şiirlerini okuyunca daha iyi anlıyorum. O günleri ve şiir yazma kararını, eşinin ölümünün hemen ertesi günü yazdığı ve kitaba adını veren şiirinde şöyle dile getiriyor:

Oysa ne unutmak isterim seni ne unutturmak

Gönlüm diler ki güzelim seni

Hem kendim için, hem de bütün zamanlar için saklamak

Bu yüzden şiirler yazacağım sana.

Yazdığı şiirlerde aşk, ölüm, ayrılık, hüznün, özlem ve çaresizlik egemen. Bir kadına duyulan aşktan öte bir şeyler var dizelerinde. Sevgi var, saygı var, yardımlaşma çağrısı var.

Ama ben hala bakarım gravat takarken,

Sevgilim yattığı yerden izler mi diye?

.....

Gravat seçimi şimdilerde

Benim en zor işim

Osman Güven, Üçüncü Yıl Şiiri'nde "sevgi" üzerinde duruyor:

Sevgilisiz sevgi de olmuyor,

Acılaşıp gidiyor yaşamak.

Kalıyorsun dipsiz bir kuyuda,

Mutsuzluk ve kederden kıvrılarak.

Ölümün onuncu yılında kaybının acısı yüreğinde yoğundur.

Fakat öldüğünü dilimle söylemek,

İlk günde zordu,

Bugün de zor,

On yıl sonra da olacak

Ölümünün onikinci yılında bekleyiş bitmemiştir.

On iki yıl geçti aradan,

Hala fikrimde ısrarcıyım.

Rüyamın tersi çıkacak.

Orada bir yerde bekle beni.

Ben seni bulacağım.

Sonra kardeşi Halil'i, "dağ gibi babasını" da kaybettikten sonra

“ölüm”, duygularında sıradanlaşıyor:

Sen öldüğünde çok sıra dışıydı ölüm.

Ölenler arttıkça sıradanlaştı.

Sinsice değil,

Kıydan köşeden değil,

Açıkça yaklaştı ölüm.

Şimdi burun farkıyla gidiyoruz.

Bir o önde

Bir ben öndeyim Güllüm.

2012 yılı Kadınlar Gününde yayımlanan kitapta bütün sevenler ve sevilenler için okunacak, okutulacak güzel dizeler, duygu yüklü şiirler var.

Gene de kendime yeni bir sayfa açmalıyım!

Yeni şeyler çıkar belki yazmaya.

Gönül pınarından akacak dizeleri bekliyoruz acılı kardeşim.

Teoman Ergül

Yrd. Doç. Dr. Özgür Biyan
Balıkesir Üniversitesi Bandırma İİBF
Maliye Bölümü
TÜRK VERGİ HUKUKUNDA
İSPAT - DELİL

- Bilimsel görüşler
- Yargı kararları
- YTTK ve HMK dahil
- Uygulamaya İlişkin Öneriler

Adalet Yayınevi – Ankara



► Toplum olmanın bir zorunluluğu, aynı zamanda demokratik, laik ve sosyal bir devlet olmanın bir göstergesi olan -hukuk-, bireylerin uymak zorunda olduğu kuralları düzenlemektedir. Bireylerin kendi aralarında ya da kamu birimleri ile yaşadıkları ihtilaflar hukuk kurallarına göre çözüme kavuşturulmaktadır. İşte bu ihtilaflarda taraflar ileri sürdükleri iddialarını ancak hukuka uygun elde ettikleri delillerle ispatlamakta ve haklarını aramaktadırlar. Hal böyle olunca hukuk biliminde akla ilk gelen başlıklardan biri de -ispat ve delil- hususudur. Belki de -yargılama aşamasının temeli savunulan iddianın ispatlanması ve bu ispatın yerine getirilmesi sırasında sağlam delillerin ileri sürülmesidir- demek yanlış olmayacaktır. Aynı önem vergi hukuku açısından da geçerliliğini korumaktadır.

Beyan esasına, defter ve belge düzenine dayanan Türk vergi hukukunda, bir vakianın, bir işlemin ortaya konması her şeyden önce tevsiki ile mümkündür. Taraflardan biri mükellef iken diğeri vergi idaresidir. Taraflar belgelerle iddialarını ortaya koymakla yükümlü iseler de bu konuda bir sınırlamaya da tabi değildirler. Önemli olan yapılan işlemin ya da ileri sürülen vakianın gerçek mahiyetinin ortaya çıkarılmasıdır.

Türk vergi hukukunda en son 1980'li yılların başında yapılan değişikliklere göre devam eden ispat ve delil konusu istisnai durumlar dışında serbest delil sistemi içerisinde uygulanmaya devam etmektedir. Ancak detaylı irdelendiğinde sistematik problemler, vakıaların çözümünde eksik kalan düzenlemeler, gelişen bilişim hukuku karşısında yeterli olamayan noktalar dikkat çekmektedir.

-Doktora tezi- olarak Temmuz 2009'da kabul edilen çalışmada Türk vergi hukukunda ispat yükü kurallarının yeri, ispat ve delil sisteminin esasları, ispat ve delil sisteminde dikkate alınması gereken ilkeler, İnsan Hakları Hukuku'na ilişkin düzenlemeler karşısında Türk vergi hukukunda ispat ve delil konusu, Türk vergi hukukunda geçerli olan delil türlerine ilişkin problemler hususlar, başta fatura olmak üzere defter ve belge düzeninin ispat konusu karşısındaki durumunun değerlendirilmesi, elektronik imza hukukuna ilişkin düzenlemeler ve uygulama ile ilgili pek çok

husus irdelenerek, aksayan yönler, problemler alanlar tespit edilmeye çalışılmış ve çözüm önerilerinde bulunulmuştur. Tezlerin özgünlüğü ve bilimselliği açısından çalışmanın sistematikliğinde bir değişiklik yapılmamış, ancak kaleme alındığından bugüne kapsamı dahilinde yapılan akademik çalışmalar da teze dahil edilmeye gayret edilmiştir.

Öte yandan çalışmanın tamamlandığı tarih ile basılacağı tarih arasında geçen süreçte hukuki düzenlemelerdeki değişiklikler hız kesmeyen bir şekilde devam etmiştir. Çalışmamızın özünü oluşturan bazı temel kanunlar yeni halleriyle kabul edilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu çalışmamızda yer alan temel düzenlemeler olarak yeni halleriyle çalışmaya dâhil edilmiştir. Hatta bu bağlamda hem eski hem de yeni Türk Ticaret Kanunu ayrı ayrı çalışmada ele alınmıştır.

Çalışmanın ilk bölümünde kavramsal açıklamalara, ispat ve delil sistemine ilişkin yargılama ilkelerine yer verilmektedir. İspat ve delil türleri ayrıntılı açıklandıktan sonra anayasa yargısı, medeni yargı, ceza yargısı ve idari (vergi) yargısında temel olarak kabul edilmiş ilkelere değinilmektedir.

İkinci bölümde karşılaştırma yapılabilmesi için medeni yargı ve ceza yargısında ispat hususu, hukuk muhakemeleri kanununda delil türlerine detaylı bir şekilde yer verilmektedir.

Çalışmanın odak noktasını oluşturan üçüncü bölümde ise Türk Vergi Hukukunda İspat ve delil sistemi analiz edilmektedir. İspatın konusu, ispat yükü, geçerli ve geçerli olmayan delil türleri, yargı, yükümlü ve idare nezdinde oluşan deliller, karine konusu, delillerin elde edilmesi, toplanması ve değerlendirilmesi başlıkları incelenmektedir.

Türk Vergi Hukukunun en önemli sorunlarından biri olan ispat konusunda pek çok öneri getiren ve doktrindeki görüşlere yer veren çalışma özellikle mali hukuk/vergi hukuku alanında uzmanlaşan/uzmanlaşmak isteyen hukuk meslek mensuplarına katkısı olacağı düşünülmektedir.