



T Ü R K İ Y E
A D A L E T A K A D E M İ S İ

T Ü R K İ Y E A D A L E T A K A D E M İ S İ
D E R G İ S İ

Nisan 2015 - Sayı 21 - Yıl: 6

21

Üç ayda bir yayımlanan ulusal hakemli dergidir.



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

“Adalet İçin Bilgi”

21

YIL:6, SAYI:21, NİSAN 2015

www.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ/OWNER

Yılmaz AKÇİL
Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı
Danıştay Üyesi

*

GENEL EDİTÖR/GENERAL EDITOR

Ertan AYDIN
Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

*

EDİTÖR/EDITOR

Aşkın GÜVEN
Hâkim

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ/EDITOR IN CHIEF

Fethullah SOYUBELLİ
Hâkim

*

YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD

Yılmaz AKÇİL
Türkiye Adalet Akademisi Başkanı
Danıştay Üyesi
Rifat İNANÇ
Türkiye Adalet Akademisi Başkan Yardımcısı
Eğitim Merkezi Başkanı

Mehmet GEDİK
Strateji Geliştirme Daire Başkanı

Dr. İhsan BAŞTÜRK
Yargıtay Üyesi

Dr. Gürsel ÖZKAN
Danıştay Üyesi

*

KAPAK TASARIM/COVER DESING

Özgül EMEKÇİ ÖZBUDAK

*

**YAYIN YÖNETİM MERKEZİ
PUBLICATION MANAGEMENT CENTER**

Türkiye Adalet Akademisi
Ahlatlıbel Kampüsü, İncek Bulvarı, 06095
Çankaya - Ankara

Tel: 312 489 81 80 • **Faks:** 312 489 81 01

E-posta: bilimsel.dergi@taa.gov.tr

Web: www.taa.gov.tr

BASKI

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası,
İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi, ŞAŞMAZ/ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

1. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Hakemli bir dergi olup, dergide Türkçe ulusal hakemli makaleler yayımlanmaktadır.
2. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi üç ayda bir (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim aylarında) yayımlanır.
3. Dergiye gönderilen yazıların daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir. Bu konudaki sorumluluk yazarlara aittir.
4. Makalelerin www.taa.gov.tr adresinde bulunan makale gönder butonu ile gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, genel editör ve editörler ile iletişim kurulabilir.
5. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan Başlık, 150-250 kelime arası Özet ve 5-8 kelime arası Anahtar Kelimeler bulunmalıdır. Hakemli makalelerde Başlığın, Özeti ve Anahtar Kelimelerin Türkçe'nin yanı sıra İngilizce, Fransızca veya Almanca yazılması zorunludur.
6. Yazının ana bölümleri ve kaynakça 12, dipnotlar ise 9,5 punto yazılmalı, 1 satır aralığı ile "Times New Roman" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalı, sayfanın tüm kenarlarında 2,5 cm boşluk bırakılmalıdır.
7. Dergiye gönderilen makaleler "Giriş", "Gelişme" ve "Sonuç" bölümlerinden oluşmalı ve yazıda dipnot atf sistemi kullanılmalıdır.
8. Makale, kaynakça dâhil 3.000 kelimedenden az ve 10.000 kelimedenden çok olmamalıdır.
9. Yazarın akademik ünvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın mesleği, ünvanı, elektronik posta adresi adına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
10. Makalelerin Yayın Kurulu ve en az 1 hakem tarafından olumlu bulunması gerekmektedir.
11. Yazarlara ve hakemlere "Türkiye Adalet Akademisi Yayın ve Yayın Kurulu Çalışma Yönetmeliği" kapsamında telif ve inceleme ücreti ödenmektedir. Dergide yazısı yayımlanmış olan yazarlara iki adet dergi ücretsiz olarak gönderilmektedir.

- Dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.
- Dergide yayımlanan yazılar kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
- Derginin elektronik versiyonuna www.taa.gov.tr adresinden ulaşılabilir.

DANIŞMA KURULU*

Prof. Dr. Adem Sözüer
Prof. Dr. Ahmet Gökçen
Prof. Dr. Ahmet Gürbüz
Prof. Dr. Ahmet Mithat Kılıçoğlu
Prof. Dr. Ali Güzel
Prof. Dr. Anıl Çeçen
Prof. Dr. Arzu Oğuz
Prof. Dr. Atilla Özer
Prof. Dr. Aziz Can Tuncay
Prof. Dr. Bahri Öztürk
Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz
Prof. Dr. Bilge Öztan
Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Prof. Dr. Cumhuri Şahin
Prof. Dr. Ejder Yılmaz
Prof. Dr. Emine Akyüz
Prof. Dr. Ender Ethem Atay
Prof. Dr. Enver Bozkurt
Prof. Dr. Erdal Tercan
Prof. Dr. Erkan Küçükğüngör
Prof. Dr. Faruk Turhan
Prof. Dr. Feridun Yenisey
Prof. Dr. Fügen Sargın
Prof. Dr. Gökhan Oral
Prof. Dr. Hakan Hakeri
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez
Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu
Prof. Dr. Hasan Bacanlı
Prof. Dr. Hasan Tunç
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz
Prof. Dr. Hikmet Sami Türk
Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu
Prof. Dr. İhsan Erdoğan
Prof. Dr. İmdat Elmas
Prof. Dr. İsmail Kayar
Prof. Dr. İsmail Kırca
Prof. Dr. Kamil Ufuk Bilgin
Prof. Dr. Kayıhan İçel
Prof. Dr. Kemal Gözler
Prof. Dr. Kudret Güven
Prof. Dr. M. Fatih Yavuz

Prof. Dr. Mehmet Tevfik Gülsoy
Prof. Dr. Mesut Bedri Eryılmaz
Prof. Dr. Metin Feyzioğlu
Prof. Dr. Metin Günday
Prof. Dr. Mithat Sancar
Prof. Dr. Muhammet Özekes
Prof. Dr. Muharrem Kılıç
Prof. Dr. Mustafa Akkaya
Prof. Dr. Mustafa Avcı
Prof. Dr. Mustafa Erdoğan
Prof. Dr. Mustafa Fadıl Yıldırım
Prof. Dr. Mustafa Koçak
Prof. Dr. Nadir Arıcan
Prof. Dr. Nevzat Koç
Prof. Dr. Nuray Ekşi
Prof. Dr. Osman Doğru
Prof. Dr. Osman Pehlivan
Prof. Dr. Ömer Ulukapı
Prof. Dr. Salih Cengiz
Prof. Dr. Sami Selçuk
Prof. Dr. Selçuk Öztekin
Prof. Dr. Selma Çetiner
Prof. Dr. Serap Yazıcı
Prof. Dr. Sermet Koç
Prof. Dr. Serpil Salaçın
Prof. Dr. Süha Tanrıverdi
Prof. Dr. Şanal Görgün
Prof. Dr. Şebnem Korur Fincancı
Prof. Dr. Şükrü Kızılot
Prof. Dr. Tankut Centel
Prof. Dr. Tayfun Akgüner
Prof. Dr. Tevfik Odman
Prof. Dr. Timur Demirbaş
Prof. Dr. Turan Yıldırım
Prof. Dr. Ümit Biçer
Prof. Dr. Veli Özer Özbek
Prof. Dr. Yasemin Günay Balcı
Prof. Dr. Yavuz Atar
Prof. Dr. Yener Ünver
Prof. Dr. Yusuf Karakoç
Prof. Dr. Zehra Odyakmaz

* Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır. Derginin hakemler kurulu www.taa.gov.tr adresinde bulunmaktadır.

İÇİNDEKİLER/CONTENENTS

- ◆ **Prof. Dr. A. Füsün ARSAVA** 1
Uluslararası Adalet Divanı Tarafından İnsan Haklarının Korunması
Protection of Human Rights by International Court of Justice
- ◆ **Doç. Dr. Selami DEMİRKOL – Dr. Zuhâl BEREKET BAŞ** 41
Yeni Anayasanın Yargı İle İlgili Temel Taşları
Keystones of New Constitution Regarding Jurisdiction
- ◆ **Yrd. Doç. Dr. M. Burak GÖNÜLTAŞ – Prof. Dr. Gökhan ORAL
Prof. Dr. Fatma BEYAZTAŞ** 79
Cinsel İstismarları Açıklayan Teorilerin
Suç Soruşturmaları Bağlamında İrdelenmesi
*Evaluating of Sexual Abuse Theories in the Context
of Criminal Investigations*
- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Cem ÖZCAN** 105
Perruche Davası ve Doğum Öncesi Teşhis Hatası Nedeniyle Tazminat
Perruche Case and Compensation for Prenatal Diagnostic Error
- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Emir KAYA** 123
Eğitim Hak ve Özgürlüğünün Temeli Olarak Tercih Hakkı
The Right of Choice: The Foundation of Education Rights and Freedoms
- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Hasan SINAR** 169
Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Yönünden Ceza Muhakemesinde
Adil Yargılanma Hakkının Tarihsel Temelleri
*The Historical Foundations of the Right to Fair Trial in Comparative
and Turkish Criminal Procedure Law*
- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Mustafa YAVUZ** 229
Kayıp Kaçak Bedelinin Hukuki Bakımdan Değerlendirilmesi
The Evaluation of the Theft and Losses Costs from Legal Point

- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Orhan ALDANMAZ** 253
Normlara Hayat Veren Gerçeklik ve Realiteyi Dönüştüren Normlar
Reality Giving Life to Norms and Norms Transforming the Reality
- ◆ **Dr. Ali AVCI** 285
Eser (İstisna) Sözleşmesinde Şekil ve Bağlanan Sonuçlar
Result in the Form of Production Contract and the Connected
- ◆ **Dr. Ali Rıza TÖNGÜR** 337
Özel Bir Adli Yardımlaşma Türü Olarak Ortak Soruşturma Ekipleri Oluşturulması
Establishing Joint Investigation Teams as a Type of Special Legal Assistance
- ◆ **Dr. Cengizhan HATİPOĞLU** 359
İdari Merci Tecavüzü ve Dört Gri Alan
Administrative Agency Breach and Four Gray Domains
- ◆ **Dr. Hüseyin TURAN** 385
Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kapsamındaki Kararları
Işığında Tutuklamada Gerekçe
*Reasons for Detention on the Light of Constitutional Court's Decisions
Within the Meaning of Individual Application*
- ◆ **Dr. Oğuzhan ERGÜN** 405
Postmodern Jeopolitik ve Küresel Tasarının Eleştirel Çözümlemesi
Critical Analysis of Postmodern Geopolitical and Global Design
- ◆ **Dr. Recep KAPLAN – Yunus Emre YILMAZOĞLU** 445
AİHM ve Anayasa Mahkemesi İçtihatları Işığında
Adil Yargılanma Hakkının Kapsamı Açısından Vergi Uyuşmazlıkları
*The Position of Tax Disputes in Respect to the Scope of the Right to a Fair
Trial in the Light of the Case Law of the ECtHR and the Constitutional Court*
- ◆ **Dr. Ahmet Hulusi AKKAŞ** 467
Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi

Koruma Tedbirinin Şartlarında 6526 Sayılı Kanun İle
Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi

*Criticism of the Amendments made by the Code 6526
on the Conditions of Interception of Correspondence through
Telecommunication as a Protection Measure*

- ◆ **Arş. Gör. Cüneyt PEKMEZ** 489
Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Borca Aykırılıktan Doğan
Kusursuz Sorumluluğa Genel Bakış
*The General View to Liability without Fault from Infringement of
Obligation within the scope of Turkish Obligation Law*
- ◆ **Arş. Gör. Emre KIYAK** 523
Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği
Legal Status of Settlement Agreement Reached as a Result of Mediation
- ◆ **Arş. Gör. Esra ÖZTÜRK** 549
Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında
Birleşmiş Milletler Antlaşmasına (CISG) Göre Satıcının Malları ve
Belgeleri Teslim Yükümlülüğü
*Seller's Liability for Delivery of Goods and
Documents According to United Nations Convention on Contracts
for the International Sale of Goods (CISG)*
- ◆ **Duygu AKAR** 605
Türkiye’de Primsiz Sosyal Güvenlik Rejimi
In Turkey Non-Contributory Social Security Schemes
- ◆ **Oğuz Gökhan AYDIN** 621
“Gelenekten Geleceğe” Türkiye’de Hukuk Eğitimi
“From Tradition to Future” The Legal Education in Turkey
- ◆ **Zeynep Ezgi GÖRKEM** 659
6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Delil İbraz ve İkamesi
According to the Law Code Number 6100; Submission of Evidence

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

MAKALELER / ARTICLES

ULUSLARARASI ADALET DİVANİ TARAFINDAN İNSAN HAKLARININ KORUNMASI

Protection of Human Rights by International Court of Justice

Prof. Dr. A. Füsün ARSAVA *

ÖZET

BM'in yargı organı olarak devletler arasındaki uyuşmazlıkları barışçı yollarla çözmek ve BM organları veya kurumları tarafından talep edilen görüşleri vermekle görevli Uluslararası Adalet Divanı'nın yetkilerinin de facto sınırsız olması ve insan hakları ihlallerinin uluslararası hukuk ihlali olarak kabul edilmesi Divanın insan hakları alanında yetki kullanmasına yol açmaktadır. Bununla beraber bu durum Divanın evrensel ve bölgesel seviyede mevcut uzman insan hakları mahkemelerini ikâme etmesi sonucunu doğurmamaktadır.

Makale bu çerçevede yapılan tartışmaları ve özellikle AİHM'in ve Divanın insan hakları ihlallerine ilişkin mevcut içtihatına ışık tutmaktadır.

Anahtar Kelimeler: ihtiyari ve zorunlu yargı, danışma görüşü, diplomatik himaye, selfdeterminationsright, soykırım yasağı, işkence yasağı, devletlerin yargı bağıışıklığı, insani hukuk.

ABSTRACT

De facto unlimited authority of International Court of Justice as judiciary of UN that is entrusted with peaceful resolution of disputes between states and issue opinions requested from UN bodies or institutions and acceptance of human rights violations as violation of international law authorize International Court of Justice on human rights area. However this situation does not substitute International Court of Justice for universal or regional specialized human rights courts.

This article sets light to discussions within this framework and particularly case law of International Court of Justice and European Court of Human Rights on human rights violations.

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, farsava@atilim.edu.tr

Key Words: Voluntary and compulsory judiciary, consulting opinion, diplomatic protection, Selfdeterminationsright, prohibition of genocide, prohibition of persecution, sovereign immunity, humanitarian law.



Uluslararası Adalet Divanı ne bireylerin devletlere karşı insan hakları ihlâli nedeni ile dava açabildiği bir mahkemedir, ne de bireylerin insanlığa karşı işledikleri suçlar yahut uluslararası ceza hukuku eylemleri nedeniyle ceza hukukuna göre sorumluluklarının karara bağlandığı bir mahkemedir. Uluslararası Adalet Divanı'nın BM'in yargı organı olarak ana görevi devletler arasındaki uyuşmazlıkları barışçı yollarla çözmek veya BM organları veya kurumları tarafından hukuki sorunlara ilişkin talep edilen görüşleri¹ vermektir. Ancak Uluslararası Adalet Divanının konu olarak yetkilerinin de facto sınırsız olması ve insan hakları ihlâllerinin uluslararası hukuk yükümlülüklerinin ihlâli olarak nitelendirilmesi Uluslararası Adalet Divanının insan hakları ihlâlleri nedeniyle yetkilerini kullanmasına yol açmaktadır. Uluslararası Adalet Divanı statüsünün 34. madde, 1. fıkrasına göre sadece devletler vatandaşlarının yabancı ülkelerde uğradıkları insan hakları ihlâlleri nedeniyle yahut yabancılara karşı yapılan insan hakları ihlâlleri nedeniyle Divanda taraf ehliyetine sahiptir. Devletlerin kendi vatandaşları için insan hakları ihlâli iddiası ile açtıkları davalar diplomatik koruma gerekçesine istinat ederken, vatandaşı olmayan kişilerin yabancı ülkelerde uğradıkları insan hakları ihlâli nedeniyle açtıkları davalar insan hakları anlaşmalarının yahut yükümlülüklerinin, özellikle erga omnes yükümlülüklerin ihlâli iddiasına istinat etmektedir. Bu davaların açılabilmesinin şüphesiz önkoşulu Divanın yargı yetkisinin her iki devlet tarafından da kabul edilmesidir.

Son yıllarda Uluslararası Adalet Divanının gerek devletlerarası hukuki uyuşmazlıklar, gerekse BM organlarının talebi üzerine hazırlanan görüşler bağlamında insan hakları konusunda çalıştığı görülmektedir. Uluslararası Adalet Divanı BM Şartı'nın 92. madde, 1. fıkrasına göre ve Uluslararası Adalet Divanı statüsünün 34. madde, 1. fıkrasına göre sadece devletler arasındaki uyuşmazlıklar bakımından yargı yetkisine sahiptir. Dava ehliyetinin şekli sınırlılığı nede-

¹ BM anl. md.96.

niyle Uluslararası Divan statüsünün 35. maddesine göre bireylerin Uluslararası Adalet Divanı nezdinde dava açması mümkün değildir. Uluslararası bir mahkemeye, mahkeme benzer bir denetim yahut anlaşmada öngörülen organa bireysel başvuru olanağı kimi insan hakları anlaşmalarında, örneğin her tür ırk ayrımcılığının ortadan kaldırılmasına ilişkin anlaşmanın 14. maddesinde², BM Medeni ve Siyasi haklar sözleşmesine ilişkin ihtiyari protokolün 1. maddesinde³, işkence ve diğer insanlık dışı muamele yahut cezayı yasaklayan anlaşmanın 22. maddesinde⁴; kadınlara karşı hertürlü ayrımcılığın kaldırılmasını öngören anlaşmaya ilişkin ihtiyari protokolün 1. maddesinde⁵ evrensel seviyede ve AİHK'nın 34. maddesinde bölgesel seviyede kabul edilmektedir. İhlâl iddiasına muhatap devletin ilgili uluslararası anlaşmayı onaylayarak bu çerçevede önceden rızasını dile getirmesi şüphesiz bireysel başvuruların kabulünde önkoşul niteliğine sahiptir.

Uluslararası Adalet Divanının yargı yetkisinin devletler tarafından yönlendirilmesinin sonucu olarak insan hakları bir devlet tarafından ihlâl edilen bireylerin davalarının Uluslararası Adalet Divanı önüne getirilmesi ancak bir devletin davayı üstlenmesine bağlıdır. Bireyler Uluslararası Adalet Divanı nezdinde dava ehliyetine sahip olmasa da, insan hakları ihlalleri iddialarını devletler tarafından getirilen davalar üzerinden karara bağlamak durumunda olan Divan insan hakları normlarının yorum ve gelişmesinde önemli katkı yapmaktadır. Bu çerçevede iki senaryo söz konusu olabilir. Bir devletin dava edilen devletin vatandaşlarının insan haklarının ihlâli nedeniyle dava açması mümkün olduğu gibi, kendi vatandaşlarının haklarının ihlâli nedeniyle de dava açması mümkündür. Bir devletin kendi vatandaşlarının haklarının ihlâli nedeniyle dava açması, devletlerin sahip olduğu diplomatik himaye hakkının sonucudur.

Uluslararası Adalet Divanının yargı yetkisi hukuki uyumsuzluğa taraf olan devletlerin onayını gerektirmektedir. BM Şart'ının 2. madde, 1. fıkrasında yer alan devletlerin egemen eşitliği prensibinin sonucu olarak devletlerin ulus-

² UNTS, Vol.660, s.195.

³ UNTS, Vol.999, s.171.

⁴ UNTS, Vol.1465, s.85.

⁵ UNTS, Vol.1249, s.13.

lararası yargı önünde iradeleri dışı yargılanması mümkün değildir⁶. Devletler Uluslararası Adalet Divanının yargı yetkisini (jurisdiction) ad hoc bir anlaşma (Kompromi), uluslararası teamül hukukuna göre sonradan geçerli olmak üzere onaylama yöntemi ile (forum prorogatum), Uluslararası Adalet Divanı statüsünün 36. madde, 2. fıkrasına göre ihtiyari olarak Divanın zorunlu yargı yetkisini tanıma yahut Divanın yetkisini uluslararası bir anlaşmada öngörme yöntemleri ile kabul edebilir⁷. BM'in 193 üyesinden şimdiye kadar 67'si Divan statüsünün 36. madde, 2. fıkrasına göre tek taraflı olarak Divanın yargı yetkisini kabul etmiştir. 300 kadar uluslararası anlaşma [bunların arasında soykırımın önlenmesi ve cezalandırılması (md.IX), ırk ayrımının her türünün ortadan kaldırılması (CERD, md.22), kadınların siyasi hakları anlaşması (md.9), kadınlara karşı her tür ayrımcılığın ortadan kaldırılması (CEDAW, md.29), işkence ve diğer vahşi insanlık dışı yahut aşağılayıcı muamele veya cezaların yasaklanması anlaşması (CAT, md.30) yer almaktadır] Uluslararası Adalet Divanının yargı yetkisini öngörmektedir⁸. Evrensel seviyede en kapsamlı anlaşma olarak geçerli olan BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinde ise Uluslararası Adalet Divanının yargı yetkisi kabul edilmemiştir.

Sözleşme kapsamında denetim yetkisi kullanacak bir özel organ öngörmeyen soykırımı yasaklayan sözleşme Bosna-Hersek'in Yugoslavya Cumhuriyetine karşı 1993'te açtığı davanın ortaya koyduğu gibi, derhal ve doğrudan Uluslararası Adalet Divanına başvuruyu kabul etmektedir⁹. Buna karşılık özel başvuru organlarının öngörüldüğü insan hakları sözleşmelerine göre sözleşme tarafı devletlerin öncelikle uyuşmazlığı müzakere yolu veya sözleşmede açıkça öngörülen prosedür üzerinden çözmeye çalışmaları ertesinde Uluslararası Adalet Divanına başvuru yapması mümkündür¹⁰. Bu durum CERD anlaşmasının 22. maddesi muvacehesinde Gürcistan'ın Rusya Federasyonu'na karşı 2011'de

⁶ Gentian Zyberi, *The humanitarian face of the International Court of Justice*, 2008, s.43 vd.

⁷ krş.: <http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?pl=5&p2=1&p3=4> (15.12.2012).

⁸ krş.: <http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?pl=5&p2=1&p3=4> (15.12.2012).

⁹ bkz.: *Judgement*, ICJ Reports 2007, s.43, §140.

¹⁰ Bruno Simma, *Human Rights Before the International Court of Justice: Community Interests Coming to Life?*, bkz.: Holger P.Hestermeyer/Doris König/Nele Matz-Lück/Volker Röben/Anja Seibert-Fohr/Peter-Tobias Stoll/Silja Vöneky (eds.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity*, Prof.Dr.Rüdiger Wolfrum'a Armağan (Liber Amicorum), vol. I, 2012, s.587.

Güney Osetya ve Abhazya silahlı çatışması nedeniyle açtığı davada [bu dava Rusya Federasyonu'nun Uluslararası Adalet Divanında taraf olduğu ilk dava örneğini vermektedir; Sovyetler Birliği Uluslararası Adalet Divanında söz konusu davaya kadar hiçbir davada taraf olmamıştır]¹¹ ve CAT anlaşmasının 30. maddesi muvacehesinde Belçika'nın Senegal'e karşı 2012'de suçluların takibi ve iadesi yükümlülüğünün ihlâli nedeniyle açtığı davada teyit edilmiştir¹². Divan ilgili hükümlerin içeriğini usul hukuku bakımından dava açmanın önkoşulu olarak kabul etmiştir. Divan Gürcistan'ın Rusya Federasyonu aleyhine bu tür bir başvuru yapmamış olması nedeniyle davaya bakma yetkisinin olmadığını tespit etmiştir. Irk ayrımcılığının ortadan kaldırılması sözleşmesine göre öncelikle denetim mekanizması olarak sözleşmede öngörülen organa şikayet yapılması gerekmektedir¹³.

I. DANIŞMA GÖRÜŞÜ

Uluslararası Adalet Divanı statüsünün 59. maddesine göre hukuki uyumsuzluk taraf devletler bakımından bağlayıcı bir kararla sona ermesi söz konusu olan davalardan farklı olarak, Uluslararası Adalet Divanı bağlayıcı bir danışma görüşü veremez. Uluslararası Adalet Divanı statüsünün 96. maddesine göre danışma görüşü başvurusunu devletler değil, sadece BM Genel Kurulu ve BM Güvenlik Konseyi yapabilir. Bunun dışında BM'in diğer organ ve uzman kuruluşları da BM Genel Kurulunun yetkilendirmesine istinaden Divandan kendi faaliyet alanlarında doğan hukuki sorunlara ilişkin danışma görüşü talep edebilir. Hukuki sorunlara ilişkin yargısal görüş verilmesi karakterine sahip bu prosedüre ne devletler, ne de bireyler katılabilir. Danışma görüşleri devletler arasında tartışmalı hukuki sorunlara ilişkin olamayacağı gibi, somut bir hukuki uyumsuzlığa da ilişkin olamaz¹⁴. Uluslararası Adalet Divanı statüsünün 65.

¹¹ Krş.:. Phoebe Okowa, the Georgia v. Russia case: A Commentary, Hague Justice Portal (26.01.2009), bknz.: http://www.haguejusticeportal.net/docs/commentaries%20pdf/Okowa_Georgia_ICJ_EN.pdf(15.12.2012).

¹² bknz.: <http://www.icj-cij.org.docket/files/144/17064.pdf>(15.12.2012).

¹³ Phoebe Okowa, The International Court of Justice and the Georgia/Russia Dispute, bknz.: HRLR, Vol.11 (2011), issue 4, s.751 vd.

¹⁴ Uluslararası Adalet Divanı statüsü 65. madde; bknz.: Hermann Mosler/Karin Oellers-Frahm, bknz.: Bruno Simma (ed.), The Charter of the United Nations, A Commentary, Vol.II, 2.bası 2002, Art.96, Rn.1, s.181).

madde, 1. fıkrasına göre Uluslararası Adalet Divanının danışma görüşü vermemesi konusunda bir takdir hakkı olmakla beraber, prensip olarak bu talebi Divanın reddetmemesi gerekmektedir. Sadece zorlayıcı sebepler bu talebin, 1996 tarihli nükleer silahlara ilişkin danışma görüşü talebinde olduğu gibi, reddini haklı kılabilir¹⁵. Danışma görüşü talep edilen sorunun Divanın yargısal fonksiyonu ile bağdaşmaması durumu hariç bu çerçevede haklı bir nedenin bulunduğu kabul edilmemektedir¹⁶. Danışma görüşünden etkilenme olasılığı olan devletlerin hukuki uyumsuzluk durumlarından farklı olarak danışma görüşü alınması için onayı gerekli değildir. Danışma görüşünün devletlere değil, yetkili BM organlarına verilmesi nedeniyle danışma görüşünün talebinde devletlerin onayı gerekli değildir; bununla beraber eksik olan onay belli koşullar altında danışma görüşünün yargısal karakterine uygun düşmeyebilir. Bu durum ile devletlerin Uluslararası Adalet Divanının yargısına onayları olmaksızın tâbi kılınamayacakları konusundaki prensibin danışma görüşü ile by-pass edilme riskinin bulunması halinde ortaya çıkmaktadır. Hukuki uyumsuzluk tarafı bir devletin Divanın yargı yetkisini tanımama olasılığının BM organları tarafından uyumsuzluk tarafı devletin onayını gerektirmeyen danışma görüşü talep etme yöntemi ile by-pass edilmesi mümkündür. Uluslararası Adalet Divanına yakın geçmişte nükleer silahlara ilişkin danışma görüşünde olduğu gibi insan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası hukuk normlarının yorum ve gelişmesine katkı sağlayacak çok sayıda danışma görüşü talebi yapılmıştır¹⁷.

II. KARAR DAYANAĞI

Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesine göre Divan uluslararası hukuk kaynaklarına göre karar verir. Bunlar uluslararası anlaşmalar, uluslararası teamül hukuku ve genel hukuk prensipleridir. Hukuk kaynaklarının tespitinde yardımcı kaynak olarak Divan mahkeme kararlarından ve yetkin

¹⁵ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion of 8 July 1996, ICJ Reports 1996, s.226, §14.

¹⁶ (krş. Jochen Abraham Frowein/Karin Quellers-Frahm, bkz.: Andreas Zimmermann/Christian Tomuschat/Karin Quellers-Frahm/Christian J.Tams (eds.), The Statute of the International Court of Justice. A Commentary, 2nd ed. 2012, Art.65, Rn.32, s.1617 vd.

¹⁷ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion of 8 July 1996, ICJ Reports 1996, s.226, §14.

uluslararası hukukçuların görüşlerinden istifade eder¹⁸. Bunun dışında Divanın Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38. madde, 2. fıkrasına göre kararlarını ex aequo et bono prensibine göre, diğer bir ifade ile hak ve nesafete göre, hukuku esas almaksızın vermesi mümkündür. Bunun için uyumsuzluk tarafı devletlerin şüphesiz onayı gereklidir. Böyle bir kararın uluslararası hukuk dışında alınabilmesi söz konusu olduğu için, bu hüküm herhangi bir uygulama bulmamaktadır¹⁹. Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38. madde, 1. fıkrasında karara esas olacak dayanaklar arasında şüphesiz insan hakları anlaşmalarının veya uluslararası teamül hukukunun parçasını teşkil eden insan hakları normları da bulunmaktadır.

III. İNSAN HAKLARININ DİPLOMATİK HİMAYE DAYANAĞINDA KORUNMASI

Uluslararası hukukta devletler kendilerine tahmil edilen uluslararası hukuka aykırı tutum veya ihmalleri nedeniyle yabancıların uğradıkları zararlardan sorumludur. Diplomatik korunmaya ilişkin Uluslararası Hukuk Komisyonu tasarısının 1. maddesine göre²⁰ bu dava zarar gören gerçek yahut tüzel kişilerin korunması için bu bireylerle vatandaşlık bağı içinde olan devletin zarar veren devletin sorumluluğunu iddia ettiği bir prosedürdür. Bu tablo devletlerin sorumluluğu ve diplomatik himaye arasında sıkı bir bağın bulunduğunu ortaya koymaktadır. Uluslararası Hukuk Komisyonu uluslararası hukukun bu iki müessesini 2001 ve 2006 tarihli çalışmalarında kodifiye etmiş ve geliştirmiştir²¹.

Geleneksel olarak diplomatik koruma bir devletin vatandaşlarını diğer devletlere karşı koruma hakkı olarak anlaşılmaktadır. Uluslararası Adalet Divanı bu anlayışını 1955 tarihli Nottebohm davasında açık bir şekilde dile getirmiştir²². Diplomatik korumanın kullanılabilmesi için uluslararası teamül hukukuna

¹⁸ Theodor Schweisfurth, *Völkerrecht*, 2006, §8, Rn.34, s.266 vd.

¹⁹ krş.: Theodor Schweisfurth, *ibid*.

²⁰ Maryoleine Zieck, *Codification of the Law of Diplomatic Protection: the First Eight Draft Articles*, bkz.: LJIL, vol.14, issue 01 (March 2001), s.209 vd.

²¹ *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, bkz.: YBILC, 2001, vol.II, part II, s.26 vd.

²² Florian Becker, *IGH v. 6.4.1995 – Nottebohm. Zu den minimalen Standards völkerrechtlich relevanter Staatsangehörigkeit*, bkz.: Jörg Menzel/Tobias Pierlings/Jeanine Hoffmann (Hrsg.), *Völkerrechtssprechung*, 2005, s.147 vd.

göre devlet ve birey arasında vatandaşlık bağının devam etmesi²³ ve iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekmektedir²⁴. Viyana Diploması İlişkileri Sözleşmesine göre (UNTS, vol.500, s.959) gönderen devlet sadece kabul eden devlet ülkesindeki vatandaşları lehine diplomatik koruma hakkını kullanacaktır²⁵. Diplomatik koruma, klâsik uluslararası hukukta bireylerin hak sahibi olarak kabul edilmemesi nedeniyle bireylerin uğradıkları zararların devletlerin zararı olarak görüldüğü bir varsayım istinaden oluşturulmuştur²⁶. Uluslararası sürekli Adalet Divanı 1924'te Mavrommatis Palestine Concessions davasında açıkça bunun altını çizmiştir²⁷. Modern uluslararası hukukta durum radikal olarak değişmiştir. Günümüzde bireyler uluslararası hukuk seviyesinde onları gerek kendi devletlerinin, gerekse başka devletlerin uluslararası hukuka aykırı tutum ve ihmâllerinden koruyan çeşitli haklarla donatılmıştır. Vatandaşlar ve yabancılar vatandaşlıkları nedeniyle değil, insan oldukları için insan haklarından istifade etmektedir. Ancak uluslararası hukuk seviyesinde bireylerin haklarını bireysel başvuru formunda iddia edebilecekleri çok sınırlı hukuki araç bulunmaktadır. Bu nedenle zarar gören gerçek ve tüzel kişilerin vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları devletlerin diplomatik koruma hakkı yabancı bir devletin insan hakları ihlâllerinde önemli bir hukuki araç olarak varlığını korumaktadır. Uluslararası insan hakları korumasında söz konusu olan bireysel başvurudan farklı olarak diplomatik korumada devletlerin açtıkları bir dava ile karşı karşıya olduğunun gözardı edilmemesi gerekmektedir.

IV. DİPLOMATİK KORUMA HAKKININ TEMEL HAK YAHUT İNSAN HAKKI NİTELİĞİ

Uluslararası Hukuk Komisyonu tasarısının 1. maddesine göre devletler diplomatik koruma hakkına sahip olmakla beraber bir mükellefiyete tâbi de-

²³ ILC tasarısı, md.5.

²⁴ Uluslararası Hukuk Komisyonu tasarısı md.14.

²⁵ Thomas Kleinlein/David Rabenschlag, *Auslandsschutz und Staatenangehörigkeit*, bkz. *Za-öRV 67 (2007)*, s.1283.

²⁶ Annemarieke Vermeer-Künzli, *As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection*, bkz.: *EJIL*, vol.18 (2007), no.1, s.48 vd.

²⁷ *Greece v. UK*, PCIJ Report 1924, Series A, No.2, s.12.

ğildir²⁸. Uluslararası Hukuk Komisyonu özel raportörü Dugard'ın Komisyonun diplomatik korumaya ilişkin 2000 tarihli 1.raporunda diplomatik korumayı tasarının 4. maddesine göre devletlerin mükellefiyeti olarak kabul ettirme girişimi kabul görmemiştir. Dugard'ın önerisine göre zarar gören bireyin vatandaşlığını taşıdığı devlet ius cogens karakterli bir normun bir diğer devlet tarafından ihlâli durumunda, uluslararası yetkili bir mahkemeye bireysel başvuru yapılmadığı takdirde diplomatik koruma hakkını kullanmakla mükelleftir²⁹. Uluslararası Adalet Divanı 1970 tarihli Barcelona-Traction davasında diplomatik koruma konusunda uluslararası hukukta devletlerin mutlak bir takdir hakkına sahip olduklarını açık olarak teyit etmiştir³⁰. Federal Almanya'da GG daha önceki Alman anayasalarından farklı olarak Alman vatandaşlarının diplomatik himaye hakkını açık olarak düzenlememektedir³¹. Diplomatik koruma hakkı söz konusu bu hükümler muvacehesinde vatandaşlık ve temel haklardan istihraç edilmektedir³². Temel haklara istinat eden diplomatik koruma yükümlülüğü³³ hukuk dogmatığı ışığında devletin insan onurunu koruma ve saygı gösterme (GG md.1, cümle 1), devlet yetkilerini temel haklara göre kullanma yükümlülüğünden (GG md., fıkra 3) istihraç edilmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi hakim olan içtihatında Federal Almanya'nın yabancı devletlere karşı Alman vatandaşlarının çıkarlarını koruma mükellefiyetini kabul etmiştir. Şüphesiz Federal Almanya'nın bu çerçevede Alman vatandaşlarına diplomatik ko-

²⁸ Draft articles on diplomatic protection with commentaries, bkzn.: Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement no.10 (A/76/10), YBILC, 2006, vol.II, part II, Art.1,§4, s.25 vd.

²⁹ bkzn.: James Crawford, The ILC's Articles on Diplomatic Protection, SAYIL, vol. 31(2006), s.26.

³⁰ Krş. Florian Becker, IGH v. 5.2.1970 – Barcelona Traction. Diplomatischer Schutz von Kapitalgesellschaften und erga-omnes-Verpflichtungen, bkzn.: Jörg Menzel/Tobias Pierlings/Jeannine Hoffmann (Hrsg.), Völkerrechtsprechung, 2005, s.467 vd.

³¹ 28.03.1849 tarihli Frankfurt İmparatorluk Anayasasının §184'e göre yabancı ülkedeki her Alman vatandaşının imparatorluğun koruması altında olduğu öngörülmüştür; 11.08.1919 tarihli Weimar İmparatorluk Anayasasının 112. madde, 3 cümlesi hükmüne göre aynı şekilde yabancı devletlere karşı tüm imparatorluk mensuplarının imparatorluk toprakları içinde ve dışında imparatorluğun koruma hakkından istifade edeceği öngörülmüştür, bkzn.: Thomas Kleinlein/David Rabenschlag, Auslandsschutz und Staatsangehörigkeit, ZaöRV 67 (2007), s.1283.

³² Eckart Klein, Anspruch auf diplomatischen Schutz?, bkzn.: Georg Ress/Torsten Stein (Hrsg.), Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht. Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen, 1946, s.128 vd.

³³ Eckart Klein, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 42 (1989), s.1633 vd.

ruma sağlama ve bunu nasıl gerçekleştireceği konusunda kapsamlı bir takdir hakkı bulunmaktadır³⁴. Devletin anayasa ışığındaki bu koruma mükellefiyeti, takdir hakkının mükellefiyete uygun olarak kullanılmasını gerektirmektedir.

Devletin vatandaşını koruma hakkını kullanıp kullanmayacağı ve kullanacaksa ne zaman kullanacağı konusunda takdir hakkı tanıyan yaklaşım Dugard'ın görüşüne göre çağdaş uluslararası hukuka uygun değildir. Bir devlet insan hakları anlaşmaları ile jurisdiction'unda bulunan herkese vatandaş olsun, yabancı olsun, vatansız olsun anlaşmada yer alan insan haklarını temin etmekle mükellef kılındığı nispette temel insan haklarının yabancı bir devlet tarafından ihlâl edilmesi durumunda diplomatik koruma sağlamakla mükelleftir. Bu durum özellikle ius cogens normların ihlâli bakımından geçerlidir³⁵. Son zamanlarda devlet uygulamalarında, ulusal anayasa hukukunda ve uluslararası hukuk literatüründe diplomatik korumanın sadece bir hak olmayıp aynı zamanda devletin bir mükellefiyeti olduğu görüşünün yoğun şekilde temsil edildiği görülmektedir³⁶. Bununla beraber diplomatik korumaya ilişkin Uluslararası Hukuk Komisyonu Tasarısının maddelerinden devletlerin genel bir diplomatik koruma mükellefiyetine tâbi oldukları sonucu çıkarılamamaktadır. Böyle bir mükellefiyetin uluslararası hukukun gelişmesi sonucu doğması mümkündür. Diplomatik korumaya ilişkin Uluslararası Hukuk Komisyonu Tasarısının 19. madde, a). fıkrasının bu anlamda yorumlanması gerekmektedir. Buna göre bir devletin önemli bir zararın söz konusu olması halinde diplomatik koruma olanağını değerlendirmesi gerekmektedir. Diplomatik korumaya ilişkin Uluslararası Hukuk Komisyonu tasarısı diplomatik korumayı insan hakkı olarak düzenlememiştir. Diplomatik koruma Uluslararası Hukuk Komisyonu tasarısı maddelerinde yabancıların insan haklarının korunması prensibini tamamlamıştır³⁷.

³⁴ BVerfGE 40, 141 (177 vd.); 41, 126 (182), 55, 349 (364); Karl Doehring, Die Pflicht des Staates zur Gewährung diplomatischen Schutzes, 1959, s.89 vd.

³⁵ John Dugard, Diplomatic Protection and Human Rights: The draft Articles of the International Law Commission, bkzn.: 24 Australian YBIL, 75 (2005), s.81.

³⁶ Pieter Hendrik Kooijmans, Is the right to diplomatic protection a human right?, Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz. Napoli: Editoriale Scientifica, 2004, vol.4, s.1983.

³⁷ John Dugard, Diplomatic Protection and Human Rights: The draft Articles of the International Law Commission, bkzn.: 24 Australian YBIL, 75 (2005), s.91.

V. ULUSLARARASI ADALET DİVANİ TARAFINDAN İNSAN HAKLARININ DİPLOMATİK KORUMAYA İSTİNADEN KORUNMASI

Uluslararası Adalet Divanı yakın geçmişte diplomatik himaye ve insan hakları ile iştigal etmiştir. Devletler tarafından açılan bu davaların amacı Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesine göre birey haklarının korunmasıydı³⁸. Trilogie davalarında³⁹ davacı devletler açıkça diplomatik koruma ve vatandaşlarının bireysel haklarına istinat etmişlerdir. İlk dava Paraguay tarafından ölüm cezasının infaz edilmesi nedeniyle Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 41. maddesi muvacehesinde geri çekilirken, Uluslararası Adalet Divanı Almanya ve Meksika davasını kabul etmiştir. Gerek LaGrand davasında Almanya, gerekse Avena davasında Meksika Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesinin 36. madde, 1. fıkrası b.bendinde düzenlenen yabancı tutukluların konsolosluk yardımı hakkında bilgilendirilme hakkının sadece bireysel bir hak olmayıp fair prosedüre ilişkin insan hakkı olduğunun tespitini talep etmiştir⁴⁰.

Uluslararası Adalet Divanı 2001 tarihli LaGrand davasında bir insan hakları ihlâlinin olup olmadığının tespitinin gerekli olmadığını, zira Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesinin 36. madde, 1. fıkrasında temin edilen hakların ABD tarafından ihlâlinin esasen saptandığını karara bağlamıştır. Buna karşılık Meksika Avena davasında LaGrand kararından etkilenmemiş ve davasında Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesinin 36. maddesinde temin edilen hakların, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 14. maddesi muvacehesinde ceza işlerinde fair prosedürle bağlantılı temel insan hakları olduğunun tespitini talep etmiştir. Meksika bu meyanda açıkça Amerikan İnsan Hakları Mahkemesinden (IAGMR) aldığı 1999 tarihli “fair bir prosedür bağlamında Konsolosun haberdar edilmesi” hakkında aldığı danışma görüşüne istinat etmiştir. Söz konusu danışma görüşünde IAGMR Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesinin 36. maddesinde düzenlenen hakkı açıkça insan hakkı olarak ilan

³⁸ UNTS vol.586, s.261.

³⁹ Martin Scheinin, The ICJ and the Individual (bknz.: ICLR, 2007, issue 2, s.128), Breard (bknz.: ICJ Reports 1998, s.426), LaGrand (bknz.: ICJ Reports 1998, s.248, §39) ve Avena (bknz.: ICJ Reports 2004, s.12).

⁴⁰ Tahranlı rehinelere davasında ABD açıkça Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesinin 36. maddesinin bireysel hakları düzenlediğini kabul etmiştir. Bknz.: United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgement, ICJ Reports 1980, s.3.

etmiştir⁴¹. Uluslararası Adalet Divanı buna karşılık 2004 tarihli Avena kararında LaGrand davası ile uyumlu olarak Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesinden doğan bu hakkın insan hakkı olup olmadığının tespitinin kendi görevi olmadığını altını çizmiştir. Bunun yanısıra Divan Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesinin ne metninin ve amacının, ne de hazırlık çalışmalarının Meksika'nın görüşünü desteklemediğine dikkat çekmiştir. Uluslararası Adalet Divanı IAGMR'nin görüşünü mahkemeye doğrudan atf yapmadan reddetmiştir. Her iki Divan – IAGMR ve Uluslararası Adalet Divanı – aynı uluslararası hukuk sorusunu, diğer bir ifade ile Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesinin 36. madde, 1. fıkra hükmünün uluslararası insan hakları korumasının bir parçası olup olmadığını farklı cevaplandırmıştır. Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi insan haklarına yönelirken, Uluslararası Adalet Divanı farklı bir yaklaşım sergilemiştir.

VI. DİPLOMATİK KORUMA HAKKININ KULLANILMASINDA İNSAN HAKLARI ANLAŞMALARININ ESAS ALINMASI

2010 tarihli Diallo davasında⁴² Gine, vatandaşı ve işadını Diallo'nun bireysel haklarının Demokratik Kongo Cumhuriyeti tarafından ihlâl edildiğini iddia etmiş ve tazminat talebinde bulunmuştur⁴³. Uluslararası Adalet Divanı LaGrand ve Avena davalarında olduğu gibi Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesinin 36. madde, 1. fıkra, b.bendinin ihlâl edildiğini tespit etmiştir. Kararda ağırlıklı olarak uluslararası hukuk anlaşmalarından doğan tutuklama, gözaltına alma ve Diallo'nun Demokratik Kongo Cumhuriyetinden sınır dışı edilmesi bağlamında insan haklarına ilişkin tespitler yapılmıştır⁴⁴. Uluslararası Adalet Divanı bu davada şimdiye dek geçerli başka mahkemelerin veya anlaşmalarında öngörülen organların kararlarına atıfta bulunmama yönündeki geleneksel tutumundan ayrılarak bölgesel insan hakları mahkemelerinin denetim organ-

⁴¹ The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the due Process of Law, Advisory Opinion OC-16/99 (01.10.1999), IACTHR Series A, No.16, §141, s.64. Krş. : Jesús María/Casal Hernández, Fn.76, s.500 vd.

⁴² Ahmadov Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Judgment, ICJ Reports 2010, §639.

⁴³ bkz.: <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/17044.pdf> (15.12.2012).

⁴⁴ Annemarieke Vermeer –Künzli, The Subject Matters: The ICJ and Human Rights, Rights of Shareholders, and the "Diallo" Case, bkz.: LJIL, vol.24 (2011), issue 3, s.614.

larının, örneğin AİHM ve IAGMR, Afrika İnsan Hakları ve Halkların Hakları Komisyonunun ve evrensel seviyede BM İnsan Hakları Komitesinin kararlarına atıfta bulunmuştur. BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin ve Afrika İnsan Hakları ve Halkların Hakları Şartı'nın⁴⁵ ilgili normlarının yorumuna istinat eden Divan İnsan Hakları Komitesinin Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin hükümlerine ilişkin genel değerlendirmelerini de kararına esas almıştır. Divan açık bir şekilde Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin denetim organı olan İnsan Hakları Komitesinin genel değerlendirmeleriyle bağlı olmadığını, ancak bu değerlendirmelerin önem taşıdığına altını çizmiştir. Divan kararında Diallo'nun sınır dışı edilmesi ile Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 13. madde ve ACHPR'nin 12. madde, 4. fıkrasının Diallo'nun sınır dışı edilmek amacıyla tutuklanması ve gözaltına alınması ile BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 9. madde, 1. fıkrasının ve ACHPR'nin 6. maddesinin ihlâl edildiği tespitini yapmıştır. Divan Diallo'nun özgürlükten mahrum edilmesi nedeniyle BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin insan onuruna saygı ile ilgili 10.madde, 1. fıkrasının da ihlâl edildiğine ilişkin olarak yapılan iddiayı ise kabul etmemiştir. İlginç bir şekilde Divan bu çerçevede BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 7. maddesinde düzenlenen işkence yahut insanlık dışı yahut aşağılayıcı muamele yahut cezayı yasaklayan hükmünü ve ACHPR'in aynı paraleldeki 5. madde hükmünü de kendiliğinden değerlendirmelerine esas almıştır. Divan insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağını uluslararası bir anlaşmanın mükellefiyeti olarak tüm devletler bakımından her koşulda geçerli genel uluslararası hukuk kuralı olduğuna dikkat çekmiştir. Her iki uyumsuzluk tarafı devletin de Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesinin tarafı olması nedeni ile bu dava çerçevesinde Divanın tespitinin uluslararası bir teamül hukuku normundan istihraç edilmesine gerek kalmamıştır.

2010 tarihli Diallo davası insan haklarının Uluslararası Adalet Divanı tarafından korunması bağlamında bir milat oluşturmaktadır. Yargıç Simma insan haklarının korunmasına ilişkin Uluslararası Divanın yaklaşımındaki bu değişimi metafor olarak tanımlamıştır⁴⁶. 1999'da ACHPR'in başkanlığını yapan ve insan

⁴⁵ ACCHPR, UNTS, vol.1520, s.217.

⁴⁶ Bruno Simma, Human Rights before the International Court of Justice: Community Interest Coming to Life?, bkz.: Holger P.Hestermeyer/Doris König/Nele Matz-Lück/Volker Röben/

hakları konusundaki ilerici danışma görüşünü hazırlayan heyette yer alan Uluslararası Adalet Divanı yargıcı Augusto Cançado Trindade Diallo kararı ile ilgili olarak, Uluslararası Adalet Divanı'nın tarihinde ilk kez insan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası hukuk anlaşmalarının (evrensel seviyede BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin, bölgesel seviyede ACHPR'ın) ihlâlinin tespit edildiğine dikkat çekmiştir⁴⁷.

VII. İNSAN HAKLARININ İNSAN HAKLARI YÜKÜMLÜLÜKLERİNE İSTİNADEN KORUNMASI

İnsan hakları ihlâllerinin çoğu, hakları ihlâl edilen bireyin davacı devletin vatandaşı olmaması veya diplomatik koruma koşullarının oluşmaması nedeniyle diplomatik korumaya istinaden iddia edilememektedir. İnsan haklarının ihlâli iddiası ile Uluslararası Adalet Divanında açılan davalar bu nedenle insan hakları anlaşmalarından veya uluslararası teamül hukukundan doğan ius cogens karakterli yahut erga omnes karakterli yükümlülüklerin ihlâli iddiasına dayandırılmaktadır.

Halkların kendi kaderini tayin etme hakkı (SDR)

a. Halkların kendi kaderini tayin etme hakkının normatif karakteri:

Halkların kendi kaderini tayin etme prensibi BM Anlaşmasının 1. madde, 2. fıkrasında BM amacı çerçevesinde düzenlenmiştir. Kendi kaderini tayin etme prensibinin somut uygulaması sömürgeciliğin sona ermesi prosesi çerçevesinde 1960 tarihli sömürge toplumlarına ve ülkelerine bağımsızlık verilmesine ilişkin genel kurul deklarasyonu ile gündeme gelmiştir⁴⁸. Söz konusu deklarasyonda kendi kaderini tayin hakkı tüm sömürge toplumlarına ait bir hak olarak tanımlanmıştır. Kendi kaderini tayin etme hakkının bütün halklar bakımından kabul edilmesi ise 1970 tarihli Devletler arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliği Deklarasyonu ile olmuştur⁴⁹. Her iki deklarasyon BM genel kurulu resolüyo-

Anja Seibert-Fohr/Peter-Tobias Stoll/Silja Vöneky (eds.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity*, Prof.Dr.Rüdiger Wolfrum'a Armağan (Liber Amicorum), vol.I, 2012, s.593.

⁴⁷ Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Judgment, ICJ Report 2010, §1.

⁴⁸ UN-GA Resolution 1514 (XV) 14.12.1960.

⁴⁹ UN-GA Resolution 2625 (XXV, 24.10.1970)

nu ile kabul edilmiş olmaları nedeniyle BM anlaşmasının 13. maddesine göre tavsiye karakterine sahiptir ve tartışmasız olarak teamül hukukunda geçerli prensipleri içermektedir⁵⁰. Kendi kaderini tayin hakkı tüm halklar için BM İnsan Hakları Sözleşmelerinin her ikisinin de 1. maddesinde hukuk prensibi olarak düzenlenmiştir.

Uluslararası Adalet Divanı 1995 tarihli Doğu Timor davasında⁵¹ kendi kaderini tayin hakkını devletler bakımından erga omnes yükümlülükler doğuran uluslararası hukukun temel prensibi olarak nitelendirmiştir. Bu tür yükümlülükler bütün devletlere ilişkindir ve yine tüm devletlerin bu haklara riayet edilmesinde hukuken hukuki menfaatleri bulunmaktadır. Kendi kaderini tayin hakkına Viyana Anlaşmalar Hukuku sözleşmesinin 53. maddesi anlamında hatta ius cogens karakter tanıma yaklaşımı ileri sürülmüştür. Kendi kaderini tayin etme hakkına sömürge yönetimine tabî toplumlar bakımından bu karakter sınırsız olarak tanınırken, hakim olan yaklaşıma göre sömürge yönetimine tabî olmayan halklar bakımından bu karakter tanınmamaktadır⁵².

b. Uluslararası Adalet Divanının halkların kendi kaderini tayin hakkına ilişkin içtihatı

Uluslararası Adalet Divanı yakın tarihli iki danışma görüşünde halkların kendi kaderini tayin hakkına ilişkin olarak yaklaşımını ifade etmiştir. Bunlardan bir tanesi İsrail'in duvar yapımına ilişkin⁵³, diğeri ise Kosova'nın bağımsızlık ilânına ilişkin⁵⁴ danışma görüşüdür. Uluslararası Adalet Divanı bu şekilde Namibia⁵⁵,

⁵⁰ Chittharanjan F.Amerasinghe, Principles of the Institutional. Law of International, 2nd ed., 2005, s.190.

⁵¹ Ost-Timor. Nationale Selbstbestimmung und internationale Gerichtsbarkeit, bkz.: Jörg Menzel/Tobias Pierlings/Jeannine Hoffmann (Hrsg.), Völkerrechtsprechung, 2005, s.153 vd.

⁵² Krşıt.: Karl Doehring, bkz.: Bruno Simma (ed.), The Charter of the United Nations. A Commentary, vol.I, 2nd Aufl., 2002, Art.1, Rn.57, s.62.

⁵³ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Reports, 2004, p.136, krşıt.: Jeannine Hoffmann/Tobias Pierlings, IGH v. 9.7.2004 – Construction of a Wall in the Occupied Territory. “There is no security without law”, bkz.: Jörg Menzel/Tobias Pierlings/Jeannine Hoffmann (Hrsg.), Völkerrechtssprechung, 2005, s.868 vd.

⁵⁴ Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, ICJ Reports, 2010, s.403.

⁵⁵ Legal Consequences for States of the continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, ICJ

Batı Sahra⁵⁶ ve Doğu Timor davasında geliştirdiği görüşlerini bu yeni danışma görüşlerinde de devam ettirmiştir.

VIII. İSRAİL'İN İNŞA ETTİĞİ DUVARA İLİŞKİN GÖRÜŞÜ

Uluslararası Adalet Divanı duvar inşasına ilişkin 2004 tarihli danışma görüşünde ilk kez sömürge konteksi dışında SDR ile iştigal etmiştir⁵⁷. Uluslararası Adalet Divanı açık şekilde BM anlaşmasında ve BM İnsan Hakları Sözleşmelerinin her ikisinin de 1. maddesinde yer alan SDR düzenlemelerine atıfta bulunarak, İsrail'in duvar inşasının Filistin halkının SDR'nı kullanmasını engellediği ve İsrail'in bu şekilde SDR'e saygı yükümlülüğünü yerine getirmediği tespitini yapmıştır. Halkların SDR bağlamında sömürgecilikle bağlantılı olarak Doğu Timor uyuşmazlığında tespit edildiği üzere erga omnes bir yükümlülük söz konusudur. Duvar inşasına ilişkin danışma görüşünde Divan SDR'nin erga omnes karakterini bu kez sömürgecilik konteksi dışında kabul etmiştir. Bu nedenle SDR'e saygı tüm devletler bakımından bir yükümlülüktür. Uluslararası camia da yeralan tüm devletlerin bu yükümlülüğü, işgal edilen Filistin topraklarında ve doğu Kudüs içinde ve etrafında İsrail'in duvar inşası ile oluşan hukuka aykırı durumu tanımama yükümlülüğünü de kapsamaktadır. Bu sonuç 3.devletler bakımından Uluslararası Hukuk Komisyonunun devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin tasarısının 41. madde, 2. fıkrasında öngörülen düzenlemeye uygundur⁵⁸. Söz konusu 4. madde, 2. fıkra devletlerin uluslararası hukukun emredici normlarından doğan mükellefiyetlerinin ağır ihlallerinin sonuçlarını düzenlemektedir. Uluslararası Adalet Divanı'nın Filistin halkının SDR'nin İsrail tarafından ihlâlinin 3.devletler bakımından sonuçlarını ius cogens normların ihlâline bağlaması Divan'ın SDR'ı açıkça emredici norm olarak nitelendirmeden de, SDR düzenlemesine zımnen ius cogens norm karakter tanıma iradesine sahip olduğunu göstermektedir.

Reports, 1971, s.16, §52.

⁵⁶ Western Sahara, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1975, s.12, §54 vd.

⁵⁷ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Reports, 2004, p.136.

⁵⁸ Carmen Thiele, Das Verhältnis zwischen Staatenverantwortlichkeit und Menschenrechten, bkzn.: AVR, vol.49 (2011), Nr.4, s.361 vd.

IX. KOSOVA'NIN BAĞIMSIZLIK İLÂNINA İLİŞKİN DANIŞMA GÖRÜŞÜ

Divan 2010 tarihli Kosova'nın Sırbistan'dan 17 Şubat 2008'de tek taraflı bağımsızlık ilanının uluslararası hukuka uygunluğu konusunda verdiği danışma görüşünde Kosova'nın SDR'ini teyit etmiştir. Danışma görüşü mevcut bir devlet içinde SDR kullanılması, daha somut olarak dış SDR'nin kullanılması bağlamında secession (ayrılma) hakkı ile ilgilidir. Divan bununla beraber halkların dış SDR'nin içeriğini belirleme konusunda karşısına çıkan imkânı kullanmamıştır. Divan halkların SDR'inin 20.yüzyılın ikinci yarısında gösterdiği gelişmeyi uluslararası hukukun en önemli gelişmelerinden biri olarak kabul etmekle beraber, uluslararası hukukun en tartışmalı konularına, örneğin yabancı bir otoriteye tâbi olmayan ülkelerde uluslararası hukukun bir devletin halkının bir kısmına Seccession hakkı tanıyıp tanımadığı, uluslararası hukukun Seccession'a karşı bir savunma hakkı öngörüp öngörmediği ve böyle bir durum söz konusu ise hangi koşulların gerekli olduğu hususunda doğrudan bir açıklama getirmemiştir⁵⁹. Bu sorular Uluslararası Adalet Divanı tarafından zorunluluğun söz konusu olduğu durumlarda alınan acil önlemlerin uluslararası hukuka uygunluğu bağlamında, diğer bir ifade ile Milosevic yönetimindeki Federal Yugoslavya Cumhuriyetinde 1998/99 yıllarında Kosova Arnavutlarına karşı uygulanan ağır ve sistematik insan hakları ihlallerinin kuvvet kullanmanın meşruiyet dayanağı olarak kabul edilmesi bağlamında zımnen cevaplandırılmıştır⁶⁰.

Uluslararası Adalet Divanı sadece uluslararası hukukun bağımsızlık ilânlarını yasaklamadığını tespit etmiştir. Bağımsızlık ilânları kural olarak Seccession'a yol açmaktadır. Uluslararası Adalet Divanının Seccession'un uluslararası hukuka uygunluğu konusunu değerlendirmeyip, Uluslararası Sürekli Adalet Divanının 1927'de Lotus davasında esas aldığı, yasaklanmayan her şeyin caiz olduğu şek-

⁵⁹ Peter Hilpold, Die Seccession im Völkerrecht-Erfordert das Kosovo-Gutachten des IGH eine Neubewertung dieses Instituts?, bkz.: Peter Hilpold (Hrsg.), Das Kosovo-Gutachten des IGH vom 22 Juli 2010, 2012, s.73 vd.; Stefan Oeter, Seccession, territoriale Integrität und die Rolle des Sicherheitsrates, bkz.: Peter Hilpold (Hrsg.), Das Kosovo-Gutachten des IGH vom 22 Juli 2010, 2012, s.87 vd.; Anne Peters, Das Kosovo –Gutachten des IGH vom 22 Juli 2010,2012, s.236 vd.

⁶⁰ Anne Peters, Das Kosovogutachten und die Kunst des Nichtssagens, bkz.: JZ vol.65(2010), Nr.23, s.1169 vd.

inde ifade edilen Lotus prensibine istinat etmesi⁶¹ eleştirilere neden olmuştur. Uluslararası Adalet Divanı bu danışma görüşü ile dış SDR olarak nitelendirilen sezession hakkını değerlendirmekten kaçınmıştır.

X. SOYKIRIM YASAĞI, SOYKIRIM YASAĞININ NORMATİF KARAKTERİ

Soykırım yasağı uluslararası anlaşmalarda ve BM Güvenlik Konseyinin bağlayıcı kararlarında normatif olarak düzenlenmiştir. 1948 tarihli Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesinin (Genosid Konvansiyonu) 1. madde hükmü, anlaşma tarafı devletleri uluslararası hukuka göre barışta olsun, savaşta olsun işlenebilecek bu suçu önlemek ve cezalandırmakla mükellef kılmalıdır. Konvansiyon bu nedenle gerek uluslararası insan hakları koruması, gerekse insani uluslararası hukuk alanında uygulama bulmaktadır. Soykırım suçu bunun ötesinde devletlerin sorumluluğuna ve bireysel ceza hukuku sorumluluğuna yol açmaktadır (Genosid sözleşmesi md.IV ve VI).

Soykırım suçu uluslararası ad hoc ceza mahkemeleri niteliğine sahip eski Yugoslavya⁶² ve Ruanda⁶³ ceza mahkemelerinin statülerinde ve Uluslararası Ceza Mahkemesinin Roma Statüsünde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler uluslararası camianın bu suçu ortadan kaldırma iradesini ortaya koymaktadır. Genel yaklaşıma göre Soykırım Konvansiyonu uluslararası teamül hukukunu yansıtmaktadır⁶⁴. Soykırım yasağının Soykırım Konvansiyonunun tarafı olmayan devletler bakımından da hukuki bağlayıcılığı Uluslararası Adalet Divanının 1951 tarihli Soykırım Konvansiyonuna ilişkin çekinceler hakkındaki danışma görüşü ile teyit olmuştur⁶⁵. Divan bu görüşünde soykırım yasağını Uluslararası Adalet Divanı statüsünün 38. madde, 1. fıkra, c.bendi muvacehesinde genel hukuk ilkesi olarak nitelendirmiştir. Bunun ötesinde soykırım yasağı hakim görüşe göre uluslararası hukukun Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 53.

⁶¹ bkz.: Anne Peters, Das Kosovogutachten und die Kunst des Nichtssagen, bkz.: JZ vol.65 (2010), Nr.23, s.1168.

⁶² bkz.: UN Doc.S/RES/827 (25.05.1993) ve değişiklik metni için bkz.: Doc.S/RES/1877 (07.07.2009).

⁶³ bkz.: UN Doc.S/RES/955 (08.11.1994) ve değişiklik metni için bkz.: UN Doc.S/RES/1901 (16.12.2009).

⁶⁴ Gerhard Werle, Völkerstrafrecht, 2.Aufl. 2007, Rn.41, s.18.

⁶⁵ Reservation to the Convention on Genocide, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951, s.15 (23).

maddesine göre erga omnes yükümlülük getiren ius cogens karakter taşımaktadır.

XI. ULUSLARARASI ADALET DİVANININ SOYKIRIM YASAĞI İLE İLGİLİ İÇTİHADİ

Bosna Hersek Cumhuriyetinin Yugoslavya Cumhuriyetine karşı 1993'te Uluslararası Adalet Divanı nezdinde açtığı dava Soykırım Konvansiyonunun yetkiyi düzenleyen IX. maddesine – insan hakları anlaşmasına – istinat ettirilmiştir⁶⁶. 1999'da Hırvatistan da Yugoslavya Cumhuriyetine karşı aynı şekilde bir dava açmıştır⁶⁷. 2007 tarihli kararlar 20.yüzyılın sonunda Avrupa'nın ortasında cereyan eden soykırımı ilişkin 14 yıllık hukuki geçmişi olan dava kararına bağlanmıştır. Divan soykırım yasağını erga omnes yükümlülük getiren ius cogens bir norm olarak nitelendirmiştir. Divan bu şekilde bu konuda geçmişteki içtihatını teyit etmiştir⁶⁸.

Soykırım Konvansiyonunun konvansiyon tarafı devletlere açık olarak soykırım suçu işlememe yükümlülüğü getirip getirmediği konusuna Divan, Konvansiyonun konvansiyon tarafı devletlere soykırımı önleme ve cezalandırma yükümlülüğü getiren yaklaşım ışığında, devletlerin kendisine bu suçun işlenmemesi yükümlülüğünün getirilmemesinin olanaksız olduğu sonucuna varmıştır. Divanın görüşüne göre soykırımı önleme yükümlülüğü zorunlu olarak soykırım suçunun devletler tarafından işlenmesini de yasaklamaktadır. Konvansiyonun ülkesellik kriteri bağlamında uygulanması ile ilgili olarak Divan, Konvansiyonun I. ve III. maddelerinden doğan soykırımı önleme ve cezalandırma mükellefiyetinin konvansiyon devletlerinin ülkeleriyle sınırlı olmadığı sonucuna varmıştır. Konvansiyon tarafı devletler kendi ülkesel sınırları ötesinde de yükümlülüklerini yerine getirebilir. Bunun tersi bir durum, örneğin suçun işlendiği ülkenin bu konuda yetkili bir mahkemesinin bulunması veya yargı yetkisi devlet tarafından tanınmış yetkili bir uluslararası mahkeme tarafından

⁶⁶ bkz.: ICJ Reports 2007, s.43, §140.

⁶⁷ bkz.: ICJ Reports 2008, s.412.

⁶⁸ bkz.: Barcelona Traction. Diplomatischer Schutz von Kapitalgesellschaften und erga-omnes- Verpflichtungen, bkz.: Jörg Menzel/Tobias Pierlings/Jeanine Hoffmann (Hrsg.), Völkerrechtssprechung, 2005, s.467 vd.

yargılama olanağının bulunması Soykırım Konvansiyonunun VI. maddesinden doğan yükümlülüğün ülkesel olarak sınırlandırılmasına yol açabilir.

Etnik temizliğin Soykırım Konvansiyonu muvacehesinde soykırım eylemi teşkil edip etmediği hususunun açıklığa kavuşturulması bağlamında Divan soykırım suçunun görüşüne göre etnik temizlik bağlamında Soykırım Konvansiyonunun II. maddesinde öngörüldüğü üzere kasıt unsuru ile birlikte bir ulusal, etnik, ırk yahut dini grubun yok edilmesi söz konusu olabileceğini vurgulamıştır. Soykırım Konvansiyonunda soykırımı önleme kavramının tanımlanmamış olması nedeniyle Uluslararası Adalet Divanı uluslararası hukukta uluslararası hukuka aykırı muayyen tasarrufların önlenmesine ilişkin genel bir yükümlülük bulunup bulunmadığı konusu bağlamında diğer bir insan hakları sözleşmesine – işkence ve insanlık dışı yahut aşağılayıcı muamele yahut cezayı yasaklayan anlaşma – atıfta bulunmuştur. Soykırımı önleme yükümlülüğünün Divan’a göre sonuç ile bağlantılı olarak değil, tasarrufa ilişkin olarak düşünülmesi gerekmektedir. Konvansiyon tarafı devletler soykırımı önlemek için kendi yetki alanlarında bulunan tüm önlemleri almakla yükümlüdür. Konvansiyon devletlerinden birinin bu yükümlülüğü yerine getirmemesi durumunda bu devlet için uluslararası sorumluluk doğacaktır. Divan bu çerçevede gerekli özenin gösterilmesine dikkat çekmektedir.

Uluslararası Adalet Divanı önemli bir katkıyı da soykırımı iştirak kavramına (Soykırım Konvansiyonu md.III bent e) getirdiği yorumla yapmıştır. Divan bu çerçevede devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin Uluslararası Hukuk Komisyonu tasarısının 16. maddesine uluslararası teamül hukuku olarak dahil edilen yardım yahut destek verme kavramlarından hareket etmiştir. Divanın görüşüne göre soykırımı iştirak ile konvansiyonun III. madde, e.bendi muvacehesinde bir diğer devletin uluslararası hukuka aykırı eylemlerine yardım ve destek verilmesi arasında devletlerin sorumluluğuna ilişkin tasarının 16. maddesine göre özü itibarıyla bir fark bulunmamaktadır. Bunun ötesinde soykırımı iştirakte yardım yapan organ yahut kişinin failin kastından haberdar olması gerekmektedir. Bu tablo Divan’ın Soykırım Konvansiyonu bağlamında soykırımı iştirak kavramına devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin kurallarla uyumlu olarak yorum getirdiğini ortaya koymaktadır. Divan aynı paralelde

soykırımı önleme yükümlülüğünün Konvansiyonun 1. maddesi muvacehesinde ihlâli ve Konvansiyonun III. maddesi, e.bendi muvacehesinde soykırımı iştirak arasındaki farklar üzerinde durmuştur. Soykırımı iştirak suçu bir tasarruf gerektirmesine karşılık, soykırımı önleme yükümlülüğü ihlâli önleyici bir tasarrufta bulunulmamasını gerektirmektedir. Soykırımı iştirak suçunda işlenecek soykırım suçunun bilinmesinden hareket edilmektedir. Soykırım suçunu önleme yükümlülüğünün ihlâli nedeniyle uluslararası sorumluluğun doğması ise devletin soykırım suçunun işlenmesine matuf ciddi tehlikenin bilinmesi yahut bilinmesi gerektiği durumlarda söz konusu olabilmektedir.

Divan sonuç olarak Sırbistan'a karşı açılan Sırbistan'ın davada soykırımı iştirak ettiği tespitini yapmamakla beraber Sırbistan tarafından 1995 Temmuzunda Srebrenica'da işlenen soykırım suçuna ilişkin soykırımı önleme yükümlülüğünün yerine getirilmediği ve aynı şekilde soykırım suçunu cezalandırma yükümlülüğünü yerine getirmediği tespitini yapmıştır⁶⁹. Ratko Mladic'in soykırım ve soykırımı iştirak nedeniyle dava edilen eski Yugoslavya için kurulan uluslararası ceza mahkemesine teslim edilmemesi gerek soykırım sözleşmesi, gerekse Yugoslavya'nın uluslararası ceza mahkemesi ile işbirliği yapma mükellefiyetinin ihlâli anlamını taşımaktadır. Kararda Sırbistan'ın Soykırım Sözleşmesi muvacehesinde Mladic'i uluslararası ceza mahkemesine teslim etme ve mahkeme ile işbirliği yapma yükümlülüğünü ihlâl ettiğinin açıkça ifade edilmesi Uluslararası Adalet Divanının sadece Soykırım Konvansiyonunun yorumu ve Soykırım Konvansiyonunun uluslararası ceza hukukuna entegre edilmesi bağlamında değil, aynı zamanda diğer uluslararası mahkemelere destek vermesi anlamında önemli katkı olarak kabul edilmiştir.

XII. İŞKENCE YASAĞI, İŞKENCE YASAĞININ NORMATİF KARAKTERİ

Çok sayıda insan hakları anlaşmaları örneğin Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 7. maddesi ve İşkence Ve İnsanlık Dışı Muamele Yahut Aşağılayıcı Cezayı Yasaklayan Anlaşma (CAT) evrensel şekilde işkence yasağını hukuken bağlayıcı olarak düzenlemektedir. CAT'in 1. madde, 1. fıkrası işkence kavramının tanımını yapmaktadır. Bu tanım uluslararası mahkemeler ve denetim

⁶⁹ bkz. ICJ Reports 2007, §471.

organları tarafından işkence yasağı ihlâlinin denetiminde esas alınmaktadır. Söz konusu norma göre işkence, kamu hizmeti mensubunun veya resmi görevli birisinin bir kişiye kasten ağrı veren yahut ıstırabına yol açan her türlü tasarruf olarak tanımlanmaktadır. Bölgesel olarak AİHK'nın 3. maddesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. madde, 2. fıkrası, ACHPR'nin 5. maddesi ve İnsan Haklarına İlişkin Arap Şartı'nın (ArCHR) 8. maddesi işkence yasağını içermektedir. Uluslararası anlaşmalarda işkence yasağı istisna tanımayan bir yaklaşımla düzenlenmiştir⁷⁰. Hakim olan görüşe göre işkence yasağı uluslararası teamül hukukuna dahildir ve bunun ötesinde ius cogens karakterli ve erga omnes yükümlülük olarak mütalâa edilmektedir.

XIII. ULUSLARARASI ADALET DİVANININ İŞKENCE YASAĞINA İLİŞKİN İÇTİHATI

Habré davası Belçika'nın Senegal'e karşı Senegal'de sürgünde yaşayan Çad eski devlet başkanı Habré için, özellikle işkence yasağı ve diğer insanlık dışı yahut aşağılayıcı muameleyi ve cezayı yasaklayan anlaşmayı ihlâl ettiği iddiası ile açtığı bir davadır. Belçika Senegal'in suçluları kovuşturma ve suçluları iade etme mükellefiyetini ihlâl ettiğini iddia ederek, Uluslararası Adalet Divanından bu ihlâllerin tespitini talep etmiştir⁷¹. Temmuz 2012 tarihli kararı ile Uluslararası Adalet Divanının insan hakları anlaşmalarındaki yetki kuralına göre (CAT md.30) başka bir hukuki uyumsuzluğu da karara bağlaması gerekmiştir. Divan verdiği kararla Senegal'in CAT'ın 6. madde, 2. fıkra ve 7. madde, 1. fıkrasını ihlâl ettiğini tespit etmiştir. Senegal'in Habré'yi iade etmemesi paralelinde gecikmeksizin yetkili mercilerini cezai takibat için harekete geçirmemesi uluslararası mükellefiyetlerinin ihlâlüne yol açmıştır.

Söz konusu hukuki uyumsuzlukta kararın dayanağını işkenceyi yasaklayan anlaşma olması nedeniyle Uluslararası Adalet Divanı işkenceyi yasaklayan anlaşmanın 2 önemli maddesini yorumlama olanağı elde etmiştir. CAT'ın 6.

⁷⁰ Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 4. madde, 2. fıkrası; İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele ve Aşağılayıcı Cezayı Yasaklayan Anlaşmanın 2. fıkra, 2. fıkrası; AİHK'nın 15. madde, 2. fıkrası; Amerikan İnsan Hakları Konvansiyonunun (AMRK) 27. madde, 2. fıkrası ve İnsan Haklarına İlişkin Arap Şartı'nın 4. madde, 2. fıkrası.

⁷¹ bknz.: <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf> (15.12.2012).

madde, 2. fıkrasına göre ülkesinde işkence suçu sanığı bulunan anlaşma tarafı devletler gecikmeksizin hukuki durumun tespitine yönelik geçici bir soruşturma yapmakla mükelleftir. Divan bu hükmün üye devletlere sadece anlaşma hükmünü iç hukukta düzenleme yükümlülüğü getirmeyip, üye devletlere yargıları üzerinden işkencenin tespiti için soruşturmaya başlatma yükümlülüğü getirdiğini kabul etmiştir⁷². Hüküm ayrıca bu soruşturmanın sanığın kimliğinin tespiti ertesinde gecikmeksizin yapılmasını öngörmektedir. Ancak bu şekilde işkenceyi önleme anlaşmasının amaçlarına uygun davranılması söz konusu olabilir.

CAT'ın 7. maddesi anlaşma tarafı devletlere sanığın şayet iadesi söz konusu değilse ülkedeki yetkili mercilere cezai takibat için teslim etme mükellefiyeti getirmektedir. Bu çerçevede öngörülen mükellefiyet sanığın ikâmet ettiği anlaşma tarafı devletin ya sanığı suçluların iadesi prosedürüne göre talep yapan devlete iadesi, ya da bu gerçekleşmediği takdirde sanığa ilişkin cezai takibatı kendisinin yapması şeklinde düzenlenmiştir. Divanın görüşüne göre CAT'ın 7. maddesinin anlaşma tarafı devletten beklentisi iade talebinden bağımsız olarak cezai takibat için sanığın kendi yetkili mercilerine teslim edilmesidir. Sanığın ülkesinde ikâmet ettiği anlaşma tarafı devlet iade talebi aldığı takdirde yaptığı değerlendirme sonucu sanığın iadesini kabul ederse, başlattığı cezai takibat mükellefiyetinden kurtulma imkânına sahiptir. İşkenceyi yasaklayan anlaşmada öngörülen sanığın iadesi ve sanık hakkında cezai takibat yapma şeklinde öngörülen alternatif iki mükellefiyetin aynı ağırlığa sahip olduğu Divan tarafından kabul görmemiştir. Sanık iadesi, sanığın ülkesinde ikâmet ettiği devlete anlaşmanın sunduğu bir seçenektir. Buna karşılık cezai takibat anlaşmaya göre, ihlâli uluslararası hukuka göre sorumluluk doğuracak bir mükellefiyettir. Bu nedenle Divan işkence tasarrufları çerçevesinde cezai takibatın bir mükellefiyet, sanığın iadesinin ise bir opsiyon olduğunun altını çizmektedir. Divan ayrıca devletlerin sorumluluğu konusunda bu çerçevede somut bir düzenleme olmasa da işkence yasağının devletlerin sorumluluğunu doğuracağına işaret etmektedir⁷³. Divan işkence yasağını kararında uluslararası teamül

⁷² bkz.: <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf> (15.12.2012).

⁷³ bkz.: Carmen Thiele, Das Verhältnis zwischen Staatenverantwortlichkeit und Menschenrechten, bkz.: AVR, vol.49 (2011), Nr.4, s.356 vd.

hukukunun ius cogens karakterli ve erga omnes yükümlülük getiren bir parçası olarak nitelendirmiştir. Divan bu şekilde hakim olan görüşü teyit etmiştir. Divanın işkenceyi yasaklayan anlaşmada bir organ olarak öngörülen bireysel başvuruları kabul eden Komitenin görüşlerine değerlendirmelerinde açıkça atıfta bulunması, Divanın Komitenin anlaşmaya getirdiği yorumları kendisine esas aldığını göstermektedir.

XIV. DEVLETLERİN BAĞIŞIKLIĞI VE İNSAN HAKLARI İLİŞKİSİ

Devletlerin başka devletlerin yargı yetkisine tabî olmamasını öngören devletlerin yargı bağışıklığı prensibinin bir sonucu olarak devletler arasındaki uyuşmazlıkların BM anlaşmasının 33. madde, 1. fıkrası muvacehesinde uluslararası yargı üzerinden çözümlenmesini gerektirmektedir. Uluslararası teamül hukukuna göre geçerli olan devletlerin bağışıklığı prensibi BM anlaşmasının 2. madde, 1. fıkrasında düzenlenen ve uluslararası teamül hukuku karakterine sahip olan devletlerin egemen eşitliği prensibine istinat etmektedir⁷⁴.

Devletlerin bağışıklığı prensibi devletlerin egemenlik dışı, özel hukuk tasarrufları (acta iure gestionis) için değil, sadece devletlerin egemenlik tasarrufları için (acta iure imperii) geçerli kabul edilmektedir. Bu ayırım devletlerin bağışıklığına ilişkin Avrupa anlaşmasında (ETS No.074) ve henüz yürürlüğe girmemiş olan devletlerin ve mal varlıklarının yargı bağışıklığına ilişkin BM anlaşmasında benimsenmiştir⁷⁵. İnsan hakları ihlallerinin genel olarak egemenlik tasarruflarına istinat etmesi nedeniyle devletlerin bağışıklığının bu çerçevede sınırlamalara tabî olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Uluslararası hukuk literatüründe insan hakları ihlalleri durumlarında, devletlerin bağışıklığına getirilebilecek kimi sınırlamalar, örneğin bağışıklıktan feragat, bağışıklığın iddia edilememesi yahut karşı önlemler konusunda tartışılmaktadır⁷⁶.

Devletlerin bağışıklığına ilişkin 1972 tarihli Avrupa anlaşmasının 1. maddesinde ve devletlerin ve mal varlıklarının bağışıklığına ilişkin 2004 tarihli BM

⁷⁴ Krş.: Bardo Fassbender/Albert Bleckmann, bknz.: Bruno Simma (ed.), The Charter of the United Nations. A Commentary, 2nd ed., vol.I (2002), Art.2(1), Rn.10, s.72.

⁷⁵ UN Doc. A/RES/A/59/38 (02.12.2004).

⁷⁶ Krş.: Christian Appelbaum, Einschränkungen der Staatenimmunität in Fällen schwerer Menschenrechtsverletzungen, 2007, s.94.

anlaşmasının 7. maddesinde öngörüldüğü gibi bir devletin başka bir devletin yargısına tabî olmasını sağlayacak açık bir bağımsızlık feragatinin kabul edilmesi mümkündür. *Ius cogens* karakterli insan haklarının korunmasına ilişkin normların ihlâli durumlarında zimni bir bağımsızlık feragatinin kabul edilmesi bu yönde bir uluslararası teamül hukukunun bulunmadığı gerekçesiyle olası görülmemektedir⁷⁷.

Devletlerin Uluslararası Adalet Divanı statüsünün 38. madde, 1. fıkra, c. bendi muvacehesinde genel hukuk prensibi olarak geçerli kabul edilen, yargı bağımsızlığına ilişkin hukuki statülerini insan hakları ihlalleri nedeniyle yargı bağımsızlığının istisnası olarak kaybetmeleri hakim görüşe göre kabul edilmektedir. Böyle bir yaklaşım devletlere *acta iure imperii* tasarruflar için yargı bağımsızlığı tanıyan uluslararası teamül hukukuna uygun değildir⁷⁸.

Devletlerin yargı bağımsızlığına karşı önlem olarak getirilecek istisnanın devletlerin uluslararası sorumluluğundan istihraç edilmesi mümkündür. Buna göre zarar gören devletin zarar veren devlete karşı önlem alması – bu çerçevede devlete bağımsızlık verilmesinden kaçınma – mümkündür. Devletlerin sorumluluğuna ilişkin uluslararası hukuk komisyonu tasarısının 2. maddesine göre bunun koşulu, karşı önlem alan devlete yönelik uluslararası hukuka aykırı bir tasarrufta bulunulmasıdır; bu koşul uluslararası hukuka aykırı tasarrufun karşı önlem alınan devlete tahmil edilmesi ve bu ihlâlin uluslararası hukuk yükümlülüğü ihlâli oluşturması gerekliliğini de beraberinde getirmektedir. Bu çerçevede herşeyden önce uluslararası hukuka aykırı tasarrufun gerçekten yapıp yapılmadığının tespiti gereklidir. Bu şayet kanıtlanamazsa, karşı önlem alan devletin yargı bağımsızlığını ihlâl etmesi nedeniyle sorumluluğu ortaya çıkar. Buna ilave olarak karşı önlemin ölçülülüğü tartışması gündeme gelmektedir. Karşı önlem devletlerin bağımsızlığının istisnai olarak literatürde genel bir destek bulmamaktadır⁷⁹. Uluslararası Adalet Divanı birçok kez *ius cogens* ka-

⁷⁷ bkz.: Julia Schaarschmidt, Die Reichweite des völkerrechtliche Immunitätsschutzes. Deutschland v. Italien vor dem IGH, bkz.: Beiträge zum Europa – und Völkerrecht, 2010, Heft 5, s.29 vd.

⁷⁸ krş.: Burghard Hess, Staatenimmunität bei Menschenrechtsverletzungen, bkz.: Reinhold Geimer (Hrsg.), Wege zur Globalisierung des Rechts, FS für Rolf A. Schütze, 1999, s.281.

⁷⁹ krş.: Christian Appelbaum, ibid.

rakterli insan haklarının ağır ihlallerinin devletlerin yargı bağımsızlığına teamül hukukuna göre istisna oluşturup oluşturmadığı konusunu ele almıştır.

XV. DEVLETLERİN BAĞIŞIKLIĞI VE İNSAN HAKLARI İLİŞKİSİ ÇERÇEVESİNDE ULUSLARARASI ADALET DİVANİ İÇTİHATI

Uluslararası Adalet Divanı 2002’de Demokratik Kongo Cumhuriyeti – Belçika davasında, yüksek hiyerarşideki devlet temsilcilerinin insan hakları ihlallerinde dahi sınırsız şekilde yabancı mahkemelerin ceza yargısından uluslararası hukuka göre bağışık olduğunu hükme bağlamasından sonra Şubat 2012’de Almanya’nın İtalya’ya karşı açtığı (Yunanistan müdahil) davada yeniden aynı konuya ilişkin karar vermiştir⁸⁰. Belçika Demokratik Kongo Cumhuriyetine karşı açtığı davada Divandan, Demokratik Kongo Cumhuriyetinin Çad eski devlet başkanı Habré’ye karşı cezai takibat veya şüphelilerin iadesi ile ilgili mükelleftiyetlerini yerine getirmemesi nedeniyle doğan insan hakları ihlallerinin tespitini talep etmiştir. Almanya’nın İtalya’ya karşı açtığı bağışıklık davasında ise Kongo Demokratik Cumhuriyetinin Belçika’ya karşı açtığı davadan farklı olarak yüksek hiyerarşideki bir devlet temsilcisinin yargı bağımsızlığı değil, devletin yargı bağımsızlığı ve hukuk mahkemesinin yargısından bağışıklığı karara bağlanmıştır. Belçika-Kongo davasında da Divan’dan yüksek devlet temsilcileri bakımından uluslararası teamül hukuku muvacehesinde bağışıklık istisnasının bulunup bulunmadığını cevaplandırması beklenmekle beraber⁸¹ aradan geçen zamanda Çad eski devlet başkanının bağışıklığının kaldırılması nedeniyle, Divanın kararında yargı bağımsızlığı ve insan hakları ilişkisinin ele alınmasına gerek kalmamıştır. Kongo eski devlet başkanına karşı verilen tutuklama emri nedeniyle açılan davada Uluslararası Adalet Divanı insan hakları ihlalleri nedeniyle bağışıklığın sınırlanmasını mutlak olarak reddetmiştir⁸². Divanın bu söz konusu egemenliğe endeksli bakış açısı ile devlet egemenliğinin insan hakları lehine

⁸⁰ bkz.: <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf> (15.12.2012).

⁸¹ Jeannine Hoffmann, IGH vom 14.2.2002 – Demokratische Republik Kongo/Belgien. Völkerstrafrecht und Immunität vor dem IGH – eine vertane Möglichkeit?, bkz.: Jörg Menzel/Tobias Pierlings/Jeannine Hoffmann (Hrsg.), Völkerrechtsprechung, 2005, s.439 vd.

⁸² Helmut Kreicker, Die Entscheidung des Internationalen Gerichtshofs zur Staatenimmunität – Auswirkungen auf das (Völker-) Strafrecht? Bkz.: ZIS, Vol.7, 2012, Band 4, s.107.

sınırlanması yaklaşımının örtüştüğünü söylemek mümkün değildir.

Almanya'nın İtalya'ya karşı açmış olduğu davanın nedeni Alman silahlı kuvvetlerinin İtalya ve Yunanistan'da 1943-1945 arasında işledikleri savaş suçları nedeniyle İtalyan ve Yunanlı savaş kurbanlarının İtalyan mahkemelerinde Almanya'ya karşı açtıkları bir dizi tazminat davasıydı. Yunan mahkemesinin 1997 tarihli Livadia kararında 1944 tarihli Distomo katliamının kurbanlarının yakınlarına milyonları bulan tazminata hükmetmesi, İtalya'da kararın icrasına ilişkin önlemlerin alınması ihtimali, İtalyan mahkemelerinin savaş esnasında zorla çalıştırılan İtalyanlar lehine verdikleri kararlar, özellikle 2004 tarihli Ferrini uyuşmazlığı⁸³ Federal Almanya'da yüksek tazminatlara mahkum olacağı davalara muhatap olma endişesi yaratmıştır (Distomo katliamı ile bağlantılı olarak Yunanistan'da verilen kararın icrasını Roma Kassation mahkemesi 2008'de kabul etmiştir. Bunun sonucu olarak Roma'daki Alman Kültür Enstitüsünün açık arttırmaya çıkartılması gündeme gelmiştir). Bu nedenle Almanya Uluslararası Adalet Divanına başvurarak, İtalyan mahkemeleri nezdinde tazminat davaları açılmasının Alman devlet mallarına yönelik olarak bu davalarla bağlantılı icra önlemler alınmasının ve Yunan mahkeme kararlarının icra edilebilir kabul edilmesinin Almanya'nın devlet olarak bağımsızlığı ile bağdaşmadığının tespitini talep etmiştir⁸⁴. Divan öncelikle Almanya ve İtalya'nın 2009 tarihli Almanya'nın İtalyanlara katliamlarda ve operasyonlarda verilen zarardan dolayı duyulan üzüntüyü dile getiren ortak açıklamasına değinmiştir⁸⁵.

Almanya'nın devletlerin bağımsızlığına ilişkin Avrupa anlaşmasını onaylamasına karşılık İtalya'nın anlaşmayı onaylamaması nedeniyle Divan'ın Uluslararası Adalet Divanı statüsünün 38. madde, 1. fıkra, b.bendine göre, uluslararası teamül hukuku ışığında karar vermesi gerekmiştir. Divan acta iure imperii tasarruflar bakımından uluslararası teamül hukuku muvacehesinde devletlerin yargı bağımsızlığı prensibine istisna getirilip getirilemeyeceği konusuna değil,

⁸³ Norman Peach, Staatenimmunität und Kriegsverbrechen, bkzn.: AVR, Band 47 (2009, Band 1, s.37; Joachim Lau, Jüngste Entwicklungen der italienischen Gerichte zur Staaten – und Vollstreckungsimmunität, bkzn.: Peter Becker/Reiner Braun/Dieter Deiseroth (Hrsg.), Frieden durch Recht?, 2010, s.352.

⁸⁴ bkzn.: <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf> (15.12.2012).

⁸⁵ 18.11.2009 tarihli ortak açıklama için bkzn.: [konf_http://www.rom.diplo.de/contentblob/2220868/daten/370214/hist_konf_dic_congiunta_pdf](http://www.rom.diplo.de/contentblob/2220868/daten/370214/hist_konf_dic_congiunta_pdf) (15.12.2012).

silahlı çatışmalarda zarar gören devletin egemenlik alanında gerçekleştirilen askeri tasarruflar bakımından devletlerin yargı bağımsızlığı prensibine uluslararası teamül hukukuna istinaden istisna getirilmesinin mümkün olup olmadığı sorusunun cevabına yönelmiştir. Divan devletlerin uygulamaları ve AHİM'nin içtihatları ile bağlantılı olarak yaptığı araştırma sonucu bu sorunun cevabını olumsuz olarak vermiştir. Ağır insan hakları ihlallerinde dahi Divanın görüşüne göre uluslararası teamül hukukuna göre devletlerin yargı bağımsızlığı prensibi bakımından hukuk davalarına ilişkin geçerli istisna bulunmamaktadır⁸⁶. Ius cogens karakterli insan hakları ihlalleri için dahi olsa uluslararası teamül hukuku muvacehesinde bir istisnanın kanıtlanması mümkün değildir. Devletlerin yargı bağımsızlığı ve ius cogens karakterli insan hakları normları arasında normlar uyumsuzluğunun bulunduğu ve insan hakları lehine olarak bu uyumsuzluğun çözülmesi gerektiğine ilişkin olarak İtalya tarafından ileri sürülen bu iddia, her iki norm kategorisinin farklı alanları, diğer bir ifade ile devletlerin bağımsızlığına ilişkin normların usul hukuku, ius cogens karakterli insan hakları normlarının ise maddi hukuk alanlarını düzenlemesi gerekçesiyle Divan tarafından kabul görmemiştir⁸⁷. Bu şekilde Divan ius cogens karakterli insan hakları normlarına devletlerin yargı bağımsızlığı prensibine nazaran öncelik tanıma olanağı veren gelişmeye geçit vermemiştir.

Divanın bir normlar çatışması bulunmadığına ilişkin bu tutucu görüşünü Divan yargıca Cançado Trindade karşı görüşünde reddetmiş ve usul hukukunun maddi hukuku uygulamak için bir araç olarak anlaşılması gerektiğini, devletlerin yargı bağımsızlığının ius cogens karakterli normların ihlali durumlarında çağdaş uluslararası hukukta kabul edilemeyeceğinin altını çizmiştir⁸⁸. Bunun dışında Divan'a göre Almanya ve İtalya ve aynı şekilde Yunanistan arasında doğan hukuki uyumsuzluğun Palmas adası davası çerçevesinde Max Huber tarafından dayanak olarak kullanılan intertemporal (zamanında geçerli) hu-

⁸⁶ Matthias Kloth/Manuel Brunner, Staatenimmunität im Zivilprozess bei gravierenden Menschenrechtsverletzungen, AVR vol.50 (2012), No.2, s.240.

⁸⁷ Julia Schaarschmidt, Die Reichweite des völkerrechtlichen Immunitätsschutzes. Deutschland v. Italien vor dem IHG, bkzn.: Beiträge zum Europa – und Völkerrecht, 2010, Heft 5, s.29 vd.

⁸⁸ bkzn.: <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf> (15.12.2012).

kukun uygulanması kuralına göre karara bağlanması gerekmektedir⁸⁹. Buna göre uyuşmazlıkların uyuşmazlığın çıktığı zamanda geçerli hukuka göre karara bağlanması gerekmektedir. Uluslararası Adalet Divanı'nın devletlerin yargı bağımsızlığını usul hukuku muvacehesinde açıklamış olması nedeniyle uyuşmazlığın İtalya'da 1943-1945'de geçerli maddi hukuka göre değil, o sırada mevcut usul hukukuna göre karara bağlanması söz konusu olmuştur. Bu şekilde Divan devletlerin yargı bağımsızlığı konusunu Alman silahlı kuvvetlerinin uluslararası hukuka aykırı tasarrufları olarak değil, dava açıldığı sırada geçerli İtalyan usul hukuku ile bağlantılı olarak ele almış olmaktadır. Uluslararası hukuka aykırı eylemlerin yapıldığı 1943-1945 yıllarında devletlere sınırsız yargı bağımsızlığı tanıyan geçerli maddi hukukun uygulanması durumunda da Almanya'nın sınırsız şekilde bağımsızlıktan istifade etmesi söz konusu olabilirdi. Zira ikinci dünya savaşı yıllarında devletlerin yargı bağımsızlığında herhangi bir istisna tanınmaktaydı; ius cogens karakterli normlar konseptinin ilk olarak ikinci dünya savaşı ertesi ortaya çıktığının gözardı edilmemesi gerekmektedir⁹⁰.

XVI. İNSAN HAKLARININ SİLAHLI ÇATIŞMALARDA KORUNMASI - İNSAN HAKLARININ VE İNSANİ ULUSLARARASI HUKUKUN UYGULANMASI

İnsan hakları ve insani uluslararası hukuk uluslararası hukukun iki farklı alanıdır. Her iki alanın da amacı farklı şekillerde bireylerin korunmasıdır. İnsan hakları devletlerin yargı alanında bulunan tüm bireylerin barış zamanında ve savaş zamanında haklarının korunmasına matuftur. Şüphesiz insan haklarının korunmasına ilişkin evrensel ve bölgesel anlaşmalar savaş zamanı ve olağanüstü zamanlarda katı kurallar muvacehesinde belli insan haklarının olağanüstü durumlarda sınırlandırılmasını kabul etmektedir⁹¹. İnsan haklarının sert çekirdek tabir ettiğimiz bir bölümünün ise hiçbir koşul altında ve savaş zamanında dahi askıya alınması mümkün değildir. Bu bağlamda herşeyden önce karşımıza soykırım yasağı, kölelik ve işkence yasağı gibi ius cogens karakterli normlar çıkmaktadır. İnsan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası anlaşmaların,

⁸⁹ Island of Palmas case (Netherlands v. USA), Reports of International Arbitral Awards (04.04.1928), vol.II, p.845.

⁹⁰ Stefan Kadelbach, Zwingendes Völkerrecht, 1992, s.36 vd.

⁹¹ BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, md.4; AİHK md.15, Amerikan İnsan Hakları Konvansiyonu md.27.

örneğin BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin silahlı çatışmalar esnasında uygulanması prensip olarak tartışmalı olmakla beraber, nükleer silahlara ilişkin danışma görüşü ile Divan bu konuyu kesin olarak cevaplandırmıştır⁹².

İnsani uluslararası hukuk buna karşılık münhasıran silahlı çatışmalar ve askeri işgal esnasında, askeri operasyonlarda yer almayan yahut daha sonra silahlı çatışmanın dışında kalan kişilere uygulanır. İnsani uluslararası hukuk olağan dışı durumlar için öngörülen haklara istisna kabul etmemektedir. İnsani uluslararası hukukun düzenleme konularına uluslararası insan haklarının istisna tanımayan sert çekirdek olarak nitelediğimiz hakları dahildir. Uluslararası insan haklarının ve insani uluslararası hukukun eş zamanlı uygulanması nedeniyle ilişkilerinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Divan nükleer silahlara ilişkin danışma görüşünde silahlı çatışmalarda insani uluslararası hukuku insan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası anlaşmalara nazaran lex specialis olarak mütalâa etmiştir⁹³.

XVII. DİVANIN SİLAHLI ÇATIŞMALARDA İNSAN HAKLARININ KORUNMASINA İLİŞKİN İÇTİHATI - DİVANIN İSRAİL'İN DUVAR İNŞASINA İLİŞKİN DANIŞMA GÖRÜŞÜ

Uluslararası Adalet Divanı 2004 tarihli duvar inşasına ilişkin danışma görüşünde insani uluslararası hukuk ve uluslararası insan hakları ilişkisinde üç farklı olasılıktan hareket etmiştir. Haklar münhasıran insani uluslararası hukuka yahut münhasıran uluslararası insan haklarına yahut her iki hukuk alanına da – uluslararası insan haklarına ve lex specialis geçerli insani uluslararası hukuka – dahil olabilir⁹⁴. Divan silahlı çatışmalarda insani uluslararası hukukun insan haklarına nazaran “lex specialis derogat legi generali” kuralına göre önceliğini öngörmekten öteye giden bir yaklaşım ortaya koymamıştır. Danışma görüşü

⁹² Bernhard Schäfer, Zum Verhältnis Menschenrechte und humanitäres Völkerrecht, bknz.: Studien zu Grund und Menschenrechten, 2006, Heft 13, s.15; bknz.: ICJ Reports 2005, s.168, §216.

⁹³ krş.: Hans-Joachim Heintze, Konsequenzen der Konvergenz von Menschenrechtsschutz und humanitärem Völkerrecht, bknz.: Horst Fischer/Ulrike Froissart/Wolff Heintschel von Heinegg/Christian Raap (Hrsg.), Krisensicherung und Humanitärer Schutz, FS Dieter Fleck, 2004, s.249 vd.

⁹⁴ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, §136.

insani uluslararası hukuk ve insan hakları arasında olası uyuşmazlık durumları ve iki hukuk alanının birbirleriyle ilişkisi bakımından bir düzenleme öngörmektedir⁹⁵. İsrail'in duvar inşasının işgal edilen Filistin topraklarında gerçekleşmesi ve Divanın silahlı çatışmalarda insan haklarının uygulanmasını teyit etmesi nedeni ile Divanın insan hakları anlaşmalarının, özellikle BM'in ikiz sözleşmelerinin ve çocuk hakları sözleşmesinin ülkesel uygulanma alanı ile iştigal etmesi gerekmiştir⁹⁶.

BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 2. madde, 1. fıkrasının, anlaşma tarafı devletler sözleşmede tanınan hakları ülkelerinde bulunan ve egemenlik yetkilerine tabî tüm kişilere tanımakla mükelleftir şeklinde öngördüğü ifadenin sözleşmenin uygulama alanı bakımından yoruma dayanak olacak ipucu içermemesi nedeniyle Divanın sözleşme hükmünün anlamını ortaya çıkarma çalışması yapması gerekmiştir. Devletlerin egemenlik yetkisi kullandığı alan öncelikle ülkesel olarak anlaşılmalı beraber, egemenlik yetkisinin ülkesel egemenlik alanı dışında da kullanılması mümkündür. Viyana Anlaşmalar Hukuku Konvansiyonunun 31. maddesinde yer alan genel yorum kuralı muvacehesinde Divan, sözleşmenin amaç ve hedeflerinin sözleşmenin extraterritorial (ülke dışı) uygulanmasını mümkün kılacak şekilde yorumlanması gerektiği sonucuna varmıştır⁹⁷. Divan bu çerçevede açıkça insan hakları komitesinin aynı yöndeki uygulamasına atıfta bulunmuştur⁹⁸.

Nükleer silahlara ilişkin danışma görüşünde BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 6. maddesinin (yaşam hakkı) yorumu bağlamında İnsan Hakları Komitesinin görüşünü göz ardı eden Uluslararası Adalet Divanı bu yeni yaklaşımı ile eski tutumunu değiştirmiştir⁹⁹. Uluslararası Adalet Divanı Viyana An-

⁹⁵ Saer Ammar, Die Rechtslage der israelischen Mauer in den besetzten Palästinensischen Gebieten im Völkerrecht, 2011, s.49.

⁹⁶ UNTS, vol.1577, s.3.

⁹⁷ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, §136.

⁹⁸ Communication No.52/79 (López Burgos v. Uruguay), CCPR/C/13/D/52/1979 (29.07.1981); Communication No.56/79 (Lilian Celiherti de Casariego v. Uruguay), CCPR/C/13/D/56/1979 (29.07.1981); Communication No.106/81 (Montero v. Uruguay), CCPR/C/18/D/106/19819 (31.03.1981).

⁹⁹ bkz.: Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, §24 vd.

laşmalar Hukuku Sözleşmesinin 32. maddesine göre tamamlayıcı yorum kurallarıyla istisna olarak, insan hakları sözleşmesinin kendi yorumunu teyit eden hazırlık çalışmalarına atıfta bulunmuştur. İsrail için bağlayıcı olan sözleşmenin işgal edilen Filistin topraklarında extraterritorial uygulanmasına ilişkin olarak Divan, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 40. maddesine istinaden İsrail'in İnsan Hakları Komitesine sunduğu devlet raporlarına ve Komitenin değerlendirmelerine atıfta bulunmuştur¹⁰⁰. İnsan Hakları Komitesi söz konusu değerlendirmelerinde İsrail'in görüşünü reddetmiş ve insani uluslararası hukukun silahlı çatışmalarda uygulanmasının ne BM Medeni ve Siyasi Haklar sözleşmesinin uygulanmasını, ne de anlaşma tarafı devletlerin organlarının kendi ülkeleri dışındaki tasarrufları nedeniyle sorumluluğunu engellemeyeceğini tespit etmiştir¹⁰¹. Divan İnsan Hakları Komitesinin BM Medeni ve Siyasi Haklar sözleşmesine ilişkin görüşünü benimsemiş ve bunun ötesinde BM Ekonomik ve Sosyal Haklar Sözleşmesinin ve Çocuk Hakları Sözleşmesinin extraterritorial uygulanmasını teyit etmiştir. Divan bunun arkasından her iki BM İnsan Hakları Sözleşmesinin maddi hukuk bakımından önemli hükümlerini¹⁰² incelemiştir.

Duvar inşasının BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 12. maddesi muvacehesinde dolaşım özgürlüğünü ihlâl edip etmediği incelemesinde Divan açıkça İnsan Hakları Komitesinin 12. maddeyi yorumladığı 27 nolu genel değerlendirmesine atıfta bulunmuştur¹⁰³. Divan her üç İnsan Hakları Sözleşmesinin de ihlâli sonucuna varmıştır ve BM Medeni ve Sivil Haklar Sözleşmesinde düzenlenen dolaşım serbestisi hakkının, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinde, Çocuk Hakları Sözleşmesinde düzenlenen çalışma, sağlık, eğitim ve makul yaşam standardına ilişkin haklarının ihlâl edildiği tespitini yapmıştır. Sonuç olarak Divan İsrail'in duvar inşası ile maddi zarar gören tüm gerçek ve tüzel kişilere İsrail'in tazminat ödemekle yükümlü olduğunu tespit etmiştir. İnsan hakları ve insani uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi nedeniyle ortaya çıkan zararın giderilmesi ile ilgili

¹⁰⁰ CCPR/C/79/Add.93 (18.08.1998), CCPR/CO/78/ISR (21.08.2003).

¹⁰¹ CCPR/CO/78/ISR (20.08.2003), §11, s.3.

¹⁰² BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 12. ve 17. maddelerini; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin 6.7.10.11.12.13 ve 14. maddelerini incelemiştir.

¹⁰³ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, §111.

olarak bu danışma görüşünde yapılan tespit şimdiye dek Divanın bireylerin değil, devletlerin tazminat iddialarını karara bağlamış olması nedeniyle Divanın yargısal faaliyetinde bir dönüm noktası oluşturmaktadır.

XVIII. KONGO TOPRAKLARINDA SİLAHLI OPERASYONLAR

Ruanda'daki soykırımla bağlantılı olarak Demokratik Kongo Cumhuriyeti ve Uganda arasındaki silahlı çatışmada Uganda'nın Kongo Cumhuriyeti topraklarında yaptığı askeri operasyonlarla ve çocukların zorla askere alınmasıyla insan haklarını ve insani hukuku teminde gösterdiği saygısızlıkla gerek insan hakları sözleşmelerinden, gerekse insani hukuktan doğan yükümlüklerini ihlâl ettiği iddia edilmiştir¹⁰⁴. Uluslararası Adalet Divanı silahlı çatışmalarda insan haklarının extraterritorial uygulanmasını duvar inşası ile ilgili danışma görüşüne açıkça atıfta bulunarak teyit etmiş ve yaşam hakkının¹⁰⁵ Uganda tarafından ihlâl edildiğini tespit etmiştir. Uganda uluslararası hukuka göre silahlı kuvvetlerinin ve onların mensuplarının Kongo topraklarında işledikleri ve işgal gücü olarak yükümlülüklerini Ituri'de yerine getirmemesi nedeniyle insan hakları ve insani uluslararası hukuk ihlallerinden sorumlu kabul edilmiştir¹⁰⁶. Divan, Uganda'nın uluslararası hukuka aykırı tasarruflarının gerek Kongo Cumhuriyetine, gerekse Kongo topraklarında bulunan insanlara zarar verdiğini tespit ederek, Uganda'yı ortaya çıkan zararı gidermekle yükümlü kılmıştır. Kararda Divan ancak zarar gören bireyleri değil, Kongo'yu tazminat hakkı sahibi olarak görmüştür. Karar herşeyden önce Divanın ilk kez insan hakları ihlalleri nedeniyle bir devletin tazminat talebini kabul etmesi nedeniyle önemlidir¹⁰⁷. Bunun ötesinde kararda Divan statüsünün 41. madde, 1. fıkrası muvacehesinde ilk kez insan hakları ihlâli iddiası bağlamında bağlayıcı önleyici önlemlerin ihlâli tespiti yapılmıştır.

¹⁰⁴ bkz.: OUA Doc. CAB/LEG/24.9/49 (11.07.1990).

¹⁰⁵ BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi md.6, fıkra 1; ACHPR md.4), İşkence Yasağının (BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi md.7; ACHPR md.5; silahlı çatışmalarda çocukların korunması mükellefiyeti (CRC md.38, fıkra 2; CRC md.1,2,3 fıkra 3,4,5,6).

¹⁰⁶ Karin Oellers-Frahm, IGH: Kongo gegen Uganda, bkz.: VN, Jahrgang 54, 2006, Heft 3, s.118 vd.

¹⁰⁷ Teresia Peyer, IGH: Demokratische Republik Kongo./Uganda, bkz.: Menschenrechtsmagazin, II. Jahrgang 2006, Heft 2, s.221.

XIX. ULUSLARARASI ADALET DİVANİ VE BM İNSAN HAKLARI DENETİM ORGANLARI

Yukarıda işaret edildiği üzere evrensel nitelikli kimi insan hakları sözleşmeleri Uluslararası Adalet Divanının insan hakları konusunda yargı yetkisini kabul etmektedir. Şüphesiz uyuşmazlıkların çözümünde öncelikle bu anlaşmalarda öngörülen denetim prosedürünün işletilmesi gerekmektedir. Böyle bir yargı yetkisinin anlaşmalarda öngörülmemesi durumunda da Uluslararası Adalet Divanı statüsünün 38. madde, 1. fıkra, a.bendine göre Divanın insan hakları sözleşmelerini kararının dayanağı olarak alması mümkündür. Evrensel seviyede yapılan insan hakları sözleşmeleri hükümlerine riayet denetimi prensip olarak söz konusu anlaşmalarla kurulan organların yetki alanındadır. Bu denetim prosedürüne devletler tarafından sunulan raporlar¹⁰⁸ dahildir. Bu insan hakları mekanizmalarının en önemli eksikliği AİHK'un 46.md., 2. fıkrasında yer alan ve AİHM kararlarının Bakanlar Komitesi denetiminde icrasını mümkün kılan örnekte olduğu gibi siyasi bir icra mekanizmasının bulunmamasıdır. BM anlaşma organlarının ulusal hukuk normları ile insan hakları normları arasında uyumsuzluğu yahut anlaşma normlarının ihlâlini tespit etmesi durumunda, bu tespitin gereğini yerine getirilmesi ilgili devlete bırakılmaktadır.

2006'da BM Genel kurulunun bir alt organı olarak evrensel periyodik denetim yetkisi kullanacak insan hakları Konseyinin¹⁰⁹ kurulması ile devletlerin birbirlerini denetlemesini mümkün kılan bir prosedür kabul edilmiştir. Bu çerçevede BM İnsan Hakları Sözleşmesinden doğan mükellefiyetlere riayet denetimi yapılmaktadır. İnsan hakları yükümlülüklerinin ihlâli durumunda İnsan Hakları Konseyi Genel Kurulun bir alt organı olarak Genel Kurula başvuru yapabilir ve Uluslararası Adalet Divanından BM Şartının 96. madde, 1. fıkrasına göre danışma görüşünün alınmasını talep edebilir. Bunun ötesinde insan hakları anlaşmaları organlarının yıllık raporlarını arz ettikleri BM Genel Kuruluna

¹⁰⁸ CERD, md.9; BM Medeni ve Sosyal Haklar Sözleşmesi md.40; BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi md.16; CAT md.19; CEDAW md.18; CRC md.44, devlet şikayetleri (CERD md.11; BM Medeni ve Sosyal Haklar Sözleşmesi md.41 (ihtiyari); CAT md.2 (ihtiyari) yahut bireysel başvurular (CERD md.14 (ihtiyari); BM Medeni ve Sosyal Haklar Sözleşmesi (ihtiyari); CAT md.22).

¹⁰⁹ UN Doc.A/RES/60/251 (03.04.2006).

.Uluslararası Adalet Divanından danışma görüşü alması için başvuru yapması mümkündür. Bu çerçevede Uluslararası Adalet Divanı BM İnsan Hakları sözleşmeleri organlarına göre yüksek hiyerarşiye sahip bir organ olarak faaliyette bulunur. Bu şekilde BM sistemi içinde mütecanis bir insan hakları standardı temin edilmiş olur. Uluslararası Adalet Divanı insan hakları anlaşma hükümlerinin yorumunda artan bir şekilde açık olarak BM İnsan Hakları Sözleşmesi organlarının görüş ve değerlendirmelerine yaptığı atıflarla onların güçlenmesine katkı yapmaktadır. Uluslararası Adalet Divanının danışma görüşleriyle BM İnsan Hakları Sözleşmesi organları daha güçlü bir şekilde kabul görecektir.

XX. SONUÇ

Uluslararası Adalet Divanı bireyler ve devletler arasındaki uyuşmazlıklar için değil, devletler arasındaki uyuşmazlıkların barışçı yöntemlerle çözümlenmesi amacıyla kurulmuştur. Bu nedenle de Uluslararası Adalet Divanının bir insan hakları mahkemesi olarak kurulduğu söylenemez. Bireylerin Uluslararası Adalet Divanı nezdinde taraf ehliyeti bulunmamaktadır. Ancak Divanın yetkisinin *ratione materiae* gerek hukuki uyuşmazlıklar, gerekse danışma görüşleri bakımından fiilen sınırsız olması nedeniyle Divan insan haklarının korunması sorunlarıyla da iştigal etmektedir. Divanın içtihat ve danışma görüşleri son yıllarda insan haklarının korunması bakımından tutucu olarak nitelendirilmektedir. Divan geçmişteki uygulamasından, uluslararası insan hakları mahkemelerinin ve anlaşma organlarının içtihat ve görüşlerinden 2010 tarihli Diallo kararının teyit ettiği gibi ayrılmıştır. Uluslararası Adalet Divanı yargısal faaliyetlerinin tarihinde ilk kez Diallo davasında bireysel insan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası anlaşmaların ihlâlini tespit etmiştir. İnsan hakları anlaşmaları 2007 tarihli soykırım davasında ve 2012 tarihli Habré davasında kararın dayanağı olarak alınmıştır. Heriki davada da Divan insan hakları anlaşmalarından doğan yetki normuna istinaden (soykırım konvansiyonu ve işkence yasağını öngören anlaşma) davaya bakmıştır. Uluslararası Adalet Divanı soykırım yasağı ve işkence yasağını bu davalarda verdiği kararlarda *erga omnes* yükümlülükler getiren *ius cogens* karakterli normlar olarak nitelendirmiştir.

Kollektif hak olarak halkların SDR'ını Divan ilk kez 2004 tarihli duvar inşa-

sına ilişkin danışma görüşünde sömürgecilik konteksi dışında devletlerin erga omnes yükümlülüğü olarak değerlendirmiştir. 2010 tarihli Kosova'ya ilişkin görüşünde Divan uluslararası hukukun tartışmalı bir konusu olan sezzasyon hakkı ile SDR'nin extern bir şekli olarak iştilgal etmekten kaçınmıştır. Aynı şekilde Divanın ius cogens karakterli insan haklarının ihlallerinde devletlerin yargı bağısıklığına istisna getirmemesi uluslararası hukukun insan hakları yönünde inkişafına katkısına gölge düşürmüştür. İnsan hakları ihlalleri nedeniyle zarar gören kişilerin tazminat talepleri (gerek duvar inşası ile ilgili 2004 tarihli danışma görüşü, gerekse silahlı operasyonlarla ilgili 2005 tarihli danışma görüşü) konusunda Divanın ortaya koyduğu yaklaşım bireysel hakların ulusal hukukta korunmasına katkı sağlamıştır.

Uluslararası Adalet Divanının insan haklarının korunmasında daha güçlü bir rol oynamasına insan haklarına ilişkin hukuki uyuşmazlıklarda Divanın zorunlu yargı yetkisinin kabulü veya diğer insan hakları anlaşmalarında Divanın yargı yetkisinin öngörülmesi katkı sağlayabilir. Ancak Uluslararası Adalet Divanı evrensel ve bölgesel seviyede mevcut uzman insan hakları mahkemelerini veya anlaşmalarında öngörülen organları ikâme edemez. Öngörülen bu uzman mahkeme ve organlar devletlerin yanısıra bireysel başvuruları da kabul etmektedir. BM insan hakları sözleşmelerinin organları ve BM İnsan Hakları Konseyi insan haklarının daha iyi icrasını teminen BM Genel Kurulu üzerinden Divandan insan hakları konusunda danışma görüşü talep edebilir. Uluslararası Adalet Divanının karar ve görüşleriyle insan haklarının daha iyi korunmasına ve uluslararası hukukun diğer alanlar ile bütünleşmesi sağlama rolünü oynamaya devam etmesi insan haklarının gelecekteki gelişimine önemli katkı sağlayacaktır.



KAYNAKÇA

- Anne Peters** Das Kosovo –Gutachten des IGH vom 22 Juli 2010, 2012.
- Anne Peters** Das Kosovogutachten und die Kunst des Nichtssagens, JZ vol.65 (2010), Nr. 23.
- Annemarieke Vermeer–Künzli** The Subject Matters: The ICJ and Human Rights, Rights of Shareholders, and the “Diallo” Case, LJIL, vol.24 (2011), issue 3.
- Annemarieke Vermeer-Künzli** As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection, EJIL, vol.18 (2007), no.1.
- Bardo Fassbender - Albert Bleckmann** The Charter of the United Nations. A Commentary, 2nd ed., vol.I (2002), Art.2 (1), Rn.10, Bruno Simma (ed.)
- Bernhard Schäfer** Zum Verhältnis Menschenrechte und humanitäres Völkerrecht, Studien zu Grund und Menschenrechten, 2006, Heft 13.15; ICJ Reports 2005.
- Bruno Simma** The Charter of the United Nations, A Commentary, Vol.II, 2.bası 2002.
- Burghard Hess** Staatenimmunität bei Menschenrechtsverletzungen, Wege zur Globalisierung des Rechts, FS für Rolf A. Schütze, 1999, Reinhold Geimer (Hrsg.).
- Carmen Thiele** Das Verhältnis zwischen Staatenverantwortlichkeit und Menschenrechten, AVR, vol.49 (2011), Nr.4.
- Chittharanjan F. Amerasinghe** Principles of the Institutional. Law of International, 2nd ed., 2005.
- Christian Appelbaum** Einschränkungen der Staatenimmunität in Fällen schwerer Menschenrechtsverletzungen, 2007.
- Eckart Klein**, Anspruch auf diplomatischen Schutz?, Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht. Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen, 1946, Georg Ress/Torsten Stein (Hrsg.).
- Eckart Klein** Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 42 (1989).

Florian Becker IGH v. 5.2.1970 – Barcelona Traction. Diplomatischer Schutz von Kapitalgesellschaften und erga-omnes-Verpflichtungen, Völkerrechtsprechung, 2005, Jörg Menzel/Tobias Pierlings/Jeannine Hoffmann (Hrsg.).

Florian Becker IGH v. 6.4.1995 – Nottebohm. Zu den minimalen Standards völkerrechtlich relevanter Staatsangehörigkeit, Völkerrechtssprechung 2005, Jörg Menzel/Tobias Pierlings/Jeannine Hoffmann (Hrsg.).

Gentian Zyberi, The humanitarian face of the International Court of Justice, 2008.

Gerhard Werle Völkerstrafrecht, 2.Aufl. 2007, Rn.41.

Hans-Joachim Heintze, Konsequenzen der Konvergenz von Menschenrechtsschutz und humanitärem Völkerrecht, Krisensicherung und Humanitärer Schutz, FS Dieter Fleck, 2004. Horst Fischer/Ulrike Froissart/Wolff Heintschel von Heinegg/Christian Raap (Hrsg.).

Helmut Kreicker Die Entscheidung des Internationalen Gerichtshofs zur Staatenimmunität – Auswirkungen auf das (Völker-) Strafrecht, ZIS, Vol.7, 2012, Band 4.

Holger P.Hestermeyer/Doris König Nele Matz-Lück/Volker Röben/Anja Seibert-Fohr/Peter-Tobias Stoll/Silja Vöneky Coexistence, Cooperation and Solidarity Prof.Dr.Rüdiger Wolfrum'a Armağan (Liber Amicorum), vol. I, 2012.

James Crawford The ILC's Articles on Diplomatic Protection, SAYIL, vol. 31(2006).

Jeannine Hoffmann IGH vom 14.2.2002 – Demokratische Republik Kongo/Belgien. Völkerstrafrecht und Immunität vor dem IGH – eine vertane Möglichkeit?, Völkerrechtsprechung, 2005, Jörg Menzel/Tobias Pierlings/Jeannine Hoffmann (Hrsg.).

Jeannine Hoffmann/ Tobias Pierlings IGH v. 9.7.2004 – Construction of a Wall in the Occupied Territory. "There is no security without law", Völkerrechtssprechung, 2005, Jörg Menzel/ Tobias Pierlings/Jeannine Hoffmann (Hrsg.).

J.Menzel/T.Pierlings/J.Hoffmann Ausgewählte Entscheidungen zum Völker-

recht in Retrospektive, Völkerrechtsprechung, 2005.

Jesús María/Casal Hernández The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the due Process of Law, Advisory Opinion OC-16/99 (01.10.1999), IACtHR Series A, No.16, §141.

Jochen Abraham Frowein Quellers- A Karin Frahm, The Statute of the International Court of Justice. Commentary, 2nd ed. 2012, Art.65, Rn.32 Andreas Zimmermann/Christian Tomuschat/Karin Quellers-Frahm/Christian J.Tams (eds.).

Joachim Lau Jüngste Entwicklungen der italienischen Gerichte zur Staaten – und Vollstreckungsimmunität, Frieden durch Recht?, 2010, Peter Becker/Reiner Braun/Dieter Deiseroth (Hrsg.).

John Dugard Diplomatic Protection and Human Rights: The draft Articles of the International Law Commission, 24 Australian YBIL, 75 (2005).

Julia Schaarschmidt Die Reichweite des völkerrechtliche Immunitätsschutzes. Deutschland v. Italien vor dem IGH, bkzn.: Beiträge zum Europa – und Völkerrecht, 2010, Heft 5

Karin Oellers-Frahm IGH: Kongo gegen Uganda, VN, Jahrgang 54, 2006, Heft 3.

Karl Doehring Die Pflicht des Staates zur Gewährung diplomatischen Schutzes, 1959.

Martin Scheinin, The ICJ and the Individual, ICLR, 2007, issue 2. Breard (ICJ Reports 1998), LaGrand (ICJ Reports 1998), Avena (ICJ Reports 2004).

Maryoleine Zieck Codification of the Law of Diplomatic Protection: the First Eight Draft Articles, bkzn.: LJIL, vol.14, issue 01 (March 2001).

Matthias Kloth/ Manuel Brunner Staatenimmunität im Zivilprozess bei gravierenden Menschenrechtsverletzungen, AVR vol.50 (2012), No.2.

Norman Peach Staatenimmunität und Kriegsverbrechen, AVR, Band 47 (2009).

Peter Hilpold Die Sezession im Völkerrecht-Erfordert das Kosovo-Gutachten des IGH eine Neubewertung dieses Instituts?, Das Kosovo-Gutachten des IGH vom 22 Juli 2010, 2012, Peter Hilpold (Hrsg.).

Pieter Hendrik Kooijmans Is the right to diplomatic protection a human right?, *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2004, Vol.4.

Phoebe Okowa The Georgia v. Russia case: A Commentary, Hague Justice Portal (26.01.2009), http://www.Hague_justiceportal.net/docs/commentaries%20pdf/Okowa_Georgia_ICJ_EN.pdf.

Phoebe Okowa The International Court of Justice and the Georgia/Russia Dispute, HRLR, Vol.11 (2011), Issue 4.

Saer Ammar Die Rechtslage der israelischen Mauer in den besetzten Palästinsischen Gebieten im Völkerrecht, 2011.

Stefan Kadelbach Zwingendes Völkerrecht, 1992.

Stefan Oeter Sezession, territoriale Integrität und die Rolle des Sicherheitsrates, Das Kosovo-Gutachten des IGH vom 22 Juli 2010, 2012, Peter Hilpold (Hrsg.).

Teresia Peyer IGH: Demokratische Republik Kongo/Uganda, Menschenrechtsmagazin, II.Jahrgang 2006, Heft 2.

Theodor Schweisfurth, Völkerrecht, 2006, §8, Rn.34.

Thomas Kleinlein/ David Rabenschlag Auslandsschutz und Staatenangehörigkeit, ZaöRV 67 (2007).

YENİ ANAYASANIN YARGI İLE İLGİLİ TEMEL TAŞLARI

Girdi ve Prosedür Odaklı Yargılama Yerine, Sonuç Odaklı ve Hakkaniyete Uygun Yargılamaya Geçiş Zeminin Oluşturulması

Keystones of New Constitution Regarding Jurisdiction

*Providing Basis for Transition From Input and Procedure-Oriented Judgement
to Result-Oriented and Equitable Judgement*

Doç. Dr. Selami DEMİRKOL * – Dr. Zuhal BEREKET BAŞ **

ÖZET

Anayasa hazırlanırken toplumun tarihi, sosyo-ekonomik, sosyo-kültürel, ve sosyo-psikolojik realitesi ile çağdaş hukukun evrensel ilkeleri arasındaki hassas dengeye de riayet edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bu anayasa önerisi bir yönden dünyanın anayasacılık tecrübelerinin ürünü, Hukukun evrensel ilkeleri, insan hakları ve onuru çerçevesinde millete ait olmalı ve özümsemiş, ortak bir anayasa etrafında rızaen öz iradeleriyle birleşmelidir. Anayasa değişikliğinde, özellikle her dönem yaşanan toplumsal olaylara ilişkin yargısal süreçlerin ön plana çıkması nedeniyle, Anayasada yer alan veya yer alacak bir çok konunun yanında yargıya ilişkin hükümlerin üzerinde hassasiyetle durulması, gözden geçirilmesi ve değişikliğe gidilmesi gerekmektedir. Yapılacak bir anayasa değişikliğinin sivil bir Anayasa olmasının da ötesinde toplumsal ve hukuksal beklentileri ve ihtiyaçları karşılması son derece önemlidir. Bu ise Avrupa Birliğine uyumun sağlanmasının ötesinde evrensel hukuk kurallarına dayalı ve hukuka saygıyı sağlayacak hükümlere yer verilmesi ile mümkün olabilecektir.

Anahtar Kelimeler: Anayasanın Değiştirilmesi, Hukukun Üstünlüğü İlkesi, İnsan Hakları, Yargı Birliği, Yüksek Temyiz Mahkemesi, Hakimler ve Savcılar Üst Kurulu, Anayasa Mahkemesi, Yeni Anayasanın Yargıya İlişkin Hükümleri.

ABSTRACT

It is required to respect the delicate balance between a society's history, socio-e-

* Danıştay Üyesi, selami.demirkol@danistay.gov.tr

** Avukat, zuhal@zuhalbereketbas.av.tr

conomic, socio-cultural and socio-psychological realities and common principles of modern law during the process of issuing a constitution. Thus, the proposal of constitution should be a result of world's experience on constitutionalism, belongs to a nation within the frame of common principles of law, human rights and human dignity and must be united consentingly and voluntarily around a internalized, mutual constitution. In the process of amendment of a constitution, based on the prominence of the judicial processes of the social events which occur time to time, it is necessary to sensitively deliberate over, review and amend judicial provisions besides many subjects which is or will be enshrined in the constitution. It is extremely important for a constitutional amendment to meet the social and legal expectations and necessities beyond being a civil constitution. It will be actualised when the provisions regarding common principles of law and providing the respect to the law apart from the adaptation to the European Union.

Key Words: Amendment of a Constitution, Rule of Law Principle, Human Rights, Judicial Unity, High Court of Appeal, The Supreme Board of Judges and Prosecutors, Constitutional Court, Judicial Provisions of the New Constitution.



GİRİŞ

Yaşadığımız son on yıllık dönemde; “Türk Kamu Hukuku”na yön verilmekte, yeni bir şekil almaktadır. Türk Yasama; Yürütme ve Yargı erkleri bu şekillenmede şüphesiz önemli rol üstlenmişlerdir.

Bunlarla birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği'ne katılım sürecinin zorunlu gerekleri de ciddi bir etki oluşturmuştur. Özellikle, bu şekillenmede Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının infazı ve içselleştirilmesi de başlıca belirleyici unsur olmuş ve ivme kazandırmıştır.

Hemen belirtelim ki, Avrupa kimliği arayışına katkı çabası içindeki “Yasama Kudreti” ve “Ulusal Yargıç İnsiyatifleri” karşısında “Kamu Kudreti” düşüncesinin 19.yüzyılın başlarındaki anlam ve kapsamı ile ele alınıp değerlendirilmesinin (artık) mümkün (değildir)¹ olmadığının idrak edilmiş olması da ayrı bir katkıdır.

¹ CELAL ERKUT “Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı”, Yenilik Basımevi, İstanbul 2004, syf. 212, 213.

Geçmişte yaşanan olumsuz demokrasi ve adalet anlayışları nedeniyle çözüm olarak yeni anayasalarda anayasal adalet anlayışının yerleştiği ve bu anlayışa insan haklarını korumak için önem verildiği görülmektedir.² “Dolayısıyla bu anayasa önerisi bir yönden dünyanın anayasacılık tecrübelerinin ürünü, Hukukun evrensel ilkeleri, insan hakları ve onuru çerçevesinde millete ait olmalı ve özümsemiş, ortak bir anayasa etrafında rızaen öz iradeleriyle birleşimelidir.

Anayasa hazırlanırken toplumun tarihi, sosyo-ekonomik, sosyo-kültürel, ve sosyo-psikolojik realitesi ile çağdaş hukukun evrensel ilkeleri arasındaki hassas dengeye de riayet edilmesi gerekmektedir.

Yeni kamu yönetiminin geleneksel uygulamalarından ayrılan önemli bir yönü, asıl olarak girdilere değil çıktılara, etkinliğe ve performansa odaklanılmalıdır. Yeni Kamu Yönetiminin öncü çalışmaları arasında kabul edilen Reinventing Government’in on temel ilkelerinden biri girdilere değil, çıktılara odaklanmaktadır.³ Bu nedenle girdi ve prosedür odaklı yargılama yerine, sonuç odaklı ve hakkaniyete uygun yargılamaya geçiş zeminin oluşturulması gerektiğini önermekteyiz.

Ancak, hali hazırda Türk kamusal ve özel yaşamımızın temel düzenleyici normu olan Anayasamız ile önerdiğimiz yapılanma arasında bir zıtlık hali var olduğu da göz ardı edilmemelidir.

Nitekim 1982 Anayasa’sının 1980’li yılların olağanüstü koşullarında kaleme alındığı gerçeği ve “müdahaleci devlet” anlayışının hakim kılınması istencinin pratiğe yansıtılması uğraşısı da, bugünkü Avrupa ve dünya uygulamaları etkileşimi karşısında çatışma derecesinde farklılık sinyalleri vermektedir.

Avrupa ve Dünya devleti olma adımlarınızda, gelinen aşamada diğer kulvarlarda adapte olmada güçlük çekilmemesine karşın, yargı erkinin direnç ve

² İBRAHİM KABOĞLU, “Anayasa Yargısı”, İmge Yayınevi, Ankara 1994, syf.15.

³ DAVID OSBORNE, TED GAEBLER, Reinventing Government Hoe the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector, Plume Pub, New York, 1993 (Aktaran: ERBAY ARIKBOĞAT, Türk Yerel Yönetim Sisteminde Reform ve Yeni Kamu Yönetimi, Kamu Yönetimi Yazıları, Editörler; BİLAL ERYILMAZ - MUSA EKEN - MUSTAFA LÜTFÜ ŞEN Nobel Yayın Dağıtım A.Ş., Ankara Ekim 2007, s.50.

inat içerisinde olduğu gözlenmektedir. O halde, gündemimizde olan konu, yazılacak yeni Anayasa’da, aktardığımız zıtlasma ve çatışma sebeplerini giderecek, bir zemin hazırlanmalıdır.

İşte, gerek Türk Yargı erkinin aktörleri olan hakim ve savcılarımız, gerekse Yargıyı düzenleyen kurum ve kurallar hiçte başarılı olmayan bir tablo çizmektedir.

Hakim ve savcıların bu direnç ve inat çizgisindeki pratiklerinin hatırı sayılır payının yanı sıra asıl yürürlükteki anayasa’daki kuralların etkisi de kendini hissettirmektedir. İçinde, üniversitelerin ve sivil toplum kuruluşlarının yer aldığı bir çok kurum ve kuruluşlar tarafından hazırlanan Anayasa Tasarıları konunun bu kurumlar tarafından önemsenmesini, ortaya koymasının yanında anayasa değişikliğine ilişkin olmak üzere toplumda oluşan ihtiyaç ve isteğin bir yansıması niteliğindedir.

Türkiye’de anayasa değişikliği konusunda bir uzlaşma bulunmaktadır.⁴ Ancak, Türkiye’de anayasa değişikliği konusunda yaşanan temel sorun mevcut vesa yetçi anlayışın devam mı ettirilmesi yoksa çoğulcu bir anayasa değişikliği mi gerçekleştirmek noktasına odaklanmaktadır.⁵

Anayasa değişikliğinde, özellikle her dönem yaşanan toplumsal olaylara ilişkin yargısal süreçlerin ön plana çıkması nedeniyle, anayasada yer alan veya yer alacak bir çok konunun yanında yargıya ilişkin hükümlerin üzerinde hassasiyetle durulması, gözden geçirilmesi ve değişikliğe gidilmesi gerekmektedir.

Yürürlükteki Anayasa’nın değiştirilmesi ve yeniden yazılması ve yargının uluslararası insan haklarını özümseme ve aksi yöndeki direncinin kırılması, beklenen, özlenen bir yargısal sürece kavuşulması toplumun asıl olarak genel beklentisidir. Şüphesiz tüm toplumun beklentilerini karşılayacak olan yeni anayasanın kuralları yargıyı da cesaretlendirecektir.

Yapılacak bir anayasa değişikliğinin sivil bir anayasa olmasının da ötesinde toplumsal ve hukuksal beklentileri ve ihtiyaçları karşılaması son derece önem-

⁴ OSMAN TEKİR, HASAN HÜSEYİN AKKAŞ; “Türkiye’nin Anayasa Krizi - Demokratikleşme Sorunu, Anayasa ve Anayasal Kurumlar” Kadim Yayınları, Ankara 2010, syf.128.

⁵ Bkz. ERGUN ÖZBUDUN, “Çatışan İki Demokrasi Anlayışı”, 23 Mart 2007, Zaman Gazetesi.

lidir. Bu ise Avrupa Birliği'ne uyumun sağlanmasının ötesinde evrensel hukuk kurallarına dayalı ve hukuka saygıyı sağlayacak hükümlere yer verilmesi ile mümkün olabilecektir.

Oldukça fazla konuşulan ve değişiklik ihtiyacı olan yargıya yönelik olmak üzere yapılacak yeni düzenlemelerin en fazla tartışılan konular arasında yer alacağına kuşku bulunmamaktadır. Yapılması düşünülen değişikliklerin veya bu konudaki önerileri ne kadar uzun süre kamuoyunda tartışmaya açılır ise o derece ihtiyaçlara cevap verecek ideale yakın bir metne ulaşılabileceği açıktır. Yeni anayasa sürecinin kamuoyunda tartışılması ve toplumun tüm yapacağı katkılar hem içerik bütünlüğü hem de kanun yapma tekniği yönünden daha derli toplu bir metin çıkmasına yol açacaktır.

Nitekim, bu beklentilerin hayata geçirilme beklentisi konusunda yasama ve yürütme erkleri ciddi uğraşı emeği göstermekte iken, yargı erki ise arzu edilenin gerisindedir.

Hakim ve savcılarının bu direnç ve inat çizgisindeki pratiklerinin hatırı sayılır payının asıl yürürlükteki Anayasa'daki kuralların etkisi de kendini hissettirmekte olduğunu vurgulamakta fayda görmekteyiz. Yürürlükteki Anayasa'nın değiştirilmesi ve yeniden yazılması da işte bu aşamada bizim beklentimizdir. Beklentimizi gerçekleştirecek olan yazılacak yeni anayasanın kuralları da bizi cesaretlendirecektir. Bu doğrultuda yeni anayasanın yargı ile ilgili olan kısımlarının yazılmasına katkıda bulunmak amacıyla bu çalışmayı değerlendirmenize sunuyoruz.

Bu nedenle erken olmakla birlikte olabilecek önerileri tartışmaya açmak adına doğruya ve iyiye ulaşmaya katkısı olabileceği düşüncesi ile yeni anayasanın "Yargı" ile ilgili olan kısımlarının şekillenmesinde katkıda bulunmak amacıyla bu çalışmayı değerlendirmenize sunuyoruz.

I. YAZILACAK YENİ ANAYASA'YA HAKİM OLMASI GEREKEN İLKELER

Günümüzün gelişen ve çeşitlilik gösteren toplumsal olayları karşısında hukukun ihtiyaçları karşılması açısından sıkça yasal değişiklikler yapılma ihtiyacı doğduğu açıktır. Bilim ve teknolojiye paralel olarak toplumsal

ihtiyaçlardaki çeşitlilik karşısında her şeyin önceden öngörülmesi ve düzenlenmesinin Anayasa ile yapılması pratikte faydalı olamayacağı için; Anayasanın çerçeve niteliğinde kurallar içermesi anlayışı egemen olmalıdır. Öncelikle Anayasanın çerçeve bir yapı oluşturması hedeflenmelidir.

Anayasanın genel, soyut ve evrensel kurallar içeren düzenlemeler barındırması anlayışının bir sonucu olarak anayasa hükümlerinin kazuistik olmaması ve madde sayısının oldukça az tutulmasında fayda bulunmaktadır.⁶

Anayasa dilinin sade ve basit olması, açık ve anlaşılır bir şekilde yazılmasına ve uzun cümlelerden kaçınılmasına özen gösterilmelidir. Kısa ve bağlaçsız ifadeler tercih edilmek suretiyle, kurallara farklı anlamlar yüklenilmesinin önüne geçilmelidir.

Toplumun anayasa beklentilerinin karşılandığının anlaşılması için öncelikle toplumun her kesimi tarafından anlaşılır kılınmasının ön adım olacağı unutulmamalıdır.

II. YENİ ANAYASA'DA YER ALMASI GEREKEN TEMEL İLKELER

Anayasanın olmazsa olmaz bir takım kurallar içermesi noktasında, **bireyi, insanı temel değer alan ve bireyden kalkılarak devlete varılan** bir anlayışın sistematik olarak yerleştirilmesi yöntemi kullanılmalıdır.

Hukuk Devleti İlkesi'nden vazgeçilmeli ve bunun daha üstünde ve ötesinde yer alan **Hukukun Üstünlüğü İlkesi** ana kural haline getirilmelidir. İnsan haklarıyla insan onuru arasında bir bağ kurarak, bu hak ve hürriyetlere daha etkin bir geçerlilik kazandırılmalı, insanın onuru, hürriyeti ve eşitliği güvence altına alındıktan sonra, devletin bireylerin üstünde yer alan kutsal ve dokunulmaz bir otorite olmadığı, insan onurunu, temel hak ve hürriyetler ile hukukun üstünlüğü ilkesi doğrultusunda sınırlandırılmalıdır.

Hukuk devletine tek bir maddede yer vermek ve buna ilişkin spesifik bir düzenleme ile yetinmek yerine, hukuk devletinin ilkelerini özümsemiş olan

⁶ Bazı ülkelerin Anayasalarının da bizim Anayasamız gibi oldukça uzun olduğu gözlenmektedir. Bu noktada benzerlik gösteren ülke Anayasaları; Bulgaristan Anayasası 169, Azerbaycan Anayasası 158, Yunanistan Anayasası 120 maddeden oluşmaktadır. Bkz. HASAN TUNÇ "Türkiye'ye Komşu Devletlerin Anayasaları" Ankara 2008.

düzenlemelere yer vermek daha samimi sonuçlar doğuracaktır. Önemli olan devletin; “hukuk kalıbında yoğrulmuş bir devlet”⁷ olmasıdır.

Yargıya ilişkin düzenlemelerde de insanın hak ve özgürlüğü her şeyden üstün tutulmalıdır. Yapılan yargılamalarda davacının dava sonunda hak ve özgürlüğünün ne şekilde etkileneceği dikkate alınmalı, hak ve özgürlüğünün korunmasını sağlayacak kurallara ağırlık verilmelidir. Bu yapılırken de toplumun adalet duygusu tatmin edilmelidir.

Toplumun adalet duygusu üstün değer olarak alınmalı ve kamu yararı ile eşleştirilmesi yapılmalıdır. Bütün bunlar için dayanak zaten çok önceleri belirlenmiş, bizler daha hayatta yok iken buyruk edilmiştir. “Adaleti Tecelli Edin” Kuran-ı Kerim buyruğunu bir kez de biz hatırlatmak ve duyurmak isteriz.

Yasa üstündür, bağlayıcıdır anlayışı ile adaletin tecelli edilemediği pratikler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla netlik kazanmıştır. O halde, hakkaniyete uygun yargılama anlayışı ile adaletin tecelli ettirilebilmesi formülü, üzerinde durulması gereken ciddi bir alternatiftir.

Yapılacak yeni anayasada adaletin tecelli ettirilmesini sağlayacak hakim ve savcılara, kamu görevlilerine anayasal zemin ve dayanak oluşturulmalıdır. Bunun gerçekleşmesini sağlayacak kurallar, anayasaya ana hatları ile yerleştirilmelidir. Bu yargının aktörlerinin anayasa ile verilmiş görevlerini tartışmayacak şekilde, tereddütsüz halde yapabilmelerine zemin hazırlanmalıdır.

Hakkaniyetten şaşmadan, tecelli edecek olan adalet buyruğunu uygulanmalıdır. Yine, çok önceleri Şeyh Edebali tarafından söylenmiş olan “İnsanı yaşat ki Devlet yaşasın” öğüdü yeni anayasada referans alınmalıdır. Zira, hukukun üstünlüğü ilkesi kendini zaten bu sözde bulmaktadır. Bireyi, yani insanı üstün değer alan, insandan kalkılarak Devlete varılan anlayış “Hukukun Üstünlüğü” ilkesinin temelidir. “Hukukun Üstünlüğü” ilkesi ve insanın üstün ve temel değer olduğu anlayışı da yazılacak yeni anayasaya mutlaka işlenmelidir.

⁷ İBRAHİM Ö.KABOĞLU, “Anayasa ve Toplum”, İmge Yayınevi, Ankara 2000, 1. Bası, syf. 71.

III. ANAYASANIN DEĞİŞTİRİLEMEZ HÜKÜMLERİNE YÖNELİK BİR DEĞERLENDİRME

Anayasanın özellikle yargıya ilişkin maddelerinde değişim için öncelikle ortak paydalarda birleşmek, buluşmak gerekmektedir.⁸ Anayasa hükümlerinin ortak aklın ürünü olarak ortaya çıkması ve değişiklikler yapılırken kısa süreli veya mevcut ihtiyaçları karşılayan hükümler yerine uzun vadeli çözümler içermesi gerekmektedir. Bunun için ise anayasanın evrensel ilkelerine yer verilmelidir.⁹ Anayasa yapımında küresel gelişmelerin dikkate alınması anayasanın toplumdaki etkinliği ve meşruluğu açısından son derece önemlidir.¹⁰ Dolayısıyla anayasanın tümünün değiştirilebilir olması gerekmektedir.

Bu nedenle, anayasanın sosyolojik değişime paralel olarak değişmesi gerektiği ve değişim konusunda mutabakata varılmasının elzem olduğu açıktır.¹¹

Zira, temel kuruluş belgesi olan bir anayasayı değiştiremeyen bir ulusun ege-menliğinden söz edilemeyeceği açıktır.¹² 1791 Fransız Anayasası'nın VII. Başlık, 1. Maddesinde; anayasayı değiştirmenin ulusun bir hakkı olarak nitelendirildiği görülmektedir. 1793 Haklar Beynamesinde; "Bir halk her zaman anayasayı değiştirme, yenileştirme ve gözden geçirme hakkına sahiptir." ifadesi ile bir kuşağın kendisinden sonra gelen kuşağı kendi yasalarına mahkum etmesi engellenmiştir.¹³ Dolayısıyla hiçbir anayasa hükmü değiştirilemez kabul edilemez.¹⁴

Anayasalardaki değişmez hükümlerin varlığı Anayasa Hukukunda tartışmalı konulardan biri olmakla birlikte, böylesi bir durum gelecek kuşakların siyasi iradesinin sınırlandırılması anlamına geleceği yolundaki görüş ağırlık kazanmaktadır.¹⁵

⁸ "Yeni Bir Anayasaya Doğru Sivil Öneriler 2007-2008", İstanbul Mart 2008, syf.4.

⁹ "Yeni Bir Anayasa, Yeni Bir Dayatma mı?" İstanbul Barosu Yayınları, 9 Nisan 2010 Panel Notları, İstanbul 2010, syf.10,13,29.

¹⁰ TEKİR- AKKAŞ, age. , syf.76.

¹¹ "Çağdaş ve Sivil Anayasa Paneli", 3 Ekim 2003 Adıyaman, TBB. Yayınları No:56, Ankara 2004, syf.22.

¹² ALİ RIZA ÇOBAN, "Anayasayı Değiştirme Yetkisi Sınırları ve Denetimi" Adalet Yayınevi, Ankara 2011, syf.3.

¹³ KEMAL GÖZLER, "Kurucu İktidar", Ekin Yayınevi, Bursa 1998, syf.113.

¹⁴ Anayasanın değiştirilemez hükümlerine yönelik detaylı değişiklik tartışmaları için bkz. ÇOBAN, age., syf.23.

¹⁵ ERGUN ÖZBUDUN, "Türkiye'de Demokratikleşme Süreci Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı",

Mahkemeler “uyuşmazlıkları hakkaniyete uygun olarak çözdükleri” ve “toplumun adalet duygusunu tatmin ettikleri” sürece saygı duyulan yerler olmaktadır. “Saygı duyulan yer olma olgusu” ise hakimlerin işlevleri ve hükümleri ile kazanılmaktadır.

Açılan davalar ile pasif konumdan aktif hale gelmiş mahkeme/hakim hukukun ne dediğini söylemede, hakkaniyete uygunluğu sağlamada üzerine düşeni gereği gibi yapmalı, yani adaleti gerçekleştirilmelidir. Mahkeme/hakim eliyle gerçekleştirilecek olan adalet, toplumun bu duygusunu tatmin etmelidir. Toplumun adalet beklentisi gerçekleşmelidir. İşte bu noktada, etkili ve adil bir yargılanma sürecinden söz edilebilmesi için öncelikle bireylerin mahkeme/hakimlerden beklentilerinin tatmin edilebilmesinin sağlanması gerektiği açıktır.

Mevcut Anayasada yer alan yargıya ilişkin hükümlerin insan hakları-adil yargılanma hakkı çerçevesinde düzenlenmesi ve yargılamanın adalet ve hakkaniyet duygularını gerçekleştirecek şekilde sistematize edilmesi gerekliliği bulunmaktadır. Esasen yargıya ilişkin kurallara yönelik değişiklik ihtiyacının oldukça yoğun olması ve taleplerin fazla düzenlemeye ihtiyaç duymasının yanında yukarıda aktardığımız anayasa hükümlerinin çerçeve kurallar içermesi noktasındaki çelişki ile karşılaşmaktadır. Bu çelişkiye düşmeden nasıl bir öneri getirilebildiğini görmek açısından mevcut düzenlemeler ile karşılaştırma yaparak yeni bir metin ortaya koymakta fayda bulunmaktadır.

IV. 1982 ANAYASA’SININ YARGI İLE İLGİLİ KURALLARININ YERİNE ÖNERDİĞİMİZ İLKELER

A. 1982 Anayasa’sının Hukuk Devleti İlkesinin Yer Bulduğu 2. Maddesi;

Anayasanın değiştirilmesinin güç olması veya maddelerinin değiştirilemez oluşu sistemin meşruluk krizine yol açabilir.¹⁶

1982 Anayasa’sının “Cumhuriyetin Nitelikleri” başlıklı 2. maddesinde yer verilmiş olan “..... Hukuk Devletidir” temel kuralı;

İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul Mart 2014, syf.11,26.

¹⁶ TEKİR – AKKAŞ, age. , syf.96.

“..... hukukun üstünlüğünü egemen kılmayı esas alan Devlettir.” şeklinde yeniden yazılmalıdır.

Esasen önemli olan hukuk devleti ilkesine anayasada yer verilmesi değil, hukukun üstünlüğünün devletin tüm kurumlarına ve hukuk uygulamasına egemen kılınmasıdır.

Önerimiz “hukuk devleti ilkesi”nin artık arşivlenmesi ve yerine “hukukun üstünlüğü” ilkesinin temel kural olarak yeni Anayasaya yazılması ve uygulayıcılar tarafından hayata geçirilmesi için zemin oluşturulmasıdır.

Her ne kadar 1982 Anayasası’nın 4. maddesinde “Cumhuriyet’in Nitelikleri”nin değiştirilemeyecek hükümler olduğu belirtilmişse de, toplumun genel ihtiyaç ve isteklerinin daha önceden yapılan düzenlemeler ile sınırlanmaması gerekir. Bu noktada Anayasa’nın toplumun genel ihtiyaç ve isteklerine göre bütünüyle değiştirileceği düşüncesiyle bu öneriyi yaptığımızı belirtmek isteriz.

B. 1982 Anayasa’sının “Yargı Yetkisi” başlıklı 9. maddesindeki “Yargı Yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.” kuralı;

“Yargı yetkisi Türk Milleti adına adil yargılanma ilkesine uygun olarak tarafsız ve bağımsız mahkemeler tarafından kullanılır.” ifadesi ile oluşturulmalıdır.

Kalkış noktamız Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin “adil yargılanma başlıklı” 6. maddesinde yer verilmiş olan ilkeler ile uyumu sağlamaktır. Zira Sözleşme 6. madde sadece bağımsız mahkeme dememekte, bağımsızlığı, tarafsızlık ile birlikte aramakta ve somut olarak yansımasını şart koşmaktadır.

Hak arama özgürlüğünün hiçbir dönemde veya yönetim şeklinde kesintiye uğratılmaması gerekir. Hatta gelişen teknolojinin yargı hizmetlerinde kullanılması karşısında bireylerin hak arama özgürlüğünün günün 24 saati ve tatil günlerinde de kullanılmasına olanak tanıyan düzenlemelere yer verilmesi gerekir.¹⁷

Hak arama özgürlüğünün özellikle iddia ve savunmanın eşitliği ilkesinin sağlanması halinde gerçek anlamına kavuşacağı açıktır. Bu nedenle hak arama özgürlüğü maddesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin. 6. maddesine

¹⁷ ADİLŞAHİN, “Türkiye’de Anayasalarda ve Anayasa Taslaklarında İnsan Hakları - Karşılaştırmalı Olarak” Yetkin Yayınları, Ankara 2010, syf. 264.

yapılacak bir atfın veya bu maddeye paralel bir düzenlemenin¹⁸ hak arama özgürlüğünün silahların eşitliği ögesini karşılaması söz konusu olabileceği gibi, bazı tasarılar da yer aldığı gibi, buna ilişkin özel bir düzenlemeye de yer verilebilir.¹⁹

Özellikle hak arama özgürlüğünün sağlanabilmesi için tarafı olduğumuz uluslar arası hukuk ve yargı organlarının kararları ile ulusal yargı organlarının kararları arasında geçişi sağlayacak yol ve yöntemlerin öngörülmesi gerekir.²⁰

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine göre, adil yargılanma hakkının teorik değil, gerçek ve fiilen kullanılabilir güvenceler sağlaması gerekir. Aksi durumda yani yargı makamlarına başvuru olanağının teorik anlamda var olduğu, etkili kullanılmadığı durumlarda 6. maddenin ihlali sonucu ortaya çıkmaktadır.²¹

Öte yandan davaların yüksek mahkemeler önünde sürüncemede kalması, şikayetlere neden olmakta²² ve İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye taraf olarak adil yargılama taahhüdünde bulunmuş ülkemizin de bu duruma çare bulmasını kaçınılmaz hale getirmektedir.

¹⁸ Bkz. FAZİL HÜSNÜ ERDEM, YUNUS HEPER, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları ve Anayasa Önerileri", Seta Yayınları, Ankara 2013, syf.134.

¹⁹ Türkiye Barolar Birliğinin Anayasa Önerisi Geliştirilmiş, Gerekçelendirilmiş Yeni Metin, 5.Baskı, Ankara Kasım 2011, syf.267.

²⁰ YILMAZ ALİEFENDİOĞLU, "Anayasa Reformları ve Avrupa Anayasası - Yargı Yetkisi" TBB. İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, Ankara 2002, syf.115.

²¹ SEVTAP YOKUŞ, "Türkiye'de Çatışma Çözümünde Anayasal Arayışlar", Seçkin Yayınları, Mayıs 2013 Ankara, syf.68.

²² Yargı paketleri kanun tasarılarının gerekçelerinde, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin 6. Maddesinde düzenlenen "adil yargılanma hakkının" en önemli unsurlarından biri olan "yargılamanın makul süre içinde bitirilmesi" ilkesinin Anayasanın 141. Maddesinde de yerini aldığı, Tasarıyla yüksek yargı organlarının önünde bekleyen dosyaların bir an önce bitirilmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde "makul süre" aşıldığı gerekçesiyle ülkemizin mahkum olmasının önüne geçilmesi ve toplumda kaybolmakta olan yargıya güvenin yeniden sağlanması suretiyle, adalet duygusunun temini ve toplumsal huzurun sağlanmasının amaçlandığı belirtilmektedir. Yine gerekçeye göre; "2007 yılında Danıştay'a gelen dosya sayısı, 110.934 iken, bu rakam, 2008 yılında 130.278; 2009 yılında ise 126.224 olmuştur. Belirtilen yıllarda sonuçlandırılan dava ve iş sayısı ise 2007 yılında 88.29'ye, 2008 yılında 99.299'a, 2009 yılında ise 106.982'ye ulaşmıştır. Yine aynı yıllarda sonraki yıllara devreden, dosya sayısı ise sırasıyla 118.415, 149.394 ve 168.636'dır."

C. 1982 Anayasa'sının "Hak Arama Hürriyeti" Başlıklı 36. Maddesi;

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma ile ilgili olarak verdiği kararlarında yer alan ilke ve kuralların gerçekleşmesine olanak verecek bir düzenlemeye yer verilmesi gerekmektedir.

Delcourt/Belçika'ya karşı 10 Ocak 1990 tarihli kararın 25.paragrafında; Sözleşme bağlamında, demokratik toplumlarda adaletin hakkaniyete uygun olarak yerine getirilmesi hakkının çok önemli bir yere sahip olduğu ve kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanmaması gerektiği vurgulanmıştır.

Hennings/Almanya, Philis/Yunanistan kararında ise; Mahkeme, teorik ve soyut özgürlük vermekten ziyade, gerçek, somut ve fiilen kullanılabilir güvence sağlanmalıdır, denilmiştir.

Academy Trading ve Ötekiler/Yunanistan kararında ise; Mahkemenin bir mercii olarak varlığı, topluma verdikleri güven duygusu ile doğru orantılı olduğu, soyut ve teorik olmaması, somut ve gerçek bir varlık göstermesi gerektiği belirtilmiştir.

Piersack/Belçika'ya karşı 01/10/1982 tarihli kararın 52. Paragrafında önemle; Adaletin yerine getirilmesi yetmez, aynı zamanda yerine getirildiğinin görülmesi de lazımdır hassasiyetinde bulunulmuştur.

Bunlardan hareketle; Mahkemelerin/hakimlerin, toplumda/kişide bıraktığı izlenim, hak arayanlara güven veren, tarafsız bir görünüme sahip bulunması, tarafsızlığı sağlamak için alınmış bulunan tedbirlerin, makul her türlü şüpheyi ortadan kaldırır nitelikte olması gerekmektedir.

Nitekim Mahkeme, yasa ile kurulu, yürütme ve taraflar önünde bağımsız ve tarafsız ayrıca yargılama usulü güvencesine sahip bir mercii olarak ifade edilmektedir.

Gecikmiş adaletin adalet olmayacağından kalkılarak, davaların makul bir sürede sonuçlandırılması zorunluluk olarak kabul olunmuştur. Bu durum, hak arama süreci içine girenlerin yargılama işlemlerinin sürüncemede kalmalarına karşı korumak olmalıdır.

Gizlilik suretiyle keyifliliği önlemek ve mahkemelerin açık olması sonucu da adil yargılama yapıldığını görebilmektir. İşte, mahkemeye gidebilme hakkı önem arz etmekle birlikte bu hakkın Mahkeme de kullanılabilmesi ile bir bütünlük oluşturmaktadır.

Mahkeme önünde hak arama yoluna girilmiş olması halinde bu yolun fiilen yahut hukuken kapatılması, kullanılamaması veya başvurulması gereken bir merciye gidilmemesi 6. madde kuralının çiğnenilmesi sonucunu doğuracaktır. (Dewer/Belçikaya karşı kararı)

Hak teslimi içinde mahkeme önüne gidebilme olanağının da gerçekten ve fiilen mevcut olması gerekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mahkemelerin teorik ve hayali değil, fiilen ve gerçekten mevcut bulunması, yani sonuç doğurabilir, işe yarar ve elverişli cinsten olması gerekir, demektedir.²³

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargıçları özellikle Sözleşme'nin 6. Maddesinin birinci paragrafının ilk cümlesinden hareketle etkili ve adil bir yargılama sürecinden söz edilebilmesi için, öncelikle bireylerin yargı organından beklentilerinin tatmin edilebilmesinin sağlanması gerektiğini vurgulamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; "Adil Yargılama Hakkının" demokratik bir toplumda öne çıkan yanı bağlamında, bu alandaki denetim açısından, Mahkemeyi soyut bir inceleme yapmaktan çok, dava konusu usulün gereği gibi uygulanıp uygulanmadığını irdelemektedir.

Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi "Başvuru hakkı yasal koşullara tabi olacaksa, mahkemeler usul kurallarını uygularken hem usuldeki hakkaniyete zarar verecek bir aşırı usulcülüğün, hem de yasalar tarafından belirlenmiş usul koşullarını ortadan kaldırmaya varacak bir aşırı esnekliğin önüne geçmek zorundadır."²⁴ görüşündedir.

Mahkemenin somut bir gerçeklik göstermemesi, bireylerin mahkemelere olan güvenlerini sarsmakta, adeta mahkemeye dava açma ile boşuna bir uğraş içerisine girmiş olduğu hissini oluşturmaktadır.

²³ Leander/İsveç'e karşı kararından okuyoruz.

²⁴ Walahli/Fransa, 35787/03, 26 Temmuz 2007 kararı.

Birey kendini güvencesiz, donanımsız ve sahipsiz olarak görmektedir. Haklı olduğu halde açılan davada hakkı teslim olunmayan birey, adeta karamsarlığa düşmektedir. Kendisine, hakimlere, mahkemeye ve adalete olan saygısı ve inancı azalmaya yüz tutmaktadır. Davacı olarak mahkemeye başvuran kişi, bütün iddialarının inceleneceğinden emin olmalı, bu konuda endişe etmemelidir. İddiaların doğruluğunun belirlenmesi durumunda ise hakkının teslimini ve ihlalin düzeltilmesini bekleyebilmelidir. Bu doğrultuda gerekçeli ve uygulanabilir karar verilmesi ve kararın uygulandığının görülmesini mahkemeden isteyebilmelidir.

Bilimde ve yargıda asla keyfiliğe yer yoktur. Yargıç usulü uygulamanın hukuki ve vicdani sorumluluğunu taşımaktadır. Yargıcın, usul kuralları, yani prosedür ile kendini sınırlaması, usulü hakkaniyete uygun olarak uygulaması, hakkın özüne dokunacak biçimde, bireyin dava hakkını kısıtlamaması gerekmektedir.

Hak ve özgürlüğü ihlal edilen birey, ulusal yargıç önünde bunun giderilmesini elde edemediği takdirde artık devlet sınırını aşarak uluslararası yargıca başvuruda bulunabilmektedir. Diğer bir deyişle, ulusal mekanda adil yargılanmadığını ve AİHS ile tanınan haklarının ihlal edildiğini iddia eden birey, konuyu uluslararası mekana taşıyabilmekte, davasını tartışırabilmektedir.

İşte bu doğrultuda, adalet duygusunun tatmin olunması insanoğlunun zor yolculuklarından biri olmaktadır. Unutmamak gerekir ki, ancak uluslararası bir yolculuk sonrası adalet duygusunun tatmin olunacağı kanısı ile karşılaşmaktayız. Türk mahkeme, hakim ve savcılarına düşen ise, bu yolculuğu iç hatlarda tutmayı başarabilmektedir. Bunlardan kalkılarak vurguladığımız, Avrupa Ortak Hukuk Mekanı ve Demokratik Toplum Gereklere ile uyum oluşturulmasında ülkemizde hakkaniyete uygun yargılama anlayışının egemen kılınmasıdır. Hakkaniyete uygun yargılamanın olmazsa olmazı ise hukukun üstünlüğü ilkesinin hayata geçirilmesidir.

ÖNERİMİZ;

1982 Anayasası'nın "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde yer verilen; "Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına

sahiptir” kuralı değiştirilmeli ve ayrı bir maddede düzenlenmek yerine 9. madde ile birleştirilmek suretiyle bir düzenlemeye yer verilmelidir.

Ayrıca bu maddede 141. maddede yer alan duruşmaların aleniyetine ve kararların gerekçeli olmasına davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasına ilişkin hüküm esasen “adil yargılanma hakkının” unsurlarının olması nedeniyle ayrıca bir başka maddede düzenlenmek yerine bu madde içinde konuya ilişkin düzenlemelere yer verilmek suretiyle düzenlenerek AİHS’nin 6. maddesinde belirlenmiş ilkelerle uyum oluşturmalıdır.

“Herkes, yasa ile kurulmuş olan bağımsız ve tarafsız mahkemelerde iddia ve savlarının hakkaniyete uygun olarak makul bir sürede görülerek karara bağlanması konusunda adil ve aleni ve en az giderle ve mümkün olan süratle yargılanma hakkına sahiptir.” kuralı yer almalıdır.

V. ANAYASANIN “TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİN KORUNMASINDA ETKİLİ BAŞVURU” İLE İLGİLİ DÜZENLEMELERİNE İLİŞKİN ÖNERİ

Hedeflediğimiz; bir başka nokta ise, başvuruların etkili bir şekilde işleme konulması ve sonuç alınmasıdır.

Bir hukuk sisteminin en önemli özelliklerinden birisi toplum içinde hakkı ihlal edilen, mağdur ve mazlum konumuna düşen kişileri yalnız bırakmamak, kendi hallerine terk etmemektir. Devletin yetkili kurumları, bu kişilerin ihlal edilen hakkının bilhassa adli makam ve kurumlar vasıtasıyla en kısa sürede tekrar tesis edilmesini sağlamak için her türlü tedbiri almalıdır. Bir devlet toplumda kendisini ekonomik ve sosyal olarak zayıf gören kesimlerin hakları ihlal edildiğinde, bu mağduriyetleri toplumda güçlü olarak vasıflandırılanlar ile aynı seviyede ve aynı etkinlikte giderebiliyorsa, ancak o zaman adalet ilkesini tam olarak gerçekleştirmiş olur.

Adalet mekanizmasının süratli, etkili ve hakkaniyete uygun işleyebilmesi için gereken tedbirler yetkili kamu otoriterleri tarafından alınmalıdır, aksi takdirde hakkı ihlal edilen kişinin karşı karşıya kaldığı bütün zararlardan devlet sorumlu olacaktır. Hangi toplumsal statüye sahip olursa olsun, insan onuru gereği, bir mağdur, hakkı tesis edilinceye kadar devlet nezdinde her türlü yar-

dım ve desteği talep etme hakkına sahiptir.

Zira mevcut 40/1. madde uygulanması ile AİHS 13. madde kuralı çerçevesinde etkili başvuru olmadığı gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen oldukça çok sayıda ihlal kararının varlığı bu maddenin yeniden düzenlenmesinde temel noktanın “etkili başvuru yolu” hükmünün zorunlu kılınması ile mümkün olacağı açıktır.

Dolayısıyla artık kurumların değerlendirilmesinde, sadece işlemlerin yasal süreçlere uygunluğunu inceleyen hukuksal denetim yeterli görülmemekte bunun yanında performans denetimi de gündeme gelmektedir. Hukukilik denetimi, hukuk devleti ilkelerinin bir gereğidir ve çağdaş yönetim sisteminin önemli bir unsurudur. Yönetim kurumlarının ve personelinin yasal mevzuata, prosedürlere, talimatlara vs. uygun hareket etmesini sağlamak ve gözetmek için vazgeçilmezdir. Ancak tek başına yeterli değildir. Bunun yanı sıra etkinliğin ve performansın da dikkate alınması gerekmektedir. Dahası yasal mevzuatın sonuçlara odaklanmayı engelleyecek kanunsal performansa ve yaratıcılığa izin verecek bir niteliğe de kavuşturulması gerekmektedir. Böylece kanunun kullanmış olduğu kaynakların sadece yasallığı değil etkinliği de denetlenmiş olacaktır.²⁵

40/1. maddesinde belirtilmiş olan “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir” kuralı da aşağıdaki şekilde ifade edilmelidir.

ÖNERİMİZ;

“Anayasa ile tanınmış olan hak veya özgürlüğü ihlal edildiğini iddia eden herkes yetkili makama etkili başvuru yapma hakkına sahiptir. Yetkili makam da geciktirmeden ve sonuç doğurucu bir şekilde eylemde bulunma veya işlem tesis etmek imkanını sağlamalıdır” kuralı işlenmelidir.

²⁵ ERBAY ARIK BOĞAT, Türk Yerel Yönetim Sisteminde Reform ve Yeni Kamu Yönetimi, Kamu Yönetimi Yazıları, BİLAL ERYILMAZ, MUSA EKEN, MUSTAFA LÜTFÜ ŞEN, Nobel Yayın Dağıtım Ltd. Şti., Ekim 2007, s.50.

VI. ANAYASA'SININ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERİN BAĞLAYICILIĞINA İLİŞKİN KURALI

Yeri gelmişken vurgulamakta fayda görmekteyiz ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 1954 yılında 16 ülke tarafından imzalanan Sözleşmeyi yorumlayarak geliştirmiştir. Hali hazırda 47 ülke Sözleşmeye taraftır. 16 ülke tarafından imzalanmış olan Sözleşme metni ile sonradan 31 ülke tarafından imzalanmış olan Sözleşme metni aynıdır.

Strasbourg yargı organı 1954 yılındaki metni 2015'e taşırken Sözleşmeye hayatîyet ve canlılık katmış bugüne Ek Protokollerle ve İçtihatlarla gelinmiştir. Tabii Sözleşme maddelerini uygulayarak değil, yorumlarıyla bunu yapmıştır.

Türk yargısı da önüne gelen uyuşmazlıklarda uygulanacak yasa maddesini bağlayıcı norm olarak almaktan ziyade çerçeve norm olarak alabilmelidir. Bu çerçeve içerisinde tablonun çizimini yargıç yorum fırçalarıyla doldurma yoluna gitmelidir. Bunu yapabilmek için 1982 Anayasasının hukuk devleti ilkesi formüllerinden arınmalı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin hukukun üstünlüğü ilkesi formül ve argümanlarını kullanmalıdır.

Bunun anlamı ve beklentisi de hakkaniyete uygun yargılama zorunluluğudur.

1982 Anayasası'nın "Milletlerarası Antlaşmaları Uygun Bulma" başlıklı 90. maddesinin 5. fıkrasının son cümlesinde yer alan; "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş olan temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıkları milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır" kuralına uluslararası mahkeme kararlarının uygulanması ve uyulmasına dair bir kural konulmalıdır.

ÖNERİMİZ;

"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş olan temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır ve uluslararası mahkeme kararları ile ulusal yargı yerlerimizin içtihatlar

arasında farklılık bulunduğu takdirde bu farklılığın giderilmesi için uluslararası mahkeme kararlarına uygunluk oluşturulur” şeklinde değiştirilmelidir.

VII. ANAYASANIN MAHKEMELER İLE İLGİLİ HÜKÜMLERİNİN YENİDEN ELE ALINMASI

Yukarıda yer alan açıklamalar, yargıya ilişkin anayasal düzenlemelerin toplumun yargıya ilişkin beklentilerini karşılamak ve başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında yer alan ilke ve kurallar düzeyine çıkarmak için yeniden düzenlenilmesi ihtiyacını ortaya koymaktadır. Bu noktada yargısal düzenlemelere yönelik bir çok tasarı-öneri hazırlanmış görülmektedir. Ancak, bu önerilerin ve düzenlemelerin var olanı yine korumaya yönelik olduğu ve çok büyük değişimler içermediği görülmektedir. Bu öneriler esasen bu konuda genel değişim ihtiyacını ortaya koymasından önem arz etmektedir. Bu nedenle aşağıda yargıya ilişkin hükümleri yeniden ele alırken bu tasarılarından da faydalandığını belirtmek gerekir.

Öte yandan, anayasacılık deneyimi açısından bir çok ülkenin mevcut anayasalarında yer alan yargıya ilişkin hükümleri de titizlikle irdelenme suretiyle bir metin ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu noktada başlangıçta belirttiğimiz gibi sadece bu konudaki değişime hız kazandırmak ve tasarıların kamuoyunda tartışılmasını sağlamak amaçlı bir metin ortaya konulmaya çalışılmıştır.

A. Mahkemelerin Yapılanması Açısından Öncelikle Adli Yargı, İdari Yargı Ayrımı Hatta Askeri Yargı Ayrımına Artık Son Verilmelidir.

Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı'nın Sonuç Raporunda; idari yargıda birlik sağlanmalıdır ifadesi yer almakta olup, bu ifadeden kastın yargıda idari ve adli yargı ayrımına son vermek değil, askeri yargı kaldırılmak suretiyle idari yargıda birliğin sağlanması talebini içerdiği anlaşılmaktadır.²⁶ Bu görüşü savunanların gerekçelerinden birisi de idarenin bütünlüğü ilkesine karşın, idari yargıda sivil ve askeri idari yargı şeklindeki ikili ile yargıdaki bütünlüğün zedelendiği vurgulanmaktadır.²⁷

²⁶ Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfının (TEPAV.) Sonuç Raporu, syf. 6 ve 17.

²⁷ “Özgürlükçü, Eşitlikçi Demokratik ve Sosyal Yeni Bir Anayasa İçin Temel İlkeler”, Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK) Yayınları No:57, Ankara Haziran 2009, syf.76.

Askerî ve sivil yargı ikiliğinin giderilmesi; yargının, askerî ve sivil yargı olmak üzere iki başlı yapısına son verilerek, Askeri Yargıtay'ın kaldırılmasını ve yetkilerinin yeni kurulacak olan Yüksek Adalet Dairesine devredilmesini; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin kaldırılmasını ve yetkilerinin yeni kurulacak olan Yüksek İdare Dairesine devredilmesini önermekteyiz.

Türk yargısının en başta gelen sorunlarından biri “*yargı birliği*” ilkesine aykırı bir yapılanma içinde bulunması olarak görenler de bulunmaktadır.²⁸ idarenin yargı yoluyla denetimi, yargı birliği ilkesinin geçerli olduğu sistemlerde “*adli mahkemeler*”, yargı ayrılığı ilkesinin geçerli olduğu sistemlerde ise bağımsız “*idari mahkemeler*” eliyle yapılması söz konusudur.²⁹

Yargı birliği sisteminde bir ülkede sadece bir tane yüksek mahkeme vardır ve idari yargıyı da, adli yargıyı da bu mahkeme altında örgütlenmektedir.³⁰ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin, Mesutoğlu – Türkiye davasında yaptığı değerlendirme farklı yargısal yaklaşımların ortadan kalkması açısından önem taşımaktadır.

ÖNERİMİZ:

Anayasanın “Askeri Yargı” başlıklı 145. maddesinin bu başlığı kaldırılmalı ve madde metninde yer verilmiş olan askerî yargı ibaresi metinden çıkarılmalıdır.

Fıkradaki “Askeri Yargı” ibaresi Askerlik hizmetleri ile ilgili olarak yargılama görevi.....” şeklinde ifade edilmelidir.

Maddenin 1. Fıkrasının son cümlesindeki “..... Adliye mahkemelerinde.” ibaresi de “..... genel görevli mahkemelerde.....” şeklinde yazılmalıdır.

Fıkra, 3. Fıkra ve 4. Fıkra hükümleri artık ihtiyaç kalmadığından yeni Anayasa da yer almamalıdır.

B. Yargı Örgütleri Tek Çatı Altında Toplanmalıdır.

Yüksek Temyiz Mahkemesi içerisinde Yüksek Adalet Mahkemesi, Yüksek

²⁸ ÖZLEM KOÇAK SÜREN, “Türkiye’de Yargının Örgütlenmesi ve Adalet Sistemi Problemleri”, TBB. Dergisi, Sayı:85, Ankara 2009, syf 403.

²⁹ İbid., syf 404.

³⁰ HÜSEYİN YÖRÜK, “Yargı Birliği Sağlanmalıdır”, <http://www.hukukcu-lar.org.tr>.

İdare Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi bölüm başkanlığı olarak yer almalıdır. Yeteri kadar bölüm ve daireler şeklinde bu Yüksek Mahkemede görevlendirme yapılmalıdır.

Alt örgütlenmede ise istinaf ve ilk derece adli, ceza, idari, vergi mahkemeleri yanında tüketici, ticaret, fikri ve sınai haklar gibi ihtisas mahkemeleri bulunmalıdır.

Bu örgütlenme, hukukun üstünlüğü ilkesinin uygulandığı sistemlerde yargı birliğinin sağlanmasının bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır.

1982 Anayasa'sının "Mahkemelerin Bağımsızlığı" başlıklı 138. maddesinin bu başlığı "Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı" olarak yazılmalı ve içeriği bu yeni başlık ile uyumlu hale getirilmelidir.

Maddenin 1. fıkrasında yer verilen "Hakimler, görevlerinde bağımsızdır- lar..." kuralı yerine "Hakimler, görevlerinde bağımsız olup, tarafsız olarak görev yaparlar." şeklinde düzenlenmelidir.

ÖNERİMİZ:

MADDE- Mahkemeler

1. Mahkemeler, yargıyı idare etme sorumluluğu olan yargılama yetkisini kullanan organlardır.

2. Mahkemeler, yargıyı idare ederken, bireylerin Anayasa ile korunan haklarını ve çıkarlarını güvence altına alır, demokratik hukuk düzeninin ihlal edilmesini önler, hukukun üstünlüğü ilkesini egemen kılar, kamu ve özel çıkarlar arasındaki uyuşmazlıkları karara bağlar.

3. Fonksiyonlarının yerine getirilmesinde mahkemeler diğer kurumların yardımından yararlanma hakkına sahiptir.

4. Mahkemeler bağımsız ve tarafsız olup, hukukun üstünlüğü ilkesine uygun faaliyette bulunurlar.

5. Mahkemeye getirilen konularda, mahkemeler Anayasa hükümlerine veya orada benimsenen esaslara aykırı kuralları uygulayamaz.

MADDE- Mahkeme Kararları

1. Mahkemeler kararlarında, gerekçelerini kanunun belirlediği biçimde ortaya koyar.

2. Mahkeme kararları, kamu, özel her kişi ve kurumu bağlayıcıdır ve diğer her türlü merciin kararının üstünde olup, gecikmeksizin yerine getirilir.

3. Kanun, Mahkeme kararlarının uygulanma şartlarını düzenler ve bu kural-
ların uygulanmasında sorumlu kişi veya kuruma uygulanacak cezaları ortaya belirler.

Mahkemelerin teşkilatlanması

MADDE: Yüksek Temyiz Mahkemesi

1. Alt derece Mahkemeleri tarafından verilen ve temyiz yolu açık olan kararlara karşı yapılan başvuru üzerine temyiz incelemesi görevini yerine getirir.

2. Yüksek Temyiz Mahkemesi bünyesinde;

a) Yüksek Adalet Dairesi, ilk ve ikinci derece hukuk ve ceza mahkemeleri;

b) Yüksek İdare Dairesi, diğer idare ve vergi mahkemeleri;

c) Uyuşmazlık Dairesi şeklinde örgütlenir.

3. Alt örgütlenmede ise istinaf ve ilk derece adli, ceza, idari, vergi mahkemelerinin ve ihtisas mahkemelerinin kararlarına karşı Yüksek Temyiz Mahkemesinin ilgili Dairesine temyiz yoluna başvurulabilir. Kanun, önceki fıkralarda öngörülen mahkemelerin ayrı ayrı veya birlikte uyuşmazlık çözen mahkemeler olarak oluşturulabileceği durum ve şekilleri, Yüksek Adalet Dairesi ve Yüksek İdare Dairesi nezdinde ne kadar alt bölüm kurulacağını ve Bölümlerin görevlerini belirler.

4. Özel yetkili mahkemeler yasaktır. Özel konular için mahkemeler ancak bir yasayla kurulabilir.

MADDE- Yüksek Adalet Dairesi

1. Anayasa Mahkemesinin özel sorumlulukları saklı kalmak üzere, Yüksek Adalet Dairesi hukuk mahkemeleri hiyerarşisinde üst organdır.

2. Yüksek Adalet Dairesi yargıçları kendi içinden bir Başkan seçer.

3. Genel kural olarak, ilk derece mahkemeleri, bir sonraki maddenin ikinci fıkrasında belirtilen statüye eşit adliye mahkemeleridir.

4. Genel kural olarak, ikinci derece mahkemeleri İstinaf Mahkemeleridir.

5. Hukuk mahkemeleri, hukuki ve cezai konularda genel mahkemelerdir ve diğer yargı organlarına ayrılmamış her alanda yargı yetkisine sahiptir.

6. Belirli sorumlulukları olan veya belirli konulara bakmakta uzmanlaşmış ilk derece mahkemeleri olabilir.

7. İstinaf Mahkemeleri ve Yüksek Adalet Dairesi özel bölümlerde faaliyet gösterebilir.

MADDE- Yüksek İdare Dairesi

1. İdare ve vergi mahkemeleri hiyerarşisinde üst organdır.

2. Yüksek İdare Dairesi yargıçları kendi aralarından mahkeme Başkanını seçer.

3. Amacı idari ve mali hukuki ilişkilerde ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözmek olan idare ve vergi mahkemeleri, ihtilaflı davalara ve başvurulara bakar.

4. Kanun, ilk derece idare ve vergi mahkemelerinin hâkimlerinin işe alınmalarını düzenleyen şartlar ve kuralları belirler.

5. İkinci derece mahkemelerinin hâkimlerinin seçiminde önce gelen kriter, ilk derece hâkimlerinin özgeçmişlerini sunmasıyla yarışmaya dayalı belirlenecek liyakattir.

6. Yüksek İdare Dairesine atanma, hâkimler, savcılar ve kanunun belirttiği liyakata sahip hukuk mesleğinin diğer üyelerinin gönderdiği özgeçmişler arasından yarışmaya dayalı olarak yapılır.

MADDE- Uyuşmazlık Dairesi

1. Uyuşmazlık Dairesi yetki ihtilaflarını kanunda belirtilen şekilde karara bağlar.

2. Uyuşmazlık Dairesi adlî ve idarî yargı mercileri arasındaki görev ve hü-

küm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümlenmeye yetkilidir.

3. Uyuşmazlık Dairesinin kuruluşu, üyelerinin nitelikleri ve seçimleri ile işleyişi kanunla düzenlenir.

4. Bu Dairenin Başkanlığını Yüksek Temyiz Mahkemesince, kendi üyeleri arasından görevlendirilen üye yapar.

C. Hakimlik ve Savcılık Teminatı

Anayasa'nın "Hakimlik ve Savcılık Mesleği" başlıklı 140. maddesinde "Hakimler ve Savcılar adli ile idari yargı hakim ve savcılar olarak görev yaparlar. Bu görevler meslekten hakim ve savcılar eliyle yürütülür." kuralı yer almaktadır.

Bu kuralın yerine önerimiz; "Hakimlik ve savcılık görevleri, meslekten hakim ve savcılar tarafından yerine getirilir" şeklinde olmalıdır.

Adli ve idari yargı hakim ve savcılığı görevleri tek yüksek mahkeme altında örgütlenen bir sistemi oluşturup, bu sistem içerisinde görev yapan hakimler ve savcılar tarafından yerine getirilmesi sağlanmalıdır.

MADDE-Hakimlik Teminatı

1. Hâkimler görev teminatına sahiptir ve kanunun belirttiği haller dışında nakledilemez, geçici olarak açığa alınamaz, emekli edilemez ve görevden azledilemez.

2. Kanunda belirtilen istisnalar dışında, hâkimler verdikleri karardan dolayı kişisel olarak sorumlu tutulamazlar.

3. Faal hizmetteki hâkimler, ücretsiz ders verme veya hukuki araştırma dışında, başka bir kamu veya özel işlev üstlenemezler.

4. Faal hizmetteki hâkimler, yetkili Yüksek Kurulun izni olmaksızın mahkemelerin işleri dışında alakasız adli görevlere atanamazlar.

5. Kanun, hâkimlik göreviyle bağdaşmayan diğer durumları ortaya koyabilir.

MADDE- Hakimlerin Atanmaları

1. Hukuk ve ceza mahkemelerinin hâkimlerini atanma, görevlendirme, na-

kil ve terfilere ve kendilerine uygulanacak disiplin hükümleri, kanunda belirtildiği üzere, Hâkimler Yüksek Kurulunun sorumluluğundadır.

2. İdare ve vergi mahkemelerinin hâkimlerinin atanma, görevlendirme, nakil ve terfilere ve kendilerine uygulanacak disiplin hükümleri, kanunda belirtildiği üzere, ilgili Yüksek Kurulun sorumluluğundadır.

3. Anayasada öngörülen teminatlara dayanarak, kanun, diğer mahkemelerin hâkimlerinin görevlendirme, nakil ve terfilerini düzenleyen kuralları ve kendilerine uygulanacak disiplin hükümlerini ve sorumluluklarını tanımlar.

4. Kesin ve asıl görevli olarak kadroya atanan yargıçlar görev sürelerinin sona ermeden ve taleplerine aykırı olarak ancak mahkeme kararıyla ve ancak yasaların öngördüğü neden ve şekillerle azledilebilir veya sürekli veya geçici olarak işten el çektirilebilir, başka bir yere atanabilir veya emekliye ayrılabilirler.

5. Yasa, yaşam boyu atanmış yargıçların emekliye ayrılacakları yaş sınırını tespit eder.

6. Mahkemelerin kuruluş veya yargı çevresinin değiştirilmesi halinde, yargıçlar, maaşları kesintisiz verilmek koşuluyla, başka bir mahkemeye atanabilir veya görevden alınabilirler.

7. Hâkimler ve savcılar, fiilen görev yaptıkları süre boyunca, başka bir kamu görevi üstlenemezler, siyasi partilere veya sendikalara üye olamazlar. 8. Kanun, hâkimler ve savcılar için mesleki örgütlenme yöntem ve sistemlerini belirler.

MADDE- Cumhuriyet Savcılığı

1. Cumhuriyet savcılığı, Devleti temsil etmek ve kanunun belirttiği çıkarları korumakla ve bir sonraki fıkradaki hükümlere dayanarak, egemenlik yetkilerini kullanan organların tanımladığı ceza politikasının uygulanmasına katılmaktan, kanunilik ilkesi uyarınca ceza davasının takibatını yapmaktan ve demokratik hukuk düzenini savunmaktan sorumludur.

2. Cumhuriyet savcılığı, kanunun belirttiği kendi statüsüne ve özerkliğe sahiptir.

3. Cumhuriyet savcılığı memurları sorumlu adliye memurlarıdır, hiyerarşiye tabi ve onun bir parçasıdır ve kanunda belirtilen haller dışında nakledilemez, açığa alınamaz, emekli edilemez ve azledilemezler.

4. Cumhuriyet savcılıklarının atanma, görevlendirme, nakil ve terfileri ve kendilerine uygulanacak disiplin hükümleri Cumhuriyet Başsavcılığının sorumluluğundadır.

5. Cumhuriyet Başsavcılığı, Cumhuriyet savcılıklarının üst organıdır ve kanunla belirlenen yapı ve sorumlulukları vardır.

6. Cumhuriyet Başsavcılığına Başsavcı Başkanlık eder ve Cumhuriyet Meclisince seçilen üyeler ve savcılar kendi aralarından seçtikleri üyelerden oluşan Cumhuriyet Savcılar Yüksek Kurulunu içinde barındırır.

7. Cumhuriyet Başsavcısının görev süresi altı yıldır.

VIII. HAKİMLER VE SAVCILAR ÜST KURULUNUN OLUŞUMUNA İLİŞKİN ÖNERİ

Yapılan bir ankette yüksek yargıya üye seçiminde etkili olma noktasında; yüksek yargının % 64; Meclisin % 60; Cumhurbaşkanının % 58 gibi oranlarda etkin olması yolunda eğilimler gözlenmiştir.³¹

Yargının bağımsızlığının sadece kurumsal değil, bireysel bağımsızlıklarının da sağlanması halinde gerçekleşmesi söz konusu olabilecektir. Esasen önemli olan yargının bağımsızlığına ilişkin yeterli ifadeler yer verilmesinden öte, yargının uygulamada kendisini bağımsız hissetmesidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Albayrak/Türkiye kararında da belirtildiği üzere; "Kamu görevlilerine hangi güvenceleri sağlıyorsanız yargıç ve savcılar için onun daha fazlası olmalıdır." ifadesi ile hakimlerin güvencelerine verilen önemin altı bir kez daha çizilmiş bulunmaktadır.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yerine Hakimler Kurulu ve Savcılar Kurulu şeklinde iki ayrı kurul önerisini getirenler de bulunmaktadır.³² Bu düşün-

³¹ "Yeni Anayasadan Toplumsal Beklentiler", Bilge Adamlar Stratejik Araştırmalar Merkezi (BİLGESAM) Rapor No:36, Ankara Ekim 2011, syf. 113 v.d.

³² Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfının (TEPAV.) Sonuç Raporu, syf. 38.

cede olanlar 1961 Anayasasında olduğu gibi iki ayrı Kurul oluşturulmasından yanadırlar.³³

Alain Madeline; “Hukukta devletçilikten hukuk devletine geçmek için bu Kurulu bağımsız kılmak gereklidir.” demektedir.³⁴ Sami Selçuk tarafından HSYK. nın bağımsızlığından taviz verilmeyip, Kurulların adının “Yargı Erki Genel Kurulu” yada “Yargı Erki Ulusal Kurulu” şeklinde değiştirilmesi ve yasama ve yürütmeyle çatışmaya değil, eşgüdümle ve yan yana çalışması önerilmektedir.³⁵

Bunun için yargı kurullarına sadece yargıçlar değil, avukatlar, hukuk profö-sörleri gibi başka meslek gruplarının da katılımının sağlanmasının “mesleki kooptasyon” ihtimalini ortadan kaldırılacağına vurgu yapılmaktadır.³⁶ Venedik Komisyonu’na göre de böyle bir kompozisyonun varlığı, adaletin kalitesinin ve tarafsızlığının denetlenmesinde bireysel bir hakimin menfaatlerinin önüne geçilmesine yol açacaktır.³⁷

Avrupa Yargıçları Danışma Konseyi’nin 1 Nolu Görüşünde; Avrupa Konseyi’ne üye bazı ülkelerde yargıçları atayan kurulların üyelerinin yasama organı tarafından seçilmesinin, mahkemeleri siyasi etkiye açtığı ve erkler ayrılığını zedelediği için arzu edilen bir yöntem olarak görülmemektedir.³⁸ Ancak, 1990 yıllarda Doğu Bloğundan ayrılan ülkelere Anayasa hazırlamak için Avrupa Konseyi’ne Danışma organı olarak kurulan Venedik Komisyonu’na³⁹; parlamento tarafından üye seçilmesinde, milletvekili olmaması, politik yönünün olmaması ve muhalefetin de desteğini alacak nitelikte çoğunlukla seçilmesi halinde seçilecek üyelerin toplumun farklı kesimlerinin görüşlerini yansıtacağı kabul edilmektedir.⁴⁰ Bu kişilerin Kurul çalışmalarına farklı bir gözle bakacağı, karar-

³³ “Özgürlükçü, Eşitlikçi Demokratik ve Sosyal Yeni Bir Anayasa İçin Temel İlkeler”, syf.76.

³⁴ SAMİ SELÇUK, “Yargı Bağımsızlığına İlişkin Reform Önerileri”, Türkiye’de Anayasa Reformu Prensipler ve Sonuçlar, Konrad Adanauer Vakfı Yayınları, Ankara Ocak 2001, syf.94.

³⁵ İbid., syf.97.

³⁶ “Türkiye’nin Yeni Anayasasına Doğru”, TESEV Anayasa Komisyonu Raporu, TESEV Yayınları, Nisan 2011, syf.22.

³⁷ Venedik Komisyonu Raporu, paragraf 30, aktaran bkz. ÖZBUDUN, a.g.e., syf.117.

³⁸ “Özgürlükçü, Eşitlikçi Demokratik ve Sosyal Yeni Bir Anayasa İçin Temel İlkeler”, syf.77.

³⁹ FAHRİ TOSUN, “Yargı ve Demokratik Meşruiyet”, Terazi Dergisi, Sayı:47, Ankara Temmuz 2010, syf.171.

⁴⁰ YUSUF HAKYEMEZ, “Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu”, Yargı Raporu: Demokratikleşme Sürecinde Yargı Kurumları, Stratejik Düşünce Enstitüsü Yayınları, Ankara 2010, syf. 56.

ların alınmasına katkı sağlayacağı ve Kurulun demokratik meşruiyeti açısından olumlu olacağı⁴¹ hususlarının da yapılacak düzenlemede dikkate alınması gerekmektedir.

ÖNERİMİZ:

MADDE- HAKİMLER VE SAVCILAR ÜST KURULU

1. Cumhurbaşkanı yargı erkinin bağımsızlığının garantörüdür.
2. Kendisine Hâkimler ve Savcılar Üst Kurulu yardım eder.
3. Hâkim ve savcıların statüsü bir yasa ile düzenlenir.
4. Hâkimler ve Savcılar Üst Kurulu biri hâkimler konusunda, diğeri savcılar konusunda yetkili iki daireden oluşur.
5. Hâkimler konusunda yetkili daire, beş hâkim, Yüksek Adalet Dairesi tarafından seçilen bir Yüksek Adalet Dairesi üyesi, Yüksek İdare Dairesi tarafından seçilen bir Yüksek İdare Dairesi üyesi, her biri Cumhurbaşkanı, TBMM. tarafından, parlamento ve adliyeye mensup olmayanlar arasından seçilen üç kişiden oluşur.
6. Savcılar konusunda yetkili olan daire, beş savcı ve Yüksek Adalet Dairesi tarafından seçilen bir Yüksek Adalet Dairesi üyesi, Yüksek İdare Dairesi tarafından seçilen bir Yüksek İdare Dairesi üyesi ve TBMM. tarafından, parlamento ve adliyeye mensup olmayanlar arasından seçilen üç kişiden oluşur.
7. Hâkimler ve Savcılar Üst Kurulunun hâkimler konusunda yetkili dairesi, hâkimlerin adli yargı hakimi olması halinde Yüksek Adalet Dairesi'ne, İstinaf Mahkemesi ilk başkanlığına, asliye hukuk mahkemesi atanması konusunda; idari yargı hakimi olması halinde ise Yüksek İdare Mahkemesi'ne, İstinaf Mahkemesine, İdare veya vergi Mahkemesine atanması konusunda karar verir.
8. Hâkimlerin disiplin kurulu olarak Hâkimler ve Savcılar Üst Kurulunun hâkimler konusunda yetkili dairesi kararlar verir. Bu durumda kurula Yüksek Adalet Dairesi Birinci Başkanı veya Yüksek İdare Dairesi Birinci Başkanı başkanlık eder.
9. Hâkimler ve Savcılar Üst Kurulunun savcılar hakkında yetkili dairesi,

⁴¹ FARUK BİLİR, "Yeni Anayasa, Yeni Mutabakat", Adalet Yayınları, Ankara 2012, syf.317.

savcılarının atanması ile ilgili olarak karar verir. Savcılarla ilgili olarak disiplin yaptırımları hakkında karar verir. Bu durumda Kurula, Yüksek Adalet Dairesi Başsavcısı veya Yüksek İdare Dairesi Başsavcısı başkanlık eder. Söz konusu bu maddenin uygulanmasına ilişkin şartlar bir yasa ile belirlenir.

10. Hâkimlerin yararlanacağı teminatları düzenleyen kurallar Hâkimler Üst Kurulu üyeleri için de geçerlidir.

IX. ANAYASA MAHKEMESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Anayasa Mahkemesi etrafında yaşanan tartışmalar, anayasa değişikliğinde Anayasa Mahkemesinin yeniden düzenlenmesi ihtiyacının bir göstergesidir.⁴² Yapılacak olan anayasa değişikliğinde özellikle seçilmiş çoğunluğun sınırlanmaya çalışılması sonucunu doğuracak olan ve iktidarı sınırlandırma isteğinin fazla ileriye götürülmesine ve “demokrasi kaybına”⁴³ yol açacak veya “siyaseti yargısallaştıracak” sakıncaları ortadan kaldıracak bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi’nin oluşumu açısından da farklı öneriler getirildiği görülmektedir. Örneğin; önerilerden birinde Anayasa Mahkemesinin yüksek mahkemelerin doğrudan temsilcileri ile TBMM.nin seçeceği temsilciler ve Cumhurbaşkanının atayacağı temsilcilerden oluşması önerilmektedir.⁴⁴

Anayasa Mahkemesi üyelerinin en az yarısının TBMM. tarafından seçilmesini savunan görüş taraflarına göre, bu şekilde Anayasa Mahkemesi’nin demokratik meşruiyeti güçlenecektir.⁴⁵ Kelsen’in söylediği gibi “Anayasa Mahkemesi, diğer siyasal aktörlerin yada organların karşısında yer alan bir organ değil, siyasal organlarla birlikte siyasi süreci belirleyen organlardan bir tanesidir.”⁴⁶

⁴² ECE GÖZTEPE, “Yeni Bir Anayasa Mahkemesi”, Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim - Türkiye’de Anayasal Değişim Beklentileri, TBB. Yayınları, Ankara 19-20 Mart 2010, syf.21.

⁴³ MUSTAFA ERDOĞAN, “Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi”, İstanbul Temmuz 2013, syf.94, 96.

⁴⁴ Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfının(TEPAV.) Sonuç Raporu syf. 39.

⁴⁵ “Türkiye’nin Yeni Anayasasına Doğru”, TESEV Anayasa Komisyonu Raporu, TESEV Yayınları, İstanbul Nisan 2011, syf.23; FEHİM ÜÇİŞİK, “Anayasa Hukukunda Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Ötüken Yayınları, Yayın No:885, İstanbul 2011, syf.202.

⁴⁶ GÖZTEPE, agm., syf.22.

Türkiye Barolar Birliğinin Anayasa Önerisinde Anayasa Mahkemesinin Büyük Kurul, İki Daire, İki Kurulda oluşması önerilmekte olup, Dairelerin bir başkan sekiz üye; Kurulların ise bir başkan altı üyeden oluşması öngörülmektedir. Öneride Dairelerden birinin yasaların v.b. düzenlemelerin somut norm denetimini yapan Daire olarak diğerinin ise bireysel başvuruları inceleyen Daire görevini görmesi; Kurulların birinin ise Yüce Divan Kurulu, diğerinin ise Siyasi Partiler Kurulu olarak çalışması amaçlanmaktadır.⁴⁷

Türkiye Barolar Birliğinin Anayasa Önerisinde Anayasa Mahkemesi üyelerinin görev süresinin 12 yıl ile sınırlanmasının önerildiği görülmektedir.⁴⁸ Bu düzenlemeye emsal olarak Avrupa ülkelerindeki 12-8 yıllık sürenin esas alındığı gerekçe olarak gösterilmektedir.⁴⁹ Nitekim, 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Yasayla⁵⁰ 147. maddede yapılan değişiklik ile üyelerin görev süresi 12 yıl ile sınırlandırılmış bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesine on yıl süre ile yeniden başvurmayı engelleyen hükmün kaldırılması⁵¹ ve ihmal yoluyla Anayasaya aykırılık yolunun getirilmesi önerilmektedir.⁵²

Bu öneriler doğrultusunda, mevcut yaşanan sorunlara da bir çözüm sağlanması açısından aşağıda yer alan şekilde bir Anayasa Mahkemesi örgütlenmesinin yeniden düzenlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

ÖNERİMİZ:

MADDE- ANAYASA MAHKEMESİ

1. Anayasa Mahkemesi otuz altı üyeden oluşur, görev süreleri on iki yıldır ve bu süre uzatılamaz.

2. Üyelerin üçte biri her üç yılda bir yenilenir.

⁴⁷ Türkiye Barolar Birliğinin 2001 Anayasa Önerisi, TBB. Yayınları No:4, syf.93-94.

⁴⁸ Türkiye Barolar Birliğinin Anayasa Önerisi Geliştirilmiş, Gerekçelendirilmiş Yeni Metin, Kasım 2011, 5.Baskı, syf.276.

⁴⁹ İbid, syf. 280.

⁵⁰ 23.09.2010 tarih ve 27708 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁵¹ İBRAHİM Ö. KABOĞLU, "Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası, Halk Neyi Oylayacak?", İmge Yayınevi, Ankara 2010, syf. 270.

⁵² "Türkiye'nin Yeni Anayasasına Doğru", TESEV Anayasa Komisyonu Raporu, TESEV Yayınları, Nisan 2011, syf.3.

3. Üyelerden dokuzu Cumhurbaşkanı, dokuzu TBMM. tarafından atanır, dokuzu da Yüksek Adalet Dairesi üyeleri, dokuzu da Yüksek İdare Dairesi üyeleri tarafından kendi üyeleri arasından seçilir.

4. Anayasa Mahkemesi dört ayrı Daireden oluşur. Her Daire bir başkan ve sekiz üyeden oluşur.

- Birisi yasaların anayasaya uygunluğunu öncesi ve sonrası yapar.
- İkincisi insan hakları ihlali bireysel başvuruları inceler ve sonuçlandırır.
- Üçüncüsü Yüce Divan görevini yerine getirir.
- Dördüncüsü seçim işlerini ve denetimi ile siyasi partilerin denetimlerini yapar.

5. Anayasa Mahkemesinin kararlarına karşı başvuru yolları kapalıdır. Bu kararlar, bütün kamusal güçleri, idare ve adli otoriteleri ve tüm kamusal erkleri bağlar.

6. Anayasa Mahkemesinin kuruluş ve görevleri, uygulanacak usul ve özellikle itirazların kabulüne ilişkin süreler bir yasa ile düzenlenir.

7. Anayasa Mahkemesi hâkimleri, aynı bağımsızlık teminatı, hâkimlik teminatı, tarafsızlık ve kişisel sorumluluktan bağımsızlık güvencelerinden yararlanırlar ve diğer mahkemelerin hâkimlerinin tabi olduğu aynı bağdaşmazlıklara tabidirler.

8. Anayasa Mahkemesinin kararları, Resmi Gazete’de, varsa karşı oylarıyla birlikte, yayımlanır. Yayımlandıkları günü izleyen günden itibaren kesin hüküm halini alırlar.

9. Bir kanunun veya kanun hükmünde hükmün anayasaya aykırılığını ilan eden kararlar ve bir hakkın kişisel tanınması ile sınırlı olmayanlar, tüm kişiler için bağlayıcıdır. Karar aksine hükmetmedikçe, kanunun anayasaya aykırılık hükmünden etkilenmeyen kısmı yürürlükte kalır.

10. Anayasa Mahkemesi, Anayasa ile verilen diğer görevleri de yerine getirir.

MADDE- Yasaların Anayasa Aykırılığı

1. Yasalar ilân edilmeden, TBMM. üyelerinin sunacakları yasa teklifleri Meclise sunulmadan, Meclis İçtüzükleri uygulamaya konulmadan önce Anayasa Mahkemesine sunulmak zorundadır.

2. Mahkeme bunların Anayasaya uygunluğu hakkında karar verir.

3. Aynı amaçla, yasalar, yayımlanmadan önce Cumhurbaşkanı, Başbakan, Millet Meclisi ya da altmış milletvekili, Ombudsman (Kamu Denetçisi) tarafından Anayasa Mahkemesine gönderilebilirler.

4. Yukarıdaki iki fıkrada öngörülen hallerde Anayasa Mahkemesi, bir ay içinde karar verir.

5. Bununla beraber acil durumlarda ve Hükümetin isteği üzerine bu süre sekiz güne indirilebilir.

6. Bütün bu hallerde, Anayasa Mahkemesine başvuru, yayın süresini durdurur. Bu maddeye dayalı olarak Anayasaya aykırılığı tespit edilen bir hüküm, yayınlanmaz ve uygulanmaya konulmaz.

MADDE- Yasaların Anayasa Aykırılığının Başka Mahkemelerce İleri Sürülmesi

1. Derdest bir dava sırasında bir yasa hükmünün Anayasal hak ve özgürlükleri ihlal ettiği iddiası ortaya atılır ise, bu iddia ciddi görülür ise Yüksek Adalet Dairesi, ya da Yüksek İdare Dairesi tarafından süresi içinde Anayasa Mahkemesine havale edilir.

2. Mevcut madde hükmünün uygulanmasına ilişkin şartlar yasayla düzenlenir.

MADDE-Bireysel Başvuru

1. Herkes, Anayasaca güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden veya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında bulunan temel hak ve özgürlüklerden herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.

2. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.

3. Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.

4. Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.

MADDE- Yüce Divan

1. Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanını, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yüksek Temyiz Mahkemesi Başkanı ve Yüksek Adalet Dairesi Başkanı ve üyelerini, Yüksek İdare Dairesi Başkanı ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcivekilini, Hâkimler ve Savcılar Üst Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyeleri ile Kamu Başdenetçisini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar. Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ile Jandarma Genel Komutanı da görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanırlar.

2. Yüce Divanda, savcılık görevini Cumhuriyet Başsavcısı veya Cumhuriyet Başsavcivekili yapar.

3. Yüce Divan kararlarına karşı yeniden inceleme başvurusu yapılabilir.

4. Genel Kurulun yeniden inceleme sonucunda verdiği kararlar kesindir.

MADDE-Seçim Yargısı

1. Anayasa Mahkemesi, seçimlerin usulüne uygun olarak yapılmasına nezaret eder. Şikâyetleri inceler ve oylama sonuçlarını ilân eder.

2. Anayasa Mahkemesi, itiraz halinde seçimlerinin usulüne uygunluğu hakkında karar verir.

3. Anayasa Mahkemesi, referandum işlemlerinin, usulüne uygun yapıp yapılmadığını gözetir ve sonuçlarını ilân eder.

SONUÇ YERİNE

Hukukun üstünlüğü ilkesinin yansıması olan hakkaniyete uygun yargılamanın temel referans alınması önerimiz ile mevcut hukuk devleti ilkesinin yansı-

ması olan yasa üstündür anlayışıyla olgunlaşmış sistemimiz arasında adeta bir çatışma devam edegelmektedir.

Adı konulmamış bir yargılama usulü zıtlaşması dikkat çekmektedir.

Bu oluşum, önümüze **farklı sistemler uzlaşmazlığı** olarak da çıkmaktadır.

Bir yanda bireyi ön plana çıkararak ve bireyden kalkılarak Devlete varan **“Hukukun Üstünlüğü”** ilkesi;

Ki, bu ilke, **Deniz Avrupa’sı** ülkelerince sistemleri dahilinde kabul edilmiş ve uygulana gelmektedir.

Yargılama usulü bakımından en önemli özelliği ise **“Case-Law”**, yani somut olaylardan, emsal kararlardan hareketle uyuşmazlıkları çözmektedir.

Diğer yandan ise devleti ön plana çıkararak ve Devletten kalkılarak bireye varan **“Hukuk Devleti”** ilkesi,

Bu ülke ise **Kara Avrupa’sı** ülkelerince sistemleri dahilinde kabul edilmiş ve uygulanmaktadır.

Bunun yargılama usulü bakımından en önemli özelliği ise **“Commun-Law”** yani, kanuna uygunluğu sağlayıp uyuşmazlıkları çözmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **hukukun üstünlüğü** ilkesini pratiğe geçirirken **“Case-Law”** uygulamakta,

Ülkemizde ise **Hukuk Devleti** ilkesi pratiğe geçilirken **“Commun-Law”** uygulanmaktadır.

Bütün bunların yanı sıra 15 Ocak 1989 tarihli **Viyana Belgesi’nde** Viyana Toplantısı’na katılan Devletler, iç hukuklarını, eylemlerini ve politikalarını taraf oldukları milletlerarası antlaşmalar ve 1 Ağustos 1975 tarihli **Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Konferansı Nihai Belgesi** ve izleme toplantıları belgelerindeki kararlarla uyumlu hale sokmak taahhüdünde bulunmuşlardır.

Bunun anlamı; bundan böyle, **insan hakları ve temel hürriyetleri** ile ilgili hiçbir konunun, sadece **bir iç hukuk sorunu olarak görülemeyeceğidir.”**

Yine 29 Haziran 1990 tarihli **“Copenhaque Belgesi”**, fert merkezli **“Plüralist**

Demokrasi” ve “Hukuk Devleti” anlayışı ile **Avrupa Demokratik Mekanı ve Avrupa Ortak Hukuk Mekanı’na** önemli bir katkı sunmuştur.

Copenhaque Belgesi’nde düzenlenen İnsan Hakları Kataloğu’nun 2. Maddesinde, **insan kimliğinin üstün değeri** anlayışını kurumsallaştıran Maddi Hukuk Devleti formülünden ziyade, **Hukukun Üstünlüğü Formülü** getirilmiştir.⁵³

Biz de, devlet olarak bunu **benimsediğimizi ve uygulamaya koyacağımızı** taraf olduğumuz sözleşmelerle deklare etmiş bulunmaktayız.

Ancak Türk yargı organlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarını, **verdikleri kararlara temel oluşturdukları henüz tam anlamı ile gerçekleşmemiştir.**

Bu noktada çeşitli unsurlar devreye girmekle birlikte, bunlardan (kanımca) en önemlisi **Türk hukuk eğitim ve kültürünün uluslararası hukuka kapalı zihniyet yapısıdır.**

Bu yapının oluşmasında önemli etken, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uygulanması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile ilgili **yeterli hukuk dünyası içinde yaygınlaşmamış olmasıdır.**⁵⁴

Bu arada, **Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Haşim KILIÇ’ın** “Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne Türkiye’den Yapılan başvurular ve Türkiye aleyhine verilen ihlal kararlarının analizi yapıldığında, **Ülkemize yargı gücünü kullanan aktörlerin “adil yargılama” konusundaki “adil yargılama” konusundaki adeta kasta yaklaşan ağırlıktaki özensizlikleri teyit edilmektedir.”** Saptanmasına katıldığımızı belirtmek isteriz.⁵⁵

⁵³ Ayrıntılı Bilgi için bkz. BAKIR ÇAĞLAR, “Anayasa’nın Hukuku ve Anayasa’nın Yargıcı - Yenilenen Anayasa Düşünceleri Üzerine, Anayasa Mahkemesi’nin 29. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulmak Üzere Hazırlanan Tebliğ Özeti”, 25 Nisan 1991, ayrıca bkz. ÇAĞLAR, Bakır; Avrupa Yeni Mekanında Kurumsallaşma-Hukuk ve Demokrasi, Anayasa Mahkemesi’nin 30. Kuruluş Yıldönümü nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulmak Üzere Hazırlanan Tebliğ, Nisan 1992.

⁵⁴ OSMAN DOĞRU - ATILLA NALBANT, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar”, 1.cilt (İHAS2, 3, 4, 5, 6 ve 7. maddeler) Ankara: T.C. Yargıtay Başkanlığı, 2012 (1. Baskı), Şen Matbaası, syf.XVI.

⁵⁵ DOĞRU-NALBANT, age., syf. XV.

Bunlardan hareketle, bir yanda bireyi ön plana çıkartan ve bireyden kalkılarak Devlete varılan “**Hukukun Üstünlüğü İlkesi**” diğer yandan ise Devleti öne çıkaran ve devletten kalkılarak bireye varılan “**Hukuk Devleti İlkesi**” çatışması ve direnci mevcut.

Bu tabloda, 07.05.2010 kabul tarihli 5982 sayılı Kanunla T.C. Anayasası’nda yapılan değişiklik “**Hukuk Üstünlüğü İlkesi**” lehine önemli bir adımdır.

Ancak, yapılan değişiklikler tümüyle yeterli olmadığından yukarıda yer alan çerçeveye doğrultusunda Anayasanın yargıya ilişkin hükümlerinin yeniden yazılması ihtiyacı önemle ve acil olarak gerekli görülmektedir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Adil ŞAHİN, “Türkiye’de Anayasalarda ve Anayasa Taslaklarında İnsan Hakları-Karşılaştırmalı Olarak” Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

Ali Rıza ÇOBAN “Anayasayı Değiştirme Yetkisi Sınırları ve Denetimi” Adalet Yayınevi Ankara 2011.

Bakır ÇAĞLAR, “Anayasa’nın Hukuku ve Anayasa’nın Yargııcı- Yenilenen Anayasa Düşünceleri Üzerine, Anayasa Mahkemesi’nin 29. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulmak Üzere Hazırlanan Tebliğ Özeti”, 25 Nisan 1991.

Bakır ÇAĞLAR, Avrupa Yeni Mekanında Kurumsallaşma-Hukuk ve Demokrasi, Anayasa Mahkemesi’nin 30. Kuruluş Yıldönümü nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulmak Üzere Hazırlanan Tebliğ, Nisan 1992.

Celal ERKUT, “Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı”, Yenilik Basımevi, İstanbul 2004.

Ece GÖZTEPE, “Yeni Bir Anayasa Mahkemesi”, Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim- Türkiye’de Anayasal Değişim Beklentileri, TBB. Yayınları, Ankara 19-20 Mart 2010.

Erbay ARIKBOĞAT, Türk Yerel Yönetim Sisteminde Reform ve Yeni Kamu Yönetimi, Kamu Yönetimi Yazıları, Editörler: BİLAL ERYILMAZ, MUSA EKEN, MUS-

TAFA LÜTFÜ ŞEN, Nobel Yayın Dağıtım Ltd. Şti., Ankara Ekim 2007.

Ergun ÖZBUDUN, “Çatışan İki Demokrasi Anlayışı”, 23 Mart 2007, Zaman Gazetesi.

Fahri TOSUN, “Yargı ve Demokratik Meşruiyet”, Terazi Dergisi, Sayı:47, Ankara Temmuz 2010.

Faruk BİLİR, “Yeni Anayasa, Yeni Mutabakat”, Adalet Yayınları, Ankara 2012.

Fazıl Hüsnü ERDEM, Yunus HEPER, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları ve Anayasa Önerileri”, Seta Yayınları.

Fehim ÜÇİŞİK, “Anayasa Hukukunda Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Ötüken Yayınları, Yayın No:885, İstanbul 2011.

Hasan TUNÇ, “Türkiye’ye Komşu Devletlerin Anayasaları” Ankara 2008.

Hüseyin YÖRÜK, “Yargı Birliği Sağlanmalıdır”, <http://www.hukukcu-lar.org.tr>

İbrahim KABOĞLU, “Anayasa Yargısı” İmge Yayınevi, Ankara 1994.

İbrahim Ö. KABOĞLU, “Anayasa ve Toplum”, İmge Yayınevi, Ankara 2000.

İbrahim Ö. KABOĞLU, “Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası, Halk Neyi Oylayacak?”, İmge Yayınevi, Ankara 2010.

Kemal GÖZLER, “Kurucu İktidar” Ekin Yayınevi, Bursa 1998.

Mustafa ERDOĞAN, “Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi”, İstanbul Temmuz 2013.

Osman DOĞRU- Atilla NALBANT, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar”, 1.cilt(İHAS2, 3, 4, 5, 6 ve 7. maddeler) T.C. Yargıtay Başkanlığı Yayınları (1. Baskı), Şen Matbaa, Ankara 2011.

Osman TEKİR, Hasan Hüseyin AKKAŞ “Türkiye’nin Anayasa Krizi, Demokratikleşme Sorunu, Anayasa ve Anayasal Kurumlar” Kadim Yayınları, Ankara 2010.

Özlem Koçak SÜREN, “Türkiye’de Yargının Örgütlenmesi ve Adalet Sistemini Problemleri”, TBB. Dergisi, Sayı:85, 2009.

Sami SELÇUK, “Yargı Bağımsızlığına İlişkin Reform Önerileri” Türkiye’de Ana-

yasa Reformu Prensipler ve Sonuçlar, Konrad Adanauer Vakfı Yayınları, Ankara Ocak 2001.

Sevtap YOKUŞ, “Türkiye’de Çatışma Çözümünde Anayasal Arayışlar”, Seçkin Yayınları, Ankara Mayıs 2013.

Yılmaz ALİFENDİOĞLU “Anayasa Reformları ve Avrupa Anayasası - Yargı Yetkisi” TBB. İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, Ankara 2002.

Yusuf HAKYEMEZ, “Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu”, Yargı Raporu: Demokratikleşme Sürecinde Yargı Kurumları, Stratejik Düşünce Enstitüsü Yayınları, Ankara 2010.

Türkiye Barolar Birliğinin 2001 Anayasa Önerisi, TBB. Yayınları No:4, Ankara 2001.

Türkiye Barolar Birliğinin Anayasa Önerisi Geliştirilmiş, Gerekçelendirilmiş Yeni Metin, 5.Baskı, Ankara Kasım 2011.

“Yeni Bir Anayasaya Doğru Sivil Öneriler 2007-2008”, İstanbul Mart 2008.

“Yeni Bir Anayasa, Yeni Bir Dayatma mı?” İstanbul Barosu Yayınları, 9 Nisan 2010 Panel Notları, İstanbul 2010.

“Çağdaş ve Sivil Anayasa Paneli”, 3 Ekim 2003 Adıyaman, TBB. Yayınları No:56, Ankara 2004.

Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfının (TEPAV) Sonuç Raporu.

“Özgürlükçü, Eşitlikçi Demokratik ve Sosyal Yeni Bir Anayasa İçin Temel İlkeler” Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK) Yayınları No: 57, Ankara Haziran 2009.

“Yeni Anayasadan Toplumsal Beklentiler” Bilge Adamlar Stratejik Araştırmalar Merkezi (BİLGESAM) Rapor No:36, Ankara Ekim 2011.

“Türkiye’nin Yeni Anayasasına Doğru”, TESEV Anayasa Komisyonu Raporu, TESEV Yayınları, İstanbul Nisan 2011.

Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfının (TEPAV) Sonuç Raporu.

CİNSEL İSTİSMARLARI AÇIKLAYAN TEORİLERİN SUÇ SORUŞTIRMALARI BAĞLAMINDA İRDELENMESİ

*Evaluating of Sexual Abuse Theories in the Context
of Criminal Investigations*

Yrd. Doç. Dr. M. Burak GÖNÜLTAŞ* – **Prof. Dr. Gökhan ORAL ****
Prof. Dr. Fatma BEYAZTAŞ ***

ÖZET

İnsanın neden bir çocuğu cinsel yönden istismar ettiği sorusu, sapkın cinsel davranışlar üzerine olan araştırmalara öncülük eden soruların en başında gelir. Çoğu sapkın davranış şeklinde olduğu gibi, seksüel suçun varlığı ve nedenlerine yönelik çeşitli açıklamalar vardır. Bu açıklamalardan biri de alanla ilgili teorilerdir. Bu teorilerde cinsel istismarın oluşumundaki mekanizmanın anlaşılması, değerlendirilmesi ve tedavi süreçlerine katkı sağlaması amaçlanmaktadır. Sapkın cinsel davranış bir başkasının cinsel dokunulmazlığını ihlal etmesi durumunda suç soruşturmasının konusu haline gelmektedir. Bu nedenle alanda çalışan profesyonellerin cinsel suç soruşturmalarında nasıl bir suç ve suçlu ile karşı karşıya olduklarını bilmeleri gereklidir. Bu çalışmada, cinsel sapkınlık ve cinsel istismarlarla ilgili teoriler derlenerek suç ve suçlu soruşturması bağlamında irdelenmesi hedeflenmiştir. Bu anlamda cinsel suç soruşturması ile ilgili pratiğe dönük çalışmalara katkı sağlaması beklenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Suç Soruşturması, Sapkın Cinsel Davranışlar, Cinsel İstismar, Teoriler.

ABSTRACT

The reason people sexually abused as a child questions, deviant sexual behavior in the beginning of the question who spearheaded the research on income. Most is in the form of deviant behavior, such as the presence of sexual offenses and has several explanations for why. One of these explanations are related to the field theory. Understanding and evaluating of mechanisms which are responsible for occurring

* Cumhuriyet Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Sosyal Hizmet Anabilim Dalı, burak098@gmail.com
** İstanbul Üniversitesi, Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı, gokhanoral@gmail.com
*** Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı, fbeyaztas@yahoo.com

sexual abuse and its treatment processes are aimed in these theories. Once a deviant sexual behaviour violates ones sexual privacy, criminal investigation process starts. Thus the professionals investigating this crime should know how they are confronted about sexual crimes and criminals. In this article the theories related deviant sexual behaviors and sexual abuse were compiled and it is aimed to evaluate these theories in context to criminal investigations. Hereby this article is expected to contribute especially practice of criminal investigations related sexual crimes and sexual abuse.

Key Words: Criminal Investigations, Deviant Sexual Behaviours, Sexual Abuse, Theories.



GİRİŞ

Çocuk istismarı, Dünya Sağlık Örgütü'nün (1999) tanımına göre, çocuğun sağlığını, fiziksel ve psikososyal gelişimini kötü yönde etkileyen ülkesi, toplum ya da bir yetişkin tarafından bilerek veya bilmeyerek ortaya konan tutumlar veya ortamlardır¹. Çocuk istismarı çeşitleri; fiziksel, duygusal, ekonomik ve cinsel istismardır. Bunlar içerisinde cinsel istismar; çocuk istismarı tipleri içerisinde ortaya çıkması ve saptanması açısından en zor olanıdır². Cinsel istismar, rıza yaşı altında olgunluğa ulaşmamış bir çocuğun, bir yetişkinin cinsel doyumuna yol açacak seksüel bir aktivite içerisinde yer almasıdır³. Cinsel istismar, hem çocuk hem de toplum adına, kısa ve uzun dönemli etkileri açısından oldukça önemlidir. Cinsel istismar suçu diğer cinsel suçlarda olduğu gibi gerçek yaygınlığının aksine daha az oranlarda ortaya çıkan, kriminolojide karanlık suçlar olarak addedilen suçlar içerisinde yer almaktadır⁴.

Cinsel istismarın çocuğun psikolojik yaşantısına çeşitli şekillerde etkisi vardır. Çocukların bireysel farklılıklarına ve gelişim dönemlerine, saldırganın yöntemine, istismarın tipi, süresi ve şiddetine, çocuk ile saldırgan arasındaki

¹ World Health Organisation, Report of the Consultation on Child Abuse Prevention, Geneva, Mart, 1999, s.59.

² Öztıp, Didem, Özcan, Özlem, Cinsel İstismar Vakalarının Sosyodemografik ve Klinik Özelliklerinin Değerlendirilmesi, Yeni Symposium, Cilt:48, Sayı:4, 2010, s.271.

³ World Health Organisation, a.g.e. s.62.

⁴ Sokullu-Akıncı, Füsün, Siyah Sayılar ve Viktimoloji, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1974, Cilt:1, Sayı:4, s.219-241.

ilişkiye göre değişiklikler gösterebilir⁵. Yapılan çalışmalar, cinsel istismar saldırganlarının suç işleme yöntemlerinde diğer suçlulara nazaran daha yetenekli olduklarını göstermiştir⁶.

Alanla ilgili çalışmalar irdelendiğinde, çocuk istismarının tıbbi, biyolojik, gelişimsel vs yönlerine yönelik bir takım çalışmalara rastlansa da, çocuk istismarının soruşturulması, araştırılması, fail ve mağdur tipolojisi gibi konularda çalışmaların oldukça yetersiz olduğu görülmüştür. Cinsel istismarcı-mağdur ilişkisi üzerine yapılacak çalışmalar ile saldırganların mağdura ulaşmak için başlangıçta kullandıkları taktikler, kurbanın güvenini kazanmak için uyguladıkları stratejiler, çocuğu cinsel aktiviteye girebilecek hale getirme ve mağdurun istismar sonrası sessiz kalmasını sağlama çabalarının nasıl olduğu anlaşılabilir.

Sapkın cinsel davranışın bir başkasının cinsel dokunulmazlığını ihlal etmesi durumunda cinsel suç oluşur ve suç soruşturması başlar. Soruşturma kelimesinin kökenine bakıldığında, sormak kelimesinin işteş halinden türediği görülür ve muhteviyat itibarı ile çok yönlü soru sorma eylemi ve cevap arama sürecidir. Bu anlamda soruşturma, bir suç olayında, olgunun bileşenlerine (olay yeri, şüpheli, mağdur, bilgi sahibi, maddi delil vs.) inerek, bunların birbiri ile ilişkisini anlama ve bunların suçla münasebetlerinin derecesini tayin edebilmek adına sürdürülen dinamik ve potansiyel tüm süreçleri kapsar. Cinsel istismar soruşturmaları ise “cinsel istismarın tespiti, çocuğun ifade sürecine girmesi, çocukla kriminolojik görüşme süreci, cinsel istismarın boyutlarının anlaşılması, failin yakalanması, ifade süreci ve sorgusu, olay yeri analizi ve delillerin tespit edilmesi üzerinedir. Bunlarla birlikte cinsel istismar soruşturmaları, mağduru en etkin bildirim sürecinden geçirerek tekrar tekrar örselenmesinin engellenmesi, müşteki, yakınları ve toplumda meydana gelecek infialeri engellemek adına kriz yönetimi, özellikle cinsel istismar amaçlı kaçırılan çocukların mağdur edilmeden en kısa sürede bulunması ve faillerinin yakalanması süreçlerini

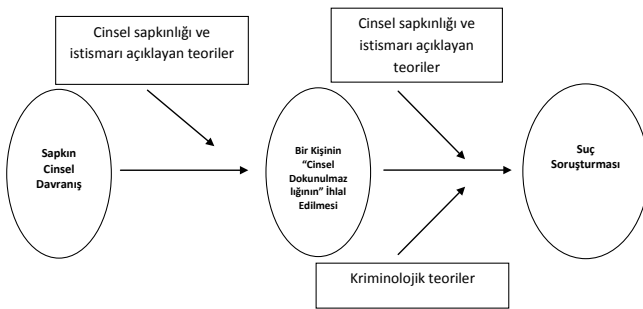
⁵ Fassler, Irene, Amodeo, Maryann, Griffin, Margaret, Clay, Cassandra, Predicting Long-Term Outcomes for Women Sexually Abused in Childhood: Contribution of Abuse Severity Versus Family Environment, Child Abuse and Neglect, 2005, Sayı:29, s.45-58.

⁶ Smallbone, Stephen, Wortley, Richard, Child Sexual Abuse: Offender Characteristics and Modus Operandi, Trends and Issues in Criminal Justice, 2001, Sayı:193, s.2.

genel olarak içermektedir”⁷. En önemlisi de bu tarz olaylarda nasıl bir failin aranacağı hususları, cinsel istismar soruşturmalarının ana problemlerindedir. Çalışmanın odak noktasını da burası oluşturmaktadır: Cinsel istismar faileri nasıl bir kişiliğe sahiptir ve bu suçların soruşturulmasında soruşturmacılar nasıl bir faille karşı karşıyadır? Buradan hareketle, çalışmada sapkın cinsel davranışlar ve cinsel istismarcılara yönelik teorilerin suç ve suçlu soruşturması bağlamında irdelenmesi hedeflenmiştir. Böylelikle cinsel istismar soruşturmalarının etkinleştirilmesi ve cinsel istismarın önlenmesi ile ilgili yapılacak çalışmalara katkı sağlanması amaçlanmıştır.

I. SAPKIN CİNSEL DAVRANIŞLARIN KRİMİNOLOJİK TEORİLER AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Cinsel istismar davranışı, sapkın bir cinsel davranıştır. Sapkın cinsel bir davranışın bir başkasının cinsel dokunulmazlığını ihlal etmesi ile suç meydana gelmektedir (Şekil 1). Bu durumda, sosyal faktörlere bağlı olarak bireyin cinsel suça nasıl yöneldiği, bu kişilerin cinsel suçu nasıl yorumladıkları ve cinsel suçu işleyen kişilerin nasıl bir yapıda olduklarına yönelik sosyolojik ve kriminolojik kaynaklı teorilere başvurulabilir. Burada kriminologlar, cinsel suçu işleyen kişinin sosyal çevresine ve özel durumuna bağlı olarak çevresi ile etkileşimine yönelmektedirler⁸:



Şekil 1: Sapkın cinsel davranışın cinsel suça dönüşmesi ve suç soruşturması

⁷ Gönültaş, M. Burak, Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Olaylarında Olay Kurgusunda ve Şüpheli İfadelerindeki Ortak Özelliklerin İncelenmesi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2013, s.19.

⁸ Zilney, Laura, Zilney, Lisa, Reconsidering Sex Crimes and Offenders, How Do Social Scientists Explain Sexual Offending, Greenwood Publishing Group, 2009, s.13.

A. Sosyal Öğrenme Teorisi: Aile, Arkadaş vs. gibi İlişkilerden Suçun Öğrenilmesi

Sosyal Öğrenme Teorisinde birey, içinde bulunduğu sosyal çevresindeki (aile, akraba, arkadaş, toplumsal öğretiler vs.) kaynaklardan sapkınlığa hazırlayıcı değer ve davranışları öğrenmektedir. Bu öğrenme şekli kişiyi, meydana getirdiği sapkın davranışa karşı duyarsızlaşmasında yardımcı olur⁹. Sosyal Öğrenme Teorisyenlerine göre seksüel kimlik doğuştan değildir ve yaşam boyunca çeşitli etkenler tarafından oluşturulmaktadır. Bu şekli ile toplumca kabul edilmeyen cinsel davranışların, çocukken cinsel istismara uğramanın ya da evde veya başka bir yerde cinsel istismarı görmüş olmanın sonucunda öğrenildiği kabul edilir¹⁰.

Bu teori çerçevesinde, birey, toplumca kabul görmüş değer ve davranışları ihlal eden sapkınlığa dönük davranışlarla (tecavüzle ilgili mitler, cinsel istismarın yaşandığı bir ev ortamı, cinsel sapkınlığa direnmesine yardımcı olacak sosyal ve arkadaş desteği yoksunluğu vs.) iç içe olduğu sürece cinsel suç davranışında bulunması muhtemeldir. Ayrıca içinde bulunduğu ortamda bireyin bu sapkın davranışı nedeni ile teşvik görmesi-ödüllendirilmesi ya da cezalandırılması, sapkın cinsel davranışını devam ettirip ettirmemesinde belirleyici bir durumdur. Bu anlamda bireyin içinde bulunduğu aile ve arkadaş ortamı oldukça önemlidir. Ancak Sosyal Öğrenme Teorisyenlerine göre bu durum, sapkın cinsel davranışın başlı başına sebebi değildir, bireyin bu tür davranışlarda bulunma ihtimalini arttırır¹¹.

B. Sosyal Kontrol Teorisi: Kültürün Suçlu Davranışa Etkisi

Sosyal Kontrol Teorisyenlerine göre, suça karışan çoğu kişi, bu eylemden elde edeceği menfaat (psikolojik, maddi, cinsel vs.) nedeni ile bir suç ya da sapkın davranış içerisinde yer almaktadır. Bu teoriye göre şu sorunun cevabı aranmaktadır: Bazı insanlar neden suç işlemezler? Bu insanlar için suçlu davranışa yönelik bazı caydırıcı faktörler vardır: Bunlar, ya belli seviyede kendini

⁹ Sutherland, Edwin, Principles of Criminology, 3rd ed., J.B. Lippincott, Philadelphia, PA, 1939.

¹⁰ Zilney, Laura, Zilney, Lisa, a.g.e., s.14.

¹¹ Zilney, Laura, Zilney, Lisa, a.g.e., s.14.

kontrol ya da içinde bulunduğu toplumun kurallarına yönelik uyumluluk ve mesuliyetlilik. Bu durum cinsel davranışlar için de geçerlidir. Cinsel suçluluk açısından bakıldığında insanların çoğunlukla toplum açısından uygun görülmeyen cinsel davranış kurallarını ihlal etmemeyi tercih ettikleri öne sürülür¹².

Hirschi (1969)'ye göre, "her bireyde potansiyel olarak sapkınlık vardır, ancak çoğu birey bunu kontrol altında tutar. Çünkü insanlar arkadaşlık ve yakın aile ilişkilerine zarar gelmesinden korkarlar. Böylece, sapkınlık ihtimalini düşürmenin yolu, normal sosyal ilişkilerin güçlenmesini sağlayan uygun toplumsal aktivitelerde bulunmayı arttırmaktır. Bu nedenle Hirschi, toplumun uygun gördüğü bir birey için dört ana öğeyi vurgulamıştır. Bunlar bağlanma, mesuliyet duygusu, inanç ve katlımdır"¹³. Bu dört ana öğeye göre kişi, toplumun ayıplamasından ya da hukuk kurallarına bağlı olarak suç işlemekten çekinerek sapkın bir cinsel davranışta bulunmayı tercih etmeyecektir. Ancak yine bu dört ana öğeye göre, bağlanma sorunları yaşayan, içinde bulunduğu toplumun kurallarını kabul etmeyen, davranışları için mesuliyet hissi duymayan ve toplum içerisinde "normal olarak addedilen" ilişkiler içerisine girmeyen kişilerin, sahip oldukları sapkın hislerini sapkın davranışlar haline getirmeleri daha kolay olacaktır. Bu durum hem cinsel suçlar hem de diğer suçlar için geçerlidir¹⁴.

C. Rasyonel Tercih Teorisi: Riskleri Tartma ve Seçimler

Ceza sorumluluğu anlayışına göre kişinin işlediği suç nedeni ile ceza almasında işlemiş olduğu suç içeren davranışı gerçekleştirirken bu hareketinin sonuçlarını düşündüğü, lehine ve aleyhine olan durumları dikkatlice tarttıktan sonra bu davranış içerisinde yer aldığı kabul edilir. Rasyonel Tercih Teorisine göre kişi içine gireceği suçlu eylem sonucunda oluşacak kar ve zararı hesaplar ve neticede karlı bir seçim olacaksa bu durumda o suça girer. Bu anlamda, "kişi için işlediği suç riskli hale gelirse, suç işlemeye olanak tanıyacak fırsatlar ve bireyi suç işlemeye iten motiveler azaltılırsa kişi suç işlemekten cayabilir"¹⁵.

¹² Gottfredson, Michael, Hirschi, Travis, A General Theory of Crime, Stanford University Press, Stanford, CA, 1990.

¹³ Gönültaş, M.Burak, a.g.e., s.23.

¹⁴ Simon, Leonore, Zgoba, Kristen, Sex Crimes against Children: Legislation, Prevention and Investigation, Crime Prevention Studies, 2006, Sayı:19, s.65–100.

¹⁵ Doğan, İbrahim, Sevinç, Bilal, Suç Teorileri ve Şehir Güvenliği: Bitlis İliyle İlgili Genel Bir De-

Rasyonel Tercih Teorisyenleri, bazı insanların cinsel suç işlemekten neden uzak durduğunu, bazılarının ise neden cinsel suçluluk içinde yer aldığı sorusunu araştırmaktadırlar. Bakıldığında, birey suça girip girmeme konusunda hesap yapar. Fayda-götürü analizi yaparak lehine-aleyhine olan durumları tespit eder. Bu durumda birey potansiyel olarak suç fikrini taşıırken analizine bağlı olarak suçtan gelecek fayda zararından daha ağır basarsa muhtemel olarak suçu işleyecektir. Bu nedenle, bu suçun önlenmesi için ceza adalet sistemindeki cezaların hızlı, kati ve ağır olması gereklidir¹⁶. Ayrıca, “bireyin üstesinden gelmesi gereken ahlaki engellemeler, azalmış kendini-kontrol, empati eksikliği ve bu suçla ilişkili fiziksel-psikolojik memnuniyet gibi durumlar cinsel suçlarla birlikte ek faktörler olarak düşünülür”¹⁷.

Konu ile ilgili yapılan çalışmalarda cinsel suçluların işleyecekleri suçu icra ederken bu davranışı hem makulleştirdikleri (rasyonelleştirdikleri) hem de hesapladıkları bulgulanmıştır¹⁸. Cinsel suçlular üzerine yapılan çalışmalara göre, cinsel saldırganların kurbanlarını ve onlara yaklaşım şekillerini planladıkları, ayrıca kurguladıkları senaryoyu uyguladıkları görülmüştür¹⁹. Yine kendi kız çocuklarını istismar eden kişilerle ilgi yapılan çalışmada, istismarı gerçekleştirmeden önce mağduru ve istismarın sonuçlarını tarttıkları ve fırsatları değerlendirdikleri saptanmıştır. Ancak bu teori cinsel suçlar açısından polisiye politikalar oluşturulmasında faydalı bulunmamaktadır²⁰.

D. Sosyal Reaksiyon Teorisi: Damgalanma

Bu teoriye göre bazı davranışlar ve bu davranışı gerçekleştiren kişiler, toplum ve ceza adalet sisteminde olumsuz olarak etiketlenme ihtimali içerisinde dir. Bu bir anlamda damgalanmadır ve bireyi yeniden suça itmede olumsuz bir etkiye sahiptir. Sosyal Reaksiyon Teorisyenleri, “neyin nerede ve hangi za-

ğerlendirme, Polis Bilimleri Dergisi, 2011, Cilt:13, Sayı:4, s.27-53.

¹⁶ Zilney, Laura, Zilney, Lisa, a.g.e., s.15.

¹⁷ Gönültaş, M.Burak, a.g.e., s.23.

¹⁸ Meloy, Michelle, Sex Offenses and The Men Who Commit Them: An Assessment of Sex Offenders on Probation, Northeastern University Press, Boston, 2006, s.14.

¹⁹ Warren, Janet, Reboussin, Roland, Hazelwood, Robert, Cummings, Andrea, Gibbs, Natalie, Trumbetta, Susan, Crime Scene and Distance Correlates of Serial Rape, Journal of Quantitative Criminology, Cilt:14, Sayı:1, s.42.

²⁰ Zilney, Laura, Zilney, Lisa, a.g.e., s.16.

manda kabul edilmesi ya da bütünüyle kabul edilmemesinin olaylara ve davranışlara verdiğimiz anlama bağlı olarak, sosyal ve kültürel deneyimlerimizce şekillendiğini öne sürerler²¹”.

Zilney ve Zilney (2009:18)’nin çalışmasına göre cinsel suçlulukta etiketlenme süreci şu şekildedir: Birey cinsel suçu işler. Bu suçun işlenme sebebi- ne yönelik bir açıklama beklenmez, ancak çeşitli sebepler nedeni ile bu cinsel davranış gerçekleşebilir. İkinci olarak, bireyin cinsel suçu içeren davranışı ceza adalet sisteminin dikkatini çeker. Üçüncü olarak bu bireyler artık cinsel suçlu olarak etiketlenir ve özellikle medyanın ilgisini çekerler. Mağdur yabancı biri ise ve infial oluşmuşsa, bu tarz kişilerin tutuklanma ihtimali daha yüksek olacaktır. Sosyal Reaksiyon Teorisyenlerine göre bu kişilerin toplumun reaksiyonuna bağlı olarak (örneğin “sapık” damgası yemek gibi.) cinsel suçlu tipik özelliğini kendinde içselleştirdiği ve bu içselleştirmeye bağlı olarak yeniden bu suçu işleme ihtimallerinin arttığını savunmaktadırlar. Bu anlamda cinsel suçun önlenmesinde toplumun ve sistemin bireyi alenen damgalamasının önlenmesi gerekmektedir²².

II. SAPKIN CİNSEL DAVRANIŞLARLA İLGİLİ DİĞER TEORİLER

A. Biyolojik Teori

Biyolojik teorilerde teorisyenler insan davranışını, insanın organik yönü açısından değerlendirmişlerdir. Cinsel davranışlar açısından, bu davranışı etkilediği düşünülebilecek hormon seviyesi ve kromozomsal yapı gibi fizyolojik faktörlerin etkisi düşünülmüştür²³. “Anormal cinsel davranış hakkındaki biyolojik teoriler, bir şiddet hareketi olarak düşünüldüğü için istismarla ilgilenir ve bu alanla ilgili araştırmacıların saldırganlık ile yüksek testosteron seviyesi arasında bir ilişki olduğuna yönelik varsayımları vardır. Pedofililere yönelik teorilerde beyindeki anormal hormonal ve androjenik seviyeler araştırılmaktadır.”²⁴. Hormonsal olarak bakıldığında, androjen (erkek cinsellik hormonu)

²¹ Gönültaş, M.Burak, a.g.e., s.24.

²² Zilney, Laura, Zilney, Lisa, a.g.e., s.18.

²³ Marshall, William, Barbaree, Howard, An Integrated Theory of The Etiology of Sexual Offending, Handbook of Sexual Assault: Issues, Theories and Treatment of The Offender, (William Marshall, DR Laws, HE Barbaree, Editörler), Plenum, New York, 1990, s.258.

²⁴ Gönültaş, M.Burak, a.g.e., s.25.

seksüel tahriki, orgazmı ve boşalmayı arttırdığı gibi aynı zamanda cinselliği, saldırganlığı, kavramayı, duyguları ve kişiliği de düzenlemektedir²⁵. Testosteron seviyesi ile cinselliğe yönelim arasında ilişki vardır ve testosteron seviyesi normal ve anormal cinsel davranıştan sorumlu biyolojik bir faktördür. Ergenlik dönemi ile birlikte erkeklerin testosteron seviyelerinde artış vardır. Bu dönemle birlikte cinselliğe yönelim belirgenleşir. Yapılan deneylerde, testosteronun erotik aktiviteyi arttırdığı²⁶; yine erotik dürtülerin, hormonal seviyeleri etkilediği görülmüştür²⁷.

Kromozomsal yapının etkisi açısından bakıldığında, Klinefelter Sendromu gibi biyolojik durumların cinsel istismar davranışına eğilimliliği tartışılmaktadır. “Klinefelter Sendromu olan erkekler, ergenlik dönemine kadar normal erkek görünümündedir. Ergenlik döneminde, bu sendromlu erkeklerin %80’i hem fiziksel karakteristik hem de hormonal profil olarak kadın özelliği göstermeye başlar. Bu sendromlu erkekler, seksüel oryantasyonları ve erotik arzuları ile ilgili problemleri tecrübe ederler²⁸”. Klinefelter sendromlu bireyler arasında cinsel sapkınlığın görülme yaygınlığı, olmayanlara göre daha fazladır²⁹.

B. Psikodinamik Teori

Sapkın cinsel davranışlara yönelik psikoanalitik açıklamalar getiren Freud çocukluk gelişim dönemlerine vurgu yapar. Freud’a göre çocukluk gelişim dönemleri oral, anal, fallik ve genital dönemlerdir. Psikoanalitik açıdan bakıldığında, çocukluk gelişim dönemlerinde yaşanan ve üstesinden gelinemeyen problemler cinsel sapkınlığa etkindir. Üstesinden gelinemeyen bu problemler engellemelere ve bağımlılığa neden olarak, bireydeki seksüel bazı hususların

²⁵ Rösler, Ariel, Witztum, Eliezer, Pharmacotherapy of Paraphilias in The Next Millennium, Behavioral Sciences And The Law, 2000, Cilt:18, Sayı:1, s.43-56.

²⁶ Pirke, Karl, Kockott, Götz, Dittmar, Franz, Psychosexual Stimulation and Plasma Testosterone in Man, Archives Of Sexual Behavior, 1974, Cilt:3, Sayı:6, s.580.

²⁷ Bancroft, John, Hormones and Human Sexual Behavior, British Medical Bulletin, 1981, Cilt:7, Sayı:2, s.153-158.

²⁸ Gönültaş, M.Burak, a.g.e., s.25.

²⁹ Terry, Karen, Tallon, Jennifer, Child Sexual Abuse: A Review of the Literature, 2004, <http://www.usccb.org/issues-and-action/child-and-youth-protection/upload/child-sexual-abuse-literature-review-john-jay-college-2004.pdf> (Erişim Tarihi:06.07.2014), s.13.

deforme olması ile sonuçlanmaktadır³⁰.

Psikodinamik teoriye göre insan ruhunu şekillendiren üç temel eleman vardır. Bunlar, id, ego ve süperegodur. Holmes ve Holmes (2002)'in çalışmasından aktarıldığı şekli ile Freud, bu üç elemanın birbirini etkileme şeklini anlatırken, insan davranışının bilinç dışı seviyede var olan istekler tarafından motive edildiğini öne sürer. İd, içgüdüsel insan dürtülerinin meydana geldiği bilinç dışı alandır (açlık, seks, saldırganlık vs.). İd, doğrudan tatmin edilmeyi isteyen “dürtülerin memnun edilmesi prensibi” tarafından yönetilir. Freud modelinin ikinci kısmı, egodur. Ego, id ile dış çevre arasında arabulucu olarak hizmet eden insan ruhunun bilinçli kısmıdır. Bu element bilinç dâhilindedir ve her şeyin bir yeri ve zamanının olduğunu kabul eden “gerçeklik prensibi” tarafından yönetilir. Bu durum, hayatta kalmanın temini için dış dünya ile etkileşen ruhun bu halidir. Son element ise süperegodur. Süperego, çok daha yaygın bir şekilde bilinçli olarak yönlendirilir. Süperego, ceza ve ödülü sağlayan davranışları açıkça belirleyen geçmiş tecrübeler tarafından desteklenir. Bu tür davranışlar ile bu mefhumlar moral değerlerin gelişmesine izin verilmesi amacıyla sonradan içselleştirilir. Özetle, Freudyan teori, idin öncelikli isteklerine karşı süperegonun ahlaki-moral otoriteyi yerine getirebilmesi için insan ruhunun sürekli uğraşı içinde olduğunu anlatmaya çalışır. Bu teori, cinsel saldırganların, güçlü süperegolarının eksik olduğunu ve ilkel id tarafından yoğun şekilde etkilendiklerini öne sürer³¹.

C. Bağlanma Teorisi

Bağlanma teorisine göre, insanlar, diğer insanlar ile güçlü duygusal bağlar kurma eğilimine sahiptir. Birey bir kayıp ya da duygusal elem içerisinde olduğunda, yalnızlıklarını ve ayrışmalarını bir sonuç olarak dışa vurur. Marshall ve Barbaree'nın (1988) belirttiği gibi, ergenlik ve ergenlik öncesi dönemi çevreleyen periyot, hem cinselliğin hem de sosyal güç çekişmesinin gelişimi açısından önemli bir dönemdir. Ergenlik dönemine kadar özellikle erkek çocuklarının ye-

³⁰ Schwartz, Richard, The Basic Concepts: Multiplicity and Systems, Internal Family Systems Therapy, Guilford Press, New York, 1997, s.12.

³¹ Holmes, Stephen, Holmes, Ronald, Sex crimes: Patterns and Behaviour, Sage, Newsbury Park, 2002, s.34-35.

terli ebeveynlik ile cinsel içerikli ve şiddet içerikli saldırgan davranışlarını kontrol etmeyi öğrenmiş olmaları beklenir. Böylelikle birey yetişkinlik dönemine geçerken hem şiddete karşı hem de yaşlıları ile etkin ilişkiler oluşturabilmek adına sosyal uyumu kazanabilecektir. Bu aşamada ebeveynin birey üzerindeki en etkin rolü, bireye özgüven duygusunu telkin edebilmesidir³².

Araştırmalar, zayıf ve kalitesiz bağlanma (attachment) ile cinsel saldırganlık arasında ilişki olduğunu ortaya koymuştur. Marshall (1999), çocukları cinsel olarak istismar eden erkeklerin, akranları ile etkili mahrem ilişkiler oluşturmaları için gerekli olan sosyal becerileri ve özgüveni sıklıkla geliştiremediklerini keşfetmiştir. Bu başarısızlık, yaşı büyük partnerleri ile samimiyet aramaya çalışan bu kişilerde hüsrana yol açar³³. Seidman ve ark. (1994) ise cinsel saldırganlar arasında mahremiyet problemleri ve yalnızlık tecrübelerinin incelenmesi üzerine bir çalışma yürütmüştür. Bu çalışmalara göre, cinsel saldırganlar, mahremiyeti koruma adına ortaya konan sosyal becerilerde yetersizlerdir. Örneğin, sosyal işaretleri tam olarak süzmede ve gerektiği yerlerde gösterilmesi gereken davranışlarda problemler ve etkin davranışları gösterme becerilerinde eksiklik bunlardan bir kaçıdır. Göstergeler, mahremiyette yaşanan problemlerin, cinsel saldırganların önemli ve ayırt edici bir özelliği olduğunu bulgulamıştır. Tecavüzcüler ve aile içi olmayan cinsel tacizcilerin, mahremiyet konusunda en problemliler oldukları ortaya çıkmıştır. Yalnızlık ise cinsel saldırganları baskıcı eş ve baskıcı ortamı olanlardan ayırt etmede önemli bir ayırt edici özelliktir³⁴.

D. Bilişsel-Davranışçı Teori

Sapkın cinsel hareketlerde bulunan kişiler bu davranışlarını gerçekleştirdiklerinde, genellikle nötrleştirme yaparak suçluluk ve utanma duygularını hafifletmeyi denerler. Bu nötrleştirmeler, saldırganın rasyonelleştirme girişimidir

³² Marshall, William, Barbaree, Howard, The Long-Term Evaluation of A Behavioral Treatment Program for Child Molesters, Behaviour Research and Therapy, 1988, Sayı:26,s.499-511.

³³ Marshall, William, Current Status of North American Assessment and Treatment Programs for Sexual Offenders, Journal of Interpersonal Violence,1999, Sayı:14, s.221-239.

³⁴ Seidman, Bonnie, Marshall,William, Hudson, Stephen, Robertson, Paul, An Examination of Intimacy and Loneliness in Sex Offenders, Journal of Interpersonal Violence, 1994, Cilt:9, Sayı:4, s.518-534.

ve mazeret, makulleştirme vs. gibi tepkileri içeren bilişsel çarpıtmaları (cognitive distortions) içerir. Yani saldırgan, davranışları için sorumluluğu, utanmayı veya suçluluğu yok etmesine izin veren çarpıtılmış davranış modelleridir³⁵. “Bu rasyonelleştirmeler, saldırganı kendini suçlama hissinden korur ve davranışını bilişsel savunma mekanizmaları vasıtası ile muteber hale getirmesine izin verir. Bu hisler çoğu insanda bulunur ve o kadar da zararlı değildir; ancak cinsel istismarcılarda bilişsel çarpıtmalar, bir başkasını mağdur etmeye öncülük etmektedir. Örneğin, “o bana kesinlikle karşı koymadı, demek ki o da benden cinsel istek duymuş olmalı” gibi. Cinsel istismarcılar her ne kadar homojen bir grup olmasa da, kurbanı, eylemi ve sorumluluğu kabul etmeme adına benzer bilişsel çarpıtmaları gösterirler”³⁶. “Bilişsel çarpıtmaların, bilinçli olarak yapılan çarpıtmalar olup olmadıkları ya da saldırganların bu değiştirilmiş gerçekmiş gibi olan algılamalara gerçekten inanıp inanmadıkları çok açık değildir”³⁷. Bilişsel çarpıtmalarla ilgili yapılan çalışmalarda, kişinin bu çarpıtmaları kendince hazırladığını ve bu anlamda saldırganın bilinçli olarak düşüncelerini çarpıttığı bulgulanmıştır³⁸

Bilişsel çarpıtmalar, hem tecavüzcüler hem de çocuk tacizcilerde, saldırgan davranışın varlığı için bir mazerettir. Çünkü bu çarpıtmalar, herhangi bir suçluluk duygusu hissetmeden davranışlarına devam etmelerinde saldırganlara yardımcı olmaktadır. Bu saldırganlar genellikle, cinsel sapkın davranışı minimize ederler ya da doğrudan reddeder veya bu davranışı legalleştirirler. Ek olarak, cinsel saldırganlarda mağdurlara yönelik empati eksikliği vardır ve bu kişiler, cinsel davranış kendilerinde hak gibi görmektedirler. Bu bilişsel çarpıtmalar, saldırganların narsistik davranışlarının sonucudur ve sadece kendi arzularının tatmin edilmesini isterler. İşledikleri eylemi, örneğin “mağdur bu olayı uyduruyor” ya da ne yaptığını hatırlayamayarak veya eylemin kötülüğünü artırıcı faktörlerini kabul etmeyerek bütünüyle reddederler³⁹. Marshall’ın (1999)

³⁵ Scully, Diana, Profile of Convicted Rapists, Understanding Sexual Violence: A Study of Convicted Rapists, Harper Collins, 1990, s. 86-87.

³⁶ Gönültaş, M.Burak, a.g.e., s.28.

³⁷ Gönültaş, M.Burak, a.g.e., s.28.

³⁸ Abel, Gene, Lawry, Suzann, Karlstrom, Elizabeth, Osborn, Candice, Gillespie, Charles, Screening Tests For Pedophilia, Criminal Justice and Behavior, 1994, Cilt:21, Sayı:1, s.115-131.

³⁹ Hanson, Karl, Gizzarelli, Rocco, Scott, Heather, The Attitudes of Incest Offenders Sexual En-

tanımladığı “kısmi reddediş”, problemin yalanlanmasını (örneğin, ben cinsel sapık değilim gibi) ya da bu hareketin bir cinsel istismar davranışı olduğunu kabul etmemeyi içerir (örneğin, mağdurun rızası vardı gibi)⁴⁰.

“Çocuk cinsel istismarcılar ve tacizcilerin kendilerini haklı çıkartma yöntemlerine bakıldığında; yaygın söylemleri, çocuklara seksüel öğrenmeleri için yardım ettiklerini, seksüel eğitimin çocuklar için iyi olduğunu, çocukların bu şekilde eğlendiklerini, çocuğa yapılan herhangi bir zarar olmadığını, seksüel dokunuşu çocuğun başlattığını ve çocuğun hareketlerinin ve görünüşünün olduğundan daha olgun vb. şeklindedir. Aynen diğerleri gibi, çocuk cinsel tacizciler de sıklıkla çocuğun direnmediğini ve muhtemelen de seksüel dokunuşu istediğini ileri sürerler. Tüm cinsel saldırganlar, diğer insanlarca oluşturulan sosyal işaretleri yanlış-kötü okuma eğilimindedir ve mağdurlarındaki kızgınlık, korku gibi duyguları anlamada zayıftırlar. Bir çocuk tarafından gösterilen seksüel bir ilginçliği, o çocuğun seksüel bilmek istediğini düşündürür ve çocuğa seksüel tecrübelerinden öğretmek isterler. Bu yanlış algılamalar, saldırganın narsistik inançlarını pekiştirir ve mağdur için herhangi bir empati hissetmesini gereksiz buldurur. Hem tecavüzcüler hem de çocuk tacizcileri, seksüel kontağı öncelikle mağdurun istediğini düşünürler ve mağdurlarını seksüel olarak provokatif görürler. Örneğin, bir çocuğun arkadaşça davranışı, saldırgan için, çocuğun o kişi ile seksüel istediğini düşündürecek bir delildir”⁴¹.

III. CİNSEL İSTİSMARI AÇIKLAYAN TEORİLER

Cinsel istismar davranışının kompleks doğası ve bu davranışı gösteren failerin birbirine benzer özellikler göstermemesi nedeniyle hiçbir teorinin bir yetişkinin bir çocukla seksüel ilişki kurmasını ve devam ettirmesini sağlayan motive edici ve destekleyici faktörleri yeterince açıklaması beklenemez⁴². Cinsel

titlement and Acceptance of Sex with Children, *Criminal Justice and Behavior*, 1994, Cilt:21, Sayı:2, s.187-202.

⁴⁰ Marshall, William, Current Status of North American Assessment and Treatment Programs for Sexual Offenders, *Journal of Interpersonal Violence*, 1999, Cilt:14, Sayı:3, 221-239.

⁴¹ Gönültaş, M.Burak, a.g.e., s.29.

⁴² Bickley, James, Beech, Anthony, Classifying Child Abusers: Its Relevance to Theory and Clinical Practice, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 2001, Cilt:45, Sayı:1, s.52.

istismarın etiyolojisi ile ilgili teorilere bakıldığında, cinsel istismarın sebeplerine yönelik yakınsal ve uzaksal faktörler olarak belirtilen nedensellik öğelerine rastlanmaktadır⁴³: Uzaksal faktörler, yatkınlık veya direnememe ile ilgili hem gelişimsel tecrübeler hem de kalıtsal etkenlerle oluşan nedensel faktörlerdir. Yakınsal faktörler ise, davranışların denetlenememesidir. Yani sapkın cinsel fanteziler, güçlü duygulanım ve olumsuz öğrenme-biliş gibi içsel durumların kontrolü altındayken, kişinin kendini denetim altında tutma durumunun zarar görmesidir. Uzaksal faktörler bir çeşit yatkınlık faktörleri iken, yakınsal faktörler de bir çeşit tetikleyici-hızlandırıcı faktörlerdir. Bu iki durum, bir araya geldiğinde ya da ayrı ayrı olarak ve özellikle fırsat oluştuğunda, belirtilen faktörlerle baş edilememesi halinde cinsel istismar ihtimali artar. Alanla ilgili öne çıkan teoriler derlenmiştir:

A. Finkelhore'un Önkoşul Teorisi

Finkelhore, çocuk cinsel istismarı üzerine yapılan teorilerin öncülerinden biri olup, çocuk cinsel istismarına hazırlayıcı koşulların dört faktörlü bir modelini önermiştir⁴⁴. Bu örgütsel çerçeve çalışması, cinsel istismar için motive olmaktan bu davranışın rasyonelleştirilmesine kadar, çocuk cinsel istismarcıların tüm karmaşıklığını ortaya koyar. Finkelhore modelinin birinci odak noktası, haksızlığa uğramışlık, yalnızlık vs. gibi stres unsurları hakkındaki hislerin eyleme vurulmasını o zamana kadar önlemiş olan iç bariyerler üzerinedir⁴⁵.

Finkelhore saldırganların sadece neden istismar ettiklerini değil aynı zamanda neden bu istismarı devam ettirdiklerini açıklamak amaçlı altta yatan dört faktörden oluşan organize bir çerçeve yapı oluşturmuştur: 1- Duygusal uygunluk, 2- Seksüel tahrik, 3- Tıkanma (Blokaj), 4- Engelleyememe.

Duygusal uygunluk; çocukla cinselliğin, istismarcıyı duygusal olarak tatmin etmesi üzerinedir. Eğer bir istismarcı, sosyal ilişkilerde etkinliği az ve özsaygı eksikliğinden muzdarip ise, kontrol ve güç hissi nedeni ile bir çocukla çok daha

⁴³ Ward Tony, Siegert Richard, Toward a Comprehensive Theory of Child Sexual Abuse: A Theory Knitting Perspective, *Psychology Crime and Law*, 2002, Cilt:8, Sayı:4, s.321-322.

⁴⁴ Finkelhore, David, *Child Sexual Abuse: New Research and Theory*, The Free Press, New York, 1984, s.53-67.

⁴⁵ Ward Tony, Siegert Richard, a.g.e., s.323.

rahat ilişkide olacaktır. Seksüel tahrik; çocukların bir yetişkinde cinsel tahriki niçin sağlıyor olabileceğini değerlendirmektedir. Finkelhore bu fenomeni açıklamak için sosyal öğrenme teorisine bakmıştır. Bu yaklaşıma göre, cinsel tacizci çocukken bir tacize uğramıştır. Şartlandırmanın ve bastırmanın vasıtasıyla tacizci, yetişkinlik döneminde çocukları sonradan tahrik edici bulmaya başlar. Tıkanma (Blokaj); istismarcının sahip olduğu seksüel ve duygusal ihtiyaçlarının yetişkin ilişkilerinde karşılanmasındaki kabiliyeti ile ilgilidir. Buranın açıklanmasında, hem psikoanalitik teoriye hem de bağlanma teorisine bakılmıştır. Psikoanalitik teoride bahsedildiği gibi, odipus kompleksi ve hadım edilme endişesi, yetişkinliğinde kişinin yetişkin kadınlarla ilişki kurmasını ya zorlaştırır ya da imkânsız kılar. Bağlanma teorisinde ise istismarcı, diğer yetişkinlerle etkili ilişkiler kurmak için gerekli olan kendine güven ve sosyal beceri problemleri nedeni ile bağlanmayı yaşayamamasıdır. Engelleyememe, bir çocuğu taciz etmesinde kendini engelleyememesine yardım eden faktörleri referans alır. Finkelhore, bu bileşeni açıklamak için bilişsel davranışçı teoriye bakar. Finkelhore, çocuk taciz davranışına olanak sağlamada bilişsel çarpıtmaların etkisini düşünür. Ek olarak, madde kullanımı ve stres gibi kişisel faktörler, engelleme- nin azalmasına neden olan teşekküller olarak düşünülür⁴⁶. Finkelhore, ilk üç faktör ile bazı bireylerin neden çocuklara karşı cinsel ilgi geliştirdiğini ve dördüncü faktör ile de bu cinsel ilginin neden cinsel istismara dönüştüğünü açıklamaktadır. Ayrıca, Finkelhore bu modelin çocuk tacizcilerinin bir tipolojisini sağladığını öne sürer.⁴⁷ Görüldüğü gibi Finkelhore'un modeli Sosyal Öğrenme Teorisi, Psikonolitik Teori, Bilişsel-Davranışçı Teori, Bağlanma Teorisi gibi teorilerden faydalanmaktadır.

B. Hall ve Hirschman'ın Dört Parçalı Teorisi

Hall ve Hirschman'ın çocuklara karşı cinsel saldırganlık üzerine hazırladıkları Dört Bölümlü Modeli, dört faktöre dayanır: 1-Fizyolojik cinsel uyarılma, 2-Cinsel saldırıyı haklı çıkaran algılama, 3-Duygulanımsal kontrolsüzlük ve 4-Kişilik problemleridir. Bunlar hem cinsel saldırgan davranışın oluşma ihtimalini yükselten motivasyonel tetikleyicilerdir hem de suçluyu ve suçun alt çeşit-

⁴⁶ Finkelhore, David, a.g.e.,s.56-58.

⁴⁷ Ward Tony, Siegert Richard, a.g.e., s.324.

lerini açıklamaktadır. Bu kişisel eksiklikler, suçlunun çocuk cinsel istismarına karşı kendini engelleyememesinin kaynağıdır⁴⁸.

Hall ve Hirschman, bir faktörün (temel motivasyonel tetikleyicinin) etkinleşmesinin, diğerinin etkisini artıracaklarını belirterek bu ilişkiyi doğası gereği sinerjik olarak varsayar. Sonuç olarak, bu durum bireyi cinsel sapkın davranışı gerçekleştirmesi için kritik eşiğe sokar. Yukarıdaki her bir faktörün, farklı tedavisel ihtiyaçları olan belli bir tip cinsel tacizciyi açıkladığı varsayılır. İlk iki grup suçluların çocuklara karşı sapkın cinsel uyarılma ve güçlü cinsel tercihleri vardır. Bilişsel motivasyonla nitelenmiş olan suçlular, genellikle çocukların davranışı nedeni ile cinsel niyetlerinin ortaya çıktığını düşünerek, çocuğun bu davranışlarını yanlış yorumlama eğilimindedirler. Üçüncü grup suçlular olumsuz duygulanımsal durumlarına yatkın olup sıklıkla düşüncesiz ve plansız hareket ederler (durumsal suçlular). Dördüncü suçlu grubu, gelişimsel nedenlere dayalı kişilik problemleri olanlar ve yetişkinlerle yakın ilişkiler kurmakta ve normal sosyal ilişkilerde etkin bir şekilde bulunmakta sorun yaşayanlardır (odaklanmış suçlular)⁴⁹. Görüldüğü gibi Hall ve Hirschman'ın modelinde de istismarcıların rasyonelleştirme yöntemleri için Bilişsel-Davranışçı Teoriden faydalanılmaktadır.

C. Marshall ve Barbaree'nin Tümüleşik Teorisi

Marshall ve Barbaree Tümüleşik Teoride, diğer teorilerden farklı olarak istismara giden faktörleri daha geniş bir perspektifle değerlendirmiştir. Bu teoriye göre cinsel istismarın oluşumunda, sosyal öğrenmenin, sosyokültürel faktörlerin ve biyolojik süreçlerin rolü vardır⁵⁰. Ward ve Siegert (2002)'in cinsel istismarı açıklayan teorilerin yorumlanması ve eleştirilmesi üzerine yaptıkları çalışmasına göre, bu önemli model genel bir cinsel suç teorisi olarak geliştirilmiştir ve çocuk cinsel suçunun gelişimi, başlangıcı ve devam etmesini açıklamak için de kullanılmıştır⁵¹. Tümüleşik teori bakış açısına göre savunmasız bir birey için ergenliğe geçiş özellikle zordur. Olumsuz çocukluk tecrübeleri, suçluyu he-

⁴⁸ Hall, Gordon, Hirschman, Richard, Toward a Theory of Sexual Aggression: A Quadripartite Model, *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 1991, Cilt:59, Sayı:5, s.663-669.

⁴⁹ Ward Tony, Siegert Richard, a.g.e.,s.325.

⁵⁰ Marshall, William, Barbaree Howard, a.g.e., s. 257.

⁵¹ Ward Tony, Siegert Richard, a.g.e., s.327.

teroseksüel ilişkiyi geliştirmek ve sürdürmek için gerekli olan sosyal yetiden mahrum bırakır. Bu aşamada bireyler, cinsel tercihlerini ve ilgili davranışları kazanmaya açıktır. Bu anlamda ergenliğin başlangıcı ile süregelen cinsel yapı, ilgi ve yaklaşımların kazanılmasında kritik dönemi simgeler. Bu dönemde seks hormonlarının hızlı artışı, cinsel işaretlerin görünürlüğünü ve gücünü artırır. Etkili bir kendini denetleme mekanizmasının ve sosyal yetinin eksikliği; bazı bireylerin hormonal-biyolojik zorluklardan olumsuz etkileneyeceği, dolayısıyla cinsel ve duygusal ihtiyaçlarını daha sapkın bir şekilde tatmin etmeyi öğrenmeye yatkın oldukları anlamına gelir. Stres, alkol-madde, cinsel uyarıcı gibi takip eden durumsal faktörlerin varlığı ya kişinin uygunsuz baş etme mekanizmalarını etkiler ve cinsel suça yol açar ya da onun kişisel etkinlik ihtiyacını karşılamak için aktif olarak sapkın cinsel aktiviteler araması yolunda onu cesaretlendirir. Tümüleşik Teori'nin değerli bir katkısı; erkeklerin, çocukların cinsel istismarında savunmasızlığa yatkınlıklarının doğasını incelemesidir. Bir bireyin cinsel suç işlemeye karşı savunmasızlığı, bir taraftan aşırı zayıflığa diğer taraftan esnekliğe dayanan bir boyutta ele alınır. Esnekliğin, bireyin baştan çıkmasına yardımcı olabilecek bazı özellikler (yetenekler, kabiliyetler, tavırlar, tercihler, değerler ve inançlar) içerdiği varsayılır⁵². Marshall ve Barbaree, önemli ve olumsuz gelişimsel kalıntıların ve bunun sonucu olan savunmasızlığın cinsel suçla sonuçlandığını düşünürler.

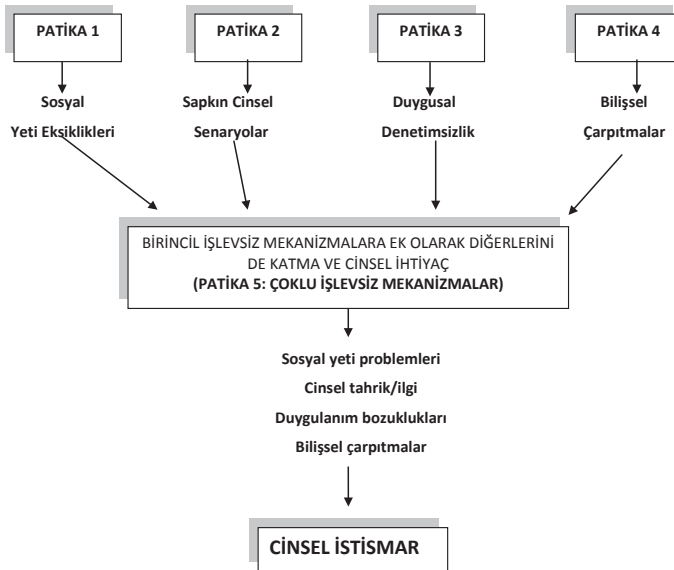
D. Ward ve Siebert'in Teori Örgüsü Modeli: Patikalar Modeli

Cinsel istismar teorilerinin odak noktası, çocukları cinsel olarak istismar eden yetişkin bireylerdir. Patikalar Modeli, Ward ve Siebert tarafından alanla ilgili diğer teorilerin belli kısımlarının alınarak yeniden yorumlanması ile oluşturulmuştur⁵³. Ward ve Siebert, bu teori örgüsünü oluştururken, diğer üç teorinin ve cinsel istismar literatürünün kapsadığı şekilde, yetişkin cinsel istismarcılarda genel olarak şu dört sorunu konu edinmişlerdir: 1-Duygusal denetim sorunları, 2-Sosyal yeti eksiklikleri, 3-Sapkın cinsel uyarılma, 4-Bilişsel çarpıtmalardır.

⁵² Marshall, William, Barbaree Howard, a.g.e., s.258-275.

⁵³ Kalmar ve Stenberg'in (1998) ortaya attıkları teori örgüsü (theory knitting) denilen, alanla ilgili birbiri ile yarışan teorilerin en iyi yönlerinin alınması ve araştırılan konudaki kendi fikirlerinin birleştirilmesi ile oluşturulan bir nevi üst teoridir.

Ward ve Siegert, bu şekilde cinsel istismar suçlularını dört kategoride değerlendirerek bu kişilerdeki sapkın cinsel yönelimleri vardır ya da yoktur şeklinde değerlendirmeden, tüm istismarcıların bu dört alanın her birinde sorun gösterebileceklerini önermişlerdir. Yukarıda tanımlanan bu dört sorun, kişinin cinsel sapkın davranışına neden olan, birbirinden farklı ancak birbiri ile etkileşen psikolojik mekanizmalardır. Mekanizmadan kasıt ise, belli sonuçlara ve etkilere neden olan psikolojik süreçler kümesi olmasıdır. Yani, mekanizma bir şeyin çalışmasını ve işlemlerini sağlar. Bozuk bir mekanizma ise istendiği ve tasarlandığı biçimde çalışmayandır. Bahsedilen psikolojik mekanizmalar, cinsel istismarla ilgili önemli araştırmaların ve teori gelişiminin odak noktalarıdır ve diğer üç cinsel istismar teorisinde mevcuttur. Bu anlamda hazırladıkları Suç Patikaları Modeli ile farklı etiyolojik ve altta yatan farklı problemleri temsil eden birbirinden farklı psikolojik ve davranışsal profillerle ilişkilendirilebilen bir model oluşturulmuştur. Gönültaş (2013)'in çalışmasından aktarıldığı şekli ile model şu şekildedir (Şekil 2):



Şekil 1: Cinsel İstismarda Patika Modeli
(Ward, Tony, Siegert, Richard, a.g.e.,s.334)⁵⁴.

⁵⁴ Gönültaş, M.Burak, a.g.e., s.35.

Sosyal yeti eksikliği; normal cinsel senaryolara sahip olan ve tercih edilen partnere ulaşamama durumlarında suç isleyen bireyleri içerir. Yetişkin bir kadınla veya erkekle ilişkiye girmeyi tercih eden bir suçlu, bazı belli koşullarda yetişkin yerine bir çocuğu koymaya hazırlıklı olabilir. Çocuk, sahte-yetişkin olarak algılanır ve etkin olarak vekil partner işlevi görür. Cinsel partnerin seçimi uygunsuzdur. Bu durumda sosyal yeti eksikliğine bağlı olarak cinsel istismar, başka bir insanla cinsel ilişkiye girme ihtiyacını yönelten yalnızlıkta yatar. Bu bireyler için, onların cinsel ihtiyaçları ve yakınlıkları çocuklara yöneliktir çünkü çocuklar suçluyu kabul etmiş gibi algılanır. Bu gruptaki çocuk istismarcılarının tecrübe ettikleri sosyal yeti eksikliğinin, bağlanma sorunları ile ilişkili olduğu düşünülebilir⁵⁵. Cinsel suçun başlangıcının yetişkinlikte olması beklenir ve bu durum, bir reddedilme periyoduna bağlı olarak süregelen duygusal yalnızlık ile tetiklenir. Kendine değer verme durumu sorgulanan ortama ve ilgili kişinin belirli psikolojik durumuna bağlı olarak düşük veya yüksek olabilir⁵⁶.

Sapkın cinsel senaryolar (fanteziler); kişinin çevresi ile olan ilişkileriyle etkileşim içinde olan cinsel fantezilerinde bozukluklar olan bireylerdir⁵⁷. Böylece temel nedensel mekanizma bozulmuş bir cinsel senaryodur. Burada, bağlanma stilleri ile alakalı bir sıkıntı olduğu öne sürülmektedir⁵⁸: Bu bireyler çocukken cinsel istismarı tecrübe ederler ve sonuç olarak cinsellikle erken tanışırlar. Yetişkin olarak, cinsellik vasıtasıyla güvence aramaya meyillidirler ve cinselliği bir başkası ile yakın olmakla eş görürler. Bu cinsellik işaretlerinin bağlılık ve yakınlık işaretleriyle karıştırılması, yakın ilişkiler kurmaya çalışırken diğerleri tarafından reddedilme korkusu ile olur. Kişiler arası yakınlık bu yüzden sadece cinsel iletişim ile sağlanır ve savunmasızlık duygusu cinsel ihtiyaca işaret ediyormuş gibi yanlış yorumlanır. Çocuklara karşı cinsel suçlar, eğer çocuklar daha güvenilir ve kabullenici olarak algılanıyorlarsa yetişkinler tarafından reddedilme periyotlarının ertesinde oluşabilir. Çocukların cinsel

⁵⁵ Ward Tony, Siegert Richard, a.g.e., s.335-336.

⁵⁶ Marshall, William, Intimacy, Loneliness and Sexual Offenders (Invited Essay), Behavior Research and Theory, 1989, Cilt:27, Sayı:5, s.491-503.

⁵⁷ Sperling, Michael, Berman, William, Attachment in Adults: Clinical and Developmental Perspectives, Guilford: New York, 1994, s.73,193.

⁵⁸ Ward Tony, Siegert Richard, a.g.e., s.336-337.

partner olarak seçilmesi gerçeği, çoğunlukla bir fırsat ve cinsellik ve/veya duygusal ihtiyaçla ilgilidir. Cinsel suçun başlangıcının tipik olarak yetişkinlikte olacağı ve doğası gereği düzensiz olacağı beklenir. Bu grubun, kişiler arası ilişkilerindeki reddedilme hassaslığı ve sevgi-kabul görme ihtiyacına bağlı olarak kendine değer verme durumlarının daha düşük olması beklenir.

Duygusal denetimsizlik; normal cinsel fantezileri olan ancak bazı duygusal denetim sistemlerinde problemler yaşayan bireyleri içerdiği varsayılır. Duygularla ilişkilendirilen bu problemler, negatif duyguların kontrol edilmesinde yetersizlik veya üzüntü zamanlarında sosyal destekten yararlanma yetersizliği gibi problemlerdir⁵⁹. Bu anlamda, kızgınlıklarını kontrol etmede problemler yaşayabilirler ve partnerlerini cezalandırma yolu olarak çocukları cinsel olarak istismar edebilirler. Alternatif olarak güçlü olumsuz duygu durumları, bireyin fırsatçı bir şekilde kendi cinsel ihtiyaçlarını karşılamak için çocuğa yönelmesiyle sonuçlanan bir kontrolsüzlük (ve bununla birlikte cinsel istek) ile sonuçlanır. Bu patikayı takip eden bireyler, eğer olumsuz duygularını etkili bir şekilde kontrol etmekten acizse suç işlerler. Ayrıca ya baskılar ortadan kalkar ya da cinselliği bir sakinleşme stratejisi olarak kullanırlar. Bu kişiler yaş olarak uygun partnerlerle cinselliği tercih edebilirler ama bazı durumlarda çocukları cinsel olarak istismar ederler. Eğer bu bireyler stres altındaysalar, cinselliğe duygu durumlarını iyileştiren bir araç olarak bakacak olmaları muhtemeldir. Bu durum çocuklarla cinselliği veya zorla cinselliği içerebilir. Cinsel fanteziler tipik olarak cinsel davranışlara (örn. mastürbasyon, çocukla cinsellik vs.) eşlik eder ve suçlunun ruh halini yükseltme işlevi görür (Suçlunun sevildiği, güçlü, önemli, yüceltiği veya intikamcı olduğu öykülerdeki gibi). Duygusal denetimle ilgili kalıcı problemler, suçu bir kere olduğunda rasyonalize etme ('kontrolümü kaybettim' gibi), güçlü, duygusal durumlar sırasında cinsel uyarılma ile sonuçlanacaktır⁶⁰.

Antisosyal biliş; dördüncü etiyolojik patika cinsel fantezilerinde (diğer bir deyişle, şablon olarak çocuk-yetişkin cinselliği) bozukluk yoktur; ancak genel

⁵⁹ Thompson, Ross, Emotion Regulation: A Theme in Search of Definition, The Development of Emotion Regulation: Biological and Behavioral Considerations, NA Fox (Ed.), Monographs of the Society for Research in Child Development, 1994, s.41-44.

⁶⁰ Ward Tony, Siegert Richard, a.g.e., s.337-338.

olarak suçluluk yanlısı tavırları ve inançlara sahiptirler ve suç işlerken antisosyal bilişlerini yansıtan bireylerdir. Bu durumlarda işlenen suç, çocuklara karşı ataerkil (patriarşal) tavırlar ve suçluların kendi üstünlükleriyle ilgili hisler tarafından desteklenebilir. Araştırmalar, bu kişilerin cinsel suçlarının yanı sıra geniş kriminal geçmişe sahip çocuk istismarcıları olabileceğini söylemektedir. Ayrıca bu grubun, yasa dışı davranışlarla ilişkilendirilen suça itici (madde kullanımı problemleri ve tepkisellik gibi) davranışlara sahip olmaları da beklenir. Bu grup çocuk istismarcılarının sıklıkla çocuk ve yetişkin olarak suç davranışları göstereceği ve davranış bozukluğu teşhisi alabileceği varsayılır⁶¹.

Çoklu işlevsiz mekanizmalar; genellikle bir cinsel istismar geçmişini veya genç yaşta cinsel materyal veya aktiviteye maruz kalmayı yansıtan bozuk cinsel fanteziler geliştirmiş bireyleri içerir. Sapkın cinsel fantezilere sahip olmaya paralel olarak diğer tüm öncelikli psikolojik mekanizmalardaki eksikliklerden bahsedilecektir. Böylece bu grup, birçok suça yönelik eğilimler göstermeye ve saf pedofili içermeye yatkındır. Bu kişilerin cinsel senaryoları, ideal cinsel partnerlere ilişkin bozukluklar içerecektir. Onlara göre ideal ilişki yaşça büyük bir insan ve çocuk arasında olacak şekilde tanımlanacaktır. Çocukları cinsel olarak istismar etme yatkınlığının suç davranışına ancak belli koşullarda dönüşeceği varsayılır. Cinsel fanteziler, pedofili fantezilerini ve eğilimini harekete geçirecektir. Birçok koşulda, sapkın fantezilerin çocuklukta cinsel istismar olayları ile ilgili olacağı beklenir, cinsel istismar davranışının başlangıcı ancak yetişkinlikte gerçekleşir. Bozulmuş cinsel fantezilerin getirdiği istismar davranışını gerçekleştiren suçluların ilk suçlarından önce fantezilere sahip oldukları tahmin edilir. Bu durum, cinselliğin erken yaşta görünür olması ve cinsel istismara ilişkin anılar ve fantezilerin takip ettiği çeşitli ortamlarda aktive olması gerçeğinden kaynaklanır. Yukarıda belirtildiği gibi, bu patikayı takip eden suçluların diğer mekanizmaları da işlevsiz olacaktır. Bu kişiler, çocukların cinselliği ve cinsellikle ilgili bilinçli kararlar verme kabiliyetleri, uygunsuz duygusal denetimler, zarar görmüş ilişkiler ve bağlanma mekanizmaları hakkında işlevsiz fikirlere sahiptirler⁶².

⁶¹ Ward Tony, Siegert Richard, a.g.e., s.338-339.

⁶² Ward Tony, Siegert Richard, a.g.e., s.339-341.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Çalışmamızda bahsedilen cinsel istismar teorileri psikoloji-psikiyatri ekseninde oluşturulmuştur. Sapkın cinsel davranışları açıklayan teoriler ve cinsel istismar teorileri, cinsel istismarın oluşumundaki mekanizmayı anlamada, değerlendirmede ve tedavi süreçlerinde katkı sağlamaktadır. Çalışmamızda ise bu teoriler cinsel istismar-cinsel saldırı suçu soruşturması ekseninde değerlendirilmiş ve suç soruşturmasına katkı sağlaması amacı ile irdelenmiştir. Bu anlamda cinsel istismar teorileri ile sapkın cinsel davranışını bir çocuğa yönelten kişinin ne tür psikolojik süreçlerden geçtiği hakkında fikir sahibi olunabilecektir. Bu kişilerin kişilik yapıları, sosyal ilişkilerindeki durumları, istismar eylemi öncesi ve sonrası hareket tarzları vs. gibi özellikleri ile soruşturmada şüpheli havuzunun kurulmasında, bu havuzun daraltılmasında ve suçlu profilin oluşturulmasında katkı sağlaması beklenmektedir. Sapkın cinsel davranışlarını bilişsel çarpıtmalarla nötrleştiren kişilere yaklaşım konusunda fikir edinilebilecektir. Özellikle suç soruşturması sürecine şüpheli-sanık olarak giren bu kişilerin soruşturma ve ifade süreçlerinde görevli uzman ve profesyonellere yardımcı olunabilecektir.

Sonuç olarak cinsel istismar soruşturmalarının -özellikle cinsel istismarcı araştırma/soruşturma sürecinin- etkinleştirilmesi amacı ile çalışmamız doğrultusunda şunlar önerilmektedir:

1. Alanla ilgili çalışmalar artırılmalıdır. Cinsel istismarcılar ve mağdurlarına yönelik yapılacak çalışmalara Adalet Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı gibi kuruluşların teşvik edici olması sağlanmalıdır.
2. Sapkın cinsel davranışları açıklayan teoriler ile cinsel istismarı açıklayan teorilerde belirtilmiş olan psikolojik mekanizmalar ampirik çalışmalar ile desteklenmelidir. Araştırma sonucunda ortaya konan çıktılar, soruşturma sürecinde “davranış profili-suçlu profili”nin oluşturulmasında kullanılması sağlanmalıdır.
3. Cinsel istismarcıların mağdurlara yaklaşım ve çalışma yöntemlerini (modus operandi) ortaya koymaya yönelik çalışmalar yapılmalı ve cinsel istismar soruşturmalarında kullanılabilir.

KAYNAKÇA

ABEL, Gene, Suzann, Lawry, Elizabeth, Karlstrom, Candice, Osborn, Charles, Gillespie, Screening Tests for Pedophilia, *Criminal Justice and Behavior*, 1994, Cilt:21, Sayı:1.

BANCROFT, John, Hormones and Human Sexual Behavior, *British Medical Bulletin*, 1981, Cilt:7, Sayı:2.

BICKLEY, James, Anthony, Beech, Classifying Child Abusers: Its Relevance to Theory and Clinical Practice, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 2001, Cilt:45, Sayı:1.

DOĞAN, İbrahim, Bilal, Sevinç, Suç Teorileri ve Şehir Güvenliği: Bitlis İliyle İlgili Genel Bir Değerlendirme, *Polis Bilimleri Dergisi*, 2011, Cilt:13, Sayı:4.

FASSLER, Irene, Maryann, Amodeo, Margaret, Griffin, Cassandra, Clay, Predicting Long-Term Outcomes for Women Sexually Abused in Childhood: Contribution of Abuse Severity Versus Family Environment, *Child Abuse and Neglect*, 2005, Sayı:29.

FINKELHORE, David, *Child Sexual Abuse: New Research and Theory*, The Free Press, New York, 1984.

GOTTFREDSON, Michael, Travis, Hirschi, *A General Theory of Crime*, Stanford University Press, Stanford, CA, 1990.

GÖNÜLTAŞ, M. Burak, Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Olaylarında Olay Kurgusunda ve Şüpheli İfadelerindeki Ortak Özelliklerin İncelenmesi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2013.

HALL, Gordon, Richard, Hirschman, Toward a Theory of Sexual Aggression: A Quadripartite Model, *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 1991, Cilt:59, Sayı:5.

HANSON, Karl, Rocco, Gizzarelli, Heather, Scott, The Attitudes of Incest Offenders Sexual Entitlement and Acceptance of Sex with Children, *Criminal Justice and Behavior*, 1994, Cilt:21, Sayı:2.

HOLMES, Stephen, Ronald, Holmes, Sex crimes: Patterns and Behaviour, Sage, Newsbury Park, 2002.

MARSHALL, William, Current Status of North American Assessment and Treatment Programs for Sexual Offenders, Journal of Interpersonal Violence, 1999, Sayı:14.

MARSHALL, William, Howard, Barbaree, The Long-Term Evaluation of A Behavioral Treatment Program for Child Molesters, Behaviour Research and Therapy, 1988, Sayı:26.

MARSHALL, William, Howard, Barbaree, An Integrated Theory of The Etiology of Sexual Offending, Handbook of Sexual Assault: Issues, Theories and Treatment of The Offender, (William Marshall, DR Laws, HE Barbaree, Editörler), Plenum, New York, 1990.

MARSHALL, William, Intimacy, Loneliness and Sexual Offenders (Invited Essay), Behavior Research and Theory, 1989, Cilt:27, Sayı:5.

MELOY, Michelle, Sex Offenses and The Men Who Commit Them: An Assessment of Sex Offenders on Probation, Northeastern University Press, Boston, 2006.

ÖZTOP, Didem, Özlem, Özcan, Cinsel İstismar Vakalarının Sosyodemografik ve Klinik Özelliklerinin Değerlendirilmesi, Yeni Symposium, Cilt:48, Sayı:4, 2010.

PIRKE, Karl, Götz, Kockott, Franz, Dittmar, Psychosexual Stimulation and Plasma Testosterone in Man, Archives Of Sexual Behavior, 1974, Cilt:3, Sayı:6.

ROSLER, Ariel, Eliezer, Witztum, Pharmacotherapy of Paraphilias in The Next Millennium, Behavioral Sciences And The Law, 2000, Cilt:18, Sayı:1.

SCHWARTZ, Richard, The Basic Concepts: Multiplicity and Systems, Internal Family Systems Therapy, Guilford Press, New York, 1997.

SCULLY, Diana, Profile of Convicted Rapists, Understanding Sexual Violence: A Study of Convicted Rapists, Harper Collins, 1990.

SEIDMAN, Bonnie, Marshall, William, Hudson, Stephen, Robertson, Paul, An Examination of Intimacy and Loneliness in Sex Offenders, *Journal of Interpersonal Violence*, 1994, Cilt:9, Sayı:4.

SIMON, Leonore, Kristen, Zgoba, Sex Crimes against Children: Legislation, Prevention and Investigation, *Crime Prevention Studies*, 2006, Sayı:19.

SMALLBONE, Stephen, Richard, Wortley, Child Sexual Abuse: Offender Characteristics and Modus Operandi, *Trends and Issues in Criminal Justice*, 2001, Sayı:193.

SPERLING, Michael, William, Berman, Attachment in Adults: Clinical and Developmental Perspectives, Guilford: New York, 1994.

SOKULLU-AKINCI, Füsün, Siyah Sayılar ve Viktimoloji, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1974, Cilt:1, Sayı:4.

SUTHERLAND, Edwin, Principles of Criminology, 3. Baskı, J.B. Lippincott, Philadelphia, PA, 1939.

THOMPSON, Ross, Emotion Regulation: A Theme in Search of Definition, *The Development of Emotion Regulation: Biological and Behavioral Considerations*, NA Fox (Ed.), Monographs of the Society for Research in Child Development, 1994.

TERRY, Karen, Tallon, Jennifer, Child Sexual Abuse: A Review of the Literature, 2004, <http://www.usccb.org/issues-and-action/child-and-youth-protection/upload/child-sexual-abuse-literature-review-john-jay-college-2004.pdf> (Erişim Tarihi:06.07.2014).

WARD Tony, Richard, Siegert Toward a Comprehensive Theory of Child Sexual Abuse: A Theory Knitting Perspective, *Psychology Crime and Law*, 2002, Cilt:8, Sayı:4.

WORLD HEALTH ORGANISATION, Report of the Consultation on Child Abuse Prevention, Geneva, Mart, 1999, s.59.

WARREN, Janet, Roland, Reboussin, Robert, Hazelwood, Cummings, Andrea, Gibbs, Natalie, Trumbetta, Susan, Crime Scene and Distance Correlates of

Serial Rape, Journal of Quantitative Criminology, Cilt:14, Sayı:1.

ZILNEY, Laura, Lisa, Zilney, Reconsidering Sex Crimes and Offenders, How Do Social Scientists Explain Sexual Offending, Greenwood Publishing Group, 2009.

PERRUCHE DAVASI VE DOĞUM ÖNCESİ TEŞHİS HATASI NEDENİYLE TAZMİNAT

Perruche Case and Compensation for Prenatal Diagnostic Error

Yrd. Doç. Dr. Cem ÖZCAN*

ÖZET

Günümüzde hekimin hukuki sorumluluğu alanında doğum öncesi teşhis, önleyici tıbbın gelişmelerinin anne ve babalara özürlü bir çocuğun doğumunu engelleme imkânı verdiği ölçüde önemli bir konu haline gelmiştir. Fransa’da, Yargıtay’ın Perruche kararı doktrinde hekimin hukuki sorumluluğu, illiyet bağı ve zarar kavramlarını ilgilendiren büyük bir tartışma yaratmıştır. Bu karar aynı zamanda yasal bir değişikliğe yol açmış ve bu yasal değişiklik de “doğmuş olmaktan dolayı uğranılan zararı” tazmin etme imkânına son vermiştir. Anti-Perruche Kanununun yürürlüğe girmesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin müdahalesine neden olmuştur. Bu kanunun geriye etkililiği Fransa’nın AİHM önünde mahkum olmasına yol açmıştır ve sonuç olarak geriye etkililik ile ilgili bu hüküm Fransız Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hekimin Sorumluluğu, sağlık hukuku, illiyet bağı, teşhis hatası, kürtaj.

ABSTRACT

Today in the field of physician liability, prenatal diagnosis has become a particularly important issue because the progress in predictive medicine allow parents to interrupt pregnancy to prevent the birth of a disabled child. In France, the Perruche judgement of the Court of Cassation has created a large doctrinal debate about concepts such as liability of physician, causation and damage. This judgement caused also a change in legislation which ended the possibility of compensation for “damage to be born”. The entry into force of the Anti-Perruche law has led to intervention by the European Court of Human Rights. The retroactivity of the law caused the condemnation of France before the ECHR and the Constitutional Council has finally decided to cancel the provision on retroactivity.

* İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ozcan.cem@izmirekonomi.edu.tr

Key Words: Liability of physician, medical law, causation, diagnostic error, abortion.

RÉSUMÉ

De nos jours dans le domaine de la responsabilité civile du médecin le diagnostic prénatal est devenu un sujet particulièrement important dans la mesure où les progrès de la médecine prédictive permettent aux parents d'interrompre la grossesse pour empêcher la naissance d'un enfant handicapé. En France, l'arrêt Perruche de la Cour de cassation a créé un grand débat doctrinal concernant les notions telles que la responsabilité civile du médecin, le lien de causalité et le préjudice. Cet arrêt a également entraîné un changement de législation lequel a mis fin à la possibilité d'être indemnisé pour "le préjudice d'être né". L'entrée en vigueur de la loi Anti-Perruche a entraîné l'intervention la Cour Européenne des Droits de l'Homme. La retroactivité de cette loi a provoqué la condamnation de la France devant la CEDH et le Conseil Constitutionnel a finalement décidé d'annuler la disposition relative à la retroactivité.

Mots Clés: La responsabilité du médecin, le droit de la santé, le lien de causalité, l'erreur de diagnostic, l'avortement.



GİRİŞ

Doğum öncesi teşhis alanında yaşanan tıbbi gelişmeler anne karnındaki çocukta var olan hastalıkların ve genetik bozuklukların tespitini kolaylaştırmaktadır. Bu sayede çocukları özürlü olarak dünyaya gelme riski yüksek olan anne ve babalar hamileliğe son vermek suretiyle bu durumun dramatik sonuçlarından kaçabilmektedirler. Tıpta yaşanan gelişmeler bir taraftan bu tür imkânlar sunarken diğer yandan hekimin sorumluluğunu da artırmaktadır. Hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü teşhis aydınlatmasını da kapsadığından, teşhiste yaşanan hatalar hamileliğin sona erdirilmemesine ve dolayısıyla çocuğun özürlü olarak dünyaya gelmesine yol açmaktadır.

Fransız Yargıtay'ının 17 Kasım 2000 tarihinde vermiş olduğu Perruche kararı doğum öncesi hatalı teşhis nedeniyle özürlü olarak dünyaya gelen Nicolas Perruche ile ilgilidir. Perruche ailesinin yıllar süren hukuk mücadelesi sorumluluk hukukundaki illiyet bağı ve zarar kavramları başta olmak üzere birçok

hususunu değerlendirmeyi gerektirmiştir. Bu alışmada Fransa'da yaşanan ve günümüze kadar büyük yankı uyandıran Perruche davası çerçevesinde hekimin teşhis hatasından kaynaklanan sorumluluğu konusu ele alınacaktır.

I. KARARA KONU OLAN OLAY

17 Nisan 1982 tarihinde Perruche ailesinin dört yaşındaki kızının kızamıkçık hastalığına yakalandığı bir hekim tarafından yapılan muayenede tespit edilir. 10 Mayıs 1982 tarihinde aynı hekim kızın annesi Josette Perruche'te de benzer belirtiler görür ve kızamıkçık hastalığının kendisinde de var olup olmadığını tespit etmek için bazı testler yapılmasını önerir. Diğer taraftan 26 yaşındaki Josette Perruche hekime bu esnada hamile olduğunu ve kendisinin de kızamıkçık hastalığına yakalanması durumunda çocuğun zrl doğmaması amacıyla kesinlikle krtaj¹ yaptracağını söyler.²

12 Mayıs 1982 günü Josette Perruche üzerinde yapılan ilk kızamıkçık testi negatif sonuç verir. 27 Mayıs 1982 tarihinde yapılan ikinci test ise pozitif sonuçlanır. Josette Perruche üzerinde yapılan ilk test yeniden incelendiğinde sonuç bu defa pozitif çıkar. Bu çelişkili sonuçlara rağmen hekim herhangi bir başka işlem yapmaz ve Josette Perruche'e doğum yapmasında herhangi bir sakınca olmadığını bildirir. Esasen kızamıkçık için yapılan iki testin sonucunun pozitif çıkması annenin bu hastalığı önceden geçirdiğinin ve vücudunda hala bu hastalığın izlerini taşıdığıın işaretidir. Böyle bir ihtimalde anne karnındaki ocuk açısından bir tehlike yoktur. Eğer yapılan iki testten ilkinin sonucu nega-

¹ Fransız hukukunda Perruche olayının gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan mevzuata göre gebelik süresinin 10 haftadan az olduğu durumlarda yalnızca annenin isteği üzerine ve başka hiçbir gerekçe göstermeksizin kürtaj uygulanabiliyordu. Gebelik süresinin 10 haftadan fazla olduğu durumlarda ise doğumun annenin ve doğacak çocuğun sağlığını tehlikeye sokması halinde iki hekimin onayıyla kürtaj yapılabilirdi. Fransa'da Halk Sağlığı Kodunda 2001 yılında yapılan değişiklikle 10 haftalık süre 12 haftaya çıkarılmıştır. Türk hukukunda ise Nüfus Planlaması Hakkında Kanun gebeliğin başlamasından itibaren 10.hafta doluncaya kadar gebeliğe son verme imkanı tanımaktadır, bu konuda ayrıntılı bilgi için bzk. **HAKERİ**, Hakan, Tıp Hukuku, 5.Baskı, 2012, s.728 vd.

² **MANAOUIL**, Cécile, La question prioritaire de constitutionnalité, à propos du dispositif anti-Perruche, Médecine&Droit, 2013, s.115; **THIEL**, Marie-Jo, La jurisprudence Perruche ou la vie handicapée comme préjudice, Revue des Sciences Religieuses, no:2, 2002, s.219; **COSTICH**, Field Julia, The Perruche Case and the issue of compensation for the consequences of medical error, Health Policy -78, 2006, s. 10,11.

tif çıkarken ikincisi pozitif çıkarsa bu, hastalığa yeni yakalandığının ve bunun hala devam etmekte olduğunun göstergesidir. Bu durumda anne karnındaki çocuk hastalığın önlenemez olumsuz etkilerine maruz kalacak ve çok büyük bir ihtimalle özürlü olarak dünyaya gelecektir.³

Bütün bu gelişmelerden sonra Nicolas Perruche 14 Ocak 1983 tarihinde dünyaya gelir. Doğumdan sonra yapılan tetkiklerde Nicolas Perruche'ün çok ciddi nörolojik sorunları bulunduğu, iki kulağının da sağır olduğu ve sağ gözünde körlük ile kalbinde de bazı sorunları olduğu tespit edilir.⁴

Perruche çifti, 1989 yılında, Nicolas Perruche 6 yaşındayken, hekime, kızamıkçık için yapılan testleri gerçekleştiren laboratuara ve bunların sigortacılarına karşı tazminat davası açar. Nicolas Perruche'ün anne ve babası, açılan bu davada, hekimin yapmış olduğu teşhis hatası nedeniyle hem kendi uğramış oldukları maddi ve manevi zararın karşılanmasını hem de oğulları Nicolas'nın özürlü olarak dünyaya gelmiş ve bu şekilde yaşamak zorunda kalacak olması nedeniyle kendisinin uğradığı zararın tazmin edilmesini talep ederler.⁵

II. MAHKEMELERİN VERDİKLERİ KARARLAR

Perruche'lerin açtıkları davaya ilk derece yargı organı olarak bakan Evry mahkemesi⁶, 13 Ocak 1992 tarihinde verdiği kararında hekimi Nicolas Perruche'ün uğradığı zarardan ötürü sorumlu tutar ve hem Nicolas Perruche'ün anne ve babası hem de kendisi lehine tazminata hükmeder.⁷

³ Gebeliğin ilk 11 haftasında ceninin kızamıkçık virüsünden etkilenmesi durumunda ciddi ve kalıcı sağlık sorunları ile doğması ihtimalinin % 90 civarında olduğu bilimsel olarak kabul edilmektedir, **MANAOUIL**, s.114.

⁴ Nicolas Perruche'ün özürlü olarak dünyaya gelmesine anne karnındayken kendisine bulaşan kızamıkçık virüsünün yol açtığı kesin olarak ispatlanmıştır, **MANAOUIL**, s.115.

⁵ **MANAOUIL**, s.115; Anglo-saxon hukukunda hekimin anne karnındaki ceninde mevcut olan özürlü teşhis edemeyerek doğumun gerçekleşmesine ve zararın doğmasına yol açması durumu için "wrongful birth" ya da "wrongful life" tabirleri kullanılmaktadır, **COSTISCH**, s. 9; **SCOTT**, Rosamund, Reconsidering "wrongful life" in England after thirty years: legislative mistakes and unjustifiable anomalies, *Cambridge Law Journal*, 72 (1), 2013, s.115-154; **DUGUET**, Anne Marie, Wrongful life: the recent French Cour de Cassation decisions, *European Journal of Health Law* 9, 2002, s.139-163; **LEWIS**, Penney, The necessary implications of wrongful life claims: lessons from France, *European Journal of Health Law* 12, 2005, s.135-153.

⁶ Le Tribunal de Grande Instance d'Evry.

⁷ **LAMBERT-FAIVRE**, Yvonne, Le principe indemnitaire et l'affaire Perruche, *Médecine&Droit*, no:54, 2002, s.2, 3; **MANAOUIL**, s.115.

Paris İstinaf Mahkemesi⁸ 17 Aralık 1993 günü verdiği kararla ilk derece mahkemesinin kararını kısmen onar. Buna göre Paris mahkemesi Nicolas Perruche'ün anne ve babasının maddi ve manevi tazminata hak kazandıkları sonucuna varır. Mahkemeye göre hekim, Josette Perruche üzerinde gerçekleştirdiği tıbbi tetkikte kusurlu olarak kızamıkçık virüsünün vücutta bulunduğunu tespit edememiş ve anne ile babanın zarara uğramasına yol açmıştır. Bununla birlikte Paris İstinaf Mahkemesi verdiği kararda ilk derece mahkemesinin kararından farklı olarak Nicolas Perruche'ün kendisine herhangi bir tazminat ödenmemesine karar verir. Paris İstinaf Mahkemesi'nin kararı, hekimin hatası ile Nicolas Perruche'ün uğradığı zarar arasında illiyet bağı bulunmaması temeline dayanmaktadır.⁹

Perruche çifti Paris İstinaf Mahkemesi'nin vermiş olduğu bu karara karşı Fransız Yargıtay'ı nezdinde temyiz başvurusunda bulunur. Yüksek Mahkeme 26 Mart 1996 günü verdiği kararla Nicolas Perruche'ün kendisine de özürlü olarak dünyaya gelmiş olması nedeniyle tazminat ödenmesine karar verir. Bu karara göre; Nicolas Perruche'ün anne ve babası çocuklarının henüz anne karnındayken kızamıkçık virüsünden etkilenmiş olması halinde kürtaj yoluna başvuracaklarını hekime bildirmişlerdir. Bu bildirime rağmen hekim bir teşhis hatasında bulunarak çocuğun virüsten etkilenmediği sonucuna varmış ve neticede Nicolas Perruche'ün uğradığı zararın doğmasına neden olmuştur.

Fransız usul hukuku kuralları gereği bu defa başka bir İstinaf Mahkemesi önüne gönderilen Perruche dosyası hakkında 5 Şubat 1999 günü karar veren Orléans İstinaf Mahkemesi¹⁰ Yargıtay'dan farklı bir sonuca varır. Buna göre çocuğun özürlü olarak dünyaya gelmesi ile hekimin işlediği kusur arasında uygun illiyet bağı bulunmadığını belirten Orléans İstinaf Mahkemesi tıpkı Paris İstinaf Mahkemesi gibi Nicolas Perruche'ün tazminat talebinin yerinde olmadığı kararını verir. Diğer taraftan mahkeme anne ve babanın kendileri için istedikleri maddi ve manevi tazminat taleplerini kabul eder.¹¹

⁸ La Cour d'appel de Paris.

⁹ MANAOUIL, s.115.

¹⁰ La Cour d'appel d'Orléans.

¹¹ MANAOUIL, s.115.

Orléans Mahkemesi'nin bu kararını yeniden temyiz eden Perruche çiftinin başvurusu üzerine 17 Kasım 2000 tarihinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu¹² kararını verir. Buna göre kararında; olayda hekimin ve kızamıkçık testlerini gerçekleştiren laboratuvarın Josette Perruche ile yaptıkları sözleşmenin ifası sırasında işledikleri kusurlar nedeniyle annenin hamileliğini sona erdirmeye seçeneğini kullanmasına engel olduklarını söyleyen Yüksek Mahkeme, bunun da özürlü bir çocuğun dünyaya gelmesine yol açtığı için çocuğun işlenen bu kusurlardan dolayı uğradığı zararın tazmin edilmesini istemeye hakkı olduğu sonucuna varır.¹³

Bu kararın kesinleşmesi ile birlikte Perruche ailesinin yıllar süren hukuk mücadelesi sona erer. Diğer taraftan karara yönelik eleştiriler ve özellikle Fransız Yargıtay'ının Nicolas Perruche'e tazminat ödenmesine yönelik düşüncesi kamuoyunda ciddi tartışmaların başlamasına neden olur. Bu tartışmalar Fransa'da kanun koyucuyu doğum öncesi teşhis hataları ve hekimin sorumluluğu ile ilgili Perruche kararının etkilerini ortadan kaldıracı bir yasal düzenleme yapmaya sevk eder.

III. KARARA YÖNELİK ELEŞTİRİLER

Doğum öncesi anne karnındaki ceninin sağlık durumunun gelişen tıbbi tekniklere paralel olarak geçmişe oranla daha iyi tespit edilebiliyor olması hekimin teşhise yönelik çalışmasının önemini artırmıştır. Fransız Yargıtay'ının verdiği Perruche kararı hekimin doğum öncesi kontrollerdeki sorumluluğu açısından hem hukuki hem de ahlaki birçok tartışmayı beraberinde getirmiştir. Nicolas Perruche'ün anne ve babasının çocuklarının özürlü olarak doğmasından ötürü uğradıkları maddi ve manevi zararın karşılanması yönünden herhangi bir sorun bulunmamakla birlikte çocuğun kendi uğradığı iddia edilen zararın tazmini meselesi başta illiyet bağı ve zarar olmak üzere sorumluluk hukukuna ilişkin bir takım kavramlar üzerinde yeniden düşünmeyi gerektirmiştir.

¹² L'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

¹³ "que dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme Perruche avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse et ce afin d'éviter la naissance de l'enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues", **MANAOUIL**, s.115.

Hukuki yönden Perruche kararını eleştiren yazarlar, öncelikle hekimin yaptığı teşhis hatası ile Nicolas Perruche'ün uğradığı zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmadığını iddia etmektedirler.¹⁴ Bu yazarlara göre Perruche, olayında çocuğun anne karnında kızamıkçık virüsüne yakalanarak özürlü doğması hekimin teşhis hatasından ileri gelmemektedir. Hekimin yapmış olduğu teşhis hatası, sadece annenin kürtaj yoluna başvurması bakımından karar alması noktasında etkili olmaktadır. Başka bir ifadeyle, çocuğun kızamıkçık hastalığından etkilenmesinde hekimin yapmış olduğu hatalı bir tıbbi müdahale etkili olmamaktadır; çocuk test sonucu doğru da değerlendirilse, yanlış da değerlendirilse kızamıkçık virüsünden etkilenmiştir, dolayısıyla özürlü olarak doğması kaçınılmazdır.¹⁵ Gerçekten de gerek akdi sorumlulukta gerekse haksız fiil sorumluluğunda, illiyet bağı, sorumluluğun asli şartlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bilindiği üzere hukukta illiyet kavramı, *“zararlı sonuçla sorumluluğu doğuran davranış veya olay arasında bir sebep-sonuç bağının bulunması”*¹⁶ anlamına gelmektedir. Günümüzde özel hukuk alanında uygun illiyet bağı teorisi hâkim görüşü temsil etmektedir.¹⁷ Bu teoriye göre, *“somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, mahiyeti ve ana temayülü itibariyle meydana getirmeğe genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şartla söz konusu sonuç arasındaki bağa uygun illiyet bağı denilir”*.¹⁸ Bir fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının söz konusu olabilmesi için, hayatın olağan akışına ve genel yaşam deneyimlerine göre fiilin, bu zararı meydana getirmeye elverişli olduğu sonucuna varabilmek gerekir. Bu noktada failin işlediği fiilin sonucunu öngörebilmesi önemli değildir, asıl önemli olan söz konusu fiilin objektif olarak o zararı meydana getirebileceğinin, hayatın

¹⁴ **SAINTE-ROSE**, Jerry, Réparation du préjudice de l'enfant empêché de ne pas naitre handicapé, Recueil Dalloz, 2001, s.316 vd.; **MAZEAUD**, Denis, Réflexions sur un malentendu, Recueil Dalloz, 2001, s.332 vd.; **JOURDAIN**, Patrice, Préjudice de l'enfant né handicapé: l'Assemblée plénière consacre sa jurisprudence Perruche mais subordonne l'indemnisation à de strictes conditions, Recueil Dalloz, 2001, s.2325 vd.

¹⁵ **MAZEAUD**, s.332.

¹⁶ **EREN**, Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara, 1975, s.1.

¹⁷ Bkz. **TANDOĞAN**, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul, 2010, s.76; **EREN**, illiyet, s.51.

¹⁸ **EREN**, illiyet, s.52.

olağan akışı ve yaşam deneyimlerine göre mümkün görülebilmektedir.¹⁹

Sağlık hukuku alanında da hekimin sorumluluğunu ilgilendiren uyuşmazlıklarda illiyet bağının çok önemli bir yer tuttuğunu söylemek mümkündür. Gerek doktrinde²⁰ gerekse uygulamada²¹, sözleşmeye aykırılık ya da haksız fiil ile zarar arasında neden sonuç ilişkisinin bulunması gerektiği belirtilmektedir. Söz konusu ilişkinin bulunmadığı durumlarda, ortada mevcut bir zarar bulunsa bile, hekimin, sorumlu tutulması söz konusu olmayacaktır. Fransa'daki Perruche olayına bakıldığında hekimin doğum öncesinde Nicolas Perruche'ün annesine doğacak çocuğunun kızamıkçık virüsünden etkilenmeyeceğini söylemesi bir teşhis hatasıdır. Hekimin hasta ile olan ilişkisinde hastayı aydınlatma borcu olduğu ve hastanın da kendisine uygulanacak tıbbi müdahaleye bu aydınlatma neticesinde rıza göstermesi halinde yapılan müdahalenin hukuka uygun olacağı bilinmektedir. Teşhis aydınlatması da hekimin aydınlatma borcunun bir parçasını oluşturmaktadır.²²

Fransa'daki Perruche olayında, söz konusu teşhis aydınlatmasının hekimin kusuru nedeniyle gerektiği gibi yapılmadığı görülmektedir. Bu nedenle çocuğun anne ve babasının uğradıkları zararın tazmin edilmesi gerekir, ancak çocuğun hekimin yaptığı teşhis hatası nedeniyle özürlü doğduğunu söylemek, uygun illiyet bağı teorisi açısından mümkün görünmemektedir. Eğer testlerin sonuçları hekim tarafından doğru değerlendirilseydi bile, annenin çocuğun doğumuna karar vermesi halinde Nicolas Perruche'ün özürlü doğması önle-

¹⁹ **EREN**, İlliyet, s.52,53; **EREN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014, s.541; **OĞUZMAN**, Kemal, **ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, İstanbul, 2012, s.44; **KILIÇOĞLU**, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2013, s.301; **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi, **AKMAN**, Sermet, **BURCUOĞLU**, Haluk, **ALTOP**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s.573.

²⁰ **HAKERİ**, s.599, 600; **ŞENOCAK**, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara, 1998, s.14; **DEMİR**, Mehmet, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, AÜHFD, Cilt 57, sayı:3, s.248; **KICALIOĞLU**, Mustafa, Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Ankara, 2011, s.158, 159; **AYAN**, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991, s.118, 168.

²¹ Yargıtay 13.HD., 19.10.2006 T., 2006/10057 E., 2006/13842 K., 13.HD. T.9.4.2002, E.2002/1376, K.2002/3840, 13.HD. T.21.1.2002, E.2001/10959, K.2002/487 (www.kazanci.com).

²² **ŞENOCAK**, s.44 vd.; **DEMİR**, s.240; **ÖZDEMİR**, Hayrunnisa, Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlüğü, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XII, S.3-4, 2008, s.354, **HAKERİ**, s.268 vd.; **AYAN**, s.71 vd.; **KICALIOĞLU**, s.27.

nemeyecekti.²³ Bu durumda Nicolas Perruche'ün kendisi için talep edilen tazminat talebinin hekimin yanlış teşhisi ile özürlü doğum arasında illiyet bağı yokluğu nedeniyle reddedilmesi gerekirdi.²⁴

Fransız Yargıtay'ının verdiği kararı hatalı bulan yazarların eleştirilerinin diğer bir bölümü de zarar kavramı çevresinde toplanmaktadır. Bilindiği üzere geniş anlamda zarar *“hukuken himaye edilen maddi ve manevi varlıkların, bunlara yapılan bir tecavüzün vukuundan önce ve sonraki halleri arasındaki fark”*²⁵ olarak tanımlanabilir. Buna göre olayda Nicolas Perruche, her ne kadar birçok sağlık sorunu ile dünyaya gelmiş de olsa, uğramış olduğu bir zarar yoktur. Somut olayda Nicolas Perruche'ün *“sadece doğmuş olmasının”*²⁶ bir zarar olarak kabul edilmesi beklenemez. Fransız Medeni Kanunu'nun haksız fiile ilişkin m.1382 hükmü, başkasına zarar verici davranışta bulunan her kişinin oluşan zararı onarmakla yükümlü olduğunu belirtmektedir.²⁷ Fransız Yargıtay'ının Perruche davasında hekimin sorumluluğuna yönelik kararını dayandırdığı başlıca hükümlerden biri olan bu maddeye rağmen, Nicolas Perruche'ün hekimin hatalı teşhisi nedeniyle bir zarara uğradığını kabul etmek mümkün görünmemektedir, çünkü olayda çocuğun özürlü doğması kaçınılmazdır. Anenin elindeki diğer imkân olan kürtajın gerçekleştirilmesi halinde de, Nicolas Perruche'ün hiç dünyaya gelmeyeceği düşünülecek olursa kişinin doğmasının başlı başına bir zarar olarak kabul edilmesi olanaksızdır. Başka bir deyişle bu olayda *“tecavüzün vukuundan önce ve sonraki haller arasındaki fark”* kişinin var olup olmaması ile ilgilidir dolayısıyla kişinin sadece var olması bir zarar olarak nitelendirilemez.²⁸ Ayrıca Perruche davasında çocuk lehine tazminata hükmedilmemesi gerektiğini savunan yazarlara göre, anne ve babanın hak et-

²³ MAZEAUD, s.332, 333; SAINTE-ROSE, s.317.

²⁴ MAZEAUD, s.333; SAINTE-ROSE, s.317.

²⁵ TANDOĞAN, s.63.

²⁶ TORRIONE, Henri, Le préjudice d'être né, Responsabilité et Assurance, 2006, s.388 vd; HAUSER, Jean, DELMAS SAINT-HILAIRE, Philippe, Vers une responsabilité spécifique de la création de l'humain, Revue Juridique Personnes et Famille, 2002-6, s.3.

²⁷ “Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer”. Fransız borçlar hukukundaki haksız fiil sorumluluğuna ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. MALINVAUD, Philippe, Droit des obligations, Paris, 2005, s.355 vd.

²⁸ MAZEAUD, s.333, 334; MORRIS, Anne, SAINTIER, Séverine, To Be or Not To Be; Is That The Question? Wrongful Life and Misconceptions, Medical Law Review, no:11, 2003, s.167-193.

tikleri tazminat ile çocuğun kendi için istenilen tazminat birbirinden tamamen bağımsızdır. Anne ve baba lehine hükmedilen tazminat kürtaj yaptırma ihtimalinin hatalı teşhis nedeniyle kaybedilmesi ile ilgili iken, çocuk için istenilen tazminat özürlü doğuma ilişkindir.²⁹ Diğer taraftan özürlü doğan her çocuğun bu nedenle tazminata hak kazanması akla bu çocukların kürtaj yolunu seçmeyecekleri gibi olasılıkları getirmektedir. Elbette hukuken annenin kürtaj yaptırma yükümlülüğü altında olmayışı bu olasılığı ortadan kaldırmaktadır.³⁰

Fransa'da Perruche davası açıkladığımız bu hukuki eleştirilerin yanı sıra bir takım ahlaki tenkitlerin de hedefi olmuştur. Bu karar özellikle özürlü insanların yaşamları ve toplumdaki yerleri ile ilgili birtakım etik değerlerin sorgulanması anlamına gelmektedir. Fransız Yargıtay'ı tarafından verilen kararın, özürlü insanların aslında "yaşamaya değer" hayatlarının olmadığı gibi bir algı yarattığı ileri sürülmüştür. Bir çocuğun özürlü olarak doğmasındansa, hiç dünyaya gelmemesinin daha iyi olabileceği gibi bir düşüncenin, Perruche kararı ile bir yargı organı tarafından dile getirilmesinin insan olmanın onuru ile bağdaşmadığı ve özürülerin haklarını zedelediği belirtilmiştir. Diğer taraftan anne karınıdayken özürlü doğacağı belli olan çocukların yaşamlarına kürtajla son verilmesi yönteminin, toplumda hiçbir fiziksel kusuru bulunmayan, "mükemmel bireyleri" yaratmaya yönelik beklentileri artırarak aslında son derece tehlikeli ve insan haklarına aykırı bir yolun kapısının açılmasına neden olabileceğine de dikkat çekilmiştir.³¹

IV. ANTI-PERRUCHE KANUNU VE AİHM'İNİN BU KONUDAKİ KARARI

Fransız kamuoyunda Perruche kararına yönelik oluşan olumsuz düşüncelerin etkisiyle harekete geçen kanun koyucu 4 Mart 2002 tarihli *Hasta Hakları ve Sağlık Sisteminin Kalitesine İlişkin Kanun*'un³² birinci maddesinde "Hiç kimse sadece doğumundan kaynaklanan bir zararın tazminini isteyemez" hükmünü kabul etmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre tıbbi bir hata nedeniyle

²⁹ MAZEAUD, s.334.

³⁰ SAINTE-ROSE, s.318.

³¹ THIEL, s.228, 229.

³² La loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

özürlü doğan bir kişi, eğer kusurlu hareket sakatlığı doğrudan doğruya meydana getirmişse veya ağırlaştırmışsa ya da bunu azaltıcı önlemlerin alınmasına izin vermemişse tazminat elde edebilir. Bu maddenin üçüncü fıkrasına göre ise bir sağlık çalışanının ya da kuruluşunun, ağır bir kusur neticesinde, çocuğun hamilelik sırasında özürlü olduğunu tespit edememeleri durumunda yalnızca çocuğun anne ve babası kendi zararlarının tazminini talep edebilirler. Bu zarar çocuğun tüm yaşamı boyunca özürlüden kaynaklanan özel giderlerini kapsamaz. Söz konusu zarar toplumsal dayanışma ile karşılanacaktır.³³

Görüldüğü üzere Fransız kanun koyucusu Perruche olayına benzer durumlarda ortaya çıkabilecek tazminat taleplerinin önüne geçebilmek amacıyla, kamuoyunda Anti-Perruche kanunu olarak da bilinen bir yasal düzenleme yapma yoluna gitmiştir. Özürlü olarak dünyaya gelen çocuğun kendi adına tazminat talep edememesinin yanı sıra bu hüküm ile anne ve babanın tazminat talepleri hekimin ağır kusurunun varlığı şartına bağlanmıştır. Öte yandan bu düzenleme ödenecek olan tazminatın türü ve miktarına da bir sınırlama getirmektedir. Çocuğun anne ve babasına ödenecek miktar manevi tazminatla sınırlı kalacak diğer taraftan çocuğun yaşam boyu ihtiyaç duyacağı tüm bakım giderlerini kapsamayacaktır. Bu noktada devlet sosyal yardımlar vasıtasıyla çocuğun ihtiyaçlarını karşılayacaktır.³⁴

³³ Fransa'da 4 Mart 2002 tarihinde kabul edilen ve 7 Mart 2002'de yürürlüğe giren bu kanun Perruche kararının olumsuz etkilerini ortadan kaldırmak için hazırlandığından kamuoyunda "anti-perruche" kanunu ya da o dönemki sağlık bakanı Bernard Kouchner'in ismi nedeniyle "Kouchner" kanunu olarak da bilinmektedir. Bu kanunun söz konusu maddesi 2005 yılında Sosyal Hareket ve Ailelere ilişkin Kanuna (Code de l'action sociale et des familles) dâhil edilmiştir. Söz konusu hüküm artık bu kanunun L 114-5 maddesinde yer almaktadır:

"Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.

La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer.

Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale."

³⁴ **MANAQUIL**, s.116, 117; **TRUCHET**, Didier, La jurisprudence Perruche n'est plus, Actualité Juridique du Droit Administratif, 2002, s.273.

Perruche kararını takip eden yıllarda bu kararın etkisiyle Fransa'da çocuğu özürli olarak dünyaya gelen birçok aile hem adli hem de idari yargıda açtıkları davalarla başta hekimler olmak üzere sorumlu olduklarını düşündükleri kişi ve kuruluşlardan tazminat talep etme yoluna gittiler. Bununla birlikte 4 Mart 2002 tarihli kanunun birinci maddesinin dördüncü fıkrası kanunun devam etmekte olan davalara da uygulanacağını öngörmekteydi. Bu durum karşısında kanunun yürürlüğe girmesinden, yani 7 Mart 2002'den, önce dava açmış olanlar söz konusu yasal düzenlemenin insan haklarına aykırılığını iddia ederek konuyu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne taşıdılar.

AİHM, 6 Ekim 2005 tarihinde vermiş olduğu iki kararda³⁵ Fransa'daki yasal düzenlemenin insan haklarına aykırı olması nedeniyle Fransa'yı mahkûm etti.³⁶ Kanunun, yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan davalara uygulanması bakımından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Perruche kararına benzer olaylarda zarara uğrayanların bir alacak hakkı kazandıklarını belirtti. Mahkeme, 7 Mart 2002'de yürürlüğe giren kanunun açılmış olan davaları da kapsayacak şekilde uygulanmasının davacıların alacak haklarına zarar verdiği ve dolayısıyla insan haklarına aykırı bir durum yarattığı sonucuna vardı. AİHM bu kararlarını İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye Ek Protokol'ün birinci maddesinde yer alan mülkiyetin korunmasına ilişkin hükme dayandırdı. Bu hükme göre; *" Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada 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 yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez."

³⁵ AİHM, 6 Ekim 2005, Draon/Fransa no:1513/03, Maurice/Fransa no:11810/03, kararlar için bkz. www.echr.coe.int.

³⁶ **RADE**, Christophe, La France condamnée pour avoir appliqué de manière immédiate la loi Anti-Perruche, Droit de le Famille, no:11, 2005, comm. 258; **SARGOS**, Pierre, Application dans le temps de la loi "anti-Perruche" La Semaine Juridique Edition Générale, no:4, 23 Ocak 2012, s.72.

Kişilerin mülkiyet haklarını korumak amacıyla getirilmiş olan bu hükmü alacak hakları açısından da uygulamayı uygun gören AİHM, Anti-Perruche Kanunu'nun görülmekte olan davalara uygulanmasının, davacıları kanunun yürürlüğe girmesinden önce mevcut olan bir alacak hakkı elde etme imkânından yoksun bıraktığı gerekçesiyle Fransa'yı mahkûm etmiştir.³⁷

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararından sonra Fransız yargı organlarının kanunun geriye etkili olarak uygulanması konusunda farklı yönde kararlar vermekle birlikte genel olarak 7 Mart 2002 tarihinden önce açılmış olan davalar bakımından Strasbourg mahkemesinin görüşünü benimsedikleri görülmektedir. Fransız Yargıtay'ının doğum öncesi teşhis hatalarını ilgilendiren çeşitli kararlarında tazminat davasının açılma tarihinden ziyade özür lü çocuğun 7 Mart 2002'den sonra doğup doğmadığına bakarak karar verdiği söylenebilir. Başka bir deyişle Fransız Yargıtay'ının eğer çocuk söz konusu tarihten önce doğmuşsa dava açılmış olmasına bakmaksızın Anti-Perruche kanununun uygulanmaması yönünde kararlar verdiği görülmektedir, çünkü söz konusu zarar kanunun yürürlüğe girmesinden önce oluşmuştur. Diğer taraftan benzer olaylarda Fransız Danıştay'ının daha katı bir tutum sergilediği söylenebilir. İdarenin sorumlu olduğu davalarda Fransız Danıştay'ının çocuğun doğum tarihine bakmaksızın, 7 Mart 2002'den önce açılmış davalar açısından kanunu uygulamadığı fakat bu tarihten sonra açılmış davalar açısından kanunun yasaklayıcı etkisini, 7 Mart 2002'den önce doğan çocuklar için dahi, uygulamayı seçtiği görülmektedir.³⁸

V. FRANSIZ ANAYASA MAHKEMESİ'NİN ANTI-PERRUCHE KANUNU İLE İLGİLİ KARARI

Anti-Perruche Kanunu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen karardan sonra bir de Fransız Anayasa Mahkemesi önünde Anayasa'ya aykırılık iddiası ile karşılaşmıştır. Fransa'da 2008 yılında gerçekleştirilen bir reform ile kişilere, açılmış olan bir davada uygulanacak kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığını ileri sürme imkânı tanınmıştır. Fransız Anayasa'sının 61-1. maddesi

³⁷ MANAOUIL, s.118; RADE, s.5, 6.

³⁸ MANAOUIL, s.122, 123.

1 Mart 2010 tarihinden itibaren *anayasallık ön sorusu*³⁹ yoluyla somut norm denetimi yapmaya imkân vermiştir.

Doğum öncesi teşhis hatasını ilgilendiren Perruche olayına benzeyen bir başka olayda idari yargı önünde açılmış olan bir davada Anayasa'ya aykırılık iddiası ile karşılaşan Yüksek Mahkeme, 11 Haziran 2010 tarihinde verdiği bir kararda sağlık çalışanlarının işlerini yaptıkları esnada kusurlarıyla yol açtıkları zararlardan sorumlu olduklarını hatırlattıktan sonra Anti-Perruche kanununun bu sorumluluğu ortadan kaldırmadığını belirterek kanun koyucunun çocuğu özürli doğan kişilere karşı kamu yararı gerekçesiyle tazminatı kısıtlayıcı yasal düzenlemeler yapmasının Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna vardı. Fransız Anayasa Mahkemesi'ne göre kanun koyucusunun 4 Mart 2002'de kabul ettiği kanun ile özellikle sağlık çalışanlarının ve kurumlarının Perruche kararından sonra kendilerini uygun koşullarda sigorta ettirmede karşılaştıkları güçlükler ve zararların bütünüyle karşılanmasının genel sosyal güvenlik sistemi üzerinde yarattığı ağır yük göz önünde bulundurulduğunda önleyici tedbirler almasının Anayasa ile çelişen bir yanı yoktu.⁴⁰

Diğer taraftan kanunların zaman bakımından uygulanması konusunda ise Fransız Anayasa Mahkemesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin görüşünü kabul ederek Anti-Perruche Kanunu'nun 7 Mart 2002'den önce açılmış olan davalara uygulanması hükmünü Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.⁴¹

SONUÇ

Fransa'da yaşanan Perruche olayı ve buna bağlı olarak gelişen yargı süreci hekimin ve sağlık kuruluşlarının tazminat sorumluluğu açısından birtakım önemli ilkelerin üzerinde yeniden durmayı gerektirmiştir. Doğum öncesi teşhis hatası nedeniyle hekimin sorumlu tutulabilmesi için her şeyden önce hekimin kusurlu davranışı ile ortaya çıkan netice arasında uygun illiyet bağı teorisinin kabul ettiği anlamda bir nedensellik bağının bulunması gereklidir. Perruche olayında olduğu gibi hekimin teşhis hatasının doğan çocukta görülen özrü

³⁹ Question prioritaire de constitutionnalité.

⁴⁰ MANAOUIL, s.120, 121.

⁴¹ MANAOUIL, s.121.

kendi fiiliyle meydana getirmediği durumlarda bu nedensellik bağının mevcut olduğundan söz etmek mümkün değildir. Bu nedenle çocuğun kendi uğradığı zararın tazminine yönelik taleplerin reddedilmesi gerekir.

Öte yandan Perruche davası sorumluluk hukukunda zarar kavramının da yeniden sorgulanmasını gerektirmiştir. Doğum öncesinde anne karnındaki çocukta hekim tarafından tespit edilemeyen hastalık ya da bozuklukların neticesinde annenin kürtaj yapmayı seçme şansı ortadan kalkabilmektedir. Bununla birlikte çocuğun böyle vakalarda doğumunun başlı başına bir zarar olarak kabul edilmesi sorumluluk hukukunda fark teorisi ile izah edilmeye çalışılan zarar kavramının tanımı ile örtüşmemektedir. Çocuğun sadece doğmuş olmakla bir zararının oluştuğunu ve bu nedenle teşhis hatasında bulunan hekimden tazminat talep etmesini kabul etmek yukarıda açıkladığımız nedenlerden ötürü bize mümkün görünmemektedir.

Perruche kararının oluşturduğu olumsuz etkileri giderebilmek için kanun koyucunun yürürlüğe koyduğu kanuni düzenlemenin tazminata ilişkin şartları aşırı zorlaştırdığı görülmektedir. Doğum öncesi benzer teşhis hatalarının varlığı halinde çocuğun kendisi için istenilen tazminat bu hükümle tamamen ortadan kaldırılırken anne ve babanın talep ettikleri tazminat ise ağır şartlara bağlanmıştır. Hekimin böyle durumlarda ancak ağır kusurlu olması halinde sorumluluğuna gidilebilecek ve çocuğun yaşamı boyunca ihtiyaç duyacağı özel bakımına ilişkin ihtiyaçları hekimin tazminat sorumluluğu dışında olacaktır. Çocuğun ihtiyaçları devletin sosyal yardımları ile karşılanacaktır. Kuşkusuz bu denli tazminatı kısıtlayan hükümlerin kabul edilmesi ileride başka hukuki ve ahlaki tartışmaların ya da mahkeme kararlarının oluşmasına neden olacaktır.

Ülkemizde de doğum öncesi teşhis hataları nedeniyle ileriki yıllarda ortaya çıkabilecek bazı hukuki sorunlar Fransa'daki Perruche davasında yaşanan hukuksal süreç dikkatle izlenerek çözüme kavuşturulabilir.



KAYNAKÇA

AYAN, Mehmet, Tibbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991.

COSTICH, Field Julia, The Perruche Case end the issue of compensation for the consequences of medical error, Health Policy-78, 2006 s.8 vd.

DELMAS SAINT-HILAIRE, Philippe, Vers une responsabilité spécifique de la création de l'humain, Revue Juridique Personnes et Famille, 2002-6, s.3 vd.

DEMİR, Mehmet, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, AÜHFD, 2008, Cilt:57, Sayı:3, s.225 vd.

DUGUET, Anne Marie, Wrongful life: the recent French Cour de Cassation decisions, European Journal of Health Law 9, 2002, s.139 vd.

EREN, Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi, Ankara, 1975.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014.

HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 5.Baskı, 2012.

HAUSER, Jean, **DELMAS SAINT-HILAIRE**, Philippe, Vers une responsabilité spécifique de la création de l'humain, Revue Juridique Personnes et Famille, 2002-6, s.3 vd.

JOURDAIN, Patrice, Préjudice de l'enfant né handicapé: l'Assemblée plénière consacre sa jurisprudence Perruche mais subordonne l'indemnisation à de strictes conditions, Recueil Dalloz, 2001, s.2325 vd.

KICALIOĞLU, Mustafa, Doktorların ve Hastanelerin Tibbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Ankara, 2011.

KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2013.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, Le principe indemnitaire et l'affaire Perruche, Médecine&Droit, no:54, 2002, s.115 vd.

LEWIS, Penney, The necessary implications of wrongful life claims: lessons from France, European Journal of Health Law 12, 2005, s.135 vd.

MALINVAUD, Philippe, Droit des obligations, Paris, 2005.

MANAOUIL, Cécile, La question prioritaire de constitutionalité, à propos du dispositif anti-Perruche, Médecine&Droit, 2013, s.115 vd.

MAZEAUD, Denis, Réflexions sur un malentendu, Recueil Dalloz, 2001, s.332 vd.

MORRIS, Anne, **SAINTIER**, Séverine, To Be or Not To Be; Is That The Question? Wrongful Life and Misconceptions, Medical Law Review, no:11, 2003, s.167-193.

OĞUZMAN, Kemal, **ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, İstanbul, 2012.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Teşhis ve tedavi sözleşmesinde hekimin hastayı aydınlatma yükümlüğü, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XII, S.3-4, 2008, s.347 vd.

RADE, Christophe, La France condamnée pour avoir appliqué de manière immédiate la loi Anti-Perruche, Droit de le Famille, no:11, 2005, comm. 258.

SAINTE-ROSE, Jerry, Réparation du préjudice de l'enfant empêché de ne pas naître handicapé, Recueil Dalloz, 2001, s.316 vd.

SARGOS, Pierre, Application dans le temps de la loi "anti-Perruche" La Semaine Juridique Edition Générale, no:4, 23 Ocak 2012, s.72.

SCOTT, Rosamund, Reconsidering "wrongful life" in England after thirty years: legislative mistakes and unjustifiable anomalies, Cambridge Law Journal, 72 (1), 2013, s.115 vd.

ŞENOCAK, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara, 1998.

TANDOĞAN, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul, 2010.

TEKİNAY/AKMAN/BORCUOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul,1993.

THIEL, Marie-Jo, La jurisprudence Perruche ou la vie handicapée comme préjudice, Revue des Sciences Religieuses, no:2, 2002, s.219 vd.

TORRIONE, Henri, Le préjudice d'être né, Responsabilité et Assurance, 2006, s.388 vd.

TRUCHET, Didier, La jurisprudence Perruche n'est plus, Actualité Juridique du Droit Administratif, 2002, s.273.

EĞİTİM HAK VE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEMELİ OLARAK TERCİH HAKKI

The Right of Choice: The Foundation of Education Rights and Freedoms

Yrd. Doç. Dr. Emir KAYA *

ÖZET

Yalın bakıldığında, eğitimin özü olan yönlendiriciliğin, insanın hak ve özgürlüklerine müdahale anlamına geldiği görülmektedir. İlk başta akla gelen planlı eğitim faaliyetlerinin dışında, insanın iradesini kullanımını yani kişiliğini yönlendiren tesirlerin tamamının eğitsel olduğu da malumdur. Dolayısıyla eğitim, kasta bağlı olmaksızın hayatın tamamına nüfuz etmiş bir olgudur; kasıtlı olduğunda ise sınırlandırma içerir. Bu nedenledir ki, tüm hak ve özgürlüklerin belki de en kompleks olanı, en hassas muhasebeler gerektireni eğitim hak ve özgürlüğüdür.

Öğretici aktörlerin kendi subjektifliklerini karşılarındakilere aktardıkları her eğitim modeli, endoktrinasyon hükmündedir ve zamanla (kanıksanmış) hukuksuzluklar örgüsüne dönüşür. İrade üzerinde hiçbir yönlendirici etki içermeyen faaliyetlerin eğitim sayılamayacağı, anarşizme yol açacağı da açıktır. Bu paradoksu aşmanın yolu, bireyin ölçülül ve dengeli kişilik gelişimini esas alan “tercih hakkı” pratiğinin; sosyal, felsefi, psikolojik, hukuki ve sair boyutlarda temellendirilmesidir.

Çalışmamızın giriş kısmında eğitimin doğası tartışılmış, nihayet tüm eğitim olgularının özünün kişilik, kişiliğin özünün de tercihler olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Doğru eğitim; kişilik daralmasına yol açmayan, bireysel ve sosyal planda tercih esasına dayanan bir kültürel ve iletişimsel bütünlük olarak tarif edilmiştir. Devletin eğitim hak ve özgürlüğüne yaklaşımı da belli düşünce ve davranış kalıplarını dayatmak değil, bireyin haddini ve hakkını aynı olgunlukta bilmesi ve irade kullanımı yoluyla kişilik kazanması üzerine olmalıdır. “Asgari genellik – azami seçenek” ilkesine hayat veren enstrümanlar geliştirilebilirse, eğitime dair mevcut hak ve ödev kurgularının, insanların hak ve özgürlüklerini temelden ve kalıcı olarak ihlal etmesi son bulabilir.

Anahtar Kelimeler: Eğitim hakkı, eğitim özgürlüğü, eğitimin amacı ve unsurları, endoktrinasyon, irade, kişilik, devletin ve bireyin eğitim yükümlülüğü, tercih hakkı.

* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Öğretim Üyesi, emirkaya@ybu.edu.tr

ABSTRACT

Guidance, which is in the core of education practices, involves essentially a form of constraint, thus interference in the natural rights and freedoms of those being educated. It does so whenever any element of education is not directly asked for. This quality of education is so profound and absolute that any regulation to the same effect of limitation can also be classified as education, even when it is tacit or unintentional. Having observed that, one realizes the importance of educational rights and freedoms as a matter of human rights. What is the perfect measure of guidance, or, in other words, interference in education that does not violate deeper human rights, such as the right to freedom of choice?

This essay answers this question by reversing it: the basis of education ought to be the right of choice. This is not simply to suggest that education should offer more choice but that educational theories and policies that are not built upon the very principle of maximum choice are problematic in terms of human rights. Only by placing “the right of choice” above all other concerns, education can be saved from becoming a systematic, strong, yet subtle way of violating the basic human right to free development.

Key Words: Right to education, freedom of education, the purpose and elements of education, indoctrination, free will, personality, educational obligations of the state and individuals, right to choice.



GİRİŞ

Eğitim kelimesinin kökü olan “eđ”, akla “Ağaç yaşı iken eğilir.” sözünü getirmektedir. Eğmek, şekil verici fiziki kuvvet uygulamaktır. Düz bir nesneyi bükmek de, bükülmüş bir nesneyi düzeltmek de bu fiille ifade edilebilir. Ağacın yaşı iken eğilmesi, kişinin bir kıvam tutturması anlamına gelmektedir.¹

Eğitimle kıvam kazanan/kazandırılan, yönelimleri beliren/belirlenen nedir? İnsandır; insanın zihni, bedeni, duygu ve düşünceleri, davranışları, bütünüdür. Kişinin kendisine ve eşyaya dair geliştirdiği sınır algısıdır; sınırlara bağlı olarak

¹ Kıvam kelimesi, Arapça *K-v-m* ya da *K-e-m* kökeni itibariyle “durum”, “duruş” anlamlarını taşımaktadır. Bk: Cowan, J. Milton. *Arabic-English Dictionary: The Hans Wehr Dictionary of Modern Written Arabic*, Spoken Language Services, Urbana, 1994.

yerleşen doğru/yanlış, iyi/kötü, önemli/önemsiz, faydalı/zararlı gibi bilinçli-bilinçaltı yargılarıdır. Bu yargılar ışığında kendini ve hayatı okuyuşudur, yaşayışındır. Kısacası her şeydir.²

İnsanı eğitici kuvvetler, sadece kasıtlı ve planlı olmayıp, insana tesir eden her şeydir. Açık önermeler ve emirler, beklentiler, telkinler, öğretiler, rol modeller, gösterilen hedefler, yargılamalar ve yaptırımlar, tehditler ve müjdelere, motivasyonlar ve kısıtlamalar, ödüller ve cezalar, rasyonel ve irrasyonel iletişimler, maruz kalınan dil ve üslup, çevrenin davranışsal kalıpları, takdir ve tenkit unsurları gibi insan bünyesine dahil olan her etki bir eğitici kuvvet olarak görülebilir. İnsanın bütün düşünceleri, eylemleri, davranışları ve davranmayışları, aksiyonları ve reaksiyonları, tavırları, kabulleri, varsayımları, yaklaşım ve yöntemleri, beklentileri, eğilimleri, dikkate aldıkları ve almadıkları, önceledikleri ve öteledikleri, benimsedikleri ve reddettikleri de kişinin eğitim durumunun birer resimleri olarak görülebilir. İnsan ve hayat, bu anlamda, eğitimle çepeçevre kuşatılmıştır; her an ve her yerde eğitimi yaşamakta ve yaşatmaktadır.³

Betimlediğimiz bu geniş ontolojik-semantik boyut; eğitimin asli, çerçevesiz ve nihayetsiz tarifini içermektedir. Bu bütüncül boyuta dair bir farkındalık taşımak ve bu farkındalıkla eğitim olgusunu ele almak şu açıdan hayati bir önem arz etmektedir: Eğitimin hangi düşünce çizgisinde, nasıl ve niçin irdelendiği de bizatihi eğitim mahsulüdür.

“Eğitim hakkı” dediğimizde aklımıza gelen referans çerçeveleri bizim -başkaları ya da kendimiz tarafından- nasıl eğitildiğimizi gösteren işaretlerdir. Bu işaretlere bağlı olarak konuyu düşünmek ve tartışmak zorunda mıyız? Bugünün uluslararası hukuk, devlet ve mevzuat sınırlarının içinde hareket etmek

² Eğitim hakkına üst bilinç (*metacognition*) seviyesinden yaklaşımları, doğru bir güncel durum analizi için gereklidir. Bk: Livingston, Jennifer A. *Metacognition: An Overview*, <http://gse.buffalo.edu/fas/shuell/CEP564/Metacog.htm> (20/11/2013).

³ Bu gerçek, hayat boyu eğitim (*lifelong education*) teorilerine ve uygulamalarına ilham vermektedir. Örneğin, Avrupa Komisyonu; rekabetin, çalışma becerilerinin, sosyal katılımın, aktif vatandaşlığın ve kişisel gelişimin ilerletilmesi için bu kapsamda politikalar geliştirmektedir: Commission of the European Communities. *Adult learning: It is never too late to learn*, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2006/com2006_0614en01.pdf (20/11/2013).

zorunda mıyız? Bu soruya vereceğimiz cevap da bizim eğitimimizdir. Eğitim konusunu herhangi bir kurumsal veya kuramsal sisteme bağlı olarak ele almak, bizi -alternatif bakış açılarını dışarıda tutmak yoluyla- mevcut eğitimimizi pekiştirmekten öteye taşımayacaktır. Birleşmiş Milletler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, anayasalar ve sair mevzuat, çeşitli devletlerin uygulamaları ve mahkemelerin kararları gibi referans çerçevelerinin hemen hepsinde böyle bir hapsedici potansiyel vardır. Bu çerçevelerin başlangıç noktalarından hareket edilirse yine bu çerçevelerin sonuçlarına ulaşılır.

Dairesel düşünüşten kurtulmanın yolu, eğitim olgusuna mümkün oldukça saf ve objektif -bir anlamda eğitimsiz- yaklaşımlar getirebilmekten, adeta onu sıfırdan keşfetmekten geçmektedir. Yapacağımız keşiflerin, bizi sözü edilen referans çerçeveleriyle örtüşmeye götürmesi olasıdır; götürmemesi, tamamen zıt bir normatif dünyaya ulaştırması sürpriz olur. Bununla beraber, çıkış ve varış noktaları itibariyle ayrışma olması ihtimali de vardır. Daha zengin, derin ve hakkaniyetli bir eğitim kavrayışı ve hukuku için, eğitimin hiçbir beşeriyet tezahürüne sıkıştırılamayacak bir varoluşsallığa (“İnsan nedir?” sorusuna verilen açık ya da zımni cevaba) bağlanabileceği bilincini taşımak durumundayız. Özetle, eğitim hakkını sadece müşekkel hukuk disiplininin malzemeleri, öncelikleri ve yaklaşımları ile ele alamayacağımızı düşünüyoruz: Doğal hukuk, mümkün oldukça saf ve müdahalesiz düşünüşlerin ürünü olarak ortaya çıkacaktır.

Fark edilsin yahut edilmesin, ancak varoluşsal boyuttan sonradır ki eğitimin hukuki-siyasi boyutu söz konusu olmaktadır. Varoluşsal boyuta dair tartışmaların yürütülmemesi, o boyutun atlanabildiği anlamına gelmez; o boyutta derinlemesine kanıksanmış ve irdelenmeyen bazı cevapların sabitlendiği anlamına gelir. Böyle köklü cevapların şekillendirdiği bir zihnin, eğitimi ya da başka bir konuyu gerçekten aydınlayabilmesi mümkün değildir. Zira o, daha kendisine yer yer vakıf olamamakta ve karanlıkta işlemektedir; nerede kaldı diğer olguları etrafıca kavramak...

Varoluşsal boyutun cevaplanması yahut cevapsız bırakılması sonrasında, hukuki tartışmalar; gerçek temelli, varsayımsal temelli ya da temelsiz olarak başlayacaktır. İşte bu noktada, eğitim hakkına geçmeden önce, bizzat hukuk algılarının ve pratiğinin de birer eğitimsel mahsul olduğu tekrar vurgulamalı-

yız.⁴ Kabulleri, yine o kabullerin dışından görerek anlamlandırmak, ortaya çıkan anlamlar doğrultusunda eğitimin sonsuz genişliğinin hukuki izdüşümünü tespit etmek gerekmektedir.

Hukuki-siyasi boyutta eğitimin, aile ve devlet gibi kurumsal yapılar içinde düşünüldüğünü görmekteyiz. Bu kurumlar, kendi dokularına uyan eğitim kurgularına hayat verirler. Bu kurguları gözlemleyerek şöyle bir ön tanım yapabiliriz: Eğitim, insana kıvam ve kişilik kazandıran etkilerin sistemleşmesidir. Eğitimin ve eğitilenin ortak faaliyetidir. Eğitimin açıkça bilgilendirme kastıyla öğretici tarafından yürütülen kısmı öğretimdir. Öğrenim ise bilgilendirilme yoluyla eğitilmektir. Eğitim, şüphesiz, öğrenimden ibaret değildir; fakat öğretim/ öğrenim, eğitimin bir kat daha sistemleşerek, en bariz ve yoğun bir surette hayat bulması olduğu için bu kavramlar yapısal kurguda daima beraber anılmaktadır, hatta sıklıkla birbiriyle özdeşleştirilmektedir.

Çalışmamızda, hukuki-siyasi boyutta “eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi” şeklinde formüle edilen ilkenin anlamı, dayanağı ve kapsamı, sosyal ve felsefi boyutlarıyla incelenmektedir. Cevabını aradığımız ana soru şudur: Eğitim alanındaki farklı yaklaşım ve modellerden hangisi, hangi nedenle daha adil, yararlı ve tercihe layıktır? Eğitimde tercih hakkına kim, neden ve nasıl sahiptir?

I. TANIMLAR

Türkçedeki pek çok kelime ve kavram, yakın tarihte geçirilen sosyal ve siyasi dönüşümlerden nasibini almıştır. Milli Eğitim Bakanlığının adı üzerinden eğitim kelimesini konumlandırmakla başlayalım:⁵

Millî Eğitim Bakanlığı; 1923'ten 27 Aralık 1935 tarihine kadar “Maarif Vekaleti”, 28 Aralık 1935'den 21 Eylül 1941 tarihine kadar “Kültür Bakanlığı”, 22 Eylül 1941'den 9 Ekim 1946 tarihine kadar “Maarif Vekilliği”, 10 Ekim 1946'dan sonra “Millî Eğitim Bakanlığı”, 1950'den sonra “Maarif Vekaleti”, 27 Mayıs 1960 tarihinden sonra “Millî Eğitim Bakanlığı” adıyla çalışmalarını sürdürmüştür.

⁴ Hukuk eğitimi ile ilgili bazı kritikler için bakınız. Türkiye Barolar Birliği. *Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi: Uluslararası Toplantı, 9-11 Ocak 2003*, TBB Yayınları, Ankara, 2004.

⁵ Milli Eğitim Bakanlığı. *Millî Eğitim Bakanlığının Kısa Tarihçesi*, <http://www.meb.gov.tr/meb/tarihce.html> (19/6/2013).

Maarif; arif, tarif, maruf, marifet, irfan kelimeleri gibi Arapça *A-r-f* kökünden gelmektedir. Kelime; derin, içsel, doğal, kişinin haliyle ve kültürüyle bütünleşmiş bilgiyi ifade eder.⁶ Yunanca *gnosis* türündeki bilince, anlayış ve duyuşa karşılık gelmektedir.⁷ Yunanca *logos* türünde bilgiye karşılık gelen kelime ise ilimdir. İlim; alim, talim, muallim, allame, malum, malumat kelimeleri gibi Arapça *A-l-m* kökünden gelmektedir. Bu türdeki bilgi, zihnen kavranabilir ve sözle ifade edilebilir.⁸

Öğretime karşılık gelen kelimeler, talim (bilgilendirme) ve tedristir (ders verme). Öğrenim ise tahsil (toplama) kelimesine karşılıktır. Maarif, bir sektör ve durum olarak eğitimi ifade eder; bir faaliyet olarak eğitimi karşılayan kelime terbiyedir.⁹ Terbiye kelimesi, Arapça *raba/rabu* (büyütmek, yetiştirmek, geliştirmek, eğitmek) fiilinden türemiştir.¹⁰ Türkçeye geniş bir anlamla geçmiştir. Yiyeceklerin lezzet ve kıvam kazanacak şekilde hazırlanması ve bekletilmesi de terbiyeyle ifade edilir; hayvanların belli davranışlara koşullanması da.

Latince *educare* (yetiştirmek) kökünden gelen ve İngilizce, Fransızca, İspanyolca, İtalyanca gibi çeşitli Avrupa dillerinde kullanılan kelimeler, orijinalinde sosyal ve etik adabın öğretilmesi anlamını taşımaktayken, 16. yüzyılın başlarından itibaren “sistemli okullaşma ve meslek edindirme” bağlamında sıklıkla kullanılır olmuştur.¹¹ Her iki kullanım halen geçerlidir. İngilizce *education* kelimesi, nesiller arasındaki bilgi, beceri, norm, kültür, değer ve alışkanlık aktarımı anlamındadır. Resmi-gayriresmi eğitim-öğretim olgularının hepsine karşılık gelmektedir.

⁶ Nitekim maarif, “Bilgi ve kültür” olarak tanımlanmaktadır. Türk Dil Kurumu. *Büyük Türkçe Sözlük*, <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (19/6/2013).

⁷ Bu anlam, Orta Çağ Hıristiyan mistisizminde ruhani bilgi ile özdeşleşmiştir. Zıt anlamdaki agnostik, ruhani bilgiyle ilgilenmeyen kişi demektir.

⁸ *Logos*, Yunanca “konuşmak” kökünden gelmektedir.

⁹ Millî Eğitim Bakanlığının bilimsel danışma ve karar organının adının Talim ve Terbiye Kurulu olduğu hatırlanabilir.

¹⁰ *Riba* (faiz, artırım) da aynı kökten gelmektedir. Yakın ve ilişki kurulabilecek bir diğer kelime *Rabb*'dir. *Rabbe* kökünden gelen Rab, her ne kadar Türkçede sadece yaratıcı için kullanılmaktaysa da Arapçada herhangi bir yerin, mülkün, nesnenin veya kişinin büyüğü, sahibi, efendisi, yetkilisi, eğitici gibi anlamlara sahiptir. İbranicede de *Rabi*, efendi ve hoca anlamında olup din adamları için kullanılmaktadır.

¹¹ Online Etymology Dictionary. <http://www.etymonline.com/> (20/6/2013).

Almancada eğitim-öğretim anlamında kullanılan *Bildung* kelimesi, *Bild* (resim, suret, imaj, figür) isminden türetilmiş olup, en geniş anlamıyla formasyon oluşturma demektir. Alman pedagog Meyer-Drawe, buradaki *Bild*'in Tevrat'ın Yaratılış bahsindeki (1:27) "Tanrı insanı kendi suretinde yarattı."¹² cümlesine atıf olduğunu belirtir.¹³ Bu yoruma göre eğitim, tanrısal surete uygunluk çabasıdır.

Özetle, eğitimin insanın maddi-manevi varlığının ve potansiyellerinin işlenmesi olduğunda uzlaşıldığını söyleyebiliriz.¹⁴ Her ne kadar bu potansiyellerin gerek doğru gerekse yanlış işlenmesi hallerinde eğitim gerçekleşmekte ise de eğitimin yaygın kullanımdaki anlamı "doğru eğitim"dir. Yanlış eğitim ise eğitim-sizlikle özdeşleştirilir. Böylece yanlış eğitimin eğitim olamayacağı vurgulanmak istenir; eğitim olarak kabul edilenin doğruluğu da varsayılmış olur. Bu düşünce çizgisi, aşağıda açıklayacağımız bazı sorunlu kabullerle iç içe geçmiştir. Konu, daha derin bir seviyeden, kaynağından ele alınmalıdır.

II. EĞİTİMİN UNSURLARI

Eğitimin ana unsuru şüphesiz insandır. İnsan, eğitim faaliyetinde eğiten (verici) ve eğitilen (alıcı) olmak üzere iki ana rol üstlenir. Bu rollerin yerine getirilişini belirleyen içsel ve dışsal koşullar eğitimin diğer unsurlarıdır. İçsel koşullar; genetik, kişisel geçmiş, fiziki ve duygusal durum, psikolojik özellikler gibi faktörlerden oluşur. Dışsal koşullar ise; zaman, mekan, sosyal çevre, kültür gibi etmenler altında oluşur. İçsel ve dışsal koşullar arasında tam ve sürekli bir etkileşim vardır. Bu etkileşime dayanan aktarımlar ve iletişim eğitimi gerçekleştirir. Özetle, eğitimin başlıca unsurları, aktörler ve ortamdır.¹⁵

¹² Tevrat. <http://www.yolgosterici.com/tevat/tevat01.htm> (20/6/2013).

¹³ Wikipedia. <http://de.wikipedia.org/wiki/Bildung> (20/6/2013).

¹⁴ Buradaki işleme olgusu, çok geniş bir kapsam içinde düşünülebilir. "Eğitim" denince akla sadece resmi kurumlarca sunulan örgün öğretimin gelmesinin, kavramın hem derinliğine hem de hukuki yönüne hakkını vermekten uzak olduğu düşüncesindeyiz.

¹⁵ Ortam kelimesinin Türk Dil Kurumu (TDK) sözlüğünde verilen bazı tanımları şöyledir: 1. Canlı bir varlığın içinde bulunduğu doğal veya maddi şartların bütünü. 2. Bir topluluğun veya toplulukların hareket alanı, platform. 3. Bir kimsenin veya bir insan topluluğunun yaşayışını etkileyen ruhsal, toplumsal ve kültürel etkilerin bütünü. 4. Nesnel ve toplumsal yönlerle bazen kişinin iç dünyasını da kapsayan yakın çevre, vasat. TDK. *Büyük Türkçe Sözlük*, <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (21/6/2013). Kavramı, bu tanımlar ışığında oldukça geniş düşünmek mümkündür.

Formel eğitimde; kamu otoriteleri, öğretmenler, öğrenciler, ebeveynler ve sivil toplum ilgilileri eğitimin aktörleri olarak öne çıkmaktadır.¹⁶ Katılım derecesi itibariyle bir ayrıma gidersek; bunlardan öğretmen ve öğrenciyi eğitimin doğrudan aktörleri, diğerlerini ise ortama katkı sunan dolaylı aktörleri olarak kabul etmemiz gerekir. Fonksiyon itibariyle ayrıma gitmek istersek; öğrenciyi eğitilen/alıcı unsur, diğer tüm aktörleri ortam oluşturucu ve eğiten/verici unsur olarak görebiliriz.

Eğitim şemsiyesi altındaki ilişkiler yumağında açık olan bir husus vardır: Eğitim, eğitilmesi istenenleri hedef kitle olarak alır. İlk bakışta, eğitenin eğitilene hizmeti, ona tabi oluşu göze çarpar. Fakat “Eğitim ihtiyacını kim hissetmektedir?” diye sorarsak, ihtiyaç hissini taşıyanın ve eğitim süreçlerinin içini dolduranların çoğunlukla eğitilenler olmadığını görürüz. Zira açlık, susuzluk gibi olmayan ikincil ihtiyaçlara dair hisler de eğitimle ortaya çıkar. Dolayısıyla, öncelikle eğitilenlere ait olmayan birtakım ihtiyaçlar duyulduğu için eğiticiler ve öğretmenler var olmuştur. Eğitim, eğitilenden çok eğiticinin hareket noktasına göre şekillenir. Bu noktada, eğiten ve eğitilen arasındaki ilişkinin kaba yahut ince bir surette hiyerarşik bir yapıya dönüşerek endoktriner bir mahiyet kazanması an meselesidir. Nitekim eğitime dair pek çok doğru ve yanlış husus, eğitim aktörlerinin birbirine karşı konumlanması aşamasında filizlenmektedir.¹⁷

Eğitim faaliyetinin, alıcı aktörlerin talebinden ziyade, verici aktörlerin ihtiyaç algısından doğduğunu tespit etmiş bulunuyoruz. Eğitici, eğitim ortamında tüm özellikleri ile (nasıl bir insan olduğu, hangi koşullarda yetiştiği, kapasitesi, kendine ve diğer insanlara davranışı, hayata bakışı, varlığı yorumlayışı, değerleri, öncelikleri, dikkate aldıkları ve almadıkları vs.) hazırdır. Eğitilenle arasında köprüler kurmak, kendi varlığından karşısındakine ve geleceğe aktarma yapmak imkanına sahiptir. Eğiticinin bu imkanı kullanırken nasıl hareket edeceği,

¹⁶ Council of Europe. *Governance and Quality Education*, http://www.coe.int/t/dg4/education/standingconf/Source/Reference_textes/Final_Declaration_ConfMin_april13_en.pdf (20/6/2013).

¹⁷ Hz. İsa'nın havarilerinin ayaklarını yıkaması, hiyerarşik olmayan bir eğitim ilişkisi modeli olarak görülebilir. Bk: İncil. <http://kutsal-kitap.net/bible/tr/index.php?mc=5&sc=1043&id=1056> (21/11/2013).

kendi eğitimsel toplamının hüviyetine bağlıdır. Bu hüviyetin özü; bir algıdan, duygudan, düşünceden, tavırdan, değerden, niyetten, arayıştan, arzudan, ideolojiden, saplantıdan, kompleksten, ikilemden ya da komplikasyondan ibaret olabilir. Eğitimcinin yola çıktığı noktayı belirleyen, bilincini ve bilinçaltını yönlendiren, bütün çabalarına renk veren bu özdür.

Eğiticinin kişilik toplamı ve özü, “Nasıl bir eğitim?” sorusunun cevabını yani pedagojiyi birebir etkiler. Pedagojide, eğitim bir bilim, sanat ve teknik olarak tüm unsurlarıyla beraber analiz edilir. Orijinalinde “çocuğu yönlendirmek” anlamına gelen bu terime bazı itirazlar olmuştur.¹⁸ İtirazları bertaraf etmek için, eğitim sürecine dahil olan veya etki eden bütün elementlerin incelenmesini hedefleyen edukoloji, hatta meta-edukoloji gibi çalışma alanları geliştirilmiştir. Bunlar, eğitime ilişkin her verinin, bileşenin, yorumun ve kabulün kökenini aydınlatma çabalarıdır. Biz, pedagoji terimini, alternatiflerinin haklılıklarını da içerir bir surette, genel olarak “eğitimin nasılı” anlamında kullanmaktayız.

Pedagoji, eğitim ortamının ana unsuru olup iletişimsel kuralları ve ilkeleri içerir. Eğitimin amacına ulaşma stratejilerini ifade eder. Bu stratejiler eğitime ilişkin görüşlerin ve genel politikaların devamıdır; sistem, kapsam, içerik, yöntem, değerlendirme ve yönlendirme gibi pek çok alt unsuru barındırır. Eğitim hangi sistem içinde ya da ne derece sistemli bir yapı içinde verilecektir? Eğitim hangi boyutta ve nasıl teorileştirilecektir? Eğitim konuları olarak neler belirlenecek, konular hangi aktarım sırasına bağlanacaktır? Eğitim hangi psikolojik kanallar ve iletişimsel metotlar üzerinden yürüyecektir? Kişinin eğitim sürecine verdiği cevap ve eğitimle aldığı formasyon nasıl değerlendirilecektir? Değerlendirilen kişiler nasıl koşullarla baş başa kalacak ve eğitimlerinin sonuçlarını nasıl ortaya koyacaklardır? Toplumda hiçbir ferдин bu soruların ilgilisi olmaktan kurtulamayacağı düşünülürse, eğitim stratejilerinin önemi ve tüm unsurları şekillendirici gücü kolaylıkla anlaşılır.

¹⁸ Andragoji (yetişkini yönlendirmek) ve hōtagoji (kendini yönlendirmek) gibi alternatifler öne sürülmüştür. Andragojinin pedagojiye itiraz noktası, ham çocuk bünyesine uygulanacak eğitim tekniklerinin yetişkinler için geçerli olmadığıdır. Hōtagojinin itirazı ise, pedagojide sürekli bir eğiten-eğitilen ikilemi, hatta hiyerarşisi olduğudur: Kişiyi, kendi kendini eğitmek yetisi kazandırılmalıdır. Bu itirazlarda şüphesiz haklılık payı vardır. Bk: Hase, Stewart; Kenyon, Chris. *Self-Determined Learning: Heutagogy in Action*, Bloomsbury Publishing, London, 2013.

Eğitimde pedagoji, strateji, politika gibi ortam ve insan unsurları birbirine bağlı ve bağımlıdır. Hepsinin yönünü tayin eden unsur ise amaçtır: Eğitimin amacı nedir? Eğitime yönelik; ne, neden, niçin, nasıl, nerede, ne zaman ve kim tarafından gibi tüm soruların cevabı amaçta saklıdır. Eğitimde amaç konusunun, bu nedenle, ayrıca ve etraflıca mercek altına alınması faydalı olacaktır.

III. EĞİTİMİN AMACI

Amaç, çift yönlü bir kavramdır: 1) Etiyolojik (kökenbilimsel) olarak, eğitim olgusunu başlatan saiktir. 2) Teleolojik (erekbilimsel) olarak, eğitimle varılacak hedeftir. Eğitim süreci; geçmiş ile gelecek arasında, saikten hedefe doğru yürümektedir. Saik ile hedef, sebep ile sonuç, birbirine ihtiyaç algısı üzerinden bağlanmaktadır: Eğitim, bir ihtiyaç giderimidir.

İnsanlar, eğitim ihtiyacını hissetmeden ve dile getirmeden kendilerini hayatın eğitici ortamında ve koşullarında bulurlar. Bu ortamı onlara sunan öncelikle anne-babadır. Temel fiziki ve duygusal gereksinimlerden başka bir ihtiyaç duygusu taşınmayan çocukluk evresinde kişi aynı zamanda telkinlere en açık çağındadır. Çocuğun eğitimi bu çağda anne-babanın ihtiyacı ve amacıdır; onların kişiliğinden beslenmektedir. Anne-baba çocuğunun okula gitmesine ihtiyaç duymazsa, çocuk okula gönderilmeyecek, eğitim de muhtemelen gayriresmi ve çevresel telkinlerden ibaret olacaktır. Anne-baba çocuğunun bir müzik aleti çalmayı öğrenmesi yönünde bir ihtiyaç duyarlarsa çocuk müzik aletine yönlendirilecektir. Çocuk, anne-babadan bu ihtiyacı devralacak, genişletecek ya da daraltacak, belki tamamen kabul ya da reddedecektir. Çocuğa anne-baba tarafından aşılana ihtiyaç duygusu ve amaç, çocuk tarafından niçin ve nasıl benimsenebilir ya da reddedilebilir? Örneğin çocuk, doğrudan müzik aletini çalmak isteği taşıyabileceği gibi, alet çalmayı öğrenmek yoluyla aslında anne-babayı memnun etmeyi de amaçlayabilir.

Dolayısıyla, eylemin bizatihi amaç ya da başka bir amaç için araç olması şeklinde iki teleolojik senaryo söz konusudur. Makro planda düşünürsek, vatan-daş ile devlet arasında eğitime biçilen rol yani amaç noktasında örtüşmeler ve ayrışmalar olabilecektir. Resmîyetin sağladığı şekli birliktelik alanlarında amaçların ayrışması nedeniyle, eğitimin sosyal ve bireysel olarak dağınık rota-

lar çizmesi söz konusu olacaktır. Bu durum, eğitim aktörleri arasında amaç birliğinin önemini gündeme taşımaktadır: Bir eğitim vasatında aktörler arasında görünür bir birliktelik olması amaçsal birliktelik olduğu anlamına gelmez. İşte eğitimde amacın asıl önemi, aktörlerin amaç noktasında uzlaşıp uzlaşmamaları ile ilgilidir. Zira tüm unsurlar amaca göre şekillenmektedir.

Eğitim aktörleri arasında amaç birliği olmadığına çoğunlukla şu iki durumdan biri ortaya çıkacaktır: 1) Herkesin kendi amacına yöneldiği, güç faktöründen mahrum karmaşık-kaotik ortam. 2) Eğitimin herhangi bir güç merkezinin amacı doğrultusunda gerçekleştirildiği endoktriner-sistemik ortam.

Herkesin kendi amacına yöneldiği kaotik ortamda, maddi-manevi eğitim ihtiyacı duyanlar olacağı gibi duymayanlar da olacaktır. Duymayan kesim, tamamen hadiseler tarafından, hadiseleri genetik ve diğer faktörler altında yorumlayarak eğitilecektir. Buradan insan kişiliklerinin sayısız görüntüsü doğacak, bir tabiat hali yaşanacaktır. Hayvanlar aleminde görülen yumuşak-sert tüm davranışlar sergilenecektir. Diğer taraftan, eğitim ihtiyacı içinde olanları geliştirecek sosyal yapılar ve kurumlar olamayacaktır. Zira amaçlı bir eğitimsel aktarım ancak asgari de olsa bir kurumsallık içinde gerçekleştirilebilir.

Eğitimde kurumsallık, usta-çırak ilişkilerindeki gibi iki kişiden, geniş ailelerdeki gibi beş-on kişiden ya da devlet bünyesinde olduğu gibi milyonlarca kişiden oluşabilir. Söz konusu kurumsal ilişkilerde; daha fazla bildiği düşünülen usta, bakıp büyüttüğü için söz sahibi olan anne-baba, çok sayıda yaptırım imkanını elinde tutan devlet birer güç merkezidir. Eğitici güç merkezleri, yukarıda özetlenen kaotik sonuçları engellemek uğruna açık-kapalı sistemik telkinlerde bulunurlar. Bu telkinlerin; inançlardan, fikirlerden ve değerlerden oluşan bir referans çerçevesi vardır. Ve insanları bu çerçeve içinde tutmak eğitim olarak, haliyle doğru olarak kabul edilir.

Otorite sorgulan(a)maz olduğunda otoritenin referans çerçevesi de sorgulan(a)maz durumdadır. Bu durumda eğitimsel aktarım tam ve kesintisiz olarak devam eder. Yeni insanlar eskilerin çizgisini sürdürür.¹⁹ Otoritenin kendisi ve

¹⁹ Hays, Robert T. *The Science of Learning: A Systems Theory Perspective*, BrownWalker Press, Florida, 2006.

referans çerçevesi sorgulandığında ise eğitimsel aktarım dirençle karşılaşır ve akamete uğrar. Sorgulayıcılar, eğitici güç sahiplerinin eğitimi hangi ihtiyaçlar bağlamında algıladığını, algılarının hayata yansımaları ve beslendiği referans çerçevesini, bu çerçevenin meşruiyetini birer öncül olarak kabul etmez, tartışmaya açarlar. Buradan hareketle, sosyal ve siyasal yapı bütünüyle tartışma konusu olur.

Görüldüğü gibi, eğitim, hukukun ve siyaset biliminin devlet, egemenlik, meşruiyet gibi evrensel tartışmalarına göbekten bağlı bir konudur.²⁰ Devleti var eden görüş devletin eğitim saikini, bu saikle yürütülen eğitim faaliyetleri de toplumsal geri dönüşleri doğurmaktadır. Devletin sübjektif bir eğitimsel amaç taşıması yani felsefi pek çok alternatiften birini benimsemesi, eğitimin ufkunu, içeriğini ve dilini sınırlayacak, onu endoktriner ve kapalı bir sistem haline sokacaktır. Bu sistem içinde sunulan eğitim, başka sübjektif referans çerçeveleriyle çatışma haline geçecek, eğitim aktörleri arasında amaç birliğinin olmadığı kaotik bir görüntü oluşacaktır. Verilmek istenen eğitim farklı bünyelerde farklı etkiler uyandıracak; sayısız kişisel ve kitlesel tepki kombinasyonu, devletin eğiticiliğinin, otoritesinin, meşruiyetinin, hatta varlığının karşısına dikilebilecektir. Toplum ileri seviyede dağınık bir zihin, davranış ve kültür dünyasına doğru yol alacaktır.

Devletin, sırf kendi varlığını sorunsuzca devam ettirmek için bile olsa, eğitimde amaç konusunu kusursuzca çözümlemesi gerekir. Şu iki sorunun cevaplanması elzemdir: 1) Belirlenen amaçlar ne kadar objektif ve evrenseldir?²¹ 2) Belirlenen amacın sosyal karşılığı nedir?²²

Bu sorular, devletin ve insanların net bir amaca yönelecekleri varsayımını içermektedir. Oysa gerçek, her zaman böyle değildir. Devletlerin eğitim politi-

²⁰ Çoğunlukla devlet, eğitimi bu nedenle ciddiye alır. Bu ciddiye alış, yanlış bir tezahüre bürünürse yıkıcı, doğru bir tezahüre bürünürse yapıcı olacaktır.

²¹ Evrensellik ölçütü, dünya genelinde ekonomik ve politik güç sahibi ülkelerin değer yargılarına uyum değildir. Evrensellik ölçütü, yürütülecek eğitim faaliyetlerinin dünyanın herhangi bir noktasında insanlık ortaklığı üzerinden karşılık bulabilmesidir. Eğitimin doğal ya da yapay, baskın ya da bastırılmış kültür kalıplarına indirgenmemesi, dar düşünce ve uygulama sınırlarına hapsedilmemesidir.

²² Bu soru önemlidir zira bireylerin devletin amacına iştirak etmemesi, tam gelişemeyen, dışıyla içinin arası açılan, ikilem dolu ve ayrışmacı bireyler ve toplum meydana getirmektedir.

kalarındaki, hatta varoluşlarındaki amaç net ya da tek olmayabilir: Devlet bir amaçlar karmaşasını ve istikrarsızlığını yaşıyor olabilir ki, bu durumda genel görüntü amaçsızlıktır. Devletin bazı eylemleri bir amaca, diğer eylemleri başka bir amaca yönelecektir. Bir yerde bir etken, başka yerde başka bir etken öne çıkacaktır. Devletin hareket noktasındaki entelektüel hamlik eğitimde aynen yaşatılacaktır. Bu sonuç; devletiyle ve halkıyla, bir ülkenin düşük eğitim profili ve genel huzursuzluğu demektir.

Devletin, eğitimin amacıyla (saik ve hedef) ilgili olarak içine düşebileceği iki büyük hata şudur: 1) Dar bir amacının olması: Her dar amaç daha esnek bir alternatifte göre endoktrinasyon hükmündedir. 2) Çeşitli amaçlar arasında bocalaması: Eğitimin temelinde devletin yeterince net, açıklayıcı, kapsamlı, kapsayıcı, tutarlı ve esnek bir amacı olmalıdır. Kısa-orta-uzun vadeli çeşitli hedeflerin varlığı, aynı noktaya bağlanmaları söz konusu ise, özde amaç birliğine zarar vermez.

Bireyler için de, eğitimin amacına dair aşırı darlık, aşırı genişlik, ütopyiklik, belirsizlik, değişkenlik, çatışma, çapraz tesirler altında olma gibi ikilem ve yön-süzlük doğuran ihtimaller söz konusudur. Bireylerin de eğitime ilişkin yeterince açık, bütüncül ve anlamlı bir amacı olmalıdır. Aksi halde kişiler, eğitim yoksulu davranışlar geliştirirler. Yahut içinde yaşadıkları toplum kendilerini nelere güdüyor ve koşulluyorsa o çerçevede mümkün olanlar arasından yalın ya da polarize bir kişiliği kendilerine yakıştırırlar. Eğitim süreçlerinin inşa ettiği benlik evinde yaşamaya devam ederler. Eğitimin amaç ya da kasıt olmadığında da kesintisiz yürüyen bir süreç olduğu hatırlanırsa, insanı kuşatan iletişim ortamının yönlendirici, eğitici ve inşa edici gücü takdir edilir. Amaçsız her birey ortam tarafından eğitilir ve yaşatılır. Amaç sahibi bireyler ise kısmen kendi eğitimlerini seçme şansına sahip olurlar; kendilerini eğittikleri ölçüde sosyal ürün olmaktan sıyrılıp özgün kişilikler kazanırlar.

İnsanların ve devletlerin net amaçlara yönelecekleri veya yönelmek isteyecekleri varsayımı nasıl her zaman geçerli değilse, insanların ve devletlerin bunu gerçekleştirebilecek müktesebata, ön hazırlığa ve iradeye sahip olduklarını varsaymak da yanlış olur. Hiç kimse, herhangi bir amacı benimsediğinde *tabula rasa* yani boş levha durumunda değildir: Genlerde, zihinlerde,

davranışlarda, kısaca kişilikte amaca dair pek çok işaret zaten vardır. Amaç belirleme, geçmişten geleceğe yürüyüşü rasyonelleştirmektir; mevcut kişiliğin ortaya konmasıdır. Bu bağlamda, eğitimin birey ve devlet katındaki amacını anlamlandırmak ancak kişilik bileşenlerini irdelemekle mümkündür: Amacın mahiyetini, hatta amaç karmaşasını ve amaçsızlığı belirleyecek ve yaşatacak olan, şu ana kadarki eğitimin semeresi olan mevcut kişiliktir. Bu nedenledir ki, eğitimde en belirleyici faktör olan amaç, kişilik bileşenlerine tabi olarak oluşur.

IV. KİŞİLİK: EĞİTİMDE BAŞ VE SON

Kişilik; “Kişinin, işler durumdaki ruhsal, bedensel ve fizyolojik özelliklerinin kendine özgü olan az çok durağan bütünlüğü”, “Bireyin, toplumsal çevresi içinde karşılaştığı ve edindiği izlenimlerle oluşturduğu davranış özelliği”, “Bir kimşenin kendine göre belirgin bir özelliği olması durumu”, “Kişinin özünü kuran, kişiyi kişi yapan şey”, “Bireyin ruhsal ve toplumsal tepkilerinin tümüne verilen ad”, “Bir kimseye özgü belirgin özellik, manevi ve ruhsal niteliklerinin bütünü, şahsiyet” olarak tanımlanmıştır.²³ İnsana yani gerçek kişiye yönelik yapılan bu tanımlamalardan başka, hukukta bir de hükmi ya da tüzel kişi kavramı vardır.²⁴ Tüzel kişi “Birçok kişiden oluşan ve tek bir kişi sayılan hukuki varlık”, “Türesel varlık, başlı başına bir varlık olmak üzere kurulan ve belirli bir amaç için meydana getirilen dernek, ortaklık gibi özdeksel olmayan kuruluşlar” şeklinde tanımlanmıştır.²⁵ Kurumları, kurumlar içinde bilhassa devleti, soyut fakat dev bir kişi olarak hatırlatarak “kişilik” tartışmasına başlamak yararlı olacaktır. Zira modern dönemlerde eğitimin önemli bir kısmı devletin nüfuz alanındadır. Bu gerçek, devlet kişiliğini gündeme getirmektedir.

²³ TDK. *Büyük Türkçe Sözlük*, <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (27/6/2013).

²⁴ 1975 tarihli Felsefe Terimleri Sözlüğü'ndeki “kişi” tanımı şöyledir: (Lat. Persona = tiyatrodan oyuncunun oyunu gereği yüzüne taktığı maske; sonradan oyuncunun üzerine aldığı rol, daha sonra da insanın öz niteliği, öz çizgileri anlamını almış.): 1. (Skolastik felsefede klasik tanımını Boethius vermiştir:) Ussal varlığın bölünmez tözü. 2. (Görüngübilimde) Tinsel edimler özeği (M. Scheler). 3. Oluşumunu özgürlüğe dayatan, kendini kendisi kuran bireysel öz. 4. Yaşamın gidişi içinde tek beni kuran birlik. 5-Kendini “sen”in karşısında bir “ben” olarak yaşayan öz; ya da bir “sen” olarak “ben” in karşısına çıkabilen öz. 6. Başkalarına olan davranışlarında ortaya çıkan ben (Jung). ahlaksal kişi: Sorumlu ve hesap verme yeteneği olan ben. tüzel kişi: Doğal kişi olmaksızın, hak ve ödevlerin bağımsız taşıyıcısı sayılan kişi (yasalara göre kurulmuş birlikler, dernekler, ortaklıklar, kamusal örgütler). TDK. *Büyük Türkçe Sözlük*, <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (27/6/2013).

²⁵ TDK. *Büyük Türkçe Sözlük*, <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (27/6/2013).

Pek çok bileşenden oluşan kişiliğin konumuzla ilgili kısmı; algılar, bilgiler, inançlar, varsayımlar, kabuller, değer yargıları gibi bilişsel yönleridir. Eğitimde ve her konuda amaç, bunlar arasından doğmaktadır. Kişilik bütünlüğünün tüm bileşenleri birbirinden etkilenmekte olduğundan, bileşenlerden herhangi birini merkeze almak mümkün değildir. Bununla beraber, herhangi bir konuda amacı doğrudan besleyen bileşenin kanaatler olduğunu söyleyebiliriz.

Kanaat kelimesini seçmemizin nedeni, yukarıda sayılan bilişsel ürünler arasında “kanaat” kelimesinin bilinçli sübjektiflik vurgusunun en çok olmasıdır. Kişi kanaatlerini bilir yahut kolaylıkla fark edebilir. Diğer taraftan, kanaat olduğunu fark ettiği bir düşüncenin sübjektif olduğunu ve mutlak olmadığını da bilir. Bu gözlem neden önemlidir? Eğer “Amaç belirleyen faktör kişinin bilgileridir.” deseydik, neyin bilgi, daha doğrusu kesin bilgi olduğunu tespit etmemiz gerekirdi. Tüm çabasını bu soruya teksif eden epistemoloji literatürü dahi kesinlik ve gerçeklik sorularını cevaplandırabilmiş değildir. Tam tersine, bilginin izafi olduğu, o bilgiyi üreten zemine nispetle doğruluk taşıdığı, daha geniş ya da farklı bir pencereden olgulara bakılırsa ortada kesinliğin değil sadece kanaatin kalacağı sonucuna varılmıştır. Bu, patetik bir şüphecilikle her tür bilgiyi reddetmek anlamına gelmez. Bilginin sınırlı bağlamlar içerisinde kullanılabilirlik barındıran bir kanaat olduğu, doğruluğunun ve geçerliliğinin sınırlı bir kullanılabilirlik ifadesi olduğu anlamına gelir.²⁶

Özetlediğimiz bu gerçekten haberdar olmayan kişilerde kanaatlerini bilgi zannetme eğilimi fazla olmaktadır. Kendi zeminlerinde bilgi zannedilen, gerçekte ise kanaat olan düşünceler, sınırlı zeminlerde hareket etme ve düşünme alışkanlığını sürdüren kişilerde gittikçe kuvvet kazanır; önce bilgi, sonra kesinlik, mutlak doğruluk, ideoloji, itikat haline getirilir, katlaşır. Gerçekte kişi (birey ya da devlet), mahdut bir düşünme tarzına ve kapsamına kanaat etmiştir; o tarz ve kapsam çerçevesinde oluşan kanaatleri de bilgi addetmiştir. Gerek düşüncede gerekse eylemde hakkaniyet dışı eğilimler ve endoktriner sistemler daima bu tavrın ürünüdür.

²⁶ Doğrunun bu dinamik doğasını en iyi işleyen eserlerden biri için: James, William. *Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking*, Longman Green and Co, New York, 1907.

Bilginin bilişselliğine ilaveten sezgisellikle oluşan bir diğer kişilik bileşeni ise inançlardır. Sezgiler de sübjektiftir. Sübjektif, yanlış demek değildir; tartışmasız ve sınırsız doğruluk taşımayan demektir. Hiçbir düşünce ifadesinin simsiyah ya da bembeyaz olmamasıdır. Herhangi bir felsefenin ya da dinin inanç formüllerinin mutlak doğru olduğunu kabul etsek bile, münferit kişilerin bu formülleri düşünüşü ve yaşayışı yine kendilerine özel, dolayısıyla öznel olacaktır. Bu şuna benzer: Her insanda beyin olması objektiftir fakat tüm beyinlerin farklılığı sübjektifliğidir. Evrensel inançlar dahi kişisellik nedeniyle sübjektif olacaktır. Bilgi bahsinde işaret edildiği gibi, inançta da sübjektiflik içindeki kişiler zamanla inançlarını kanaat değilmiş gibi, kesin ve herkesi aynen bağlayan birer doğruymuş gibi, kendi tecrübelerini mutlak geçerliymiş gibi düşünmeye meylederler. Oysa gerçek, hem bilginin hem de inancın kişisellik içinde yer tutan birer tür kanaat olduğudur.

Değer yargıları da kişisel tecrübeler sonucunda oluşan etik kanaatlerdir. Kişi, etik kanaatleri aracılığıyla kişiliğini ortaya koyar. Bilgilerin ve inançların doğrudan etkisinin görülmediği yerlerde, içselleştirilmiş bir etik duruşun davranışları şekillendirmesi inkar edilemez. Bu etik duruşta, kişinin neyi ne kadar değerli bulduğu gizlidir. Eğitimsel sürecin kişilik oluşturması, kişinin birtakım değerler kazanmasıdır.²⁷ Zira insan tabiatı odur ki, değerli gördüğüne meyleder, değersiz gördüğünden sakınır. Dolayısıyla, eğitimsel kazanım, sosyal değerlerle sınırlı değildir: Kişi, bilinçli veya bilinçsiz olarak, neye nasıl değer veriyorsa onun eğitimi odur. Elbette değer veriş de sübjektiftir. Özellikle hukuki açıdan dile getirilen insan onuru, temel haklar ve özgürlükler gibi değerler iki yönüyle sübjektiftir: Birincisi, bunlar insanlarda objektif varlık taşıyan bizatihi değer duygusunun sübjektif, çoğu zaman kültür-iktidar vasatından çıkan formülleridir. İkincisi, bu formüller objektif olarak kabul edilse bile, bunların yaşatılışı yine kaçınılmaz olarak sübjektif olacaktır. Özetle, birer kişilik bileşeni olan değer yargıları da kanaatten ibarettir.

Bilgiler, inançlar ve değer yargılardan başka; kabuller, varsayımlar, algılar,

²⁷ Eğitimin baştan sona ahlaki bir olgu olduğunu savunan çalışmalardan ikisi için: Dill, Jeffrey S. *The Longings and Limits of Global Citizenship Education: The Moral Pedagogy of Schooling in a Cosmopolitan Age*, Routledge, New York, 2013. Long, Edward LeRoy. *Higher Education as a Moral Enterprise*, Georgetown University Press, Washington DC, 1992.

alışkanlıklar, tarzlar, tavırlar, fikirler, dogmalar, tabular, dikkate alınanlar, dikkate alınmayanlar gibi bilişsel olgular da kişilik bileşenlerinden sayılabilir. Çoğunlukla bilinçaltından beslenen bu olguların yine bilgi, inanç ve değer yargısı gibi kanaat formatlarında iletişime ve davranışlara sirayet ettiğini söylemek yanlış olmaz. Özetle: 1) Kişilik, kanaatler toplamıdır. 2) Kanaatler sübjektiftir. 3) Her kişi sübjektiftir.

Bu önermelerle şu noktaya varmaktayız: Eğitimin amacını kanaatler tayin eder. Tartışmasız sübjektif olan her kişi (birey, aile, devlet, uluslararası kuruluş vs.) kendisini nasıl algırlarsa algılasın, kendisinin sübjektif olduğunu kabul etmeli, bilmelidir. Bu gerçeği bilmemesinin, kendisini bilmemesi yani cehalet olduğunu anlamalıdır. Kişinin sübjektif olmaması sıvıların ıslak olmaması gibidir: Oysa ıslaklık sıvı içerme halidir. Sübjektiflik de bizzat kişi olmanın sonucudur. Ancak kişilik bilinci gelişip oturmamış olanlar, kendilerine kanaat sahibi olmaktan daha yüksek ya da alçak bir değer biçerler. Yanlış eğitimi bu bozuk saplantıyla özdeşleştirmek yanlış olmaz.

Kişilerin sübjektifliği, objektif hiçbir şey olmadığı çıkarımına izin vermez. Tam tersine, sübjektiflik ancak objektif soyutlamalara referansla mümkündür. Tüm insanlar için geçerli olan; insanîyet, adalet, mutluluk, doğruluk, güzellik, güç, değer, ihtiyaç, amaç gibi kavramların hepsi birer soyutlama olarak objektiftir. Kişi bünyesinde ise hepsi sübjektif olarak somutlaşır. İşte, eğitimi sığ olanlar için bu bir sorundur. Onlara göre, bu kadar kişilik, sübjektiflik ve çeşitlilik kaos demektir. İnsanların birbirine benzemesi, hem de belli bir kanaat yönünde benzemesi gerekmektedir. Peki bu kanaatin doğruluğu neye göre belirlenecektir? Burada güç unsuru devreye girerek “Bana göre!” cevabını vermektedir. Eğitim adı altındaki eğitimsizlikler, bu hastalıklı ve cahilce düşünce kökünden doğmaktadır.

Gerçekte ise sorun; doğası gereği kendisiyle sınırlı olan her kişinin yukarıdaki objektif soyutlamaları kendi somut tecrübeleri ile kişiselleştirmesi sonrasında, bazı kişilerin kendi sınırlarından yansıyarak kendilerince doğrulanan görüşlerini objektif ve başkalarını bağlayıcı zannetmeleridir. Sübjektif doğalarını reddederek objektif oldukları vehmine kapılmalarıdır. Kanaatlerini, sınırsız ve tartışmasız bilgiler olarak yahut sınırlarının dışında da geçerliymiş gibi algıla-

malarıdır. Bu algılayışla, inançlarına ve değer yargılarına kendilerini aşan ve başkalarını içeren genel doğrular ve prensipler muamelesi yapmalarıdır. Sorun, kötü niyet değilse bile, düşüncede dar bir kişiliğin hayalde genişmesidir.

Özetle, bir denklik ve orijinallik sahası açan kişilik tablosuna güç faktörünün eklenmesi (yani kişinin anne-baba, usta, öğretmen, yönetici, devlet vs. sıfatını alması) ve söz konusu güç sahibinin ihtiyaç algısını aktaracağı bir mecranın var olması ile amaçlı eğitim bir ihtiyaç giderimi olarak hayata geçer. İşte, eğiticinin kişilik durumu ve kanaatlerine yüklediği anlam bu noktada zirveye ulaşır. Eğitimin özündeki yönlendirme davranışı tamamen bu çekirdekten doğmaktadır. Zira kişinin kendisi üzerinden varlığı algılayışı; onun amacını ve tüm eğitimsel davranışını doğuran, sonra da döngüler halinde kendisinde ve çevresindekilerde kişilik perçinlemesi yapan eğitimsel hüviyettir.

V. EĞİTİMDE TEMEL MESELE

Eğitimin bütünüyle amaca, amacın ihtiyaç algısına, ihtiyaç algısının kişiliğe, kişiliğin kanaatlere, kanaatlerin ise yine eğitime bağlı olarak geliştiğini tespit etmiş bulunuyoruz. Eğitim, bu dairesellik nedeniyle gerek kişiler gerekse topluluklar için en paradoksal, zor ve hayati konulardan biridir. Eğitimin zorluğu, hayatiliği ve kalıcılığı nedeniyle ki “Ağaç yaş iken eğilir”. “Yaş” sadece genç anlamında değildir; insanın yaş kalmış, kuruyup sertleşmemiş her yönü eğitilebilir. Daha da iyisi, eğer insanın kendini algılayışı kemikleşmemişse, bu algı ve biliş üzerinden insanı, hayatı ve her şeyi algılayışı tekrar eğitilebilir durumdadır. Eğitim, kişiliğin esnekliğini yitirmesi oranında bitmiş bir süreçtir.

Bu bağlamda eğitim, dikey bir hacim kazanma olarak düşünülmemelidir. Eğitimde yapım kadar önemli olan, yıkımdır. Öğretim kümülatif bir bilgi yığılması şeklinde düşünülebilirse de, eğitimde sürekli birikme yoktur. Eğitim bir kavrayış ve duyuş halindeki kişiliği ifade ettiği için, eğitimde yön tutma söz konusudur. Yön tutma ise geçmişten beslenen bugünkü koşulların ayarlanmasıyla mümkündür. Yönü aynı zamanda kişinin sınırır: Duvara doğru büyüyen bir dal ile göğe doğru büyüyen dal aynı değildir. Kişinin önünü kesecek ya da önü açıkken büyümesini durduracak dışsal ve içsel engellerin kaldırılması eğitimin önkoşuludur. Yapım, ancak bununla anlamlıdır.

Eğitimde temel problem şudur: Doğru yön verme nasıl olmalıdır? Yukarıda, gelecekteki eğitimi kolaylaştırabilecek ve zorlaştırabilecek en büyük faktörün bizzat geçmişteki eğitim olduğunu ihsas ettirdik. Adeta determinizm derecesinde kuvvetli olan bu faktör, kişileri ve toplumları eğitimle kazanılmış yapay çemberleri koruyup kültleştirmeye koşullamaktayken, eğitimde doğru yön vermeden söz etmenin pratikte faydası olacak mıdır? Kanaatimizce, sorunlu pedagojik eğilimleri bir yıkma girişimi olarak, olacaktır. Doğru yön verme, öncelikle doğru bir geçmiş ve bugün analizi şartına bağlıdır.

İlk bakışta eğitimden ayrı duran ekonomi, sanat, psikoloji, siyaset gibi tüm sektörlerdeki değişimler ancak eğitimle -fakat yukarıda sözü edilen şu paradoksun aşılmasıyla- olasıdır: İnsan her işe kişiliğiyle girer; kişilikse eğitimin ürünüdür. Dolayısıyla, geçmişten gelen eğitimin bugünkü başarılı eğitimi engelleyciliği aşılandıktan ve bütüncül bir tutum değişikliği olmadıktan sonra, eğitim adı altındaki tüm faaliyetler hacim artırımından öteye geçmez: Olumlu ve olumsuz şeylerin hacimleri beraber artacağından toplamda bir iyileşmeden söz edilemez.

Günümüzde pek çok toplumun pedagojik karakteri şöyle bir döngü halindedir: 1) Sübjektif kişiliği dışlama, 2) Güce dayanarak amaç belirleme ve yön verme, 3) Aciz boyun eğişler ya da çatışmalar, 4) Her iki durumda da dar ve olgunlaşamayan zihinler; tekrar 1...

Bu döngüyü devlet üzerinden açıklayalım: Devletin öncelikle gözden kaçırdığı husus kendi sübjektifliğidir. Devlet, kendine has tarihsel, toplumsal, kültürel, entelektüel, psikolojik bir arka planda doğmuştur. Ne yaparsa yapsın sübjektif bir kişilik oluşturmaktan ve ortaya koymaktan kurtulamaz. Kendi algıları -daha doğrusu, kurucularının ve yürütücülerinin algıları- içinde hapsolan devlet kişisi, kendi kısıtlı algılarını topluma yansıtarak, toplumun unsurlarını kişilikten kısmen ya da tamamen mahrum görür. Devletin kendini kişilik üstü bir genişlikte hayal etmesi, bireyleri de kişilik altı bir sıradanlıkta hayal etmesi sonucunu doğurur. Zamanla bu hayal kanıksanır ve kemikleşir. Haliyle, müstakil bir kişiliği olmayan ve olamayan bireylerin, fikri ve vicdani kanaatler gibi kişilik bileşenleri de gelişmez, varlıkları silikleşir yahut hastalanır. Talepleri ve algıları duyumsanmadığı için yok (hükümünde) olan bir topluluğa devlet de an-

çak genel, kitlesel ve aşırı sistemik metotlarla yaklaşır. Devlet zihninde yaşatılan amaç, kişilik üstü soyut varlıklar oluşturmak ve onları baki kılmaktır. Bu amaç, ancak bireylerin kişiliğinden çalarak gerçekleştirilebilir.

Devlet, kendi varlığını ve birliğini doğrusal ve derinliksiz bir öğretim öğesine dönüştürürken, halkı yeknesak düşünür ve ona öylece yön vermek ister. Devlet karşısında aciz olan bireyler güce teslim olarak eğitime bir ölçüde razı olurlar. Bir ölçüde ise kah bireysel kah kitlesel olarak direnirler. Güç kullanımı; yalın, doğal, nötr ve öncelikli bir eğitim yolu değildir. Güce karşı direnç de ideal eğitim koşullarından uzaklaşma göstergesidir. Böylesi bir eğitimsizlik ortamında; bir yandan her direnişçi kendi eğitimsel-düşünsel karmasını oluştururken, diğeryandan ortak bir eğitimsel-davranışsal kültür meydana gelir. Değişken güç merkezlerinin varlığı, farklı direnç sebepleri ve çizgileri; söylem ve jargonda ayrışan fakat eylem ve tutumda benzeşen sosyal grupları ortaya çıkartır. Görünürde ters olan ideolojileri, aslında aynı tavırla savunan kitleler peyda olur. Birbirine zıt giden fakat özünde birbirine çok benzeyen kişilikler ortaya çıkar. Bu, eğitim alanında toplumun topyekun çöküşüdür. Devletin eğitime biçtiğı birleyici rol sonuçta insanları benzeştirmiştir: Başlangıçtaki amacın düşük felsefi kalitesine layık şekilde yani eğitimsizlikte...

Gerçekçi bir kişilik algısına sahip olmayan, ihtiyaçları ve amaçları doğru anlamlandırmadan dayatıcı eğilimler gösteren tek kişi devlet değildir. Dikkat edilirse, aile de dahil olmak üzere pek çok kitlesel ve kurumsal oluşumda aynı vahim eğilimlere rastlanabilir. Sosyal çevre, iş ortamı, siyasi örgütler gibi her toplumsal oluşum, hem çeşitli aktörlerin direnç gösterisine hem de direnç doğuracak tavır ve uygulamalara sahne olur. Böyle ortamlarda yetişen insanlar, güç olguları karşısında evvela en temel insani güdü olan hayatta kalma ihtiyacını sağlamak adına güvenlik arayışına yönelirler. Onların (insiyaki) eğitimi; hayatta kalma, maksimum güvene kavuşma, risk unsurlarını bertaraf etme üzerinedir. Öğrenimleri de eğitimlerinin yansıması olarak güvenlik sağlayacak ölçüde, çoğunlukla özsüz ve yağmacıdır. Çalışma davranışları; kişisel hesapları fazla önemseyen, gerçeklik analizi zayıf, koşullanması güçlü, rasyonaliteden ve profesyonel bilinçten mahrum bir görüntü arz eder.²⁸ Sonuçta, güdülerce

²⁸ Bu davranışlar, “-miş gibi yaşam” kavramıyla ifade edilmiştir: Cüceloğlu, Doğan. *Özüne*

büyük ölçüde çerçevesi çizilmiş zihinler darlaşmakta, yüzeysel kanaatlere sarılmakta, değil düşünüp bilgi üretmeyi ve kullanmayı, bilmeyi bile bilmemektedir.

Dar zihinler, yukarıda tasvir ettiğimiz bilgi-kanaat ayrımından yoksun olduklarından, kendilerine güven telkin eden irrasyonel netlik ve kesinlik duygularına bağlanır, bilinçli ve bilinçaltı kanaatlerini sorgulanamaz olarak algılar, sorgulanmayı kendilerine yönelik bir saldırı ve güvenlik alarmı olarak duyumsarlar. Ufku ve düşüncesi darlaştırılmış, olgun ve sağlıklı bir kişilik bilinciyle sübjektifliğini yaşamasına fırsat verilmemiş, bir bakıma doğasının tersine zorlanmış her kişi -alternatif eğitim kanalları sayesinde gerekli yıkımı ve yapımı sağlamadıkça- mevcut eğitim kültürünün bir ürünü olmaktan ve o kültürü yaşatmaktan kurtulamayacaktır. O kültürün kendisini sıkı ve daraltan özelliklerini severek ya da sevmeyerek, onaylayarak ya da onaylamayarak pekiştirecektir. Büyük ihtimalle, güçsüzken başka, güçlüyken başka davranışlar sergileyerek tutarlı bir kişiliğe kavuşmadığını ilan edecektir.

Çizdiğimiz karanlık tablo, eğitimin hareket noktasındaki ihtiyaç algısından, amaçtan ve yönlendirmeden kaynaklanmaktadır. Yönlendirme noktasında yapılacak bir derecelik bir yanlış, tüm benliğe bir şekilde sirayet eder ve yıllar sonra bile olsa bireyin ve toplumun hayatını karmakarışık etmeye yeter. Diğer taraftan, her yönlendiricinin sübjektif olduğunu bilmesi gerektiğini, bu bilinçten uzaklaştığında amacının aksini doğuran bir alt eğitim süreci işlettiğini açıkladık. Hiçbir yönlendirmenin olmamasının ise tabiat haline yol açacağını belirttik. Tüm bu gözlemleri toparlarsak, yönlendirme şarttır ama nasıl olmalıdır? Yönlendirme, ne tarafa olursa olsun, kişiliğin serbest açılımına bir müdahale değil midir? Herkesin sübjektiflik yönüyle aynı değerde olduğu bir dünyada, bazılarının eğitim ve yönlendirme adına diğerlerinin seçeneklerini azaltması nasıl meşru olabilir?

VI. TÜM ÖZGÜRLÜKLERİN ANASI: TERCİH HAKKI

Eğitimde gerek devlet gerekse diğer otoriteler tarafından yapılan yönlendirmelerin her zaman arzulan sonuçları doğurmamasının sebebi insanın

Yabancılaşmış İnsanların Oluşturduğu: 'Miş Gibi' Yaşamlar, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2012.

özgür olmasıdır. Özgürlük olmasaydı ve zihinler güçlü telkinleri aynen kabul etseydi eğitimde yeknesaklık kolayca sağlanırdı. İnsanların kendilerinin dahi yok edemedikleri ve devredemedikleri asgari özgürlüğü buna engeldir. Her insanın özgürlüğünü kasti ya da insiyaki olarak kullanışı onun sübjektifliğini ve kişiliğini yaratır. Kişinin özgürlüğüne çekilen set, onun kişiliğine yani varlığına çekilen settir.

Özgürlüğün asgari olduğu gibi azami sınırı da vardır. Olduğumuz yerden Ay'a sıçrama, nefes almadan yaşama gibi özgürlüklerimiz yoktur. Özgürlük, öncelikle bu gibi birincil yani fiziki sınırlamalara tabidir. Fiziki sınırlar içerisinde özgür olmak; mümkün olan her şeyi yapabilmek, mevcut yahut muhtemel seçeneklerden herhangi birini seçebilmek demektir. Tabiidir ki, özgürlüğün bu şekilde yaşanması, herkesin herkese zararlı olabileceği potansiyel bir anarşi ortamı demektir. İmkan dahilindeki her şey -örneğin, bir insanın komşusunun çocuğunu kaçıırıp öldürmesi, sonra da pişirip yemesi- özgürlük kapsamında görülmez. Bu tarz özgürlükler yani kişilikler genellikle kabul görmez. Böylesi bir eyleme girişmekte olan kişiye müsaade edilmez; onun özgürlüğü/kışılığı sınırlandırılır. Kanun, din, ahlak, toplum, vicdan, aile gibi güç merkezlerinin yaptığı bu tür sınırlandırmalar ikincil yani normatif karakterdedir.

Kişinin toplumsal hayata haklar ve özgürlükler kanalıyla katıldığı malumdur. Toplumsal hayat kişilere hem daha fazla imkanlar sunar hem de onları sınırlandırır. Kaba bir mukayeseyle, sahrada satın alınabilecek hiçbir ev yoktur ama istenilen her yere ev yapılabilir. Şehirde ise satın alınabilecek pek çok ev vardır fakat istenilen her yere ev yapılamaz. Haklar ve özgürlükler, negatif hak ve özgürlük olan ödevlerle ve kısıtlamalarla birlikte yaşanır. Kişilerin bir arada bulunması, herkesi herkese karşı sınırlı ve sorumlu kılar.

İnsanların sınırlı özgürlüğü evrensel bir olgu ve hukuk kaidesidir. İnsan haklarında en mühim sorun da bu noktadadır: Sınırlılık mı esastır, özgürlük mü? Kanaatimce bu sorunun felsefi cevabını aramak (bir yönüyle) beyhudedir: Cevap kültürel kodlarda zaten mündemiçtir. Her kültürün bireyleri zaten bir cevap doğrultusunda eğitilmişlerdir. Felsefi olarak bulunacak cevap, mevcut eğitim profiline nüfuz ettiği oranda etkili ve anlamlı olabilir. Bunu itiraf ettikten sonra cevabımızı şu şekilde serdedebiliriz:

En temelde var olan, insanın tabi olduğu birincil yani fiziki sınırlardır. Kişinin müstakil varlığına bağlı olan bu sınırların aşılmasının imkanı da yaptırımı da yoktur. Başka insanlar veya öğretiler tarafından belirlenen hiçbir kısıtlama bu kapsamda değildir. Bu alan iradeyle ne kullanılabilir ne de sınırlandırılabilir olduğundan hukukun konusu değildir. Bu doğal sınırlılıktan sonra irade ve hukuk başlar. Diğer bir deyişle, hukukta irade yani özgürlük esastır. Özgürlük, aksi mümkün (muhtemel ya da vaki) olan her iş, eylem, düşünce ve sair irade tezahürüdür. Daha sonra bu özgürlükler boyutuna normatif sınırlar çizilerek zihnen muhtemel olan bazı şeylerin fiilen vaki olması engellenir. Normatif sınırların, fiziki sınırların aksine, aşılması ve yaptırımlar içermesi söz konusudur. Normlar, içsel ve dışsal bariyerler sıfatıyla kişinin özgürlüğünü sınırlar. İçsel bariyerler kişinin kendi seçimi olduğu için özgürlüğü kısıtlarken perçinlemektedir. Dışsal bariyerler ise özgürlüğü açıkça daraltmaktadır.

Neyin içsel neyin dışsal mahiyette olduğunu kati olarak tespit etmek güçtür; zira iç ve dış bariyerler geçişken ve değişken yapıdadır. Dış bariyerlerin fazlasıyla baskın, sınırların aşılmasının sonuçlarının tehlikeli olması durumunda dış bariyerler içselleştirilebilir. Bunun sonucunda, dar bir özgürlük algısı kanıksanır ve inkişaf etmemiş ham kişilikler oluşur. Herhangi bir dış bariyerin korku gibi yapaylaştırıcı faktörler devreye girmeden gönüllü olarak benimsenmesinde ise bu risk yoktur ya da daha azdır. Diğer taraftan, dışsal bariyerlerin, güç faktöründen beslenen bir tür içsel bariyer olduğu da ileri sürülebilir. Zira dışsal bariyerlere itaat de içsel olarak desteklenmektedir.

İçsel bariyerler kişinin kendi algıları, inançları, değerleri, kısaca kanaatleridir. Dışsal bariyerler ise, başka kişilerin (aile, çevre, toplum, devlet, küresel güçler gibi) kanaatleridir. Tüm kanaatlerin sübjektif olduğunu, tüm sübjektifliklerin ise aynı felsefi geçerlilikte olduğunu izah etmiştik. Ancak zor kullanarak bir sübjektiflik diğerinin üstüne konabilir. Kendilerine karşı zor kullanılmış, bu nedenle kişilik bilinci gelişmemiş insanların zor kullanmaya meylettikleri notunu düşmüştük.²⁹ Kişi -kendi kendini eğitimi de dahil olmak üzere- hangi

²⁹ Yansıtma adı verilen bu davranış, zedelenen benliği onarma ihtiyacından doğar ve sosyal psikolojinin yaygın gözlemlerindedir. Ünlü, Sezen. *Sosyal Psikoloji*, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir, 2010, s. 192.

metotla eğitilmiş ise o metotla eğitecektir. Nasıl biriye öyle insanlar yetişti-recektir. Tüm dünyada olan budur. Olması gereken ise -eğer eğitimin süjesi olan insanın kişilik sahibi olması isteniyorsa- özgürlüğün ve sübjektifliğin esas olduğunun bilinmesidir. Bunun aksi, kişisiz kişimsileri oluşturur. Bu durumda hakiki eğitimden söz edilemez.

İdeal eğitim, kişiye varlığını, iradesini tam olarak tanıtır ve kullanmayı öğ-retir. Kişilik, özgürlük miktarındadır çünkü özgürlük, kişinin varlığını kullanma yönüdür. Varlık ise maddi-manevi bütünlüğe bağlanan tüm unsurlardır. Kişinin mülkiyeti, özel yaşamı, çevresel ve ekonomik koşulları, sosyal hayata katılımı ve diğer seçimleri, varlık özüne temas ettiği için hakların konusudur. Tüm hakları kuşatarak varlık özünü kişileştiren en temel kuvve ise iradedir. Tüm hakların özü ve anası olarak tercih hakkı bu noktada ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, bizatihi yaşam hakkının bile hukuki statüsü -ötenazi ve kürtaj konularında olduğu gibi- tercih hakkı kapsamında tartışılmaktadır. Tercih, yaşamın tümünü anlamlandıran ve insan varlığının doğrudan merkezinde olan iradenin hukuki adıdır. Kişi, tercih ederse, mülkiyetinden ve yaşamından vazgeçebilir. Gerçekten de hiçbir hak kişiye dayatılamaz; bütün haklar ve özgürlükler tercihe bağlıdır.

Tercih etmek, hakların ve özgürlüklerin birleştiği noktadır. Bir hak ve özgürlük olarak o derece doğaldır ki kimse ondan yaşamı boyunca ve hukuken kurtulamaz. Kişinin her halükarda asgari ve zorunlu bir özgürlüğü vardır. Bu zorunluluk, tercih etmeyi devredilemez ve yok edilemez bir temel hak hükmüne sokar.

Tercih etmek, kişiliğin oluşması ve anlamını bulmasıdır; kişinin edilgen bir varlıktan ibaret olmamasıdır. İradenin dışavurumu olarak tercih, herkesi kuşatan bir haktır. Mutlaktır; çünkü tercih etmeyen de etmektedir. İzafidir; çünkü kendindedir ve kendine dayanmaktadır. Birey, her bir tercihle kendi sübjektifliğini hisseder, yaşatır ve ilan eder. Varlığını, insanlık değerini ve onurunu tercih yaparak anlar. Tercihlerle var olan kişiliğinin sübjektifliğinde başkalarının sübjektifliğini görür; tüm insanlarla birliğini ve eşitliğini duyumsar. Onların da kendisi kadar değerli ve onurlu olduğunu tecrübe eder. Tercih etmeyerek ise kişilik daralmasının sayısız komplikasyonlarına yol alır. Kendine yabancıla-

şır; hayatı bir acziyet kabullenışı ya da isyan çırpınışı şeklinde yaşar. Adeta her eylemini tedavi olma güdüsüyle gerçekleştirir. Sosyal alana katılımında denge tutturamaz; şımartıcı, baskılayıcı ve benzeri sorunlu davranışlar geliştirir.

Özetle, bütünüyle eğitim olan hayatta ve spesifik eğitim politikalarında ortaya çıkan problemler, insanlık-özgürlük-hukuk-tercih-kişilik zincirinin kırılması nedeniyledir. Eğer güç-endokrinasyon-çatışma kısıacı dışında hareket etmek istenirse; eğitimin, sübjektif kişiliğin doğal gelişimi ve tercih hakkı bağlamında tartışılması kaçınılmazdır.

VII. TERCİH HAKKI NEDİR, NE DEĞİLDİR?

Bu aşamaya kadar, eğitimle ilgili unsurlar, amaç, ihtiyaç algısı, sübjektif kanaatler, kişiliğin doğası ve gelişimi gibi başat konuları ele aldık. Bu alanlarda ortaya çıkan ve yukarıda bir parça değindiğimiz bütün sorunların aşılması ancak eğitimin bir tercih meselesi olarak görülmesiyle mümkündür. Tercih yaklaşımının dayanağı antik ya da çağdaş bir ideoloji değildir. Farklı bilinç katmanlarından süzülerek gerçekleşen tercihler, beğenelim ya da beğenmeyelim, eğitimin ve tüm beşeri olguların çekirdeği mesabesinde. Bu nedendir ki, tercih yaklaşımımız sorunsuzluk gibi bir varsayıma ya da iddiaya dayanmaktadır; sadece ve sadece insanın varoluşsal bir gerçeğine dayanmaktadır. Haddizatında, hayatta karşılaşılan tüm sorunlar da tercihlerden kaynaklanmaktadır. Kimin nerede, nasıl, ne kadar ve ne hakla tercihte bulunacağı eğitim tartışmalarının özünü oluşturmaktadır. Bu nedenle, tercih hakkı, sadece insan doğasının derinliğinden kopan bir ilke değil, mütemadiyen sorulması gereken bir soru ve kullanılması gereken bir anahtardır.

Tercih yaklaşımının akla getireceği soruları ve muhtemel sorunları incelemeye geçmeden, eğitime dair diğer çıkış noktalarının ve hukuki yaklaşımların iyi-kötü ürünlerinin yapay olduğunu, zira temellerinin sınırlı ve bir yerde ideolojik olduğunu belirtmemiz gerekiyor. Gerek genel gerekse eğitimsel felsefi ekoller içinde en kapsamlılardan birini, perennializmi (daimicilik) ele alalım. Eğitimsel perennializm, eğitimde zaman ve mekan aşırı, kültür üstü, evrensel, ortak insani tema ve derslerin aktarılmasını esas alır. İnsanların üzerinde birleştiği bir insanlık ortaklığı olduğu doğrudur fakat neyin ne kadar kültürel

ne kadar evrensel olduğunun tespiti pek zordur: Kendisi tarafından kuşatılmış bir kişinin, kendisini kuşatır olması gibi bir şarta bağlıdır. Demek ki, tartışmasız bir yöntem olarak perennializmin benimsenmesi halinde bile, sübjektif kanaatlerin birer gerçeklik gölgesiymiş gibi yaşatılması yani ideolojik karakterli yönlendirmeler kaçınılmazdır. Bir düşünceyi ideolojik karakteri, o düşünce dışımızda olduğunda kolayca, kendimize bütünleştirdiğinde ise müthiş bir zorlukla anlaşılabilir.

En hassas tanımıyla ideoloji, gerçeği tam olarak teşhis edip anlamadan şekillendirme çabasıdır. Gerçek, irade ve tercihtir: Her olanın arkasında mutlaka bir irade ve tercih vardır.³⁰ Eğitim, bu gerçeğin kabulünden ve istimalinden kaynağını almalı, öylece kuramsallaşmalı ve kurumsallaşmalıdır. Nitekim tüm dünyadaki her türlü eğitim faaliyetinin her aşaması, birilerinin tercihlerine bağlı olarak belirlenmekte ve uygulanmaktadır. Tercih, bunun için önemlidir ve zaten caridir.

Tercih konusunda çıkış noktamız şu ikisinden biridir: 1) Kişiler kendileri için tercihte bulunurlar, başkaları için bulunmazlar. 2) Kişiler, başkaları için tercihte bulunurlar.

Bu iki çıkış noktası birbirine bir yandan Güneş ve Ay kadar uzaktır; diğer yandan bazı koşullarda zorunlu olarak yaklaşmaktadır. Uzaklık açısından bakıldığında, kişiliğin kelime anlamının olsun sağlanması için kişilerin tercih yapma içgüdüsel ödevi ve hakkı, bunun mütemmimi olarak da başkalarının tercihine karışma yasağı ortaya çıkmaktadır. Yakınlık açısından bakıldığında, (henüz) gelişmemiş bir kişiliğin tercih yapma bilincinin de gelişmemiş olacağı, dolayısıyla bazı tercihlerin başkalarıncı yapılması gerektiği görülmektedir.

Birbirine taban tabana zıt görünen birinci ve ikinci çıkış noktalarının uzlaştırılması zarureti doğduğunda, ikinci seçeneğe zaruret miktarınca başvurulması ilkesi ortaya çıkar. Bu şu demektir: Başkalarıncı yapılacak tercihler, kişilerin

³⁰ Aslında iradenin olmadığı, hepimizin bir gücün robotları ve bir oyunun parçaları olduğumuz şeklinde bir iddia dile getirilebilir. Bu iddiayı esas alırsak, her şeyin zaten olabileceği en iyi halde olduğunu düşünmemiz gerekir. Yahut bizim bu çalışmamızın da aynı gücün bir eseri olduğunu düşünmemiz gerekir. Biz, bu gibi arka plan tartışmalarına girmeden, aksi mümkün olan her hususta bir iradenin ve tercihin olduğunu tespit etmekle yetiniyoruz. İnsanlar arası boyutta tartıştığımız ise, insanların birbirlerinin tercihlerine müdahalelerinin sınırlandırılmasıdır.

iradelerinin yerini almak amacıyla değil, onlara tercih yapma olgunluğunu kazandırmak, onları uzun vadede hür kişilik sahibi kılmak amacıyla olmalıdır. Zaten endoktrinasyon ve şartlandırma şeklinde olmayan hakiki eğitim, kişinin özgürlüğünü kendi olgun kişiliği ile sınırlandırıp kullanabilmesine yönelik bir süreçtir. Dolayısıyla, saik ve hedef yine kişinin kendi tercihlerini yapabilmesi olmak kaydıyla, ikinci seçenek geçici ve istisnai olarak işletilmekte, kişilik gelişimi şaşmadan fakat daha derin bir tabakada ilerlemektedir. Bu, yeni dikilen fidanların kazıklara bağlanmasına benzetilebilir: Eğer fidanlar büyük ağaçlara bağlansaydı muhtemelen yeterli besini alamaz ve büyüyemezlerdi. Oysa ölü ve besin ihtiyacı olmayan kazıklara bağlanan fidanlar büyür ve belli bir sağlamlığa ulaştınca serbestleşirler. Tercih kullanımını olgunlaştırma hedefine odaklanan eğitimciler, kendi tercihlerini dayatarak karşılarındakinin kişilik gelişimden aşırımlar, ölümlüştüğüne ihtiyaçsız hareket ederler. Aksi halde, özgürlük-irade-tercih-kişilik-eğitim örgüsü bozulur.

Tercih salahiyeti konusunu güncel eğitim-öğretim bağlamında şöyle kristalize edebiliriz: Kişilerin tercihlerinin hukuken tam olarak geçerli sayılması 18 yaşındadır.³¹ 18 yaşından itibaren kişi kendisi için tercihte bulunacak olgunlukta ve sorumluluktadır. 18 yaşına kadar tercih yetisi yani kişiliği tam gelişmemiş olan bireyin tercihlerinde çoğunlukla anne-baba olmak üzere velisinin etkisi ve müdahalesi doğal görülmektedir.³² Veli müdahalesinden başka, yerel ve kültürel planda akrabalar veya devlet gibi doğal ve birincil olmayan müdahiller de belirebilmekte, kültürel ve eğitimsel arka planın etkisiyle meşruluk iddiasında bulunabilmektedirler. Gerek velilerin gerekse bu gibi ikincil müdahillerin bir kişilik gelişimi bilincine sahip olup olmadıkları, sahiplerse bile bu konuda nasıl algılar taşıdıkları pedagojinin en mühim meselesidir. Tercih hakkı bilincinden yoksun olanların çemberinden geçen insanlar şüphesiz 18 yaşına geldiklerinde de gerçek anlamda kişi olamamış, sadece yasal olarak kişi sayılmışlardır. Ancak

³¹ 22/11/2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 11. maddesi şöyledir: "Erginlik onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar". Sadece örneğimiz bağlamında 18 yaş tespitini sorgulamıyoruz. Yalın halde düşünüldüğünde eleştirilmesi mümkün, belki de gerekli olan bir yasal tespittir.

³² Bu gözlem, velinin, çocuğun maddi-manevi varlığına her etkisinin ve müdahalesinin tartışmasız doğal ve meşru olduğu anlamına gelmemektedir. Devletin, ideolojik olmayan pedagojik ilkeler ışığında velilerin etkisine müdahale etmesi söz konusu olabilir.

18 yaşına kadarki birincil ve ikincil müdahillerin, tercih bilincinin ve olgunluğunun egemen olduğu bir ortam oluşturmasıyla, çocuuğa aynı bilinci ve olgunluğu aktarmasıyla kişilik özgün bir kıvam tutturmuş olur.

Fark edilsin ya da edilmesin, eğitimin nüfuz ettiği öz, kişiliktir. Kişi olmak ise, sübjektifliğini ve sınırlarını, haddini ve hakkını bilip tercihler yoluyla özgürlüğünü kullanmakla mümkündür. Kişilik, bireylerin kendilerinde tercih alanı hissetmeleri ölçüsünde açılır; tercihlerini kendi içlerinde tutarlılığa bağlamalarıyla pişiip olgunlaşır. Bunun için, eğitimde amaç, tercih hakkını azami dereceye ve bilince ulaştırarak, kamilen gelişmiş ve aydınlanmış kişilikleri mümkün kılmak olmalıdır. Böyle bir amaç olmadığında, mutlaka birilerinin tercihi devreye girmiş ve başkalarının doğal ve temel bir hakkı, dolaylı olarak hayatı gasp edilmiştir.

Bir bireyin özgürlük algısı ailesi tarafından yüzde 10, okulları tarafından yüzde 10, iş ortamı tarafından yüzde 10, toplumsal etkenler tarafından yüzde 20, devletin normları tarafından yüzde 20 kısıtlanmış olsun. Düşünsel hiçbir kısıtlama olmasa bile, bu insanın kişilik yani kişi olma potansiyeli yüzde 30'a kadar düşmüştür; zira mümkün olan tercihler yüzde 70 oranında azaltılmıştır. Tercih hakkının, dolayısıyla kişiliğin yüzde 70'i bu saydığımız soyut kişiliklere aktarılmıştır. Güçlenen soyut kişilerin bireyler üzerindeki etkilerini sürdürmeleriyle kurulan düzen, kişilik potansiyelini düşük tutmaya devam edecektir. İşte, eğitim süreçleri her toplumda bu şekilde dar ya da geniş kişilikler oluşturmak üzerine kuruludur. Ve toplumlar ortaya çıkardıkları kişilik yapısından beslenerek mutlu-mutsuz, müreffeh-sefil, huzurlu-huzursuz olurlar.

Dar kişilik toplumlarında ciddi bir tercih kısıtlaması olduğundan, kanaatlerin (bilgilerin, inançların, değer yargılarının vs.) bütüncül gerçekler aynasında test edilmesi, kapsam ve derinlik kazanması olasılığı düşüktür. Böyle toplumlarda yüzeysellik, varsayımlara dayanma, gerçeklerden kopukluk, baskı, kontrol kavgası, genelleycilik, otoriteye yaslanma, yekdiğerine aşırı müdahale gibi entelektüel ve iletişimsel zaaf lar olağandır. Zaaf lar ile bu zaaf ların sonuçları bir döngü halinde birbirini besler. Dar kişilikleri kamufle etmeye yarayan statü ve imtiyaz göstergeleri öne çıkar. Hiyerarşik yapı ve diskur, hayatın her alanını ele geçirir. Statünün, otoritenin, yaptırımın devreye girmediği durumlarda,

daraltılmışlığa tepki ile patolojik irade genleşmeleri yani haddi tecavüzler baş gösterir. Elbette ki burada gerçek anlamda eğitimden bahsedilemez. Sonuç; eğitim, adalet, sağlık, güven, huzur ve mutluluk kalitesi düşük bir toplumdur.

Geniş kişilik toplumlarında ise tercihler daha makul, ikna edici ve uzlaşmacı yollarla ve zorunlu ölçüde kısıtlandığından, kanaatler arası tolerans ve iletişim daha sağlıklıdır. Böyle toplumlarda kişinin kendi öznel ve sınırlı durumunu bilmesi ile başkalarına saygı duyması arasında sağlıklı bir döngü doğar ve bu döngüden bütüncül bir toplumsal refah vücuda gelir. Bu toplumun da en göze çarpan özelliği daha tatminkar bir pedagojik kültür sergilemesidir. Sonuç; eğitim, adalet, sağlık, güven, huzur ve mutluluk kalitesi yükselmiş bir toplumdur.

Hangi bilgi, inanç ya da değer kaynağına referans verirse versin; bir toplumun eğitimsel hüviyetini, ortaya çıkardığı kişilik profiliyle anlamlandırmak gerekir. Kişilik yapılarının hangi darlık ya da genişlik seviyesinde olduğunu; düşünsel, iletişimsel ve üretimsel yönleriyle birlikte değerlendirmek gerekir. En başa dönersek, her türlü davranışa ve davranmayışa dair tercihlerin nerede, nasıl, ne kadar ve niçin serbest ya da kısıtlı olduğuna bakmak gerekir. Tüm sosyal olaylar ile insan doğası arasındaki bağlantılar bu noktadan kurulur.

Tercih etmek ve özgürlük, yalın halde düşünüldüğünde, herkesin her akıldan geçeni söyleyebilmesi ve yapabilmesidir. Tercih yaklaşımının teorideki sınırı budur. Pratikte ise, kişiler psikolojik ve sair şahsi sınırlar etkisinde akıllarından geçebilecekleri, söyleyebileceklerini ve yapabileceklerini ciddi ölçüde azaltırlar. Kişinin iç dünyasındaki bariyerlerle yani kendisiyle ilişkisi yine kendi tercihidir. Bu, onun müdahale kabul etmeyen düşünce ve vicdan özgürlüğü olduğu için tercih hakkını ihlal etmez.

Bir de kişinin, kendi tercihiyle içselleştirdiği normatif unsurlar ve bariyer kaynakları vardır. Mensubu olunan dinler, felsefeler, ideolojiler, mezhepler, sosyal gruplar böyledir. Örneğin din, emir ve yasakları içeren bir tercihtir ve ilk bakışta kişinin kendini daraltması yönündedir. Herhangi bir dini veya felsefeyi tercih eden kişiler, bu tercihlerinin bazı sınırları beraberinde getireceğini öngörürler. Tercihlerini bilinçli olarak yapmış iseler, emir ve yasalara uymakla özgürlüklerini kısıtlarken pekiştirmiş olurlar çünkü bu kendini kısıtlayış gönül-

lödür ve bir özgürlük ifadesidir. Tam içselleştirilmemiş tercihlerde ise, emir ve yasaklar özgürlük duygusunu gerçekten kısıtlayabilecektir. Her halükarda, seçilen din, felsefe, ideoloji veya mezhep -doğruluk değerinden bağımsız olarak- bir tercih, bir hak ve özgürlük, insan varoluşunun bir dışavurumu olarak saygındır.

Tercihlerin doğruluğundan ya da yanlışlığından bağımsız olan ontolojik anlamını ve derinliğini kavrayamayanlar ile bilgi-kanaat ayırımını bilmeyenler ve kendi kişilik sınırlarını aşarak saygısızlığa gidenler, dar endoktrinasyon süreçlerinin mahsulleridir. Bunlar, fikirlerini sabitleme ve koşullanma eğilimi güçlü insanlardır. Doğruluk-yanlışlık, tercih edilen nesne veya davranış için söz konusu olabilirse de; kişiler seçimlerini kendi rızalarıyla tartışmaya açtıkları oranda yahut kişiselleştirmeden tartışılabilir bir konudur. Tercihle bulunmak ise müstakil bir insani öz ve cevher olan iradenin faaliyetidir. Yukarıda değinildiği gibi, irade sadece özgürlüğün genişletilmesi şeklinde değil, özgürlüğün gönüllü olarak daraltılması şeklinde de gerçekleşebilir. Kişinin özgürce kabul edip içselleştirdiği her tür norm kaynağı ve kendini kısıtlayış sebebi, onun özgürlüğünün devamı olduğu için tercih hakkının ihlali değil, tabii hali olarak görülmelidir. Hatta irade, tercihte bulunmayı iradeyi başkalarına bağlama şeklinde de kullanılabilir.³³ Bunların hepsi, hakiki serbestiye dayandıktan sonra, birer tercih olmak sıfatıyla makbul ve saygındır.

Tercihin bu kadar merkezi bir tema olarak sunulması doğru mudur? Kanaatimizce, tercih yaklaşımının alternatifi; özgürlüğün, kişiliğin, hayatın, üretimin, iletişimin, huzurun ve mutluluğun seviyesini düşüren tercih tanımazlık eğilimleridir. Bununla beraber, tercihin, kitlesel düşünüşün bariz, bireyselliğin silik olması nispetinde ihmal edilen, belki de hor görülen bir hak olduğunun elbette farkındayız. Zira bizatihi kişi ve kişilik vurgusu zayıf olduğunda tercih salahiyeti de az görülür, hatta kaybolur. Böyle toplumlarda kişilik, sıklıkla ve yanlışlıkla, benmerkezcilik ve başına buyruklukla karıştırılır. Oysa bunların birbiriyle doğ-

³³ Tasavvufta, müridin müşdidinin yanında “gassalın elindeki meyyit gibi olması” prensibi vardır. Akli ve iradeyi kullanmanın sorumluluğundan kaçmanın bir yolu olarak kolaylıkla istismar edilebilecek bu prensibin temelinde, kişinin zorunlu irade kullanımını iradeden vazgeçebilecek kuvvete ulaştırma düşüncesi yatar. Bu vazgeçiş, şüphesiz küçük tercihlerde bulunmaktan çok daha ağır ve zor bir peşin tercihtir; dolayısıyla özgürlüktür.

rudan alakası yoktur; tamamen diğerkam ve fedakar bir kişilik bilinci ve profili de pekala mümkündür. Örneğin, bir kişinin tercih hakkını dilediğince ve hoyratça kullandıktan sonra bunalıp tercihlerini diğerkam insanların iyiliğine yönlendirmesi akla uzak bir senaryo değildir.³⁴ Bununla, tercih ve eğitim olgularının ortak vüsatını da ifade etmiş oluyoruz.

Yaygın düşünsel kalıpların dışına çıkılırsa, tercih hakkının sadece pozitif değil, ciddi negatif yönlerinin de olduğu, insanların ve tüm hayatın tercihsel yorumla mikroskobik incelikte okunabileceği, kişinin tasarrufu altındaki her husustaki davranış veya davranmayış halinin onun tercih hakkı çerçevesinde düşünülebileceği, bundan sonsuz bir spektrumda sayısız kişilik türünün doğabileceği görülecektir. Kişiliğin iyi ya da kötü olması ayrı, ham ya da olgun olması ayrı bir olaydır. Fakat iyi bir kişiliğin koşulu, her zaman için kişiliğin evvela var olmasıdır. Bu nedendir ki, ancak tercih hakkı yaklaşımıyla ve vurgusuyla, kişilerin ve işlerin kalitesini düşüren kültürel kısıtçı kırılabilir; silik kişilik unsurlarının dirilmesi ve olgunlaşması, kişilerin böylece gerçekten faydalı ürünler ortaya koymasına mümkün olabilir. Eğitim-kişilik bağlantısı bu yaklaşıma muhtaçtır.

Bu noktaya kadar, özgürlüğün kişi iradesinden doğan bariyerlerine değindik. İradenin kişiyle sınırlı olduğunu, başkalarının tercihlerini haklı olarak kısıtlayamayacağını vurguladık. Bununla beraber, hiçbir dışsal bariyerin olmadığı, her şeyin vicdana ve otokontrole havale edildiği bir sosyal hayata da şahit olmuş değiliz.³⁵ Dışsal bariyerler ve yönlendiriciler kaçınılmaz olarak olacaktır nasıl olmalıdır?

Kişinin kendi tercihi olmayan bariyerlerin, koyucuları tarafından izah edil-

³⁴ Amerika Birleşik Devletleri'ndeki Hıristiyan Amiş mezhebi bu olguyu "rumspringa" adıyla sistemleştirmiştir. Genç Amiş, *rumspringa* döneminde çekinmeksizin dünyanın tadına bakar, günah işler, iradesinin sınırlarını zorlar ve ayıplanmaz. Bundan sonra kişi ya kiliseye ve Amiş topluluğuna daimi olarak katılır ya da tattığı dünyada kalmayı seçer. Burada önemli olan, bireyin tercihte bulunması, bu tercihinin bilgi ve tecrübe üzerine inşa edebilmesidir. Bk: Shachtman, Tom. *Rumspringa: To Be or Not to Be Amish*, North Point Press, New York, 2006.

³⁵ Menski'nin "destekli kendini kontrol düzeni" (*assisted self-controlled order*) ibaresindeki "destek" vurgusu bu nedenle dikkate değerdir. Menski, Werner. *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 223.

mesi gerekir: Özgürlüğü esas bilen hukuk anlayışının dayandığı biricik ilke budur. Örneğin devlet, kişinin iradesinin önündeki seçenekleri azalttığı her husta açıklama yapmak, gerekçeler sunmak, ikna etmek, herkesi ikna etmenin mümkün olmadığı durumda makul ve hakkaniyetli çözüm yolları geliştirmek, geliştirdiği yolları izah etmek zorundadır. Bu, onun en temel ve en doğal bir insan hakkı olan özgürlüğe derin saygısının gereğidir. Anne-baba, aynı şekilde, çocuğunun tercih hakkını kullanma doğrultusunda gelişimini esas almak, gelişimi sırasında yapacağı müdahaleleri izah etmek, çocuğun anlayacağı dille onu ikna etmek, bu suretle tercih kullanımını askıya almamak, tam tersine pekiştirmek hedefini taşımalıdır. Kişilik gelişimi olarak eğitim ancak bu yolla mümkündür; her yönüyle sağlıklı ve müreffeh bir toplum da bu eğitim anlayışıyla yetişmiş kişilerle varlık kazanabilir.

Tercih hakkı, ontolojik olarak bizatihi insanın varoluşsal özelliklerine, epistemolojik olarak ise nihai, kesin ve mutlak bilginin beşeriyet katındaki yokluğuna dayanmaktadır. Bu iki kökten beslenerek tercih hakkını kullanan her insan, başkalarının da aynı kökten aynı şekilde beslendiklerini bilir. Herkesin maddi-manevi varlığına ve varlığını sürdürüş şekli olan tercihlerine saygı bu bilinçten doğar. Bu bilincin kaybolup kişinin izafiyeti reddetmesiyle kişilik sınırları dağılır, tercihler haddi aşar ve saygısızlık başlar. Saygısızlık, her türlü bireysel ve kitlesel sorunun kaynağıdır.

Kişilik eğitimi ve bilinci zayıf toplumlarda, tercih hakkı ve haddi algıları da zayıf olduğundan saygısızlık olağandır.³⁶ Saygı eşiği pek düşüktür. Saygısızlığı dengelemek ve kısmen bertaraf etmek için güç faktörü devreye girer. Güç ve otorite; hoyratlığı bastırabilecek, bireylerin kişilik zayıflığını -şişirilmiş kurumsal kişiler yaratarak- nötralize edebilecek olan tek şeydir. Böyle toplumlarda eğitim de dahil olmak üzere her şey bir güç-endoktrinasyon-korku üçgeni içinde yaşatılır. Bu üçgeni ayakta tutan, açık-kapalı had bildirmeler ve gerekçesiz takdir kullanmalar yoluyla özgür varlığın daimi bastırılmasıdır. Özgürlüğün ve kişiselliğin öneminin söylemlerde kabul edilmesinin bir değeri yoktur. Uygula-

³⁶ Kişinin, hakkına ilişkin olgun bir bilincinin olmaması kendisine, haddine ilişkin olgun bir bilincinin olmaması ise başkalarına saygısızlığa yol açar. Bu ikisi arasındaki doğrudan ilişki, "Kendisine saygısı olmayanın başkasına olmaz." sözüyle ifade edilmektedir. Burada kastedilen, göstermelik olmayan, insanın özünden doğan, sahici saygıdır.

mada karşılaşılan; sınır koymanın, had tayin ediciliğın, kontrolün ve otoritenin, muhayyel kişiliklerin önceliğidir. Bu hukuk anlayışının kökeninde, (öz)güvensizlik ve ondan doğan baskı eğilimleri vardır.

Hep başkasının tercihlerine maruz kalmamış, kendi tercihlerini yaparak kişiliğiy iyi-kötü tecrübelerle yoğrularak olgunlaşmış insanlarda hak ve had algıları beraber gelişir. Böyle kişiler, tercih haklarını hadlerini çiğneyerek kullanmanın da bir kişilik patolojisi olduğunu kati olarak bilirler. Kendi gerçeklerine uyandıkları gibi çevrenin gerçeklerini de takdir eder ve pozitif katkılar sunmayı umarlar. Kurallara değil, içlerindeki saygı duygusuna bağlanırlar.

Bu noktada, tercih hakkı hususunda akla gelebilecek çok önemli bir itirazı bertaraf etme ihtiyacını duymaktayız: Tercih hakkı, anarşizm derecesinde liberal bir eğilimi ifade etmemektedir. Mülkiyet hakkına sığınarak nasıl tüm dünyanın bizim mülkümüz olduğunu iddia edemezsek -tam tersine, evimiz, arabamız, ürünlerimiz gibi dünya ölçüğünde çok kısıtlı bir mülkiyetimiz varsa ve buna rağmen mülkiyet temel bir hak olabilmekteyse-, tercih hakkı da aynı şekilde herkese -hayali tercihlere nispetle- gerçek dünyada ancak küçük bir alan bırakmaktadır. Tercih hakkı, tercih fetişizmi değildir; her hususta tercih yapma imkanının esas alınması ve bu teorik esası pratikte daraltan etkilerin muhtelif iletişim yöntemleriyle izah edilmesi ilkesidir.

Özetle, tercih hakkı, belki ilk anda zannedildiğiy gibi karmaşık-kaotik bir ortam oluşturmayıp, dengeli ve dinamik bir surette anlaşılır ve tatbik edilirse, yapay ve genelleyici-zorlayıcı sistemlere gerek bırakmayan bir kişisel gelişim, otokontrol ve sosyal kohezyon anahtarındır. Tercih hakkı, bilinç ve saygıdan doğan, bilinç ve saygı doğuran bir kültürün mutabakat noktası ve normatif yapıtaşındır. İnsan onurunu öğretecek ve yüceltecek olan, şüphesiz, böylesiy bir eğitim ve kültür ortamıdır. Aşama aşama varılması gereken hedef budur. Sağlıklı birey ve toplum görüntüsü, insanların hem kişilik sahibi ve serbest olmasını hem de birbirleriyle ilişkilerinde doğal olarak özenli ve saygılı olmasını içerir.

VIII. EĞİTİMDE BİREY-DEVLET VE HAK-ÖDEV İLİŞKİLERİNİN ÖZÜ

İnsanın maddi-manevi bütünlüğünün, onurunun, kişilik gelişiminin, tercih hakkının ve özgürlüğünün iç içe oluşunu açıkladık. Bu resme devlet ya da baş-

ka bir otorite herhangi bir konuda, özellikle eğitim konusunda nasıl dahil olabilir, olmalıdır? Eğitim, bir hak ve ödev olarak bağımsız bir statüye sahip midir? Yukarıda sunduğumuz gibi, eğitim ancak bazı varoluşsal ve bilişsel zeminlerde yaşatılır ve anlamlıdır. Bu bağlamda, biz de, eğitim hakkını ve ödevini, tercih hakkının bir uygulaması olarak görmekte ve irdelemekteyiz.

Tercih hakkının kişiye bakan yönü, herkesin “Eğitimimin temeli ve aşamaları, benim ihtiyaç algılarıma ve amaçlarıma dayanmalıdır. Kişiliğimi var eden tercih hakkım bunu gerektirir. Bilgilerim, inançlarım ve değerlerim başkaları için sübjektif kanaatlerdir; dolayısıyla sadece beni bağlar. Kimseye hiçbir konudaki kanaatimi dayatma hakkım olmadığını yani haddimi biliyorum. Yalnızca kendimi gerçekleştirerek mutlu ve faydalı olabilmem için gerekli olan düzenlemelerin yapılmasını talep ediyorum.” diyebilmesidir. Tercih hakkının aileye bakan yönü, velayet sahiplerinin “Çocuğumuz, olgun tercihler yaparak özgürlüğünü bilinçli bir şekilde kullanmasını sağlayacak asgari eğitim eşiğini biyolojik ve hukuki olarak henüz geçmedi. Bu aşamaya kadar, çocuğumuzun tercihlerine biz yön vermek ödevini ve hakkını taşıyoruz. Çocuğumuzu nasıl eğiteceğimiz bizim uhdemizedir. Çocuğumuza aktarmayı düşündüğümüz kanaatlerimizi kendi kişiliğimiz oluşturmaktadır, genelleştirme hakkımız olmadığını biliyoruz. Bu çerçevede, eğitim konusundaki amaçlarımızın desteklenmesini, duyduğumuz ihtiyaçlarımızın giderilmesini talep ediyoruz. Bunun dışında, müdahale görmemeyi, zorunlu bir müdahale olacaksa bunun ölçülü olmasını ve izah edilmesini, ilkesel argümanlarla ikna edilmeyi bekliyoruz. Tercih hakkımızın, dolayısıyla özgürlüğümüzün ve insanlık onurumuzun zedelenmemesi için baskı yoluna gidilmeyeceğini umuyoruz. Güce dayanarak meşrulaştırılmaya çalışılan yollara başvurulursa; kişilik gelişimini tamamlayamamış, kendine ve topluma tam faydalı olamayacak, belki de zararlı olacak bir insan yetişmesinden korkuyoruz. Kendimiz de çocuğumuzun eğitime bu bilinçle yaklaşıyoruz.” diyebilmesidir.

Bu gibi ifadelerin ve taleplerin dillendirilebilmesi ve karşılık bulabilmesi için toplumda hal-i hazırda olgun bir kişilik bilincinin mevcut olması gerekir. Aksi halde, bir yanda kişilik hakkını bilmeyip kendini tercih mevkiinden aşağıda gören aşırı pasifler, diğer yanda kişilik haddini bilmeyip kendini başkaları adına

tercih yapma yüksek mevkiinde gören aşırı aktifler peyda olacaktır. Sosyal ve felsefi patoloji hükmünde olan her iki durumun farklı tonları, kombinasyonları ve etkileşimleri vasatında, ortak bir referans noktası olmaksızın haklar ve özgürlükler tartışması sürüp gidecektir, hem de bilinç zaafından doğan karşılıklı hak ve özgürlük ihlalleriyle.

İşte, devletin eğitimdeki rolünde dikkat edilmesi ve sakınılması gereken en önemli tehlike, yönetimin en geniş anlamıyla had bilmeyenlerin eline geçmesidir. Hangi görüş, din veya felsefeyi referans gösterirlerse gösterebilirler; tercih hakkını tanıma bilgeliliğinden ve etiğinden mahrum olanlar, bizzat kişilik eğitimine muhtaç, kompleksler arasında gel-git yaşayan, düşünceleri belli bir olgunluk eşiğine varamamış insanlardır. Kişilik bilincinden mahrum ve had duyguları zayıf olduğundan, ele aldıkları devlet idaresinde kendi benlikleri yönünde davranışlar sergileyerek devlete ham özelliklerini aktarırlar. Kendilerince önemi tartışmasız açık olan genel eğitim politikalarını hayata geçirerek; tercih hakkını tanımayan, özgürlük algısı sığ, haliyle kişiliği olgunlaşmamış insan kitlelerine vücut verirler. Bu insanlardan bir kısmı kendilerine uygulanan politikaları ve ideolojik telkinleri kabul eder, bir kısmı reddeder. Farklı kabul ve ret nedenleri ve dereceleri, farklı sosyal davranış kamplarını ortaya çıkarır. Ortak noktaları; kişilik bilinçlerini devlet, parti, ülke, aşiret, tarikat, dernek, memleket, cemaat, örgüt gibi kurumsal varlıklarda yaşamalarıdır. Vatandaşlarının yerine geçerek tercihte bulunan devletleri tüketecek olan döngü budur: Haddini bilmezler elindeki devletin kendini önceleyerek zayıflattığı somut-bireysel kişilik algılarının, çeşit çeşit soyut-kitlesele kişiliklerde temerküz ederek sosyal rakipler halinde devletin karşısına dikilmesi.³⁷

Tercih hakkını tanımak bir bağış ya da kıymeti kendinden menkul bir etik romantizm değildir. Tercih hakkını tanımamak, insan doğasını reddetmek ve zararlı yönde tahrik etmektir. Aile, devlet ve tüm otorite mercileri tercih hakkını bastırdıkları ölçüde kendi varlıklarını desteksiz kılmaktadır. Ortada şuurlu, mümeyyiz ve metin kişilikler kalmayınca devletin ne gibi reel ve insani bir da-

³⁷ Bu gözlemimizin, sivil toplum örgütlenmesi eleştirisi olmadığı açıktır. Öte yandan, bireysel kişiliğe anlam katmayan, zarar veren sivil toplum örgütlerini de bu sorunlu olguya dahil etmek gerekir.

yanığı olabilir? Devletin ve toplumun hakiki gücü ve bekası, kişilikli insan kitlesine bağlıdır. Kişiliğin, seçenek artırımını ve özgür tercihi esas alan bir eğitim yaklaşımıyla büyüyüp yerleştiği hatırlanmalıdır.

Demokrasi kültürünün özü seçimdir.³⁸ Verasete dayanmayan, seçimlerle dinamizm ve meşruluk kazanan bir idare söz konusudur. İleri demokrasilerde, çekirdek değer olarak tercih hakkı bütün uygulamalara sirayet eder. Her yerde katılımcıların talepleriyle şekillenen süreçler ve uygulamalar görülür. Geri demokrasilerde ise seçimler, çoğunlukçuluğu ve gücünün ihlallerini meşurlaştırıcı karaktere bürünürler. Tercih hakkının daimi bir ilke, değer ve anahtar olduğu düşünülmez. Küçük talepleri göz ardı edebilmek için bir büyük tercih şansı verilir ve ona dayanılır. Göstermelik demokrasilerde ve baskıcı rejimlerde ise, tercih hakkı büsbütün umursanmaz haldedir.

Bu gözlemler ışığında, devlet için doğru eğitim yaklaşımlarını şu ilkelere bağlayabiliriz: 1) Devlete kişilik üstü proaktif bir rol biçilmez; insanların tercihlerini yansıtmaya rolü biçilir. Devletin arzı toplumsal taleplere göre şekillenir; eğitim, devletin arzına göre şekillenmez. Devlet; tek bir kişinin bile haklarını ve özgürlüklerini ihlal etmeden, tespitler ve düzenlemeler yapar, hizmetler sunar. 2) Tercih hakkını esas alan devlet; bireylerin bu en temel hakkının sosyal sınırlarını gözetirken hakemlik ve moderatörlük yapar. Sınırları tarafsızca ve beliksizce belirler; objektif koşullara ve ilkesel argümanlara dayanarak izah ve ikna eder.

Devletin rolü, negatif yükümlülükle yani kamu gücünün yetkisinin sınırlarının bilinip korunmasıyla başlar. Negatif yükümlülükte müdahale yasağı vardır. Pozitif yükümlülükte ise müdahil olma emri vardır. Kamu gücünün belirlenen sınırlar içindeki sorumluluklarını yerine getirirken ölçülü, ilgili, gerekçelendirici, tarafsız, kısaca hukuki mükemmeliyeti haiz olması ise onun pozitif sorum-

³⁸ Lind, Sandberger ve Bargel, demokratik toplumun ana şartının vatandaşların ahlaki bağımsızlığı (*moral autonomy*) olduğunu, ahlakiliğin ise ilkesellikte özdeşliğini savunmaktadır. Dolayısıyla demokratik birey, bağımsızlığını, başkalarının değil, kendisinin seçimlerini düzenlemek yoluyla hayata geçirir. Lind, George; Sandberger, Johann-Ulrich; Bargel, Tino "Moral Competence and Democratic Personality" in Lind, George; Hartmann, Hans. A.; Wakenhut, Roland (ed.) *Moral Judgments and Social Education*, Transaction Press, New Jersey, 2010, pp. 55-77.

luluğudur. Nasıl gerçek kişilerin özgürlüğü esas, kısıtlanması istisnai ise; devlet gibi hükmi kişilerin de tam tersine sınırlılığı ve sorumluluğu esas, yetkileri bağlamsal kabul edilmelidir. Birey ile devlet arasındaki hukuki etkileşim ancak böyle bir rol paylaşımı ile adil olur. Devlette, yetkilerin oluşumundan kullanımına tüm aşamalarının meşru, açıklanabilir ve tercih hakkının genel dengesini yansıtır bir görüntü arz etmesi gerekir.

Bu bağlamda eğitim, devlet için tamamen ödevden ibarettir; nitekim devletin haklarından söz edilemez. Kendisine muhayyel kişilikler biçilmemiş ve sağlıklı kurgulanmış bir devlet, eğitim konusunda bireyler karşısında hak iddia etmez, edemez. Hak, bireylerindir. Bununla beraber, herkesin birbirinin hakkına riayet etmesi zorunluluğu, bireyler için ikinci bir katman olan ödevleri doğurur. Devlet, işte bu ödevlerin yerine getirilmesi temin için, bireylerin birbirine karşı sözcülüğünü ve hakemliğini yapar ki bireylerin eğitim ödevi burada gündeme gelir. Öyleyse buradaki ilke, bireylerin eğitime dair ödevlerinin devlet tarafından yaratılamayacağı, ancak halk namına telaffuz edilebileceğidir. Bu telaffuz edilmiş devletin ödevidir. Yine bireylerin tercih hakkı kapsamında dillendirecekleri talepleri karşısında mümkün olan maksimum arz seviyesine ulaşma, devletin ödevidir.

IX. EĞİTİMDE ZORUNLULUK

Eğitimde tercih hakkının sosyal sınırını devletin koyacağını, bunun birtakım zorunluluklar ve ödevler şeklinde vücut bulabileceğini ifade etmiş olduk. Bu ödevlerin başında şüphesiz zorunlu eğitim uygulaması gelmektedir. Aslında zorunlu eğitim, devletin ödev koyma sahasının sadece bir örneğidir fakat en belirgin örneğidir. Devlet ile birey arasında gelişen ödevler ve yükümlülükler olgusunun daha iyi anlaşılması için zorunlu eğitimin meşruiyetinin tartışılması faydalı bir numune sunacaktır.

Zorunlu eğitime yukarıda kurduğumuz şu teorik temelden başlanması insan hakları açısından en uygunu olacaktır: Herkesin eğitimi kendisinin (yahut velisinin) tercihlerine tabidir. Bu durumda ilk bakışta zorunlu eğitimin olmaması gerektiği sonucuna varılacaktır. Fakat tercih hakkı yaklaşımı böylesine düz bir akıl yürütmeye dayanamaz. Kişinin genel tercihlerinin özel tercihlerine

etkisi dikkate alınmalıdır. Şöyle ki, tüm insanlardan soyutlanarak toplumsal hiçbir bağ kurmamayı tercih etmiş bir insanın, bu genel tercihi doğrultusunda kurumsal eğitimden de muaf tutulma isteği makuldür. Fakat şehir hayatında yaşamayı seçmiş bir insanın, diğer insanlarla ve çevreyle sağlıklı bir iletişim kurmasına ve bütüncül ahengin devamına yarayacak bir eğitim sürecini toptan reddetmesi haklı olabilir mi? Böyle bir özel tercih, aynı kişinin genel tercihi ile ne kadar tutarlıdır? İşte eğitimi zorunlu kılacak bir devlet iradesi, ancak bunun gibi bir hukuki argümana dayanarak bir yandan kişilik gelişimine engel olmamış, diğer yandan da toplum sözcülüğü rolünü yerine getirmiş olur.

Eğitimde zorunluluklara dair devlet ile bireyler arasında pek çok iletişim kanalları ve soru işareti oluşacaktır. Eğitimle doğrudan ilgili olan ya da olmayan her konuda aynı durum söz konusudur. Burada önemli olan, tutum ve yaklaşımdır. Tutum ve yaklaşımı belirleyen ise düşüncenin hareket noktasındaki devlet ve vatandaş algılarıdır. Devlet varlığının bazı etik ve epistemolojik prensiplere dayanması ve bu prensipler çerçevesinde halkla bir diyalog, hatta pazarlık ortamı açmaya istekli olması gerekmektedir.³⁹ Aksi durum, zorbalıktır; disiplin örtüleri altında semiren haksızlıklar, kifayetsizlikler ve tatminsizliklerdir.

Devletin, “genel standartların olması”, “toplumsal iletişimin sağlıklı devamı”, “asgari kaynaşma gereksinimi” gibi argümanlarla eğitimde birtakım zorunluluklar ortaya koyması elbette makuldür. Lakin bu durum, bireylerin “Asgari kaynaşma koşulları açıkça ifade edilmeli. Keyfi ve mütecevaz olmamalı. Şeffaf ve objektif olarak değerlendirilebilir olmalı.” deme hakkını elinden almaz. Devlet, örneğin tarih, dilbilgisi gibi bir alanda vatandaşların öğrenim görmesini zorunlu tuttuktan sonra, bu öğrenimin nerede, nasıl ve kiminle görüldüğüne değil, objektif değerlendirme aygıtları geliştirerek hasıl olup olma-
dığına odaklanmalıdır.⁴⁰

³⁹ “Pazarlıklı öğrenim” (*negotiated learning*), bir öğrenim metodu olarak öğretmen merkezinden öğrenci merkezine doğru evrilen pedagoji literatüründeki yerini almıştır. Kavramın genişletilerek eğitim süreçlerinin tamamına yayılması mümkündür. Bk: Bull, Geoff; Anstey, Michele. *Evolving Pedagogies: Reading and Writing in a Multimodal World*, Curriculum Press, Carlton South, 2010.

⁴⁰ Evde öğrenim (*homeschooling*) başta olmak üzere çoğu alternatif eğitim kuramının dayanaklarından biri budur. Bk: Cooper, Bruce S (ed). *Homeschooling in Full View: A Reader*, Information Age Publishing, Charlotte, 2005.

Haddi zatında, tercih hakkı ilkesi açısından eğitimdeki en büyük problem, yasal ödevlerin varlığı değil, seçeneklerin az olmasıdır. Zira hiçbir zorunlu eğitim şartı olmasa bile, toplumun büyük bir kesiminin sosyal hayat gerçekleri doğrultusunda eğitim imkanlarını devletten talep edeceği ve devletin pozitif yükümlülüklerinin oluşacağı açıktır. Bu yükümlülüklerin özü, eğitimde zorunlulukların hacmini arttırdıkça her öğrenim aşamasında seçenekleri de arttırarak kişilik zenginleşmesine uygun ortamlar oluşturmaktır. Zorunluluk hallerini izahsız ve sadece kamu gücüne dayanarak arttırmak, kişilik gelişiminin ve gerçek eğitimin önündeki en ciddi engeldir. Tam tersine zorunluluk hallerini asgari, seçenekleri azami tutmak ise kişilik gelişimini öne alan sağlıklı ve hakaniyetli bir eğitim politikası olacaktır.

Vatandaşların talep ve tercihlerine göre, ulusal ve lokal planda dillere, sanat kollarına, spor dallarına ve diğer alanlara yoğunlaşan okullar tesis edilebilir. Bizzat okul kavramı, benzer fiziksel mekanlar halinde ele alınmayıp eğitime elverişli olan herhangi bir ortam olarak genişletilebilir. Vatandaşların dini ve felsefi inançlarını, kişilik temeli olarak seçtikleri kimliklerini yaşatabilecekleri eğitim kurumları (cami okulları, kilise okulları, havra okulları, cemevi okulları...) kurulabilir. Laiklik nedeniyle devlet bunları pozitif yükümlülüğü içinde görmekten kaçınsa bile, yine laiklik doğrultusunda bunlara engel olunmaması icap eder. Devlet, okul müdürlüğü gibi yöneticilik kadroları için yeterlilik koşullarını belirleyip idareci tayinini velilerin tercihine havale edebilir. Öğrenciler belli ders zümrelerine sıkıştırılmayıp kendi kişisel donanımlarını harmanlamaya yönlendirilebilir. Üniversite seviyesine gelindiğinde ise öğrencilerin şablon okul düzenine ve müfredatına monte edilen unsurlar olmaktan kurtulması, derslerini ve hocalarını seçebilecekleri bir zenginlik ile karşılaşmaları eğitim idealleri açısından yüksek bir önem kazanmaktadır.

Tabii ki gerek kamuda gerekse özel sektörde bu mantıkla yetişen öğrencilere uygun istihdam esnekliğinin sağlanması, tercihlerin hayatın her alanında ve aşamasında ciddiye alınması gerekmektedir. Geliştirilmesi gereken sadece öğretim kurumları değil, toplumun genel eğitimi ve eğilimleridir. Mevcut durumda tüm hayatı zorunluluklar doldurmaktadır. Zorunluluk kalıplarına uyan insanlar aşağı-yukarı birbirini tekrar eden, özgünlükten uzak kişilere dönüş-

mektedir. Devletin ve toplumun bir bütün olarak kalkınması; zeminden yukarı doğru tercihlerin her alanda teşvik edilmesi, hayatın esnekliğine uyum sağla-
yabilen ve en küçük olgulara bile eğilebilen kişilik profillerinin oluşturulması ile mümkündür. İşte eğitimde tercih hakkının kişisel bir kazanım ve hak olmasın-
dan başka, sosyal planda da bir ülkeyi en ileri noktalara taşıyıcı özellikte olması bu nedenledir. Tercih hakkı, esnek ve adil bir şekilde hayata aktarılabilirse, toplumsal ideallere giden yol olacaktır.

Sürekli dış koşullara uyması beklenen, kendi kişisel dünyası üzerinde bile söz hakkı gayet sınırlı olan, gittikçe kişisel dünyasını daha dar algılayan ve öylece ka-
bullenen bireylerin, iyi sayılan öğretim kurumlarından mezun olması onların de-
rinlemesine eğitim aldıkları anlamına gelmez. Sadece mevcut sosyo-ekonomik ve kültürel yapılar içinde güçlenme ihtimallerini arttırır. Bu da bir tür eğitilmektir fakat kişiliğin gelişim potansiyelini, buna bağlı olarak mutluluk, kavrayış, dona-
nım, özgüven, iletişim ve yaşam kalitesini düşürücü mahiyettedir.

Özetle, tercih hakkı kapsamında, her türlü öğrenim seçeneğinin mümkün olması gerekir: Devlet, bazı standartları -yine insan haklarına ve özgürlükle-
rine dayanan standartlardan ilhamla- belirler; fiziki gereklilikler ve imkanlar ölçüsünde lojistik destek sunar. Tercih hakkını esas alan yaklaşımla devlet, va-
tandaşlara tabi olur; onları kendine tabi kılma çabası içine girmez. Bu esastan ayrılmamak koşuluyla, toplumsal, kültürel ve diğer hayat gerçekleri ışığında şüphesiz yönlendirmeler yapar, zorunlulukları belirtir. Fakat bu tür kısıtlama-
ların asgari olması ve hukuki olarak izah edilmesi ilkesinden ayrılmaz. Tercih hakkı, bu anlamda, devlet ile vatandaş arasında bir diyalog ve müzakere dilidir. Bu dilin alternatifi ise pek çok ülkede ve kültürde hal-i hazırda egemen olan otorite dilidir. Hangi dilin daha insancıl, saygılı, kişilikli, eğitici ve verimli olacağı açıktır.

SONUÇ

Yalın ve yönsüz olarak bakıldığında eğitim, kişilerin aldıkları etkiler doğru-
lusunda bir durum ve duruş, bir kıvam kazanmasıdır. Bu boyutta eğitim, kasta bağlı değildir ve sürekli. Bu kuşatıcı boyuttan sonra, bir yönü olan, yönlendirme kasti içeren eğitimle beraber eğitim hakkı gündeme gelmektedir. Eğitim

hakki, kaçınılmaz olarak, eğitimin nasıl algılandığı üzerine bina edilmektedir. Eğitim algılarının farklı derinlikte ve farklı açılardan oluşması mümkün olduğuna göre, hangi algının eğitim politikalarına egemen olması gerektiği sorusu hareket noktamız olmalıdır.

Eğitim, her durumda pek çok unsurun birlikte işlemesiyle gerçekleşmektedir. Bu unsurlara yön veren ve onları birbirine bağlayan öz, eğitime biçilen roldür: Eğitim, bir amaca ya da amaç komplikasyonuna dayanır. Eğitimin kökeninde bir ihtiyaç algısı, hedefinde ise o ihtiyacı gidermek vardır. Öyleyse eğitim, belli bir amaca yönelen, belli kişilik profillerinin oluşturulmasını hedefleyen bir ihtiyaç giderimidir. Bu nedenle, eğitici unsur konumunda olanların yahut kendini o konumda görenlerin algıları en belirleyici unsur olmaktadır.

Eğitimle ilgili tartışmamızda şu temel soruyu sorduk: Neden bazılarının algı ve kanaatleri diğerlerinininkine galip olsun? Neden bazı kanaatler kesin bilgiymiş gibi geçerli kabul edilsin ve eğitim faaliyeti adı altında diğer insanların kişilik gelişiminin yönünü ve sınırını tayin etsin? Cevap olarak; kişilik gelişimin öznel doğası ışığında, eğitim faaliyetinin bir tür otorite, gizli ya da açık dogma alanı halinde olmaması gerektiğini, bunun endoktrinasyon hükmünde olduğunu izah etmiş bulunuyoruz. Ne epistemolojik ne de ontolojik dayanağı olan bu tür eğilimlerin, ancak güce dayanarak, bilhassa devlet gibi organlar elinde sistematik imkanlar elde ederek eğitimle çelişir bir durum oluşturduğunu, zira kişiliği daraltıcı etkiler yaptığını, bunun ise bir tür eğitmeme, hakiki eğitimi engelleme ve koşullama mekanizması olduğunu ifade ettik. Bu tabloda gerçekleşen, bireyleri aşan soyut kişilikler yaratılması ve onlar etrafında insanın, insan haklarının ve özgürlüklerinin korumasızlaşmasıdır. Eğitim adı altında birtakım kabulleri sürdürücü, oluşturulan dar kişilik profillerini perçinleyici mekanizmalar kurulmuştur.

Güç – otorite – endoktrinasyon – sübjektifliği ret – haddi aşan kanaatlerin dayatılması – kişilik zaafı – iletişim kopuklukları – aşırı müdahale ve saygısızlık – tatminsizlik gibi birbirine bağlı zincir halkaları halinde meyveler veren ham ve sığ eğitim anlayışı ile ondan doğan sağlıklı sosyal doku, ancak doğru bir eğitim paradigmasıyla iyileştirilebilir. Bu paradigmayı şöyle özetleyebiliriz: Eğitim, kişilik ile başlar ve sonlanır; dairesel hüviyettir. Bir ağ gibi insan dü-

şüncesinin her noktasını kuşatır. Hayatın tamamına, bütün iş, iletişim ve yaşam alanlarına yayılan bir kuvvettir. Böylesine hayati bir kuvvet, kimsenin en küçük tahakküm eğilimine tevdi edilemez. Bu prensiple bağlantılı olarak insan varlığına yalın bir bakış sarf ettiğimizde, insanın en derin vasfı, onurunun dışavurumu, haklarının ve özgürlüklerinin tayin edicisi olarak onun iradesini ve tercih salahiyetini görmekteyiz: İnsan, tercihleri kadar vardır ve tercihleriyle kişilik sahibidir. Bizim eğitim konusuna yaklaşımımızın esası, sınırlı bir kanaati öne sürmek şöyle dursun, bu tür girişimleri haksızlık olarak bilmekten, insanların iradesini yani tercih hakkını öz ve esas kabul etmekten ibarettir.

Tercihler, sadece görünür sosyal planda değil, insan psikolojisinin derinliklerinde, eğitimin asıl anlamını bulduğu boyutta gerçekleşmektedir. Diğer bir deyişle, insan, tercihlerini gerçekte başkalarına karşı değil, kendi içinde yapmaktadır. İç dünyaların bir yandan zenginlik, çeşitlilik ve katman kazanması, diğer yandan netliğini, dengesini ve istikametini muhafaza edebilmesi ideal kişiliğe yol almaktır. Eğitimin hedefindeki bu kişiliğin önündeki en büyük engel, yine eğitim adı altında yapılan seçenek azaltıcı, sorgulamadan boyun eğdirici, kapasite düşürücü, kişilik daraltıcı etkilerdir. Tercihlerde bulunma olgunluğunu, hakkını ve haddini bilmeyi tesis edecek doğru eğitimin aşması gereken engel, yanlış eğitimidir. Yanlış eğitim ise tercih referansını kaybetmiş eğitimidir.

Tamamen keyfi, amaçsız, serapa bir çizgi izleyen tercih kullanımının da doğru eğitim olmadığı, bir irade patolojisi olduğu ve sosyal patolojiler doğuracağı açıktır. Öyleyse, tercih hakkından murat, her insanın sadece kendine referansla dilediğini yapabilmesi değildir. Tercih hakkı, insan varlığının en derin meyli olan iradesinin dışavurumu olarak önemlidir. Bu yönüyle, evet, esastır. Ve onun esas bilinmesi, bir hukuki ilkedir. Tercih hakkı anahtarıyla olay ve olgulara yaklaşmak, hukukun insani özünden ayrılmamayı garanti edeceği için önemlidir. Bu zemine saygı duyan kişiler, güç kullanma yöntemlerine ve otorite diskurlarına değil, iletişim ve ikna kanallarına başvuracaktır. Tercih baskılamasına değil, tercih olgunlaşmasına yönelecektir. İşte, sağlıklı, kişilikli ve eğitilmiş bireyler ve toplumlar bu yaklaşımla hayat bulacaktır. Aksi, didişme ve karmaşadan ibarettir.

Bu genel prensipler ışığında eğitim olgusuna bakıldığında, eğitime ilişkin

hak ve özgürlüklerin tercih hakkının bir devamı olduğu derhal açıklığa kavuşmaktadır. Tercih-kişilik-eğitim üçlüsünün sarsılmazlığı karşısında, devletçe geliştirilecek eğitim politikasının özünü, seçeneklerin artırılması oluşturmaktadır. Bu kurguda, toplumsal talepler devletin arzını şekillendirir; devletin arzı toplumu yontmaz. Eğitimin tüm aktörleri için maksimum seçenek ve minimum kısıtlama hedefiyle yola çıkmak devletin yükümlülüğüdür. Bu genişlik sağlandıktan sonra gerçek anlamda eğitim başlayabilir. İster geçmişe isterse geleceğe baksın, ister içe ister dışa odaklansın, dar ve koşullanmış kalıplar içinde devlet, eğitici değil, insan özünü ve toplumsal huzuru incitici etkiler yapar.

Özetle, devlet ile vatandaş arasında sürdürülen eğitim diyalogları, kesintisiz bir müzakere ve barışçıl bir pazarlık halinde olmalıdır. Devlet, kendisine benlik yaratma anlamına gelen ideolojilerden arınmalıdır. Devlet yönetimi; ham kişilikli, kendileriyle sınırlı, kanaatlerini genelleme ve dayatma eğilimi fazla olan insanlardan arınmalıdır. Devlet, toplumun parçaları ile iletişimde, toplumun bütünüün vekili olmak sıfatıyla zorunluluklar ortaya koyabilir fakat belirlediği zorunlulukları izah etmek zorundadır. Fiziki ve lojistik kısıtlamaları izah etmek durumundadır. Bu ise ancak devlet paradigmasının değişmesi ile mümkündür. Devlet ve halk boyutlarında otorite odaklanmasıyla düşünmekten vazgeçilip, tercih hakkı odağının yerleştirilmesi ile mümkündür. Bu iki odaklanma arasındaki fark; eğitim, kişilik ve sosyal barış alanındaki iflaslar ile idealler arasındaki kadar büyüktür.



KAYNAKÇA

Bull, Geoff; Anstey, Michele. *Evolving Pedagogies: Reading and Writing in a Multimodal World*, Curriculum Press, Carlton South, 2010.

Commission of the European Communities. *Adult learning: It is never too late to learn*, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2006/com2006_0614en01.pdf (20/11/2013).

Cooper, Bruce S (ed). *Homeschooling in Full View: A Reader*, Information Age Publishing, Charlotte, 2005.

Council of Europe. *Governance and Quality Education*, http://www.coe.int/t/dg4/education/standingconf/Source/Reference_textes/Final_Declaration_ConfMin_april13_en.pdf (20/6/2013).

Cowan, J. Milton. *Arabic-English Dictionary: The Hans Wehr Dictionary of Modern Written Arabic*, Spoken Language Services, Urbana, 1994.

Cüceloğlu, Doğan. *Özüne Yabancılaşmış İnsanların Oluşturduğu: 'Mış Gibi' Yaşamlar*, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2012.

Dill, Jeffrey S. *The Longings and Limits of Global Citizenship Education: The Moral Pedagogy of Schooling in a Cosmopolitan Age*, Routledge, New York, 2013.

Hase, Stewart; Kenyon, Chris. *Self-Determined Learning: Heutagogy in Action*, Bloomsbury Publishing, London, 2013.

Hays, Robert T. *The Science of Learning: A Systems Theory Perspective*, BrownWalker Press, Florida, 2006.

İncil. <http://kutsal-kitap.net/bible/tr/index.php?mc=5&sc=1043&id=1056> (21/11/2013).

James, William. *Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking*, Longman Green and Co, New York, 1907.

Lind, George; Sandberger, Johann-Ulrich; Bargel, Tino "Moral Competence and Democratic Personality" in Lind, George; Hartmann, Hans. A; Wakenhut, Roland (ed.) *Moral Judgments and Social Education*, Transaction Press, New Jersey, 2010.

Livingston, Jennifer A. *Metacognition: An Overview*, <http://gse.buffalo.edu/fas/shuell/CEP564/Metacog.htm> (20/11/2013).

Long, Edward LeRoy. *Higher Education as a Moral Enterprise*, Georgetown University Press, Washington DC, 1992.

Menski, Werner. *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

Milli Eğitim Bakanlığı. *Millî Eğitim Bakanlığının Kısa Tarihçesi*, <http://www.meb.gov.tr/meb/tarihce.html> (19/6/2013).

Online Etymology Dictionary. <http://www.etymonline.com/> (20/6/2013).

Shachtman, Tom. *Rumspringa: To Be or Not to Be Amish*, North Point Press, New York, 2006.

Tevrat. <http://www.yolgosterici.com/tevrat/tevrat01.htm> (20/6/2013).

Türk Dil Kurumu. *Büyük Türkçe Sözlük*, <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (27/6/2013).

Türkiye Barolar Birliği. *Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi: Uluslararası Toplantı, 9-11 Ocak 2003*, TBB Yayınları, Ankara, 2004.

Ünlü, Sezen. *Sosyal Psikoloji*, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir, 2010.

Wikipedia. <http://de.wikipedia.org/wiki/Bildung> (20/6/2013).

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK VE TÜRK HUKUKU YÖNÜNDEN CEZA MUHAKEMESİNDE ADİL YARGILANMA HAKKININ TARİHSEL TEMELLERİ

*The Historical Foundations of the Right to Fair Trial in Comparative
and Turkish Criminal Procedure Law*

Yrd. Doç. Dr. Hasan SINAR *

ÖZET

Adil yargılanma hakkı bugün çağdaş hukuk sistemlerinde ceza muhakemesinin temel ilkesi haline gelmiştir. Bununla birlikte, içerisinde ceza muhakemesine ilişkin birçok temel hak ve ilkeyi barındıran adil yargılanma hakkının temel ilkeye dönüşmesi hayli uzun bir tarihsel gelişim sürecinin ürünüdür. Bu süreç içerisinde hem adil yargılanma hakkının kapsamı ve içeriği adım adım geliştirilmiş hem de bugünkü genel kabul edilirliliğinin temelleri atılmıştır. Bu çalışmada, ceza muhakemesinde adil yargılanma hakkının tarihsel temelleri hem karşılaştırmalı hukuk hem de Türk hukukundaki gelişim süreci göz önünde bulundurularak incelenecektir. Bu şekildeki bir inceleme ile adil yargılanma hakkının hem bugünkü baskın karakterinin daha iyi anlaşılmasına; hem de gelecekte bu ilkenin kapsam ve içeriğinin ulaşacağı boyutların daha iyi öngörülebilmesine katkı sağlanması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Adil yargılanma hakkı, ceza muhakemesi hukuku, karşılaştırmalı hukuktaki tarihsel gelişim süreci, Türk hukukundaki tarihsel gelişim süreci.

ABSTRACT

The right to fair trial has turned into the fundamental principle of criminal procedure in contemporary legal systems. However, such a transformation process is the result of a quite long historical development. In this process, the scope and content of the right to fair trial steadily improved and also the foundations of the general recognition laid in a world wide scale. In this study, the historical foundations of the right to fair trial in criminal procedure law will be observed by considering the development process both in comparative law and in Turkish law. With such an observation,

* İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, hasan.sinar@kemerburgaz.edu.tr

the study aims not just a better understanding of the dominant characteristics of right to fair trial in the present age; but also a better foreseen of the future dimensions on the scope and content of this fundamental right.

Key Words: The right to fair trial, criminal procedure law, historical development process in comparative law, historical development process in Turkish law.



I. İLK VE ORTA ÇAĞLARDA TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ

A. Tabii Hukuk Öğretisi

İnsanın varlığını koruması ve geliştirmesi gerek maddi gerekse tinsel birçok araçların elde edilmesine bağlıdır. Ancak tek başına yaşayan bir insanın bu araçları elde edebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle insan, diğer insanlarla birlikte yaşamak zorunda olan “sosyal” bir varlıktır¹. Ancak her ne kadar insanın sosyalleşme gereksinimi tarih boyunca onun bir topluluk içerisinde yaşamasını zorunlu kılmışsa da, bu topluluk yaşamı kavgasız gürültüsüz kendiliğinden oluşan bir yapı değildir. Aksine insan doğasında başkasının menfaatlerini düşünmeye (*diğergâmlık*) göre daha baskın durumda olan bencillik içgüdüsü, topluluk içinde yaşama zorunluluğunu ters yönde etkiler ve buna karşı olan içgüdüleri gün ışığına çıkarır. Bencillik ve onun tetiklediği benzer nitelikteki diğer içgüdüleri, insanı kendi çıkarı için gücünü diğer insanların zararına kullanmaya, onlara boyun eğdirmeye sevk edebilir. Böylesi bir güç çatışmalarının yaşandığı bir ortamda topluluk hayatı kurulamayacağı ve kurulsa bile devam edemeyeceği için, insan ilişkilerinin bir düzen çerçevesinde şekillendirilmesi gerekir. İnsan doğasının kusurlu yönlerini törpüleyen ve insan ilişkilerini sosyal yaşamın gerekliliklerine göre dizayn eden kurallar bütünü hukuk düzeni olarak isimlendirilir. Sosyal yaşamın var olabilmesi ve korunabilmesi, ancak insanın gönüllü olarak kabul ettiği bu kurallar bütününe uyma yükümlülüğüne riayet etmesine bağlıdır. *Ubi societas ibi jus* (nerede toplum, orada hukuk) olarak tanımlanan bu ilke aynı zamanda tabii (doğal) hukuk öğretisinin de esasını oluşturur².

¹ Vecdi **ARAL**, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991, s. 18.

² Louis **LE FUR**, XVII. Asırdan Beri Tabii Hukuk Nazariyesi ve Modern Doktrin, Çeviren: Nihat

Tabii hukuk öğretisi, yazılı hukuktan önce gelen, en soyut anlamdaki yüksek hukuk prensiplerini ifade eder. Tabii hukuk, üstün bir değer olarak kanun koyuculara rehber olur ve onlar tarafından hazırlanan yazılı hukuk kurallarına kaynaklık eder. Tabii hukukun kapsamı ve içeriğini açıklamak üzere tarihin çeşitli dönemlerinde çok çeşitli görüşler ileri sürülmüştür³. Ancak bunların hepsinin ortak özelliği, tabii hukukun her devirde pozitif hukuk kurallarına yön vermesi, bu pozitif kuralları hazırlayan kanun koyucular ve bireyler yönünden de - adeta izlenmesi gereken bir kutup yıldızı gibi - kendisine erişilmesi veya yaklaşılmaması gereken "ideal" hukuk olarak kabul görmesidir. Pozitif hukuk kuralları, tabii hukuk öğretilerine ne kadar yaklaşırlarsa, o kadar adil ve hakkaniyetli olurlar.

B. Eski Yunan Medeniyeti

Yasayı, tabii hukuk öğretisi ile özdeşleştiren ilkçağ anlayışında, yasalara dayanmayan bir toplumun siyasal yapısının ayakta kalamayacağı düşüncesi hâkimdi. Özellikle Eski Yunan medeniyetinin önde gelen düşünce adamlarından sözgelimi Herodot'un "Bizim Yasadan başka efendimiz yoktur" mealindeki deyişi, Platon'un olgunluk döneminde "akıl kuralları" olarak gördüğü Yasaya bağlı bir sosyal düzenin kurulmasına yönelik çabaları⁴, Aristo'nun Yasalar dışında uyulacak hiçbir düzeni kabul etmemesi ve nihayet Sokrates'in Yasalara uyma görevini yerine getirmek için haksız yere ölümü kabul etmesi⁵, bu dö-

Raif Erim, İstanbul, 1940, s. 42-43.

³ Selçuk **ÖZÇELİK**, Esas Teşkilat Hukuku Dersleri, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1987, s. 12-13.

⁴ Ayferi **GÖZE**, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Beta Yayınevi, İstanbul, 1995, s. 32. Platon'un "yasa"ya ilişkin bu algılamasının, önceki eseri "Devlet" ile ortaya koymaya çalıştığı, her türlü kötülükten arınmış ideal devletin bilgelik, yiğitlik, ölçü ve adalet ilkelerine dayanarak ortaya konulabileceği ve bu en iyi devletin yasalara gerek kalmaksızın yönetilebileceği şeklindeki anlayıştan çok farklı bir noktada durduğuna işaret etmek gerekir. İlhan **AKIN**, Kamu Hukuku – Devlet Doktrinleri-Temel Hak ve Özgürlükler, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 8-9.

⁵ Atina şehir devletinin yurttaşları olan Sokrates, siyasal hasımları tarafından düzmece bir tertiple devleti yıkmaya teşebbüs ile suçlanmış ve ölüme mahkum edilmiştir. Ölüm cezasından kurtulmasını sağlamak üzere dostları tarafından Atina'dan kaçması yönünde yapılan baskı ve telkinlere özetle şu yanıtı vermiştir. "Ben Atina'da doğdum – bir kez Istmus'a gitmek dışında – ömrüm boyunca Atina'dan hiç ayrılmadım ve hep Atina'nın Yasasına uygun olarak yaşadım. Hiçbir zaman başka ülkelere ve Yasalarına ilgi duymadım, çünkü Atina'dan ve Yasasından her zaman memnundum ve bu Yasadan hep yararlandım. Şimdi, haksız bir kararla

nemde Yasa kavramının toplumu oluşturan bireyler tarafından ne denli benimsendiğinin ve içselleştirildiğinin birer kanıtını oluşturur⁶.

Buna karşın, Yunan ilkağında tabii hukukun tezahürü olarak egemen bulunan Yasanın, kişi hak ve özgürlüklerinin hayata geçirilmesi noktasında bugünün mantığıyla açıklanması pek de kolay olmayan kendine özgü birtakım nitelikleri söz konusuydu. Bir kere Yunan site devletlerinin birçoğunda yurttaşlar doğrudan doğruya devlet yönetimine katılmakta olmasına karşın; bu dönemde kölelik doğal bir kurum olarak kabul edilmiştir. Öyle ki, yukarıda ismi verilen düşünce adamlarından sözgelimi Platon eserlerinde bu konuya değinme gereksinimi dahi duymaz iken; Aristo ise kölelik kurumunu bugün için hiç de inandırıcı olmayan gerekçelerle⁷ savunmak durumunda kalmıştır. Yunan site devletlerinde nüfusun önemli bir çoğunluğunu her türlü haktan yoksun bulunan kölelerin oluşturduğu göz önüne alındığında ise, bu site devletlerinde iddia edildiği gibi bir demokrasinin değil ancak gerçekte dar bir oligarşinin egemen olduğunu ifade etmek gerekir⁸. Diğer yandan, bu devletlerin diğer bir özelliği de dinî bir temele dayanmaları ve dinin siyasal iktidarın kaynağını oluşturmasıdır. Bu durumda din kavramı ile özdeşleşen devlet yapısı, bireylerin yaşamlarının her alanına müdahale eden ve bireylerin tüm yaşamları üzerinde mutlak bir otorite kuran bir örgütlenme biçimidir⁹. Bu nedenle, Yasa

dahi olsa, bu Yasa benim aleyhime döndü diye, ben –Atina’dan ve Yasasından – kaçmaya kalkarsam kendi kendimle olan uyumu ve düzeni bozmuş olurum. Hayatım boyunca Atina yönetimi altında yaşayarak, Atina’nın Yasasına itaat etme konusunda bir yurttaşlık antlaşması yaptım, şimdi Atina Yasası benim hakkımda bir hüküm verdiyse, bana düşen sefil bir köle gibi kaçmak değil, yapmış olduğum yurttaşlık antlaşmasına, verdiğim söze uygun davranmak ve bu hükmün gereğini yerine getirmektedir”. **EFLATUN**, Sokrates’in Savunması, 3. Baskı, Şüle Yayınevi, İstanbul, 1999, s. 113-119, özellikle s. 116.

⁶ **AKIN**, “Kamu Hukuku – Devlet Doktrinleri-Temel Hak ve Özgürlükler”, s. 3.

⁷ Aristo’ya göre kölelik doğa kanunlarına uygun bir kurumdur. Çünkü doğa özgür kişilerle köleleri farklı bedensel özelliklere haiz kılmış ve köleleri bedensel açıdan güçlü ancak akıl, zeka ve düşünce yeteneğinden yoksun yaratmıştır. Bu nedenle, aklın bedeni yönettiği gibi kölelerin de özgür insanlar tarafından yönetilmesi gerekir. Şu halde, köle esas itibarıyla, özgür kişilerin hayatlarını düzgün bir biçimde idame edebilmeleri için kullanılan canlı bir üretim aracından ibarettir. Kölenin toplum yaşamındaki yeri özgür insanlardan sonra ve evcil hayvanlardan önce gelir ki, zaten köleler ve evcil hayvanlar özgür insanların gereksinimlerinin karşılanması noktasında birbirlerinden ayrılmaz ve bu amaçla birlikte kullanılırlar. **GÖZE**, “Siyasal Düşünceler ve Yönetimler”, s. 40.

⁸ Münci **KAPANİ**, Kamu Hürriyetleri, 5. Baskı, Ankara, 1976, s. 20.

⁹ Bu sistem içerisinde devlet bireylerin malvarlığından, eğitimine, aile ilişkilerinden giyimine, beslenmesine kadar, hayatlarının her zerresine karışmaktaydı. Örneğin Sparta site devletinin-

yurttaşların devlete karşı ileri sürebilecekleri hiçbir subjektif hak tanımadığı gibi, bireyi tüm bedensel ve ruhsal varlığıyla birlikte devlete ait bir nesne konumuna indirgemıştır. Şu halde, kişi özgürlüğünün hiç tanınmadığı demokratik(!) Yunan site devlet düzeninde bireylerin sahip oldukları yegâne özgürlük, Yasanın öngördüğü şekilde seçme ve seçilme benzeri bazı siyasal faaliyetlere katılabilmekten ibaretti.

C. Eski Çin Medeniyeti

Eski Yunan medeniyeti ile aynı çağlarda uzak doğunun düşünce ikliminde yaşanan gelişmeler dikkat çekicidir. Bu bağlamda ilk olarak, düşünce hayatında kurduğu otorite ve sonrasındaki dönemlerde yarattığı büyük etki nedeniyle Çinli düşünür Konfüçyüs'ün (M.Ö. 551-479) öğretisine işaret etmek gerekir. Konfüçyüsçülük bugün başta Çin olmak üzere belirli uzak doğu ülkelerinde bir dinsel inanç sistemi gibi kabul görmesine karşın, bu öğretinin bir din olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Ancak Konfüçyüs öğretisinin özellikle Çin toplumunda bu kadar geniş bir ilgi ve kabul görmesinin temel nedeni, bu öğretinin aile kurumuna sadakat, atalara ve büyüklere hürmet, aileyi devletin çekirdeği olarak görmek vb. gibi Çin toplumunun ortak gelenek ve inançları üzerine inşa edilmiş olmasıdır. Konfüçyüs'ün siyasal doktrini büyük ölçüde kendi geliştirdiği etik felsefesine dayanır. Konfüçyüs, rüşvet ve baskı ile hüküm süren bir devletin kalıcı olamayacağını ve devlet örgütlenmesinin teamüle ve halkın doğal ahlâki değerlerine dayanması gerektiğini savunur. Konfüçyüs siyasal iktidara ilişkin olarak simgesel anlatım yöntemi ile şu örneği vermektedir. "Eğer insanlar yasalar tarafından yönetilir ve eşitlik onlara cezalandırma yoluyla sağlanırsa, onlar cezadan kaçmaya çalışacaklar ancak bu şekilde utanma duygularını da kaybedeceklerdir. Ancak insanlar ahlâki erdemler tarafından yönetilirler ve eşitlik de görgü kuralları yoluyla sağlanırsa, bu durumda utanma duygularını koruyacakları gibi, daha iyi bir insan olmaya yöneleceklerdir". Devlet ve birey ilişkileri konusunda ise, güçlü bir iktidar düzenini savunmasına karşın, egemen

de Yasa yalnızca evlenmeyenleri değil geç evlenenleri de cezalandırıyor; Atina'da Yasa hangi kıyafetlerin giyileceği ve kadınların saç şekillerinin nasıl olması gerektiğini düzenliyor; Rodos'ta ise Yasa erkeklerle sakal tıraşı olmayı yasaklıyordu. Bkz. **KAPANİ**, "Kamu Hürriyetleri", s. 21, dpn. 7.

gücün belirli sınırlamalara tabi olması gerektiğini vurgulamaktadır. Buna göre, hakikat ve dürüstlük ne pahasına olursa olsun elden bırakılmamalı ve egemen gücün doğrudan saptığı durumlarda, kendisine gerekli saygı gösterilmek kaydıyla, hakikat mutlaka ortaya konulmalıdır.

Konfüçyüs sonrası dönemde Çin’de ortaya çıkan diğer bir öğreti ise “*Pin-yin*” olarak ifade edilen “*Yasallık-Legalism*” öğretisidir. İlk olarak Han hanedanı döneminde ortaya çıkan bu öğretinin en önemli temsilcisi olan *Han Fei Zi*’ye (M.Ö. 280-233) göre, bir hükümdarın yurttaşlarını yönetirken şu 3 kuralı tatbik etmesi gerekir¹⁰:

Yasa (Fa) Kuralı: Yasalar herkesin anlayacağı şekilde açık bir dille yazılmalı ve kamuya duyurulmalıdır. Hükümdarın egemenliği altındaki tüm yurttaşlar, yasalar önünde eşittirler. Yasalar onlara itaat edeni ödüllendirmeli, ihlal etmeye cüret edeni ise cezalandırmalıdır. Aslında modern ceza hukukunun temel güvence prensibi olan kanunilik ilkesine işaret etmesi nedeniyle son derece önemli olan bu kural; devletin veya hükümdarın üstünlüğünü değil, bilakis hukukun üstünlüğünü ifade etmektedir.

Taktik (Shu) Kuralı: Devletin özel taktiklerine ve sırlarına, devlet iktidarının bir başkasına geçmesini önlenmesi yönünden mutlaka yalnızca hükümdar sahip olmalıdır. Hükümdar bu konuda Yasaların uygulanması dışında, hiç kimseye kullanabileceği bir fırsat sunmamalıdır.

Meşruiyet (Shi) Kuralı: Bu kural, hükümdarın kişi olarak değil ancak gücü elinde tutan makam olarak pozisyonunun önemini ve ağırlığını ifade eder. Buna göre, hükümdarın gerçek bir lider olarak iktidarını sürdürebilmesi için her türlü gelişmeyi doğru analiz edebilmesi, eğilimleri önceden sezebilmesi ve vakıalara hâkim olabilmesi gerekir.

D. Roma Medeniyeti

Tarihin gördüğü en kudretli imparatorluğu inşa eden Roma medeniyeti karakteri itibarıyla savaşmaya, yönetmeye ve gelir elde etmeye odaklanmış

¹⁰ Burton WATSON, Han Fei Tzu - Basic Writings, Columbia University Press, New York, 1964, s. 2.

bir yapıdır¹¹. Bu nedenle, kuramlardan çok olayların egemen olduğu böyle bir yapıda Eski Yunan ve Çin Medeniyetlerinin aksine felsefe ve fikir akımlarının küçümsenmiş olmasını ve kendine özgü bir siyaset teorisinin bulunmamasını doğal karşılamak gerekir¹².

Felsefe, siyaset ve ahlâka ilişkin soyut fikir ve ideleri elinin tersiyle iten Roma medeniyetinde, buna karşın son derece gelişmiş ve işlenmiş bir hukuk fikrinin bulunması şaşırtıcıdır. Denebilir ki, hukuk Romalıların ilgilendikleri yeğâne soyut öğretiler ve Romalıların her olayı yalnızca hukuk penceresinden ele almışlardır¹³. Bu bağlamda gerek savaşa karar verilmesi veya hükümet darbeleri gibi siyasal iktidara ilişkin olaylar gerekse mülkiyet sorunları gibi bireyler arası ilişkilere ilişkin sorunlar daima hukukçular tarafından hukukî temelde yaratılan formüllerle yürütülmüş ve çözümlenmiştir¹⁴.

Siyasal yetkinin kullanılması bakımından, Roma medeniyetinde 3 egemen organın bulunduğu görülür. Bunlar Magistralar, Senato ve Halk Meclisleridir. Roma'nın son devri bir tarafa bırakılırsa, imparatorluk tarihi boyunca bu üç organın biri veya diğeri daha fazla önem kazanmış ve yönetimde söz sahibi olmuş; ancak hepsi de varlıklarını korumuşlardır.

Roma medeniyeti, belirli bir şehirde yerleşik özgür insanların örgütlenmesinden oluşan şehir devletleri olan *Civitas*'lardan oluşmaktaydı ve bu *Civitas*'lar Eski Yunan'daki site devletine karşılık geliyordu. *Civitas*'lar doğrudan katılımla yönetilir ve yönetime ilişkin kurallar yukarıda değinilen gelişmiş hukuk kuralları ile ayrıntılı olarak belirlenirdi.

Kişî hak ve özgürlükleri yönünden ise Roma medeniyetinde - Eski Yunan'da olduğu gibi - siyasal yetki ile özgürlüğün birbirine karıştırıldığı görülmektedir¹⁵. Bu açıdan, Roma medeniyetine damgasını vuran *patriciler* ve *plebler* arasın-

¹¹ Roma medeniyeti siyasal açıdan 4 devreye ayrılır. Bunlar "Krallık" (M.Ö. 754-509), "Cumhuriyet" (M.Ö. 509-27), "İlk İmparatorluk" (M.Ö. 27-284 ve "Son İmparatorluk" (M.Ö. 284-565) devirleridir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Andreas B. SCHWARZ, Roma Hukuku Dersleri, I. Cilt, Çeviren: Türkan Rado, İstanbul, 1956, s. 4-9. Ayrıca bkz. Ziya UMUR, Roma Hukuku, İstanbul, 1982, s. 3.

¹² AKIN, "Kamu Hukuku – Devlet Doktrinleri-Temel Hak ve Özgürlükler", s. 29.

¹³ SCHWARZ, "Roma Hukuku Dersleri", s. 10.

¹⁴ AKIN, "Kamu Hukuku – Devlet Doktrinleri-Temel Hak ve Özgürlükler", s. 30.

¹⁵ KAPANİ, "Kamu Hürriyetleri", s. 21.

daki sınıf mücadelesi hem bir siyasal iktidar hem de bir özgürlük mücadelesi olarak yorumlanmalıdır. *Pleblerin* başta Magistralıklar olmak üzere *patricilere* ait bulunan siyasal organlarda temsil edilme ve bu organlarda söz sahibi olma mücadelesi yüzyıllar boyunca devam etmiş ve nihayet Cumhuriyet devrinin sonlarına gelindiğinde *pleb* sınıfı tüm organlarda ağırlığı ele geçirerek *patricilere* hakim hale gelmiştir¹⁶.

Bununla birlikte, bu sınıf mücadelesi esas itibarıyla demokratik bir mücadele olmaktan ziyade dar bir oligarşik yapı içerisinde cereyan ediyordu. Çünkü, Eski Yunan'daki gibi burada da nüfusun önemli çoğunluğunu köleler oluşturuyor ve kölelerin yeri yine ev hayvanlarından hemen sonra geliyordu. Roma'da Çiçero (M.Ö. 106-43) ve Seneca gibi düşünce adamlarının köleyi insan olma sıfatı nedeniyle efendisi ile eşit görmeye yönelik yaklaşımları, köleliği bireyin "şansına" ya da "kaderine" bağlamak suretiyle, aslında kölelik kurumunu meşrulaştırmaktadır¹⁷. Ancak yine de bu yaklaşımların Aristo'nun yukarıda değinilen argümanlarından daha ileri bir düzeyde olduğunu da kabul etmek gerekir.

E. Orta Çağ Dönemi

Orta Çağ, Batı Roma İmparatorluğu'nun çöküşü (M.S. 476) ile Amerika kıtasının keşfine (1492) kadar süren yaklaşık on yüzyıllık bir zaman dilimidir. Bu kadar uzun bir zaman dilimi içerisinde gerek toplumsal ve siyasal kurumlarda gerekse düşünce akımlarında büyük değişimler yaşanması olağan ise de, Ortaçağ tarihine damga vuran iki temel gelişmenin altını çizmek gerekir.

Ortaçağın iz bırakan ilk temel özelliği Roma İmparatoru Büyük Konstantin'in M.S. 313'de Milano Bildirisi ile Hristiyanlığı resmi din olarak tanınmasıdır. Hristiyanlık felsefesinin insan kişiliğine değer kazandırması ve kendisini yara-

¹⁶ UMUR, "Roma Hukuku", s. 43.

¹⁷ Mehmet Semih GEMALMAZ, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 5. Baskı, İstanbul, 2005, s. 14. Bununla birlikte özellikle Çiçero'nun cezalandırmanın esasına ve suçluların ıslahına yönelik yapmış olduğu saptamalar günümüz modern ceza hukuku anlayışına paralelliği nedeniyle dikkat çekicidir. Çiçero, savaşta dahi düşmana karşı yapılabileceklerin bir sınırı olması gerektiğini savunmuş, cezalandırmada ise aşağılayıcı muamelelerden kaçınılması gerektiğini ve cezalandırmada amacın suç işleyen kişiye Cumhuriyetin yararı gözetilerek, işlediği suçla orantılı bir yaptırımın uygulanması olması gerektiğini belirtmiştir. GEMALMAZ, "Ulusalüstü İnsan Hakları", s. 13.

tan Tanrı'nın bir tezahürü olarak insanın bazı haklara sahip olabileceği düşüncesi belirirdi¹⁸. İnsanı toplum içinde basit bir araç olmaktan çıkartıp, bizatihi bir amaç olarak ortaya koyan bu düşünce tarzı, İlkçağın bireyi devlet karşısında hiçleştiren geleneksel yaklaşımından oldukça farklı bir noktada durmaktadır. Bu bağlamda, Hristiyanlık öğretisi önceleri siyasal otorite ile dinsel otoriteyi birbirinden ayırmış ve bireylerin inançlarını devlet hegemonyasından ayırmak istemiştir. Ancak bu durum uzun sürmedi. Hristiyanlığın imparatorluk içinde egemen inanç sistemi haline gelmesi ile Kilise giderek güçlenmeye başladı. Hristiyanlığın imparatorluk sınırlarını aşarak, tüm Avrupa'ya yayılması ile birlikte kaçınılmaz olarak ortaya çıkan devlet-kilise çatışmasında önceleri ağır basan Devlet giderek güçten düşerek zayıflarken; Kilise ise bu mücadeleden güçlenerek çıktı ve egemenliğine kavuştu¹⁹. Kilise öylesine güç kazandı ki, Ortaçağ döneminin ortalarına doğru Kilise artık hem toprak sahibi, hem yönetici, hem vergi koyucu hem vergi (rant) toplayıcı, hem işveren, hem tacir, hem bankacı ve tefeci, hem ahlâkın koruyucusu hem de yasa yapıcısı ve koruyucusu olarak muazzam bir güce ve iktidara sahip hale gelmişti²⁰. Siyasal otorite ile dinsel otoritenin özdeş hale geldiği bu ortamda artık, Hristiyanlık öğretisinin iktidar karşısında bireyin vicdan özgürlüğünü savunabilmesi de söz konusu olamazdı.

Kilisenin böylesi bir mutlak iktidara ulaşabilmesini sağlayan diğer bir önemli gelişme ise, Ortaçağa damgasını vuran feodal düzenin ortaya çıkmasıdır²¹. Toprak sahipliğine bağlı olarak ortaya çıkan feodalitenin gelişmesi, merkezî devlet iktidarlarının zayıflamasına ve sonunda da parçalanmasına yol açmıştır. Feodal düzenin siyasal yapısı bir piramit şeklindedir. Piramidin tepesinde her ne kadar merkezi otoriteyi temsil eden kral (veya imparator) bulunsada, bu kralın mutlak yetkileri yoktur. Piramitte yeri kralın hemen altında bulunan toprak sahibi "senyörler" feodal düzenin özünü oluşturur, çünkü bu dönemde temel üretim biçimi olan toprak bu senyörler arasında dağıtılmıştır. Ekonomik gücü elinde bulunduran senyörlerin de kendi aralarında bir hiyerarşik düzen

¹⁸ **KAPANI**, "Kamu Hürriyetleri", s. 22.

¹⁹ **AKIN**, "Kamu Hukuku – Devlet Doktrinleri-Temel Hak ve Özgürlükler", s. 42.

²⁰ **GEMALMAZ**, "Ulusalüstü İnsan Hakları", s. 18-19.

²¹ Feodal düzenin oluşumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ömer Lûtfi **BARKAN**, İktisat Tarihi,- Ders Notları, C: II, 1954, s. 22 vd.

bulunmaktadır. Senyörlerin altında ise, feodal sözleşme ile karşılıklı yükümlülük altına girdikleri vassalları bulunur. Nihayet piramidin en altında ise en geniş tabakayı oluşturan serfler yer alır. Görüldüğü üzere, ilkçağın toplumsal düzeninin çözülmesi ile Ortaçağ'da soylu yurttaşların yerini senyör ve vassallar, kölelerin yerini ise serfler almış ve Avrupa feodalizmi kendisinden öncekinden daha az eşitsizlikçi olmayan bir toplumsal yapı şeklinde ortaya çıkmıştır.

Ortaçağ, esas itibarıyla bitmek bilmeyen bir iktidar mücadelesi süreci şeklinde tezahür etmiştir. Bu süreçte, iktidar savaşının tarafları kendi çıkarlarını gözeterek (Engizisyon örneğinde olduğu gibi) genelde dini ve imanı korumak bahanesi altında sayısız insanı vahşice yöntemlerle öldürmekten, işkence etmekten, kan ve gözyaşı akıtmaktan geri durmamışlardır. Bu açıdan Ortaçağ Avrupası, insanlığın kana boyandığı bir dönem olarak tarihteki yerini almıştır. Bununla birlikte, bu dönem aynı zamanda, hak ve özgürlükler alanında gelecek yüzyıllarda yaşanacak olumlu gelişmelerin tohumlarının atıldığı bir süreçtir ve Ortaçağ döneminde de, bu eşitlikten ve adaletten uzak toplumsal yapıya karşı duran düşünce akımları ortaya çıkabilmiştir. Ortaçağ Avrupasında zikredilmesi gereken düşünce adamı Aquino'lu Thomas (*Saint Thomas Aquinas / 1225-1274*)'dır. Aslında bir düşünürden ziyade ilahiyatçı olan Aquino'lu Thomas, İbni-i Rüşd ve İbn-i Sina gibi İslam düşünürlerinin çabalarıyla Ortaçağ Avrupasına tanıtılan Aristo'nun görüşlerini Hristiyanlık öğretisinin değerleri ile uzlaştırmaya çalışmış ve bu şekilde özgün bir siyaset teorisi ortaya koyabilmiştir²². Aquino'lu Thomas özellikle siyasal iktidarın kaynağı ve kullanılış biçimine ilişkin olarak, Tanrı'dan gelen iktidarın şu anki iktidar sahiplerine doğrudan doğruya değil ancak *halk aracılığıyla* verildiğini; dolayısıyla iktidarın esas itibarıyla halka ait olduğunu belirten ilerici görüşler ortaya koymuştur²³. Buna karşılık aynı düşünürün, -Aristo ile aynı paralelde- kölelik kurumunu açıkça savunması ve bireylerin vicdan özgürlüğünü reddederek, kilisenin vicdanlar üzerindeki mutlak egemenliğini benimsemesi, onun bir özgürlük elçisi olarak kabul edilmesini engeller²⁴. Ortaçağ Avrupasında değinilmesi gereken diğer bir düşünür de, Padovalı Marsilius (*Marsiglio da Padova / 1275-1342*)'dır. Düşünür 1324

²² GÖZE, "Siyasal Düşünceler ve Yönetimler", s. 78 vd.

²³ AKIN, "Kamu Hukuku – Devlet Doktrinleri-Temel Hak ve Özgürlükler", s. 57.

²⁴ KAPANİ, "Kamu Hürriyetleri", s. 24.

yılında yayımladığı “Barışın Savunucusu” (*Defensor pacis*) isimli eserinde özgür insanlardan oluşan bir topluluğun (devlet) oluşturulabilmesi için, siyasal iktidarın kaynağının halk olduğunun benimsenmesi ve halkın bu iktidarı bizzat veya temsilcileri vasıtasıyla Yasaların yapılması sürecine katılarak gerçekleştirebileceğini savunmuştur. Yine vidan özgürlüğü konusunda ise -Aquino’lu Thomas’ın aksine- kimseye zorla iman aşılanamayacağını vurgulayarak vicdan özgürlüğünü savunmuştur²⁵. Görüldüğü üzere, Padovalı Marsilius kendisinden önceki düşünörlere kıyasla son derece ileri ve özgürlükçü görüşleri ile Ortaçağ karanlığına tam bir tezat olarak tarihteki yerini alan bir düşünce adamıdır.

Ancak arada parlayan bu yıldızlara rağmen, Ortaçağ dönemi bir bütün olarak ele alındığında hak ve özgürlükler bakımından insanlık tarihinin karanlık bir dönemi olarak kalmıştır. Ortaçağın ilk döneminde Hristiyanlık öğretisinin insan üzerine odaklanan ve devlet otoritesi karşısında bireyin özgürlüğünü savunan liberal yaklaşımı, Kilisenin güçlenmesine paralel olarak kısa sürede geçerliliğini yitirmiştir. Bu açıdan Ortaçağda insanlar bir yandan feodal derebeylerinin diğer yandan ise Kilisenin baskısı altında, hak ve özgürlüklerden yoksun olarak yaşamak durumunda bırakılmışlardır.

F. İslam Medeniyeti

İslamiyet 610 yılında Arap yarımadasında doğmuş ve ardından gelişerek hızla yayılmıştır. Hz. Muhammed tarafından kurulan İslam devleti peygamberin 632 yılındaki vefatından sonra, önce dört halife döneminde (632-661), sonrasında ise Emevi (661-750) ve Abbasi (750-1258) hanedanları döneminde hızla gelişmiş ve İspanya’dan Maveraünnehir’e kadar çok geniş sınırlara ulaşmıştır²⁶. İslam devletinin kısa sayılabilecek bir dönemde bu kadar organize bir biçimde yayılabilmesindeki temel etmenlerden birisi de, ele geçirilen yerlerde uygulanmaya başlanan İslam hukukunun, dönemin koşullarına göre çok ilerici özellikler taşımasıdır²⁷. Bir kere, İslam devletinin egemenliğine giren bir yerde yaşayanlara “Dinde zorlama yoktur” esası çerçevesinde, İslam dinini zorla kabul ettirmek gibi bir anlayıştan kaçınılmış; bunun yerine İslam dinine mensup

²⁵ KAPANİ, “Kamu Hürriyetleri”, s. 26.

²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Neşet ÇAĞATAY, İslam Tarihi, Ankara, 1993, s. 301 vd.

²⁷ Hayreddin KARAMAN, Yeni Gelişmeler Işığında İslam Hukuku, 2. Baskı, 1987, s. 17.

olmayan (*zimmî*) tebaadan “cizye” ve haraç” adı altında vergi alınması yoluna gidilmiştir. Bunun dışında, İslam hukuku, kural olarak Müslümanlar ve gayri Müslimler arasında bir ayırım gözetmeksizin gerek kanun ve mahkeme önünde gerekse kamu hizmetlerine girme ve bu hizmetlerden yararlanma konusunda eşitlik prensibine dayanan bir düzeni egemen kılmıştır²⁸. Ancak temel hak ve özgürlükler bağlamında eşitlik prensibi açısından kölelik kurumunun - önceki medeniyetlerde olduğu gibi - varlığını devam ettirdiğini belirtmek gerekir. Bu noktada kölelik kurumuna ilişkin olarak, İslam hukukunda özgürlüğün esas olduğu ve o dönemin sosyal ve iktisadi koşulları içerisinde ticaret hayatının önemli bir parçası olan kölelik geleneğinin birdenbire yasaklanmasının mümkün olmadığı; buna karşın İslam öğretisinde köleliğin ortadan kaldırılması için fiilî ve hukukî yollar gösterildiği ve köle azat etmenin teşvik edildiği ifade edilmektedir²⁹.

İslam medeniyeti kuruluş ve yükseliş dönemlerinde aynı zamanda yüksek nitelikli bir düşünce ve felsefe yaşamını da bünyesinde barındırmaktadır. Bu durum, Kuran-ı Kerim’in “akla ve ilme” değer ve serbesti veren yaklaşımının yanı sıra, devletin yayılma sürecinde batıda Bizans doğuda ise İran medeniyetleri ile kültürel etkileşim içerisine girilmesinin de bir sonucudur. Akla ve ilme tanınan serbesti sayesinde, tanışılan yeni kültürlerdeki düşünsel ve felsefi birikimler, tercüme edilen kitaplar yoluyla İslam kültürüne aktarılmıştır. Bu açıdan özellikle Eski Yunan felsefesinden etkilenen İslam düşünürleri, Aristo ve Platon gibi eski çağ düşünürlerinin görüşlerini İslam düşüncesiyle birleştirmişlerdir. Nitekim Eski Çağ düşünce ve felsefe birikiminin bugüne kadar taşınabilmesini sağlayan da, Farabi, İbn-i Rüşd ve İbn-i Sina gibi İslam düşünürlerinin bu konuda yapmış oldukları çalışmalardır. Kuşkusuz İslam düşünce tarihini inşa eden

²⁸ Servet **ARMAĞAN**, İslam Hukukunda Hak ve Hürriyetler, 6. Baskı, Ankara, 2006, s. 32-48.

²⁹ **ARMAĞAN**, “İslam Hukukunda Hak ve Hürriyetler”, s. 69. Hatemi ise, İslam hukuk felsefesinin İslam Medinesine (yazar buradaki Medine’yi, Roma Hukukundaki “Civitas”ın karşılığı olarak kullanmaktadır) iki temel hedef gösterdiğini; bu hedeflerin köleliğin ilga edilmesi ve iktisadi açıdan insan onuruna yakışmayan, eşitsizlikleri körükleyen sömürünün ortadan kaldırılması olduğunu belirtmektedir. Hüseyin **HATEMİ**, İslam Hukuku Dersleri, 2. Baskı, 1999, s. 123. Yazar, Hz. Muhammed’in Medinesinde (*civitas*) kölelik kurumu yerini bugünkü “koruyucu aile kurumu”na benzer bir uygulamaya bıraktığını ifade etmektedir. Bu sistemde savaş esirleri, koruyucu aile sözleşmeleri imzalanarak bu ailelerin gözetimine bırakılmışlar ve ailenin birer bireyi gibi korunmuşlardır. **HATEMİ**, “İslam Hukuku Dersleri”, s. 119.

tüm düşünürlerin çalışmalarını burada belirtmek konumuz sınırları dışındadır. Bununla birlikte, çok boyutlu çalışmaları ile sonraki yüzyıllarda batı düşüncesinde Machiavelli, Montesquieu, Marx ve Rousseau gibi çok önemli isimlerin öncüsü olarak görülen³⁰ İbn-i Haldun'a özel bir parantez açmak yerinde olacaktır.

İbn-i Haldun (1332-1406) tarihten astronomiye iktisattan, matematikten sosyolojiye kadar çok çeşitli disiplinlerde eserler vermiş bir İslam bilginidir. Batılı düşünürler tarafından özellikle sonraki çağlara olan etkisi nedeniyle "tarih felsefesinin kurucusu" veya "sosyolojisinin öncüsü" olarak isimlendirilir. Gerçekten, sözgelimi tarih bilimi açısından İbn-i Haldun tarihçiliği geçmişten haber toplayıp bugüne aktarma veya bir nevî öykücülük olmaktan çıkartmış ve olayların nedenleri üzerine odaklanan, sebep-sonuç ilişkisini ortaya koymaya çalışan araştırmacı tarih biliminin öncüsü olmuştur³¹. İktidara ilişkin olarak ise, toplumda bir iktidarın (devletin) varlığının gerekli ve kaçınılmaz olduğunu vurgulayan İbn-i Haldun, "Mukaddime" isimli temel eserinin bütününde laik bir siyaset ve devlet teorisini ortaya koymasına yönünden de özel bir önem taşımaktadır³².

İslam medeniyetine hukuk penceresinden yaklaştığımızda ise İslam hukukunun içerdiği hükümlerin kaynağı bakımından hem dini hükümlerden hem de hukukçuların görüşlerinden oluşan bir hukuk dalı olduğu tespit edilebilir³³. İslam hukukunun yüzyıllar içerisinde gelişen uygulamasında iki ana referans kaynağı vardır. Bunlardan ilki Kuran-ı Kerim, diğeri ise Hz. Muhammed'in söz ve fiillerinden oluşan Sünnettir. Ancak bunun yanında klasik fıkıh usulüne göre, hukukçuların üzerinde mutabık kaldığı görüşlerden oluşan "icma", Kuran ve sünnetten benzer olaylara hukukçular tarafından çıkarım yoluyla elde edilen sonuçları ifade eden "kıyas" gibi ikincil kaynaklar da bulunmaktadır.

İslam ceza hukukunda ise suçlar en yaygın tasnife göre had, kısas-diyet ve tazir şeklinde 3'e ayrılmaktadır³⁴. Bunlardan had, Allah'ın haklarına karşı (top-

³⁰ Ümit **HASSAN**, İbn Haldun'un Metodu ve Siyaset Öğretisi, Ankara, 1977, s. 17 vd.

³¹ **GÖZE**, "Siyasal Düşünceler ve Yönetimler", s. 96-97.

³² **HASSAN**, "İbn Haldun'un Metodu ve Siyaset Öğretisi," s. 168.

³³ S. Maksudi **ARSAL**, Umumi Hukuk Tarihi, İstanbul, 1944, s. 57.

³⁴ Kayıhan **İÇEL-Süheyl DONAY**, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, 4. Bası, Beta Yayın-

luma, kamuya) yönelik suçları, kısas-diyet suçları ise kişilere (kul haklarına) karşı işlenen suçları ifade eder. Bu iki gruba giren suçların ortak yönü yaptırımlarının Şari' (kanun koyucu: Allah ve Peygamber) tarafından belirlenmiş olmasıdır. Tazir suçları ise bu iki grubun dışında kalan, yaptırımını belirlenmeksizin yasaklanan ve/veya günah olduğu bildirilen fiillerdir, bu fiilleri suç olarak belirleme yetkisi yasama organının takdirine bırakılarak, İslam ceza hukukunun uzun süre yaşaması istenmiştir³⁵. İslam hukukunun ana referans kaynağı olan Kuran-Kerim'de 30'dan fazla ayette maddi ceza hukukuna ilişkin yollamaların yapıldığı görülmekle birlikte, ceza muhakemesine ilişkin olarak aynı tespiti yapabilmek mümkün değildir. Keza diğer ana referans kaynağı Sünnette de, ceza muhakemesine ilişkin bir açıklama olarak kabul edilebilecek çok az sayıda gelenek yer almaktadır³⁶. Had suçları ile kısas-diyet suçlarına ilişkin hükümler üzerinde İslam hukukçuları tarafından sürekli tartışma yürütülmüş olmakla birlikte; ceza muhakemesi yönünden en ağırlıklı kısmı oluşturan tazir suçları ise daha ziyade yönetime ilişkin bir mesele olarak addedilmiş ve hukukçular tarafından tartışılmak yerine yetkili idari mercilere bırakılmıştır.

İslam ceza hukukunun ana kaynaklarında inceleme konumuz olan adil yargılanma hakkının belirli unsurlarına işaret eden hükümler yer aldığı tespit edilebilir. Bu bağlamda, sözgelimi batıda Aydınlanma Çağı ile gündeme gelen ve bugün modern ceza hukukunun güvence fonksiyonu³⁷ sayılan suçta ve cezada kanunilik ilkesine ve bu ilkenin zorunlu sonucu olan geçmişe yürümezlik kuralına Kuran-Kerim'de şu şekilde işaret edilmiştir: "*Kim doğru yolu bulursa an-*

nevi, İstanbul, 2005, s. 49; Mustafa **AVCI**, Osmanlı Ceza Hukuku'na Giriş, Mimoza Yayınevi, Konya, 2008, s. 26.

³⁵ Had, kısas-diyet ve tazir suçlarının farklılıklarının karşılaştırılması için bkz. **AVCI**, "Osmanlı Ceza Hukuku'na Giriş", s. 28-37. Taziren işlenen suçlarda ayrıca yargıca da büyük bir takdir yetkisi tanınmıştır. Yargıç isterse suçluya yalnızca öğüt vermekle yetinebileceği gibi, onu azarlama, sopalattırma, yüzünü karalayarak teşhir ettirme, hapsedirme, sürgüne yollama vb. yaptırımlardan birisine de hükmedebilir. Ancak taziren işlenen suçta yargıcın tatbik edeceği ceza aynı cinsten Hadd cezasının aşağı sınırına ulaşmamalıdır. Coşkun **ÜÇÖK** – Ahmet **MUMCU**, Türk Hukuk Tarihi, 5. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 1985, s. 74.

³⁶ Sylvia **TELLENBACH**, "Fair Trial Guarantees in Criminal Proceedings Under Islamic, Afghan Constitutional and International Law", Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV), Vol: 64, 2004, s. 929.

³⁷ Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonu için bkz. **İÇEL-DONAY**, "Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku", s. 74 vd.

*cak kendisi için bulmuştur ve kim doğru yoldan sapmışsa kendisini sapıtmıştır ve kimse, bir başkasının yükünü yüklenmez ve biz, peygamber göndermedikçe hiçbir topluluğu azaplandırmayız (İsrâ Suresi, 15. Ayet)”; “Rabbin, ülkelerin merkezî yerlerine, kendilerine ayetleri okuyan bir peygamber göndermedikçe memleketleri helak edici değildir. Zaten biz, halkları zalim olmadıkça memleketleri helak etmeyiz (Kasas Suresi, 59. Ayet)”; “.....Allah geçmiştekileri affetmiştir. Fakat kim bir daha böyle yaparsa, Allah ondan intikam alır. Allah güç sahibidir, intikam sahibidir”. Bu ayetlerin işaret ettiği temel mesele, kanunun önceden suç olarak belirtmediği bir fiilden dolayı kişiye ceza verilmemesidir³⁸. İslam ceza hukukunda adil yargılanma hakkına ilişkin diğer bir belirleme örneği suçsuzluk karinesine ilişkin olarak verilebilir. İslam inancında insanın özü itibarıyla masum ve saf halde bulunması esası geçerli olduğu için, aksi ispatlanıncaya kadar her insanın doğru ve dürüst bir biçimde davrandığı kabul edilir. Bu durumun ceza muhakemesindeki yansıması ise, *istishâb* yani geçmişte sabit olan bir durumun, sonradan değiştiğine ilişkin olarak delil bulunmaması ve bu değişimin ispatlanamaması halinde, aynı kalmasına hükmedilmesi şeklinde gerçekleşir. Suçsuzluk karinesine bir dizi sonuç bağlanmış olup, bunlardan en önemlisi, bir suç isnadı halinde ispat yükümlülüğünün, kendisine suç isnat edilende değil ancak iddiada bulunanda olmasıdır. Bu durum Hz. Muhammed tarafından “ispat yükümlülüğü iddiada bulunanda, yemin yükümlülüğü ise iddiayı inkâr edendedir” şeklindeki bir hadis ile ifade edilmiştir. İslam ceza hukuku özellikle had ve kısas-diyet suçlarında ispat yükümlülüğüne özel bir önem vermiş ve bazen ispatlanması çok zor, hatta imkânsız olan bu suçların, suç işlediği ileri sürülen zanlı tarafından işlendiği hususunun kat’i surette ispat edilememesi ve halen şüphenin varlığını koruması halinde, zanlının cezalandırılmaması esasını getirmiştir. Hz. Muhammed ceza muhakemesinde şüphenin varlığına ilişkin uygulama konusunda yargıçları cesaretlendiren bir başka hadisinde “Bir şüphe veya kuşku duyuyorsanız hudud cezalarını uygulamaktan kaçının ve mümkünse sanığı salıverin. İmam (*burada yargıç*) için yanlışlıkla birini salıvermek, yanlışlıkla birini cezalandırmaktan iyidir” ifadelerini kullanmıştır³⁹.*

³⁸ TELLENBACH, “Fair Trial Guarantees”, s. 931.

³⁹ TELLENBACH, “Fair Trial Guarantees”, s. 933-934.

II. İNGİLİZ ÖZGÜRLÜK METİNLERİNDE GELİŞİM SÜRECİ

A. Magna Carta Libertatum (1215)

Tabîî hukuk öğretisinin, insanların pozitif hukuktan önce ve ondan bağımsız olarak, dokunulmaz ve vazgeçilmez doğal haklara sahip oldukları şeklindeki anlayışına paralel olarak, özellikle siyasal iktidarlara karşı kişi hak ve özgürlüklerinin uygulamaya konulduğu ilk yazılı metin örneği İngiltere’de ortaya çıkmıştır. Magna Carta Libertatum (*Büyük Özgürlük Fermanı*) 1215 yılında İngiltere Kralı (*Yurtsuz*) John tarafından çıkartılmış toplam 63 maddeden oluşan bir belgedir. Magna Carta esas itibarıyla halka temel hak ve özgürlükler tanıyan bir belge olmaktan ziyade, Papa ile giriştiği iktidar mücadelesinden yararlı çıkan Kral John’un koltuğunu koruyabilmek için İngiliz feodal senyörlerine, baronlarına tanıdığı bir ayrıcalıklar bütününden ibarettir. Bu açıdan, Magna Carta bir ilk olmadığı gibi⁴⁰, içerik itibarıyla kralın yetkilerini feodaller lehine sınırlayan bir “feodalizm manifestosu” olmaktan öteye gitmez⁴¹. Buna karşılık, Magna Carta’nın - diğer benzeri feodal şartlardan farklı olarak - sonraki yüzyıllarda siyasal iktidarın yetkilerinin sınırlandırılmasına ve günümüzde de modern insan hakları belgelerine öncülük eden ilk özgürlük fermanı şeklindeki algılanmasının temel nedeni ise, içeriğinden değil tarihsel süreçte kullanış biçiminden kaynaklanmaktadır. Gerçekten, Magna Carta bu süreç içerisinde Krala (siyasal iktidara) karşı muhalefetin ve direnişin bir sembolü olarak kabul edilmiş ve böylece aslında içerik olarak pek de karşılığı olmayan bir saygı ve iltifata mahzar olmuştur⁴².

⁴⁰ Gerçekten o dönemde Avrupa’nın farklı noktalarında, merkezi krallıkların iktidarlarını koruyabilmek için soylulara ve feodallere birtakım ayrıcalıklar tanımak zorunda kaldıkları görülmektedir. Bu anlamda, Magna Carta ile aynı tarihi taşıyan 1215 İspanya Şartı ve 1222 tarihli Macaristan Şartı, bu ayrıcalıklara örnek olarak gösterilebilir. **GEMALMAZ**, “Ulusalüstü İnsan Hakları”, s. 24.

⁴¹ **KAPANİ**, “Kamu Hürriyetleri”, s. 41. Bununla birlikte, Magna Carta’nın “kodifiye edilmemiş anayasa” olarak değerlendirildiği anavatanında halen çok özel bir önem ve değere haiz olduğu görülmektedir. Sözgelimi Lord Denning Magna Carta’yı, “tüm zamanların en büyük anayasal belgesi ve despotun keyfi iktidarına karşı bireyin özgürlüklerinin doğuşu” olarak nitelendirmiştir. Bkz. Danny **DANZIGER**-John **GILLINGHAM**, 1215: The Year of Magna Carta, Touchstone, New York, 2004, s. 278.

⁴² **GEMALMAZ**, “Ulusalüstü İnsan Hakları”, s. 24, dpn. 70; **GÖZE**, “Siyasal Düşünceler ve Yönetimler”, s. 418 vd.

Kralın yetkilerini feodaller lehine sınırlayan bir metin olan Magna Carta, konumuz açısından ise, adil yargılanma hakkına işaret eden ilk yazılı metin olması nedeniyle önem taşır⁴³. Gerçekten Magna Carta'nın adil yargılanma hakkına ilk yöneliş olarak nitelendirilebileceğimiz 39. maddesi şu şekildedir:

“Hiçbir özgür insan, bu ülkenin yasaları uyarınca veya kendi eşitleri tarafından hukuka uygun olarak verilen bir hüküm bulunmadıkça, yakalanamaz, hapsedilemez, malvarlığından veya haklarından yoksun bırakılamaz, sürgüne gönderilemez veya başkaca bir biçimde hakları yok edilemez. Adaleti veya hakkı hiç kimseye satmayacağız, hiç kimse için inkar etmeyeceğiz ve ertelemeyeceğiz⁴⁴”.

Bu hükmün dışında Magna Carta'da adil yargılanmayla ilintili başka hükümler de yer almaktadır. Bu anlamda, sözgelimi özgür kişilerin işledikleri hafif suçlar için para cezasına çarptırılmaması ve ağır suçlar için ise “suçları ile orantılı” bir şekilde ve topraklarını muhafaza edecekleri şekilde para cezasına çarptırılmaları (Md. 20), feodal ve baronların işledikleri suçlar nedeniyle ancak kendi eşitleri tarafından yargılanmaları ve suçları ile orantılı para cezalarına çarptırılmaları (md. 21), krallık yargıçlarının gördükleri davalara hiçbir şerif, adli memur, memur veya kraliyetin başka bir görevlisinin bakamaması (md. 24), inandırıcı şahitler bulunmaksızın hiç kimsenin salt kendi açıklamasına dayanılarak mahkeme önüne çıkartılamaması (md. 38), yargıç, vali şerif ve diğer memurların ülkenin yasalarını bilen ve bu yasalara tümüyle riayet eden kişiler arasından seçilmesi gibi hükümler, örnek verilebilir⁴⁵.

Magna Carta'nın yayınlanmasından sonra İngiltere'de tahta çıkan krallar, bu fermanın hükümlerine riayet edeceklerini kamuoyuna açıklamak durumunda kalmışlar ve İngiltere'de parlamentonun doğuşu ve yerleşmesi sürecin-

⁴³ Nurullah **KUNTER**-Feridun **YENİSEY**-Ayşe **NUHOĞLU**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Basi, İstanbul, 2006, No. 2.6, s. 32.

⁴⁴ Bu çeviri, Magna Carta'nın 1215 tarihli orijinal şeklinden tarafımızca yapılan serbest bir çeviridir. Magna Carta'nın tam metnini kapsayan –tespit edebildiğimiz kadarıyla – tek Türkçe çeviri için bkz. Ersan **İLAL**, “Magna Carta”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: XXXIV, Sy: 1-4, 1969, s. 210-242. Ayrıca kısmi çeviri için bkz. **GEMALMAZ**, “Ulusalüstü İnsan Hakları”, s. 25-26.

⁴⁵ **GEMALMAZ**, “Ulusalüstü İnsan Hakları”, s. 26. Ayrıca bkz. Adem **ÇELİK**, Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku), Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 7.

de yürürlüğe konulan aşağıdaki özgürlük metinlerinin hepsi Magna Carta'ya dayanılarak meydana getirilmişlerdir.

B. Haklar Dilekçesi (Petition of Rights - 1628)

XII. yüzyıldan itibaren İngiltere'de ülkenin yönetiminde krala yardımcı olan iki kurul bulunmaktaydı. Magnum Concilium Regis (Büyük Kral Konseyi) feodal baronlar ve din adamlarından oluşuyordu ve özellikle vergiyle ilgili konularda faaliyet gösteriyordu. Curia Legis (Kral konseyi) ise kralın yakınındaki feodaller, baronlardan ibaret daha küçük bir kuruldu ve daha ziyade yönetsel ve adli sorunlarla ilgiliydi. Zaman içerisinde bu kurullar evrilerek birinci kurul parlamentoya, ikincisi ise bakanlar kuruluna (kabine) dönüşecekti⁴⁶.

XIII. yüzyıl sonlarında artık parlamentoya dönüşmüş olan Büyük Konsey'de, kendi adlarına orada bulunan feodal beyler ve din adamlarının yanı sıra kilise temsilcileri ile şövalyeler ve şehir temsilcileri de bulunmaktaydı. Kilisenin vergi yükümlülüğünden kurtulmak için XIV. yüzyıldan sonra parlamentoya temsilci göndermekten imtina etmesi ile, parlamentoya katılanlar sınıfsal çıkarlarını gözeterek kendi aralarında gruplaştılar. Bu şekilde, feodal beyler ve din adamlarından oluşan ilk grup bugünkü Lordlar kamarasını, şövalyeler ve şehir temsilcilerinden diğer grup ise bugünkü Avam kamarasını teşkil edecek biçimde ayrıştılar⁴⁷.

XV. yüzyılda parlamentonun yasama yetkisinin kullanılmasında krala katılmaya başlaması ve XVI. yüzyılda Kral VIII. Henry'nin İngiltere'nin kendi bağımsız Anglikan kilisesini kurarak Vatikan'la ilişkileri kesmesi gibi gelişmeler, İngiltere'de siyasal iktidarın sahibinin ve niteliğinin değişmesine yol açacak yeni gelişmelere yol açtı. Bu şekilde parlamenter rejimin kurulması ve giderek güçlenmesi kralın yetki alanını daraltan daha liberal bir yönetime kapı aralarken, kişi temel hak ve özgürlüklerin tanınması sürecinde de olumlu gelişmeler yaşandı.

Bu gelişmelerin önemli bir örneği 1628 tarihli "Haklar Dilekçesi" isimli belgedir. Esas itibarıyla dönemin Kralı I. Charles ile parlamento arasında yaşanan

⁴⁶ GÖZE, "Siyasal Düşünceler ve Yönetimler", s. 420.

⁴⁷ GÖZE, "Siyasal Düşünceler ve Yönetimler", s. 422.

iktidar çekişmesinin bir ürünü olan, halkın desteğini arkasına aldığı düşünce-
siyle parlamentoya karşı tavır alan krala, parlamento tarafından şiddetli bir
yanıttan ibarettir. Bu yanıtta, uzun bir şikâyetler listesi yer almakta ve Magna
Carta'da kabul edilmiş ve sonraki yüzyıllarda değişik krallar tarafından da ta-
nınmış olan haklar sayılarak, bunlara saygı gösterilmesi istenmektedir.

Haklar Dilekçesinin en belirgin özelliği, vergilerin ancak parlamentonun
onayına bağlı olarak konulması ve barış zamanında savaş hukukuna ilişkin
kuralların uygulanmaması esaslarının yanı sıra, inceleme konumuz yönünden
özellik taşıyan, kişilerin meşru bir sebebe dayanılmaksızın tutuklanmaması,
hapsedilmemesi ve başkaca şekillerde özgürlüğünden yoksun bırakılmaması
şeklindeki bir esası da tespit etmiş olmasıdır. Bu özelliği ile Haklar Dilekçesi,
kısa bir süre sonra yürürlüğe girecek olan Habeas Corpus Act'in öncüsü ol-
muştur.

C. Habeas Corpus Act (1679)

Kral II. Charles döneminde yürürlüğe konulan Habeas Corpus Act, kişi
özgürlüğü ve güvenliği hakkının sağlanması bağlamında modern ceza mu-
hakemesi hukuku açısından temel bir kilometre taşı olma özelliği gösterir⁴⁸.
Yukarıda değinildiği gibi, kişilerin keyfi olarak özgürlüklerinden yoksun bırakıl-
malarının önlenmesi amacıyla daha önceki metinlerde belirli güvenceler yer
almaktadır. Bununla birlikte, Habeas Corpus Act yalnızca kişilerin yargıç kararı
olmadan keyfi bir şekilde gözaltına alınmalarının, tutuklanmalarının ve hapse-
dilmelerinin yasaklanmasına odaklanması nedeniyle farklılık gösterir. Yine Ha-
beas Corpus Act ile kişilerin yargıç önüne çıkartılmadan uzun süre ile tutuklu
halde bulundurulmaları yasaklanmış ve tutuklu kişilerin vatana ihanet ve cina-
yet gibi ağır suçlar dışında kefaletle salıverilmeleri ve tutuksuz yargılanmaları
gerektiği hususu belirlenmiştir⁴⁹. Vatana ihanet ve cinayet suçunu işlediği ileri

⁴⁸ Metin FEYZİOĞLU, "Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu", AÜHFD, Y: 1995, C: 44, Sy: 1-4, s. 689 vd.

⁴⁹ Habeas Corpus kurumunun ve emrinin ilk ortaya çıkışı bilinmemekle birlikte, Magna Carta öncesinde de izlerine rastlanmaktaydı. Habeas corpus ilk başlarda, muhakeme esnasında davalı veya tanık olarak hazır bulunmaları gereken kişilerin Mahkeme önüne çıkartılması için Kraliyet memurlarına verilen bir emir olarak bir muhakeme öncesi işlemi olarak kullanılmıştı. Magna Carta sonrasında ise giderek yürütme organının memurlarına karşı "hukuka

sürülenlerin de hızlı bir yargılanma hakkına sahip oldukları ifade edilmiştir⁵⁰.

Habeas Corpus Act özellikle tutuklama koruma tedbirinin uygulanmasına ilişkin olarak yalnızca İngiltere'yi değil ancak sonraki yüzyıllarda Kıta Avrupası hukuku ülkelerindeki yasal düzenlemeleri de etkileyen ve yönlendiren bir düzenlemedir⁵¹.

D. Haklar Bildirisi (Bill of Rights - 1689)

İngiltere'de kraliyet ile parlamento arasındaki çatışmanın diğer bir ürünü olan bu belge, Cromwell sonrası dönemde önce Kral II. Charles ardından da Kral II. James'in parlamento ile çatışması, İngiltere tarihindeki belki de tek örnek olan ve "*Glorious Revolution*" olarak anılan bir ihtilal ile parlamento lehine neticelenmiştir⁵². Fransa'ya kaçan Kral II. James'in yerine tahta geçmesi için Hollanda yöneticisi Orange prensi William ve eşi Mary parlamento tarafından davet edilir. Bu koşullu bir davettir ve tahta geçecek yeni kraldan kapsamlı bir özgürlükler belgesini yayınlaması istenir. Parlamantonun kralın vesayetinden kurtuluşunu resmileştiren Haklar Bildirisi, bu koşulu kabul ederek tahta geçen William ve Mary tarafından 1689 yılında yayımlanır⁵³.

Haklar Bildirisi tüm İngiliz yurttaşları için, bugüne dek uzanan belirli temel hakları güvence altına alan bir belgedir. Buna göre, yasa yapma ve vergi koyma yetkisi kraliyetten tamamen kopartılmış ve yalnızca parlamentoya özgü yetkiler haline getirilmiştir. Kraliyetin, barış zamanında ordu kurma ve bulundurma

aykırı olarak kimsenin hapse atılmaması" ilkesinin denetim fonksiyonuna dönüştü. Mahkemelerin, yürütme organının memurları tarafından gerçekleştirilen alıkoymaların ve hapse atmaların hukuka aykırılığını denetleme ve hukuka aykırı bulurlarsa derhal salıverilmesini isteme yetkilerini ifade eden Habeas Corpus kurumu ve emri, 1679 Habeas Corpus Act ile normatif bir yapıya kavuşturulmuş ve kişilerin özgürlüğünden keyfi olarak yoksun bırakılmasını engelleyen çok etkili bir kurum haline gelmiştir. **FEYZİOĞLU**, "Habeas Corpus Kurumu", s. 672-673. **GÖZE**, "Siyasal Düşünceler ve Yönetimler", s. 428.

⁵⁰ **GEMALMAZ**, "Ulusalüstü İnsan Hakları", s. 61.

⁵¹ Mehmed **AKAD**, Genel Kamu Hukuku, İstanbul, 1997, s. 148.

⁵² "*Glorius Revolution*"un ihtilaller tarihindeki yeri ve özellikle Fransız ihtilali üzerindeki etkileri için bkz. Steve **PINCUS**, 1688 – The First Modern Revolution, Yale University Press, New Haven&London, 2009, s. 13 vd.

⁵³ Bu sürece ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Edward **LAWES**, "The Revolutionary Settlement in 17th Century England: Deploying a Political Settlements Analysis," Developmental Leadership Programme Background Paper, November 2010, s. 7 vd.

yetkisi de kaldırılmış ve bu durum parlamentonun onayına bırakılmıştır. Bunun yanında, parlamento üyelerinin seçiminin özgürce yapılması esası benimsenmiş ve modern yasama sorumsuzluğunun ilk öncüsü olarak, parlamento üyelerinin parlamentodaki işlemler ve müzakereler nedeniyle haklarında hiçbir soruşturma ve kovuşturma işlemine girişilememesi esası kabul edilmiştir.

Kişi hak ve özgürlükleri yönünden ise öncelikle dilekçe hakkı kabul edilmiş ve kişilerin dilekçe hakkını kullanmaktan dolayı haklarında soruşturma ve kovuşturma yapılması yasaklanmıştır. Bunun dışında özellikle ceza davalarında önemli bir sorun teşkil eden aşırı kefalet uygulaması terkedilmiş; aşırı kefalet ve aşırı para cezaları yasaklanarak, zalimane ve olağan olmayan cezaların uygulanması kaldırılmıştır⁵⁴.

E. Act of Settlement (1701)

1701 tarihli Act of Settlement, Haklar Bildirisi ile birlikte siyasal iktidara ilişkin yetkilerin belirlenmesi ve kullanılması bağlamında İngiltere’de bugünkü anayasal düzenin temellerini atan diğer bir anayasal belgedir ve bu nedenle Haklar Bildirisi ile birlikte değerlendirilmesi gerekir⁵⁵. Esas olarak İngiltere tahtının mutlak bir şekilde Protestanlara (I. James’in torunu olan Hanover prensesi Sofya’ya) geçmesini temin üzere çıkartılan Act of Settlement ile, aynı zamanda kralın yetkileri - halkın lehine olmak üzere -, daha da sınırlandırılmış ve yurttaşlara ait olan hak ve özgürlükler alanı genişletilerek kanun güvencesi altına alınmıştır⁵⁶.

III. AMERİKAN HAK VE ÖZGÜRLÜKLER METİNLERİNDE GELİŞİM SÜRECİ

A. Amerikan Haklar İlanı (The Declaration of Rights - 1765)

Siyasal iktidarın keyfi uygulamalara karşı sınırlandırılması ve tabiî hukuk öğretisi çerçevesinde yurttaşlara belirli hak ve özgürlüklerinin tanınması yönündeki bu gelişmeler Atlantik Okyanusu’nun öte yakasında da yankı bulmakta gecikmedi. Aslında İngiliz egemenliği altında bulunan Amerikan kolonile-

⁵⁴ GEMALMAZ, “Ulusalüstü İnsan Hakları”, s. 63.

⁵⁵ Naamani TARKOW, “The Significance of the Act of Settlement in the Evolution of English Democracy”, *Political Science Quarterly*, Vol. 58, No. 4. (December, 1943), s. 547.

⁵⁶ TARKOW, “The Significance of the Act of Settlement”, s. 548.

rindeki bu uyanışın ilk fitilini yakan olay, yine İngiliz parlamentosu tarafından çıkartılan iki kanun idi⁵⁷. İlk olarak 1764 yılında çıkartılan “Şeker Kanunu – *Sugar Act*” ile Amerikan kolonilerinden ithal edilen şeker, kahve ve diğer bazı mallara gümrük uygulaması getirilmesi, Amerikan kolonilerindeki üreticilerin ekonomik anlamda zorlanmalarına neden oldu. Sonrasında ise, 1765 yılında yürürlüğe konulan “Damga Vergisi Kanunu – *Stamp act*”) ile, Amerikan kolonilerinde kullanılan bütün yasal belgeler yönünden bir geçerlilik koşulu olarak İngiltere hükümetinin damgasını taşıma zorunluluğu getirildi. Bu durum, İngiliz egemenliği altında yaşayan 13 Amerikan kolonisinin büyük tepkisini çekti ve bu koloniler 19 Ekim 1765 tarihinde New York City’de düzenledikleri bir Kongre ile Haklar İlanı’nı yayınladılar⁵⁸. Haklar İlanı’nda, İngiltere kralının şahsına ve hükümetine olan bağlılık tekrarlanmasına karşın, kolonilerde yaşayanların bazı temel haklarının altı çiziliyor ve özellikle vergi yükümlülüğü gibi temel yükümlülüklerin ancak kendileri tarafından seçilen temsilciler tarafından belirlenmesi talep ediliyordu. Haklar İlanı’nın inceleme konumuz yönünden önem taşıyan 7. maddesinde ise, jüri tarafından yargılanma hakkının, kolonilerde yaşayan tüm İngiliz tebaasının doğal ve vazgeçilmez bir hakkı olduğu vurgulanıyordu.

Haklar İlanı, bir yandan 1766 yılının Mart ayında “Damga Vergisi Kanunu”-nun yürürlükten kaldırılmasına yol açması nedeniyle siyasal açıdan başarıya ulaşmış bir girişim olmakla birlikte; aynı zamanda Amerikan bağımsızlık hareketinin öncül bir adımı olma özelliği de taşımaktadır⁵⁹.

B. Virginia Haklar Bildirisi (Bill of Rights - 1776)

Virginia Haklar Bildirisi, tabii hukuk öğretisinden esinlenerek insanların insan olmaktan kaynaklanan doğal ve vazgeçilmez haklarının bulunduğu iddiasının yazılı metne dökülmüş bir örneğidir. Toplam 16 maddeden oluşan Bildiri’de bir temel haklar listesi sayılmıştır⁶⁰. Bu bağlamda, yöneten ve yönetilen

⁵⁷ Edmund S. **MORGAN** - Helen M. **MORGAN**, *The Stamp Act Crisis: Prologue to Revolution*, The University of North Carolina Press, 1995, s. 27.

⁵⁸ Peter H. **ODEGARD** -Victor **ROSENBLUM**, *Documents and Readings – American Government*, “A Step Forward Independence”, Holt, Reinhart and Winston, New York, 1961, s. 135. Haklar İlanı’nın metni için ayrıca bkz. <http://www.usconstitution.net/stamp.html>.

⁵⁹ **MORGAN-MORGAN**, “The Stamp Act Crisis: Prologue to Revolution”, s. 34 vd.

⁶⁰ Virginia Haklar Bildirisi’nin metni için bkz. <http://www.usconstitution.net/vdeclar.html>; bil-

arasındaki ilişkide yönetilenin doğal hakları, yurttaşlar arasında eşitlik ilkesi, kuvvetler ayrılığı ilkesi, hükümetin sahip olduğu iktidar yetkisinin yurttaşlar lehine sınırlandırılması vb... gibi temel haklar düzenlenmekle birlikte, kanımızca hepsinden öte, “kifayetsiz” yönetimlere karşı isyan etme hakkını da bu haklar arasında saymış olması (md.3) yönünden çarpıcı bir metindir. Bildiri, bu özelliği ile gerek hemen ardından gelen Amerikan Bağımsızlık Bildirisi’ni gerekse Avrupa’da Fransız Devrimi’nin “İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi”ni (1789) derinden etkilemiştir.

İnceleme konumuz yönünden ise, Bildiri’nin 8. maddesinde, tüm cezai kovuşturmalarda suç işlemekle itham edilen kişinin, kendisine yöneltilen isnadın sebebini ve niteliğini öğrenmek, suçlamayı yapanlarla ve tanıklarla yüzleştirmek, lehine olan delilleri araştırmak ve ileri sürmek, kendi çevresinden bağımsız bir jüri tarafından hızlı bir şekilde yargılanmak, bu jürinin oybirliği ile aldığı bir karar bulunmadıkça suçlu sayılmamak, kendisi aleyhine delil sunmaya zorlanmamak hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Maddede ayrıca, ülkenin yasaları veya kendi eşitleri tarafından verilen bir hüküm olmadıkça özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağı da vurgulanmıştır.

Bildiri’nin 9. maddesinde, -1689 İngiliz Haklar Bildirisi’nde olduğu gibi - aşırı kefalet ve aşırı para cezaları ile zalimane ve olağan olmayan cezaların uygulanması yasaklanmıştır. Nihayet Bildiri’nin 10. maddesinde ise, şüphelenilen yerlerde arama yapılması ve kişilerin yakalanması/alıkonulması işleminin ancak açıkça delillerle desteklenmesi durumunda gerçekleştirilmesi gerektiği; aksi bir uygulamanın haksız ve baskıcı bir nitelik taşıyacağı ve bu nitelikteki bir işleme izin verilmemesi gerektiği vurgulanmıştır.

C. Amerikan Bağımsızlık İlanı (The Declaration of Independence - 1776)

4 Temmuz 1776 tarihinde Philadelphia’da okunan Amerikan Bağımsızlık İlanı ile 13 Amerikan kolonisi İngiliz İmparatorluğu ile tüm yönetsel ilişkilerini sona erdirdiklerini resmen açıklamışlardır.

Bağımsızlık ilanı bir bütün olarak ele alındığında, içerdiği temel haklar aç-

dirinin Türkçe serbest çevirisi için ise bkz. **GEMALMAZ**, “Ulusalüstü İnsan Hakları”, s. 67-68.

sından Virginia Haklar Bildirisi gibi kapsamlı bir liste ortaya koymamaktadır⁶¹. Bununla birlikte Bağımsızlık İlanında, İngiltere Kralı III. George'un sömürgeci baskısı vurgulanarak Birleşik Devletler olarak bağımsızlıklarını ilan etmelerinin meşruiyet temeli açıklanmaktadır. Bu çerçevede, yine tabii hukuk öğretisinden hareketle, despota karşı ihtilâl yapma hakkının da doğal haklar arasında yer aldığı belirtilmektedir.

Bildiri, bütün insanların eşit olduğuna vurgu yaptıktan sonra, yaratıcının her insana başkasına devredilemez belirli haklar sağladığını ifade etmekte ve bunlar arasında özellikle yaşam, özgürlük ve mutluluğa ulaşma haklarının altını çizmektedir.

D. Amerikan Anayasası (1787)

Amerikan Anayasası, halen dünya üzerinde yürürlükte bulunan en eski anayasadır. 13 Amerikan kolonisinin İngiliz İmparatorluğu'na karşı verdikleri bağımsızlık mücadelesini 1783 yılında kazanmalarının ardından, bu kolonilerin bağımsız bir devlet çatısı altında bir arada yaşamalarını mümkün kılacak bir ortak anayasa hazırlanması gündeme geldi. Bu çerçevede 1787 yılında hazırlanarak onaya sunulan Anayasa, son koloni tarafından 1791 yılında onaylanarak yürürlüğe girdi⁶².

Anayasanın hazırlanması ve yürürlüğe girmesi sürecinde en tartışmalı konulardan birisi, anayasada bir "haklar bildirisi"ne yer verilmesine ilişkindi. Örneğin Virginia gibi bazı koloniler, anayasada bir haklar bildirisine yer verilmemesi nedeniyle muhalif kalmayı tercih ettiler. Bu nedenle 1791 yılının sonlarında Birleşik Devletler Haklar Bildirisi (*United States Bill of Rights*) anayasaya eklendi⁶³. Bu haklar bildirisi ile Federal hükümetin yetkileri üzerinde bir dizi

⁶¹ Philip F. **DETWÉILER**, "The Changing Reputation of the Declaration of Independence: The First Fifty Years" *William and Mary Quarterly*, V: 19, 1962, s. 557. **ODEGARD- ROSENBLUM**, "Documents and Readings – American Government", s. 137; Bağımsızlık İlanı'nın tam metni için bkz. <http://www.ushistory.org/declaration/document/>.

⁶² **ODEGARD- ROSENBLUM**, "Documents and Readings – American Government", s. 145-146.

⁶³ Vesile Sonay **EVİK**, "Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Proje Yöneticisi: Kayıhan İÇEL, Yayına Hazırlayan: Yener ÜNVER, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 284.

sınırlamalar getiriliyordu; sözgelimi bu bağlamda doğal haklar olarak özgürlük ve malvarlığı hakları düzenlenmiş ve bu kapsamda din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü, toplanma özgürlüğü ve dernek kurma özgürlüğü (Ek-I), devletin güvenliği için ordu kurma ve yurttaşların silahlanması özgürlüğü (Ek-II), barış zamanlarında askerlerin sahibinin rızası olmadan, kanunda düzenlenmedikçe konutlara girememesi (Ek-III) gibi hususlar düzenleme altına alınmıştır.

Bunun yanında inceleme konumuz açısından önem taşıyan “*DUE PROCESS OF LAW*”: yargı kararına bağlı olmaksızın arama ve el koyma yapılamaması (Ek-IV), cezai kovuşturmalarda suçlanan kişinin hakları (aynı suçtan dolayı iki kez yargılanmama, kendisine karşı tanıklık yapmaya zorlanamama, usulüne uygun işleyen bir yasal süreç olmadan yaşam, özgürlük ve malvarlığı haklarından yoksun bırakılmama, tam tazminat amacı dışında kişisel malvarlığını kamuya açmak zorunda bırakılmama - Ek-V), kamuya açık ve hızlı bir şekilde yargılanma, suçun işlendiği yerdeki bağımsız bir jüri tarafından yargılanma, suçlamanın sebebi ve niteliği hakkında bilgilendirilme hakkı, aleyhine tanıklık edenlerle yüzleştirilme hakkı, lehine olan tanıkları ileri sürebilme hakkı ve müdafî yardımından yararlanma hakkı (Ek-VI), özel hukuka ilişkin davalarda yirmi doları geçen davalarda jüri tarafından yargılanma ve bir kez jüri tarafından hükme bağlanan bir dosyanın bir daha başka bir Birleşik Devletler mahkemesinde açılmaması kuralı (Ek-VII), aşırı kefalet, aşırı para cezası ile zalimane ve olağan olmayan cezaların uygulanması yasağı (Ek-VIII), sıralanan tüm bu hakların, halkın sahip olduğu diğer hakları sınırlayıcı veya kayıtlayıcı bir şekilde yorumlanamayacağı (Ek-IX) ve Anayasa tarafından Federal devlete tanınmayan veya federe devletlere yasaklanmayan tüm yetkilerin federe devletlere veya halka ait bulunduğu esası (Ek-X) getirmiş ve bu haklar “Haklar Bildirisi”nde yerini almıştır⁶⁴.

Amerikan Anayasası’na “Haklar Bildirisi” ile 1791 yılında eklenen bu 10 Ek’ten sonra, 1795 ve 1992 yılları arasında 17 Ek daha yapılmış olup; halen Anayasa (alkol yasağına ilişkin 18. Ekin sonradan yürürlükten kaldırılması istisnası dışında) tüm bu Ekleri ile birlikte yürürlüktedir.

⁶⁴ ODEGARD- ROSENBLUM, “Documents and Readings – American Government”, s. 162.

IV. 1789 FRANSIZ İNSAN VE YURTTAŞ HAKLARI BİLDİRİSİ

Amerika kıtasında yakılan ihtilal ateşi çok kısa bir süre sonra bu kez Kıta Avrupası'nda Fransız devrimi olarak parlamıştır. Fransız Devriminin kişi hak ve özgürlüklerine ilişkin temel yapı taşı ise 26 Ağustos 1789'da kabul edilen. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'dir. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi kronolojik olarak Amerikan özgürlük belgelerinden daha sonra hazırlanmış olmasına ve içerik itibarıyla da onlardan pek de farklı bir nitelik taşıyor olmasına karşın; bu bildirinin insan hakları tarihindeki yeri tüm önceki belgelerden daha belirgindir. Bu durum, Bildiri'nin ifade gücünde, diğer bir deyişle yazıya dökülmesinde kullanılan açık, vurucu ve evrensel mahiyetteki üslup ile açıklanmakta ve ayrıca Bildiri'nin o dönemin en yaygın dili olan Fransızca kaleme alınmış olmasının da bu farkda payı olduğu belirtilmektedir⁶⁵. Kanımızca da, bugün dahi insan hak ve özgürlüklerinden söz edilince ilk akla gelen metnin Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi olmasının altında bu Bildiri'nin yalnızca Fransız yurttaşlarını değil, bütün insanlığı kapsayan evrensel bir özgürlük anlayışına sahip bulunması yatmaktadır.

Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi Aydınlanma Çağının düşünce alanında yol açtığı devrim sürecinin bir ürünüdür. Bu açıdan Bildiri'nin kaynağında Aydınlanma Çağına damgasını vuran "bireycilik" anlayışı ile Rousseau'nun "sosyal sözleşme teorisi" ya da Montesqueue'nun "kuvvetler ayrılığı" ilkesi gibi yeni felsefi ve siyasal ilkelerin yer aldığı görülmektedir. Toplam 17 maddeden oluşan Bildiri'de, tabii hukuk öğretisinin insanların doğal ve vazgeçilemez kutsal haklara sahip oldukları anlayışı benimsenmiş ve henüz ilk maddede tüm insanların özgür ve eşit haklara sahip olarak doğdukları ve yaşadıkları belirlenmiştir. Bildiri'de, insan ve yurttaş hakları şeklinde bir ayırım yapılması de sebepsiz değildir. Çünkü Bildiri'de ifadesini bulan insan, belirli bir zamanda belirli bir yerde yaşayan kişileri değil; Eski Çağın ve Hristiyanlık öğretisinin anlayışlarını da kapsayan evrensel bir kavramı ifade eder⁶⁶. Bildiri'nin temel amacı

⁶⁵ **KAPANİ**, "Kamu Hürriyetleri", s. 46.

⁶⁶ **AKIN**, "Kamu Hukuku – Devlet Doktrinleri-Temel Hak ve Özgürlükler", s. 295. Bununla birlikte, "insanlar özgür olarak doğarlar" şeklinde başlayan Bildiride köleliğin kaldırılmasına ilişkin özel bir hükmün yer alması ilgi çekicidir. Aynı şekilde insanı kutsallaştıran bu metinde işkenceyi yasaklayan açık bir hükmün de bulunmadığı görülmektedir. Fransa'da işkencenin

da, bu evrensel insanın doğuştan, vazgeçilemez olarak sahip olduğu özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve zorbaya karşı direnme gibi hakların açıklanmasıdır⁶⁷.

İnceleme konumuz yönünden Bildiri'nin özellikle 7., 8. ve 9. maddeleri ön plana çıkmaktadır. Buna göre, kanunda belirlenen durumlar ve kanunda belirlenen usul dışında hiç kimse itham edilemez, göz altına alınamaz veya tutuklanamaz. Keyfi bir emir verilmesini isteyen, böyle bir emri veren, bunları uygulayan veya uygulatanlar cezalandırılır. Ancak kanuna uygun olarak yakalanan veya kanuna uymaya çağrılan her yurttaş mutlaka itaat etmelidir, itaat etmez ve direnirse suçlu olur (Md. 7). Kanun, yalnızca açık ve mutlaka gerekli olan cezaları öngörmelidir. Kimse, kendisi fiili işlemeyen önce çıkartılmış ve yürürlüğe konulmuş bir kanun tarafından o fiilin suç olarak düzenlenmesi ve bunun kanuna uygun olarak uygulanması hariç, cezalandırılmaz (Md. 8). Herkes, suçluluğu yargı kararıyla tespit edilinceye kadar suçsuzdur, kişinin tutuklanması zorunlu ise, bu durumda onun güvenli bir biçimde alıkonulması için zorunlu olmayan her türlü şiddet kanun tarafından kesin şekilde cezalandırılmalıdır (Md. 10)⁶⁸.

Mutlak monarşi döneminin siyasi despotizmine bir tepki olarak ortaya çıkan Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, liberal doktrinin esaslarına uygun olarak "bireycilik" merkezine oturtulmuş ve toplumun temel unsuru ve ana amacı olarak birey ön plana çıkartılmıştır. Bu çerçevede birey, yaşadığı toplumdaki bağımsız soyut bir varlık olarak değerlendirilmiş ve devlete de pasif

yasaklanması Bildiriden daha sonra, 1789 sonlarında çıkartılan bir yasa ile gerçekleştirilmiştir. **GEMALMAZ**, "Ulusalüstü İnsan Hakları", s. 81-82.

⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **GÖZE**, "Siyasal Düşünceler ve Yönetimler", s. 535.

⁶⁸ Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde adil yargılanma hakkına ilişkin belirlenen bu esaslar, 1791 Fransız anayasası ile daha geniş ölçekte düzenlenmiş ve adil yargılanma hakkına ilişkin ilke ve kurallar bir bütün olarak anayasal temele kavuşturulmuştur. 1791 Fransız Anayasası'nın "Yargı Erki" başlıklı V. Bölümünde, özetle, diğer organların yargıya müdahale edememesi (yargı bağımsızlığı), yargıçların ve savcılarının seçimle işbaşına gelmesi, jüri yargılanma hakkı, sanığın jüri kararına itiraz hakkı, hiç kimsenin kolluk güçlerinin yakalama belgesi veya mahkemenin tutuklama kararı olmaksızın özgürlüğünden yoksun bırakılmaması, alıkonulan kişinin, en geç 24 saat içerisinde sorgulanması ve suçlanmaz ise derhal serbest bırakılması, suçlanır ise en geç 3 gün içinde hapis haneye gönderilmesi, kanun kefaletle salıvermeye izin veriyorsa, kefaleti temin eden kişinin salıverilmesi, kişi özgürlüğünü ortadan kaldıran işlemleri uygulayan kolluk ve infaz görevlilerinin işlem yapma yetkilerine ilişkin kurallar ve bu kuralların ihlali halinde bu kişilerin haksız yere hapsedmeden dolayı sorumlu olması gibi ilke ve kurallar toplam 27 madde halinde düzenlenmiştir.

kalma ve bireyin hayatına müdahalede bulunmama şeklinde negatif bir yükümlülük getirilmiştir.

V. 1848 FRANSIZ ANAYASASI

Bireyi içinde yaşadığı toplumdan sıyrarak ve onu soyut bir varlık olarak ele alan liberal özgürlükçü anlayışın tanıdığı hak ve özgürlükler; teoride bütün insanlar için getirilmek ile birlikte uygulamada bu hak ve özgürlüklerden ancak çok sınırlı bir mutlu azınlık yararlanabilmiştir. Çünkü günlük yaşam savaşı içindeki bir sosyal varlık olarak insan geçimini sağlamanın, yaşamını idame ettirmenin derdi içerisinde. Bu çerçevede aslında kendisine tanınan hakların en doğal gerekleri olan barınma, beslenme, sağlık gibi temel gereksinimlerin dahi karşılanmadığı bir ortamda, insana tanınan hak ve özgürlükler yalnızca teorik bir çerçevede kalmaktadır. Nihayet, devletin de yalnızca pasif bir konuma itilmiş olması, insanın içinde bulunduğu bu olumsuz şartlardan kurtulmasını tamamen olanaksız kılmış bulunmaktadır. Bu nedenle, bu olumsuz sosyal ve ekonomik koşullar göz önüne alındığında, İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ile insana tanınan soyut, klasik haklar listesinin yetersizliği açığa çıkmıştır. Bu açığın giderilebilmesi ise ancak insanın içinde yaşadığı sosyal şartlar ile bir bütün olarak, gereksinimleri ile birlikte ele alınmasını ve onun temel gereksinimlerinin karşılanabilmesi için devletin gerektiğinde pozitif yönde müdahalesini zorunlu kılan sosyal hakların da tanınmasını zorunlu kılmıştır. Bu çerçevede hak ve özgürlükler geniş halk kitleleri için yalnızca teorik, soyut ve içi boş kavramlar olmaktan çıkartılarak; herkes için talep edilebilir, ulaşılabilir ve kullanılabilir bir mahiyete kavuşmaktadır⁶⁹.

İnsan hakları kavramının içeriğinde sosyal yönde yaşanan değişimler, sosyal hak kavramının ortaya çıkmasını ve gelişmesini ifade eden yeni bir süreci başlatmıştır. Bu anlamda, Fransa'da 1848 İhtilal'inin hemen ardından yürürlüğe konulan 1848 Anayasası, sosyal hak anlayışını önemli ölçüde yansıtan ilk anayasal metindir⁷⁰. Bu anayasa yalnızca bireye sosyal haklar tanınması ile değil aynı zamanda devlete de bireye tanınan hakların gerçekleştirilmesini

⁶⁹ KAPANİ, "Kamu Hürriyetleri", s. 52.

⁷⁰ GÖZE, "Siyasal Düşünceler ve Yönetimler", s. 553.

sağlamaya yönelik pozitif yükümlülükler getirmesi yönünden de önem taşır⁷¹. Bu bağlamda Anayasa'nın başlangıç kısmında, devletin her yurttaşın refahını arttırmak ödevinin bulunduğu belirtilmiş ve devlet-yurttaş ilişkisi karşılıklı yükümlülüklerle bağitlanmış bir ilişki olarak tanımlanmıştır. Anayasa'nın içerisinde de, modern sosyal hukuk devleti anlayışının ilk anayasal örneğini oluşturan hükümlere rastlanmaktadır. Sözelimi 1848 Anayasası'nın 13. maddesinde, parasız ilköğretim, meslek eğitimi, işçi-işveren ilişkilerinin eşit bir zemine oturtulması, çalışanların korunmasına yönelik olarak yardım ve kredi kuruluşlarının teşekkülü ve kimsesiz çocuklar ile geçim imkânı bulunmayan bedensel özürlülere ve yaşlılara yardımda bulunulması gibi modern sosyal devlet ilkesine öncüllük eden hükümler düzenlenmiştir⁷².

VI. 1917 MEKSİKA VE 1919 ALMAN (*WEİMAR*) ANAYASALARI

Sosyal hukuk devleti karakterine yapmış olduğu vurgu nedeniyle, insan haklarının normatif olarak korunması sürecinde çok özel bir yere sahip olan 1848 Fransız Anayasası'nın içermiş olduğu bu hükümlerin, o dönemin koşulları içerisinde ne yazık ki diğer ülkeler anayasalarına ihraç edilebilmesi mümkün olmamış ve 1848 Anayasası zamanının yegâne örneği olarak kalmıştır. Bu açıdan, klasik hakların yanı sıra sosyal ve ekonomik hakların da anayasal düzeyde benimsenmesi ancak I. Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya çıkabilmiştir. Bunun temel nedeni ise, I. Dünya Savaşı'nın Fransız İhtilali'nden beri hüküm süren geleneksel bireyci anlayışa son vermiş olmasıdır. Bu tarihten sonra hazırlanan anayasalarda hak ve özgürlükler listesinin genişlediği ve yalnızca klasik hakların değil; ancak sosyal, ekonomik ve kültürel hakların da anayasalarda yerlerini aldığı görülmektedir.

Bu açıdan, kronolojik olarak sosyal haklara geniş yermesi nedeniyle belirtilmesi gereken ilk anayasa 1917 Meksika Anayasasıdır. 1917 Meksika Anayasası, klasik hakları bir bütün olarak benimsemiş olmasından öte; 20. yüzyıl anayasaları içerisinde ekonomik, sosyal ve kültürel haklara yer veren ilk anayasal olması yönünden önemlidir. Diğer yandan bu Anayasa ile Katolik kilisesinin

⁷¹ 1789 İnsan ve yurttaş Hakları Bildirisi ile 1848 Anayasası'nın karşılaştırılmalarına ilişkin olarak bkz. AKIN, "Kamu Hukuku – Devlet Doktrinleri-Temel Hak ve Özgürlükler", s. 342-345.

⁷² KAPANİ, "Kamu Hürriyetleri", s. 53.

ayrıcılıklarının uzun bir liste halinde yasaklanması ve geçersiz kılması, 1917 Meksika Anayasası'nı "laik anayasa" yapıcılığı yönünden özel ve önemli bir örnek kılmaktadır⁷³.

Bu çerçevede, devletin sosyal fonksiyonuna ilişkin çıtayı çok daha yükseğe çıkartması nedeniyle, I. Dünya Savaşı'ndan sonra Almanya'da yürürlüğe konulan 1919 (*Weimar*) Anayasası'nın da özel olarak zikredilmesi gerekir. Gerçekten 1919 Anayasası'nda sosyal ve ekonomik haklara ilişkin olarak özellikle - 1917 Meksika anayasasından farklı olarak - devlete doğrudan birtakım ödevler yüklenilmiş olması ve devlet aygıtının halkın refahını arttırmak üzere "hizmet eden ve koruyan" bir anlayışla dizayn edilmiş olması dikkat çekicidir. Bu anlayışın en veciz ifadesi ise, Anayasanın 151. maddesinde şu şekilde belirtilmektedir: "Ekonomik yaşam, adalet esaslarına göre ve herkese insanlığa yararlı bir yaşama tarzı sağlayacak şekilde düzenlenir".

1919 Weimar Anayasası, getirmiş olduğu özgün hak ve özgürlükler rejimi itibarıyla özellikle Avrupa Kıtasında I. Dünya Savaşı'ndan sonra yürürlüğe konulan diğer birçok anayasalara referans teşkil etmiş ve bu "ihraççı" konumu nedeniyle anayasa yapıcılığı tarihinde özel bir öneme sahip kalmıştır⁷⁴.

VII. EVRENSELLEŞME SÜRECİNDE ULUSAL ÜSTÜ METİNLERE YANSIMASI

İnsan hakları konusu içeriği ve kapsamı ile sürekli bir evrim içerisinde bulunmakla birlikte, uzunca bir süre salt bir iç hukuk meselesi olarak kabul görmüştür. İnsan haklarının bir uluslararası hukuk problemi olarak ele alınması ise ancak II. Dünya Savaşı sonrasında mümkün olabilmıştır⁷⁵. Aslında bu durum bir açıdan dünya savaşlarının hak ve özgürlükler tarihinde oynadığı ilgi çekici role de işaret etmektedir. Gerçekten, I. Dünya Savaşı, yukarıda değindiğimiz üzere 1789 Devriminin geleneksel bireyci anlayışını tasfiye ederken; II. Dünya

⁷³ **GEMALMAZ**, "Ulusalüstü İnsan Hakları", s. 139.

⁷⁴ 1919 Weimar Anayasası'nın bariz etkilerinin gözlemlenebildiği anayasalar arasında 1919 Romanya, 1920 Estonya, 1920 Çekoslovakya, 1921 Polonya 1921 Yugoslavya ve 1931 İspanya anayasaları gösterilebilir. **GEMALMAZ**, "Ulusalüstü İnsan Hakları", s. 142; **AKIN**, "Kamu Hukuku – Devlet Doktrinleri-Temel Hak ve Özgürlükler", s. 346.

⁷⁵ Edip **ÇELİK**, *Milletlerarası Hukuk*, C: I, İstanbul, 1980, s. 464.

Savaş ise insan haklarını salt bir iç hukuk meselesi olmaktan çıkartarak bu hakların uluslararası düzleme geçişini sağlamış ve ilk defa olarak insan haklarına uluslararası bir nitelik ve boyut kazandırmıştır.

A. BM Evrensel İnsan Hakları Bildirisi

İnsan haklarının korunması meselesinin uluslararası hukukta yerini belirleyen temel gelişme Birleşmiş Milletler Teşkilatının kurulmasıdır⁷⁶. 26.06.1945 tarihinde San Fransisco'da imzalanan Birleşmiş Milletler Şartı ile evrensel bir değer olarak insan hakları, ilk kez sistematik bir yapı içerisinde ve sürekli şekilde uluslararası hukuka dâhil edilmiştir.

Birleşmiş Milletler (BM) tarafından yapılandırılan Evrensel İnsan Hakları Bildirisi de, Birleşmiş Milletler Şartı'ndan doğmuş bir belgedir. Gerçekten BM Şartı'nda örgütün amaçları ırk, cinsiyet, dil veya din ayırımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklere karşı saygısını geliştirerek uluslararası işbirliğini gerçekleştirmek şeklinde açıklanmıştı. Bu amacı gerçekleştirmek üzere BM Şartı'nın 68. maddesi uyarınca kurulmuş olan İnsan Hakları Komisyonu tarafından evrensel bir insan hakları bildirisi hazırlanması için çalışmalara başlandı. Bu çerçevede hazırlanan metin BM Genel Kurulu tarafından 10.12.1948 tarihinde kabul edildi ve böylece insan haklarının uluslararası düzeydeki ilk ve en temel belgesi yürürlüğe girmiş oldu⁷⁷.

⁷⁶ Esasında Birleşmiş Milletler Antlaşması da insan haklarının evrenselleşmesi amacıyla atılan bir dizi adımın neticesidir. Bu kapsamda ilk olarak henüz I. Dünya Savaşı devam ederken (06.01.1941) F.Theodore Roosevelt'in yapmış olduğu "Dört Temel Özgürlük" konuşması ve bunu takiben yine Roosevelt ile Winston Churchill'in izlemeyi kararlaştırdıkları ortak stratejinin metne döküldüğü "Atlantik Şartı"nda belirlenen esaslar, insan haklarının uluslararası boyuta taşınmasının ve Birleşmiş Milletler örgütlenmesinin ilk adımlarını oluşturmaktaydı. **GEMALMAZ**, "Ulusalüstü İnsan Hakları", s. 337-339; **ÇELİK**, "Milletlerarası Hukuk", s. 465.

⁷⁷ Bildirinin kabul edildiği tarihte Birleşmiş Milletler'in henüz 56 üyesi vardı ve Genel Kurul'da Bildiri'ye bu 56 üyeden 48'i kabul 8'i ise çekimser oy verdi. Red oyu veren ise çıkmadı. Çekimser oy kullanan üyeler Sovyetler Birliği, Polonya, Çekoslovakya, Yugoslavya, Beyaz Rusya, Ukrayna, Güne Afrika Cumhuriyeti ve Suudi Arabistan'dı. Bunlardan ilk 6 ülkenin dönemin sosyalist blokunu oluşturan ülkeler olması aslında niçin çekimser oy verdiklerini de açıklıyordu. Çünkü Bildiri'nin İnsan Hakları komisyonundaki hazırlık çalışmaları ve özellikle Taslakların görüşülmesi safhası, liberal anlayış ile sosyalist anlayışın karşılıklı çatışmaları şeklinde geçmişti ve bu nedenle Bildiri metni olabildiğince sentezci bir anlayışla kaleme alınmaya çalışılmıştı. Buna karşın sosyalist bloku oluşturan ülkeler nihai Bildiri metninin gerçekçi olmadığı ve yalnızca soyut bazı özgürlüklerin kağıda dökülmesinden ibaret olduğu gerekçesiyle çekimser kalmayı tercih ettiler. Güney Afrika Cumhuriyeti ise Bildiri'de (md.

Bildiri'nin içeriğine değinmeden önce, hukuken bağlayıcılık sorunu üzerinde kısaca durmak yararlı olacaktır. Gerçekten BM tarafından hazırlanan bu belge, açıkça görüldüğü üzere uluslararası bir Antlaşma veya bir Sözleşme şeklinde formüle edilmiş değildir ve bu nedenle prensip olarak yalnızca bir bildiriden ibaret olan bir uluslararası belgenin bağlayıcı karakterinden söz edememek gerekir⁷⁸. Bununla birlikte, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren geçen yarım yüzyılı aşan süre içerisinde Bildiri'nin insan haklarının uluslararası alanda korunmasına yönelik asgari standartları belirlemiş olması ve bu standartların gerek dünya ülkeleri anayasalarında gerekse sonradan oluşturulan uluslararası sözleşmelerde temel referans olarak kullanılmış olması⁷⁹ nedeniyle, Bildiri'nin artık uluslararası gelenek hukukunun bir parçası olduğunu ve bu yönüyle bağlayıcı bir karakteri haiz olduğunu kabul etmek gerekir.

İçerik yönünden ise Bildiri'de insan haklarının geniş bir bütün olarak ele alındığı ve bu belge ile yalnızca kişisel ve siyasal hakların (md. 1-22) değil, ancak aynı zamanda sosyal, ekonomik ve kültürel hakların da (md. 22-30) düzenlendiği görülmektedir. İnceleme konumuz açısından ise Bildiri'nin özellikle 7-11. maddeleri ön plana çıkmaktadır. Bu kapsamda özetle, kanun önünde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı (md. 7), etkin yargı yoluna başvuru hakkı (md. 8), keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakma yasağı (md. 9), suçsuzluk karinesi ve kanunilik ilkesi (md. 11) düzenlenmekte, Bildiri'nin 10. maddesinde ise adil yargılanma hakkının özünü ortaya koyan bir düzenleme getirilmektedir. Buna göre, "Herkes, haklarının ve yükümlülüklerinin ve kendisine karşı herhangi bir suç isnadının yargı kararına bağlanmasında, tam bir eşitlik içinde,

22 ve devamında) düzenlenen ekonomik, sosyal ve kültürel haklara itiraz ederek Bildirin yalnızca klasik hakları kapsamı gerektiği düşüncesiyle çekimser kaldı. Nihayet Suudi Arabistan ise dinî gerekçelerle Bildiriye çekimser oy kullanmıştı. **AKIN**, "Kamu Hukuku – Devlet Doktrinleri-Temel Hak ve Özgürlükler", s. 362-363. Türkiye ise Bildiriye olumlu oy kullanan ülkeler arasındadır ve iç hukukunda da Bildiriye 6 Nisan 1949 tarihli Bakanlar kurulu kararı ile kabul etmiş ve Bildiri 17 Mayıs 1949 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlüğe girmiştir.

⁷⁸ A. Suat **BİLGE**, "İnsan Hakları ve Türkiye", Ankara Barosu Dergisi, Sy: 2, 1989, s. 309; **ÇELİK**, "Milletlerarası Hukuk", s. 470-471.

⁷⁹ Bu bağlamda özellikle BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ve BM İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ve Küçültücü Davranış ve Cezaların Önlenmesi Sözleşmesi zikredilmelidir. Bkz. Tekin **AKILIOĞLU**, İnsan Haklarının Korunması Alanında Uluslararası Temel Belgeler, Ankara, 1995, s. 18.

bağımsız ve tarafsız bir yargı mercii tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir”.

B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

İnsan haklarının uluslararası alanda düzenlenmesine ilişkin ilk temel örnek BM Evrensel İnsan Hakları Bildirisi iken, bölgesel ölçekte ilk koruma ve denetleme mekanizmasını getiren belge ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'dir. Bu Sözleşme taraf sayısı ve uygulandığı coğrafyanın sınırlı olmasına karşın; gerek getirmiş olduğu koruma ve denetim mekanizması gerekse hukuksal niteliği itibarıyla uluslararası insan hakları normlarını içeren en önemli metin olarak kabul edilmektedir⁸⁰.

Avrupa Konseyi tarafından 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan AİHS'in yürürlüğe girmesi, imzacı on üye devletin bunu onaylayıp onay belgelerini Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne vermesi koşuluna bağlanmıştır. Bu koşul, 3 Eylül 1952'de yerine getirilerek Sözleşme yürürlüğe girdi⁸¹.

AİHS ile insan hakları alanında getirilmiş olan temel yenilik, Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin niteliğinden değil; ancak Sözleşme ile öngörülmüş bulunan koruma ve denetim mekanizmasından doğmaktadır. Gerçekten Sözleşmenin orijinal hali ile güvence altına alınan hak ve özgürlükler, BM Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'ne göre daha eksiktir ve yalnızca kişisel ve siyasal haklardan oluşmaktadır⁸². Bununla birlikte, AİHS özellikle inceleme konumuz yönünden, adil yargılanma hakkını (md. 6) bir bütün olarak düzenleyen ilk ve en önemli uluslararası hukuk metni olarak ortaya çıkmaktadır⁸³.

⁸⁰ Kadir **YILDIRIM**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Divan Kararlarının Hukuksal Niteliği ve Taraf Devletlerde Uygulanması, İstanbul, 1997, s. 1.; Erol **KARAASLAN**, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yapısı ve Yargılama Yöntemleri”, Ankara Barosu Dergisi, Y: 62, Sy: 3, 2004, s. 108.

⁸¹ Sözleşme Türkiye’de ise TBMM tarafından çıkartılan 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun’la yürürlüğe girmiştir. **ÇELİK**, “Milletlerarası Hukuk”, s. 472.

⁸² AİHS’de sosyal, ekonomik ve kültürel haklardan söz edilmemiş olmasından doğan eksiklik Avrupa Konseyi tarafından 1961 yılında Torino’da kabul edilen Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi (*Avrupa Sosyal Şartı*) ile tamamlanmıştır. Gerçekten bu Sözleşme yürürlüğe girdikten sonra, sosyal, ekonomik ve kültürel hakların korunması bağlamında AİHS ile eşdeğer bir fonksiyon üstlenmiştir. Bkz. Öztekin **TOSUN**, “Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi”, İÜHF, C: XXIV, Sy: 4, s. 1102 vd.

⁸³ Hüseyin **TURAN**, “Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ndeki Yeri ve

AİHS ile koruma altına alınan hak ve özgürlükler alanı, değişik tarihlerde çıkarılan esasa ilişkin Ek Protokoller (1-4-(6)-7-12-(13)⁸⁴. Ek Protokoller) ile genişletilmiş ve uluslararası hukuk güvencesi altına alınmıştır⁸⁵.

AİHS'in ilk bölümünde kişisel ve siyasal haklar (md. 2-18) düzenlenmiş iken; ikinci bölümde ise Sözleşme'nin güvence altına almış olduğu temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla özgün bir denetim mekanizması getirilmiştir.

Belirtelim ki, bu denetim mekanizması 01.11.1998 tarihinde yürürlüğe giren AİHS Ek 11. Protokol ile önemli şekilde değiştirilmiştir. Bu çerçevede orijinal denetim mekanizmasında bulunan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu⁸⁶-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Bakanlar Komitesi şeklindeki 3 temel organdan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu- kaldırılarak, bu Komisyonun işlevini de üstlenen tek bir İnsan Hakları Mahkemesi oluşturulmuş ve böylece denetim mekanizması 2 temel organa indirilmiştir⁸⁷.

Bu çerçevede Sözleşme sisteminin esasını oluşturan gerek bireysel başvurular (AİHS md. 34) gerekse devletlerarası başvurular (AİHS md. 33) artık doğrudan Mahkemeye yapılmaktadır. Mahkemenin iç yapısı ise Komiteler, Daireler ve Büyük Dairenden oluşmaktadır (AİHS md. 27). Orijinal denetim mekanizmasında Komisyona ait bulunan kabul edilebilirlik incelemesi yapma görevinin bir bölümü Komitelere bırakılmıştır. Buna göre Komiteler bireysel başvurularda oybirliği ile kabul edilemezlik kararı verebilirler (AİHS md. 28).

Önemi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sy: 89, 2009, s. 213 vd.

⁸⁴ Esasa ilişkin protokoller içerisinde parantez içerisinde zikredilen 6. ve 13. Protokollerin işlevi, ölüm cezasının kaldırılmasına özgü olarak yapılandırılmış olmalarıdır.

⁸⁵ Süheyl **BATUM**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, İstanbul, 1996, s. 20-21.

⁸⁶ İnsan Hakları Komisyonu Sözleşmede güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğine ilişkin şikayetleri ilk planda incelemekle görevli olan bir çeşit soruşturma kuruluydu. Yarı yargısal bir işleve sahip olan Komisyon, şikayet başvurularının ilk incelemesini yapar ve başvurunun kabul edilebilir bir nitelikte olup olmadığını belirlerdi. Komisyon başvuru kabul edilemez bulursa, başvuru reddedilirdi ve bu ret kararı kesindi Komisyon başvuru kabul edilebilir bulursa dosya İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelirdi. Komisyonun ayrıca başvuru ile taraf devlet arasında dostane çözüm olasılığını araştırma yetkisi de mevcuttu. Bu kapsamda, taraflar arasında Komisyon'un da onaylayacağı bir uzlaşma sağlanırsa, mesele dostane çözüm yoluyla çözümlenirdi. Bkz. **GEMALMAZ**, "Ulusalüstü İnsan Hakları", s. 703.

⁸⁷ Serhat **KAŞIKARA**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye, Ankara, 2009, s. 52; **ÇELİK**, "Adil Yargılanma Hakkı", s. 18.

Komiteler tarafından bu çerçevede bir karar verilmeyen başvurularda kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin karar Daireler tarafından verilir (AİHS md. 29). Daireler aynı zamanda 33. maddeye göre yapılan devletlerarası başvuruların da kabul edilebilirliği ve esasına ilişkin karar verme yetkisi sahip kılınmıştır. Bir Daire tarafından karara bağlanan bir vakıa (AİHS md. 30 ve 43'deki koşulların oluşması durumunda) Büyük Daireye gönderilebilir ve vakıa Büyük Daire tarafından incelenerek kesin sonuca bağlanır (AİHS md. 31).

AİHS'in inceleme konumuz yönünden önemi ise hiç kuşkusuz "adil yargılanma hakkı" başlıklı 6. maddesi ile belirmektedir. Ancak daha da önemlisi, adil yargılanma hakkının genel unsurları ve özel görünüş biçimlerini düzenleyen AİHS md. 6'nın, Sözleşmede öngörülen denetim mekanizması bağlamında AİHM tarafından üretilen içtihatlar yoluyla genel çerçevesinin oluşturulmasıdır. AİHS md. 6 hazırlanırken, BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 10. maddesindeki hükmün genişletilmesi esas alınmıştır. Bu bağlamda, makul süre içinde ve kanunla kurulmuş bir mahkeme önünde yargılanma hakları da hükme eklenmişti. Ancak maddede korunan hakların daha açık ve net bir biçimde kaleme alınması yönündeki eğilim doğrultusunda, suçta ve cezada kanunilik ilkesi, suçsuzluk karinesi, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde, aleni olarak ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkı şeklindeki alt ilkeler de metne dâhil edilmiştir⁸⁸.

C. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi

İnsan haklarının korunmasına ilişkin olarak bölgesel düzeyde yapılandırılan diğer bir denetim mekanizması 1969 yılında imzalanan ve 1978 yılında yürürlüğe giren Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. Bu Sözleşme Amerika kıtasındaki insan haklarının korunması mücadelesini kurumsallaştıran temel yapı taşı olmakla birlikte, Amerika kıtasında bölgesel bir sistem kurulması çalışmaları daha da önceye dayanmaktadır. Bu bağlamda 1948 yılında imzalanan ve 1951 yılında yürürlüğe giren Amerikan Devletleri Örgütü (ADÖ) Şartı'nın bir ürünü olarak 1959 yılında kurulan Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyo-

⁸⁸ Bu çerçevede AİHS md. 6 anlamında adil yargılanma hakkının kapsamı için bkz. Veli Özer ÖZBEK- M. Nihat KANBUR-Koray DOĞAN-Pınar BACAĞSIZ- İlker TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 57.

nu'na değinmek gerekir⁸⁹. Gerçekten bu Komisyona ADÖ Şartı uyarınca verilen taraf devletlerdeki insan hakları ihlallerini tespit etmek üzere ülke ziyareti ve mahallinde inceleme yapma yetkisi, insan haklarının korunmasına ilişkin dikkat çekici bir denetim mekanizması olarak ortaya çıkmıştır⁹⁰.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ne dönecek olursak, bu Sözleşmenin büyük ölçüde bir önceki bölgesel insan hakları sözleşmesi olan AİHS'den izler taşıdığı görülmektedir. Sözgelimi bu Sözleşmede de -tıpkı AİHS'de olduğu gibi- yalnızca kişisel haklar ve siyasal hakların düzenlenmesi ile yetinilmiş ve (26. madde istisnası dışında) ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ise yer verilmemiştir. Sözleşme ile yapılandırılan temel denetim mekanizması ise Amerikalılar arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin kurulmasıdır. Bu Mahkemenin temel işlevi ve yetkisi, Sözleşme'de güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerin ihlaline ilişkin iddiaları inceleyerek karara bağlamaktır⁹¹. Belirtelim ki, Sözleşmede gerek bireysel başvuru gerekse devletlerarası başvuru imkanı tanınmış olması nedeniyle AİHS ile büyük bir paralellik söz konusu ise de, her iki bölgesel denetim organı arasında özellikle usule ilişkin belirli farklılıklar bulunmaktadır⁹².

Sözleşmenin inceleme konumuz yönünden önemi ise, "adil yargılanma hakkı" başlıklı 8. maddesidir. Buna göre⁹³;

"1. Herkesin kendisine karşı yöneltilen cezai mahiyetteki bir suçlamaya veya medeni, çalışmaya, vergiye dair olan ve diğer mahiyetteki hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesine ilişkin olarak, önceden kanun tarafından belirlenmiş yetkili, bağımsız ve tarafsız mahkeme önünde, makul süre içerisinde ve

⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Semih **GEMALMAZ**, Latin Amerika'da İnsan Hakları, 3. Baskı, Kavram Yayınevi, İstanbul, 1994, s. 127 vd.

⁹⁰ Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonunun, sahip bulunduğu ülke ziyareti ve mahallinde inceleme yapma yetkisi itibarıyla, spesifik olarak işkencenin önlenmesine yönelmiş bir bölgesel insan hakları sözleşmesi olan Avrupa İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi çerçevesinde kurulan İşkencenin Önlenmesi Komitesi ile büyük ölçüde benzeştiği not edilmelidir.

⁹¹ **GEMALMAZ**, "Latin Amerika'da İnsan Hakları", s. 175.

⁹² Her iki koruma mekanizmasının karşılaştırılması için bkz. Thomas **BUERGENTHAL**, "The American and European Convention on Human Rights: Similarities and Differences", American University Law Review, V: 30, Fall 1980, N: 1, s. 155 vd.

⁹³ Sözleşmenin adil yargılanma hakkına ilişkin 8. maddesinin Türkçe'ye çevirisi tarafımızdan serbest olarak gerçekleştirilmiştir. Bu düzenlemenin Türkçe kısmi çevirisi için ayrıca bkz. **GEMALMAZ**, "Latin Amerika'da İnsan Hakları", s. 103.

asgari hakları gözetilerek yargılanma hakkı vardır.

2. Bir suç işlemekle itham edilen herkes, suçu bizzat kanun önünde ispatlanmadığı sürece suçsuzdur. Yargılamanın devamı esnasında, herkes, tam bir eşitlik içinde aşağıdaki asgari güvencelerden yararlanma yetkisini haizdir:

- a. eğer, mahkemede konuşulan dili anlamıyorsa veya konuşamıyorsa, ücretsiz olarak bir çevirmenden veya yorumcudan yararlanma hakkı
- b. kendisine yöneltilen isnada ilişkin olarak ayrıntılı bir ön bildirim yapılması hakkı
- c. savunmasını hazırlamak üzere yeterli zaman ve araçlara sahip olma hakkı
- d. kendisini bizzat veya kendi seçeceği bir müdafii yardımıyla savunma hakkı ve müdafii ile serbestçe ve mahremiyetine saygı gösterilerek görüşme hakkı
- e. eğer suçlanan kişi kendisini bizzat savunmuyor veya kanun tarafından belirlenen sürede kendi müdafii ile iletişim kurmuyorsa, devredileme şeklinde devlet tarafından sağlanan, kendi tuttuğu ya da iç hukukta sağlanmamış olan bir müdafii yardımından yararlanma hakkı
- f. savunma makamının mahkemede hazır bulunan tanıkları sorgulama ve hakikatin ortaya çıkartılmasına ışık tutabilecek tanıkları, uzmanları ve diğer kişileri hazır bulundurma hakkı
- g. kendisine karşı tanıklık yapmaya veya suçu itiraf etmeye zorlanmama hakkı
- h. hükme karşı daha üst bir mahkemede temyiz başvurma hakkı.

3. Suçlanan kişi tarafından suçunu ikrar ettiğine ilişkin bir açıklama, ancak bu açıklamanın herhangi bir zorlamanın ürünü olmaması halinde geçerli sayılabilir.

4. Suçlanan bir kişinin yargılama sonucu temyiz edilemez bir hükümle beraat etmesi durumunda, bu kişi aynı sebeple yeni bir yargılamaya konu edilemez.

5. Ceza muhakemesi (*kovuşturma evresi*), adaletin menfaatlerinin korunmasını gerektirecek durumlar dışında, kamuya açık olarak gerçekleştirilir”.

D. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı

Avrupa ve Amerika kıtalarından sonra Afrika kıtasında da insan haklarının korunmasına ilişkin olarak bölgesel bir koruma ve denetim sistemi oluşturulmuştur. Bu kapsamda ilk olarak 1963 yılında Etiyopya'nın başkenti Addis Ababa'da imzalanan Afrika Birliği Örgütü Şartı ile kurulan Afrika Birliği Örgütü'nden (ABÖ) söz etmek gerekir⁹⁴. 1970'li yıllarda Afrika kıtasındaki bazı totaliter dikta rejimlerinin yıkılması süreci ile paralel olarak ABÖ Devlet ve Hükümet Başkanları Konferansı tarafından, Avrupa ve Amerika kıtalarında olduğu gibi bir bölgesel koruma ve denetim mekanizması kurulması için çalışmalara başlanmıştır. Bu çalışmaların sonucu olarak hazırlanan Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı (AİHHŞ) 1981 yılında imzaya açılmış ve 1986 yılında yürürlüğe girmiştir.

AİHHŞ bölgesel düzlemde kendisinden önce ortaya çıkan bölgesel insan hakları sözleşmelerinden öncelikle öngördüğü denetim mekanizması yönünden ayrılmaktadır. Gerçekten gerek AİHS'de gerekse Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde “Mahkeme” şeklinde bir denetim organı yapılandırılmış iken; AİHHŞ ise Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu şeklinde bir denetim organı oluşturmuştur. Komisyonun temel yetkileri ise⁹⁵;

- insan ve halkların haklarıyla ilgili olarak bilgi ve belge toplama, çalışmalar yapma, toplantılar düzenleme ve ilintili kurumları destekleyerek onlarla işbirliği yapmak,
- AİHHŞ'na taraf bir devletin veya ABÖ tarafından tanınan Afrikalı bir örgütün talebi halinde AİHHŞ hükümlerini yorumlamak ve
- AİHHŞ uyarınca yapılan gerek “bireysel başvuruları” gerekse “devletlerarası başvuruları” inceleyerek karara bağlamaktan ibarettir.

AİHHŞ'ni önceki iki bölgesel sözleşmeden ayıran diğer bir husus ise içerdiği

⁹⁴ KAŞIKARA, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 55.

⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Semih GEMALMAZ, “Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu”, Milletlerarası Hukuk Bülteni, Y: 9 Sy: 1,1989, s. 10 vd.

hak ve özgürlükler listesi ilişkindir. Çünkü, AİHHŞ önceki iki sözleşmeden farklı olarak yalnızca kişisel ve siyasal hakları değil ancak aynı zamanda ekonomik, sosyal ve kültürel hakları ve dahası “halkların hakları” başlığı altında ilk kez üçüncü kuşak hakları da düzenleyen bir uluslararası hukuk metni olma özelliği taşır⁹⁶.

Bu bağlamda inceleme konumuz olan “adil yargılanma hakkı” yönünden ise AİHHŞ’nin 7. maddesi ön plana çıkmaktadır. Buna göre:

- “1. Her birey davasının dinlenmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kapsamına;
- a. Sözleşmeler, kanunlar, düzenlemeler ve yürürlükteki örf ve adet hukuku uyarınca tanınan ve güvence altına alınan temel haklarını ihlal eden fiillere karşı yetkili ulusal organlara temyiz başvurusunda bulunma hakkı,
 - b. Suçluluğu yetkili bir Mahkeme veya Yargı Organı önünde ispatlanıncaya kadar suçsuz sayılma hakkı,
 - c. Kendi seçeceği bir müdafî tarafından savunulmayı da içerir şekilde savunma hakkı,
 - d. Bağımsız bir Mahkeme veya Yargı Organı önünde makul sürede yargılanma hakkı, girmektedir.”

2. Hiç kimse işlendiği sırada yürürlükte bulunan kanun tarafından cezalandırılabilir bir suç olarak düzenlenmemiş olan bir fiil veya ihmalden dolayı kınanamaz. İşlendiği sırada kanunda düzenlenmemiş olan bir suçtan dolayı bir ceza yaptırımı uygulanamaz. Ceza sorumluluğu kişiseldir ve yalnızca suçu işleyen kişiye uygulanır”.

E. BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi

BM tarafından yapılandırılan çok sayıda insan hakları belgesi bulunmasına karşın, bunlar arasında ilk elde Evrensel İnsan Hakları Bildirisi’nin çok ayrıcalıklı bir konumu olduğunu ifade etmiştik. Ancak meseleye inceleme konumuz

⁹⁶ Mehmet Semih **GEMALMAZ**, “Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı Üzerine Düşünceler”, Milletlerarası Hukuk Bülteni, Y: 7, Sy: 2, 1987, s. 131 vd.

olan adil yargılanma hakkı açısından yaklaştığımızda ise, yine BM tarafından yapılandırılan Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin (MSHS) de bu bağlamda mutlaka değinilmesi gereken bir uluslararası metin olduğunun da altını çizmek gerekir. Hazırlık çalışmaları 1947 yılına kadar giden MSHS 1966 yılında imzaya açılmış, 1976 yılında ise yürürlüğe girmiştir⁹⁷.

Gerçekten, MSHS büyük oranda Evrensel İnsan Hakları Bildirisi ile tanınmış olan kişisel ve siyasal (*klasik*) hakları yinelemiş olmakla birlikte, bu hakları bir uluslararası Sözleşme formunda ortaya koyduğu için, bu haklara ilişkin olarak Evrensel Bildiri özelinde yaşanan bağlayıcılık tartışmalarının geride kalmasını sağlamıştır.

MSHS ile güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerin taraf devletler tarafından uygulanmasını izlemek ve denetlemek üzere bir denetim organı olarak İnsan Hakları Komitesi kurulmuştur. Bu Komitenin temel fonksiyonu, MSHS ile güvence altına alınan hak ve özgürlükleri, taraf devletler tarafından düzenli olarak hazırlanan raporlar aracılığıyla izlemektir. Komitenin bu raporlar çerçevesinde ürettiği "Genel Yorumlar", MSHS'de güvence altına alınan hak ve özgürlüklere ilişkin uygulamanın tüm taraf devletlerde geliştirilmesine katkı sağlar. Ancak belirtmek gerekir ki, bu Genel Yorumlar tek bir taraf devlete değil ancak tümüne yönelik olarak hazırlanırlar⁹⁸.

MSHS içeriği itibarıyla 6 bölümden ve toplam 53 maddeden oluşmaktadır. İlk 3 Bölümde (Md. 1-27) hak ve özgürlükler düzenlenirken, 4. Bölümde İnsan Hakları Komitesinin kuruluşuna ve işleyişine ilişkin usuller, 5. ve 6. Bölümlerde ise MSHS'nin diğer ulusal üstü insan hakları metinleri ile ilişkisi ve onaylanma ve yürürlüğe girme usulü gibi konular düzenlenmiştir. İnceleme konumuz yönünden MSHS'yi özellikli kılan husus ise, "adil yargılanma hakkı"nın 14. maddede oldukça kapsamlı bir şekilde düzenlenmiş olmasıdır. Buna göre;

" 1. Herkes Mahkeme ve Yargı Organları önünde eşittir. Bir suç işlemekle

⁹⁷ Türkiye MSHS'yi 2000 yılında imzalamış ve bu konuya özgü bir Kanunla (04.06.2003 tarih ve 4868 sayılı "Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun") onaylayarak, 2003 yılından itibaren MSHS'nin tarafı haline gelmiştir. Türkiye'nin MSHS'ye taraf olma süreci ve özellikle koymuş olduğu çekinceler ile ilgili olarak yaşananlar için bkz. **GEMALMAZ**, "Ulusalüstü İnsan Hakları", s. 367-371.

⁹⁸ **GEMALMAZ**, "Ulusalüstü İnsan Hakları", s. 380.

itham edilen veya bir hukuk davasında hak ve yükümlülükleri hakkında karar verilmesi gereken herkes, kanunla kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde adil ve açık/aleni bir şekilde yargılanma hakkına sahiptir. Demokratik bir toplumda ahlak, kamu düzeni ya da ulusal güvenlik gerekçeleriyle ya da tarafların özel hayatlarına ilişkin menfaatlerinin bir gereği olarak ya da Mahkemenin kanaatine göre aleniyetin adaletin menfaatlerine zarar vereceği özel durumlarda; gerekli görüldüğü ölçüde, basın ve dinleyiciler duruşmaların tümünün ya da bir kısmının dışında tutulabilirler. Ancak, küçüklerin menfaatleri aksini gerektirmedikçe, ya da duruşmalar çocukların velayetine ilişkin evlilikle ilgili uyuşmazlıklar hakkında olmadıkça, ceza ya da hukuk davalarında verilecek herhangi bir kararın aleni olması zorunludur.

1. Bir suç işlemekle itham edilen herkes, suçluluğu kanuna uygun olarak ispatlanmadıkça suçsuz sayılır.

3. Herkes, itham edildiği suçla ilgili olarak, tam bir eşitlik içinde, aşağıdaki asgari güvencelere sahiptir:

(a) Kendisine, en kısa zamanda ve anlayacağı bir dilde, aleyhindeki iddianın niteliği ve nedenleri hakkında ayrıntılı bilgi verilmesi;

(b) Savunmasını hazırlayabilmek ve kendi seçeceği bir müdafii ile temas edebilmek için yeterli zaman ve kolaylığın tanınması;

(c) Gereksiz bir gecikme olmadan yargılanması;

(d) Yargılanmada hazır bulunması ve kendisini ya bizzat ya da kendi seçtiği bir müdafii yardımı ile savunması; müdafii yoksa, bu hakkının var olduğunun kendisine bildirilmesi; adaletin gerektirdiği her durumda kendisine bir müdafii atanması ve böyle durumlarda ödeme gücü yoksa bu yardımın ücretsiz olarak sağlanması;

(e) Aleyhindeki tanıkları sorgulayabilmesi ya da sorgulanmasını sağlayabilmesi ve lehindeki tanıkların da aleyhindeki tanıklarla aynı koşullarda katılımlarının ve sorgulanabilmelerinin sağlanması;

(f) Mahkemede kullanılan dili anlamıyor veya konuşamıyorsa, ücretsiz bir çevirmen yardımının sağlanması;

(g) Kendi aleyhinde tanıklıkta bulunmaya ya da suç işlediğini itiraf etmeye zorlanmaması.

4. Küçüklerin söz konusu olduğu hallerde, yargılama bu kişilerin yaşları ve topluma yeniden kazandırılmaları düşüncesi göz önüne alınarak yürütülür.

5. Bir suçtan dolayı mahkum olan herkes, mahkumiyetinin ve cezasının kanuna uygun olarak daha yüksek bir yargı organı tarafından yeniden incelenmesi hakkına sahiptir.

6. Bir suçtan dolayı kesin bir kararla mahkum olan ve daha sonra hakkındaki hüküm, adaletin yanlış tecelli ettiğini kat'i şekilde ortaya koyan yeni veya yeni ortaya çıkan bir vakıa dolayısıyla bozulan veya bu sebeple affa uğrayan bir kişi, evvelce bilinmeyen vakıanın, zamanında ortaya çıkmamasında kısmen ya da tamamen kendi kusuru bulunduğu ispat edilmediği takdirde, böyle bir hükmün sonucunda ceza çekmesinin karşılığı olarak kanuna uygun şekilde tazminata hak kazanır.

7. Bir ülkenin kanunları ve ceza muhakemesi uyarınca daha önce kesin bir hükümle mahkum olmuş ya da beraat etmiş olan hiç kimse, aynı fiil için yeniden yargılanamaz ve cezalandırılmaz.”

V. TÜRK HUKUKUNDAKİ GELİŞİM SÜRECİ

A. Osmanlı Dönemi

1. Tanzimat Fermanından Önce

a. Osmanlı Ceza Hukukunun Gelişimi

Bir İslam devleti olan Osmanlı İmparatorluğu'nda doğal olarak İslam ceza hukuku kuralları uygulanmaktaydı. Ancak bunun yanında suç teşkil eden bazı fiillerin ve bunlara uygulanacak cezaların padişahlar tarafından çıkartılan kanunnameler yoluyla belirlenmesi yoluna da gidilmekteydi⁹⁹. Aslında İslam hukukunda gerekli hukuk kurallarının Kuran-Kerim, sünnet, icma ve kıyas yoluyla konulmuş olduğu göz önüne alındığında, İslam devletinin başında bulunan Osmanlı padişahının ne ölçüde bir yasama yetkisine sahip olduğu da sorgulanır

⁹⁹ Sulhi **DÖNMEZER** – Sahir **ERMAN**, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku - Genel Kısım*, C: I, 12. Bası, İstanbul, 1997, s. 121.

hale geliyordu. Gerçekten İslam hukukunun belirtilen kaynakları değiştirilemez yasalar niteliğindedi ve Osmanlı devletinde de ne kadar güçlü olursa olsun hiçbir hükümdarın İslam hukuku kurallarını kaldırma veya değiştirme yetkisi yoktu. Bununla birlikte devlet ve toplum yaşamında zaman içerisinde ortaya çıkan çeşitli gereksinimlerin de, İslam hukukunun dokunulamaz çekirdek alanıyla doğrudan doğruya ilgili bulunmamak kaydıyla yeni hukuk kurallarıyla düzenlenmesi gerekiyordu¹⁰⁰. Bu gereksinimlerin karşılanabilmesi maksadıyla ulema tarafından, padişahın sahip olduğu egemenlik yetkisini, şeriatın özüne dokunmaksızın kanunnameler yoluyla kullanabileceği belirtilmiş ve padişahın yasama yetkisine bu şekilde bir meşruiyet kazandırılması yoluna gidilmişti¹⁰¹.

Bu kanunnameler, İslam ceza hukuku kurallarını tamamlayıcı bir işlev görüyordu ve bu şekilde taziri gerektiren suçların ve cezalarının kanunnameler yoluyla saptanması, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin hayata geçirilmesine de yardımcı oluyordu¹⁰².

Osmanlı devletinde suç ve cezalara ilişkin hükümler içeren ilk kanunnameler Fatih Sultan Mehmet döneminde çıkartılmıştı. Bu dönemde çıkartılan ilk kanunnamenin İslam ceza hukukunda mevcut bulunan suçları tekrarlayanın yanında dikkati çeken özelliği para cezalarına ilişkin olarak getirmiş olduğu rejim idi. Gerçekten suçludan alınan para cezası anlamına gelen “cerime”, para cezalarının suç işleyen kişinin ekonomik özellikleri gözetilerek tatbik edilmesi suretiyle cezanın bireyselleştirilmesini sağlayan müessesedir¹⁰³.

¹⁰⁰ Mehmet Emin **ARTUK**- Ahmet **GÖKÇEN**- A. Caner **YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, 2013, s. 66.

¹⁰¹ Ulemanın, padişahın yasama yetkisine meşruiyet kazandıran gerekçesi ise şöyledir: “Şeriatın düzeni ebedidir. Her zaman var olacaktır. Bu düzeni İslam topluluğunda yaşatmak ise siyasal güce sahip olan hükümdarın görevidir. Tanrısal olan İslam düzenini, hükümdarın akıl yoluyla koyacağı kurallar geliştirebilir ve koruyabilir. İslam düzeninin yaşayabilmesi için hükümdara bu hakkı tanımak gereklidir. Böylece ilahi hukuk yanında hükümdarın iradesinden doğan hukuk da geçerlidir”. **ÜÇÖK-MUMCU**, “Türk Hukuk Tarihi”, s. 213.

¹⁰² **İÇEL – DONAY**, “Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku”, s. 52.

¹⁰³ **İÇEL – DONAY**, “Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku”, s. 52. Bununla birlikte, Fatih Kanunnamesi ile başlayan ve daha sonraki Kanuni ve IV. Mehmet Kanunnameleri ile devam eden para cezası uygulamasının Şer’i hukuktan sapma anlamı taşıyıp taşımadığı derin tartışmalara konu olmuştur. Çünkü Fatih Kanunnamesi ile başlayan süreçte, İslam hukukuna göre cezası “had” olarak belirlenmiş sözgelimi hırsızlık ve zina gibi suçlar için de para cezası öngörüldüğü ve bu cezanın tatbik edildiği görülmektedir. Bu tartışmalar için bkz. **AVCI**, “Osmanlı Ceza Hukuku’na Giriş”, s. 121 vd.

Osmanlı devletinin değişik bölgelerinde ve yeni fethedilen yerlerin yönetimi için -ceza hükümleri de içeren - ayrı kanunlar hazırlanması gerekliliği karşısında, pratik bir çözüm olarak Fatih Sultan Mehmet döneminde hazırlanan bu tek model kanun kullanılıyordu. İmparatorluğun belirli bir bölgesi için yeni bir kanun yapılması ihtiyacı doğduğunda, bu model kanun, ihtiyacın ortaya çıktığı mahallin örf ve adetleri ile uyumlu bir şekilde yeniden tanzim ediliyordu. Bu şekilde imparatorluğun her yerinde esas aynı kalmakla birlikte, yerel ihtiyaçlar çerçevesinde özellikle mali ve idari açıdan üzerinde değişiklikler yapılabilen esnek bir kanunlar bütünü oluşturulmuştu. Bu bütünün içerisindeki suç ve ceza içeren hükümler ise genelde bir değişikliğe uğramaksızın esasta aynı kalmaktaydı¹⁰⁴. Fatih Sultan Mehmet'ten sonra başa geçen diğer padişahlar döneminde de kanun yapma tekniğine ilişkin bu esaslar geçerli olmuş ve bir kanunnameye aktarılmıştır. Bu noktada özetle Kanuni Sultan Süleyman Kanunnamesine de değinmek gerekir. Çünkü bu Kanunnamede, İslam ceza hukukunda sonradan kabul edilmiş olan İslam devlet başkanının "siyaseten katl"¹⁰⁵ yetkisine dayanılarak, daha önce el veya ayak kesme ya da tövbe edinceye kadar hapis gibi yaptırımlarla karşılanan mükerrir hırsızlık faileri için ölüm cezası getirilmiştir¹⁰⁶. Nihayet Sultan Dördüncü Mehmet döneminde de bir ceza kanunu yayınlanmış ve bu kanunda da kendisinden önceki kanunnamelerdeki ceza hükümleri ve bu bağlamda mükerrir hırsızların siyaseten katline ilişkin hükümler tekrarlanmıştır. Sultan Dördüncü Mehmet Ceza Kanunu'nun dikkati çeken yanı ise, tehlikelilik hali gösteren bazı kişiler için yaşadıkları ortamdan dışlanmaları ve tövbe kâr olmadıkları takdirde buldukları şehirden sürülme-

¹⁰⁴ **DÖNMEZER-ERMAN**, "Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku", C: I, s. 122.

¹⁰⁵ Siyaseten katl, İslam (Osmanlı) hükümdarının mutlak yetkisine (tazir hakkına) dayanarak verdiği en ağır ceza (ölüm cezası) olarak nitelendirilmektedir. Türk hukukunda "Siyaseten katl" müessesesi hakkındaki temel eser olarak bkz. Ahmet **MUMCU**, Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl, Ankara, 1985, s. 2 vd. Osmanlı sisteminde siyaseten katl uygulanabilecek suçlar ve siyaseten katlin infazı usulü için ayrıca bkz. **AVCI**, "Osmanlı Ceza Hukuku'na Giriş", s. 199-202.

¹⁰⁶ **İÇEL – DONAY**, "Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku", s. 52. Osmanlı ceza hukuku uygulamasının ilerleyen zamanlarında Şeyhülislam Abdurrahim Efendi'nin (1128/1716 hırsızlık yapmak için beytülmalın demirlerini keserek yakalanan kişinin siyaseten katledilebilmesine fetva verdiği de ifade edilmektedir. Bkz. **AVCI**, "Osmanlı Ceza Hukuku'na Giriş", s. 199, dpn. 110.

leri yolunda ilkel manâda bir güvenlik tedbirinin düzenlenmiş olmasıdır¹⁰⁷.

b. Osmanlı Ceza Muhakemesi Hukukunun Gelişimi

Osmanlı ceza muhakemesi hukukunda da, ceza hukukunda olduğu gibi İslam hukukunun ilkeleri egemen durumdaydı¹⁰⁸. İslam hukukunda ise muhakeme tamamen şer'î esaslara dayanıyor ve Fıkıh hükümleri çerçevesinde hareket ediliyordu¹⁰⁹. Bu açıdan hukuk davaları ile ceza davaları arasında bir farklılık yoktu. Ceza davaları, hukuk davaları ile birlikte kadı veya naip olarak isimlendirilen tek hâkimli Şer'îye mahkemelerinde görülüyordu¹¹⁰. Tanzimat öncesi dönemde görev yapan Şer'îye mahkemeleri tek yargıçlı idi ve bu mahkemenin kararlarına karşı bir denetim muhakemesi de söz konusu değildi¹¹¹. Suçun mağduru veya suçtan zarar gören diğer kişiler iddia makamında, suçu işlediği ileri sürülen fail ise savunma makamında yer alıyordu. Yukarıda değinildiği üzere, taziren işlenen suçlarda siyaseten katle kadar gidebilen ağır yaptırımlar uygulanabilmesine karşın, suç yalnızca fail ile aleyhine suç işlenen kişi arasındaki bir mesele olarak kabul ediliyor ve davanın açılması üzerine kadılar ceza davasını da birlikte yürütüyordu¹¹².

İspat hukuku açısından bu davalarda kanuni delil sistemi geçerli idi ve delilleri davacı bizzat getirip ibraz etmek durumundaydı¹¹³. Eğer şer'î hükümler izin veriyorsa, sanığa da kendi lehine olan delilleri sunma imkânı tanınmıştı. Bu çerçevede İslam hukukunun esaslarına uygun olarak yemin verdirilebildiği gibi, şahadet (*tanıklık*) başlıca delil sayılıyordu¹¹⁴. Kadı, kendi kişisel kanaati farklı yönde olsa bile, hukuk davalarında olduğu gibi delil ile bağlı idi; karine ve emareler ise delil sayılmazdı. Şahadetin geçerli olabilmesi için İslam hukuku çerçevesinde bir nisap belirlenmiş ve en az iki erkeğin veya bir erkek ile iki

¹⁰⁷ DÖNMEZER-ERMAN, "Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku", C: I, s. 123.

¹⁰⁸ Bahri ÖZTÜRK-Durmuş TEZCAN-M. Ruhan ERDEM-Özge SIRMA-Yasemin F. SAYGILAR-Esra ALAN, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2009, s. 35.

¹⁰⁹ Tahir TANER, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. Baskı, İstanbul, 1955, s. 14.

¹¹⁰ TANER, "Ceza Muhakemeleri Usulü", s. 17.

¹¹¹ Nur CENTEL-Hamide ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, İstanbul, 2013, s. 24.

¹¹² TANER, "Ceza Muhakemeleri Usulü", s. 14.

¹¹³ Osmanlı devleti bağlamında İslam ispat hukuku hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Abdülaziz BAYINDIR, İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devleti Uygulaması), İslami İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, İstanbul, 1986, s. 141 vd.

¹¹⁴ ÖZTÜRK ve diğerleri, "Ceza Muhakemesi Hukuku", s. 35.

kadının şahadet etmesi aranmıştı¹¹⁵. Bununla birlikte, belirli bazı suçlar yönünden ise bu nisap özel olarak düzenlenmişti. Sözelimi zina suçunun ispatı için en az dört erkeğin şahadet etmesi aranmıştı¹¹⁶.

c. Adil Yargılanma Hakkı Bağlamındaki Durum

Osmanlı Devleti'nde geçerli bulunan İslam muhakeme hukukunda, medeni muhakeme ve ceza muhakemesi şeklinde bir ayırım söz konusu değildi. Bununla birlikte, ceza muhakemesiyle ilgili birtakım hükümler vardı ki, bu hükümler bir araya geldiğinde Osmanlı ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerini oluşturuyordu. Bu ilkelerin önemli bir kısmı ise sanığın hak ve özgürlüklerinin korunmasına yönelmişti ve esas itibarıyla bugün modern hukukta, adil yargılanma hakkı olarak ifade ettiğimiz kavrama işaret ediyordu. Bu itibarla, adil yargılanma hakkı bağlamında Osmanlı ceza muhakemesine egemen olan bazı ilkeleri çok özetle şu şekilde belirleyebilmek mümkündür.

Berâet-i zimmet asıldır: Bu ilke, bir kimsenin suçsuz ve borçsuz olmasının temel prensip olduğunu anlamına geliyordu. Buna göre, her insan dünyaya suçsuz ve borçsuz olarak gelir ve ancak sonradan gerçekleştirdiği bazı eylem ve işlemler nedeniyle suçlu veya borçlu duruma düşer. Bu itibarla, bir kimsenin suçlu veya borçlu olduğunu iddia edenin, bunu ispat etmesi gerekir¹¹⁷. İddiyanın ispatı ise hemen yukarıda değinilen şahadet ve yemin verdirmeye şeklindeki ispat araçları ile gerçekleştirilir. İddia bu ispat araçları ile ispat edilmedikçe kişi suçlu veya borçlu sayılamaz. Bunun yanında, özellikle şahadet şeklindeki ispat aracının ağırlığı nedeniyle şahitlik için belirli şartlar aranmış¹¹⁸ ve yargıca şahitler hakkında güvenilirlik soruşturması yapma zorunluluğu da getirilmiştir. Bunun yanında yargıcın objektif delillere bağlı kılınması ve haksızlığa sapmasını temin edici tedbirler alınması ve ceza muhakemesinin (soruşturma safhasını da kapsar şekilde) açık ve aleni olarak yürütülmesi esasları da, bu ilkeye dâhildir¹¹⁹.

¹¹⁵ CENTEL-ZAFER, "Ceza Muhakemesi Hukuku", s. 25.

¹¹⁶ TANER, "Ceza Muhakemeleri Usulü", s. 14.

¹¹⁷ BAYINDIR, "İslam Muhakeme Hukuku", s. 124.

¹¹⁸ Bu şartlar hakkında geniş bilgi için bkz. BAYINDIR, "İslam Muhakeme Hukuku", s. 144-162.

¹¹⁹ BAYINDIR, "İslam Muhakeme Hukuku", s. 125.

Şek il yakîn zâil olmaz ilkesi: Bu ilkeye göre, bir şeyin varlığı kesin olunca, aksi ispat edilmedikçe yalnızca şüphe nedeniyle o şeyin yokluğuna karar verilemez. İslam medeniyetiyle ilgili açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere, İslam ceza muhakemesinde şüphe daima sanık lehine yorumlanmış ve kullanılmıştır. Had ve kısas cezaları da şüphe ile düşeceği gibi, yargıç bu cezaların ağırlığını göz önüne alarak, bir şüphe bularak bu cezaları indirmekle görevlendirilmiştir¹²⁰.

Görüldüğü üzere Osmanlı ceza muhakemesinde geçerli olan bu ilkeler, modern hukuk sistemlerinde geçerli bulunan adil yargılanma hakkının farklı unsurlarına tekabül ediyordu. Bunun yanında yargıcın bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamaya, sanığın duruşmada ve tarafların hüküm verilirken hazır bulunma haklarına, hakikatin araştırılması ilkesine ve spesifik inceleme konumuz yönünden ise adaletin gecikmesi “zulüm” olarak görüldüğü için muhakemede çabukluk ilkesine yer verilmişti¹²¹.

2. Tanzimat Fermanından Sonra

Tanzimat hareketi, Gülhane Hatt-ı Hümayunu olarak da bilinen Tanzimat Fermanı'nın 3 Kasım 1839'da Sultan Abdülmecit adına Mustafa Reşit Paşa tarafından okunması ile başlayan ve Osmanlı devletinde insan haklarının tanınması yolunda ilk önemli adımı teşkil eden bir dönemdir¹²². Bu dönem, aynı zamanda Türk hukuk sisteminde önemli reformların gerçekleştirildiği bir süreci ifade eder¹²³. Tanzimat Fermanı da bu kapsamda özellikle kişi özgürlüğü ve güvenliğinin sağlanabilmesi amacıyla ceza muhakemesine ilişkin kuralların da yer aldığı ilk yazılı hukuk metni olarak ortaya çıkar¹²⁴. Gerçekten, Tanzimat Fermanı ile ilk olarak bir yazılı hukuk metninde, kimse hakkında şeriata göre açıkça yargılama yapılmaksızın gizli veya açık idam ve ceza uygulanamayacağı esası getirilmiştir. Bunun dışında suç işleyen kimsenin suçundan mirasçılarının

¹²⁰ BAYINDIR, “İslam Muhakeme Hukuku”, s. 125-126.

¹²¹ BAYINDIR, “İslam Muhakeme Hukuku”, s. 85-86, 101, 112, 129; ÇELİK, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 22-23.

¹²² KAPANI, “Kamu Hürriyetleri”, s. 87.

¹²³ AKIN, “Kamu Hukuku – Devlet Doktrinleri-Temel Hak ve Özgürlükler”, s. 303. Tanzimat Fermanının tam metni için bkz. Burhan KUZU, Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 1993, s. 241-244.

¹²⁴ ÇELİK, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 24.

sorumlu tutulmasının söz konusu olmadığı ve bu nedenle mirasçılarının haklarına zarar verebilir nitelikte bir genel müsadereyi uygulanamayacağı belirtilmiştir¹²⁵. Bu düzenleme ile de, ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralına işaret edilmiş olmaktadır.

Tanzimat Fermanının ilanı Osmanlı ceza hukuku açısından da somut adımların atılmasına yol açmış ve bu kapsamda ilk olarak Fermanın ilanından yedi ay sonra 1256 Ceza Kanunu (3 Mayıs 1840) yürürlüğe konulmuştur. Bu Kanun, Osmanlı İmparatorluğu sınırları içinde yaşayan tüm yurttaşları ayrıcalıksız olarak kapsamına alan ilk kanun olma yönüyle önem arz etmektedir. Bu nedenle, her ne kadar içeriği itibarıyla basit ve gereksinimleri tamamıyla karşılamaya elverişli olmasa da; özellikle birinci faslının birinci maddesinde kanunun uygulanmasına ilişkin olarak geçen “dağdaki çobanla vezirin bir tutulacağı”¹²⁶ hükmünü hukuk devletine ulaşma ideali anlamında önemli bir adım olarak kabul etmek gerekir¹²⁷. Bu çerçevede ortaya çıkan diğer bir ceza kanunu ise 1267 (14 Temmuz 1851) Kanunu Cedit olup; bu Kanun, esas itibarıyla 1256 Ceza Kanunu’nun eksikliklerini gidermek için kaleme alınmıştır. Bununla birlikte, bu Kanun ile çok önemli bir ilke kabul edilmiş ve veresinin (*mirasçının*) kısası gerektirecek durumlarda suçluyu affetmesinin, devleti bağlamaması esası getirilmiştir. Diğer bir deyişle, aleyhine suç işlenen suçluyu affetse bile, devlet onu yine de cezalandıracaktır. Böylece, Türk hukuk sisteminde İslam ceza hukukunun, özel hukuka yaklaşan bir ilkesi kaldırılmış ve kamu davası anlayışı yürürlüğe konulmuştur¹²⁸.

Tanzimat hareketinin ikinci safhası sayılabilecek olan dönem ise 1856 İslahat Fermanı ile başlamaktadır¹²⁹. Belirli ölçüde batılı devletlerin baskısı suretiyle çıkartılan bu fermanla, esas itibarıyla Osmanlı devleti sınırları içerisinde yaşayan Müslüman olmayan yurttaşların haklarının artırılması ve korunması

¹²⁵ **KAPANİ**, “Kamu Hürriyetleri”, s. 90.

¹²⁶ “...faraza vüzeradan biri bir çobanın bile canına kast vukuunda ol vezirin hakkında dahi kısas-şer’i icra oluna...” 1256 Ceza Kanunname-i Hümayunu, Fasil 1, Madde 1. Bkz. **DÖNMEZER-ERMAN**, “Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku”, C: I, s. 124, dph. 10.

¹²⁷ **İÇEL – DONAY**, “Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku”, s. 53.

¹²⁸ **ÜÇÖK-MUMCU**, “Türk Hukuk Tarihi”, s. 322.

¹²⁹ İslahat Fermanı’nın tam metni için bkz. **KUZU**, “Türk Anayasa Metinleri”, s. 244-250.

amacı izlenmiştir¹³⁰. Islahat Fermanı ile, Müslüman-Müslüman olmayan yurttaşlar arasında her anlamda eşitliği sağlama maksadının yanında, bazı kişi hak ve özgürlükleri de teminat altına alınmak istenmiştir. Bu çerçevede Tanzimat Fermanı ile ortaya konulan temel prensipler teyit edilmiş ve buna ek olarak eziyet, işkence ve her türlü bedensel ceza kesin olarak yasaklanmış, mahkûmların mallarının müsadere edilmemesi ve aleni yargılanma hakkı (duruşmaların açıklığı) gibi hususlar ayrıca düzenlenmiştir¹³¹.

Islahat Fermanının hemen ardından 1274 (9 Ağustos 1858) Ceza Kanunu yürürlüğe konulmuştur. Bu ceza kanunu büyük ölçüde 1810 Fransız Ceza Kanunu'nun Türkçe'ye çevrilmesi suretiyle meydana getirilmiş olup, 1840 ve 1851 ceza kanunlarından farklı olarak lâik esaslara dayanan bir kanun olma özelliği taşıyordu. Bununla birlikte, 1858 Ceza Kanunu'nun 1. maddesinde, bu yeni ceza kanunu uyarınca nizamiye mahkemelerinde yargılanarak kanunda öngörülen şekilde cezalandırılan kişinin, sonra aynı suçtan dolayı Şer'îye mahkemesinde İslam hukuku esaslarına göre yargılanması gerekiyordu¹³². Bu uygulamanın dışında, 1858 Ceza Kanunu Osmanlı devletinde o devre kadar sistemsiz ve kopuk kopuk (*fragmanter*) halde bulunan ceza hükümlerini, bir suç genel teorisi içerisinde sistemleştiren ve batılı kanun yapma tekniğini yansıtan ilk ceza kanunu olması nedeniyle önemlidir¹³³.

1858 Ceza Kanunu ile ceza işlerinde laik hukuka geçiş süreci bir kez başlamıştı. Bu kanunun yürürlüğe girmesinden hemen sonra İstanbul Zaptiye müşirliğinde kabahatler için "Meclis-i Zabıta", cünhalar için "Divan- Zaptiye" ve cinayetler için "Meclis-i Tahkik" kuruldu ve bu suretle Şer'îye Mahkemelerinden ilk ayrılma hareketi başlamış oldu¹³⁴. 1860 yılında "Ticaret Mahkemele-ri"nin kuruluşu ile Şer'îye Mahkemelerinin yetkileri sınırlandı. 1860'lı yıllarda

¹³⁰ AKIN, "Kamu Hukuku – Devlet Doktrinleri-Temel Hak ve Özgürlükler", s. 303.

¹³¹ KAPANİ, "Kamu Hürriyetleri", s. 94.

¹³² Öğretide 1858 Ceza Kanunu ile getirilen bu "çifte yargılama" sistemini ve uygulamasının mantıksız ve tehlikeli olduğunu ileri sürerek eleştiren yazarlar olduğu gibi (Bkz. Baha KANTAR, Ceza Hukuku - Başlangıç, Ankara, 1937, s. 76); bu durumun o dönem hukukçularının iki hukuk sistemini bir arada uygulayabilmek için buldukları "üstadane" bir çözüm olduğunu ileri süren ve bu sistemi savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. DÖNMEZER-ERMAN, "Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku", C: I, s. 127.

¹³³ İÇEL – DONAY, "Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku", s. 55.

¹³⁴ Erol CİHAN-Feridun YENİSEY, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 1997, s. 15.

yapılan düzenlemelerle oluşturulan “Meclis-i Ahkâm-Adliye” ve “Divan-ı Ahkâm-ı Adliye” şeklindeki oluşumlar bugünkü Danıştay ve Yargıtay’ın temelini oluşturan denetim mekanizması olarak ortaya çıktılar. 1875 tarihinde çıkartılan “Adalet Fermanı”¹³⁵ ise yargıçlar için ilk kez getirilen “azledilemezlik”, “yer değiştiremememe” ve “emeklilik hakkı” gibi güvenceler ile Türk hukuk sisteminde adil yargılanma ilkesine ilişkin esasların yürürlüğe konulmasını sağladı¹³⁶.

1876 tarihinde yürürlüğe giren Kanun-i Esasi¹³⁷ ise, “Adalet Fermanı”nda belirlenen güvenceleri anayasal teminata bağlaması ve bunun yanı sıra “doğal yargıç” ilkesi ve “savunma hakkı” gibi adil yargılanma hakkı unsurlarına yer vermesine karşın; Kanun-i Esasi’nin kısa süre sonra askıya alınması nedeniyle bu kurumlar hayata geçirilemedi¹³⁸. Buna karşılık, ceza muhakemesi alanında ilk bütüncül düzenleme olan ve esas itibarıyla 1808 Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Türkçeye çevrilmesi ile meydana getirilen 1296 (25 Haziran 1879) Usûlü Muhakematı Cezaiye (*Ceza Muhakemesi*) Kanunu yürürlüğe konuldu¹³⁹.

1858 Ceza Kanunu ile 1879 Ceza Muhakemesi Kanunu sonraki dönemlerde birçok değişikliklere uğramalarına karşın Cumhuriyetin ilanına kadar yürürlükte kalmışlardır. Cumhuriyetin ilanının ardından ise 1858 Ceza Kanunu yerini 1926 yılında 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’na, 1879 Ceza Muhakemesi Kanunu ise yerini 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’na bırakmıştır.

B. Cumhuriyet Dönemi

Cumhuriyetin ilanının hemen ardından yürürlüğe konulan 1924 Anayasası, Meclis egemenliği rejimi üzerine inşa edilmişti ve Meclis tüm hakların sahibi ve koruyucusu olarak kabul edilmişti.

1924 Anayasası’nın 8. maddesinde “Yargı hakkı, millet adına usul ve kanu-

¹³⁵ Adalet Fermanı’nın tam metni için bkz. **KUZU**, “Türk Anayasa Metinleri”, s. 250-256.

¹³⁶ **ÇELİK**, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 24-25.

¹³⁷ Kanuni-Esasi’nin tam metni için bkz. **KUZU**, “Türk Anayasa Metinleri”, s. 261-275.

¹³⁸ **CIHAN-YENİSEY**, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, s. 15.

¹³⁹ **ÖZTÜRK ve diğerleri**, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, s. 35-36. Ceza hukuku alanındaki hızlı kanunlaşma faaliyetinin yargılama kuralları anlamındaki karşılığını oluşturan 1879 Ceza Muhakemesi Kanunu’nun önemli özelliklerinden de İslam hukukunda yer almayan savcılık kurumunun ilk kez olarak Türk hukuk sistemine girmiş olmasıdır. **ÜÇÖK-MUMCU**, “Türk Hukuk Tarihi”, s. 323.

na göre bağımsız mahkemeler tarafından kullanılır” hükmü yer almaktaydı. Bu hüküm ilk bakışta “kuvvetler ayrılığı” ilkesini çağırırsa da, yargı erkini oluşturan mahkemelerin bağımsızlığını ve yargıçlık güvencesini sağlayacak hükümler 1924 Anayasasında ayrıntılı bir şekilde düzenlenmemişti. Buna rağmen Anayasanın “Kuvei Kazaiye-Yargı Erki” başlıklı 4. bölümünde yargıçların bağımsızlığı, azledilemezliği, özlük hakları ve yargılamaların aleniliği, savunma hakkı (Md. 54-60) gibi hususların düzenlenmiş olması, adil yargılanma hakkı açısından önemlidir¹⁴⁰.

1961 Anayasası’na gelindiğinde ise, bir tepki Anayasası olarak ortaya çıkan bu Anayasanın temel özelliklerinden birisi insan haklarına özel bir vurgu yapması ve “Cumhuriyetin nitelikleri”nin düzenlendiği 2. maddede “*insan haklarına dayalı devlet*” ifadesini kullanılarak, insan haklarının ilk kez anayasal güvence altına alınmasıdır. Adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesi yönünden ise 1961 Anayasası’nda 2. bölümde “Kişi hakları” arasında düzenlenen “doğal yargıç ilkesi”nin (md. 32) yanı sıra; “Yargı” başlıklı 3. bölümde düzenlenen “mahkemelerin bağımsızlığı” (md. 132), “hâkimlik teminatı” (md. 133), “aleni yargılama ilkesi” (md. 135) gibi ilkeler büyük önem taşımaktadır¹⁴¹.

Bununla birlikte 1961 Anayasası’nın getirdiği rejimi ortaya koyarken, 12 Mart 1971 Muhtırası’nın ardından gerçekleştirilen (20 Eylül 1971 tarih ve 1488 sayılı) Anayasa değişikliğine de değinmek zorunludur. 1961 Anayasası’nın özgürlükçü karakterine gölge düşüren bu Anayasa değişikliğinden inceleme konumuzu oluşturan adil yargılanma hakkıyla ilişkili olan bazı hükümler de etkilenmiştir. Bu çerçevede sözgelimi 1961 Anayasası’nın hemen yukarıda değindiğimiz “doğal yargıç ilkesi”ni düzenleyen 32. maddenin başlığında yer alan “tabii” ibaresi, “kanuni” olarak değiştirilmiş ve madde içeriğindeki “tabii hâkimden başka” ifadesi de, “kanunen tabi olduğu mahkemeden başka” şeklinde bir değişikliğe uğratılmıştır.

Nihayet, halen yürürlükte bulunan 1982 Anayasası ele alındığında ise, ilk

¹⁴⁰ ÇELİK, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 25; KAŞIKARA, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 60-61. 1924 Anayasası’nın tam metni için bkz. KUZU, “Türk Anayasa Metinleri”, s. 291-306, özellikle 299-300.

¹⁴¹ 1961 Anayasası’nın tam metni için bkz. KUZU, “Türk Anayasa Metinleri”, s. 307-368. Adil yargılanma hakkına ilişkin hükümler için ise özellikle s. 351-352.

tahlilde 1961 Anayasası'nın 2. maddesinde yer alan "*insan haklarına dayalı devlet*" ibaresinin 1982 Anayasası'nın aynı maddesinde "*insan haklarına saygılı devlet*" ibaresine dönüştüğü görülmektedir. Anayasa hukuku yönünden derin tartışmalara konu olmuş olan¹⁴² bu yaklaşım farklılığı, 1982 Anayasası'nın özellikle temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlandırıcı bakış açısında kendisini fazlasıyla hissettirmektedir. Bu çerçevede, 1982 Anayasası'nın adil yargılanma hakkı ile ilintili hükümlerini kısaca irdelediğimizde, ilk olarak "Yargı Yetkisi"ni düzenleyen 8. maddede "Yargı yetkisi, Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır" hükmü ile yargı bağımsızlığının vurgulandığı görülmektedir. Anayasanın 19. maddesinde ise kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bağlamında yakalanan veya tutuklanan kişinin kendisine yöneltilen isnadî öğrenme hakkı, hâkim önüne çıkartılma hakkı, yakınlarına haber verilmesi hakkı, tutuklanan kişilerin makul sürede yargılanma hakkı gibi esasların düzenlendiği görülmektedir. Yine Anayasa'nın 36. maddesinde hak arama hürriyeti, 37. maddede (1961 Anayasası'nın 1971 yılında değiştirilen 32. maddesi ile paralel bir şekilde) kanuni hâkim güvencesinin, 38. maddede ise suçsuzluk karinesi, kendisini veya yakınlarını suçlamaya zorlanma yasağı gibi hususlar düzenleme altına alınmıştır¹⁴³.

1982 Anayasası'nın adil yargılanma hakkı ile ilintili diğer bazı hükümleri ise "Yargı" başlığını taşıyan 3. Bölümü içerisinde yer almaktadır. Bu kapsamda Anayasa'nın 138. maddesinde – 8. madde ile paralel olarak – mahkemelerin bağımsızlığı, 139. maddede yargıç ve savcılık teminatı, 141. maddede duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması ve 142. maddede ise mahkemelerin kanunla kurulması ilkeleri anayasal güvence altına alınmıştır¹⁴⁴.

Nihayet, adil yargılanma hakkının bizatihi kendisinin bir anayasal kavram olarak 1982 Anayasası içerisinde kendisine yer bulması ise 2 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun'la gerçekleştirilen anayasa değişikliği ile gerçekleştirilmiş ve adil yargılanma hakkı, "hak arama hürriyeti"nin düzenlendiği 36. maddede şu şekilde ifadesini bulmuştur.

¹⁴² Bu tartışmalar için bkz. **KAŞIKARA**, "Adil Yargılanma Hakkı", s. 66-67.

¹⁴³ **ÇELİK**, "Adil Yargılanma Hakkı", s. 26.

¹⁴⁴ **ÇELİK**, "Adil Yargılanma Hakkı", s. 26.

“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir”

SONUÇ

Adil yargılanma hakkı, bugün için çağdaş hukuk sistemlerinin vazgeçilmez bir parçasını oluşturmaktadır. Gerçekten, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması ile olan ayrılmaz bağı nedeniyle hukuk devleti ilkesinin en önemli bileşeni olarak kabul edilen adil yargılanma hakkı, modern anayasalarda temel haklar kategorisi içerisinde bağımsız bir hak olarak düzenlenmek suretiyle “anayasal bir değere” kavuşturulmaktadır. Diğer yandan, ulusal üstü insan hakları belgelerinde adil yargılanma hakkına mutlak surette vurgu yapılmakta ve taraf devletlerde adil yargılanma hakkını ihlal eden pratiklere karşı ulusal üstü koruma mekanizmalarının etkin bir biçimde işletilmesine çalışılmaktadır. Adil yargılanma hakkının korunmasına yönelik oluşturulan koruma sistemi gerek ulusal/anayasal düzeyde gerekse ulusal üstü düzeyde üretilen yargısal içtihatlar ile ucu açık bir biçimde evrilmekte ve giderek daha kapsayıcı şekilde gelişmektedir¹⁴⁵. Adil yargılanma hakkının nasıl olup da normatif hukukun statik karakterini aşarak, sürekli bir biçimde gelişebilen ve dönüşebilen bu dinamik yapıya sahip olabildiği sorusu, ancak söz konusu hakkın tarihsel gelişim süreci göz önünde bulundurularak doğru bir biçimde yanıtlanabilir. Gerçekten, adil yargılanma hakkının ilkçağlardan günümüz modern hukuk sistemlerine kadar sürekli pozitif bir ivme ile gelişimini tek bir kavram ile açıklamak mümkündür: İnsanın adalet ihtiyacı!

Hukuk kuralları, esas itibarıyla toplumsal düzenin esenlik içerisinde sürdürülebilmesi amacıyla yönelir ve bu amacın gerçekleştirilebilmesi için evleviyetle hukuk güvenliğinin sağlanması gerekir. Hukuk güvenliğini sağlayabilmenin yolu ise, toplumsal yaşam içerisinde bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlarını kesin bir biçimde belirlemekten geçer. Bu şekilde bir yandan belirlenen sınırlar içerisinde bireylerin özgürce yaşamaları temin edilirken, diğer yan-

¹⁴⁵ KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, “Muhakeme dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku”, No: 2.6, s. 28-29.

dan ise bu sınırların ihlalinin etkin bir şekilde yaptırım altına alınması zaruridir. Ancak, hukuk kurallarını çiğnemek suretiyle diğerlerinin hak ve özgürlük alanını ihlal ettiği iddia edilenlere karşı nasıl bir yöntem izlenecektir? Bu sorunun yanıtı özellikle, yasada suç olarak belirlenen ve ceza yaptırımı ile karşılanan ihlalleri gerçekleştirdikleri iddia edilenler yönünden özel bir önem ve anlam taşır. Çünkü bu durumda izlenen yöntem, kaçınılmaz olarak kişi özgürlüğünden yoksun kılmayı da beraberinde getirecektir. Tarihsel gelişim süreci içerisinde, hukuk düzenleri suç işlediği ileri sürülen kişiye karşı çok sert ve acımasız bir tavırla yaklaşmış olmakla birlikte, bu yaklaşımın “keyfi” olmaktan çıkartılması ve insancılaştırılması yine yukarıda değindiğimiz bireysel ve toplumsal adalet ihtiyacından doğan bir gereklilik olarak ortaya çıkmıştır. Bu açıdan özellikle kişiye ilk kez suç isnat edildiği andan, hakkında kesin mahkûmiyet hükmü verildiği ana kadar geçen zaman dilimi içerisinde kişinin bir takım haklarının ve yetkilerinin bulunduğu hususunun bizzat normatif hukuk düzeni tarafından tespiti, adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesi yolunda hukuk devletinin bir zaferi olarak yorumlanmaktadır¹⁴⁶. Bununla birlikte, suç zanlısının bir hukuk süjesi olarak tanımlanması tek başına yeterli değildir ve adil bir yargılamadan söz edebilmek için olması gereken, zanlı hakkında gerek soruşturma gerekse kovuşturma evrelerinde uygulanacak tüm usulî işlemlerin hakkaniyete dayalı olarak gerçekleştirilmesidir. Bu açıdan bugün için adil yargılanma hakkı, tüm ceza muhakemesine hâkim temel ilke olarak kabul edilmektedir¹⁴⁷. Tarihsel gelişim süreci, hakkaniyetin sağlanabilmesi adına, adil yargılanma hakkının kapsamının ve içeriğinin, insan ihtiyaçlarına paralel olarak sürekli olarak geliştirildiğini ortaya koymaktadır. Bu açıdan, sözgelimi bir ulusal üstü koruma mekanizması olarak AİHS md. 6’da “adil yargılanma hakkı” başlığı altında normatif olarak düzenlenen masumiyet karinesi veya kanunla kurulan bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı ya da makul sürede yargılanma hakkı gibi alt unsurlara; bu kez AİHM içtihatları ile silahların eşitliği hakkı veya çelişmeli yargılama hakkı gibi normatif olarak düzenlenmemiş alt unsurlar,

¹⁴⁶ Öztekin **TOSUN**, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C:1, 3. Bası, 1981, s. 9.

¹⁴⁷ Yener **ÜNVER-Hakan HAKERİ**, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 14.

zımnen kabul edilmiş hak sayılarak eklenmektedir¹⁴⁸. Tarihsel deneyimlerin ışığında, ceza muhakemesi sürecini bir bütün olarak kabul ederek, muhakemenin her aşamasında zanlının haklarına ilişkin güvenceler öngören bu anlayışın kararlılıkla uygulanması, hukuk devleti idealine ulaşmak için en doğru ve akılcı çözüm yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

- AKAD** Mehmed, Genel Kamu Hukuku, İstanbul, 1997.
- AKILLIOĞLU** Tekin, İnsan Haklarının Korunması Alanında Uluslararası Temel Belgeler, Ankara, 1995.
- AKIN** İlhan, Kamu Hukuku – Devlet Doktrinleri-Temel Hak ve Özgürlükler, 2. Baskı, , Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.
- ARAL** Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991.
- ARMAĞAN** Servet, İslam Hukukunda Hak ve Hürriyetler, 6. Baskı, Ankara, 2006.
- ARSAL** S. Maksudi, Umumi Hukuk Tarihi, İstanbul, 1944.
- AVCI** Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku'na Giriş, Mimoza Yayınevi, Konya, 2008.
- BARKAN** Ömer Lûtfi, İktisat Tarihi Ders Notları, C: II, 1954.
- BATUM** Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, İstanbul, 1996.
- BAYINDIR** Abdülaziz, İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devleti Uygulaması), İslami İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, İstanbul, 1986.
- BİLGE** A. Suat, “İnsan Hakları ve Türkiye”, Ankara Barosu Dergisi, Sy: 2, 1989.
- BUERGENTHAL** Thomas, “The American and European Convention on Human Rights: Similarities and Differences”, American University Law Review, V: 30, Fall 1980, N: 1.

¹⁴⁸ Sibel İNCEOĞLU, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınevi, İstanbul 2002, s. 5.

CENTEL Nur - ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, İstanbul, 2013.

ÇİHAN Erol - YENİSEY Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 1997.

ÇAĞATAY Neşet, İslam Tarihi, Ankara, 1993.

ÇELİK Adem, Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku), Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

ÇELİK Edip, Milletlerarası Hukuk, C: I, İstanbul, 1980.

DANZIGER Danny - GILLINGHAM John, 1215: The Year of Magna Carta, Touchstone, New York, 2004.

DETWEİLER, Philip F. "The Changing Reputation of the Declaration of Independence: The First Fifty Years" *William and Mary Quarterly*, V: 19, 1962.

DÖNMEZER Sulhi – ERMAN Sahir, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku - Genel Kısım, C: I, 12. Bası, İstanbul, 1997.

EFLATUN, Sokrates'in Savunması, 3. Baskı, Şûle Yayınevi, İstanbul, 1999.

EVİK Vesile Sonay, "Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Proje Yöneticisi: Kayıhan İÇEL, Yayına Hazırlayan: Yener ÜNVER, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 284.

FEYZİOĞLU Metin, "Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu", AÜHFD, Y: 1995, C: 44, Sy: 1-4.

GEMALMAZ Mehmet Semih, Latin Amerika'da İnsan Hakları, 3. Baskı, Kavram Yayınevi, İstanbul, 1994.

GEMALMAZ Mehmet Semih, "Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı Üzerine Düşünceler", Milletlerarası Hukuk Bülteni HB, Y: 7, Sy: 2, 1987.

GEMALMAZ Mehmet Semih, "Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu", Milletlerarası Hukuk Bülteni, Y: 9, Sy: 1, 1989.

GEMALMAZ Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 5. Baskı, İstanbul, 2005.

GÖZE Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Beta Yayınevi, İstanbul, 1995.

HASSAN Ümit, İbn Haldun'un Metodu ve Siyaset Öğretisi, Ankara, 1977.

HATEMİ Hüseyin, İslam Hukuku Dersleri, 2. Baskı, 1999.

İÇEL Kayıhan - **DONAY** Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005.

İLAL Ersan, "Magna Carta", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: XXXIV, Sy: 1-4, 1969.

İNCEOĞLU Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı, Beta Yayınevi, İstanbul 2002.

KANTAR Baha, Ceza Hukuku - Başlangıç, Ankara, 1937.

KAPANİ Münci, Kamu Hürriyetleri, 5. Baskı, Ankara, 1976.

KARAASLAN Erol, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yapısı ve Yargılama Yöntemleri", ABD, Y: 62, Sy: 3, 2004.

KARAMAN Hayreddin, Yeni Gelişmeler Işığında İslam Hukuku, 2. Baskı, 1987.

KAŞIKARA Serhat, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılama Hakkı ve Türkiye, Ankara, 2009.

KUNTER Nurullah - **YENİSEY** Feridun - **NUHOĞLU** Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, İstanbul, 2006.

KUZU Burhan, Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 1993.

LAWS Edward, "The "Revolutionary Settlement in 17th Century England : Deploying a Political Settlements Analysis," Developmental Leadership Programme Background Paper, November 2010.

LE FUR Louis, XVII. Asırdan Beri Tabii Hukuk Nazariyesi ve Modern Doktrin, Çeviren: Nihat Raif Erim, İstanbul, 1940.

MORGAN Edmund S. - **MORGAN** Helen M., *The Stamp Act Crisis: Prologue to Revolution*, The University of North Carolina Press, 1995.

MUMCU Ahmet, *Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl*, Ankara, 1985.

ODEGARD Peter H. - **ROSENBLUM** Victor, *Documents and Readings – American Government, “A Step Forward Independence”*, Holt, Reinhart and Winston, New York, 1961.

ÖZBEK Veli Özer - M. Nihat **KANBUR**-Koray **DOĞAN**-Pınar **BACAKSIZ**- İlker **TEPE**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.

ÖZÇELİK Selçuk, *Esas Teşkilat Hukuku Dersleri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1987.

ÖZTÜRK Bahri - **TEZCAN** Durmuş - **ERDEM** M. Ruhan - **SIRMA** Özge - **SAYGILAR** Yasemin F. - **ALAN** Esra, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 2009.

PINCUS Steve, *1688 – The First Modern Revolution*, Yale University Press, New Haven&London, 2009.

SCHWARZ Andreas B., *Roma Hukuku Dersleri*, I. Cilt, Çeviren: Türkan Rado, İstanbul, 1956.

TANER Tahir, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, 3. Baskı, İstanbul, 1955.

TARKOW Naamani, “The Significance of the Act of Settlement in the Evolution of English Democracy”, *Political Science Quarterly*, Vol. 58, No. 4. (December, 1943).

TELLENBACH Sylvia, “Fair Trial Guarantees in Criminal Proceedings Under Islamic, Afghan Constitutional and International Law”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, Vol: 64, 2004.

TOSUN Öztekin, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, C:I, 3. Bası, 1981.

TOSUN Öztekin, “Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C: XXIV, Sy: 4.

TURAN Hüseyin, “Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ndeki Yeri ve Önemi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sy: 89, 2009.

UMUR Ziya, Roma Hukuku, İstanbul, 1982.

ÜÇÖK Coşkun – **MUMCU** Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, 5. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 1985.

ÜNVER Yener - **HAKERİ** Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

WATSON Burton, Han Fei Tzu - Basic Writings, Colobia University Press, New York, 1964.

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

KAYIP KAÇAK BEDELİNİN HUKUKİ BAKIMDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

The Evaluation of the Theft and Losses Costs from Legal Point

Yrd. Doç. Dr. Mustafa YAVUZ *

ÖZET

Elektrik Piyasası Kanunu ile elektrik sektörü yeniden yapılandırılmıştır. Bu dönüşüm serbestleşmeyi, faaliyetlerin ayrıştırılmasını, her bir faaliyetin gerçek maliyetlere göre oluşturulmasını, bununla birlikte şeffaflığı sağlamıştır. Özellikle Kanunun 1. maddesinde işaret edilen “şeffaflık ilkesi” çerçevesinde elektriğin üreticiden tüketiciye ulaşana kadarki zincirde hangi maliyetlerden oluştuğu ve her bir faaliyetin fatura içerisindeki ağırlığı görünür hale gelmiştir. Böylelikle, yıllardır var olan, ama fatura içerisinde ne kadar olduğu bilinmeyen kayıp kaçak elektrik oranı, her bir dağıtım bölgesi bazında bilinir olmuştur. Bir geçiş dönemi uygulaması olan fiyat eşitleme mekanizması ile, bir dağıtım bölgesindeki kullanıcının diğer dağıtım bölgesinin maliyetine ne oranda katlandığı da artık saklanamayan bir gerçek halini almıştır. Bir taraftan rekabete ve gerçek maliyetlere dayalı elektrik piyasası hedefi, diğer taraftan bu hedefle bağdaşmayan ve sürekli uzatılan geçiş dönemi uygulamaları, Kanunun amacına uygun düşmeyen çelişkili düzenlemeleri de beraberinde getirmiştir. İşte bu ortamda tüketici hakem heyetleri, mahkemeler, Yargıtay kayıp kaçak bedeli hakkında özellikle mer’i ikincil düzenlemelerle çelişen kararlar vermiştir. Anılan kararların mer’i ikincil düzenlemeler karşısında durumunun ne olduğunun, kayıp kaçak bedeline ilişkin ikincil düzenlemeler yürürlükte iken, adli yargının buna aykırı karar verip veremeyeceğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Anahtar Kelime: Elektrik Piyasası Kanunu, elektrik kayıp kaçak oranı, kayıp kaçak bedeli, ikili anlaşma, perakende satış sözleşmesi.

ABSTRACT

Electricity sector is reorganized by the Electricity Market Law. This transformation enabled liberalization, dissociation of operations, setting of each operation according to their real cost while ensuring the transparency in the electricity market. Especially within the scope of “*principle of transparency*” denoted by the first clause of the law,

* Karatay üniversitesi, mustafa.yavuz@karatay.edu.tr

the composition of electricity costs from producer to consumers and weight of each component activity on the bill have become visible. Thus, the theft and losses rates of electricity -which have been existing for years, but their weights on the bill never been shown- have become known, based on the areas of distribution. Due to the price equalization mechanism, which is a transitional period application, the extra costs that is suffered by consumers in one area of distribution due to the costs of another distribution area has been an reality that cannot be hidden. The target of an electricity market that is based on competition and real costs on one hand, and protracted transitional period applications which does not comply with this target on the other hand accompanied contradictory regulations inexpedient with the objectives of the law. In this setting, arbitration committees of consumers, courts of justices, the supreme court of appeal have ruled decisions contradicting with secondary positive regulations on theft and losses costs. Thus, the status of the aforementioned decisions against positive secondary regulations and the jus of judicial courts to rule in defiance of these secondary regulations need to be clarified.

Key Words: Electricity Market Law, the theft and losses rates of electricity, theft and losses cost, bilateral agreement, retail contract.



GİRİŞ

Elektrik Piyasası Kanunu ile, elektrik sektörü serbestleştirilmiş, üretici ile tüketici arasında tedarik zincirinde faaliyetler ayrıştırılmıştır. Bu ayrıştırılmaya paralel olarak elektrik faturalarında yer alan bedeller de niteliklerine göre farklı usul ve esaslara bağlanmıştır. Şebeke faaliyetleri bağımsız düzenleyici kurumun regülasyon faaliyeti çerçevesinde faturalarda “sistem kullanım bedeli” şeklinde belirirken, ürün olarak elektrik satışı “perakende satış fiyatı” veya “enerji satış birim fiyatı” şeklinde yer almaktadır.

Kayıp/kaçak bedelinin bir “tarife” olarak Kanunda açıkça belirlenmemesi, ikincil mevzuatla düzenlenmesi ve niteliği hususundaki tereddütler uygulamada bir takım sorunların doğmasına ve dolayısıyla yargıda çelişkili kararların verilmesine yol açmıştır. Bu bedel, bir hizmet tarifesi midir? Yoksa elektrik satışının bir parçası mıdır? Bu husus aydınlatılmaya muhtaçtır. Bu aydınlanma, özellikle kaçak elektriğin kimin sorumluluğunda olduğu ve buna göre nasıl bir

düzenleme yapılması gerektiği noktasında bizlere yol gösterecektir. Kayıp kaçak bedelinin hukukî niteliğindeki belirsizlik, bundan kimin sorumlu olduğu ve ne şekilde tahsil olunacağına dair açık düzenlemenin olmaması, uygulamada birtakım sıkıntılara neden olmaktadır. Ortada bir yönetmelik ve buna dayalı olarak kabul edilen geçiş dönemi tarifeleri kabul edilmesine ve bu düzenlemeler halen yürürlükte olmasına rağmen, tüketici hakem heyetleri ve mahkemeleri, hatta Yargıtay kayıp/kaçak bedelinin alınamayacağına dair kararlar vermektedir. Burada öncelikle kayıp kaçak bedelinin hukukî dayanağını tespit etmek ve buna göre niteliğini ortaya koymak, mevcut düzenlemeler ile yargı kararları bakımından değerlendirmek gerekmektedir. Ardından Elektrik Piyasası Kanununda değişiklik yapacak Tasarıda mevcut uygulama ve yargı kararlarını etkileyen kayıp/kaçak bedeline ilişkin hükümlerine değinilecektir.

I. ELEKTRİK SEKTÖRÜNÜN YAPISI VE ELEKTRİK PİYASASI KANUNUN SEKTÖRE ETKİSİ

A. Yapısı

Elektrik diğer mallardan farklı bir özellikler arz eder. Elektriği farklı kılan özellik en başta üretildiği gibi kullanılmamaktadır. Gerçekten de, santralde üretilen elektrik yüksek voltajda taşınmak üzere transformatörler vasıtası ile iletim sistemine aktarılır ve böylelikle elektrik daha uzak yerlere ulaştırılır. İletim hatlarındaki çok yüksek voltajlı elektrik, kullanıma müsait olmadığından, tüketicilere ulaşmadan önce trafo merkezlerinde daha düşük voltaja indirilmek suretiyle tüketime uygun hale getirilerek dağıtım yapılır. Elektrik pazarını diğer ürün pazarlarından ayıran diğer en önemli özelliği bu nakil sistemidir¹. Üretimden tüketime kadar olan süreçte elektrik arz endüstrisi üretim, iletim, dağıtım ve arz şeklinde bölümlere ayrılmıştır. Bunlardan ilk üçü elektriğin geleneksel olarak ayrıldığı ana bölümlerdir. Arz ise elektrik kullanımının yaygınlaşması ve artmasına bağlı olarak gelişen elektriğin tüketicilere satılması ve okuma/tahakkuk ve faturalama işlemidir. Her bir bölümün farklı işlevleri, faaliyet sınırları söz konusudur².

¹ ASLAN/ KATIRCIOĞLU/ ALTINAY/ ARDIYOK/ ILICAK/ GÜLTEKİN/ ÖNAL/ AKÇAOĞLU, s. 284.

² YAVUZ, M, Elektrik Tedarik Sözleşmeleri özellikle ikili anlaşma, İstanbul 2011, s. 21 vd.

B. Elektrik Piyasası Kanununun Sektöre Etkisi

1980'lerden sonra özel teşebbüse sektöre daha fazla yer verme şeklinde tezahür eden politikaların sektörün eriştiği gelişmişlik düzeyiyle harmanlanması ile birlikte birçok ülke enerji sektörünü yeniden yapılandırmış ve serbestleştirmiştir. Elektrik tüketiminin yaygınlaşması, teknolojinin gelişmesi ve gelinen noktada sektörün derinlik kazanmasıyla birlikte yeniden yapılandırma elektriğin tüketiciye ulaştığı zincirde yer alan faaliyetleri ayrıştırmış ve çeşitlendirmiştir. Bu anlayış doğrultusunda kabul edilen 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununda³ da üretim, iletim, dağıtım, elektrik perakende ve toptan satışını karşılayan “tedarik”, ithalat, ihracat, elektrik arz ve talebinin dengelendiği “*elektrik piyasalarının işletilmesi*”, ayrı faaliyetler olarak düzenlenmiştir. Söz konusu faaliyetler niteliğine, doğal tekel veya rekabete açık bir faaliyet olup olmamasına, ilgili faaliyet bakımından kamunun hâlihazırda hâkimiyeti veya diğer sebepler nedeniyle geçici piyasa aksaklıklarının olup olmamasına göre faaliyetlerin tabi olduğu esaslar geçici veya sürekli olarak değişiklik gösterebilmektedir⁴.

C. Faaliyetlerin Niteliği

Elektrik sektöründe üretim, tedarik faaliyetleri rekabete açık, iletim/dağıtım sistemine erişim ve kullanılmasına ilişkin faaliyetler ise rekabete kapalı olup, doğal tekel niteliğindedir⁵. Rekabete açık faaliyetler rekabetçi piyasa yapısına uygun olarak yapılandırılırken, doğal tekel niteliği taşıyan faaliyetler regülasyona (düzenleme ve denetleme) tabi kılınmaktadır⁶. Rekabet şartları tam olarak sağlandıktan sonra kural olarak elektrik satışı piyasada oluşan “fiyat” belirleyici olmakta, rekabeti sağlamanın mümkün olmadığı alanlarda ise önceden usul ve esasları belirlenmiş kurallar çerçevesinde ilgili faaliyet yürüten kuruluşlar tarafından teklif edilen bağımsız düzenleyici kurumunun onayıyla yürürlük kazanan “tarife” söz konusu olmaktadır. Bu ayrıma göre iletim sistem kullanım bedeli, dağıtım sistem kullanım bedeli, perakende satış hizmet

³ Bkz: <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4628.html>

⁴ YAVUZ, s. 152.

⁵ YAVUZ, s. 22, 24.

⁶ YAVUZ, s. 80.

bedeli (*faturalama/okuma*) için ilgili kuruluşlar tarife teklifinde bulunmakta, EPDK'nın onayı ile yürürlüğe girmektedir. İkincil mevzuatta yapılan değişiklik ile, 01/01/2011 tarihi itibarıyla kayıp/kaçak bedeli de aynen bir sistem maliyeti gibi aynı esaslarla belirlenmektedir.

II. MEVZUAT ÇERÇEVESİNDE KAYIP/KAÇAK BEDELİNİN NİTELİĞİ VE UYGULAMASI

A. Kayıp/Kaçak Bedelinin Niteliği

Sistem maliyetleri, başka bir ifadeyle sistem kullanım bedelleri “tarife” şeklinde Kanunda açıkça belirlenmişken, ne önceki kanunî düzenlemede ne de 6446 sayılı Kanunda kayıp kaçak bedeli açıkça düzenlenmiş değildir. Bu durum kayıp kaçak bedelinin hukukî niteliği konusunda tartışma yaratmaktadır. Bu bedel, bir hizmet tarifesi midir? Yoksa elektrik satışının bir parçası mıdır? Bu husus aydınlatılmaya muhtaçtır. Bu aydınlanma, özellikle kaçak elektriğin kimin sorumluluğunda olduğu ve buna göre nasıl bir düzenleme yapılması gerektiği noktasında bizlere yol gösterecektir. Kayıp kaçak bedelinin hukukî niteliğindeki belirsizlik, bundan kimin sorumlu olduğu ve ne şekilde tahsil olunacağına dair açık kanunî düzenlemenin olmaması uygulamada birtakım sıkıntılara neden olmaktadır. Ortada bir yönetmelik ve buna dayalı olarak kabul edilen geçiş dönemi tarifeleri kabul edilmiştir. Bu düzenlemeler halen yürürlüktedir. Buna rağmen, tüketici hakem heyetleri ve mahkemeleri, hatta Yargıtay kayıp/kaçak bedelinin alınamayacağına dair kararlar vermektedir⁷. Burada öncelikle kayıp kaçak bedelinin hukukî dayanağını tespit etmek ve buna göre niteliğini ortaya koymak, ardından mevcut düzenlemeleri değerlendirmek gerekmektedir.

Kayıp kaçak bedeli iki tane unsurdan oluşmaktadır. Bunlardan birincisi fizik kuralları gereği meydana gelen kayıp, diğer ise açık ve öz bir ifadeyle çalınan, yani tüketilen ancak bedelinin tahakkuk ve tahsili yapılamayan elektrik enerjisidir. Söz konusu bedelin birinci unsuru olan “kayıp”, “teknik kayıp”, ikinci unsuru “kaçak” ise, “teknik olmayan kayıp” olarak ifade edilmektedir.

⁷ Bkz: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2013/7-2454 Esas ve 2014/679 Karar sayılı kararı. (www.kazancihukuk.com)

Elektriğin teknik kaybını kısaca izah etmek gerekirse; her iletkenin bir direnci vardır. Hattın teknik kaybı iletkenin (hat) kesitine, cinsine, taşıdığı güce, mesafeye ve gerilim seviyesine göre farklılık göstermektedir. Zira elektrik bir yerden bir yere nakledilirken iletkenin direnci sebebiyle nakledilen enerjinin bir kısmı hat üzerinde tüketilmekte veya kaybolmaktadır. Diğer bir teknik kayıp ise trafo kayıplarıdır. Gerçekten de, trafolar elektriğin gerilim seviyesini yükselten veya düşüren merkezlerdir. Trafo, bu işlevi görürken içindeki sargılar da üzerinde bulunan yüke veya boşta olması durumuna bağlı olarak elektrik tüketmekte ve böylelikle kayba yol açmaktadır. Bu çerçevede teknik kayıplar fizik kuralları gereği oluşmakta ve kanunkoyucunun veya regülasyon kuruluşunun düzenleme tercihinə göre ya doğrudan tüketicilerden ya da tedarikçilerden alınması gerekmektedir.

Kaçığa veya başka bir deyişle teknik olmayan kayba gelince; bu, sistemin gereği olarak kaybolmayan, Ölçü Ayar Nizamnamesine uygun olmayan hatalı sayaçların kullanılması, ölçü devrelerindeki hatalar ve en önemlisi kaçak ve usulsüz elektrik kullanımı neticesinde oluşmaktadır. Bu şekilde açılımı yapılan teknik olmayan kayıplar denetlenebilir olduğundan, bu denetimin yapılmaması halinde işletmecinin (*dağıtım ve/veya iletim*) sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Daha çok alçak gerilim seviyesinde meydana gelmekte olan teknik olmayan kayıplar Tüketici Hizmetleri Yönetmeliğinin 26. maddesi gereğince dağıtım şirketinin sorumluluğunda olup, onun işletme başarısına göre azalabilmekte veya artabilmektedir. Nitekim 01/01/2011 tarihinde başlayan 5 yıllık tarife döneminde her bir dağıtım bölgesinde hedef kayıp kaçak oranları EPDK tarafından belirlenmiş ve dağıtım şirketlerinin bu hedefleri bağlayıcı hale gelmiştir⁸.

Kayıp kaçak bedelinin birinci unsuru olan teknik kayıp, mutlaka fizik kuralları gereği meydana gelmektedir. Sistemde oluşan bu kaybın karşılanması amacıyla çeşitli yöntemler söz konusudur. Meselâ, sistemin kaybının tedarikçiler tarafından karşılanacak şekilde sisteme fazladan elektrik verilmesi biçiminde olabileceği gibi, bazı ülke uygulamalarında olduğu gibi şebeke işletmecisi-

⁸ 16.12.2010 tarih ve 2932 sayılı Kurul Kararı ilk defa belirlenmiştir. Buna göre kayıp kaçak oranları kademeli olarak düşürülecektir.

nin ihale açarak en ucuz kaynaktan sistemin kaybını karşılaması yolu da tercih edilebilir veya mevcut düzenlemede olduğu gibi, dağıtım sistemine ilişkin kay- bın parasal karşılığının tespit edilmesi suretiyle sistemi kullananlardan tahsil edilmesi şeklinde de olabilmektedir. Kaçağın bedelinin alınması için de çeşitli tercihler söz konusu edilebilir. Meselâ, satanın işletme zafiyeti olduğu için, bu, elektriği satan kuruluş için maliyet teşkil eder ve bunun maliyetini satış fiya- tına koyar. İkinci bir tercihte, mevcut uygulamada olduğu gibi, müstakil bir bedel şeklinde belirlenip, tüm dağıtım sistemi kullananlardan alınabilir. Üçün- cü tercihte dağıtım şirketi tarafından ihale açılarak en ucuz kaynaktan sistem kaybı karşılanarak, bunun maliyeti sistem kullanıcılarına yansıtılır.

Kayıp/kaçak bedeli 01/01/2011 tarihinden önceki dönemde perakende sa- tış tarifesinin içerisinde bir maliyet kalemi olan kayıp/kaçak bedeli, bu tarihten sonra Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliği 4. maddesinin 35. no.lu bendi, 10 ve 15/2 maddeleri ve Fiyat Eşitleme Tebliği'nin 9 maddesini tadil edilmek sure- tiyle kaçagın bedeli, perakende satış tarifesi içerisinde çıkarılmış ve dağıtım sistem maliyeti olarak bir "bedel" şeklinde belirlenmiştir. Hizmet bedellerinin ne olduğu Kanunun 17. maddesinde öngörülmüştür. Bunlar arasında kayıp/ kaçak bedeli diye bir tarife yer almamaktadır. Hal böyle iken, ikincil mevzuat ile serbest tüketicileri de kapsar şekilde mali yükümlülük getirilmesi idarenin kanunîlik ilkesi bakımından sorun teşkil etmektedir.

Tariflerin ne olduğu ve belirlenmesine dair usul ve esaslar Elektrik Piyasası Kanunu'nun 17. maddesinde öngörülmüştür. Her bir tarifenin esasları ve han- gi maliyet unsurlarından oluştuğu da somut olarak Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliği ve ilgili Tebliğlerde düzenlenmiştir. Tarifelerin uygulayıcısı olan kuruluşlar söz konusu usul ve esaslar çerçevesinde tarife tekliflerinde bulun- makta ve EPDK tarafından incelenerek onaylanmaktadır. Sistem kullanım be- delleri gibi hizmet bedelleri için tarife teklifinde bulunulurken, ilgili kuruluşlar gelir ihtiyaçlarını öngörülen net dağıtılan enerji üzerinden yapmaktadırlar. Bu durumda hizmet bedelleri, dağıtılan net elektrik enerjisi üzerinden hesaplan- dığından, kaçak sebebiyle oluşan gelir eksikliği giderilmiş olmaktadır. Burada asıl sorun, elektrik enerjisinin perakende satışında yaşanmaktadır. Perakende satış lisansı sahibi dağıtım şirketlerinin sistemi içerisinde yer alan bir tüketici

elektriği tüketmekte, kayıt dışı veya kayıt içi olarak, birtakım müdahalelerle gerçekte tükettiğinden az fatura ödemekte veya hiç ödememektedir. Bu durumda perakende satış lisansı sahibi dağıtım şirketinin aldığı ve sattığı elektrik enerjisinde onun aleyhine negatif bir fark oluşturmaktadır. Sorun, bu farkın ne şekilde tamamlanacağı noktasında düğümlenmektedir. Uygulamalar göz önüne alındığında Elektrik Piyasası Kanununun uygulamaya geçtikten 01/01/2011 tarihine kadar dağıtım sisteminin kayıp kaçağı perakende satış tarifesi içerisinde yer almaktaydı. Bu tarihten sonra perakende satış tarifesi içerisinde çıkarılmış ve dağıtım sistem maliyeti olarak bir “bedel” şeklinde belirlenmiştir. Böylelikle bir perakende satış lisansı dağıtım şirketi, kendi işletme zafiyeti sebebiyle tahsil edemediği elektrik bedelini başka tedarikçilerden elektrik temin eden tüketicilerden de bir hizmet bedeli şeklinde doğrudan tahsil etmiş olmaktadır. Meseleye esas itibarıyla sorun teşkil eden perakende satış şirketleri açısından bakıldığında, kayıp/kaçak bedeli bir hizmet bedeli değildir. Bu durumda kayıp/kaçak bedelinin tedarikçisi görevli tedarik şirketleri olmayan serbest tüketicileri de kapsayacak biçimde alınan bir “bedel” şeklinde düzenlenmesi ne kadar yerinde olur.

Kanaatimizce yukarıda belirtilen şekilde idari düzenleme yapabilmek için, açık kanunî düzenleme gerekmektedir. Öte yandan, söz konusu ikincil mevzuat düzenlemeleri bu haliyle perakende satış lisansı dağıtım şirketinin, kendi işletme zafiyeti sebebiyle tahsil edemediği elektrik bedelini, dağıtım şirketleri ile aynı ortaklık yapısına sahip görevli tedarik şirketleri dışında başka tedarikçilerden elektrik temin eden serbest tüketicilerden de doğrudan tahsil etmesi gibi bir sonuç yaratmaktadır. Burada birtakım kişilerce tüketilen, ancak bedeli çeşitli nedenlerle görevli tedarik/dağıtım şirketlerince tahsil edilemeyen tutar, görevli tedarik/dağıtım şirketinin kendi satışı ile ilgilidir. Bu itibarla anılan şirketlerin tahsil edemediği bu bedellerin, bir önceki tarife döneminde olduğu gibi özellikle elektrik satışı ile ilgili maliyet kaleminin perakende satış tarifesi içerisine konularak alınmasının işin mahiyetine daha uygun bir çözüm olacağı kanaatindeyiz.

B. Fiyat Eşitleme Mekanizması ve Kayıp/Kaçak Bedeli ile Bağlantısı

Toplumda kayıp/kaçak bedelinin eleştirisi konusu yapılmasının en önemli sebeplerinden birisi de kaçağın yüksek olduğu dağıtım bölgelerinin maliyetlerinin düşük olan dağıtım bölgelerindeki kullanıcılardan karşılanmasıdır. Bu uygulama, kanunla⁹ belirlenen bir geçiş dönemiyle sınırlı “fiyat eşitleme mekanizması”¹⁰ adı verilen ulusal tarife düzenlemesinden kaynaklanmaktadır. Kanunda öngörülen “fiyat eşitleme mekanizması” esasında tüm Ülkede tek bir nihai satış fiyatı olması için dağıtım bölgeleri arasındaki maliyet farklılıklarını ortalama birim fiyatta eşitleme ve sadece dağıtım bölgeleri arasında çapraz sübvansiyon yapma yetkisi vermektedir. Faaliyetler arasında çapraz sübvansiyon yapma yetkisi vermemektedir. Zira, Kanununun 17/3 maddesine göre “onaylanan tarifeler içinde, söz konusu tüzel kişinin piyasa faaliyetleri ile doğrudan ilişkili olmayan hiçbir unsur yer alamaz.” denilmektedir. Kanun koyucu burada sadece iletim ek ücretine istisna tanımıştır. Buna göre iletim ek ücreti dışında düzenlemeye tabi her bir faaliyet, *meselâ dağıtım faaliyetine ilişkin olarak da-*

⁹ Uygulama 4628 sayılı Kanun ile başlamış, 6446 sayılı Kanunda da “Ulusal tarife uygulaması” başlıklı geçici maddeyle uygulamaya devam edilmektedir.

4628 sayılı EPK. Geçici Madde 9:(DEĞİŞİK MADDE RGT: 26.07.2008 RG NO: 26948 KANUN NO: 5784/7) 31/12/2012 tarihinde sona erecek geçiş döneminde düzenlemeye tâbi tarifeler üzerinden elektrik enerjisi satın alan tüketicileri, dağıtım bölgeleri arası maliyet farklılıkları sebebiyle var olan fiyat farklılıklarından kısmen veya tamamen koruyacak şekilde tesis edilmiş ve uygulamaya ilişkin hususları tebliğle düzenlenmiş olan fiyat eşitleme mekanizması uygulanır. Tüm kamu ve özel dağıtım şirketleri fiyat eşitleme mekanizması içerisinde yer alır.

Geçiş dönemi süresince ulusal tarife uygulamasının gerekleri esas alınır ve ulusal tarifede çapraz sübvansiyon uygulanır. Ulusal tarife Kurumca hazırlanır ve Kurul onayıyla yürürlüğe girer. Kurul onaylı çapraz sübvansiyon ancak Bakanlar Kurulu kararı ile değiştirilebilir.

Geçiş dönemi süresince tüm hesaplar ilgili mevzuata göre ayrıştırılarak tutulur.

“Ulusal tarife uygulaması”

6446 sayılı EPK. GEÇİCİ MADDE 1 – (1) Düzenlemeye tabi tarifeler üzerinden elektrik enerjisi satın alan tüketicileri, dağıtım bölgeleri arası maliyet farklılıkları sebebiyle var olan fiyat farklılıklarından kısmen veya tamamen koruyacak şekilde tesis edilmiş ve uygulamaya ilişkin hususları Kurum tarafından hazırlanan tebliğ ile düzenlenmiş fiyat eşitleme mekanizması, 31/12/2015 tarihine kadar uygulanır. Tüm kamu ve özel dağıtım şirketleri ile görevli tedarik şirketleri fiyat eşitleme mekanizması içerisinde yer alır.

(2) 31/12/2015 tarihine kadar ulusal tarife uygulamasının gerekleri esas alınır ve ulusal tarifede çapraz sübvansiyon uygulanır. Ulusal tarife, Kurumca hazırlanır ve Kurul onayıyla yürürlüğe girer.

(3) 31/12/2015 tarihine kadar tüm hesaplar ilgili mevzuata göre ayrıştırılarak tutulur.

(4) Bu madde kapsamındaki sürelerin beş yıla kadar uzatılmasına Bakanlar Kurulu yetkilidir.

¹⁰ YAVUZ, s. 79 vd.

ğıtım sistem kullanım bedeli, mevzuatta belirlenen maliyet kalemleri ne ise, bunlardan teşekkül etmelidir. Dolayısıyla mevzuatta öngörülme- yen bir maliyet kaleminin ilgili faaliyete (tarifeye) eklenmesi, bir kısmının diğ- er bir faaliyet- ten karşılanması mümkün değildir. Bu durumda nihai fiyat sabitken, örneğin iletim sistem kullanım bedelinin artması ve bu artışın da perakende satış ta- rifesinden veya dağıtım sistem kullanım bedelinden düşürülerek karşılanması Kanunun 17/3 maddesine aykırı olur. Faaliyetler arasında çapraz sübvansiyonu Kanunun Geçici 1. maddesi açıkça öngörmediğinden “*fiyat eşitleme mekaniz- ması*” böyle bir uygulamayı meşru hale getirmemektedir.

Ulusal tarife uygulaması sona erdiğinde sadece kayıp/kaçak bedeli değil, bunun dışında elektrik enerjisi satışı dışındaki sistem bedelleri (*dağıtım, iletim sistem kullanım bedeli, perakende satış hizmet bedeli*) her bir dağıtım bölge- sinde farklılık gösterecektir. Zira her bir dağıtım bölgesinin kayıp/kaçak oranı/ hedefi¹¹, yatırım ihtiyacı, tüketilen enerji, abone başına düşen birim maliyet farklıdır. İşin doğası gereği bu maliyet farklılıklarına bağlı olarak nihai satış fi- yatı da her bir dağıtım bölgesinde değişkenlik gösterecektir. Dolayısıyla fiyat eşitleme mekanizması sona erdiğinde abone içerisinde bulunduğu dağıtım bölgesinin kayıp/kaçak bedelini ödeyecektir.

C. Kayıp/Kaçak Bedeline İlişkin Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

Öncelikle belirtmek gerekir ki, esasında kayıp/kaçak bedeli konusunda yargı- da farklı, çelişkili kararların çıkması anılan bedelin niteliğinin, unsurlarının, nasıl ne şekilde hangi kullanıcılardan alınacağını kanunda açıkça düzenlenmeme- sinden kaynaklanmaktadır. Anayasanın gereği kullanıcılara hizmetten bağımsız olarak doğrudan yük getiren bedellerin kanunla düzenlenmesi gerekir (m.2, m.73). Bu durum tartışmasız bir biçimde yargı kararlarında benimsenmektedir. Nitekim, Danıştay 13. Dairesi EPDK'nın kayıp/kaçak bedeli tutarının TRT payı matrahına dâhil olmayacağı sadece perakende satış tarifesi üzerinden bu payın ödenmesini öngören kurul kararına karşı açılan davada; daire mali yükümlülük-

¹¹ 16.12.2010 tarih ve 2932 sayılı Kurul Kararı ilk defa belirlenmiştir. Buna göre meselâ 2015 yılında MEDAŞ bölgesinde % 8,28, Boğaziçi EDAŞ bölgesinde % 7,57'dir.

lerin ikincil mevzuat ile değil, doğrudan kanunla yapılması gerektiği belirtilerek kanunî dayanağı olmadan mali yükümlülük getiren kurul kararının hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir¹². Kayıp/kaçak bedeli bakımından da benzer bir durum söz konusudur. Kayıp/kaçak bedeli, ne 4628 sayılı Kanunda ne de 6446 sayılı Kanunda açıkça düzenlenmiş değildir. Kanaatimizce kanunla verilen genel yetki yeterli değildir. Açık düzenleme olması gerekir. Bu anlamda kayıp/kaçak bedeli uygulaması kanunîlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Kayıp kaçak bedelinin mevcut uygulamasının, yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, hukukî dayanağı Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliği ve diğer ilgili ikincil mevzuattır. Söz konusu düzenlemeler emredicidir. Hukukî nitelik itibarıyla bir “*idari işlem*” olduğundan, söz konusu düzenlemeler derhal icraîlik, hukuka uygunluk karinesinden yararlanmak gibi nitelikleri bünyesinde barındırır. İdari işlemin bu tesirini ortadan kaldırmanın yolu, ya yürütmenin durdurulması ve iptal kararı veya idarenin işleminin geri alınmasıdır. 05.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanunun 64. maddesi uyarınca idari para cezaları dâhil, Kurul tarafından alınan bütün kararlara karşı açılan iptal davaları ilk derece mahkemesi olarak Ankara idare mahkemelerinde görülmektedir. Bu durumda menfaati ihlal edilen kişiler, söz konusu düzenlemelere kanunî süresi içerisinde idari yargıda dava açmaları gerekmektedir. Bu itibarla kayıp kaçak bedeli gerek ikili anlaşmalara gerek perakende satış sözleşmelerine doğrudan uygulandığından, söz konusu akdi ilişkilerin taraflarının kayıp kaçak bedeline maruz kalmaması için, ileri sürdüğü iddiaları idari yargıda dile getirmesi gerekmektedir.

2. Kayıp/Kaçak Bedelinin “Haksız Şart” Yönünden Değerlendirilmesi

Adli yargı hâkiminin teknik olarak anılan düzenlemelerin abonelik sözleşmesinin içeriğine dâhil edilmemesi, teknik olarak, ancak 6502 Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında “haksız şart” gerekçesine dayandırabilir. Anılan Kanunun 5. maddesinin 5. fıkrasına göre “*faaliyetlerini, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi veya kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın bu madde*

¹² Danıştay 13.Dairesinin 2011/665 Esas sayılı kararı ile 3065 sayılı Kurul Kararının yürütmesinin durdurulmasına ilişkin kararı.

hükümleri uygulanır.” Buna göre, tüketici sözleşmesinin hükümleri düzenleyici işlemlerle belirlenmiş olsa da, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun bu tip sözleşmelere de uygulanabilecektir¹³.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında¹⁴ da meseleye esas itibariyle “haksız şart” bakımından yaklaşmıştır. Ancak, alt detayda bir değerlendirme yapıldığında, anılan kararda Yönetmelik hükümleri çerçevesinde kayıp/kaçak bedeli uygulamasının haksız şart teşkil edip etmediği somut olarak irdelenmemiştir. Şöyle ki; tüketici ile kurulan sözleşmelerde yer alan bir şartın haksız şart olarak kabul edilebilmesi için; *Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin*¹⁵ 5. maddesi gereğince tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilmesi ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olması gerekir¹⁶. Buna göre bir sözleşme hükmünün haksız şart sayılabilmesi için her iki unsurun bir arada gerçekleşmesi gerekir. Bu durumda öncelikle sözleşmenin tüketiciyle müzakere edilip edilmediği belirlenmelidir. Yönetmeliğin 5. maddesinin 2. fıkrasına göre bir sözleşme şartının önceden hazırlanması ve standart sözleşmede yer alması sebebiyle tüketicinin sözleşmenin içeriğine etki edememesi durumunda, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Aslında bu düzenlemeyle, bir sözleşme kaydının, önceden hazırlanması veya standart sözleşmede yer alması hâlinde, tüketiciyle müzakere edilmediğine ilişkin bir bakıma karine öngörülmüştür¹⁷.

Sözleşmenin tüketiciyle müzakere edilip edilmemesi bakımından Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamındaki tüketicinin serbest tüketici/serbest olmayan tüketici¹⁸ olduğunu tespit etmek gerekir. Zira, serbest tüke-

¹³ ÇINAR, Ö, *Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar*, İstanbul, 2009 s. 15 vd.

¹⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2013/7-2454 Esas ve 2014/679 Karar sayılı kararı. (www.kazancihukuk.com).

¹⁵ Bkz: RG. S. 29033 t. 17.06.2014 Bu yönetmelik büyük ölçüde, Avrupa Birliği Komisyonu tarafından 1993 yılında kabul edilen “*Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Kötüye Kullanılabilir Kayıtlara İlişkin Yönerge*”den etkilenilerek hazırlanmıştır. Bu Yönergenin çevirisi için bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 415.

¹⁶ Öte yandan, hangi hallerin haksız şart kabul edileceği Yönetmeliğin ekinde örnek kabilinden sayılmıştır.

¹⁷ ASLAN, s. 176; HAVUTÇU, s. 88; ZEVKLİLER/AYDOĞAN, s. 161.

¹⁸ Elektrik Piyasası Kanununa göre serbest tüketici, Kurul tarafından belirlenen elektrik

tici limiti çok düştüğü için, bir evsel tüketici de serbest tüketici olabilir. Bir serbest tüketici de tedarikçisini seçme hakkına sahip olduğundan, dilediği tedarikçiden müzakere yapmak suretiyle enerji tedarik edebilir. Her somut durumun özelliğine göre değişmekle birlikte bu tip tüketiciler genellikle başta fiyat olmak üzere sözleşmenin hüküm ve şartlarını müzakere edebilmektedirler. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu Yönetmelik hükümlerinin uygulanmasını engellemektedir.

İkili anlaşmalar bir bütün olarak değerlendirildiğinde müşteri bireysel olarak her hükmü müzakere edebilmektedir. İkili anlaşmalar genel olarak önceden hazırlanıp müşteriye sunulmakla birlikte, perakende satış sözleşmesinde olduğu gibi müşteri sözleşmeyi olduğu gibi kabul etmek zorunda değildir. Meselâ müşteri, teknik olarak, (*dağıtım/iletim sistem kullanım bedeli, kayıp/kaçak bedeli gibi*) sistem maliyetlerinin de dâhil olduğu tek bir nihai fiyat üzerinden anlaşma yapabilir. Kanunun ilk uygulamaya geçtiği yıllarda genellikle bu tip anlaşmalar yapılıyor idi. Zamanla nihai fiyatın aynı kalmasına rağmen, sistem maliyetlerindeki artışın perakende satış tarifesinden düşürülerek karşılanması, tedarikçileri, ikili anlaşmalarda sistem maliyetlerini ayrıca ve olduğu gibi müşteriye aktarma şeklinde hükümler koymaya sevk etmiştir. Ancak, buna rağmen iki şekilde de tedarik sözleşmesi yapabilmek mümkündür. Her somut olayın özelliğine göre değişmekle birlikte bu hususun müzakereye açık

enerjisi miktarından daha fazla tüketimi bulunduğu veya iletim sistemine doğrudan bağlı olduğu veya organize sanayi bölgesi tüzel kişiliğini haiz olduğu için tedarikçisini seçme hakkına sahip gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmek gerekir. Bu tanımlamanın dışında kalan tüketici ise serbest olmayan tüketicidir. Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliğinin 25. maddesi gereğince Kurul her yıl Ocak ayında Serbest tüketici limitine ilişkin indirimler Kurul tarafından;

- a) Rekabetin gelişimi,
- b) Ölçme-iletişim-kontrol alt yapısının yeterliliği,
- c) Piyasa işletmecisinin işlem kapasitesi,
- ç) Piyasada serbestçe müzakere edilerek ikili anlaşmalara bağlanabilecek üretim kapasitesi,
- d) TEİAŞ ve dağıtım lisansı sahibi tüzel kişiler tarafından serbest tüketicilere ilişkin olarak sağlanan istatistikî bilgiler, dikkate alınmak suretiyle her yılın 31 Ocak tarihine kadar belirlenir. Bu indirimlere göre hesaplanan yeni serbest tüketici limitleri Resmî Gazete’de yayımlanır ve Kurum internet sitesinde duyurulur. Kurul 2015 yılı için serbest tüketici limitini yıllık 4000 kWh olarak belirlemiştir.

olduğu söylenebilir. Müşteri sabit fiyat ve sistem maliyetlerinin ayrıca yansıtılmamasında ısrarcı olması halinde tedarikçi bunu kabul edebilir veya ret edebilir. Şu halde kayıp/kaçak bedeli de bu yönüyle tüketici bakımından müzakere edilebilir. Burada münferiden bir tereddüt hasil olursa, ispat yükü Yönetmeliğe göre sözleşmeyi düzenleyen tedarikçiye aittir (m. 5/2). Bu gibi durumlarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında olan bir serbest tüketici bakımından, müzakere edilememe şartı yerine getirilmediğinden haksız şartla ilişkin hükümlerden yararlanamayabilir.

Yönetmeliğe göre haksız şartın diğer unsuru tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olmasıdır. Kayıp/kaçak bedelinin bu açıdan değerlendirilmesi bir yorum meselesidir. Ancak, kayıp/kaçak bedeli uygulaması sadece Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamındaki tüketiciler bakımından söz konusu olmayıp, dağıtım şirketlerinin tek taraflı, bağımsız, iradi tasarruflarından kaynaklanmamaktadır. Zira, uygulamanın düzenleme boyutu da söz konusudur. Öte yandan, kayıp/kaçak bedeli uygulamasının haksız şart olup olmadığını; dağıtım özelleştirmelerinde tercih edilen yöntem, buna göre tarifelerin kurgusu, kayıp/kaçak bedelinin tarife yapısı içerisindeki yeri ile birlikte değerlendirmek gerekir. Bu hususlar göz önüne alınmadan yapılan değerlendirmeler kanaatimizce bu unsura ilişkin şartı eksik bırakır.

Kayıp kaçak bedeli uygulamasının mahiyeti haksız şartın unsurları bakımından değerlendirildiğinde ve tüm ülkede tüketici, sanayici, ticarethane tüm abonelere uygulanan bir düzenleme olduğu göz önüne alındığında, uygulamanın sadece Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında olan tüketiciler bakımından engellenmesi aynı durumda ve şartlar içerisinde yer alan kullanıcılar arasında ayrımcılık yaratacaktır. Sonuç olarak tüketicilerin veya bu bedele katlanan tüm tarafları aynı kapsamda değerlendirmek gerekir. Hal böyle olunca tüm kullanıcıların ellerindeki yegâne kanunî imkân söz konusu ikincil düzenlemelere idari yargıda dava açmaktır. Zira, kayıp/kaçak bedeli uygulamasındaki sorun esas itibarıyla ikincil mevzuattan kaynaklanmaktadır.

D. Kayıp/kaçak bedelinin Genel İşlem Şartları Bakımından Değerlendirilmesi

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı (yeni) Türk Borçlar Kanununda¹⁹ yer alan genel işlem şartları ile ilgili hükümler, oldukça önemli olup mevcut 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda²⁰ yoktur. Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunundan daha önce olmak üzere hukukumuzda ilk defa genel işlem şartlarına ilişkin pozitif düzenlemenin 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da²¹ 4822 sayılı Kanun²² ile yapılan değişiklik sonrası öngörüldüğünü belirtmek gerekir. Konuyla ilgili maddelerde (TBK. m.20-21) unsurlar açıklanmış olup, sistematik olarak değerlendirilerek maddede yer alan bazı ifadeler açıklandığı takdirde hükmün uygulama alanı da kendiliğinden anlaşılacaktır. Standart (*tip*) sözleşmelerde yer alan genel işlem şartlarına ilişkin unsurlar gerçekleşmezse (*bağlayıcılık denetimi*), ilgili genel işlem şartları yazılmamış sayılacaktır (TBK. m.22). Ayrıca GİK içeren sözleşmelerde bir denetim daha yapılarak (*içerik denetimi*) haksız olanlar elenecektir²³ (TBK. m.25).

Hukukumuzda iltihakî sözleşmeler, bir kamu hizmeti ifa edip hukuken ve eylemli olarak tekel durumu arz eden (*su, elektrik, doğalgaz, taşıma hizmeti gibi hizmetleri veren*) kuruluşlara ait formüle edilmiş sözleşmeleri de ifade eder²⁴. Oysa standart sözleşme, kamu hizmeti görmeyen özel kişi veya kuruluşlar ta-

¹⁹ 6098 sayılı Kanun için bk. RG. 04.02.2011, S: 27836.

²⁰ 818 sayılı Kanun için bk. RG. 29.4.1926, S:359.

²¹ 4077 sayılı TKHK. için bk. RG. 08.03.1995, S: 22221. Yürürlük Tarihi 08.09.1995.

²² 4822 Sayılı Kanun için bk. RG. 14.03.2003, S: 25048. Bu Kanunun geçici 1. maddesi (*kredi kartı borçlarında ödeme kolaylığı hakkındaki*) ve 36'ncı maddesinin (*ödeneklerle ilgili 4077 sayılı Kanunun 29. maddesindeki değişikliğin*) yürürlüğe giriş tarihi, 14.03.2003; diğer tüm maddelerinin yürürlüğe girişi 14.6.2003'tür. (*4822 Sayılı Kanun m.38*).

²³ YELMEN, A., Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, 2014 Ankara, s. 82 vd.; AYDOĞDU, M., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Şartlarının Konu Bakımından Uygulama Alanı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 13, Sayı: 2, 2011, s.1-50 (Basım Yılı: 2013). s. 6.

²⁴ Havutçu, H., s. 14; Sirmen, L., Sözleşme, s. 457-458; Y. 4. HD. 20.3.1980, E. 1671, K. 3675 (YKD 1981/7, s. 826). KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI ise tersine olarak (§23, N.6), katımlı sözleşmelerin standart sözleşmeleri içerdiğini belirtmektedir. Bu görüşe katılmak güçtür. Her ne kadar karşı taraf, katımlı sözleşmelerde olduğu gibi standart sözleşmelerde de müzakere etme olanağı bulamamakla birlikte, katımlı sözleşmelerin hukukumuzdaki çıkış noktası, Yargıtay kararlarında da vurgulandığı gibi, kamu hizmeti ifa edip hukuken ve eylemli olarak tekel durumu arz eden kuruluşlarla ilgilidir. Oysa kelimenin kaynağı olan Fransız hukukundaki anlamı, GİŞ içeren tüm standart sözleşmelerle aynı anlamdadır. Katımlı sözleşmelerin standart sözleşmelerden daha fazla olan yanını anlayabilmek güçtür. 18 ALTOP, GİK, Armağan, s. 258.

rafından da hazırlanmış olabilir. Nitekim TBK m.20/son fıkrada açıkça, GİK ile ilgili Kanun hükümlerinin, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın uygulanacağı öngörülmüştür.

Genel işlem şartları, ekonomik açıdan daha güçlü olan tarafça önceden tek yanlı olarak hazırlanıp tek taraflı olarak belirlenir ve bu şartlar karşı tarafla müzakere edilmez. Nitekim maddenin ilk fıkrasında bu özelliğe açıkça değinilmiştir. Karşı taraf, önceden tek yanlı olarak hazırlanan şartları önceden görüp içeriğine etki edemediği gibi sözleşme görüşmeleri sırasında da pazarlık konusu yapamamaktadır. Böylece sözleşme özgürlüğünün en temel ilkelerinden olan “*tarafaların eşitliği*” ilkesi zedelenmiş olmaktadır²⁵.

Kayıp/kaçak bedeli esas itibarıyla sistem kullanım anlaşması temelinde müşterilerinin tüketimi üzerinden Kurul onayı ile belirlen kayıp/kaçak bedeline göre tedarikçiye fatura edilmektedir. Dağıtım şirketleri ile tedarikçiler arasında yapılan sistem kullanım anlaşması²⁶ kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmeler olarak genel hükümleri EPDK'nın onayıyla soyut olarak belirlenmekte ve kullanıcıların katılımına sunulmaktadır. Bu yönüyle Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin sistem kullanım anlaşması bakımından tatbik kabiliyeti bulacağı açıktır. Enerji Piyasası Düzenleme Kurulunun onayına tabidir. Dağıtım şirketleri tarafından EPDK'ya önerilen kayıp/kaçak bedeli, perakende satış hizmet bedeli, iletim sistem kullanım bedeli, dağıtım sistem kullanım bedeli Kurulun onayı ile yürürlüğe girmekte ve sözleşmenin hükmü haline gelerek sistem kullanım anlaşmasına doğrudan uygulanmaktadır. Şu halde kayıp/kaçak bedeli sistem kullanım anlaşmasının içeriğine dahil bir unsur haline gelmektedir.

Ortada ikincil mevzuat varken, bir adli yargı hakimi tarafından kayıp/kaçak bedelinin teknik olarak sözleşmenin içeriğine dahil edilmemesi yukarıda hak-

²⁵ ANTALYA, s. 285-286; ATAMER, Y., Giş Sempozyumu, s. 14-15; BAHTİYAR, s. 103-104; HAVUTÇU, s. 74 vd.

²⁶ EPK. m. 3/1-dd: Bir üretim şirketi, tedarik lisansı sahibi şirket veya tüketicinin iletim sistemini ya da dağıtım sistemini kullanımına ilişkin genel hükümleri ve ilgili kullanıcıya özgü koşul ve hükümleri içeren anlaşma (*Detaylı açıklamalar için bkz: YAVUZ, s.239 vd.*).

sız şartlara ilişkin açıklamalar dışında, genel işlem şartlarına ilişkin hükümler çerçevesinde de söz konusu edilebilir. Kaldı ki, “genel işlem şartları” tarafları tacir olan sözleşmelerde uygulanmaktadır²⁷. Bu durumda kayıp/kaçak bedeli uygulaması acaba “genel işlem şartlarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.” (m. 21) hükmü çerçevesinde değerlendirildiğinde sözleşmenin içeriğine dâhil edilmeyebilir mi? Keza kayıp/kaçak bedeli uygulamasının TBK’nın 21/2 maddesi çerçevesinde sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olduğu ifade edilebilir mi?

Kanaatimizce, kayıp/kaçak bedeli uygulamasına bu yönüyle yaklaşılması halinde somut olayla örtüşen daha tutarlı ve isabetli sonuçlara varılabilir. Zira, bu durumda şu sorunun cevabını bulmak gerekir; kayıp/kaçak bedeli sistem kullanım anlaşmasının niteliğine ve işin özelliğine uygun mudur? Hemen ifade etmek gerekir ki, kayıp/kaçak bedeli, hukukî nitelik itibarıyla dağıtım sistem kullanım bedeli gibi bir sistem maliyeti değildir. Bilindiği üzere, teknik olmayan kayıp, hırsızlanan elektrik; “teknik kayıp” ise fizik kuralları gereği oluşan enerjinin miktarında bir azalmadır. Teknik olmayan kayıplar şeklinde ifade edilen elektrik kaçağı, elektriğin çalınması, abonenin sayacında gerçekleşen eksik ölçüm veya bedelinin çeşitli nedenlerle tahsil edilememesinden ileri gelmektedir. Dağıtım sistemi içerisinde abonelerin sisteme bağlantısını, bu çerçevede sayacın test ve kabulünü yapma dağıtım şirketinin sorumluluğundadır. Sayaca müdahale edilerek eksik tüketim kaydetmesi halinde veya sisteme bağlantı yapmadan elektrik kullanan kişiler var ise, bunu önleme ve bununla mücadele etme ve gerekli altyapıyı kurma görevi dağıtım şirketlerine aittir. Kayıp/kaçağa ilişkin bu unsurlar göz önüne alındığında, 01.01.2011 tarihinden önce olduğu gibi bedelin, perakende satış tarifesi ile ilişkilendirilmesi işin mahiyetine daha uygun düşer. Kaldı ki, özellikle elektrik satışı ile ilgili maliyet kaleminin perakende satış tarifesi içerisinde yer alması, görevli tedarik şirketlerinin piyasa şartlarında rekabet gücünü azaltacağından, hedef kayıp/kaçak oranlarına hızlı

²⁷ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda yer alan genel işlem şartları ile ilgili ilk göze çarpan düzenleme, bu düzenlemelerin kişi bakımında uygulama alanı ile ilgili olarak bir sınırlama yapmamasıdır. Yani genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeler tacirler yanında tacir olmayanlar (tüketiciler, alıcılar, müşteriler) için de uygulanabileceklerdir.

bir şekilde ulaştırılması konusunda sorumlu şirketlere ilave bir baskı oluşturacaktır. Nitekim, bu hususa Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında da *“Elektrik enerjisinin nakli esnasında meydana gelen kayıp ile başka kişiler tarafından hırsızlanmak suretiyle kullanılan elektrik bedellerinin, kurallara uyan abonelerden tahsili yoluna gitmek hukuk devleti ve adalet düşünceleri ile bağdaşmamaktadır. Hem bu hal, parasını her halükarda tahsil eden davacı Kurumun çağın teknik gelişmelerine ayak uydurmasına engel olur, yani davacı kendi teknik alt ve üst yapısını yenileme ihtiyacı duymayacağı gibi; elektriği hırsızlamak suretiyle kullanan kişilere karşı önlem alma ve takip etmek için gerekli girişimlerde de bulunmasını engeller.”*²⁸ denilmek suretiyle işaret edilmektedir. Netice itibarıyla, kayıp/kaçığın önlenmesi dağıtım sistemini işleten şirketin sorumluluğunda olduğu ve bu bedelin dağıtım sistem kullanım bedeli gibi tamamıyla bir sistem maliyeti olmadığı dikkate alındığında, bunun tümüyle bir sistem maliyeti olarak sistem kullanım anlaşması kapsamında düzenlenmesi anılan sözleşmenin ve işin mahiyetine aykırı düştüğü ifade edilebilir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, kayıp/kaçak bedeli uygulaması ikincil mevzuatta düzenlendiğinden, anılan düzenlemelere kural olarak idari yargıda açılması gerekmektedir. Bu düzenlemeler yürürlükte iken, *yani söz konusu düzenlemelere ilişkin olarak herhangi bir iptal kararı olmadığı sürece*, adli yargı hâkimini bağlar. Bu düzenlemeleri göz önünde tutmadan adli yargı hâkiminin bir karar verebilmesi, teknik olarak ancak *“yazılmamış sayılma”*²⁹, *“sözleşme-*

²⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2013/7-2454 Esas ve 2014/679 Karar sayılı kararı.

²⁹ Yazılmamış sayılmanın hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre ilk bakışta, *“yazılmamış sayılma”* yaptırımının, kesin hükümsüzlük anlamında kullanıldığı sonucuna varılabilir. Ancak, yazılmamış sayılma esasen taraf iradesinin sözleşmeye yansımaması sonucuna bağlanmış bir yaptırımdır. Burada, sözleşmenin kurulmasını sağlayan kabul beyanı şeklen var olsa da, hakkında açıkça bilgi verilmeyen ya da sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine aykırı genel işlem şartları bakımından ortada gerçek bir irade beyanı olmadığı kabul edilmektedir. Bu sebeple, yazılmamış sayılmanın, daha çok yokluk yaptırımına benzeyen ancak, kendine özgü bir yaptırım türü olduğu söylenebilir. (KUNTALP, E., *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler, GSÜ Yayınları, İstanbul, 2005, (Tasarı Değerlendirmesi)*, s. 27.) Diğer bir görüşe göre ise, Türk hukukunda mevcut yaptırımlar arasında en uygun olan, bu hükümlerin BK m.20 anlamında batıl olmasıdır. Buna göre emredici hukuk kurallarına aykırı olan bir sözleşme hükmünün yaptırımı butlandır. Maddenin devamında *“yok sayılan”* hükümlerden bahsedilmek suretiyle ikinci bir yaptırım türü devreye sokulmuş gibi gözükse de sözleşmelerin kuruluş safhasına ilişkin yokluk gibi bir yaptırım mevcut olamayacağı için kanun koyucunun bu tür haksız şartlar bakımından genel

nin içeriğine dahil etmeme” şeklinde genel işlem şartlarına ilişkin hükümler çerçevesinde söz konusu edilebilir. Bu çerçevede adli yargıda sistem kullanım anlaşmasında yer alan bir hükmün yazılmamış sayılmasına karar vermesi, düzenlemenin etkisini azaltmakla birlikte, yürürlüğünü etkilemez. Zira, karar sadece dava açan kişiler bakımından neticeler doğurur, diğer kişiler bakımından ise ancak emsal teşkil eder. Halbuki idarî yargı kayıp/kaçağa ilişkin düzenlemeleri iptal etmesi halinde, karar geriye yürüyeceğinden bundan herkes faydalanabilir.

III. KANUN TASARISINDA KAYIP/KAÇAK BEDELİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Tasarı³⁰ henüz Genel Kurul’da kabul edilmiş değildir. Ancak, Bakanlar Kurulunun TBMM’ne sevk ettiği haliyle değerlendirme konumuza ilişkin madde hükümleri aşağıda değerlendirilecektir.

Öncelikle, kayıp/kaçak, “*teknik ve teknik olmayan kayıp*” şeklinde tasarıda tanımlanmaktadır³¹. Tasarıda kayıp/kaçak bedeli, dağıtım tarifeleri içerisinde düzenlenmektedir³². Bu durumda Tasarıda kayıp/kaçak bedeli aynen bir

olarak butlan yaptırımının benimsediği ileri sürülmektedir. (ATAMER, makale, s. 318.).

³⁰ 28.01.2015 tarih ve 371425 arşiv sayılı Bakanlar Kurulu Kararı.

³¹ **MADDE 2-** 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 3 üncü maddesine aşağıdaki tanımlar eklenmiştir.

“§§) *Teknik ve teknik olmayan kayıp: Dağıtım sistemine giren enerji ile dağıtım sisteminde tüketicilere tahakkuk ettirilen enerji miktarı arasındaki farkı oluşturan ve maliyeti etkileyen; teknik kayıp ve/veya kaçak kullanım gibi sebeplerden kaynaklanan ve teknik bir sebebe dayanmayan kayıptır.*

³² 14/03/2013 tarihli ve 6446 sayılı Kanunun 17 nci maddesinin altıncı fıkrasının (a), (ç), (d) ve (f) bentleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

ç)“*Dağıtım tarifeleri: Dağıtım şirketleri tarafından hazırlanacak olan dağıtım tarifeleri, elektrik enerjisinin dağıtım sistemi üzerinden naklinden yararlanan tüm gerçek ve tüzel kişilere eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin uygulanacak hizmetlere ilişkin fiyatları, hükümleri ve şartları içerir. Dağıtım tarifeleri; dağıtım sistemi işletim maliyeti, teknik ve teknik olmayan kayıp maliyeti, kesme – bağlama hizmet maliyeti, sayaç okuma maliyeti, reaktif enerji maliyeti gibi dağıtım faaliyetinin yürütülmesi kapsamındaki tüm maliyet ve hizmetleri karşılayacak bedellerden oluşur. Dağıtım şirketlerinin tarifelerine esas alınacak teknik ve teknik olmayan kayıplara ilişkin hedef oranlar bu kayıpları düşürmeyi teşvik edecek şekilde Kurul tarafından belirlenir. Kurulca belirlenen hedef oranlarını geçmemek kaydı ile teknik ve teknik olmayan kayıplara ilişkin maliyetler dağıtım tarifelerinde yer alır ve tüketicilere yansıtılır. Teknik ve teknik olmayan kayıplara ilişkin hedef oranlarının tespiti ve değiştirilmesi ile oluşacak maliyetin tarifelerde yer alması ve tüketicilere yansıtılmasına ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından üç ay içerisinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”*

sistem maliyeti gibi değerlendirilmekte, ancak bu defa ayrı bir bedel değil, dağıtım tarifesi içerisine alınmaktadır. Esasında mevcut uygulama böylelikle kanunî temele oturtulmuş olacaktır. Diğer taraftan, Tasarının 13. maddesi ile 6446 sayılı Kanuna Geçici 18. madde eklenmektedir. Buna göre *“bu maddeyi ihdas eden Kanunla öngörülen düzenlemeler yürürlüğe konuluncaya kadar, Kurul tarafından yürürlüğe konulan mevcut yönetmelik, tebliğ ve Kurul Kararlarının bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.”* hükmü getirilerek ikincil mevzuatın geçerliliğine geçmişe etkili olarak yürürlük tanınmaktadır. Bu hüküm geçmişe etkili sonuçlar doğurması, dolayısıyla hukukî güvenlik ilkesine aykırı olması sebebiyle Anayasaya uygunluğu (AY. m.124) tartışmalıdır.

Elektrik tedarik sözleşmelerinde düzenlemeye tabi unsurların yer alması ve bunların da idari düzenlemelerle belirlenmesi ve buna bağlı olarak ortada bir idari düzenleme varken adli yargı hakimini bununla bağlı tutmak amacıyla *“Kurul kararları yürürlükte olduğu müddetçe, kararlar uyarınca kamu ve özel hukuk tüzel kişilerinca yapılan uygulamalar, maddi hatalar hariç düzenleyici işlemin iptalinden bağımsız olarak dava konusu edilemez ve Tüketici Hakem Heyetlerine müracaat edilemez”³³.* şeklinde hüküm sevk edilmiştir. Bu durumda, sistem kullanım veya perakende satış sözleşmesi gibi tip anlaşmalarda tarife yoluyla belirlenen bedellerin iadesi için haksız şart, genel işlem şartları gibi istisnalara yer bırakmaksızın öncelikle düzenleyici işlemlere idari yargıda dava açılması gerekecektir.

Tasarıda 13. madde ile 6446 sayılı Kanuna Geçici 19. madde ilâve edilmiştir. Buna göre kayıp/kaçak bedeli gibi bedeller ile ilgili mahkeme ve tüketici hakem heyeti kararına istinaden dağıtım şirketleri ya da görevli tedarik şirketleri tarafından yapılan iadeler ve mahkeme kararında yer alan giderler tarifeler yoluyla karşılanacaktır. Bu durumda müşterilere ödenen bedeller, tarifeye yansıtılacaktır. Bu hal ise fiyatların artmasına sebep olur. Bu yönüyle kanun hükmü Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olur (m.10).

Tedarik şirketleri dağıtım şirketleri ile yaptıkları sistem kullanım anlaşma-

³³ Tasarıda madde 13 ile, 6446 sayılı Kanuna Geçici 19. madde ilave edilmiştir.

sı temelinde müşterileri için kendilerine fatura edilen kayıp/kaçak bedellerini genellikle yapılan elektrik tedarik sözleşmelerinde müşterilere aynen aktarmaktadırlar. Bu halde, dağıtım şirketleri ile müşteriler arasında tedarik ilişkisi sebebiyle doğrudan bir akdi ilişki bulunmamakta, ortada birbirinden bağımsız iki ayrı sözleşme söz konusudur. Bu halde, hem rücu davalarını sebebiyle yargının üzerindeki yükü hafifletmek hem de rücu davası neticelene kadar tedarikçinin finansman riskini ortadan kaldırmak amacıyla “*Kurulca düzenlemeye tabi tarifeler, doğrudan nihai tüketiciye veya nihai tüketiciye yansıtılmak üzere ilgili tüketiciye enerji tedarik eden lisans sahibi tüzel kişilere yansıtılır.*”³⁴ şeklinde hüküm getirilmektedir. Bu halde tedarikçi kendi adına ve hesabına hareket eden bağımsız kişi olmaktan³⁵, sistem kullanım anlaşmasında doğrudan temsilci konumuna getirilmektedir.

SONUÇ

Kayıp/kaçak bedeli, hukukî nitelik itibariyle dağıtım sistem kullanım bedeli gibi bir sistem maliyeti değildir. Teknik olmayan kayıp, hırsızlanan elektrik; “teknik kayıp” ise fizik kuralları gereği oluşan enerjinin miktarında bir azalmadır. Teknik olmayan kayıplar şeklinde ifade edilen elektrik kaçağı, elektriğin çalınması, abonenin sayacında gerçekleşen eksik ölçüm veya bedelinin çeşitli nedenlerle tahsil edilememesinden ileri gelmektedir. Bununla mücadele etme ve gerekli altyapıyı kurma görevi görevli perakende satış/dağıtım şirketlerine aittir. Gerek kanun gerek ikincil mevzuat yapımında yargıda verilen çelişkili kararları önlemek için kayıp/kaçak bedelinin bu niteliğinin göz önüne alınması gerekir.

Kayıp kaçak bedelinin mevcut uygulamasının, hukukî dayanağı Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliği ve diğer ilgili ikincil mevzuattır. Söz konusu düzenlemeler emredicidir. Hukukî nitelik itibariyle bir “*idari işlem*” olduğundan, söz konusu düzenlemeler derhal icraîlik, hukuka uygunluk karinesinden yararlanmak gibi nitelikleri bünyesinde barındırır. İdari işlemin bu tesirini ortadan kaldırmanın yolu, ya yürütmenin durdurulması ve iptali kararı veya idarenin işleminin geri alınmasıdır. 05.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanununun 64. maddesi

³⁴ Tasarı madde 10.

³⁵ YAVUZ, s. 236.

uyarınca menfaati ihlal edilen kişilerin, söz konusu düzenlemelere karşı kanunî süresi içerisinde idari yargıda dava açmaları gerekmektedir.

Adlî yargı hâkiminin teknik olarak anılan düzenleyici işlemleri abonelik sözleşmesinin içeriğine dâhil etmemesi, teknik olarak, ancak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında “haksız şart” veya Türk Borçlar Kanunu’nun “genel işlem şartları” na ilişkin hükümler çerçevesinde söz konusu edilebilir. Kayıp/kaçak bedeli uygulamasının “haksız şart” veya “genel işlem şartları” na ilişkin hükümler çerçevesinde abonelik sözleşmesinin içeriğine dahil edilip edilmemesi bir yorum meselesidir. Ancak, kanaatimizce Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun konuya ilişkin kararında soyut bir değerlendirme yapılmıştır. Hâlbuki haksız şart ve genel işlem şartları bakımından tedarik sözleşmesinin “ikili anlaşma” mı? Yoksa perakende satış sözleşmesi mi olduğu hususu ilk başta değerlendirilmelidir. Zira bu tespit, “müzakere edilmeme” şartının yerine getirilip getirilmemesi, dolayısıyla anılan hükümlerin somut olaya uygulanıp uygulanmayacağı noktasında doğrudan belirleyicidir.

Tedarik sözleşmesinin bir hükmünün “haksız şart”, “genel işlem şartları”na ilişkin hükümler kapsamında sözleşmenin içeriğine dahil edilmemesi aynı konuda adlî yargıda ve idari yargıda farklı kararların alınmasına neden olabilir. Bu halde adli yargıda meselâ sistem kullanım anlaşmasında yer alan bir hükmün yazılmamış sayılmasına karar verilmesi, düzenlemenin etkisini azaltmakla birlikte, yürürlüğünü etkilemez. Zira, karar sadece dava açan kişiler bakımından neticeler doğurur, diğer kişiler bakımından ise ancak emsal teşkil eder. Oysa idarî yargı meselâ kayıp/kaçığa ilişkin düzenlemeleri iptal etmesi halinde, karar geriye yürüyeceğinden bundan herkes faydalanabilir.

Henüz TBMM Genel Kurulu’nda henüz kabul edilmeyen Tasarının 13 maddesi ile, 6446 sayılı Kanuna ilave edilen Geçici 19. madde gereğince aynı konuda adlî yargı ve idarî yargı farklı farklı kararların alınması önlenmiş olacaktır. Anılan Tasarı kanunlaşarak yürürlüğe girmesi halinde tarifeler bakımından sözleşmenin dayanağı bir düzenleyici işlem ise, maddi hatalar hariç düzenleyici işlemin iptalinden bağımsız olarak dava konusu edilemez hale getirmektedir. Bu durum ise tüketici hakem heyetlerine müracaatı ortadan kaldırmaktadır.



KAYNAKÇA

ALTOP Atilla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, Prof. Dr. Ergon Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e Armağan, İstanbul 2007, s. 1,, s. 1, (*Makaleye internet aracılığı ile ulaşılmıştır. İnternet Erişimi: <http://demirdemirhukuk.com/AA-Makale2.pdf>, Erişim Tarihi: 12.03.2014*).

ARIKAN, Mustafa, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, MÜHFHAD, 2011, Özel Sayı, s. 71-74.

ASLAN, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku Dersleri, 1. Baskı, Bursa 2006.

ASLAN/ KATIRCIOĞLU/ ALTINAY/ ARDIYOK/ ILICAK/ GÜLTEKİN/ ÖNAL/ AK-ÇAOĞLU, Enerji Hukuku, Bursa 2007.

ATAMER, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Baskı, İstanbul, 2001. (*Kısaltması: Atamer, Sözleşme*).

ATAMER, Yeşim, Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Prof. Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU İçin Armağan, Ankara, 2004, s. 291-331.

AYRANCI, Hasan, Enerji Sözleşmeleri, Ankara 2010.

BAHTİYAR, Mehmet, Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması, Yargıtay Dergisi, Ocak- Nisan, 1996. , C. 22, S.1-2, s. 76-98.

ÇINAR, Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul, 2009.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, İstanbul, 2015.

HATEMİ, Hüseyin/ **GÖKYAYLA**, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 1. Baskı, İstanbul, 2011.

HATEMİ, Hüseyin/ **SEROZAN**, Rona/ **ARPACI**, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992.

HAVUTÇU, Ayşe, Açık İçerik Denetim Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, 1. Baskı, İzmir, 2003. (*Kısaltması: Havutçu, Denetim*).

HAVUTÇU, Ayşe, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempo-

yumu, Düzenleyenler: Legal Yayıncılık – Marmara Üniversitesi, Legal HD, C. 3, S. 34, 2005(MÜ Sempozyumu) 3616-3625.

KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, 2014.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, İstanbul 2008.

OĞUZMAN, Kemal/ **ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, 1. Cilt, İstanbul, 2011.

OĞUZMAN, Kemal/**BARLAS**, Nami, Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), 14. Baskı, İstanbul 2007.

ÖZ, Turgut, Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları, 5 Mayıs 2012 tarihinde http://iku.edu.tr/TR/iku_gunce/HukukC1S1_2/HukukGunceC1S1_128.pdf adresinden erişildi s. 128-151.

ÖZEL, Çağlar, Genel İşlem Koşulları Meselesi Ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Şartlarına Yönelik Olarak Getirdikleri, Sosyo-Ekonomi, Ocak-Haziran 2006-1, s. 153-167.

ÖZEL, Çağlar, Haksız Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması Sorununa Bir Bakış Ve Almanya Örneği, Batı-Der, Aralık, 1999, C. 20, S. 2, s. 53-65. (*Kısaltması: Özel, Şartlar*).

REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, İstanbul 2011.

TEKİNALP, Ünal, Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları, Ernst E. Hirsch'e Armağan, Ankara, 1986, s. 119-160.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.

YAVUZ, Mustafa, Elektrik Tedarik Sözleşmeleri İstanbul, 2012.

YELMEN, Adem, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Ankara, 2014.

ZEVKLİLER, Aydın/**AYDOĞDU**, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2004.

NORMLARA HAYAT VEREN GERÇEKLİK VE REALİTEYİ DÖNÜŞTÜREN NORMLAR

Reality Giving Life to Norms and Norms Transforming the Reality

Yrd. Doç. Dr. Orhan ALDANMAZ *

ÖZET

Geleneksel olarak, hukuk biliminin normatif bir bilim dalı olduğu kabul edilir. Çağımızın bilimsel yargılarına göre ise, doğru bilgi ancak deney ve gözlem yoluyla elde edilebilir. Bu farklı yaklaşımlar, birbiriyle sadece çelişmezler, aynı zamanda dünyayı farklı açılardan görmeyi ifade ederler. İşte bu çalışma, anılan paradokstan yola çıkılarak yapılan araştırmayı içermektedir. Öncelikle, genel olarak bilgi ve gerçeklik arasındaki ilişkiler felsefi olarak irdelenmektedir. Burada bilginin soyut metafizik bir alandan değil, somut maddi dünyadan edinildiği tespit edilmektedir. Aynı yöntemle hukuk bilimine yaklaşıldığında, hukuk biliminin de esasında ampirik bir zeminde geliştiği ortaya çıkarılmaktadır. Bu bağlamda farklı hukuk teorileri vasıtasıyla, onların normatif gözükken çehrelerinin arkasında, çok karmaşık nedensellik bağlarının hüküm sürdüğü ve bu bağların hukuk kurallarının oluşumunu tayin ettiği izah edilmektedir. Çalışmada ayrıca normların pozitif hukukta düzenlendikten sonra, hukuk dogmatik anlamında normatif karakter kazandığı açıklığa kavuşturulmaktadır. Araştırmalar sonucu varılan yargıya göre, çifte yönlü bir etki söz konusudur. Soyut, felsefi ve normatif ön-kabuller gerçek yaşam düzenini etkilemektedir ve gerçek maddi dünyadan gelen ampirik veriler de, metafizik sanılan normatif alana tesir etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Normlar, ampirizm, hukuk bilimi, bilgi, akıl.

ABSTRACT

Traditionally, it is admitted that science of law is a normative branch of science. But, according to scientific judgements of our age, the right knowledge can be obtained solely by way of observation and experimentation. These different approaches, not only contradict each other, at the same time, they amount to seeing the world from different angles. Here, this study embodies conducted research starting from the

* Şırnak Üniversitesi, İ.İ.B.F., Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ilaydapalu@hotmail.com

mentioned paradoxon. At the outset, in general, the relationships between knowledge and reality is philosophically examined. Here, it is secured that the knowledge is obtained, not from abstract transcendental domain, instead from concrete *matter-of-fact* world. When approaching to the legal science in the same way, it is uncovered that also science of law develops on an empirical ground. In this context, by means of different legal theories it is explained that behind the normative outlook of their faces reign very complex causality links and these determine the formation of legal norms. In the study, besides that, it is also clarified that the norms, held in positive law, take a normative strain in the sense of dogmatic law. According to the conclusive result of research, there is a two-way effect. Abstract, philosophical and normative presuppositions affect the order of real life, and empirical data, coming from the real material world, influence the normative area, believed to be metaphysical.

Key Words: Norms, empiricism, legal science, knowledge, reason.



GİRİŞ

Bilimde, realite ile kavramlar veya ona verilen anlamlar arasında bir bağlantı kurma çabası gözlemlenmekte olup, bu bağlantıyı da anlam verme yeteneğine sahip, düşünüp muhakeme edebilen bireysel veya kolektif akıl kurmaktır. Bilgi ile maddi dünyanın deneyimleri arasında ve akılla bilgi arasında sıkı bir bağ vardır. Fakat akıllı olmak bilgiye sahip olmaktan çok, konuşabilen ve dış dünyada anlamlı davranışlar sergileyebilen öznelerin, bilgiyi nasıl edindiği ve nasıl kullandığı ile ilgisi vardır. Haklı olarak ileri sürüldüğü gibi, belli bir “hedefe yönelik eylemlerde bir yapabilme, örtük bir bilgi dile gelir...”¹Bu sava göre nasıl bilindiğinden yola çıkılarak, neyin bilindiği ortaya çıkarılabilir. Bundan ötürüdür ki, kavramların ne derecede realitenin derinliklerine kadar inip onu yansıttığı ve ne derece gerçeklikten kopuk kendi dünyalarını oluşturduğu sorusu önemli rol oynamaktadır. Esasında farklı terimlerle ifade edilen bu hadise, felsefenin temel meselelerinden biri olmuştur.² Bu, maddiyatla maneviyatın, gerçeklikle

¹ Jürgen Habermas, İletişimsel Eylem Kuramı, çev. Mustafa Tüzel, Kabcacı Yayınevi, birinci basım, Şubat 2001 İstanbul, s. 32.

² Emil Lask, Rechtsphilosophie (1905) in “Die Philosophie im Beginn des 20.Jahrhunderts”. Festschrift für Kuno Fischer. Hrsg. Wilhelm Windelband, Heidelberg, ikinci Baskı 1907, s. 279.

manın, yani gerçekte var olan varlık âlemi ile Eflatun'un *ideası* arasındaki ayırımıdır. Hukuk araştırmalarında bu durum sosyal teori ile pozitif hukuk bilimi veya dogmatik³ (jurisprudence, Jurisprudenz) arasındaki ayırımıda tecelli etmektedir. Sosyal bilimler nezdinde hukuk hakiki bir kültürel faktör iken, hukuk bilimi anlamında o, sadece düşünülen bir anlamlar kompleksidir (Komplex von Bedeutungen)⁴. Hukuk dünyasının soyutlamaları sonucunda elde edilen kavramlar, karmaşık bir şekilde tasavvur edilen anlamlar cisimleşmesi olarak algılanabilir böylece. Böyle anlaşılan bir bilim dalının savunulması, deneysel olarak araştırılabilen sosyal teorilerden daha zor ve karmaşıktır. Nitekim hukuk tarihçileri ve belli dereceye kadar sosyal teorisyenler, hukukla ile ahlâk, adet, gelenek ve başka yaşam görüngüleri arasında bir ayırım yapmaktadırlar. Disiplinler arası böylesi farklı dünya algıları, daha soyut düzeydeki kavramsal farklılıklardan kaynaklanmaktadır. İşte saf metodolojik ve değer sorunları veya değer bireyselliği ile tarihsel metot, yine felsefî sistemler ile deneysel-kültürel sistemler arasındaki farklılaşma bunlara örneklerdir.

Epistemolojik görüş açısından bakıldığında, gerçeklik, kategorik sentezlerin bir ürünü olarak kabul edilebilir. Hal böyle olunca, pozitif bilimlerde, sosyal bilimlerde ve özelden hukuk, devlet ve iktisat hadiselerinde ve dünya tarihinde kültür-bilimsel kavramsallaştırmanın ürünleri görülebilir. Öte yandan gözden uzak tutulmamalıdır ki, bilim-öncesi kavramların oluşum süreci de bu bütünsel algılama yeteneğinin ortaya çıkmasında katkıda bulunmuştur. Hukuk alanları veya dallarının ayrışması, bu anlamda daha bilim-öncesi zamanlarda, yani analitik ve sentetik düşünen bilimsel öznenin bunu inceleme konusu yapmadan önce baş gösterdi. Zaten metodolojik bilimin temel görevi de, tam belirginleşip araştırılmamış bu kaba kavramları, kesin ve görülür bir çehreye kavuşturmak.

Hukuk bilimi, temelde ampirik kültür bilimlerinden sayılabilir ve pozitif hukuk bilimi buna katkıda bulundu; ama bu söylemin tartışmalı olduğu da bu çalışma kapsamında gözler önüne serilmektedir. Bu bilim dalı, 19. Yüzyıldan önce temelde felsefe bilimi ile iç içe görülmekte idi. Bu yüzyıldan sonra ise,

³ Necip Bilge, Hukuk Başlangıcı, Turhan Yayınevi, 18. Bası, Ankara, Eylül 2004, s. 28.

⁴ Lask, s. 302.

diğer sosyal bilimler gibi hukuk bilimi de, kendisini felsefeden bağımsızlaştırıp ayrı bir bilim dalı haline geldi. Devam eden dönemlerde tarihi hukuk okulu⁵ da denilen ve Friedrich Carl v. Savigny tarafından temsil edilen hukuka tarihi gelişim bakımından yaklaşım ön plana çıktı. Hukuk, buna göre devleti oluşturan toplumun bütün kültürünün bileşkesidir; kültürde tarihi bir devamlılık vardır, öyle ise hukuk bu tarihi evrimleşme aşamalarından meydana gelir⁶. Hukuk, sadece pozitif normların düzenlenmesinden ve onların sistematik incelenmesinden öte, milletin bilincinde yaşayan inançlardan kaynağını almaktadır. Hukukçuların görevi de, bu tarihi gelişim sürecinde oluşmuş dil, örf ve adet, töre, din ve ahlâk gibi alanlarda gizli değerleri bulup ortaya çıkarmaktır. Kanunlarda yer alan ilkeler, kanun koyucu vasıtası ile de açığa çıkarılabilir; ama ilke olarak tüm hukuk normları, kanun koyucunun etkisi dışında kendiliğinden tarihsel süreç içerisinde vücut kazanır. Böylece tarihsel yoruma⁷ dayanan hukuk felsefesi ve hukuk bilimi, ampirik bir yapıya dönüştü. Öyle ki hukukçular, ampirik hukuk biliminden farklı bir hukuk felsefesinin olup olmadığını sormaya başladılar.⁸ Bu gelişim sosyal bilimlerin evrimine paralel gitmektedir. Hakikaten, sosyal ve kültür bilimleri dünyasında direkt algılanan gerçeklikle kültürel anlamlar arasında saf teorik düzeyde bir bağ kurulmaktadır.

Bu çalışmada hukuk biliminde deneye dayalı araştırma yöntemleri mi, yoksa daha çok teorik düzeyde mantıksal çıkarım yöntemleri mi hüküm sürmektedir sorularına cevaplar aranmaktadır. Bu sorulara verilecek yanıtlar, hukuksal normların temeli ve meşruluğu konularında bir fikir verebildiği gibi, pozitif hukukta düzenlenen kuralların gerçek yaşamla bağlantısı konusunda da bilimsel bilgi verebilmektedir. İnceleme sonucunda ortaya çıkarılmak istenen so-

⁵ Gunter Wesener, *Zu den Anfängen der Historischen Rechtsschule romanistischer Richtung in Österreich, vornehmlich zu Ludwig Arndts von Arnesberg (1803-1878)*, in: Grundlagen der österreichischen Rechtskultur. Festschrift für Werner Ogris zum 75. Geburtstag (Wien-Köln-Weimar 2010) S. 577-599; Hans Schlosser: *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte. Rechtsentwicklungen im europäischen Kontext*, 10. Auflage. Heidelberg 2005. S. 143-169.

⁶ Norbert Horn, *Einführung in die Rechtswissenschaft und die Rechtsphilosophie*, C.F Müller Verlagsgruppe, Hüthig Jehle Rehn GmbH, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin 2007, s. 100.

⁷ Aydın Aybay-Rona Aybay, *Hukuka Giriş*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 5. Baskı İstanbul, Eylül 2008, s. 349.

⁸ Lask, s. 270.

nuç ise, normların temelinin yaşanılan gerçek dünya olduğu; ama öte yandan deneme ve yanılmaya dayalı yaşam ve araştırmalar sonucunda ortaya çıkan evrensel sosyal ve bilimsel ilkelerin sosyal ve fiziki realiteyi önemli derecede değiştirebilme potansiyelidir.

I. HUKUKTA YÖNTEM KARGAŞASI

Hukuk biliminde bir metodolojik düalizm, başka bir söylemle, yöntemsel bir ikilem hüküm sürmektedir⁹. Hukuk, ya gerçek bir kültürel faktör olarak bir toplumsal yaşam süreci şeklinde düşünülmektedir; ya da bir anlamlar bileşimi olarak normatif kavramların dogmatik içeriğine yönelik olarak incelenmektedir. Nitekim sosyal hukuk teorisi dahi, diğer formalist kültürel bilimler gibi, hukuku somut algılanabilen dünyanın bütünlüğünden soyutlamaktadır. Hukuk dünyası dışında böyle bütünsel gerçeklikten kopuk halde bir dünya yoktur aslında. Bu soyutlamaya karşın, sosyal hukuk teorisinin kavramsallaştığı hukuku diğer tüm gerçek kültür görünümüleri gibi realite dünyasına tâbi olarak tasavvur ederiz. Canlı ve diri bir gerçeklik olarak görünmesi için, hukukun diğer belli kısmi gerçekliklerle bağlantısının sağlanması ve öyle incelenmesi gerekir

Hukuku sosyal bilimler çerçevesinde inceleyen hukuk teorilerinin en bariz örneği marxist öğretilerdir¹⁰. Buna göre hukuk hukuksal olmayan hadiselerin neden sonuç ilişkisi içinde düşünülmelidir; hukukun sosyal etkilerini incelemek biricik bilimsel incelemeye değer konudur. Sosyalist hukuk sistemi olarak da anılan bu yaklaşım tarzına göre hukuk, toplumun sınıfsal, ekonomik ve sosyal alt yapısına dayanan bir üst yapı kurumudur.¹¹ Böylece teknik ve dogmatik şekilde hukuksal olayların incelenmesi ikincil konuma itilmiş olmaktadır. Zaten 19. Yüzyılın ikinci yarısından itibaren hukuk dogmatizminin tek yanlı hegemonyasına karşı bir başkaldırı başladı ve bu hareket milli ekonomik teorisyenler tarafından da desteklendi. Onlara göre hukuk dogmatizmi, gerçek yaşam ilişkilerinden kopuk onları tamamıyla göz ardı eden bir yapıya sahiptir.¹²

⁹ Lask, s. 302, 304.

¹⁰ Lask, s. 304.

¹¹ Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, Turhan Yayınevi, 18. Bası, Ankara, Eylül 2004, s. 71.

¹² Emil Lask, *Rechtsphilosophie* (1905) in "Die Philosophie im Beginn des 20. Jahrhunderts". Festschrift für Kuno Fischer. Hrsg. Wilhelm Windelband, Heidelberg 1907, s. 304.

Tam da bu gerçeklik ve anlamsal veya kavramsal araştırma yöntemlerinin karşı karşıya konulmasında ampirik ve felsefi bilimsel eğilimler kendilerini en karmaşık çehresiyle göstermektedirler. Bu, hukuksal veya normatif bağlamda düşünüldüğünde, karşımıza en soyutlanmış şekli ile olan ve olması gereken arasındaki spekülasyon karşılık çıkmaktadır. Normlar ve doğa yasaları, normatif ve genetik inceleme tarzı şeklinde düşünülen yöntemsel düalizm, hukuk biliminin temel karakteri oldu. Aslında yöntemsel sınır hatları karıştırılmasa ve kıyaslamada norm kavramının felsefi ve ampirik ve hatta hukuksal anlamları birbirileri ile karıştırılıp görmezlikten gelinirse sorun olmayabilirdi. Ama burada norm veya normlar bilimi olarak düşünülen hukuk bilimi normatif bilim iken, (Normwissenschaft)¹³ farkında olmadan tam zıt bir disipline, yani ampirik bir bilim dalına dönüşmektedir. Hâlbuki aynı terimler farklı disiplinlerde değişik anlamlarla yüklüdür. Kuşkusuz, hukuk biliminin de felsefe biliminin de konusu gerçek fiziki varlığı olan şeyler değildir. Bu bilim dalları temelde olanı değil olması gerekeni, sadece anlamsal düzeyde, kavramsal bakımdan varlığı incelerler ve temelde bir itaat dilemektedirler. Anılan ortak özelliklerine karşın, felsefi ile hukuksal yaklaşım biçimlerinde temel bir fark gözden uzak kaçmamaktadır. Felsefede olması gereken olarak düşünülen şey, mutlak olarak addedilen bir değerden doğmakta iken ve bu değer için ampirik bir temel veya otorite yok iken; hukuktan olması gereken normun formel temeli, toplumsal istemin emir ve talimatlarıdır. Bu da demek oluyor ki, hukukta olması gereken olarak tasavvur edilen ve soyut olarak düzenlenen normlar, gerçek yaşamın diri temeli üzerinde durmaktadırlar.

Daha hukuk bilimi ortaya çıkmadan ve normlar ve birlikte yaşam kuralları bilinçli inceleme konusu yapılmadan önce, kurallar ve hak kavramları ortaya çıkmaktadır. Bundan ötürü, hukuk bilminde bilim-öncesi (vorrechtlich)¹⁴ kavramsallaştırma, diğer bilim dalarındakinden daha fazla rol oynamaktadır. Kaldı ki, hukuk bilimi diğer bütün kültürel yapılanmalardan daha yoğun olarak bir kavram keşfetme uğraşısıdır. Hukuk biliminin bizatihi kendisi, hukuk dışındaki gerçeklikle kendisi arasında kapsamlı bir çatışmaya girmektedir. Gerçeklikle

¹³ Lask, s. 305.

¹⁴ Lask, s. 306 ve 308.

hukuk arasındaki bu yüzleşmede öyle mükemmel teknik kavramlar oluşturulmaktadır ki, bu terimler diğer bilimsel terimlerden sadece derece veya nicel olarak ayrılmaktadır. Nitel olarak bir fark olmadığı gibi, burada bilimsel incelemeye sadece kanunlar tarafından başlanan kavram oluşturma sürecinin devam ettirilmesi kalmaktadır. Elbette ki, tam tersi bir gelişme de söz konusu olabilmektedir. Nitekim her zaman bilimsel araştırmaların sonuçları, kodifiye edilmiş hukuka dönüşmüştür. Hal böyle olunca, hukukta kavram oluşturan bir ruh ve akıl söz konusudur denebilir ve pratik hukuk mantığı ile hukuk biliminin mantığı arasında terminolojik olarak büyük bir fark yoktur.

Ampirizm ve normatifsizim tartışması bağlamında düşünüldüğünde, hukuk metodolojisinin geniş anlamıyla, yani hem pratik hukuk hem de bilimsel hukuk kavramsallaştırması açısından iki ana konusu vardır. Burada, ilk etapta hukuk ve hukuk biliminin yaşam ve kültürel alt katman veya varlıklarına özgün ve bütünsel yaklaşımı incelenmektedir. Daha basit bir söylemle, hukuk öncesi malzeme hukuksal kavramların kalıbına dökülmektedir. İkinci aşamada ise, hukuksal kavramların kendi aralarındaki sistematik bağlantıları inceleme konusu yapılmaktadır ki, bunu da hukuk biliminin sistemleştirme işlevi olarak görmek mümkündür. (Systemform der Jurisprudenz)¹⁵

Hukuk biliminde mantık tartışmasında, teleoloji ilkesi denilen hukuk normlarına amaçsal yaklaşım veya gaî yorum¹⁶ prensibi, yöntem düşüncesinde açıkça bilinç üstüne çıkarılmalıdır. Hukuk bilimi, psikoloji biliminden yararlanarak ve insanların iç dünyalarına bakarak duygusal realiteleri ve onların oluşum ve gelişim süreçlerini ve hukuk dünyasındaki işlevlerini ortaya çıkarmalıdır. Zira duygusal realite, hukuki inceleme için tıpkı fiziki dünyada olduğu gibi henüz eylem dünyasına işlenmesi gereken psikolojik harçtır. Şüphesiz ki, yanlış olarak beşeri bilimler olarak adlandırılan disiplinlerde sadece psikolojik olayların analiz edilmesiyle yetinilmemektedir. Hukuk biliminin bireylerin iradi eylemlerini nasıl kullandığına ilişkin bir araştırma, hukuksal terimlerin tespit edilmesinde vazgeçilmez bir gerekliliktir. Hemen bütün hukuksal sorunlarda, yöntemsel

¹⁵ Emil Lask, *Rechtsphilosophie* (1905) in "Die Philosophie im Beginn des 20. Jahrhunderts". Festschrift für Kuno Fischer. Hrsg. Wilhelm Windelband, Heidelberg 1907 s. 306.

¹⁶ Aydın Aybay-Rona Aybay, *Hukuka Giriş*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 5. Baskı İstanbul, Eylül 2008, s. 347.

muhakeme sonucu, saf psikolojik kavram ile çok değişkenlik gösteren hukuksal irade kavramı arasında yeterince ayırım yapılmadığı tespit edilmektedir. Burada kısaca önerilebilecek şey ise, psikolojik kavramları hukuki olarak işlerken, bu terimlerin psikolojik ve doğal unsurları ile onların teleolojik elementlerini birbirinden ayırmaktır. Bu iki boyut, çoğunlukla bir biri karıştırılmakta ve hukuki ve psikolojik bakış açısında da ortak kavramlar oluşturulmamaktadır. Belki de yapılması gereken, psikolojik ve amaçsal unsurların çatışmasında iki bilim dalında da bir yönetsel kendi kendini tanımayı cereyan ettirmektir.

Çünkü hukuk bilimi, psikolojik kavramlarla bir alışım oluşturmuş kendi pratik dinamiğinde, bu güne dek kendisine tahsis edilmiş en yüksek kavramsal keskinlik mertebesine ulaşmaktadır. Natüralist Psikoloji böyle bir birliktelik yerine, hadiseleri bir birinden bağımsız birimler halinde görmektedir¹⁷. Bunun karşısına çıkan amaçsal Psikoloji ile hukuki kişilik veya kişi ile kişilerden oluşan toplam kişilik, tüzel kişilik kavramları ilişki içerisinde bulunmaktadır. Natüralist bir bakış açısıyla tek kişi ile toplam kişilikler özünde bir birlerinden bağımsız parçacıklardan oluşmaktadır; bunlar arasında sıkı bir ilişkiler ağı yoktur. Ama hukuk öncesi amaçsal dediğimiz teleolojik bir bakışla bunlar, bir taraftan bağımsız birimler olarak varlıklarını sürdürürken, öte yandan amaçsal ilişkiler içerisinde birbirilerine bağlı birimler olarak düşünülmektedirler. Yani bir bütün oluşturan birey ve bir bütün oluşturan birey toplulukları olarak imgenenmektedir ki, sonucusu tüzel kişi olarak algılanabilir; önceki ise doğadaki farklı unsurların birleşip bir bireyi oluşturması olarak anlaşılabilir. Tek kişi denilen gerçek kişi ile kişi topluluğu denilen tüzel kişi, burada sadece basit tasarım veya kurgudan öte birer bilimsel soyutlamadırlar¹⁸. Hukukun ampirik boyutlarından biri de hukuk tarihidir. Hukuk kurallarının tarihsel bakımdan incelenmesi ve bunların farklı dönemlerde aldıkları şekilleri, geçirdikleri aşamaları açıklanması hukuk tarihinin uğraşı alanına girer¹⁹. Burada dikey denebilecek zaman tüneli içindeki olay ve olgular, analiz ve sentezleme yöntemi ile belli bir ahenge kavuşturulmakta ve soyutlanmaktadır. Kültür- bilimsel olarak olaylar incelenip belli bir dizge oluşturulduğundan, denebilir ki ampirik verilerden yola çıkı-

¹⁷ Lask, s. 310, 311 vd.

¹⁸ Lask, s. 313.

¹⁹ Necip Bilge, 28.

larak, bir sistem oluşturulmaktadır. Pozitif hukuk normlarının hazırlık çalışmaları, kuralların olduğu tarihi koşullar yine ampirik türden bilgilere dayanan tarihi yorum yöntemi ile somut bir anlama kavuşmaktadır²⁰. Böyle yaklaşıldığında, doğal fenomenlerin bir değerlendirilmesi yapılmış olunur. Ama tarihe hukuk terimlerinin ve dizgelerinin farklı zaman ve mekânlarda aldığı formlar temelinde de yaklaşılabılır ki, burada salt hukuki dünyanın bir evrimleşmesi incelenme konusu yapılmakta ve böylece esasında bir hukuki sistem oluşturulmakta ya da tespit edilmektedir. Mekânsal olarak hukuka yaklaşıldığında yine ampirik boyut önem kazanmaktadır. Zira farklı mekânlarda, ülkelerde ve farklı etnolojik yapıya sahip toplumlarda geçerli olan hukuk anlayışı ve sistemleri²¹, pratiği ve kavramları yatay ve mümkünse dikey olarak karşılaştırılıp değişik hukuk sistemlerinin bileşkesinden veya onların temelinde yatan ortak bir gizli zihniyetten genel ilkeler bazında bir evrensel sisten ortaya çıkarılmaktadır. Bunun adı da aslında Karşılaştırmalı Hukuk bilimidir²².

Hukuk bilimi sadece “jurisprudence” denilen hukuk dogmatizminin inceleme konusu olarak alındığında, hukukun sosyal- bilimsel ve kültürel-tarihsel işleyişi, diğer tüm yaşam dinamikleri ile beraber felsefenin dışına itilmiş olur.²³ Buna ilaveten, en genel hukuki konular; devlet ve hukuk, hukuk ve güç, objektif hukuk ve sübjektif hukuk ve benzeri sorunlar tamamıyla ampirik diye anılan deneye dayalı bilim yöntemlerine terk edilmiş olur²⁴. Yönteme ilişkin farklı yaklaşım tarzlarının imkânlarının olması, sadece yargıda bulunanların tercihine bağlı olmasından öte, temelde dünyayı anlamada kullanılan metotların altında yatan paradigmalara²⁵ bağlıdır. Paradigma, belli bir uzmanlar topluluğuna belli

²⁰ Aydın Aybay-Rona Aybay, s. 349 vd.

²¹ Farklı hukuk sistemleri için bkz. Kemal Gözler, Genel Hukuk Bilgisi, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Eylül 2009 Bursa, s. 3 vd.

²² Necip Bilge, s. 29.

²³ Bkz. Lask, s. 318.

²⁴ Emil Lask, *Rechtsphilosophie* (1905) in; “Die Philosophie im Beginn des 20. Jahrhunderts”. Festschrift für Kuno Fischer. Hrsg. Wilhelm Windelband, Heidelberg, 1907.

²⁵ Paradigma konusunda bkz. Thomas Samuel Kuhn, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, Suhrkamp Verlag KG, Frankfurt am Main, Oktober 2009. Ein Paradigma ist „der Entscheidung eines Präzedenzfalles im Rechtswesen ähnlich, ein Objekt für weitere Artikulierung und Spezifizierung unter neuen oder strengeren Voraussetzungen.“ Buna göre paradigma hukukta önceki emsal örnek karar vermelere benzer şekilde, yeni ve daha sıkı şartlar altında bir açık seçik belirtme ve somutlaştırıp özgül hale getirme işlemidir.

bir zaman için asli sorunları ve bunların çözümlerini sağlayan ve genel kabul gören bilimsel performanslardır. Aşağıdaki almanca tanım bunu güzel özetlemektedir: „...*allgemein anerkannte wissenschaftliche Leistungen, die für eine gewisse Zeit einer Gemeinschaft von Fachleuten maßgebende Probleme und Lösungen liefern*“.²⁶Bütün anlatılanlardan ortaya çıkmaktadır ki, bilim teorilerinde hüküm süren ampirik ve teorik yöntemler arasında gergin bir ilişki vardır. Bu sorun, yine sosyal bilimlerden sayılan hukuk bilimine de sirayet etmektedir.

Şimdiye kadar dile getirilenlerden anlaşılmaktadır ki, hukuk biliminde bir yöntem tartışması süregelmektedir. Ve bu tartışmanın odak noktasında ise “hukukun ampirik bir temeli mi vardır?”, “yoksa o, sadece yargılardan oluşan bir felsefi altyapıya mı sahiptir?” soruları durmaktadır. Birinci soru olumlu yanıtlandığında, normların dünyasal deneyimlerin ve toplumsal gerçek yaşamın yansımaları olarak görülmesi mümkündür. En idealist felsefeciler bile bilginin dışarıdan, dış dünyanın deneyimleri sonucu elde edilebileceğini inkâr edemezler, ama bunların daha üst düzeydeki hakikati bulmak için veriler sağladığını iddia ederler. Kant’ın saf bilgi ile deneye dayalı bilgi arasında ayırımı yapan incelemesinde bile, daha birinci cümlesinde ampirik tecrübelerin bilgi kaynağı olduğu itiraf edilmektedir: “*Daß alle unsere Erkenntnis mit der Erfahrung anfangt, darum ist gar kein Zweifel...*”²⁷ Söz konusu ibarede, bilgilerin tümünün deneyimlerle başladığı, şüphe götürmez bir hakikat olarak tespit edilmektedir. Zira duyulara temas eden varlıklar vasıtasıyla dış dünya algılanmakta ve bütün tasavvur veya tahayyüller ve hatta anlama süreci bunun vasıtasıyla harekete geçmektedir. Anlamak ise deneyim sonucu gelen algıların karşılaştırılması, birbirileri ile sistematik bir şekilde bağlanması veya karmaşık haldeki duyuşsal verilerin ayrıştırılması biçiminde vukuu bulmaktadır. Böylece ham hissi etki ve izlenimlerden sağlanan malzeme, varlıkların bilgisi şekline dönüştürülmektedir ki bunun adı da deneyimdir. Kısaca aktarılan anlayışa göre, zaman olarak deneyimden önce hiçbir bilgi yoktur ve her şey deneyimle başlar. Buradaki çalışma bakımından önemli olan sıkıntı ise, gerçek dünyada yaygın olan şeylerin

²⁶ Thomas S. Kuhn, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*. İngilizceden Almancaya Çev. Kurt Simon, ed. Hermann Vetter, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1976, s. 10.

²⁷ Immanuel Kant, *Kritik der Reinen Vernunft*, ed. Raymund schmidt, Felix Mainer Verlag, Hamburg, 3. Baskı 1971, s. 38.

neden normatif yapıya dönüşüp, olması veya olmaması gerekeni emrettiğidir. Konunun dışına taşmamak için, tamamıyla felsefi olan bu meselenin açıklaması yapılmayacaktır.

İkinci sorunun yanıtlanması daha zordur ve yanıt pozitif olduğunda ise, bu felsefi altyapının sağlamlığı ve realiteyi dönüştürme, düzenleme potansiyeli ve meşruluğu sorunu baş ağrıtmaya adaydır. Normların temelini realite ve yaşayan dünyanın ötesinde aramak, felsefi veya akılsal bir öteki dünyanın ve orda varlığı kabul hakikatlerin bulunduğunu varsaymak anlamına gelir. Anlatılanlara paralel bir söylemle, felsefi düşüncenin; bilmede, konuşmada ve eylemde cisimleşen aklın, düşünmeye dayalı olma özelliğinden ileri geldiği iddia edilmektedir. Felsefe, konusunun temelde saf akıl olmasından ötürü, bir bütün olarak dünyayı ve görüngülerin çeşitliliğindeki birliği, aklın özünde bulunduğu varsayılan ilkelerle izah etme çabasıdır.²⁸ Kısaca burada, felsefecilerin kavramsal hakikatlerinin realite ile bağının olup olmaması sorgulanabilir ki bu sadece hukuk alanında değil; etik, din, felsefe bakımından hayli problem yaratmaktadır. Hukuk bakımından bu sıkıntı, daha da büyük gözükmektedir, çünkü mutlak doğru ve evrensel aklın ilkelerine uygun olarak sunulan normlar, duyularla ve ampirik temelde yaşayan insanlar bakımından yaşamsal etkiler yapmaktadır. Kaldı ki, sadece akla dayanan değil, daha da aşkın düşünüp, akla reddiyeler yazan akımlar, hakikatin ve buna uygun olarak da hukuksal normların kaynağının, doğaüstü güçlerden, dünyanın ötesindeki bir tanrıdan ve kozmostan²⁹ geldiğini savunabilirler. Adeta Berkeley'ci üslupla, maddeyi aklın veya ruhun iç alanına sıkıştırarak, ondan saf bir fikir yapmaya çalışmaktır bu³⁰. O zaman da Descartes için yapılan itirazlar haklı gözükmektedir. Gerçekten de o, maddeyi -ki bununla bütün yaşam dolu gerçek dünya veya evren anlaşılmalıdır- bizden çok uzaklara itti. Aslında tüm dogmatik ve ütöpik teorilerde, böyle bir realiteden kopukluk gözlenebilir ve bütün çağlarda kavramsal mertebede mükemmel görülen bir dünyaya, gerçek yaşamı uydurma çabası vardır ve bu

²⁸ Bkz. Jürgen Habermas, İletişimsel Eylem Kuramı, çev. Mustafa Tüzel, Kabalıcı Yayınevi, birinci basım, Şubat 2001 İstanbul, s. 25.

²⁹ Bkz. Habermas, s. 25.

³⁰ Bkz. Henri Berkson, Materie und Gedächtnis, Eine Abhandlung über die Beziehung zwischen Körper und Geist, Felix Mainer Verlag, 7. Bası, Hamburg 1991, s. II (önsöz).

yaklaşım tarzı milyonlarca insanın yaşam modelini yanlış görmeye ve düzeltme çabalarına götürmüştür; çoğunlukla da insanlığa pahalya mal olmuştur. Aşağıdaki bölümlerde daha çok hukukla sınırlı olmak üzere bu konular üzerinde durulacaktır.

II. HUKUKTA AMPİRİZMİN KURAMSAL TEMELLERİ

Pratik hukuk uygulamasında ampirik ve normatif, başka bir söylemle olanla olması gereken sorunlar açıkça birbirlerinden ayrılmaktadır. Hukuk uygulayıcısı, pozitif hukuku, yani kanunları uygularken üç kademeli bir yol izlemektedir. Burada yürürlükteki yasanın öncelikle normatif kısmını tahlil edilerek *olması gereken* ortaya çıkarılır. Kanunda tanımlanan hadisenin temel unsurlarının ne olduğu bu aşamada tespit edilir. Ardından uyumsuzluk konusu olayın incelenmesi ile gerçek dünyada neyin mevcut olduğu, yani *olan* ortaya çıkarılır ki fiili durumda hadisenin neden ibaret olduğunu, kanunların öngördüğü yollardan yararlanarak hâkim ortaya çıkaracaktır ve hukuk ilkelerinin büyük çoğunluğu da zaten hâkimin somut yorum ve uygulamaları ile ortaya çıkarılıp geliştirilmektedir.³¹ Ama hâkim, olayın neden ibaret olduğunu açıklayarak gerçekliğe sadece bir betimleyici ulaşım olanağına sahiptir. Son aşamada ise, bulunan gerçeklikle olması gereken normatif arasında bur uyumun olup olmadığı tespit edilir ve bunun sonuçlarına ilişkin hüküm verilir.

Pozitif hukuk dogmatikliğinde tartışmaların ve araştırmaların ağırlık noktasını, kuralların normatif veya olması gereken kısmı oluşturmaktadır.³² Konu hukukta yöntem olunca, denebilir ki kuralların analiz edilmesinde ve somut olaya en adil şekilde uygulanmasında sadece pozitif hukuk dogmatikliği değil, aynı zamanda hukuk felsefesi³³ ve “hermeneutik” denilen anlama veya yorumlama bilimi de büyük rol oynamaktadır. Ne var ki, hukukta bu güne dek sosyolojik kanunsallık, başka bir deyimle, sosyal olayların neden sonuç ilişkileri hukuk dogmatikliğinde ve genel hukuk biliminde hak ettiği ilgiyi görmemektedir. Neden olarak da hukukun pozitif bir bilim dalı ya da normatif bir bilim dalı olarak

³¹ Karl Larenz, *Methoden Lehre der Rechtswissenschaft*, gözden geçirilmiş altıncı baskı, Springer Verlag ,9. August, München 1991, s. 271.

³² Larenz, s. 6.

³³ Larenz, s. 7.

görülmesi olabilir. Oysa ki, Amerika Birleşik Devletlerinde uzun zamandan beri ampirik hukuk bilimi (*empirical legal studies*) adı altında araştırmalar yapılmakta ve temelde toplumsal olaylar ve yasalar konu edilmektedir.³⁴

İlkönce şunun belirtilmesi gerekir ki, hukuk kurallarının temellendirilmesi sadece pozitif hukuk veya analitik hukuk bilimi (analytical jurisprudence)³⁵, güç veya toplumsal fiili uygulamaya veya toplumsal realiteye dayandırılmaz. Bunların yanında; din, mistik, felsefe ve etik, gelenek–görenek veya toplumun tarihsel gelişiminde saklı milletin ruhu veya zihniyeti gibi kavramlar da normların temellendirilmesinde esas alınabilir. Hatta dar anlamıyla normatif bir bilim dalı olarak alındığında, hukukun kaynağı, saf hukuk teorileri³⁶ gibi, bizzat normların oluşturduğu hiyerarşik yapı kuralları dizgesinde aranabilir. Kelsen, hukuku siyasi ideolojilerden ve doğa bilimlerinden arındırarak, kendine has yasalara tâbi olması gerçeği temelinde kendi özgünlüğünün bilincinde olan bir hukuk teorisi yaratmak istiyordu³⁷. Fakat bu bölümde söz konusu olan hukukun ampirik temele oturtulması girişiminde, aslında genel deneye dayalı bilim dalları ile bir karşılaşma zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Bir bilim dalının ampirik olarak nitelendirilmesinden neyin anlaşılması gerektiği tespit edilmeden, hukuksal ampirizm söylemi fazla bir şey ifade etmeyebilir.

Her ne kadar yaşama dünyası, insanoğlunun merakı, duyuları, heyecan ve algılarının açıklanması, yukarıda verilen kavramlarda da görüldüğü gibi, her zaman bilimsel zemine oturtulmazsa da, bilimsel açıklama yöntemi, doğayı daha anlaşılır bir tarzda anlamlandırmayı sağlamaktadır. Bu yöntemle, doğal olayların neden ve nasıl meydana geldiğinin anlaşılması yanında, insanoğlunun fiziki dünya üzerindeki hâkimiyeti de mümkün olmaktadır. Bilimsel yöntem, gözlem ve duyuların tespiti ile başlar, duyulardaki bir oluşun ilk açıklanması girişimi olarak hipotez aşamasına gelir. Devamla, daha dikkatli gözlemlerle hipotezin doğruluk ve kesinliği kontrol edilir. Kontrol aşamasında bilim insanı, her türlü

³⁴ Frederick K. Beutel, An Outline of the Nature and Methods of Experimental Jurisprudence, Columbia Law Review, Columbia Law Review Association, Inc. vol. 51, no 4, April 1951, ss. 415-438.

³⁵ Herbert L.A. Hart, Concept of Law, second edition, Oxford University Press, 1994 New York, giriş kısmı.

³⁶ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien: Franz Deuticke 1960.

³⁷ Kelsen, s. III.

modern teknik araçlardan yararlanarak, doğrudan duyu organları ile algılanamayan verilere ulaşmaya çalışır. Bir dizi izlemeden sonra hipotez teyit edildiğinde veya kontrol edilmesi gerektiğinde, hipotezdeki yorumun veya tezin bir geçici bilimsel olgu olduğu varsayılır. Bundan ortaya çıkan sonuçlar, daha önce denenmiş veya gözlenen hadiselerle benzeyen benzer olayları da kapsayacak şekilde genişletilerek yorumlanır. Eğer elde edilen ilkeler, bu benzer olaylarda da aynı işlev görebilir ve onların devinim kuralları olarak görülebilir ise; burada bilimsel bir kanunun açıklanmasından söz edilebilir. Bilimsel olarak açıklanan doğal yasalar, bazen ortaya çıkan yeni ve benzer olayları açıklamakta yetersiz kalabilir; bu durumda yeni bir gözlem, kontrol ve teyit etme eylemleri tekrarlanır ve gerekirse hipotez yeniden formüle edilir ve bilimsel yasa yeni bir şekil kazanır, hatta ortadan kalkar.³⁸ Acaba hukuk biliminin de, buna benzer bir yöntemle gerçek bir deneye ve gözleme dayalı bir zemine oturtulması mümkün müdür? Veya bu bilim dalının, tümü ile olmasa da en azından ampirik öğeler içeren boyutları olabilir mi? gibi soruların sorulması kaçınılmaz ise de, bunların yanıtlanması bir çırpıda hal edilecek işlerden değildir.

Öncelikle doğal bilimlerde uygulama bulan yöntemlerin, aynen sosyal bilimlere uygulanamayacağı iddia edilebilir, çünkü fiziki olayların ve sosyal olayların içsel yapıları ve işlevleri aynı değil, farklı yasalara tâbi olduğu düşünülebilir. Buna karşı ise, gönümüzün nöroloji, tıp, biyoloji, kimya, fizik gibi bilim dallarındaki gelişmeler de göz önünde bulundurularak, sosyal bilimler ile doğal bilimler arasında nitelik farkından öte, ancak nicelik farkı olduğu ileri sürülebilir. Nitekim bazı bilim adamları ve felsefeciler, artık sosyal bilimler ile fizik bilimleri arasında bir farkın kalmadığını ileri sürdüler.³⁹ İnsan aklının, diğer doğal olaylardan ve canlı varlıklardan nitelik olarak farklı işlediği fikri, bilim dünyasında artık karşılık bulamadığı gibi, insanların özgür iradesinin olmasına karşılık diğer varlıklarının olmadığı savı da temelden yoksun addedilmektedir. Dayanak noktası olarak da Kuantum Teorisi ve Heisenberg'in Belirsizlik İlkesi alınmaktadır. Öte yandan, insanların fiziki dünyanın yasalarına tâbi olması durumunda bir robota dönüşeceği düşüncesi de, fiziki dünyanın sanıldığı

³⁸ Bilimsel yöntemde izlenen aşamaların maddeler halindeki sıralanışı için bkz. *Frederick K. Beutel*, s. 417.

³⁹ Stuart Chase, *Proper study of mankind*. New York, Harper 1948.

kadar basit olmadığı gerekçesi ile çürütülmektedir. Bazı düşünürler ise, fiziki dünyada neden sonuç ilişkisi kesin olarak saptanabilirken, sosyal ilişkilerin daha karmaşık olduğu ve hangi sosyal nedenlerin ne sonuçlar doğuracağına sosyal bilimcilerce tespit edilemediği kanaatindedirler. Ama fiziki olaylar da basit olarak öngörülemeyişi gibi, sosyal bilimlerin yeterince ilerlemesi durumunda, sosyal olayların nedensellik bağları ortaya çıkarılabilir.

Sosyal bilimlerde, ilke olarak sosyal olaylar ve insan davranışları araştırılırken; insan, kendisi bir özne olarak yine kendisini bilimsel araştırma konusu olarak incelemek durumundadır. Bu gerçeğe istinaden, insanoğlunun kendisini gözleyemeyeceği, çünkü onun insan eylemlerine karşı olan önyargısı, onu kendi tepkilerine ilişkin kesin bir görüş elde etmesini engellediği savunulmaktadır. Hâlbuki antropologlar, psikologlar ve psikiyatristler; insanların *başka insanları* gözlemleyerek çok iyi bilgiler elde edebileceklerini gösterdiler. Öte yandan, insan kendisini inceleme konusu yapınca, kendi iç deneyimlerini ve doğrudan hislerini incelemeye katıp, iyi sonuçların elde edilmesine katkıda bulunabilir⁴⁰. Aslında bu tip itirazlar artık tutunacak türden olmasa da, hukuk bilimi temelde sosyal bilimler içerisinde yer aldığından, sosyal bilimlerin gerçek bilim olarak algılanamayacağına ilişkin savların reddedilmesi, hukuk biliminin de ampirik temelini olabileceğini olanaklı kılmaktadır. Bu genel çerçevenin sağlamlığı, bize bu konuyu özgül olarak hukuk bilimi açısından detaylı analiz etmemizde yardımcı olacaktır. Sosyal bilimlerin kalın hatlarla çizilmiş sınırlar içerisine sıkıştırmak yerine, onun temel sorunsalının belirlenmesi iyi bir başlangıç olacaktır. Sosyal bilimlerin problem alanı, insanların beraber yaşamasından ortaya çıkmaktadır. Bu beraber yaşamı etkileyen ve ondan etkilenen her şey, sosyal bilimlerin, amaca uygun araştırma konusunu oluşturmaktadır.⁴¹ Hukuk bilimi, toplumsal ilişkileri düzenleyip onları açıkça etkileyen ve sosyal gelişmelerden etkilenen bir bilim dalı olduğundan, bu bilim dalının sosyal bilimlerle ilişkisi çok açıktır. Hukukun biliminde hüküm süren ampirizm ve normatifsizim hakkındaki tartışmalar bu çalışmanın temel dinamiğini de oluşturduğundan, bu konu aşağıdaki bölümde ele alınacaktır.

⁴⁰ Frederick K . Beutel, s. 421.

⁴¹ Kurt Glaser, Die Grenzen der Sozialwissenschaft, in: Zeitschrift für die Gesamte Staatswissenschaft, Bd. 106, H. 1, 1950, s. 46.

III. HUKUKTA AMPİRİZM VE NORMATİFSİZİM KAVGASI

İnsanların temel haklarını ve özgürlüğünü etkileyen ve toplumsal yaşamı düzenleyen yaptırıma dayalı temel kuralların meşruluğu, çıkış kaynakları ve adaletli olup olmadıkları konusunda sınırsız sayıda teori geliştirilebilirse de, ileri sürülebilecek temel tezler aslında iki ana kategoride toplanabilir. Bu olgu, sadece hukuk bilimi ile de sınırlı değildir. Genel olarak bilimsel yöntemlere ve mantık yürütme kurallarına bakıldığında, tümünden gelim ve tüme varım yöntemleri olarak bilinen iki yol öne çıkmaktadır. Tüme varım yönteminde gerekli sayıda doğa olayları veya dış dünya gözlenerek genel ilkelere varılmaya çalışılırken; tümünden gelim yönteminde doğru olduğu varsayılan temel prensiplerden somut bir olayın ya da olgunun var olduğu, doğru veya yanlış olduğu sonucuna varılır. Bunun hukuk bilimi alanında süregelen ampirizm ve normatifsizim kavgasına benzer bir özellik gösterdiği aşikârdır. Bu bağlamda hukuk biliminin ve genel olarak da sosyal bilimlerin ve felsefenin gerçek bir bilim dalı olup olmadığı da tartışmaya açıktır.

A. Ampirik Bir Bilim Dalı Olarak Hukuk Bilimi

Tıpkı fiziki ve tarih olaylarda olduğu gibi, insani ilişkilerin de neden –sonuç ilişkisine bağlı olduğu ileri sürülebilir. İnsanın günlük pratik ilişkilerinde ortaya çıkan sorunlar, hukuk kurumu, temelde insan-merkezlidir. Hukuki ilişkilerin yoktan ortaya çıkmadığı, bunların nedenleri ve etki ya da sonuçları olduğu yadsınamaz. Fakat hukukta, hangi nedenlerin hangi sonuçları doğurduğunu tayin etmek, doğal bilimlere kadar statik bir özellik göstermez ve bir değerlendirme ve yorum sürecini gerektirir. Kanun koyucular, belli normlarla somut bir takım hedeflere ulaşabileceklerini tahmin ederler veya belli toplumsal olgu ve olayları pozitif hukuk kurallarının dayanağı olarak görürler.

Hukuk Biliminin, kendi kendine kurallar koymak yerine, gerçek yaşamda geçerli olan normları gözetmesi gerektiğinden yola çıkılarak, bu bilim dalının gerçek bir bilim dalı olduğu söylenebilir. Bu fikrin en önemli savunucularından biri eleştirel akılcılık (kritische Rationalismus) akımının temsilcilerinden olan Hans Albert'tir.⁴² Ona göre sadece normların düzenlenmesi bu bilim dalını

⁴² Klaus Friedrich Röhl, Hans Christian Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Neue bearbeitete Auf-

normatif bir bilim dalı olmasına yetmez. Tam tersi, normlar sosyal yönlendirmenin temel unsurları olduğundan, hukuk bilimi gerçek bir bilim dalıdır. Böylece hukuk kuralları, kanun koyucunun hedeflerini ortaya koyan ve bu hedefleri gerçekleştirmeyi emreden unsurlar olarak algılanabilir. Albert, hukuk bilimini mantıksal-analitik ve ampirik yöntemlerin bir kombinasyonuna⁴³ indirgemektedir. Söz konusu yaklaşıma göre, emredici kurallar kanun koyucu tarafından realiteden kopuk olarak konamaz; hukuk kurallarının toplumsal yaşamdaki işlevi, sonuçları gözetilmek sorundadır; ayrıca kanun koyucunun ulaşmak istediği amaçların olduğu ve bu amaçların da sosyal yaşamın gereklerinden kaynaklandığı göz ardı edilmemelidir.

Daha geriye doğru bakıldığında, eleştirel rasyonalizmden daha hararetli olarak hukuk biliminin gerçek bir bilim dalı olduğunu savunan görüşler tespit edilebilir. Eugen Ehrlich'in 1913 yılında yayınlanan eserindeki bir söylemi bu tür yaklaşımı açıklamaya kâfidir:

*“Da das Recht eine gesellschaftliche Erscheinung ist, so gehört jede Art der Jurisprudenz den Gesellschaftswissenschaften an, aber die eigentliche Rechtswissenschaft ist ein Teil der theoretischen Gesellschaftswissenschaft der Soziologie. Die Soziologie des Rechts ist die wissenschaftliche Lehre vom Rechte.”*⁴⁴

Bu açıklama ile ampirik hukuk sosyolojisi, hukuk alanında tek meşru bir bilim dalı olarak ilan edilmekte idi. Hukuk toplumsal bir görüngü olduğundan, her türlü hukuk bilimi sosyal bilimlere dâhildir; ama esas hukuk bilimi sosyolojinin teorik toplum biliminin bir parçasıdır. Böylece hukuk sosyolojisi, hakların yani hukukun bilimsel öğretisi olarak algılanıyordu. Bu kısa açıklama önemli bir çıkış noktası olarak alınabilirse de, hukukun neden ampirik temele dayandığını veya dayanması gerektiğini açıklamaya yeterli değildir. Eserin ilerleyen kısımlarında buna ilişkin yeterli verilere ulaşılabilir. Hukuk biliminin bilimselliği, hukuk niteliğindeki insani ilişkilerin canlı dünya görüşlerinde, bu dünya görüş-

lage, Verlag Franz Vahlen, 2008 München, s. 81.

⁴³ Klaus Friedrich Röhl, Hans Christian Röhl, s. 81.

⁴⁴ Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913), 4. Aufl. hrsgg. Von Manfred Rehbinder, Berlin 1989, s. 33.

lerinin sonuçlarının genelleştirilmesinde ve buna ait ya da uygun karar verme ilkelerinde aranmaktadır.⁴⁵

Öyle ise, hukuk; soyut, gerçek yaşamdan kopuk olarak değil, bilakis insanların günlük yaşamlarının gerçek ilişkilerinde doğup gelişmektedir ki, bu da bu bilim dalının deneye dayalı bir temel üzerinde durduğuna işaret etmektedir. Hukuk teorik bir temel üzerine oturtulmaya çalışılsa dahi, hukuk biliminin bilimselliğinin koşulları sorunu ortaya çıkıdığına, ampirik veriler olmadan bu konuda bir karara varmak oldukça zor gözükmektedir. Böyle bir meta teorik yaklaşımla, farklı hukuk disiplinlerinin birbirileri ile olan ilişkiler somut veriler ışığında inceleme konusu yapılmaktadır; hatta daha da ileri aşamada komşu disiplinlerle olan ilişkilere odaklanılmaktadır.⁴⁶ Sosyoloji, siyaset bilimi, iktisat ve psikoloji bilimi ile hukuk bilimleri arasındaki bağlar ve etkileşimler ortaya çıkarılmadan, sağlıklı bir hukuka dayalı düzen tasarlamak düşünülemez.

Eğer hukuk, Gustav Radbruch'un deyimi ile adalete hizmet etmek amacı olan bir hadise ise⁴⁷ ve adalet anlayışı da sosyolojik, psikolojik, iktisadi ve politik yaşamla sıkı bir ilişki içerisinde bulunuyorsa; hukukun özünün soyut tasarımlardan değil, somut realitenin verilerinden meydana geldiği söylenebilir. Gerçekten de hem esas bakımından yani içerik ve maddi bakımdan adalet anlayışının meşruluğu ve hem de hukuk sisteminin ve toplumsal düzenin istikrarı, normların bunlardan etkilenenler tarafından kabul edilmesine bağlıdır. Her türlü hukuki cebir, buna maruz kalanlar tarafından zorlamanın meşruluğu konusunda sorgulanacaktır. Ama, kuralların demokratik yollarla ve usul kurallarına uyularak oluşturulduğu yönündeki gerekçeler de, zorlayıcı normların haklı kılmasına yetmeyebilir. Kuralların aynı zamanda maddi bakımından adaletli olması ve etkilenen bireyler tarafından hakkaniyete uygun olarak kabul görmeleri gerekir⁴⁸. Adalet algısı kişiden kişiye, yere ve zamana göre değiştiği

⁴⁵ Ehrlich, s. 402.

⁴⁶ Bkz. Josef Franz Lindner, *Rechtswissenschaft als Gerechtigkeitswissenschaft, ReWiss, Heft 1, 2011, s. S. 5.*

⁴⁷ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Verlag Quelle & Meyer, Heidelberg 1932, s. 4.

⁴⁸ Bu konuda Krş. Rainer Forst, *Das Recht auf Rechtsfertigung, Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit, Suhrkamp Taschenbuch Verlag, Frankfurt a. M. 2007. 1-20.* Bu kitabın ilk bölümünde bireyin kendisini etkileyen kuralların geçerliliğini inandırıcı şekilde kanıtlamayı yetkililerden istemesi, ahlaki ve hukuki bir temel hak olarak sunulmaktadır. El-

gibi; demografik yapıdaki değişmeler dâhi, hukuk düzeninin yeniden gözden geçirilmesini gerektirebilir. Doğal haklar, doğal hukuk, insan hakları gibi kavramlar da, temel hakların esasında insanın doğal yapısına, yani onun fitrat ya da yaratılışına uygun ve onun özgürlük, mülkiyet ve barış içerisinde mutlu yaşama hakkını garanti edip insan onurunu koruma işlevine sahip olması gerektiğini göstermektedir. Bütün bu söylenenler ise, hukukun dayanağının ampirik bir karaktere sahip olduğunu teyit eder gibi gözükmemektedir. Kanunların fiili uygulanmasını gözlemleyip, onların insanlar üzerindeki etkisini ve işlerliliğini ortaya çıkarmadan ve böylece geçerli kuralların sentezi ya da analizinde elde edilen veriler olmadan, özneler arası adil addedilebilecek bir hukuk dizgesi oluşturmak olanaklı gözükmemektedir. Gerçekten de, insan aklının temel karakteristiği, gözleyici öznenin gerçekliğin karmaşasından geri çekilip, kendisini realitenin karşısında ayrı bir varlık olarak görebilmesi ve bunun sayesinde gerçekte hüküm süren yaşamla değerler veya olması gereken dünya arasında bir ayırım yapabilmesidir.⁴⁹ Bundan anlaşılması gereken şey, gerçek yaşamın tamamıyla yadsınıp, ideal kabul edilen hayalî bir değerler evreni yaratmak değildir. Bilakis ampirik bulgulardan yararlanılarak ayrıntılardan oluşan realitenin genel ilkelerinin akıl yürütme ile ortaya çıkarılmasıdır.

Hukuk biliminin inceleme alanına, öncelikle belli bir pozitif hukuk sisteminde uygulanıp hüküm süren temel hukuk ilkeleri girer. Bu kuralların incelenmesi yolu ile kuralların temelinde yatan gerçek yaşam ilişkileri ortaya çıkarılır ve hukukla yaşam arasında uygun bağlantı kurulur; topluma hükmeden pozitif hukuk kurallarından toplumun morfolojisi (biçim bilimi) tespit edilir. Hukuku anlaşılır kılmak için esas alınan toplumsal insani ilişkiler, toplumda geçerli olan pozitif hukuk kurallarından farklıdır. Farklı toplumlar gözlendiğinde, devlet, kişi, mülkiyet, maddi haklar, sözleşmeler, miras gibi kavramların her yerde bulunduğu ve bunların benzerlikler ve ayrılıklar gösterdiği görülür. Pozitif hukuku tamamen göz ardı ederek, toplumda fiili olarak varlığını sürdüren uygulama-

bette bu adalet anlayışı sadece sosyal adalet, siyasal ve temsilde adaletle sınırlı olmaktan çok, uluslararası adaleti de kapsayacak şekilde geniş tutulup felsefi olarak analiz edilmiştir. Kitabın birinci ve ikinci bölümlerine bu konular özgürlük, demokrasi, eşitlik ve tolerans kavramları ekseninde ayrıntılı açıklanmıştır.

⁴⁹ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, ed. Ralf Dreier, Stanley Paulson, ikinci basım, C. F. Müller Verlag Heidelberg 1999, S. 7.

lardan yararlanılarak hukuki ilişkiler ortaya konabilir. Bundan ötürü, belli bir pozitif hukuk tarafından yönlendirilip tayin edilen toplumun değil, kendinde saf insani toplumsal ilişkilerin temel alınması ile sağlıklı bir hukuk sistemi oluşturulabilir. Hukuk sosyolojisinin görevi burada, pozitif hukuka sınırlı kalmadan ortak hukuki ilişkileri ortaya çıkarıp ilkeler halinde özetlemek, farklılıkları varsa onların neden ve etkilerini araştırmaktır.⁵⁰ Ancak bu şekilde mahkeme ve devlet dairelerinde hüküm süren donuk pozitif hukukun ötesine geçilerek, yaşayan diri hukuktan söz edilebilir. Hayat dolu canlı hukuk, hukuk ilkelerinde tespit edilip statikleştirilmiş hukuk değildir; ama buna rağmen yaşama hükmedebilen hukuktur.⁵¹

İşte hukuk sosyolojisinin kendisine biçtiğimiz bu rolünü oynayabilmesi, onun tamamıyla ampirik bir metotla toplumda egemen olan bu ilkelerin sosyal temellerine inmesi ve onları anlaşılır bir dille formüle etmesi ile mümkündür. Anılan yaklaşım esas alındığında, hukukun teorik ve dogmatik temellendirilmesi yetersiz sayılmış olmakta ve onun ağırlıklı olarak deney ve gözleme dayalı bir mecrada vücut bulup geliştiği varsayılmaktadır. Bilimde topyekun bir yadsıma veya kabulün yeri olmadığından ve özgül olarak hukukta da ampirizm karşıtı fikirler azımsanamayacak boyutta olduğundan, aşağıdaki bölümde hukukta deneye ve gözleme dayalı olmayan teorik temellendirme girişimlerine kısaca yer verilecektir.

B. Hukuk Biliminde Teorik ve Normatif Eğilimler

Hukuku ampirik açısından ziyade, teorik ve normatif, böylece de sabit ve sağlam temeller üzerine yerleşmiş olarak görmek isteyen yaklaşımlar çeşitlilik arz etmektedir. Bunları deneye dayalı hukuk bilimi yöntemlerinden ayıran şey, bu tür düşüncelerin zamansal ve mekânsal olarak objektif yani, her kültürel alanda ve çağda geçerli olduğu düşünülen maddi hukuka yönelik mutlak hakikat iddialarıdır. Bazı hukuk öğretileri kültürel görecelik savından yola çıksalar da, bunların sadece deneye ve gözleme dayalı kategoride düşünmek mümkün değildir, zira bu kategorideki tezlerde, hukuk doğal olarak gelişen halkın sosyal

⁵⁰ Krş. Ehrlich, s. 402 vd.

⁵¹ Bkz. Ehrlich, s. 415.

kodlarında saklı olarak tasavvur edilmektedir ve daha çok doğal evrilme yoluyla kendiliğinden yaşama kavuşmaktadır.

Örneğin, tarihî hukuk okulunun⁵² temel söylemine göre hukuk, kanun koyucu tarafından keyfi olarak konulan kurallar toplamı olarak algılanamaz. Bilakis, o, halkın bilincinde canlı olarak yaşam varlığını sürdüren inanışlarında gizlidir; dil, örf ve adet, ahlâk ve töre kuralları nasıl ki tabii olarak gelişiyor ise, hukuk kuralları da benzer bir süreçten geçerek varlık kazanmaktadırlar. Bu bağlamda göze çarpan anahtar kavramlardan biri *Volksgeist*, yani milletin zihniyeti ya da ruhudur. Kelimenin tam anlamıyla, hakikaten milletin hukuku, burada özgün ve yegâne bir karakter kazanmaktadır; öyle ki, hukuk artık metafizik bir vasıf kazanıp, bütün diğer tekil kültürel dışavurumların ve ifadelerin gerçek temelini oluşturmaktadır. Halkın hak ve hukuka ilişkin düşünce inançları veya adalet duygusu kanun koyucuların normatif yönlendirmesi yolu ile de şekillenebilir de, normları tarihsel perspektiften görmek isteyenlere göre, kurallar yasa yapıcıların direkt yapıp etmelerinden ziyade, tarihsel süreç içerisinde organik olarak gelişip değişime uğramaktadırlar. İlk bakışta gözlem ve deneyden uzak gözüken tarihi hukuk yöntemi, esasında ampirik yöntemden tam olarak soyutlanamaz. Pratik uygulamada test edilip somut sonuçlara ulaşılması güç gözükmese bir tarafa bırakıldığında, hukuk normlarının zamansal gelişim seyri halkın veya milletin çevresel koşullara göre değişen pratik gereksinimlerinden bağımsız olarak düşünülemez. Zaten gelişen bir hukuk sisteminde hukuk camiasının temel görevi de, toplumsal işbölümü anlamında, halkın bağrında saklı duran, milletin hakkaniyete ilişkin bilincini araştırıp ortaya çıkarmaktır. Böylesi bir çaba ise, yürürlükte olan hukukun, hukuk alanında yapılan bilimsel analiz ve araştırmalar sonucunda bulunup ortaya çıkarılması ve pratikte uygulanması anlamına gelmektedir. Buraya kadar belirtilenlerin makul addedilmesi durumunda, tarihsel hukuk okulunun ampirizmi tamamıyla göz ardı edemeyeceği söylenebilir. Konuya daha bütünsel yaklaşıldığında, hukuk biliminde gelenek-

⁵² Friedrich Carl v. Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, Jacques Stern, Thibaut und Savigny, Berlin 1914 ., S. 69ff., 73f., 78f: *Gunter Wesener: Zu den Anfängen der Historischen Rechtsschule romanistischer Richtung in Österreich, vornehmlich zu Ludwig Arndts von Arnesberg (1803-1878)*, in: *Grundlagen der österreichischen Rechtskultur. Festschrift für Werner Ogris zum 75. Geburtstag* (Wien-Köln-Weimar 2010) S. 577-599.

sel olarak öne çıkan doğal hukuk ve pozitif hukuk teorileri arasında, hukukun normatif özelliğe sahip oluşu konusunda görüş birliği olduğu kabul edilebilir. Her iki teori de, hukuk kurallarının bağlayıcı normlar sisteminden ibaret olduğunu kabul etmektedir. Fakat bu bağlayıcı kuralların ahlakla ilişkisi gündeme geldiğinde, önemli farklar açığa çıkmaktadır. Doğal hukukçulara göre, insanların, insanlar için koydukları pozitif hukuk kurallarının, ilk oluşumlarından itibaren kendi doğalarından kaynaklanan *normatif karaktere* sahip olmaları için, ilk elden haklar bahsedebilmeli ve ödevler yükleyebilmelidir. İlk elden hak ve ödevleri düzenleyen pozitif hukuk kurallarının bu bağlayıcı gücü, tabii hukuk ışığında görüldüğünde, dayanağını temel ahlâki değerler olan adalet ve kamu yararı kavramlarından almaktadır.⁵³ Belli bir yerde ve zamanda uygulanan hukukun üstünde, daha üstün hukuk normları vardır ve aklın kullanılması vasıtasıyla bu temel bağlayıcı kurallar bulunup formüle edilmektedir. Uygulanmakta olan ve doğal hukuka aykırı olmayan hukuk kuralları, bağlayıcılığını böylece ideal hukuktan almaktadır. Kısaca doğal hukuk teorisine göre, hukukla ahlâk arasında kavramsal bir ilişki vardır; ahlâki değerler ve ilkeler, insanların inanç ve tutumlarından bağımsız olarak mevcuttur⁵⁴. Burada hukukun ahlâki veya etik otoritesi, hukuk kavramının ayrılmaz parçası olarak görülmektedir. Yani adil olmayan, daha üstün doğal hukuk kurallarına aykırı olan normlar, hukuken bağlayıcı değere sahip değildirler ve hatta hiç hukuki özellik taşımazlar.

Halbuki pozitif hukuk teorisi⁵⁵, temelde normatif hukuk anlayışından hareket etmekle beraber, genel ve betimleyici bir hukuk teorisi olup hukuk normlarının bağlayıcılığını ahlâk veya ideal hukuka dayandırmaz. Bilakis, bu öğretiyeye göre, ahlâki iddiaların bilişsel bir anlam veya değeri yoktur. Hukuk burada etik

⁵³ Bkz Torben Spaak, *Legal Positivism, Law's Normativity, and the Normative Force of Legal Justification*, Ratio Juris'te sayı.. 16:4 2003, ss.. 469-85.

⁵⁴ Thomas Aquinas, , *Summa Theologiae* (R. J. Henle ed.) 1993, Q 90, Art. 2, C. & Art. 4, C; Gustav Radbruch, , *Rechtsphilosophie* , 7th. ed., Stuttgart 1950, p. 353.

⁵⁵ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Indianapolis/Cambridge 1954; Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Massachusetts 1945; Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2d. ed., Wien 1992 [1960]; Alf Ross, , *On Law and Justice*, Berkeley & Los Angeles 1959; H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961; Hart, H. L. A., *Essays on Bentham*, Oxford 1982; Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford 1979, Ch. 3; Joseph Raz, *Authority, Law and Morality*, The Monist Vol. 68 1985, p. 295-324; Neil MacCormick, & Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht 1986.

değerlendirmeden çok, şekilsel anlamda incelenmektedir, o, belli bir zorlama gücüne sahip sistemim, özgül ve sosyal bir tekniği⁵⁶ veya uygulama yöntemi- dir. Konulan kuralların etkili olması için, onların bağlayıcı şekilde emir ve ya- saklar getirmesi gerekir ki bu da pozitif hukuk kurallarının normatif olma zo- runluluğunu beraberinde getirmektedir. İşte bu noktada, hukuk normlarının bu bağlayıcı gücünün, ahlâki değerler gibi daha üstün bir normlar sisteminden geldiği iddiası ortaya çıkmaktadır. Çünkü böylesine bir tez, neden hukuka uy- malı, emir ve yasakları neden dinlemeliyiz sorularına kolay cevaplar verebil- mektedir ve toplumun kabulüne mazhar olmaktadır. Oysaki hukukun emir ve yasakları, saf hukuk teorilerine göre, kaynağını dışarıdan değil, bizzat hukukun normlar sisteminden almaktadırlar. Öyle ise hukuk, zorunlu olarak insan fiille- rinin ahlâki veya diğer nedenlerini hesaba katmadan, sadece hukuk dogmatığı yönünden ele alınmalıdır. Bu anlayış daha ileri götürüldüğünde, vicdani ret hakkı veya sivil itaatsizlik gibi ahlaki boyutu olan haklar, yargı organlarınca, bu konuda yargıçların ahlâk kurallarını gözeticeğine ilişkin bir yazılı hukuk kuralı varsa değerlendirmeye alınıp kararlaştırılmalıdır. Ahlâki normların pozitif hu- kuk kalıbına dökülmemesi durumunda, bu kuralların hukuken değerlendiril- meye alınması olanaksız gözükmektedir.

Anlatılanlardan ortaya çıkmaktadır ki, hukukun ahlâki temele dayanan, ebedi ve evrensel hak ve ödevler düzenleyen normatif oluşu ile hukuk tekniği ile sınırlı dar anlamda hukuki normatifik arasında ayırım yapılmalıdır. İkinci- si etik değerlendirmelerden çok, saf hukuk teorisi veya dogmatığı anlamında normların geçerliliğine, hiyerarşisine ve üst normun alt normları meşrulaştır- masına işaret etmektedir. Hukuk normları, onları gerektiren şartlara veya he- deflere yönelik bir akıl yürütme ile ortaya çıktığına göre, doğal hukuk burada değerlendirmeye hiç alınmamaktadır. İdeal hukuk ve pozitif hukuk çatışması da böylece söz konusu değildir, çünkü onlar ayrı yaşam evrenlerinde farklı an- lamlarda geçerlilik iddiasında bulunurlar. Norm, başkasının belli şekilde dav- ranmasına yönelmiş bir arzu ve isteme eylemidir. Fakat bu istem sadece süb- jektif, failin bireysel arzularını dile getirmez, aynı zamanda norma itaat edecek olanlar tarafından da böyle algılanması ve kabul edilmesi beklentisini içerir.

⁵⁶ Bkz. Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford 1979, s. 39.

Başka bir deyişle hukuk normları, objektif geçerlilik iddiasına da sahiptirler. Hukuk normlarının geçerli olması, onların yürürlükte yani mevcut olması, onların mevcut olması ise onlara itaat edilmesi ve uygulanması, kısaca onların bağlayıcı güce sahip olması anlamına gelmektedir.⁵⁷

Hukuk olan ve olması gereken ayırımına dayanıp, insanların nasıl davranması gerektiğini düzenlemektedir. Bu özelliğiyle hukuk saf hukuk teorisine göre normatiftir ve diğer fiili gerçeklikten ya da hadiselerden, yani *olandan* ve de başka normatif değerler sisteminden ayrıdır⁵⁸. Zikredilen hukukun normatif oluşunun tespiti, yukarıda savunulan ve hukukun ampirik temele dayandığı savı ile çelişmektedir. Gerçektende, pozitif hukuku temel alan saf hukuk teorisine göre, hukukçular, psikoloji, sosyoloji, ekonomi ve siyaset bilimi gibi bilim dallarının ampirik fikir ve verilerinden feyiz alamaz. Etik ve teolojinin normatif tespitleri ve bunların hukuka ilişkin normatif tahlilleri de bu bağlamda esas alınamaz. Zira saf hukuk teorisi, hukuku, hukuk bilimine yabancı unsurlardan temizleme, hukuku sadece hukukun kavram ve yöntemleriyle inşa etmeye çabalamaktadır. Hukukun ampirik olduğu savı, hukukun saf hukuk tekniği bakımından dar anlamıyla normatif oluşu ile tamamen çelişmektedir. Fakat bu, giderilmesi imkânsız bir çelişki değildir.

Saf hukuk teorisi, temel bir normun doğru, haklı veya geçerli oluşu ön-kabulünden yola çıkarak, daha alt normların meşruluğunu temelde yatan ilk norma dayandırmaktadır. Bu durumda takip eden normların ampirik olmaması mantıklı gözükebilir, ama onların bile ortaya çıkıp düzenlenmesinin sebebi, gerçek yaşamdaki zorunlu ihtiyaçlardır ve uygulanacağı dış dünyaya uygun olarak şekillenirler. Asıl sorun ise, en üst veya temel normun nasıl meşrulaştırılacağıdır. Varsayılan temel norm, salt bir istem, arzu veya temenni değil de, bir tanıma veya idrak edip bilme eylemi ise, o zaman bu temel normu tanıma, bir akıl yürütme yani düşünme eylemidir. Normu koymak, keyfi bir arzuyu dışı vuran davranıştan öte bir anlam taşımaktadır. Temel ilke bir hipotez veya kurgu olarak alınabilirse de, bu, sorunu çözmek için yeterli gözükmemektedir.

⁵⁷ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2d. ed., Wien 1992 [1960], s. 9-10; Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Massachusetts 1945, s. 30, 39.

⁵⁸ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2d. ed., Wien 1992 [1960], s. 61.

Temel normu tanıma, düşünme süreci olarak alınınca, burada aslında ortaya çıkacak normun ampirik temele dayandığını söyleyebiliriz. Temel kuralı gerektiren sosyal, ekonomik, psikolojik, siyasi ve diğer normatif değerler dizgesinin koşulları ve verileri, normu tanıyıp ortaya çıkaracak öznenin düşünme ve idrak etme ya da tanıma ve bilme sürecine girmektedir. Öyle ise denebilir ki, normatif hukukun kaynağında aslında ampirik gerçeklik yer almaktadır. Nitekim insanlar, dış dünyadan kopuk ve iç duylardan bağımsız akıl yürütüp normlar hiyerarşisini inşa edemezler. Burada dile getirilen ampirik alt yapı, muhakkak bilinçli olarak yürütülen ampirik çalışma yöntemi ile sınırlı değildir; düşünme ve farklı normlar arasında yapılan seçimin, çoğunlukla bilinçli olarak düşünce konusu yapılmayan gerçek yaşamın gereklerinden kaynaklandığı yadsınamaz.

Hukuk normlarının içerik olarak doğru ve adil olması arzusunun insanlarda çok kuvvetli olduğu aşikâr olmasına karşın, bunun ebedi ve evrensel olarak tespiti o kadar kolay gözükmemektedir. Mutlak hakikate dayanan siyasi, felsefi, dini ve hatta doğal bilimlerdeki söylemlerin, günümüzde, en azından bilim camiasında, pek yeri yoktur. Fizikötesi hakikatler ve varlıkbilimsel ebedi izahlar ve temellendirmelerin mümkün olmaması, hukukçuların daha temkinli yaklaşımlarını zorunlu kılmaktadır. Hukuk normlarının içeriği olan maddi hukuk ve adalet üzerinde kurulu sosyal yaşamın yol haritaları, artık bilinmeyen soyut kavramlardan değil, insanın daha rahat anlaşılabilir bizzat kendi doğasından alınmaktadır. Böyle bir girişim, hukukta antropolojik yaklaşım olarak da adlandırılabilir. *Conditio humana*⁵⁹, insanoğlumun, doğanın yasa ve koşulları tarafından şekillendiğine de işaret etmektedir. Hal böyle olunca, tüm denetim yöntemine yakın duran normatif hukuk yerine, insanın doğasını merkeze koyan hukuk teorileri için, ampirik yaklaşımlar daha uygun gözükabilir. Ama böyle dönüşümler, hukukta yön tayin edici olarak işlev gören bir takım sabiteleri geride bırakmaya götürebilir. Örneğin adalet kavramı, çağlardan beri hukukun bel kemiği olarak bilinmektedir. Gustav Radbruch, "Recht ist das Phänomen, das den Zweck hat, der Gerechtigkeit zu dienen"⁶⁰ derken yüzyılların temel ilkesini dile getiriyordu. Bu tip statik gözükten ön-kabuller, günümüzde

⁵⁹ Josef Franz Lindner, *Rechtswissenschaft als Gerechtigkeitswissenschaft*, RW, Heft 1, 2011, s. 4.

⁶⁰ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Heidelberg 1932, & 4.

had safhaya ulaşmış belirsizlik ve baş döndürücü değişkenlik ortamında, hukukçunun günlük uğraşısına anlam ve kararlarına bağlayıcılık armağan etmektedir.

Özellikle, hukukun temel normlarının haklı ve doğru olup olmadığına yönelik akıl yürütmeler, bir kez çağın genel geçer görüşlerine direnme ve böylece hukukun eleştirel bir bilim dalı olmasını sağlar. Bunun sayesinde hukukun, sadece hukuk dogmatikliği anlamında günlük pratiğe ilişkin bilim dalı olmadığı teslim edilmiş olunur. İkinci ve daha önemlisi olarak, adalet odaklanmış hukuku bilimi, mevcut hukuk düzenine hem günlük hukuk pratiğinde hem de halkın nezdinde istikrar vesilesi olur. En önemlisi ise, adaleti kendisine kutup yıldızı olarak seçmiş bir hukuk bilimi, kendisinin normatif bir bilim dalı olduğuna ilişkin özalgısını güçlendirmiş olur. Normatif hukuk bilimi⁶¹ böylece, kendisini diğer ampirik sosyal bilimlerden ayırtmış olur. Ama bu, diğer bilim dallarından bütün ilişkileri koparmak ve onlarla devamlı tartışma içerisinde olmamak anlamında alınmamalıdır. Anlaşılması gereken, daha çok hukuk biliminin adalet bilimi olarak, özgül ve kendisine has normatif işleve sahip olduğudur. Hukuk belli ölçüde kesinlik ve güvenilirlik şiarı sayesinde varlığını sürdürüp ikna edici olabilmektedir.

İşte sabite olarak alınan adalet kavramı, soyut ve dünya ötesi alanda değil de, insanın doğasında aranınca, normatif olarak sunulan hukuk bilimi, zorunlu olarak ampirik hukuk bilimine kapıyı açmaktadır. Aşağıdaki anahtar argüman dikkatli incelenmelidir: *Recht ist richtig, wenn es dem Menschen in seiner natürlichen Erschaffenheit, seiner Kreatürlichkeit gerecht wird*⁶². Buna göre eğer hukuk, insanın doğal fitratına ve yaradılışına uygunsuzsa doğru ve haklıdır. İnsanın fiili gerçek yapısına, doğal yapılandırılmasına ve insanın tabiatın içinde yaşayıp ona bağımlı olma gerçeğine uyumlu hukuk normları, adil ve meşru kabul edilmektedir. *Conditio humana'dan*, yani insan doğasından kesin ve bağlayıcı normatif ilkeler çıkarılamazsa da, makul ve akla yatacak şekilde adalet intibai uyandıran maddi hukuk kuralları edinilebilir. Bunun sayesinde, dinsel, ideolojik, materyal antropolojik ve benzeri metafizik insan imgeleri yerine, in-

⁶¹ Josef Franz Lindner, s. 8.

⁶² J. F. Lindner, s. 11.

san merkezli hukuk felsefesi ön plana çıkmaktadır. Başka bir deyimle, temel normların meşrulaştırılması sürecinde normatif olmayan, insan türünün kendi doğası tarafından belirlenen hali ne ise öyle olma durumu gözetilerek hukuk kuralları bulunup düzenlenmektedir. Bu ise, hâlâ akıl yürütme ve yaratıcılık yeteneğine muhtaçtır; ama konu bakımından en önemlisi de, insan doğasının gereklerinin ne olduğuna ve yaradılış ve fitratının neyi gerektirdiğine ilişkin inandırıcı ampirik bilgilere bağlıdır.

Demek ki, en normatif gözükten teoriler dahi, mercek altına alındığında canlı ve ayakları yere basan yaşam gerçekliğinden uzak değildir ve temelde ampirik özellik taşırlar. Hukuken geçerli normatif tasarımlar, hakkında düzenleme yapılacak durum ve olaylar hakkında gerçekliğe dayanan somut bilgileri şart koşarlar. Hukuki bir yaşam dünyasının nasıl olması gerektiğine karar verebilmek için, hangi seçeneklerin mevcut olduğu ve bunlardan hangisinin en çok gerçekleştirilebilme potansiyeline sahip olduğu iyi bilinmelidir. Bundan ötürü, ampirik yöntemin, açıkça veya düşünmenin doğasının ampirik çevreye bağımlılığından dolayı zımni olarak bütün normatif tasarımlarda rol oynadığı söylenebilir. Ayrıca gözden irak tutulmamalıdır ki, hukukçuların normatif ön varsayımları ve tasarımları, dış çevreden gelen deney ve gözleme dayalı bilgilerin anlaşılabilirliği ve nasıl anlamlandırıldığını önemli ölçüde etkileyecektir.⁶³

Hukuk camiasında yeterince bilinen müzakere teorileri⁶⁴ ve yüzyıllardan beri tartışıla gelen sosyal sözleşme teorileri⁶⁵ de ilk bakışta normatif gözükseler de, yeterince yakından incelendiğinde, aslında deney ve gözlemden ve ampirik temelden uzak olmadıkları anlaşılacaktır. Çünkü bu tür teorilerde, ampirik temelde filizlenmiş, geçmiş yaşam deneylerinin gözlemlenip değerlendirilmesi sonucunda oluşmuş ve bir tartışma ve mutabakat neticesinde ortaya çıkan normların daha etkili ve doğru olduğuna dair bir varsayım gizlidir⁶⁶. Gel

⁶³ Bkz. Niels Petersen, *Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?*, Max Planck Institute, Bonn, April 2010, s. 3.

⁶⁴ Bkz. Jürgen Habermas, *İletişimsel Eylem Kuramı*, çev. Mustafa Tüzel, Kabalcı Yayınevi, birinci basım, Şubat 2001 İstanbul.

⁶⁵ Bu konu için bkz. Jean-Jacques Rousseau, *Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundlagen des politischen Rechts*, 1996 (1762).

⁶⁶ Krş. N. Petersen, s. 4.

gör ki, somut bir sosyal yapı için müzakere ve sözleşme sürecine giren aktörler, en iyi kararları verebilmek ve bunların uygulanabilirliğini tahmin edebilmek için bütün önem arz eden sosyal çevre bilgilerine sahip olmaları gerekir. Öyle ise bu normatif gözükten bu ve benzeri teoriler de ampirik şartlara bağlıdır. Bu çalışmanın boyutu, anılan öğretileri ele almaya imkân vermemektedir.

SONUÇ

Hukuk dogmatikliği alanında, normların uygulanmasında yaygın üç aşama yöntemine göre, önce kanunda düzenlenen hadisenin soyut olarak fiili unsuru tanımlanır. Bu süreçte yapılan iş, aslında normatif anlamda yasada düzenlenmiş olması gerekenin tespitidir. Olması gerekenin tespitinden sonra, ampirik karakter taşıyan ikinci aşamada, çözülmesi istenen gerçek olayın neden ibaret olduğu ortaya konmaya çalışılır. Böylece, olayın yasanın koşullarını taşıyıp taşımadığı belirlenir; son aşamada yasaya uyumluluğu saptanır. Bu saptama işi, gerçek dünyanın bilgilerine bağımlıdır ve sadece mantık ve akıl yürütme olmadığından ampirik olarak karakterize edilebilir. Hukuk dogmatikliğindeki bilimsel tartışmalar, birinci aşamadaki normatif kısımda yapılmaktadır. Zira ikinci aşamada sözü edilen gerçekliğin, yani somut vukuu bulan hadisenin saptanması ve üçüncü aşamadaki yasa ile uyumluluğunun değerlendirilmesi uygulayıcı yargıçların işidir.

Bu çalışmada ortaya çıktı ki, salt hukuk dogmatikliği anlamında alındığında, birinci aşamadaki normatiflik, hukuk bilimini, normların bilimi olarak nitelendirmeye götürmektedir ve buna hukuk pratiğinin özgünlüğü minvalinde itiraz edilmeyebilir. Çalışma süresince anlaşıldı ki, hukuk normlarının oluşma süreci, sosyal, tarihsel, siyasal, ekonomik ve jeopolitik, iç ve dış duyuşsal ortam gibi etmenlerden soyut düşünülemez. Öyle ise, normatif tespitler dahi, temelde ampirik bir takım gerçeklerle iç içe geçmektedir. Bu durumda, hukuk normları oluşurken, toplumsal olayların belli sosyal kanunlara göre vukuu bulduğu, belli olay ve olguların nedensellik ağı ile birbirine bağlı oldukları gerçeğinden etkileneceklerdir. Hukuk biliminde, hukukun diğer bilim dallarından ayrı bilim dalı olduğunu öne çıkarma arzusu ve onun, saf hukuk kavramları ile çalışması gerektiği inancıyla, bu ilişkiler yumağına eğilmek ihmal edilmektedir.

Oysaki, ampirik hukuksal çalışmalar, toplumsal olaylar ve bu olayların sosyal yasalarını ortaya çıkarmak için elzemdir. Yani hukuk bilimi, mutlak normatif olma çehresini, ampirik bir simaya dönüştürmelidir. Bu da hukuk sosyolojisinin ve hukuk politikasının ön plana kayması anlamına gelir. Özellikle hukuk normlarının oluşumunda ve günlük uygulamadaki yorumunda bu, önem arz etmektedir. Nitekim hukuki kavramlar belirsizdir ve kesin değildir, yorumlarla anlam kazanırlar. Özellikle tarihsel yorum ya da amaçsal yorumda ampirizm hüküm sürmektedir. Anayasal düzeyde düzenlenen çatışma halindeki hakların, çıkarlar dengesini ve hakkaniyeti gözetecek şekilde dağıtılması, ancak ilgili maddelerin ampirik kanunsallık verileri ışığında yorumlanması ile mümkün olmaktadır. Yine kuralları somutlaştırırken, belirsiz kavramları yorumlarken ve hukuk boşluğu durumlarında yorum yapıp hukuk yaratılırken karşımıza sürekli gerçek dünyanın somut ve gözle görülür verilerine muhtaçlık çıkmaktadır.

Kısacası tespit edilmektedir ki, dar hukuk tekniği açısından hukuk bilimi normatif bir özellik arz ediyor gözükmesine karşın, geniş anlamıyla hukuk bilimi açısından ampirizm ağır basmaktadır. Fakat normatif düşünceler ampirik bilgileri anlamlandırmayı etkilemekte ve ampirik bilgiler de normatif tespitlere şekil vermektedir. Yani olmakta olan olması gerekeni, gerçeğe dönüşmesi arzu edilen normlar gerçek dünyayı etkilemektedir. Gerçeklik normlara hayat verir ve normlar da realiteyi dönüştürür.



KAYNAKÇA

Austin, John; *The Province of Jurisprudence Determined*, Indianapolis/Cambridge 1954.

Aquinas, Thomas; *Summa Theologiae* (R. J. Henle ed.) 1993.

Aybay, Aydın – Aybay, Rona; *Hukuka Giriş*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 5. Baskı İstanbul, Eylül 2008.

Berkson, Henri; *Materie und Gedächtnis, Eine Abhandlung über die Beziehung zwischen Körper und Geist*, Felix Mainer Verlag, 7. Bası, Hamburg 1991.

Beutel, Frederick K.; *An Outline of the Nature and Methods of Experimental Jurisprudence*, Columbia Law Review, Columbia Law Review Association, Inc. vol. 51, no 4, April 1951, ss. 415-438.

Bilge, Necip; *Hukuk Başlangıcı*, Turhan Yayınevi, 18. Bası, Ankara, Eylül 2004.

Chase, Stuart; *Proper study of mankind*, New York, Harper 1948.

Ehrlich, Eugen; *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913), 4. Aufl. hrsgg. Von Manfred Rehbinder, Berlin 1989.

Forst, Rainer; *Das Recht auf Rechtsfertigung, Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit*, Suhrkamp Taschenbuch Verlag, Frankfurt a. M. 2007.

Glaser, Kurt; *Die Grenzen der Sozialwissenschaft*, in: Zeitschrift für die Gesamte Staatswissenschaft, Bd. 106, H. 1, 1950.

Gözler, Kemal; *Genel Hukuk Bilgisi*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Eylül 2009.

Habermas, Jürgen; *İletişimsel Eylem Kuramı*, çev. Mustafa Tüzel, Kabalıcı Yayınevi, birinci basım, Şubat 2001 İstanbul.

Hart, Herbert L.A.; *Concept of Law*, second edition, Oxford University Press, 1994 New York.

-, *The Concept of Law*, Oxford 1961.

-, *Essays on Bentham*, Oxford 1982.

Horn, Norbert; *Einführung in die Rechtswissenschaft und die Rechtsphilosophie*, C.F Müller Verlagsgruppe, Hüthig Jehle Rehn GmbH, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin 2007.

Kant, Immanuel; *Kritik der Reinen Vernunft*, ed. Raymund schmidt, Felix Mainer Verlag, Hamburg, 3. Baskı 1971.

Kelsen, Hans; *Reine Rechtslehre*, 2d. ed., Wien 1992 [1960].

-, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Massachusetts 1945.

-, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien: Franz Deuticke 1960.

Kuhn, Thomas Samuel; *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, Suhrkamp Verlag KG, Frankfurt am Main, Oktober 2009.

-, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*. İngilizceden Almancaya Çev. Kurt Simon, ed. Hermann Vetter, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1976.

Larenz, Karl; *Methoden Lehre der Rechtswissenschaft*, gözden geçirilmiş altıncı baskı, Springer Verlag ,9. August, München 1991.

Lask, Emil; *Rechtsphilosophie* (1905) in "Die Philosophie im Beginn des 20. Jahrhunderts". Festschrift für Kuno Fischer. Hrsg. Wilhelm Windelband, Heidelberg, ikinci Baskı 1907.

Lindner, Josef Franz; *Rechtswissenschaft als Gerechtigkeitswissenschaft*, *ReWiss*, Heft 1, 2011.

MacCormick, Neil & Weinberger, Ota; *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht 1986.

Petersen, Niels; *Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?*, Max Planck Institute, Bonn, April 2010.

Radbruch, Gustav; *Rechtsphilosophie*, Verlag Quelle & Meyer, Heidelberg 1932.

-, *Rechtsphilosophie* , 7th. ed., Stuttgart 1950.

-, *Rechtsphilosophie*, ed. Ralf Dreier, Stanley Paulson, ikinci basım, C. F. Müller Verlag Heidelberg 1999.

Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford 1979.

-, *Authority, Law and Morality*, *The Monist* Vol. 68 1985, p. 295-324.

Röhl, Klaus Friedrich- Röhl, Hans Christian; *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Neue bearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2008 München.

Ross, Alf; *On Law and Justice*, Berkeley & Los Angeles 1959.

Rousseau, Jean-Jacques; *Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundlagen des politischen Rechts*, 1996 (1762).

Savigny, Friedrich Carl v.; *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, Jacques Stern, Thibaut und Savigny, Berlin 1914.

Schlosser, Hans; *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte. Rechtsentwicklungen im europäischen Kontext*, 10. Auflage. Heidelberg 2005. S. 143-169.

Spaak, Torben; *Legal Positivism, Law's Normativity, and the Normative Force of Legal Justification*, *Ratio Juris*'t,e sayı.. 16:4 2003, ss.. 469-85.

Wesener, Gunter; *Zu den Anfängen der Historischen Rechtsschule romanischer Richtung in Österreich, vornehmlich zu Ludwig Arndts von Arnesberg (1803-1878)*, *Grundlagen der österreichischen Rechtskultur, Festschrift für Werner Ogris zum 75. Geburtstag* (Wien-Köln-Weimar 2010) S. 577-599.

ESER (İSTİSNA) SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL VE BAĞLANAN SONUÇLAR

Result in the Form of Production Contract and the Connected

Dr. Ali AVCI *

ÖZET

Eser sözleşmesi, Türk Borçlar Kanununda düzenlenen ve günlük hayatta sıkça karşılaştığımız özel hukuk sözleşmesidir. Günlük hayatta sıkça karşılaştığımız eser (istisna) sözleşmesinin ihtilafli bölümünü şekil kavramı oluşturmaktadır. Çünkü hukukumuzda istisnalar dışında eser sözleşmesi herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Bu durum ilk bakışta büyük bir kolaylık gibi görünse de uygulamada birçok problemi beraberinde getirmektedir. Bu çalışmada karşılaşılan problemler ortaya konulmaya çalışılmış ve çözüm yolları irdelenmiştir. Araştırmamızın sonucunda Türk Borçlar Kanununda ve özellikle eser sözleşmesinde şekil unsurunun mevcut haliyle sorunlu olduğu tespit edilmiş ve özellikle eser sözleşmesinin en önemli türü olan arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde şekil unsurunun günlük hayatta çok büyük mağduriyetlere yol açtığı gözlemlenmiştir. Sonuç bölümünde bu ihtilafın ortadan kaldırılabilmesi için gerekli öneriler sıralanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Eser sözleşmesi, şekil, şekilsizlik ilkesi, geçerlilik ve ispat şartı olarak şekil.

ABSTRACT

Production contract is a special type of agreement which is described in Turkish Debt Law. Term of form is a controversial issue of Production contract which can be frequently observed in daily life. Apart from some exceptions, form is not sought for Production contract in Turkish Law Practice. Although, this seems to be easiness in the first instance, it causes some problem in implementation. In this study, problems, which can be seen, are tried to exhibit and then way of solutions are tried to explore. In the end of our research, it is detected that form issue is problematic in current situation in Turkish Debt Law and Production contract, causing infringements of rights in daily life, especially for construction contract versus share of land which is the most

* Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi, a.avci46@hotmail.com

prominent type of Production Contract. In the conclusion part of our study, possible ways of solutions are declared.

Key Words: Production contract, Form, principle of disfigurement, the form as a condition for validity and proof.

◆◆◆◆

GİRİŞ

Eser sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu tarafından düzenlenmiş önemli özel hukuk sözleşmelerinden biridir. Günlük hayatta değişik görünümler altında ortaya çıkan, çoğu zaman yaptırduğumuz bir işin bu sözleşme kapsamında kaldığını dahi bilmediğimiz ve sonuçlarını düşünmediğimiz eser sözleşmeleri, özel hukuk ihtilaflarının çokça yaşandığı bir sözleşme türüdür. Birey olarak evimize yaptırduğumuz bir boya işi, arabamızın tamiri gibi küçük çaplı işlerden baraj, havlimanı, otoyol inşası gibi çok büyük işler eser sözleşmesinin kapsamı alanında kalmaktadır.

Bu şekilde uygulama alanı günden güne artan eser sözleşmesi, günlük hayata bu denli girdikçe birçok değişik sorunu da beraberinde getirmektedir. Bu sorunlardan bazıları taraflar arasındaki sözleşmenin yapılmış veya yapılmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Çoğu zaman karşılıklı güven ilişkisine dayanan ve adi yazılı olsa dahi bir şekle bağlı olmadan yapılan eser sözleşmelerinde iş anlaşmaya, fen ve sanat kaidelerine uygun yapılır ve iş bedeli de zamanında ve tam olarak ödenirse herhangi bir problem yoktur. Ancak aksi durumlarda yani taraflardan biri veya ikisi edimini hiç veya gereği gibi ya da zamanında yerine getirmese bu durumda sözleşme baştan itibaren sorunlu hale gelmektedir. Çünkü öncelikle taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin ispatı gereklidir. Zorunluluk olmadığından herhangi bir şekle bağlanmayan eser sözleşmesi ilişkisi ispata muhtaçtır. Uygulamada çoğu zaman karşı tarafın inkârı ile sözleşme ilişkisinin ispatı mümkün olmamaktadır. Yine sözleşme ilişkisini inkâr eden taraf, tanıkla ispata izin vermemekte ve kolaylıkla da yemin edebilmektedir. Bu durum en azından bir tarafın mağduriyetine yol açmaktadır.

Eser sözleşmelerinde birçok durumda iki tarafın da profesyonel kişiler olacağını söylemek zordur. İş sahibi genellikle sade bir vatandaş olarak gerekli

mesleki bilgi ve tecrübe sahibi değildir. Özellikle eser sözleşmesinin uygulamada sık karşılaşılan türü olan arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde, şekil şartının yerine getirilmediği durumda arsa sahiplerinin mağdur olduğu çokça görülen olaylardandır. Uygulamada karşılaşılan bu problemlerin asıl sebebi, eser sözleşmesinin belli bir şekle bağlanmamasından kaynaklanmaktadır. Zorunluluk bulunmadığından belli bir şekle uyulması gerekmemekte ise de ilerideki muhtemel problemlerin önüne geçebilmek için şekil konusunun iyice irdelenmesi yararlı olacaktır.

Eser sözleşmeleri birey olarak günlük yaşamımızda her an karşı karşıya kaldığımız bir sözleşme türü olduğundan, bu sözleşmelerdeki şekil kavramını ve düzenlemesini anlamak ve muhtemel sorunların önüne geçebilmek için bu çalışmamızda eser sözleşmesinde şekil ve buna bağlanan sonuçlar incelenmeye çalışılacaktır. Çalışmamız; dört bölümden meydana gelmektedir. Birinci bölümde eser sözleşmelerinin tanımı, unsurları anlatılacak daha sonra ikinci bölümde bu sözleşmelerde uygulanan adi yazılı ve resmi şekiller ve şekil şartı aranan eser sözleşmeleri, şekil şartına bağlanan sonuçlar olan, geçerlilik ve şekil şartı incelenecektir. Üçüncü bölümde, eser sözleşmelerinde şekil değişiklikleri, dördüncü bölümde ise, şekle uymamanın muhtemel sonuçları incelenecektir. Sonuç bölümünde ise, uygulamada Yüksek mahkeme içtihatları ışığında yapılması gerekenler ve varılan sonuçlar ele alınacaktır. Çalışmamızda özellikle, Yargıtay kararlarından yararlanılacaktır. Yargıtay kararlarına geniş bir şekilde yer vermemizin nedeni, eser sözleşmesi alanında ve şekil konusunda Yargıtay Dairelerinin istikrar kazanmış içtihatlarının uygulamaya yön verici nitelikte olmasındandır.

I. ESER SÖZLEŞMESİ TANIM VE UNSURLARI

Eser (istisna) sözleşmeleri; esas itibarıyla mülga 818 sayılı Borçlar Kanununun 355 ve devamı ve 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 470 vd maddeleri arasında yer alan hükümlerle düzenlenmiş sözleşmelerdir. Günlük hayatta karşılaşılan birçok olayın konusu olması ve son yıllarda Yüksek Mahkemece içtihatlarıyla uygulama alanının genişletilmesi nedeniyle Türk Hukuk sisteminde büyük bir alanı oluşturmaktadır.

A. Eser Sözleşmesi Tanımı

Eser sözleşmesi, eski Borçlar Kanununun 355. maddesinde; istisna, bir akittir ki onunla bir taraf, diğer tarafın vermediği taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder. Türk Borçlar Kanununun 470. maddesinde ise, “eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir” denilmek suretiyle eser sözleşmesinin tarafları olan yüklenici ve iş sahibinin yükümlülükleri belirtilmiştir. Diğer bir ifade ile bir eser sözleşmesinde her zaman iki taraf bulunmaktadır. Ancak iki tarafta birden fazla kişinin olması bu sonucu değiştirmez. Yani gerek yüklenici, gerekse, iş sahibi birden fazla kişi veya tüzel kişi olabilir. Ancak özellikle yüklenicinin birden fazla olduğu durumlarda, ya adi ortaklık ya da konsorsiyum adı verilen ortaklıklar söz konusu olmaktadır.

Taraflardan yüklenicinin edimi; bir bedel karşılığında bir eser meydana getirmek ve teslim etmek, iş sahibinin edimi ise, bu eser karşılığında kararlaştırılan ya da kararlaştırılmasa dahi eserin piyasa koşulları ile bedelini ödeme yükümlülüğüdür. Yargıtay bir kararında eser sözleşmesini şöyle tarif etmiştir. “Eser sözleşmesi, karşılıklı edimleri içeren bir iş görme akdidir. Yüklenicinin edimi, eseri meydana getirmek ve iş sahibine teslim etmek, iş sahibinin karşı edimi ise, teslim edilen eserin bedelini ödemektir. Eser; yüklenicinin sermayesi, sanat ve becerisini kullanarak gerçekleştirdiği sonuçtur.¹

Denilebilir ki, eser sözleşmesi; ivazlı, şekle bağlı olmayan, rizai nitelikte tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme görünümündedir.² İki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan eser sözleşmesi, bir iş görme borcu doğuran sözleşme olmakla birlikte, bu sözleşmenin konusu açısından önemli olan, çalışmanın kendisinden çok bu çalışmadan ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmesi kabil sonuçtur.³

Son zamanlarda eser sözleşmesinin konusunun genişlediği, bu sözleşmenin konusunu bir şeyin imali veya değiştirilmesi olduğu kadar bir çalışma veya

¹ Yargıtay 15 Hukuk Dairesi, 2010/4916 esas, 2011/5079 karar ve 13.9.2011 tarihli kararı.

² Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta yayınları, Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul 2014,s.984.

³ Yavuz, s.984.

hizmet ediminden ortaya çıkan diğerk bir sonuç da teşkil edebileceği, başka bir deyişle, objektif olarak tespiti mümkün olan, belirli bir maddi veya maddi olmayan sonucun husule getirilmesinin eser sözleşmesinin konusunu oluşturulabileceği ileri sürülmektedir.⁴ Yine Yargıtay uygulamalarında; bina yapımı, tadilatı, yol, köprü, baraj yapımı, sondaj kuyusu, kanal açma, makine, mobilya imalatı, elektrik tesisatı, su tesisatı, kalorifer tesisatı yapımı, gemi inşası, tekstil malzemesi dikimi, fason üretim, proje çizimi, Lpg montajı, gibi imal kavramına giren işlerle, gazete ilanı, radyo televizyon reklamları, ışıklı reklam, animasyon gösterisi gibi bir şeyin imalını gerektirmeyen ancak insan emeğine dayanan sonuçlarda eser sözleşmesi kapsamında değerlendirildiği görülmektedir.

B. Unsurları

Bir eser sözleşmesinde üç temel unsur bir arada bulunmalıdır. Birincisi, sözleşmenin konusunu bir eser meydana getirme ve teslim etme oluşturmalıdır. Eser terimiyle belirlenen öğe, sözleşmeyle yüklenicinin iş sahibi adına ortaya çıkarmayı, yaratmayı üstlendiği sonuçtur.⁵ Ancak maddi bir varlığa sahip olan iş görme sonuçları gibi maddi bir varlığa sahip olmayan edim sonuçları da eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilir.⁶ İnsan emeği ürünü olup bir bütün görünümü sergileyen ve ekonomik değeri bulunan her hukuki varlık, maddi nitelikte olsun veya olmasın, eser sayılır. Yüklenicinin taahhüt ettiği edim sonucunun mutlaka maddi varlığa sahip bulunması zorunlu değildir. Yargıtay'a göre eser sayılacak şeyler şöyle gösterilmiştir. "Borçlar Yasası'nın 355. maddesi hükmünde tanımlandığı üzere; eser sözleşmesinde yüklenici, iş sahibinin ödemeyi üstlendiği ücret karşılığında bir eser meydana getirmeyi borçlanır. Eser sözleşmesinin konusu, bir sonuç ve herhangi bir biçim altında çalışma ile bütünleşmiş bir üründür. Bu kapsamda, genellikle emek unsuru ağır basan bir çalışma ürünü olup bütünlük arz eden ve ekonomik değeri olan her hukuksal varlık, maddi nitelikte olsun veya olmasın bir eser sayılmaktadır."⁷

⁴ Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri, 5. bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul-2010, C.II, s.4.

⁵ Yavuz, s.454.

⁶ Tandoğan, s.24.

⁷ Y.15. HD.,2013/2252E., 2013/3527 K. ve 30.5.2013 tarihli kararı.

İkincisi, tarafların meydana getirilecek eser için bir ücret ödenmesini kararlaştırmış olmalarıdır. Sözleşmenin asli unsurlarından bir diğerini iş sahibinin bedel ödeme taahhüdü oluşturur.⁸ Ancak bedelin mutlaka belirtilmiş olması gerekmez. Eğer ödenecek bedel belirlenmemişse rayiç bedel belirlenerek yükleniciye ödenmelidir. Bu durumda hâkim teknik bilirkişi vasıtasıyla mahallinde veya eser üzerinde teknik inceleme yaparak, eserdeki eksilik veya ayıplarda göz önüne alınarak serbest piyasa koşullarında bu eserin ne kadar tutara imal edileceğini tespit eder ve mahkemece tespit edilen bu bedele hükmedilir.

Üçüncüsü ise, tarafların eser meydana getirme hususunda anlaşmış olmaları gerekir. Yani eser sözleşmeleri rızai bir sözleşme niteliğindedir. Bu anlaşma, kanunla resmi nitelikte yapılması gereken eser sözleşmelerinde usulüne uygun yapılacak sözleşme imzası ile şekle tabi olmayan eser sözleşmelerinde sözlü veya taraflar isterlerse yapacakları adi yazılı ya da resmi yazılı bir sözleşmeyi imza anında gerçekleşir. Fakat taraflardan biri kanuni süresi içinde karşı tarafça hata, hile, tehdit suretiyle iradesi sakatlandığından bahisle anlaşmanın geçersizliği için dava açarsa, davanın sonuna kadar taraf iradelerinin daha doğrusu dava açan tarafın iradesinin askıda olduğu kabul edilmelidir. Anılan davanın sonucuna kadar dava açan tarafın edimini yerine getirmesi beklenmemelidir.

II. ESER SÖZLEŞMELERİNDE ŞEKİL

Eser sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen, iki taraflı rızai bir sözleşme olarak belli bir şekil şartına tabi tutulmamıştır. Taraflar, sözlü bir anlaşma ile hatta bir tarafın edimine karşı çıkmayarak yani susma ile bu sözleşmeyi kurabilirler. Diğer bir ifade ile eser sözleşmelerinde şekilsizlik geçerlidir. Ancak istisnai durumlarda bir eser sözleşmesi belli bir şekil şartına tabi tutulabilir. Bu bölümde bu hususlar üzerinde durulacaktır.

A. Şekil Kavramı

Bir iradeyi açıklamak üzere kullanılan araca, dış kalıp veya biçime şekil denir. Her sözleşmenin, her hukuki işlemin ve hatta her irade beyanının bu an-

⁸ Yavuz, s.460.

lamda bir şekli vardır.⁹ Kural olarak kişinin irade beyanının dışı açıklanması çeşitli şekillerde yapılabilir. Bu, sözle, yazıyla ve başka bir davranışla olabilir. Bu bakımdan, mutlak anlamıyla her türlü irade beyanı bir şekil içinde ortaya çıkar. Ancak irade beyanının sonuç doğurması belli bir şekilde yapılmasına bağlı ise, şekle bağlı işlemde söz edilir.¹⁰

Bir sözleşmenin oluşmasını sağlayan irade beyanı için kural olarak belirli bir şekle uyma zorunluluğu yoktur. Diğer bir ifade ile borç doğuran sözleşmelerde şekil serbestisi prensibi egemendir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu prensibi şöyle belirtmiştir, “Türk Borçlar Kanununda sözleşmelerin yapılışı bir şekle bağlanmamıştır. Şayet, kanun taraflardan birinin veya her ikisinin, bazen de üçüncü kişilerin veya kamunun menfaatini korumayı, hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlamış ise şekil zorunluluğu getirebilir. Örneğin, gayrimenkul satım sözleşmelerinin geçerli olması için kanun resmi şekli aramıştır.”¹¹

Şekilsizlikten, o sözleşmenin geçerliliğinin belirli bir şekle tabi olmadığı, sözlü, yazılı veya resmi şekil türlerinden herhangi birisiyle yapılabileceği anlaşılmalıdır.¹² TBK m.12.f.1’de belirtildiği üzere, “sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.” Buradaki kanunda aksi öngörülmedikçe ifadesinden çıkan sonuç, şekil özgürlüğü kuralının istisnalarının bulunmasıdır. Bu bakımdan kanunda öngörülen şeklin geçerlilik şartı mı yoksa ispat şartı mı olduğunun tespiti önemlidir.

Kural olarak, mülga Borçlar Kanunu ve yeni Türk Borçlar Kanununda, sözleşmeler için bir şekil şartı getirilmemiştir. TBK m.12.f.1 düzenlemesine göre, sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Yani, hukukumuzda şekil serbestisi yani şekilsizlik ilkesi geçerlidir. Diğer bir ifade ile borç doğuran sözleşmelerde şekil serbestisi prensibi egemendir.¹³

⁹ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı TBK’na Göre Hazırlanmış, Yetkin Yayınları, 12.bası, Ankara-2014, s.264.

¹⁰ Tunçomağ, K. Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6.bası, İstanbul-1976,C.1, s.107.

¹¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2012/15-569 esas, 2012/900 karar ve 28.11.2012 tarihli kararı.

¹² Eren, s.267.

¹³ Oğuzman, M. K.- Öz, Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 11. bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul-2013, C.1, s.141.

Kanun bazı sözleşmelerde belli bir şekil zorunluluğu getirebilir. Ancak bu zorunluluk bazen geçerlilik şartı olabileceği gibi bazen de ispat şartı olabilir. Eğer getirilen şart sağlık şartı ise, öngörülen şekle uyulmazsa sözleşme geçerli olmaz. Diğer yönden, getirilen şart ispat yönünden ise, bu şekle uyulmamış olsa da sözleşme geçerlidir, fakat bu durumda sözleşmenin ispatı belirli kural-lara bağlanmıştır. Sözleşmenin varlığı, yazılı bir delille ispat edilebilir.

TBK m.12.f.2'de "kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz" hükmü düzenlemesine göre, kanunda açıkça aksi belirtilmedikçe, kanunun aradığı şekil bir geçerlilik şartıdır. Kanunun aradığı şekli öngörmediği bir durumda, örf ve adet hukukunda bir şekle uyma gereği kabul ediliyor olsa bile, hâkim MK. m. 1 uyarınca boşluk doldurma gerekçesiyle bir şekil şartı getiremez.¹⁴

Kanun tarafından öngörülmemiş olsa bile, taraflar tarafından belli bir sözleşmenin ancak belirlenen bir şekil ile yapılması kararlaştırılmışsa ancak bu şekle uyulması durumunda sözleşme geçerli hale gelir. Aksi durumda taraflar arasında sözleşme ilişkisi doğmuş olmaz (TBK. m.17/f.1).

B. Şekil Türleri

Kanun tarafından belirli bir sözleşmenin taraflar arasında hüküm ifade edebilmesi yani geçerlilik şartı olarak kabul edilmesi çeşitli nedenlere dayanabilir. Birincisi; kanun tarafından getirilen şekil şartı, öncelikle sözleşmenin taraflarını koruma amacını taşıyabilir. Bu sözleşmenin güçsüz tarafını teşkil eden bir taraf olabileceği gibi, iki tarafı da aynı anda koruma amacı taşıyabilir. Örneğin, kefalet sözleşmesinde, kefilin sorumlu olduğu miktarın, tarihin bizzat kefilin el yazısıyla yazılı şekilde yapılması zorunluluğu düşünmeden veya baskı altında kalan kefilin durumu göz önüne alınarak, onu koruma amacı taşımaktadır.

Kanunun aradığı şekil şartı, hem sözleşmenin taraflarının hem de üçüncü kişilerin hukuk karşısında güvenliğini teminat altına almak için getirilmiş olabilir. Örneğin, eser sözleşmesinin bir türü olan ve son zamanlarda sık sık

¹⁴ Oguzman - Öz, s.142.

gördüğümüz arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinin resmi biçimde yapılması yasal zorunluluktur. Bu zorunluluk, hem yükleniciye karşı daha az tecrübeli durumda bulunan arsa sahibini korumak, arsasının bir oyunla elinden çıkmasını engellemek hem de yükleniciyi tüm masrafı karşıladıktan sonra hiçbir şey alamamakla karşı karşıya bırakmayı engelleme amacı gütmektedir.

Üçüncü neden ise, resmi şekilde yapılma zorunluluğu sonucu devletin resmi sicillerinin daha düzenli, sağlam kayıtlara dayanmasını sağlama amacıdır. Örneğin, taşınmaz satımının resmi şekilde yapılması bir taşınmazın birden fazla kişiye satımını engelleyeceği gibi, bu satımların takibi kişilerin vergi ve harç kayıtlarının izlenmesi açısından da önem taşımaktadır.

Eren ise, şeklin faydalarını altı başlık altında toplamış, bunları şöyle sıralamıştır. 1-Şekil, sözleşmeye kesinlik sağlar, 2- Sözleşmeye açıklık getirir, 3- İspat, güvenlik ve kolaylığı getirir, 4- Tarafları düşünmeye sevk eder, 5- Aleniyet ve güven sağlar, 6- Sözleşmelerin yorumunu kolaylaştırır.¹⁵

Kanun bu üç amacının biri veya bir kaçı ile bir sözleşmenin geçerliliğini bir şekle bağlaması durumunda iki şekil söz konusu olur. Bunlar adi yazılı şekil ve resmi şekildir. Eser sözleşmelerinde, istisnai hallerde getirilen şekil şartları, hem adi yazılı hem de resmi şekilde olabilmektedir. Burada bunlar üzerinde tek tek durulmadan kanunumuzda öngörülen iki şekil incelenmeye çalışılacaktır.

1. Adi Yazılı Şekil

Adi yazılı şekil, uygulamada eser sözleşmelerinde en fazla görülen şekil türüdür. Genelde taraflar ya da temsilcileri el yazısı veya daktilo, bilgisayar ile sözleşme şartlarını yazmakta, daha sonra altını imzalanmaktadır. Tüm özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi eser sözleşmelerinde de adi yazılı şekilde, kanunda düzenlenen tüm kurallar aynen geçerlidir. Bu nedenle öncelikle adi yazılı şeklin genel esasları ortaya konulmalıdır.

Sözleşmeyi oluşturan irade beyanlarının veya beyanlardan birinin yazılı bir metinde açıklanması ve beyanda bulunan tarafından imzalanması durumunda adi yazılı şeklin gerçekleştiği kabul edilmelidir.¹⁶ Adi yazılı şekilde düzenlenen

¹⁵ Eren, s.265-266.

¹⁶ Nomer, N. Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı TBK'na Göre Yenilenmiş 10.

vesikaya adi senet denilir.¹⁷ Türk Borçlar Kanununda adi yazılı şekil öngörülen sözleşme ilişkileri, alacağın devri (TBK m.183), suf'a(önalım) TBK(m.237/3), kefalet (TBK m.583) sözleşmeleri için öngörülmüştür. Başka kanunlarda yazılı şekil öngörülen işlemlere de, özel şartları gözetilerek, Türk Borçlar Kanununun adi yazılı şekil hükümleri uygulanacağı kabul edilmektedir.¹⁸

Adi yazılı şekilde, metnin yazıldığı şeyin ve yazının bir önemi yoktur. Elle, daktilo ile ya da bilgisayarla yazılmış olması mümkündür. Bu metnin sözleşmenin taraflardan biri veya bu sözleşme ile ilgisi olmayan bir üçüncü kişi tarafından yazılmış olması da sonucu değiştirmez. Ancak metin üzerinde herhangi bir değişiklik veya karalama yapılmışsa bunun da aynı kişi tarafından paraflanması gerekir. Sözleşmenin metninin tek bir kâğıt üzerinde olması zorunluluğu da yoktur. Birden fazla sayfa arasında bütünlüğü gösterir şekilde tüm sayfalarda imzaların bulunması zorunludur. Bu şartlar yerine getirildikten sonra metnin kısmen veya tamamen telef olması sözleşmenin geçerliliğini etkilemez ancak bunun ispatlanması gerekir.

TBK düzenlemesine göre, yazılı şekle tabi bir sözleşmede yazılı metinde sözleşme ile borç altına girenlerin tümünün imzalarının bulunması zorunludur (TBK m.14/1). İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde (eser sözleşmesi bu nitelikte bir sözleşme türüdür), her iki tarafın beyanının da yazılı metinde yer alması ve metni iki tarafın da imzalaması gereklidir. Adi yazılı şekilde önemli olan unsur, imzadır. Bu imzanın sözleşmenin tarafları tarafından imzalanması gerekir. Ancak bu imzaların mutlaka aynı anda atılması gerekmez. Okuma yazma bilmeyenler veya bedeni yönden imza atması mümkün olmayan sözleşme tarafları açısından, imza yerine parmak izi veya usulüne göre onaylanmak şartıyla el ile yapılmış bir işaret veya mühür kullanılması mümkündür (TBK m.16/1). Adi yazılı bir eser sözleşmesinde, taraflardan biri adi yazılı sözleşme altındaki imzayı inkâr ederse, diğer bir ifade ile imzanın kendisine ait olmadığını ileri sürerse, mahkemece bu imzanın bunu iddia eden tarafa ait olup olmadığını araştırmalıdır.

Bası, Beta Yayınları, İstanbul-2011, s.70.

¹⁷ Oğuzman - Öz, s.144.

¹⁸ Oğuzman - Öz, s.145.

Okuma yazma bilmeyenler açısından usulün nasıl olacağı HMK m.206/1 'de belirtilmiştir. Buna göre, "imza atamayanların mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliği taşıyabilmesi, noterler tarafından düzenleme biçiminde oluşturulmasına bağlıdır." Yani imza bilmeyen kişilerin gerçekleştirecekleri yazılı sözleşmenin mutlaka noter tarafından düzenleme şeklinde oluşturulmuş belge şeklinde olması gerekir. Eğer sözleşmenin taraflarından biri görme engelli ise, bu durumda yazılı şekle tabi sözleşme nasıl yapılacaktır. TBK m.15 düzenlemesi 2011 yılında çıkarılan 6111 sayılı kanun ile değiştirilmiştir. Yeni düzenlemeye göre; görme engellilerin talepleri halinde imzalarında şahit aranır. Aksi takdirde görme engellilerin imzalarını el yazısı ile atmaları yeterlidir" (6111 sayılı kanun m.213. 13.2.2011).

Yine TBK m.14/2 düzenlemesine göre, kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçecektir. Diğer bir anlatımla, sözleşme ilişkisi bu şekilde kurulmuş olacaktır. Burada getirilmiş önemli bir değişiklik, faks ve benzeri iletişim araçları ile sözleşmenin kurulmasında, sözleşmenin taraflarının imzaları olmasa da şekil şartının yerine getirilmiş olduğunun kabul edilmiştir. Ancak bunun için gönderilen metnin onaylandığının alan tarafından gönderene bildirilmesi gerekir ve böylece imza aranmaksızın adi yazılı şekil gerçekleşmiş olur. Yeter ki metni kimin gönderdiği belirlenebilir olsun ve onayın aynı yolla yapılması gerekir.¹⁹ Bu metodun özellikle tekstil firmaları arasında fason işçiliklerde sık sık uygulandığı uygulamada görülmektedir. Taraflardan biri icabını faks yoluyla diğer tarafa göndermekte, karşı taraf bunu kabul ettiğini aynı faks yoluyla bildirmektedir. İki taraf da bu ilişkiye güvenerek edimini yerine getirmektedir.

Ancak kanunun bu hükmünün elektronik mesajlarda (e-mail) uygulanması mümkün değildir. Çünkü sanal ortamdaki sözleşmelerin yazılı şekil yerine geçmesi için elektronik imza şartı gereklidir. 5070 sayılı 15.1.2004 tarihli Elektronik İmza Kanunu uyarınca, bazı sözleşmeler açısından dijital ortamda yapılan

¹⁹ Oğuzman - Öz, s.149.

sözleşmelerin ancak elektronik imza ile bağlayıcı olacağı kabul edilmiştir. Kanunun m.3/a düzenlemesine göre; elektronik imza; “başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veri”dir. Güvenli elektronik imza, ancak kanunun 4. maddesinde belirtilen şartlar gerçekleştiği durumlarda, aynı kanunun 7. maddesinde nitelikli elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından temin edilmiş bir nitelikli elektronik sertifika ile doğrulanabilir olması halinde, hukuk karşısında ancak imza etkisine sahip olabilir. Kanunun 5. maddesinde, güvenli elektronik imza, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçları doğurur. Bu durumu düzenleyen TBK m.15/1 hükmünde, güvenli elektronik imza da elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir” kuralı getirilmiştir.

Eğer taraflardan biri boş kâğıdı imzalamak suretiyle sözleşme ilişkisi kurulmuşsa bunu imzalayan taraf sözleşme ilişkisini kabul etmekle birlikte yazılı metnin kendi anlaşması dışında doldurulduğunu iddia ederse, bunu ancak yazılı bir delille ispat etmesi gerekir. Aksi durumda yazılı metnin boşa imza atmak suretiyle sözleşme ilişkisine giren tarafın iradesine uygun olduğu kabul edilmelidir.

2. Resmi Şekil

Eser sözleşmelerinde resmi şekil, günlük hayatta oldukça sık görülen arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde ve 2886 sayılı Kanun gereğince düzenlenen eser sözleşmelerinde uygulanmaktadır. Bunun dışında tarafların iradi olarak aralarında yapılacak sözleşmeyi resmi biçimde yapılmasını öngörmeleri mümkündür.

Resmi şekil, sözleşmeyi oluşturan irade beyanlarının kanunda belirtilen usule göre resmi memur tarafından düzenlenen belgede (vesikada) açıklanması ile gerçekleştirilir.²⁰ TBK ve TMK’ da resmi şekil aranan sözleşmeler belirtilmiştir. Bunların en önemlisi taşınmaz mülkiyetini nakil borcu doğuran sözleşmelerdir. Ancak Borçlar Kanununda, geçerliliği resmi şekle tabi sözleşmelerde bu husustaki resmi senetleri düzenlemeye hangi makamın yetkili olacağını ve se-

²⁰ Eren, s.283.

netlerin düzenlenmesinde uyulacak usul kuralları belirtilmemiştir.²¹ Ancak Noterlik Kanununda resmi şekle tabi işlemlerin nasıl düzenleneceği belirtilmiştir. Noterlik Kanunu madde 60 düzenlemesine göre, herhangi bir kanunda farklı bir makam öngörülmedikçe, resmi şekle tabi işlemleri noterler düzenleyecektir. Bu madde düzenlemesine göre denilebilir ki, genel olarak resmi senet düzenleme yetkisi noterlere aittir. Ancak taraflar arasındaki sözleşme mülkiyeti nakil borcu doğuran bir sözleşme niteliğinde ise, Tapu K. m.26 uyarınca resmi senet düzenleme yetkisi, tapu sicil muhafız ve memurlarına aittir. Eğer anılan kanunlarla noterlere resmi senet yapma yetkisi verilmişse, bu durumda noter geçerlilik şartı olarak düzenleme şeklinde bu belgeyi düzenlemelidir. (Noterlik Kanunu m.84). Noterlerin sadece imza tasdiki (onanması) yaptıkları senetler (Noterlik Kanunu m.90) sağlık şartı olan resmi şekli gerçekleştirmezler.²² Ancak ispat açısından noterlerin düzenleme şeklinde düzenledikleri senetler ile yalnızca imza tasdiki yapılan senetler geçerlidir ve resmi senet niteliğindedir.

3. İradi Şekil

Sözleşmenin tarafları, kanunen belli bir şekle tabi tutulmamış bir sözleşmenin belli bir şekle tabi olarak yapılması hususunda anlaşmış iseler, kararlaştırdıkları şekil gerçekleşmedikçe sözleşme ile bağlanmış olmazlar (TBK m.17/1). Burada çoğunlukla adi yazılı şekil söz konusu olur.²³ Tarafların kararlaştırdıkları şekle uyulmadıkça sözleşme hiç kurulmamıştır veya şekil gerçekleşmedikçe sözleşme hüküm ifade etmeyecektir. Örneğin, taraflar aralarında öneri ve kabulün yazılı olmasında anlaşmışlarsa, bu şekle uyulmadıkça sözleşme kurulamaz. Buna karşılık taraflar bir sözleşme yaparken bunun hüküm ifade etmesi için noter senedine bağlanmasını şart kılmışlar ise, sözleşme noter senedine bağlanmadıkça tarafları bağlamayacaktır. Fakat tarafların şekle ilişkin anlaşmalarının başka nitelikte olduğu, başka bir ifade ile ispat kolaylığı sağlamak amacı ile şeklini kararlaştırıldığı ispat edilirse TBK m.17/1 hükmü uygulanmaz. İspat yükü bunu iddia edene düşer.²⁴ .

²¹ Oğuzman - Öz, s.153.

²² Oğuzman - Öz, s.155.

²³ Öz, M.Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2012, s.14.

²⁴ Eren, s.269.

Taraflar bazen bir eser sözleşmesini yapmadan ve henüz kendilerini bağlamaksızın ileride yapacakları sözleşmenin genel prensiplerini saptarlar ve ancak yazılı şekilde yahut noterde yapılması halinde bu sözleşmenin geçerli olacağını kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda söz konusu şekle uyulmaksızın eser sözleşmesi yapıldığı ileri sürülmeyecektir. Fakat bu durumda dahi, belirtilen şekle uyulmaksızın yapılmış eser sözleşmesinde ifaya başlamışlarsa, tarafların kendi kararlaştırdıkları şekil şartını yine kendilerinin anlaşarak kaldırmış oldukları kabul edilmeli ve sözleşme geçerli olarak kurulmuş sayılmalıdır.²⁵ Taraflar, kanunun geçerlilik şartı olarak aradığı şekli ortadan kaldıramazlar. Ancak kanun geçerlilik için belli bir şekil öngörmüşse bunu ağırlaştırabilirler. Fakat tarafların şekil anlaşması bir şekle tabi değildir. Bu anlaşma kanaat verici davranışla da yapılabilir.

C. Geçerlilik Şartı Olarak Şekil

Geçerlilik, kurulmuş olan bir sözleşmenin hukuki sonuçlarını doğurması anlamına gelir. Böylece beyan sahibi, bir yandan irade beyanı ile bağlanırken, diğer yandan da sözleşme iradesine uygun hüküm ve sonuçlar gerçekleşir. Borçlu, yerine getirmek zorunda olduğu bir borç altına girerken, alacaklı lehine da bir alacak hakkı doğar.²⁶

Hukukumuzda, eser sözleşmesinde kural olarak yasal bir geçerlilik şekli söz konusu değildir. Eser sözleşmesinin düzenlendiği TBK hükümlerinde, eser sözleşmesinin kurulmasında herhangi bir yazılı veya resmi şekil öngörülmemiştir. Bu durumda TBK m.12 uyarınca hukuki işlemlerde asıl olan şekilsizlik olduğundan, alelade bir eser sözleşmesi herhangi bir şekle tabi olmayacaktır.²⁷ Diğer bir ifade ile bir eser sözleşmesi sözlü bir anlaşma ile dahi kurulabilir. Yine bu sözleşmenin örtülü anlaşma ile örneğin, yüklenicinin kendi arsasına bedel karşılığı inşaat yapmasına iş sahibinin ses çıkarmaması gibi bir yolla da kurulabilir.

1. Şekilsizlik İlkesi

Kural olarak Türk Borçlar Kanunu düzenlemesinde tüm sözleşmelerin ya-

²⁵ Öz, s.14.

²⁶ Keller - Schöbi'den akt. Eren, s.266.

²⁷ Öz, s.3.

pılışı belli bir şekilde tabi tutulmamış olduğundan eser sözleşmelerinde de genel kural, şekilsizlik ilkesi olarak tanımlayabileceğimiz aksi öngörülmedikçe bu sözleşmelerin herhangi bir şekilde tabi olmamasıdır. TBK m.12/1'de ifade edildiği gibi "sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekilde bağlı değildir." Ancak kanun, tarafların birinin veya her ikisinin, bazen de üçüncü kişilerin veya kamunun menfaatini korumayı, hukuki güvenliği sağlamayı amaçlamışsa şekil zorunluluğu getirebilir.²⁸ İşte bu gerekçelerle kanun bir şekil zorunluluğu getirmediği durumlarda eser sözleşmelerinde şekilsizlik ilkesi geçerli olup, bir eser sözleşmesinin kurulması herhangi bir şekilde tabi değildir. Fakat TBK m.12/1 düzenlemesinden açıkça anlaşıldığı üzere bu kuralın istisnaları da bulunmaktadır. Eğer kanun bazı sözleşmelerin geçerliliği için belli bir şekilde uyulması zorunluluğu getirmişse bu geçerlilik şartı olarak mahkeme tarafından mutlaka kendiliğinden göz önüne alınmalıdır.

2. Şekil Şartı Aranan Eser Sözleşmeleri

Yukarıda belirttiğimiz gibi eser sözleşmelerinde esas kural şekilsizlik olmakla birlikte bazı özel hallerde eser sözleşmelerinde şekil şartı aranmaktadır. Bu durumda kanunun aradığı şekil şartı, geçerlilik şartıdır. Yani aranan şekle uyulmaması durumunda sözleşme geçersiz olup tarafları bağlamamaktadır.

a. 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu Kapsamında Kalan Sözleşmeler

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu yürürlüğe girene kadar idarenin tüm özel hukuk sözleşmelerinde uygulanan bir kanun idi. Ancak Kamu İhale Kanununun yürürlüğe girmesi ile 2886 sayılı kanun kapsamına giren özel hukuk sözleşmelerinin sınırı daraltılmış, idarelerin yapabilecekleri özel hukuk sözleşmeleri, satım, kira, trampa, mülkiyetten gayri aynı hak tesisi ve taşıma işleri ile sınırlı hale gelmiştir. Daha önce bu kanun kapsamında kalan, mal ve hizmet alımları ile yapım işleri hakkında, artık 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümleri uygulanacaktır.²⁹ Bu açıklamalar ışığında artık eser sözleşmelerinde bu kanun hükümleri uygulanmayacaktır. Bu kanunun uygulandığı zamanki ihtilafların yargılamaları

²⁸ Eren, s.267.

²⁹ Giritli, İsmet - Bilgen, Pertev - Akgüner, Tayfun, İdare Hukuku, 3.bası, Der Yayınları, İstanbul - 2008, s.1024.

devam ettiğinden bu kanundaki şekil düzenlemesi hakkında bilgi verilmesi faydalı olacaktır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 1. maddesinde; genel bütçeye dâhil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri aynı hak tesisi ve taşıma işleri bu Kanunda yazılı hükümlere göre yürütüleceği belirtilmiştir. 1. maddede sayılı kurumların bu kanun kapsamında yapacakları eser sözleşmelerinde nasıl bir yol izleneceği ise Kanunun 57. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, sözleşme yapılması gerekli olan hallerde yüklenici veya müşteri 31 inci maddeye göre onaylanan ihale kararının veya Maliye Bakanlığının vizesi gereken hallerde bu vizenin yapıldığının bildirilmesini izleyen günden itibaren 15 gün içinde geçici teminatı kesin teminata çevirerek noterlikçe tescil edilmiş sözleşmeyi, idareye vermek zorundadır. Yargıtay bu durumu şöyle belirtmiştir. “2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 57. maddesi gereğince bu Kanuna tâbi olarak imzalanan sözleşmelerin geçerliliği noterce onaylanmasına bağlı olup sözleşmenin noter onayında İl Özel İdaresi adına Valilikçe onaylandığından sözleşmenin davacı şirket ile davalı İzmir İl Özel İdaresi arasında kurulduğunun kabulü gerekmektedir.³⁰

Görüldüğü üzere yüklenicinin idareye vermesi gereken sözleşme, noterlikçe tescil edilmiş bir sözleşme olmalıdır. Diğer bir ifade ile bu kanun kapsamında yapılacak eser sözleşmelerinde kanun koyucu şekil şartı getirerek şekilsizlik ilkesini ortadan kaldırmıştır. Getirilen şekil şartı, nitelikli bir yazılı şekil şartıdır.³¹ Bu durumda DİK’na tabi olan eser sözleşmelerinin mutlaka noterde onaylanmış bir sözleşme olması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile sözleşmenin noterlikçe tescili geçerlik şartıdır, ancak bu tescil, sözleşmenin noterce düzenleme şeklinde yapılmasını gerektirmez, imzaların tasdiki yeterlidir.³² Fakat Noterlik Kanunu 90 kapsamında noterlerin sadece imza onayı yaptıkları bu sözleşmelerin geçerlilik şartı olarak resmi şekli gerçekleştirmediği de öne sürülmektedir (bkz, yukarıda dipnot 13).

³⁰ Y.15.HD., 2008/530 E., 2009/71 K. ve 15.1.2009 tarihli kararı.

³¹ Öz, s.5.

³² Tandoğan, s.33.

Yargıtay anılan maddedeki şekil şartının geçerlilik şartı olduğunu kabul etmektedir. “Taraflar arasında düzenlenen protokolün geçerli olabilmesi, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 57. maddesi uyarınca sözleşmenin noterlikçe tescil edilmesine bağlıdır. Bu husus sözleşmelerin geçerlilik şartı olup, hâkim tarafından görevi gereğince resen gözetilmelidir. Dava konusu olayda taahhüt, geçerli bir sözleşmeye bağlanmamış ve davalı tarafından benimsenip ifa edilmemiş olduğundan, mahkemece ortada geçerli bir sözleşme varmışçasına davacının bu yüzden uğradığı zararların tazminine, yani kar kaybına hükmedilmesi doğru değildir. Yapılacak iş, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tarafların birbirlerine verdiklerinin iadesinden ibarettir.³³ Aynı Daire’nin eski başkanının seminer sunumunda da; DİK’ da tanımlanan sözleşmelerin, yazılı ve noterden onaylı olması şarttır. Buradaki şekil unsurunun kanıtlama (ispat) aracı olmadığı, geçerlilik koşulu bulunduğu, Yasa’nın sözünden ve amacından anlaşılmalıdır. Gerçekten, anılan maddede yüklenici, ihalenin, vizeye tabi işlerde vizenin tebliğinden itibaren 15 gün içinde noterlikçe tescil edilmiş sözleşmeyi “idareye vermek zorundadır” denildiğine göre, koşulun emredici şekilde yasa ile düzenlendiği açıktır” denilmek suretiyle buradaki şekil şartının geçerlilik şartı olduğu belirtilmiştir.³⁴

b. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamında Kalan Sözleşmeler

2886 tarihli kanundaki boşluklar ve Avrupa Birliği’nin kendi içinde yaptığı düzenlemelerden hareketle yaptığı dayatmalar sonucunda ve uyum adı altında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu çıkarılmıştır.³⁵ 4734 sayılı Kanun ile Devlet İhale Kanunu kapsamında kalan bazı kuruluşların yapacakları eser sözleşmeleri bu kanun kapsamına alınmıştır. Kanunun 1 ve 2. maddelerinde anılan kanun kapsamına giren kurumlar belirtilmiştir. Yapılan tüm ihaleler bir sözleşmeye dayanır. Sözleşmeler, 5.1.2002 tarihli, 4375 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici

³³ Y. 15. HD., 1995/2598E., 1995/4838 K. ve 20.9.1995 tarihli karar.

³⁴ Şimşek, Edip, Devlet İhale Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, *Yönetici -İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer, İnşaat Sözleşmeleri*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 18-29 Mart 1996, s.197.

³⁵ Giritli-Bilgin-Akgüner, s.1025.

tarafından imzalanır.³⁶ Diğer bir ifade ile Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelerde, sözleşmelerin “düzenlenmesi” ve “uygulanması”, 4375 sayılı Kanun’da öngörülen esaslara ve yöntemlere göre yapılır. 4374 sayılı Kanun uyarınca yapılan ihalelerin sonucunda düzenlenen sözleşmeler, 4375 sayılı Kanun kapsamına girer. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 4. maddesinden anlaşıldığı üzere, bu Kanun’a göre yapılan sözleşmeler “özel hukuk sözleşmesi” niteliğindedir.

4734 sayılı Kanunun 46. maddesine göre, bu kanun kapsamında yapılacak ihale ve sözleşmelerde uyulacak usul belirtilmiştir. Madde 46 - (Değişik fıkra: 30.07.2003 - 4964 S.K./28. md.) Yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır. Yüklenicinin ortak girişim olması halinde, sözleşmeler ortak girişimin bütün ortakları tarafından imzalanır. İhale dokümanında aksi belirtilmedikçe sözleşmelerin notere tescili ve onaylatılması zorunlu değildir. İhale dokümanında belirtilen şartlara aykırı sözleşme düzenlenemez.

Kanun ile, bu kanun kapsamında kalan eser sözleşmelerinde, idarece hazırlanan yazılı metnin yüklenici tarafından imzalanması, diğer yandan yüklenici eğer bir ortak girişim (konsorsiyum) ise sözleşmenin ortak girişimin tüm ortakları tarafından imzalanması gerekliliği kabul edilmiştir. Kanunun burada aradığı şekil, adi yazılı şekildir. Ancak ihale dokümanında sözleşmenin notere onaylatılması şartı getirebilir. Bu durumda kabul edilen şekil, resmi şekil haline gelir. Kanunun bu açık düzenlemesine rağmen bunun aksini savunan yazarlar vardır. Öz’e göre, 46. madde kapsamında, bu sözleşme kapsamına giren sözleşmelerin geçerliliği, idarece hazırlanan yazılı metnin yüklenici tarafından imzalanmasını takiben noter onayına bağlıdır.³⁷ Ancak kanunun açık düzenlemesi göz önüne alındığında bunu söylemek mümkün değildir.

c. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmeleri

Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri, eser sözleşmesinin bir türüdür. Bu sözleşmenin hükümleri ve tabi olduğu şekil kuralları kanunlarımızda

³⁶ Giritli - Bilgin - Akgüner, s.1036.

³⁷ Öz, s.5.

düzenlenmemiştir. Yalnızca TMK m.1009'da ve Tapu Kanunu m.26'da tapu siciline şerh verilebilecek sözleşmeler arasında ismi geçmektedir. Öğretide; "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle bir taraf, diğer tarafın arsası üzerinde ve arsadaki belli payların mülkiyetine karşılık bağımsız bölümler inşa etmek suretiyle bütünlük arz eden bina yapma borcu altına sokan sözleşme³⁸, başka bir tanımda ise, arsa sahibinin arsasına ait belli payları müteahhide ve üçüncü kişiye devretme, müteahhidin ise bu pay karşılığında arsa üzerinde bağımsız bölümler yapma ve bu bağımsız bölümlerden arsa sahibinin payına ait olan kısmı devir borcu altına girdiği sözleşme³⁹ olarak tanımlanmaktadır. Öğreti ve uygulamada satım(gayrimenkul satış vaadi)- eser karması (çift tipli) bir karma sözleşme sayılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine unsurlarını aldığı bu iki sözleşmeye ilişkin kanun hükümleri kıyasen uygulanacaktır.⁴⁰

Bu sözleşmeler, karma nitelikli sözleşmelerden olmakla birlikte, kat inşa etme unsuru nedeniyle, eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin bu sözleşmelere de kıyasen uygulanması söz konusudur.⁴¹ Eser sözleşmesinin eser meydana getirme unsurunun diğer bir sözleşmeye ait unsurla bir araya getirilmesiyle oluşturulan karma sözleşmelerde(örneğin arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri) diğer sözleşme için aranan geçerlilik şartı, karma sözleşme için de gerekli geçerlilik şeklini oluşturduğu belirtilmektedir.⁴² Aslında inşa etme (eser sözleşmesine ait) unsuru nedeniyle, bu sözleşmenin şekle bağlı olmaması gerektiği halde, arsa payının devri vadini içermesi nedeniyle bu sözleşmelerin, noterlikçe resen (düzenleme yoluyla) düzenlenmesi ön görülmüştür.⁴³ Yargıtay bunu şöyle belirtmektedir. " Borçlar Kanununun 355. maddesinde tanımlanan eser sözleşmesinin bir türü olan "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi" bazı özellikler taşıyan bir "karma sözleşme" sayılmaktadır. Bu tür sözleşmelerde yüklenicinin borcu, inşaatı yapıp teslim etmek, arsa sahibinin borcu ise, bedel

³⁸ Yavuz, s.555.

³⁹ Ayazlı, P., Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, HAD, 1987, C.2,S.1,s.43.

⁴⁰ Öz, s.6.

⁴¹ Zevkliler, Aydın - Gökyayla, K. Emre, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri,12.bası, Turhan Kitabevi. Ankara - 2012, s.464.

⁴² Gümüş, M. Alper, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3.Bası, Cilt 2, Vedat Yayıncılık, İstanbul-2011, s.7.

⁴³ Tandoğan, s.29.

olarak arsa payının veya arsanın mülkiyetini kayden yükleniciye geçirmektir. Bu tür sözleşmelerde iki sözleşme iç içedir; birisi, hiçbir şekle bağlı olmayan “inşaat sözleşmesi” diğeri ise, TMK’nın 706, Borçlar Kanununun 213, Tapu Kanununun 26. ve Noterlik Kanununun 60. maddesi hükümleri gereğince, resmi biçimde yapılması gereken “tapulu taşınmaz veya tapulu taşınmaz payının mülkiyetini nakil borcu doğuran sözleşmedir. Bu yasal nedenlerle “arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri” noterlerce düzenleme biçiminde yapılmadıkça kural olarak geçerli kabul edilemez.⁴⁴ Bu sözleşmelerin temyiz incelemesini güncel olarak yapan Yargıtay 23. Hukuk Dairesi aynı uygulamayı devam ettirmektedir. “Burada iki sözleşme iç içedir. Biri, hiçbir şekle bağlı olmayan “inşaat sözleşmesi”, diğeri ise, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)’nın 634, 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK)’nın 213, Tapu Kanunu’nun 26. ve Noterlik Kanunu’nun 60. maddeleri uyarınca, resmi biçimde yapılması gereken, “mülkiyeti nakil borcu doğuran sözleşme’dir. Bu nedenle, “arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinin noterde “düzenleme” biçiminde yapılması gerekmektedir. Burada şekil geçerlik şartıdır. Emredici kural gereği, resmi şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler ise geçersizdir.⁴⁵

Tapu Kanunu m.26 uyarınca, bu sözleşmelerdeki devredilecek arsa payının devrinin resmi biçimde yapılması gerekeğinden, bu resmi şekli verecek makam kural olarak tapu sicil müdürlüğüdür. Ancak, Noterlik Kanunu m.60 hükmünün “taşınmaz satış vaadi” sözleşmelerinin noterde resen (düzenleme şeklinde) yapılabileceğini düzenlemesinden yararlanılarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin en azından mülkiyet nakli taahhüdü içeren kısmı bu şekle uyularak yapılmaktadır. Noterlerin düzenleme şeklinde yapacağı ve taşınmaz mülkiyeti devri borcu doğuracak tek sözleşme taşınmaz satış vaadi olduğu için, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinin bu forma sokularak yapılması gerekir. Böylece hem Noterlik Kanununun aradığı taşınmaz satım vaadi biçiminde uyulmuş hem de geçerli bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılmış olur.⁴⁶ Bu durum eski tarihli bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararında şöyle belirtilmiştir. “2644 sayılı Tapu Kanununun 26.

⁴⁴ Y.15. HD., 2008/5049 E, 2008/5825K. ve 07.10.2008 tarihli kararı.

⁴⁵ Y.23. Hukuk Dairesi, 2013/549 esas, 2013/2250 karar ve 08.04.2013 tarihli kararı.

⁴⁶ Öz, s.6.

maddesine göre, taşınmaz mülkiyetinin geçirilmesi sözleşmesi yapmaya yetkili makam, tapu sicil muhafızı veya memurudur. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesini ise, 1512 sayılı Noterlik Kanununun 60/3 ve 89'uncu maddeleri uyarınca, düzenleme biçiminde (resen) noterler yapabilmektedirler.⁴⁷

Taraflar, sözleşmeyi noter dışında düzenleyip notere sadece sözleşmenin altındaki imzanın tasdiki için getirirlerse bu onaylama, sözleşmenin içeriğini kapsayamayacağından, bu şekilde yapılan arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri geçersiz olacaktır. Diğer yandan sözleşmeye konu taşınmazda birden fazla malik varsa sözleşmenin tüm arsa malikleri ile yapılması gerekir. Ancak tüm maliklerin aynı sözleşmede bulunması gerekmez. Ayrı ayrı sözleşme yapmaları da mümkündür. Yargıtay, bu durumu bir kararda şöyle belirtmiştir. "... sözleşmelere konu taşınmazlar hisseli olup davacı dışında paydaşların bulunduğu da görülmektedir. Bu husus tartışmalı değildir. TMK'nın 692. maddesindeki düzenlemeye göre, paylı malın özgülendiği amacın değiştirilmesi, korumanın veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girişilmesi veya paylı malın tamamı üzerinde tasarruf işlemlerinin yapılması, oybirliğiyle aksi kararlaştırılmış olmadıkça, bütün paydaşların kabulüne bağlı tutulmuştur. Her iki sözleşmenin konusunu teşkil eden işlemlerin yapılabilmesinde TMK'nın yukarıda sözü edilen 692. maddesi uyarınca tüm paydaşların oybirliğiyle karar vermiş olmaları gereklidir. Oysa sözleşme paydaşlardan sadece birisi tarafından imzalanmıştır. Her ne kadar bu sözleşme diğer pay sahiplerinin sözleşmeye katılmaları ile geçerli hale gelebilir ise de dosya kapsamına göre paydaşlardan birisinin başka bir yüklenici ile sözleşme yaptığının anlaşılması durumunda sözleşmeye icazetin de sağlanamayacağı anlaşılmıştır.⁴⁸

Taraflar, aralarındaki arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesini yalnızca onaylama şeklinde veya adi yazılı bir sözleşme şeklinde yaparlarsa kural olarak bu sözleşme geçersizdir ve tarafları bağlamayacaktır. Ancak Yüksek Mahkeme kararları ile sözleşme biçim yönünden geçersiz olsa da bazı şartların gerçekleşmesi durumunda sözleşme tarafları bağlayıcı hale gelmektedir. Daha doğrusu bu sözleşmelerdeki mülkiyeti nakil unsuru nedeniyle bu işlemin resmi şekilde

⁴⁷ 30.9.1988 tarih ve 1987/2 E., 1988/ 2 K. sayılı kararı.

⁴⁸ Y.15. HD., 2007/193E., 2007/3494 K. ve 24.05.2007 tarihli kararı.

yapılması yasal zorunluluk olmakla birlikte Yargıtay'ın yapmış olduğu bir durum tespitinden ibarettir.

Şekil Eksikliğinin İleri Sürülememesi

Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde, sözleşmenin taraflarından arsa sahibinin edimi kendi arsasının belli bir payını yükleniciye devir borcu olduğundan sözleşmenin resmi biçimde yapılmasının sözleşmenin geçerlilik şartı olduğunu belirtmiştik. Bu kural emredici nitelikte olup tarafların bu kuralı değiştirmeleri mümkün olmadığı gibi, resmi şekil kuralına uymadan yapılan arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri geçersizdir. Ancak Yargıtay istikrar kazanmış kararları ile geçersiz olan bu sözleşmelerin bazı durumların gerçekleşmesi halinde tarafları bağlayıcı olacağını kabul etmektedir. Asıl olan bu tür düzenlemelerin kanun koyucu tarafından yapılması ise de, bir başka ifade ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin şeklinin nasıl olacağı Borçlar Kanununa konulacak bir madde ile düzenlenmesi gerekir ise de kanun koyucu yeni TBK' da bu yola başvurmamıştır. İşte uygulamada büyük hak kayıplarına yol açan ve binlerce kişiyi mağdur eden bu durumda yani geçersiz arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesine dayanarak işlem yapan tarafların hak ihlalleri Yargıtay tarafından önlenmiş olmaktadır. Aslında Yargıtay kanundan kaynaklanan (mülkiyeti nakil şartı getiren sözleşmelerin resmi şekilde yapılması zorunluluğu koşulu) bir zorunluluğun tespitini yapmıştır. Yargıtay'ın geçersiz sözleşmeye geçerlilik tanınmasının dayanağını, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 30.09.1988 tarih, 1987/2- 1988/2 sayılı kararının gerekçesinden almaktadır.

Sözleşmenin Taraflarının Edimlerini Karşılıklı Olarak Tümüyle veya Önemli Oranda Yerine Getirmiş Olması

Taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi adi biçimde yapılmış veya onaylama şeklinde noterde düzenlenmiş olduğundan geçersiz olduğu durumlarda, yüklenici edimini yani inşaatı tamamen veya reddolunamayacak oranda yerine getirmişse, arsa sahibi artık bu sözleşmenin geçersizliğini ileri süremez. Çünkü bu durumda yüklenicinin davranışı TMK'nın 2. maddesinde tanımlanan "bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni

korumaz” kuralına yani dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Yargıtay bu durumu şöyle belirtmektedir. “...emredici kural gereği, resmi şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler geçersizdir. Ancak, şekil koşuluna uygun olmadığı için geçersiz olan arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin fiilen hayata geçirildiği, tarafların edimlerini ağırlıklı yerine getirdiğinin anlaşıldığı durumlarda bu sözleşmelere geçerlilik tanınmalıdır. Şekil zorunluluğunun birinci istisnası; “sözleşme adi yazılı şekilde olsa bile, yüklenici edimini (bina meydana getirme borcunu) tamamen veya reddolunmayacak oranda yerine getirmişse, arsa sahibi artık bu sözleşmenin geçersizliğini ileri süremez” kuralıdır. Zira böyle bir davranış, TMK’nın 2. maddesinde tanımlanan “bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz” kuralına aykırı düşer.⁴⁹

Yüklenici tarafından inşaat seviyesinin hangi oranda tamamlanması durumunda inşaatın reddedilemeyecek seviyede olduğu Yargıtay uygulamalarında belirlenmiştir. Yargıtay önceleri bu seviyeyi %65-70 olarak kabul ederken, daha sonraki kararlarında %90 seviyesini reddolunamayacak inşaat seviyesi olarak kabul etmektedir.⁵⁰

Arsa Sahibinin Arsa Payını Yükleniciye Devretmiş Olması

Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi adi yazılı şekilde, sözlü veya onaylama şeklinde noterde yapılmış olduğundan geçersiz olduğu durumlarda, arsa sahibi belirlenen arsa payını tapuda yükleniciye devir etmiş ise başlangıçta geçersiz olan sözleşme geçerli hale gelir. Yargıtay bu istisnayı şöyle belirtmektedir. “... İkinci istisna, “sözleşmeyle yükleniciye bedel olarak verilmesi kararlaştırılan taşınmazın devrine ilişkin yüküm, taşınmaz tapuda yükleniciye devredilerek gerçekleşmişse, başlangıçta geçersiz olan sözleşmenin geçerli hale gelmesidir.” Zira karma nitelikteki sözleşmenin diğer kısmı, yani “inşaat sözleşmesi” zaten biçim koşuluna bağlı değildir.⁵¹ Başka bir kararda ise şöyle denilmiştir. “ ... yanlar arasındaki adi yazılı sözleşme geçersiz ise de, işin fiilen ikmal olunması ve arsa sahibince teslim alınarak bir kısım tapu paylarının yük-

⁴⁹ Y.23. HD. 2013/549 E, 2013/2250 K., ve 08.04.2013 tarihli kararı.

⁵⁰ Y.15 HD, 2008/6221 E, 2009/2151K. ve 13.4.2009 tarihli kararı, Y.15 HD. 1998/3464 E, 1998/4433K. ve 26.11.1998 tarihli kararı.

⁵¹ Y.23. HD., 2012/2967 E, 2012/2967 K ve 12.9.2012 tarihli kararı.

leniciye devredilmesi karşısında akdin geçersiz olduğunun ileri sürülmesi iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz. Bu nedenle, davanın sözleşme hükümleri doğrultusunda çözümlenmesi gerekir.⁵²

d. Mülkiyet Naklini İçeren Eser Sözleşmeleri

Taraflar arasında bir eser sözleşmesi ilişkisi söz konusu olduğu durumlarda, eğer iş sahibi eser karşılığında ödenecek ücreti tapuda bir mülkiyet nakli olarak ödeyecek ise bu durumda söz konusu eser sözleşmesi mutlaka resmi şekilde yapılmalıdır. Burada taşınmaz mülkiyetini nakil borcu doğuran bir sözleşme söz konusudur. TBK’nda geçerliliği resmi şekle tabi sözleşmelerin hangi resmi makamca düzenleneceği açıkça düzenlenmemiştir. TMK m. 706, Borçlar Kanununun 213, Noterlik Kanununun 60 ve Tapu Kanununun 26. maddeleri uyarınca mülkiyeti nakil borcu doğuran sözleşmelerin resmi biçimde yapılması gerekir. Resmi şekil şartına uyulmaksızın yapılmış olan bir eser sözleşmesinin ifası istenemeyeceği gibi, böyle bir sözleşmede yer alan cezai şart gibi edimlerinde istenmesi mümkün değildir.⁵³ Ancak bu sözleşmenin yüklenicisi bu geçersizliğe rağmen edimini ifa etmişse durum ne olacaktır? Burada yüklenicinin ücret alacağı belirlenen taşınmaz pay devri değil, işin piyasa koşullarında yapılma bedelidir. Diğer bir ifade ile yüklenicinin artık burada kendisine devri kararlaştırılan taşınmaz payının verilmesini istemesi mümkün değildir.

Yargıtay bir kararında bunu şöyle belirtmiştir. “Yanlar arasında 13.10.2008 tarihli ve “inşaat sözleşmesi” başlıklı adî yazılı şekilde sözleşme yapılmıştır. Yanlar arasındaki bu sözleşme, somut olayda uygulanması gereken 818 Sayılı Borçlar Kanunu’nun 355. maddesi hükmünde tanımlanan bir “eser” sözleşmesidir. Davacı şirket yüklenici; davalı kooperatif ise iş sahibidir. Sözleşme konusu iş, sözleşmenin (1-a) maddesinde tanımlanmış olup; Ankara İli, Çankaya İlçesi 28092 ada, 1-2 parsel sayılı taşınmazlardaki çok katlı bloklar ile 28098 ve 28097 adalarda bulunan villaların sözleşmedeki koşullarla inşaatlarının tamamlanması işidir. Sözleşme konusu işin bedeli ise, (1-b) maddesi hükmünde gösterilmiştir. Buna göre iş bedeli olarak 28097 ada ve 14 parseldeki villanın; 28092 ada 1 parseldeki çok katlı blokta bulunan 3 ve 6 bağımsız bölüm nu-

⁵² Y. 15.HD., 2457/4795 E, K. ve 23.10.2002 tarihli kararı.

⁵³ Y.15. HD. 2013/4302 E, 2014/2903 K. ve 20.03.2013 tarihli kararı.

maralı dairelerin mülkiyetinin aşamalı olarak yüklenici şirkete devri, yanlarca kabul edilmiştir.

Tapulu taşınmazın kayden temliki, Türk Medeni Kanunu'nun 706, 818 Sayılı Kanun'un 213, 2644 Sayılı Tapu Kanunu'nun 26 ve Noterlik Kanunu'nun 60. maddeleri hükümleri gereğince, zorunlu şekilde koşuluna uygun olarak yapılan sözleşmeyle mümkündür. Yanlar arasındaki sözleşme zorunlu şekil koşuluna uygun olarak yapılmadığından anılan yasal nedenlerle tapulu taşınmaz temlikine ilişkin sözleşme hükümleri taraflarını bağlayıcı değildir. Bu sebeplerle mahkemece, tapu iptali ve tescili davasının reddine karar verilmesi isabetli olmuştur.

Davada; iş bedeli olarak kararlaştırılan bağımsız bölümlerin, yapılan işin oranına göre kısmen temlikini isteme hakkı doğduğu halde iş sahibi davalı kooperatifin buna ilişkin edimini ifasında temerrüde düşmesi sonucu sözleşmeye aykırı davrandığından, gerçekleştiği ileri sürülen 4.000,00 TL maddi tazminatın tahsili de dava edilmiştir. Az yukarıda açıklandığı üzere; davacı yüklenicinin iş bedeli olarak tapulu taşınmaz ya da taşınmazların kayden temlikini isteme hakkı bulunmadığından iş sahibi kooperatifin borçlu temerrüdüne düşmüş olduğu kabul edilemeyeceği gibi; 818 Sayılı Kanun'un 96. maddesi hükmü gereğince, sözleşmeye aykırı davranıştan da söz edilemez. Bu hukuksal nedenlerle, esasen 4.000,00 TL maddi tazminat davasının da reddi gerekir. Ancak, mahkemece yüklenici davacı tarafından yapılan iş bedelinin tahsili istemine ilişkin açılmış dava varmışçasına, taleple bağlı kalınarak 4.000,00 TL iş bedelinin, davalı kooperatiften tahsiline karar verilmesi isabetli olmamıştır. Çünkü somut olayda uygulanması gereken HUMK'nın 74. maddesi hükmü gereğince, mahkemece talepten fazlasına veya başka bir şeye karar verilemez (HMK'nın 26. maddesi). Açıklanan bu sebeplerle kararın davalı kooperatif yararına bozulması gerekmiştir.⁵⁴ Bu kararda Yargıtay; usulüne uygun yapılmayan sözleşme gereğince tapu iptal davasının reddini doğru bulurken, yüklenicinin yalnızca iş bedeli isteyebileceğine dikkat çekmiştir.

⁵⁴ Y.15 HD. 2012/5122 E, 2013/4748K. ve 11.09.2013 tarihli kararı.

D. İspat Şartı Olarak Şekil

İspat şartı olarak şekil, kanundan doğabileceği gibi, taraf iradelerinden de doğabilir. Bununla taraflar uyumsuzluk halinde ihtilafın mahkemede belirli bir şekil şartı, örneğin yazılı veya resmi bir belge ile ispat edilmesini kararlaştırırlar. İspat şekli geçerlik şekli ve şartı değildir.⁵⁵ Eser sözleşmelerinin kural olarak hiçbir şekle bağlı olmadığı daha önce belirtmiştik. Yargıtay bu durumu şöyle belirtmektedir. “..kural olarak, karşılıklı haklar ve borçlar yükleyen tam iki taraflı sözleşme olan “eser” sözleşmesi yasaca yazılı biçim koşuluna bağlı değildir.⁵⁶ Bu nedenle bir eser sözleşmesi sözlü şekilde yapılabileceği gibi, adi veya resmi şekilde de yapılabilir (yukarıda kanun tarafından yazılı sözleşme şartı getirilen eser sözleşmeleri incelenmişti).

İspat şartı olarak şekil, Türk Borçlar Kanununda düzenlenmemiştir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanununun 200. maddesiyle hukuki işlemlerde yani sözleşmelerde yazılı şekil, bir ispat şartı olarak zorunlu hale getirilmiştir (mülga HUMK m.288). Bu maddeye göre; “Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri iki bin beş yüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz”. Aynı şekilde HMK m.201’de ise; “Senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler ikibinbeşyüz Türk Lirasından az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz”.

Bu iki madde düzenlemesi dikkate alındığında, eser sözleşmelerinde bu sözleşmeden doğan ve miktarı 2500,00 TL’yi aşan bir alacak hakkının ispatı ancak yazılı bir belge ile olacaktır. Uygulamada ülkemizin gelişen ekonomik koşulları nedeniyle çoğu eser sözleşmesi ilişkisinde sözleşme ilişkisi bu bedelin çok üstünde kalmaktadır. Eser sözleşmesinden kaynaklanan uyumsuzluklara bakmakla görevli Yargıtay 15. Hukuk Dairesi HMK’da düzenlenen bu ispat şartı-

⁵⁵ Eren, s.271.

⁵⁶ Y.15.HD., 2005/2513 E, 2006/587 K. ve 08.02.2006 tarihli karar.

nı mutlak olarak uygulamaktadır. “ Davacı yüklenici, davalıya ait evin PVC pencere ve kapı doğrama işlerini yaptığını, 1.11.2002 tarihli açık fatura düzenlediğini, davalının borcunu ödemediğini iddia etmiştir. ...yanlar arasında yazılı bir sözleşme bulunmamaktadır. İş sahibi olan davalı takip aşamasındaki itirazında akdi ilişkiyi inkâr etmiş, yargılama sırasında da akdi ilişkinin bulunmadığını savunmuştur. Davada talep edilen miktara göre akdi ilişkinin varlığı HUMK'nın 288. maddesi gereğince davacı yüklenici tarafından senetle ispat edilmelidir. Fatura tek başına akdi ilişkinin varlığının ispatı için yeterli değildir.⁵⁷ HMK'nın getirdiği bu ispat şartının Türk Borçlar Kanununun kabul ettiği şekil serbestisi ilkesini adeta ortadan kaldırmış olduğunu, çünkü miktarı 2500,00 TL'den yukarı olan alacak ve borçlar, istisnai haller hariç, şahitle ispat edilemeyeceği, bu nedenle ispat edilemeyen bir hakkın varlık ve değeri ise, oldukça şüpheli hale getirdiğini ileri sürülmektedir.⁵⁸

Kanunun ispat şartı olarak bir şekil öngörmediği hallerde, taraflar dilerse, iradi ispat şekli olarak belli bir şekil şartını kararlaştırabilirler. Eser sözleşmesinin konusu 2500,00 tl geçtiği durumlarda, yazılı sözleşme yoksa karşı tarafın açık muvafakati olmadan eser sözleşmesi ilişkisi tanıkla ispatlanamaz. Çünkü HMK m.200/2 düzenlemesi bu şekildedir. Yargıtay bunu şöyle belirtmiştir. “ ...yazılı sözleşme bulunmamaktadır. İş sahibi bu ilişkinin varlığını inkâr ettiğinden bu ilişkinin varlığı, HUMK 288 uyarınca senetle ispatlanmalıdır. Uyuşmazlık konusu miktara göre hukuki işlem tanıkla ispat olunamaz. Yasanın bu açık hükmüne rağmen uyuşmazlığın tanık sözlerine dayanılarak giderilmesi doğru olmamıştır.⁵⁹

Eser sözleşmesinin HMK 203/1-a uyarınca, işin niteliğine ve tarafların durumlarına göre senede bağlanmaması teamül olarak yerleşmiş bulunan hukuki işlem olduğunun ispatı, ancak çok küçük köy ve beldeler için söz konusu olabilir. “...tanık dinlenmesine cevaz verilmeyen hallerde, yapılan işlemin HUMK'nın 293/4 maddesi uyarınca, halin icabına ve iki tarafın vaziyetlerine nazaran senede raptının müteamil olup olmadığının tespiti ise, ancak küçük

⁵⁷ Y.15.HD, 2007/5152 E, 2008/4024 K. ve 17.06.2008 tarihli kararı.

⁵⁸ Eren, s.272.

⁵⁹ Y.15.HD. 2001/726 E, 2001/1410K. ve 21.3.2001 tarihli kararı.

yerlerdeki kapalı toplumlar için (örneğin köy gibi) mümkündür. Bir kişinin bile, bu konuda senede bağlı iş yaptırması, o konuda var olduğu söylenen teamülü ortadan kaldırır. Hele, İstanbul gibi nüfusu 10 milyonu aşan bir şehirde, istisnasız herkesin bu işi senede bağlamadığını kabul etmek mümkün değildir.⁶⁰

Eser sözleşmesinin varlığı yazılı bir delille kanıtlanamamış ve HMK m.203/1-a kapsamında teamül yoksa ya da karşı taraf tanık dinlenilmesine muvafakat etmemişse, sözleşmenin varlığını ispat eden tarafın yalnızca yemin deliline dayanma hakkı kalmaktadır. Sözleşmenin varlığını iddia eden taraf karşı tarafa yemin teklifinde bulunur ve bu yeminin sonucuna göre ihtilaf sonuçlandırılır.

HMK m.227 düzenlemesi bu yöndedir. “(1) Uyuşmazlık konusu vakıanın ispatı için yeminden başka delili olduğunu beyan etmiş olan taraf dahi yemin teklif edebilir. (2) Yemin teklif olunan kimse, yemini edaya hazır olduğunu bildirdikten sonra, diğer taraf teklifinden vazgeçerek başka bir delile dayanamaz ve yeni bir delil de gösteremez”. Madde düzenlemesinden anlaşıldığı üzere, yeminden başka delile dayanan taraf dahi yemin teklif etme hakkını kullanabilir ve yemin deliline dayanan taraf bundan vazgeçerek başka bir delil gösteremez. Yargıtay bunu şöyle belirtmiştir. “...davacı dava dilekçesinde, “diğer deliller” demek suretiyle yemin deliline de dayanmış sayılacağından davacıya bu hakkı hatırlatılmalı ve sonucuna uygun bir karar verilmelidir.”⁶¹

Yemin deliline ispat yükü kendisine düşen taraf dayanır. “Somut olayda iş bedelinin ödenmesine yönelik davalı tarafından önerilen yemin, davacı yanca eda edilmiş ise de; iş bedelinin tutarına ve işin yapımına yönelik olarak önerilen yeminin davacı yanca yerine getirilmiş olması, gereksiz bir işlem olmuştur. Çünkü işin tamamlandığını ve bedelinin hak edildiğini davalı taraf, ispatla ödevli değildir.”⁶² Başka bir kararda ise, yemin mükellefiyeti olmayan tarafın kullandığı yemin teklifi geçersiz sayılmıştır. “Hukuk Genel Kurulu’nun 30.10.1991 gün 1991/11-384 esas 1991/543 karar sayılı içtihadında da belirtildiği üzere yemin teklif edecek olan, ispat yükü kendisine ait olan taraftır. Aksi takdirde gereksiz yere teklif edilen yemin bunu teklif eden tarafı bağlamaz.

⁶⁰ Y. 15 HD. 18.11.1996 tarih ve 6070/6090 sayılı karar.

⁶¹ Y.15. HD. 2003/3 E., 2004/37K. ve 9.11.2004 tarihli karar.

⁶² Y.15.HD. 2010/6766 E, 2011/6304 K. ve 27.10.2011 tarihli kararı.

Dava konusu somut olayda 6.000,00 TL ödemenin dayanağının kanıtlanması mükellefiyeti davacı da olduğu halde, davalı tarafa davacıya yemin teklifi hakkı hatırlatılması ve yeminin icrası ve buna göre sonuca gidilmesi usul, yasaya ve yönetime aykırı olmuştur.⁶³

Eser sözleşmelerinin ispatında, yüklenicinin tek taraflı düzenlediği fatura akdi ilişkinin varlığını tek başına ispata yeterli değildir. Yani bu durumda da sözleşmenin varlığını iddia eden taraf sözleşmeyi yazılı delillerle ispat etmelidir. Yargıtay bir kararında bu durumu şöyle belirtmiştir. “Davalı cevabında akdi ilişkiyi inkâr etmiştir. Akdi ilişkinin varlığını ispat yükü bu akdi ilişkiye dayanarak alacak talebinde bulunan davacı yüklenici şirkete aittir. Davacı şirket davada davalıya ait villanın bir kısım kaba inşaat işlerini yaptığını iddia etmişse de her iki tarafın imzalarını içerir yazılı bir sözleşme ibraz edememiş, delil olarak fatura, ihtar, dava dışı site yönetimi kayıtları, davacı şirket hakkında vergi dairesi görevlilerince düzenlenen tutanak, icra dosyası, keşif, fotoğraflar, tanık ifadeleri ve diğer delillere dayanmıştır. Davacı şirket tarafından yapıldığı iddia olunan işlerle ilgili olarak düzenlenen ve davalıya gönderilen 11.09.2006 tarihli 60979 sayılı 32.302,50 TL bedelli irsaliyeli faturaya davalı tarafından Beşiktaş 11. Noterliği’nden keşide edilen 19.09.2006 tarih 82690 sayılı ihtarla itiraz edilmiş, itiraz nedeni olarak akdi ilişkinin bulunmadığı, herhangi bir iş yaptırılmadığı ve malzeme satın alınmadığı, faturanın gerçeği yansıtmadığı belirtilmiştir. Davacı şirket tarafından tek yanlı düzenlenen ve davalı tarafından kabul edilmeyip itiraza uğrayan fatura akdi ilişkinin varlığına delil olamaz. Diğer yazılı ve görsel delillerin ise dava konusu inşaatla bir ilişkisi saptanamadığı gibi, davalının imzasını içermediğinden davalı yönünden bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. İçerikleri itibarıyla bu delillerden akdi ilişkinin varlığı yönünde bir sonuca da varılamamaktadır. 1086 Sayılı HUMK’nın 288 ve 289, 6100 Sayılı HMK’nın 200. maddelerine göre 2006 yılı itibarıyla 430,00 TL’nin üzerindeki hukuki işlemlerin senetle ispat edilme zorunluluğu olup açıkça muvafakat edilmedikçe tanık dinlenilmesi caiz olmadığından akdi ilişkinin tanık delili ile ispatı mümkün değildir. Davacı 21.07.2008 tarihli dilekçesi ile 5 tanık bildirmiş ise de, tanık dinlenilmesine davalı tarafından açıkça muvafakat edilmediğinden,

⁶³ Y.15.HD., 2011/1849 E, 2011/7658 K. ve 19.12.2011 tarihli kararı.

aksine karşı çıkıldığından usule aykırı olarak dinlenen tanık beyanlarına dayanılarak akdi ilişkinin kanıtlandığı kabul edilemez.⁶⁴

Yüklenicinin düzenlediği faturanın iş sahibi tarafından defterlerine kaydedilmesi ve itiraz edilmemesi durumunda da bu faturaya süresi içinde itiraz edilmemesi de tek başına akdi ilişkinin ispatı için yeterli olmadığı gibi, yalnızca fatura düzenlenip tebliğ edilmesi de yazılı delil başlangıcı olarak da kabul edilemez. Çünkü fatura düzenlenmesi için taraflar arasında akdi ilişkinin bulunması gereklidir. 27.06.2003 tarih, 2001/1 Esas ve 2003/1 Karar Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde de vurgulandığı üzere; TTK ve VUK hükümlerine göre, fatura düzenlenmesi için şu hususlar göz önüne alınmalıdır.

a) Fatura düzenlemesi için öncelikle taraflar arasında akdi bir ilişkinin bulunması gereklidir.

b) Faturayı düzenleyen kişinin TTK'nin 23/II. maddesine göre ticari işletmesi gereği mal satmış, imal etmiş ya da iş görmüş bir tacir olmalıdır. c) TTK'nin 23/II. maddesi hükmü ile faturanın özellikle tacirler arasında ifaya yönelik bir ispat aracı olduğu, süresinde itiraz edilmemekle faturanın zorunlu içeriğinden sayılan hususlar yönünden düzenleyen lehine, adına fatura düzenlenenin aleyhine, bir karine getirilmiştir. Ancak, bu karine, faturanın ispat gücüne yönelik bir düzenlemeyi öngördüğünden, fatura, düzenleyen aleyhine delil olabileceği gibi, tebliğinden itibaren sekiz gün içinde itiraz etmeyen aleyhine de delil olabilecektir.

d) Fatura, sözleşmenin kurulmasıyla ilgili olmayıp, ifasına ilişkin olduğundan; faturanın akdin ifasıyla ilgili olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

e) TTK'nin 23/II. maddesindeki karine, aksi ispat edilebilen adî bir karinedir. Faturaya, anılan yasa hükmü gereğince sekiz gün içinde itiraz edilmesi durumunda fatura kapsamının doğru olduğunu, faturayı düzenleyen tacirin, yasal delillerle ispat etmesi gerekir.

Yasal düzenlemelerden çıkan ve özetle açıklanan bu sonuçlara göre denilebilir ki; TTK'nin 23/II. maddesi gereğince, süresinde itiraz olunmamak suretiyle

⁶⁴ Y.15.HD., 2011/2458 E, 2011/8113 K. ve 30.12.2011 tarihli kararı.

kabul edildiği varsayılan fatura içeriği, ancak sözleşmenin ifa safhasıyla ilgili olarak faturada yer alması olağan sayılan satılan malın cinsi, yapılan işin türü, adedi, bedeli gibi hususlar olabilir. Yoksa fatura başlı başına taraflar arasındaki akdi ilişkiyi ispatlayan bir husus değildir.

1. İspat Şartında Ortaya Çıkan Uyuşmazlıklar

Kural olarak eser sözleşmelerinin herhangi bir şekle bağlı olmadığı, sözlü, adi yazılı veya resmi yazılı şekilde yapılabileceğini yukarıda incelemiştik. İşte bu şekilsizlik ilkesi gereğince taraflar arasında sözlü bir eser sözleşmesi ilişkisi kurulmuşsa bu ilişkiden doğan ihtilaflarda ispat durumu ortaya çıkacaktır. İspat şekli TBK' da değil, HMK'da düzenlenmiştir. Bu bölümde yazılı yapılmayan eser sözleşmelerinin ispatında uygulamada ortaya çıkması muhtemel sorunlar ortaya konmaya çalışılacaktır.

a. Taraflardan Biri Tarafından Eser Sözleşmesi İlişkisinin İnkârı

Tarafların yazılı şekil olmadan sözlü olarak anlaşmaları halinde, eser sözleşmesi ilişkisi inkâr edilebilir. Genel olarak bu durumda eser sözleşmesini inkâr eden yani yüklenici ile anlaşma yapmadığını iddia eden taraf iş sahibidir. İş sahibi, yükleniciyi hiç tanımadığını, ona iş vermediğini, işin başkası tarafından yapıldığını veya sadece ön görüşme yaptıklarını daha sonra sözleşme yapmaktan vazgeçtikleri gibi gerekçelerle sözleşmeyi inkâr edebilir. Bu durumda TMK'nın 6. maddesindeki genel kurala gidilecektir. “ Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür”. Bu durumda akdi ilişkinin varlığını iddia eden taraf bunu HMK m.200 uyarınca ancak yazılı bir delille ispat etmelidir. Yukarıda ispat bahsinde bu durum ayrıntılı olarak incelenmişti.

Sözlü yapılan eser sözleşmesi inkâr edilmiş olsa da, sözleşme miktarı yapıldığı tarihteki miktar ve değeri 2500,00 TL'yi geçmemekte ise, eser sözleşmesinin varlığı tanık beyanlarıyla kanıtlanabilir. Bunun için diğer tarafın muvafakatı da gerekmez (HMK m.200/1). İnkâr edilen eser sözleşmesinin bedeli 2500,00 TL'yi geçmekle birlikte, karşı taraf tanık dinlenmesine muvafakat ederse sözleşmeye dayanan tarafın akdi ilişkiyi tanık beyanları ile ispat etmesi mümkündür (HMK m.200/2).

Yine senetle ispatı gereken durumda eğer yazılı delil başlangıcı varsa sözleşme ilişkisi tanıkla ispat edilebilir (HMK m.202/1). Yazılı delil başlangıcı olabilecek belgeler çeşitli olabilir. Örneğin, iş sahibinin resmi bir kuruluşa verdiği dilekçesinde yüklenici olarak bunu iddia eden tarafın adını vermesi ya da site yönetiminden işyerinde veya evinde inşaat yapılacağını ve bunu yapacak kişinin adının iddia eden taraf olduğunu bildirmesi yazılı delil başlangıcı teşkil edebilir. HMK m.203/1- a,b,c,ç,d,e bentlerinde belirtilen hallerde tanık ile akdi ilişkinin varlığı ispatlanabilir.

Tüm bu ispat vasıtaları ile eser sözleşmesinin varlığı kanıtlanamıyorsa geriye tek bir yol kalmaktadır. O da yemin delilidir. Her durumda eser sözleşmesi ilişkisini iddia eden taraf bunun ispatı için karşı tarafa yemin teklif edebilir. Yeminin icra edilmesi veya edilmemesi durumuna göre ihtilaf sonuçlandırılır. Yargıtay bunu şöyle belirtmektedir. “Uyuşmazlık, Borçlar Kanununun 355. vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisinden kaynaklanmıştır. Bu gibi davalarda akdi ilişkinin varlığının inkârı halinde, bunun yüklenici tarafından kanıtlanması gerekir. HUMK’nın 288. maddesi gereğince de takip konusu miktara göre olayda tanık dinlenmesine olanak yoktur. Somut olayda davalı akdi ilişkiyi inkâr etmiş, davacıdan mal ve hizmet almadığını savunma olarak bildirmiştir. Akdi ilişkinin varlığı iş sahibi tarafından inkâr edildiğinden, bunu yönteminde ispat etme yükü iddia eden davacı yükleniciye düşer. Çünkü eser sözleşmesi bir iş görme sözleşmesi olup yüklenici, bir iş yaptığını ve sözleşmesine, fen ve amacına uygun yapılan bu işin teslim edildiğini ispatla yükümlüdür. Davacı tarafından ibraz edilen mobilya siparişlerine ilişkin belgeler yazılı bir sözleşme olmasa da yazılı delil başlangıcı niteliğinde bulunmaktadır. Davacı bu belgeler ve tanık beyanlarıyla davalı ile arasındaki akdi ilişkinin varlığını ispatlamış bulunmaktadır. Ancak davacı yüklenicinin akdi ilişkiyi ispat etmesi tek başına yeterli olmayıp ayrıca eseri meydana getirerek teslim edildiğini de ispatlaması gerekir. Ancak davacı tarafından ibraz edilen sevk irsaliyesindeki imza davalıya ait bulunmadığından davacı eserin davalıya teslim edildiğini ispat edememiştir. Ne var ki, davacı delil dilekçesinde yemin deliline dayanmıştır. O nedenle davacıya yemin teklifi hakkı hatırlatıl-

malı, istem bunun sonucuna göre hükme bağlanmalıdır.⁶⁵

b. Eser Sözleşmesi İlişkisinin Varlığının Kabulü, Ancak İş Bedelinde Uyuşmazlık

Sözleşmenin her iki tarafı da bu durumunda eser sözleşmesi ilişkini kabul etmektedir. Yani sözleşme ilişkisinin varlığı ihtilafsızdır. İhtilaf, sözleşme bedeline ilişkindir. İhtilaf tüm bedelde olabileceği gibi, birim fiyatlarda da olabilir. Bedel, eser sözleşmesinin temel unsurundan biri olduğundan aynen sözleşmenin varlığının ispatında geçerli kurallar bedelin ispatında da uygulanacaktır. Yani kararlaştırılan bedelin içeriği ve miktarı yazılı delillerle ispatlanmalıdır. Eser sözleşmelerinde bedel, götürü veya yaklaşık ücret olarak kararlaştırılabilir. Taraflardan biri kararlaştırılan bedelin götürü olduğunu iddia ederken, diğer taraf yaklaşık ücret olduğunu iddia edebilir. Bu durumda her iki taraf iddiasını ispat ile yükümlüdür.

İş bedeli taraflarca önceden belirlenmemiş ve yüklenici iş bedelini almaya hak kazanmış ise bu durumda mahkemece yüklenicinin almaya hak kazandığı ücret, TBK'nın 481. maddesi gereğince belirlenmelidir. Bu maddeye göre; "eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir. Bunu hesaplayacak olan iş mahallinde keşif yapmak suretiyle teknik bilirkişilerdir. Yargıtay bunu şöyle belirtmektedir."Taraflar arasındaki uyuşmazlık, BK'nın 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisinden kaynaklanmıştır. Davacı yüklenici, davalı iş sahibidir. Kural olarak yüklenici eseri teslim ettiğini, iş sahibi ödemeyi yaptığını kanıtlamakla yükümlüdür. Taraflar arasında yazılı sözleşme bulunmadığı gibi iş bedeli konusunda uyuşmazlık nedeniyle bedelin BK'nın 366. maddesi hükmünce imalâtın yapıldığı tarihteki piyasa fiyatlarına göre bilirkişice hesaplanmasına ilişkin mahkeme kabulü yerindedir. Davalı iş sahibi 2.500,00 tl ödemeye ilişkin yazılı belge sunmamış, tanık anlatımına dayanmış, kabul edilmediği takdirde davacıya yemin teklifinde bulunmuştur. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 288. maddesinde ödenen bedelin miktarına göre senetle ispatı zorunlu olup mahkemenin

⁶⁵ Y.14. HD., 2012/5478 E, 2012/6442 K. ve 7.5.2012 tarihli kararı.

tanık anlatımına itibarla ödemenin varlığına dair kabulü usul ve yasaya aykırıdır. O halde yapılması gereken iş, davalının ödeme konusunda yemin teklifi gözetilerek davacıya 2.500,00 tl'yi alıp almadığı konusunda yemin ettirilmesi, sonucuna göre hüküm kurulmasından ibarettir. Bu hususlar üzerinde durulmadan hükme varılması usul ve yasaya aykırı olduğundan karar bozulmalıdır.⁶⁶

Mahkemece, iş bedelinin tespiti için mutlaka teknik bilirkişilerin oy ve görüşüne başvurulmalıdır. HMK m.266/1'e göre, mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişilerin oy ve görüşünün alınmasına karar verir". "...tarafların gerek işin niteliği ve gerekse iş bedelini kararlaştırdığı yazılı bir sözleşmeleri yoktur. Dairemizin yerleşik uygulamaları uyarınca bu tür uyuşmazlıklarda işin fenne ve amacına uygun yapıp teslim edildiğini ispat yükleniciye, bedelin ödendiğini ispat yükü ise iş sahibine düşer. Önceden kararlaştırılmış bir bedel de bulunmadığından bunun tutarının da BK'nın 366. maddesi uyarınca işin yapıldığı yıl mahalli rayiçlerine göre bilirkişiye hesaplattırılması gerekir. ... mahkemece, taraflar arasında çelişmenin yukarıda çizilen çerçevede yapılacak araştırma ve incelemeyle giderilmesi zorunludur. Davada, özellikle keşif (HUMK m.363.vd.) ve bilirkişi incelemesi (HMK m.275) yapılmadan çekişme sona erdirilemez. O halde, yerinde keşif yapılarak bilirkişiye işin yapıldığı yıl mahalli rayiçlerine göre iş bedelinin ne olduğu hesaplattırılmalıdır.⁶⁷

Teknik bilirkişiler bu hesaplamayı işin yapıldığı yer ve zamana göre eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakarak hesaplayacaktır. Bilirkişilerin mesleki kuruluşların asgari ücret tarifelerinden ve Bayındırlık birim fiyat listelerinden yararlanmaları mümkün ise de hesaplama salt bunlar üzerinden yapılamaz. Bilirkişiler bunları göz önüne alarak işin piyasa fiyatını hesaplamaları gerekir. Fakat hiçbir zaman bayındırlık birim fiyatları işin mahalli piyasa rayiçlerinin karşılığı değildir. Hesaplanacak bu bedelin içinde yüklenici karı dâhildir.

Taraflardan biri iş bedelinin götürü bedel olarak kararlaştırıldığını iddia ediyorsa, bu iddiasını yazılı bir belge ile kanıtlamalıdır. Eğer götürü bedel iddiası kanıtlanamaz ise, işin bedeli TBK m.481'deki esaslar çerçevesinde yapılacaktır.

⁶⁶ Y.15 HD., 2012/1911E, 2012/2716 K. ve 19.4.2012 tarihli kararı.

⁶⁷ Y.15. HD, 11.11.2002 tarih ve 3557/5031 E-K sayılı kararı.

Eğer iş bedelinin götürü bedel olarak kararlaştırıldığı ispat edilirse durum ne olacaktır. Götürü bedel TBK'nın 480. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, yüklenici iş kararlaştırılan bu götürü bedel üzerinden yapmakla yükümlüdür. Uygulamada özellikle kırsal kesimde, "kabala, toptan" gibi ifadeler götürü bedeli ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu şekilde işin götürü bedelli olduğu ispat edildiği durumlarda yüklenicini hak ettiği iş bedeli, "fiziki oran" yöntemiyle belirlenmelidir. Bu yöntemeye göre yüklenicinin hak ettiği iş bedeli, eksik veya ayıp varsa eksiklerin tüm işe oranlaması suretiyle yapılan işin bulunması suretiyle olmaktadır. Yargıtay uygulamalarında bu durum istikrar kazanmıştır. "..Üç sözleşmede bu haliyle 818 sayılı Borçlar Kanununun 365. maddesinde tanımlanan "götürü bedelli" sözleşmedir. Götürü bedelli işlerde, yüklenicinin hak ettiği iş bedelinin saptanması ya da iş sahibinin ödemesinin fazla olup olmadığının belirlenmesi için gerçekleştirilen imalatın eksik ve kusurlar da dikkate alınarak tüm işe oranının tespiti, bulunacak bu oranın toplam iş bedeline uygulanarak hak edilen bedelin saptanması ve bulunacak bu rakamdan kanıtlanan ödemeler düşülerek hesaplanması gerekmektedir.⁶⁸

Taraflar arasındaki eser sözleşmesi ilişkisi ispat edildiği durumlarda, kural olarak yapılan işin yüklenici tarafından yapıldığı kabul edilmelidir. Bunun aksini iddia eden iş sahibi ispat etmelidir. "Davalı iş sahibi, inşaatın yarım bırakılarak terk edildiğini ve işin başka bir başkasına yaptırıldığını savunmuş ise de, bu konuda bir tespiti bulunmadığından ve eser ikmal edilmiş olduğundan kural gereği işin yüklenici tarafından bitirildiğinin kabulü gerekir. Dairemizin süregelen içtihatlarına göre, bu olgunun aksi tanık sözleriyle kanıtlanamaz.⁶⁹

Taraflar arasındaki götürü bedel ispatlanmış olmakla birlikte, eser sözleşmesinde yer almayan bazı ilaveler yapılarak eser meydana getirilmişse yüklenici bu ilave işler bedelini vekâletsiz iş görme hükümlerine göre isteyebilir (TBK m.526). Bu maddeye göre; vekâleti olmaksızın başkasının hesabına iş gören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekte yükümlüdür. Yargıtay, bu durumu şöyle belirtmiştir. ".. Oysaki davacının sözleşme dışı olarak inşaatta yapmış olduğu munzam işlerden dolayı vekâleti

⁶⁸ Y.15 HD. 2013/3891E, 2014/3365 K. ve 15.5.2014 tarihli kararı.

⁶⁹ Y.15. HD., 2001/4758 E, 2002/653 K. ve 11.2.2002 tarihli kararı.

olmadan başkası hesabına tasarruf hükümlerine yani BK'nın 410 ve müteakip maddelerine göre, iş sahibinin menfaati için yapılmış olan bir işte yapan kimsenin hal ve icabına nazaran zaruri veya faydalı bulunan bütün masraflarını faizi ile edaya ve bu kabil taahhütleri ifaya iş sahibinin mecbur olduğu kabul edilmiştir. Binaenaleyh, davacının bu inşaata yapmış olduğu munzam işler tutarını, belirtilen kanuni hükümler uyarınca davalı işveren için faydalı ve zaruri masraf niteliğinde olan masraflarını, davalı işverenin, bu masrafların yapılmasına rıza ve muvafakati bulunmadığı sabit olsa bile, davalı işverenden istemeye hakkı vardır.⁷⁰

c. Sözleşmenin Belli Koşullarında Uyuşmazlık

Tarafların iradeleri eser sözleşmesinin varlığı ve bedeli konusunda uyuşmakla birlikte, sözleşmenin belli şartlarında taraflar arasında ihtilaf çıkabilir. Örneğin, sözlü olarak yapılan sözleşmede geç teslim halinde cezai şart kararlaştırıldığı ileri sürülebilir. Burada da TMK m.6 düzenlemesi gereğince sözleşmenin taraflarından her biri iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Fakat burada iddia edilen ve sözleşmede bulunduğu ileri sürülen hükmün kapsamına bakılmalıdır. Sözleşmenin tali derecede kısmına ilişkin bir hükmün varlığı iddia edilmişse, örneğin, kullanılacak malzemenin niteliği, eserin teslim tarihi, pencerelerin pvc olması gibi hususlarda, bunu iddia eden tarafın bu iddiasını her türlü delille ispatlaması mümkündür. Yazılı delille ispat kuralını, sözleşmenin esaslı unsurlarıyla sınırlı tutmak daha adil bir çözüm olacaktır.

III. ESER SÖZLEŞMELERİN TADİLİNDE ŞEKİL

Tarafların iradelerinin uyuştığı sözleşmelerde daha sonra taraf düşüncelerinin veya şartların değişmesi gibi nedenlerle taraflar sözleşmede tadil yapmak isteyebilirler. Tadil, sözleşmenin esaslı unsurlarında olabileceği gibi, ikinci derecedeki tali unsurlarında da olabilir. Aşağıdaki bölümlerde değişik şekilde düzenlenen eser sözleşmelerindeki tadil şekilleri üzerinde durulacaktır.

A. Şekle Tabi Olmayan Eser Sözleşmelerinin Tadilinde Şekil

Şekle tabi olmayan eser sözleşmesi taraflarca adi yazılı şekilde yapılmışsa,

⁷⁰ Y.15.HD., 23.4.1982 tarih ve 676/955 esas - karar sayılı karar.

hiçbir şekle tabi olmaksızın hatta örtülü bir anlaşma ile değiştirilebilir.⁷¹ Belli bir şekilde yapılması kanunla öngörülmeyen eser sözleşmelerinde sözleşme değişikliği için kural olarak belli bir şekilde yapılma zorunluluğu bulunmama ile birlikte bunun ispatı ileriki aşamada ihtilaf halinde ispat zorunluluğu doğuracağından yazılı olarak yapılması ispat kolaylığı sağlayacaktır. Çünkü asıl sözleşmede taraf iradeleri uyduğundan geçerli olmakla birlikte, değişikliğin inkârı halinde tadil sözleşmesinin varlığı da kural olarak yazılı delille ispatlanacaktır. Diğer bir anlatımla tanıkla ispatı mümkün değildir.

TBK'nın 13/1 maddesine göre, kanunun adi yazılı şekle tabi tuttuğu bir sözleşmede yapılacak değişiklik için de aynı şekle uyulması gerekir. Ancak değişiklik, sözleşmeden doğan borçların kısmen veya tamamen ortadan kaldırılmasından ibaretse, durum TBK m.132'deki ibra hükümlerine tabidir ve hiçbir şekle bağlı değildir.⁷² Yine sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı nitelikteki hükümler bu esasa tabi değildir. TBK'nın adi yazılı şekil için öngördüğü bu hükümler resmi şekle tabi sözleşmelerde de uygulanacağı TBK m.13/2 gereğince kabul edilmiştir.

B. Şekle Tabi Olan Eser Sözleşmelerinin Tadilinde Şekil

Eser sözleşmeleri kural olarak bir şekle bağlı tutulmamış olduğundan, sözleşme taraflarının sonradan yapacakları değişikliklerde şekle tabi olmayacaktır. Ancak kanun tarafından bir şekle bağlı olarak yapılmaları öngörülmüş olan bazı eser sözleşmelerinde, tarafların sözleşmenin esaslı noktalarında değişiklik yapmak istemeleri durumunda da öngörülen şekle uyulması bir zorunluluktur.⁷³ Belli bir şekilde yapılması gereken eser sözleşmelerinde, sözleşmenin esaslı unsurlarında değil de yan noktalara ilişkin olan ve tarafların yükümlülüklerini artırmayan değişiklikler için şekil şartına uyulması gerekli değildir. Bu durum TBK m.13/2'de, "ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır" denilmek suretiyle belirtilmiştir.

Şekle tabi arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerine gelince; bu söz-

⁷¹ Öz, s.16.

⁷² Oguzman - Öz, s.156.

⁷³ Büyükkay, Yusuf, Eser Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara - 2012,s.54.

leşmelerin geçerliliği resmi şekle yani düzenleme biçiminde noterde veya tapu sicil müdürlüğünde yapılmasına bağlanmış olduğundan, bu sözleşmelerde yapılacak tadil sözleşmeleri de resmi biçimde yapılmalıdır. Bu kurala uyulmayan değişiklikler geçersizdir. Yargıtay, bir kararında bu durumu şöyle belirtmiştir. “818 Sayılı Borçlar Kanunu’nun 12. maddesinde kanunen yazılı olması gereken bir sözleşmenin değiştirilmesinin de yazılı yapılması gerektiği düzenlenmiş, esas sözleşmeyi bozmayan ve değiştirmeyen değişiklikler bu şekil koşulunun dışında tutulmuştur. Bu düzenleme kanunen adî yazılı yapılması gerekli sözleşmelerle ilgili yapılmış ise de Dairemiz uygulamaları ve doktrinde sözkonusu madde hükmünün resmi şekilde yapılan sözleşmesinde kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir. Buna göre dayanak arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinde resmi şekil geçerlilik şartı olduğu ve noterde düzenleme şeklinde yapıldığı, bu sözleşmenin 14. maddesindeki gecikme tazminatı 19.04.2006 tarihli ek sözleşme ile yüklenici aleyhine 200 DM olarak değiştirilmiş ise de tadil eden ek sözleşme ile yüklenicinin durumu ağırlaştırdığı ve adî yazılı şekilde yapıldığından geçersizdir. Arsa sahibi bu ek sözleşmedeki geçersiz olan gecikme tazminatını isteyemez.”⁷⁴

Yargıtay bu şekilde yapılmayan sözleşmelerin geçersiz olduğunu ısrarla vurgulamaktadır. “Taraflar arasında 22.4.1989 tarihli sözleşme, usulüne uygun biçimde BK.213, MK.634, Tapu Kanununun 26 ve Noterlik Kanununun 60. maddesi uyarınca noterde düzenleme biçiminde yapılmış olup, geçerli bu sözleşmeyi değiştiren ve şartlarını ağırlaştırıcı nitelikte olan 15.10.1989 günlü sözleşmenin aynı biçimde yapılmaması nedeniyle BK. 12. maddesi uyarınca geçersiz bulunduğu ihtilafsızdır. Bu nedenle ve esasen bu sözleşmeye sonradan yapılan eklemeler yüzünden sözleşmede yer alan hükümlerin ve paylaşım şeklinin tarafları bağlamadığı da ortadadır. Bu sebeple, ihtilafın çözümünde, asıl sözleşmede yer alan %50 paylaşımının esas alınması ve bölüşümün buna göre yapılması gerekmektedir.”⁷⁵ Buna karşılık arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin yapacağı inşaata ilişkin hükümlerin değiştirilmesi resmi şekle tabi değildir.

⁷⁴ Y.15. HD., 2012/2974 E, 2012/6453 K. ve 15.10.2012 tarihli kararı.

⁷⁵ Y.15.HD., 26.03.1998 tarih, 5680/1231E-K. sayılı karar.

Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde tadilat kapsamında kalıp resmi şekilde yapılması gereken değişiklikler; tarafların paylaşım oranının değiştirilmesi, inşaatın teslim tarihinin değiştirilmesi, cezai şart getiren veya var olan cezai şartı artırma gibi sözleşmenin esaslı unsurlarındaki değişikliklerdir. Diğer yandan resmi biçimde yapılması gerekmeyen değişiklikler Yargıtay tarafından şu şekilde gösterilmiştir. "...sözleşmenin tadilinden maksat; tarafların ana sözleşmeyle yükümlendikleri borçları ağırlaştırarak değişikliklerdir. Bu nitelikte olmayan, yani sözleşmeyi bozmayan ve değiştirmeyen feri ve mütemmim koşulların resmi biçimde yapılma zorunluluğu yoktur."⁷⁶

Diğer taraftan 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa tabi eser sözleşmelerinin noterde onaylanma zorunluluğu bulunduğundan bu sözleşmelerde yapılacak değişikliklerin yine noterde onaylama suretiyle yapılması gerekir. Ancak bu kanuna tabi sözleşmelerin sınırsız olarak değiştirilmesi de mümkün değildir. Bunu sınırlayan iki düzenleme mevcuttur. Bunlardan birisi aynı Kanunun 63. maddesi ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin 47. maddesidir. Devlet İhale Kanununun 63. maddesinde; "Yapım işlerine ait bir sözleşmenin uygulanması sırasında keşif ve sözleşmede öngörülmemiş iş artışı veya eksilişi zorunlu hale gelirse, yüklenici, keşif bedelinin %30 oranına kadar olan değişikliği, süre hariç, sözleşme ve şartnamesindeki hükümler dairesinde yapmakla yükümlüdür. Yine BİGŞ'nin 47. maddesinde ise, müteahhit ile idarenin Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde karşılıklı anlaşması veya 2886 sayılı Kanununun 63. maddesinde açıklanan iş miktarının artma veya eksilmesi veya Bakanlar Kurulunca tasfiyeye imkan veren kararname çıkarılması durumunda sözleşme tasfiye edilir." Bu iki düzenlemeden ortaya çıkan sonuç; bu kanuna tabi eser sözleşmelerinde değişiklik yapma ancak keşif bedelinin %30 undan fazla olmamak şartıyla mümkündür. Bu oranı aşan durumlarda sözleşme sonlandırılabilir.

Yargıtay uygulamalarında bu kurallar içinde yapılan sözleşme değişiklikleri geçerli sayılmakta ve bu kısmı aşan kısmın yapılmış ve teslim edilmiş olduğu durumlarda da yapılan iş bedelinin ise vekâletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde ödenmesi kabul edilmektedir. Yargıtay bir kararında bu durumu şöyle

⁷⁶ Y.15.HD, 2004/4510 E, 2005/1405 K. ve 14.3.2005 tarihli kararı.

belirtmektedir.“Yanlar arasındaki sözleşme, 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleriyle 29.08.1984 tarih ve 84/8520 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi hükümlerine tâbidir. Devlet İhale Kanunu’nun 63 ve Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi’nin 19. maddesi hükümlerinde iş miktarında artma veya eksilme halinde uygulanması gereken kurallar gösterilmiştir. Anılan yasa ve şartname hükümleri gereğince, yapım işlerine ilişkin bir sözleşmenin uygulanması sırasında keşif ve sözleşmede öngörülmemiş olan iş artışı veya eksikliği zorunlu hale gelirse; yüklenici, keşif bedelinin %30’una kadar olan değişiklikleri sözleşme ve şartnamesindeki hükümler çerçevesinde süre hariç yapmakla yükümlüdür. Keşif bedeli artışının %30’dan fazla olması halinde kural olarak, sözleşme bozulur. Ancak %30 oranındaki fazla artış; temel, tünel vb. işlerle doğal afetler gibi nedenlerden ileri gelmişse, idarenin isteği, yüklenicinin kabulü ve ilgili Bakan’ın veya 1. derece ita amirinin onayı ile süre hariç, aynı sözleşme ve şartname hükümleri çerçevesinde %30’u geçen işlerde aynı yükleniciye yaptırılabilir. Oysa toplanan tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde; uyuşmazlık konusu olan keşif artışı, 2886 sayılı Yasanın 63/III ve Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi’nin 19/III. maddelerinde gösterilen sebeplerden kaynaklanmadığı sonucuna varılmaktadır. Bu sebeple, uyuşmazlık konusu olan keşif artışı “sözleşme dışı iş” sayılır. Sözleşme dışı işlere yanlar arasındaki sözleşme hükümleri uygulanamaz. Bu hukuksal sebeple de, sözleşme dışı iş nedeniyle yanlar arasında doğan uyuşmazlık sözleşmeye müdahale ya da sataşma sayılamaz. Sözleşme dışı iş yapılmış ise bedeli BK’nın 413 ve izleyen maddelerinde düzenlenen vekâletsiz iş görme kuralları uyarınca, işin yapıldığı zamandaki serbest piyasa koşullarına göre uzman bilirkişi aracılığıyla yaptırılacak inceleme sonucu mahkemece saptanabilir.⁷⁷

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa giren eser sözleşmelerinde ise, sonradan değişiklik yapılabilmesi için, ancak 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 15. maddesindeki usuller ışığında yapılabilir. 4735 sayılı kanun, Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirlemektedir. Bu madde, “Sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin

⁷⁷ Y.15. HD, 2009/3839 E, 2010/4574 K. ve 16.9.2010 tarihli kararı.

karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, aşağıda belirtilen hususlarda sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir; a) İşin yapılma veya teslim yeri. b) İşin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları". İdare ancak bu iki şart aynı anda gerçekleştiği durumlarda yazılı sözleşme ile değişiklik yapabilecektir.

C. İradi Olarak Şekil Şartı Getirilen Eser Sözleşmelerinin Tadilinde Şekil

Tarafların anlaşması gereği bir şekle tabi olarak yapılmış bir sözleşmede değişiklik yapılması için aynı şekilde yapılması zorunluluğu yoktur. TBK m.13 iradi şekli kapsamaz.⁷⁸ Aksi görüşü savunan bir yazar, tarafların iradeleri ile şekle bağlanan eser sözleşmelerinde değişiklik yapılmasına ilişkin ve tarafların borçlarını artıran veya esaslı noktalarına ilişkin değişikliklerin de şekle bağlı olarak yapılması, kanunun düzenleme amacına daha uygun olacağını belirtmektedir.⁷⁹

Taraflar, bir sözleşmeyi yazılı şekilde yapmayı kararlaştırsalar bile, bunu yazılı şekle uymadan değiştirebilirler.⁸⁰ Fakat taraflar isterlerse değişiklik anlaşmasını da bir şekle tabi tutabilirler. Bu değişiklik anlaşmasında da şekle uyulması gerekir. Bu şekle uyulmaksızın yapılan değişiklikler kural olarak geçersiz sayılacaktır. Ancak iradi şekil şartını taraflar her zaman anlaşarak kaldırabileceklerinden, önce bu şekil zorunluluğunu kaldırıp sonra sözleşmeyi bu şekle uymadan değiştirdikleri kabul edilirse, değişiklik yine de geçerli olacaktır.⁸¹

Eser sözleşmesinde tarafların tümünün veya birinin borcunun ibrası halinde yani TBK m.132 kapsamında bunun bir şekle tabi olup olmayacağı hususu incelenmelidir. TBK m.132'de, borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir" hükmü getirilmiştir. Diğer bir anlatımla, sözleşmeden doğan borçların tamamen veya kısmen ortadan kaldırılması şeklinde bir değişiklik yapılacaksa, bu durum ibradır ve hiçbir şekle tabi olmadan yapılabilir. Sözleşme kanunen şekle

⁷⁸ Oguzman - Öz, s.163.

⁷⁹ Büyükkay, s.56.

⁸⁰ Eren, s.287.

⁸¹ Öz, s.16.

tabi bir eser sözleşmesi veya taraflarca iradi olarak şekli tabi kılınmış olsa bile, her zaman hiçbir şekle tabi olmadan taraflarca ortadan kaldırılabılır.

IV. ŞEKLE UYULMAMASININ SONUÇLARI

Tüm sözleşmelerde olduğu gibi eser sözleşmelerinde de şeklin amacı, tarafların birinin veya tamamının ya da üçüncü kişilerin korunması amacını taşıdığından eğer kanun, bir eser sözleşmesi için şekil şartı getirilmişse sözleşmenin öngörülen şekilde yapılması gerekir. Çünkü kanunun öngördüğü şekle uygun olarak yapılmayan bir sözleşme, geçerli değildir. TBK m.12/2 uyarınca, “Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklindedir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz. Bu hükme göre, kendisi için öngörülen şekle uyulmadan yapılan eser sözleşmeleri geçersiz kabul edilecektir.”⁸² TBK yürürlüğe girmeden önceki BK m.11/2 düzenlemesi ifade tarzı nedeniyle şekle aykırılık halinde sözleşmelerin akıbetinin ne olacağı hakkında çeşitli görüşler mevcuttu. Bunlar; butlan, kendine özgü geçersizlik görüşü, yokluk görüşü, eksik borç görüşü, fiili sözleşme görüşüdür.⁸³ Türk doktrin ve uygulamasında hâkim olan görüş, butlan görüşüdür. Bu görüşe göre, söz konusu geçersizlikten kural olarak butlan müeyyidesini anlamak gerekir. Şekil eksikliği sebebiyle batıl olan sözleşme, başından itibaren hüküm ve sonuç, özellikle borç ve hak doğurmayacaktır. Hâkim, sağlık kazanması mümkün olmayan şekil noksanlığını, dosyada gördüğü zaman yargılamanın her safhasında taraflar ileri sürmeseler bile göz önüne almak zorundadır.⁸⁴ Bu hükümsüzlük zamanının geçmesiyle veya icazet ile ortadan kalkmaz, herkes tarafından ileri sürülebilir ve hâkim tarafından kendiliğinden göz önüne alınması gerekir. Böyle bir sözleşmenin üzerinden belli bir zaman geçmesi ile sözleşme geçerli hale gelmez.

Geçersiz bir sözleşmeye dayanarak sözleşmenin bir tarafı diğer taraftan sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesini diğer bir ifade ile ifayı isteyemez. Yargıtay’ a göre, ...geçersiz bir sözleşmeyi ifadan kaçınmak, kural olarak ahlaka

⁸² Eren, s.289.

⁸³ Eren, s.290 - 295 arası.

⁸⁴ Eren, s.289, Altaş, Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara-1998, s.104.

aykırılık teşkil etmez, ifa edilmeyen edimlerin ifası istenemez ve karşı tarafın iyi niyeti göz önünde tutulamaz.⁸⁵

A. Geçersiz Bir Eser Sözleşmesinde Tarafların Talep Hakları

Taraflar arasındaki eser sözleşmesi şekle uyulmaması nedeniyle geçersiz olunca, taraflar bu sözleşmeye dayanarak ifa isteyemeyeceklerdir. Ancak taraflar bu sözleşme ile birbirlerine verdiklerini TBK m.77 'de düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri alabilirler. Bu madde de, "haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür. Bu yükümlülük, özellikle zenginleşmenin geçerli olmayan veya gerçekleşmemiş ya da sona ermiş bir sebebe dayanması durumunda doğmuş olur" demek suretiyle geçerli olmayan sözleşme nedeniyle tarafların malvarlıklarındaki artışın iade edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Burada iş sahibinin isteyebileceği şey, ödediği avans, yüklenicinin ise, bir kısım imalat yapmış ise onun bedeli, inşaat sahasındaki malzemeleri vs. şeylerdir.

Uygulamada bu durum en çok eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde ortaya çıkmaktadır. Sözleşmenin daha sonra geçersiz olduğu anlaşıldığında, iki tarafta verdiklerini geri alabilecektir. Arsa sahibi pay devri yapmış ise bunu (burada bu payların üçüncü kişilere devrinin bir önemi yoktur), yüklenici ise, proje çizim ücreti, ruhsat harcı ya da yapmış olduğu inşaatın bedelini talep edebilir. Ancak burada önemli olan husus, yapılan inşaatın yasal olması, imara aykırı olmaması ve işin arsa sahibinin işine yarayacak olması gerekir. Çizilen projenin uygulanabilirliği yoksa inşaat kaçak ise bunların bedelleri istenemez. Çünkü kaçak bir yapının ekonomik değeri yoktur, ancak yıkım kararı alınabilir. Diğer bir ifade ile sözleşmenin geçersizliği durumunda doktrinde sözleşmeye güvenden doğan zararlar olarak kabul edilen menfi zararların tazmini gerekir. Bu nedenle olumlu zarar sayılan, cezai şart, gecikme tazminatı, yüklenici karı gibi kalemler istenemez. Taraflarca kararlaştırılmış olsa dahi geçersiz bir sözleşmede cezai şartın istenmesi müm-

⁸⁵ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 30.9.1988 tarih ve 1987/2 E, 1988/2 K. sayılı kararı.

kün değildir. “.. somut olayda taraflar arasında tarihsiz adi yazılı şekilde eser sözleşmesi yapılmıştır. Davacı taşeron yapılmış olan bu sözleşme hükümleri uyarınca yapmış olduğu işin bedeli ile sözleşmede belirtilen cezai şartın tahsilini istemiştir. Oysa sözleşmede iş bedelinin inşaatın yapıldığı 3 parseldeki 9 nolu bağımsız bölümün tapusunun taşeronu devredilmesi suretiyle ödeneceği belirtildiğinden, resmi şekilde yapılmamış olan bu sözleşmede yer alan cezai şartın tahsili de istenemez. Bu sebeple davacı taşeronun geçersiz olarak yapılmış bir sözleşmeye dayanarak istemiş olduğu cezai şartın tahsili talebinin reddi gerekirken, kısmen kabulü doğru olmamış kararın bozulması gerekmiştir.⁸⁶

Yargıtay’ın istikrar kazanan uygulamaları bu yöndedir. “....anılan yasa hükümleri buyurucu nitelikte olduğuna göre, hilafına yapılan sözleşmelerin BK m.19 hükmünce geçersiz sayılmaları gerekir. Geçersiz sözleşmeye dayanılarak cezai şart ve tazminat istenemez. Geçersiz sözleşmeyi uygulayan tarafın uğradığı menfi zararlarını haksız iktisap hükümleri çerçevesinde diğer taraftan istemeye hakkı vardır. O halde mahkemece kira parasından ayrı olarak davacının gerek tapu intikal işlemi, gerekse imar harcamaları ile proje bedellerinin rayiç değerleri hesap ettirilerek ödetilmesine karar verilmesi gerekir.⁸⁷ Geçersiz sözleşmeye dayanılarak sebepsiz zenginleşmeye dayalı menfi zararların hesabında, işin yapıldığı yıl piyasa rayiçlerine göre hesaplama yapılmalıdır.

Geçersiz bir eser sözleşmesinin kural olarak dava yoluyla feshi istenemez. Çünkü fesih ancak geçerli sözleşmeler için söz konusu olur. Fakat Yargıtay bu durumda açılan fesih davasının bir “sözleşmenin geçersizliğinin tespiti” olarak hükme bağlanması gerektiği görüşündedir.⁸⁸

Şekil noksanlığı nedeniyle geçersiz bir sözleşmede TBK m.97 uyarınca ödemelik defi hükümleri uygulanabilir mi? Geçersiz eser sözleşmelerindeki karşılıklı iade taleplerine TBK m.97 hükmünün kıyasen uygulanması mümkündür.⁸⁹ Bu durumda, geçersiz sözleşmede kendisinden iade istenen taraf diğeri iade borcunu yerine getirinceye kadar “ödemelik defi” ileri sürerek ifadan kaçına-

⁸⁶ Y.15. HD., 2013/4302 E, 2013/186K., ve 28.04.2014 tarihli kararı.

⁸⁷ Y.15. HD. 5.2.1990 tarih, 2433-361E-K, sayılı kararı, aynı yönde, 14.3.1989 tarih ve 2713/1245 E-K, sayılı kararı.

⁸⁸ Y.15. HD., 2953 -4871 E- K., ve 30.10.2001 tarihli kararı.

⁸⁹ Öz, s.32.

bilir. Örneğin, geçersiz sözleşme nedeniyle iş sahibi, verdiği avansı yüklenici iade edene kadar yüklenicinin malzemelerini iadeden kaçınabilir.

B. Taraflarca Sözleşmenin Geçersizliğinin İleri Sürülememesi

Kanunda aranan şekle uyulmadan yapılan eser sözleşmelerin geçersiz olduğunu belirtmiştik. Ancak bazı durumlarda bu geçersizlik ileri sürülemez. Bu durumlar; şekle aykırılık sebebiyle geçersizliğin ileri sürülememesi, geçersizliğin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil etmesi ve geçersizliğe kusuruyla sebep olan tarafın geçersizliği ileri sürememesi durumudur.

1. Geçersizliği İleri Sürmenin Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılık Teşkil Etmesi

TMK m.2'e göre, "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz". Şekil eksikliği sebebiyle sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesinin TMK m.2'ye göre, dürüstlük kuralına aykırılık ve hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesi durumunda, geçersizlik ileri sürülemeyecektir. Bu durumda sözleşme geçerliymiş gibi sonuç doğurur.⁹⁰ TMK m.2'de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağının amacı, hâkime özel ve istisnai hallerde (adalete uygun düşecek şekilde) hüküm verme imkânı sağlamaktır.⁹¹

Şekil eksikliğin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmediği ve hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyıp taşımadığının her somut olayda başlı başına incelenmesi gerekir. Sözleşme şekle uyulmadan yapılmış olmakla birlikte, sözleşmenin tarafları edimlerini yerine getirmişlerse, sonradan taraflardan birinin sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürerek ediminin iadesini istemesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Yargıtay'ın istikrar kazanmış kararlarına göre, sözleşme geçersiz olsa dahi taraflar edimlerini yerine getirmesi halinde artık sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemez. "Yanlar arasında imzalanmış 31.10.2005 tarihli özel protokoldür başlıklı ve arsa payı karşılığı inşaat yapımı sözleşmesi ve arsa payı satışına ilişkin sözleşme BK'nın 213, TMK'nın 706, Tapu

⁹⁰ Oğuzman - Öz, s.159.

⁹¹ YİBGK, 25.1.1984 Tarih ve 3/1 sayılı kararı.

Kanunu'nun 60 ve Noterlik Kanunu'nun 26. maddeleri uyarınca resmi şekilde yapılmadığından geçersiz ise de 25.01.1984 gün ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında da ifade edildiği üzere bu sözleşmenin yapılmasından sonra tapuda pay devri yapılarak arsa sahibi edimini ifa ettiğinden sözleşme geçerli hale gelmiştir. Bundan sonra sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek TMK'nın 2. maddesi uyarınca hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğundan kabul edilemez.⁹²

Yargıtay uygulamalarında hakkın kötüye kullanılması ilkesi çokça kullanılan bir ilkedir. "26.06.1994 tarihli ve "Gayrimenkul arsaya, inşaat yapma anlaşması" başlıklı davacılar ile davalıların murisi Emine Ün arasında imzalanan sözleşmeyle, yükleniciler arsa sahibine ait taşınmaz üzerinde kat karşılığı inşaat yapımını üstlenmişlerdir. Sözleşme tapuda pay devrini de içerdiğinden, BK'nın 213, TMK'nın 706, Tapu Kanunu'nun 26 ve Noterlik Kanunu'nun 60. maddeleri gereğince resmi şekilde yapılmadığından geçersiz ise de, hükme esas alınan bilirkişi raporuna göre inşaat %97 oranında tamamlanmış olduğu ve inşaatın getirildiği bu seviye itibarıyla geçersizliğini ileri sürmek 30.09.1988 gün 1987/2-1988/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararı uyarınca hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacağından sözleşme geçerli hale gelmiştir. Ancak sözleşme gereği yüklenicinin arsa payına hak kazanabilmesi için inşaat sözleşme ve ekleri, tasdikli ruhsat ve projesine göre tamamlayıp teslim etmesi zorunludur. Somut olayda inşaat %97 seviyesinde ve büyük oranda tamamlanmış ise de %3 oranında eksik bırakıldığı ve yüklenicilerin edimlerini kısmen ifa etmedikleri anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece öncelikle yüklenicilere, bilirkişi raporunda belirlenen iki cephenin sıvası, boyası ile kanalizasyon bağlantısının uygun tarzda yapılması konusundaki eksikleri gidermek üzere makul süre ve yetki verilerek bunların tamamlattırılması, tamamlanmaması halinde hükme esas raporu veren inşaat bilirkişisinden hükme en yakın tarih itibarıyla bu eksikliklerin giderilme bedeli konusunda rapor alınıp, raporda belirlenecek miktarın arsa paylarına isabet eden kısmının davalılara ödenmek üzere mahkemece vizesine depo ettirildikten sonra BK'nın 81. maddesi hükmünce birlikte ifa suretiyle tapu iptâli ve tescil talebinin kabulüne karar

⁹² Y.15. HD.; 2007/1023 E, 2008/545 K ve 30.1.2008 tarihli kararı.

verilmesi gerekirken bu husus gözden kaçırılarak kabul kararı verilmesi doğru görülmemiş, bozulması uygun bulunmuştur.⁹³ Bu kararda da görüldüğü üzere, yüklenicinin inşaatı %97 oranında tamamlaması edimini büyük oranda yerine getirmesidir. Arsa sahibinin bu aşamada arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir.

Yargıtay kararlarında; edimlerin ifa edilmesini, şekil noksanlığına ileri süren tarafın sebep olması, vs. nedenler hakkın kötüye kullanılması kabul edilmektedir. Ancak hangi durumda şekilsizliğin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılacağı her olayda hâkim tarafından takdir edilmelidir. Özellikle arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde, sözleşmenin adi yazılı olarak veya sözlü olarak yapılması halinde arsa sahibinin tapu payı devri yapması veya yüklenicinin %90 oranında inşaatı yapmış olması durumunda tarafların başa dönerek sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmeleri dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder ve mahkemece şekilsizlik nedeniyle geçersizlik iddiası dinlenmez.

2. Geçersizliğe Sebep Olan Tarafın Geçersizliği İleri Sürememesi

Şekil noksanlığına, karşı tarafı aldatarak veya bu noksanlığı bilerek kasten sebep olan taraf, daha sonra bu noksanlığa dayanarak sözleşmenin butlanını ileri süremez. Zira bu durumda şekil noksanlığını ileri sürmek hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur. Esasen böyle bir halde, aldatılan taraf, TBK m.49'a göre şekil noksanlığı sebebiyle uğradığı zararın tazminini de isteyebilir. Hâkimin geçersiz muameleyi geçerli sayarak aynen tazmine hükmetmesi de mümkündür.⁹⁴

SONUÇ

Eser (istisna) sözleşmesi, ekonomik düzeyin gelişmesi ile uygulama alanı sürekli artan iki taraflı bir sözleşmedir. Günlük hayatımızda küçük bir musluk tamirinden, devlet ihaleleri, baraj ve havalimanı gibi çok büyük ortak girişimlerin üstlendiği büyük bütçeli bu sözleşmelere kadar her alanda karşımıza çıkmaktadır. Bu denli yoğun uygulama alanı içinde yer alması nedeniyle de yoğun ihtilaflar ortaya çıkmaktadır. Bu ihtilafların önemli bir kısmını eser sözleşmelerinin ya istenilen şekilde yapılmaması ya da şekil aranmayan eser

⁹³ Y.15 HD., 2011/2160 E, 2012/961K., ve 20.2.2012 tarihli kararı.

⁹⁴ Eren, s.289.

sözleşmelerinde ispat güçlüğü oluşturmaktadır.

Öncelikle eser sözleşmelerinde kural olarak TBK' da belli bir geçerlilik şartı olarak şekil öngörülmemiştir. Diğer bir ifade ile istisnalar dışında eser sözleşmelerinde genel kural şekilsizlik ilkesidir. Yani tarafların uyuşması ile sözlü dahi bu sözleşmeler yapılabilmektedir. Bu durum ilk bakışta taraflar için kolaylık gibi görünmekte ise de uygulamada çok büyük sıkıntılara yol açtığı mahkemelerin iş yükünden kolaylıkla anlaşılmaktadır.

Diğer yandan herhangi bir şekle bağlı olmadan yapılan bu sözleşmeler çoğu zaman HMK'nın aradığı yazılı belge ile ispat sınırında olduğundan sözleşmenin iki tarafını da mağdur olabilmektedir. İş sahibine duyduğu güven nedeniyle işi yapıp teslim eden yüklenici, iş bedelinin tahsili için mahkemeye gitmekte, mahkeme safhasında akdi ilişki iş sahibi tarafından inkâr edildiğinde, iş sahibi çoğu zaman tanık dinlenilmesine de muvafakat etmediğinden sözleşme ilişkisini ispat edememektedir. Yalnızca yemin delili ispat aracı kalan yüklenici çoğu zaman bundan da bir sonuç alamamaktadır. Aynı şekilde iş hiç yapılmamış veya eksik ve hatalı yapılmış olmasına rağmen iş bedeli davasına muhatap olan iş sahibi mahkemede güven nedeniyle harici ödemesini ispat edememekte ve haksız olarak ödediği parayı bir daha ödemek zorunda kalmaktadır. Yani şekle bağlanmayan eser sözleşmelerinde her iki taraf da zarar görebilmektedir. Bu nedenle şekle bağlı olmayan eser sözleşmeleri açısından Türk Borçlar Kanununa konulacak bir hükümlerle şekil şartı getirebilir ve bu şekil şartı "yazılı şekil" olarak düzenlenebilirse bu sorunların önüne geçilmiş olur.

Özellikle eser sözleşmesinin büyük bir kısmını oluşturan arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinin yalnızca şekli değil kendisi de kanunlarımızda düzenlenmemiştir. Yalnızca TMK ve Tapu Kanununda şerh verilecek sözleşmeler arasında bu sözleşmelerin adı geçmektedir. İlk derece mahkemelerinde ve Yargıtay temyiz incelmesinde bu dosyaların oldukça fazla yer işgal etmesi ve günlük hayatta birçok mağduriyete yol açtığı gözlemlendiğinden bu sözleşmelerin mutlaka hem şekli düzenlemesi hem de kendisi mutlaka TBK'da düzenlenmelidir. Bu düzenlemede açıkça arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde uyulması gereken şekil şartı resmi şekil şartı olarak getirilmelidir. Ancak uygulamada tapu sicil müdürlüklerinde yapılmasının tercih edilmediği hususu

göz önüne alınarak noterlerde düzenleme biçiminde yapılması geçerlilik şartı olarak getirilebilir. Aslında bu durum Tapu Kanunu ve Noterlik Kanununda düzenlenmiştir. Kanun koyucunun yapacağı iş, bu kanunlarda öngörülen şekil düzenlemesinin açıkça ortaya konulmasından ibaret olacaktır.

Diğer yönden arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde, sözleşmenin en önemli edimi olan inşaat yapma edimini üstlenen yükleniciler yönünden ise, mutlaka yasal bir düzenleme yapılmalı ve yüklenicilik müessesesi kurumsal bir niteliğe kavuşturulmalı, şirketleşme yoluna gidilmelidir. Ayrıca bu kurumsal kimlik altında yüklenici şirketlerin yaptıkları arsa payı inşaat yapım sözleşmelerinin bağlı oldukları odalara bildirim ve onaylama yükümlülüğü getirilmesi şartı arsa sahiplerinin haklarını güvence altına almaya yardımcı olabilecektir. Çünkü günümüz Türkiye'sinde arsa sahipleri kendine verilen itimat ve aracılar nedeniyle mali gücü tam olmayan ancak bir şekilde yüklenici karnesi almış kişilerin elinde uzun yıllar beklemekte, yüklenicinin kaçıp gitmesiyle de büyük bir mağduriyet yaşamaktadır. Gerçi sözleşmeyi feshedip, tapuları iptal hakkı var ise de burada geçen yılların telafisi mümkün olmamaktadır. Diğer yönden bu durumda üçüncü kişiler de mağdur olmaktadır. Çünkü şekil şartını uyulmadan yapılan bu sözleşmelere güvenerek yükleniciden bağımsız bölüm satın alan bu kişilerin ancak yükleniciye halefiyet sıfatıyla hak sahibi olabileceklerinden yüklenicilerin kurumsallaşmadığı ve işi bırakarak kaçtığı durumlarda üçüncü kişiler büyük mağduriyet yaşamaktadır. İşte tüm bu olumsuzlukların önüne geçebilmenin en önemli yolu, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin hem kendisinin hem de yapıma şeklinin mutlaka kanunla düzenlenmesidir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Altaş, Hüseyin, (1998), Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara.

Ayazlı, P. (1987), Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, HAD, C.2, S.1.

Büyükay, Yusuf, (2012), Eser Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara.

Eren, Fikret, (2014), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı TBK'na Göre Hazırlanmış, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.

Giritli, İsmet, Bilgen, Pertev ve Akgüner, Tayfun, (2008), İdare Hukuku, 3. Bası, Der Yayınları, İstanbul.

Gümüş, Mustafa Alper, (2014), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3.Bası, Cilt 2, Vedat Yayıncılık, İstanbul.

Karataş, İzzet, (2009), Eser (İnşaat Yapım)Sözleşmeleri, Yenilenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara.

Karslı, Abdurrahim, (2011), Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, Alternatif Yayınları, 2.Bası, İstanbul.

Oğuzman, M.K- Öz, M.Turgut, (2013), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 11.Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul.

Haluk, N. Nomer, (2011), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı TBK'na Göre Yenilenmiş 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul.

Öz, M.Turgut, (2012), İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

Sütçü, Nezih, (2010), Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, 3.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara.

Şimşek, Edip, (1996), Devlet İhale Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici - İşletmeci - Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer, İnşaat Sözleşmeleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.

Tandoğan, Haluk, (2010), Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri, C.II, 5.Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul.

Tunçomağ, K., (1976), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1. 6. Bası, İstanbul.

Uygur, Turgut, (2003), Borçlar Kanunu, C.7, Seçkin Yayınları, Ankara.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Kararlar Kartonları ve İntranet Sitesi Kararlar Bölümü.

Yavuz, Cevdet,(2014), Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınları, Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul.

Zevkliler, Aydın, Gökyayla, K. Emre, (2012), Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 12. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.

ÖZEL BİR ADLİ YARDIMLAŞMA TÜRÜ OLARAK ORTAK SORUŞTURMA EKİPLERİ OLUŞTURULMASI

Establishing Joint Investigation Teams as a Type of Special Legal Assistance

Dr. Ali Rıza TÖNGÜR *

ÖZET

Sınır aşan suçlara karşı ulusal ölçekli mücadele araçlarının yetersiz kalması, uluslararası alanda yeni ve etkili arayışlara neden olmuştur. Bu konuda ortaya çıkan önemli kurumlardan biri de, özel bir adli yardımlaşma türü olan 'Ortak Soruşturma Ekipleri'dir. Düşünsel temelleri XX. Yüzyılın ikinci yarısına kadar uzanan Ortak Soruşturma Ekipleri, ilk defa Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan adli yardımlaşma anlaşmalarıyla hukukî varlık bulmuş ve Avrupa Birliği üyesi ülkeler arasında uygulanmaya başlanmıştır.

Ortak Soruşturma Ekiplerinin, Türk Hukuku'nda henüz normatif bir dayanağı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, yakın gelecekte özel bir adli yardımlaşma türü olarak Hukukumuzda girmesi kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle Çalışmamızın amacı, Ortak Soruşturma Ekipleri'nin ortaya çıkışı ve hukukî temelleri yanında, sınır aşan suçlarla mücadelede ne şekilde kullanılabileceği ve bu yönde sağlayabileceği yararlar ile neden olabileceği sorunlar hakkında genel bir bilgi sunmaktır.

Anahtar Kelimeler: Ortak Soruşturma Ekibi, kolluk işbirliği, adli yardımlaşma, sınır aşan suç, mücadele.

ABSTRACT

As the means for fight against cross-border offences was insufficient in national level, new and efficient means in international level have been searched. One of the significant institutions arising in this area is "Joint Investigation Teams" which is a special type of legal assistance. Joint Investigation Teams of which intellectual origins go back to second half of the XXth century obtained its existence with the legal assistance agreements drawn up by European Union and Council of Europe and it has started to be implemented among the Member States of European Union.

* Hâkim, Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü, aliriza.tongur@adalet.gov.tr

Joint Investigation Teams do not have any normative basis in Turkish law yet. In addition, it is most likely that it will enter into our law in the near future as a special type of investigation and legal assistance. Thus the aim of our study is to provide general information on the emergence of the “Joint Investigation Teams” and their legal basis, as well as how they can be used in the fight against cross border offences and their possible advantages and the problem they might cause.

Key Words: Joint Investigation Teams, cooperation in law enforcement, legal assistance, cross-border offences, fight against.



GİRİŞ

Günümüzde sınır aşan suçlarla mücadelede uluslararası işbirliği ve koordinasyon olmadan başarı sağlanamayacağı konusunda hem teorisyenler hem de politikacılar arasında, tam bir görüş birliği olduğu bilinen bir husustur.¹ Bu anlayışın sonucunda geliştirilen suçla mücadelede araçlarından biri de, Ortak Soruşturma Ekipleri (OSE)'dir.² Hukuki yapısı itibariyle bir adli işbirliği türü olan OSE'nin oluşturulması fikri ilk defa, 1960'lı yıllarda Batı Avrupa'da sınır bölgelerinde görev yapan kolluk kuvvetleri tarafından gündeme getirilmiş olsa da, 1990'lara kadar bu öneri ülkelerin politik gündemlerinde gerektiği ölçüde yer almamıştır.³

Takip eden süreçte, özellikle son on yılda devletler, terör suçları, göçmen kaçakçılığı, uyuşturucu madde ticareti ve insan ticareti gibi sınır aşan suçlarla daha etkin bir mücadele yolunda gayretlerini artırmışlardır. Bu amaç çerçevesinde, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği üyesi ülkeler arasında, ileri adli işbirliği usullerini düzenlemek ve uygulanmalarını kolaylaştırarak yeknesaklaştırmak amacıyla yeni uluslararası normlar ihdas edilmesi yoluna gidilmiştir. Geleneksel adli işbirliği usullerinin ötesinde, daha süratli çalışmaya ve sonuç almaya

¹ NADELMAN, Ethan A. *'Cops Across Borders, The Internationalization of U.S. Criminal Law Enforcement'*, The Pennsylvania State University Press, Pennsylvania, 2003, s.200.

² BOISTER, Neil. *'An Introduction to Transnational Criminal Law'*, Oxford University Press, Oxford, 2012, s.166.

³ SPAPENS, Toine. *'Joint Investigation Teams in the European Union: Article 13 JITS and the Alternatives'*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 19, 2011, s.239.

imkân veren OSE de bu amaç için kullanılmaya başlanılmıştır.

OSE özellikle, sınır aşan suçların soruşturmasında ülkeler arasında önemli bir sorun olan karşılıklı güven ve koordinasyon ihtiyacını klasik adli yardımlaşma sözleşmelerinin ağır işleyen rutin prosedüründen kurtararak, kolluk kuvvetleri arasında istihbarat ve deneyimlerin paylaşılmasına ve soruşturmaların hızlandırılmasına hizmet eden bir yapıyı haizdir.⁴ OSE'nin diğer faydaları özetle şu şekilde sıralanabilir:

Ortak Soruşturma Ekipleri, suçla mücadelede uzmanlaşmaya yardımcı olur. Ülkeler arasında sağladığı daha hızlı ve nitelikli koordinasyon sayesinde, soruşturma giderleri ile soruşturmalar esnasında ortaya çıkabilecek hasar ve zararlar önemli ölçüde azaltılabilir. Kolluğun insan emeğinin daha verimli kullanılmasına yardımcı olur. OSE desteğiyle daha erken başlanan suç soruşturması sayesinde suçluların tespiti ve cezalandırılması daha hızlı ve etkili biçimde gerçekleştirilebilir.⁵

Bununla birlikte, OSE vasıtasıyla yapılan soruşturmalarda bir takım problemlerle de karşılaşılabilir. Bunlardan en sık karşılaşılanları ise; kolluk kuvvetlerinin yabancı ülkede silah kullanma yetkisi, operasyonlar sırasında ortaya çıkabilecek zararların tazmininde ülkeler arasındaki mevzuat farklılıkları, seyahat ve tercüme giderleri, yasal kontrol (operasyon sırasında uygulanacak tedbirler ve usul bakımından hangi ülkenin hukukunun uygulanacağı hususu) ve ekibi oluşturan ülkelerin egemenliklerinden kısmi taviz vermeleri sorunları olarak ifade edilmektedir.⁶

OSE'nin oluşturulmasına öncülük ve teşvik eden Avrupa Birliği üyesi ülkeler arasında, bu kurumun öngörülen birçok yararına rağmen, 2004–2009 yılları arasında soruşturma makamları tarafından nadiren kullanıldığını görüyoruz. Belirtilen dönemde yalnızca 40 sınır aşan suç soruşturması için OSE oluşturulmuştur. Bu seyrek uygulamaya rağmen Avrupa Birliği Konseyi, OSE'nin sınır

⁴ BOISTER, s.177.

⁵ LILOVA, Marina. *Joint Investigation Teams (JIT) The Role of Eurojust and Europol in Establishing and Supporting JIT's*, Ohrid 2009, s.2. <http://www.raii-see.org/doc/> (Son Ziyaret: 09.07.2014)..

⁶ BOISTER, s.178; LILOVA, s.2.

aşan suçlarla mücadelede yararlı ve fonksiyonel olduğu konusunda ısrarlı bir savunucu olmaya devam etmektedir.

Konsey tarafından 2009 yılı Aralık ayında açıklanan, 2010–2014 dönemine ait Adalet ve İçişleri Programı'nda (Stockholm Programı) üye devletlere, 'uygun durumlarda ortak soruşturma ekibi oluşturulması konusunda yetkili makamlarını mümkün olduğunca teşvik etmeleri konusunda' öneride bulunmuştur.⁷

OSE, henüz Türk hukukunda yer bulmuş bir kurum değildir. Bununla birlikte, yetkili merciler tarafından çalışmaları sürdürülen Türk Adli İşbirliği Kanunu Taslağı'nda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Çalışmamızda, OSE'nin tanımı ve hukukî temelleri hakkında bilgi verildikten sonra, Kurumun yararları ve sakıncaları konularına değinilerek Türk hukukunda yapılması muhtemel düzenlemelere ilişkin ayrıntılı bilgi verilecektir.

I. ORTAK SORUŞTURMA EKİPLERİNİN TANIMI VE HUKUKÎ NİTELİĞİ

Ortak Soruşturma Ekibi, belirli bir amaç ve sınırlı bir süre için iki veya daha fazla ülkenin kolluk veya adlî makamları arasında yapılacak bir anlaşma temelinde, üyelerin ortaklaşa uluslararası suç ya da sınır aşan suç dosyalarını soruşturduğu bir tür cezaî konularda sınır ötesi adlî yardımlaşma şeklindedir.⁸ OSE'yi kuran anlaşma herhangi bir tereddüde yer vermeyecek ve imzacı tarafların yeni bir talebe ihtiyaç duymayacakları kadar açık ve net düzenlenmiş olmalıdır.⁹ OSE, kolluk güçleri arasında operasyon öncesi ve operasyon aşamalarındaki bilgi alış-verişi için kurulabileceği gibi; cezaî konularda adlî makamlar arasında işbirliğini sağlamaya yönelik olarak da kurulabilir.¹⁰

⁷ Council of the European Union, *The Stockholm Programme* - An open and secure Europe serving and protecting the citizens, **17024/09**, 2 December 2009, Brussels.

⁸ RIJKEN, Conny and VERMEULEN, Gert. *'Joint Investigation Teams in the European Union form Theory to Practice'*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2006, s.10.; TEZCAN, Durmuş/ERDEM, M. Ruhan/ÖNOK, Murat. *'Uluslararası Ceza Hukuku'*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s.194.

⁹ LİLOVA, s.3

¹⁰ BOISTER, s.166.; RIJKEN and VERMEULEN, s.10.

II. ORTAK SORUŞTURMA EKİPLERİNİN HUKUKÎ TEMELLERİ

Sınır aşan suçlara yönelik yapılan operasyonlarda kimi zaman ülkelerarası kolluk işbirliği yapılırsa da; bu işbirliğinin net bir hukuki zemine kavuşması, Avrupa Birliği Anlaşması'nın 34. maddesi uyarınca, 29 Mayıs 2000 tarihinde imzalanan Avrupa Birliği Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Anlaşması¹¹ ile olmuştur. Bu Anlaşma'nın 13. maddesinde OSE hakkında açık bir düzenleme yapılmış ve bu ekiplerin sınır aşan suçla mücadelede kullanılması gereken önemli bir araç olduğu ifade edilmiştir. Bununla birlikte, uluslararası anlaşma niteliğinde olan bu hukuki belgenin yürürlüğe girmesi için üye ülkelerce onaylanması gerekmektedir. Ancak bu onay süreci, taraf devletlerin gerektiği kadar hızlı davranmaması nedeniyle uzun zaman almıştır. OSE'nin, sınır aşan suçlarla mücadelede önemli bir araç olarak değerlendirilmesi nedeniyle, Konsey *hukuki yönden bağlayıcı* bir belgenin gerektiği sonucuna vararak, 13 Haziran 2002 tarihinde, Ortak Soruşturma Ekiplerine Dair Çerçeve Kararı kabul etmiştir.¹² Çerçeve Karar, sadece OSE'nin oluşumu konusunda değil, aynı zamanda operasyonlarda görev alan kolluk görevlilerinin hukuki ve cezai sorumluluklarına da değinerek 2000 tarihli Anlaşma'nın 13, 15 ve 16. maddelerini tekrarlamıştır.

Bu noktada OSE hakkında düzenlemelere yer veren diğer uluslararası metinlere de kısaca değinmek yararlı olacaktır:

18 Aralık 1997 tarihli Gümrük İdareleri Arasında Karşılıklı Yardımlaşma ve İşbirliğine Dair Sözleşme'nin - Napoli II Sözleşmesi- 24. maddesi, gümrük suçlarına (kaçakçılık, karapara, vs.) yönelik olarak sınırlı alanlarda operasyon yürüten ortak 'özel soruşturma ekipleri' oluşturulmasını öngörmektedir.¹³

Europol'ü kuran Sözleşme'nin Değiştirilmesine Dair Protokol, 28 Kasım 2002 tarihinde Avrupa Konseyi tarafından kabul edilmiştir. Buna göre, Tampe-

¹¹ **Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union**, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:197:0001:0023:EN:PDF> (Son Ziyaret: 15.08.2014).

¹² **Council Framework Decision of 13 June 2002 on Joint investigation teams**, OJ L 162 of 20. 6. 2002, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002F0465&from=EN>. (Son Ziyaret: 16.08.2014).

¹³ Convention on Mutual Assistance and Cooperation between Customs Administrations -Naples II, RİJKEN and VERMEULEN, s.11.; http://europa.eu/legislation_summaries/customs/l33051_en.htm.

re Toplantısı Sonuçlarının (43. Paragraf) gerektirdiği şekilde, Protokol'ün ortak soruşturma ekiplerine katılım için Europol'e hukuki bir temel oluşturması amaçlanmıştır.¹⁴

8 Mayıs 2003 tarihinde, Avrupa Konseyi tarafından, Ortak Soruşturma Ekiplerinin Kurulmasına İlişkin Model Anlaşma için bağlayıcı olmayan bir Tavsiye Kararı kabul edilmiştir.¹⁵

Avrupa Birliği ile Amerika Birleşik Devletleri Arasında Karşılıklı Adli Yardımlaşmaya Dair Anlaşma'nın 5. maddesi, bir ya da daha fazla Üye Devlet ile ABD'nin dâhil olduğu, *uygun görülen durumlarda*, ceza soruşturması ya da kovuşturmasını kolaylaştırma amacıyla ortak soruşturma ekipleri oluşturulmasını öngörmüştür.¹⁶

Avrupa Birliği ile İzlanda Cumhuriyeti ve Norveç Krallığı arasında, 29 Mayıs 2000 tarihli Avrupa Birliği Üye Devletleri Arasında Ceza İşlerinde Karşılıklı Yardımlaşma Sözleşmesi'nin ve bu Sözleşme'nin 2001 tarihli Protokolünün Uygulanmasına İlişkin Anlaşmaya¹⁷ göre, Ortak soruşturma ekiplerini ele alan 2000 tarihli Sözleşme'nin 13. maddesi, İzlanda ve Norveç arasındaki ilişkilere ve bu Devletlerin her biri ile Avrupa Birliği Üye Devletleri arasındaki karşılıklı ilişkilere uygulanabilecektir.

8 Kasım 2001 tarihli Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardımlaşmaya Dair Avrupa Sözleşmesine Ek İkinci Protokol'ün¹⁸ 20. maddesi, ortak soruşturma ekip-

¹⁴ *Council Act of 28 November 2002 drawing up a Protocol amending the convention on the Establishment of a European Police Office (Europol Convention) and the Protocol on the Privileges and Immunities of Europol, the Members of its Organs, the Deputy Directors and the Employees of Europol*, OJ c 312 of 16. 12. 2002, p. 1.

¹⁵ *Council Recommendation of 8 May 2003 on a model agreement for setting up a Joint investigation team (JIT)*, OJ c 121 of 23. 5. 2003, p. 1.

¹⁶ *Agreement on Mutual Legal Assistance Between the European Union and the United States of America*, OJ l 181 of 19.7.2003, <http://www.state.gov/documents/organization/180815.pdf>. (Son Ziyaret: 17.08.2014).

¹⁷ *Agreement between the European Union and the Republic of Iceland and the Kingdom of Norway on the application of certain provisions of the convention of 29 May 2000 on Mutual Assistance in criminal Matters between the Member States of the European Union and the 2001 Protocol thereto*, OJ l 26 of 29. 1. 2004, p. 3.

¹⁸ *Second Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?-CL=ENG&NT=182>. (Son Ziyaret: 17.08.2014).

lerinin kurulmasına dair ayrıntılı hükümler içerir. Bu madde, AB karşılıklı Adli Yardım Anlaşması'nın 13. maddesinin yansıması niteliğindedir. Bununla birlikte, OSE'lerin kurulması konusunda Avrupa Birliği'nden daha geniş bir alan olarak Avrupa Konseyi üyesi ülkeler teşvik edilmiştir.

Son olarak, Birleşmiş Milletler Sınır aşan Organize Suçlarla Mücadele Sözleşmesi'nin (BMSAOSM),¹⁹ 19. maddesi ile sınır aşan organize suçlarla mücadelede OSE'nin kurulmasına imkân tanınmıştır. Madde, yukarıda anılan diğer sözleşme hükümlerine göre daha açık, daha esnek ve daha genel olarak düzenlenmiştir.²⁰

Yukarıda anılan uluslararası belgelerden, Ülkemizde çalışması devam eden Türk Adli İşbirliği Kanunu Taslağı içinde yer alan OSE'ye dair hükümlere temel oluşturan anlaşma hükümlerine aşağıda daha detaylı olarak değinilecektir.

A. Avrupa Birliği Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Sözleşmesi

2000 tarihli Avrupa Birliği Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Sözleşmesiyle (ABCİKAYAS), ilk defa OSE hakkında doğrudan ve ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır. Sözleşme'nin 13. maddesiyle ortak soruşturma ekiplerine dair temel ilkeler belirlenmiştir. Maddeyle, bir ekip liderinin koordinasyonunda, yabancı ülke topraklarında operasyonel kolluk faaliyetlerinin yapılabilmesi mümkün hale getirilmiştir. Sözleşmeyle, ekibin uyması gereken ilgili mevzuatın hangi ülke mevzuatı olacağı açıklanmış ve katılımcı ülkeler arasında klasik karşılıklı adli yardımlaşmayı, olabildiğince basit bilgi ve istihbarat paylaşımı şekline dönüştürerek OSE'nin çalışması kolaylaştırılmış ve bir standarda bağlanmıştır.

Maddenin ilk fıkrası, genel bir kural olarak, OSE'nin iki ya da daha fazla üye devlet tarafından belirli bir amaç ve sınırlı bir süre için oluşturulması hususundan bahseder. Keza bu fıkrada, OSE'nin faaliyet gösterebileceği suç türlerine dair prensipte herhangi bir kısıtlama da getirilmemiştir. Dolayısıyla OSE'nin oluşturulması, bir sınır aşan suç soruşturmasının varlığı ön koşuluna bağlı tutulmamıştır.

¹⁹ *United Nations Convention Against Transnational Organized Crime (UNTOC)*, <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCbook-e.pdf>. (Son Ziyaret: 18.08.2014).

²⁰ RİJKEN and VERMEULEN, s. 11.

Maddenin 3 ve 4. fıkraları, ekibin oluşturulmasına ilişkindir. Bu fıkralarda, ekip liderinin, OSE'nin faaliyette bulunduğu ev sahibi yani asli üye ülkenin temsilcilerinden birinin olacağı ifade edilmiştir. İkincil ya da destek üyeler olarak adlandırılan görevliler ise, ekibin faaliyet gösterdiği ev sahibi ülkenin görevlileri (asli üyeler) haricinde kalan diğer katılımcı devletlerin temsilcileridir. Destek üyeler, ev sahibi üye ülkenin kanunları uyarınca ekip liderinin önderliğinde kendilerine verilen görevleri yerine getireceklerdir.

Maddenin 5, 6 ve 7. fıkraları ise, OSE'nin destek üyelerinin yetkilerini düzenler. Buna göre, OSE'nin tüm üyelerine, milliyet farkı gözetilmeksizin faaliyette buldukları ev sahibi üye ülkenin görevlileriyle aynı şekilde muamele edileceği ve aynı hukukî statüye tabi olacakları düzenleme altına alınmıştır. Ayrıca destek üyelerin, OSE'nin soruşturma faaliyetinde yaptıkları usul işlemlerine katılma hakları olduğu ifade edilmiştir. Bu fıkralarla getirilen en yenilikçi hükümler; destek üyelerin yetkilerinin genişletmesi ve bu üyelerin gerektiğinde kendi devletlerinde, OSE'nin üzerinde çalıştığı soruşturma için gerekli olan soruşturma tedbirlerinin alınması konusunda kendi ulusal makamlarından talepte bulunabilme yetkisine ilişkin olanlardır.²¹ Buna göre prensip olarak destek üyeler, yabancı ülke sınırları içinde operasyonlara katılma ve durumun gereklerine uygun hareket etmeyle görevlendirilebilirler. Ayrıca destek üyeler, ekip liderliğini yürüten asli üye tarafından ekibin faaliyette bulunduğu ev sahibi ülke kanunları uyarınca birtakım soruşturma tedbirlerini alma görevi de verilebilecektir (13/6 md.).

Maddede yer alan diğer bir önemli husus da, OSE ile birlikte yurtdışına konuşlanmış olan destek üyelere, klasik türden karşılıklı adli yardımlaşma anlaşmalarında olduğu gibi herhangi bir talebe gerek duyulmaksızın, kendi ulusal yetkili makamlarından soruşturma tedbirleri almalarını isteme olanağının sağlanmasıdır. Bu talepler, ulusal bir soruşturma çerçevesinde ve ulusal sınırlar içerisinde yapılmış gibi değerlendirilir (13/7 md.).

Ancak, yukarıda anılan iki fıkrada yer alan *"ekibin ülkesinde çalıştığı üye ülkenin kanunları uyarınca ... görevi verilebilir,"* ve *"talep edebilir"* ifadeleri,

²¹ DE BUCK, Bart. *Joint Investigation Teams: The participation of Europol Officials*, Academy of European Law, ERA Forum (2007) 8, s. 253.

üye ülkelere bu yenilikleri uygulayıp uygulamama açısından oldukça geniş bir takdir yetkisi sağlamaktadır.²²

Maddenin 9. ve 10. fıkraları sırasıyla OSE içinde bilgi paylaşımını ve üye ülkelere yapılan bilgi akışını düzenler. Bu hükümler, ekip tarafından yürütülen ceza soruşturması kapsamında, katılan üye ülkelerin elinde olan bilgilerin ekibin diğer üyelerine doğrudan iletilmesine imkân tanır. Diğer bir söylemle 10. fıkra, üye ülkeler arasında bilgi ve istihbarat paylaşımının kurallarını belirler ve OSE'nin operasyonları sırasında elde edilen bilgi ve delillerin ne şekilde kullanılabilceği sorularına açıklık getirir.

Maddenin 12. fıkrası, üye ülkelerin yetkili makamları dışında kalan temsilcilerin OSE'ye dâhil edilmesi ihtimaline ilişkindir. *“Avrupa Birliği Antlaşması uyarınca kurulmuş olan kurumların görevlileri”* örnek kabilinden olarak maddede yer alır. Avrupa Birliği Antlaşması uyarınca kurulmuş bir kurum olan Europol bu tanım kapsamındadır. Bu nedenle Çerçeve Kararın, üye ülkeler tarafından oluşturulan OSE'ye Europol personelinin katılması olasılığını öngördüğü sonucu çıkarılabilir. Ancak bu hüküm, üye ülkelere Europol'den ekibe katılmasını isteme yükümlülüğü getirmez.²³

B. Ceza İşlerinde Karşılıklı Yardım Avrupa Sözleşmesine Ek İki Nolu Protokol

2001 tarihli Ceza İşlerinde Karşılıklı Yardım Avrupa Sözleşmesine Ek İki Nolu Protokol'ün 20. maddesine göre; iki ya da daha fazla ülkenin yetkili makamları, ekibe dâhil olan ülkelere bir veya birkaçının egemenlik alanında adli bir soruşturmayı yürütmek için, karşılıklı muvafakat ve sonradan uzatılabilmesi mümkün olan sınırlı bir süre için OSE oluşturulabilecektir.

Maddeye göre OSE oluşturulabilmesi için; taraf ülkelere birindeki suç soruşturmasının, diğer taraf ülkelerle işbirliğini gerektirir şekilde bağlantılı zor ve titiz bir soruşturma gerektirmesi yanında, OSE'nin diğer taraflarıyla koordinasyonu ve ortak hareketi gerektiren bir soruşturma olması gereklidir. Bu durumlarda, ilgili taraflardan her biri OSE kurulması talebinde bulunabilir (20/1 md.).

²² DE BUCK, s.256.

²³ DE BUCK, s.257.

Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardımlaşma Avrupa Sözleşmesi'nin 14. maddesinin ilgili hükmünde değinilen bilgilere ek olarak, OSE kurma talepleri, ekibin ne şekilde ve hangi amaç için kurulacağına dair önerileri de içermelidir (20/2 md.).

OSE ekip lideri, operasyonun yapıldığı ülkenin yetkili makamının temsilcilerinden seçilir ve kendi ulusal mevzuatı dâhilinde hareket eder. Bu noktada OSE, anlaşmada belirtilen şartlara ve faaliyette bulunduğu ülkenin mevzuatına uymakla yükümlüdür (20/3 md.).

OSE'nin asıl üyeleri operasyonun yürütüldüğü taraf ülkenin görevlileridir. Diğer katılımcı ülke görevlileri ise destek veya ikincil üye olarak adlandırılır ve ekipte bu şekilde görev yaparlar (20/4 md.). Destek görevliler, soruşturmaya ilişkin önlemler ve usul işlemleri uygulanırken hazır bulunabilirler. Ancak ekip lideri, ülkesinin hukukuna uygun olarak aksine karar verebilir (20/5 md.).

OSE lideri, ülkesinin hukukuna uygun olması ve destek üyelerin ülkelerinin yetkili makamlarınca onaylanmış olması halinde, bazı görevleri destek görevlilere devredebilir (20/6 md.). OSE'nin, ekibi kuran taraflardan birinde soruşturma tedbirlerinin alınmasını istemesi halinde, bu tarafın ekibe destek veren üyeleri, kendi yetkili makamlarından bu tedbirleri almasını talep edebilirler. Bu tedbirler, ilgili tarafça ulusal bir soruşturma sırasında talep edilmiş gibi değerlendirilir ve bu ülkenin iç mevzuatına göre karara bağlanır (20/7 md.).

OSE'de yer almayan üçüncü bir ülkeyle adli yardımlaşma gerekliliğinin ortaya çıkması halinde, yardımlaşma talebi operasyonun yapıldığı yer mevzuatına uygun olarak bu ülkenin yetkili makamlarınca ilgili üçüncü ülkeye iletilir (20/8 md.).

OSE'nin destek üyeleri, soruşturmada ihtiyaç hissedilmesi halinde kendi ülkelerinin mevzuatınca belirlenen yetki sınırları içinde kalarak, ellerindeki bilgileri OSE'ye verebilirler (20/9 md.). Normal şartlar altında başka devletlerle paylaşılmayan bir takım deliller OSE'nin çalışmaları sırasında hukukî bir şekilde elde edilmiş ise;

- a. Ekibin kuruluş amaçları için;
- b. Delilin elde edildiği taraf ülkede yürütülen soruşturmaları tehlikeye atmamak veya karşılıklı adlî yardımlaşmanın reddedilebileceği durumlar hariç olmak üzere, ilgili taraf ülkenin ön kabulüne bağlı olarak suçların tespiti, soruşturulması ve kovuşturulması için,
- c. Kamu güvenliğine karşı doğrudan ve ciddi bir tehdidi önlemek için,
- d. Ekibi kuran Taraflar arasında mutabık kalındığı ölçüde diğer amaçlar için, kullanılacaksa paylaşılabilir (20/10 md.).

C. Birleşmiş Milletler Sınır aşan Organize Suçlarla Mücadele Sözleşmesi

Birleşmiş Milletler Sınır aşan Organize Suçlarla Mücadele Sözleşmesi'nin "Ortak Soruşturmalar" başlıklı 19. maddesine göre; "Taraflar devletler bir veya daha fazla taraf devlette soruşturma, kovuşturma veya adlî takibat konusu olan meselelere ilişkin yetkili makamları vasıtasıyla ortak soruşturma merhaleleri oluşturmak amacıyla ikili veya çok taraflı anlaşmalar veya düzenlemeler yapmayı değerlendireceklerdir. Bu tür anlaşmaların veya düzenlemelerin mevcut olmaması halinde, ortak soruşturmalar her olay için ayrı ayrı yapılacak anlaşmalarla da yürütülebilir. İlgili taraflar devletler, topraklarında bu tür bir soruşturmanın yürütüldüğü taraf devletin egemenliğine bütünüyle saygı göstereceklerdir."

Bu hükümde, OSE'nin anlaşmalar vasıtasıyla oluşturulabileceği ve ilgili devletlerin bu tür bir ekiple soruşturmanın yürütüldüğü taraf devletin egemenliğine saygı göstermesi gerektiği belirtilmiştir. 19. madde, birden fazla devletin ortak soruşturma yürütmek için anlaşmalarını teşvik etmekte; belirli bir anlaşmanın yokluğunda olay bazında soruşturmaları ortak yürütme imkânını da yetkili makamlara vermektedir.²⁴

²⁴ Türkiye, 30.1.2003 tarihinde imzaladığı Birleşmiş Milletler Sınır aşan Suçlarla Mücadele Sözleşmesi'ne, 4 Şubat 2003 tarih ve 25014 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4800 sayılı uygun bulmaya dair Kanunla taraf olmuştur. Kanunda, Sözleşmenin uygulanmasına dair herhangi bir hüküm yer almamaktadır. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/02/20030204.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/02/20030204.htm>

III. ORTAK SORUŞTURMA EKİPLERİNİN FAYDALARI İLE OLUŞTURULMALARI VE İŞLEYİŞLERİNDE KARŞILAŞILAN GÜÇLÜKLER

A. Ortak Soruşturma Ekiplerinin Faydaları

Ortak Soruşturma Ekipleri, soruşturmanın başlangıcından itibaren katılımcı devletlerin soruşturma makamları arasında iletişim ve iş birliğini sağlar. Bu şekilde farklı ülkelerde yürütülmesi gereken tüm bağlantılı soruşturmalar koordinasyonlu bir şekilde yürütülebilir. Ayrıca, OSE'nin parçası olan bir ülkenin, diğer katılımcı ülkelerce yapılan soruşturma faaliyetlerine ilişkin karar alma sürecine dahil olmaları imkânını sağlar. Bu şekilde, destek üyeler soruşturma tedbirleri alınırken hazır bulunmaları nedeniyle aslî üye devletlere gerçek ve eş zamanlı olarak soruşturmanın durumuna ilişkin bilgilendirme imkânını sunarlar.²⁵

Ortak soruşturma ekibine ev sahipliği yapan ülke dışındaki katılımcı ülkelerin soruşturma tedbiri alması gerektiğinde, ilgili katılımcı devlet tarafından görevlendirilmiş olan üyeler, bu tedbirlerin alınmasını kendi yetkili makamlarından talep edebileceklerdir. Bu tedbirler ulusal bir soruşturma sırasında talep edilmiş gibi değerlendirileceği için elde edilmesi süratli ve sonuçları etkili olacaktır. Bu nedenle, OSE'lerin, birkaç devleti ilgilendiren karmaşık dosyalarda, özellikle uluslararası boyut ve bağlantısı olan soruşturmalarda gözden kaçabilecek veya ulusal çaptaki tedbirlerin yetersizliği nedeniyle soruşturmalarda tehlikeye gireceği durumlarda oldukça yararlı olduğu bir gerçektir.²⁶

B. Ortak Soruşturma Ekiplerinin Oluşturulmasında ve İşleyişinde Karşılaşılan Güçlükler

Birkaç devletin kolluk ve adli görevlilerinin tek bir soruşturma içerisinde rol almasını sağlayan Ortak Soruşturma Ekibi kavramının, sınır aşan boyutu olan suçların soruşturulmasında faydası olacağı ifade edilmişti. Ancak, şimdiye kadar OSE'leri için münhasır hukukî dayanak belgeler hazırlayan ve bu yönüyle kurumun en sorunsuz şekilde uygulanabileceği düşünülen Avrupa Birliği üyesi

²⁵ HELMBERG, Monika. *Eurojust and Joint Investigation Teams: How Eurojust can support JIT's*, Academy of European Law, ERA Forum (2007) 8, 245, 246.

²⁶ HELMBERG, s.247.

ülkeler arasında dahi istenilen düzeyde ve etkinlikte uygulanamadığı görülebilmektedir.²⁷ Beşerî ve ekonomik kaynaklara dair olanlar yanında, dil, kültür ve soruşturma stratejileri ve teknikleriyle bağlantılı olan uluslararası işbirliği konusunda karşılaşılan genel sorunların haricinde, OSE'nin oluşumu ve işleyişine özgü bir takım güçlükler de bulunmaktadır:

Sorunlardan ilki; OSE'yi kuran anlaşmaya dair olan sorundur. OSE yardımıyla soruşturulmasında yarar görülen bir olay belirlendikten sonra, ilgili ülkelerin yetkili makamları bir araya gelerek OSE detayları üzerine anlaşmaya varmak durumundadırlar. Bu konuda Avrupa Konseyi, farklı unsurları ortaya koyan bir model anlaşma oluşturmuş ise de, farklı ülkelerde her zaman uyumlaştırılması mümkün olmayan ve birbirinden farklılık gösteren yasal düzenlemelere ilişkin belirsizlikler nedeniyle kurucu anlaşma olarak adlandırılan belgenin oluşturulmasında sorunlar yaşanmaya devam etmektedir.²⁸

Sorunlardan ikincisi, OSE'nin çalışması sırasında ortaya çıkan sorunlardır. Avrupa Konseyi Çerçeve Kararının 1/10. maddesine rağmen, özellikle delil toplanması söz konusu olduğunda, delilin toplandığı katılımcı ülkenin iradesi dikkate alınmaksızın, bu bilginin daha sonra ekibe dâhil olan ülkelerin birinde delil olarak kullanılabilip kullanılamayacağı önemli bir sorundur. Bu nedenle, karma soruşturma ekibi oluşturulurken, katılımcı devletlerde delillerin kabul edilebilir olmasını sağlamaya yönelik koşullara uygun olmasını sağlamak için, soruşturmanın sonraki adımlarda hangi lokasyon veya ülkede devam edeceği konusuna hassasiyet göstermeleri gerekmektedir. Bu doğrultuda, OSE anlaşmalarının, delil toplama metotlarına dair bilgileri de içermesi gerekmektedir.²⁹

Diğer bir problem ise, OSE'nin çalışması sırasında, anlaşmada değişiklik yapılmasına ihtiyaç duyulmasıdır. Bu durum beraberinde başka güçlükler de ortaya çıkarabilmektedir. Örneğin anlaşmaya sonradan yeni bir veya bir kaç ülkenin taraf olarak eklenmesi durumunda, bu ülkelerle yeni baştan koordinasyonun sağlanması gerekecektir. Benzer şekilde, anlaşmanın yapıldığı sıra-

²⁷ Council of the European Union, *The Stockholm Program*, 17024/09.

²⁸ PRECHAL, Sacha. *Directives in EC Law*, Oxford University Press, Oxford 2005, s. 78.

²⁹ *Conclusions of the Second Meeting of the National Experts on Joint Investigation Teams*, Council Document 15023/06, 21 November 2006.

da fark edilmeyen ancak daha sonra ortaya çıkan başka suçların da soruşturma ile bağlantılı olduğunun anlaşılması durumunda, kapsamın genişletilmesi bir zorunluluk haline gelebilecektir. Bunlara ek olarak, Çerçeve Kararın 1/8-12. hükümleri uyarınca, başka ülkelerin ya da kişilerin de OSE'ye dahil edilmesi gerekebilir.³⁰ Bu durumda, zaman kaybının önlenmesi ve OSE'nin etkinliğinin azalmaması için doğru irtibat kişileri veya makamların hızla bulunmasına özen gösterilerek gerekli formalitelerin tamamlanmasının sağlanması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir.³¹

IV. TÜRK HUKUKUNDA ORTAK SORUŞTURMA EKİPLERİ

Ortak Soruşturma Ekiplerini düzenleyen normatif bir düzenleme Türk Hukukunda henüz mevcut değildir. Bununla birlikte; hukukî temeli itibariyle, 2000 tarihli Avrupa Birliği Karşılıklı Adli Yardım Sözleşmesi ile Ceza İşlerinde Karşılıklı Yardım Avrupa Sözleşmesi'nin 2 Nolu Ek Protokolü'ne dayanan, bu adli yardımlaşma türünün mevzuatımızda yer alması için yapılan çalışmalar devam etmektedir.

Yakın gelecekte Ülkemiz mevzuatında OSE'ye ilişkin düzenlemenin, niteliği itibariyle adli yardımlaşma hükümlerini düzenleyen bir kanun içeriğinde yer alacağını düşünmekteyiz. Bu doğrultuda Ülkemizde Ortak Soruşturma Ekiplerine dair hükümleri de içeren Taslak Kanun metni doğrultusunda bu konuda gelecekteki normatif düzenlemenin aşağıda bahsedeceğimiz şekilde olması kuvvetle muhtemeldir.³²

A. Ortak Soruşturma Ekibinin Oluşturulması

Ortak Soruşturma Ekiplerinin oluşturulmasına ilişkin temel kurallar, Türk

³⁰ *Conclusions of the Second Meeting of the National Experts on Joint Investigation Teams*, Council Document 15023/06, 21 November 2006.

³¹ SCHALKEN, T and PRONK, M. '*On Joint Investigation Teams, Europol and Supervision of Their Joint Actions*', *European Journal on Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2002, Vol. 10/1, s.71 vd.

³² Çalışmamızda kullanılan metinler, ortak soruşturma ekibine dair hükümleri de içeren Türk Adli İşbirliği Kanunu Taslağı çalışmalarından alınmıştır. Kanun Taslağı Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü tarafından Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Projesi çerçevesinde hazırlanmıştır. Madde numaraları ve içeriği Kanun Taslağının, kanunlaşma sürecinde değişiklik gösterebilecektir.

Adli İşbirliği Kanunu Taslağı'nın (TAİKT) 85. maddesinde yer almaktadır. Maddeye göre; Türkiye'de veya yabancı bir ülkede yürütülen soruşturma, her iki devleti ilgilendiren zor ve kapsamlı bir soruşturmayı gerektiriyorsa veyahut da Türkiye ile eş zamanlı bir veya birden fazla yabancı ülkede yürütülen soruşturmanın şartları Türkiye veya yabancı devletlerden birinde koordinasyon veya beraber çalışmayı gerektiriyorsa ortak soruşturma ekibi kurulabilecektir (TAİKT, md. 85/2-(a),(b)).

Ortak Soruşturma Ekipleri, Türkiye dışında bir veya daha fazla devletin yetkili organlarının katılımıyla Türkiye'de veya yabancı bir ülkede ortak ceza soruşturmalarını yürütmek için karşılıklı mutabakatla belirli bir amaç ve belirli bir süre için kurulur (TAİKT, md. 85/1). OSE'nin kurulması, Türkiye'nin veya ilgili yabancı devletlerden birinin teklifiyle olabilir. Bu teklif doğrultusunda OSE Ülkemizde veya ilgili ülkelerin birinde kurulabilir (TAİKT, md. 85/3). Ayrıca teklif, OSE'nin kimlerden oluşacağını ve süresini de ihtiva etmelidir (TAİKT, md. 85/4).

OSE'nin kurulmasına dair mutabakat, "Merkezi Makam"³³ tarafından ilgili adli makamın katılımıyla yapılır. Amaç, belirli vakaların veya suçların soruşturulması olduğu için, kapsamlı bir görev gücü oluşturulmasında bu hukukî aracın kullanımı mümkün değildir. Süreklilik arz eden operasyonel bir ekip kurulması da mümkün değildir. Ancak, başta kararlaştırılan süre karşılıklı mutabakat ile uzatılabilir (TAİKT, md. 85/5).

B. Ortak Soruşturma Ekibinde Yer Alacak Kişiler

Ekip üyeleri, yapılacak OSE anlaşmasında belirtilmelidir. Türkiye'de yürütülecek OSE faaliyetleri için ekip lideri yetkili Cumhuriyet savcısı olacaktır. Asli üyeler ise Türk kolluk görevlilerinden oluşacaktır (TAİKT, md. 86/1-c).

İş birliği yapılan ülke görevlileri ikincil veya Kanun Taslağı'ndaki ifade ile destek üyeleri konumunda olacaklardır. Ayrıca başka hangi ülke görevlilerinin bu ekibe katılacağına ekip lideri konumundaki görevlimiz karar verecektir. Destek üyeler, Eurojust'ın, Eurapol'un ya da üçüncü ülkelerin (özellikle ABD gibi ülkelerin kolluk makamları gibi) temsilcileri olabilir. Asli üyelere ve destek

³³ Merkezi Makam: Adalet Bakanlığı'nın uluslararası adli iş birliğinden sorumlu birimini ifade eder (TAİKT, md. 3/ç).

üyelere verilen yetkiler, OSE'yi oluşturan anlaşmada aksi belirtilmediği müddetçe üçüncü ülkelerin temsilcilerine verilmez. Bu temsilciler, herhangi bir yetkileri olmayan *ilgili gözlemciler* olarak değerlendirilir.

Yabancı bir ülkede kurulacak olan OSE'ye Türk yetkililerin katılımı, çalışma şartları ve faaliyetlerin yürütülmesinde yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda ve mutabakata uygun olduğu ölçüde yapılacağı TAİKT md. 87' de belirtilmiştir.

C. Faaliyet Kuralları

Türkiye'de kurulan bir OSE, Türk kanunlarına göre faaliyetini yürütmek durumundadır (TAİKT md. 86/1-a). Bununla birlikte ekip lideri, kendi iç hukuku uyarınca verilmiş olan yetkileri kapsamında hareket eden, operasyonun yürütüldüğü OSE'yi kuran ülkelerden birinin temsilcisidir. Dolayısıyla, soruşturmalar birden fazla ülkede yürütülüyorsa, ekip liderliği değişecek ve ekibin operasyon yürüttüğü devlet sayısı kadar üye ekip lideri olabilecektir.³⁴

OSE'nin operasyon yürüttüğü ülke, gerekli olan organizasyonel düzenlemeleri yerine getirmekle de yükümlüdür. Ayrıca ekip lideri, OSE'ye katılan ülke veya ülkelerin mevzuatları gereğince bir takım soruşturma tedbirlerinin alınması için destek üyeleri görevlendirebilecektir (TAİKT md 86/1-f).

D. Destek Üyelerin Yetkileri

Destek üyelerin soruşturma tedbirleri de dahil olmak üzere usule ilişkin bir işlem yapılırken hazır bulunma hakları vardır. Ancak, OSE lideri bunun aksine karar verebilecektir. Destek üyelerin temel görevi, OSE'nin çalışmaları sonucunda kendi ülkelerinde alınması gereken soruşturma tedbirleri veya yapılması gereken usul işlemleri konusunda ülkelerindeki yetkililerle birlikte hareket etmektir. Diğer bir söylemle, soruşturmada ihtiyaç duyulması halinde, destek üye bu işlemlerin kendi yetkili makamları tarafından yapılmasını isteyebilecektir. Keza bu konudaki taleplerin ülke içinden yapılmış bir talep gibi değerlendirileceği de öngörülmüştür (TAİKT md. 86/1-f).

³⁴ GUALTIERI, Claudia. *Joint Investigation Teams*, Academy of European Law, ERA Forum (2007) 8:233–238, s.4.

OSE'nin, ekibi oluşturanlar dışında üçüncü bir ülkenin yardımına ihtiyaç duyması halinde talep, yetkili Türk adli makamları tarafından yapılacaktır (TAİKT md. 86/1-g).

E. Delillerin Toplanması ve Kullanılması

Ortak Soruşturma Ekiplerinin asli veya destek üyeleri, ekip tarafından yürütülen soruşturma kapsamında ve başka türlü elde edilme ihtimali bulunmayan durumlarda iç hukukları uyarınca kendi yetkileri dâhilinde delil veya bilgi temin edebilir (TAİKT md. 86/2).

Bu şekilde bir asli ya da destek üyenin hukuka uygun olarak elde edilen ve ekip üyesi olmasa başka türlü elde etme imkânı bulamayacağı bir delil ya da bilgiyi aşağıda belirtilen amaçlar için kullanabilecektir:

- Ekibin kuruluş amaçları için (TAİKT md. 86/2-a),
- Türkiye'de işlenmiş olan başka suçların tespit edilmesi, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması için (TAİKT md. 86/2-b),³⁵
- Kamu güvenliğine karşı mevcut olan yakın ciddi bir tehdidin önlenmesi için (TAİKT md. 86/2-c),
- Ekibi oluşturan Üye Devletler arasında mutabık kalınacak diğer amaçlar için (TAİKT md. 86/2-d).

F. Üye Ülke Görevlilerinin Hukuki ve Cezai Sorumlulukları

1. Cezai Sorumluluk

Ortak Soruşturma Ekiplerinde yer alan görevliler, operasyon sırasında ilgili yabancı devlet ile başka türlü bir mutabakat yapılmamış ise: Türkiye sınırları dahilinde yapılan bir operasyona katılan destek üye konumundaki yabancı ülke görevlileri, faili veya mağduru oldukları suçlar bakımından Türk kamu görevlilerinin tabi oldukları hükümlere tabi olurlar (TAİKT md. 88/1-a).

³⁵ AB Konseyi Çerçeve Kararı'nın 10. maddesinde, bilginin elde edildiği Üye Devletin rızasıyla diğer suçların tespit edilmesi, soruşturulması ve kovuşturulması için bu bilgi ve delillerin kullanılabilmesini ancak, bu kullanımın ceza soruşturmalarını tehlikeye atacağı ya da bu bilginin karşılıklı yardımlaşma kapsamında reddedilebileceği durumlarda rıza gösterilmeye-bileceği ifade edilmiştir (bkz. Council Framework Decision of 13 June 2002 on Joint investigation teams, OJ L 162 of 20. 6. 2002).

Yabancı bir ülkede yapılan bir operasyona OSE destek üyesi olarak katılan Türk görevlilerin, faili ya da mağduru oldukları suçlar bakımından, buldukları ülkenin görevlileri gibi kabul edilmeleri hususu yapılacak mutabakata bağlı olacaktır. (TAİKT md. 88/1-b).³⁶

2. Hukuki Sorumluluk

Ortak Soruşturma Ekiplerinde yer alan görevliler, operasyon esnasında ilgili yabancı ülke ile başka bir şekilde mutabakata varılmamış ise: Türkiye sınırları dâhilinde yapılan bir operasyona katılan destek üye konumundaki yabancı devlet görevlilerinin neden olduğu zararlar Türk kamu görevlilerinin tabi oldukları hükümler çerçevesinde tazmin edilir. Ortaya çıkan zarardan, yabancı görevlinin tâbiyetinde bulunduğu devlet de sorumluluk altında olacaktır. İlgili bu devlet, Türkiye’de mağdurlara ödenen tazminat tutarını geri ödemekle yükümlüdür (TAİKT md. 89/1-a,b,c).

Yabancı ülkede yapılan bir operasyona OSE destek üyesi olarak katılan Türk görevlileri tarafından sebep olunan zararlar bakımından, buldukları ülkenin görevlileri gibi kabul edilmeleri hususu yapılacak mutabakata bağlı olacaktır (TAİKT md. 89/d).

SONUÇ

Devletlerin egemenlik haklarını kullanırken veya paylaşırken gösterdikleri çekingen tavır çoğu zaman, sınır aşan suç faillerinin ya da suç örgütlerinin ceza soruşturmalarından kurtulmalarına neden olmaktadır. Son yıllarda uluslararası camiada sınır aşan suçlarla mücadelede konusunda artan kararlılık, devletleri cezaî konularda uygulanagelen klasik adlî yardımlaşma usullerinin ağır işleyen hantal yapısından kurtulmayı sağlayacak yeni işbirliği yöntemlerinin geliştirilmesine teşvik etmiştir. Bu amaçla oluşturulan yöntemlerden biri de Ortak Soruşturma Ekipleridir.

³⁶ Cezai sorumluluğa ilişkin olarak, AB Konseyi Çerçeve Kararın 2. Maddesi, operasyonun yürütüldüğü Üye Devlet dışındaki bir Üye Devletin görevlilerinin, kendilerine karşı işlenmiş ya da kendilerinin işlenmiş oldukları suçlar bakımından operasyon yürüttükleri Üye Devletin bir görevlisi gibi değerlendirildiklerini öngörür (bkz. Council Framework Decision of 13 June 2002 on Joint investigation teams, OJ L 162 of 20. 6. 2002).

Ortak Soruşturma Ekiplerine hukukî dayanak teşkil eden başlıca uluslararası belgeler; 2000 tarihli Avrupa Birliği Ceza İşlerinde Karşılıklı Adlî Yardım Sözleşmesi, 2000 tarihli Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi ve 2001 tarihli Avrupa Konseyi Ceza İşlerinde Karşılıklı Adlî Yardım Sözleşmesine Ek İki Nolu Protokoldür.

Ortak Soruşturma Ekipleri, birkaç ülkenin işbirliğini zorunlu kılacak nitelikte geniş çaplı ve karmaşık soruşturmalarda faydalı olacağı düşünülerek oluşturulmuş bir adlî yardımlaşma şeklidir. OSE'nin en önemli özelliği, sınır aşan suçların, bu suçlar nedeniyle kamu düzeni bozulan iki veya daha fazla ülke tarafından ortaklaşa soruşturularak, mümkün olan en kısa sürede sonuç alınmasını sağlamasıdır. Adaletin yeniden tesisi ve çifte cezalandırmanın önlenmesi amaçlarına da hizmet eden OSE, ulusal hukuktan kaynaklanan yetkileri kimi zaman birbirinden ciddi farklılıklar gösterebilen kolluk kuvvetlerinin veya soruşturma organlarının birlikte hareket ederek sonuç almaya çalıştıkları bir kurumdur. Keza, başlangıçta terör, insan ticareti ve uyuşturucu madde ticareti gibi birkaç spesifik sınır aşan suçun soruşturulması için kullanılan OSE'nin, sağladığı yararlar neticesinde kapsamının genişletilmesi yönünde oluşan uluslararası isteklilik ÇIKAYS Ek 2 Protokol'ü gibi belgelerin hazırlanmasına ve OSE'nin tüm suç tipleri için uygulanabilmesine zemin hazırlamıştır.

Avrupa Birliği üyesi ülkeler arasında, Birliğin yapılanması ve bu yapı içinde yer alan Eurojust ve Europol gibi kuruluşların varlığı OSE'nin Birlik üyesi ülkeler arasında etkili şekilde uygulanmasında büyük kolaylık sağlamaktadır. Esas önemli husus, Avrupa Birliği üyesi olmayan ülkeler arasında ortak yürütülmesinde fayda görülen soruşturmalarda OSE'nin ne şekilde oluşturulabileceğidir.

Ülkemizin uluslararası suç yolları üzerindeki stratejik konumu ve topraklarında gün geçtikçe artan sayı ve çeşitlilikte işlenen sınır ötesi suçların varlığı da dikkate alınarak çalışmamızın önemli bir kısmı, Türk Adli İşbirliği Kanun Taslağı'na ayrılmıştır.

Ortak Soruşturma Ekiplerini düzenleyen maddelere dayanak teşkil eden uluslararası sözleşmelere Ülkemiz henüz taraf olmasa da, kurumun hizmet ettiği amaç perspektifinden bakıldığında; uluslararası ilişkilerin ayrıntılı

formalitelerinden uzak, etkili ve hızlı bir işbirliği temelinde oluşturulacak OSE'nin suç ve suçlulukla mücadelede etkili bir araç olacaktır. Taslak bu konuda atılmış önemli bir adım teşkil etmektedir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

BOISTER, Neil. *'An Introduction to Transnational Criminal Law'*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

DE BUCK, Bart. *Joint Investigation Teams: The participation of Europol Officials*, Academy of European Law, ERA Forum (2007) 8.

GUALTIERI, Claudia. *Joint Investigation Teams*, Academy of European Law, ERA Forum (2007) 8.

HELMBERG, Monika. *Eurojust and Joint Investigation Teams: How Eurojust can support JIT's*, Academy of European Law, ERA Forum (2007) 8.

LILLOVA, Marina. *Joint Investigation Teams (JIT) The Role of Eurojust and Europol in establishing and supporting JIT's*, Ohrid 2009. <http://www.rai-see.org/doc/>

NADELMAN, Ethan A. *'Cops Across Borders, The Internationalization of U.S. Criminal Law Enforcement'*, The Pennsylvania State University Press, Pennsylvania, 2003.

PRECHAL, Sacha. *Directives in EC Law*, Oxford University Press, Oxford 2005.

RIJKEN, Conny and VERMEULEN, Gert. *Joint Investigation Teams in the European Union form Theory to Practice*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2006.

SPAPENS, Toine. *'Joint Investigation Teams in the European Union: Article 13 JITS and the Alternatives'*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 19, 2011.

SCHALKEN, T and PRONK, M. *'On Joint Investigation Teams, Europol and Supervision of Their Joint Actions'*, European Journal on Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 2002, Vol. 10/1.

TEZCAN, Durmuş/ERDEM, M. Ruhan/ÖNOK, R. Murat. *'Uluslararası Ceza Hukuku'*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.

Conclusions of the Second Meeting of the National Experts on Joint Investigation Teams, Council Document 15023/06, 21 November 2006.

Council of the European Union, The Stockholm Programme - An open and secure Europe serving and protecting the citizens, **17024/09, 2 December 2009**, Brussels.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:197:0001:0023:EN:PDF>

Council Framework Decision of 13 June 2002 on Joint investigation teams, OJ L 162 of 20. 6. 2002, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002F0465&from=EN>

Council Act of 28 November 2002 drawing up a Protocol amending the convention on the Establishment of a European Police Office (Europol Convention) and the Protocol on the Privileges and Immunities of Europol, the Members of its Organs, the Deputy Directors and the Employees of Europol, OJ c 312 of 16. 12. 2002, p. 1.

Council Recommendation of 8 May 2003 on a model agreement for setting up a Joint investigation team (Jit), OJ c 121 of 23. 5. 2003, p. 1.

Agreement on Mutual Legal Assistance Between the European Union and the United States of America, OJ L 181 of 19.7.2003, <http://www.state.gov/documents/organization/180815.pdf>.

Agreement between the European Union and the Republic of Iceland and the Kingdom of Norway on the application of certain provisions of the convention of 29 May 2000 on Mutual Assistance in criminal Matters between the Member States of the European Union and the 2001 Protocol thereto, OJ L 26 of 29. 1. 2004, p. 3.

Türk Adli İşbirliği Kanunu Taslağı, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü.

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?CL=EN-G&NT=182>

<http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>

İDARİ MERCİ TECAVÜZÜ VE DÖRT GRİ ALAN

Administrative Agency Breach and Four Gray Domains

Dr. Cengizhan HATİPOĞLU*

ÖZET

İdari işleyişte dört başı bayındır sistem kurmak herkesin arzu edeceği bir husustur. Bunu devleti kanun obezi yapmadan en baştan ve en gelişmiş sistemle gerçekleştirmek rasyonel olanıdır. Böylece hukukun merkezi sıkletini oluşturan hakkın, kişiler tarafından idari-yargısal başvurular yoluyla aranması esnasında gasp edilmesi engellenmiş olur. Bugün itibarıyla zorunlu kabul edilen idari başvuruların etkin bir işleve sahip olup olmadığı tartışmalıdır. Zira kişilerin bir yanılığa düşerek idare yerine yargı yoluna başvuruda bulunmaları halinde ortaya çıkan idari merci tecavüzü ile ilgili hala bazı gri alanlar bulunmaktadır. Bu sebeple kişilerin adalet eşliğini nasırlaştırmadan, özgürlüklerin çeşitli tasarruflarla baskılanmasını önleyecek bir anlayış ve uygulamayı hem idari merci tecavüzü konusunda hem de hukukun diğer konularında hayata geçirmek zorunluluk taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: İdari yargılama usulü, idari usul, zorunlu idari başvuru yolları, idari merci tecavüzü.

ABSTRACT

We all agree with the operation of a prosperous government system with regard to smooth administrative functioning. However it would be rational to operate the administrative system without making the government obese in terms of law-making. Thus the notion of justice would be provided from being encroached on during the administrative and judicial processes executed for justice. Administrative recourses supposed as compulsory for the time being are controversial to have an efficient functioning. There may emerge some gray domains in terms of administrative agency breach if citizens apply to administrative judiciary in place of administration itself by mistake. It is evaluated as crucial to operate an effective functioning of justice with regard to administrative agency breach and all other judicial processes without making the law calloused.

* Öğretim Üyesi, cehatipoglu@hotmail.com

Key Words: Administrative trial procedure, administrative procedure, compulsory administrative claims, administrative agency breach.



GİRİŞ

İdari yargıda açılan davalarda kayda alınan dava dilekçeleri, esasa ilişkin değerlendirmeye tabi tutulmadan önce, usul hukuku bakımından bir ön değerlendirilmeye tabi tutulmaktadır. Bu ön değerlendirme, ilk incelemedir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "*Dilekçeler Üzerine İlk İnceleme*" başlığını taşıyan 14. maddesinin 3. fıkrasında idari yargıda açılan davalarda davanın esasına girilmeden önce dava dilekçelerinin hangi hususlar açısından ve hangi makam tarafından ön incelemeye tabi tutulacağı belirlenmiştir. Buna göre dilekçeler, Danıştay'da daire başkanının görevlendireceği bir tetkik hakimi, idare ve vergi mahkemelerinde ise mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından sırasıyla; görev ve yetki, idari merci tecavüzü, ehliyet, idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı, süre aşımı, husumet, 3 ve 5. maddelere uygun olup olmadıkları yönlerinden incelemeye tabi tutulmaktadır. İşte yapılan bu ilk incelemede ele alınan söz konusu usuli hususlardan biri veya birkaçında hukuka aykırılık tespit edilmesi halinde bu aykırılıklar giderilmeden esasa ilişkin yargılamaya geçilmemektedir¹. Bu durumda tespit edilen hukuka aykırılık, bunu tespit eden yargıç tarafından görevli daire veya mahkemeye bir rapor ile bildirilmektedir. Tek hakimle çözümlenecek dava dilekçeleri için rapor düzenlenmemektedir. Yapılacak incelemenin dilekçenin alındığı tarihten itibaren en geç onbeş gün içinde sonuçlandırılması zorunludur. Yapılan değerlendirmelerde bir hukuka aykırılığın saptanması halinde yargı yerinin hangi istikamette karar vermesi gerektiğine yönelik hususlar İYUK'un 15. maddesinde düzenlenmiştir. İlk inceleme esnasında gözden kaçan durumların olması halinde kanunda yer alan hususların ilk incelemeden sonra davanın her safhasında değerlendirilmesi ve 15. maddeye göre tasarrufta bulunulması mümkündür.

¹ Turgut Candan, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Ankara, Adalet, 2012, s. 522-523.

Açılan davanın bidayetinde ilk incelemeyi yapan yargı yerinin dava dilekçesine konu uyuşmazlıkta kendisini görevli ve yetkili görmesi durumunda bakması gereken ilk husus bir idari merci tecavüzünün söz konusu olup olmadığı ile ilgilidir. Mahkemece bu hususta da bir sorunun saptanmaması halinde ilk incelemeye yönelik değerlendirmeler kanunda öngörülen sıralamaya göre devam etmektedir. Ancak ilk inceleme esnasında kişilerin yargı yoluna başvurudan önce tüketmesi gereken idari başvuru yolunu tüketmeden doğrudan yargı yoluna başvurduğu anlaşılır ise ilk inceleme idari merci tecavüzü nedeniyle bu aşamada bitmekte ve dilekçe merciine tevdi edilmektedir (İYUK, md.15/1-e)². İYUK'ta idari merci tecavüzü olarak düzenlenen hukuki duruma ilişkin bazı gri alanlar bulunmaktadır. Bu çalışmada bu gri alanlardan sadece dört tanesine değinilmeye çalışılacaktır.

I. İDARİ MERCİ TECAVÜZÜ

Kişilerin menfaatleri bulunan hususlarda idari makamlara yapılacak, idare hukukuna ilişkin bütün iddia, talep ve dilekler idari başvurunun konusunu teşkil eder³. İdari başvurular doğrudukları hukuki sonuçlar bakımından etkili ve etkisiz olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁴.

İdari başvurular, hukuki bir kıymete sahip olabilmesi için mevzuat veya genel hukuk kuralları tarafından az çok bir himayeye mazhar bulunmalıdır. Hukuk kurallarının idari işlem veya eylemler bakımından idareye bir vazife veya mecburiyet yüklediği, idare edilenlere de bunu talep etme imkanını tanıdığı, bunun mümkün olmaması halinde yargı yoluna başvurunun mümkün olduğu hususlarda yapılacak idari başvurular etkili(kanuni) başvuru olarak kabul edilmektedir. Fakat idareyi bir cevap verme yükümlülüğüne sokmayan, idarenin sadece takdir yetkisine hitap eden, hukuki yaptırımdan mahrum, bu anlamda kişileri hukuken himaye etmeyen, kişilerin talep ettikleri hususların tatmi-

² İdari merci tecavüzünün isteğe bağlı idari başvuru yollarına idari başvuru süresi içinde başvuru da idarenin cevabı veya kararını beklemeden idari yargıda dava açılmasını da kapsadığı hakkında görüş için bkz. Ramazan Yıldırım, İdari Başvurular, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Mimoza, Konya, 2006, s.202.

³ Lütfi Duran, "İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi", İÜHFM, C.12, S.1, 1946, s.135.

⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldırım, İdari Başvurular, s.63 vd.

ni için yargısal yola başvuru imkanı vermeyen, yargısal başvuruda bulunulsa bile akıbeti red olacak olan başvurular etkisiz (istitaf) idari başvurulardır⁵. Bir başvurunun etkili veya etkisiz olduğunu belirleme, başvurunun niteliğini belirleme noktasında asıl söz sahibi mevzuatın kendisidir⁶. Bu açıdan zorunlu idari başvuru yollarının öngörüldüğü hallerde bu başvurunun yapılması, yapılması veya idare yerine yargı yoluna başvurulması kendisine hukuki sonuçlar bağlanması sebebiyle etkili başvuru yolunun örneğini teşkil etmektedir.

Türkiye’de kural olarak kişiler, hukuka aykırı yapılmış olduğunu düşündüğü işlem, eylem ve bunların sonuçlarına karşı idareye başvuruda bulunma veya dava açma konusunda hürdür. Bu açıdan idareye başvuru tüketilmesi zorunlu değil ihtiyari başvuru yolu özelliği taşımaktadır. Kişilerin bu aşamada yargı yolunu tercih etmesi halinde herhangi bir kişi ya da kurum tarafından kınanması söz konusu değildir. Ancak idarenin bir işlem veya eylemine karşı dava açmadan önce merciine başvurma zorunluluğunun kabul edilmesi halinde yapılması gerekenlerin prosedürü değişmektedir⁷. İdari yargıya başvurudan önce uyuşmazlığın idari yolla çözümü imkanını araştırmak üzere bir idari başvuru şartı getirilen hallerde önce bu başvuru yapılmak zorundadır. Bu yapılmadan doğrudan dava açılması halinde bu davanın esastan görülmesi mümkün değildir⁸. Diğer ifadeyle idari tasarrufun tesis edilmesi veya meydana gelmesinden sonra kanun kişiye o işleme karşı idari yargıya başvurudan önce tasarrufu gerçekleştiren veya başkaca bir idari makama başvuru yolunu işaret etmişse ilgili makama başvuru ile söz konusu tasarrufun o makamın incelemesinden geçirilmesi mecburidir⁹. Bu çerçevede zorunlu idari başvuruların kabul edildiği durumlarda bu başvuruların yapılması ile öncelikle idare, hukuken sorunlu tasarruflarını, hukuki sahaya çekmesi için barışçıl yol aracılığı ile ikaz edilir. Bu talebin idarece kabul görmemesi durumunda, yapılan başvuru ile idare müte-merrit duruma düşürülmüş olur ve böylece yargı yoluna başvurunun önu açı-ılır. Bu açıdan zorunlu idari başvuru yollarının öngörüldüğü hallerde süresinde

⁵ Duran, s.140-141.

⁶ Yıldırım, İdari Başvurular, s.69.

⁷ Turan Yıldırım, İdari Yargı, 2. Bası, İstanbul, Beta, 2010, s. 491.

⁸ Celal Karavelioğlu, İdari Yargılama Usulü Kanunu, 6. Baskı, C.II, 2006, s.1172.

⁹ Celal Karavelioğlu, İdari Yargılama Usulü Kanunu, 6. Baskı, C.I, 2006, s.993; Danıştay 3. D’nin 13.3.1986 tarih, 1986/44, K. 1986/851 sayılı kararı(Karar için bkz. Candan, s.595).

bu yola başvuru, idari tasarrufla ilgili idarenin nihai kararını açıklamış olması itibariyle¹⁰ idari tasarruflarda kesinliğin¹¹ ve dolayısıyla yargı yoluna gidebilmenin ön koşulu niteliğindedir¹². Ancak idari tasarrufların kanunlarda belirtilen bir kısmının öncelikle idari makamlar huzuruna götürülmeden ve bu makamlar atlanarak doğrudan doğruya yargı yoluna başvurulması bir usulsüzlük halini ortaya çıkarır. Bu usulsüzlüğün adı idari merci tecavüzüdür¹³.

II. İDARİ MERCİ TECAVÜZÜNE BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR

Türk idare hukukunda kişilerin idari işlem veya eylemlere karşı idareye başvurarak çözüm yolunu denemesi zorunluluğu bulunmamasına rağmen, kanunlarda yargı yoluna başvurudan önce, belli bir süre öngörerek idareye başvuruda bulunma mecburiyeti getirilmiş ise bu başvurunun yapılması, hakkın aranabilmesi için zorunluluk taşımaktadır¹⁴. Kişilerin, zorunlu olduğu halde, hukuka aykırı gördükleri idari işlem veya eylemi idari müracaat konusu yapmadan, doğrudan yargılama konusu yapmaları halinde, dava dilekçeleri, mahkeme tarafından idari merci tecavüzü nedeniyle, İYUK'un "İlk İnceleme Üzerine Verilecek Karar" başlığını taşıyan 15. maddesinin 1. fıkrasının "e" bendi uyarınca görevli idari mercie gönderilmektedir¹⁵. Hülasa edilirse bir idari merci tecavüzünün varlığı iddiasıyla, dava dilekçesinin görevli idari mercie gönderilmesine karar verilebilmesi için; ortada bir idari eylem veya kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olmalı, yargı yoluna başvurudan önce mevzuat gereğince öncelikle bir idari başvurunun yapılmış olması şart olmalı ve mevzuatta öngörülmüş olan zorunlu idari başvuru yolu dikkate alınmadan dava açılmış olmalıdır. Bu açıdan idari başvuru sadece dava şartıdır¹⁶.

¹⁰ Murat Sezginer, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin, Ankara, 2000, s.46-47.

¹¹ Selami Demirkol/Zuhal Bereket Baş, İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2001, s.114.

¹² Duran, s.138,149.

¹³ Kazım Yenice/Yüksel Esin, İdari Yargılama Usulü, Ankara, 1983, s.442.

¹⁴ Yıldırım Uler, "Yönetmelik Yargıda Dava Süresi", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, I. Kitap, Ankara, 1990, s.233.

¹⁵ Mercie tevdi kararına karşı ilgisine göre istinaf ya da temyiz yoluna başvurulması mümkündür (İYUK, md. 15/4).

¹⁶ Candan, s. 595-596.

Dilekçelerin görevli mercie tevdi halinde, Danıştay'a veya ilgili mahkemeye başvuru tarihi, mercieine başvuru tarihi olarak kabul edilmektedir(İYUK, md.15/2)¹⁷. Görevli mercie tevdi kararı verilmiş bir dava dilekçesi idari başvuru dilekçesine dönüşmektedir. Bu durumda artık derdest bir davadan bahsetmek olanaksızdır¹⁸. Kanun koyucu bu düzenlemeyle idari mercii atlayarak dava açan kişiyi hem yeni bir idari başvuru yükümlülüğünden kurtarmış, hem de davayı açtığı tarihte idari itiraz için kanunda öngörülen süre geçmemişse yanılığını bağışlayarak davanın açıldığı tarihi idari mercie yapılması gereken başvurunun tarihi olarak kabul edip hükme bağlamış¹⁹ ve böylece idari süreleri koruyarak uyuşmazlığın idari aşamada çözümlenmesine imkan sağlamıştır²⁰. Bir başka deyişle önce idareye başvurması gerekirken, idari yargıda dava açan kişinin idareye başvuru hakkı süre yönünden korunmuştur²¹.

İdari mercî tecavüzü sebebiyle mercieine tevdi edilen dilekçelere muhatap olan idarenin müspet veya menfi cevap vermesi mümkündür. İdarece verilen cevabın menfi olması halinde kişilerin tekrar yargı yoluna gidebilmeleri için yeni bir dava dilekçesi ile başvuru yapmaları gerekmektedir²². Açılacak davanın konusu, uyuşmazlık idari işlemlerden doğmuş ise, kesin ve yürütülebilir işlem olması cihetiyle hukuki sonuç doğurması için bir idari başvuruya konu olması şart olmayan ilk ve ana idari işlemin iptali²³, idari eylemlerden doğmuş

¹⁷ Bu konuda özel bir kanun hükmünün olması durumunda İYUK'ta yer alan bu hüküm uygulanmayacaktır. Örneğin Kamu İhale Kanununun 54. maddesine 6.2.2014 tarihinde eklenen 9. fıkraya göre "*Başvuruların ihaleyi yapan idare veya Kurum dışındaki idari mercilere ya da yargı mercilerine yapılması ve başvuru dilekçelerinin bu merciler tarafından ilgisine göre idareye veya Kuruma gönderilmesi hâlinde, dilekçelerin idare veya Kurum kayıtlarına girdiği tarih, başvuru tarihi olarak kabul edilir*". Bu hüküm açıktır ki İYUK, md. 15/2'yi bypass etmektedir.

¹⁸ Celal Işıklar, "İdari Yargıda Derdestlik", GÜHFD, C.16, S.1, 2012, s.73.

¹⁹ Nuri Alan, "İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları", DD, S.50-51, Yıl 13, s.29.

²⁰ Yıldırım, İdari Yargı, s.491.

²¹ İlhami Öztürk, "Kamu İhale Kanununda Düzenlenen Şikayet ve İtirazen Şikayet Başvuru Sürelerinin Hukuki Niteliği", Ankara Barosu Dergisi, S. 3, Yıl 67, 2009, s. 135.

²² A. Şeref Gözübüyük/Güven Dinçer, İdari Yargılama Usulü, 2. Bası, Turhan, Ankara, 1999, s.613; Karavelioğlu, C.II, s.1172.

²³ Kamu İhale Kanunundan doğan uyuşmazlıklarda iptale konu işlemin Kamu İhale Kurumunun red kararı olduğu hakkında bkz. Danıştay 13. D.'nin 28.9.2010 tarih ve E. 2007/4354, K.2010/6555 sayılı kararı(özel arşiv); Danıştay 13. D.'nin 23.6.2008 tarih ve E.2007/14850, K.2008/4993 sayılı kararı(özel arşiv); Danıştay 13. D.'nin 10.2.2010 tarih ve E.2009/4313, K.2010/1159 sayılı kararı(özel arşiv); Danıştay 13. D.'nin 6.10.2010 tarih ve E.2010/1155, K.2010/6724 sayılı kararı(özel arşiv); Danıştay 13. D.'nin 18.11.2008 tarih ve E.2007/2423,

ise idari eylemin meydana getirdiği zararın telafisi talebidir²⁴.

III. İDARİ MERCİ TECAVÜZÜNDE DÖRT GRİ ALAN

A. Zorunlu İdari Başvuru Yollarının Tayini Meselesi

Herhangi bir kanunda, tereddütsüz bir şekilde idari tasarruflara karşı zorunlu bir idari başvuru yolu öngörülmüş değilse, ilgililerin idareye veya yargı yoluna başvuru konusunda seçimlik hakka sahip olduğu kabul edilmelidir. Bir kanun hükmünün içerisinde örneğin başvurabilir, gidebilir, itiraz edebilir gibi sözcükler bulunuyor ise idari başvuru yolunun zorunlu olduğu önermesi kabul görmemelidir²⁵. Bu gibi takdir hakkını ifade eden kiplerle kurulmuş sözcüklerin bulunması halinde o başvuru yolunun hak sahibinin takdirine bırakılmış bir yol olduğu ve bu hallerde kişilerin yarışan haklar içerisinde menfaat hesaplaması yaparak istedikleri başvuru yollarına müracaat edebilmeleri olanaklı olmalıdır.

Türkiye’de kanun koyucunun bir başvuru yolunun zorunluluğunu tayin noktasında benimsediği istikrarlı bir tutum ve dilbilgisi disiplini yoktur (ya da vardır!)²⁶. Şöyle ki kanun koyucu bazı konular itibariyle idari başvuru yolunun zorunlu olduğunu açık olarak düzenlemiş durumdadır. Kanun koyucu bu konuda iki farklı tutum izlemektedir. Örneğin “*Doğrudan Doğruya Tam Yargı Davası Açılması*” kenar başlığına sahip İYUK, md. 13/1’de “*İdari eylemlerden*²⁷ *hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim*

K.2008/7350 sayılı kararı(özel arşiv).

²⁴ Yenice/Esin, s.442; Candan, s.597.

²⁵ Aynı yönde bkz. Turan Yıldırım, “İdari Usul Yasası Kapsamında İdareye Başvuru”, T.C. Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Ankara, 1998, s.273.

²⁶ Türk idare hukuku ve kanunlarına göre idari eylemler bakımından zorunlu idari başvuru yolunun var olduğunda tereddüt yoktur(bkz. İYUK, md.13). İdari başvurunun zorunlu olup olmadığı hususunda asıl tereddüt ve belirsizlik idari işlemler bakımından bulunmaktadır.

²⁷ İdari eylem idarenin maddi bir olayıdır. Bir idari işleme dayanmamaktadır. Diğer ifadeyle onun icrası ile ilgili değildir. İdarenin kamu hizmetlerinin yürütülmesi esnasındaki davranışları, hareketsiz kalışı, , yapması gereken faaliyetleri yapmaması gibi davranışlar idari eylemleri oluşturur. Burada idari eylem sebebiyle zarara uğrayanlar dava açmadan önce idareye başvurarak zararlarının tazminini istemek zorundadırlar. Bir bakıma bu başvuru sadece idarenin iradesini bir işlemlerle ortaya çıkarmak için yapılmaktadır(Candan, s.511-513). Buna ön karar denir. Ön karar idari eylemlerden doğan tam yargı davalarında dava açma süresini başlatan ve kişiler arasında uyuşmazlık doğuran işlemidir. Bu başvuru yapılmadan ve idarece ön karar alınmadan doğrudan açılan dava merci tecavüzünü doğurur(Gözübüyük/Dinçer, s.398).

üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri **gereklidir**. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren dava süresi içinde dava açılabilir.” ifadeleri ile idari müracaat yolunu hem tarif etmiş hem de bu tarifile birlikte bu yolun zorunluluğu tümcenin sonundaki sözcükle garanti altına alınmıştır²⁸. Diğer bir tutum ise Kamu İhale Kanununun “İhalelere Yönelik Başvurular” kenar başlığına sahip 54. maddesinde düzenlendiği gibi birinci fıkrada “İhale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler, bu Kanunda belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda **bulunabilirler**.” ifadeleri ile başvuru yolunun tarifi, “Şikayet ve itirazın şikayet başvuruları, **dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yollarıdır**.” ifadeleri ile idari müracaat yolu hem tarif edilmiş hem de bu tarifile birlikte bu yolun zorunluluğu tümcenin sonundaki sözcükle garanti altına alınmıştır²⁹. Görüleceği üzere ya doğrudan doğruya ifa-

²⁸ Benzer yönde bkz. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun “Mecburi İdari Müracaat” kenar başlıklı 34. maddesi; “Doğrudan Doğruya Tam Yargı Davası Açılması” kenar başlıklı 38. maddesi; Kamulaştırma Kanununun “Kamulaştırılmaksızın Kamu Hizmetine Ayrılan Taşınmazların Bedel Tespiti” kenar başlıklı geçici 6. maddesi; İş Mahkemeleri Kanunu, md.7. maddesi. Örnek olarak yer verilen yasal düzenlemeler içerisinde en son düzenleme, İş Mahkemeleri Kanununun 7. maddesine 10.9.2014 tarihinde eklenen üçüncü fıkra ile yapılmıştır. Bu fıkra göre “31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile diğer sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyumsuzluklarda, hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talepleri hariç olmak üzere, dava açılmadan önce Sosyal Güvenlik Kurumuna müracaat edilmesi zorunludur.”

²⁹ Türk Petrol Kanunu md. 20’e göre “Bu Kanun hükümlerine göre alınmış veya alınacak olan tüm haklarda başvuru veya hak sahipleri arasında çıkacak ihtilaflara ilişkin itirazlar Bakanlık tarafından sonuçlandırılır. Bakanlık tarafından alınan başvuru, araştırma izni, arama ruhsatı ve işletme ruhsatından doğan haklara tesir eden kararlara karşı açılacak davalar ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda görülür”(Ayrıca bkz. Türk Petrol Kanunu Uygulama Yönetmeliği md.41). Serbest Muhasebecilik Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu Gereğince Yapılacak Başvurular Hakkında Yönetmelik md. 9/2’ye göre “Birlikçe ruhsatnamenin verilemeyeceğine dair karar alınmışsa, bu karar ilgili odaya ve müracaat sahibine en geç altmış gün içinde tebliğ edilir. Birlik kararına karşı itiraz mercii Bakandır... Bakanın vereceği karar nihaidir”. Her iki kanun hükmünde de idari itiraz mercii ve önceliğini belirleyen ifadeler kullanılmıştır.

delerin sonunda zorunluluk bildiren bir sözcüğe yer verilmektedir ya da idari başvuru yolunun kişilerin insaf ve ihtiyarına bırakılmadığı, yargı yoluna uzanan bir sürecin başlatılmasının arzu edilmesi durumunda bu idari başvuru yolunun takdiri bir yol olmaktan çıkıp tüketilmesi zorunlu bir yola dönüşeceği ayrı bir fıkra ile hükme bağlanmaktadır.

Kanun koyucu yukarıdaki örneklerden de anlaşıldığı şekilde, idari başvuru yolunu zorunlu tutmak istediği hallerde bu iradesini açıkça ortaya koyacak şekilde düzenlemeler yapmıştır. Kanun koyucunun tüm düzenlemelerinde bilerek ve isteyerek hareket ettiği genel bir hukuk kaidesidir. Bu sebeple bazı kanunlarda yer alan “*müracaat edebilirler*”³⁰, “*itiraz edebilir*”³¹, “*itiraz edilebilir*”³², “*itiraz olunabilir*”³³ şeklinde kullanılan ifadelerden bir mecburiyet hali çıkarmak hukuk metodolojisine uygun değildir. Bu ifadelerin devimsel tefsiri halinde de başka bir sonuca ulaşmak mümkün olmamaktadır. Nitekim kanun koyucu yukarıda yer verilen Kamu İhale Kanunu md. 54/1’de yer alan örnekte olduğu gibi başvuruyu zorunlu kılmak için “*başvurusunda bulunabilirler*” ifadesi ile yetinmemiş, yargı yoluna başvuruda bulunmak isteyenler için “*bulunabilirler*” ifadesinin evrilererek “*bulunulması zorunludur*” haline dönüşeceğini ikinci fıkrada açık ve mutlak bir hükümle ortaya koymuştur.

Mevzu edilen meseleye bir başka açıdan dayanak bulmak da mümkündür. Kanun koyucu bazı düzenlemelerde mükelleflerin yargı yoluna başvurabilecekleri hususunu yine “*itiraz olunabilir*”, “*itirazda bulunulabilir*”, “*başvurulabilir*”, “*dava açılabilir*” sözcükleri ile ifade etmektedir³⁴. Bu sözcüklerden kişilerin mecburen ve sadece yargı yoluna başvurmalarının mümkün olduğunu çıkarmak güçtür. Zira idari tasarruflara karşı kanunda açık bir engelin olmaması halinde kişilerin mezkur tasarruflara karşı idari başvurularda da bulunabilmesi mümkündür. Dolayısıyla aynı sözcüklerden bazı hallerde zorunluluk hali

³⁰ VUK, md.124.

³¹ Avukatlık Kanunu, md.7,8,20,70,74,157; Gümrük Kanunu, md.242.

³² Gümrük Kanunu, md.243; Yüksek Öğretim Kanunu, md.54/e; At Yarışları Hakkında Kanun, md.4.

³³ Avukatlık Kanunu, md.64,142,153; Asker Ailelerinden Muhtaç Olanlara Yardım Hakkında Kanun, md.7.

³⁴ Örneğin 5442 sayılı İl İdare Kanunu md. 65; Vakıflar Kanunu md.11; 6183 sayılı Kanun md.58, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, md.55 gibi.

üretmek bazı hallerde ihtiyarilik üretmek hukuki anlayışla bağdaştırılmaz.

Yukarıdaki açıklamalara rağmen idari yargının ve doktrinin, takdir hakkı veren ifadelerin olduğu hükümlere yaklaşımı farklıdır. İdari yargı bu konularda kural olarak idari başvuruların zorunlu olacağını ve bu zorunlu başvuru yollarının tüketilmesinden evvel yargı yoluna başvurulması halinde idari merci tecavüzünün doğacağını kabul etmektedir³⁵. Bununla birlikte Danıştay'ın ilgili mevzuatta "müracaat edebilirler", "itiraz edebilir", "itiraz edilebilir" gibi ifadelerin bulunması durumunda başvuru yolunun zorunlu olmayacağına yönelik sınırlı sayıda vermiş olduğu karar da bulunmaktadır. Örneğin Danıştay 15. D'nin 2.11.2011 tarih ve E.2011/156, K. 2011/3298 sayılı kararında "İdari para cezaları ilgiliye tebliğ edilmekle tahakkuk eder ve tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde Kuruma ödenir veya aynı süre içinde Kurumun ilgili ünitesine itiraz edilebilir." hükmü yer almıştır... Ayrıca, bu işleme karşı Kurumun ilgili ünitesine yapılabileceği belirtilen itiraz başvurusunun zorunlu bir başvuru yolu olmayıp, ilgililerin isteğine bağlı, seçimsel bir hak olduğu maddede yer alan "kuruma ödenir veya...", "itiraz edilebilir" ifadelerinden anlaşılmaktadır." ifadeleri ile konuya yaklaşmıştır³⁶. Doktrin aktörleri ise bu konularda hiçbir

³⁵ Örnek bazı kararlar için bkz. Danıştay 7. D'nin 16.11.2006 tarih ve E. 2004/1598, K. 2006/3458 sayılı kararı; Danıştay 3.7.20007 tarih ve E. 2000/872, K. 2000/2232 sayılı kararı; Danıştay 9. D'nin 8.10.2008 tarih ve E. 2006/2431, K. 2008/4472 sayılı kararı; İDDK'nın 26.11.1999 tarih ve E. 1999/166, K. 1999/493 sayılı kararı; Danıştay 8. D'nin 19.2.1997 tarih ve E. 1995/1883, K. 1997/579 sayılı kararı; VDDK'nın 27.2.2004 tarih ve E. 2003/254, K. 2004/28 sayılı kararı; Danıştay 4. D'nin 20.2.2001 tarih ve E. 2000/524, K. 2001/393 sayılı kararı.

³⁶ Ayrıca bkz. Yasin Sezer/Hüseyin Bilgin, "Danıştay Kararlarında İdari Başvurular", AÜHFĐ, C.57, S.4, 2008, s.357-358. Benzer yönde bkz. İDDK'nın 17.11.1989 tarih ve E. 1989/245, K. 1989/162 sayılı kararı; "Derecelerini durumlarına uygun bulmayanlar, yönetmelikte gösterilecek usullere göre ve 10 gün içinde oda meclislerine itiraz edebilirler" hükmünü taşımaktadır. Bu hüküm ilgililere, yönetim kurulunca bu konuda verilecek kararlara karşı istekleri halinde bir başka organa itiraz edebilme olanağı yaratmak için konulmuştur. Tümce'nin sonundaki, itiraz edenler ifadesi yerine "itiraz edebilirler" ifadesinin kullanılmasında bu görüşü doğrulamaktadır. Amacı bu olan başvuru yolunu Anayasa ile kişilere tanınan dava hakkını ortadan kaldırır bir biçimde yorumlamak ve başvuru yoluna gidilmemesi halinde dava açılmayacağını düşünmek hukuka aykırı düşecektir"; Danıştay 6. D'nin 7.2.1994 tarih ve E.1992/3643, K.1994/487 sayılı kararı; "Anayasanın 125. maddesinde; İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu hükme bağlanmıştır...madde de söz konusu olan itiraz yolu ile ilgililere idari bir başvuru imkanı tanınmış olup; bu husus; üçüncü kişilerin menfaatini ihlal etmesi halinde Belediye Meclisi kararlarına karşı ilgilinin idari itiraz yoluna gitmeyip iptal davası açmasına engel oluşturmamaktadır"; Danıştay 8. D'nin 29.4.1991 tarih ve E.1990/1493, K. 1991/787 sayılı kararı; Danıştay 8. D'nin 13.10.2003 tarih

değerlendirme yapmamakta ve sadece idari merci tecavüzüne yönelik örnek kanun hükümlerine ve Danıştay kararlarına çalışmalarında yer vermektedir. Bu durumun bir bakıma Danıştay anlayışının zimni kabulü anlamına da geldiği ifade edilebilir³⁷.

Bu meseleden çıkan sonuç şudur, kanun koyucunun bir başvuru yolunun zorunluluğunu tayin noktasında benimsediği istikrarlı bir tutum ve dilbilgisi disiplini, esasında vardır. Kanun koyucu düzenlemeleri bilerek ve isteyerek yapmaktadır. Kişilere çeşitli hakların tanındığı durumlarda kişinin yargı yolunu tercih etmesi halinde, doktrin ve Danıştay'ın ilgili mevzuatta başvurulacak merciler konusunda tercih hakkının tanındığı durumlarda daha katı bir tutum izleyerek mevzuu zorunlu başvuru yolları arasında değerlendirmesine rağmen, mahkemelerce idari merci tecavüzü çerçevesinde karar verilmemelidir. Mahkemeler bu durumda davayı esastan görmelidir. Zorunlu idari başvuru yolu ile ilgili uygulamalar, zorunluluk halinin kanun koyucu tarafından açık ve kesin bir dille belirlendiği hallerle sınırlı şekilde uygulanmalıdır.

B. İdari Merci Tecavüzüne Karar Verilen Hallerde Kişilerin İdarenin Cevap Tarihini Öğrenmesi Meselesi

Mevcut hukuki durum içerisinde süresinde zorunlu idari başvuru yoluna başvurmayıp bu sürede yargı yoluna gidilmesi halinde mahkeme, merciine tevdi kararı verip dilekçeyi idareye göndermekte, idare tarafından verilen cevaba göre de dava açma süresinin başlangıcı tayin edilmektedir. Tevdi edilen dilekçeyi alan idarenin iki yönde cevap vermesi mümkündür. Bunlar kabul ve açık veya zimni reddir³⁸. İdarenin dilekçede talep edilen hususları kabul edip yerine getirmesi durumunda uyumsuzluk nihayete ermektedir. Ancak idare açık veya zimni red³⁹ cevabı da verebilmektedir. İdarenin doğrudan red cevabı verdiği hallerde idare, talebin reddi kararını dilekçe sahiplerine tebliğ etmek-

ve E.2003/1961, K. 2003/3967 sayılı kararı.

³⁷ Gözübüyük/Dinçer, s.571 vd; Yılmaz Özbalcı, Vergi Davaları, Oluş, Ankara, 2000, s.304-305; Karavelioğlu, C.I, s.995 vd; Yenice/Esin, s.445 vd; İbrahim Topuz/Kadir Özkaya, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara, 2002, s.376-377; Candan, s.597 vd.

³⁸ Bunun dışında başvurunun alındığını, konunun değerlendirmeye alınacağına dair sonucu belirsiz cevapların verilmesi de mümkündür.

³⁹ İdarenin dilekçede talep edilen hususla ilgili 60 gün içinde cevap vermeyip susması halidir.

tedir. Kişilerin red kararının tebliğini takip eden günden itibaren yargı yoluna başvurmaları mümkündür. Burada kişilerin dava açma sürelerinin başlangıcını tayin etme noktasında karşılaşacakları bir sorun bulunmamaktadır. Ancak idarenin dilekçeye herhangi bir cevap vermemek suretiyle zımni reddin meydana gelmesine sebep olduğu durumlarda kişilerin dava açma süresinin başlangıcını hesaplama parametreleri ortada yoktur. Bu durumda nasıl hareket edileceği kanunlarda meçhuldür⁴⁰.

Başvuru dilekçesinin merciiine tevdi kararı verildiğinde dilekçenin, mahkemeden idareye gönderilmesi aşamasında postada geçireceği zamanı bilmek imkansızdır. Tebliğ için postada geçecek zaman 10 gün de, 30 gün de, 3 ay da olabilir. İdari merci tecavüzü sebebiyle merciiine tevdi edilen dilekçenin ne zaman görevli idare merciiine intikal ettiğini ve dolayısıyla idarenin cevap süresinin ne zaman başladığını ve dolduğunu hesaplamak, kişilerin girişimsel hareket etmemesi halinde bilinemez. Bunu bilmeden zımni red sebebiyle dava açma süresinin hesaplanamayacağı da açıktır. Bu durumda pratik bir çözüm, kişilerin belli bir süre sonra dava dosyasına bakma girişiminde bulunarak dilekçenin idareye ne zaman intikal ettiğini tebligat evrakından öğrenmeye çalışmasıdır. Ancak bu da çok pratik ve rasyonel değildir. Örneğin Tuzla/İstanbul'da oturan bir kişinin Bahçelievler/İstanbul'da bulunan idare mahkemelerine gidip dosyasına bakması için İstanbul ölçeğinde bir gününü ayırması gerekir. Kişinin bunu bir seferliğine başardığı varsayılrsa bile bu sefer tebliğ evrakının henüz dönmemiş olmasıyla karşılaşması olasıdır⁴¹. Bu bakımdan bu mevzuya kalıcı ve

⁴⁰ İYUK, md. 15/2'de yer alan, "*Dilekçelerin görevli mercie tevdi halinde, Danıştay'a veya ilgili mahkemeye başvuru tarihi, merciiine başvurma tarihi olarak kabul edilir.*" şeklindeki düzenlemenin burada akla getirilmesi ve cevap süresinin yargı yoluna başvuru tarihinden itibaren başlatılması mümkündür. Ancak bu düzenleme sadece kişilerin idareye başvuru sürelerini korumak amacıyla tasarlanmıştır. Bu düzenlemenin idarenin cevap süresinin başlangıcını tayin etme konusunda uygulanması olanaksızdır. Zira merciiine gönderilecek dilekçenin postada geçireceği sürenin uzunluğuna bağlı olarak idarenin cevap süresinin yontulması veya cevap süresinin kalmaması söz konusu olabilir. Örneğin dilekçenin 10 gün sonra idare kayıtlarına intikal etmesi halinde, idarenin cevap süresi, sürenin kişilerin yargı yoluna başvuru tarihinden itibaren başlatılması kabul edildiğinde 50 gün olacak; dilekçenin örneğin daha uzun bir süre sonra idare kayıtlarına girmesi halinde idarenin cevap süresi çok daha kısalcak veya hiç kalmayacaktır. Kanunkoyucunun İYUK, md. 15/2 düzenlemesi ile bunu amaçlamadığı açıktır.

⁴¹ Bugün itibarıyla mahkemeler tarafından tebliğ edilecek hususların var olması halinde UYAP sistemine giriş yapılmakta ve bu giriş takiben sistem, otomatik olarak tebligatla ile ilgili

kanuni bir çözüm getirilmelidir. İdari merci tecavüzü sebebiyle merciine tevdi edilen dilekçelerin ne zaman idare kayıtlarına girdiğinin, görevli idarece ivedi şekilde ve en geç zımni red süresi içinde kişilere bildirilmesini zorunlu kılıcı yasal düzenlemenin yapılması, öneri olarak savunulabilir. Böylece kişilerin herhangi bir zaman ve emek sarfetmeden dava açma sürelerini hesaplayabilmeleri olanaklı olacaktır⁴².

C. Mahkemenin Hatalı Mercie Tevdi Kararı Vermesi Meselesi

Zorunlu idari başvuruların öngörüldüğü durumlarda kişilerin idareye baş-

posta barkod numarasını oluşturmaktadır. Daha sonra bu barkod numarası ile PTT veri tabanından yararlanılarak gönderi takibinin yapılması olanaklı hale gelmektedir. Bu örnekten hareketle idari merci tecavüzü sebebiyle merciine gönderilen dosyaların ne zaman idareye tebliğ edildiğini, barkod numarasının yardımıyla yapılacak sorgulamada öğrenmek belirli ölçüde mümkündür. Ancak burada da çeşitli hukuki ihtilaf noktaları bulunmaktadır. Öncelikle bu imkandan yararlanabilmek için sistemin otomatik olarak tayin ettiği barkod numarasına malik olmak gerekmektedir. Yargıç veya dosyayı takip eden avukatın UYAP portalından istifade ederek tebligat ile ilgili barkod numarasını öğrenip, PTT veri tabanından sorgulama yapabilmesi mümkündür. Ancak davasını avukat yardımıyla açmamış olan bir kişinin böyle bir imkanı bulunmamaktadır. Zira UYAP'ın vatandaş portalında sadece yargılama safahatına ilişkin temel bilgiler bulunmaktadır. Bunun dışında kişilerin dosya münderecatna erişimi ve belge tetkiki mümkün değildir. Bu durumda kişilerin yapabileceği tek bir şey vardır. O da mahkemeye müracaatla barkod numarasını temindir. Zaman ve emek harcamak suretiyle kişilerin barkod numarasını temin etmiş olması durumunda da şöyle bir sorunla karşılaşmaları olasıdır. Bilindiği üzere PTT sistemi üzerinden elektronik ortamda yapılan tebligat tabiri, herhangi bir şekilde hukuki hak kazandırmamaktadır. Bu sistemin yegane gayesi sadece bilgilendirmedir. Tebligat takip sisteminin tatbiki esnasında pek çok maddi ve esaslı hata ile karşılaşılması olağandır. Örneğin tebliğ tarihi farklı olmakla birlikte tebliğ tarihinin sisteme farklı girilmesi her zaman ihtimal dahilindedir. Bu bakımdan esas olan şey tebligat evrakında tebliğ tarihi olarak yazılan tarihtir. Dolayısıyla PTT gönderi takip sisteminden hareket edip sürelerin tayini hususunda kişilerin ihtiyatlı hareket etmesi zorunluluk taşımaktadır. Hülasa edildiğinde bu seçeneğin de pratik ve rasyonel olmadığı ve ilave olarak hukuki hak kazandırmadığı ortaya çıkmaktadır.

⁴² Kişilerin zımni red tarihini hesaplayamamaları halinde kendi tahminlerine göre belirleyecekleri bir tarihte yeni bir dilekçe ile yeni bir dava açmaları gerekecektir. Ancak bu durumda da özellikle erken açılan dava sorunu ortaya çıkacaktır. Çünkü kişiler kısa sürede dilekçenin idareye intikal edeceğini düşünüp zımni red süresini hesaplamakta ve dava açmaktadır. Ancak bu durumda postada tahmin edilenden fazla beklemiş olan dilekçe sebebiyle 60 günlük cevap süresi dolmadan dava açılabilir. Mahkemelerin böyle bir durumla karşılaşması halinde ilk inceleme aşamasında ara kararla idareye cevap süresinin ne zaman dolacağını sorması ve gelen cevaba göre hareket edip davayı reddetmesi veya ilk incelemeye devamla dosyanın tekemmül etmesini sağlaması gerekmektedir. Ancak mahkemenin idareden istediği bilgi ile ilgili postada geçecek zaman dikkate alındığında çok büyük ihtimalle idare ya cevap vermiş ya da 60 günlük cevap süresi dolmuş olacaktır. Bu durumda mahkemenin kaldığı yerden yargılamaya devam etmesi gerekecektir.

vuru yerine yargı yoluna başvurusu halinde bunu bir dava dilekçesi ile yapacağı izahtan varestedir. Kişilerin dava dilekçesini hazırlarken kendi değerlendirmelerine göre muhatabı olduğu idari kurumu dilekçeye yazmaları icap etmektedir. Ancak idari merci tecavüzünün olduğu hallerde mahkeme ilk inceleme esnasında kişiler tarafından dilekçede hasım olarak gösterilen idari makamı nazara almadan, kendi inisiyatifi ile belirlediği idari mercie dilekçeyi tevdi etmelidir. Bu anlamda ilk inceleme sıralaması farklı olsa da idari merci tecavüzü ile husumet mevzuu teselsül etmektedir. Bu süreçte mahkemenin hatalı hareket ederek dilekçeyi esasında görevli olmayan bir mercie göndermesi ve tevdi edilen dilekçeyi alan idarenin de kendisini görevli saymak suretiyle dilekçede talep edilen hususa müspet cevap vermesi mümkündür. Bu durumda sorun fiilen ortadan kalkmaktadır. Ancak idarenin kendisini görevli saymaması veya görevli saymakla birlikte talep edilen husus hakkında açık veya zımni red kararı vermesi durumunda red kararına karşı kişilerin yeni bir dilekçe ile yargı yoluna başvurmaları gerekmektedir. Burada iki ihtimal ortaya çıkmaktadır.

Birinci ihtimal, görevli mahkemenin ilk inceleme kısmında red cevabı veren idari merciin hatalı olduğunu fark etmesidir. Bu durumda mahkemelerin merciiine tevdi kararı ile yeni bir idari süreç başlatmak yerine esasında mahkemelerin değil kişilerin yanlış hasım belirlemesi halinde işleyen bir müessese olmasına rağmen hasım düzeltme kararı ile dava dilekçesini görevli idari mercie tebliğ etmesi ve bu merci husumetiyle davanın devamını sağlaması yerinde olacaktır. Belki bu durumda görevli idari merciin idari aşamada değerlendirme ve cevap verme hakkı elinden alınmış olacaktır. Ancak daha önce bir idari merci tecavüzü geçirmiş dilekçenin bir kez daha aynı akıbete maruz bırakılması usul ekonomisi açısından yerinde bir uygulama olmayacaktır. Kişi hatalı hareket etse de idari başvuru süresi dolmadan yargıya başvurmuştur. Bu açıdan zorunlu idari başvurular açısından süresinde yargı yoluna başvurmakla dava şartının tamamlandığı ve bu çerçevede kişilerin kazanılmış hak elde ettiği kabul edilmelidir. Böylece idari merci tecavüzü çerçevesinde merciiine tevdi kararı verilmesinin doğuracağı süre sorunu da ortadan kalkmış olacaktır. Zira aslında görevli olmayan idarenin açık veya zımni red kararı vermesi halinde açılacak davada mahkemenin merciiine tevdi kararı vermesi durumunda İYUK,

md. 15/2'ye göre davanın açıldığı tarih, merciine başvuru tarihi sayılacaktır. Ancak bu tarihin yaşanan süreç sebebiyle zorunlu idari başvuru için mevzuatın öngördüğü süreden daha geç bir tarih olması kuvvetle muhtemeldir. Bu bağlamda teorik olarak ortaya çıkabilecek, süresinde veya süresinden sonra yapılan idari başvuru tartışması önlenmiş olacaktır. İkinci ihtimal, görevli idari mercii tayinde daha önce yapılan hatanın ilk inceleme aşamasında değil yargılamanın esasına ilişkin faaliyetlerin yürütülmesi esnasında belirlenmesidir. Bu durumda da merciine tevdi kararı yerine hasmın düzeltilmesi kararının verilmesi usul ekonomisi açısından yerinde olacaktır⁴³.

Bu meselede sonuç olarak şunu belirtmek gerekir, hangi durum söz konusu olursa olsun kişi idari başvuru süresi içerisinde yargı yoluna başvurur ise onun için idari uyumsuzluğun görevli idari ve yargısal mercilerde gördürülmesi bakımından kazanılmış hakkın doğmuş olduğu kabul edilmelidir.

D. İdari Başvuru Süresi Geçtikten Sonra Açılan Dava veya Yapılan İdari Başvurularda Akıbet Meselesi

1. İdari Başvuru Süresi Geçtikten Sonra Açılan Dava

İYUK, md. 14'te dilekçeler üzerine yapılacak ilk incelemeden söz edilmektedir. Maddenin üçüncü fıkrasının b bendine göre mahkemenin idari merci tecavüzüne karar verebilmesi için dikkat etmesi gereken tek şey, kişilerin başvuracakları merci konusunda yanılmalarıdır. Bunun dışında açılan davada zorunlu idari başvuru için öngörülen sürede yargı yoluna gidilip gidilmediğine bakılmamaktadır. Zorunlu idari başvuru süresi geçmeden önce veya geçtikten sonra açılan davalarda idare mahkemesi yargıcının yapması gereken şey red değil idari merci tecavüzü çerçevesinde dilekçenin merciine tevdi edilmesine karar vermektir⁴⁴. Bunun dışında örneğin zorunlu idari başvuru süresinin geçtiğinden hareketle red kararı vermemesi gerekir. Mahkeme idarenin yerine geçerek idari başvurularda süre hususunu değerlendiremez. Çünkü bu hususu

⁴³ Ayrıca bkz. Danıştay 8. D'nin 11.3.2004 tarih ve E. 2012/8479, K. 2014/1905 sayılı kararı.

⁴⁴ İDDK'nın 17.11.1989 tarih ve E. 1989/245, K. 1989/162 sayılı kararı; Danıştay 13. D'nin 24.10.2005 tarih ve E.2008/6819, K. 2011/2532 sayılı kararı; Danıştay 8. D'nin 26.5.1997 tarih ve E. 1997/1979, K.1997/1847 sayılı kararı; Danıştay 7. D'nin 6.4.2009 tarih ve E. 2008/2252, K. 2009/1803 sayılı kararı.

değerlendirme görevi idareye aittir.

Prencip olarak mahkemenin merciiine tevdi kararı vermesi halinde dilekçeyi alan idari mercii, sadece zorunlu idari başvuru süresinin dolup dolmadığına bakmakta ve sürenin geçtiğini saptaması durumunda red kararı vermektedir. Ancak bu gibi durumlarda idare, konu idari işlemlere ilişkin ise dilekçede ileri sürülen iddiaların ciddiyetine de bakmalı, toptancı bir yaklaşımla doğrudan dilekçenin reddine karar vermemelidir⁴⁵. İdarenin, belli yönleriyle hukuken sakat idari işlemleri, yargının da isabetle teşhis ettiği üzere bazı durumlarda her zaman, bazı durumlarda dava açma süresi içinde geri alması mümkündür. Dolayısıyla dilekçenin, idari işlemin hukuken sakat olup olmadığı istikametinde inandırıcı argümanlara sahip olması durumunda idarenin bunu ciddiye alarak değerlendirme yapması doğru olacaktır. Bu durumda idari işlemin, ilgililer lehine müktesep hak doğurup doğurmama, ilgililer lehine müktesep hak doğurmuş ise yokluk, açık hata, gerçek dışı beyan veya hile gibi unsurlarla sakat olup olmama yönleriyle ile sınırlı olarak incelenmesi ve işlemde hukuka aykırı bir hususun saptanması halinde süre hududuna dikkat etmeksizin hukuka aykırı işlemin geri alınması yerinde olacaktır⁴⁶. Ayrıca yapılan incelemede müktesep hak doğurmakla birlikte, yukarıda yer verilen unsurlarla sakatlanmış olmayan bir hukuka aykırı işlemin saptanması halinde, merciiine tevdi tarihinde dava açma süresinin geçmemiş olması koşuluyla yine geri alma işlemi yapılmalıdır⁴⁷.

⁴⁵ Ancak kanunkoyucu başvuru süresinden sonra yapılan başvuruların reddedileceğine yönelik açık ve amir düzenleme yapmışsa bu durumda idarenin başvurunun reddine karar vermesi gerekecektir. Bkz. Kamu İhale Kanunu, md. 54/11-c: “Başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması veya şikayete konu işlemlerde hukuka aykırılığın tespit edilememesi veya itirazın şikayet başvurusuna konu hususun Kurumun görev alanında bulunmaması hallerinde başvurunun reddine, karar verilir”.

⁴⁶ Aynı düşüncenin idari eylemler bakımından da tatbiki mümkün olmalıdır. Gerçekten idari eylemler sebebiyle zarar doğuran sonuçların ortaya çıktığı açık ve mutlak ise zarara uğrayan kişinin, ön karar için kanunda öngörülen süreye ve başvuru koşullarına riayet etmeksizin yargı yoluna başvurması halinde, merciiine tevdi edilen dilekçeyi alan idarenin zararın giderilmesi için lüzumlu olan tasarruflarda bulunabilmesi mümkün olmalıdır. Yargı ve idarenin tandem hareketle, kişilerin idari eylemler sebebiyle uğradıkları zararın giderilmesi için inisiyatif almaları hukuk devleti, idarenin mali sorumluluğu ve insan hakları anlayışına da katkı sağlayacaktır.

⁴⁷ İdari işlemlerde geri alma konusunda süre için bkz. YİBGK'nın 27.1.1973 tarih ve E.1972/6, K.1973/2 sayılı kararı; DİBK'nın 22.12.1973 tarih ve E.1968/8, K.1973/14 sayılı kararı. Ayrıca idari işlemlerin geri alınmasında süre konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Turgut Tan, İdari

Ancak idare tarafından, belirtilen hususların saptanamaması halinde, mahkeme tarafından tevdi edilen dilekçenin süreaşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir⁴⁸.

İdari yargılama usulü kurallarının buyurduğu, zorunlu idari başvuru süresi geçtikten sonra yargı yoluna başvurulması halinde dilekçenin merciiine tevdi edilmesi gerektiği istikametindeki eylem planına rağmen, bu yaklaşımın pratik yarar ve sonucunun bulunmadığı, kişileri zaman, emek, süre ve ekonomik anlamda yoracağı, bu sebeple usul ekonomisi açısından idari merci tecavüzüne ilişkin hususlarda idari başvuru süresine uyulup uyulmadığına bakılmasının ve ona göre hareket edilmesinin yararlı olacağı ileri sürülerek, zorunlu idari başvuru süresi geçirildikten sonra doğrudan dava açılması halinde mahkemeye sadece zorunlu yolun belirlenmesi konusunda yapılan hatanın değil, idari başvuru süresi içinde mahkemeye başvurulup başvurulmadığının da dikkate alınması ve bu durumun tespiti ile davanın incelenmeksizin hem idari eylemler hem de idari işlemler açısından, itiraz yollarına gitmek bakımından tasarrufların kesinleştiğinden hareketle⁴⁹, merciiine tevdi kararı ile dosyanın idareye gönderilmesine gerek görülmezsizin reddedilmesi gerektiği kabul edilmiştir⁵⁰. Bu görüşe hassaten idari işlemler bakımından katılmak güçtür. Zira yukarıda da değinildiği üzere idare bazı durumlarda süresiz, bazı durumlarda öznel kazanımlara bağlı olarak belli süreler içinde hukuka aykırı idari işlemlerin geri alınması konusunda muktedirdir. Dava dilekçesinin merciiine tevdi edilmemesi durumunda yargı yeri, idarenin yerine geçerek onun iradesi üzerinde tasarruf-

İşlemin Geri Alınması, Ankara, 1970, s.116 vd.; Kemal Gözler, İdare Hukuku, 2. Baskı, Ekin, Bursa, 2009, s.1106 vd.

⁴⁸ Red kararı üzerine süresinde yargı yoluna başvurulduğunda mahkeme, süre hususunu değerlendirmekte ve zorunlu idari başvuru süresinden sonra yapılmış başvuruyu saptaması halinde süreaşımı gerekçesiyle davanın reddine hükmetmektedir.

⁴⁹ Topuz/Özkaya, s.454.

⁵⁰ Alan, s. 29; Gözübüyük/Dinçer, s.571. Bir ifadeye göre dava idari merci tecavüzü nedeniyle reddedilmeli(A. Şeref Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, 32. Bası, Turhan, Ankara, 2012, s.482), bir başka ifadeye göre süreaşımı nedeniyle reddedilmelidir(Karavelioğlu, C.I, s.994.). Ayrıca bu konuda bkz. DİBK'nın 21.11.1970 tarih ve E.1969/11, K.1970/30 sayılı kararı; Danıştay 8. D'nin 22.3.1988 tarih ve E.1986/732, K.1988/213 sayılı kararı(DD, S.72-73, s.447); Danıştay 11. D'nin 27.2.1980 tarih ve E.1977/4577, K.1980/641 sayılı kararı(Karavelioğlu, C.I, s.994); Danıştay 10. D'nin 14.11.1983 tarih ve E.1982/2684, K.1983/2273 sayılı kararı(Karavelioğlu, C.I, s.995).

ta bulunmuş olmaktadır. Bu sebeple zorunlu idari başvuru süresi geçmiş olsa bile dilekçenin tevdii ile idare bu süreçten haberdar edilmeli ve sonucun tayini idareye bırakılmalıdır⁵¹.

2. İdari Başvuru Süresi Geçtikten Sonra Yapılan Başvuru

Zorunlu idari başvurunun kabul edildiği hallerde kanunun öngördüğü süreçte idareye başvuruda bulunmak gerekmektedir. İdari başvuru süresi geçtikten sonra idareye başvuruda bulunulması halinde itirazın esası incelenmeden red kararı verilmektedir⁵². Bu ihtimalde red kararına karşı dava açılırsa, açılan dava, zorunlu idari başvuru süresi geçtikten sonra idareye müracaat edildiğinden hareketle reddedilmektedir⁵³.

Zorunlu idari başvuru süresi geçtikten sonra ister yargı yoluna başvurulsun ister idareye başvurulsun sonuç itibariyle her iki durumda da ilgili mevzuatın zorunlu idari başvuru yoluna ilişkin öngördüğü süreye hak düşürücü sonuçlar bağlanmıştır⁵⁴. Zorunlu idari başvuru süresine uyulup uyulmadığı hem idarece hem de idari yargı yerince resen dikkate alınmaktadır⁵⁵.

3. İdari Başvuru Süresi Geçtikten Sonra Açılan Dava veya Yapılan İdari Başvurularda Akıbet Meselesi Hakkında Değerlendirme

Hiçbir hukuk düzeninde sadece hakların düzenlenmesiyle yetinilmemiştir. Hakların sadece maddi hukuk tarafından belirlenmiş olması yeterli değildir. Bu hakların ihlal edilmesi durumunda hukuk tarafından korunması da gerekmektedir. Aksi halde subjektif hakları tanımının manası kalmaz. Bu açıdan hukuk

⁵¹ Daha önce de dile getirildiği üzere idari eylemler bakımından da bu yaklaşımın kabulü kaçınılmazdır.

⁵² Ancak burada da 4/a nolu başlıkta değerlendirildiği üzere idarenin hukuka aykırılığın mahiyetine bakarak tasarrufta bulunması yerinde olacaktır.

⁵³ Alan, s.29.

⁵⁴ Gözübüyük/Dinçer, s.571; Alan, s.29. Ayrıca bkz. İDDK'nın 30.04.1971 tarih ve E.1969/612, K.1971/475 sayılı kararı. Bununla birlikte aksi yönde bir görüşe göre idari dava sürelerine hak düşürücü süre vasfının verilmesine bağlanan bir yanlışlık olarak, zorunlu başvuru süreleri de dava açma süreleri ile karıştırılarak aynı nitelikte değerlendirilmesi ve zorunlu başvuru sürelerinin aşıldığı hallerde davaların süreden reddedilmesi kabul edilemez. Bkz. Uler, s.233-234.

⁵⁵ Öztürk, s. 134. Bununla birlikte 4/a ve 4/b'nolu başlık altında da belirtildiği üzere idarenin özel bazı koşulların varlığı halinde, idari başvuru süresi geçmiş olsa dahi inisiyatif alması adaletin gereği olacaktır.

devleti olduğu iddiasında olan bir devletin, hakların ihlali halinde korunmasını, hak sahibine teslimini veya tespitini olanaklı kılacak yasal zemini kurması gerekmektedir⁵⁶. Hukuki ilişkide öncelikli amaç, uyuşmazlığın ortaya çıkmasına engel olmakla birlikte her zaman bunu başarmak mümkün olmamakta ve taraflar farklı kulvarlara savrulmaktadır. İşte taraflar arasında uyuşmazlık hali olarak adlandırılan bu durumun meydana gelmesi ile ortaya çıkan denge dışı durum, kabul edilmiş yargı ve yargı dışı idari çözüm yolları ile ortadan kaldırmaya çalışılmaktadır⁵⁷.

Uyuşmazlıkların çözümünde yargı dışı idari çözüm yollarında murad edilen şey, idarenin hukuka aykırı tasarrufunu yeniden gözden geçirmesi ve hukuka aykırılığın ve hak ihlallerinin yargı yoluna intikal etmeden çözümlenmesini temindir⁵⁸. Başvuru nedeninin bir idari işlem veya eylem olmasının önemi olmaksızın, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuruların ortak amacı, idari yargıdan önce idare ile bir uzlaşma ortamı aramak, şayet uzlaşma olmazsa, idarenin olumsuz tutumunu belgeleyen bir karar elde etmektir⁵⁹. Bu amaç dikkate alındığında idarenin kendi içerisinde çözebileceği bir konuda yargı yolu gibi pek çok yönüyle yorucu bir yola başvurmak çoğu kimsenin tercih edeceği bir şey değildir⁶⁰. Diğer ifadeyle kişiler uyuşmazlığın meydana gelmesi halinde öncelikle yargı yoluna başvurup oradan medet ummak eğiliminde değildir. Bu açıdan uyuşmazlıkların çözümünde öngörülen çözüm yollarından biri olan yargı yolu en son akla getirilmesi gereken bir yoldur. Zira bu yol pek çok yönü ile maliyet barındıran özelliklere sahiptir. Yargı yoluna başvurulması ile birlikte uyuşmazlık sadece taraflar arasında bir sorun olmaktan çıkıp, yargı organlarını da içine alan üçlü bir ilişkiye dönüşmektedir. Ancak uygulamada genel anlayış bir uyuşmazlık çıktığında yargı organlarının uyuşmazlığın çözümünde yegane yol olduğu istikametindedir. Bunun en önemli nedenlerinden biri, yargı dışı idari yöntem ve imkanların iyi tasarlan(a)maması ve idari çözüm

⁵⁶ Abdurrahim Karslı, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, Alternatif, İstanbul, 2012, s.61.

⁵⁷ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku, 14. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014, 45-46.

⁵⁸ Yıldırım, İdari Usul, s.273-274.

⁵⁹ Yıldırım, İdari Başvurular, s.119.

⁶⁰ Alan, s.29.

yollarının mevcut haliyle hiç ya da gereği gibi çalıştırıl(a)mamasıdır⁶¹.

Bu açıdan idare ile ilişki içerisine giren kişiler için güvence; idare açısından standart model davranışların ilke ve kurallarını düzenleyen iyi dizayn edilmiş usul kurallarının gerekliliği tartışmasıdır⁶². Zira sistemli bir idari usul kanununun kabulü, idareyi karar almadan önce yeterli araştırma yapmaya sevk ederek tarafsız, objektif ve doğru kararlar vermeye zorlar ve böylece uyuşmazlıkların minimize olması temin edilebilir. Ayrıca idare ile onun tasarrufuna muhatap olan kişiler arasında şeffaflık ve eşgüdüm temelinde daha fazla işbirliğinin sağlanmasıyla herhangi bir uyuşmazlığın yaşanması durumunda konu yargı aşamasına taşınmadan idari aşamada çözümlenebilir, yargısal denetimin yükü azalmış olur. O sebeple yargısal denetimin yanında ve idari tasarruf aşamasında bazı katılımcı usullerin ve bunu olanaklı kılacak iyi planlanmış idari usul kanunlarının kabulü zorunludur⁶³. Ancak bu tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda bu kanunların uygulayıcısı olan idare ajanlarının iyi yetiştirilmiş, liyakat sahibi kişiler olması için üstün bir gayret sarfedilmelidir. Bu iki durumun içtması ile birlikte hukukun her sahasında daha gönenci bir ortamın tezahürü hayal olmayacaktır.

Bugün itibariyle Türkiye’de ne iyi bir yasal mekanizmadan ne de iyi bir uygulama estetiğinden söz etmek mümkündür. Bu açıdan kişilerin yargı dışı idari çözüm yollarına başvurarak uyuşmazlığı kısa sürede ve daha az maliyetle çözüme arzusu askıda kalmaktadır. Bu arzunun yaşam döngüsü içerisinde ete kemiğe bürünebilmesi için pek çok yönde inşa ve imar çalışması yapılmalıdır. İdari başvurulara cevap dahi verilmesini zorunlu kılmayan ve cevap verilmesi durumunda bunu yaptırma bağlamayan bir yasal düzen ve buna bağlı idare pratiği kişilerin tam karşısındadır. Günümüzde ne yazık ki idari başvurular çoğu kez zaman kaybından başka bir şeyi sonuçlamamaktadır. Bu sebeple, bazı uyuşmazlıklar için idari başvuru yollarının zorunlu tutulması anlayışından

⁶¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 47-48.

⁶² Yüzel Oğurlu, “İdari Usul Kanunu Neden Acil ve Zorunludur”, EHFD, C.9, S.1-2, 2005, s.82-83.

⁶³ A. Ülkü Azrak, “İdari Usulün Kodifikasyonuna İlişkin Sorunlar”, T.C. Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslar Arası Sempozyumu Bildiriler, Ankara, 1998, s.91; Sait Güran, “Yönetimde Açıklık”, İHiD, Prof. Dr. Ragıp Sarıca’ya Armağan, S.1-3, 1982, s.102.

vazgeçilmesi gündeme alınmalıdır⁶⁴. Böylece zorunlu idari başvurular sebebiyle mağduriyetlere sebebiyet veren hak düşürücü süre tartışmasının da ağırlığını yitirmesi sağlanabilecektir⁶⁵.

Kanun koyucunun idari başvuruyu zorunlu kabul etmesindeki maksat anlaşılabilir durumdadır. Bunun en önemli gayelerinden bir tanesi kısa sürede uyuşmazlığı çözüme amacıdır. Ancak belli konular bakımından konu ve süre hassasiyeti varsa bununla ilgili daha özel idari ve yargısal usul kuralları getirilmelidir. Nitekim buna benzer amaçlara mahsus olarak 18.6.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun ile İYUK'a eklenen 20/A maddesinde ivedi yargılama usulü kabul edilmiştir. Bu usulle özel bazı konularda çok kısa sürede yargılama safahatının nasıl nihayete erdirileceği hüküm altına alınmıştır. O sebeple ya yapılacak düzenlemelerle zorunlu idari başvuru yolu eksiksiz düzenlemeleri havi hale getirilmeli ya da bu başvuru yollarındaki zorunluluk kaldırılmalıdır. Ayrıca neden sadece belli hallere münhasır zorunlu idari başvuru yollarının benimsendiği de muammadır. Zorunlu idari başvuru yolunun kabul edildiği durumlar hassasiyeti bakımından herhalde diğer konulardan çok daha üstün ve kıymetli değildir. Bir konuda kayda değer bir hedef ortaya konularak bir düzenleme yapılmışsa diğer konuların bundan mahrum bırakılması ve bu imkanın onlardan esirgenmesi izah edilemez. Zorunlu idari başvurular faydalı sonuçlar doğuran bir müessese ise genel bir anlayış olarak tüm temel idari başvurular bakımından kabul edilmeli yoksa veya bu mümkün olmuyorsa idari sistemden çıkarılmalıdır.

Bu meselede yukarıdan aşağıya doğru şu düşünceler paylaşılmıştır: İdari merci tecavüzü sebebiyle süresinde idareye başvurmayı idari başvuru süresi geçtikten sonra yargı yoluna başvuranlar bu durumda hak düşürücü süre sebebiyle mağdur olmaktadır. Bu mağduriyetin önlenmesi için iyi bir idari usul sistem ve pratiğinin hayata geçirilmesi; bunun mümkün olmaması durumunda yargı yoluna başvuru için idari başvurularda zorunluluk halinin kaldırılması gerekmektedir. Şimdi bu konuda bir başka öneride bulunulacaktır. Zorunlu idari başvurularla ilgili yukarıda yer verilen düşüncelerin hayata geçirilmesinin

⁶⁴ Bu konuda bkz. Yıldırım, İdari Usul, s.273.

⁶⁵ Bu çerçevede idari merci tecavüzü ile ilgili İYUK, md. 14/3-b, 15/1-e, 15/2 ve ilgili kanunlardaki hükümlerin yürürlükten kaldırılması gerekecektir.

mümkün olmaması durumunda en azından zorunlu idari başvurular için öngörülen idari başvuru sürelerinin, idari yargıya başvuru sürelerine eşitlenmesi sağlanmalıdır. Böylece idari merci tecavüzü müessesesinin, hak düşürücü süre sorunsalı ile kişileri daha fazla imtihana sokup onların mağduriyetine yol açmasının önüne geçilebilecektir. Ayrıca önemli olan idare veya yargıya başvuru süresi değildir. Önemli olan nokta, başvuru sonrasında işin çözümlenme sürecidir. Bu yönüyle zorunlu idari başvurularda dava açma süresinden kısa olan sürelerin en azından dava açma süresine çıkarılması şeklinde yapılacak değişiklik, zorunlu idari başvuruların düzenlenmesi ile hedeflenen şeyde de esaslı bir sapmaya yol açmayacaktır.

Zorunlu idari başvurunun kabul edildiği hallerde kanunun öngördüğü süre içinde idareye başvuruda bulunulması şarttır. İster dava açma süresinden daha kısa ister aynı isterse daha uzun kılınsın öngörülen sürelerde idareye başvurulmaması halinde belli süreler içinde yargı yoluna da başvurulmamişsa mükellef lehine kazanılmış haktan söz edilemez. Kanun koyucunun belirlediği süreler geçtikten sonra yapılan idari başvurular, etkili idari başvuru olma niteliğini kaybeder⁶⁶. İdareye başvuru süresi kesindir. Durmaları veya kesilmeleri söz konusu değildir⁶⁷. Süresi içinde görevli idareye başvurmama halinde dava açma hakkı düşer⁶⁸.

SONUÇ

Hiçbir idarenin hukuku kağıtma hakkı ve yetkisi yoktur. İdari yapıda görev alanların kendilerine sonsuz güç vehmedip işlem ve eylemleri sebebiyle

⁶⁶ Yıldırım, İdari Başvurular, s.119.

⁶⁷ Yenice/Esin, s.248.

⁶⁸ Kişinin kanunda özel bir düzenleme yoksa süresinde yanlış idareye başvurusu da aynı sonuçta yol açmaktadır. Ancak bu durum bazı haksız sonuçlara yol açabilir. Çünkü kişilerin karmaşık hukuki düzenlemeler sebebiyle başvurulacak idari makam konusunda isabetsiz değerlendirmelerde bulunması mümkündür. Bu bakımdan zorunlu başvurularda süresinde ancak yanlış mercie yapılacak başvurularda yanlış mercie müracaat tarihi merciine müracaat tarihi olarak kabul edilmesini sağlayıcı yasal düzenleme yapılmalıdır. Örneğin Gümrük Kanununda buna karşılık gelen bir düzenleme bulunmaktadır. Kanunun md. 242/3. fıkrasına göre "İtiraz dilekçelerinin süresi içinde yanlış makama verilmesi halinde, itiraz süresinde yapılmış sayılır ve idarece yetkili makama ulaştırılır". Bu konunun idari başvuruları düzenleyen her kanuna bir fıkra, cümle eklemek suretiyle yapılması yerine bir idari usul kodunda genel hüküm olarak düzenlenmesi yerinde olacaktır.

layüsel olacağını zannetmesi büyük bir yanılgıdan ibarettir. İdari tasarruflar sebebiyle mağdur olan kişilerin başvurusu halinde sorumlu idare ve dolayısıyla personelin er ya da geç hukuk karşısında hesap verme yükümlülüğü ile karşı karşıya kalacakları açıktır. Bir hukuk devletinde idare edilen kişilerin adeta bir “*serengeti*” ortamında korunmasız bırakılmış oldukları düşünülemez. Ancak kişilerin hukuki muamelelere muhatap olmaları ve ortaya çıkabilecek çeşitli mağduriyetlerin sorunsuz şekilde giderilebilmesi için iyi bir hukuki yapının kurulması kaçınılmazdır. Bu çerçevede idari uyumsuzlukların mevzu olduğu hallerde zorunlu kabul edilen yollara başvurmadan doğrudan dava açılması halinde ortaya çıkan hukuki durumu ifade eden idari merci tecavüzü ile ilgili de kusursuz bir yasal sistemin var olması zorunludur. Ancak bu sistemin modüler tarzda değil, tüm eksik ve zaruri yanları ile beraber düşünülüp toptan bir reformla kurulması gerekmektedir. Adalete ulaşma hareketinin bir ayağı olarak idari çözüm yollarının etkinliği, olması gereken seviyelere gelebilecektir. Bu çerçevede çalışma esnasında idari merci tecavüzü ile ilgili mevzuatta ve pratikte saptanan sadece dört gri alana değinilmeye çalışılmıştır.

İdari başvuruları, yargı yoluna başvurunun dava şartı olarak kabul edip etmemek tamamıyla kanun koyucunun tayin edebileceği bir şeydir. Bir başvurunun zorunlu idari başvuru yolu olup olmadığı konusunda tereddüt olmamalıdır. Kişinin hukuki güvenliği anayasal bir hak ise bu konuda kanun koyucu iradesini açık sözcüklerle ortaya koymalıdır. Bu çerçevede halen mevzuatta yer alan ve dilbilgisi kurallarına göre kişilere takdir hakkını tanıyan yardımcı fillerle ifade edilen konularda idari başvurunun yargı yoluna başvuru bakımından zorunlu olmadığı kabul edilmelidir.

İdari merci tecavüzü sebebiyle dilekçenin görevli mercie gönderilmesi halinde bu dilekçenin ne zaman idare kayıtlarına gireceği ve dolayısıyla idarenin cevap süresinin ne zaman başlayacağı kişiler için belirsizdir. Mevzuat bu konuda kişilerin bilgilendirilmesine yönelik bir düzenlemeye yer vermemektedir. İdarenin tevdi edilen konuya yönelik zımni red kararı vermesi ihtimaline binaen kişilerin idarenin cevap süresinin başlangıcını bilmeleri dava açma süresini belirlemeleri bakımından mecburidir. Bu bakımdan idarenin cevap süresinin

ne zaman başladığına yönelik kişilerin bilgilendirilmesini içeren yasal düzenlemenin yapılması şarttır.

Mahkemelerin dilekçeyi hatalı mercie tevdi etmesi halinde idarenin verdiği cevap, galip ihtimal kişinin arzu ettiği hukuki korumayı sağlamayacaktır. Bu durumda kişiler yeni bir dilekçeyle yargı yoluna başvurduğunda mahkemece usul ekonomisi öncelenmeli ve dilekçe idari mercı tecavüzü nedeniyle görevli idari mercie gönderilmemeli, hasım düzeltme kararı verilerek görevli idare hasım mevkiine alınmalı ve yargılamaya devam edilmelidir.

Her ne kadar zorunlu başvuru yollarının kabul edilmesinde güdülen amaç kamu yararını hedeflese de Türkiye uygulamasında bu amaçlara ulaşma noktasında çok ciddi yenilenme-zihinsel devrim ihtiyacı herkesin malumudur. Bugüne kadar değişikliklerin inşasına yönelik ciddi bir irade ortaya çıkmaması sebebiyle, murad edilen şeyi bugüne kadar verememiş olan zorunlu idari başvuru yollarındaki zorunluluk boyutunun ortadan kaldırılması tartışılmalıdır. Böyle bir değişikliğin gerçekleşmesi olanaklı değilse en azından zorunlu idari başvurular için öngörülen başvuru süreleri, yargı yoluna başvuru sürelerine eşitlenmelidir. Böylece idari mercı tecavüzü sebebiyle dilekçenin görevli idareye gönderilmesi durumunda süreden kaynaklanan uyuşmazlıkların önüne geçilmiş olacaktır.



KAYNAKÇA

Alan, Nuri: “İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları”, DD, S.50-51, Yıl 13, s.29. ss.22-50.

Azrak, A. Ülkü: “İdari Usulün Kodifikasyonuna İlişkin Sorunlar”, T.C. Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslar Arası Sempozyumu Bildiriler, Ankara, 1998, ss.86-93.

Candan, Turgut: İdari Yargılama Usulü Kanunu, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Ankara, Adalet, 2012.

Demirkol, Selami /Zuhal Bereket Baş: İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2001.

Duran, Lütfi: “İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi”, İÜHFM, C.12, S.I, 1946, ss.130-199.

Güran, Sait: “Yönetimde Açıklık”, İHİD, Prof. Dr. Ragıp Sarıca’ya Armağan, S.1-3, 1982, ss.101-112.

Işıklar, Celal: “İdari Yargıda Derdestlik”, GÜHFD, C.16, S.1, 2012, ss.63-106.

Karavelioğlu, Celal: İdari Yargılama Usulü Kanunu, 6. Baskı, C.I, 2006.(C.I).

Karavelioğlu, Celal: İdari Yargılama Usulü Kanunu, 6. Baskı, C.II, 2006.(C.II).

Gözler, Kemal: İdare Hukuku, 2. Baskı, Ekin, Bursa, 2009

Gözübüyük, A. Şeref: Yönetimsel Yargı, 32. Bası, Turhan, Ankara, 2012.

Gözübüyük, A. Şeref/Güven Dinçer: İdari Yargılama Usulü, 2. Bası, Turhan, Ankara, 1999.

Karslı, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, Alternatif, İstanbul, 2012.

Oğurlu, Yüzel: “İdari Usul Kanunu Neden Acil ve Zorunludur”, EHFD, C.9, S.1-2, 2005, ss.73-88.

Özbalcı, Yılmaz: Vergi Davaları, Oluş, Ankara, 2000.

Öztürk, İlhami: “Kamu İhale Kanununda Düzenlenen Şikayet ve İtirazen Şika-

yet Başvuru Sürelerinin Hukuki Niteliği”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, Yıl 67, 2009, ss.129-137.

Pekcanitez, Hakan /Oğuz Atalay/Muhammet Özekes: Medeni Usul Hukuku, 14. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014.

Sezer, Yasin /Hüseyin Bilgin: “Danıştay Kararlarında İdari Başvurular”, AÜHFD, C.57, S.4, 2008, ss.337-366.

Sezginer, Murat: İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin, Ankara, 2000.

Tan, Turgut: İdari İşlemin Geri Alınması, Ankara, 1970.

Topuz, İbrahim /Kadir Özkaya: İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara, 2002.

Uler, Yıldırım: “Yönetmelik Yargıda Dava Süresi”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, I. Kitap, Ankara, 1990, ss.233-268.

Yenice Kazım/Yüksel Esin: İdari Yargılama Usulü, Ankara, 1983.

Yıldırım, Turan: İdari Yargı, 2. Bası, İstanbul, Beta, 2010 (İdari Yargı).

Yıldırım, Turan: “İdari Usul Yasası Kapsamında İdareye Başvuru”, T.C. Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Ankara, 1998, ss.266-274 (İdari Usul).

Yıldırım, Ramazan: İdari Başvurular, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Mimoza, Konya, 2006 (İdari Başvurular).

NOT: Kaynağı belirtilmeyen kararlar kazancı içtihat otomasyon sisteminden alınmıştır.

ANAYASA MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURU KAPSAMINDAKİ KARARLARI IŞIĞINDA TUTUKLAMADA GEREKÇE

*Reasons for Detention on the Light of Constitutional Court's Decisions
Within the Meaning of Individual Application*

Dr. Hüseyin TURAN *

ÖZET

Ceza Yargılamasında maddi gerçeğe ve adalete ulaşılabilmesi için öngörülen koruma tedbirlerinden birisi de tutuklama tedbiridir. Tutuklama tedbirinden beklenen amaç aslında hangi nedenlerle tutuklama yapılabileceğini gösteren nedenlerdir. Bu nedenler, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda sınırlı bir biçimde sayılmıştır. Özgürlük hakkı, temel insan haklarından biri olup, tutuklama tedbiri ile geçici olarak bu hakkın sınırlandırılması söz konusudur. Bu nedenle koruma tedbirine kanunda belirtilen nedenlerle başvurulabilir ve bunun devamına karar verilebilir. Bu nedenler ise kaçma şüphesi ve delillerin karartılması ihtimalidir. Tutuklama nedenlerinin, tutukluluğun devamı kararlarında somut olgularla ilişkilendirilerek gösterilmesi gerekir. Bu gösterilemiyorsa ve tutukluluk hali devam ediyorsa tutuklamanın gerekçesiz olduğu gerçeği ile karşılaşılır. Bu durumun tespiti halinde ise kişi hürriyeti ihlal edilmiş olur. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruda tutuklulukla ilgili şikâyetleri Anayasa'nın 19. maddesinde düzenlenmiş olan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kapsamında incelemektedir. Mahkeme, bu incelemeyi yaparken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmenin bu konuyu düzenleyen 5. maddesi çerçevesinde verdiği içtihatları göz önünde bulundurmakta ve buna göre bir inceleme yapmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Tutuklama, Tutuklamada Gerekçe, Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi, Uzun Tutukluluk.

ABSTRACT

The detention measure is one of the protection measures in order to reach substantive reality and justice during criminal judging. The expected purpose for detention is substantially to reveal such reasons that raise to arrest. These reasons are determined in the Code of Criminal Procedure limitedly. Right to liberty, one of the

* Anayasa Mahkemesi Raportörü/Hâkim, huseyin.turan@anayasa.gov.tr

fundamental rights, can be restricted by detention temporarily. Therefore, protection measures can be launched only under limited circumstances determined by the Code and decided its survival. These circumstances are distrust of escape and probability of destroying evidence. The decree to keep detention has to feature affairs between detention reasons and concrete facts. If it didn't feature these affairs and kept detention, the decree would be forced a charge of groundlessness. If these circumstances were established, the right to liberty would be violated. Constitutional Court considers complaints in the individual application related detention with the concept of right to liberty that described in Article 19 of the Constitution. While the Court considers this observation, it respects European Court of Human Rights' case law under Article 5 of European Convention on Human Rights.

Key Words: Detention, Reason for Detention, Individual Application, Constitutional Court, excessive length of detention.



GİRİŞ

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun kabul edilmesiyle yeni bir hak arama yolu olarak bireysel başvuru hakkı hukuk düzenimizde yerini almış bulunmaktadır.

Temel hak ve özgürlüklerin korunmasında öncelikli görev şüphesiz idari ve yargısal makamlara aittir. Temel hak ve özgürlüğü ihlal edilen kişilerin iç hukuk yollarını tükettikten sonra başvurdukları makam, 1990 yılından itibaren yargı yetkisini kabul ettiğimiz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi iken Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruları kabul etme görev ve yetkisinin verilmesiyle temel hak ve özgürlüklerin öncelikle ulusal bir yargı makamınca korunması amaçlanmıştır.

Kamu gücü tarafından temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini iddia eden kişiler, başvurulması zorunlu hukuksal ve idari başvuru yollarını tükettikten sonra bundan böyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurabilmek için öncelikle Anayasa Mahkemesine başvurmak durumundadırlar. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye/Uzun kararında Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun etkili olmadığını gösteren herhangi bir unsur görülmediğini belirterek bireysel başvuru yolunun kendisine başvurulmadan önce

tüketilmesi gerekli bir iç hukuk yolu olduğuna karar vermiş bulunmaktadır¹.

Bireysel başvuruların kabul edilmeye başlandığı 23/9/2012 tarihinden itibaren ceza yargılaması ve özellikle tutuklulukla ilgili şikayetlerin yapılan başvurular içinde önemli bir kısmını oluşturmakta olduğu görülmektedir. Bireysel başvurularda esas yönünden yapılan inceleme sonunda verilen ilk ihlal kararları da tutuklulukla ilgilidir².

Genel olarak mahkeme kararlarının gerekçeli olması ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi ve Anayasamızın 36. ve 141. maddelerinin bir gereği olup, adil yargılanma hakkının temel unsurlarından birini oluşturmaktadır. Özelde ise kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bağlamında tutuklama kararlarının gerekçeli olması, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanun'unun 101. maddesinin 2. fıkrası, Anayasamızın 19. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinin 3. fıkrasının bir sonucudur.

Bu çalışmada; ülkemizde üzerinde en çok tartışılan konulardan bir olan tutuklama kararlarının gerekçeli olması hususu, bireysel başvurular sonunda Anayasa Mahkemesince verilmiş kararlar çerçevesinde incelenmeye çalışılmıştır.

I. BİREYSEL BAŞVURU

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı, 12 Eylül 2010 tarihinde hal-koyuna sunulan ve kabul edilen 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile getirilmiştir³. Bu kanununun 18. maddesiyle Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin sonuna “ve bireysel başvuruları karara bağlar” ibaresinin eklenmesiyle Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri arasına bireysel başvuruları

¹ ÖNCÜ, Mehmet; “AİHM: Bireysel Başvuru Yolu AİHM' ye Başvurmadan Önce Tüketilmesi Gereken Bir İç Hukuk Yoludur”. **HUKAB**, S.6, Eylül 2013, s.81. Kararın tam metni için Bkz., Hasan Uzun/Türkiye Kararı, Başvuru No: 10755/2013. 30 /4/ 2013. <http://www.inhak.adalet.gov.tr/index.html>.

² AYM. B.No:2012/239 ve 2012/1137. 2/7/2013 tarihli kararlar. Bkz., 18/7/2013 tarih ve 28711 sayılı Resmi Gazete.

³ R.G.13/5/2010 Tarih ve No:27580. İNCEOĞLU, Sibel (Editör); İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Avrupa Konseyi Yayınları, 1.Baskı, Ankara, 2013, s.7.

karara bağlamak da bu şekilde dâhil edilmiştir. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruları kabul etme görev ve yetkisinin verilmesi ile birlikte Mahkeme, temel hak ve özgürlükleri içeren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ulusal düzeyde uygulanmasından ve Anayasada belirtilen insan haklarını etkin bir şekilde korumaktan sorumlu hale gelmiştir⁴.

Bireysel başvuru hakkı, 1982 Anayasası'nın 148. maddesinin 3. fıkrasında; *"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir..."* olarak ifade edilmiştir.

Bu hak, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddenin birinci fıkrasında ise, *"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir"* şeklinde açıklanmıştır.

Görüldüğü üzere; gerek Anayasa'da ve gerekse bireysel başvurunun uygulanma şeklini gösteren 6216 sayılı Kanun'da bireysel başvuru benzer bir biçimde ifade edilmiştir.

Buna göre bireysel başvuru, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edilen bireylerin başvurulması gerekli ve var olan diğer hak arama yollarını tükettikten sonra başvurabilecekleri ikincil derecede ve istisnai bir başka ifadeyle olağanüstü bir yargı yoludur⁵.

Bireysel başvuru ile hedeflenen amaçlardan birisi, hiç şüphesiz Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ortak koruma kapsamında kalan hak

⁴ SAĞLAM, Musa (Editör); **Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri**. Anayasa Mahkemesi Yayınları.2.B, Ankara, 2013, s.1.

⁵ EKİNCİ, Hüseyin/SAĞLAM Musa; **66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru**. .Anayasa Mahkemesi ve Avrupa Konseyi Yayınları. Ankara 2012. s.9. TURABI, Selami; **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s.14. ERGÜL, Ergin; **Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması**, Yargı Yayınevi, Ankara 2012. s.13.

ihlali iddialarının ulusal düzeyde incelenmesi ve bu şekilde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine giden başvuru sayısının azaltılmasıdır⁶. Bir diğer önemli amaç ise, hak arama yolu olarak öngörülmüş olağan kanun yollarının bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasında yetersiz kalması ve bu hakların korunmasını gerçekleştirememesi halinde, bu hak ve özgürlüklerin Anayasa Mahkemesince ülke içinde korunmasının sağlanmasını gerçekleştirmektir⁷.

II. TUTUKLULUK SÜRESİNİN BELİRLENMESİ

Bireysel başvuruda tutukluluk⁸ şikâyetlerinin incelenebilmesi için, öncelikle bu yöndeki bir başvurunun süresinde yapılmış olması aranmaktadır⁹. Bundan sonra ise, tutukluluk süresinin makul olup olmadığı değerlendirilmesi için, tutuklukta geçen sürenin başlangıcının ve sona erme tarihinin tespitinin yapılması önem taşımaktadır.

Tutukluk süresi, yakalama veya gözaltına alma ya da ilk kez tutuklanma anından serbest bırakılma anına ya da ilk derece mahkemesi tarafından verilen mahkûmiyet kararına kadar geçen süreyi ifade eder. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinin 3. fıkrasında ifade edilmek istenen tutukluluk süresinden bu anlaşılır¹⁰. Bir başka ifadeyle, tutukluluk süresinin makul olup olmadığı konusunda esas alınan süre, kişinin özgürlüğünün fiilen kısıtlandığı tarihte başlayıp ilk derece mahkemesinin esas hakkındaki kararı tarihinde biten dönem içinde yer alan tutukluluk süresidir¹¹. Özgürlüğün kısıtlanması so-

⁶ UZUN, Cem Duran; "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu", **Seta Analiz**, Şubat 2012. s.13.

⁷ SABUNCU, M. Yavuz/ ESEN, A. Selin; "Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu" **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, S.21. s.230.

⁸ Tutuklama, "Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanığın özgürlüğünün hâkim kararı ile sınırlandırılarak tutukveki denilen yere konulmasıdır". Bkz. ÖZBEK Veli Özer; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin, Birinci Baskı Ankara, Kasım – 2006. s.271.

⁹ Süre konusunda daha geniş bilgi için bkz. TURAN, Hüseyin; "Ceza Mahkemelerince Verilen Kararlar Bakımından Bireysel Başvuruda Başvuru Süresi", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Nisan 2014, S.17, Yıl 5, s.111 v.d.

¹⁰ KARAN, Ulaş; "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme (Editör: Sibel İnceoğlu) içinde, Avrupa Konseyi Yayınları, 1.Baskı, Ankara 2013, s.202.

¹¹ TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İşığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin, Ankara, 2002, s.213.

nucunu doğuran yakalama, gözaltına alınma ya da tutuklama elbette bir suç isnadına bağlı olarak yapılmalıdır. Anayasa Mahkemesi tutukluluk süresinin başlangıcını, başvurunun ilk kez yakalanıp gözaltına alındığı durumlarda bu tarihi, doğrudan Mahkeme tarafından tutuklandığı durumlarda ise tutuklama tarihini esas almaktadır. Yakalama sonunda bir tutuklama söz konusu ise, bu durumda sürenin başlangıcı yakalama tarihinden itibaren başlamaktadır. Sürenin sonu ise, kural olarak kişinin fiilen serbest bırakıldığı ya da ilk derece mahkemesince hüküm verildiği tarih olarak kabul edilmektedir. Belirtilen bu süreler arasında “bir suç isnadına bağlı olarak” tutuklulukta geçen sürenin makul olup olmadığının değerlendirilmesi yapılmaktadır¹².

İlk derece yargılamasında mahkeme, hükümlerle birlikte tutukluluğun devamına ilişkin bir karar verdiği durumda şüphesiz bu karar itiraza tabi bir karar mahiyetindedir. İşte, hakkında tutukluluğun devamına karar verilen sanık tarafından itiraz kanun yoluna başvurulduğu takdirde mahkûmiyet karar tarihi ile bireysel başvuru tarihi arasındaki 30 günlük başvuru süresi geçmiş olsa bile Anayasa Mahkemesince süre aşımı nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmemektedir¹³. Yapılan başvuru, itiraz sonucunda verilen kararın öğrenilmesinden itibaren 30 gün içinde yapılmak şartıyla süresinde yapılmış olarak kabul edilmekte; fakat bu süre tutukluluk süresine dâhil edilmemektedir. Dolayısıyla ilk derece mahkemesi hükümlerle birlikte tutukluluğun devamına karar vermiş olsa bile tutukluluk süresinin sonu hüküm tarihi olarak değerlendirilmekte, itirazın sonuçlanmasına kadar süre uzamamaktadır.

Sanık hakkında ilk derece mahkemesi tarafından mahkûmiyet hükmü kurulduktan sonra devam eden özgürlük kısıtlaması ise tutukluluk süresi olarak kabul edilmemektedir. Kişi serbest bırakılmadan yargılandığı davada ilk derece mahkemesinin kararıyla mahkûm olmuşsa, mahkûmiyet tarihi itibarıyla tutukluluk hali sona ermektedir. Çünkü bu durumda kişinin hukuki durumu “bir suç isnadına bağlı olarak tutuklu” olma kapsamından çıkmakta, “bir hükme bağlı tutma” kapsamına girmektedir. Bireysel başvuru incelemesi açısından, tutuklamanın şartları ile mahkûmiyete hükmedilmesi arasındaki esaslı fark

¹² AYM. B.No: 2012/1137, 2/7/2013, § 66.

¹³ AYM. B.No: 2013/ 5267, 7/3/2013, § 28. TURAN, s.134-136.

bunu gerektirmektedir. Zira mahkûmiyete karar verilmiş olmakla, isnat olunan suçun işlendiği, bundan failin sorumlu olduğunun sübuta erdiği kabul edilmekte ve bu nedenle sanık hakkında hürriyeti bağlayıcı cezaya ve/veya para cezasına hükmedilmektedir. Mahkûmiyetle birlikte kişinin kuvvetli suç şüphesi ve bir tutuklama nedenine bağlı olarak tutukluluk hali sona ermektedir. Bu açıdan mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olması ayrıca gerekmemektedir. Nitekim gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gerekse Yargıtay, mahkûmiyet kararı sonrası tutulma halini tutukluluk olarak nitelendirmemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararıyla mahkûm olan bir sanığın, söz konusu mahkûmiyet kararından sonraki tutulmasını Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi hükmü uyarınca "*mahkûmiyet sonrası tutma*", yani infaz olarak değerlendirmekte ve tutukluluk süresinin hesabında dikkate almamaktadır¹⁴.

Sanık mahkûmiyet hükmünü temyiz ettiği durumda temyiz aşaması hükmün tutuklu olarak geçse bile bu durum değişmemektedir. Zira sanığın ilk derece mahkemesi tarafından mahkûm edildikten sonraki özgürlükten yoksun bırakılması durumu artık Sözleşmenin 5. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi hükmü uyarınca kanuna uygun bir kısıtlama haline girmekte ve hakkında temyiz merciince verilen nihai karara kadar bu durum devam etmektedir. Temyiz mahkemesi tarafından karar onanması durumunda karar kesinleşmekte ve sanığın özgürlüğünden yoksun bırakılması durumunda bir değişiklik meydana gelmemektedir. Fakat temyiz incelemesi sonucunda karar bozulursa sanık tekrar Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrası anlamında tutuklu halini almaktadır. Bozma karar tarihi ile bozmadan sonra yeniden yargılama sırasında serbest bırakılma kararı verilinceye veya hüküm kuruluncaya kadar geçen süre de hükümden önceki tespit edilen tutukluluk süresine dâhil edilmektedir¹⁵. Bu şekilde belirlenecek tutukluluk süresinden sonra, bu sürenin makul olup olmadığı değerlendirmeye tabi tutulmaktadır.

Tutuklamada belirli bir sürenin benimsenmemiş olması, masumiyet karinesinin bir gereğidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, tutuklanan kişinin makul

¹⁴ AYM. B.No: 2012/726, 2/7/2013, § 33.

¹⁵ Solmaz/Türkiye No: 27561/02, 16 Ocak 2007. §§ 23,24.

bir süre içinde muhakeme edilme veya adli bir soruşturma sırasında serbest bırakılma hakkının bulunduğunu belirten 5. maddenin 3. fıkrasındaki hükmünü, belli bir tutukluluk süresi bulunması gerektiği biçiminde yorumlamamakta, somut olayın özelliklerini göz önüne almaktadır¹⁶. Bu nedenle sözleşmeye taraf ülkelerin hukuk sistemlerinde tutuklama için sınırlandırıcı bir süre bulunması sözleşme açısından şart değildir. Eğer bir ülke kendi usul yasalarında tutuklamada azami bir süre belirlemişse bu süreye uyulması gerekmektedir. Uyulmadığı takdirde ise, bir başka ifadeyle örneğin 4 yıl bir tutukluluk süresi öngören kanuni bir düzenleme söz konusu olduğunda, bu süreden fazla gerçekleşmiş bir tutukluluk süresinin hukuki dayanağı bulunmayıp “kanuni”lik şartını karşılamadığından kanuna aykırılık olacaktır.

Anayasa Mahkemesi, Ceza Muhakemesi Kanun’unun 102. maddesinin 2. fıkrasında, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde tutukluluk süresinin en çok iki yıl olduğu ve bu sürenin zorunlu hallerde gerekçesi gösterilerek uzatılabileceği, ancak uzatma süresinin toplam üç yılı geçemeyeceğinin belirtilmiş olduğundan, uzatma süreleri dâhil toplam tutukluluk süresinin azami beş yıl olabileceğini belirterek, beş yılı aşan tutukluluk süresinde başka hiçbir araştırma yapmadan Anayasa’nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁷. Ancak kanunun öngördüğü toplam beş yıllık sürenin dolmamış olması sebebiyle tutukluluk süresinin uzun olmadığı da ileri sürülemeyeceği açıktır. Bu sürenin altında kalan tutukluluk süreleri de pekâlâ uzun olabilecektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında Anayasa’nın 19. maddesinin yedinci fıkrasının, tutuklulukta makul süreyi güvence altına aldığını, dolayısıyla kanunla tutukluluk süresi için getirilen üst sınırların makul sürenin aşılmadığı istisnai durumlar için geçerli olabileceğini ve hiçbir şekilde kişinin bu süre doluncaya kadar tutulabileceği anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme, aksine üst sınırın aşılmadığı durumlarda dahi, tutukluluğun makul süreyi aştığı durumlarda, anayasal hakkın ihlal edildiği sonucuna varılacağını ortaya koy-

¹⁶ Wemhoff/Almanya No:2122/64, 27.06 1968. DOĞRU, Osman/ NALBANT, Atilla; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**. 1.Cilt. Avrupa Konseyi. Ankara 2012. S.497.

¹⁷ AYM. B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 53.

muştur¹⁸. Bu nedenle kanuni tutukluluk süresi ile tutukluluk süresinin makul olup olmadığı hususları birbiriyle aynı mahiyette olmadıklarından farklı hukuki değerlendirmeye tabidirler.

III. TUTUKLAMA KARARLARINDA GEREKÇE

Tutuklama kararlarıyla ilgili asıl sorun, verilen tutuklama kararlarındaki hukuka aykırılıkların sayısının fazlalığıdır. Bu hukuka aykırılık ise tutuklama kararlarının özellikle de tutukluluğun devamına ilişkin kararların gerekçeden yoksun oluşunun tespit edilmiş olmasıyla ortaya çıkmaktadır. Net bir rakam vermek mümkün değil ama verilen tutuklama kararlarının ciddi bir bölümünün gerçek anlamda gerekçeden yoksun olduğu bilinen bir gerçektir¹⁹. Gerekçeden yoksun olan tutuklama kararlarında da bir gerekçe olduğu pekâlâ söylenebilir; fakat bu tür gerekçeler şeklen bir gerekçeden öteye gidememektedir. Bu tür gerekçelerin hukuk tekniği açısından yetersiz kalması ve formül ifadelerden ve kanuni terimlerin tekrarından ibaret olması nedeniyle bu ve benzeri gerekçeler, sadece görünürde gerekçe olarak kabul edilebilir. Oysa olması gereken, tutuklamanın koşul ve sebeplerini oluşturan tüm hususların tek tek tutuklama kararında gösterilmesi gerekmektedir.

Tutuklama kararı verilebilmesi için, tutuklamanın talep edildiği andaki delillere göre, kişinin fail veya suç ortağı olarak bir suçu işlediği konusunda büyük bir ihtimal görülmelidir²⁰. Bu açıdan, sanığın tutuklanabilmesi için, Anayasanın 19. maddesinin 3. fıkrasında ve buna uygun olarak düzenlenmiş olan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesinde de belirtildiği gibi, kişinin suç işlediği konusunda kuvvetli şüphenin varlığı gerekmektedir. Kuvvetli şüphe, kişinin fail ya da suç ortağı olarak bir suçu kesinlik ölçüsünde işlediği ve kuvvetli olasılıkla yargılanıp ceza alacağı kanaatine varılması halidir²¹. Yasa koyucu tarafından tutuklama kararı verilebilmesi için makul şüphenin yeterli görülmesi

¹⁸ AYM. B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 51.

¹⁹ BAYRAKTAR, Köksal; "Ceza Yargılamasının Bitmeyen Derdi Tutuklama" **Güncel Hukuk**, Ocak 2014/1-121, Aylık Hukuk Dergisi, s.7.

²⁰ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Bası. Beta Bası, Ekim 2006 –İstanbul. s.301.

²¹ ALDEMİR, Hüsnü; **Yakalama Gözaltına Alma Tutuklama Adli Kontrol, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri**, Seçkin, Birinci Baskı, Ankara, Kasım 2012, s.24.

halinde başlangıçtaki ilk tutuklama kararı için bu şart da yeterli olacaktır. Makul şüphe, söz konusu kişinin suçu işlemiş olabileceği konusunda objektif bir gözlemciyi iknaya yeterli olgu ve bilgilerin mevcut olmasını gerektirir²². Sözleşmeye göre de yakalama veya tutuklama için makul şüphe bulunması yeterlidir²³. Bu nedenle şüpheye dayanak oluşturan herhangi bir olgu veya bilgi bulunmaksızın kişilerin tutuklanması, bir başka ifadeyle şüphelinin veya sanığın suçu işlediği konusundaki basit ve olguya dayanmayan soyut şüphe nedeniyle tutuklama kararı verilebilmesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesi ve Anayasanın 19. maddesinin ihlali sonucunu doğurur.

Tutuklama kararı için gerekli olan şüphenin varlığını hâkim somut olaya göre takdir edecektir. Tutuklama kararında kuvvetli şüphenin var olduğu kanaatini uyandıran nedenler gösterilmeli ve somut olayla ilişkilendirilmelidir. Örneğin şüphelinin *“terör örgütü kurup yönetme suçunun işlediği yönünde kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunması, suçun niteliği, aleyhine mevcut delil durumu, yüklenen suçun CMK. 100/3-a maddesinde sayılan suçlardan olması”* gerekçesiyle tutuklanması²⁴, bir suçun işlenmiş olabileceğine ilişkin ciddi belirtilerin varlığı bakımından ilk tutuklama için yeterli görülmektedir.

Tutuklama için geçerli olan kuvvetli suç şüphesi, tutuklama için olmazsa olmaz şartlardan birisidir²⁵ ve bu suç işlendiği konusundaki şüphe, yargılamaya ve tutuklama devam ettiği sürece devam etmelidir; ancak belirli bir aşamadan sonra tek başına tutukluluğun devamı için yeterli olmayan bu kuvvetli şüphe yanında diğer tutuklama nedenlerinden birisi de bulunmalıdır.

Tutuklama ve tutukluluğun devamından beklenen en önemli amaç, sanığın kaçmasını ve böylece verilecek mahkûmiyet kararının yerine getirilmesinin imkânsız hale gelmesinin önlenmesidir. Bunun dışında delillerin karartılmasının önlenmesi de tutuklamadan beklenen amaçlardan biridir. Tutuklamadan beklenen diğer bir amaç ise tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapıl-

²² ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan; **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9.Bası. Ankara 2006, s.211.

²³ Labita/İtalya [BD], B. No: 26772/95, 6 Nisan 2000. §153. DOĞRU/NALBANT, s.389.

²⁴ AYM. B. No: 2012/849, 4/12/2013, § 74-77.

²⁵ ÖZBEK, s.277.

ması girişiminde bulunulmasının önlenmesidir. Bu şekilde ceza yargılamasında maddi gerçeğe ulaşılması mümkün olabilecektir.²⁶ Tutuklamadan ve tutukluluğun devamından beklenen amaçlar, tam da tutuklamanın asıl gerekçelerini oluşturduğunu gösterir.

Tutuklamanın devamı nedenlerinden birisi şüphesiz kaçma şüphesidir. Şüphelinin ya da sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran olguların bulunması bir tutuklama nedeni olarak gerek Ceza Muhakemesi Kanun' unda gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında kabul edilmiştir. Kaçma; sanığın, kasten, adli makamların kendisini mahkemeye davetini veya diğer muhakeme işlemleri için gerekli olduğu biçimde hazır bulundurulmasını olanaksız kılması demektir²⁷.

Kaçma şüphesinin varlığını hâkim takdir ederken somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurmalıdır. Sanığın suçu işledikten sonra saklanmak maksadı ile ikametgâhını değiştirmesi, kolluk kuvvetlerinin suç mahalline ulaştığı sırada sanığın kaçarken yakalanması, yine sanığın yurt dışına çıkmak için pasaport başvurusu yapması, kaçma şüphesinin varlığına delalet eden somut olgulardır. Sanığa yöneltilen suçlamanın ağır bir cezayı gerektirmesi de kaçma ihtimalinin değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulacak bir unsur ise de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında bu husus tek başına tutukluluğun devamını haklı gösteren bir gerekçe olarak kabul edilmemektedir²⁸. Hâkim, eğer "*kaçma şüphesi*" nedeniyle tutukluluğun devamına dair bir karar verecekse bu ve benzeri gibi somut olguları kararında belirtmesi yerinde olacaktır. Kaçma şüphesi bu nedenle soyut değil, bizatihi kendisi somut bir durumu ortaya koymaktadır. Kaçma şüphesi, olgularla ve delillerle ve özellikle kişiselleştirme ile açıklanmadığı müddetçe ortada bir gerekçe eksikliğine işaret eder. Yine matbu ifadeler yahut kanun metninin tekrarına yönelik açıklamalar da gerekçe yokluğunu gösteren hususlardır. Tutuklu dosyalar üzerinde yapılan bir araştırmada 291 dosyada, kaçma şüphesinin dayandığı eylem ve olayların açıklanmadığı dosya sayısı 265 tir. Sadece bu durum, tutuklama kararlarının

²⁶ ÖZBEK, s.271.

²⁷ CENTEL/ZAFER; s. 302.

²⁸ Mansur/ Türkiye Kararı, 8 Haziran 1995. B. No:319-B. §51-53. DOĞRU/NALBANT, s.402.

ne kadar gerekçesiz olabildiğini açıkça göstermektedir²⁹.

Tutukluğun devamına ilişkin kararın tek gerekçesi kaçma ihtimali ise, bu durumda şüphelinin mahkemede hazır bulunmasını sağlayacak bir güvence ile serbest bırakılmasına karar verilebilir. Bu kapsamda sanığın nakdi bir teminatla serbest bırakılması ya da belli bir adreste ikamet etmesinin istenmesi, sık sık polise bildirimde bulunması gibi adli kontrol tedbirlerinin uygulanması ile bu kaçma riski giderilebilir³⁰.

Tutuklamanın devamı nedenlerinden bir diğeri de suçluluğu hakkında kuvvetli şüphe bulunan kişinin, delilleri karartması veya yok etmesi ya da tanıklar üzerinde baskı kurma ihtimalidir. Özellikle bu ihtimal, daha ziyade suçun nitelik ve kapsamına bağlı olan bir durumdur. Ceza Muhakemesi Kanunu' na göre, şüpheli veya sanığın davranışları; delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme veya tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma şüphesini oluşturuyorsa delileri karartma şüphesinden söz edilebilir³¹.

Delilerin yok edilmesi, değiştirilmesi ve gizlenmesi, suçun izlerini yok etmek anlamına gelir³². Bu nedenle tutuklama ile sanığın ya da şüphelinin, maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasını engelleyebilecek davranışlarının önüne geçilebilir. Yargı sürecine müdahale ihtimali bu şekilde giderilebilir. Beyanda bulanacak kişilere baskı yapılmak istenmesi, delileri karartma nedeni ile tutuklanma nedeni olabilir. Bir takım somut olgular ve bunların yol açacağı kuvvetli şüphenin bulunması tutuklamaya karar verilmesi için bir zorunluluktur. Ancak, maddi gerçeğin aydınlatılmış olması, tüm delillerin toplanmış olması veya bütün delillerin karartılmış olması durumlarında, delileri karartma şüphesinden artık söz edilemeyecektir. Delillerin karartılması şüphesinin bulunup bulunmadığı ancak somut olayın özellikleri ile sanığın kişiliği, tutumları, yaşam koşulları dikkate alınarak belirlenebilir³³. Yoksa genel gerekçelerle değerlendirilemez. Her suç için zan altındaki kişinin mutlaka maddi gerçeği saklamak isteyeceği yolunda bir ön yargıdan yola çıkılarak tutuklamaya karar verilmesi anayasa ile

²⁹ BAYRAKTAR, s.7.

³⁰ Wemhoff /Almanya Kararı, 2 Şubat 2000. B.No:32819/96.

³¹ CMK Mad.100/2.

³² CENTEL/ZAFER, s.302.

³³ CENTEL/ZAFER, s.303.

güvence altına alınmış olan kişi özgürlüğünün ihlali sonucunu doğurur.

Tutuklama ve tutukluluğun devamı nedenlerinden bir diğeri de “*yasal karine*”dir. Bazı suçlardan dolayı tutuklama kararı verilebilmesi için tutuklama sebeplerinin varlığı aranmamaktadır. Bu suçların işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesinin bulunması tutuklamaya karar verilebilmesi için yeterli görülmektedir³⁴. Gerçekten, yasa koyucu “*aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde tutuklama nedeni var sayılabilir*” diyerek, kamu düzeni için ciddi tehlike yaratabilecek bir takım suçlarda kaçma tehlikesi yahut delillerin karartılması gibi tutuklama nedenlerini adeta var kabul ederek, kuvvetli şüpheyi başlı başına bir tutuklama nedeni olarak kabul etmektedir³⁵.

Kanunda açıkça zikredilen belli suçların işlenmesinde karine olarak bir tutuklama nedeninin öngörülmüş olması, tutukluluğu haklı gösteren somut olguların varlığının gösterilmemesi için bir gerekçe olarak ileri sürülemez. Her halükarda tutukluluğun devamına dair verilen kararlarda tek başına katalog suç kavramı, bir gerekçe olarak kabul görmemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, otomatik veya zorunlu tutukluk öngören kanuni düzenlemeleri Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasına aykırı bulmaktadır. İç hukukta tutukluluk nedenlerinin var olduğu yönünde yasal bir karine olsa bile tutukluğu gerektiren somut olguların varlığının gösterilmesi şart olmaktan çıkmamaktadır. Bir başka ifadeyle tutukluluğun gerekçelendirilmesi her durumda tutukluluğun devamı için zorunlu görülmektedir.³⁶

Tutukluluk süresinin ne kadarlık bir süreyi kapsadığı konusunda genel ya da özel bir hüküm yoktur. Bu konuda Ceza Muhakemesi Kanunu’nda sade-

³⁴ CENTEL/ZAFER, s.303.

³⁵ “Çok sayıda tutuklama nedeni yerine, 1412 sayılı Kanunun sistemi benimsenmek suretiyle iki temel tutuklama nedeni kabul edilmiştir. Tutuklama nedeni var sayılabilecek haller bakımından ise 1412 sayılı Kanunun soyut cezayı esas alan sistem yerine, tek tek suçların sayıldığı katalog sistemi benimsenmiştir. Tutuklama nedeninin varlığı halinde ayrıca, kuvvetli suç şüphesinin bulunduğunu gösteren olgular aranmak suretiyle, tutuklamanın gerçekte istisna olarak başvurulabilecek bir koruma tedbiri olması sağlanmıştır”. 5237 sayılı Kanunun 100. maddesinin gerekçesi için bak. ŞAHİN, Cumhuriyet; **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Birinci Baskı, Seçkin, Ankara, 2005, s.295.

³⁶ Iljkov/Bulgaristan 26 Temmuz 2001, B.No:33977/96, § 84.

ce azami/kanuni tutukluluk süresi bulunmaktadır. Bunun haricinde herhangi bir yerde genel olarak belirlenmiş bir tutukluluk süresi veya davaya özgü bir tutukluluk süresi bulunmamaktadır. Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrası ve Anayasanın 19. maddesinin 7. fıkrasına göre bir ceza soruşturması kapsamında tutuklu bir sanığın makul bir süre içinde yargılanmaya veya bu mümkün değilse soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı bulunmaktadır. İşte bu hükümler bize tutukluluğun makul süreyi aşmamasını emretmektedirler.

Gözaltına alınan ya da yakalanan kişinin en kısa süre içinde hâkim önüne çıkarılması, bu işlem yapılamıyor ise sanığın serbest bırakılması devletin sorumluluğu altında bulunmaktadır. Bu nedenle mahkemeler tutuklama kararı için esas alınan dosyadaki bütün şartları incelemeli ve tutukluluğun devamına ilişkin kararlarında bunları somutlaştırarak açıklamalıdır. Tutukluluğun devamına karar verilmesi halinde ise bu sürenin makul süreyi aşmaması gerekir.

Tutukluk süresinin makul süreyi aşıp aşmadığının tespiti, soyut bir biçimde genel bir ilke çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün değildir, bu süre davanın niteliğine göre değişeceğinden her davanın kendine özgü şartları içerisinde süre konusunun değerlendirilmesi mecburiyeti bulunmaktadır³⁷.

Bir sanığın tutuklu olarak bulundurulduğu sürenin makul olup olmadığı, her davanın kendi özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekir. Tutukluluğun devamı ancak masumiyet karinesine rağmen Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkından daha ağır basan gerçek bir kamu yararının mevcut olması durumunda haklı bulunabilir³⁸. Zira hangi sürenin makul olarak kabul edileceği ve bunun sınırının ne olduğu her zaman kolayca belirlenecek bir durum değildir. Buradaki hassas denge tutuklu sanığın tekrar özgürlüğe kavuşmasındaki menfaati ile kamunun etkin ceza adaleti sistemindeki çıkarının korunmasıdır³⁹.

Yargı mercileri, masumiyet karinesini dikkate alarak kişisel özgürlüğe saygı

³⁷ AYM. B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 61.

³⁸ Labita/İtalya [BD], B. No: 26772/95, 6 Nisan 2000, § 119.

³⁹ HARRIS, David/ O'BOYLE, Michael/ WARBRIC, Colin; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Avrupa Konseyi, Birinci Baskı, Ankara 2013, s.176.

kuralından kamu yararı adına taviz gerektiren haklı bir gerekçenin mevcudiyetine ilişkin lehte ve aleyhteki esasların tümünü incelemeli ve tutukluluğa ilişkin kararlarında bunları özellikle kişiselleştirerek ve somutlaştırarak ortaya koymalıdır⁴⁰. Kamu yararı gereğini etkileyen tüm olayların derece mahkemeleri tarafından incelenmesi ve serbest bırakılma taleplerine ilişkin kararlarında bu olgu ve olayların ortaya konulması gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, tutukluluk süresiyle ilgili incelemelerinde tutululuğa ilişkin kararlarda gösterilen gerekçelere ve ilgilinin salıverilme dilekçelerinde ileri sürülen olgu ve olaylara dayanmaktadır.

Hukuka uygun olarak tutuklanan bir kişinin, suç işlediği yönünde kuvvetli belirti ve tutuklama nedeninin varlığı devam ettiği sürece ilke olarak belli bir süreye kadar tutukluluk halinin makul kabul edilmesi gerekir. Tutuklu kişinin bir suç işlediğine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre makul şüphenin varlığını sürdürmesi tutukluluğun haklılığı için zorunludur. Ortada bir suç isnadı yoksa bu kişinin tutuklanması hukuka aykırılık teşkil eder. Bu itibarla en başta suç ilendiğine ilişkin makul bir şüphenin bulunması ve bunun devam ediyor olması önem taşımaktadır. Fakat belli bir süre sonra makul suç şüphesi yeterli olmamaktadır. Tutuklama tedbirine kişilerin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunmasının yanı sıra bu kişilerin kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla başvurulabilir. Başlangıçtaki bu tutuklama nedenleri belli bir süreye kadar tutukluluğun devamı için yeterli görülebilirse de, uzatmaya ilişkin kararlarda tutuklama nedenlerinin hâlâ devam ettiğinin gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir. Bu gerekçeler “*ilgili*” ve “*yeterli*” görüldüğü takdirde, yargılama sürecinin özenli yürütülüp yürütülmediği de incelenmelidir. Davanın karmaşıklığı, organize suçlara dair olup olmadığı veya sanık sayısı gibi faktörler sürecin işleyişinde gösterilen öznen değerlendirilmesinde dikkate alınır. Tüm bu unsurların birlikte değerlendirilmesiyle sürenin makul olup olmadığı konusunda bir sonuca ulaşılabilir⁴¹. Son olarak tutuklu kişinin şahsi durumunun ne kadar nazara alındığı da önem

⁴⁰ MUTAF, Hasan; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkına İlişkin İçtihatları”, **HUKAB**, Nisan-Haziran 2014, S.9. s.18.

⁴¹ AYM. B. No: 2012/1137, 2/7/2013 § 63.

arz eder. Yaş küçüklüğü, sabit ikametgâh sahibi olması, düzenli bir aile ve iş hayatının bulunması ve sabıkasız olması gibi hususlar bu duruma örnek olarak gösterilebilir⁴².

Kural tutuksuz yargılama yapmaktır. Bizim sistemimizde tutuklama koşullarının tümü gerçekleşse bile, hâkim şüpheliyi tutuklamak zorunda değildir. Çünkü Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 102. maddesinde *'tutuklanabilir'* ifadesi yer almaktadır. Her yargılamanın özellikleri, delil durumu v.s birbirinden farklılık göstermektedir. Bir olayda kişinin tutuklanmaması gerekirken bir gün bile tutuklanması uzun bir süredir. Başka bir olayda ise suçun niteliği, delil durumu, kaçma şüphesi gibi nedenlerle, tutuklama süresi örneğin beş yıla kadar varabilir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi makul gerekçeler varsa beş yılı bile, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygun bulmaktadır.⁴³

Tutuklama kararlarının gerekçesiz olduğu şikâyetiyle ilgili olarak Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurular, Anayasanın 19. maddesinin 7. fıkrası kapsamında değerlendirilmektedir. Anayasanın 19. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiş olan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının Anayasadaki karşılığını oluşturmaktadır.⁴⁴

Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrası ise şöyledir: *"Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir."* Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasında bir ceza soruşturması kapsamında tutuklanan kişilerin, yargılamanın makul sürede bitirilmesini ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme haklarına sahip olduğu güvence altına alınmıştır.

Anayasa Mahkemesi de, Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasının ihlal edilip edilmediğinin değerlendirmesinde esas olarak, serbest bırakılma taleplerine ilişkin kararların gerekçelerine bakılmasını ve tutuklu bulunan kişiler

⁴² Letellier/Fransa Kararı. 26 Haziran 1991, B. No: 207. § 51.

⁴³ SÖZÜER, Adem; "Sivas'ta kamu görevlileri için zamaşımı süresi doldu" **Akşam Gazetesi**, 19.03.2012.

⁴⁴ KARAN, s.184.

tarafından yapılan tutukluluğa itiraz başvurularında sunulan belgeler çerçevesinde kararların yeterince gerekçelendirilmiş olup olmadığının göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yapmaktadır. Bu açıdan bakıldığında Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarını dikkate alarak Anayasaya göre bir karar vermektedir.

Başvurucunun tahliye talebi, üzerine atılı suçun Ceza Muhakemesi Kanun'unun 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasında sayılan katalog suçlardan olması ve birden fazla suçtan dolayı hakkındaki davaların devam ediyor olması gerekçesiyle, bu karara karşı yapılan itiraz da benzer gerekçelerle reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesine göre; suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hâllerde tutulabilirler. Bu şartların tutukluluk süresince devam ediyor olması, tutukluluğun devamının hukuka uygunluğu ve meşruiyeti bakımından olmazsa olmaz bir koşul olmakla birlikte bu durumun devam edip etmediğinin ilgili ve yeterli gerekçelerle ortaya konulması ve yürütülen işlemlerde gerekli özenin gösterilmesi gerekir. Mahkemelerce verilen tutukluluğa itiraz ve itirazın reddine dair kararların gerekçeleri incelendiğinde, sunulan gerekçelerin tutukluluğun devamını haklı gösterecek içerikte olmadığı ve aynı hususların tekrarı niteliğinde olduğu ortadadır. Bu durumda tutukluluk halinin devamına ilişkin bu gerekçelerin ilgili ve yeterli olduğu söylenemeyeceğinden başvuruda Anayasanın 19. maddesinin 7. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır⁴⁵.

SONUÇ

Tutuklama, ceza muhakemesi içinde, mahiyeti ve sonuçları bakımından, uygulanan en ağır koruma tedbirlerinden biridir. Zira bu tedbir, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile doğrudan ilgili olup, hakkın ağırlık merkezi ise tutukludur. Toplumun huzuru ve güvenliği açısından zorunlu olduğu ölçüde dikkatli bir biçimde başvurulması gereken bu tedbir Sözleşme tarafından ayrıntılı bir

⁴⁵ AYM. B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 56. Benzer mahiyetteki kararlar için bkz. B.No: 2012/1158, 21/11/2013, §§ 52, 56. (B.No: 2013/2814, 18/06/2014, §§ 84, 85.

biçimde düzenlenmiş, Anayasada da buna benzer bir düzenleme benimsenmiştir. Fakat tutuklama tedbirinin nihai ve istisnai bir tedbir olmasına karşılık uygulamada bu tedbire çok başvurulduğu, tutuklamanın uzun sürdüğü ve tutuklama kararlarının gerekçesiz olduğu inkâr edilemez bir gerçektir.

Her türlü mahkeme kararının gerekçeli olacağı Anayasa'da ve kanunlarda açıkça yazılıdır. Bu yasal düzenlemelere karşılık tutuklama kararlarında gerekçe olarak belirtilen hususların şablon ifadeler ve kanuni ifadelerin tekrarı niteliğinde olduğu görüldüğünden Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince gerekçe olarak kabul edilmemektedir. Dolayısıyla bu durumun yapısal bir sorun olduğu ortaya çıkmaktadır. Tutuklamanın amaç ve fonksiyonuna uygun olarak kullanılması ile kanunlarımızda hiçbir değişikliğe gitmeden bu sorun pekâlâ çözülebilir. Bunun için gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, gerekse Anayasa Mahkemesinin bu konudaki içtihatlarından en başta kanunları uygulayıcı konumda olan hâkimlerin haberdar edilmesi ve bu hususta farkındalıklarının artırılması ve tabii ki yargılamaların makul sürede bitirilmesinin yol ve yöntemlerinin geliştirilmesidir. Bazı dönemlerde bazı davalar makul sürede yargılanma hakkını ihlal edecek ölçüde uzun sürdüğü için doğal olarak tutukluluk da uzun olmaktadır. Bu nedenle kanun ve uygulamayı genel ilkeler açısından değerlendirerek, sadece tutukluluk süresini kısaltmak değil, yargılama sürelerinin kılmasını sağlayacak teknik, personel alt yapısının kurulmasını da sağlamak gerekmektedir.



KAYNAKÇA

ALDEMİR, Hüsnü; **Yakalama Gözaltına Alma Tutuklama Adli Kontrol, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri**, Seçkin, Birinci Baskı, Ankara, Kasım 2012.

BAYRAKTAR, Köksal; "Ceza Yargılamasının Bitmeyen Derdi Tutuklama" **Güncel Hukuk**, Ocak 2014/1-121, Aylık Hukuk Dergisi.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Bası. Beta Bası, Ekim 2006 –İstanbul.

DOĞRU, Osman/ NALBANT, Atilla; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Açıklama ve Önemli Kararlar. 1.Cilt. Avrupa Konseyi. Ankara 2012.

EKİNCİ, Hüseyin/SAĞLAM Musa; **66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru**. Anayasa Mahkemesi ve Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2012.

ERGÜL, Ergin; **Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması**, Yargı Yayınevi, Ankara 2012.

HARRIS, David/ O'BOYLE, Michael/ WARBRIC, Colin; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Avrupa Konseyi, Birinci Baskı, Ankara 2013.

İNCEOĞLU, Sibel (Editör); İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Avrupa Konseyi Yayınları, 1. Baskı. Ankara 2013.

KARAN, Ulaş; "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme** (Editör: Sibel İnceoğlu) içinde, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 1. Baskı, 2013.

MUTAF, Hasan; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkına İlişkin İçtihatları", **HUKAB**, Nisan-Haziran 2014, S.9.

ÖNCÜ, Mehmet; "AİHM: Bireysel Başvuru Yolu AİHM' ye başvurmadan Önce Tüketilmesi Gereken Bir İç Hukuk Yoludur". **HUKAB**, S.6, Eylül 2013.

ÖZBEK Veli Özer; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin, Birinci Baskı, Ankara Kasım – 2006.

ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10.Bası, Seçkin, Ankara 2006.

SABUNCU, M. Yavuz/ ESEN, A. Selin; “Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu” **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, S.21.

SAĞLAM, Musa (Editör); **Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri**. Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2.Baskı Ankara, 2013.

SÖZÜER, Adem; “Sivas’ta kamu görevlileri için zamanaşımı süresi doldu” **Akşam Gazetesi**, 19.03.2012.

ŞAHİN, Cumhur; **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Birinci Baskı, Seçkin, Ankara, 2005.

TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin, Ankara 2002.

TURAN, Hüseyin; “Ceza Mahkemelerince Verilen Kararlar Bakımından Bireysel Başvuruda Başvuru Süresi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Nisan 2014, S.17, Yıl 5.

TURABİ, Selami; **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.

UZUN, Cem Duran; “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu”, **Seta Analiz**, Şubat 2012.

<http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/> Erişim Tarihi 10.10.2014.

<http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/HasanUzun.pdf> Erişim Tarihi 15.3.2014.

POSTMODERN JEOPOLİTİK VE KÜRESEL TASARININ ELEŞTİREL ÇÖZÜMLEMESİ

Critical Analysis of Postmodern Geopolitical and Global Design

Dr. Oğuzhan ERGÜN*

ÖZET

Mekânı dış politikanın belirleyici unsurlarından biri olarak ele almak ve coğrafyadan devlete dönük stratejik bakış ile klasik veya determinist jeopolitik analizler yapmak, insanlığın kaderini belirleme gücünü ellerine geçirmeye çalışan ölümlü tanrıların ya da nebülözdeki çekirdek kitlenin, söylemsel ve eylemsel “Tasarı”larını çözümlemede yetersiz kalmaktadır.

Jeopolitik güç mücadelesinde, enerji, ekonomi politik (jeoekonomi), jeokültür gibi tahakküm ve kontrol alanlarının yanında 21. yüzyıl başlangıcında biyolojik alan küresel kontrol kurgusuna dâhil edilmiştir. Borçlandırma ve yoksullaştırma yöntemleri ile binlerce yılın üretici kitleleri ve medeniyetin lokomotifi olan çiftçi aileler bugün açlık sınırının altında, göçmen kamplarında veya şehir varoşlarında yaşamaya mahkûm edilmektedir. Toprakları ulus-üstü şirketlerce gasp edilmekte, su havzaları ticarileşmektedir. Şehirde yaşayan büyük kitlelerin kültürleri ile uyumlu sağlıklı gıdalara ulaşım hakkı ellerinden alınırken, insanlık kısırlaşma tehlikesi ile karşı karşıyadır. Keyfi ambargolarla yüzbinlerce insan “biyolojik” indirgemeye maruz kalmaktadır. Bu makalede güç ve kontrol mücadelesinin tasarımı ve çözümleme alanı olarak jeopolitik disiplinde ortaya çıkan gelişmeler ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Biyopolitik, eleştirel jeopolitik, postmodern jeopolitik, siyasi coğrafya, jeokültür, jeoekonomi.

ABSTRACT

If the discursive and practical ‘Designs’ made by mortal divinities (Leviathans) trying to take possession of the power to shape the destiny of humanity or by the core mass caught in nebula are ever to be analyzed in depth, it will not suffice to take space as a determining factor in foreign politics and make classic or deterministic analyses

* Kamu Yönetimi, E. Top. Kur. Kd. Alb, oguzhanergun@gmail.com

with a strategic view directed from geography to state. In the struggle for geopolitical power, the biological sphere has been added into the global control construct in the early 21st century, along with spheres of domination and control including energy, political economy (geo-economy), and geoculture. Resorting to diverse methods of debiting and pauperization, there have been continuous efforts to condemn masses who have been engaged in husbandry for thousands of years as well as farming families who have always been the locomotive of civilization to live nowadays below the hunger threshold, in refugee camps or suburbs. Their land is seized by supra-national companies, and their water basins commercialized. While the large masses living in the cities are deprived of their right to get access to healthy food compatible with their own culture, humanity is pushed to the verge of infertility. Hundreds of thousands of people are made subject to “biological” reduction through arbitrary embargoes. The present paper discusses the developments that can be observed in geopolitics as the design and analysis aspect of the struggle for power and control.

Key Words: Bio-politics, critical geopolitics, postmodern geopolitics, political geography, geoculture, geo-economy.



GİRİŞ

Uluslararası ilişkiler disiplininin ilk yazılı metninden (Peloponez Savaşı'nın Tarihi, Thucydides, M.Ö. IV.yy) bu yana, küresel siyasi hafızaya yerleştirilmeye çalışılan “güçlülerin muktedir olduklarını yapma, güçsüzlerin kabul etmek zorunda olduklarını kabul etme”¹ doğal hukuk normu, istiklal mücadelelerinde “Tanrı'nın her zaman büyük orduların yanında olmadığını” defalarca göstermesine rağmen, iki taraflı gayretler ile ayakta kalmaktadır. Başat güçlerin gayretleri kadar, “mazlum” muhaliflerin her taşın altında bunların parmağı olduğunu yüksek sesle dile getirmesindeki istem dışı propaganda katkısı ve neo-liberal elitler ağının sosyal psikoloji temeline göre işleyen medyayı, hapishaneleri, gözetim ve güvenlik sistemlerini kullanarak, güçsüzlüğün ve başarısızlığın içselleştirdiği sistematik bir kolektif çaresizlik hissi uyandırması (öğrenilmiş çaresizlik)² bu normun “yeniden üretim” sahasını genişletmektedir.

¹ Thucydides, “Geschichte des peloponnesischen Krieges” aktaran J. S.Nye ve D. Welch, “Küresel Çatışmayı ve İşbirliğini Anlamak”, (2. bas.) İstanbul, İş Bankası yay. 2011,s: 31.

² Tobias Nöbauer, Işın Önel, “Öğrenilmiş Çaresizlik: Otorite, İtaat ve Kontrol Üzerine”,

Yerkürenin güç siyasetinin öngördüğü çıkarlara göre yeniden şekillendirilmesi ve düzenlenmesi (*Weltordnung*) (*Geopolitical Shaping*) gezegenin “Çevre” ile ilgili kritik eşğine ulaşmış olması nedeniyle de diğer dönemlerden oldukça farklılaşmaktadır. Hâkimiyet ve kontrol vasıtası ya da güç için kaynaklara sahip olmak ile “çıplak hayat” (*zoê*) gerekliliği için sahip olmak arasındaki sınır silikleşmektedir. G. Agamben’in ifade ettiği şekliyle “Çıplak Hayat” bütün canlı varlıkların ortak özelliği olan yaşama/canlılık olgusunu ifade etmekte³ çağın güç mücadelesinin esasen son kontrol alanını işaret etmektedir. Postmodern çözülme jeopolitik tasarımı ve analizleri de etkilemiştir. Çözülmenin jeopolitik bir tasarımın sonucu mu yoksa jeopolitik kontrol mücadelesine yeni olanaklar sunan bir iklim mi olduğuna karar vermek güçtür. Ancak neticede bunun üzerinden tasarımlar gerçekleştirilmektedir. Makalede güç mücadelesinin geldiği tehlikeli nokta eleştirel jeopolitik yaklaşımla ele alınmaktadır.

I. JEOPOLITİKTE DÖNÜŞÜM

Jeopolitik, yeni Webster sözlüğünde de, “Coğrafya, doğal kaynaklar, sınırlı gelişme ve siyasi gücü kapsayan coğrafyanın ve güç politikalarının, uluslararası ilişkiler kapsamında inceleme metodu”⁴ olarak tanımlanmaktadır. Jeopolitik, coğrafya bağlantılı makro-politik/siyasettir ve aynı zamanda “güç siyaseti”dir. Jeopolitik siyasi olarak organize edilmiş alanlarla, onların kaynakları, genişleme sahaları ve benimsedikleri coğrafi kimliğin nedenleri ile esasen bu tip alanların en önemlisi olan “devlet” ile ilgilenmektedir⁵. Jeopolitik analizde ortaya çıkartılan “durum” ülkelerin siyasal hareket tarzları oluşturmada kaynak ve analiz sonucu ise “rehber” niteliği taşımaktadır.

Güvenlik Siyaseti sözlüğündeki tanımlamasında bilimsel alandaki yeri; “Coğrafya, Siyasal Bilimler, Tarih ve Sosyoloji bilim sahalarının kesiştiği bir

24.05.2014, <http://isinonol.com/wp-content/uploads/2014/03/LEARNED-HELPLESSNESS-Exhibition-Catalogue.pdf>, (Erişim Tarihi, 13.06.2014) s:3.

³ Giorgio. Agamben, “*Kutsal İnsan, Egemen İktidar ve Çıplak Hayat*”(2 b.). (İ. Türkmen, Çev.) İstanbul: Ayrıntı. 2013, s: 9.

⁴ *International Webster's Comprehensive Dictionary, The New International Webster's Comprehensive Dictionary of the English Language*, Trident Pr Intl, 2003, s.529.

⁵ Harm J. De Blij, “*Systematic Political Geography*”, 1967, New York, John Wiley and Sons Inc, s. 157.

bilimsel alan olarak tasvir edilebilir, politik gerçeklikler ile mekân arasındaki ilişkiyi araştırır”⁶ şeklinde belirlenmekte ise de bununla sınırlı olmaktan da çıkmıştır. Jeopolitik; “saha ve etnisite, güç ve bölgesel siyaset” ve milletlerin “saha, kaynaklar ve tesir” kapsamında sürdürdükleri yarışta hayatta kalma mücadelesi düşüncesine dayanmakta⁷ ve makro politikada bir analiz ve karar yöntemi olarak kullanılmaktadır.

Ülkelerin güç mücadelesindeki yerini “Coğrafi Konumu” nu ele alarak inceleyen teoriler Mackinder ve Spykman tarafından oluşturulan çizgiyi takip etmiş, çok basit bir ifadeyle Çevrelemeyi/Kuşatmayı aşmayı ele almıştır.⁸ Konum deterministiği içeren bu teoriler ya ülkelerin “iç hat” pozisyonundan doğan zafiyetini gidermeyi, ya rakibin “dış hat” pozisyonunu dengeleme ve yarmayı ya da stratejik kaynakların kontrolünde bölgenin ve stratejik mihverlerin etkisini açıklamaya çalışmıştır. Kültürel ve ekonomik bölümler içeren teoriler de bir noktada bu coğrafi konumlamalar üzerine inşa edilmiştir. Ancak “iç hat ve dış hat” stratejilerinin üretimi yatay ekseninde eski önemini yitirmiştir.

Özellikle “belirli teritoryal bakış açılarında politik çatışmalara gösterilen hassasiyet, mekânsal yaklaşım bağlantılı olarak kültür coğrafyası merkezli politikada artarak anlam kazanmaktadır.”⁹ P. Reuber ve G. Wolkersdörfer, küresel dönüşümden siyasi coğrafya disiplininin de etkilendiğini, Mekân’daki yeni sosyal ve siyasi organizasyona uygun konsept ortaya koymak zorunda kaldığını öne sürmektedirler. “Çünkü bütün bu dönüşümler özde ‘Güç ve Mekân’ sorunlarını etkilemektedir. Siyasi Coğrafya jeopolitik disiplinin de tabanını teşkil etmektedir.

Bunun yanı sıra yeni kültürel coğrafya’nın gündeminde de ağırlıklı olarak, kimlik ve mekân, güvenlik ve mekân, kültürel ve jeopolitik Tasarı/rehber arasın-

⁶ Christoph Meier; Richard Roßmanith; Heinz-Uwe Schäfer, “*Wörterbuch zur Sicherheitspolitik*”, 2003, Hamburg, Mittler, s:144.

⁷ Gerd Weidenhausen, “*Die Renaissance der Geopolitik Teil I: Das Geopolitische Triumvirat der USA*”. http://www.diedrei.org/Heft_4_08/04%20Weidenhausen-Geo2politik.pdf, 2008, (Erişim tarihi 10.02.2012).

⁸ Jürgen Oßenbrügge, (1996), “*Die neue Geopolitik und ihre Raumordnung*”, http://www.geowiss.uni-hamburg.de/i-geogr/personal/ossenbruegge/polgeo/geopolitik_aktuell_1996, (Erişim tarihi: 10.03.2013).

⁹ Paul Reuber ve Günter Wolkersdörfer “*Die neuen Geographien des Politischen und die neue Politische Geographie–Eine Einführung*”, 2001, s. 3 http://www.eduhi.at/dl/Reuber_Einfuehrung_PolGeo2001.pdf (Erişim tarihi 10.01.2013).

daki sorunlar yer almaktadır¹⁰. Jeopolitik disiplin içerisinde jeokültürel duyarlılığı öne çıkaran yaklaşımlar ve tarihi toplumsal kimliklerin keşif çabaları teritoryal çatışmaların artışına paralel seyir izlemektedir.¹¹ Mekânın “bize benzeyenlerle benzemeyenlerin ‘nerede’ olduğunu söyleyerek kişiyi onları arama zahmetinden kurtarıcı”¹² yönü jeopolitik ölçeği kültürel tabana yöneltmektedir.

Mekân postmodern jeopolitikte, geometrik mekânsallık (*spatiality*) ve bunun getirdiği basit betimleyici teknikler vasıtasıyla kavranan, kartezyen koordinat sistemine sahip salt bir uzay parçası olmaktan dönüşüm geçirmiştir. Kaygalak’a göre mekân, aynı zamanda, farklı kültürlerin, toplumsal süreçlerin, politik ve ideolojik süreçlerin süzgecinden geçirilerek yaratılan ve inşa edilen (*constructed*) mekândır.¹³ Mekânsal yapı artık sadece sosyal ilişkilerin izlendiği bir arena değil, sosyal ilişkilerin üretildiği ve yeniden üretildiği ortam olarak görülmektedir.¹⁴ Bu gelişmeler konstrüktivist-eleştirel jeopolitik okulun¹⁵ yaklaşımlarını dikkate almayı gerektirmektedir. Kültürler arası mesafenin bu yüzyılda kapatılmaktan ziyade artması, çıkarların ve faaliyetlerin oluşumunda kimliğin oynadığı rolü vurgulaması, konstrüktivizmin bu alandaki etkisini artırmaktadır.¹⁶ Bu bağlamdaki etki konstrüktivist yaklaşımın “yapı” kavramını sadece birimlerin konfigürasyonu olarak ele almaması, bunları birbirine bağlayan bağları ve “kim” olduklarını belirleyip anlamlı bir şekilde etkileşimlerini sağlayan kurum ve pratikleri de içermektedir. Sosyal yapılar insanların kimliklerini ve çıkarlarını şekillendirirken¹⁷ ideolojik kurgu toplumsal algıyı şekillen-

¹⁰ Hans Gebhardt, A. Mattissek, P. Reuber, ve G. Wolkersdorfer, (2007). “Neue Kulturgeographie? Perspektiven, Potentiale und Probleme”. *Geographische Rundschau*, 59 (7/8), 12-19.

¹¹ Oßenbrügge 1996, s: 7 (Erişim tarihi: 10.03.2013).

¹² Etyen Mahçupyan, “*Batıyı Anlamak, Zihniyet, Değişim ve Kriz*”, İstanbul, İletişim, 2008, s: 85.

¹³ İrfan Kaygalak, “Postmodern Eleştirilerin Coğrafi Düşünce ve Yeni Mekân Kavrayışları Üzerine Yansımaları”, *Coğrafi Bilimler Dergisi*, 2011, c.9 (1), ss:1-19 (3-5), Ankara Üni., <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/33/1576/17096.pdf>, (Erişim Tarihi, 16.06.2013).

¹⁴ Derek Gregory ve John Urry, 1985. Giddens, 1988. Dangschat, 1996, dan aktaran Reuber ve Wolkersdorfer, 2001, s. 4.

¹⁵ Heinz Nissel, “Kritische Geopolitik”, *Österreichische Militärische Zeitschrift*, 2010, (1), 11-21, Landesverteidigungsakademie Wien, s. 12.

¹⁶ Jörg Friedrichs, *European Approaches to International Relations Theory: A House with Many Mansions*, London, Routledge, s: 105.

¹⁷ Joseph S. Nye ve David A Welch. *Küresel Çatışmayı ve İşbirliğini Anlamak*, İstanbul: İş Bankası, 2011, s: 12, 81, 84, 94.

dirmektedir. Eleştirel Jeopolitik, yeni Kültürel Coğrafya'nın bir bölümü olarak "Kültürel Dönüş" (*Cultural Turns*)¹⁸ etkisi altında kültürel araştırmaların disiplinler arası sahasında da yer almaktadır.¹⁹ Homojen büyük saha ölçekleri küçük ve parçalı hale gelmiştir.

R. Cox'a göre eleştirel bir kuram sadece belirli bir dünya düzenini kurmak veya sürdürmek değil; düzenlerin nasıl dönüşeceği veya dönüştürülebileceğine odaklanmak durumundadır.²⁰ Hegemonik ekonomi politığın ve askeri endüstriyel kompleksin çevre ile ilişki örüntüsünü çok renkli dama tahtasına dönüştürme, küresel sömürü adacıkları oluşturma ihtiyaç ve arzusu, küresel istikrar ve demokratik gelişim (parlamentar) sürdürdüğü takdirde gerçekleştirilemez. Bu durum dönüşüm dinamikleri üretme ihtiyacı doğurmuştur. Küresel iletişim ile ivme kazanan; insaların ve insan haklarının gelişim süreci ve bilgi teknolojilerinin yaygınlaşması bunun önündeki en büyük engeldir. Sosyal adalet ve çağdaş demokratik ilkelerden yoksun bir hegemonik yapının oluşturulması, bu resmin toplumsal algıya asimetrik yansıtımını gerektirmektedir.

Dalby ve O Tuathail'e göre de jeopolitik tartışma; bölgesel ve bununla birlikte *toplumsal tasavvurlar nasıl yapılandırılır* konularıyla meşguldür, "politika ile önemli bağlantısı olan dünya coğrafi resmi, toplumsal zihinde nasıl oluşturulacaktır?"²¹ Diğer açıdan nasıl kabul ettirilecektir? Bu konu algı yönetimini gerektirmektedir. "Anlamın" tahakküm ilişkileri kurulması ve sürdürülmesi için sembolik biçimlerin²² seferber edilmesi ihtiyacı küreselleşme ideolojik for-

¹⁸ Kültürün mekânsal bir unsur olarak ekonomik coğrafyanın analizlerinde ağırlık oluşturmaya başladığını öne süren yaklaşım. (Kaygalak, 2011, s. 7).

¹⁹ Reuber ve Wolkersdörfer, 2008: 756, Conrad Wieser, "Lexikometrischen Diskursanalyse als Kritische Geopolitik am Beispielen der Arabischen Frühling", *Global Studies Working Paper*, Tübingen, Institute of Geography, Tübingen Uni.2013,http://tobias-lib.uni-tuebingen.de/volltexte/2013/6645/pdf/GSWP_C._Wieser.pdf, s: 5-6, (Erişim Tarihi, 12.02.2014).

²⁰ Robert. W. Cox (1993). "Structural Issues of Global Governance: Implications for Europe. S. Gill içinde, *Gramsci, Historical Materialism and International Relations*. Cambridge and Victoria: Cambridge University Press. s: 62.

²¹ Gearóid Ó Tuathail; Simon Dalby, (1996) "The Critical Geopolitics Constellation: problematizing fusions of geographical knowledge and power", *Political Geography*, s. 451-456, aktaran Oßenbrügge 1996, s.15.

²² **Sembolik Biçimler**; John B. Thompson, 2013; özneler tarafından üretilen, onlar ve başkaları tarafından anlamlı yapılar olarak kabul edilen geniş bir eylemler ve sözceler, imgeler ve metinler yelpazesidir. (76-77). Sembolik biçimler ancak sistematik olarak asimetrik güç ilişkilerini kurmaya ve sürdürmeye hizmet ettikleri ölçüde ideolojiktir (86). Eylemlerden jestlere,

mundan karşılamaktadır.

İdeoloji, sembolik biçimlerin üretilme ve alımlanma sürecinde tahakküm ilişkilerinin muhafazasına ve yeniden üretilmesine hizmet etmektedir. İdeoloji, zorunlu olarak tahakküm ilişkileri kurmaya ve sürdürmeye ve böylelikle hâkim kişi ve grupların lehine olan bir toplumsal düzeni yeniden üretmeye hizmet etmesi anlamında doğası itibarıyla hegemoniktir.²³ Jeopolitik analizde maddi güç unsurlarının ideolojik desteği ortaya çıkarılmadan sağlıklı sonuçlara ulaşılması mümkün görülmemektedir. Bu nedenle ağırlıklı olarak maddi güç unsurlarından hareket eden neorealist analiz yetersiz kalmaktadır.

Mekânın ürettiği ve sahip olduğu kaynak ve değerleri kontrol etmek üzerinden yürütülen küresel güç ve kontrol mücadelesinin başat aktörleri, vasıta ve yöntemleri, dayandığı fikri ve kurumsal yapının özellikleri değişmiştir. Jeopolitik ve stratejik analizlere ihtiyaç duyan, küresel rahatsızlıklara sert ve yumuşak güç reçeteleri üreten başat aktör “devlet”, “neoliberal elitler” ağı (nebülöz²⁴ - askeri endüstriyel kompleks²⁵) araçsalına dönüşmüştür veya parlamenter yapıların gerilemesi ölçüsünde dönüştürülmektedir. Büyük resmin hâlihazırdaki durumunu “hegemonya²⁶” olarak gören eleştirel jeopolitik analiz, hegemonyanın yapısal gücünü ve güç mücadelesinin söylemdeki gerçekliğini tarihsel süreç ve sosyal kuvvetler temelinde masaya yatırmaktadır. Eleştirel kuram

ritüellerden sözcelere, metinlere, televizyon programlarına ve sanat eserlerine kadar geniş anlamlı görüngüler yelpazesine atıfta bulunur (164).

²³ John B. Thompson, “İdeoloji ve Modern Kültür, Kitle İletişim Çağında Eleştirel Toplum Kuramı”, Çev. İdil Çetin, Dipnot Yy. Ankara, 2013,s: 76-77, 87.

²⁴ Nébuleuse (Nebülöz), Dünya ekonomi politliğini ve düzenleme biçimini belirler, politikanın şekillendirilmesinde etkindir. Nebülöz içerisinde; uluslararası şirketlerin yönetici kadroları, ulusal temelli büyük işletmelerle sanayi gruplarını kontrol edenler ve mahalli temelli küçük kapitalistler yer almaktadır. (Robert Cox ve Michael G. Schechter, “*The Political Economy of a Plural World*”, Routledge 2002.

²⁵ ABD Başkanı Dwight D. Eisenhower’ in 1961 yılında yaptığı veda konuşmasından. Ruf, Werner: “Private Militärische Unternehmen“, Vortrag auf der 22. Internationalen Sommerakademie des Österreichischen Studienentrums für Frieden und Konfliktforschung, Burg Schlaining 2005.

²⁶ Hegemon kavramı ilk olarak eski Yunan’da lider, hegemonya ise bir şehir- devletin diğer şehir devletleri üzerindeki üstünlüğü anlamında kullanılmıştır. Hegemonyaya dayalı teoriler, hegemonik düzeni tanımlarken, bunun rızai ama hiyerarşik bir uluslararası düzen olduğu konusunda birleşmişlerdir.

asimetrik ilişkileri kapsayan dikey eksen dikkatle incelemektedir²⁷ ve postmodern kurguyla diyalektik bir ilişki kurmaktadır. Tahakküm ve kontrol asimetrik bağımlılıklar gerektirmektedir. Asimetri, karşılıklı bağımlılık politikasının temelinde yer almaktadır. Asimetri Brockhaus sözlüğünde “eşitsizlik, simetri eksikliği” olarak tanımlanmaktadır²⁸ Asimetri, eşitsizlik ve nispetsizlik (*ungleichmäßigkeit*) bağlamında uluslararası ilişkilerde hemen hemen sisteme içkin bir olgudur. Nitekim aktörler arasındaki yaygın ayırım da; süper güç, bölgesel güç, küçük-orta ölçekli devletler olarak eşitsizlik üzerinedir.²⁹ Devletler karşılıklı bağımlılığı güçlü oldukları alanlarda manipüle etmek, görece zayıf oldukları alanlarda manipüle edilmekten kaçınmak istemektedir. Her şeye rağmen bu manipülasyonda kazanan her zaman büyük devletler olmamaktadır.³⁰

Postmodern etkiyle yapılan postmodern jeopolitik “Tasarı” toplumların fay hatları üzerine inşa edilmekte ayrılık ve farklılıklar üzerinden asimetrik kurgu ve eylem üretmektedir. “Tasarılar” (*Leitbilder*) birçok sahada ve safhada “şekillendirmeyi” içeren “Jeopolitik Tasavvurlar”ın ulaşmayı hedefledikleri son resimdir. Tasavvurlar ise uzun vadeli stratejik yaklaşımlardır. Postmodern kurgu ile diyalektik bir ilişki sürdüren eleştirel jeopolitiğin görevi ise Nissel’e göre bu tasarıyı ortaya çıkarmaktır (*geopolitisches Leitbild*).³¹ Masanın bir ucunda Postmodern jeopolitik hareket tasarıları ve buna uygun stratejiler üretirken, diğer ucunda eleştirel yaklaşım bunu çözümlmeye çalışmakta, postmodern üreticiler için de tamamlayıcı yararı olmaktadır.

II. HEGEMONYA ÇEKİRDEĞİNDE DÖNÜŞÜM VE TASFİYELER

Eleştirel jeopolitiğin hegemonya olarak betimlediği sistem, ABD hegemonyası, uluslararası para sistemi içinde doların rolü ve Amerika’nın temel caydırıcılığının müttefiklerini de içerecek şekilde genişlemesi temelleri üzerine ku-

²⁷ Bostanoğlu & Okur, 2009, s. 137.

²⁸ Brockhaus Enzyklopädie, (19.bas) .C.8, Manheim, 1989, s.252.

²⁹ Walter Feichtinger, “Asymmetrie als politik- und kriegsbildbestimmendes Phänomen”, içinde: Josef Schröfl ve Thomas Pankratz: *Asymmetrische Kriegführung. – ein neues Phänomen der Internationalen Politik?* Baden-Baden, Nomos, 2004, ss. 84-93 (s: 67-69).

³⁰ Nye & Welch, 2011, s. 358-361.

³¹ Nissel, 2010, s. 15.

rulmuştur.³² 1960'larda başlayan 1970'li yıllarda Reagan yönetiminin iç politik gerekçelerle sürdürdüğü sınırsız harcamaları ile artarak devam eden büyük bütçe açıkları, ABD'yi finansal liderlikten indirmiş, küresel sorun çözücü rolünden sorunun bir parçası durumuna getirmiştir.³³ Ulusal Refah Devleti, 1970'li yıllardan itibaren krize dayanıksız bir hale gelmiş, 1973-1974 ve 1979-1980 yıllarında enerji fiyatlarındaki büyük yükseliş borçlanma yoluyla sanayileşmeye çalışan birçok ülkeyi iflasın eşiğine getirmiştir. Böylece 1980'lerin başında sermayeye aç kalabalık ülkelerin borç talebi ve kontrolsüz dolar arzı dünyayı mali krize sürüklemiştir. J Gowa ve R Gilpin, ABD'nin kendi acil hayati çıkarlarını etkilemedikçe dar tanımlı içsel politikalarından sıyrılıp hegemonik sorumluluklarını yerine getirmekten kaçındığını dile getirmektedirler.³⁴ 1980'lerden itibaren ABD cömert bir hegemondan yağmacı bir hegemona dönüşmüş,³⁵ 1985 yılında ticaret açığı 150 milyar dolara ulaşmış, "imkânsız başararak" tüm ticaret ortakları ile işlemlerinde açık vermiştir.³⁶

IMF ve Dünya Bankasının aksine ticari bankaların borçlu ülkelerin siyasi sistemleri üzerinde herhangi bir müdahalesi söz konusu değildi. Borç ve alacak müzakereleri sonunda alacaklı ülkelerin güçlü desteğiyle IMF'nin ticari bankalar ve uluslararası finans sistemi üzerinde uluslararası denetim hakkı elde etmesiyle yeni bir döneme girilmiş³⁷ve ülke yönetimleri masaya yatırılmıştır. ABD'nin sınırsız harcama politikalarının faturası gelişmekte olan ülkelere ödetilmeye başlanmış, uluslararası örgütler fikirlerin ve kültürün birer yumuşak güç unsuru olarak genel güce pahalı olmayan bir katkı sağlamış,³⁸ yapısal güç, kalıcı güç ilişkisinin kurucusu olmuştur.

Finans ve hizmet sektörleri ile *birlikte* ABD milli hasılasını %70'ini oluşturan

³² Robert Gilpin, *Uluslararası İlişkilerin Ekonomi Politikası*, (3. bas.), çev. M Duran vd. Ankara, Kripto yay., 2013.

³³ A.g.e. s: 172, 179, 188.

³⁴ Joanne Gowa, "*Closing the Gold Window: Domestic Politics and the End of the Bretton Woods*" Ithaca, Cornell Uni. Presse, 1983, s: 5-22, Gilpin 2013, s. 456, 488.

³⁵ Conybeare John A.C. (1985), "Public Goods, Prisoner's Dilemma and the International Political Economy", *International Studies Quarterly*28:5-22.

³⁶ Gilpin, 2013, s. 240.

³⁷ A.g.e. s:385.

³⁸ Joseph S. Nye, "*Bound to Lead, The Changing Nature of American Power*", New York, Basic Books Inc. 1990, s: 191.

ve sübvansiyon ve teşviklerle “halen” desteklenmeye devam edilerek ihracat fazlası veren ABD tarım sektörü, diğer ülke ekonomilerinin ABD’nin bu sektörlerine açılmasını gerektirmektedir. Hizmet sektörü (finans, iletişim ve bilgi işlem) ülkelerin stratejik sektörlerine ve kültürel değerlerine tehdit içeriği taşımaktadır. Hizmet sektörü alt yapı sanayileri olup genel kontrolü ve kamusal alanı etkilemektedir ve bu alanların dış sermayeye açılımı “devlet” engelini kaldırılmasını gerektirmektedir. Nitekim zirai sektörünü koruma kararlılığındaki Japonya bu açılıma halen muhalefet etmektedir.³⁹ Bu kapsamda “devlet” engelini kaldırılması ve deregülasyon yönetişimin ana temasını oluştururken, yönetim sistemini güç mücadelesinin fırsat alanı olarak ele alan hegemonya yanlısı postmodern jeopolitikçilerin bu durumdan istifadeleri güvenlik ve demokrasi açığı yaratmaktadır.

Gelişmekte olan Türkiye gibi ülkelerde Tarım’ da standardizasyon ve tohum üretiminin kontrol altına alınması, Dünya Bankası yapısal düzenleme kredileri ile kabul ettirilen teşvik uygulamalarının azaltılması bağlamında vahim bir hal almış küresel biyopolitik kontrol döneminin uyarıcısı olmuştur. OECD ülkeleri neoliberal küreselleşme kapsamında yeniden biçimlendirilerek dünya piyasasına açık rekabet devletlerine dönüştürülmüşlerdir. Belirli kurumsal düzenlemeler desteğiyle bu dönüşümü S. Gill “Yeni Anayasacılık” olarak adlandırmaktadır.⁴⁰ Az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelere dayatılan kurallar, bunları koyan başat güçleri bağlamamaktadır. A. Şahinöz; “Sübvansiyonlar üretim artışını, üretim artışı ise fiyatların düşüşünü hızlandırmaktadır. Üretim-fiyat kısır döngüsü Güney’in tarımsal gelişme dinamiklerini yok ederek, 1948 İnsan Hakları Beyannamesi’nde ve BM’nin temel ilkeleri arasında yer alan ‘gıdaya ulaşım hakkı’nı da ihlal etmektedir”⁴¹ ifadesi ile bu durumu betimlemektedir.

³⁹ Gilpin, 2013, s. 247, Sait Yılmaz, “Japonya Ulusal Güvenliği”, 29.05.2014, <http://www.21y-ye.org/tr/arastirma/japonya/2014/05/29/7618/japonya-ulusal-guvenligi>, (Erişim Tarihi,30.05.2014).

⁴⁰ Stephen Gill, “Structural Change and Global Political Economy: Globalizing Élites and the Emerging World Order”. Y. Sakamoto içinde, *Global Transformation: Challenges to the State System* (s. 169-199). Tokyo, New York, Paris: United Nations Uni.1994, s: 189-192.

⁴¹ Ahmet Şahinöz ve diğerleri (2004), “Küreselleşme Sürecinde Türkiye Tarımı”, http://www.zmo.org.tr/resimler/ekler/aaccd2766ec67ae_ek.pdf?tipi=14&sube= (Erişim tarihi 12.02.2014).

ABD'nin açgözlü hegemon uygulamalarını devlet mantığı içerisinde analiz etmeyi güçleştiren parçalayıcı uygulamaları, gerek kendi çıkarları gerekse müttefiklerin bekasını tehlike sınırlarına itmiştir. Bu eylemler farklı motivasyonlarla hareket eden grupları işaret etmektedir. Nitekim ABD Başkanı Dwight D. Eisenhower' in 1961 yılında yaptığı veda konuşmasında gelecek nesilleri ciddi bir gücün gelişmekte olan tehlikesi konusunda uyarmıştır. Tehlikenin öznesi Askeri endüstriyel komplekstir. Bu yapı genişleyerek *inner circle* veya reel ABD siyasi kuruluşunu oluşturmuştur.⁴² Yapıyı küresel çapta ve Gramsici çizgide ele alan R. Cox, belirli bir sınıfı ve bunun teritoryal izdüşümlerini işaret ederek, hegemonyanın devlet değil çıkar birliği oluşturmuş sınıflar düzeyinde yapıldığını ve devletlerin halen işlevsel olmakla birlikte araçsallaştığını ifade etmektedir.⁴³ Cox hegemonyanın çekirdeğini oluşturan bu sınıfı *Nebülöz* (Né-*buleuse*) olarak adlandırmaktadır.⁴⁴ *Nebülöz* gelişmekte olan ve hegemonya katılımcısı ülkelerde askeri darbeler ve renk devrimleri veya terör oluşumlarının zımnen desteklenmesi ile siyasi denetimi şekillendirmiş, karar noktalarında vesayeti sağlamıştır. Bunun yanısıra Strange, ABD hegemonik yapısal gücünün jeokültürel etkisini de ortaya çıkaran bir yaklaşımla; "*yabancı pasaportlu* Amerikalı işadamlarının, becerileriyle vatandaşı olmadıkları ABD'nin kültürel vatandaşları arasında yer aldıklarını" ifade etmektedir.⁴⁵ 21. yüzyılda "Devlet" olarak okuma esasen hegemon çekirdeği ve bu çekirdeğin kontrol ettiği kurumları işaret etmektedir.

Strange, Amerikan hegemonik gücünü ve sürdürülebilirliğini uluslararası politik ekonomideki güvenlik, üretim, finans ve bilgi yapılarından kaynak-

⁴² Ruf, Werner, "Private Militärische Unternehmen", *Vortrag auf der 22. Internationalen Sommerakademie des Österreichischen Studienentrums für Frieden und Konfliktforschung*, Burg Schlaining 2005. Dan Briody "*The Iron Triangle – Inside the Secret World of the Carlyle Group*", Wiley ve Sons, New Jersey 2003, s.28.

⁴³ Robert Cox, Michael G. Schechter, "*The Political Economy of a Plural World*", Routledge 2002, s: 34, aktaran Bostanoğlu ve Okur, 2009, s. 88-90.

⁴⁴ Né-*buleuse* (*Nebülöz*), Dünya ekonomi politikasını ve düzenleme biçimini belirler, politikanın şekillendirilmesinde etkindir. *Nebülöz* içerisinde; uluslararası şirketlerin yönetici kadroları, ulusal temelli büyük işletmelerle sanayi gruplarını kontrol edenler ve mahalli temelli küçük kapitalistler yer almaktadır. (Robert Cox ve Michael G. Schechter "*The Political Economy of a Plural World*", Routledge 2002).

⁴⁵ Strange, 1987, s. 439.

lanan, bölgeselliği aşan yapısal gücünün sağladığını ifade etmektedir.⁴⁶ ABD hegemonyasını yapısal güç çerçevesinde inceleyenler, bu üstünlüğün devam etmekte olduğunu, dünya kapitalizmi için IMF, WTO, OECD, uluslararası hukuk üreticisi olarak da Birleşmiş Milletler gibi örgütler aracılığıyla kurumsal bir çerçevenin yaratılmış olduğunu öne sürmektedirler. Kurumlar hegemonyanın oluşumunda çevre ülkelerinin elitlerini sisteme çekme ve hegemonya karşıtı fikirlerin gelişimini engelleme rolü oynamakta⁴⁷ ve hegemonyanın sivil gücünü oluşturmaktadırlar. Kurumların yanısıra güçlü lobilerin ABD yönetimi üzerindeki etkisi de göz ardı edilmemelidir. Nitekim *İsrail lobisinin faaliyetleri ABD dış politika üretimini seçeneksizleştirmektedir. İsrail lobisinin dış politika çevrelerinde çıkarlarına aykırı strateji üretenlere, akademik ve düşün alanında farklı söylem geliştirenlere, düşünce kuruluşlarına, basın hayatında farklı yaklaşım gösterenlere* yönelik takip programları ile (Campus Watch gibi) medya ve finans gücünü kullanarak büyük baskı uyguladığı, tasfiyeler gerçekleştirdiği Walt ve Maersheimer tarafından eleştirilmektedir.⁴⁸

Dünya resmini soğuk savaş dönemi paradigmaları ile çözümlemek ve iki kutuplu dönemin belirgin çizgilerini uluslararası ilişkilerde görememek, gelişmekte olan birçok ülkenin karar vericilerini (Türkiye dahil) stratejik yön kaybına uğratmış ve oyun sahası dışına itmiştir. Aynı akıbete daha adil bir dünya için “çevre” ülke sorunlarını yapıcı bir onarımla gidermeye çalışan Trilateral bürokratları gibi uluslararası kuruluşların bürokratları da uğramıştır. Bu teknokratlar uluslararası organizasyonlar çerçevesinde, Fordizmin küresel regülasyonu ile ekonomi politikalarını sürdürmeyi denemiş ve “Güney”in taleplerine “Yeni Dünya Ekonomi Düzeni” ne uygun olarak pozitif duruş sergilemişlerdir. Ancak

⁴⁶ Susan Strange. “The Persistent Myth of Lost Hegemony”. *International Organization*, 1987, Sonbahar, 41(4), 551-574, (565).

⁴⁷ R. W. Cox , “Structural Issues of Global Governance: Implications for Europe”. S. Gill içinde, Gramsci, Historical Materialism and International Relations. Cambridge and Victoria: Cambridge University Press. 1993, aktaran Ercan A. Su, (10.01.2006). “*Eleştirel Teori Çerçevesinde Hegemonya ve Alt Hegemonya*” s: 21 <http://www.belgeler.com/blg/t4q/elestirel-teori-cercevesinde-hegemonya-ve-alt-hegemonya-almanya-ve-japonya-ornege-hegemony-and-sub-hegemony-within-the-framework-of-critical-theory-germany-and-japan-case> (Erişim tarihi 20.12.2012).

⁴⁸ Stephen M. Walt, John Mearsheimer, “İsrail Lobisi ve ABD Dış Politikası”, Çev. E. Ocak, İstanbul Zodyak yay.2014, s: 38-45.

1980’li yıllarda neoliberal ulusötesi güçlerin karşı hareketi ile politikadan tasfiye edilmişlerdir.⁴⁹ Aynı tasfiye hareketlerini bağlantılı ülke yönetimlerinin bürokrasilerinde görmek mümkündür. Dünya resmini oluşturma ve çözümlemede dönüşüm yaşanmış, bu dönüşümün *çatışmacı* sonuçları insanlığın varlığını tehdit eden umarsız grupların araçsallaştırdıkları devlet aygıtı ile ne denli kötü sonuçlara yol açmaya muktedir olduklarını göstermiştir. Wallerstein “tikelcilik”ten⁵⁰ *süper-tikelciliğe geçişin*, Avrupa evrenselciliğine, eşitlikçi ve demokratik olmayan dünya sistemlerini sürdürmeye çalışan bugünün güçlerine teslim olmak anlamına geldiğini ifade etmektedir.⁵¹

III. SEÇENEKSİZLEŞTİRME STRATEJİLERİ

J. J. Rousseau’nun “Toplumsal Sözleşme” ile bağlantılı indirgenmeci bir biçimde ele aldığı siyaset sorunu; mutabakata dayalı olan ya da olmayan esaret biçimlerinin arasında birinden diğerine geçiş olarak⁵² nasıl bir zorunluluk ve seçeneksizlik içeriyorsa, aynı sorun Margaret Thatcher’ın “başka alternatiflerinin olmadığı” ifadesi ile evrenselciliğe yaptığı çağrıda⁵³ dayatmacı bir biçimde küreselleşme ideolojisini işaret etmekte, toplumlar ve devletler siyasette çaresizlik çemberine alınmakta, çevrelenmektedir.

Bireyi esas alan siyasal ve ekonomik liberalizmin ve keynezyen ulusal refah devleti olgusunun tasfiyesi evrensellik manifestosunu neoliberalizme dayandırmıştır. “Başka alternatif yoktur”. Devletler uluslararasılaştırılmakta, iç dokularında “cemaatler ve grup haklarına kayan heterojen ve yerel yapılanma yaklaşımı içerisinde birey eritilmekte mikro ölçekte kültürlenmektedir. Soy kütüğüne dayalı grup tanımlamalarının veya teolojik grup kültürlemelerinin⁵⁴

⁴⁹ Kees van der Pijl, *The Cadre Class and Public Multilateralism*, ed. SakamotoYoshikazu, *Global Transformation: Challenges to the State System*, Tokyo, New York, Paris, 1994, (200-227), United Nations University, aktaran Hummel, 2000, “*Der Neue Westen*”, s. 48.

⁵⁰ Tikel (particular) ve tikelcilik (particularism), evrensel (universal) ve evrenselcilik (universalism) terimlerinin karşıtıdır. Bir nesneyi veya bir insan topluluğunubaşka hiçbir şeye benzemeyen, bütünüyle kendine özgü kılan bir özellik tikel bir özelliktir. (Bkz. I. Wallerstein 2010, s. 11).

⁵¹ Immanuel Wallerstein, “*Gücün Retoriği Avrupa Evrenselciliği*”, Çev. A.Ufuk Kılıç, BGST Yy. İstanbul, 2010, s.11.

⁵² Simon Critchley, “İmansızların İmanı, Siyasal Teoloji Deneyleri”, İstanbul, Metis 2013, s:47.

⁵³ Wallerstein, 2010, s. 9.

⁵⁴ Kültürleme: Bireyin doğumdan ölüme kadar toplumun istek ve beklentilerine uyacak şekilde etkilenmesi ve değiştirilmesidir.

sosyal bünyede başkalaşımına (metamorfoz) yol açması sosyal bünyeleri her türlü enfeksiyona açık hale getirerek bir risk alanı oluşturmaktadır. Teşvik edilen düşünce ve değerler bizden görüntülenen ancak bize ait olmayan değerler olabilmektedir. Değer söylemleri asimetrik olarak klonlanmış olup tersten okumayı gerektirir boyuta gelmiştir. Siyasal bünyede savunma reflekslerini ortadan kaldırmaktadır. Bu değerleri teşvik eden Yumuşak Güç , Sert Güç'ten daha etik değildir. Uluslararası aktörlerin Yumuşak Güç kapasitesi diğer aktörleri kendisi gibi aynı politik emeller geliştirmek, aynı hedefleri takip etmek konularında harekete geçirme yeteneğidir. Nye'a göre bu yetenek politik tercihleri şekillendirme ve tesirde, maddi olmayan/manevi değerlerle yakından bağlantılıdır. Bu değerler başkaları üzerinde etki geliştirecek ve hatta paylaşılacak değerlerdir.⁵⁵ Bu güç oyununun bir türüdür ve "Yumuşak Güç idealizme birlikte yapamaz. Bir şekil ve surette arzu edilen sonuçları hedef alır."⁵⁶

Neoliberal ideolojiyi oluşturan küreselleşme, yerelleşmenin yanında bütünlüşme gibi bir söylem üretmiş, bu durum postmodern yaklaşımda farklılıkların birliği olgusu ile uyum sağlamıştır. Postmodernizmin tek bir evrensel doğru ve Batı gelişme modelleri sunan modernizmin karşısına çıkardığı, hoşgörü ve toleransın hâkim olduğu çok kültürlü toplumsal yaşam vadinin, aslında kendi içinde bölünmeyi, ayrılığı ve değişik bir biçimde "biz" ve "öteki" ayrılığını getirdiği görülmektedir.⁵⁷ Küresel neoliberal elitlerin ağ örüntüsü, etnikleştirme ve bölgeselleştirme üzerinden ulus devleti hedef alırken, uluslararası küresel ve bölgesel kurumların kuralları demokrasi açığı yaratmaktadır. İktidar ve bürokrasi, «yerellik» üzerine inşa edilmektedir; Dünya Bankası ile Birleşmiş Milletler'in özelleştirmeyi de kapsayan «yerelleşme (desantralizasyon)» formülleri, Avrupa Birliği tarafından «yerellik (subsidiarite)» terimiyle ilerletilmiştir. İkisi birlikte, ülkeleri federal esaslara oturan bir devlet yapısına sürüklemektedir.⁵⁸

⁵⁵ Nye, 1990, s: 58-60.

⁵⁶ Joseph S. Nye, "*Mächtige Umverteilung*", Ridderbusch, Katja, 27.06.2011(b), Röportaj, dradio, Deutscherundfunk, <http://www.dradio.de/dlf/sendungen/andruck/1492095/> (Erişim Tarihi, 27.06.2013).

⁵⁷ Şermin Tekinalp, "Küreselleşen Dünyanın Bunalımı: Çokkültürlülük", *Journal of Istanbul Kültür University*, 2005,(3)(1) (75-87),s:78.

⁵⁸ Birgül A. Güler, "Devlette Reform", 03.03.2013, s:1 <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/bguler/makaleler.htm> (Erişim Tarihi, 20.01.2014).

Regülasyon ve deregülasyona⁵⁹ mecbur bırakılan gelişmekte olan ülkeler çözülmektedir. Ticarete simetrisinin bulunmaması devletler arasında bir tabiiyet ilişkisi doğurmakta, ticarete bağımlılık güçlü devletin zayıf olanın üzerinde artan siyasi gücünün kaynağı haline gelmektedir.⁶⁰ Sonuç Henry Kissinger'ın "21. yüzyılın uluslararası sisteminin görünüşte karşıtlıklar sistemi olacağı" ifadesinde netleşmektedir.⁶¹

Merkeziyetçi bürokrasiye boğulmuş, hantal, verimsiz, rantiyeye haline gelmiş, vatandaşa sorumluluk duymayan kamu yönetiminin tek alternatifi, ilkesel olarak doğru ancak uygulamada hizmeti metaa, vatandaşı müşteri haline getirerek devleti sermaye çevrelerinin kontrolünde ticarethaneye dönüştürme gayreti gösteren sözde yönetim olmadığı gibi, uluslararası arenada ayakta kalmanın tek seçeneği de hegemonyanın vesayet ve himayesi/mandası değildir.

Nye Uluslararası politikayı kendi başına ayakta durma sistemi olarak tanımlamaktadır.⁶² Uluslararasılaştırma, ulusal politikaları ile kendi başına ayakta duramayan devletler üretmektedir. Yapısal ve yönetsel çevrelemeye maruz kalan devletler için ulusal çıkarları önceleyen stratejik etki yaratacak girişimlerde bulunma yeteneği ortadan kaldırılmış olmakta ve R. Strausz Hupe'un "açık söylemek gerekirse küçük devletler ne jeopolitik ne de jeostratejik bir seteye sahip değildir, ancak büyük devletlerin jeopolitiğinin bir parçasını oluştururlar"⁶³ seçeneksizliği gerçekleştirilmektedir.

IV. JEOKÜLTÜREL BÖLÜNME VE BİYOLOJİK İNDİRGEME

2011 yılında Almanya Başbakanı Merkel, Orta Doğu ve Kuzey Afrika'da ki

⁵⁹ OECD dilinde regülasyon, belli bir amaç güden düzenlemelere verilen özel ada dönüştürülmüştür. Bir düzenlemenin, "regülasyon" sayılması için, getirdiği kuralın piyasacı bir içeriğe sahip olması gerekir deregülasyon da bir yasama yada yürütme organına ait düzenlemedir. Ancak bu da özel bir ad haline gelmiştir; deregülasyon düzenlemesi, bir alanda devletin yetkilerini ortadan kaldıran düzenlemeye verilen özel addır. (Bkz. Güler, 2003, s.4-5).

⁶⁰ Gilpin, 2013, s.77.

⁶¹ Henry Kissinger, "*Diplomasi*", Çev. B. Bayram, (10.bas.), İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2011, s.15.

⁶² Nye, 2011, s. 264.

⁶³ , Strausz R. Hupe (1942). "Geopolitics: The Struggle for Space and Power,"aktaran Friedrich W. Korkisch. "Globale Strategie: Die Geopolitik der USA", *Österreichische Militärische Zeitschrift*, In dieser Onlineausgabe, Şubat 2010, s.3, (Erişim tarihi 20.02.2013).

“şaşırtıcı görüntüleri”, “siyasi çalkantının bölgenin jeopolitik tektoniğini harekete geçirdiği” ifadesi ile kamuoyuna aktarmaktadır.⁶⁴ Bütünleştirici temelleri ve dış etkilere karşı bağımsızlık sistemleri zayıflayan ülkeler bu sarsıntılarla parçalanmakta, insanlar katledilmektedir. Critchley; “Bush, Blair ve takipçilerinin Amerikan yüzyılı yaratmanın bir yolu olarak şer eksenini ile iyilik güçleri arasındaki kıyametçi çatışma kalıbına başvurmalarını *neoliberal Binyılcılık*” olarak tanımlamaktadır.⁶⁵ Batı’nın “siyasal” kavramında *Binyılcı* düşünüşü bu çağda da Müslümanları *Deccal* ilan etmektedir.⁶⁶ Müslümanların veya nebülöz⁶⁷ dışındakilerin 21. yüzyılın *homo sacer*’i⁶⁸ olarak kabulünde, çıplak hayatlarının biyopolitik kontrolünde, biyolojik meta’ ya indirgenmesinde, bunlar açısından teolojik bir engel de görülmektedir.

Böylece Post-metafizik olduğu söylenen seküler bir çağdan, siyasi eylemin doğrudan doğruya *metafizik çatışmadan* doğuyor gibi görüldüğü yeni bir duruma bir şekilde geçildiği öne sürülmektedir. S. Critchley bunu: ölümcül sonuçları olan üçlü iç içe geçişle ifade etmektedir: “Siyaset, din ve tepe noktasında şiddet.”⁶⁹ J. Rancière siyasal düşünüm ve eylemin güncel çıkmazının, siyasetin, bir cemaate/gruba özgü söylem ile özdeşleştirilmesinden ileri geldiğini ileri sürmektedir. Rancière göre bu küçük veya büyük bir cemaat olabilir. Söz konusu özdeşleştirme, hükümet ilkesinin –evrensel sıfatıyla, yasa sıfatıyla, ya da hukuk devleti sıfatıyla- cemaate has olanla özdeşleştirilmesi olabilmektedir.⁷⁰ Buradaki cemaat vurgusunun cemiyet ve cemaat (*Gesellschaft - Gemeinschaft*) ayrımının üzerine oturtulduğu değerlendirilmektedir.

Ulusların Soğuk Savaş’ın üstünü örttüğü eski medeniyet gruplarını “yeni-

⁶⁴ Deutscher Bundestag, Abgabe einer Regierungserklärung durch die Bundeskanzlerin: zum G-8-Gipfel, Berlin 2011, *Stenografischer Bericht* <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/059/1705951.pdf>, Plenarprotokoll 17/111, 12605 B, (18.07.2013).

⁶⁵ Simon Critchley, “İmansızların İmanı, Siyasal Teoloji Deneyleri”, İstanbul, Metis 2013, s: 123.

⁶⁶ A.g.e. s: 122, 128.

⁶⁷ Nébuleuse (Nebülöz), Dünya ekonomi politiğini ve düzenleme biçimini belirler, politikanın şekillendirilmesinde etkindir. Nebülöz içerisinde; uluslararası şirketlerin yönetici kadroları, ulusal temelli büyük işletmelerle sanayi gruplarını kontrol edenler ve mahalli temelli küçük kapitalistler yer almaktadır.

⁶⁸ Öldürülebilir ama kurban edilemeyen insan (G. Agamben, “2013, s. 17).

⁶⁹ Simon Critchley, “İmansızların İmanı, Siyasal Teoloji Deneyleri”, İstanbul, Metis 2013, s. 16.

⁷⁰ Jaques Rancière, “*Siyasalin Kıyısında*”, Çev. A.U. Kılıç, İstanbul, Metis 2007, s. 71.

den keşfettiği” ve kimliklerini “yeniden anlamlandırdıkları”⁷¹ öne sürülürken, diğer yanda bunun kurgulanmış bir durum olduğu ifade edilmektedir. Kendisini yeniden üretmede “öteki” ihtiyacını duyan hegemonya jeopolitik kimlik inşasında “öteki” yi kültürel tabanda yeniden tesis sürecine girmiştir, bunun bölgesel krizlerde gözlemlemek mümkündür.⁷² “Öteki”, bir yanda “medeniyetler” tabanında üretilmekte diğer yanda medeniyetler kendi içerisinde bölünmekte ve çözülürmektedir. Medeniyetin üyelerinin birliktelik geliştirip rakip bir blok olarak ortaya çıkması, egemen güçler nezdinde en kötü senaryoyu oluşturmaktadır. Nitekim 2011 yılında çökertilen “Şamgen” girişimi ile Asya Pasifik bölgesinde Çin’in aynı medeniyet grubunda çevrelenmesi bunu örneklemektedir. Modern çatışmaları belirleyen düşman ve öteki tanımları bulanıklaşmış olup IV. nesil vekâlet savaşları İslam Coğrafyasında yaygınlaşmaktadır. Ülkelerin “muhafızları” ya birbirlerini düşman olarak algılayıp yok etme çabasına girmekte ve yanlış algılamakta ya da düşmanı dost addetmektedir. Bu durum “Siyasal HIV”⁷³ analojisi uyandırmaktadır. Liberalizmin öncelediği birey, grup kavramı içerisinde erimekte ve organik toplum inşası bireyi tebaaya-organa indirgemektedir. Çokkültürlülük, “grup haklarının” çokkültürcülük” üzerinden bireyi ötekileştirmenin öznesi haline gelmiştir.

Nye ve Welch devletlerin dış politik hareket tarzlarında yatıştırma, caydırma ve çevreleme seçeneklerinin/stratejilerinin bulunduğunu ifade etmektedir. Caydırıcılık ve çevreleme politikaları 18. yüzyıla kadar uzanmaktadır. Çevrelemenin değişik biçimleri vardır. Savunmacı veya saldırgan olabilen çevreleme; savaş ya da ittifaklar gibi askeri güç kullanabilir, ticaret blokları veya yaptırımlar şeklinde ekonomik güç kullanabilir, düşünce veya değerleri teşvik etmek biçiminde yumuşak güç kullanabilir.⁷⁴

Anglo-Amerikan postmodern hegemonik sisteminin Orta Doğu coğrafyasında yeniden şekillendirmeye yönelik jeostratejik manevralarının, buna kar-

⁷¹ Ahmet Davutoğlu. *Stratejik Derinlik* İstanbul: Küre, 2001, ss.15-17, 517, 519.

⁷² Hummel & Wehrhöfer, 2004, s. 25-26.

⁷³ Oğuzhan Ergün, *Siyasal HIV*, 21. Yüzyıl Türkiye Enstitüsü, Politik-Sosyal-Kültürel Araştırmalar Merkezi, 16.04.2014, <http://www.21yyte.org/tr/arastirma/politik-sosyal-kulturel-arastirmalar-merkezi/2014/04/16/7547/siyasal-hiv>, (Erişim Tarihi, 16.04.2014).

⁷⁴ Nye ve. Welch, 2011, s. .182. 191. 212.

şılık Çin, Rusya ve İran'ın uygulamaya çalıştığı karşı çevreleme ya da engelleme çabaları ile bölgede direniş gösteren devlet dışı örgütlenmelerin asimetric mücadelesinin çerçevelediği bir zaman diliminde, Türkiye varlığını güçlendirerek sürdürme mücadelesi vermektedir. Ancak asimetri üzerine inşa edilen çevreleme politikalarının dayandığı fay hatlarının tetiklenmesi bölgede siyasal ve sosyal depreme neden olmuştur. Sarsıntı sadece sosyal ve kültürel yapıların parçalanma ivmesine neden olmamış, ülke bios'larının Batı şirketlerine açılmasına direnç gösterecek merkezleri de etkisizleştirmiştir.

V. BİYOPOLİTİK TASARI

Küreselleşmenin bu son evresinde metalaşmanın da son evresine, biyopolitik alanda girilmektedir. Devam etmesi halinde izleyici kalmayacaktır. Neoliberal küresel tekelleşme biyolojik kaynakların sömürülmesi ile sınırlı kalmakta, insanlığı biyolojik değere indirgemekte, canlı organizmaların yaşamsal kontrolüne yönelik mekanizmalar geliştirilmektedir. Bu yüzyılın en tehlikeli alanını oluşturan biyopolitik, biyo-teknolojiden öjenik teknolojilere varan araçları ile varoluşun temel ihtiyaç alanlarını (gıda, su ve üreme) ve insanlığı kontrol etme yöntemleri üretmektedir.

“Hayat artık iktidarın bir nesnesi haline gelmiştir⁷⁵” Biyo-iktidar hayat üzerindeki iktidarı temsil etmektedir ve bu iktidarın en önemli işlevi hayatı yönetmek, nüfusu kontrol etmek olarak şekillenmektedir. M. Foucault modern çağın eşiğinde doğal hayatın devlet iktidarının mekanizma ve hesaplarına dâhil edilmeye başladığını ve bu yolla siyasetin de biyosiyasete dönüştüğünü ifade ederken, Agamben, siyasetin bugüne dek eşi benzeri görülmemiş derecede totaliterleşmesini mümkün kılan şeyin de çağımızda siyasetin tamamen biyosiyasete dönüşmesi⁷⁶ olduğunu ileri sürmektedir.

Kapitalizmin bu denli gelişimi de biyo-iktidarın disiplinli bir denetimle, bir dizi amaca ulaşmak için kendisine gereken uysal bedenler yaratmış olmasına bağlanmaktadır.⁷⁷ O halde biyo-iktidar, iktidar konusunda asıl meseleyi bizatihi

⁷⁵ Foucault, Michel, “Les mailles du pouvoir”, *Diets et écrits*, Paris, Gallimard 1994 den aktaran Hard & Negri, *İmparatorluk*, 2012, s: 45.

⁷⁶ Agamben, 2013: 17, 145.

⁷⁷ A.g.e. s: 12.

hayatın üretimi ve yeniden üretimi olduğu bir durum olarak ele almaktadır.⁷⁸

Postmodern çağ girişinde biyo-iktidar ulus üstü bir yapıya taşınmış olup yeni kontrol mekanizmaları üretmektedir. Üretilen bu mekanizmalar “bios”u jeo-iktidarın hem öznesi hem nesnesi haline getirmektedir. Thomas Lemke hayat politikasının ekonomisini tartışırken, insan hayatının ve insani olmayan hayatın ticarileştirilmesinin ve sömürülmesinin gözlemlenebilir biçimlerini sorgulamaktadır. İktidar stratejilerinin hayata dair biyoteknolojik bilgiyi nasıl ele geçirdiğini gündeme taşıyan Lemke, biyopolitikanın; iktidar biçimlerinin, bilgiyi nasıl üretip dağıttığı sorunundan ayrı düşünölemeyeceğini, eşitsizlik yapılarını, değer hiyerarşisini ve biyopolitik pratikler tarafından üretilen asimetrikleri, hakikat düzeni sorunu olarak “Biyopolitika”nın hesaba katmamızı sağladığını değerlendirmektedir.⁷⁹ Dünya biyolojik yaşamı sürdürmek için yeterli kaynaklara ve üretim araçlarına sahip olmasına karşılık, kaynakların asimetrik dağılımı ve kurumsallaşmada oluşturulan asimetrik yapı, varlığı kıtlığa dönüştürmektedir. Bütün bu gelişmelere çoğul kitleler nasıl rıza göstermektedir? Bu sorunun cevabı Harold Lasswell’in “artık mesele yönetimleri yeniden düzenlemek değil, zihinlere yeniden yön vermektir”⁸⁰ konsepti ile belirginleştirdiği kamu diplomasisi faaliyetlerinin etkisinde aranabilir.

Dünyanın karşı karşıya olduğu en büyük sorun insanların doğal kaynakları gittikçe daha çok kullanmaları ve tüketmeleridir. İnsanlığın doğal kaynakları tüketme hızı, doğanın kendini yenileme hızının %50 üzerine geçmiş durumdadır.⁸¹ Tüketimde bölgeler/toplumlar arasındaki asimetri ve bunun sürdürülebilmesi, bazı ölkelerin kontrol altına alınmasını, kaynaklara erişim ve gelişmelerinin engellenmesini, nüfus artışının gezegene getireceği ek yükün sınırlandırılmasını gerekmektedir ki konu itibarıyla jeopolitik kontrol kapsamlıdır.

Hayatın çekirdeğinde bulunan “gıda” halen insanlığa yeterli düzeydedir.

⁷⁸ Michael Hard,ve Antonio Negri, “İmparatorluk”, (7 b.). Çev. A. Yılmaz, İstanbul: Ayrıntı, 2012, s:45.

⁷⁹ Thomas Lemke, “Biyopolitika”, Çev. U. Özmakas, İstanbul, İletişim, 2013, s:18, 157.

⁸⁰ Kenneth N. Waltz, “İnsan, Devlet ve Savaş”, çev. E. Bozkurt vd., Ankara, Asil yay.2009, s: 53.

⁸¹ WWF Türkiye. (2013). http://www.wwf.org.tr/ne_yapiyoruz/ayak_izinin_azaltilmasi/. s: 6. (Erişim Tarihi, 03.03.2013).

Bugün dünya genelinde 12 milyar kişiye yetecek gıda maddesi üretilmektedir⁸² Bununla bağlantılı olarak, Uluslararası Hububat Konseyinin (IGC) araştırmalarına göre, küresel buğday üretiminde rekor yükseliş yaşanmaktadır.⁸³ Sorun “kontrolün” aşılp kaynaklara ulaşılmasında, borsalardaki spekülative fiyatlandırmalar veya arz kısıtlamalarında yatmaktadır. Uygun fiyatlarla gıda ulaşımı ülkeden ülkeye farklılıklar göstermektedir (Batı toplumlarında örneğin 2006 yılı rakamları ile Almanya da tedarik oranları patatesten yüzde 112, buğday da yüzde 116, sığır etinde yüzde 123 tür⁸⁴). Gıdaya ulaşım hakkı temel insan hakları içerisinde yer alırken “gıda egemenliği” her geçen gün artan oranda özel/uluslararası şirketlerin eline geçmektedir.⁸⁵ Gıdanın üretimi, niteliği, kontrolü, yönetiminin tekellerde bulundurulması olarak gıda egemenliği, Kissinger’e atfedilen “gıdayı kontrol eden insanlığı kontrol eder” deyişini adım adım gerçekleştirmektedir.

Bugün dünyaya yönelik en önemli diğeri bir sorun su yetersizliği ve havza kirliliğidir. Ancak BM Genel Kurulu eski başkanlarından olan Jan Eliasson, dünyadaki su sorununun su kaynaklarının kıtlığından dolayı değil, kötü yönetilmesinden kaynaklandığına dikkat çekmektedir.⁸⁶

A. Gıda ve Su Egemenliği, Nüfus Kontrolü

Amerika Birleşik Devletleri’nde yaşayan insanlar, Hindistan’da yaşayanlara göre kişi başına yaklaşık dokuz kat fazla doğal kaynak kullanmaktadır. Dünyadaki herkes bir Kuzey Amerikalı kadar tüketse dört, bir Avrupalı kadar tüketse üç, Türkiye’de yaşayan bir kişi kadar tüketse bir buçuk gezegene ihtiyaç vardır.⁸⁷ “Genetik Devrim-Yeşil Devrim” başlıkları altında Dünya’da açlığı gi-

⁸² DEZA Glossar, Schweizerische Eidgenossenschaft. Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten, Direktion für Entwicklung und Zusammenarbeit, http://www.deza.admin.ch/glossary_popup.php?itemID=178653&langID=6, (13.02.2014).

⁸³ Hürriyet Gazetesi, Hububat üretimi 2 milyar tona, buğday rekora gidiyor, 06.03.2014, <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/tarim/25950852.asp> (10.03.2014).

⁸⁴ Förder Gemeinschaft Nachhaltigelandwirtschaft-FNL, “Nahrungssicherheit”, 2014, http://fnl.de/uploads/media/FNL_Heft_Nahrungssicherheit_01.pdf, (Erişim Tarihi, 13.02.2014).

⁸⁵ Anne Schweigler, “Monopol und Elend”, 23.01.2014, <http://www.welt-ernaehrung.de/2014/02/06/monopol-und-elend-gastbeitrag/> (Erişim Tarihi, 24.02.2014).

⁸⁶ Jan Eliasson, “Dünya ‘Su’ İçin Birarada”, 23.08.2011, http://www.enerjihaber.com/dunya_su_icin_birarada-26-haber-245.html, (Erişim Tarihi, 12.01.2013).

⁸⁷ WWF Türkiye, 2013, s. 6.

derme propagandası, örtülü olarak ve bazen açıktan, on bin yılı aşkın süredir insanlığın ortak malı olan tohumları şirketlerin malı haline getirmiştir.⁸⁸ Dünya çiftçileri ulus-üstü bir düzine kadar şirketin kontrolü altına sokulmaktadır.⁸⁹ GDO'lu (Genetiği Değiştirilmiş Organizma) tohum kullanımı sonucunda verim düşüşü ve artan maliyetlerden borçlarını ödeyemeyerek intihar eden Hintli çiftçi sayısının 2002-2008 yılları arasında 125.000'e ulaştığı, Hindistan Tarım Bakanlığı'nın resmi verilerine göre her ay 1000 çiftçinin intihar ettiği belirtilmektedir.⁹⁰ Dünya'da GDO'lu üretim yapılan alanlar 2013 yılı itibarıyla 100 katına çıkmıştır.⁹¹

1996 yılında yapılan Dünya Gıda Zirvesi'nde "Gıda Güvenliği" tanımı "eğer bir nüfusun her zaman fiziki, sosyal ve iktisadi olarak gıdaya ulaşımı varsa, eğer bu gıda beslenme-bilimleri açısından miktar, çeşit ve kalite açısından uygunsa ve *uygun bir kültür* tarafından onaylanıyorsa gıda güvenliği söz konusudur" şeklinde kabul görmüştür. Bu gün Dünya genelinde 852 milyon insan yetersiz beslenmektedir. Dünya genelinde 12 milyar kişiye yetecek gıda maddesi üretilirken, açlık bugün ne teknik ne de yetersizlik sorunudur.⁹² Bu konuda dikkat çekici husus yetersiz beslenen nüfusun yarısını küçük çiftçi ailelerin (asırlardır üretici olan kesim) oluşturmasıdır. Diğerleri %20 vatansızlar, %29 kentliler, %10 orman köylüleri, balıkçılar ve göçebelere aittir.

Svalbard Küresel Tohum Deposu'nun⁹³ finansmanı incelemeleri başta Roc-

⁸⁸ Kenan Demirkol, "*GDO Çağdaş Esaret*", (2. b) İstanbul: Kaynak 2011, s: 94, 111.

⁸⁹ Richard Freeman, "*Control by the Food Cartel Companies*" 08.12.1995. http://www.larouchepub.com/other/1995/2249_cartel_companies.html. (Erişim Tarihi, 04 12. 2013).

⁹⁰ Andrew Malone, "*The GM genocide: Thousands of Indian farmers are committing suicide after using genetically modified crops*". 03 11, 2013 <http://www.globalresearch.ca/the-gm-genocide-thousands-of-indian-farmers-are-committing-suicide-after-using-genetically-modified-crops/10829> (Erişim Tarihi, 11.11.2013).

⁹¹ Haber 7. "*GDO'lu üretim alanları 100 katına çıktı*" (24.07.2013). <http://ekonomi.haber7.com/sectorler/haber/1053958-gdolu-uretim-alanlari-100-katina-cikti>. (Erişim Tarihi, 01.10.2014).

⁹² DEZA Glossar, Schweizerische Eidgenossenschaft. Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten, Direktion für Entwicklung und Zusammenarbeit, http://www.deza.admin.ch/glossary_popup.php?itemID=178653&langID=6 (13.02.2014).

⁹³ Global Crop Diversity Trust (GCdT- Küresel Hasat Çeşitliliği Örgütü) aracılığıyla işletilen Norveç'in kuzeyindeki Spitsbergen adasında "Svalbard Küresel Tohum Deposu" adı verilen ambar. Dünyanın dört bir yanından yaklaşık 3 milyon farklı tohum donmuş bir dağın 130 metre altına inşa edilen ambarda özel ambalajlarda saklanıyor. <http://www.engdahl.oilgeopolit>

kefeller ailesinin kurmuş olduğu vakıf ve örgütler üzerinde dikkat toplamıştır. 1960 yılında John D. Rockefeller III tarafından kurulan Ziraat Geliştirme Konseyi (Agriculture Development Council), Ford Vakfı ile güç birliği ağı oluşturmuştur. *Uluslararası Pirinç Araştırma Enstitüsü* (International Rice Research Institute, IRRI-Los Baños/Filipinler), *Uluslararası Buğday ve Mısır Islah Merkezi* (International Center for Wheat and Maize Improvement, CIMMYT-Meksika), *Uluslararası Tropikal Ziraat Araştırmaları Merkezi* (International Research Center for Tropical Agriculture, IITA-Nijerya), *Uluslararası Ziraat Araştırmaları Danışma Grubu* (Consultative Group of International Agricultural Research, CGIAR) gibi örgütlenmeler ve eylemleri hâkim sınıf hegemonyasının kontrol altına almak istediği gıda emperyalizminin kurucu alanlarını göstermektedir. Birçok küresel şirketle işbirliği halinde NGO'lar ve araştırma merkezleri üzerinden yayılan Rockefeller grubunun, CGIAR⁹⁴ projesi mercek altına alınmaktadır. "Rockefeller Vakfı'nın onlarca yıllık stratejisinin bir parçası olarak bilimi öjenik'in⁹⁵ hizmetine sunmakla suçlanmaktadır.⁹⁶ Titizlikle planlanmış bir strateji izleyen Rockefeller grubu, 1972 yılında ilk Birleşmiş Milletler-Uluslararası Çevre Konferansını da düzenlemiş olması konunun ironisidir.

ABD Ulusal Güvenlik Kurulunun H. Kissinger Başkanlığında hazırlamış olduğu bir rapor J. Brewda tarafından ortaya çıkarılarak kamuoyuna duyurulmuştur. 200 sayfadan oluşan rapor "Gıda Kontrol Soykırımı" olarak adlandırılmakta, Dünya nüfus artışının "ABD Güvenliği ve Denizaşırı Çıkarlarına Etkisi" incelenmektedir. Raporda az gelişmiş ülkelerdeki nüfus artışının engellenmesi konu edilmektedir.⁹⁷ Bu olay nüfus kontrol faaliyetleri üzerinde araştırmala-

tics.net/Auf_Deutsch/Saatgutbank_des_Bill_Gates_in_/ saatgutbank des bill_gates_in_.HTM (Erişim Tarihi, 11.12.2013).

⁹⁴ CGIAR Uluslararası Ziraat Araştırmaları Danışma Grubu (Consultative Group of International Agricultural Research).

⁹⁵ **Öjenik**, ilk kullanımı Eflatun'a kadar gitse de, modern anlamıyla ilk olarak Sir Francis Galton tarafından ortaya atılmış, sağlıksız ceninleri ayırıp, sağlıklı ceninler yetiştirmenin yollarını arayan, bilimselliği tartışmalı bir toplumsal akım veya toplumsal felsefedir.

⁹⁶ F. William Engdahl, "Doomsday Seed Vault" in the Arctic-Bill Gates, Rockefeller and the GMO giants know something we don't," (4.12.2007, <http://www.globalresearch.ca/doomsday-seed-vault-in-the-arctic-2/23503>), (Erişim Tarihi, 12.01.2014).

⁹⁷ Joseph Brewda, Kissinger's 1974 Plan for Food Control Genocide. *Executive Intelligence Review*. 12.08.1995, http://www.larouchepub.com/other/1995/2249_kissinger_food.html. (Erişim Tarihi, 01.02.2014).

rı yoğunlaştırmıştır. Gerek aynı paraleli teşkil eden “Kalıtımla İslah” yayımları ve organizasyonları, gerekse hayatın çekirdeği “tohum”u kontrol gayretleri bu yaklaşımların ciddi olarak ele alınmasını gerektirmektedir. Caydırıcılığının müttefiklerini de içerecek şekilde genişlemesi temelleri üzerine kurulan ve do-ların uluslararası rolünden kaynaklanan senyoraaj⁹⁸ gücünü suiistimal ederek⁹⁹ büyüyen hegemonyanın çekirdek sınıfı Tanrı rolüne soyunmuştur.

Kalıtımla İslah biyo-etik tartışmalarında yeniden ortaya çıkmış olan ve ABD mahreçli bir konudur.¹⁰⁰ Goldberg “modern teknolojilerin ‘uygun olmayan’ kit-lelerde görülen nüfus artışı üzerindeki doğal sınırlamaları kaldırması ve ‘yük-sek kaliteli’ grupların siyahi ve esmerler tarafından ‘lekelenmesi’ ihtimalinin entelektüelleri korkuttuğunu belirtmektedir. E. Black’e atfen; kalıtımla İslah seferberliğinin Carneige Enstitüsü yayınlarından doğup Rockefeller Vakfı’nın araştırmacıları tarafından onaylandığını” söylemektedir.¹⁰¹ Aynı tutumun İn-giltere’de de görüldüğünü belirten Goldberg, burada kriminal yaklaşımın daha ağır bastığını dile getirmektedir. Murray’a atfen; “Nüfus artışında ‘yanlış’ in-sanların ‘doğru’ insanları geçmesinin İngiltere’de bozulmaya neden olabilece-ği” endişesinin bulunduğunu ifade etmektedir. İngiliz Sosyalizmi’nin kalıtımla İslah yandaşı dolu olduğunu belirtmekte ve B. Shaw, F. Sidney, H. Laski ve H.G. Wells’i örnek göstermektedir.¹⁰² Liberal ekonominin kurucularından John M. Keynes liberal kişilik olarak tanınmasına karşılık, 1945 yılında İngiliz Kalıtımla İslah Derneğinin yönetim kurulunda¹⁰³ bulunmuş olması, İslah düşüncesinin etkisini göstermesi açısından önemlidir.

⁹⁸ Sikke’nin materyal değeri ile parasal değeri arasındaki farktan doğan kazanç. (Cooper, 69).

⁹⁹ Richard N. Cooper, “Prolegomena to the Choice of an International Monetary System”, Düz. Bergsten and Krause, *World Politics and International Economics* içinde, Washington, Brookings Institution, 1975, ss: 63-97(69,73).

¹⁰⁰ Sherwin B. Nuland, “The Death of Hippocrates”, *New Republic*, 13.09.2004, <http://www.newrepublic.com/article/the-death-hippocrates>, s:31, (Erişim Tarihi, 16.06.2013).

¹⁰¹ Jonah Goldberg, “**Liberal Faşizm. Mussolini’den Anlam Politikalarına Solun Gizli Tarihi**”, Çev E. Günsel, İstanbul, Pegasus, 2010, s: 254.

¹⁰² Murray, C. (2000). “Deeper into the Brain”, *National Review*, s. 49, 11.04.2014 tarihinde <http://www.nationalreview.com/> ve <http://www.aei.org/article/society-and-culture/deeper-into-the-brain/> adresinden alındı. Leonard T. C. (2003-Kış), “More Merciful and Not Less Effective: Eugenics and American Economics in the Progressive Era”, *History of Political Economy* 35/4 s:707, Goldberg, 2010, s:252, 255.

¹⁰³ Goldberg, 2010, s: 256.

John D. Rockefeller tarafından az gelişmiş ülkelerde nüfus artışını engellemek amacıyla 1952'de kurulan New York merkezli Nüfus Konseyi (Population Council) aile planlaması faaliyeti örtüsünde, gelişmekte olan ülkelerde kısırlık faaliyetleri yürütmekle suçlanmaktadır.^{104 105} Az gelişmiş ülkelerde nüfus değişik yöntemlerle kontrol altına alınmaya çalışılmakta, gıda üretimini ve dağıtımında inisiyatifin ele geçirilmesi suretiyle insanlık ve değişik canlı formları üzerinde (bios) karar alma gücü özelleştirilmekte, bu yönde siyasal, ekonomik ve hatta askeri baskı kurulmakta¹⁰⁶ akademik araştırmalar engellenmektedir.¹⁰⁷ 1950'li yıllarda Alman Hükümetinin yıllarca sağlık danışmanlığını yapan Dr. Johanna Budwig, 9-10 kez Nobel almaya aday gösterilmesine rağmen adaylığı büyük bir margarin firmasınınca engellenmiştir. Budwig kanser ve kalp hastalıklarının Omega 3 yüklü keten tohumu yağını kullanarak tedavi edilebileceğini göstermişti.¹⁰⁸

Hayatın çekirdeği "tohum" jeopolitik-ekonomik kontrolün nesnesi haline gelmiştir. Yasalar ile tohumların satış ve takasını, tekrar toprağa verilmesini engelleme çalışmaları 2005 yılından beri Latin Amerika çevresinde dile getirilmektedir. Son yıllarda tohum üretiminin özelleştirilerek kontrol altına alınması yönünde değişik stratejiler uygulanması artarak devam etmektedir. Bir yanda

¹⁰⁴ Gıda Hareketi. (23.06.2010). "Hızla Artan Kısırlığın Perde Arkası". <http://www.gidahareketi.org/Hizla-Artan-Kisirligin-Perde-Arkasi--796-haberi.aspx>. (Erişim Tarihi, 03 12. 2013), Demirkol, 2011, s: 329.

¹⁰⁵ 1975 yılında Türkiye'de yaklaşık yüzde 2 olan kısırlık; 2004'de yüzde 10, 2005'de yüzde 15 2009'da yüzde 25'ler civarına yükselmiştir. Yine, 1970'li yıllarda Türk erkeklerinde 1mm3 te 125 milyon dolayında olan sperm sayısı, 2010'lara gelindiğinde 5 kat azalarak 20-25 milyona gerilemiştir. <http://www.kalem.org.tr>. (Erişim Tarihi, 13.06.2013) Ahmet Aydın "7'den 70'e Taş Devri Diyeti, Hastalıklara Karşı Korunma Kalkanı" (10 b.). İstanbul: Hayy yay.2013, s: 329.

¹⁰⁶ Coalition Provisional Authority: (Irak İşgali sonrasında kurulan Geçici Koalisyon Otoritesi) Irak yasalarını değiştiren-Lahey Konvansiyon ile yasaklanmış bir uygulamadır- 100 maddelik direktifin 81. maddesi ile Iraklı çiftçilerin tohumu saklaması yasaklanmış, patentli tohum kullanma zorunluluğu getirilmiştir. Genetiği Değiştirilmiş (GD) bitkiler için zarar gören çevre ya da canlılar için herhangi bir tazminat davası açılmayacaktır. (Demirkol, 2011, s. 130).

¹⁰⁷ Bakınız; <http://info.kopp-verlag.de/hintergruende/enthuellungen/f-william-engdahl/wissenschaftliche-fachzeitschrift-buckelt-vor-monsanto-zieht-kritische-studie-zurueck.html>, ayrıca K. Demirkol, 2011, s. 188-213. Türkiye'de soyanın üretiminin çöküşü için bkz. <http://www.yenimesaj.com.tr/?artikel,10002191/19.05.2010> M. Bayraktar. (11.01.2014).

¹⁰⁸ Johana Budwig, "Flax Oil as a True Aid Against Arthritis, Heart Infraction, Cancer, and Other Diseases". Applepublishing Vancouver Canada, 1994, aktaran Canan Karatay, *Karatay Diyetiyle Yaşam Botu Sağlık*, (32.bas), İstanbul Hayy yay.2014, s: 107.

tohum ticareti ve piyasalara girişi ile ilgili, diğer yanda tohumların fikri mülkiyeti (TRIPS) ile ilgili birbirini tamamlayıcı baskıcı ve kısıtlayıcı yasal düzenlemeler yapılmaktadır.¹⁰⁹ Tarımda standardizasyon ve tohum üretiminin kontrol altına alınması, Dünya Bankası yapısal düzenleme kredileri ile kabul ettirilen teşvik uygulamalarının azaltılması bağlamında vahim bir hal almıştır.

Kaynaklara ulaşım kısıtlanmaksızın bolluk kontrol edilemez. Gıda kontrolü üzerinde manipülasyonlar geliştiren örgütlerin başında Genetik Gıda üretim firmaları gelmektedir¹¹⁰ Ahmet Şahinöz, “Kuzey’de sınırlı sayıda üreticiyi yoğun bir biçimde destekleyerek oluşturulan ‘yapay piyasaların’, Afrikalı ya da Asyalı çiftçilerin geleceğini tehdit etmekle kalmayıp Güney’in, makroekonomik ve sosyal dengelerini bozarak kalkınma dinamiklerini de tahrip ettiğini” vurgulamaktadır. “Günümüzde, OECD’nin verilerine göre, üretici başına yıllık tarımsal sübvansiyon miktarı ABD’de 21.000 ve AB’de 16.000 dolara ulaşmış durumdadır. Sübvansiyonlar üretim artışını, üretim artışı ise fiyatların düşüşünü hızlandırmaktadır. Üretim-fiyat kısır döngüsü Güney’in tarımsal gelişme dinamiklerini yok etmektedir.”¹¹¹ Sübvansiyon kısıtlamaları finansal giyotin ile tehdit edilen “ötekilere” uygulatılmaktadır.

Uluslararası Tohum Federasyonu (ISF) 2011 yılı tohum raporunda 9,9 milyar dolar değerindeki Dünya tohum ihracatında önde gelen ülkelerin sırasıyla; Fransa (1,6 milyar dolar), Hollanda (1,5 milyar dolar) ve ABD (1,4 milyar dolar) olduğunu belirtilmiştir. Şirketleşmiş medya, demokrasinin “aleniyet” ilkesinin yüklenicisi olması gereken noktada “ticaretin yanında yer almakta”¹¹² kamu bilgilendirilerek konu kapsamlı olarak tartışılmamaktadır. 2012 yılı itibarıyla bir önceki yıla nazaran Türkiye’nin tohum ithalatı yüzde 248,5 oranında artarak 183,2 milyon dolara ulaşmıştır. İthalattaki en büyük pay sebze tohum-

¹⁰⁹ Schweigler, 2014.

¹¹⁰ Merry M. Baker. “Who Is Responsible for the World Food Shortage?” *Executive Intelligence Review* 08.12.1995, http://www.larouche.com/other/1995/2249_food_intro.html (Erişim Tarihi, 10.01.2014).

¹¹¹ Ahmet Şahinöz ve diğerleri, 2004.

¹¹² The Thistle Editör Yazısı, June/July 2001, “*Continuing the Green Revolution: The corporate assault on the security of the global food supply*”, <http://www.mit.edu/~thistle/v13/4/food.html> (Erişim Tarihi 12.02.2013).

larındadır (yüzde 66,9)¹¹³ Türkiye’de hibrit tohum üretimin yüzde 100’ü özel sektör tarafından yapılmaktadır. Tohumluğu üretilen çeşitlerin çoğunluğu yabancı orijinlidir.¹¹⁴

B. Arazi Soygunu (Landgrabbing)

Biyogüvenlik kapsamında az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeleri ve insan varlığını tehdit eden diğer bir olay “Yeni Koloncilik” ve “Arazi Soygunu” (Landgrabbing) yarışında kendisini göstermektedir. Hegemonya verimli tarım arazilerini ele geçirerek gıda kontrol ve egemenliğini küresel ölçekte ele geçirmek istemektedir. 2007 yılından itibaren, bankalar, yatırım fonları ve ortaklıkları ve aynı zamanda dev bir özelleştirme dalgası güney yarım kürede yüz milyonlarca küçük çiftçi, balıkçı ve hayvan yetiştiricisini geçim kaynaklarından yoksun bırakarak, önemli bir insan kitlesini kamplarda yardım ile yaşar hale getirmiştir. 2008 Finansal krizini takip eden dönemde, sadece Ekim 2008 ve Haziran 2009 arasında Dünya genelinde en az 47 milyon hektar toprak alan satın alma ile küresel finans şirketleri ve firmaların kontrolüne girmiştir. Bu miktar İsveç’in yüzölçümüne ve bununla birlikte Avrupa Birliği’nin tarıma elverişli topraklarının çeyreği kadar bir kesime eşittir Bu toprakların da yaklaşık %75’i Afrika da yer almaktadır ve bu durum kıtanın en az 23 ülkesinde cereyan etmektedir¹¹⁵. Bunların arasında krizle sarsılan Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Güney Sudan, Etiyopya, Mali gibi ülkeler de bulunmaktadır. Dikkat çekici olan bölgesel raporlarda bu durumun kapalı geçilmesidir. Oakland Enstitüsü, “Wall Street Kurtları”nın “önümüzdeki iki yıl içinde 400 milyon hektar tarım arazisini satın almak için hazırlık yaptıklarını”¹¹⁶ öne sürmektedir. Çatışma sürecinin merke-

¹¹³ TEB Türkiye Ekonomi Bakanlığı, “Tohumculuk”, 2013, <http://www.ibp.gov.tr/pg/sectorpdf/tarim/tohumculuk.pdf> s: 1-2 (Erişim Tarihi 21.02.2014).

¹¹⁴ Hüseyin Velioglu & vd). Ülkemizde Tohumculuk Sektörünün Durumu ve Bakanlık Uygulamaları. Ç. Üniversiteleri (Dü.), *Türkiye II. Tohumculuk Kongresi* içinde (s. 10-15). Adana: Çukurova Üniversiteleri Rektörlüğü. 2005.

¹¹⁵ Olaf Bernau, “Landgrabbing: Neokolonialer Landraub in Afrika. Der globale Widerstand wächst”, 02.05.2012, <http://www.forumcivique.org/de/artikel/landgrabbing-neokolonialer-landraub-afrikader-globale-widerstand-w%C3%A4chst> (Erişim Tarihi, 11.02.2014).

¹¹⁶ Oakland Enstitüsü, Press Release: “Wall Street Banks Eye American Farmland, Threaten Future of U.S. Agriculture”, 18.02.2014, <http://www.oaklandinstitute.org/press-release-wall-street-banks-eye-american-farmland-threaten-future-us-agriculture> (Erişim Tarihi 10.03.2014).

zinde büyük orman sahalarının ticari ziraata uygun tarım ve mera alanlarına dönüştürülmesi de bulunmaktadır. Bu duruma direnen çiftçilerin sesleri fazla duyulmazken Avrupa'nın terör gerekçeli müdahale potansiyeli daha fazla konu edilmektedir.¹¹⁷ Raúl Zibechi anayasal olarak "toprak satılmama kararının kaldırılmasını müteakip son 30 yıl içerisinde sadece Latin Amerika'da, 5000 adet 25 milyon hektar arazi ve üzerinde kurulu 5000 yerel birimin elden çıktığını belirtmektedir."¹¹⁸

Halen Fransız Kuvvetlerinin denetimi altına sokulmuş olan Mali 2003 yılında "Arazi Soygunu" faaliyetlerine karşı köylü hareketlerinde Dünya genelinde öncü bir rol oynamıştır. Mali Hükûmeti tarafından çiftçilerden 800 bin imza, parmak izi toplanarak Dünya Ticaret Örgütü'nün tahkimine gidilmiş, ABD ve Avrupa'nın pamuk üretimindeki dampingine karşı başarı kazanılmıştır. Aynı şekilde Monsanto şirketinin ürettiği genetiği değiştirilmiş Bt-Pamuğu (böceklerle dayanıklı) tohumunun girişini -komşusu Burkina Faso'nun aksine- engellemiştir. Ocak 2007 de 80 ülkeden 500'ün üzerinde çiftçi delegenin katıldığı konferansta 1996 yılından beri Via Campesina küçük çiftçi örgütü'nün adım adım geliştirdiği "Gıda Egemenliği" konseptinin yayılması konusunda tavsiye kararı alınmıştır. Ancak Mali Yönetimi, Dünya Bankası ve diğer finans kuruluşlarının baskısı ile 2003 yılından 2011 yılına kadar 540 bin hektar alanı satmak zorunda kalmış, 370 bin hektar alanın sözleşmesi tamamlanmıştır. Bu alan Nijer nehrinin suladığı ve 700 bin civarında insanın göçebe hayvancılık ve tarım yaptığı bir bölgedir. Mali genelinde 2,5 milyon hektar alan satışa zorlanmaktadır.¹¹⁹ Böylesi bir durum ister istemez şu sonucu ortaya çıkarmaktadır: Kültürel/Dini bölünmeler yarat, şiddeti tetikle, müdahale et ve arazilere el koy!

International Food Policy Research Institute 2006-2009 verilerine göre Ukrayna tarım arazileri *talan* hedefindedir. 2008 yılı itibarıyla Libya 250 bin hektar alan satın almıştır. 2009 yılında ABD Merkezli Morgan ve Stanley firması 40 bin hektar alan satın alırken, İngiliz Landkom 100 bin hektar alan kirala-

¹¹⁷ Olaf Bernau, 2012.

¹¹⁸ Raúl Zibechi, "Territorien des Widerstands. Eine politische Kartografie der urbanen Peripherien Lateinamerikas", Assoziation A Berlin 2011, aktaran Olaf Bernau, "Der globale Widerstand wächst ,ak-analyse & kritik"-zeitung für linke Debatte und Praxis / Nr. 569 /17.2.2012.

¹¹⁹ Bernau, 2012.

miştir.¹²⁰ Kırım'da da yeni yönetim tahsis ve özelleştirmeleri durdurmuştur.¹²¹

VI. ENERJİ JEOPOLİTİĞİNDE GELİŞMELER

Dünya genelinde enerji kaynakları insanlık için yeterli miktarda mevcuttur. Genel olarak bakıldığında 2011 yılı itibarıyla üretilen birincil enerji miktarı 13.202 mtoe¹²² olup tüketim 13.113 mtoe dur. Kişi başına düşen enerji üretimi 1.88 toe dir. 2012 yılı itibarıyla ham petrol ve doğal gaz üretimleri tüketimden fazla vermektedir.¹²³ Küresel petrol üretimi Libya ve diğer bölgelerdeki kesintilere rağmen günlük 1,1 milyon varil artış göstermiştir. Buna karşılık küresel petrol tüketimindeki artış ise 0,6 milyon varil/gün dür. Küresel doğal gaz üretimi yüzde 3,1 oranında (ABD yüzde 7,7) artmış tüketim artışı yüzde 2,2 düzeyinde kalmıştır. Küresel enerji tüketimindeki payı yüzde 30.5 olan kömürün tüketim artışı yüzde 5,4 olurken üretim artışı yüzde 6,1 olmuştur.¹²⁴ Dünya kanıtlanmış petrol rezervi, 2012 yılında yüzde 7,7 artışla 1,520 milyar varilden 1,668 milyar varile yükselmiştir. 2011 yılında 44,8 yıl olan dünya petrol rezerv ömrü 2012 yılı sonunda 52,9 yıla çıkmıştır.¹²⁵ Doğal-gaz ise 61 yıl/üretim kapasitesindedir. Kayaç gazı ve petrol üretimindeki artış ve arktik bölgelerde yeni kaynakların ortaya çıkması, bu süreleri her geçen gün artırmaktadır. Petrol rezervlerinin daha uzun süre dünyayı besleyecek yeterlilikte olduğu görülmektedir. Uluslararası Enerji Ajansı (IEA) tarafından yayınlanan "Dünya Enerji Görünümü 2012" raporuna göre iklim değişikliğinin tehlikeli sonuçlarından korunmak için bilinen fosil yakıtı rezervlerinin üçte ikisinin yeraltında bırakılması¹²⁶ gerekirken tüketim kapitalizminin ar-

¹²⁰ IFPRI Policy Brief, 13.04.2009, <http://www.ifpri.org/sites/default/files/publications/bp013all.pdf> (Erişim Tarihi, 12.02.2014).

¹²¹ Anadolu Ajansı, 28 Mart 2014, <http://www.dunyabulteni.net/haberler/293652/putin-ukraynanin-askeri-varligi-teslim-edilecek-dedi>, (Erişim Tarihi, 29.03.2014).

¹²² Mtoe: Milyon ton petrol eşdeğeri. Toe ton petrol eşdeğeri.

¹²³ International Energy Agency (IEA), *Key World Energy Statistics -2013*, Paris, s. 33, 48.

¹²⁴ BP *Statistical Review of World Energy 2012*, http://www.bp.com/liveassets/bp_internet/globalbp/globalbp_uk_english/reports_and_publications/statistical_energy_review_2011/STAGING/local_assets/pdf/statistical_review_of_world_energy_full_report_2012.pdf (Erişim Tarihi, 21.02.2014).

¹²⁵ BP. Oil Reserves (2013), *Statistical Review of World Energy 2013*, <http://www.bp.com/en/global/corporate/about-bp/energy-economics/statistical-review-of-world-energy-2013/review-by-energy-type/oil/oil-reserves.html> (Erişim Tarihi, 10.06.2014).

¹²⁶ Aktaran WWF Türkiye, 2013.

tan kaynak ihtiyacı sınır tanımamaktadır.

Hillary R. Clinton 21. yüzyılda enerji diplomasisini şu şekilde açıklamaktadır:

*“Enerji, belli başlı üç sebepten dolayı Amerikan dış politikası için önemlidir. Birincisi, jeopolitiğin çekirdeğinde enerji bulunmaktadır, çünkü enerji esas olarak bir servet ve güç meselesidir. İkincisi, enerji, 21’inci yüzyılda ekonomimizi güçlendirmemiz ve çevremizi yönetmemiz için olmazsa olmaz bir şeydir. Üçüncüsü, enerji, ekonomik kalkınmanın ve siyasî istikrarın anahtarıdır.”*¹²⁷

21. yüzyıl başlangıcında “Enerji güvenliği”nin sağlanması uluslararası hukuk tarafından dışlandığı halde reel politikte geçerli hale getirilen “haklı savaş” (*bellum justum*) kavramı içerisine alınarak savaş yapma hakkına (*jus ad bellum*), dönüştürülmüş ve kaynaklar için ülkeler işgal edilmesi neo-kolonizasyon¹²⁸ kavramını gündeme taşımıştır. Kuramı politikayı meşrulaştırmak için kullanan realist ve liberal yaklaşımlar farklı kavramları kullansalar da esasen kaynaklara el atmayı ve kontrol altında tutmayı meşrulaştıran bir söylem içinde bulunmaktadırlar. Tehlike bu kuramların kanıtlarını güncel, fark edilebilir olaylardan almaları nedeniyle ikna edici olmalarında değil, iç tutarlılıkları nedeniyle hiptonik bir etkiye sahip olmalarındadır. Bu kuramlar sağduyumuzu ve olgusallığı algılama, anlama ve kafa yorma melekemizi uykuya yatırma gücüne sahiptir.¹²⁹ Demokrasilerin saldırgan formu olmadığı iddiasına karşılık, devam etmekte olan askeri konuşlanma ve kontrol eylemleri, Orta Doğu ve Sahra-altı Afrika’da görüldüğü gibi, örtülü olarak terörle mücadele, demokratikleştirme ve koruma söylemi arkasında gerçekleşmektedir. Dolayısıyla C. Schmitt’in:

“Batılı demokrat devletler; koloniler, protektoralar, manda yönetimleri, müdahaleci anlaşmalar ve benzeri bağımlılık formları ile bir demokrasiye, kendile-

¹²⁷ Hillary R.Clinton,21’inci Yüzyılda Enerji Diplomasisi, (ABD Dışişleri Eski Bakanı Hillary Rodham Clinton’un Georgetown Üniversitesi’nde 18.10.2012 Tarihinde Yaptığı Konuşma),Türk Akademisi Enerji Araştırmaları Merkezi, Şubat 2013, www.turkakademisi.org.tr (Erişim Tarihi, 17.06.2013).

¹²⁸ 3 Peter Mayo, (Malta Üniversitesi’nde Eğitim Bilimleri Profesörü); Neo-kolonizasyon Batı’nın sömürü geleneğinin çok daha karmaşık olarak ticari, kültürel, teknolojik, finansal biçimler altında sürdürülmesidir. Bu anlamda küreselleşme eski sömürü geleneğinin devamı, çağdaş bir biçimdir. Aylin Göçmen, Peter Mayo ile Söyleşi (2013): Sömürgecilik En Eski Kapitalist Yöntemdir, 21.01.2014 tarihinde <http://www.muratkaymak.com/?pnum=527&pt=-Peter%20Mayo%20ile%20S%C3%B6yle%C5%9Fi> adresinden alındı.

¹²⁹ Hannah Arendt, “Şiddet Üzerine”, (6. bas.), çev. B. Peker, İstanbul, İletişim, 2012, s: 14.

rine vatandaşlık hakları tanınmaksızın, kendilerine bağımlı hale getirilen, hem de aynı zamanda Batı'dan uzak tutulan heterojen bir nüfus üzerinde hâkimiyet kurma imkânı tanımaktadır”¹³⁰

tespitinde belirtilen durum, enerji ve kaynaklar alanında realist paradigmanın “açık bir sır” olarak devam ettiğini göstermektedir.

Son üç yıldır, konvansiyonel petrol dışında farklı kaynaklardan da petrol elde edilmeye başlanmıştır. Konvansiyonel olmayan bu petrolün yüzde 70’i ABD’de bulunmaktadır. Uluslararası doğalgaz sektöründeki sert rekabet, ABD’den başlayıp dalga dalga yayılan “kaya gazı devrimi” Rus Gazprom’un, 2013’te 387 \$ olan ortalama fiyatı daha da düşürmesine neden olacağı açıklanmaktadır.¹³¹ ABD’nin yanı sıra Kanada’da yapılan petrol üretiminin de yaklaşık yüzde 7 yükselmesi ile Kuzey Amerika’nın küresel bir petrol üreticisi olarak ağırlığını artırmış bulunmaktadır.¹³²

Alman İstihbarat Teşkilatı BND’nin tahminlerine göre 2020 yılından itibaren ABD’nin Dünya’da önemli bir petrol ve gaz ihracatçısı haline geleceği öne sürülmektedir. Orta Doğu ve diğer alanlarda ciddi değişimlere yolaçacak olan bu gelişme konusunda ABD’li yetkililerin fazla konuşmak istemediklerine dikkat çekilmektedir.¹³³ Ulusal kaynak yeterliliği, küresel kaynakların ve nakit akışının kontrolünü terk etmekle ilgili bir konu değildir. Keohane başat güç konumuna gelmek isteyen bir ülkenin kontrol altına almak zorunda olduğu alanları; ekonomik verimlilik, sermaye hareketlerini kontrol ve etkileme, hammadde ve enerji kaynaklarına ulaşım ve kontrol, ileri teknoloji gerektiren malların üretiminde karşılaştırmalı üstünlüğü sürdürmek olarak sıralamaktadır.¹³⁴

¹³⁰ Carl Schmitt, “**Parlamentar Demokrasinin Krizi**”, .(2. bas.) çev. E. Zeybekoğlu, Ankara, Dost, 2010, s. 27.

¹³¹ Enerjihaber (10.02.2014), “*Kaya Gazı Devrimi*”, http://www.enerjihaber.com/kaya_gazi_devrimi-3-haber-2013.html (Erişim Tarihi, 01.03.2014).

¹³² Keith Johnson. ve Russell Gold, (2013), ABD’nin Petrol Üretimi, Rekor Düzeyde Yükseldi, *The Wall Street Journal*, (Erişim Tarihi, 13.06.2013).

¹³³ Die Welt (17.01.2013), “Öl-Schwemme der USA wird Nahen Osten verändern”, http://www.welt.de/politik/ausland/article_112852474/Oel-Schwemme-der-USA-wird-Nahen-Osten-veraendern.html (Erişim tarihi, 22.05.2013).

¹³⁴ Robert O.Keohane , “**After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy**”, Princeton Uni.Press, 1984, s.49-64.

Uluslararası para sistemi içinde doların rolü ve Amerika'nın temel caydırıcılığına müttefiklerini de içerecek şekilde genişlemesi temelleri üzerine kurulu olan ABD hegemonyası,¹³⁵ halen Amerikan dolarını petrol ticaretine yön veren para birimi olarak muhafaza etmeye mahkûmdur. Doları terk edeceğini söyleyen Irak'ın işgali, analistlerce bu zorunluluk ile gerekçelendirilmektedir. Bu neden, sadece Irak petrolünü kontrol etme amacından daha önemlidir.¹³⁶ Benzer yaklaşım Libya ve İran'a yönelik yaptırımlar serisinde iz bulmaktadır. 2005 yılında UAİK (Uluslararası Atom Enerjisi Kurumu), İran'ın Nükleer Silahların Yayılmasını Önleme Antlaşması'nın (NPT) güvenlik denetimi antlaşmasını ihlal ettiğini saptaması, İran'ın kendi petrol borsasını kurarak euro para birimini kullanacağı açıklaması ile aynı yıla denk gelmektedir. Rusya'nın Kırım'ı ilhakından sonra gelişen ekonomik yaptırımlara, Asya'da doğalgaz borsası kurulması ve bu borsanın milli para birimleri ile değerlendirilmesine dair İran'a yaptığı teklif ile mukabelede bulunması, ABD hegemonyasına karşı ciddi bir tehlike oluşturmaktadır. Petrol satışının ulusal para birimi ile yapılması ve Enerji Gelişimi Fonu başkanı Sergey Pikin'in belirttiği üzere, "Rusya'nın Latin Amerika ülkeleri, Türkmenistan ve Ortadoğu ülkeleri ile de benzer kararları uygulayabileceği" ihtimali, yeni vekâlet savaşları riski taşımaktadır.¹³⁷

Diğer anlamlı gelişme dünyanın en büyük doğalgaz rezervi sayılan Doğu Akdeniz'de Leviathan sahasında ve Hayfa açıklarındaki Tamar yataklarında doğalgazın bulunmasından sonra Suriye ve Lübnan'da yaşanmaktadır. Ancak İsrail ile Lübnan arasında Doğu Akdeniz'deki deniz dibi doğalgaz rezervleri üzerindeki uyuşmazlık mevcut olup Lübnan bu yataklar üzerinde hak iddia etmektedir.¹³⁸ İsrail'in Avrupa'ya gaz ihraç projesindeki rakibini İran oluşturmuştur. Anlaşması 2011 yılında imzalanmış olan Suriye - Irak - İran Doğalgaz boru hattının 10 milyar dolara mal olması ve 3 yıl içinde tamamlanması öngörülürken

¹³⁵ Gilpin, 2013, s. 170.

¹³⁶ Bülent Gökay, "Petro-dolar'ın Sonunun Başlangıcı: Irak'ı İran'a Bağlayan Nedir?" 2008, s. 6, http://www.tasam.org/tr-TR/Icerik/3076/petrodolarin_sonunun_baslangici_iraki_irana_baglayan_nedir (Erişim tarihi 04.04.2013).

¹³⁷ "Rusya ve İran'dan dolar hamlesi" Dünya Bülteni, 15.04.2014, <http://www.dunyabulteni.net/haber/295392/rusya-ve-irandan-dolar-hamlesi> (Erişim tarihi 26.04.2014).

¹³⁸ Deutsche Welle, "Doğalgaz Doğu Akdeniz'de Dengeleri Değiştirdi", <http://www.dw.de/do%C4%9Falgaz-do%C4%9Fu-akdenizde-dengeleri-de%C4%9Fi%C5%9Ftirdi/a-16747467> 16.04 2013, (Erişim tarihi 20.04.2013).

aynı yıl Suriye olayları patlak vermiş, Irak'a ise siyasi istikrar yerleşmemiştir. Lübnan mezhep çatışmasının eşiğindedir.

Irak ve Suriye enerji yataklarının tek bir elde (Ulus Devlet) toplanmayacak şekilde parçalanması ve petro-doların ABD borsalarına akışının sürdürülmesi diğer bir analiz konusu olup makale sınırları dışına taşmaktadır.

SONUÇ

Postmodern jeopolitikte Mekân, geometrik mekânsallık (*spatiality*) ve bunun getirdiği basit betimleyici teknikler vasıtasıyla kavranan, kartezyen koordinat sistemine sahip salt bir uzay parçası değildir. Küresel yapının bölünmüş toplumlardan müteşekkil sömürü adacıları halinde şekillendirilmesine yönelik eylemler karşısında, neorealist veya realist paradigma çaresiz stratejiler öngörüsü ötesine geçemez iken, eleştirel yaklaşımı benimseyen ve konstrüktivist özellikler içeren eleştirel jeopolitik; postmodernitenin ürettiği toplumsal farklılıkları, ayrılıkları ve bölünmeleri, aktör ve eylem odaklı çatışmalarda mekânın rolünü, söylem ve tasarımın arka planındaki niyeti, yapı sökümüne tabi tutarak güç mücadelesini değişik açılardan analiz edebilmekte, bunun üzerine kurgulanan postmodern jeopolitik güç siyasetini sorgulamaktadır. Eleştirel jeopolitik kimlik ve mekân, güvenlik ve mekân, kültürel ve jeopolitik tasarı/rehber arasındaki sorunları incelemekte, tarihi süreci ve kurumların dayandıkları kuralları analiz alanına dâhil ederek, güç merkezlerindeki değişiklik ve asimetrik eylemleri anlamlandırmaktadır.

Jeokültürel etki, yaşadığımız sürecin güç mücadelesinde, bölünmeler üzerinden jeopolitik konumu şekillendirmektedir. Kültürel ve siyasal parçalanma; yönetim düzenlemeleri istismarıyla ya da çevreleme stratejilerinin bir eylemi olarak ortaya çıkarken, jeoekonomi; finansal ve kurumsal güç kullanılarak siyasi yapıların düzenlemesi, enerji ve gıda kaynaklarındaki yeterliliğe rağmen asimetrik olarak dağılmış kaynakların ve stratejik sektörlerin küresel sermaye tarafından ele geçirilmesi ile şekillenmektedir. Gelişmekte olan ülkeler gezegen kaynaklarından hak ve iddia talepleri ile birlikte minimize edilerek, büyük devletlerin jeopolitik veya jeostratejik araçsalına dönüştürülmek istenmektedir. Siyasi coğrafya üzerinde sürdürülen güç ve hâkimiyet mücadelesi, ya-

şam formlarının kontrolü ile tehlikeli bir yoldan sonuca ulaşma çabasındadır. Gelenen noktada yerkürede sürdürülen güç ve kontrol mücadelesini kıyamet formuna dönüşen “Biyopolitik” alanı, Enerji Jeopolitiği gibi Jeopolitik disiplinin bir alt bölümü haline gelmiştir. Jeopolitik Tasarımın biyopolitik yoldan gerçekleştirilmesi savaşmaksızın esareti sağlamakta, nesilleri tehlikeye sürüklemektedir. Organik toplum modellerinin 20. yüzyılda yarattığı vahşet resmi irdelenmelidir. Jeopolitik ve strateji, doğaçlama kararları kaldırmaz. Jeopolitik kontrolün bir alt ancak başat dalı haline gelmekte olan küresel biyopolitik, küresel çapta uygulanan kontrol eylemlerin düzenleyicisi ve en tehlikelisi olarak yalnız ülkemizi değil tüm canlı yaşamını tehdit etmektedir.

1970’li yıllardan itibaren gerileme sürecine giren hegemonyanın ekonomik ve finansal krizini aşmada, ulus devlet engelini ortadan kaldırarak; yerleşme, bölgeselleşme, cemaatlerle ilişkili yeni ideolojisi küreselleşme, soğuk savaş sonrasında, kimliğini ve mekânını yeniden anlamlandırma ve keşfetme gayretine giren toplumsal arayış ile ironik biçimde örtüşmüştür. Çevreleme eylemlerinde inanç ve değer sistemleri yumuşak gücün bir unsuru ve hedefi olmuştur. Orta Doğu *Shatterbelt*’nde asimetrik çatışmanın IV. nesil ve vekâlet formları ağırlık kazanmıştır. Silahlı yeni devlet dışı aktörlerin amacı ve öncelikleri ulus devlet öncelikleri ile uyumsuz iken, küreselleşme ideolojisi ile ulus devletin küçültülmesi ve yerelleştirilmesi ilkesinde paralellik sağlamaktadır.

Uluslararası ilişkilerde, kurumlarla çözülemeyecek bağlar oluşturulması ve üretilen normların iç hukukun üstünde yer alması, demokrasi açığı yaratmaktadır. Kamu yönetiminin geldiği en üst nokta olan “Yönetişim” ilkeleri asimetrik fayda ve çıkar hesaplarına vasıta edilmiştir. Küresel çıkar sınıfını oluşturan nebülözün yerel izdüşümünü oluşturan gruplar devletini ve halkını incelemektedir. Bu ülkelere holistik reçeteler uygulanarak karşı çıkışlar dizginlenmiştir.

Holistik eskiden beri bilinen bir metod, bir şifa yöntemidir. Buna göre bedensel hastalıklar ancak beden tarafından tedavi edilebilir. Bütünsel anlamında da kullanılmaktadır. Gayretlerin senkronize edilmesi faaliyetlerin bütünsellik içerisinde gerçekleştirilmesi şeklinde algılanma klasik anlayışa uygundur. Kelimeye eleştirel yaklaşarak arka planına baktığımızda, asimetrik bir faaliyet

türü çağırısı algılamak zor değildir. Bünyedeki rahatsızlık bünyesel güçlerce çözülmektedir. (Askeri darbeler, radikal eylem grupları, renk devrimleri, iç savaşlar gibi).¹³⁹

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Agamben, G. (2013). *Kutsal İnsan, Egemen İktidar ve Çıplak Hayat* (2 b.). (İ. Türkmen, Çev.) İstanbul: Ayrıntı.

Blij, H. J. (1967). *Systematic Political Geography*. (M. S. University, Dü.) New York: John Wiley and Sons Inc.

Bostanoğlu, B. (2008). *Türkiye ABD ilişkilerinin Politikası* (2 b.). Ankara: İmge.

Bostanoğlu, B., & Okur, A. (2009). *Uluslararası ilişkilerde Eleştirel Kuram* (2 b.). Ankara: İmge.

Briody, D. (2003). *The Iron Triangle – Inside the Secret World of the Carlyle Group*. New Jersey: Wiley ve Sons.

Brockhaus Enzyklopädie. (1989). Manheim.

Conybeare, J. A. (1985). Public Goods, Prisoner's Dilemma and the International Political Economy. *International Studies Quarterly*, 28, 5-22.

Cox, R. W. (1993). "Structural Issues of Global Governance: Implications for Europe. S. Gill içinde, *Gramsci, Historical Materialism and International Relations*. Cambridge and Victoria: Cambridge University Press.

Cox, R., & Schechter, M. G. (2002). *The Political Economy of a Plural World*. Routledge.

Critchley, S. (2013). *İmansızların İmanı, Siyasal Teoloji Deneyleri*. (E. Ünal, Çev.) İstanbul: Metis.

¹³⁹ Bu tür yazınla ilgili olarak Bkz: White Oak Recommendations on Public Diplomacy. http://mountainrunner.us/files/whiteoak/The_White_Oak_Recommendations_on_Public_Diplomacy.pdf The First Quadrennial Diplomacy and Development Review (QDDR): Leading Through Civilian Power 2010 <http://www.state.gov/documents/organization/153139.pdf> (12.02.2013).

Davutoğlu, A. (2001). *Stratejik Derinlik* (1 b.). İstanbul: Küre.

Demirkol, K. (2011). *GDO Çağdaş Esaret, 2. Basım.* İstanbul: Kaynak.

Feichtinger, W. (2004). Asymmetrie als politik- und kriegsbildbestimmendes Phänomen. J. Schröfl, & T. Pankratz içinde, *In: Schröfl, Josef / Pankratz, Thomas: Asymmetrische Kriegführung. – ein neues Phänomen der Internationalen Politik?* (s. 85-93). Baden-Baden.

FNL. (2014). *Nahrungssicherheit.* 02 13, 2014 tarihinde http://fnl.de/uploads/media/FNL_Heft_Nahrungssicherheit_01.pdf. adresinden alındı.

Foucault, M. (1994). “*Les mailles du pouvoir*”, *Diets et écrits* (Cilt 4). Paris: Gallimard, aktaran Hard&Negri, 2012.

Friedrichs, J. (2004). *European Approaches to International Relations Theory: A House with Many Mansions.* London: Routledge.

Gebhardt, H., Matissek, A., Reuber, P., & Wolkersdorfer, G. (2007). Neue Kulturgeographie? Perspektiven, Potentiale und Probleme. *Geographische Rundschau, 59*(7/8).

Gill, S. (1994). Structural Change and Global Political Economy: Globalizing Élités and the Emerging World Order. Y. Sakamoto içinde, *Global Transformation: Challenges to the State System* (s. 169-199). Tokyo, New York, Paris: United Nations Uni.

Gilpin, R. (2013). *Uluslararası İlişkilerin Ekonomi Politiği* (3 b.). (M. D. vd., Çev.) Ankara: Kripto.

Gowa, J. (1983). *Closing the Gold Window: Domestic Politics and the End of the Bretton Woods*”. Ithaca, Cornell Uni. Presse.

Göçmen, A. (2013). *Peter Mayo ile Söyleşi: Sömürgecilik En Eski Kapitalist Yöntemdir.* 01 21, 2014 tarihinde <http://www.muratkaymak.com/?pnum=527&p-t=Peter%20Mayo%20ile%20S%C3%B6yle%C5%9Fi>. adresinden alındı.

Gregory, D., & Urry, J. (1985). Introduction. D. Gregory, & J. Urry içinde, *Social relations and spatial structures* (s. 1-8). London: Lincoln.

Güler, B. A. (2003, Mart 3). *Devlette Reform*. 01 20, 2014 tarihinde <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/bguler/makaleler.html>. adresinden alındı.

Hacısalihoğlu, Y. (2008, Güz). Kuramsal ve Kavramsal Bir Çözümleme: Mekan - Güç – Çatışma Ve Jeopolitik. *Beykent Üni. Stratejik Araştırmalar Dergisi*, 1(2), 22-44.

Horkheimer, M. (2013). *Akıl Tutulması* (9 b.). (O. Koçak, Çev.) İstanbul: Metis.

Hume, D. (1994). *Political Essays*. (K. Haalkonssen, Dü.) Cambridge: Cambridge Uni. press.

Hummel, H. (2000). *Der neue Westen, Der Handelskonflikt zwischen den USA und Japan und die Integration der westlichen Gemeinschaft*. (D. Forschungsgemeinschaft, Dü.) Münster: Agenda Verlag.

Hummel, H., & Wehrhöfer, B. (2004). Geopolitische Identitäten. *Welt Trend*, 12. 12 21, 2013 tarihinde alındı.

International Webster's Comprehensive Dictionary. (2003). *The New International Webster's Comprehensive Dictionary of the English Language*,. (S. S. Smith, Dü.) Trident Pr Intl.

Johnson, K., & Gold, R. (2013, 06 13). ABD'nin Petrol Üetimi, Rekor Düzeyde Yükseldi. *The Wall Street Journal*.

Joseph.S.Nye, & Welch, D. A. (2011). *Küresel Çatışmayı ve İşbirliğini Anlamak* (2. b.). (R. Akman, Çev.) İstanbul: İş Bankası.

Kaygalak, İ. (2011). Postmodern Eleştirilerin Coğrafi Düşünce ve Yeni Mekân Kavrayışları Üzerine Yansımaları. *Coğrafi Bilimler Dergisi*, 9 (1), 1-10.

Keohane, R. O. (1984). *After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy*. ABD: Princeton Press.

Keohane, R. O., & Nye, J. S. (1977). *Power and Interdependence. World Politicin Transition*. Boston, MA: Little, Brown.

Korkisch, F. (1987). Geopolitik – Geostrategie – Geoökonomie. *ÖMZ, Österreichische Militärische Zeitschrift*(1).

Mahçupyan, E. (2008). *Batıyı Anlamak, Zihniyet,Değişim ve Kriz.* İstanbul: İletişim.

Meier, C., Roßmanith, R., & Schäfer, H.-U. (2003). *Wörterbuch zur Sicherheitspolitik.* Hamburg: Mittler.

Nissel, H. (2010). Kritische Geopolitik. *ÖMZ,Österreichische Militärische Zeitschrift (1),* 11-21.

Nöbauer, T., & ÖnoI, I. (2014, 05 24). *Öğrenilmiş Çaresizlik: Otorite, İtaat ve Kontrol Üzerine.* 06 13, 2014 tarihinde <http://isinonol.com/wp-content/uploads/2014/03/LEARNED-HELPLESSNESS-Exhibition-Catalogue.pdf>. adresinden alındı.

Nuland, S. B. (2004, 09 13). The Death of Hippocrates. *New Republic.*

Nye, J. S. (1990). *Bound to Lead, The Changing Nature of American Power,* New York: Basic Books.

Nye, J. S. (2011 b, 06 27). Mächtige Umverteilung. (K. Ridderbusch, Röportaj Yapan) drradio.

Oßenbrügge, J. (2000). Entwicklungslinien der Politischen Geographie nach 1945. I. Diekmann içinde, *Geopolitik. Grenzgänge im Zeitgeist.* (s. 383-402). Potsdam: Verlag für Berlin-Brandenburg.

Reuber, P., & Wolkersdorfer, G. (2001). *Die neuen Geographien Des Politischen und Die neue Politische Geographie – Eine Einführung.* 03 21, 2013 tarihinde http://www.eduhi.at/dl/Reuber_Einfuehrung_PolGeo2001.pdf. adresinden alındı.

Sarıbay A. Yaşar, Demokrasinin Sosyolojisi, , 3.bs, Sentez Yy, Ankara 2013.

Schmitt, C. (2010). *Parlamentar Demokrasinin Krizi (2 b.).* (E. Zeybekoğlu, Çev.) Ankara, Dost.

Schmitt, C. (2002), *Siyasi İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm,* Ankara, Dost.

Strange, S. (1987, Sonbahar). The Persistent Myth of Lost Hegemony. *International Organization, 41(4),* 551-574.

Su, A. E. (2006). Eleştirel Teori Çerçevesinde Hegemonya ve Alt Hegemonya. *Cox, "Some Reflections on the Oslo Symposium"*, s. 245. Ankara: Ankara Üni. SBE UAI Bölümü.

Şahinöz, A., & diğerleri, v. (2004). *Küreselleşme Sürecinde Türkiye Tarımı*. 02 12, 2014 tarihinde http://www.zmo.org.tr/resimler/ekler/aaccd2766ec67ae_ek.pdf?tipi=14&sube=. adresinden alındı.

Şenel, A. (1996). *Siyasi Düşünceler Tarihi* (6 b.). Ankara: Bilim ve Sanat yay.

Tekinalp, Ş. (2005). Küreselleşen Dünyanın Bunalımı: Çokkültürlülük. *Journal of Istanbul Kültür University*, 3(1), 75-87.

Thompson, J. B. (2013). *İdeoloji ve Modern Kültür, Kitle İletişim Çağında Eleştirel Toplum Kuramı*. (İ. Çetin, Çev.) Ankara: Dipnot.

Thucydides. (MÖ.5 yy). *Geschichte des peloponnesischen Krieges* (Cilt 5-89). aktaran J. S.Nye ve D. Welch, Küresel Çatışmayı ve İşbirliğini Anlamak, (2. b.) İstanbul, İş Bankası. 2011.

Toscano, A., Fanatizm. çev. B. Özkul, İstanbul: Metis, 2013, s:11.

Tuathail, G. Ó., & Dalby, S. (1996). The Critical Geopolitics Constellation: Problematizing Fusions of Geographical Knowledge and power. *Political Geography*, 451-456. 12 11, 2013 tarihinde alındı.

Velioğlu, H. & vd. (2005). Ülkemizde Tohumculuk Sektörünün Durumu ve Bakanlık Uygulamaları. Ç. Üniversiteleri (Dü.), *Türkiye II. Tohumculuk Kongresi* içinde (s. 10-15). Adana: Çukurova Üniversiteleri Rektörlüğü.

Wallerstein, I. (2011). *Gücün Retoriği Avrupa Evrenselciliği*. (A. Kılıç, Çev.) İstanbul: BGST.

Walt, S. M., & Mearsheimer, J. (2014). *İsrail Lobisi ve ABD Dış Politikası*. (E. Ocak, Çev.) İstanbul: Zodyak.

Waltz, K. N. (2009). *İnsan,Devlet ve Savaş*. (E. B. vd., çev.) Ankara: Asil.

Weidenhausen, G. (2008, 04). *Die Renaissance der Geopolitik Teil I: Das Geopolitische Triumvirat der USA*. 02 20, 2013 tarihinde http://www.diedrei.org/Heft_4_08/04%20Weidenhausen-Geo2politik.pdf. adresinden alındı.

Werner, R. (2005). "Private Militärische Unternehmen". *Vortrag auf der 22. Internationalen Sommerakademie* . Burg Schlaining: sterreichischen Studienzentrums für Frieden und Konfliktforschung.

Wieser, C. (2013). *Lexikometrischen Diskursanalyse als Kritische Geopolitik am Beispielen der Arabischen Frhling*. Tübingen: Institute of Geography, Tübingen Uni.

Yılmaz, S. (2014, 05 29). *Japonya Ulusal Gvenliği*. 05 30, 2014 tarihinde <http://www.21yyte.org/tr/arastirma/japonya/2014/05/29/7618/japonya-ulusal-guvenligi>. adresinden alındı.

AİHM VE ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHATLARI IŞIĞINDA ADİL YARGILANMA HAKKININ KAPSAMI AÇISINDAN VERGİ UYUŞMAZLIKLARI

*The Position of Tax Disputes in Respect to the Scope
of the Right to a Fair Trial in the Light of the Case Law of the ECtHR
and the Constitutional Court*

Dr. Recep KAPLAN* – Yunus Emre YILMAZOĞLU**

ÖZET

Bireysel başvurunun uygulanmaya başlanmasıyla birlikte bireyler temel hak ve özgürlüklerinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuru yapabilmektedirler. Başvuruya konu olabilecek haklar hem Anayasa'da hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerde koruma altına alınan haklardır. Anayasa Mahkemesi de hakların kapsam ve içeriğini belirlerken ilgili hakkın hem Anayasa hem de Sözleşme tarafından düzenlenmiş olması koşulunu aramaktadır. Ancak Mahkeme vergi uyuşmazlıklarının adil yargılanma hakkı kapsamındaki konumu noktasında AİHM'den farklı bir içtihat geliştirmiştir. Bu kapsamda AİHM bazı vergi uyuşmazlıklarını adil yargılanma hakkının koruma alanı dışında bırakırken Anayasa Mahkemesi tüm vergi uyuşmazlıklarının hakkın kapsamına dâhil olduğunu kabul etmiştir.

Anahtar Kelimeler: Vergi Uyuşmazlıkları, Adil Yargılanma Hakkının Kapsamı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi.

ABSTRACT

With the actual implementation of the individual application, every person may apply to the Turkish Constitutional Court (TCC) alleging that the public power has violated any of his/her fundamental rights. The fundamental rights which can be subject to the individual application are those protected by both the Turkish Constitution and the European Convention on Human Rights (ECHR) and supplementary protocols

* Anayasa Mahkemesi Raportörü, recep.kaplan@anayasa.gov.tr

** Anayasa Mahkemesi Raportörü, yunus.emre.yilmazoglu@anayasa.gov.tr

thereto, which Turkey is a party to. While determining the scope and content of the rights, theTCC stipulates that the relevant right is regulated by the both Constiution and the ECHR. However the TCC developed a different approach from the European Court of Human Rights (ECtHR) on the issue of the position of tax disputes iin respect to the scope of the right to a fair trial. In this framework, while the ECtHR excluded some tax disputes from the scope of the ECHR, the TCC adopted that all tax disputes are included by the right to a fair trial.

Key Words: Tax disputes, Scope of the right to a fair trial, European Court of Human Rights, Constitutional Court.

◆◆◆◆

GİRİŞ

12 Eylül 2010 tarihinde halkoylamasına sunularak kabul edilen 7/5/2010 tarih ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Anayasa’da yapılan değişiklikle, temel hak ve özgürlüklerin etkin bir biçimde korunması amacına¹ matuf olmak üzere, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yolu açılmıştır. Bireysel başvurunun uygulanmaya başladığı 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren, herkes, Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurabilmektedir.

Anayasa Mahkemesi’ne yapılan bir bireysel başvurunun başvuruçü açısından arzu edilen sonucu verebilmesi için öncelikle kabul edilebilirlik aşamasını geçebilmesi gerekir. Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik kriterlerinden birisi başvuruya konu edilen ihlâl iddiasının Mahkemenin konu bakımından

¹ 5982 sayılı Kanun gerekçesinde bireysel başvurunun bu amacı “...Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iç hukuk yollarının tüketilmiş olup olmadığını araştırırken, ilgili ülkede bireysel başvuru kurumunun bulunup bulunmadığını da dikkate almakta ve bunu hak ihlallerinin ortadan kaldırılmasında etkili bir hukuk yolu saymaktadır. Bu nedenle, bireysel başvuru müessesesinin getirilmesiyle, hak ihlallerine maruz kaldığını iddia edenlerin önemli bir bölümünün bireysel başvuru aşamasında, başka bir ifadeyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gitmeden önce, tatmin edilebilmesinin mümkün olabileceği ve böylece Türkiye aleyhine açılacak dava ve verilecek ihlâl kararlarında azalma olacağı değerlendirilmektedir. Bu itibarla, Türkiye’de de iyi işleyen bir bireysel başvuru sisteminin kurulması, haklar ve hukukun üstünlüğü temelindeki standartları yükseltecektir...” denilerek ifade edilmiştir.

yetki alanına dâhil olmasıdır. Bir ihlâl iddiasının Anayasa Mahkemesi'nin konu bakımından yetki alanına dâhil olup olmadığının tespitinde Anayasa'nın 148. ve 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "*Bireysel başvuru hakkı*" kenar başlıklı 45. maddesinde düzenlenen ortak koruma alanı ölçütü esas alınmaktadır.

Anayasa'nın 148. maddesinin "Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir..." biçimindeki üçüncü fıkrası ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin "Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir." şeklindeki (1) numaralı fıkrası gereğince bireysel başvuruların esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia olunan hakkın sadece Anayasa'da güvence altına alınmış olması yeterli olmayıp bunun yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerinin kapsamına da dâhil olması gerekir.²

Yukarıdaki hükümler bir arada değerlendirildiğinde, diğer bütün temel hak ve özgürlüklerde olduğu gibi adil yargılanma hakkı bağlamında da bu hakkın kapsam ve içeriğinin belirlenmesi noktasında Anayasa ile AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerinin kesiştiği alanların dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da adil yargılanma hakkına yer verilmekle birlikte bu hakkın kapsamı Anayasa'da düzenlenmediğinden, bu hakkın kapsam ve içeriğinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) "adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesi çerçevesinde belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir.³ Bu çerçevede AİHS ve Anayasa'nın adil yargılanma hakkını düzenleyen hükümlerinin ortak koruma alanına dâhil olmayan uyuşmazlıklar Anayasa Mahkemesi'nin konu bakımından yetkisi dışında kalacaktır. Bir başka

² Diğerleri yanında bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, §§ 15-18.

³ Diğerleri yanında bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 38.

ifadeyle söz konusu ortak koruma alanı dışında kalan adil yargılanma hakkı ihlali iddiaları bireysel başvuruya konu olamayacaktır.

AİHS'in adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin birinci fıkrasında "Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan... bir mahkeme tarafından... görülmesini isteme hakkına sahiptir." denilmektedir. Anılan hükümden anlaşılacağı üzere, AİHS'te adil yargılanma hakkının kapsamı, "medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıklar"⁴ ve "cezai alanda yöneltilen suçlamalar (suç isnadı)" ile sınırlandırılmıştır. Bu çerçevede, bireysel başvuruda bulunan kişinin adil yargılanma hakkının sağladığı korumadan yararlanabilmesi için, medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili bir uyuşmazlığa taraf bulunması veya kendisine yönelik bir suç isnadının söz konusu olması gerekir. Anayasa Mahkemesi de adil yargılanma hakkının kapsamı belirlerken söz konusu ölçütleri esas almaktadır. Mahkemeye göre, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilmek için, başvurucunun ya medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir uyuşmazlığın tarafı olması veya başvurucuya yönelik bir suç isnadı hakkında karar verilmiş olması gerekmektedir.⁵

"Medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıklar" ve "suç isnadı" kavramları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından özerk kavramlar olarak yorumlanmakta⁶ ve hangi uyuşmazlıkların söz konusu kavramların kapsamına dâhil olduğu iç hukuktaki nitelendirmelerden bağımsız olarak belirlenmektedir.⁷ AİHM, AİHS'in yaşayan bir belge olma özelliğini gerekçe göstererek söz konusu kavramlarla ilgili tüketici bir tanım yapmaktan kaçınmaktadır. Bir tespit olarak, AİHM'in söz konusu kavramları geniş yorumlama eğiliminde ol-

⁴ AİHM bir hakkın, "medeni" hak niteliğinde olup olmadığını, bu hakkın iç hukuktaki sınıflandırmasına göre değil, hakkın maddi içeriğini ve etkilerini gözeterek belirlemektedir. Mahkeme bu belirlemeyi yaparken, genel olarak AİHS'in konusu ve amacı ile diğer taraf devletlerin hukuk sistemlerini de dikkate almaktadır. (*König/Almanya* [GK], B. No: 6232/73, 28/6/1978, § 89).

⁵ Diğerleri yanında bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı B. No: 2012/917, 16/4/2013, § 21.

⁶ *Boulois/Lüksemburg* [BD], B. No: 37575/04, 3/4/2012, § 90; *Engel ve Diğerleri/Hollanda* [GK], B. No: 5100/71 5101/71 5102/71, 8/6/1976, § 81.

⁷ AİHM Kararı, *Georgiadis/Yunanistan*, B. No: 21522/93, 29/5/1997, § 34.

duğu ifade edilebilir. Mahkeme kavramları yorumlarken iç hukuktaki tasniflere bağlı kalmamakta kavramları özerk bir biçimde yorumlamakta ve yargılamaya konu hak veya iddianın konusuna odaklanmaktadır.⁸

Bu çalışmada öncelikle vergilendirme ile temel hak ve özgürlükler arasındaki ilişki ele alınacak, vergilendirme yoluyla temel hak ve özgürlüklere yönelen müdahalelere karşı yargısal teminatlar bağlamında iç hukukumuzda kavramsal anlamda vergi davaları olarak da bilinen vergi uyuşmazlıklarından kaynaklanan davalar hakkında genel açıklamalara yer verilecek müteakiben bu davaların AİHS'in adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde yer alan "medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıklar" ve "suç isnadı" kavramları karşısındaki konumu AİHM içtihatları ışığında incelenecektir. AİHM içtihadı çerçevesinde konu açıklığa kavuşturulduktan sonra Anayasa Mahkemesinin adil yargılanma hakkının kapsamı açısından vergi uyuşmazlıklarına yaklaşımı açıklanacaktır. Bu sayede AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları mukayeseli olarak analiz edilecek ve her iki mahkemenin adil yargılanma hakkının kapsamı bakımından vergi uyuşmazlıklarına yaklaşımlarının benzer ve farklı yönleri tespit edilmiş olacaktır.

I. VERGİLENDİRME İLE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER İLİŞKİSİ

Vergilendirme, devlet ile birey arasında kurulan, kamusal niteliği haiz bir ilişkidir. Bu ilişki kapsamında, kamu giderlerinin finansmanı için devlet, vergilendirme yoluyla bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahalede bulunabilmektedir. Vergilendirme ile temel hak ve özgürlükler arasındaki bu ilişki, vergilerin yasallığı ilkesinin ana gerekçesini oluşturmaktadır.⁹ Vergilendirme yoluyla temel hak ve özgürlüklerin yasa ile sınırlandırılması esnasında sınırlamanın ölçüsüzlüğü ya da aşırılığı, temel hak ve özgürlüğün özüne dokunulmasına ya da kullanılmasına yol açabilir.¹⁰ Bu nedenle, vergilendirme yoluyla müdahalenin kapsamı açık ve belirgin bir yasaya dayanması zorunluluğu ya-

⁸ Sibel İnceoğlu, "Adil Yargılanma Hakkı", ed. Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Şen Matbaa, Ankara 2012, s.210.

⁹ Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, *Vergi Hukuku*, Gözden Geçirilmiş Değişiklikler İşlenmiş 22. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s:44.

¹⁰ Öncel, Kumrulu, Çağan, age., s:44.

ında, yasanın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin anayasal teminatlara uygun olması ve vergiyi doğuran olayın vücut bulmasından sonra vergi idaresinin işlem ya da eylemlerinin de yasa ile belirlenen usuller dairesinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Vergilendirme yoluyla devletin bireylerin farklı temel hak ve özgürlüklerine müdahalesi söz konusu olmaktadır. Vergilendirmenin akçalı bir ilişki olması nedeniyle müdahalenin en somut tezahürü mülkiyet hakkı üzerinde kendini gösterir. Bunun yanında, vergi güvenliği açısından bilgiye ihtiyaç duyulması halinde özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına, bir ara ulusal hukukumuzda uygulamada olduğu şekliyle vergi borcu nedeniyle yurt dışına çıkış yasağı konulması halinde seyahat özgürlüğüne, ticari yaşamdaki rekabeti ortadan kaldıracak nitelikteki vergi teşvik tedbirleri nedeniyle özel teşebbüs hürriyetine¹¹, tapu harcının yüksek belirlenmesi yoluyla yerleşme özgürlüğüne, yüksek oranlı ya da vergiden vergi alınması sonucunu doğuran harcama vergileri ve damga vergisi nedeniyle de mülkiyet hakkına ve sözleşme özgürlüğüne müdahalede bulunulması da mümkündür.

Vergilendirme yoluyla temel hak ve özgürlüklere müdahaleye karşı bireylerin hukuki koruma mekanizmalarına ve özellikle yargısal yola başvuru hakkına sahip olması temel hak ve özgürlüklerin etkin bir biçimde korunabilmesi bakımından zorunludur.

II. VERGİLENDİRME YOLUYLA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERE YÖNELEN MÜDAHALELERE KARŞI YARGISAL TEMİNATLAR

Temel hak ve özgürlüklere müdahale durumunda bireyler, birtakım anayasal teminatlara sahiptir. Öncelikle devlet, müdahaleyi bu teminatlara uygun şekilde gerçekleştirmekle yükümlüdür. Bununla birlikte, temel hak ve özgürlüklerin kâğıt üstünde anayasal teminata sahip olması bunların korunmasında yetersiz kalabilir. Tam anlamıyla hukuki koruma, bu teminatlara sahip olma yanında, müdahaleye karşı bu teminatların hayata geçirilmesine olanak sağlayan hukuki başvuru olanaklarının tanınması ve bu kapsamda müdahalenin hukuka uygunluğunun denetimini de zorunlu kılar. Bu bağlamda, birey ile devlet ara-

¹¹ Öncel, Kumrulu, Çağan , age., s:44.

sında vergi yoluyla müdahaleden kaynaklanan uyuşmazlık idari ya da yargısal yoldan çözüme kavuşturulabilir. Vergi uyuşmazlıklarının idari yoldan çözümü bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.

Vergi yoluyla temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelere karşı yargısal denetim yolları idari yargı ve anayasa yargısı tarafından icra edilir.¹²

Bilindiği üzere, idari faaliyetlerin yürütülmesi esnasında idari işlemler tesis edilmekte ve/veya idari eylemler gerçekleştirilmektedir. İdari işlemin iptali istemiyle açılan iptal davaları ve/veya idari işlem ya da eylemlerden doğan zararın giderilmesi istemiyle açılan tam yargı davaları idari yargı tarafından çözüme kavuşturulur. Genel bir ifadeyle, idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetimi, idari yargının görev alanını oluşturmaktadır. İdari yargı, denetim sonunda hukuka aykırı bulunduğu işlemleri iptal etmekte, idari işlem veya eylemlerin bir zarara neden olduğunu saptadığı durumlarda da idareyi tazminle yükümlü kılmaktadır. Vergilendirmeye ilişkin idari işlemler bakımından da sürecin genel olarak bu şekilde işlediğini ifade etmek yanlış olmayacaktır.

Vergilendirme ile ilgili yasaların anayasaya uygunluk denetimi ise anayasa

¹² “Vergi uyuşmazlığı” kavramı geniş yorumlandığında, bu uyuşmazlıkların sadece anayasa yargısı ve idari yargı tarafından çözüme kavuşturulmadığı sonucuna ulaşılabilir. Anayasa’nın 73. maddesi kamu giderlerini karşılamak üzere herkesi mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü tutmuştur. “...mali güç göstergelerinin bireylerde somutlaşması temeli üzerine inşa edilen vergi borcu, bireyler arasında ilişkilerin kurulması (hukuki muamele vergileri), ilişki sonucu girilen statü (maliklik, **intifa hakkı sahibi olma** vb) veya ilişkinin ekonomik sonuçlarına (gelir, harcama) bağlı olarak ortaya çıkmaktadır.” Vergi borcunun doğumuna ilişkin bu aşama “*tamamıyla özel hukuk alanında*” gerçekleşmektedir. Bu kapsamda taraflar, vergi yükümlülüğü ve sorumluluğuna bağlanan ekonomik sonuçların devrini konu edinen özel hukuk sözleşmeleri de yapabilmektedir. Sadece taraflar arasındaki iç ilişkide geçerli olup, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 8/3. maddesi uyarınca vergilendirme sürecinin tarh, tahakkuk ve tahsilden oluşan kamu hukukuna ilişkin boyutunda vergi idaresi bakımından bağlayıcılığı bulunmayan bu tür sözleşmeler nedeniyle rücu ilişkisini konu alan çeşitli uyuşmazlıklar da doğmaktadır. (Mustafa Akkaya, “Özel Hukuk Sözleşmelerinde Yer Alan Vergisel Hükümlerin Geçerliliği ve Bağlayıcılığı Sorunu”, *Yaklaşım Dergisi*, Yıl:8, S.95, Kasım-2000, s.151; kalın yazılı kelimeler bize aittir) Ödenen verginin sözleşmenin tarafları arasında özel hukuk karakterli bir “alacak/borç” niteliğine dönüştüğü bu uyuşmazlıklar adli yargı mercilerince çözüme kavuşturulmaktadır. Bu nitelik değişimi nedeniyle dar anlamda “vergi uyuşmazlığı” kavramı içinde değerlendirilemeyeceğini düşündüğümüz söz konusu uyuşmazlıklar AİHS’nin 6. maddesi bağlamında “medeni hak ve yükümlülük” kavramı bağlamında yorumlanabilir nitelikte olmakla birlikte inceleme konumuz dışında kalmaktadır.

yargısının görevidir. Bu denetimde yasanın anayasal vergileme ilkelerine¹³ ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimine uygunluğu anayasa yargısındaki denetim ölçütlerini oluşturmaktadır. Bunun yanında çalışmanın giriş bölümünde ifade edildiği üzere; anayasa yargısı, bireysel başvuru yoluyla, Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlâl edildiği iddiasını içeren bireysel başvuruları da incelemektedir. Bu bağlamda ihlâl yol açtığı ileri sürülen ve vergilendirme yoluyla yapılan müdahaleye karşı bireylerin temel hak ve özgürlüklerden birisi olan adil yargılanma hakkının korumasından yararlanma olanağına sahip olup olmadığı hususunun AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararları ışığında irdelenmesi önem arz etmektedir. Ancak bu inceleme yapılmadan önce, vergi uyuşmazlıklarından kaynaklanan davaların neler olduğunun tespiti gerekir.

III. VERGİ UYUŞMAZLIĞINDAN DOĞAN İDARİ DAVALAR

İdarenin vergi mevzuatının uygulanmasından kaynaklanan işlem ve eylemlerinin yargısal denetimi, idarî yargı düzeni içerisinde gerçekleştirilmekte olup, yargı sistemimizde vergi yargısına müstakil bir yargı düzeni olarak yer verilmiştir.

İdari yargının görev alanına giren vergi uyuşmazlıkları, pozitif hukuk düzenlemelerinden yola çıkılarak tespit edilebilir. Bu çerçevede, Anayasa’nın 155. maddesi, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun’un 6. maddesi ile 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 24. maddesi yol gösterici nitelik taşır.

2576 sayılı Kanun’un 6. maddesine göre, vergi mahkemeleri; genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davaları ve bu

¹³ Yasallık ilkesi, mali güce göre vergilendirme ilkesi, kanun hükmünde kararname ile düzenlenemeyecek yasak alan kuralı, hukuk devleti ilkesi ve bu kapsamda hukuki güvenlik ilkesi, kıyas yasağı, belirlilik ilkesi, yasaların genelliği ve yasa önünde eşitlik ilkesi, sosyal devlet ilkesi ve bu kapsamda mali güce göre vergilendirme ile vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ilkesi, bu ilkeler arasında belirtilebilir.

konularda 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un (AATUHK) uygulanmasına ilişkin davaları ve diğer kanunlarla verilen işleri çözümlenmekle görevlidir. Buna göre idarî yargı içerisinde örgütlenen özel görevli vergi mahkemeleri, vergi mevzuatının uygulanmasından doğan bireysel nitelikteki işlem ve eylemlere karşı açılan davaları ilk derece mahkemesi sıfatıyla görmektedir.¹⁴

Anılan kural, uyumsuzluğun ilişkili olduğu konuyu öngörmekte; ancak bu konuyla ilgili hangi işlem ve eylemlerden doğan uyumsuzlukların vergi uyumsuzluğuna neden olduğunu açıkça hükme bağlamamaktadır.¹⁵ Bu bağlamda “vergi uyumsuzluğundan doğan idari davalar” kavramını somutlaştırmak gerekmektedir. Vergiyi doğuran olayın ortaya çıkmasıyla başlayan ve tarh, tahakkuk ve tahsil aşamalarından oluşan vergilendirme sürecinde vergi mükellefleri ya da sorumluları hakkında vergi idaresince tesis edilen bireysel işlemlerin bu davaların konusunu oluşturduğu ifade edilebilir.¹⁶ Beyan üzerine tahakkuk eden vergilerde tarh işleminin ihtirazi kayıtlı konulan kısmı, vergi inceleme raporu ya da takdir komisyonu kararına dayanılarak yapılan re'sen, ikmalen ve idarece tarhiyat işlemleri, bu tarh işlemlerinin dava konusu edilmesi üzerine 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin (5) numaralı fıkrası uyarınca mahkeme kararına göre tahakkuk eden vergi ve ceza tutarı ile gecikme faizini gösteren işlem, teminat isteme, tecil isteminin reddine ilişkin işlem, ihtiyati haciz, ihtiyati tahakkuk, ödeme emri, teminatın paraya çevrileceğini bildiren işlem, haciz, satış kararı bu işlemlere dair akla gelen ilk örneklerdir.

Bunun yanında doğrudan doğruya tarh-tebliğ-tahakkuk ve tahsil aşamalarından oluşan vergilendirme sürecine ilişkin olmamakla birlikte vergi yükümlüsü veya sorumlusunun hukuksal durumunu ya da vergi ilişkisini etkileyen işlemlerden doğan uyumsuzluklar da söz konusudur.¹⁷ Doktrinde mükellefiyet tesisi, vergi hatasının düzeltilmesi başvurusunun reddi üzerine yapılan şikâ-

¹⁴ K. Burak Öztürk, “İdari Yargılama Hukuku Yönünden Vergi Davası Kavramına İlişkin Kısa Bir Değerlendirme”, *Mualla Öncel'e Armağan* içinde, II. Cilt, 1111-1124, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara Üniversitesi Yayınları No:243, Ankara 2009, s: 1113.

¹⁵ Öztürk, agm. s:1114.

¹⁶ Öztürk, agm. s:1115.

¹⁷ Öztürk, agm. s:1115.

yet başvurusunun reddi, vergi hatasının re'sen düzeltilmesi, gümrük vergi ve resimleri için alınan teminatın irat kaydedilmesi, ihbar ikramiyesi ödenmesi istemiyle yapılan başvurunun reddi konulu işlemler bu tür işlemlere örnek gösterilmektedir.¹⁸ 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesi uyarınca tesis edilen işlemler¹⁹ ile aynı Kanun'un 11. maddesi uygulamasına ilişkin işlemler²⁰ de vergi mükellefi ya da sorumlusunun hukuki durumunu etkileyen diğer işlemlerdir.

Öte yandan, vergi idaresinin bazı işlem ya da eylemleri nedeniyle bir zarar doğabilir ve Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasına dayanılarak, idari davada, vergi mahkemesinden bu zararın giderilmesi de istenebilir. Konu itibarıyla bu uyuşmazlıkları dört grupta toplamak mümkündür:²¹

¹⁸ Öztürk, a.g.m., s. 1116.

¹⁹ 2577 sayılı Kanun'un "İdari makamların sükutu" kenar başlıklı 10. maddesi şöyledir: "Madde 10 – 1. İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler.
2. (Değişik: 10/6/1994 - 4001/5 md.) Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İlgililer altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde, konusuna göre Danıştaya, idare ve vergi mahkemelerine dava açabilirler. Altmış günlük süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgili bu cevabı, isteminin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin cevabı da bekleyebilir. Bu takdirde dava açma süresi işlemez. Ancak, bekleme süresi başvuru tarihinden itibaren altı ayı geçemez. Dava açılmaması veya davanın süreden reddi hallerinde, altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açabilirler."
Örneğin, katma değer vergisi iadesinin gerçekleştirilmesi için yapılan başvurunun reddine ilişkin işlem, uzlaşma başvurusunun süre aşımı veya yetkisizlik sebebiyle reddine ilişkin işlemler (Serkan Ağar, "Vergi Davalarının Hukuki Niteliği", www.idare.gen.tr/agar-vergidavaları.htm, 16 Kasım 2014).

²⁰ 2577 sayılı Kanun'un "Üst makamlara başvurma" kenar başlıklı 11. maddesi şöyledir: "Madde 11 – 1. İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işleme başlamış olan idari dava açma süresini durdurur.
2. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır.
3. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır."
Danıştay bazı vergi uyuşmazlıklarında 11. maddenin uygulanma kabiliyetinin bulunmadığını kabul etmektedir. Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 16.2.2007 tarihli ve E:2006/232, K:2007/62 sayılı kararı: "...2577 sayılı Yasanın 11 inci maddesinde yer alan hükmün, verginin tarhına ilişkin idari işlemler yönünden uygulanması hukuken mümkün görülemez..." *Danıştay Dergisi*, sayı 122, s:89 ve devamı, http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_104341.pdf, 16 Kasım 2014.

²¹ Recep Kaplan, "Vergi Davalarında Hâkimin Karar Verme Yetkisinin Sınırları", *Vergi Dünyası*, Sayı:375, Kasım 2012 (91-104), s:102-103.

- 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinin (3) numaralı fıkrasına göre Danıştay, bölge idare mahkemesi ve vergi mahkemesi kararına göre işlem tesis edilmemesi²²;
- Anılan maddenin (6) numaralı fıkrasına göre vergi davalarında idarenin, mahkeme kararının tebliğ tarihi ile ödeme tarihi arasındaki süreye 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 48. maddesine göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanacak faizi ödememesi²³;
- vergi dairesi tarafından yapılan haksız tahsilâtın iade edilmemesi ve/veya faiz ödenmemesi;
- idarenin vergilendirme işleminde yaptığı yanlış ve hatalı uygulamalar neticesinde maddi ve manevi zarara uğranılması,

durumlarında açılacak tam yargı davalarında zararın giderilmesi istenebilir.

Vergi uyuşmazlıklarının somutlaştığı idari işlemler "*iptal davası*"nın konusunu oluşturabileceği gibi, bu işlemler nedeniyle meydana gelen malvarlığı eksilmelerinin giderilmesi istemi ile idari eylemlerden kaynaklanan zararların giderilmesi istemi "*tam yargı davası*"na da vücut verebilir.²⁴

2575 sayılı Kanun'un 24. maddesinde Danıştay'ın bazı uyuşmazlıkları ilk derece mahkemesi sıfatıyla çözüme bağlayacağı belirtilmiştir. Maddenin (1) numaralı fıkrasının "a" bendinde "*Bakanlar Kurulu Kararları*" ve "c" bendinde belirtilen "*Bakanlıklar ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemler*" vergi uyuşmazlığına konu olabilen düzenleyici işlemlerdendir. Bakanlar Kurulu Anayasa'nın 73. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca yasa ile vergi, resim harç ve benzeri mali yükümlülüklerin oranlarında gösterilen sınırlar dahilinde değişiklik yapmaya yetkili kılındığı takdirde, bu yetkisini, "Bakanlar Kurulu Kararı" biçiminde somutlaşan bir düzenleyici işlemle kullanabilir. Yine Maliye Bakanlığı'nın ülke çapında uygulanma kabiliyeti olan genel tebliğleri vergi uyuşmazlığı doğurmaya elverişli düzenleyici işlemlerdendir.

²² Ağar, agm.

²³ Ağar, agm.

²⁴ Turgut Candan , "Vergi Uyuşmazlıkları ve İdari Davalar", *Danıştay Dergisi*, Yıl:14 Sayı:54-55, 1984,s:37.

IV. VERGİ UYUŞMAZLIĞINDAN KAYNAKLANAN DAVALARDA ADİL YARGILANMA HAKKINA İLİŞKİN AİHM YORUMU

Çalışmanın giriş kısmında belirtildiği üzere, AİHM, “*medeni hak ve yükümlülükler*” ve “*suç isnadı*” kavramlarını sözleşmeye taraf devletlerin iç hukukundan bağımsız²⁵ ve özerk kavramlar biçiminde yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir.²⁶

AİHM’e göre uyuşmazlığın taraflarının birisinin idare olması uyuşmazlığın kendiliğinden medeni hak ve yükümlülükler alanına dahil olmadığı anlamını ortaya çıkarmaz. Bu kapsamda medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklar ibaresi medeni hak ve yükümlülükler üzerinde sonuç doğuran tüm uyuşmazlıkları kapsar. Bu açıdan meselenin idari, ticari ya da medeni hukukta düzenlenmiş olması ya da hükmü veren otoritenin idari bir birim ya da genel bir mahkeme olması çok az önem taşır.²⁷

AİHM Sözleşme’nin amacına uygun olarak adil yargılanma hakkı kapsamında medeni hak ve yükümlülükler kavramının kapsamı dışında tutulan uyuşmazlıkları dar yorumlama eğilimindedir.²⁸ Tersinden ifade edilecek olursa adil yargılanma hakkının kapsamını ulusal hukukta kamu hukuku içerisinde sınıflandırılan işlemleri de içerecek şekilde geniş yorumlama eğilimindedir. Bu eğilim *Ferrazzini/İtalya* kararında²⁹ şu şekilde ifadesini bulmaktadır.

*“Birey ile Devlet arasındaki ilişkilerin Sözleşme’nin kabulünden bu yana geçen son elli yılda birçok alanda geliştiği açıkça görülmektedir. Bu süre zarfında Devlet düzenlemelerinin özel hukuk kapsamındaki ilişkilere müdahalesi giderek artmaktadır. Bu durum ulusal hukukta “kamu hukuku” kapsamında sınıflandırılan işlemlerin 6. Madde’nin “medeni hukuk” kapsamına dahil olabilecek sonuçlar doğurduğunun AİHM tarafından tespit edilmesine yol açmıştır...”*³⁰

²⁵ Billur Yaltı, *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1. Bası, Eylül 2006, İstanbul, s:83-84.

²⁶ *König/Almanya* [GK], B. No: 6232/73, 28/6/1978, § 88.

²⁷ AİHM Kararı, *Ringeisen/Avusturya*, B.No:2614/65, 1/7/1971, § 94.

²⁸ David Harris vd., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, çev: Mehveş Bingöllü Kırıcı-Ulaş Karan, Şen Matbaa, Ankara 2013, s. 215.

²⁹ *Ferrazzini/İtalya* [BD], B. No:44759/98, 12/6/2001, §29.

³⁰ Çeviri için bkz. Gilles Dutertre, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/aih_m_kararlarindan_ornekler.pdf (10

Bir başka ifadeyle AİHM, “*biçim ve konusuna bakıldığında kamusal nitelik taşıyan, ancak sonucu özel bir hakkın ya da özel bir yükümlülüğün içeriğinde ve/veya belirlenmesinde doğrudan etkili olan birçok davayı*” AİHS’in 6. madde kapsamında değerlendirmektedir.³¹

Yukarıda belirtilen genel eğilime karşın *Ferrazzini/İtalya* kararında³² vergi uyuşmazlıklarının “*medeni hak ve yükümlülükler*” kavramının kapsamı dışında kaldığını kabul etmiştir. AİHM’in gerekçesi şu şekildedir:

“*Vergi alanında ise demokratik toplumlarda meydana gelmiş olabilecek gelişmeler, bireylerin ya da şirketlerin vergi ödeme yükümlülüklerinin temel niteliğini etkilememiştir. Bu gelişmeler Sözleşme’nin kabul edildiği zamandaki durumla karşılaştırıldığında, bireyin yaşantısının “medeni” alanına Devlet tarafından daha fazla müdahaleyi beraberinde getirmemiştir. Mahkeme, vergi meselelerinin hâlâ kamu yetkililerinin imtiyazlarının temel direğini oluşturduğunu düşünmekte, vergi mükellefleriyle vergi mercii arasındaki ilişkinin kamusal boyutunu ön planda görmektedir...Mahkeme ... vergi mükellefi açısından yol açtığı maddi etkilere karşın, vergi uyuşmazlıklarının medeni hak ve yükümlülükler kapsamına girmediği kanaatindedir.*”³³

AİHM, *Mieg de Boofzheim/Fransa* kararında, *Ferrazzini/İtalya* kararına³⁴ atıfla vergi uyuşmazlıklarının “*medeni hak ve yükümlülükler*” kavramının kapsamı dışında kaldığına ve “*salt geç ödeme faizi*”nin adil yargılanma hakkı kapsamında “*suç isnadı*” oluşturmadığına dikkat çekerek “*salt geç ödeme faizi*”ne ilişkin uyuşmazlıkların adil yargılanma hakkının kapsamı dışında bırakıldığını belirtmiştir.³⁵

Buna karşılık *The National & Provincial Building Society, The Leeds Permanent Building Society And The Yorkshire Building Society/Birleşik Krallık*³⁶

Aralık 2014), s. 149.

³¹ Yaltı, age. s:86.

³² *Ferrazzini/İtalya* [BD], B. No:44759/98, 12/6/2001, §29.

³³ Dutertre, age., s. 149.

³⁴ *Ferrazzini/İtalya* [BD], B. No:44759/98, 12/6/2001, §29.

³⁵ *Mieg de Boofzheim/Fransa*, B. No: 52938/99, 3/12/2002.

³⁶ *The National & Provincial Building Society, The Leeds Permanent Building Society And The Yorkshire Building Society/Birleşik Krallık*, B. No: 117/1996/736/933-935, 23/10/1997, §97.

kararında AİHM vergi iadesine ilişkin davaların medeni hak ve yükümlülükler kavramı kapsamında 6. maddenin korumasından yararlanacağı sonucuna varmıştır.

AİHS'in 6. maddesinin diğer bir uygulama olanı “suç isnadı” kavramı da AİHM özerk bir biçimde yorumlanmakta ve belirlediği ölçütlerle suç ve ceza kavramlarını değerlendirmektedir. AİHM “suç isnadı” kavramını, “yaptırıma konu fiilin iç hukukta ceza ya da disiplin yasalarında ya da her ikisinde birden sınıflandırılıp sınıflandırılmadığı”, “yaptırıma konu fiilin özü”, “olası cezanın ağırlık derecesi” olmak üzere üç kriteri dikkate alarak yorumlamaktadır.³⁷ Suç ulusal hukukta cezai alanda değerlendirilmediği zaman diğer iki ölçütün uygulanması söz konusu olmakta, ancak her ikisinin birlikte gerçekleşmesi aranmakta, birinin mevcudiyeti yeterli görülmektedir.³⁸

Vergi yasalarına aykırı fiillerden doğan vergi suçlarından yaptırımı hapis cezası olarak belirlenenlerin AİHS'in 6. maddesi anlamında bir suç isnadı teşkil ettiği tartışmasız olmakla birlikte, AİHM *Bendenoun/Fransa* kararında³⁹ mali nitelikli cezaların da 6. madde kapsamında olduğunu saptamıştır. AİHM kararında “vergi para cezalarını düzenleyen kanunun, özel bir statüde olan belli bir grubu değil vergi mükellefi olan bütün vatandaşları kapsamasını”, “vergi cezalarının mali zararın tazmini amacını değil, yeniden suç işlemeyi caydırıcı bir nitelik taşımasını”, “cezaların hem caydırıcılık, hem de cezalandırma amacı olan genel bir kurala göre uygulanmış olması”, “miktarın hem başvuru hem de başvuru şirketinin açısından oldukça önemli olmasını” ve “başvurucunun öngörülen miktarı ödememesi halinde ceza mahkemelerince hapse mahkûm edilebileceğini” topluca göz önünde bulundurarak, uyuşmazlığı “suç isnadı” kapsamında değerlendirmiş ve AİHS'nin 6. maddesinin, bu uyuşmazlığa uygulanabileceğine işaret etmiştir.⁴⁰

Jussila/Finlandiya kararında vergi para cezasının miktarının düşük olması nedeniyle uyuşmazlığı 6. maddenin kapsamından çıkarmayacağını kabul etmiştir.⁴¹

³⁷ *Engel ve Diğerleri/Hollanda* [GK], B. No: 5100/71 5101/71 5102/71, 8/6/1976, § 82).

³⁸ Yaltı, age., s:97.

³⁹ *Bendenoun/Fransa*, B. No:12547/86, 24/2/1994, §47.

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi, B.No:2013/596, 8.5.2014 § 26; Yaltı, age., s:99-100.

⁴¹ *Jussila/Finlandiya* [BD], B. No:73053/01, 23/11/2006, §38.

AİHM, *Georgiou/İngiltere* kararında ise; genelde cezanın vergi aslı ile birlikte idari davaya konu edildiği ulusal vergi uygulamamız açısından da önem taşıyan bir içtihat geliştirmiştir. AİHM önüne gelen uyuşmazlıkta vergi aslı ile suç isnadı oluşturan vergi cezasını ayırmanın mümkün olmadığını, bu gerekçeyle suç isnadı oluşturan bölümle ilgili olarak yapılacak değerlendirmenin, zorunlu olarak, belli bir ölçüde vergi tarhiyatına ilişkin kısmı da içereceğini belirtmiştir.⁴²

V. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BİREYSEL BAŞVURUDA ADİL YARGILANMA HAKKI AÇISINDAN VERGİ DAVALARINA YAKLAŞIMI

Anayasa Mahkemesi'nin B. No: 2013/4413, 21/11/2013 kararında,⁴³ "*Başvurucu, muhtasar beyanname üzerinden yapılan tahakkuka karşı açtığı davada, dayanak kanun maddesinin Anayasa'ya aykırılığını ileri sürmesine karşın mahkemece bu iddianın ciddiye alınmadığını, oysa bir başka mahkemenin bu iddiayı ciddiye alarak itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine götürdüğünü ve maddenin Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edildiğini, iptal kararı üzerine yargılamanın yenilenmesini istediğini ancak mahkemece yargılamanın yenilenmesi sebepleri dar yorumlanarak istemin reddedildiğini, söz konusu kararlar nedeniyle Anayasa'da güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi ile mülkiyet hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüş ve tazminat talebinde bulunmuştur*".

Anayasa Mahkemesi bu başvuruyu mülkiyet ve adil yargılanma hakları açısından ele almış, adil yargılanma hakkı kapsamındaki iddiaları konu bakımından yetkisizlik kapsamında değerlendirmemiş ve bireysel başvuruyu incelemiştir. Bu karar Anayasa Mahkemesi'nin vergi aslına yönelik bir uyuşmazlığı adil yargılanma hakkının kapsamı içerisinde değerlendiren ilk kararı olması bakımından oldukça önemlidir. Ancak bu kararda vergi uyuşmazlıklarından kaynaklanan başvuruların adil yargılanma hakkının kapsamına girip girmediği konusunda konu bakımından yetkiyle ilgili herhangi bir değerlendirmeye yer verilmemiştir.

Anayasa Mahkemesi, vergi uyuşmazlıklarından kaynaklanan başvuruların

⁴² *Georgiou/İngiltere*, B. No: 40042/98, 16/5/2000.

⁴³ Anayasa Mahkemesi, B. No: 2013/4413, 21/11/2013.

adil yargılanma hakkının kapsamına girip girmediği konusunu B. No: 2013/596, 8/5/2014 kararında açık bir şekilde tartışmıştır. Mahkeme bu kararında öncelikle AİHM'in adil yargılanma hakkı kapsamında vergi davalarına bakışını bir önceki başlıkta sunulan bakışını AİHM kararları doğrultusunda özetlemiştir.

Mahkeme, müteakiben vergi uyuşmazlıklarından kaynaklanan başvuruların adil yargılanma hakkının kapsamına girip girmediği konusunda kendi yaklaşımını ortaya koymuştur. Mahkeme bu kapsamda her ne kadar AİHM içtihadında suç isnadı niteliği taşımayan vergisel uyuşmazlıklar adil yargılanma hakkı kapsamı dışında bırakılmış ise de aşağıda belirttiği gerekçelerle bu konuda AİHM'den farklı bir yaklaşım benimsediğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre bu farklı yaklaşımın gerekçeleri şunlardır:⁴⁴

- Vergi uyuşmazlıkları ayrı bir yargı kolu tarafından değil idari yargı düzeni içinde ve özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, genel olarak 2577 sayılı Kanun uyarınca çözümlenmektedir.⁴⁵
- Usulsüzlük cezaları gibi ayrıksı durumlar dışında vergi aslı ve vergi cezası aralarındaki organik bağ dolayısıyla aynı davaya konu edilmekte, bu bağ vergi alacağının tahsili aşamasında da varlığını sürdürmektedir.⁴⁶
- Resen veya ikmalen yapılan tarhiyat işlemlerine karşı açılan davanın reddi halinde, mükellefin gecikme faizinin dava süresiyle doğru orantılı olarak artması nedeniyle, özellikle adil yargılanma hakkının unsurları arasında yer alan makul sürede yargılanma hakkı işlevsel bir rol oynayabilmektedir.⁴⁷

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/596, 8/5/2014, §27.

⁴⁵ Bu gerekçeye karşı şu şekilde bir itiraz mümkün olabilir. Böyle bir yaklaşım idari yargıda görülen tüm uyuşmazlıkların adil yargılanma hakkı kapsamına dahil olduğu gibi bir sonuca ulaşılmasına yol açar ki bu da yanlış bir çıkarım olur. Bu noktada yapılması gereken inceleme başvuru konusu yapılan meselenin "medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıklar" ve "suç isnadı" kavramları kapsamında kalıp kalmadığının değerlendirilmesidir.

⁴⁶ Kişiler istisnai bazı hallerde kendi beyanlarına karşı ihtirazı kayıt yoluyla ya da hataların düzeltilmesi yoluyla da dava açabilecekleri hususu da vergi cezasından bağımsız olarak sadece vergi aslına yönelik dava açılabilen haller arasında sayılabilir.

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi kararındaki argümanı destekler mahiyette bir görüş için bkz. Yunus Emre Yılmazoğlu, "İdari Yargıda Makul Süre Güvencesi", *Danıştay Dergisi*, Yıl: 2013, Sayı: 134. s. 61, 62.

Bu gerekçeye karşı şu şekilde bir argüman geliştirilebilir: Makul sürede yargılanma hakkı, dava konusu yapılan her türlü uyuşmazlık için önem arz eder. Davanın taraflarının dava-

- Vergisel uyuşmazlıkların mülkiyet hakkı başta olmak üzere medeni hak ve yükümlülükler alanında önemli yansımaları vardır.⁴⁸

Mahkeme yukarıda belirtilen gerekçelerle, vergi uyuşmazlıklarının adil yargılanma hakkının korumasından faydalanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Açıkça ifade etmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi'nin AİHM'den farklı olarak salt vergi aslına ilişkin uyuşmazlıkları da adil yargılanma hakkının kapsamına dahil eden yaklaşımı, bireysel başvuruda hakların kapsamının belirlenmesinde geçerli olan, Anayasa ile AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerinin kesiştiği alanların dikkate alınması ölçütüne uygun düşme de; hak ve özgürlüklerin alanını genişletmesi yönüyle olumlu görülebilir. Çünkü AİHS'in sağladığı koruma asgari düzeyde bir koruma olup Sözleşmeciler Devletler AİHS'in sağladığı koruma düzeyinden daha yüksek bir koruma düzeyi öğörebilirler.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun açılması temel hak ve özgürlüklerin korunması noktasında idari mercilerden ve derece mahkemelerinden umduğunu bulamayan bireyler açısından yeni bir hak arama yolu olmuştur. Ancak bireysel başvuruda ileri sürülebilecek haklar tüm Anayasal haklar değil sadece Anayasa ile Sözleşme ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerin kesiştiği alanlardaki haklardır. Anayasa Mahkemesi geliştirmiş olduğu içtihatlarında hakların sadece ismen değil, içerik olarak da kesişmesini aramakta bu kesişmenin olup olmadığının tespitinde de Sözleşme'yi yorumla-

nın erken sürede bitirilmesinde şüphesiz menfaati vardır. Vergi davalarında makul sürede yargılama yapılması önemlidir. Ancak gecikme faizinin dava süresiyle doğru orantılı olarak artmasının makul sürede yargılanma hakkı açısından Anayasa Mahkemesince yapılacak incelemede ilave bir kıymeti yoktur. Netice itibarıyla gecikme faizi özü itibarıyla bir ceza değil kamu alacağını enflasyona karşı korumak için öngörülen bir enstrümandır. Anayasa Mahkemesi bir vergi davası makul sürede tamamlanmadığında, adil yargılanma hakkı kapsamında faizle ilgili bir karar veremeyecek sadece makul sürede yargılama yapılamadığı gerekçesiyle tazminata hükmedebilecektir.

Şu ana kadar olan dönem itibarıyla, bu şekilde bir iddiayı içeren başvuruya ilişkin Anayasa Mahkemesi Bölümlerince verilmiş bir karar bulunmamaktadır.

⁴⁸ Burada AİHM kararlarında benimsenen bir yaklaşıma dikkat çekmek gerekir. AİHM yaklaşımı uyarınca, vergi aslına ilişkin davaların adil yargılama hakkı açısından inceleme konusu yapılamaması mülkiyet hakkı bakımından inceleme yapılamayacağı sonucunu doğurmaz.

makla görevli AİHM'in içtihatlarını nazara almaktadır. Adil yargılanma hakkının kapsam ve içeriğinin tespitinde de genel olarak bu yaklaşım benimsenmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin genel yaklaşımı bu şekilde olmakla birlikte vergi uyuşmazlıkları bakımından AİHM'den farklı bir yaklaşım benimsemiş ve hakkın kapsamını bireyler lehine olacak şekilde genişletmiştir. Bu çerçevede, AİHM salt vergi aslına ilişkin uyuşmazlıkları ve salt gecikme faizi ödemelerine ilişkin uyuşmazlıkları suç isnadı oluşturmadıkları ve medeni hak ve yükümlülükler kavramının kapsamına dahil olmadıkları gerekçesiyle adil yargılanma hakkının sağladığı korumanın kapsamı dışında bırakmışken, Anayasa Mahkemesi her türlü vergi uyuşmazlığının adil yargılanma hakkının korumasından istifade edebileceğine hükmetmiştir. Mahkemenin bu yaklaşımı işyükünün sürdürülebilirliği bakımından bir miktar sorun teşkil edebilirse de, hak ve özgürlüklerin alanının genişletilmesi noktasında önemli bir gelişmedir.



KAYNAKÇA

Ağar, Serkan “Vergi Davalarının Hukuki Niteliği”, www.idare.gen.tr/agar-vergi-davalari.htm, 16 Kasım 2014.

Akkaya, Mustafa “Özel Hukuk Sözleşmelerinde Yer Alan Vergisel Hükümlerin Geçerliliği ve Bağlayıcılığı Sorunu”, *Yaklaşım Dergisi*, Yıl:8, S.95, Kasım-2000.

Candan, Turgut “Vergi Uyuşmazlıkları ve İdari Davalar”, *Danıştay Dergisi*, Yıl:14 Sayı:54-55, 1984.

David, Harris vd., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, çev: Mehveş Bingöllü Kırıcı-Ulaş Karan, Şen Matbaa, Ankara 2013.

Dutertre, Gilles Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/aihm_kararlarindan_ornekler.pdf (10 Aralık 2014).

İnceoğlu, Sibel “Adil Yargılanma Hakkı”, ed. Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Şen Matbaa, Ankara 2012.

Kaplan, Recep “Vergi Davalarında Hakim Karar Verme Yetkisinin Sınırları”, *Vergi Dünyası*, Sayı:375, Kasım 2012 (91-104).

Öztürk, K. Burak “İdari Yargılama Hukuku Yönünden Vergi Davası Kavramına İlişkin Kısa Bir Değerlendirme”, *Mualla Öncel’e Armağan* içinde, II. Cilt, 1111-1124, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara Üniversitesi Yayınları No:243, Ankara 2009.

Öncel, Mualla; Kumrulu, Ahmet; Çağan, Nami *Vergi Hukuku*, Gözden Geçirilmiş Değişiklikler İşlenmiş 22. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

Yaltı, Billur *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1. Bası, Eylül 2006, İstanbul.

Yılmazoğlu, Yunus Emre “İdari Yargıda Makul Süre Güvencesi”, *Danıştay Dergisi*, Yıl: 2013, Sayı: 134.

KARARLAR

Danıştay Kararı

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 16.2.2007 tarihli ve E:2006/232, K:2007/62 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, sayı 122, s:89 ve devamı, http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_104341.pdf, 16 Kasım 2014.

Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2012/1049, 26/3/2013 (<http://www.kararlar-yeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/a95a9fb7-ef02-4b50-a826-7d9a-6188ca3f?wordsOnly=False>).

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2012/13, 2/7/2013 (<http://www.kararlar-yeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e10100e4-52b0-40e7-8ebd-d07c-0ba8ef18?wordsOnly=False>).

Anayasa Mahkemesi Kararı B. No: 2012/917, 16/4/2013 (<http://www.kararlar-yeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/51c9dfd7-c400-44db-a10c-93ce-0e818e01?wordsOnly=False>).

Anayasa Mahkemesi, B.No:2013/596, 8.5.2014 (<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/0a5c7096-6ca3-4de2-8b3a-2b9c26e31960?wordsOnly=False>).

Anayasa Mahkemesi, B. No: 2013/4413, 21/11/2013 (<http://www.kararlar-yeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/0174d2ae-1428-4a1e-ad2d-e57a-81a0191e?wordsOnly=False>).

AİHM KARARLARI

Bendenoun/Fransa, B. No:12547/86, 24/2/1994 (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/pages/search.aspx?i=001-57863>).

Boulois/Lüksemburg, B. No: 37575/04, 3/4/2012 (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/pages/search.aspx?i=001-110164>).

Engel ve Diğerleri/Hollanda, B. No: 5100/71 5101/71 5102/71, 8/6/1976 (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/pages/search.aspx?i=001-57479>).

Ferrazzini/İtalya, B. No:44759/98, 12/6/2001 (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/pages/search.aspx?i=001-59589>).

Georgiadis/Yunanistan, B. No: 21522/93, 29/5/1997 (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/pages/search.aspx?i=001-58037>).

Georgiou/İngiltere, B. No: 40042/98, 16/5/2000 (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/pages/search.aspx?i=001-5285>).

Jussila/Finlandiya [BD], B. No:73053/01, 23/11/2006 (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/pages/search.aspx?i=001-78135>).

König/Almanya, B. No: 6232/73, 28/6/1978 (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/pages/search.aspx?i=001-57512>).

Mieg de Boofzheim/Fransa, B. No: 52938/99, 3/12/2002.

(<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-23518>).

Neumeister/Avusturya, B.No: 1936/63 (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/pages/search.aspx?i=001-57544>).

Ringeisen/Avusturya, B.No:2614/65, 1.7.1971 (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/pages/search.aspx?i=001-57565>).

The National & Provincial Building Society, The Leeds Permanent Building Society And The Yorkshire Building Society/Birleşik Krallık, B. No: 117/1996/736/933-935, 23/10/1997 (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/pages/search.aspx?i=001-58109>).

TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ KORUMA TEDBİRİNİN ŞARTLARINDA 6526 SAYILI KANUN İLE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Criticism of the Amendments Made by the Code 6526
on the Conditions of Interception of Correspondence through
Telecommunication as a Protection Measure*

Dr. Ahmet Hulusi AKKAŞ *

ÖZET

6526 sayılı Kanun ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135'inci maddesinde düzenlenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin, süresinde, tedbire başvurulması için gerekli şüphe şartında, tedbire karar vermeye yetkili makamda ve tedbirin uygulanacağı suçlara ilişkin katalogda önemli değişiklikler yapılmıştır. Yapılan değişiklikler sonucunda tedbirin uygulanabilir olup olmadığı ve hangi durumlarda uygulanabileceği konularında ciddi problemlerin ortaya çıkacağı kanısındayız. Bu nedenle yapılan değişikliklerin olumlu ve olumsuz tarafları ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri esas itibari ile örgütlü suçla mücadele kapsamında uygulama kabiliyeti bulan bir koruma tedbidir. Bu durumu göz önünde bulunduran kanun koyucu, 6526 sayılı Kanun ile telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin şartlarını düzenleyen 135'inci maddede yaptığı değişikliklere paralel değişiklikleri gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, teknik araçlarla izleme ve bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma koruma tedbirlerinin şartlarında da yapmıştır. Bu nedenle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirindeki değişiklikler hakkında yapılacak açıklamalar, uygun düştükleri ölçüde diğer koruma tedbirlerinin şartlarında yapılan değişiklikler bakımından da geçerli olacağını belirtmekte fayda vardır.

Anahtar Kelimeler: Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, 6526 sayılı Kanun, kuvvetli şüphe sebepleri, sulh ceza hakimi, ağır ceza mahkemesi.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi, ahmethulusiakkas@gmail.com

ABSTRACT

Interception of correspondence through telecommunication as a protection measure of evidence, which is set out in article 135 of the Turkish Criminal Procedure Code, has been amended by the Code numbered 6526 in terms of period, grounds of suspicion, competent authority and the catalogue of crimes which are applicable for measures. It is argued that by implementing such measures after the amendments there would be uncertainties in the applicability and the circumstances in which they can be applied. In this respect, both the positive and the negative effects of the changes are elaborated on.

Interception of correspondence through telecommunication is a measure which is mainly applicable on the basis of fighting against organised crime. The lawmakers who consider the situation, made similar changes regarding the conditions of appointing of the undercover investigator, surveillance with technical means and search of computers, computer programs and transcripts, copying and provisional seizure similar to the amendments made by the Code numbered 6526 in article 135. Therefore, the explanations about the changes implemented in interception of correspondence through telecommunication substantially cover the above mentioned measures.

Key Words: interception of correspondence through telecommunication, the code numbered 6526, strong grounds of suspicion, justice of the peace, high criminal court.



GİRİŞ

21.02.2014 tarihinde kabul edilen ve 06.03.2014 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6526 sayılı Kanun ile Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 135’inci maddesinde düzenlenen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi koruma tedbirinin şartlarında önemli değişiklikler yapılmıştır. İncelememizde bu değişikliklerin olumlu ve olumsuz taraflarını ortaya koymaya çalışacağız. Üzerinde duracağımız değişikliklerden bazıları, diğer benzer koruma tedbirlerinin şartlarında da yapılmıştır. Dolayısıyla Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi koruma tedbirindeki değişiklikler hakkında yaptığımız açıklamalar, uygun düştükleri ölçüde diğer koruma tedbirlerinin şartlarında yapılan değişiklikler bakımından da geçerlidir. Çalışmada bütünlüğü korumak ve çalışmanın anlaşılır olmasını sağlamak amacıyla 6526 sayılı Kanun değişikliği sadece telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi-

min denetlenmesi koruma tedbiri açısından değerlendirilmiştir.

I. SUÇUN İŞLENDİĞİNE YÖNELİK ŞÜPHE ŞARTINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİĞİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. 6526 Sayılı Kanun Öncesinde

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135'inci maddesinde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi türleri olarak; iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine yer verilmiştir¹. Maddede ayrıca mobil telefonlarının yerinin tespit edilmesi de düzenlenmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135'inci maddesinin birinci fıkrasında, yapılan soruşturma ve kovuşturmada bir suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi halinde, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri kapsamında iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerinden birisine başvurulabileceği hüküm altına alınmıştır^{2,3}.

Maddede geçen "kuvvetli şüphe sebepleri" ifadesinden neyin anlaşılması gerektiği konusunda öğretide görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre, maddede geçen ifadenin, sanığın mahkûm edilmesi konusunda yüksek bir olasılık bulunduğu biçiminde anlaşılması, bu aşamada tedbire başvurmayı oranlılık ilkesine

¹ Centel, Nur; Zafer, Hamide; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. Baskı, İstanbul, 2013, s. 404; Şahin, Cumhur; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, I, 4. Baskı, Ankara, 2013, s. 286.

² 135'inci maddenin, 6526 sayılı kanun değişikliği yapılmadan önceki altıncı fıkrasında (6526 Sayılı Kanun'un 12'nci maddesinin birinci fıkrası ile CMK'nın 135'inci maddesine birinci fıkradan sonra gelmek üzere yeni bir fıkra eklenmiş ve sonraki fıkra numaraları buna göre teselsül ettirilmiştir) "Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir" hükmü yer almaktaydı. Bu düzenleme karşısında kanunda sayılan suçların sadece iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi bakımından dikkate alınması gerektiği; iletişimin ve mobil telefonlarının yerinin tespiti bakımından ise katalog sınırlamasının olmadığı sonucu ortaya çıkar (Kaymaz, Seydi; **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, 3. Baskı, Ankara, 2013, s. 125; Şen, Ersan; **Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, 6. Baskı, Ankara, 2013, s. 55; Şahin, Cumhur; s. 289).

³ 2/12/2014 tarihli ve 6572 sayılı Kanununun 42'nci maddesiyle, bu fıkra da yer alan "tespit edilebilir," ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Aynı Kanun değişikliği ile 135'inci maddeye beşinci fıkradan sonra gelmek üzere altıncı fıkra eklenmiştir. Söz konusu değişiklik sonucunda iletişimin tespiti için soruşturma evresinde sulh ceza hakiminin, kovuşturma evresinde ise yargılamayı yapan mahkemenin karar verebileceği hüküm altına alınmıştır.

aykırı hale getirir. Çünkü böyle bir durumda tedbire başvurma gereği kalmaz. Buna karşılık suçun işlendiği hususundaki basit şüpheye dayanarak da tedbire başvurulmaması gerekir⁴.

Bir diğer görüş, CMK'da tutuklama kararı verilebilmesi için “kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgu⁵” şartının arandığını (CMK md. 100, f. 1), buna karşılık iletişimin denetlenmesi kararı verilebilmesi için “suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebepleri” şartının arandığını, bu iki ifade arasında mutlaka bir farkın olması gerektiğini savunmaktadır⁶. Bu kabul neticesinde, iletişimin denetlenmesi kararı için çok basit suç şüphesinin yeterli olduğu, ancak suçun işlendiğine ilişkin belirtilerin kuvvetli olması gerektiği, bu görüşteki yazarlar tarafından savunulmaktadır⁷.

“Kuvvetli şüphe sebepleri” ifadesi ile “kuvvetli şüphe” ifadesinin aynı anlama gelmediğini savunan bir başka yazara göre, “kuvvetli şüphe sebepleri” ifadesinden basit bir başlangıç şüphesinden daha yoğun, ama yeterli ya da kuvvetli şüphe derecesine ulaşmayan şüphe seviyesi anlaşılmalıdır⁸. Bu görüşteki yazarlar, CMK'nın 137'nci maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenlemeyi görüşlerine gerekçe göstermektedirler. İlgili düzenlemede, CMK'nın 135'inci maddesine göre verilen kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, tedbire derhal son verileceği hüküm altına alınmıştır. Kovuşturmaya yer olmadığı kararı ise genellikle suç şüphesinin kamu davası açmaya yeterli olmadığı durumlarda verilmektedir. Bu nedenle “kuvvetli şüphe sebepleri” ifadesi basit şüphenin biraz üzerinde, ama yeterli şüphenin de biraz aşağısında yer alan şüphe derecesini ifade eder⁹.

⁴ Erdem, Mustafa Ruhan; “5271 sayılı CMK'da İletişimin Denetlenmesi”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı 3, Nisan 2005, s. 100; Öztürk, Bahri/ Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Sırma, Özge/ Kırıt, Yasemin/ Özaydın, Özdem/ Akcan, Esra/ Erdem, Efser; **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. Baskı, Ankara, 2012, s. 506.

⁵ 6526 sayılı Kanun'un 8'inci maddesi ile “Tutuklama Nedenleri” başlıklı CMK'nın 100'üncü maddesinin birinci fıkrasında değişiklik yapılmıştır. Bunun sonucunda fıkrada geçen “olguların” ifadesi “somut delillerin” şeklinde değiştirilmiştir.

⁶ Kunter, Nurullah/ Yenisey, Feridun/ Nuhoglu, Ayşe; **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, On sekizinci Bası, İstanbul, 2010, s. 802.

⁷ Kunter, Nurullah; Yenisey, Feridun; Nuhoglu, Ayşe; s. 802.

⁸ Taşkın, Mustafa; **Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, Ankara, 2008, s. 102.

⁹ Taşkın, Mustafa; s. 103.

Bir diğerk yazar ise CMK'nın 135'inci maddesinde geçen "suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı" ifadesi ile kastedilenin, suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesinin değil; şüpheli veya sanık tarafından suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığının anlaşılması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş, sadece suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesinin yeterli görülmemesinin, bu suçu işleme ihtimali basit şüpheye dayalı olanlar hakkında dahi iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasını mümkün kılacağını, bunun da bireyin özel hayatına yönelik kabul edilmesi mümkün olmayan ağır bir müdahale olacağını savunmaktadır¹⁰.

Başka bir görüş, "kuvvetli şüphe sebepleri" ifadesi ile kuvvetli suç şüphesinin kastedildiğini savunmaktadır. Çünkü "tutuklama" koruma tedbirinin düzenlendiği CMK'nın 100'üncü maddesinin birinci fıkrasında, tutuklamaya karar verilebilmesi için kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular gerekli iken; aynı maddenin üçüncü fıkrasında "*aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir*" denilmek suretiyle aynı husus farklı bir şekilde kaleme alınmıştır. Bu görüşe göre, tutuklamaya karar verilebilmesi için aranılan kuvvetli şüphe ile tutuklama nedenlerinin var kabul edilebileceği bazı suçların işlendiği hususunda daha düşük bir şüphe derecesinin arandığını kabul etmek mümkün değildir. Dolayısıyla "kuvvetli suç şüphesi" ifadesi ile "kuvvetli şüphe sebepleri" ifadesi arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır¹¹.

Öğretideki bir diğerk görüş ise tedbire başvurulabilmesi için kuvvetli şüphe sebeplerinin aranmasının, sanığın büyük bir ihtimalle mahkum edilmesini gerektirecek delil bulunması gerektiği anlamına geldiğini, bu durumun ise tedbiri uygulanamaz hale getirdiğini savunmaktadır. Zira böyle bir delile ulaşıldığı anda iletişimin denetlenmesi yoluna bařvurulmamalıdır¹².

Kanaatimizce "kuvvetli şüphe sebepleri" ifadesi ile "kuvvetli suç şüphesi" ifadesi arasında herhangi bir farklılık söz konusu değildir. Bu iki ifadenin arasında bir farklılığın olduğunu kabul etmek, özellikle tutuklama koruma tedbiri-

¹⁰ şen, Ersan; s. 107.

¹¹ Kaymaz, Seydi; s. 229; aynı yönde bkz. Centel, Nur; Zafer, Hamide; s. 408.

¹² Turhan, Faruk; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2006, s. 267.

nin uygulanması noktasında önemli sıkıntıları beraberinde getirir. Dolayısıyla kuvvetli suç şüphesi için belirtilen hususlar kuvvetli şüphe sebepleri için de geçerlidir. Bu bakımdan şüpheli veya sanığın suçu işlediği hususunda yüksek bir ihtimalin varlığı, kuvvetli suç şüphesine işaret eder¹³. Eldeki delillere göre, şüpheli veya sanığın mahkûm olma ihtimali kuvvetle muhtemel ise kuvvetli suç şüphesi var demektir¹⁴. Kuvvetli suç şüphesinin arandığı durumlarda, suçun işlendiğine ilişkin soyut bir şüpheden ziyade; şüphenin, somut olgulara ve delillere dayanması ve belli bir yoğunluğa ulaşmış olması gerekir¹⁵. Sonuç olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri kapsamında iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi için; hakkında soruşturma veya kovuşturma yürütülen şüpheli veya sanığın suçu işlediğine yönelik kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması gerekmektedir¹⁶.

B. 6526 Sayılı Kanun Sonrasında

6526 sayılı Kanun'un 12'nci maddesi ile telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin şartlarında yapılan değişiklik sonucunda, bu koruma tedbirine başvurulabilmesi için kuvvetli şüphenin somut delillere dayanması gerektiği hususu madde metninde açıkça vurgulanmıştır.

C. Değişikliğin Eleştirisi

Kuvvetli suç şüphesi denildiği zaman, şüphenin somut olgulara ve delillere dayanmasının şart olduğunu belirtmiştik. Dolayısıyla 6526 sayılı Kanun, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin şüpheye ilişkin şartlarında herhangi bir değişiklik getirmemiştir¹⁷. Çünkü suçun

¹³ Centel, Nur; Zafer, Hamide; s. 79; Şahin, Cumhuriyet; s. 240.

¹⁴ Kaymaz, Seydi; s. 222.

¹⁵ Şahin, Cumhuriyet; s. 240; Ünver, Yener; Hakeri, Hakan; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 1. Cilt, 8. Baskı, Ankara, 2013, s. 501.

¹⁶ 6572 sayılı Kanun değişikliği sonucunda iletişimin tespiti ayrı bir fıkrada bağımsız bir şekilde düzenlenmiş ve söz konusu fıkrada iletişimin tespitine başvurulabilmesi için sanığın suçu işlediğine yönelik kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması şartı aranmamış olsa da tedbir, kişi hak ve hürriyetlerine ağır bir müdahale teşkil eder, bu yüzden söz konusu şartın hala geçerli olduğu kanısındayız.

¹⁷ 6526 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesi ile CMK'nın 139'uncu maddesinde düzenlenen "Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi", 14'üncü maddesi ile CMK'nın 140'ıncı maddesinde dü-

işlendiğine yönelik kuvvetli şüpheden bahsedilebilmesi için bu şüpheyi destekleyecek somut olguların ve delillerin bulunması gereklidir. Kanun metninde yazsın veya yazmasın, kuvvetli şüphe şartının arandığı bir koruma tedbirine karar verecek makamın, suçun işlendiğine yönelik somut olguların ve delillerin varlığını mutlaka araştırması gerekir.

Sonuç olarak, şüpheyeye ilişkin şartlarında değişiklik yaparak, bu koruma tedbirine başvurulabilmesi için somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığının aranması, malumun ilanından başka bir şey değildir.

II. BELİRLİ SUÇLARA YÖNELİK UYGULAMA ŞARTINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİĞİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. 6526 Sayılı Kanun Öncesinde

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri kapsamında verilen iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi yalnızca katalogda yer alan suçlar bakımından uygulanabilmekteydi¹⁸. Kanunda belirtilen katalogdaki suçlardan birisinin de suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu olması nedeniyle, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bir suç, katalogda yer almasa bile bu suçla ilgili olarak iletişimin dinlen-

zenlenen "Teknik Araçlarla İzleme" koruma tedbirlerinin şüpheyeye ilişkin şartlarında da değişiklik yapılarak ilgili koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için "somut delillere dayanan kuvvetli şüphe" şartı getirilmiştir. Dolayısıyla Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi koruma tedbiri ile ilgili yaptığımız açıklamalar bu koruma tedbirleri için de geçerlidir.

¹⁸ Buna karşılık, iletişimin tespiti ve mobil telefonlarının yerinin tespiti tedbirlerinin uygulanmasının bütün suçlara yönelik olduğu, bu tedbirlerin katalogda yer alan suçlarla sınırlı bir şekilde uygulanmayacağı kabul edilmekteydi (Kunter, Nurullah; Yenisey, Feridun; Nuhoğlu, Ayşe; s. 809); Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda bu hususa şu şekilde değinmiştir: "Soruşturma evresinde şüphelinin kullandığı telefonuyla yaptığı görüşmelere ilişkin detay bilgilerinin, yani telefonla yapılan bağlantıların kimlerle ve ne zaman yapıldığının belirlenmesi anlamına gelen "tespit" CMK'nun 135. Maddesinin 6. Fıkrası kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu nedenle, hangi suça ilişkin olursa olsun, şüpheliye ait telefondan kimlerle, ne zaman görüşüldüğüne dair "tespit" CMK.nun 135/1. Maddesi uyarınca hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde c.savcısının kararıyla mümkün olacaktır" (Yargıtay 5. CD, 3. 10. 2005 tarih ve E. 2005/14969, K. 2005/20489 sayılı karar), <http://www.hukukturk.com>, erişim tarihi: 26.05.2014. Ancak yüksek mahkeme daha sonra vermiş olduğu kararlarında Cumhuriyet savcısının iletişimin tespitine ilişkin tutanakları, CMK'nın 160 ve 161'inci maddelerinde düzenlenen genel soruşturma yetkisi çerçevesinde elde edebileceğine hükmetmiştir, Yargıtay 8. CD, 23.11.2007 tarih ve E. 2007/8616, K. 2007/8160 sayılı kararı, <http://www.hukukturk.com>, erişim tarihi: 26.05.2014.

mesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kararları verilebilmekteydi. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu, söz konusu tedbirlerin uygulanması için adeta bir maymuncuk rolü görmekteydi. Bu dönemde dahi örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olsalar bile, ancak katalogda yer alan suçlara yönelik olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenebileceği, kayda alınabileceği ve sinyal bilgilerinin değerlendirilebileceği savunulmaktaydı¹⁹.

B. 6526 Sayılı Kanun Sonrasında

6526 sayılı Kanun'un 12'nci maddesi ile suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu katalog kapsamından çıkarılmış²⁰, nitelikli hırsızlık (TCK md. 142) ve yağma suçları (TCK md. 148, 149) katalog kapsamına dahil edilmiştir²¹.

C. Değişikliğin Eleştirisi

6526 sayılı Kanun ile katalogda yer alan suçlara ilişkin yapılan en önemli değişiklik "suç işlemek amacıyla örgüt kurma" suçunun katalog kapsamından çıkarılması olmuştur. Bu değişiklikte birlikte, ister bireysel olarak isterse de bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olsun, şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla yapmış olduğu iletişiminin denetlenebilmesi, kayda alınabilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilebilmesi için soruşturulan veya kovuşturulan suçun mutlaka CMK'nın 135'inci maddesindeki katalogda yer alması gerekecektir.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun CMK'nın 135'inci maddesindeki katalogdan çıkarılmasının temel sebebi, bu suç tipi vasıta kılınarak dinleme, kay-

¹⁹ Taşkın, Mustafa; s. 94; Kaymaz, Seydi; s. 167; Şen, Ersan; s. 125; Erdem, Mustafa Ruhan; s. 98.

²⁰ 6526 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesiyle CMK'nın 128'inci maddesinde düzenlenen "Taşınmaz Hak ve Alacaklara El Koyma"; 14'üncü maddesiyle CMK'nın 140'inci maddesinde düzenlenen "Teknik Araçlarla İzleme" koruma tedbiri için öngörülen katalogdaki suçlar arasından "suç işlemek amacıyla örgüt kurma" suçu çıkarılmıştır. Dolayısıyla bu başlık altında suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu ile bağlantılı yapacağımız açıklamalar, söz konusu koruma tedbirleri için de geçerlidir.

²¹ 6572 sayılı Kanun ile de Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (TCK md. 302), Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (TCK md. 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316), Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (TCK md. 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları katalog kapsamına dahil edilmiştir.

da alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinin önüne geçilmek istenmesidir. Zira CMK'nın 135'inci maddesinde değişiklik yapan 6526 sayılı Kanun'un 12'nci maddesinin gerekçesinde bu durum şu şekilde açıklanmıştır: *“Diğer yandan Türk Ceza Kanunu'nun 220'nci maddesinde düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun maddenin altıncı fıkrasında düzenlenen katalogdan çıkarılması suretiyle, bazı soruşturmalarda sırf bu tedbirin uygulanabilmesi için soruşturmanın suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu kapsamında başlatılıp yürütülmesi uygulamasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır”*.

6526 sayılı Kanun'un 12'nci maddesinin gerekçesinde de belirtildiği gibi, uygulamada soruşturmanın başında bir örgütün varlığından şüphelenildiğinden bahsedildiği, soruşturulan ancak CMK'nın 135'inci maddesindeki katalogda yer almayan suçların söz konusu örgütün faaliyetine dâhil edildiği, bunun akabinde suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve bu örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlara yönelik telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi, kaydedilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kararlarının alındığı, bu sayede delil toplandığı, toplanan delillerle iddianame düzenlendiği, ancak düzenlenen iddianamede ya suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan hiç bahsedilmediği ya da bu suçtan dolayı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiği, ama örgüt faaliyeti çerçevesinde işlendiği iddia edilen suçtan dolayı yargılama yapıldığı ve bu yargılamanın sonucunda kişilerin mahkum edildiği bir vakıa olarak karşımızda bulunmaktaydı.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu vasıta kılınarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesinin, kaydedilmesinin ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinin kötüye kullanılmasının önlenmesi cephesinden bakıldığında, değişikliğin yerinde olduğu söylenebilir. Buna karşılık bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işleme ihtimali olan bütün suçların CMK'nın 135'inci maddesindeki katalogda yer almaması nedeniyle, yapılan bu değişikliğin örgütlü suçlarla mücadelede bir zafiyete sebebiyet vereceği de söylenebilir. Nitekim öğretilde, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlar hakkında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi, kaydedilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine karar verilmesinin gerektiği ileri sürülmektedir²².

²² Kaymaz, Seydi; s. 168.

Diğer taraftan örgütle ilgili hükmün katalogdan çıkartılmış olması, ileride bazı tartışmaların yaşanmasına sebebiyet verebilir. Örneğin katalogda yer alan suç yanında örgütten ayrıca ceza verilmesi gereken durumlarda tereddüt yaşanabilecektir. Çünkü 6526 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucunda CMK md. 135'teki düzenleme sadece daha uzun süre dinlemeye izin vermekte, buna karşılık elde edilen delillerin örgüt suçunun ispatında kullanılmasına olanak vermemektedir. Dolayısıyla böyle bir durumda katalog kapsamındaki suça ilişkin elde edilen delillerin, ayrıca örgüt suçundan dolayı yapılan soruşturma veya kovuşturmada delil olarak kullanılması konusunda bir belirsizlik yaşanacaktır.

III. KARAR VERMEYE YETKİLİ MAKAM ŞARTINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİĞİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. 6526 Sayılı Kanun Öncesinde

6526 sayılı Kanun değişikliğinin öncesinde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kapsamındaki tedbirlere, soruşturma evresinde sulh ceza hakimi^{23,24}, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısı karar verebilmekteydi. Maddede; Cumhuriyet savcısının, kararını derhal hakim onayına sunacağı ve hakimin de en geç yirmi dört saat içerisinde kararını vereceği hüküm altına alınmıştı. Kovuşturma evresinde ise tedbire karar verme yetkisi yargılamayı yapan mahkemeye aitti²⁵. Kovuşturma evresinde gecikmede sakınca bulunduğu gerekçesi ile Cumhuriyet savcısının tedbire karar verebileceğine veya veremeyeceğine ilişkin madde metninde bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide bir görüş, kovuşturma evresinde Cumhuriyet sav-

²³ Soruşturma evresinde tedbire sulh ceza hakiminin karar vereceğine ilişkin maddede açık bir düzenlemenin bulunmadığı; ancak CMK'nın 162'nci maddesi göz önünde bulundurulduğunda bu hakimin sulh ceza hakiminin olması gerektiği sonucu çıkarılmaktadır (Kaymaz, Seydi; s. 251).

²⁴ 3713 sayılı TMK'nın 10'uncu maddesinin birinci fıkrası ile kurulan mahkemenin görev ve yetki alanına giren suçlarla ilgili olarak, aynı kanununun 10'uncu maddesinin üçüncü fıkrasının "c" bendinde öngörülen hakim, tedbire karar verebilmekteydi.

²⁵ Öztürk, Bahri ve diğerleri; s. 508; Ünver, Yener; Hakeri, Hakan; s. 612; Şen, Ersan; s. 129; tedbire sadece soruşturma evresinde başvurulabileceği, buna karşılık kovuşturma evresinde başvurulamayacağı görüşü için bkz. Centel, Nur; Zafer, Hamide; s. 410; Taşkın, Mustafa; s. 99.

cısının gecikmede sakınca olan hallerde dahi tedbire karar veremeyeceğini savunmasına rağmen, bu konuya ilişkin madde metninde düzenleme yapılması gerektiğini belirtmektedir²⁶. Kovuşturma evresine geçildikten sonra asıl yetkili makamın yargılamayı yapan mahkeme olacağı ve gerekli bir koruma tedbirine bu makam tarafından karar verileceği için madde metninde açıkça belirtilmiş olmasa da kovuşturma evresinde, gecikmede sakınca bulunan hallerde dahi Cumhuriyet savcısının tedbire karar verme yetkisinin olmadığı; dolayısıyla bu duruma ilişkin madde metninde bir değişiklik yapılması ihtiyacının bulunmadığı kanaatindeyiz.

B. 6526 Sayılı Kanun Sonrasında

6526 sayılı Kanun'un 12'nci maddesi ile yapılan değişiklik sonucunda, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kapsamındaki tedbirlere başvurulabilmesi için ağır ceza mahkemesi tarafından oy birliği ile karar verilmesi gerekmektedir^{27,28}. Değişiklik öncesinde olduğu gibi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kapsamındaki tedbirlere Cumhuriyet savcısı da karar verebilir; fakat Cumhuriyet savcısının verdiği karar, derhal ağır ceza mahkemesinin onayına sunulmalı ve ağır ceza mahkemesi yirmi dört saat içerisinde kararını vermeli- dir. Ağır ceza mahkemesinin, Cumhuriyet savcısının kararını onaylayabilmesi için yine oybirliği şartı gerekmektedir (CMK md. 135, f. 1)²⁹.

²⁶ Kaymaz, Seydi; s. 264.

²⁷ 3713 sayılı TMK'nın 10'uncu maddesinin birinci fıkrası ile kurulan mahkemenin görev ve yetki alanına giren suçlarla ilgili olarak, aynı kanununun 10'uncu maddesinin üçüncü fıkrasının "c" bendinde öngörülen hakim, tedbire karar verebilmekteydi. 6526 sayılı Kanun'un 1'inci maddesi ile Terörle Mücadele Kanunu'na Geçici 14'üncü madde eklenmek suretiyle TMK'nın 10'uncu maddesi uyarınca görevlendirilen ağır ceza mahkemeleri kaldırıldığı için bu mahkemelerin yetkilerine giren suçlardan dolayı yapılan soruşturmalar ve kovuşturmalar bakımından alınacak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kapsamındaki tedbirlere ilişkin kararlar da genel hükümlere tabi olacaktır.

²⁸ 6572 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilebilmesi için ağır ceza mahkemesinin oy birliği ile karar alması gerekirken; iletişimin tespitine soruşturma evresinde sulh ceza hakimi, kovuşturma evresinde ise yargılamayı yapan mahkeme karar vermeli- dir.

²⁹ 6526 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesiyle CMK'nın 128'inci maddesinde düzenlenen "Taşınmaz Hak ve Alacaklara El Koyma"; 13'üncü maddesiyle CMK'nın 139'uncu maddesinde düzenlenen "Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi"; 14'üncü maddesiyle CMK'nın 140'ıncı

Soruşturma evresinde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kapsamındaki tedbirlere karar verme yetkisi, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine aittir. Kovuşturma evresinde eğer yargılama ağır ceza mahkemesi tarafından yapılmakta ise yargılamayı yapan ağır ceza mahkemesi, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kapsamındaki tedbirlere de karar vermeye yetkilidir. Yargılama asliye ceza mahkemesinde yapılmakta ise bu durumda karar vermeye, bu mahkemenin yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesi yetkilidir.

C. Değişikliğin Eleştirisi

6526 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda ister soruşturma evresinde olsun isterse de kovuşturma evresinde olsun, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kapsamındaki tedbirlere kural olarak ağır ceza mahkemesi tarafından karar verilebileceğini belirtmiştik. Kanuna yönelik eleştirilerin de soruşturma ve kovuşturma evresi açısından ayrı ayrı ortaya konulması gerekir.

Değişiklik öncesinde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kapsamındaki tedbirlere, soruşturma evresinde sulh ceza hakimi tarafından karar verilebilecekti. İletişimin denetlenmesi kapsamındaki tedbirlere ağır ceza mahkemesi tarafından karar verilmekle şüpheli açısından daha güvenceli bir durumun oluşturulduğu yönünde bir izlenim oluşmaktadır. Ancak yapılan bu değişikliğin ceza muhakemesi sistemi ile uyum arz etmesi gerektiğinin de gözden uzak tutulmaması gerekir. Zira değişiklik ile oluşturulan durumda, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kapsamındaki tedbirlere ağır ceza mahkemesinin oy birliği ile karar vermesi; kişi hak ve hürriyetlerine doğrudan bir müdahale oluşturan ve şüpheliyi özgürlüğünden mahrum bırakan bir koruma tedbiri olan örneğin tutuklamaya ise sulh ceza hakimi ta-

maddesinde düzenlenen “Teknik Araçlarla İzleme” koruma tedbirlerine ilişkin maddelerde de değişiklik yapılmış; değişiklik ile bu koruma tedbirlerine de ağır ceza mahkemesi tarafından oy birliği ile karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine ağır ceza mahkemesi tarafından oy birliği ile karar verilmesi hakkında söylenenler belirtilen bu koruma tedbirleri açısından da geçerlidir.

rafından karar verilmesi gerektiği gibi bir tablo ortaya çıkmaktadır. Başka bir deyişle, değişiklik sonrasında, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını sınırlandıran tutuklama gibi ağır bir koruma tedbirine daha az güvenceli bir makam; temel hak ve hürriyetleri sınırlandırma açısından tutuklamaya göre nispeten daha hafif bir koruma tedbirine ise daha güvenceli bir makam karar verecektir³⁰.

Bir hukuk devletinde temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanmasında ölçülülük ilkesine riayet edilmelidir. Ölçülülük ilkesi, kişilere yükümlülük getiren işlemlerin sadece kanunlara dayanmasının yeterli olmadığı, bunun yanında kişi haklarının mümkün olduğunca korunması gerektiği anlamına gelir³¹. Ölçülülük ilkesinin elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkesinin olduğu belirtilmektedir³². Ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden olan ve ceza muhakemesindeki koruma tedbirleri açısından da geçerli olan orantılılık ilkesine göre³³, uygulanan tedbir olayın ağırlığı ile orantılı olmalıdır³⁴. Kanımızca daha ağır bir koruma tedbirinde (tutuklama) daha az güvenceli bir makama (soruşturma evresinde sulh ceza mahkemesine); daha hafif denilebilecek bir koruma ted-

³⁰ Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin tutuklamadan daha hafif bir tedbir olduğunun ifade edilmesi, bunlardan birincisinin sınırlandırdığı haberleşme hürriyetinin, ikincisinin sınırlandırdığı kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkından daha önemsiz olduğu anlamına gelmemektedir. Nitekim bilindiği üzere gerek Birleşmiş Milletler bünyesinde kabul edilen 1968 tarihli Tahran Bildirisi'nde gerekse 1993 yılında Viyana'da toplanan İnsan Hakları Dünya Konferansı sonucunda kabul edilen Viyana Bildirisi'nde bütün insan haklarının "evrensel, bölünmez, karşılıklı olarak bağımlı ve birbirine bağlı" olduğu belirtilmektedir. Bkz. Öğütçü, Muhlis; "Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar", **Prof.Dr.İrfan Baştuğ Anısına Armağan**, DEÜHFD, C.7, Özel Sayı 2005, s.566-567; insan hakları, ne şekilde tasnif edilirse edilsin bunlardan herhangi birinin diğerine önceliği ve üstünlüğü bulunmamaktadır (Donnelly, Jack; **Teoride ve Uygulamada İnsan Hakları**, (Çev: Erdoğan, Mustafa; Korkut, Levent), Ankara, 1995, s. 41); dolayısıyla burada ifade edilmek istenen husus, haberleşme hürriyeti ile kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı arasındaki bir astlık-üstlük ilişkisinin varlığı değil, temel hak ve hürriyetler bakımından doğurduğu sonuçlar itibarıyla tutuklamanın, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinden daha ağır bir tedbir olduğudur.

³¹ Metin, Yüksel; Ölçülülük İlkesi, Ankara, 2002, s. 20.

³² Metin, Yüksel; s. 21.

³³ Bu ilkenin yansımalarını örneğin tutuklama koruma tedbirine ilişkin düzenlemelerde görmemiz mümkündür. Buna göre, sadece adli para cezasını veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararının verilemeyecek (CMK md. 100, f. 4) veya tutuklama kararında adli kontrol tedbirinin yetersiz olacağına ilişkin fiili ve hukuki sebeplerin gösterilmek zorunda olunması (CMK md. 101, f. 1), orantılılık ilkesinin ceza muhakemesine yansımalarına örnek olarak gösterilebilir.

³⁴ Metin, Yüksel; s. 38.

birinde (telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi) ilkinde göre daha güvenceli bir makama (ağır ceza mahkemesine) yetki vermek suretiyle orantılılık ilkesine aykırı davranılmıştır.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri ancak CMK md. 135'teki katalogda yer alan suçlar hakkında uygulanabilir. Katalogda yer alan suçların da bir kısmı ağır ceza mahkemesinin madde bakımından yetkisine girmektedir. Dolayısıyla soruşturma evresinde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kapsamındaki tedbirlerden birine hükmeden ağır ceza mahkemesi, çoğu zaman bu işin kovuşturma evresinde de madde bakımından yetkili olacaktır. Bu durumda ağır ceza mahkemesi başkan ve üyelerinin, yargılama konusu fiil ile ilgili daha önceden bir kanaatlerinin oluşması, tarafsızlığı şüpheye düşüren bir hal olarak değerlendirilebilecek ve bu nedenle reddedilmeleri gündeme gelebilecek; ret talebinin haklı görülmesi durumunda, yargılama çoğu zaman suçun işlendiği yer dışındaki bir yerde görülmek zorunda kalacaktır. Bu durum ise yargılamanın ekonomikliği ilkesine birçok açıdan aykırılık teşkil edecektir. Birincisi; böyle bir durumda yargılamanın başka bir yere aktarılması gerekecektir ki, bu başlı başına yargılama makamına bir külfet oluşturur. İkincisi; ceza mahkemelerinin yer bakımından yetkisi belirlenirken suçun işlendiği yer mahkemesinin yetkili kılınmasının temel sebebi, bu mahkemenin yargılama konusu fiile ilişkin delillere ulaşmasındaki kolaylıktır. Yargılamanın suçun işlendiği yer dışındaki bir başka mahkemede görülecek olması, bu kolaylığı ortadan kaldıracak, yargılamayı yapan mahkemenin delillere ulaşması için de ilave bir çaba sarf etmesi gerekecektir.

CMK'nın 135'inci maddesindeki hüküm gereğince telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kapsamındaki tedbirlere kovuşturma evresinde de karar verilebilir. Yargılamayı yapan mahkeme ağır ceza mahkemesi ise bu durumda tedbir kararını da bu mahkeme verir. Ancak yargılama asliye ceza mahkemesinde yapılmakta ise bu durumda bu mahkeme tedbire karar veremeyecek, tedbire karar vermesi için yargı çevresinde bulunan ağır ceza mahkemesine başvurmak zorunda kalacaktır.

Asliye ceza mahkemesinde görülen davalar ile ilgili şöyle bir çelişkili durum

ortaya çıkar: Yargılamayı yapan ve sanık hakkında mahkumiyet kararı vermeye yetkili bu mahkeme, yargılama esnasında sanığın iletişiminin dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ihtiyaç duysa bile, CMK md. 135'te yapılan değişiklik nedeniyle, bu tedbirlere doğrudan başvuramayacaktır. Bu mahkeme, kovuşturma esnasında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kapsamındaki tedbirlere karar vermesini, yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesinden istemek zorundadır. Başka bir deyişle, sanık hakkında mahkumiyet kararı vermeye yetkili bir mahkemenin, değişiklik sonrasında, bu karar için gerekli olan bir koruma tedbirine başvurma yetkisi bulunmamaktadır.

Ağır ceza mahkemesi açısından ise bu mahkeme yargılama sonucunda sanık hakkında oy çokluğu ile de olsa mahkumiyet hükmü tesis edebilirken; yargılama esnasında ihtiyaç duyduğu bir koruma tedbirine ise ancak oy birliği ile karar vermek zorundadır. Dolayısıyla sanığın özgürlüğünü yıllarca kısıtlayan bir kararın verilmesi için oy çokluğunun yeterli olması; ancak bu karara ulaşmak için başvurulmuş bir koruma tedbirine karar verilebilmesinde oy birliğinin aranması gerektiği gibi çelişkili bir durum ortaya çıkmıştır.

IV. SÜRE ŞARTINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİĞİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. 6526 Sayılı Kanun Öncesinde

6526 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135'inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kapsamındaki tedbirlerden iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasına en çok üç ay için karar verilebilmekte ve bu süre bir kez daha uzatılabilmekteydi. Bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak ise gerekli görülmesi halinde, soruşturma evresinde sulh ceza hakimi, kovuşturma evresinde yargılamayı yapan hakim veya mahkeme bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilirdi³⁵. Başka bir deyişle bireysel olarak işlendiği iddia edilen suçlardan dolayı kişilerin iletişimi en fazla altı aylık süre için; örgüt faaliyeti

³⁵ Sürenin uzatılmasına ilişkin kararların ancak hakim tarafından verilmesi gerektiği görüşü için bkz. Şahin, Cumhuriyet; s. 290; Kunter, Nurullah; Yenisey, Feridun; Nuhoğlu, Ayşe; s. 807.

çerçevesinde işlendiği iddia edilen suçlardan dolayı, hüküm verilinceye kadar iletişimin denetlenmesi mümkündür.

Maddede mobil telefonlarının yerinin tespiti açısından ayrı bir süre öngörülmüştü. Buna göre, mobil telefonların yerinin tespit işlemi en çok üç ay için yapılabilmekte ve bu süre bir daha uzatılabilmekteydi (Değişiklik öncesi CMK md. 135, f. 4).

B. 6526 Sayılı Kanun Sonrasında

6526 sayılı Kanun'un 12'nci maddesi ile yapılan değişiklik sonucunda, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kapsamındaki tedbirlerin uygulanma süresinde önemli değişiklik yapılmıştır. Buna göre, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması için öngörülen süre üç aydan iki aya indirilmiştir. Gerekli görülmesi halinde uzatma kararı alınabilir. Fakat belirtilen tedbirlerin en fazla bir ay süre ile uzatılması mümkündür. Dolayısıyla telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kapsamında iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasına en fazla üç aylık bir süre için başvurulabilir. Örgütün faaliyeti çerçevesinde işlendiği iddia edilen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturma kapsamında ise bu süreye ek olarak her defasında bir aydan fazla olmamak ve toplam üç ayı geçmemek üzere sürenin uzatılmasına karar verilebilir. Böylece örgütün faaliyeti çerçevesinde işlendiği iddia edilen suçlardan dolayı yapılan soruşturma veya kovuşturma kapsamında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kapsamında iletişimin tespiti, dinlenmesi veya kayda alınmasına en fazla altı aylık bir süre için başvurulabilmektedir³⁶.

C. Değişikliğin Eleştirisi

6526 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kapsamındaki tedbirlerin süreleri önem-

³⁶ 6572 sayılı Kanun ile iletişimin tespiti, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine ilişkin sürenin yer aldığı birinci fıkra kapsamından çıkarılmıştır. İletişimin tespitin düzenlendiği 6572 sayılı Kanun sonrasındaki CMK md. 135/6'da ise süreye ilişkin bir açıklama yer almamaktadır. Böylece iletişimin tespiti kararının ne kadar süre ile uygulanacağı konusunda bir belirsizlik hali oluşturulmuştur.

li sayılacak şekilde kısaltılmıştır. Kanunda öngörülen süreler soruşturma ve kovuşturma evresi bakımından ayrı ayrı değil, her iki evreyi de kapsayacak şekilde düzenlenmiş olsa da denetleme kapsamındaki tedbirlere daha çok soruşturma evresinde başvurulabilir. Zira telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri bir delil toplama vasıtasıdır ve CMK'ya göre delillerin esas toplanacağı evre soruşturma evresidir. Dolayısıyla denetleme kapsamındaki tedbirlerin sürelerinin, soruşturma evresi süreleri ile karşılaştırılmasında herhangi bir sakınca olmayacağı kanaatindeyiz. Aşağıdaki tablolarda 2003-2013 yılları arasında ülkemizdeki yapılan ceza soruşturmalarının ortalama sürelerine yer verilmiştir.

TABLO 1: Soruşturma evresi ortalama görülme süreleri, Türkiye (2003-2013)³⁷

	YILLAR										
	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Ortalama Görülme Süresi (Gün)	243	268	306	333	338	346	310	310	338	363	372
Faili Meçhul Dosya Sayılarından Arındırılmış Ortalama Görülme Süresi (Gün)	88	98	117	125	116	111	108	93	88	89	90

TABLO 2: TMK 10. Madde ile Görevli Cumhuriyet Başsavcılıkları Soruşturma Evresi Ortalama Görülme Süreleri, Türkiye (2003-2013)³⁸

	YILLAR										
	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Ortalama Görülme (Gün)	833	851	811	946	835	636	642	648	707	621	725
Faili Meçhul Dosya Sayılarından Arındırılmış Ortalama Görülme Süresi (Gün)	167	212	237	317	293	227	234	224	249	252	306

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135'inci maddesinin 6526 sayılı Kanun ile değişiklikten sonraki dördüncü fıkrasında, telekomünikasyon yoluyla yapılan

³⁷ Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adli İstatistikler 2013, Ankara, s. 7.

³⁸ Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, s. 25.

iletişimin denetlenmesi kapsamında iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kararlarında yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespite imkan veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresinin mutlaka belirtileceği hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm karşısında, faili meçhul bir suçtan dolayı maddede sayılan tedbirlere başvurulmasının imkanı yoktur. Dolayısıyla 6526 sayılı Kanun ile CMK'nın 135'inci maddesinde yapılan süreye ilişkin değişikliğin değerlendirilmesinde, tablodaki faili meçhul dosyalardan arındırılmış ortalama soruşturma sürelerinin dikkate alınması gerekmektedir.

Tablolardan da anlaşılacağı gibi, ülkemizde genel suçlardan dolayı yapılan soruşturmanın 2003-2013 yılları arasındaki ortalama süreleri en az 88 en çok ise 125 gün; TMK md. 10 ile görevli Cumhuriyet başsavcılıklarınca yürütülen soruşturmanın ortalama süreleri en az 167 en çok ise 317 gün olarak gerçekleşmiştir. Bireysel olarak işlenen suçlardan dolayı yapılan soruşturmalarda verilecek telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kararlarına ilişkin süreler açısından birinci tablodaki sürelerin; örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı yapılan soruşturmalarda verilecek telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kararlarına ilişkin süreler açısından ise ikinci tablodaki sürelerin göz önünde bulundurulması gerektiği kanaatindeyiz. Zira bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlara ilişkin soruşturmalar, genelde TMK md. 10 ile görevli Cumhuriyet başsavcılıklarınca yapılmaktaydı.

Kanımızca 6526 sayılı Kanun ile CMK'nın 135'inci maddesinde yapılan tedbirin süresine ilişkin değişiklik son derece yerinde olmuştur. Zira telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kapsamındaki tedbirlerin süreleri genel soruşturma süreleri ile paralellik arz eden bir süreye indirilmiştir. Değişiklik öncesinde söz konusu tedbirlerin süreleri altı aya kadar uzayabilmekte; bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak ise müteaddit defa yapılan uzatmalarla bu süre çok daha fazla olabilmekteydi. Böylece soruşturma makamları, soruşturmanın başında almış oldukları bir karar ile soruşturmayı sadece dinleme, kayda alma veya sinyal bilgilerinin değer-

lendirilmesi üzerinden yapabilmekte; ya başka hiçbir koruma tedbirine dahi ihtiyaç duyulmadan soruşturmalar tamamlanabilmekte ya da diğer koruma tedbirlerine telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sonucunda elde edilen delillerin akabinde başvurulmaktaydı. Değişiklik sayesinde, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesine ancak gerekli olduğu sürece ve oranda müracaat edilecektir. Böylece söz konusu koruma tedbirinin soruşturma makamlarınca hoyratça kullanılmasının önüne geçilmiştir.

V. TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ KORUMA TEDBİRİNİN ŞARTLARINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİĞİN DAHA ÖNCE VERİLEN KARARLARA ETKİSİ

6526 sayılı Kanun ile Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbirinin şartlarında gerçekleştirilen değişikliklerin, daha önce verilmiş olan kararlara nasıl etki edeceğinin tespit edilmesi gerekir. Konuya ilişkin olarak uygulamada çıkabilecek sorunlar, örneklerle sunulmaya çalışılmıştır. Böylece sorunun daha anlaşılır kılınması amaçlanmıştır.

Olay: 16 yaşındaki B'yi istismar ettiği gerekçesi ile (TCK md. 103) yapılan soruşturmada, delil elde etmek amacıyla, şüpheli A'nın kullanmış olduğu cep telefonunun üç ay süre ile dinlenmesine Sulh ceza hakimi tarafından karar verilir. Tedbirin uygulanmasının üzerinden iki ay geçtikten sonra 6526 sayılı Kanun yürürlüğe girer.

Soru: Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi kapsamında verilen dinleme kararının akıbeti nedir? Verilen dinleme kararının uzatılması mümkün müdür? Mümkün ise hangi andan itibaren uzatma kararı verilmelidir?

Cevap: Ceza muhakemesi hukukunda derhal uygulama ilkesi geçerlidir. Bu ilke gereğince yürürlükte bulunan kanuna göre tamamlanmış işlemler geçerliliklerini korurlar. Dolayısıyla telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kapsamında, 6526 sayılı Kanun öncesinde, soruşturma evresinde, Sulh ceza hakimi tarafından verilen dinleme kararları geçerliliklerini koruyacaklardır. Ancak tedbirin uygulanmasına 6526 sayılı Kanun sonrasında da devam edileceği için Sulh ceza hakimi tarafından verilen kararın ancak 6526 sa-

yılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihe kadar geçerli sayılması gerekir. Zira 6526 sayılı Kanun ile tedbirin süresi iki aya indirildiği ve somut durumda 6526 sayılı Kanun yürürlüğe girdiği anda tedbirin iki aydır uygulanmakta olması nedeniyle, söz konusu Kanun yürürlüğe girdikten sonra da tedbire devam edilmek isteniyorsa tedbirin uzatılmasına ilişkin yeni bir karar alınması gerekir. Bu durumda 6526 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler yürürlükte olduğu için tedbire uzatma süresi olan bir aylık bir süreliğine daha başvurulabilecektir. Bu uzatma kararının ise ağır ceza mahkemesi tarafından oy birliği ile alınması gerekir.

Olay: 16 yaşındaki B'yi istismar ettiği gerekçesi ile (TCK md. 103) yapılan soruşturmada, delil elde etmek amacıyla, şüpheli A'nın kullanmış olduğu cep telefonunun üç ay süre ile dinlenmesine Sulh ceza hakimi tarafından karar verilir. Tedbire üç ay süre ile başvurulduktan sonra, bir üç aylık daha uzatma süresi alınır. Uzatma süresi içerisinde iken 6526 sayılı Kanun yürürlüğe girer.

Soru: 6526 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra da somut olayda tedbirin uygulanmasına devam edilecek midir?

Cevap: Daha önce de belirtildiği gibi, ceza muhakemesinde derhal uygulama ilkesi geçerlidir. Bu ilke gereğince eski kanuna göre tamamlanmış işlemler geçerliliklerini korurlar. Burada sorun arz eden husus, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri açısından, eski kanuna göre tamamlanmış işlemde neyin anlaşılması gerektiğidir. Eğer kararın verilmesi kararın uygulanmasını da kapsar diyorsak, o zaman tedbirin süresinde yapılan değişiklik eski kanun zamanında verilen kararlara herhangi bir etkide bulunmaz. Bu durumda eski kanun zamanında verilen kararlar, bu kanun zamanında gösterilen sürenin sonuna kadar uygulanır. Yeni kanunda daha az bir sürenin öngörülmüş olmasının herhangi bir önemi yoktur. Buna karşılık, tamamlanmış işlemde sadece kararın verilmesi anlaşılır ise çözüm daha farklı olacaktır. Katıldığımız bu görüşe göre, tamamlanmış işlemde ne anlaşılması gerektiği noktasında, kararın verilmesi kararın uygulanmasını kapsamaz. Bu nedenle eski kanun zamanında bir kararın uygulanmasına başlanmış; ancak yeni kanun süreyi kısıtlıyor ise derhal uygulama ilkesi gereğince yeni kanun uygulanmalıdır. Bu nedenle olayımızda yeni kanun yürürlüğe girdiği esnada, yeni kanunda öngörülen maksimum süre dolduğu için tedbire yeni kanun yürürlü-

ğe girdikten sonra derhal son verilmelidir. Bu durumda soruşturma makamlarının tedbirin tekrardan uzatılmasını isteme yetkisi de bulunmamaktadır.

SONUÇ

6526 sayılı Kanun'un 12'nci maddesi ile telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesini düzenleyen CMK'nın 135'inci maddesinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Süreye ilişkin şartta yapılan değişiklik, bu tedbirin hoyratça kullanılmasını önlemesi nedeniyle; suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunu katalogdan çıkaran değişiklik ise bu suç tipinin bir maymuncuk gibi kullanılarak katalogda yer almayan suçlara ilişkin tedbir kararlarının verilmesini önlemesi nedeniyle olumlu olmuştur. Tedbirin uygulanabilmesi için öngörülen şüphe şartında ise herhangi bir değişikliğin gerçekleştirilmediği kanaatindeyiz. Zira değişiklik öncesinde tedbirin uygulanabilmesi için kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ile somut delillere dayanan şüphe sebeplerinin bulunması arasında herhangi bir fark yoktur. Kuvvetli şüphe sebepleri denildiği zaman, şüphenin mutlaka somut delillere dayanıyor olması gereklidir. Tedbire hem soruşturmada hem de kovuşturmada ağır ceza mahkemesi tarafından oy birliği ile karar verilecek olması ise tedbiri adeta uygulanamaz hale getirmiştir.



KAYNAKÇA

Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, **Adli İstatistikler 2013**, Ankara, Yayın yılı belirtilmemiş.

Centel, Nur; Zafer, Hamide; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. Bası, İstanbul, 2013.

Donnelly, Jack; **Teoride ve Uygulamada İnsan Hakları**, (Çev: Erdoğan, Mustafa; Korkut, Levent), Ankara, 1995.

Erdem, Mustafa Ruhan; "5271 sayılı CMK'da İletişimin Denetlenmesi", **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı 3, Nisan 2005.

Kaymaz, Seydi; **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, 3. Baskı, Ankara, 2013.

Kunter, Nurullah; Yenisey, Feridun; Nuhoğlu, Ayşe; ***Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku***, On Sekizinci Bası, İstanbul, 2010.

Metin, Yüksel; Ölçülülük İlkesi, Ankara, 2002.

Öğütçü, Muhlis; “Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar”, **Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan**, DEÜHFD, C.7, Özel Sayı 2005.

Öztürk, Bahri; Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Sırma, Özge; Kırıt, Yasemin, Özyayın, Özdem; Akcan, Esra; Erdem, Efser; ***Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku***, 4. Baskı, Ankara, 2012.

Şahin, Cumhur; ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, I, 4. Baskı, Ankara, 2013.

Şen, Ersan; ***Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhabir***, 6. Baskı, Ankara, 2013.

Taşkın, Mustafa; ***Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi***, Ankara, 2008.

Turhan, Faruk; ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, Ankara, 2006.

Ünver, Yener; Hakeri, Hakan; ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 1. Cilt, 8. Baskı, Ankara, 2013.

TÜRK BORÇLAR KANUNU ÇERÇEVESİNDE BORCA AYKIRILIKTAN DOĞAN KUSURSUZ SORUMLULUĞA GENEL BAKIŞ

*The General View to Liability without Fault from Infringement of Obligation
within the Scope of Turkish Obligation Law*

Arş. Gör. Cüneyt PEKMEZ*

ÖZET

Borçlunun borca aykırı davranışından sorumluluğu kural olarak kusur prensibine dayanmakla birlikte sözleşmede veya kanunda belirtilen hususların varlığı halinde borçlunun kusuru olmasa dahi sorumlu tutulduğu haller mevcuttur. Bu sorumluluk çeşitli şekillerde ortaya çıkar. Genel olarak bu haller sözleşmede veya kanunda belirtilen kusursuz sorumluluk halleri olarak kendisini gösterir. Ancak doktrinde yer alan ayrımlar gözönüne alınmak suretiyle kusursuz sorumluluk hallerinin niteliği, özelliği, diğer kusursuz sorumluluk halleri ile arasındaki farkların ortaya konulması gerekmektedir.

Bu kusursuz sorumluluk hallerinde, genel olarak, unsurlar bakımından ortak noktalar, sorumlu kişinin kusurunun aranmayışı, kanunda veya sözleşmede sorumluluk bağlanan hususun gerçekleşmesi, zarar, bu zarar ile sorumluluk doğurucu husus arasında bulunan illiyet bağıdır.

Genel olarak, TBK m.114 II gereği, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanır. Dolayısıyla illiyet bağı, zararın kapsamı ve miktarının tespiti bakımından, kural olarak haksız fiil sorumluluğuna uygulanacak hükümler kıyasen borca aykırılıktan doğan kusursuz sorumluluk hallerine de uygulanır. Ancak özellik arz eden durum olarak belirtilmesi gerekir ki haksız fiil sorumluluğunda aranan hukuka aykırılığın yerine kanunda veya sözleşmede yer alan kusursuz sorumluluk doğurucu hususun gerçekleşmesi gerekir.

Anahtar Kelime: Borca aykırılık, kusursuz sorumluluk, zarar, hukuka aykırılık, tazminat, risk sorumluluğu, sebep sorumluluğu, beklenmeyen hallerden sorumluluk.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, cpekmez@istanbul.edu.tr

ABSTRACT

There are some circumstances in which debtor with no fault is liable for when some components exist on contracts and regulations. These liabilities come out diversely. In general, it seems that these liabilities originate from component of liability on contract and regulation. But given classfing of liabilities by doctrin it is required to determine features of liabilities, differences between original of liabilities.

Generally on these liabilities common components are that not searching for fault of liable person, coming out components of liabilities on contract and regulation, damage, causal connections between the damage and the component.

Generally according to TBK m.114 II, provisions on tort law is applied by analog to liability without fault originated from contract as well. So the application includes causal connections, content of damage and amount of damage. Especiallly instead of illegalite component on tort law, it is required that component of liability on contract and regulation comes out.

Key Words: The breach of obligation, liability without fault, illegality, compensation, risk liability, cause liability, liability for unexpected case/frustration.



GİRİŞ

Borç kaynakları çeşitli şekillerde kendisini gösterir. Genel olarak, borçlar, kanunun kendisine borç doğurucu etki tanıdığı olgulardan doğarlar¹. Türk Borçlar Kanunu'nda genel olarak kendisine borç doğurucu etki tanınan kaynaklara sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekaletsiz iş görme şeklinde örnekler verilebilir. Konumuz, asıl olarak, borca aykırılıkta kusursuz sorumluluk olduğundan kendisine borç doğurucu etki tanınan kaynaklardan doğan borca aykırılıktan doğan sorumluluğun kusur prensibine bağlanmadığı tüm halleri kapsamına alır. Ancak borç ilişkisinin kaynakları birbirinden farklı özelliklere ve farklı uygulama alanına sahip olduğundan sözleşmeler dışında kalan diğer borç doğurucu kaynaklardan doğan kusursuz sorumluluğu konumuz kapsamı dışında tutma ihtiyacı kendisine göstermektedir.

¹ Necip Kocayusufopaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, C.1, 4.bası, İstanbul, Filiz, 2008, s.75.

Örneğin haksız fiilin söz konusu olduğu hallerde zarardan sorumlu olan ve zarar gören arasında önceden bir ilişki söz konusu olmaksızın, hukuka aykırı kusurlu fiille bir başkasına zarar verildiği durumda zarardan sorumlu olan ile zarar gören arasında bir borç ilişkisi doğar. Dolayısıyla bu borç ilişkisinden doğan borca aykırılık ile bir hukuki işlemde doğan borca aykırılık halleri birbirinden çıkış noktaları bakımından ayrılır. Haksız fiilde borca aykırılıktan doğan sorumluluk, zarar gören ile zarardan sorumlu olan arasında doğan borç ilişkisinin ürünü olan borca aykırı davranıştan sorumluluktur. Haksız fiilde tazminatın konusu para ise, tazminat konusu parayı ödemedede temerrüde düşen sorumlunun temerrüt faizi ödeme borcundan bahsedilebilir. Tazminat konusu parayı ödemedede gecikme nedeniyle işleyen temerrüt faizi ödeme borcu ile borç ilişkisinden doğan para borcunun ödenmesinde gecikme nedeniyle ortaya çıkan temerrüt faizi ödeme borcu arasında nitelik bakımından herhangi bir farklılık yoktur. Bu yüzden sözleşme dışında yer alan borç kaynaklarında da uygulanabilecek benzer kurumları ayrıca belirterek açıklamak, sözleşmeden doğan borçlar için söylenen açıklamaları tekrar etmek olacaktır. Borca aykırılıkta kusursuz sorumluluğun haksız fiil ve diğer borç doğurucu kaynaklarda uygulama alanının darlığı, bazı kurumlar bakımından tekrara düşmeme amacımız ve incelememizin bir tez veya monografik çalışma olmadığı gözardı edilmemelidir. Bu nedenlerden dolayı konuyu genel olarak ele almayı ve sadece borç doğurucu kaynaklardan Türk Borçlar Kanunu'nda veya sözleşmeden doğan borç ilişkileri kapsamında kusursuz sorumluluk olarak incelemeyi yeğledik.

Bununla birlikte borç kaynaklarının sadece Türk Borçlar Kanunu'nda belirtilenlerden ibaret olmadığı da açıktır. Türk Borçlar Kanunu dışında da çeşitli kanunlarda kendisine borç doğurucu etki tanınan olguların kaynaklarına yer verilmiştir. Kişiler hukukunda, aile hukukunda, miras hukukunda, eşya hukukunda, ticaret hukukunda yer verilen borç kaynakları da, bu kaynaklardan doğan borca aykırılıkta kusursuz sorumluluğun söz konusu olup olmadığını incelemeyi gerektiren kaynaklardır. Örneğin, eşya hukukunda, başkasının malına iyiniyetle haksız zilyet olan kişinin iade borçlarından bu kişi, kendisine herhangi bir kusur atfedilmese dahi sorumlu olacaktır. Tüm bu hususlar nedeniyle ay-

rica belirtilmelidir ki biz konumuz itibariyle, Türk Borçlar Kanunu kapsamında yer alan hususları inceleyeceğiz.

Konumuz itibariyle borçlunun borca aykırılıktan doğan kusursuz sorumluluğunu değerlendirdiğimizden borçlunun borca aykırılıktan doğan sorumluluğunu üçüncü kişinin sözleşme ile üstlendiği durumlar(örneğin, kefalet sözleşmesi, garanti sözleşmesi gibi) konumuz dışında kalmaktadır.

Konumuz kapsamında, borçlunun, borcuna aykırı davranmadığı ancak hakkaniyet gereğince ortaya çıkan sonuçlardan kusuru olmasa dahi sorumlu tutulduğu halleri de incelemeye çalışacağız. Buna, TBK m.37’de yer alan, korkutulanın iptal hakkını kullanması halinde, hakkaniyet gerektiriyorsa, korkutulanı, korkutmayı bilmeyen veya bilecek durumda olmayan diğer tarafa tazminat ödemekle yükümlü kılan hüküm örnek gösterilebilir².

Bununla birlikte borçlunun borca aykırı davranışından kusursuz sorumlu olduğu hallerde alacaklıya çeşitli seçimlik haklar tanınmıştır. Türk hukukunda buna örnek olarak ayıptan doğan garanti sorumluluğunda TBK m.227’de alacaklıya tanınan haklar gösterilebilir. Ancak biz, konumuz itibariyle borçlunun borca aykırı davranışından doğan zararın borçlu tarafından tazmini imkanını incelediğimizden Türk hukuku bakımından TBK m.227³ yerine TBK m.229’da yer alan tazminat imkanını inceleyeceğiz.

I. SORUMLULUĞUN TEMEL ESASLARI

A. Genel Olarak

Borçlunun borca aykırı davranışından doğan sorumluluğu, kural olarak, kusur prensibine dayanır. Kanunkoyucu, genel olarak, borca aykırı davranış nedeniyle kusur karinesini benimsemiş olmakla borçlunun borca aykırı davranış hallerde kusurlu olduğu prensibini kabul etmektedir. Borçluya ise, genel olarak, borca aykırı davranışından ancak kusurlu olmadığını ispat ederek

² Ayrıntılı açıklama için bkz. II, A, 1, b.

³ TBK m.227 II’de yer verilen alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının saklı olduğu ifadesiyle, kural olarak, satıcının sorumluluğunun kusur prensibine dayandığı genel hükümlere atıf yapıldığından, bu husus zaten konumuz dışındadır.

kurtulabilme imkânı tanınmıştır⁴. Zira borçlu, borcun ifasını engelleyen olaylar kendisinin faaliyet alanında ortaya çıktığından alacaklıya nazaran borca aykırı davranışının nedenlerini daha iyi bilecek durumdadır⁵. Dolayısıyla haksız fiil sorumluluğundan farklı olarak ve genel olarak zararın tazminini talep eden alacaklıya borçlunun kusurlu olduğunu ispat etme zorunluluğu da yüklenmemiş olmaktadır⁶. Alacaklı bu durumda genel olarak, sadece borca aykırılığı, zararı ve illiyet bağıını ispat etmekle zararın tazmini imkânına kavuşacaktır.

Borca aykırılık halinde haksız fiilde yer alan söz konusu ispat yükünün yer değiştirmesi ve borca aykırı davranıldığı ihtimalde kusur prensibinin kabul edilmesi borçlunun durumunu daha elverişsiz hale getirir. Zira borçlunun kendi kusurunun olmadığını ispat edebilmesindeki güçlükler ortadadır⁷. Buna ek olarak borçlu borca aykırılıkta kusurlu olmamasına rağmen kusuru olmadığını ispat etmekte başarısız olması ihtimalinde de borçlunun borca aykırılıktan doğan sorumluluğu söz konusu olacaktır⁸. Bu durum borçlunun borca aykırı davranıştan kusursuz sorumlu olduğu anlamına gelmemekte ancak kusur so-

⁴ Bu hüküm emredici değildir. Taraflar ispat yükünü değiştirerek, alacaklının borçlunun kusurlu olduğunu ispat etmedikçe tazminat talep edemeyeceğini kararlaştırabilirler: Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, 11.bası, İstanbul, Vedat, 2013, s.415; Haluk Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, 2.bası, İstanbul, Vedat, 2010, s.423; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 12.bası, İstanbul, Beta, 2010, s.1023; H. Becker, **İsviçre Medeni Kanunu Şerhi Borçlar Kanunu**, C.6, çev. Osman Tolun, Ankara, Yarı Açık Cezaevi, 1969, Art 100 N.4.

⁵ Oğuzman/ Öz, s.415; Tandoğan, **Mesuliyet**, s.422; Kenan Tunçomağ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6.bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976, s.815; Becker, Art 97 N.96 vd; Andreas von Tuhr/ Arnold Escher, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Band II, 3. Aufl., Zürich, 1974, s.117.

⁶ Ancak cezaî şartı aşan zararın tazminini talep eden alacaklı, TBK m.112'deki genel hükümden ayrı olarak TBK m.180 II'ye göre borçlunun kusurlu olduğunu ispat etme külfeti altındadır: Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.2, 11.bası, İstanbul, Vedat, 2013, s.534; Selahattin Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7.bası, İstanbul, Filiz, 1993, s.359; Eren, s.1139; bu ispat kuralının cezaî şartın alacaklının durumunu iyileştirme ve zararın tazminini zorlaştırma amacına aykırı olduğu yönünde bkz. von Tuhr/ Escher, s.283-284; ancak TBK m.180 II gereğince ispat yükünü alacaklıya yükleyen kural borca aykırılıkta kusursuz sorumluluk halinde uygulanmayacaktır. Örneğin borca aykırı davranışa ifa yardımcısı sebep olmuşsa TBK m.116'ya göre sorumlu olan borçludan cezayı aşan zararın tazmini borçlu kusurlu olmasa dahi talep edilebilir: Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku**, s.533.

⁷ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s.888-889.

⁸ Borçlu kusur karinesini çürütemediği için kusurlu sayılacaktır: Oğuzman/ Öz, s.414-415.

rumluluğu prensibini hiç değilse fiilen zayıflatmaktadır⁹.

Kanunkoyucu bazı durumlarda kusur prensibinden ayrılmış olup, borçlunun borca aykırı davranışında kusuru bulunmayan veya kusurlu olmamakla birlikte kendisine tanınan kurtuluş kanıtlarının varlığını ispat edemeyen borçluyu tazminat ödemekle yükümlü tutmuştur. Kural kusur sorumluluğu istisna kusursuz sorumluluk olduğundan kusursuz sorumluluk hallerini yorumlamakta ve kıyasen uygulamakta dar yorum yöntemi seçilmelidir¹⁰.

B. Sorumluluğun Özelliği

Borca aykırılıktan doğan kusursuz sorumluluk, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinin sonuçlarından sorumluluk şeklinde; sözleşmenin niteliğinden doğan koruma yükümlülüklerine aykırılığın söz konusu olduğu hallerde; borca aykırı davranışın borçluya isnat edilebildiği hallerde, genel olarak, kendisini gösterir.

Borca aykırılıkta kusursuz sorumluluk kanunda öngörülen haller dışında taraflarca da kararlaştırılabilen bir sorumluluktur. Bununla birlikte bu sorumlulukta borçlunun borca aykırı davranışında kusuru aranmamaktadır. Haksız fiil sorumluluğunda yer alan hukuka aykırılık yerini kanunda veya sözleşmede öngörülen sorumluluk kurucu hususlara bırakmıştır. Bununla birlikte haksız fiilde mevcut olmayan, tazminata konu olumlu veya olumsuz zararın -şartları oluşmuşsa- bu sorumluluğun kapsamı içerisinde yer aldığı söylenebilir. Ancak haksız fiil hükümlerinde de söz konusu olabilen doğrudan zararın tazmini de sorumluluğun kapsamı içerisinde bazı haller bakımından değerlendirilebilmektedir.

⁹ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s.889.

Kusursuzluğun ispatı külfetinin borçluya isnat edilmesi, kusur prensibini zayıflatan bir unsur olmakla birlikte bu hususun CISG'teki kusursuz sorumluluk prensibine yaklaştıran bir unsur olduğu gözden kaçırılmamalıdır: Yeşim Atamer, **Uluslararası Satım Sözleşmesine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması(CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, İstanbul, Beta, 2005, s.313; Serozan, §15 N.4.

Alman Hukuku bakımında bu husus kusur prensibini sınırlayan bir husus olarak değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme için bkz. Dieter Medicus, **Schuldrecht I Allgemeiner Teil**, 17. Aufl., 2006, München, s.132.

¹⁰ Dar yorumla kıyas yapılması gerektiği ileri sürülen hallerden biri için bkz. Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, 9.bası, İstanbul, Vedat, 2011, s.432.

Borca aykırı davranış, bir haksız fiil oluşturmasa dahi ve hatta kanunda öngörülen borçlunun kusursuz sorumlu olduğu haller borca aykırı davranış teşkil etmese dahi, bu hallerde ortaya çıkan zararın tazmini davasında, sorumluluğun kapsamı bakımından, TBK m.114 II gereği haksız fiilden sorumluluğa ilişkin hükümler kıyasen uygulanacaktır. Bundan dolayı haksız fiil sorumluluğu kapsamı altında yer verilen illiyet bağı ve zararın hesaplanması, zarar görenin kusuru, tazminatın kapsamı ve biçimi gibi hususlar niteliğine uygun düştüğü ölçüde ve kanunda aksine bir hüküm olmadıkça bu sorumluluk halinde de uygulanacaktır.

Genel olarak sorumluluğun tümü için geçerli olabilecek bir husus belirtmek kolay değildir. Zira taraflarca veya kanun gereği borca aykırı davranış olarak belirtilen hususların veya borca aykırı davranış olarak belirtilmemekle birlikte sorumluluğu gerektiren belirli bazı hususların ortaya çıkması halinde, zarar gören sözleşme tarafının uğradığı zararların tazmini söz konusu olabilmektedir (Örneğin, TBK m.37 II). Hatta bazı durumlarda borçlu kusursuz sorumlu tutulmakla birlikte zararın varlığı dahi aranmamaktadır (Örneğin, ceza koşulunun mevcudiyeti halinde). Dolayısıyla konumuz itibariyle sorumluluğun ortak özelliğine, genel olarak, değinmeye çalışacağız. Özellik arz eden durumlara mümkün olduğu sürece ilgili bölümlerde yer vereceğiz.

Öncelikle borca aykırılıktan doğan kusursuz sorumluluğun ortak özelliklerinin belirlenmesinden önce bu sorumluluğun sınıflandırılmasına değinmek gerekir. Borca aykırılıktan doğan kusursuz sorumluluğun sınıflandırılmasında doktrinde genel olarak kabul edilen bir esas yoktur. Dolayısıyla sorumluluğun sınıflandırılmasında ortaya bir takım güçlükler çıkmaktadır.

Birinci grup sınıflandırma¹¹, borca aykırılıktan doğan kusursuz sorumluluğu kanun gereği ve sözleşme gereği sorumluluk olarak iki ana başlık şeklinde sınıflandırılmasıdır. Bu sınıflandırma, kanun gereği sorumluluk başlığı altında borçlunun daha önceki borca aykırı davranışının beklenmeyen sonuçlarından

¹¹ Oğuzman/Öz, s.425-427; sorumluluğu genişletici nitelikte bir anlaşma ve kanun hükmü gereği sorumluluk olarak ayıran, kanun gereği sorumluluk altında ifa yardımcısının eylemlerinden sorumluluk, hakkaniyet sorumluluğu ve kanunda belirtilen özel durumlara göre sorumluluk ayrımlarına yer veren görüş için bkz. Jürg Koller, **Genugtuung aus Vertragsverletzung**, Zürich, 2003, s.85-86.

sorumluluk, daha önce borca aykırı davranışı bulunmayan hallerden sorumluluk, verilen veya yapılan şeylerin ayıplarının doğrudan doğruya verdiği zararlardan sorumluluk, ayırt etme gücü bulunmayan borçlunun hakkaniyet gereği sorumluluğu ve son olarak ifa yardımcısının fiilinden dolayı borçlunun sorumluluğu şeklinde yapılmıştır.

İkinci grup sınıflandırma¹² sözleşme gereği sorumluluğa değinmeksizin, ifa yardımcısının fiilinden dolayı sorumluluk, hakkaniyet gereği sorumluluk, beklenmeyen halden sorumluluk ana başlıklarıyla sorumluluğu sınıflandırmıştır. Bu görüş beklenmeyen hallerden sorumluluk ana başlığı altında borçlunun özel hükümler gereği sorumluluğuna ve temerrüde düşen borçlunun ifanın beklenmeyen hal nedeniyle imkânsızlığından sorumluluğuna yer vermiştir.

Üçüncü grup sınıflandırma¹³ çatısı altında, kusursuz sorumluluk ve borçlunun kendi kusuru olmaksızın sorumluluk şeklinde ikiye ayırarak incelemiş, kusursuz sorumluluk başlığı altında beklenmedik olaydan sorumluluğa, doğrudan zararlardan kusursuz sorumluluğa ve temerrüt faizinden sorumluluğa yer verilmiştir. Doğrudan zararlardan kusursuz sorumluluk başlığı altında hakkın sağlanmamasından sorumluluğa (örneğin zapttan sorumluluk), ayıptan sorumluluğa yer verilmiştir. Borçlunun kendi kusuru olmaksızın sorumluluğa ise; genel olarak ifa yardımcısının davranışlarından sorumluluğa ve özel olarak ise vekâlet sözleşmesindeki özel duruma değinilmiştir. Bu sınıflandırmada da sözleşme gereği kusursuz sorumluluğa değinilmemiştir.

Dördüncü grup sınıflandırma¹⁴, kusur sorumluluğu prensibini zayıflatan haller ana başlığı altında, ispat yükünün yer değiştirmesi, yardımcı şahsın fiilinden sorumluluk, hakkaniyet sorumluluğu, kazadan dolayı sorumluluk, satılanın üçüncü şahıs tarafından zaptı halinde satıcının sorumluluğu ve son olarak kusursuz sorumluluğun akitle kabul edilmesi başlıklarına yer vermiştir.

Sınıflandırmalardan anlaşılacağı üzere, bir ve dördüncü sınıflandırma söz-

¹² Peter Gauch/ Walter R.Schluep/ Peter Jäggi, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Band II, 5. Aufl., Zürich, 1991, N.2777-2782.

¹³ Max Keller/ Christian Schöbi, **Das Schweizerische Schuldrecht Allgemeine Lehren des Vertragsrechts**, Band I, 3. Aufl., Basel und Frankfurt, 1988, s.236 vd.

¹⁴ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s.887-891.

leşme gereği ve kanun gereği kusursuz sorumluluk ayrımlarına değinmiş, birinci sınıflandırmadan farklı olarak dördüncü sınıflandırma bu hususları iki ayrı ana başlık olarak ele almamıştır. Dördüncü sınıflandırmanın kusur sorumluluğu prensibini zayıflatan değil, ortadan kaldıran halleri, zayıflatan hallerle birlikte değerlendirmesi sistematik açıdan isabetli değildir. Üçüncü sınıflandırma, borçlunun kendi kusuru olmaksızın sorumluluk ile kusursuz sorumluluğunu iki ayrı husus olarak ele alması bakımından eleştirilebilir. Zira borçlunun kendi kusuru olmasa dahi hâkimiyet alanı içerisinde ortaya çıkan hususlar bakımından sorumluluğunu, kusursuz sorumluluktan ayrı bir unsurmuş gibi ayrı başlık altında incelenmesi isabetli değildir. İkinci grup sınıflandırma ise borca aykırılıktan doğan kusursuz sorumluluk hallerinin tamamına sınıflandırmada yer vermemesi itibarıyla eksiktir.

Borca aykırılıkta kusursuz sorumluluğa ilişkin genel bir sınıflandırma yapmanın zorluğu, kanunkoyucunun hem genel hükümlerde hem de özel hükümlerde ilişkinin özelliğine göre farklı düzenlemeler öngörmesinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca yapılan sınıflandırmalarda görüleceği üzere, sınıflandırmaların çoğunda sistematiklik ve bir bütünlük olduğu söylenemez. Dolayısıyla çalışmamız çerçevesinde, bu sınıflandırmayı, diğerlerine göre daha sistematik ve bütünlük arz ettiğinden birinci sınıflandırmayı esas alarak yapmaya çalışacağız.

C. Sorumluluğun Niteliği

Sorumluluğun nitelendirilmesi ve esasının belirlenmesinde taraflar arasında bir sözleşmesel ilişkinin olmasından ayrı olarak, haksız fiil sorumluluğu kapsamında incelenen kusursuz sorumluluk esaslarından yararlanılması önem arz edebilir. Dolayısıyla borçlar kanunun genel ve özel hükümleri ile taraflarca kusursuz sorumluluk esasının kararlaştırıldığı durumlarda sorumluluğun hangi esasa dayandığının genel hatlarıyla belirlenmesi gerekir.

Taraflarca öngörülen sözleşme ile taraflar borç ilişkisi altına girerler. Bu borç ilişkisinin kurulmasıyla taraflarca asli ve koruma yükümlülükleri de başlar. Böylece tarafların arasındaki bu yükümlülüklerden birinin ihlali ile kanun veya sözleşme gereği yükümlülüklerini ihlal eden tarafın kusuru olmasa dahi sorumluluğu öngörülmüş olabilir. Bu yükümlülüklerin niteliği ve önemi genellikle

sözleşmenin niteliğine göre değişmekle birlikte, tarafların sözleşme ile veya kanunkoyucunun kanun hükmü ile bu yükümlülüklerle önem atfettiği durumda kusursuz sorumluluk hallerinin kabul edildiği görülür.

Öncelikle belirtmek gerekir ki borca aykırılıkta kusursuz sorumluluk halleri genel olarak sebep sorumluluğu¹⁵ veya risk sorumluluğu halleri olarak kendini gösterir. Ancak sebep sorumluluğu bu kusursuz sorumluluk hallerini açıklamada tek başına yeterli olmayabilir. Bu noktada sebep sorumluluğunun belirlenmesinde esas olan taraflar arasında yapılan sözleşmenin veya borca aykırı davranışın niteliğidir. Dolayısıyla sebep sorumluluğunun esasını ilgili sözleşme oluşturduğundan ve haksız fiil sorumluluğundan bu noktada ayırdığından, genel olarak, ayrıca bir esasa gerek olmadığı fikri uygun bir fikir olarak görülebilir. Ancak bu hususu da tüm sözleşmeler için uygulamak kolay olmasa gerekir. Dolayısıyla bazı hallerde sebep sorumluluğunu açıklarken taraflar arasında kurulmuş bir borç ilişkisinden ziyade, hakkaniyet, fedakârlığın denkleştirilmesi veya hâkimiyet alanı esaslarına da gereksinim vardır. Özetle sebep sorumluluğunu açıklamada, kural olarak, sözleşmesel ilişkinin kurulmasıyla tarafların birbirlerinin malvarlığına müdahale edebilme yakınlığını kazanmış olmaları olgusundan yararlanmak mümkündür. Ancak istisnai olarak, bazı hükümlerde sebep sorumluluğunu açıklamakta fedakârlığın denkleştirilmesi, hakkaniyet ve hakimiyet esaslarına da başvurulabilir.

Kanunkoyucu, bazı hallerde, taraflar arasındaki ilişkinin veya borca aykırılığın niteliğine göre borçluya risk sorumluluğu esaslarına göre kusursuz sorumluluk yüklemiştir. Örneğin ifa yardımcısının eylemlerinden borçlunun sorumluluğu veya TBK m.576'ya göre, otel, motel, pansiyon, tatil köyü gibi yerleri işletenlerin sorumluluğu veya temerrüten sonra beklenmeyen hallerden dolayı uğranılan zararlardan borçlunun sorumluluğu risk sorumluluğu niteliğinde kendisini gösterir. Bu hususlardan ilkinde, ifa yardımcısı kullanan borçlu, ifa yardımcısı kullanmakla egemenlik alanını iradi olarak genişletir. Dolayısıyla etkinlik alanını genişleten borçluya bunun riskleri de yüklenmelidir¹⁶. Buna ek

¹⁵ Eren, s.1023; Gauch/ Schlupe/ Jäggi, N.2776; Koller, s.84-85.

¹⁶ Oğuzman/Öz, s.428-429; Karl Larenz, **Lehrbuch des Schuldrechts Band I Allgemeiner Teil**, 14. Aufl., München, 1987, s.297; diğer hususlar bakımından ilgili açıklama için bkz. II, A, 1, a ve c, ii.

olarak temerrüde düşen borçlunun beklenmeyen halden kusursuz sorumluluğu da bir risk sorumluluğu şeklinde belirtilmektedir¹⁷. Aslında risk sorumluluğu sadece temerrüde düşen borçlunun beklenmeyen hallerin sonuçlarından sorumluluğunu açıklamaz, aynı zamanda TBK m.380 III gereğince ödünç alanın beklenmeyen hallerin sonuçlarından sorumluluğu da bir risk sorumluluğudur. Bu nokta bu hususlar bakımından sorumluluğun niteliği ortaktır. Borca aykırı davranışın beklenmeyen sonuçlarından sorumluluğun bir risk sorumluluğu olduğu söylenebilir. Bununla birlikte genel olarak taraflarca yapılan bir sözleşmede de taraflardan birine belirli olguların(özellikle borca aykırı davranışın) riskleri yüklenmiş olabilir. Bu ihtimalde de risk sorumluluğunun söz konusu olduğunu belirtmek gerekir¹⁸.

Fedakârlığın denkleştirilmesi ve hakkaniyet esasının her ikisiyle birlikte açıklanabilecek bir durum TBK m.37 II'de düzenlenmiştir. TBK m.37 II, korkutan bir üçüncü kişi olup da diğer taraf korkutmayı bilmiyorsa veya bilecek durumda değilse, sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen korkutulan, hakkaniyet gerektiriyorsa, diğer tarafa tazminat ödemekle yükümlüdür. Bu hükümle korkutulan tarafın, sözleşmenin iptal edilmesi dolayısıyla karşı tarafın uğradığı zararı, hakkaniyet gerektiriyorsa, tazmin etmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu hükümle korkutulanın tazminat ödeme yükümlülüğü hakkaniyet gerektiriyorsa hâkim tarafından verilen karar ile doğabilecektir. Ancak zarar gören, korkutulanın kanunen kendisine tanınan hukuka uygun iptal hakkını kullanmasıyla zarar görmüştür. Diğer bir deyişle zarar gören hukuka uygun eylemden zarar görmüştür. Bu yüzden kanunda yer alan, hukuka uygun eylemlerden dolayı zarar gören karşı tarafın zararının tazmin edilmesine yönelik bu sorumluluk, fedakârlığın denkleştirmesi esasına dayanan bir sorumluluktur.

Hakkaniyet esası gereği sorumluluk, TBK m.114 II atfıyla TBK m.65 için kabul edilebilir. Bu hükme göre, ayırt etme gücüne sahip olmadığı için kusuru olmayan borçlunun hakkaniyet gerektiriyorsa borca aykırı davranışından doğan zarardan sorumlu tutulması mümkündür. Bu hükümde hakkaniyet esasına dayanmaktadır.

¹⁷ Serozan, §17 N.11.

¹⁸ Larenz, s.276.

Sebepl olma esasl, bazı hallerde, borçlunun borca aykırı davranıştan dolayı alacaklının uğradığı zararlardan kusursuz sorumluluğu bu esasa dayanır. Ayıptan doğan sorumluluğu, zapttan doğan sorumluluğu bir nevl borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmemesinden sorumluluğudur. Bu durumda doğan zarardan genel hükümlerden ayrı olarak borçlunun kusuru olmasa dahi sorumluluğu söz konusudur. Ayıplı mal satmakla veya üçüncü kişının üstün hakkının olduğu satılanı devretmekle karşı tarafın zararına sebep olması esasına dayanır.

II. SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

A. Kanunda veya Sözleşmede Öngörülen Hallerden Birinin Gerçekleşmesi

Bu sorumlulukta haksız fiil sorumluluğunda yer alan hukuka aykırılık unsurunun yerini kanunda öngörülen hallerin ortaya çıkması veya taraflardan birine yüklenen veyahut taraflarca kararlaştırılan borca aykırılık hallerinin ortaya çıkması unsurları almıştır. Bu hususu kanunda öngörülen hallerin gerçekleşmesi ve sözleşmede öngörülen hallerin gerçekleşmesi şeklinde ikiye ayırarak incelemeyi yeğledik. Bundan ayrı olarak belirtmek gerekir ki, genel olarak, alacaklı borçlunun borcuna aykırı davrandığını, diğer bir deyişle borca aykırılığın varlığını ispat külfeti altındadır¹⁹.

1. Kanunda Öngörülen Hallerin Gerçekleşmesi

Kanunda yer verilen bazı hükümlerde, borçlunun borca aykırı davranışından kusursuz sorumlu olacağı ifadesi açıkça yer almamakta ancak doktrin bu hükümlerin, hükmün amacı veya diğer hükümlerin ifadesinden yola çıkarak kusursuz sorumluluğu kurucu nitelikte hükümler olarak değerlendirmektedir²⁰. Bu hükümlerin bazılarında genel olarak borçlunun borca aykırı davranışı olmamakla birlikte kanun gereği, hükümde belirtilen hususun gerçekleşmesiyle sorumluluk söz konusu olmaktadır. Örneğin TBK m.37 II gereği, korkutulanın iptal hakkını kullanması halinde, bu iptal hakkının kullanılması hakkaniyet gerektiriyorsa sorumluluğu kurucu niteliktedir.

¹⁹ Eren, s.1023.

²⁰ Bkz. I, D, 1.

Borçlunun borca aykırı davranışından kanun hükmü gereği kusursuz olarak sorumlu tutulduğu durumlar borçlar kanununun genel hükümlerinde yer alan bazı haller ile özel hükümlerde yer alan bazı hallerden oluşur. Ancak biz, sorumluluk hallerini, borçlar kanunu genel hükümler ve özel hükümler olarak ayırmak yerine sorumluluğa yol açan söz konusu borca aykırılığın ortaya çıkış biçimine göre incelemeyi yeğledik.

a. Borca Aykırı Davranışın Gerçekleşmesinden Sonra Beklenmeyen Hallerden Sorumluluk

Türk Borçlar Kanunu bazı hükümleriyle borçlunun borca aykırı davranışından sonra, bu davranışın beklenmeyen sonuçlarından sorumluluğunu öngörmüştür. Bu halleri incelemek gerekir.

TBK m.119 'e göre, temerrüde düşen borçlu bundan sonra beklenmedik hal sebebiyle doğacak zarardan da sorumludur. Bu hüküm gereği mütemerrit borçlu, temerrüde düşerek borca aykırı davranışının beklenmeyen sonuçlarından sorumlu olacaktır. Bu durum temerrütten sonra hasarın borçlu tarafından üstlenilmesi olarak ifade edildiği²¹ gibi bu duruma risk sorumluluğu da denilmektedir²². TBK m.119 II'e göre, borçluya, doğan zararları tazmin yükümlülüğünden kurtulma imkânı tanınmıştır. Bu hüküm gereği borçlu, temerrüde düşmede kusurunun olmadığını veya temerrüde düşmeyip borcunu ifa etseydi dahi beklenmedik halden alacaklının zarara uğrayacağını²³ ispat etmekle sorumluluktan kurtulur. Bu durum, genel olarak, borçlunun borca aykırı davranışının sonuçlarına katlanması esasıyla da açıklanabilir.

TBK m.380 'e göre, ödünç alan, ödünç konusunu ancak sözleşmede kararlaştırılan şekilde, sözleşmede hüküm yoksa niteliğine veya özgülendiği amaca göre kullanabilir. TBK m.380 II'e göre ödünç alan, ödünç konusunu başkasına kullanıramaz. TBK m.380 III'de ise ödünç alan kişinin bu iki hükümden birine aykırı davrandığı durumda, beklenmedik hallerden doğan zararlardan

²¹ Oğuzman/ Öz, s.500; Tandoğan, **Mesuliyet**, s.483.

²² Serozan, §17, N.11. Bu sorumluluğun sebep sorumluluğunun genel esaslarının sonucu olduğu yönünde bkz. von Tuhr/Escher, s.145.

²³ Bu durum aslında borca aykırı davranış ile zarar arasında illiyet bağının olmadığını ispat etmek anlamına gelir: Oğuzman/ Öz, s.500.

sorumlu olacağı belirtilmiştir. Bu hüküm, tıpkı temerrüde düşen borçlunun beklenmedik hallerden doğan zararlardan sorumluluğunu öngören TBK m.119 l'e benzerdir.

TBK m.380 III'ün uygulanmasında borçlunun borcuna aykırı davranışta kusurlu olması aranmaktadır. Bununla birlikte ödünç alanın kusuru olmaksızın borca aykırı davrandığı ihtimalde yine de beklenmedik halden sorumlu olup olmayacağını belirlemek gerekir. Bu ihtimalde ödünç alanın borca aykırılıktan doğan sorumluluğu kusur prensibine dayandığından²⁴, kanımızca, ödünç alanın kusuru olmaksızın borca aykırı davranışından sonra ortaya çıkan beklenmedik halden sorumluluğunun kabulü olanaklı görünmemektedir. Zira artık borca aykırılık kendisine isnat edilemeyen ödünç alanın borca aykırı davranışın sonuçlarından dolayı sorumlu tutmak mümkün değildir. Hatta bu noktada belirtmek gerekir ki borçlu, borcuna aykırı davranmada kusurlu olmadığını ispat ederek beklenmeyen hal nedeniyle uğranılan zararı tazmin etme yükümlülüğünden kurtulur. Bu hususun kabulüyle, TBK m.379'e göre, ödünç sözleşmesi bir şeyin ivazsız olarak kullanılmasının ödünç alana bırakılmasını düzenleyen bir sözleşme olduğundan ödünç alanın sorumluluğunu ivazlı sözleşmelere oranla daha ağır bir duruma sokmak kabul edilecek bir husus değildir. Bu sorumluluk en azından, ivazlı sözleşmelerde borçlunun sorumluluğunda öngörülen ağırlığa indirgenebilir. Dolayısıyla temerrütten dolayı ister ivazlı olsun isterse ivazsız olsun borca aykırı davranışta (temerrüde) kusuru olmayan borçlunun bu durumu ispatı sorumluluktan kurtulma imkânı sağlıyorsa, bu kurtuluş kanıtı ödünç sözleşmesinde de mümkün olmalı ve sorumluluktan kurtulma imkanı sağlamalıdır.

Ancak ödünç alan TBK m.380 I ve II'de belirtilen borcuna kusurlu olarak aykırı davranmışsa, bu borca aykırı davranışından sonra beklenmedik hallerden dolayı ödünç verenin uğradığı zararları tazmin için ödünç alanın kusuru aranmamaktadır. Örneğin ödünç alanın ödünç konusunu bir üçüncü kişiye kullandığı ihtimalde, ödünç konusunun beklenmedik hal (sel, yangın vb.) nedeniyle kullanılamaz hale gelmesinden doğan zarardan ödünç alan kusursuz ola-

²⁴ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.I/2, 4.bası, İstanbul, Vedat, 2008, s.294. Mütemerrit borçlu bakımından bu husus için bkz. Oğuzman/Öz, s.500-501.

rak sorumludur. Ancak ödünç alana bu sorumluluktan kurtulma imkanı yine TBK m.380 II c.2'de tanınmıştır. Ödünç alan borcuna uygun davransaydı dahi yine beklenmedik hal nedeniyle ödünç konusunun zarara uğrayacağını ispat etmekle sorumluluktan kurtulur.

TBK m.563 I'e göre saklayanın saklanana aksi öngörülmüş olmadıkça kullanması borca aykırılık teşkil edecektir. TBK m.563 II'e göre, bu borca aykırı davranan saklayan, saklatana kullanma bedeli ödemekle yükümlü olduğu gibi, kullanmamış olsaydı bile zararın doğacağını ispat etmedikçe beklenmeyen halden doğacak zararlardan da sorumludur.

Görüldüğü üzere bu hallerde bir borca aykırılık bulunmakla birlikte bu borca aykırı davranışın beklenmeyen sonuçlarına borçlunun katlanması öngörülmüştür. Alacaklı beklemeyen hallerin varlığını değil, borca aykırı davranıldığını ispat etmelidir. Bununla birlikte ortak nokta olarak bahsedilecek bir husus şudur: Borçlu borca aykırı davranışı gerçekleştirmeseydi dahi alacaklının aynı zarara uğrayacağını ispat etme imkanındır. Bu üç durumda da kanunkoyucu tarafından bu hususun varlığı öngörülmüştür.

b. Daha Önce Borca Aykırı Davranışın Bulunmadığı Hallerden Sorumluluk

Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen bazı hükümlerde borçlunun henüz borca aykırı bir davranışı bulunmasa dahi kanunda öngörülen hususların gerçekleşmesi ile borçlunun doğan zararı tazmin edeceği hükme bağlanmıştır.

TBK m.37 II'e göre; korkutan bir üçüncü kişi olup da diğer taraf korkutmayı bilmiyorsa veya bilecek durumda değilse, sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen korkutulan, hakkaniyet gerektiriyorsa, diğer tarafa tazminat ödemekle yükümlüdür. TBK m.37 I'e göre üçüncü kişinin korkutmasına maruz kalan korkutulan, sözleşmeyi iptal etme imkânına sahiptir. Ancak sözleşmenin iptali dolayısıyla iyiniyetli(korkutmayı bilmeyen ve bilebilecek durumda olmayan) karşı tarafın uğradığı olumsuz zararların²⁵ tazminini hakkaniyet gerektiriyorsa sözleşmeyi

²⁵ Bu durumda olumlu zararın tazminin istenip istenemeyeceği tartışmalıdır. Bu tartışma için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s.477; olumlu zararın tazmininin istenebileceği yönünde bkz. Alfred Koller, *Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht*, Freiburg, 1985, N.474.

iptal eden korkutulan tazmin etmekle yükümlüdür²⁶. Korkutulan kendisine kanunen tanınan iptal hakkını kullanmakla karşı taraf zarara uğramaktadır. Dolayısıyla bu ihtimalde hukuka uygun fiilden doğan zararın hakkaniyet gerektiriyorsa tazmini söz konusudur. Hukuka uygun fiilden doğan zararın tazmini ise fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine göre söz konusudur. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi kusursuz sorumluluk hallerinden biridir. Dolayısıyla korkutulan kişinin tazminat yükümlülüğünün fedakârlığın denkleştirilmesi esasına göre bir kusursuz sorumluluk hali olduğu söylenebilir²⁷. Bu halde de korkutulan kişi aslında bir borca aykırı davranışta bulunmamakta ancak fedakârlığın denkleştirilmesi ve hakkaniyet esası gereği sorumlu olmaktadır.

TBK m.498'e göre, eser, yayımcıya teslimden sonra beklenmedik hal sonucu yok olsa bile, yayımcı bedeli ödemekle yükümlüdür. Bu hüküm aslında yarar ve hasarı düzenlemektedir. Eserin yayımcıya geçmesinden sonra beklenmeyen halden sorumluluk da yayımcıya ait olacak ve eserin yok olması halinde yayımcı bedeli ödemekle yükümlü olacaktır. Bu hükmün uygulanmasında ve beklenmeyen halin ortaya çıkmasında yayımcının kusuru aranmadığı gibi yayımcının borca aykırı davranışı da aranmaz. TBK m.499'a göre eserin tamamlanmış olan baskı adedinin tamamının veya bir bölümünün satışa sunulmadan önce beklenmedik hal sonucu yok olması halinde de yayımcı gideri kendisine ait olmak üzere yok olan miktarı yeniden basabilir. TBK m.499 II gereği aşırı masrafi gerektirmeksizin yok olanların yerine yenilerini koymak mümkün ise bunu yapmakla yükümlüdür. Bu her iki hüküm de TBK m.498'e genel olarak benzer düzenlemedir.

TBK m.373'e göre, ürün kirasında, kiralanan teslim edilirken tutanağa geçirilmiş eşyalara değer biçilmişse kiracı, kira sözleşmesi sona erince, bunları özdeş tür ve değerinde olmak üzere geri vermekle veya değer eksikliklerini gidermekle yükümlüdür. Bu durumda kiracı normal kullanımdan kaynaklanan yıpranmalar dışında, malın kullanılmaz hale gelmesi veya değerinin eksilme-

²⁶ Bu hususun şartları ve ilgili açıklamalar için bkz. Serkan Ergüne, **Olumsuz Zarar**, İstanbul, Beta, 2008, s.167 vd.

²⁷ Kocayusufoğlu, s.477; Eren, s.368; fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi için bkz. İlhan Ulusan, **Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977.

sinden kusuru olmasa dahi sorumlu olacaktır. Bu düzenleme ile tutanağa geçirilmiş eşyaların beklenmeyen hal dolayısıyla zarar görmesi halinde, bu zararlardan da kiracının kusuru olmasa dahi sorumlu olacağı söylenebilir²⁸. Bu halde de kiracının borca aykırı davranışı olmasa dahi eşyanın uğradığı zarardan sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk hali olarak kendisini gösterir. Düzenleme, kural olarak, ürün kirasında tutanağa geçirilen eşyaların hasarına kiracının katlanacağını ifade eder niteliktedir²⁹. Ancak TBK m.373 II'e göre kiracı, kiraya verenin kusurunu ya da mücbir sebebin varlığını ispat ederek geri vermekten veya tazminat ödemekten kurtulabilir. Böylece kiracıya kusursuz sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmıştır.

TBK m.47'e göre, temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onamaması halinde, bu işlemin geçersiz olmasından doğan olumsuz zararın tazmini, kusursuz yetkisiz temsilciden istenebilir. Temsilcinin yetkisinin sona ermesi çeşitli ihtimallere dayanır³⁰. Konumuz kapsamında, önceden verilmiş bir temsil yetkisinin sona ermiş olması ihtimalinde temsilci yetkisizleşir. Durumdan habersiz, herhangi bir kusuru olmayan yetkisiz temsilci üçüncü kişi ile işlem yapmış olabilir. Bu ihtimalde, temsil olunana TBK m.46 II'e göre verilen süre içerisinde temsil olunanın işlemi onamaması veya onamayacağını belirtmesi halinde yetkisiz temsilci ile üçüncü kişi arasındaki geçerliliği askıda olan işlem hükümsüzleşir. İşlem hükümsüzleşince üçüncü kişinin uğradığı olumsuz zararın tazmini riskini kanun yetkisiz temsilciye bırakmıştır³¹. Bu ihtimalde yetkisiz temsilcinin zararın doğmasında herhangi bir kusuru olmasa dahi üçüncü

²⁸ Azra Arkan Serim, **Hasılat Kirasında Tarafların Hak ve Borçları**, İstanbul, Beşir, 2010, s.135. 14.HD. 11/4/2006 2518/4226 (**Kazancı**): "...Dava, hasılat kira ilişkisi nedeniyle kiralanan ile beraber davalı kiracıya teslim edilen demirbaşların hor kullanılmasından kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. İstemın dayanağını davacı kiralayan tarafından yaptırılan 15.1.2002 günlü delil tespit raporu oluşturmaktadır. Anılan raporda teslim edilen demirbaşların eksikliklerinden değil her kullanılmasında sözedilmiş... Gerçekten, Borçlar Kanunu'nun 293. maddesi hükmüne kiracının kiralanan teslim edilirken demirbaş adı altında teslim aldığı eşyaları, kira sözleşmesinin bitiminde aynı nev'i ve kıymette olarak iade ve tazmin borcu vardır...".

²⁹ Tandoğan, s.190.

³⁰ Bu ihtimaller için bkz. Oğuzman/Öz, s.248.

³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Roger Zäch, **Stellvertretung, Art.32-40 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch Obligationen Recht, Allgemeine Bestimmungen Berner Kommentar (BK) Band/Nr./VII/1/2/2**, Stämpfli Verlag, Bern, 1990, Art.39, N.23; Kocayusufpaşaoğlu, s.734 ve dn.48.

kişinin uğradığı olumsuz zararı tazmin etmesi gerekir.

Son olarak alacağın devrinde TBK m.191 l'e göre, alacağın devri ivazlı ise alacağı devredeninin borçlunun ödeme gücünün olmamasından alacağı devralana karşı sorumluluğu söz konusudur. Bu ihtimalde de devredeninin kusuru aranmamaktadır³². Ayrıca bir borca aykırı davranış söz konusu olmamakta sadece kanundan doğan bir garanti sorumluluğu söz konusu olmaktadır.

c. Borca Aykırı Davranış Olarak Kabul Edilen Bazı Hallerden Sorumluluk

Kanunkoyucu bazı hükümlerde borçlunun kusuru olmaksızın alacaklının uğradığı zararı borçlunun tazmin yükümlülüğünü düzenlemiştir. Bu hallerde genel olarak borçlunun borca aykırı davranışı olarak kabul edilen hallerden doğan zararın tazmininin düzenlendiği söylenebilir. Ayrıca bu haller kanunda düzenlenmiş ilgili sözleşmenin niteliğinden doğan yükümlülüklerin ihlali şeklinde de ortaya çıkar³³.

i. Sözleşme Konusunu veya Hakkı Gereği Gibi Sağlama Borcuna Aykırılıktan Doğan Sorumluluk

İlk olarak satım sözleşmesinde zapttan sorumluluk hükmüne değinmek gerekir. Zapttan sorumluluk üçüncü kişi üstün hakkına dayanarak satım konusunu zapt etmesi ve satıcının satım konusunun üçüncü kişi tarafından zaptından alıcıya karşı sorumlu olmasını ifade eder. Bu sorumluluk satıcının mülkiyeti nakil borcunun bir sonucu ve yaptırımıdır. Bu durumda satıcı mülkiyeti devretme borcunu kısmen veya tamamen yerine getirmemiş durumda olacaktır. Satıcının üçüncü kişilerin haklarından arı olarak satım konusunun mülkiyetini devretme borcu kanundan doğan bir borç olmakla³⁴ birlikte bu borca aykırılık halinde, genel olarak, borçlu kusuru aranmaksızın sorumludur. Satım konusunun tamamen zaptı halinde alıcı, TBK m.217 I b.1-4'te belirtilen imkânları, satıcının kusurunu ispatlamak zorunda olmaksızın ve satıcıdan da kusurlu olmadığını ispat etmesi beklenmeksizin, satıcıdan talep edebilir³⁵. Bununla bir-

³² Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku**, s.580.

³³ Alfred Keller, **Haftpflicht im Privatrecht**, 4. Aufl., Bern, 1979, s.312-313.

³⁴ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.I/1, 6.bası, İstanbul, Vedat, 2008, s.148.

³⁵ Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s.160-161.

likte zapttan sorumluluk, genel olarak, sözleşmenin niteliği gereği söz konusu olabilen bir sorumluluktur. Zira aksinin kabulü halinde kanunkoyucunun zapt sorumluluğunu borcun ifa edilmemesinin sonuçları başlığı altında TBK m.112 vd. hükümlerinde neden yer vermediği sorusuna cevap verilemez. Ayrıca özel hükümlerde yer verilen bütün sözleşmelerde zapttan sorumluluk kabul edilmemiştir. Örneğin, tüketim ödücü sözleşmesi, eser sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, kefalet sözleşmesi, kural olarak bağışlama sözleşmesi vb.

Zapttan sorumluluk, sadece satım sözleşmesinde yer alan özel hükümlerde kabul edilmemiştir. Bazı hallerde doğrudan zapt sorumluluğu öngörülmüş, bazı hallerde ise zapttan sorumluluk kıyasen uygulanmayı gerektirmiştir. Zapttan sorumluluğun uygulanacağı diğer haller şunlardır:

TBK m.280 III gereğince, isteğe bağlı açık arttırmalarda satıcı, satılanın zaptından ve ayıplarından sorumludur. TBK m.284 gereğince, satış sözleşmesinin zapttan ve ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümleri uygun düştüğü ölçüde, mal değişim sözleşmesine de uygulanır. TBK m.309 gereğince bir üçüncü kişinin kiralananda kiracının hakkıyla bağdaşmayan bir hak ileri sürmesi durumunda kiraya veren, kiracının uğradığı her türlü zararı gidermekle yükümlüdür. TBK m.621 III gereğince, bir ortağın katılım payı, bir şeyin kullandırılmasından oluşuyorsa kira sözleşmesindeki; bir şeyin mülkiyetinden oluşuyorsa satış sözleşmesi için öngörülen ayıptan ve zapttan sorumluluğa ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır.

Satıcının satılanın zaptından sorumluluğuna benzer şekilde satıcının ayıptan doğan sorumluluğunda da satıcının kusursuz sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarla karşılaştırılabilir. Ayıptan doğan sorumluluk, zapttan doğan sorumlulukta olduğu gibi kanundan doğan bir sorumluluk ve mülkiyetin devri borcunun tamamlayıcısıdır. Bu yüzden, genel olarak, ayıplı mal teslimi dolaşısıyla sorumluluk satıcının asli edim yükümüne aykırılıktan sorumluluktur³⁶. Diğer deyişle satıcı satılanın ayıplı olması ve ayıplı satılanın mülkiyetini devretmekle, borcuna aykırı davranmış olur. Bu durumda alıcıya TBK m.227 gereği

³⁶ Bu husus ve ayrıca ayıplı ifanın dar anlamda gereği gibi ifa etmeme hali olduğu yönünde bkz. Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Ankara, Yetkin, 2011, s.75 ve 116; satıcının ayıplı mal tesliminin asli edim yükümlülüğüne aykırılık ya da yan edim yükümlülüğüne aykırılık olup olmadığı tartışması ve bu konudaki görüşler için bkz. Aral, s.114 vd; Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, Vedat, 2007, s.287 vd.

birtakım imkânlar tanınmıştır. TBK m.227 I b.1-4'deki imkanları kullanmak için satıcının kusurlu olması gerekmez. Buna ek olarak satıcıya, alıcının TBK m.227 II gereğince, seçimlik haklarını kullanmasını önleme imkanı tanınmıştır. TBK m.227 II'e göre, satıcı alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve alıcının uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir. Bu hükümde satıcının zararların tamamını gidermesi kusurlu olmasına bağlı olmadığı gibi, kusursuzluğunu ispat edememesini de gerektirmez. Bu durumda da satıcının kusursuz sorumluluğunun kabulü gerekir.

Alıcı TBK m.227 'de belirtilen imkânlardan sözleşmeden dönme imkânını kullandığı ihtimalde TBK m.229 uygulama alanı bulacaktır. TBK m.229 I b.1-3'de belirtilen hususlardan satıcının herhangi bir kusuru olmasa dahi sorumlu olduğu kabul edilmektedir³⁷. Bu halde de satıcının kusursuz sorumluluğunun varlığının kabulü gerekir. Satıcının ayıplı mal teslim etmesi durumunda kusursuz sorumluluğunu gerektiren borca aykırı davranışın söz konusu olduğu söylenebilir. Bundan ayrı olarak ayıptan doğan sorumluluğun kabul edildiği haller yalnızca satım sözleşmesinde yer almaz. Türk Borçlar Kanunu özel hükümlerde yer alan çeşitli sözleşme tiplerinde ayıptan doğan sorumluluğun söz konusu olacağı belirtilmiştir.

TBK m.280 III'e göre isteğe bağlı açık arttırmada, TBK m.284'e göre mal değişim sözleşmesinde, TBK m.472'e göre malzemenin ayıplı olması halinde, TBK m.621 III'e göre ortağın katılım payının bir şeyin mülkiyetinden oluştuğu ihtimalde ayıptan doğan sorumluluk söz konusudur.

TBK m.191'e göre, alacak, bir edim karşılığında devredilmişse devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu³⁸ garanti etmiş olur. Bu alacağın varlığından garanti sorumluluğu kanundan doğmakla birlikte bu sorumluluğun sebebi alacağın devrine ilişkin borçlandırıcı işlemidir(alacağın devri vaadi). Borçlandırıcı işlem kurulduktan sonra veya devir sırasında mevcut olmayan alacağın temlikli bir borcun gereği gibi

³⁷ Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s.192.

³⁸ Borçlunun ödeme güçsüzlüğünden sorumluluğun kabul edilmesinin sakıncaları için bkz. Baki İlkey Engin, **Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğunun Anlamı ve Önemi**, Ankara, Seçkin, 2002, s.125; Baki İlkey Engin, **"Alacağın Temlikli ve Borcun Nakli"**, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul, On İki Levha, 2012, s.160-162.

ifa edilmemesinin özel bir türüdür³⁹. Dolayısıyla bu ihtimalde bir borca aykırılıktan bahsedilebilir. Alacağın temlikinde devreden sorumlu tutulması onun kusurlu olmasına bağlı değildir. Dolayısıyla devreden alacağın var olmaması veya sona ermesi nedeniyle devralanın uğradığı zararlardan kusursuz olarak sorumludur⁴⁰. Bu sorumluluk alacağın devreden kişiye kanun tarafından yüklenmiş bir garanti borcuna dayanmaktadır.

TBK m.489 II gereğince, yayımlatan, yayımcıya karşı, sözleşmenin kurulduğu anda eseri yayımlatma hakkının bulunmamasından sorumlu olduğu gibi, eser korunmakta ise, telif hakkının olmamasından da sorumludur.

ii. Koruma Yükümlülüklerine Aykırılıktan Doğan Sorumluluk

TBK m.576'e göre, otel, motel, pansiyon, tatil köyü gibi yerleri işletenler, konaklayanların getirdikleri eşyanın yok olması, zarara uğraması veya çalınmasından sorumludurlar. Bu hükümle işletenin herhangi bir kusuru olmasa dahi eşyanın zarara uğraması veya çalınmasından sorumluluğu öngörülmüştür. Zira işletenin, konaklayanın eşyalarını koruma hususunda akdi garanti yükümlülüğü vardır⁴¹. İşletenin bu sorumluluğuyla kapsamlı olarak kontrol etme imkânı olmasa dahi konaklanan yerlerin işletilmesinden doğan riskleri konaklayan değil işleten yüklenir. Ayrıca bu durum konaklayanı eşyasının zarara uğraması veya çalınması halinde, özen yükümlülüğüne aykırı davranıldığını ispat etme zorunluluğundan da kurtarır⁴². Ancak işletenin kusursuz sorumluluğu

³⁹ Engin, s.54-55.

⁴⁰ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s.580-582; bu kusursuz sorumluluğun altında yatan düşünce alacağın devri durumunda alacağın maddi bir varlığının olmayışı ve alacağı devralmak isteyen kişinin maddi bir şeyin alıcısına nazaran alacağı devreden kişinin alacağın varlığına ilişkin beyanlarına daha fazla güvenmek zorunda oluşudur. Dolayısıyla alacağı devralan bu nedenlerden dolayı daha fazla korunmalıdır: Engin, s.56

⁴¹ Maria Magdalena Bühlmann, **Die Pflicht des Gastwirtes zum Schutz der Sachen des Gastes und die Haftung bei einer Pflichtverletzung**, Zürich, 1975, s.24-25; Aral, s.50-51; Haluk Tandoğan, "Otelcilerin Mesuliyeti", AÜHFD, 1955/3-4, s.204 vd; Georg Gautschi, **Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Das Obligationenrecht**, Band VI, 2.Abt. 6.Teilband, Art 425-491, 2.Aufl., Bern, 1962, Art 487 N.2c; bu koruma yükümlülüğünün sözleşmeden mi yoksa kanundan mı doğduğu tartışmalıdır. Bu tartışmalar ve diğer açıklamalar için bkz. Aral, s.150; Gautschi, Art. 987 N.2b.

Yazar bu hükme borca aykırı davranışın söz konusu olmadığı beklenmeyen hallerden sorumluluğun söz konusu olduğu kusursuz sorumluluk hallerinden biri olarak yer vermiştir: Oğuzman/Öz, s.426.

⁴² Bu amaçlarla birlikte sorumluluğun ikinci amacı, koruma yükümlülüklerinin dikkatli şekilde

TBK m.576 II gereğince sınırlı bir sorumluluktur⁴³. İşleten ancak konaklayanlardan her biri için, günlük konaklama ücretinin üç katını aşamaz. Bu miktarı aşan kısım için işleten genel hükümlere göre akdi koruma yükümlülüğünün ihlalden sorumludur⁴⁴. TBK m.576 I c.2 gereğince, işletene bu sınırlı kusursuz sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmıştır. İşleten, zararın bizzat konaklayan veya onu ziyarete gelen ya da beraberinde veya hizmetinde bulunan kimseye yükletilebilecek kusurdan, mücbir sebepten ya da eşyanın niteliğinden doğduğunu ispat etmekle, bu sorumluluktan kurtulur⁴⁵.

TBK m.579'e göre, garaj, otopark ve benzeri yerleri işletenler, kendilerine bırakılan veya çalışanlarınca kabul edilen hayvan, at arabası, bunlara ait kışım ve benzeri eşya ile motorlu taşıt ve eklentilerinin yok olmasından, zarara uğramasından veya çalınmasından sorumludurlar. Bu hüküm ve devamı fıkralarında yer alan hükümler de TBK m.576'ya benzer bir düzenlemedir.

iii. Para Borçlarına Aykırı Davranıştan Doğan Sorumluluk

Son olarak borçlunun borca aykırı davranışı nedeniyle alacaklının temerrüt faizi talebine değinmek gerekir. Para borçlarında temerrüt halinde borçlu, temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür. Temerrüt faizi, kanunkoyucu tarafından alacaklının var farzedilen zararını tazmin amacıyla kabul ettiği bir götürü tazminat niteliğindedir⁴⁶. Faizin bir tazminat olduğunu kabul eden görüş gözönüne alındığında⁴⁷ temerrüde düşme durumunda kusur aranmadığından temerrüt faizini ödemekle yükümlü borçlunun, alacaklının geç ifa dolayısıyla paradan mahrum kalması nedeniyle uğradığı zarardan sorumluluğu da bir kusursuz so-

yerine getirilmesini teşviktir: Bühlmann, s.50-51.

⁴³ Bu sınırlı sorumluluğun eleştirisi için bkz. Tandoğan, **Otelcilerin Mesuliyeti**, s.232 vd.

⁴⁴ Aral, s.151; Gautschi, Art 487 N.9b ve N.2c; 13. HD. 15/7/2005 5257/12386 (**Kazancı**): "... Öte yandan B.K. 478 ve 479. maddeleri gereğince davalı hırsızlığın vukuunu önlemek için gerekli tedbirleri aldığı, kendisine isnadı kabil bir kusur bulunmadığına ispat edemediğine ve kusurlu olduğuna göre davacının oluşan zararının tamamından sorumludur. Mahkemece davacının gerçek zararı araştırılarak sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir...".

⁴⁵ İşletenin mücbir sebep karşısında sorumluluğu kabul edilmediğinden kusursuz sorumluluk beklenmeyen halden(kazadan) sorumluluktur: Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s.890.

⁴⁶ Oğuzman/Öz, s.502.

⁴⁷ Bu husutaki tartışmalar ve ilgili açıklama için bkz. Nami Barlas, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul, Kazancı, 1992, s.135 vd.

rumluluk halidir⁴⁸. Dolayısıyla borçlunun kusuru aranmaksızın, temerrüde düşmesi halinde temerrüt faizi ödemekle yükümlü olduğu söylenebilir. Bununla birlikte borçlunun ödeme yükümlülüğünden kurtulması bakımından kendisine herhangi bir kurtuluş kanıtı tanınmamıştır. Borçlu genel hükümlerde belirtilen kusura dayanan sorumluluğundan farklı olarak temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispat etse dahi temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür⁴⁹.

d. Hakkaniyet Sorumluluğu

TBK m.65 gereğince, hakkaniyet gerektiriyorsa; hakim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir. Bu hüküm haksız fiil hükmü olup, kusursuz sorumluluk başlığı altında yer almıştır. Ancak, TBK m.114 II gereği haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanacağından bu hükmün hukuki işlemde doğan borca aykırılık hallerinde de uygulanması söz konusudur⁵⁰.

TBK m.65'in borca aykırılık haline nasıl uygulanacağı belirlenmesi gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki borçlu sözleşmenin kurulduğu sırada ayırt etme gücünden yoksun ise bu durumda sözleşme, kural olarak, TBK m.27 gereği kesin hükümsüz olacaktır⁵¹. Aksi durumda geçersiz olan sözleşmeden doğan borca aykırı davranıştan söz edilemez⁵². Dolayısıyla sözleşmenin kurulduğu sırada borçlunun ayırt etme gücüne sahip olduğu ancak sözleşmenin kurulmasından sonra ayırt etme gücünü kaybettiği hallerde bu durum söz konusu olacaktır. Ancak bu durumda da borçlunun şahsı borcun ifasında önem arz ediyor ise sözleşme sona erer, şayet önem arzetmiyorsa ve kanuni temsilci varsa, borcun ifasının kanuni temsilci tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Kanuni temsilci borcu ifa etmez ve borçlunun kusursuz olduğunu ispat edemezse

⁴⁸ Eren, s.1024; Keller/ Schöbi, s.238.

⁴⁹ Oğuzman/Öz, s.502; Serozan, §17 N.7.

⁵⁰ Oğuzman/Öz, s.426; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s.890; Koller, s.85; Eren, s.1023; Serdar Nart, **Ayırt etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Adalet, 2014, 202-203.

⁵¹ Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s.890; Tandoğan, **Mesuliyet**, s.420 dn.29; kuralın istisnaları ve diğer hususlar için bkz. Nart, s.190 vd.

⁵² Oğuzman/Öz, s.426 dn. 195; bu halde TBK m.64'ün doğrudan uygulanacağı yönünde bkz. Tandoğan, **Mesuliyet**, s.420 dn.29.

hakkaniyet sorumluluğu söz konusu olmaksızın borca aykırı davranıştan ayırt etme gücüne sahip olmayan borçlu sorumlu olacaktır⁵³.

e. İfa Yardımcısının Eylemlerinden Sorumluluk

TBK m.116'ya göre, borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkının kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür. Bu hüküm, bir borcun ifasına yardımcı olarak katılan kişilerin borca aykırı davranışları neticesinde alacaklının uğradığı zarardan borçlunun sorumlu olmasını ifade etmektedir. Ayrıca bu hüküm sadece ifa yardımcısının ifaya katıldığı hallerde değil, aynı zamanda ifa yardımcısının borçluya ait hakkın kullanılmasına katıldığı hallerden doğan zarardan da borçluya sorumluluk yüklemektedir. Hükümde kusurdan hiç söz edilmemiştir. Dolayısıyla genel olarak, borçlunun bu halde kusursuz sorumluluğundan bahsedilebilir.

Bu kusursuz sorumluluğun temelinde yatan düşünce çeşitlidir: Borçlu borcunun ifası için ifa yardımcısı kullanmakla alacaklının zarara uğrama riskini arttırır. Bununla birlikte alacaklının ifa yardımcısına karşı sadece haksız fiil hükümlerine başvuracağı ve iş bölümünün günümüzde çeşitli görünüm şekilleri olduğu düşünüldüğünde alacaklıyı yardımcı kişiyi arayıp bulmakla başbaşa bırakmak ciddi bir sorun oluşturur. Dolayısıyla sözleşme ilişkisiyle bağlı bulunan borçluyu, borcun ifasını gerçekleştirmesi veya hakkını kullanması hususunda onay verdiği ifa yardımcısının borca aykırı davranışlarından sorumlu tutmak gerekir⁵⁴. Diğer bir deyişle ifa yardımcısı kullanmanın riskine alacaklıdan ziyade borçlu katlanmalıdır⁵⁵. Bununla birlikte borçlu, ifa yardımcısı kullanmakla hâkimiyet alanını iradesiyle genişlettiğinden bu egemenlik alanı içerisinde doğacak söz konusu risklere de kendisi katlanmalıdır. Bu yüzden borçlunun bu yardımcısının etkinliğinden dolayı kusursuz risk sorumluluğuna tabi tutulması, nimet külfet esasına, hâkimiyet esasına ve sosyal adalet anlayışına da uygun olacaktır⁵⁶.

⁵³ Oğuzman/Öz, s.426 dn.195; Nart, s.203-204; ancak borçlunun kanuni temsilciye rücu imkanı vardır: Oğuzman/Öz, s.418.

⁵⁴ Serozan, § 22 N.3.

⁵⁵ Oğuzman/Öz, s.437.

⁵⁶ Serozan, § 22 N.3.

TBK m.66 II ve III'de yer alan adam çalıştırmanın sorumluluktan kurtulma imkânına TBK m. 116'da yer verilmediğinden, borçlu, ancak ifa yardımcısı yerine borcu kendisi ifa etseydi dahi doğan zarardan kendisinin sorumlu olmayacağını ispat ettiği durumda TBK m.116'dan doğan sorumluluktan kurtulacaktır. Zira bu durumu ispat eden borçluyu sırf bir ifa yardımcısına başvurduğundan dolayı sorumlu tutmak için yeterli sebep yoktur⁵⁷.

2. Sözleşmede Öngörülen Hallerin Gerçekleşmesi

Taraflar, borca aykırı davranan tarafın kusuru aranmaksızın borca aykırı davranıştan doğan zararı ilgili tarafın tazmin edeceğini sözleşmeyle kararlaştırabilirler. Bu durumda borcuna aykırı davranan tarafın kusursuz sorumluluğunun kaynağını sözleşme teşkil edecektir. Taraflar sözleşmede bu tür hükümlere yer vermekle, zararın tazminini, borca aykırı davranan tarafın kusurunun olmadığını ispat etmesi şartına bağlı kılmaktan kurtarmakta, borca aykırı davranan tarafın durumunu ağırlaştırmaktadırlar. Ayrıca taraflardan biri için önem arz eden borcun, diğer taraf bakımından yerine getirilmesindeki önem ve diğer tarafça ifasının gereği gibi yapılmasını teşvik edici niteliği de açıktır.

Taraflar arasında kararlaştırılan bu tür sözleşmelerde, genellikle, borçlunun beklenmedik halden doğan zarardan sorumlu olacağı, mücbir sebepten doğan zarardan ise borçlunun sorumlu olmayacağı kararlaştırılır⁵⁸. Bununla birlikte bu sözleşmelerde borca aykırı davranış söz konusu olmasa dahi diğer tarafın hâkimiyet alanında ortaya çıkan, alacaklının uğradığı zararlardan borçlunun kusuru olmaksızın sorumlu olacağı kararlaştırılabilir. İfanın beklenmeyen hal söz konusu olmasa dahi borçlunun kusuru olmaksızın imkânsızlaşması halinde TBK m.136'da yer verilen yedek hukuk kuralının aksi kararlaştırılabilir. Bu ihtimalde ifanın imkânsızlaştığı hallerde borçlu kusursuz olarak sorumlu tutulacaktır. Ayrıca taraflar arasındaki sözleşmede beklenmeyen halin veya mücbir sebebin ya da borçlunun egemenlik alanına üçüncü kişinin müdahalesi sonu-

⁵⁷ Oğuzman/ Öz, s.436; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s.898; Serozan, § 22 N.4; ancak doktrinde bir görüş, TBK m.116'ya göre borçlunun her durumda kusursuz olarak sorumlu olduğu ve sorumluluktan sıyrılmaya imkânının söz konusu olmadığını belirtmiştir: Becker, Art 101 N.20; Tunçomağ, s.843; bu tartışmalar ve diğer görüşler için bkz. Tandoğan, **Mesuliyet**, s.443-446.

⁵⁸ Oğuzman/ Öz, s.427.

cunda ifanın mümkün olmaması halinde borçlunun kusursuz sorumlu olacağı sözleşmeyle kararlaştırılabilir.

Bu tür sözleşmeler için genel olarak kanunda herhangi bir hüküm yoktur. Ancak herhalde bu sözleşmeler TBK m.27'e ve dürüstlük kuralına aykırı düşmemelidir⁵⁹. Sorumluluğu kaldıran ve azaltan anlaşmalarda alacaklının durumu ağırlaşırken, sorumluluğun sözleşme ile genişletilmesi durumunda da bu defa borçlunun durumunun ağırlaştığından bahsedilebilir. Dolayısıyla hâkim, her somut olayın özelliğini gözönüne alarak, TBK m.27'yi doğrudan, TBK m.115'de belirtilen sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin hükmü ise kıyasen uygulayarak somut olay adaletini sağlama yoluna gitmelidir⁶⁰.

Asıl borç ilişkisini kuran sözleşme kanunen bir şekle tabi ise ve borçlunun kusursuz sorumluluğu hususundaki anlaşma sözleşme kurulduğu sırada mevcut ise bu husus sübjektif esaslı nokta teşkil ettiğiinden anlaşma asıl sözleşmenin şekline tabi olacaktır. Borçlunun kusursuz sorumluluğu hususundaki anlaşma sözleşmenin kurulmasından sonra da sözleşmede yer vermek mümkündür. Bu durum ise bir sözleşme değişikliği niteliğinde kendisini gösterecektir. Bu halde de anlaşma asıl sözleşmenin şekline tabi olacaktır. Bu esas, anlaşmanın taraflardan birinin sorumluluğunu ağırlaştıran bir anlaşma olmasından dolayı, şeklin amacına ve şekil kurallarıyla tarafların korunması esasına uygundur⁶¹.

Taraflarca, sözleşme ile, borca aykırı davranışın söz konusu olduğu hallerde ceza koşulu kararlaştırılması mümkündür. Bu durumda borca aykırı davranan borçlu, genel hükümlerde yer alan kusur prensibine paralel olarak, kusurlu ise ceza koşulu ödemekle yükümlüdür. Ancak istisnaen kanunun borca aykırı davranıştan borçluyu kusursuz olarak sorumlu tuttuğu ve ceza koşulunun sözleşmede kararlaştırıldığı durumda, borçlunun herhangi bir kusuru olmasa dahi alacaklı borçludan ceza koşulunun ödenmesini talep edebilir. Örneğin, taraflarca, sözleşmede, ifa yardımcısının borca aykırı davrandığı hallerde borçlunun ceza koşulu ödeyeceği kararlaştırılmışsa, borçlu şartların ortaya çıkmasıy-

⁵⁹ Oğuzman/ Öz, s.427.

⁶⁰ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s.891.

⁶¹ Oğuzman/ Öz, s.427 dn.196 ve s.421 dn.182.

la, alacaklının talebi üzerine, ceza koşulu ödemekle yükümlüdür⁶². Ceza koşulu da kanundan doğmamakta ancak taraflarca sözleşme ile kararlaştırılırsa ve şartları oluşursa ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte taraflarca, taraflardan birinin, borcuna kusuru olmaksızın aykırı davrandığı durumda da ceza koşulunun kararlaştırılması mümkündür⁶³.

Borca aykırılıktan doğan kusursuz sorumluluğun sözleşme ile kararlaştırıldığı durumda, alacaklının tazmin talebi için borçlunun sözleşmede yer alan borca aykırı davranışının gerçekleştiğini ispat etmesi yeterlidir. Bununla birlikte borçlunun egemenlik alanında vukuu bulan zararlardan borçlunun kusursuz olarak sorumlu olacağına kabul edildiği ihtimalde de zarar verici hususu ispat etmelidir.

Bununla birlikte kanunda kural olarak borçlunun sorumlu olmayacağı ancak özellikle garanti verdiği durumlarda sorumluluğunun kabul edileceği bazı hallerde de sorumluluk sözleşme ile kararlaştırılmış bir sorumluluk olarak değerlendirilebilir. Örneğin TBK m.537'e göre, yetkisi olmaksızın veresiye mal satması dışında, komisyoncu işlemde bulunduğu borçluların ödememelerinden ve diğer borçlarını ifa etmemelerinden sorumlu olmaz. Ancak, komisyoncu açıkça garanti vermişse veya bulunduğu yerdeki ticari teamül gerektiriyorsa sorumlu olur. Bundan ayrı olarak bir başka örnek kötüniyetli alıcıya karşı satıcının zapttan doğan sorumluluğunda kendisini gösterir. TBK m.214 l'e göre, alıcı, elinden alınma tehlikesini sözleşmenin kurulduğu sırada biliyor idiyse satıcı, ayrıca üstlenmiş olmadıkça bundan dolayı sorumlu olmaz. TBK m.214 l ve TBK m.537'e göre borçlunun garanti vereceğine ilişkin tarafların anlaşması sözleşme ile sorumluluğun öngörüldüğü haller olarak değerlendirilebilir.

B. Zarar

Alacaklı kanunda veya sözleşmede öngörülen sorumluluk kurucu hususların meydana gelmesiyle bir zarara uğramalıdır. Alacaklı bu durumda uğradığı zararların tazminini borçludan talep edebilir. Ancak alacaklı bu zararı ispat kül-

⁶² Oğuzman/ Öz, **Borçlar Hukuku**, s.533.

⁶³ Oğuzman/ Öz, **Borçlar Hukuku**, s.533.

feti altındadır. Alacaklı bu halde zararın varlığını ispat edecektir⁶⁴. Zararın miktarı belirli değilse veya alacaklının gerçek miktarı ispat etmesi zor ise, zararın miktarı hâkim tarafından belirlenecektir. Bu durumda da hâkim TBK m.114 II gereği haksız fiillerde zararın belirlenmesine ilişkin esası uygulayacaktır.

Ancak alacaklı bazı durumlarda zararın varlığını ispat külfeti altında olmadan sözleşmede öngörülen ceza koşulunun ödenmesini talep edebilir. Ancak bunun için taraflarca borca aykırılıkta kusursuz sorumluluğun söz konusu olduğu hallerde zararın mevcut olup olmadığından bağımsız olarak taraflarca bir ceza koşulu kararlaştırılmış olmalıdır. TBK m.182 II gereği bu durumda da borca aykırılıkta kusursuz sorumluluğun söz konusu olduğu ve taraflarca ceza koşulu kararlaştırıldığı ihtimalde artık borçlunun kusuru aranmayacaktır⁶⁵. Borca aykırı davranan borçlu, ceza koşulunun tazmininden kusursuz olarak sorumlu olacaktır. Alacaklı bu ihtimalde ayrıca zararın varlığını ispat külfeti altında da kalmayacaktır.

Haksız fiil sorumluluğundan farklı olarak alacaklı bu hallerde olumlu veya olumsuz zararlarını talep edebilir. Kanunda öngörülen haller bakımından her somut ilişkinin özelliği ve zarar verici olgunun niteliği gözönüne alınarak bu zarar olumlu veya olumsuz zarar olabilir. Örneğin, TBK m.37 II gereğine iptal hakkını kullanan korkutulanın hakkaniyet gereği ödemekle yükümlü olduğu zarar genel olarak olumsuz zarardır. Bununla birlikte ifa yardımcısının borcu gereği gibi yerine getirmemesi dolayısıyla alacaklı borçludan olumlu zararlarının tazminini talep edebilir. Bununla birlikte bazı hallerde zarar olumlu veya olumsuz zarardan farklı niteliğe bürünebilir. Örneğin, otel veya benzeri yer işleten kişinin konaklayanın eşyalarının zarara uğraması veya çalınmasından dolayı uğradığı zarar –konumuz bakımından- olumlu veya olumsuz zarar ayrımı söz konusu olmaksızın fiili zarardır. Ancak kanunda öngörülen bazı hallerde(örneğin, satım sözleşmesinde ayıptan veya zapttan sorumlulukta) alacaklının uğradığı doğrudan zararın tazmini öngörülmüştür. Bu durumda doğrudan zarardan ne anlaşılması gerektiği problemiyle karşılaşılmaktadır. Bu konu tartışmalıdır⁶⁶.

⁶⁴ Oğuzman/Öz, s.403 vd; Eren, s.1023.

⁶⁵ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku**, s.533.

⁶⁶ Bu tartışmalar için bkz. Çiğdem Kırca, “**Kaldırılması Gereken Bir Ayrım: Satım Sözleşmesinde Satılanın Zaptı ve Satılan Malın Ayıplı Olması Sebebiyle İstenebilecek Tazminat Açısından**”

Konumuz itibariyle bu tartışmaya girmemekle birlikte doğrudan zararı, zarar verici davranışla uygun illiyet bağı içerisinde bulunan en yakın zarar olarak ifade etmeyi yeğliyoruz⁶⁷.

Son olarak belirtmek gerekir ki temerrüt faizinde de alacaklı herhangi bir zarara uğramasa dahi borçlu kusursuz olarak sorumlu olacaktır. Bu ihtimalde de alacaklı zararın varlığını ispatlamak zorunda kalmaksızın temerrüt faizi talep edebilecektir.

C. İlliyet Bağı

Borca aykırılıkta kusursuz sorumluluğun söz konusu olabilmesi için bir diğer unsur illiyet bağıdır. Kanunda öngörülen hallerin veya sözleşmede öngörülen hallerin gerçekleşmesiyle ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Bu hallerde illiyet bağının varlığını ispat alacaklıdadır⁶⁸. Bu anlamda ispat olayların normal akışı ve yaşam deneyimlerine göre, söz konusu hususların zararı yol açmaya elverişli olduğu hakkında hâkimin ikna edilmesi ile olur.

Alacaklı bu illiyet bağını ispatla yükümlü olmakla birlikte bazı hallerde borçluya zarar ile zarar verici husus arasında illiyet bağının olmadığını ispat imkânları da tanınmıştır. Genel olarak, borca aykırılıktan sonra söz konusu olacak beklenmeyen hallerde borçluya tanınan kurtuluş kanıtı bu mahiyettedir⁶⁹. Zira borçlu borca aykırı davranıyorsa dahi zararın yine de ortaya çıkacağını veya

Yapılan Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar Ayırımı” Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara, Seçkin, 2009, s. 450 vd.

⁶⁷ Doğrudan zararın bu şekilde anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Serozan, s.128; Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz, İstanbul, 1992, s.85; Andreas von Tuhr/ Hans Peter **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationrecht**, Band I, 3. Aufl, Zürich, 1979, s.88-89; herhalde haksız fiil sorumluluğunda öngörülen uygun illiyet bağı teorisinden bu noktada yararlanmak gerekir. Doğrudan veya dolaylı zarar uygun illiyet bağı içerisinde değerlendirilmelidir. Bu görüş için bkz. Fadıl Yıldırım/ Veysel Başpınar, **“Doktrin ve Uygulama Açısından Türk-İsviçre Hukukunda Doğrudan Doğruya ve Dolaylı Zarar Ayırımı”**, Prof.Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara, Turhan, 2008, s.1105 vd; Aral, s.171 vd; Ergüne, s.65.

⁶⁸ Alacaklı ancak borca aykırı davranış ile uygun nedensellik bağı bulunan zararlarının tazminini talep edebilir. İlliyet bağının varlığını ispat alacaklıdadır: Oğuzman/Öz, s.393-394; Eren, s.1023.

⁶⁹ Borçluya sorumluluktan kurtulma imkanı tanındığı haller ve bu imkanlar için bkz. II, A,1,a.

zararın borca aykırı davranıştan ileri gelmediğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir.

III. SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

İkinci bölümde belirtilen hususların gerçekleşmesiyle alacaklı borçludan uğradığı zararların tazminini talep edebilir. Tazminatın kapsamı ve şekli hususunda ve borca aykırılığın sonuçlarında öngörülme diğer hususlarda, genel olarak, TBK m.114 II gereği haksız fiil hükümleri uygulanacaktır.

Kanun bazı hallerde tazminatın kapsamını sınırlamıştır. Örneğin, otel vb. yer işletenler ile garaj veya otopark vb. yer işletenlerin kusursuz sorumlu olduğu tazminat kanunda öngörülen miktar belirleme yöntemi uygulanarak elde edilen miktarla sınırlıdır. Zarar görenin zararı daha fazla ise bu durumda bu kişilerin genel hükümlere göre sorumluluğuna başvurulması gerekir. Bundan ayrı olarak genel sınırlandırma olarak borçlu, uygun illiyet bağı içerisinde yer alan zararları tazminle yükümlüdür. Dolayısıyla bunu aşan zararın tazmini imkânı mümkün değildir. Ancak zarar kavramına bağlı olmaksızın öngörülen temerrüt faizi veya ceza koşulunun söz konusu olduğu durumlarda tazminatın kapsamına bu hususlar da girer⁷⁰.

Bununla birlikte her somut olayın özelliği gözönüne alınarak kusursuz sorumluluğun söz konusu olduğu bazı hallerde tazminattan indirim yapılabilecektir. Tazminattan indirim yapılmasına ilişkin olarak TBK m.51 gözönüne alınmalıdır. Zira bu hüküm gereği hâkim olayın özelliğini gözönüne alarak tazminatın kapsamını belirleyebilir. Bu hüküm TBK m.114 II gereği sözleşme hukukunda da uygulanır. Bu durumda hâkimin mutlaka indirim yapacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Hâkim durumun gereğini gözönüne alarak indirim yapabileceği gibi indirim yapmayabilir⁷¹. Buna ek olarak ilgili hususlar bakımından zarar verenin kusuru aranmadığından, zarar verenin kusurunun olup olmadığı araştırılmayacağı gibi bu husus indirime esas alınacak unsurlar arasında yer almaz. Buna ek olarak tarafların ceza koşulu kararlaştırdığı ihtimalde, hâkim, TBK m.182 III gereği kendisine tanınan yetkiyi kendiliğinden kullanacaktır. Buna göre hâkim

⁷⁰ Oğuzman/Öz, s.393-394 ve s.439.

⁷¹ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku**, s.115-116.

ceza koşulunu aşırı gördüğü takdirde indirim tabi tutabilecektir⁷². TBK m.182 III bu hususu borçlunun talebine bağlı olmaksızın hâkimin kendiliğinden gözönüne alacağını belirtmiştir⁷³.

Tazminat talebinde zamanaşımı kanunda aksi öngörülmemiş olmadıkça TBK m.146'ya göre 10 yıllık zamanaşımıdır. Bu zamanaşımı borca aykırılığın gerçekleştiği tarihten itibaren başlayacaktır⁷⁴.

SONUÇ

“Borca Aykırılıkta Kusursuz Sorumluluk” başlığı altına incelenen makalede aşağıdaki sonuçlara varılmıştır:

I. Borçlunun borca aykırı davranışından sorumluluğu kural olarak kusur prensibine dayanmakla birlikte sözleşmede veya kanunda belirtilen hususların varlığı halinde borçlunun kusuru olmasa dahi sorumlu tutulduğu haller mevcut olabilir. Bu sorumluluk çeşitli şekillerde kendisini gösterir. Borca aykırılıktan doğan kusursuz sorumluluk, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinin sonuçlarından sorumluluk şeklinde; sözleşmenin niteliğinden doğan koruma yükümlülüklerine aykırılığın söz konusu olduğu hallerde; borcun borçlu tarafından değil de bir üçüncü etken(ifa yardımcısı, sözleşme dışı hususların varlığı, beklenmeyen hal) tarafından ihlal edildiği ancak bu ihlalin de borçluya isnat edilebildiği veya borçlunun kurtuluş kanıtı imkânından yararlanamadığı hallerde, genel olarak, kendisini gösterir.

II. Taraflarca kararlaştırılan veya kanun gereği söz konusu olan kusursuz sorumluluk çeşitli esaslara dayanabilir. Bu esaslar genel olarak sebep olma esası, risk esası, fedakârlığın denkleştirilmesi veya hakkaniyet esası olabilir.

III. Sorumluluğun şartları genel olarak şöyle sıralanabilir. Kanunda veya sözleşmede öngörülen hususların gerçekleşmesi, bu durumlar dolayısıyla za-

⁷² Bu husus ve diğer açıklamalar için bkz. Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku**, s.535 vd; von Tuhr/Escher, s. 284-285.

⁷³ Bu halde, BK m.161 III'ün uygulandığı dönemde söz konusu olan ceza koşulunun indirilmesi hususunun borçlunun talebine bağlı olup olmadığı tartışmasına da son verilmiş gözükmektedir. BK m.161 III'ün uygulandığı dönemde mevcut olan söz konusu tartışma için bkz. Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku**, s.536 vd.

⁷⁴ Oğuzman/Öz, s.502.

rarın ortaya çıkması bu durum ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağının bulunmasıdır. Kanunda öngörülen haller Türk Borçlar Kanunda düzenlenmiş genel ve özel hükümlerde kanunkoyucu tarafından kararlaştırılmış çeşitli hükümlerde kendisini gösterir. Bu haller, borca aykırı davranışın gerçekleşmesinden sonra ortaya çıkan beklenmeyen haller, daha önce borca aykırı davranış söz konusu olmasa dahi kendisine sorumluluk kurucu nitelik tanınan hususlar, borca aykırı davranış olarak kabul edilen haller, borçlunun hakkaniyet gereği sorumluluğu, borçlunun ifa yardımcısından sorumluluğu şeklinde sıralanabilir. Bundan bağımsız olarak taraflar sorumluluk kurucu hususları sözleşme ile de kararlaştırabilirler. Bu sözleşmeye genel olarak, TBK m.27 doğrudan TBK m.115 ise kıyasen uygulanabilir. Bu hallerin gerçekleşmesiyle zarar ortaya çıkabilir ve bu zarar uygun illiyet bağının kapsamında olduğu sürece borçlunun bu zararlardan sorumluluğu söz konusu olabilir. Ancak alacaklı bu hususları, zararı ve illiyet bağını ispat külfeti altındadır. Genel olarak bu hususlar ve diğer hususlar bakımından, TBK m.114 gereği haksız fiil hükümleri kıyasen uygulanacaktır.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

- Aral, Fahrettin: Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara, Yetkin, 2011.
- Arkan Serim, Azra: Hasılat Kirasında Tarafların Hak ve Borçları, İstanbul, Beşir, 2010.
- Atamer, Yeşim: Uluslararası Satım Sözleşmesine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması(CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, Beta, 2005.
- Bühlmann, Maria Magdalena: Die Pflicht des Gastwirtes zum Schutz der Sachen des Gastes und die Haftung bei einer Pflichtverletzung, Zürich, 1975.
- Engin, Baki İlkey: Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğunun Anlamı ve Önemi, Ankara, Seçkin, 2002.
- Engin, Baki İlkey: “Alacağın Temliki ve Borcun Nakli”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul, On İki Levha, 2012, s.159-167.

- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12.bası, İstanbul, Beta, 2010.
- Ergüne, Serkan: Olumsuz Zarar, İstanbul, Beta, 2008.
- Gauch, Peter/R.Schlupe, Walter/ Jäggi, Peter: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 5. Aufl., Zürich, 1991.
- Gautschi, Georg: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 2.Abt. 6.Teilband, Art 425-491, 2.Aufl., Bern, 1962.
- Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz, İstanbul, 1992.
- Keller, Alfred: Haftpflicht im Privatrecht, 4.Aufl., Bern, 1979.
- Keller, Max/ Schöbi,Christian: Das Schweizerische Schuldrecht Allgemeines Lehren des Vertragsrechts, Band I, 3. Aufl. , Basel und Frankfurt, 1988.
- Kırca, Çiğdem: “Kaldırılması Gereken Bir Ayrım: Satım Sözleşmesinde Satılanın Zaptı ve Satılan Malın Ayıplı Olması Sebebiyle İstenebilecek Tazminat Açısından Yapılan Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar Ayrımı” Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara, Seçkin, 2009, s. 437-458.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.1, 4.bası, İstanbul, Filiz, 2008.
- Koller, Alfred: Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Freiburg, 1985.
- Koller, Jürg: Genugtung aus Vertragsverletzung, Zürich, 2003.
- Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts Band I Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München, 1987.
- Medicus, Dieter: Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 17.Aufl., 2006, München.
- Müller-Chen, Markus: Folgen der Vertragsverletzung, Zürich, 1999.
- Nart Serdar: Ayırtetme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Adalet, 2014.
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 11.bası, İstanbul, Vedat, 2013.

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, 11.bası, İstanbul, Vedat, 2013 (Borçlar Hukuku).

Serozan, Rona: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 2.bası, İstanbul, Filiz, 2006.

Serozan, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul, Vedat, 2007.

Tandoğan, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, 2.bası, İstanbul, Vedat, 2010 (Mesuliyet).

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1, 6.bası, İstanbul, Vedat, 2008 (Özel Borç İlişkileri).

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/2, 4.bası, İstanbul, Vedat, 2008.

Tandoğan, Haluk: "Otelcilerin Mesuliyeti", AÜHFD, 1955/3-4, s.201-239 (Otelcinin Mesuliyeti).

Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler,7.bası, İstanbul, Filiz, 1993.

von Tuhr, Andreas/ Escher, Arnold: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., Zürich, 1974.

von Tuhr, Andreas/Peter Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl, Zürich, 1979.

Tunçomağ, Kenan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6.bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976.

Ulusan, İlhan/Yıldırım Fadıl/Başpınar, Veysel: Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977. "Doktrin ve Uygulama Açısından Türk İsviçre Hukukunda Doğrudan Doğruya ve Dolaylı Zarar Ayrımı", Prof.Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara, Turhan, 2008, s.1093-1125.

Zäch Roger: Stellvertretung, Art.32-40 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch Obligationen Recht, Allgemeine Bestimmungen Berner Kommentar (BK) Band/Nr./VII/1/2/2, Stämpfli Verlag, Bern, 1990.

ARABULUCULUK SONUCUNDA ULAŞILAN ANLAŞMA BELGESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Legal Status of Settlement Agreement Reached as a Result of Mediation

Arş. Gör. Emre KIYAK *

ÖZET

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun yürürlüğe girmesiyle bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuk yasal zemine kavuşturulmuş oldu. Bu Kanunun 18 inci maddesine göre taraflar, arabuluculuk faaliyeti sonunda uyuşmazlık konuları hakkındaki mutabakatlarını göstermek üzere bir anlaşma belgesi hazırlayabilirler. Bu anlaşma belgesi, tarafların imzalarının yanısıra arabulucunun imzasını ihtiva edecektir. Bu çalışmanın amacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda hazırlanan anlaşma belgesinin hukuki niteliğinin ve bu belgenin bir dava sırasında veya tahkimde delil olarak kullanılmasının mümkün olup olmayacağı noktasında yapılacak tartışmalara katkıda bulunmaktır.

Anahtar Kelimeler: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Arabuluculuk, 6325 sayılı Kanun, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Anlaşma Belgesi.

ABSTRACT

With the coming into effect Mediation in Civil Disputes Act No. 6100, alternative dispute resolution method, mediation, has been crossed to legal background. According to article 18 of this Act, parties can prepare an agreement document end of mediation activity to show their meeting of minds about cases under dispute. This agreement document will include signature of mediator in addition to signatures of parties. Purpose of this study is to contribute to determining of legal characteristics of the agreement document prepared end of mediation activity and to discussions under point of whether possible using this document as proof in a litigation or arbitration.

Key Words: Alternative Dispute Resolution, Mediation, Act No. 6325, Mediation in Civil Disputes Act, Agreement Document.



* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, ekiyak@atauni.edu.tr.

GİRİŞ

Bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arbuluculuk, en temel anlamıyla uyuşmazlıkların tarafsız bir üçüncü kişi yardımı ile gönüllülük esasına göre çözümlenmesidir.¹ Daha somut bir ifadeyle bu yöntemi, *sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi* (m.2/1-b) şeklinde tanımlamak da mümkündür. Diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde olduğu gibi arbuluculukta da sürecin başlatılması, yürütülmesi ve sonlandırılması tamamen tarafların² iradesindedir.

¹ Bkz. ÖZBAY, İbrahim, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2006, Cilt: 10, Sayı: 3-4, (s. 459-475), s. 465; KARSLI, Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 3. Basım, Alternatif Yayınları, İstanbul, 2012, s. 897-898; TAŞPOLAT-TUĞSAVUL, Melis, **Türk Hukukunda Arbuluculuk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 26 vd; KEKEÇ, Elif Kismet, **Arbuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 23 vd. Ayrıca bkz. OBRADOVIC, V. Michelle, "Achieving Wise Resolutions in Mediation", **American Journal of Trial Advocacy**, Yıl: 2004, Cilt: 28, (s. 197-212), s. 208, dn. 34; YU, Helen, "The Draft Mediation Bill", **Hong Kong L.J.**, 2012, Cilt: 42, Sayı: 2, (s. 65-85), s. 66; TOPOR, Roxana/DRAGOMIR, Cristina Boroiu "Mediation As An Alternative To Conflict Settlement", **Contemporary Readings in Law and Social Justice**, Yıl: 2012, Cilt: 4, Sayı: 1, (s. 392-397), s. 395 vd; FEINBERG, Kenneth R., "Mediation – A Preferred Method of Dispute Resolution", **Pepperdine Law Review**, Yıl: 1989, Cilt: 16, (s. 5-42), s. 6 vd.

² Arbuluculuk sürecinde taraf vekili olarak yer alacak kişilerin, baroya kayıtlı avukat olma zorunluluğunun olup olmadığına da açıklık getirmek gerekir: Avukatlık Kanunu m. 35/1 gereğince kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, *mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek*, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir. Arbuluculuk marifetiyle görülen bir uyuşmazlığın mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan bir organ nezdinde görülen bir uyuşmazlık olarak nitelendirilmek mümkün değildir. Zira arbulucunun yargı yetkisini haiz bir organ olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. 6325 sayılı Kanunda da tarafların vekillerinin avukat unvanına sahip olması gerektiği yönünde açık bir düzenleme mevcut olmadığına göre, *ilk bakışta* arbuluculuk sürecinde tarafları vekâleten temsil edecek kişilerin, avukat olmasına gerek olmadığı düşünülebilir. Fakat gerek m. 8/1'in gerek m. 15/6'nın gerekçelerine bakıldığında, kanun koyucunun vekil tabiri ile kastettiğinin avukatlar olduğunu görülmektedir. Bu nedenle, arbuluculuk sürecinde avukatlık ruhsatnamesine sahip olmayan kişilerin vekil olarak yer alamayacağı, fakat vekil olarak yer alacak avukatın baroya kayıtlı olmasının gerekemeyeceği kanaatindeyiz. Son olarak, bu hususta ortaya çıkabilecek tereddütlerin önüne geçebilmek amacıyla tanımlar başlıklı 2 nci maddenin birinci fıkrasına, "*Vekil: Arbuluculuk*

Arabuluculuk yöntemini, sürece katılan üçüncü kişinin, üstlenmiş olduğu fonksiyonu yerine getirirken sahip olduğu yetkilere göre çeşitli ayrımlara tabi tutmak mümkündür: Buna göre öğretide arabulucunun, süreç boyunca, uyuşmazlığın çözümüne ilişkin olarak daha aktif bir rol üstlendiği *değerlendirici arabuluculuk* ve daha pasif bir konumda olduğu *kolaylaştırıcı arabuluculuk* şeklinde³ ve arabulucunun taraflar üzerinde karar verici bir konuma yaklaştığı *geleneksel arabuluculuk* ile (günümüzde genel olarak kabul edilen) çözüm sürecini ve taraflar arasındaki iletişim ortamını kolaylaştırıcı bir konumda olduğu *modern arabuluculuk* şeklinde⁴ ikili ayrımlara rastlamak mümkündür.⁵

Hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk yönteminin nasıl uygulanacağına ilişkin iç hukuktaki pozitif kaynakları 7.6.2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu⁶ ile bu Kanunun uygulanmasına yönelik olarak hazırlanıp yürürlüğe giren Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği⁷ şeklinde sıralamak mümkündür. Bunların dışında, arabulucuların ücretlerinin nasıl belirleneceği hususunda yayımlanan Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi⁸ ile sürecin yürütülmesinde gözetilecek olan Türkiye Arabuluculuk Kurulu – Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları'nı da burada saymakta yarar vardır.

6325 sayılı Kanunun arabuluculuğu tanımlayan 2 nci maddesinin birinci fıkrası

faaliyetinde, tarafların vekili olarak yer alan avukatları” şeklinde (g) bendinin eklenmesi faydalı olabilecektir.

³ Kolaylaştırıcı ve değerlendirici arabuluculuk kavramları ile ilgili bkz. ÖZMUMCU, Seda, “Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2013, Cilt: LXXI, Sayı: 1, (s. 1369-1390), s. 1370 vd; KEKEÇ, **2011**, s. 218 vd.

⁴ ÖZBAY, **2006**, s. 467; KAPLAN, Yavuz, “Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış”, **Milletlerarası Hukuk Bülteni**, Yıl: 2008, Cilt: 28, Sayı: 1-2, (s. 115-146), s. 123.

⁵ Arabulucunun süreçte üstlendiği fonksiyon esas alınarak yapılan bu ayrımlar dışında, bu yöntemin dava sürecine entegre edildiği *mahkeme bağlantılı arabuluculuk*, arabuluculuk sürecinin olumsuz sonuçlanması halinde tahkim yoluna başvurulmasının öngörülmesi *arabuluculuk-tahkim* ile arabuluculuğun işlerlik kazandığı alana göre yapılabilecek hukuk arabuluculuğu, aile arabuluculuğu, ticari arabuluculuk, idari arabuluculuk, devletlerarası arabuluculuk gibi ayrımlardan bahsetmek mümkündür.

⁶ R.G. 22.6.2012/28331.

⁷ R.G. 26.01.2013/28540.

⁸ 2014 yılına ilişkin tarife için bkz. R.G. 28.12.2013/28865.

sının (b) bendindeki düzenlemeden hareketle, bu Kanunda kabul edilen arabuluculuk sisteminin *kolaylaştırıcı arabuluculuk* olduğunu söylemek mümkündür.⁹

Hangi hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişli olacağı hususunda Kanun'un tahkime elverişlilikle paralel bir düzenlemeye gittiğini söylemek mümkündür. 6325 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin ikinci fıkrası gereğince, arabuluculuk sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan hukuk uyuşmazlıkları için elverişli olacaktır. Bu uyuşmazlıkların yabancılık unsuru içerip içermediği bir önem arz etmemektedir. Fakat aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar ile uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili hukuk uyuşmazlıkları (m. 17/1-d) arabuluculuğa elverişli olmayacaktır.

Usul ekonomisi, arabuluculuk marifetiyle çözümlenen uyuşmazlıkların (*doğrudan veya dolaylı bir şekilde*) tekrar mahkeme önüne gelmesini önleyici tedbirlere başvurulmasını gerekli kılmaktadır. Buna mukabil, arabuluculuğun isteğe bağlı ve alternatif bir yöntem oluşunun taraflara sunmuş olduğu (dava hakkının saklı olması gibi) teminatların da mümkün olduğu ölçüde korunması gerekmektedir. Bu noktada akla gelebilecek ilk yöntem, arabuluculuğun alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmasının getirmiş olduğu *kendine özgü* serbestinin sebep olabileceği *belirsizliklerin* en aza indirgenmesine yönelik düzenlemelere gidilmesi olacaktır. *Ülkemizde* (hukuk uyuşmazlıkları için) arabuluculuk yönteminin yakın zamanda yasal zemine kavuşturulduğu göz önünde tutulduğunda, anılan yöntemin uygulanması sırasında (veya sebebiyle) ortaya çıkabilecek (gizlilik ilkesine aykırı hareket edilmesine dayanan davalar, anlaşma belgesine aykırılık davaları gibi) uyuşmazlıkların henüz mahkemeye getirilmediği, bu nedenle de *Yüksek Mahkemenin* söz konusu uyuşmazlıklara yönelik *içtihatlarının henüz oluşmadığını söylemek mümkündür*. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin sahip olduğu esnek yapı nedeniyle *dünyadaki ülke sayısı kadar arabuluculuk yöntemi (çeşidi) vardır* deyimini kullanmanın mümkün olacağı *düşünüldüğünde, arabuluculuğun doğru olmaktan ziyade hukuk sistemimize uygun olacak şekilde anlaşılması ve uygulanması* amacıyla gerekli teorik çalışmaların yapılması da günümüz hukukçuları için bir ödev haline gelmiştir.

⁹ Bkz. ÖZMUMCU, 2013, s. 1387.

Bu çalışma, arabuluculuk faaliyeti sonunda hazırlanan anlaşma belgesinin, hukuki niteliğini ve taraflar için *ne ölçüde ve anlamda* bağlayıcı olduğunu belirlemek, dava veya tahkim yolunda delil olarak kullanılmasının *ne ölçüde* mümkün olduğuna açıklık getirmek noktasında yapılan (yapılacak) tartışmalara yeni bir boyut kazandırmak üzere hazırlanmıştır. Bu doğrultuda ilk olarak arabuluculuk faaliyetinin sona erme hallerine kısaca değinilecek ve bu hallerden biri olan tarafların uyuşmazlık konuları *üzerinde anlaşmaya varması inceleme konusu yapılacaktır. Sonrasında, bu ihtimalde düzenlenebilecek olan anlaşma belgesiyle ilgili (mevcut düzenlemeler çerçevesinde) genel bir bilgi verilecektir. Bu bilgilendirmeden sonra, anlaşma belgesinin hukuki niteliği tartışmalı bir şekilde çeşitli açılardan irdelenecek ve bu noktada, taraflar için ne ölçüde ve anlamda bağlayıcı olduğu da ortaya konmaya çalışılacaktır. Son olarak, anlaşma belgesinin dava veya tahkim yolunda delil olarak kullanılma imkânı, yine tartışmalı bir üslupla ele alınmaya çalışılacak ve sonuç kısmında çalışma boyunca çeşitli hususlara ilişkin kanaatlerimiz bir arada sunulacaktır.*¹⁰

I. ARABULUCULUK FAALİYETİNİN SONA ERMESİ

A. Genel Olarak

Arabuluculuk faaliyetinin hangi hallerde sona ermiş sayılacağı *genel olarak* m. 17/1'de düzenlenmiştir. Biraz sonra görülecek olan *tarafların uyuşmazlık konuları üzerinde anlaşmaya varması* (m. 17/1-a) dışında, bu halleri şu şekilde sıralamak mümkündür: *ilk olarak, taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi halinde arabuluculuk faaliyeti sona erecektir* (m. 17/1-b). İkinci olarak, taraflardan birinin, karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesiyle de süreç sona ermiş olacaktır (m. 17/1-c). Faaliyetin taraflardan birince yapılan bildirim yerine, tarafların anlaşmasıyla

¹⁰ Bu çalışmada, anlaşma belgesinin icra edilebilirliği noktasına yapılan tartışmalara girilmemiştir. Bu yöndeki tartışmalar için bkz. FEEHILY, Ronán, "The Legal Status and Enforceability of Mediated Settlement Agreements", **Hibernian Law Journal**, Yıl: 2013, Cilt: 12, (s. 1-26); DEASON, Ellen E. "Enforcing Mediated Settlement Agreements: Contract Law Collides With Confidentiality", **Davis Law Review**, Yıl: 2001, Cilt: 35, (s. 33-102). Çalışmada sadece madde numarası kullanılarak yapılan kanun göndermeleri, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununu, Yönetmelik göndermeleri ise, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğini ifade etmektedir.

da sona erdirilmesi mümkündür (m. 17/1-ç). Buradaki anlaşma, uyuşmazlık konularının *nasıl çözüleceğine* değil, arabuluculuk faaliyetinin sona erdirilmesine ilişkindir. Bunların dışında, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı veya 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili olduğunun tespit edilmesi halinde de arabuluculuk faaliyeti sona erecektir (m. 17/1-d). Kanun'da yer almamakla birlikte, Yönetmelik m. 21/6'da arabuluculuk süreci sırasında taraflardan birinin ölümü halinde, arabuluculuk faaliyetinin sona ereceği belirtilmiştir.

B. Tarafların Uyuşmazlık Konuları Üzerinde Anlaşmaya Varması

Tarafların, uyuşmazlık konuları üzerinde anlaşmaya varmasıyla arabuluculuk faaliyeti sona ermiş olacaktır (m. 17/1-a). Anlaşmanın tüm uyuşmazlık konularını kapsamaması halinde, anlaşmaya varılamayan konulara münhasır olarak faaliyete devam edilmesi mümkün olduğu gibi bunların davaya yahut *elverişli olmaları şartıyla* diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerine konu edilmesine de bir engel yoktur. Belirtmek gerekir ki, anlaşma konularının arabuluculuk sözleşmesinde yer alan uyuşmazlık konularına münhasır olması şart değildir. Buna göre, *tarafların süreç sonunda varacakları anlaşmanın*, bu sözleşmede belirtilmeyen konuları kapsamaması da mümkün olabilecektir.

II. ARABULUCULUK SÜRECİ SONUNDA ANLAŞMA BELGESİ DÜZENLENMESİ

A. Genel Olarak

Arabuluculuk faaliyetinin, tarafların, uyuşmazlık konularının nasıl çözüleceğine ilişkin bir anlaşmaya varmasıyla sona ermesi halinde, taraflarca benimsenen çözüm yönteminin belgeye geçirilmesi mümkün olacaktır. Bu belgenin, *arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlendiği belli olmayan* bir borç ikrarı yahut *sözleşme şeklinde düzenlenmesinin mümkün olabileceği* söylenebilir. Fakat bu şekilde hazırlanan bir belge, arabulucunun imzasını içermediğinden, m. 18/1 anlamında bir anlaşma belgesi olarak nitelendirilemeyecek ve icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebine konu edilemeyecektir.¹¹

¹¹ Arabulucunun tarafların *haricen* hazırlamış olduğu bir belgeyi, arabuluculuk sıfatıyla daha

Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenecek anlaşma belgesinin konusu- nu, uyuşmazlığın çözümüne yönelik taraflarca benimsenen yöntemler oluşturacaktır. Bu çözüm yöntemi, bir sulh sözleşmesi şeklinde olabilecektir. Fakat taraflarca benimsenen çözüm yönteminin, başka bir sözleşme türünü içermesi de mümkün olabilmelidir.¹²

Tarafların, anlaşma belgesiyle yekdiğerine emredici hukuk kurallarına¹³ ve ahlaka aykırı edimler yükleyemeyeceği açıktır. Arabulucunun, bu türden edimler içeren bir belgeyi imzalamaktan kaçınması gerekeceğine şüphe yoktur. Hatta bu ihtimalde, m. 17/1-b gereğince faaliyete son verilmesi gerekebilecektir. Bunun gibi arabulucunun, anlaşma belgesine dâhil edilen faaliyet dışı konuların, arabuluculukla çözülmeye elverişli olup olmadığına dikkat etmesi, eğer arabuluculukla çözülmeye elverişli değilse, bunların anlaşma belgesine konu edilemeyeceğini taraflara bildirmesi, tarafların ısrar etmesi üzerine ise anlaşma belgesini imzalamaktan kaçınması ve gerekiyorsa m. 17/1-d gereğince faaliyete son vermesi gerekir.¹⁴ Son olarak, anlaşma belgesinde yer alan edimlerin (belgeye icra edilebilirlik şerhi verilmek suretiyle) ilamlı icraya konu edilebilmesi için, bunların tereddüde yer vermeyecek derecede açık olması gerekecektir.

sonradan imzalamış olması ihtimalinde ise, bu belgenin artık anlaşma belgesi olarak nitelendirilmesine *kanımızca* bir engel olmayacaktır. Fakat bu kabul, uygulamada bireylerin arabuluculuk faaliyetine girişmeden, uyuşmazlığı doğrudan aralarında çözüme kavuşturup buna ilam niteliğinde belge kazandırmak amacıyla bir arabulucuya gidip bunu imzalamasını talep etmeleri şeklinde alışkanlıkların ortaya çıkmasına yol açabilecektir. Arabulucunun, yürütmüş olduğu bir faaliyete ilişkin belge saklama yükümlülüğü (Yönetmelik m.15) açısından bu şekilde davranışların (arabulucu açısından) bazı sakıncalar doğurabileceğini söylemek mümkündür.

¹² OBRADOVIC, 2004, s. 208.

¹³ SEMİZOĞLU, Hakan, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yasa Tasarısı Kapsamında, Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebilecekleri İş veya İşlemlerden Doğan Özel Hukuk Uyuşmazlıkları", İstanbul Barosu Dergisi, Yıl: 2008, Cilt: 82, Sayı: 5, (s. 2411-2415), s. 2412-2413.

¹⁴ Arabulucunun, arabuluculuğa elverişli olmayan hususları resen anlaşma belgesi dışında tutarak, diğer hususları içeren belgeyi imzalayabileceği ileri sürülebilirse de, kolaylaştırıcı arabuluculuğun esas alındığı bir sistemde, arabulucunun böyle bir yetkiye sahip olamayacağı kanısındayız. Kaldı ki, 6325 sayılı Kanunun 17 nci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi gereğince bu ihtimalde, arabuluculuğun sona ereceğini söylemek de mümkün olacaktır. Ancak arabulucunun, yine bu ihtimalde taraflara, anlaşma belgesini *sadece bu yöntemle elverişli uyuşmazlıklar açısından* düzenlemek isteyip istemediklerini sorması mümkün olabilmelidir.

B. Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği

1. Arabulucunun imzasını içerip içermemesi açısından

Anlaşma belgesinin hukuki niteliğini belirlerken, bu belgeye farklı açılardan yaklaşılması mümkündür: İlk olarak, arabuluculuk faaliyeti sonunda hazırlanan bir sözleşmenin *anlaşma belgesi* olarak nitelendirilmesi ve arabuluculuk süreciyle ilişkilendirilmesi için, arabulucunun imzasını ihtiva etmesi gerekeceği (m. 18/1) göz önünde tutularak bir nitelendirme yapılması mümkündür. Belirtmek gerekir ki, arabulucunun imzası, *anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebine konu edilebilmesi açısından* önem arz edecektir. Çünkü onun imzasını taşımayan bir belge, uyuşmazlığın çözümüne yönelik mutabakatı ihtiva etse dahi, m. 18/1 anlamında anlaşma belgesi olarak nitelendirilemeyecek ve icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebine (m. 18/2) konu edilemeyecektir. Fakat bu imzanın, anlaşma belgesinde mevcut olmamasının söz konusu belgenin *genel* hükümlere göre geçerliliğine bir etkisinin olup olmayacağı da ortaya konulmalıdır. Bunun için de, arabulucunun anlaşma belgesinde yer alan imzasının hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir: Bu noktada ilk olarak, söz konusu imzanın anlaşma belgesinin geçerli olabilmesi için Kanun'un aradığı tamamlayıcı bir unsur olduğu düşünülebilir. Böyle bir düşünce, arabulucunun imzasının mevcut olmadığı bir anlaşma belgesinin batıl olacağı sonucunu da beraberinde getirebilecektir.¹⁵ İkinci olarak arabulucunun imzası, anlaşma belgesinin geçerli olabilmesi için gerekli olan şeklî bir unsur olarak değil, bu belgenin hüküm ifade etmesi için gerekli olan (resmi)¹⁶ bir makamın *tamamlayıcı fiili* olarak kabul edilebilir.¹⁷ Böyle bir kabul, söz konusu imzanın mevcut olmadığı bir anlaşma belgesinin *tamamlanmamış* durumda nitelendirilmesine ve arabulucunun imzasını ihtiva edince hüküm ifade edeceği sonucuna götürülebilir. *Yine bu kabule göre*, arabulucunun anlaşma belgesini imzalama-

¹⁵ OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku**, 6. Basım, Vedat Kitapevi, İstanbul, 2009, s. 45, 137.

¹⁶ Arabulucunun resmi bir makam konumunda olup olmadığı tartışılacak bir husus olmakla birlikte, 6325 sayılı Kanunun uygulama alanına giren uyuşmazlıkların çözümü sürecinde arabulucu sıfatıyla yer alma yetkisinin Adalet Bakanlığı nezdinde tutulan arabulucular siciline kayıtlı arabuluculara münhasır olduğu düşünüldüğünde, *en azından bu açıdan* anılan konunun bir resmiyetinin mevcut olduğunu söylemek mümkün olabilir.

¹⁷ Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, 2009, s. 133.

yacağıının anlaşıldığı andan itibaren, anılan belgenin kesin olarak hükümsüz hale geleceği ileri sürülebilecektir.¹⁸

Her iki düşünce tarzı açısından kabulü gerekecek bir durum vardır: Gerek (ilk düşünce tarzına göre) geçersizlik yaptırımı gerek (ikinci düşünce tarzına göre) askıda hükümsüzlük yaptırımı *anlaşma belgesine yönelik* olacaktır. Buna mukabil, arabulucunun imzasını içermeyen, lakin tarafların imzalarını içeren bir sözleşmede yer alan ve taraflarca mutabık kalınan hususların tamamen geçersiz olacağını söylemek, anlaşma belgesinde arabulucunun imzasına yer verilmesiyle amaçlanan gayeyi aşan bir yorum olacaktır. Böyle bir ihtimalde anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilememesi şeklindeki yaptırımla yetinilmesi daha makul bir çözüm tarzı gibi görünmektedir. Bu nedenle, arabulucunun imzasını içermeyen bir anlaşma belgesinde yer alan taraf iradelelerini duruma göre sulh olarak nitelendirmek de mümkün görünmekle birlikte, anılan belgenin aslında bir arabuluculuk faaliyetine ilişkin olduğu dikkate alındığında, bağlayıcılık noktasında bir takım çekincelerin ileri sürülmesinin mümkün olabileceğini belirtmek gerekir.

2. Anlaşma belgesinin içeriği açısından

Arabulucunun imzasını içeren bir anlaşma belgesinin hukuki niteliğini belirlemek noktasında ise, inceleme konusu yapılacak diğer boyut, bu belgenin, belli bir sözleşme türünü içermesinin mümkün olup olmadığı ve eğer mümkün ise, bu durumda anlaşma belgesinin niteliğinin nasıl belirleneceğidir. Bu bağlamda anlaşma belgesinin her şeyden önce borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğunu ve bu sözleşmenin kapsamının taraflarca belirleneceğini (m. 18/1), taraflar arasında anlaşma belgesinden doğan ilişkinin, isimli sözleşme yahut isimsiz sözleşme veya karma sözleşme ya da kendine özgü sözleşme olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğinin¹⁹ de, belge içeriğine göre şekilleneceğini belirtmekte yarar vardır.²⁰

¹⁸ Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, 2009, s. 140-141.

¹⁹ Kavramlar için kısaca bkz. OĞUZMAN/ÖZ, 2009, s. 42-44.

²⁰ Taraf vekillerinin, anlaşma belgesine yönelik standart hükümleri ihtiva eden bir şablon hazırlamaları da mümkündür. Bkz. HOBBS, Karin, "Mediation Confidentiality and Enforceable Settlements: Deal or No Deal?", *Utah Bar Journal*, Yıl: 2007, Cilt: 20, Sayı: 3, (s. 37-41), s. 41.

Öğretide anlaşma belgesinin sulh benzeri sözleşme olarak nitelendirildiği görülmekle birlikte,²¹ böyle bir nitelendirmenin, belge içeriğinin anılan sözleşme türüne uygun olarak şekillendiğinde mümkün olabileceğini belirtmek gerekir. Buna mukabil, anlaşma belgesi başka bir sözleşme türünü (mesela kefalet sözleşmesini) içeriyorsa, bu ihtimalde söz konusu nitelendirmede bulunmanın mümkün olamayacağı açıktır. Bu noktada önemli olan iki hususu belirtmek gerekir: İlk olarak anlaşma belgesi, geçerliliği yazılı veya nitelikli şekil şartına tabi kılınan bir sözleşmeyi içeriyorsa, m. 18/1 yanında, kanunun bu sözleşmeler için aradığı şekil şartlarını da ihtiva etmelidir. İkinci olarak, anlaşma belgesi taraflara karşılıklı edimler yükleyen bir sözleşmeyi içeriyorsa, böyle bir sözleşmeye mahkemenin icra edilebilirlik şerhi veremeyeceği açıktır. Çünkü bu ihtimalde, taraflardan birinin yerine getirilmesini talep ettiği edim, kendi edimini ifa edip etmediğine bağlı olabilecek ve bu hususun tespiti yargılamayı gerektireceğinden, ilamli icraya konu edilemeyecektir.²² Kısacası, anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge (İİK m. 38) vasfına dönüşmesi isteniyorsa, icra edilmeye elverişli bir mahkeme hükmü (veya şarta bağlı olmayan sulh sözleşmesi) şeklinde formüle edilmesi gerekecektir.²³

Yukarıdaki değerlendirmelerin, anlaşma belgesinin hukuki niteliğini belirlemek noktasında yeterli olmadığı açıktır. Bu nedenle, söz konusu belgenin tarafları bağlayıcı bir sözleşme olup olmadığına da açıklık getirmek gerekmektedir:

²¹ Bkz. TAŞPOLAT-TUĞSAVUL, 2012, s. 185.

²² Türk hukukunda kabul görmeyen karşılıklı ve aynı anda ifaya mahkûmiyet hükmünün ilamli icraya konu edilmesinde yaşanabilecek sıkıntılar hususunda kısaca bkz. AKİL, Cenk, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2012, Cilt: 16, Sayı: 1, (s. 1-18), s. 12 vd. Ayrıca bkz. BURNS, Robert P., "The Enforceability of Mediated Agreement: An Essay on Legitimation and Process Integrity", **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, Yıl: 1986, Cilt: 2, Sayı: 1, (s. 93-115), s. 100.

²³ Arabulucunun, anlaşma belgesinin icra edilmeye elverişli olup olmadığını kontrol etme noktasında hukuki veya mesleki bir yükümlülüğü olmamakla birlikte, aynı zamanda hukukçu olan arabulucunun bu hususta tarafları *en azından* bilgilendirmesi gerekir. Bkz. BURNS, 1986, s. 100.

3. Anlaşma belgesinin taraflar için bağlayıcılığı açısından

a. Genel olarak

Arbuluculuk yönteminin alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olması sebebiyle tamamen ihtiyari oluşu, arbuluculuk yöntemine başvurmanın uyuşmazlığın mutlaka bu yöntemle çözülmesi gerekeceği anlamına gelmemesi ve bu nedenle tarafların *istedikleri anda* süreçten vazgeçerek uyuşmazlığı mahkemeye taşımak hususunda *tam bir serbestiye* sahip olması, arbuluculuk süreci sonunda hazırlanan anlaşma belgesinin de taraflar için bağlayıcı olmadığı anlamına gelebilir mi?²⁴ İç hukuktaki mevcut düzenlemeler çerçevesinde bu soruya yanıt vermek üzere, tarafların kendileri için bağlayıcı olmayan bir sözleşme yapmanın borçlar hukuku açısından ne ölçüde mümkün olduğunun ortaya konması gerekir:

Bu noktada ilk belirtilmesi gereken, bazı uyuşmazlıkların *kamu düzenini ilgilendiren niteliğe* sahip olması sebebiyle, tarafların bu konular üzerinde serbestçe tasarruf edememeleri, arbuluculuk (veya diğer bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi tüketilerek) elde edilecek mutabakatın taraflar için bağlayıcı olmayacağıdır. Tarafların sulh olmak suretiyle üzerinde anlaşmaya varamayacağı uyuşmazlıklar ile aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar (m. 1/2) ve uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili (hukukî) uyuşmazlıklar (m. 17/1-d) arbuluculuğa elverişli olmadığına göre, bu noktada bir ayırım yapılmasına gerek olmayacaktır.²⁵

b. Borcun yenilenmesi açısından

İhtiyari arbuluculuk söz konusu olduğunda, tarafların bu yönteme başvurmak, süreci devam ettirmek ve süreçten (herhangi bir gerekçe belirtmeden) vazgeçmek noktasında tam bir serbestiye sahip olması söz konusu olmakla

²⁴ İlgili mevzuata bakıldığında, anlaşma belgesinin taraflar için bağlayıcı olmadığını *açıkça* gösteren bir düzenleme de mevcut değildir. Nitekim konuyla ilgili m. 3/1 ile bu hükmün daha somut bir hali olan “*taraflar, arbulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda tamamen serbest olup, öncelikle uyuşmazlığı arbuluculuk yoluyla sonuçlandırma konusunda anlaşılır. Taraflar, hiçbir şekilde zorla bu sürecin içine dâhil edilemeyecekleri gibi her aşamada uyuşmazlığı arbuluculuk yoluyla çözmekten de vazgeçebilirler*” şeklindeki Yönetmelik m. 5/1, irâdilik ilkesini sürece başvurma ve süreçten vazgeçme açısından düzenlemektedir.

²⁵ Ayrıca bkz. BURNS, 1986, s. 113 vd.

birlikte, anılan serbesti, tarafların sürecin yarıda kesilmesi halinde yekdiğerine (sürecin yarıda kesilmiş olması sebebiyle) bir hak iddiasında bulunmasına elbette engel değildir. Buradaki serbesti, arabuluculuğa konu edilen uyuşmazlıkların mutlaka bu yöntemle çözümlenmesi gerekmeyeceği noktasındadır. Buna mukabil, sürecin yarıda kesilmesi sebebiyle, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi için yapılan giderlere katlanması gibi hususlarda mahkemeye başvurmak mümkün olacaktır. Söz konusu serbestinin sınırları, tarafların arabuluculuk sürecini, uyuşmazlık konuları üzerinde bir mutabakata varmak suretiyle sonuçlandırması *aşamasını* da kapsamamalıdır. Fakat bu yöndeki bir kabul (yani artık anlaşma belgesinin taraflar için bağlayıcı olmasının genel hükümlere tabi olması ve dolayısıyla taraflarca imza altına alınmış bir belgenin bağlayıcı olması) birtakım yeni sorunları da gündeme getirebilecektir. Mesela, *sulh sözleşmesi şeklinde yapılmamış* anlaşma belgesinin, uyuşmazlığın esasına yönelik tarafların yekdiğerine ileri sürebileceği (maddi hukuktan doğan) taleplerin geçerliliğine bir etkisi olup olmadığını belirlemek gerekebilecektir. Eğer, anlaşma belgesinde taraflara yüklenen edimlerin, söz konusu taleplerin yerine geçtiği kabul edilirse, anlaşma belgesine aykırılık halinde artık bu (eski) taleplerin ileri sürülmesinin mümkün olmayacağını kabul etmek gerekecektir. Buna mukabil, anlaşma belgesinin *henüz ifa edilmemiş* bir mutabakat olduğu kabul edilirse, bu ihtimalde, anlaşma belgesine aykırılık halinde, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkiden doğan hakların yahut anlaşma belgesinde yüklenen edimlerin ifa edilmesi hususunda seçimlik bir hakka sahip olunacağını söylemek mümkün olacaktır.²⁶

Özellikle “*yeni bir borçla mevcut bir borcun sona erdirilmesi, ancak tarafların bu yöndeki açık iradesi ile olur*” şeklindeki 6098 sayılı Kanun m. 133/1 hükmü göz önüne alındığında, tarafların anlaşma belgesiyle uyuşmazlık konularından doğan hukuki taleplerini bu belgede yer alan taleplerle değiştirdiğini söyleyebilmek için, anlaşma belgesinde bunu gösteren açık ifadelerin yer alması gerekecektir. Mesela bir satış sözleşmesinden doğan satış bedeli uyuşmazlığının arabuluculuğa konu edilmesi ve tarafların süreç sonunda bir

²⁶ Bkz. PARKER, Bruce R., “What Can Be Done To Enforce Mediation Agreements?”, **Defense Counsel Journal**, Yıl: 1992, Sayı: Eylül, (s. 322-339), s. 323 vd.

anlaşma belgesi hazırlaması ihtimalinde, söz konusu belgede alıcıya yüklenen borcun, asıl sözleşmeden doğan satış bedeli isteme hakkının yerine geçtiğini gösteren açık bir ibare olmadığı sürece, asıl sözleşmeden doğan satış bedelinin dava konusu yapılabileceği ve buna karşı anlaşma belgesinin (bir borç yenileme sözleşmesi şeklinde) itiraz olarak ileri sürülemeyeceğini söylemek mümkün olacaktır. Böyle bir kabul, anlaşma belgesinin, tarafların hak ve borçlarını gösteren bir belge olmaktan ziyade, uyuşmazlığın çözümünde karşılıklı yardımlaşmayı (fedakârlığı) gösteren ve bağlayıcı olmayan bir belge olduğu görüşüne²⁷ uygun düşecektir. Fakat yine bu kabul, anlaşma belgesinin *hukuki anlamının* sorgulanmasına yol açacaktır. Belirtmek gerekir ki, yabancı hukukta, bu noktadaki tereddütleri ortadan kaldırmaya yönelik düzenlemelere rastlamak mümkündür. Mesela Minnesota Civil Mediation Act 572.35, Arabuluculuk anlaşma belgesinin etkisinin sözleşmeler hukukunun ilkeleri çerçevesinde belirlenebileceğini düzenlemekte beraber bir anlaşma belgesinin, bağlayıcı olduğunu gösteren bir ibare taşımadığı ve tarafların yazılı bir şekilde, arabulucunun kendi menfaatlerini korumak veya onlara yasal hakları hakkında bilgi vermek noktasında bir görevinin olmadığı; bir arabuluculuk anlaşma belgesi imzalamanın, kendi yasal haklarının aleyhine sonuç doğurabileceği ve arabuluculuk anlaşma belgesi imzalamadan önce bir avukata danışmalarının yararlı olacağını farkında olduğunu gösteren kayıtlar ihtiva etmediği müddetçe bağlayıcı olmayacağını (1) öngörmektedir. Bununla birlikte, tarafların bu noktalarda başka yolla bilgilendirilmesi de mümkündür (2).²⁸ İç hukuktaki mevzuat açısından ise, bu yöndeki tereddütleri ortadan kaldıracak *açık* düzenlemelerin mevcut olmadığını söylemek mümkündür. Aslında iç hukukta da, bu yönde açık düzenlemeler olamamakla birlikte “*arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir*” (m. 18/1) hükmünden hareketle, tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kendileri için bağlayıcı olacağını kararlaştırabileceği söylenebilir. Fakat bunun söylenebilmesi için, tarafların arabuluculuktan vazgeçmek ve uyuşmazlığı mahkemeye

²⁷ Bkz. BURNS, 1986, s. 111-112.

²⁸ Bu düzenleme ve buna paralel bir şekilde, anlaşma belgesinin gerek bağlayıcılığının gerek delil olarak kullanılma imkânının tarafların tercihine bırakılması hususunda California’s original Neighborhood Dispute Resolution örneği için ayrıca bkz. (BURNS, 1986, s. 110-111).

taşımak hususunda tam bir serbestiye sahip olması kuralının anlaşma belgesi açısından *mutlak* şekilde uygulanmayacağını kabul etmek ve m. 18/1'de geçen "*anlaşmanın kapsamını*" deyimini, anlaşmanın hukuki niteliğini²⁹ de içine alacak şekilde algılamak gerekecektir.

c. Anlaşma belgesinin henüz ifa edilmemiş bir sözleşme olarak nitelendirilmesi

Anlaşma belgesinin hukuki niteliğinin taraflarca belirlenebilme ihtimali bir kenara bırakıldığında, bu belgenin henüz ifa edilmemiş bir sözleşme olduğundan hareketle, uyuşmazlıktan doğan karşılıklı hakların mevcudiyetine bir etkisi olmadığı kabul edilirse, dava açma hakkının gerek anlaşma belgesine dayanılarak gerek asıl uyuşmazlıktan doğan hakka dayanılarak kullanılması mümkün hale gelecektir. Belirtmek gerekir ki, iç hukuktaki düzenlemeler açısından bu kabul, anlaşma belgesinin m. 5/1 yasağı kapsamına girmediği görüşü benimsendiğinde geçerli olacaktır. Fakat anlaşma belgesinin m. 5/1 yasağı kapsamına girdiği kabul edilirse, bu belgeye dayanılarak (asıl uyuşmazlığa yönelik) bir talebin mahkemede ileri sürülebilmesi elbette mümkün olmayacaktır. Bu noktada yapılan tartışmaların anlaşma belgesinin bağlayıcılığı açısından önemi ise şudur: Anlaşma belgesinin, borç yenileyici bir sözleşme olarak değil, henüz ifa edilmemiş bir sözleşme olduğu ve bu belgenin m. 5/1 yasağı kapsamına girmediği kabul edilirse, bu belgenin taraflar için bağlayıcı olduğu bariz bir şekilde kendini gösterecektir. Buna mukabil, söz konusu belgenin henüz ifa edilmemiş bir sözleşme olduğu kabul etmekle beraber, m. 5/1 yasağı kapsamında değerlendirilmesi halinde, belgenin taraflar için bağlayıcı olmadığına dair bir görüş ileri sürmek mümkün olacaktır. Lakin bu ihtimalde, anlaşma belgesinin *hukuki anlamda* hangi fonksiyonu ifa edeceği de belirsizleşecektir.

d. Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilip verilmemesi açısından

Anlaşma belgesinin taraflar için bağlayıcı olup olmadığını belirlemek noktasında, bu belgeye icra edilebilirlik şerhi verilip verilmediğine göre bir ayırma gitmek de mümkündür. Buna göre, mahkemece icra edilebilirlik şerhi verilmiş bir anlaşma belgesi, ilamlı icranın konusunu oluşturabildiğine göre ve böyle

²⁹ Bkz. TAŞPOLAT-TUĞSAVUL, 2012, s. 190.

bir takipte karşı tarafın savunma imkânı oldukça sınırlı olduğuna göre,³⁰ söz konusu belgenin taraflar için bağlayıcı olmadığını ileri sürmek oldukça güçtür. Aksini kabul etmenin getirebileceği sakıncaları bir misalle göstermek mümkündür: Tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda mutabakata varıp bu hususta bir anlaşma belgesi düzenlediğini ve sonrasında bu belgeye icra edilebilirlik şerhi verilerek, taraflardan birince bu şerhi içeren belgenin ilamlı icraya konu edildiği varsayalım. İcra prosedürü devam ederken, diğer taraf, anlaşma belgesine konu olan uyuşmazlığı mahkemeye taşıdığı anda, devam etmekte olan icra prosedürü ne olacak? Anlaşma belgesinin, uyuşmazlığın davaya konu edilmesine engel olmadığı ileri sürülerek, mahkemeden icranın geri bırakılması talep edilebilecek mi? Mevcut düzenlemeler dikkate alındığında bu soruya olumsuz cevap vermek gerektiği kanısındayız. Peki, mümkün olmayacak ise, devam eden davada, ilamlı icraya konu olan anlaşma belgesinin aksine bir hüküm verilirse, devam eden (ve belki de sonuçlanmış) icra prosedürü ne olacak? İcra'nın eski hale iadesi talep edilebilecek mi? Bu sorulara tatmin edici cevapların bulunması zor görünmektedir.

Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilip verilmediği noktasında yapılan bu ayırım doğrultusunda, icra edilebilirlik şerhi verilmemiş bir anlaşma belgesinin tarafların, ilişkilerini yeniden kurmak hususundaki iyiniyetlerinin bir göstergesi olarak nitelendirilmesi mümkün olacaktır.³¹ Böyle bir nitelendirme elbette söz konusu belgenin taraflar için bağlayıcı olacağını kabul etmeyi güçleştirecek ve *içerdiği edimler itibariyle icra edilmeye elverişli olsa dahi* ilamsız icraya başvuran tarafın, elindeki belgeyi itirazın kaldırılması yolunda kullanmasının mümkün olup olmadığı noktasında belirsizliklere yol açabilecektir. Mesela bu belgeye dayanılarak yapılan bir takipte (ki bu davranış her ihtimalde m. 5/1 yasağı kapsamında değerlendirilmeyecektir, zira anlaşma belgesine dayanarak genel haciz yoluyla takip yapmak dava veya tahkim yoluna başvurmamak değildir) borçlu, süresinde yapmış olduğu itirazda anlaşma belgesinin kendisi için bağlayıcı olmadığını ileri sürmekle birlikte belge altındaki imzayı inkâr etmezse, alacaklı (altındaki imza ikrar olunan) bu belgeyi itirazın kaldı-

³⁰ Bkz. ULUKAPI, Ömer, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Basım, Mimoza, Konya, 2014, s.143 vd.

³¹ Bkz. PARKER, 1992, s. 324.

rılması yolunda kullanabilecektir. İcra mahkemesinin bu ihtimalde, anlaşma belgesinin taraflar için bağlayıcı olup olmadığını araştırma yetkisinin mevcut olduğunu söylemek kanaatimizce zordur.

e. Anlaşma belgesinin hukuki niteliğinin belirlenmesine *ahde vefanın ön planda tutulması*

Kanaatimizce, anlaşma belgesi tarafların arabuluculuk sürecinden vazgeçebilme serbestisinin sınırları dâhilinde değildir. Bunun sebebi, anlaşma belgesinin imza altına alınmasıyla tarafların, normal bir sözleşmede olduğu gibi birbirlerine karşı yükümlülük altına girmesi ve artık süreçten vazgeçme serbestisi yerine *ahde vefanın ön plana* gelmesidir. Bu noktada, anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebine konu olmaya müsait bir şekilde hazırlanıp hazırlanmadığı da önem arz etmemektedir. Burada temel tereddüt, tarafların bu belgeyi hazırlamakla, asıl uyuşmazlıktan doğan haklarının akıbetinin ne olacağı noktasında oluşacaktır. Bu tereddüdün aşılmasında farklı yöntemler benimsenebilir: İlk olarak karşılaştırmalı hukuktaki örnekler³² dikkate alınarak, anlaşma belgesinin bağlayıcı olması, sözleşmenin hazırlanması aşamasında uyulması gereken bazı şekil şartlarına uyulmuş olması koşuluna bağlanabilir. İkinci olarak, anlaşma belgesinde yer alan bir edimin çözümlediği uyuşmazlıktan doğan hak ile olan bağlantısı açıkça belirtilmiş olmak koşuluyla bu hakkı sona erdirmesi bir ilke olarak kabul edilebilir –ki böyle bir ilkenin benimsenmesi için 6098 sayılı Kanun m. 133/1'in istisnası olacak bir düzenlemeye gidilmesi ve bu hususta ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların mahkemece çözümlenmesi gerekeceği açıktır. Eğer belirtilen bu (veya diğer) yöntemlerle söz konusu tereddüt aşılamazsa, anlaşma belgesinin taraflar için bağlayıcı olmayacağını kabul etmek gerekecektir. *Fakat bunun sebebi (genellikle dile getirildiğinin aksine) tarafların arabuluculuk sürecinde sahip oldukları serbesti değildir.* Bunun sebebi, anlaşma belgesinin, uyuşmazlığın esasından doğan karşılıklı hakları sona erdirmeye kabiliyetine *kendiliğinden* sahip olamamasıdır. Belirtmek gerekir ki, bu paragrafta tüm söylenenler, *anlaşma belgesinin bir sulh sözleşmesi şeklinde formüle edilmediği ihtimali içindir.* Yoksa anlaşma belgesi sulh sözleşmesi şeklinde formüle edilmişse, 6098 sayılı Kanun m. 133/1 tartışmasına girmeye

³² Bkz. dn. 33 cv.

zaten gerek olmayacaktır. Bu ihtimalde belge, mahkeme dışı sulh hükümlerine tabi olacaktır.

Anlaşma belgesinin (sulh sözleşmesi şeklinde formüle edilmiş olması ihtimali dışında) tarafların uyuşmazlığı mahkemeye taşınmasına engel olmadığı kabul edilse dahi, böyle bir serbesti, söz konusu belgenin sözleşmeler hukuku çerçevesinde uygulanmasına engel olmamalıdır.³³ Fakat böyle bir kabul, belgenin genel haciz yoluyla takibe konu edilmesi halinde itirazın kaldırılması aşamasında çelişkili bir durumun ortaya çıkmasına yol açacaktır.

Mevcut düzenlemeler dikkate alındığında, anlaşma belgesinin bağlayıcı olup olmadığı noktasındaki tartışmaları bertaraf etmek noktasında yapılacak en sağlam hareket, bu belgenin (sulh sözleşmesi şeklinde formüle edilerek ve mahkemenin bu sözleşmeye göre karar vermesi talep edilerek) mahkeme hükmü haline getirilmesi olacaktır.³⁴

4. Anlaşma belgesinin delil olarak kullanılma kabiliyeti açısından

Kanun, arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgelerin, taraflar ve sürece katılan diğer kişiler tarafından arabuluculuğa konu bir uyuşmazlığa ilişkin açılan davalarda (veya tahkim yolunda) kullanılmasını yasaklamaktadır (m.5/1). Eğer arabuluculuk faaliyeti sonunda hazırlanan anlaşma belgesinin bu yasağın kapsamına girdiği kabul edilirse, taraflardan birinin *anlaşma belgesine*

³³ Mesela bkz. **Model Law on International Commercial Conciliation** §. 14. (Düzenlemenin karşılaştırmalı hukukta kısa bir değerlendirmesi için bkz. FEEHILY, **2013**, s. 23-24). Ayrıca bkz. DEASON, **2001**, s. 80 dn. 187. Fakat karşılaştırmalı hukukta bunu açıkça engelleyen düzenlemelere rastlamak mümkündür. Mesela bkz. Hong Kong Judiciary Practice Directions 6.1 (38) düzenlemesi (<http://legalref.judiciary.gov.hk/lrs/common/pd/pdcontent.jsp?pd-n=PD6.1.htm&lang=EN>). Bazı durumlarda bu şekildeki bir düzenleme, çıkmazı aşmak için bir yöntem olarak da görülebilmektedir. Bkz. YU, **2012**, s. 74 dn. 45.

³⁴ Bkz. FEEHILY, **2013**, s. 19. Belirtmek gerekir ki, karşılaştırmalı hukukta anlaşma belgesinin tıpkı bir mahkeme hükmü gibi kesin hüküm etkisi oluşturmasını sağlayan yöntemlere rastlamak mümkündür. Mesela Hukuk Arabuluculuğuna İlişkin Geneva Yasası, tarafların mahkemeye başvurmak suretiyle, anlaşma belgesini mahkeme hükmü ile aynı sonucu doğuracak kuvvete kavuşturacak bir imkân sunmaktadır. Anlaşma belgesinin kamu düzeni ve emredici kurallara aykırı olmadığı hallerde, hâkimin, zabıt kâtabinin ve tarafların (vekillerinin) imzası altında alınan anlaşma belgesi, İsviçre hukuk mahkemelerinin vermiş olduğu hükümlerle aynı etkiye sahip olmaktadır. Bkz. FEEHILY, **2013**, s. 24 vd. Ayrıca bkz. Amerikan Barolar Birliği, Uyuşmazlık Çözüm Komitesinin hazırlamış olduğu Model State Legislation on Mediation Option B (PARKER, **1992**, s. 333). Ayrıca bkz. PARKER, **1992**, s. 339; FEINBERG, **1989**, s. 26.

rağmen uyuşmazlığı mahkemeye taşınması halinde, diğer taraf, anlaşma belgesini ileri sürerek davanın reddini isteyemeyecektir. Hatta Kanun'un, söz konusu yasağın *arbuluculuğun konusuyla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın*, hukuk davası ve tahkimde uygulanacağını ayrıca vurguladığı (m.5/4) göz önüne alındığında, anlaşma belgesine uyulmaması sebebiyle açılan ve arbuluculuk faaliyetinde yapılan masrafların ödenmesine münhasır bir davada dahi, anlaşma belgesi delil olarak kullanılamayacaktır. Bu düşünce tarzının benimsenmesi, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin taraflara sunduğu iradi olma ilkesinin (m. 3/1) kötüye kullanılmasını kolaylaştıracak ve anlaşma belgesinin hukuki önemini büyük ölçüde zedeleyebilecektir.³⁵ Şu halde, anlaşma belgesini m. 5/1 yasağına tamamen dâhil etmek pek makul görünmemektedir.

Arbuluculuğun iradi olması ile bu hususta getirilen teminatların kötüye kullanılması arasında dengeli bir yol izlenmesini benimseyen bir düşünce tarzından hareketle, anlaşma belgesinin sadece arbuluculuğa konu uyuşmazlığa ilişkin açılan davalarda (veya tahkim yolunda) kullanılmasını yasaklayan bir görüş de ileri sürülebilir. Bu görüşün kabul edilebilmesi için, beyan ve belgelerin kullanılması yasağının, arbuluculuğun konusuyla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın hukuk davası ve tahkimde uygulanacağı şeklindeki m. 5/4 düzenlemesinin, anlaşma belgesini kapsamayacak şekilde yorumlanması gerekeceği açıktır. Böyle bir yorumda bulunabilmek için ise m. 5/4 düzenlemesinde yer alan *"arbuluculuğun konusuyla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın"* ifadesini, arbuluculuğa konu edilen uyuşmazlıkla *doğrudan veya dolaylı bir şekilde* ilgili olabilecek dava ve tahkim yolunu kapsayacak şekilde daraltmak gerekecektir. Mesela, arbuluculuk konusu uyuşmazlıkla hiçbir irtibatı olmayan, sürece ilişkin yapılan giderlerin tazmin edilmesi amacıyla açılan bir dava, m. 5/1 kapsamında değerlendirilmemelidir. Fakat (maalesef) m. 5/4'ün *"...Dördüncü fıkrada, gizliliğin, amacına uygun olarak, doğrudan veya dolaylı her uyuşmazlık için geçerli olduğuna değinilmiştir. Yasağın geçerli olması için, arbuluculukta*

³⁵ Anlaşma belgesinin hukuki önemini yitirmesi ise, tarafların arbuluculuğa olan güveninin önemli ölçüde sarsılmasına yol açacaktır. Zira uyuşmazlığı arbuluculuk marifetiyle çözmeyi düşünen taraflar, süreç sonunda vardıkları mutabakatı bir belgeye dökseler dahi, bu belgenin daha sonra açılması muhtemel bir davada delil olarak kullanılamayacağını göz önünde tutarak, arbuluculuğa yanaşmaktan vazgeçebilecektir.

söz konusu olan uyuşmazlıkla, daha sonra ortaya çıkan hukuk davaları ve tahkimdeki uyuşmazlık konusunun aynı olması, örtüşmesi şart değildir. Böylece, yasağı dolaylı olarak delme yönünde kötü niyetli davranışların önüne geçilmesi amaçlanmıştır...” şeklindeki gerekçesi,³⁶ bu düzenlemenin uygulanma alanını daraltmaya elverişli değildir.³⁷ Şu halde, anlaşma belgesinin delil olarak kullanılmasını bazı davalar için yasaklayan, bazı davalar için ise serbest bırakan bu düşünce tarzının da (mevcut düzenlemeler çerçevesinde) kabul edilmesi pek mümkün görünmemektedir.

Görüşümüz, anlaşma belgesini *her açıdan* m. 5/1 yasağı kapsamı dışında bırakmaktır.³⁸ Bunun için, anlaşma belgesinin anılan yasak kapsamında değerlendirilmesine yol açabilecek olan *“arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıya veya iddianın kabulü”* şeklindeki m. 5/1-c’de yer alan *“arabuluculuk faaliyeti esnasında”* ibaresini, arabuluculuk faaliyeti sonucunu kapsamayacak şekilde algılamak ve *“sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler”* şeklindeki m. 5/1-ç düzenlemesini ise, aynı fıkranın (a) ilâ (c) bentleri arasında sayılan bilgi ve belgelerle sınırlı olacak şekilde yorumlamak gerekecektir. Buna göre, m. 5/1-ç bendinde ifade edilen belgeler, taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteğini içeren belgeler, taraflarca uyuşmazlığın arabuluculuk marifetiyle çözümüne yönelik ileri sürülen görüş ve teklifleri içeren belgeler, faaliyet esnasında taraflarca ileri sürülen öneri veya herhangi bir vakıya veya iddianın kabulünü içeren belgelerden ibaret olacaktır. Görüşümüzün diğer bir dayanak noktası, anlaşma belgesinin arabuluculuk faaliyeti *sonunda* düzenlenmesinin yanısıra uyuşmazlığın çözümünü içeren bir belge olması

³⁶ TBMM 24/2, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Adalet Komisyonu Raporları*, 1/486, s. 10.

³⁷ Kanaatimizce kanun koyucunun m. 5/4 düzenlemesi ile önüne geçmesini amaçladığı durumlar, asıl uyuşmazlığa ilişkin olarak belirsiz alacak davası, tespit davası, kısmi dava yahut tazminat davası şeklinde açılan davaların anlaşma belgesiyle birebir örtüşmemesi sebebiyle, m. 5/1 yasağının dolanılması ihtimalidir. Bu şekildeki kötüniyetli davranışların önüne geçilmesi hususunda daha ölçülü bir yaklaşım da benimsenebilirdi. Mesela m. 5/4 lafzı şu şekilde tesis edilebilirdi: *“Yukarıdaki fıkralar, arabuluculuğun konusuyla dolaylı bir şekilde ilgili olan hukuk davası ve tahkimde de uygulanır”*.

³⁸ Fakat bunun için, anlaşma belgesinin taraflar için bağlayıcı olup olmadığı noktasındaki belirsizliklerin aşılmasına yönelik düzenlemelere gidilmesi gerekecektir. Bkz. Çalışmanın sonuç kısmı.

sebebiyle, asıl etkisini, faaliyet dışında maddi hukukta göstermesidir. Zira taraflar anlaşma belgesi düzenlemekle, uyuşmazlık konularına yönelik vardıkları mutabakatı ortaya koymaktadır. Borçlar hukukunda yer alan herhangi bir sözleşmeden farklı olarak *sırf arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlendiğinden hareketle* anlaşma belgesinin, uyuşmazlığa ilişkin açılacak davada (veya tahkim yolunda) delil olarak kullanılamayacağını ileri sürmenin, sözleşmeler hukukunun taraf iradesine atfettiği değeri görmezden gelmek anlamına geleceği kanaatindeyiz. Yine böyle bir anlayış, icra edilebilirlik şerhi verilmiş bir anlaşma belgesine ilam niteliğinde belge kuvveti tanıyan 18 inci maddenin ikinci fıkrasıyla da bağdaşmayacaktır.

Belirtmek gerekir ki, yukarıda dile getirilen görüş, tarafların, arabuluculuk faaliyetinde cari olan iradi olma ilkesinden yeterince yararlanamamasına yol açabileceği gerekçesiyle eleştirilebilir. Çünkü anlaşma belgesine rağmen uyuşmazlığı mahkemeye taşıyan taraf, diğer tarafın, uyuşmazlığın çözüme ulaştığına yönelik (kesin delil niteliğindeki) anlaşma belgesine dayanan savunmasıyla karşılaşacak ve muhtemelen davayı kaybedecektir. Fakat anlaşma belgesine rağmen uyuşmazlığı mahkemeye taşımakta ısrar eden tarafın ne kadar iyiniyetli (4721 sayılı Kanun m. 2/1) olacağını da ayrıca sorgulamak gerekir. Bu nedenle, anlaşma belgesinin değeri (ve bu belgeye olan güven), arabuluculuk sürecinin taraflara teminat olarak sunduğu iradi olma prensibi karşısında ön planda tutulmalıdır. Kaldı ki, iradi olma (ve bu prensibin sonucu olan m. 5/1 yasağı) arabuluculuk faaliyetinin devam ettiği süreye yöneliktir. *Bu ilkeyle arabuluculuk süreci boyunca tarafların uyuşmazlığın gerçek yüzünü olabildiğince rahat bir şekilde ortaya koymalarını sağlamak amaçlandığından, getirilen teminatlar da süreç boyunca ileri sürülen teklifler, bilgi ve belgeler ve kabullere yöneliktir.*³⁹ Hâlbuki süreç sonunda tarafların uyuşmazlık konuları üzerinde bir anlaşmaya varmasıyla artık *ahde vefa ilkesi* geçerli olmalıdır. Taraflar arasındaki anlaşmanın, *sırf arabuluculuk süreci sonunda hazırlandığından bahisle* bağlayıcı olmayacağını ileri sürmek noktasında biraz çekimser davranmanın daha makul olacağı düşüncesindeyiz.

³⁹ Arabuluculuk sürecinde sağlanan bu teminatlar sayesinde, taraflar, süreci sonlandırmak istediklerinde, o ana kadar (süreç içinde) ileri sürdükleri bilgi ve belgelerin daha sonra aleyhlerinde delil olarak kullanılması tehlikesinden korunmuş olacaktır.

Bir başka eleştiri, arabulucunun imzasını içeren bir anlaşma belgesinin, arabuluculuk faaliyeti dışında hazırlanan bir belge olarak nitelendirilmesinin ve bu nedenle m. 5/1 kapsamı dışında değerlendirilmesinin mümkün olamayacağı yönünde olabilecektir. Fakat bu belgenin sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan bir belge olmadığını gösteren yukarıdaki açıklamalar ve arabulucunun imzasının pratikte anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi ve verilebilmesi için önemli olduğu dikkate alındığında, söz konusu eleştirinin haklı olmayacağını söylemek mümkündür.

Kabul ettiğimiz düşünce tarzının uygulamada istenmeyen durumların ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olduğunu belirtmek isteriz. Zira anlaşma belgesini m. 5/1 yasağına tabi kılmak, bazı açılardan çelişkili sonuçların ortaya çıkmasına yol açabilir. Mesela, anlaşma belgesi dava ve tahkim yolunda delil olarak kullanılamayacak, buna mukabil teknik anlamda bir dava olmayan⁴⁰ itirazın kaldırılması yolunda kullanılabilir ki, böyle bir kabul İİK m. 68 düzenlemesi dikkate alındığında çelişkili bir uygulamaya yol açacaktır. Zira anılan düzenlemede sayılan belgelere dikkat edildiğinde, bunların nitelik itibarıyla itirazın iptali davasında kesin delil olarak (evleviyetle) kullanılacağı görülecektir. Buna mukabil, anlaşma belgesi itirazın iptali davasında delil olarak kullanılamayacak, fakat (garip bir şekilde) itirazın kaldırılması yolunda kullanılabilir. Aynı çelişki, ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir talepleri açısından da ortaya çıkabilecektir.

Anlaşma belgesinin delil olarak kullanılması açısından, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen delillerin, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmeyeceği düzenlemesinden (m.5/5) yararlanma imkânının mevcut olmayacağı kanaatinde olduğumuzu da belirtmek isteriz. Çünkü bu imkân, arabuluculuk faaliyetinden önce mevcut olan deliller açısından geçerlidir. Anılan düzenlemenin hükümet gerekçesinde yer alan “**...arbuluculuk faaliyeti söz konusu olmasaydı dahi, taraflar bir delili ellerinde bulunduruyor veya elde edebiliyor ve aynı zamanda mahkeme veya tahkimdeki yargılamada o uyumsuzluk için caiz delil olarak kullanabiliyorsa, sırf daha önce bir arabuluculuk faaliyetinde kullanılması, delilin geçerliliğini etkile-**

⁴⁰ ULUKAPI, 2014, s. 57.

meyecektir..." ibaresi⁴¹ bu yöndeki kanaatimizi kuvvetlendirmektedir. Zira arabuluculuk faaliyeti söz konusu olmadan, arabulucunun imzasını içeren bir anlaşma belgesinin varlığından söz edebilmek oldukça zordur. Anlaşma belgesi ise, arabuluculuk faaliyeti sonunda ve sürecin olumlu bir şekilde sonuçlanması ihtimalinde hazırlanan bir belge olup arabulucunun imzasını ihtiva etmesi bakımından m. 5/5 kapsamında değerlendirilmesi oldukça zor görünmektedir.

Bu noktada son olarak, anlaşma belgesinin m. 5/1 yasağına tabi olmadığı şeklindeki görüşümüzün kabul edilmemesi halinde mahkemenin şu şekilde hareket etmesi gerekeceğini belirtmek isteriz: İlk olarak, anlaşma belgesinin, arabuluculuk konusuyla ilgili bir davada, taraflardan birince delil olarak ileri sürülmesi halinde, mahkemenin bu belgeyi hükme esas almaması gerekecektir (m. 5/3). Belirtmek gerekir ki, Kanun, m. 5/1 yasağının, arabuluculuğa başvurulduktan sonra açılan davalara münhasır olduğunu gösteren bir ibare ihtiva etmemektedir. Şu halde, uyuşmazlığın ilk olarak mahkemeye götürülmesi, dava devam ederken taraflarca arabuluculuk faaliyetinin başlatılması ve faaliyet sonunda uyuşmazlık konuları üzerine anlaşmaya varılarak bir anlaşma belgesi düzenlemesi halinde de, anlaşma belgesinin (daha önce açılmış olan) bu davada *delil olarak* kullanılmaması gerekecektir. Fakat arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden sonra yapılan duruşmada (bkz. m. 15/5) tarafların bir anlaşmaya vardıklarını beyan etmeleri halinde, mahkemenin, davanın konusuz kalması sebebiyle karar verilmesine yer olmadığına dair bir kararla yargılamayı sona erdirmesi gerekecektir. Elbette tarafların bu duruşmada, anlaşma belgesine göre karar verilmesini talep etmeleri de mümkün olacaktır (6100 sayılı Kanun m. 315/1 kıyasen).⁴² Anlaşma belgesine göre karar verilmesi, m. 5/3 yasağına aykırı bir mahkeme usul işlemi olmayacaktır. Zira bu ihtimalde, anılan belge delil olarak hükme esas alınmamakta, tarafların mutabakatı üzerine mahkeme hükmüne dönüşmektedir.

⁴¹ TBMM 24/2, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Adalet Komisyonu Raporları, 1/486, s. 11.

⁴² Bu ihtimale anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesine gerek olmayacaktır. Bkz. TAŞPOLAT-TUĞSAVUL, 2012, s. 193.

SONUÇ

Çalışma boyunca dile getirilenlerden, arabuluculuk faaliyeti sonucunda uyuşmazlık konularının çözümüne yönelik olarak hazırlanan anlaşma belgesinin hukuki niteliğinin, bu belgeyi belirli bir sözleşme kalıbına sokmak suretiyle belirlenmesinin oldukça zor olacağı anlaşılmaktadır. Bu nedenle anlaşma belgenin *kendine özgü bir hukuki niteliği sahip olduğunu* söylemek mümkündür. Bu kendine özgü niteliğin somutlaştırılmasında ise bazı hususların dikkate alınması gerekecektir: İlk olarak anlaşma belgesinin taraflar için bağlayıcı olma vasfının mümkün olduğu ölçüde korunması gerekir. Bu noktada ortaya çıkacak *temel sorun* anlaşma belgesinin, uyuşmazlık konusundan doğan karşılıklı hakların yerine geçip geçmediğine ilişkin ortaya çıkabilecek belirsizliktir. Belirtmek gerekir ki, bu belirsizlik anlaşma belgesinin sulh sözleşmesi şeklinde formüle edilmesi halinde ortaya çıkmayacaktır. Çünkü bu ihtimalde, anlaşma belgesinde yer alan edimlerin uyuşmazlık konularını sona erdirmeye yönelik olduğu *doğrudan ve kuvvetli* bir şekilde anlaşılacaktır. Bunun dışında bir sözleşme türü şeklinde formüle edilen anlaşma belgesine yönelik anılan belirsizliğin aşılabilmesi için 6325 sayılı Kanunun 18 nci maddesinin yeniden düzenlenmesi gerekecektir. Karşılaştırmalı hukuktaki misallerden yararlanılarak şu şekilde bir düzenlemeye gidilmesi mümkündür:

“MADDE 18 – (1) Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir; anlaşma belgesi düzenlenmesi hâlinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır. Aşağıdaki hükümleri taşımayan bir anlaşma belgesi taraflar için bağlayıcı değildir:

- a) Anlaşma belgesinin taraflar için bağlayıcı olduğu,
- b) Tarafların, anlaşma belgesinin kendileri için bağlayıcı olmasını kararlaştırmalarının uyuşmazlıktan doğan hakların sona ermesine veya bu hakları dava etmeleri halinde anlaşma belgesinin aleyhlerine delil olarak kullanılabilenliğinin farkında oldukları,
- c) Tarafların, anlaşma belgesinin kendileri için bağlayıcı olmasını kararlaştırmalarından önce, bağlayıcı bir anlaşma belgesi düzenlemenin ne gibi sonuçları olabileceği hususunda bir avukattan hukuki yardım almalarının yararlarına

olacağı, arabulucunun bu hususta taraflara bilgi vermek gibi bir yükümlülüğünün olmadığını farkında oldukları,

(2) Yukarıdaki hükümleri taşımayan bir anlaşma belgesine mahkemece icra edilebilirlik şerhi verilmiş olması halinde de anlaşma belgesi taraflar için bağlayıcı olur.

(3) Bağlayıcı olmayan bir anlaşma belgesi, tarafların, uyuşmazlığı sona erdirmek üzere iyiniyet ve karşılıklı yardımlaşmada bulunduğu bir göstergesi olarak kabul edilir. Fakat bu halde dahi, anlaşma belgesinde yer alan bir edimin ifa edilmiş olması halinde, yapılan ifa geçerlidir.”

Anlaşma belgesinin kendine özgü hukuki niteliğini somutlaştırmak noktasında göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus, belgenin dava veya tahkim yolunda delil olabilme kabiliyetinin sınırlarının çizilmesidir: Yukarıdaki düzenleme değişikliği doğrultusunda, anlaşma belgesinin taraflar için bağlayıcı olduğu hallerde, bu delilin gerek dava gerek tahkim yolunda delil olarak kullanılması mümkün hale gelecektir. Buna mukabil, bağlayıcı olmayan bir anlaşma belgesi, sadece dava ve tahkim yolunda değil, (itirazın kaldırılması gibi) uyuşmazlığın ispatına ilişkin olarak mahkemeye yöneltilecek tüm taleplerde delil olarak kullanılamayacaktır. Buna mukabil, mesela uyuşmazlığın ispatına ilişkin olmayan ve özellikle arabuluculuk sürecinde yapılan masrafların tahsiline yönelik açılan bir davada anlaşma belgesi (karşı tarafla bir arabuluculuk sürecine girildiğini göstermek üzere) delil olarak kullanılabilir. Bu şekilde hareket edilmesi, anlaşma belgesini her açıdan m. 5/1 düzenlemesi dışında tutan kanaatimize de uygun düşecektir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

AKİL, Cenk, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2012, Cilt: 16, Sayı: 1, (s. 1-18).

BURNS, Robert P., “The Enforceability of Mediated Agreement: An Essay on Legitimation and Process Integrity”, **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, Yıl: 1986, Cilt: 2, Sayı: 1, (s. 93-115).

DEASON, Ellen E., “Enforcing Mediated Settlement Agreements: Contract Law Collides With Confidentiality”, **Davis Law Review**, Yıl: 2001, Cilt: 35, (s. 33-102).

FEEHILY, Ronán, “The Legal Status and Enforceability of Mediated Settlement Agreements”, **Hibernian Law Journal**, Yıl: 2013, Cilt: 12, (s. 1-26).

FEINBERG, Kenneth R., “Mediation – A Preferred Method of Dispute Resolution”, **Pepperdine Law Review**, Yıl: 1989, Cilt: 16, (s. 5-42).

HOBBS, Karin, “Mediation Confidentiality and Enforceable Settlements: Deal or No Deal?”, **Utah Bar Journal**, Yıl: 2007, Cilt: 20, Sayı: 3, (s. 37-41).

KAPLAN, Yavuz, “Arbuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış”, **Milletlerarası Hukuk Bülteni**, Yıl: 2008, Cilt: 28, Sayı: 1-2, (s. 115-146).

KARSLI, Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 3. Basım, Alternatif Yayınları, İstanbul, 2012.

KEKEÇ, Elif Kısmet, **Arbuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

OBRADOVIC, V. Michelle, “Achieving Wise Resolutions in Mediation”, **American Journal of Trial Advocacy**, Yıl: 2004, Cilt: 28, (s. 197-212).

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku**, 6. Basım, Vedat Kitapevi, İstanbul, 2009.

ÖZBAY, İbrahim, «Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri», **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2006, Cilt: 10, Sayı: 3-4, (s. 459-475).

ÖZMUMCU, Seda, “Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2013, Cilt: LXXI, Sayı: 1, (s. 1369-1390).

PARKER, Bruce R., “What Can Be Done To Enforce Mediation Agreements?”, **Defense Counsel Journal**, Yıl: 1992, Sayı: Eylül, (s. 322-339).

SEMİZOĞLU, Hakan, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yasa Tasarısı Kapsamında, Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebilecekleri İş veya İşlemlerden Doğan Özel Hukuk Uyuşmazlıkları”, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl: 2008, Cilt: 82, Sayı: 5, (s. 2411-2415).

TAŞPOLAT-TUĞSAVUL, Melis, **Türk Hukukunda Arabuluculuk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

THOMPSON, Peter N., “Good Faith Mediation in the Federal Courts”, **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, Yıl: 2011, Cilt: 26, Sayı: 2-3, (s. 363-428).

TOPOR, Roxana/DRAGOMIR, Cristina Boroiu “Mediation As An Alternative To Conflict Settlement”, **Contemporary Readings in Law and Social Justice**, Yıl: 2012, Cilt: 4, Sayı: 1, (s. 392-397).

ULUKAPI, Ömer, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Basım, Mimoza, Konya, 2014.

YU, Helen, “The Draft Mediation Bill”, **Hong Kong Law Journal**, 2012, Cilt: 42, Sayı: 2, (s. 65-85).

MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASINA (CISG) GÖRE SATICININ MALLARI VE BELGELERİ TESLİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

*Seller's Liability for Delivery of Goods and
Documents According to United Nations Convention on Contracts
for the International Sale of Goods (CISG)*

Arş. Gör. Esra ÖZTÜRK *

ÖZET

“Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına Göre Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Etme Yükümlülüğü” başlıklı çalışmanın konusu, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 30-34 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu itibarla öncelikle satıcının malları teslim etme yükümlülüğü, buna bağlı olarak teslim yeri, teslim zamanı gibi konular Türk Borçlar Kanunu ile karşılaştırmalı olarak ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Daha sonra satıcının belgeleri verme yükümlülüğü, son olarak ise satıcının malları teslim etme yükümlülüğünün uzantısı sayılabilecek nitelikte olan malın taşınması, sigortalanması ve alıcıya ihbarda bulunulması gibi konular ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, Malların Teslimi, Belgelerin Teslimi, Teslim Zamanı, Teslim Yeri, Malın Sigortalanması.

ABSTRACT

The subject of the study titled “*Seller's Liability for Delivery of Goods and Documents according to United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*”, is designated between Articles 30-34 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. In this respect, first the seller's liability to deliver the goods, and then accordingly, issues such as place of delivery and delivery time were examined in detail and in comparison with the Turkish Code of

* On Dokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuat Başgil Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, esraozturk5046@gmail.com.

Obligations. Subsequently, the seller's liability to submit documents and lastly, issues such as transport of goods, insurance and giving notice to the buyer which may be considered as extension of the liability to deliver the goods were discussed.

Key Words: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Delivery of Goods, Delivery of Documents, Time of Delivery, Place of Delivery, Insurance of Goods.



GİRİŞ

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması¹ 11 Nisan 1980 tarihinde Viyana'da gerçekleştirilen Birleşmiş Milletler Konferansı'nda kabul edilmiş ve 1 Ocak 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir². Milletlerarası mal satımı sözleşmelerine uygulanacak yeknesak bir hukuk

¹ Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, metin içerisindeki kavram yeknesaklığını sağlamak amacıyla CISG veya Antlaşma kısaltmasıyla kullanılmıştır.

² **Slechtriem, Peter/Butler, Petra:** UN Law On International Sales, Heidelberg 2009, s. 2; **Welser, Rudolf /Welser, Irene** (Çev. **Ayça Akkayan Yıldırım**): "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Halinde Alıcının Başvurabileceği Hukuki İmkânlar", <http://www.iku.edu.tr/userfiles/20120425005438414.pdf> e. t. 1.3.2014, s. 145; **Erdem,ERCÜMENT:** "Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu", Milletlerarası Satım Hukuku (Edt: Yeşim M. Atamer), İstanbul 2008, s. 106; **Atamer, Yeşim M.:** Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005, s. 134; **Köroğlu, Belin:** "Milletlerarası Mal Satım Sözleşmesi Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Kapsamında Sorumluluktan Kurtulma", GÜHFD, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 776; **Tiryakioğlu, Bilgin:** "11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Ve Sözleşmenin Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları İle İlişkisi", AÜHFD, C. 41, S. 1, Y. 1990, s. 193; **Ayhan, Hilal Lale:** "Birleşmiş Milletler Viyana Satım Sözleşmesi'ne Uluslararası Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", GÜHFD, C. XV, Y. 2011, s.1; **Özdemir, Hakan:** Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Uluslararası Ticari Satımlarda Malların Sözleşmeye Uygunluğu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s. 2; **Aydın, İbrahim:** 11 Nisan 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler (Viyana) Sözleşmesi ve Türk Hukuku, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 1; **Serozan, Rona:** "CISG'a ve TBK'ya Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları", İÜHFM, C. LXX, S. 2, Y. 2012, s. 207; **Çetiner, Bilgehan:** "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ile Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Satıcının Sorumluluğu Bakımından Karşılaştırmalı İncelemesi", Legal Hukuk Dergisi, Y. 5 (2007), S. 58, s. 3139; **Yalçıntaş, Simin:** "Viyana Satım Sözleşmesinin Kapsamı ve Sözleşme ile Türk Milletlerarası Satım Hukukunda Yaşanacak Değişiklikler", <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/yalcintas.pdf> e. t. 8. 4. 2014,

yaratma çabasının ilk girişimi Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması değildir. Zira söz konusu Antlaşma 1964 yılında kabul edilen “Milletlerarası Mal Satımı Hakkında Yeknesak Ka-

s. 4; **Yılmaz, Süleyman**: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alacaklının Hakları, Ankara 2014, s. 61; **Özdemir, Hayrunnisa**: Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesi (CISG)'ne Göre Ayrıptan Doğan Sorumluluğun Şartları, Ankara 2014, s. 45; **Schwenzer, Ingeborg/Fountoulakis, Christiana**: International Sales Law, New York 2007, s. 1; **Dimatteo, Larry A./Dhooge, Lucien J./Greene, Stephanie/Maurer, Virginia G./Pagnattaro, Marisa Anne**: International Sales Law, New York 2005, s. xi; **Tarman, Zeynep Derya**: “Türk Satım Hukukunda Yeni Bir Dönem: Viyana Satım Antlaşmasının Milletlerarası Satım Sözleşmelerine Etkisi”, http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyay%C4%B1nlar%C4%B1/ipekyolucanlan%C4%B1yor/Yrd.Do_.Dr.ZeynepDeryaTARMAN.pdf e. t. 8. 4. 2014, s. 169; **Felemegas, John**: An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law, New York 2007, s. 4; **Huber, Peter/Mullis, Alastair**: The CISG, München 2007, s. 1; **Erdem, Erçüment**: “Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler, İstanbul 2008, s. 1; **Erdem, Erçüment**: “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)”, Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler, İstanbul 2008, s. 25; **Castelanni, Luca**: “Türkiye'nin CISG'a Taraf Olmasına İlişkin Çerçeve”, Milletlerarası Satım Hukuku (Ed. Yeşim M. Atamer), İstanbul 2008, s. 2; **Mistelis, Loukas**: “CISG'in Uygulama Alanı: Yer, Zaman ve Kişi Bakımından”, Milletlerarası Satım Hukuku (Ed. Yeşim ATAMER), İstanbul 2008, s. 7; **Gündoğdu, Fatih**: “Birleşmiş Milletler Uluslararası Mal Satım Sözleşmesine İlişkin Viyana Konvansiyonuna Göre İmkansızlık ve Hukuki Sonuçları”, İstanbul 2011 (Belge Türü: Makale, Kazancı Bilişim Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlight/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/makale-fatihgundogdu-1.htm&query=viyana%20sat%FDm#fm>, e. t. 8. 4. 2014); **Atamer, Yeşim M.**: “Yeni Bir Milletlerarası Satım Hukukuna Doğru: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Türkiye” HPD, Sayı 8, Eylül 2006, s. 158; **Sağlam, İpek**: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin Kurulması, İstanbul 2013, s. 1; **Kaya, Cansu**: CISG Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu, İstanbul, 2012, s. 1; **Kanışlı, Erhan**: CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Satıcının Hakları, İstanbul 2013, s. 3; **Tiryakioğlu, Bilgin**: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s. 105; **Atamer, Yeşim M.**: “Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı”, İBD, S. 69, Y. 1995, s. 552; **Özsunay, Ergun**: “1980 tarihli Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Viyana Antlaşması (CISG) ve Türk Teşebbüslerinin Taraf Olduğu Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Üzerindeki Yansımaları”, İBD, C. 78/3, 2004, s. 910; **Yılmaz, İlhan**: “Uluslararası Menkul Satış Sözleşmelerine Dair Viyana Konvansiyonu ve Türk Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşu”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, GSÜHFD., Y.1, S.1, Ocak 2002, s. 573; **Özdemir, Eren**: Uluslararası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Malların Sözleşmeye Uygunluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013, s. 1; **Oral, Tuğçe**: Viyana Satım Anlaşmasında Sözleşmenin Kurulması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013, s. 2; **Will, Michael R.**: Milletlerarası Mal Satım Hukuku ve Milletlerarası Tahkim, Ankara 2002, s. 22.

nuna İlişkin Antlaşma” ile “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinin Kurulması Hakkında Yeknesak Kanuna İlişkin Antlaşma”larının gelişmiş bir devamı niteliğindedir.

Türkiye’de Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, 27545 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 2010/247 karar sayısı ile 07.04.2010 tarihinde kabul edilmiştir. Katılma belgesi 01.08.2010’da Birleşmiş Milletlere tevdi edilmiş ve antlaşma 01.09.2011 tarihinde Türkiye’de yürürlüğe girmiştir³. Bu tarihten sonra Türk tacirler tarafından kurulan milletlerarası mal satım sözleşmelerinin büyük bir kısmı Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’na tabi olmaya başlamıştır. Bu da yakın bir gelecekte söz konusu Antlaşmanın sözleşmeler hukuku alanında sıklıkla karşımıza çıkacağı manasına gelmektedir.

Ş1. MALLARI TESLİM ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın “Malların Satımı” başlıklı üçüncü kısmının ikinci bölümünde satıcının genel olarak yükümlülükleri ve satıcının bu yükümlülüklere aykırı davranması halinde alıcının başvurabileceği hukukî imkânlar düzenlenmiştir. CISG m. 30’da satıcının başlıca yükümlülükleri sıralanmıştır. Buna göre satıcı, taraflar arasındaki sözleşme ve Antlaşma hükümleri dairesinde malı teslim etmek, ilgili belgeleri vermek ve mal üzerindeki mülkiyeti nakletmek yükümlülüğü altındadır⁴.

³ **Yılmaz**, s. 61; **Oral**, s. 3; **Başoğlu, Başak**: “Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları”, İÜ-HFM, C. LXVI, S. 2, Y. 2008, s. 288; **Tarman**, s. 169; **Yavuz, Cevdet**: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul 2012, s. 28; **Gündoğdu, Fatih**: “Birleşmiş Milletler Uluslararası Mal Satım Sözleşmesine İlişkin Viyana Konvansiyonuna Göre İmkansızlık ve Hukuki Sonuçları”, İstanbul 2011 (Belge Türü: Makale, Kazancı Bilişim Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/makale-fatihgundogdu-1.htm&query=viyana%20sat%FDm#fm>, e. t. 8. 4. 2014); **Uluslu, Ayşe Elif**: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi, İstanbul 2011, s. 3; **Sağlam**, s. 3; **Kaya**, s. 1; **Kanışlı**, s. 4; **Akçura Karaman, Tuba**: “Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Antlaşması Çerçevesinde Ayıp Halinde Alıcının Hakları”, BATİDER, C. XXVIII, S. 1, 2012, s. 195.

⁴ **Schlechtriem/Butler**, s. 121; **Yılmaz**, s. 82; **Huber/Mullis**, s. 103; **Erdem**, Viyana, s. 58; **İnal, Tamer**: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2009 (Belge Türü: Kitap, Kazancı Bilişim Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/>

I. GENEL OLARAK

Satıcının teslim yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirebilmesi için sözleşmede belirlenen veya Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması uyarınca belirlenecek olan teslim fiilini, doğru yerde ve zamanda gerçekleştirmesi gerekir⁵. Başka bir deyişle, satıcının teslim yükümlülüğü üç hususta önem arz etmektedir. Bunlar, teslim yeri (CISG m. 31), teslim fiili (CISG m. 31-32), teslim zamanı (CISG m. 33) dir⁶. Taraflar bu

files/kitap-htamerinal-3.htm&query=viyana%20sat%FDm#fm e. t. 8. 4. 2014); **İnal, Tamer**: “Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Standartlaşma, Lex Mercatoria ve Viyana Konvansiyonu Tipinde Hukuk Oluşturma Eğilimi”, İstanbul 2005 (Belge Türü: Makale, Kazancı Bilişim Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlight/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/makale-htamerinal-6.htm&query=viyana%20sat%FDm#fm>, e. t. 8. 4. 2014); **Gabriel, Henry Deeb**: “General Provisions, Obligations of the Seller and Remedies for Breach of Contract By The Seller”, The Craft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the UN Sales Convention (Ed. Franco Ferrari, Harry Flechtner, Ronald A. Brand), London 2004, s. 346; **Butler, Allison**: “A Practical Guide To The CISG: Negotiations Through Litigation”, Chapter 4, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/butler6-ch4.pdf> e. t. 08.04.2014; **Mahasneh, Nisreen**: The Seller's Obligation of Delivery and Conformity Under A Contract For Sale Of Goods, The Master Thesis, University Of Jordan, 2001, http://digitool.abdn.ac.uk/view/action/singleViewer.do?dvs=1394104266211~268&locale=tr_TR&VIEWER_URL=/view/action/singleViewer.do?&DELIVERY_RULE_ID=10&application=DIGITool-3&frameId=1&usePid1=true&usePid2=true©RIGHTS_DISPLAY_FILE=copyrightstheses e. t. 08.04.2014, s. 18; **Schlechtriem, Peter**: The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem10.html> e. t. 08.04.2014; **Enderlein, Fritz**: Rights and Obligations of the Seller under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein1.html> e. t. 08.04.2014; **Kaplan, Yavuz**: “1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Viyana Sözleşmesi Çerçevesinde, İnternet Ortamında Bilgisayar Programı Satış Sözleşmesi”, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, İstanbul 2002, s. 350; **Özsunay**, s. 924; **Schlechtriem, Peter/Schwenzer, Ingeborg**: Commentary On The UN Convention On The International Sale of Goods (CISG), New York 2010, Art. 30, N. 1; **Dayıoğlu, Yavuz**: CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, İstanbul 2011, s. 19; **Sert, Selin**: Viyana Satım Sözleşmesinde İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul 2013, s. 95; **Zeytin, Zafer**: Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku, Ankara 2011, s. 114; **Honnold, John**: Uniform Law For International Sales Under The 1980 United Nations Convention, Fourth Edition, Austin 2009, Art. 30, N. 206; **Honsell, Heinrich**: Kommentar zum UN-Kaufrecht, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG), 2. Aufl., Springer, Heidelberg 2010, Art. 30, N. 1.

⁵ **Schlechtriem/Butler**, s. 121; **Demirbaş, Harun**: “Borçlar Kanunu ve Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Satıcının Yükümlülükleri”, http://www.odakhukuk.com/tr/files/BK_ve_CISG_çerçevesinde_Satıcının_Yükümlülükleri.pdf, e. t. 1.3.2014, s. 3; **Erdem**, Teslim, s. 108; **Atamer**, Yükümlülük, s. 134; **Aydın**, s. 65; **Yılmaz**, s. 82; **Erdem**, Viyana, s. 59; **Sert**, s. 95; **Zeytin**, s. 115.

⁶ **Aydın**, s. 67; **Erdem**, Teslim, s. 107; **Atamer**, Yükümlülük, s. 134.

üç hususta sözleşmede düzenleme yapabilecekleri gibi, teslim yükümlülüğünü sadece bazı yönleri ile kararlaştırmış olmaları da mümkündür. Bu durumda uygulanacak hukukun belirlenmesinde, öncelikle taraflar arasındaki sözleşme hükümleri⁷; bunun bulunmaması halinde ise, taraflar arasında teslimle ilişkin oluşmuş alışkanlıklara ve Antlaşma m. 9 uyarınca sözleşmenin muhtevassından sayılan teamüllere bakılması gerekir. Ancak bunlarla da ihtilaf çözülemese, Antlaşmanın yedek hukuk kuralları devreye girer⁸.

II. TESLİM KAVRAMI

Antlaşmanın malların teslimine ilişkin hükümlerinde (m. 30-31) teslimle ilişkin bir tanım yapılmamıştır⁹. Bu hükümlerde, hangi hallerde malların teslim edilmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Doktrinde kabul gören bir tanıma göre malların teslimi, satım sözleşmesi veya Antlaşmaya göre malların üzerinde hak sahibi olan kişinin kullanımına verilmesine ilişkin hukukî işlemdir¹⁰.

CISG m. 31'de teslim kavramı sadece satıcı yönünden düzenlenmiştir. Başka bir deyişle teslimin yapılabilmesi için alıcının katılımına gerek yoktur¹¹. Teslimle ilişkin hareketlerin tamamlamış olması yeterlidir, ayrıca teslimin gerçekleşmiş olup olmamasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Önemli olan satıcının, alıcının satım konusu malın mülkiyetini kazanabilmesi için kendi üstüne

⁷ Ukrayna Ticaret Odası Hakem Kurulu'nun 05.07.2005 tarihli kararına konu uyumsuzluk İsviçreli satıcı ile Ukraynalı alıcı arasında medikal ekipman satımına ilişkin sözleşmenin gereği gibi ifa edilememesinden doğmuştur. Anlaşmazlık çok kapsamlı olmakla beraber, bir kısmı malların teslimine ilişkindir. Sözleşmenin uluslararası mal satımına ilişkin olduğu ve tarafların işyerlerinin Antlaşmaya taraf ülkelerde bulunması sebebiyle, Tahkim Kurulu olaya sözleşmede öngörülen İsviçre hukuku ile birlikte Antlaşmanın da uygulanmasına karar vermiştir. CISG m. 30 gereğince satıcı, taraflar arasındaki sözleşmede öngörüldüğü şekilde mallar ile belgeleri teslim etmeli ve mülkiyeti geçirmelidir. Olayda satıcının teslim konusunda sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal ettiğine karar verilmiştir. (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041221r1.html>).

⁸ **Schwenzer/Fountoulakis**, s. 109; **Atamer**, Yükümlülük, s. 134; **Erdem**, Teslim, s. 109; **Huber/Mullis**, s. 104; **Gabriel**, s. 346; **Schlechtriem, Peter**: The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem10.html> e. t. 08.04.2014; **Özsunay**, s. 924; **Schlechtriem/Schwenzer/Widmer**, Art. 30, N. 1; **Dayioğlu**, s. 19; **Honnold**, Art. 30, N. 207.

⁹ **Huber/Mullis**, s. 107; **Erdem**, Teslim, s. 107; **Yılmaz**, s. 83; **Sert**, s. 96; **Zeytin**, s. 115.

¹⁰ **Erdem**, Teslim, s. 107; **Yılmaz**, s. 83; **Dayioğlu**, s. 20; **Sert**, s. 96.

¹¹ **Dayioğlu**, s. 21; **Atamer**, Yükümlülük, s. 134; **Erdem**, Teslim, s. 107; **Sert**, s. 95; **Zeytin**, s. 115.

düşen fiilleri tamamlamasıdır¹². Mesela, malın incelenmek üzere alıcıya verilmiş olmasında, artık satıcının ayrıca malı teslim etme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

III. TESLİM YERİ

Teslime ilişkin ilk tespit, teslimin nerede yapılacağına ilişkindir. Teslim yükümlülüğünün ifa edileceği yerin tespitinde, öncelikle tarafların iradelerine, burada bir hüküm öngörülmemesi halinde Antlaşmanın 31'inci maddesindeki düzenlemeler dikkate alınır¹³. Başka bir deyişle, CISG m. 31 hükmü, teslim yerinin belirlenmesinde yedek hukuk kuralı niteliği taşır. İfa yerine ilişkin Türk Borçlar Kanunu m. 89 hükmü de, Antlaşmadaki düzenlemeye paralel olarak emredici bir hüküm olarak düzenlenmemiştir¹⁴.

A. TESLİM YERİ KAVRAMI

Antlaşmada teslim yerine ilişkin çeşitli ihtimaller öngörülse de, bu kavram açıklanmamaktadır. Satım sözleşmesi açısından teslim yeri, satıcının malları teslim borcunun ifası için yerine getirmesi gereken bütün davranışlarını tamamlaması gereken yerdir¹⁵. Burada önemli olan, satıcının yükümlülükleri açısından son hareketin gerçekleştirildiği yerdir¹⁶.

Teslim yeri, satım sözleşmesinde satıcının borcunu ifa ettiği, yani "ifa yeri" dir. İfa yeri, ifa hareketlerinin tamamlandığı yerdir. Ancak bu yer ifa sonucunun alındığı yer ile her zaman aynı olmayabilir¹⁷. Mesela, gönderilecek borç-

¹² **Atamer**, Yükümlülük, s. 134.

¹³ **Schlechtriem/Butler**, s. 108; **Demirbaş**, s. 8; **Welser/Welser**, s. 146; **Atamer**, Yükümlülük, s. 138; **Erdem**, Teslim, s. 113; **Yılmaz**, s. 83; **Huber/Mullis**, s. 109; **Butler**, s. 3; **Schlechtriem, Peter**: The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem10.html> e. t. 08.04.2014; **Sert**, s. 96; **Zeytin**, s. 117.

¹⁴ **Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, s. 256.

¹⁵ **Atamer**, Yükümlülük, s. 138; **Erdem**, Teslim, s. 113; **Erdem**, Viyana, s.

¹⁶ **Atamer**, Yükümlülük, s. 138; **Erdem**, Teslim, s. 113.

¹⁷ **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. B., Ankara 2014, s. 939; **Hatemi**, Hüseyin/**Gökyayla**, **Emre**: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011, s. 225; **Gülerci**, **Altan Fahri/Kılınc**, **Ayşe**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, s. 237; **Nomer**, **Haluk N.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, s. 259; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, III. C., İstanbul 2009, s. 40; **Reisoğlu**, **Safa**: Türk Borçlar Hukuku, İstanbul 2012, s. 324.

larda ifa yani teslim yeri, satıcının ilk taşıyıcıya malları teslim ettiği yerdir. Buna mukabil, ifa sonucunun alındığı yer ise alıcının malları aldığı “varma yeri”dir. Görüldüğü üzere, burada ifa yeri ile ifa sonucunun alındığı yer aynı değildir. Aranacak ve götürülecek borçlarda ise bu şekilde bir ayırım yapılmasına gerek yoktur. Zira, bunlarda ifa yeri ile ifa sonucunun gerçekleştiği yer aynıdır¹⁸.

Gönderilecek borçlarda ifa yeri ile ilgili Antlaşmada herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Ancak bu borca ilişkin ifa yerinin tespiti, alacaklının ve borçlunun temerrüdü, teslim ve nakil masraflarının karşılanması, hasarın intikali, yetkili mahkemenin tayini ve uygulanacak hukuk konuları açısından önemlidir. Aşağıda bu konular ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

B. TESLİM YERİNİN BELİRLENMESİ

Teslim yerinin tespit edilmesi konusunda daha önce ifade edildiği üzere öncelikle taraf iradeleri dikkate alınmalıdır. Tarafların bu konuda bir düzenlemesi yoksa, teslim yeri aralarındaki alışkanlıklar ve teamüller gereğince belirlenir. Bunlardan da bir çözüm elde edilememesi durumunda, CISG m. 31’e göre teslim yeri tespit edilir¹⁹. Para borçlarına ilişkin ifa yeri ise, CISG m. 57’de düzenlenmiştir. Buna göre alıcı, sözleşmede herhangi bir düzenleme bulunmaması şartıyla, para borcunu satıcının işyerinin bulunduğu yerde veya ödemenin malların veya bunları temsil eden belgelerin teslimine bağlanmış olması halinde teslim yerinde ifa etmektedir. Türk hukukundaki düzenleme ise bu yönüyle Antlaşma hükümlerinden ayrılmaktadır. Buna göre para borçlarında ifa yeri, alacaklının ifa zamanındaki yerleşim yeri yani ödeme yeridir (TBK m. 89/1). Alacaklı borcun doğumundan sonra ikametgâhını değiştirmişse, borçlu edimini bu yeni ikametgâhta ödemek mecburiyetindedir²⁰.

¹⁸ Eren, s. 939; Atamer, Yükümlülük, s. 138; Hatemi/Gökyayla, s. 225; Gülerci/Kılınç, s. 237; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 40; Reisoğlu, s. 324.

¹⁹ Gabriel, s. 347; Sert, s. 96; Zeytin, s. 117; Brand, Ronald A.: “CISG Article 31: When Substantive Law Rules Affect Jurisdictional Results”, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/brand1.html> e. t. 19.04.2013, s. 182.

²⁰ Para borçlarında ifa yeri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 943 vd.; Oğuzman/Öz, s. 256; Gülerci/Kılınç, s. 238; Nomer, s. 229; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 40 vd.

1) Teslim Yerini Tarafların Kararlaştırmaları

CISG m. 31/1'de "*satıcı malları belirli bir yerde teslim etmek zorunda değilse*" ifadesinden tarafların teslim yerini belirleme yetkisinin bulunduğu anlaşılmaktadır²¹. Taraflar karşılıklı irade beyanlarıyla satıcının teslim yükümlülüğünü nerede ifa edeceğini belirleyebilir. Aksine bir anlaşma olmadıkça, teslim yerinin belirlenmesi tek taraflı irade beyanı yeterli değildir. Bu sebeple fiyat listesinde, kataloglarda veya sipariş mektuplarında gösterilen teslim yeri tarafların seçimi sayılmaz²².

Tarafların teslim yeri konusundaki seçimleri açık veya örtülü olabilir²³. İradelerinin açık olması, teslim yerinin sözleşmede açıkça belirlenmiş olması veya sözleşme hükümlerinden hareketle yeterince bilinebilir veya belirlenebilmesidir. Mesela, sözleşmede "*Satıcı malları İstanbul Limanında teslim etmekle yükümlüdür*" ifadesinin yer alması iradenin açık olduğunu gösterir. Aksi takdirde, tarafların seçimi örtülü olarak değerlendirilir²⁴. Örtülü beyana misal olarak Vesailles Temyiz Mahkemesi'nin 28.12.2002 tarihli kararı gösterebilir. Fransız alıcı ile Fransız satıcı çocuk bezi konulu satım sözleşmesi yapmışlardır. Malların kalitesiyle ilgili bir problem çıkması üzerine Fransız alıcı doğrudan Fransız satıcıya düzenli olarak mal sağlayan Alman üreticiye başvurmuştur. Fransız alıcı, malların Fransız hukuku gereğince sağlık güvenliği standartlarına uymaması üzerine malları piyasadan çekmek mecburiyetinde kalmıştır. Bunun üzerine Fransız Yerel Mahkemesi'nde görülen davada mahkeme kendini yetkisiz gör-

²¹ Her ne kadar tarafların teslim yerini belirleme konusunda hakkının olduğu kabul edilse de bunun aksine kararlar verildiği de olmuştur. Mesela, Alman OLG Köln Bölge Mahkemesi 16.07.2001 tarihli kararında, Alman satıcı ve Belçikalı alıcının, hayvan satımına ilişkin aralarında sözlü olarak yaptıkları sözleşmede teslim yeri "*franko çiftlik*" olarak belirtilmiş olsa da, Alman mahkeme bu ibarenin taraflarca teslim yerinin kararlaştırıldığını ispatlamadığını, zira "*franko çiftlik*" teriminin "*franko ev*" teriminden türetildiği, bu terimin de ticari alanda birden çok manada kullanıldığını belirtmiştir. Dolayısıyla burada CISG m. 31 gereğince genel kural olan satıcının işyerinde teslim hükmünün tercih edilmesi, "*franko çiftlik*" ibaresini ise nakliye masraflarıyla sınırlı olarak anlaşılması gerektiğine hükmedilmiştir (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010716g1.html>); **Erdem**, Teslim, s. 114.

²² **Erdem**, Teslim, s. 115.

²³ **Eren**, s. 940; **Erdem**, Teslim, s. 115; **Hatemi/Gökyayla**, s. 225; ; **Gülerci/Kılınc**, s. 238; **Nomer**, s. 229; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 42; **Reisoğlu**, s. 324; **Erdem**, Viyana, s. 60.

²⁴ **Eren**, s. 941; **Erdem**, Teslim, s. 115; **Hatemi/Gökyayla**, s. 225; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 43; **Reisoğlu**, s. 324.

müştür. Yerel Mahkemenin vermiş olduğu karar Versailles Temyiz Mahkemesi tarafından bozulmuştur. Üst Mahkeme olaya Antlaşmanın uygulanması gerektiğini belirttiikten sonra Alman üreticinin “Fransa-Fransa” teslimini zımnen kabul etmesi sebebiyle CISG m. 31 gereğince teslim yeri Fransa olacağından Fransız mahkemelerinin yetkili olacağına hükmetmiştir²⁵.

Sözleşme serbestisi kuralı gereğince taraflar daha önce yapmış oldukları sözleşmeyi değiştirebilir ve başka bir teslim yeri kararlaştırabilir. Bununla birlikte bu değişikliğin her iki tarafın iradesiyle gerçekleştirilmesi gerekir²⁶. Taraflardan birinin sonradan faturaya eklediği ve diğer bir ticari belgeye dercettiği hüküm geçerli değildir. Meğerki; dürüstlük kuralına göre diğer tarafın söz konusu hükmü kabul etmiyor olsaydı mutlaka hükme karşı çıkacağı kabul edilsin²⁷.

2) Teslim Yerinin Antlaşmaya Göre Belirlenmesi

CISG m. 31 hükmü, tarafların herhangi bir düzenleme yapmamış olmaları halinde uygulanacak olan yedek hukuk kuralıdır²⁸. Antlaşmanın bu hükmü Türk Borçlar Kanunu m. 89 ile de paralellik arz etmektedir²⁹. Her iki hükme de bakıldığında, teslim borcu kural olarak sözleşmenin kurulması esnasında satıcının (borçlunun) işyerinin bulunduğu yerde ifa edilmesidir (TBK m. 89/3, CISG m. 31/c). Söz konusu hükümlerin milletlerarası satım sözleşmelerinin maksadına her zaman uygun düşmemesi sebebiyle, CISG m. 31’de iki alternatif teslim yeri öngörülmüştür. Bunlardan ilki malların bulunduğu yer (TBK m. 89/2), diğeri ise satıcının gönderme borcunu üstlenmiş olduğu hallerde, taşıyıcının bulunduğu yerde malın teslim edilmesidir³⁰.

İfa yerine göre borçlar üç türe ayrılır. Bunlar, aranacak, gönderilecek ve

²⁵ Erdem, Teslim, s. 115.

²⁶ Eren, s. 941; Erdem, Teslim, s. 123; Nomer, s. 230; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 40.

²⁷ Erdem, Teslim, s. 123.

²⁸ Schlechtriem/Butler, s. 107; Demirbaş, s. 4; Erdem, Teslim, s. 123; Atamer, Yükümlülük, s. 142; Huber/Mullis, s. 109; Erdem, Viyana, s. 60; Butler, s. 3.

²⁹ Türk hukukunda ifa yerine ilişkin geniş bilgi için bkz. Eren, s. 942 vd.; Hatemi/Gökyayla, s. 225 vd.; Gülerci/Kılınç, s. 237; Nomer, s. 229 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 40 vd.; Reisoğlu, s. 324 vd.

³⁰ Huber/Mullis, s. 109; Atamer, Yükümlülük, s. 142.

götürülecek borçlardır³¹. Antlaşmanın teslimine ilişkin hükümleri bu ayrıma göre aşağıda ele alınmıştır.

a) Gönderilecek Borçlarda Teslim Yeri

aa) Gönderilecek Borcun Varlığı

CISG m. 31/a gereğince, satıcı teslim yükümlülüğünü, satım sözleşmesi malları taşımasını gerektiriyorsa, malları alıcıya ulaştırması için ilk taşıyıcıya vermesi durumunda ifa etmiş olur. Buna göre, gönderilecek borçlarda teslim yeri, malın alıcıya ulaştırılması maksadıyla ilk taşıyıcıya verilmiş olan yerdir³².

CISG m. 31/a'nın uygulanabilmesi için taraflar arasındaki sözleşmeyle bir gönderilecek borcun doğduğunun kabul edilmesi gerekir. Her ne kadar, milletlerarası ticarete asıl olan, gönderilecek borç olsa da bu borç kendiliğinden doğmaz³³. Söz konusu borcun doğumu ya tarafların bu konuda anlaşmaları ya da taraflar arasında oluşmuş alışkanlıklar veya milletlerarası ticarete geçerli teamüller buna izin vermelidir³⁴.

Sözleşmede gönderilecek borcun olduğu kararlaştırılmış ancak teslim yerine ilişkin bir açıklık yoksa, bu durumda CISG m. 31/a yedek hukuk kuralı uygulanır. Böylece satıcı gönderme borcundan satım konusu malı ilk taşıyıcıya teslim ettiği anda kurtulmuş olur. Başka bir deyişle, sözleşmede gönderme borcunun kararlaştırılmış olması, borcun varma yerinde ifa edileceğini ifade etmez. Eğer gönderme borcu düzenleniyor ve teslim yeri varma yeri olarak düzenlenmek isteniyorsa, bu hususun açıkça sözleşmede belirtilmesi gerekir. Aksi takdirde, bir gönderme borcu vardır ve malın alıcıya nakledilmesi maksa-

³¹ Oğuzman/Öz, s. 257.

³² Schlechtriem/Butler, s. 108; Demirbaş, s. 4; Welsler/Welsler, s. 147; Erdem, Teslim, s. 124; Atamer, Yükümlülük, s. 142; Yılmaz, s. 83; Schwenger/Fountoulakis, s. 211; Dimatteo/Dhooge/Greene/Maurer/Pagnattaro, s. 102; Huber/Mullis, s. 110; Erdem, Viyana, s. 61; İnal, Tamer: "Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Standartlaşma, Lex Mercatoria ve Viyana Konvansiyonu Tipinde Hukuk Oluşturma Eğilimi", İstanbul 2005 (Belge Türü: Makale, Kazancı Bilişim Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/makale-htamerinal-6.htm&query=viyana%20sat%FDm#fm>, e. t. 8. 4. 2014); Gabriel, s. 348; Butler, s. 6; Özsunay, s. 924; Sert, s. 98; Zeytin, s. 118; Honnold, Art. 31, N. 208; Schlechtriem/Schwenger/Widmer, Art. 31, N. 2; Ronald, s. 183.

³³ Welsler/Welsler, s. 147; Erdem, Teslim, s. 125; Atamer, Yükümlülük, s. 143; Zeytin, s. 118.

³⁴ Demirbaş, s. 8; Erdem, Teslim, s. 125; Atamer, Yükümlülük, s. 143; Zeytin, s. 118; Honnold, Art. 31, N. 208.

diyla ilk taşıyıcıya teslim edilmesiyle birlikte satıcının teslim yükümlülüğü sona erer³⁵.

Türk hukukunda gönderilecek borçlar genel hükümlerde düzenlenmemiştir. Sadece özel borç ilişkilerinden olan satım sözleşmesi ile ilgili TBK m. 208/3'te değinilmiştir. Gönderilecek borçlarda ifa yeri, edimin gerçekleştirileceği yani gönderme yeridir³⁶.

bb) Malın İlk Taşıyıcıya Verildiği Yer

Gönderme borçlarında satıcının satım konusu malı alıcıya nakletmek maksadıyla ilk taşıyıcıya teslim etmesi halinde, teslim yükümlülüğünün sona ereceğini daha önce ifade etmiştik. Ancak, burada ilk taşıyıcıya teslim edeceği yerle ilgili Antlaşmada açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, malın ilk taşıyıcıya teslim edileceği yerin belirlenmesinde satıcının serbest olduğu kabul edilmelidir. Satıcı isterse belirli bir yere karar kendisi taşıyıp, o yerde ilk alıcıya teslim edebileceği gibi; isterse kendi işyerinde doğrudan ilk taşıyıcıya teslim ederek borcundan kurtulabilir³⁷. Malların ilk taşıyıcıya verilmesiyle hâsar alıcıya geçer (CISG m. 67/1)³⁸.

Satıcının ilk taşıyıcıya teslim edeceği yeri serbestçe belirlemesinin sınırı, CISG m. 7/1'de düzenlenen dürüstlük kuralıdır. Buna göre satıcı söz konusu

³⁵ Demirbaş, s. 8; Atamer, Yükümlülük, s. 143; Huber/Mullis, s. 111.

Hollanda Yargıtay'ının 26.09.1997 tarihli ve 16.253 sayılı kararına konu uyuşmazlık Hollandalı alıcı ile Fransız satıcı arasında münakit tekstil ürünleri satımına ilişkin sözleşmeden kaynaklanmıştır. Hollanda yerel mahkemesi davada kendisini yetkisiz görünce, davacı bu kararı temyiz etmiştir. Yargıtay, Hollanda mahkemelerinin yetkisini belirlerken Lugano Sözleşmesi m. 5/1'e atıfta bulunmuş ve malların teslim yerinin belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Tarafların iş yerlerinin bulunduğu her iki devlet de Viyana Satım Antlaşması'na taraf olduğundan, bu Antlaşma uygulanacaktır. Yüksek Mahkeme somut olayda satım sözleşmesi malların taşınmasını da ihtiva ettiğinden CISG m. 31/a gereğince malların ilk taşıyıcıya teslim edildiği yer olan Lyon'un teslim yeri olacağını, burada malların Maastricht'e ulaşmasının bir önemi bulunmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla, Hollanda Mahkemelerini yetkisiz gören ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Karar için bkz. Erdem, Teslim, s. 128.

³⁶ Eren, s. 946; Oğuzman/Öz, s. 258; Hatemi/Gökyayla, s. 225; Nomer, s. 230; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 46; Reisoğlu, s. 325.

³⁷ Erdem, Teslim, s. 125; Atamer, Yükümlülük, s. 143-144; Ancak satıcının işyeri dışında farklı bir yerde malları ilk taşıyıcıya teslim etmesi durumunda, o ana kadar teslim yükümlülüğünün sona ermediği kabul edilmelidir. Bkz. Atamer, Yükümlülük, s. 144; Yılmaz, s. 83; Huber/Mullis, s. 112; Zeytin, s. 118; Honnold, Art. 31, N. 208.

³⁸ Honnold, Art. 31, N. 208.

yeri belirlerken alıcı için en az problem doğuracak olan yeri seçmesi gerekir. Başka bir ifadeyle, ne malın naklini tehlikeye sokmalı ne de çok fazla gecikmesine sebep olmalıdır. Aksi takdirde, satıcı sözleşmeye aykırı davranmış sayılır ve CISG m. 45 vd. düzenlenen müeyyidelerle karşı karşıya kalabilir³⁹.

b) Aranacak Borçlarda Teslim Yeri

aa) Genel Olarak

Türk hukukunda borçlunun ikametgahında veya malın bulunduğu yerde ifa edilecek borçlar aranacak borçlar ifade edilmektedir. Zira alacaklı bizzat veya temsilcisi vasıtasıyla malı söz konusu yerden almak mecburiyetindedir⁴⁰.

Satım sözleşmesinde malın nerede teslim edileceği ile ilgili bir hüküm öngörülmemiş ve sözleşme gönderme borcunu da ihtiva etmiyorsa, bu durumda CISG m. 31/b-c uygulama alanı bulur⁴¹. Söz konusu iki hüküm de alıcı açısından aranacak borcun varlığını gerektirmektedir. Her iki fıkrada da satıcının teslim borcu söz konusu hükümlerde gösterilen yerde ifa edilmesi ile sona erer. Bunlardan ilk hal malın bulunduğu veya imal edildiği yerde teslim edilmesi, ikincisi ise satıcının işyerinde teslim edilmesidir. Her iki durumda da alıcının malı bu yerlerden teslim almasıyla satıcı teslim yükümlülüğünü yerine getirmiş olur⁴². Aşağıda bu ihtimaller incelenmiştir:

bb) Malın Bulunduğu veya İmal Edildiği Yer

CISG m. 31/b hükmünde, sözleşmenin belirli bir malın veya belirli bir stoktan teslim edilecek ve çeşidi ile belirlenmiş bir malın veya imal edilecek veya üretilecek bir malın teslimine ilişkin olması durumunda, teslim borcunun, malın sözleşmenin kurulması anında bulunduğu yerde veya imal edileceği yerde

³⁹ **Atamer**, Yükümlülük, s. 144.

⁴⁰ **Oğuzman/Öz**, s. 257.

⁴¹ **Huber/Mullis**, s. 115; **Demirbaş**, s. 8; **Welser/Welser**, s. 147; **Atamer**, Yükümlülük, s. 145; **İnal, Tamer**: "Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Standartlaşma, Lex Mercatoria ve Viyana Konvansiyonu Tipinde Hukuk Oluşturma Eğilimi", İstanbul 2005 (Belge Türü: Makale, Kazancı Bilişim Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlight/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/makale-htamerinal-6.htm&query=viyana%20sat%FDm#fm>, e. t. 8. 4. 2014); **Gabriel**, s. 348; **Butler**, s. 6; **Sert**, s. 99; **Zeytin**, s. 118; **Honnold**, Art. 31, N. 209; **Schlechtriem/Schwenzer/Widmer**, Art. 31, N. 3; **Ronald**, s. 183.

⁴² **Huber/Mullis**, s. 115; **Özsunay**, s. 925; **Ronald**, s. 183.

ifa edilmesi öngörülmektedir⁴³. Ancak, bu hükmün uygulanabilmesi için sözleşmenin akdi anında her iki tarafın da malı nerede bulunduğu konusunda bilgi sahibi olması gerekir⁴⁴. Başka bir deyişle alıcı sözleşme kurulduktan sonra malın nerede olduğunu öğrenmişse, bu durumda CISG m. 31/b bendi uygulanamaz⁴⁵.

CISG m. 31/b, dört farklı ihtimal düşünülerek düzenlenmiştir⁴⁶. Bunlar:

- Satım sözleşmesi, ferden belirlenmiş bir mala ilişkindir ve taraflar sözleşmenin kuruluşu anda malın nerede bulunduğunu bilmektedir⁴⁷. Burada bir parça borcu söz konusudur⁴⁸. Mesela, Van Gogh'un "Sarı Ev Tablosu" gibi. TBK m. 89/1-b'de ise parça borçlarında ifa yeri, sözleşmenin kurulduğu anda borç konusunun bulunduğu yer olarak ifade edilmiştir⁴⁹. CISG m. 31/b hükmü ile Türk Hukukundaki söz konusu düzenleme tarafların sözleşmenin kurulduğu sırada malın nerede bulunduğunu bilmeleri gerektiği konusunda farklıdır. Bu husus Antlaşmada açıkça ifade edildiği halde TBK m. 89/1-b'de ifade edilmemiştir. Ancak doktrinde bazı yazarlar TBK'daki hükmün uygulanabilmesi için sözleşmenin kurulduğu sırada malın nerede bulunduğunu bilmesi gerektiğini savunmaktadır⁵⁰.
- Satım sözleşmesi, belirli bir stoktan karşılanacak nev'en belirlenmiş mala ilişkindir ve taraflar sözleşmenin kurulduğu anda malın nerede bulundu-

⁴³ **Schlechtriem/Butler**, s. 109; **Demirbaş**, s. 4; **Welser/Welser**, s. 147; **Atamer**, Yükümlülük, s. 145; **Yılmaz**, s. 83; **Gabriel**, s. 348; **Butler**, s. 6; **Schlechtriem/Schwenzer/Widmer**, Art. 31, N. 45.

⁴⁴ **Demirbaş**, s. 4; **Welser/Welser**, s. 147; **Atamer**, Yükümlülük, s. 145; **Huber/Mullis**, s. 116; **Sert**, s. 100.

⁴⁵ **Demirbaş**, s. 4; **Welser/Welser**, s. 147; **Atamer**, Yükümlülük, s. 145.

⁴⁶ **Schlechtriem/Butler**, s. 109; **Erdem**, Teslim, s. 134; **Atamer**, Yükümlülük, s. 145; **Huber/Mullis**, s. 116; **Zeytin**, s. 119.

⁴⁷ **Huber/Mullis**, s. 116; **Schlechtriem/Butler**, s. 109; **Erdem**, Teslim, s. 134; **Atamer**, Yükümlülük, s. 145; **Erdem**, Viyana, s. 61; **Zeytin**, s. 119; **Schlechtriem/Schwenzer/Widmer**, Art. 31, N. 46.

⁴⁸ **Schlechtriem/Butler**, s. 109; **Erdem**, Teslim, s. 134; **Atamer**, Yükümlülük, s. 145; **Erdem**, Viyana, s. 61.

⁴⁹ **Eren**, s. 944; **Oğuzman/Öz**, s. 257; **Hatemi/Gökyayla**, s. 225; ; **Gülerci/Kılınç**, s. 238; **Nomer**, s. 230; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 46; **Reisoğlu**, s. 325.

⁵⁰ "Kalpsüz, İfa Mahalli, s. 95; **Schwenzer**, Allgemeiner Teil, N. 7. 15; **Baslerkommentar/Leu**, Art. 74, N. 5" (**Atamer**, Yükümlülük, s. 145, dn. 68'den naklen); **Eren**, s. 944; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 46; **Reisoğlu**, s. 325.

ğunu bilmektedir. Mesela, belirli bir depoda bulunan buğday gibi. Burada borcun sadece cins borcu olması yeterli değildir. Söz konusu hükmün uygulanabilmesi için, satım konusu malın sınırlı cins borcu olması gerekir⁵¹.

- Satım sözleşmesi, henüz imal edilecek bir mala ilişkindir ve taraflar imalathanenin nerede olduğunu bilmektedir⁵².
- Satım sözleşmesi, satıcı veya üçüncü bir kişi tarafından yetiştirilecek veya devşirilecek bir şeye ilişkindir ve tarafların ikisi de sözleşmenin kurulduğu anda bunun nerede gerçekleşeceğini bilmektedir⁵³. Mesela, bir taş ocağının veya bir üzüm bağı ürününün satılması ve tarafların bağın veya taş ocağının nerede bulunduğunu sözleşmenin kurulduğu anda bilmesidir⁵⁴.

Dört farklı ihtimalde de taraflar sözleşmenin kurulduğu anda malların nerede olduğunu bilmektedir. Taraflar eğer bu esnada malların nerede olduğunu bilmiyorlarsa, CISG m. 31/b hükmü değil, son çare teslim yeri olarak düzenlenen CISG m. 31/c hükmü uygulama alanı bulur⁵⁵.

İnternet ortamında satışa sunulan bilgisayar programlarında teslim yerinin neresi olacağı da belirtilmelidir. Bu programların satışında alıcı, bunların belirli bir internet sitesinde satışa sunulduğunu bilmektedir. Bu anlamda taraflar teslim yerinin ilgili internet sitesi olduğu konusunda uyuşmuşlardır. Alıcı bilgisayar ortamında bilgisayar programının bedelini ödediği takdirde satıcı programı direkt internet sitesinden alıcının bilgisayarına yüklenmesini sağlayarak edimi ifa etmiş olur (CISG m. 31/b). Programın alıcının bilgisayarına yüklenmesiyle mülkiyet ona geçmiş olur⁵⁶.

⁵¹ **Schlechtriem/Butler**, s. 109; **Yılmaz**, s. 83; **Atamer**, Yüklümlülük, s. 146; **Huber/Mullis**, s. 116; **Zeytin**, s. 119; **Schlechtriem/Schwenzer/Widmer**, Art. 31, N. 46.

⁵² **Schlechtriem/Butler**, s. 109; **Yılmaz**, s. 83; **Atamer**, Yüklümlülük, s. 146; **Huber/Mullis**, s. 116; **Zeytin**, s. 119; **Schlechtriem/Schwenzer/Widmer**, Art. 31, N. 46.

⁵³ **Schlechtriem/Butler**, s. 109; **Atamer**, Yüklümlülük, s. 146; **Zeytin**, s. 119; **Schlechtriem/Schwenzer/Widmer**, Art. 31, N. 46.

⁵⁴ **Atamer**, Yüklümlülük, s. 146.

⁵⁵ **Huber/Mullis**, s. 116; **Zeytin**, s. 119; **Schlechtriem/Schwenzer/Widmer**, Art. 31, N. 46.

⁵⁶ **Demirbaş**, s. 9.

cc) Satıcının İşyeri (Son Çare Teslim Yeri)

İşyeri kavramından satıcının ticari ilişkilerini yürütmek maksadıyla sürekli bir şekilde organize olduğu yer anlaşılmalıdır⁵⁷. Satıcının birden fazla işyeri varsa, sözleşme ile en irtibatlı işyeri esas alınır (CISG m. 10/a)⁵⁸. Satıcının işyeri yoksa mutlak meskeni bunun yerini tutar (CISG m. 10/b)⁵⁹.

Taraflar sözleşmede teslimle ilişkin bir yer belirtmemişlerse, bir gönderme borcu söz konusu değilse ve CISG m. 31/b bendinin şartları da gerçekleşmemişse; bu durumda teslim yeri satıcının işyeridir (CISG m. 31/c)⁶⁰. Söz konusu halde aranılacak borç söz konusudur⁶¹. Satıcının işyerinin neresi olduğu hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, satıcının işyeri onun içinde bulunduğu mekânı kasteder⁶². Başka bir görüşe göre, malın, işyerinin bulunduğu mekândan ayrı fakat aynı şehir sınırları içinde başka yerde bulunması halinde burasının işyeri olduğu kabul edilmelidir⁶³. Mesela, işyeri Marsilya merkezinde olan satıcının, teslim etmesi gereken mallarının limandaki bir antrepoda bulunması halinde malın orada teslim için arz edilmesi de işyerinde teslim sayılır. Yine 20.000 litre ham petrole ilişkin bir satım sözleşmesinde teslim yeri kararlaştırılmadığı halde, satıcının alıcıya işyerinin bulunduğu şehirde ancak somut olarak nerede petrolü teslim edeceğini bildirmesi yeterli sayılmalıdır⁶⁴.

⁵⁷ **Schlechtriem/Butler**, s. 109; **Erdem**, Teslim, s. 137; **Yılmaz**, s. 83; **Schlechtriem/Schwenzer/Widmer**, Art. 31, N. 49.

⁵⁸ **Schlechtriem/Butler**, s. 109; **Yılmaz**, s. 84; **Schlechtriem/Schwenzer/Widmer**, Art. 31, N. 49.

⁵⁹ **Schlechtriem/Schwenzer/Widmer**, Art. 31, N. 49.

⁶⁰ **Schlechtriem/Butler**, s. 109; **Erdem**, Teslim, s. 136; **Atamer**, Yükümlülük, s. 147; **Yılmaz**, s. 83; **Huber/Mullis**, s. 116; **Erdem**, Viyana, s. 61; **İnal**, **Tamer**: “Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Standartlaşma, Lex Mercatoria ve Viyana Konvansiyonu Tipinde Hukuk Oluşturma Eğilimi”, İstanbul 2005 (Belge Türü: Makale, Kazancı Bilişim Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlight/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/makale-htamerinal-6.htm&query=viyana%20sat%FDm#fm>, e. t. 8. 4. 2014); **Gabriel**, s. 348; **Butler**, s. 6; **Schlechtriem, Peter**: The Seller’s Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem10.html> e. t. 08.04.2014; **Özsunay**, s. 925; **Schlechtriem/Schwenzer/Widmer**, Art. 31, N. 49; **Ronald**, s. 183.

⁶¹ **Welser/Welser**, s. 147; **Atamer**, Yükümlülük, s. 147.

⁶² “**Honsell/Karollus**, Art. 31, N. 40; **Schackmar**, N. 315; **Schlechtriem/U. Huber**, Art. 31, N. 51” (**Atamer**, Yükümlülük, s. 147, dn. 80’dan naklen).

⁶³ “**Erdem**, La Livrasion, N. 448” (**Atamer**, Yükümlülük, s. 147, dn. 81’dan naklen).

⁶⁴ **Erdem**, Teslim, s. 137; **Atamer**, Yükümlülük, s. 148.

Satıcının işyerini sözleşmenin kurulmasından sonra değiştirmesi halinde, alıcının bu hususta uyarılması gerekir. Yine alıcının yeni yerden malı teslim alması kendisinden beklenemeyecek zorlukları (CISG m. 7) beraberinde getirmemesi şartıyla teslim yeri değiştirilen yer olarak kabul edilebilir⁶⁵.

Alman Temyiz Mahkemesinin son çare teslim yeri olarak kabul edilen satıcının işyerine ilişkin bir kararı ERDEM tarafından şu şekilde aktarılmaktadır: İsviçreli satıcı ile Alman alıcı arasında alıcının belirttiği özellikleri içeren bir sarma makinesi geliştirilmesi, üretilmesi ve teslimi için bir sözleşme yapılmıştır. Malların teslimini takiben alıcı mallarda ayıp tespit etmiş, bunun üzerine taraflar malların satıcıya tamir için gönderilmesinde mutabık kalmışlardır. Satıcı bir nakliye şirketi ile anlaşmıştır. Mallar, taşınırken gerekli ihtimamın gösterilmemesi sebebiyle daha da bozulmuştur. Bunun üzerine İsviçreli satıcı malları tamir etmeyi reddetmiştir. Alman alıcı ise, Alman Yerel Mahkemesi'ne başvurmuş ancak davası reddedilmiştir. Ret kararının temyizi üzerine Alman Temyiz Mahkemesi 19.12.2006 tarihli kararında, öncelikle CISG'in olaya uygulanması gerektiğini tespit etmiştir. Daha sonra davanın esasına girerek, satıcının tamir için malların taşınmasına müteallik sorumluluğu üstlendiğini; bu sebeple CISG m. 31/c gereğince alıcının sorumluluğunun malları kendi işyerinde satıcıya nakliyyeye uygun şekilde hazır etmekle sınırlı olduğunu belirtmiştir. Yüksek Mahkeme alıcının bu yükümlülüğü yerine getirdiğinden davasının reddinin yerinde olmadığına karar vermiştir⁶⁶.

CISG m. 31/c hükmünde son çare teslim yeri olarak öngörülen düzenleme TBK m. 89/3'ten farklı değildir. Zira, Türk hukukundaki bu düzenleme de son çare ifa yeri olarak borçlunun ikametgahını veya işyerini esas almaktadır. Aranacak borçlarda alacaklı veya mümessili, borçlunun ikametgahının veya işyerinin bulunduğu yerde borçlanılan edimi borçludan almak mecburiyetindedir. Burada borçlu pasif bir şekilde yer alır, edim konusu şeyin alacaklı tarafından alınmasına müsaade eder⁶⁷. Görüldüğü üzere Türk hukukundaki bu düzenleme CISG m. 31/c hükmüyle paraleldir.

⁶⁵ **Schlechtriem/Schwenzer/Widmer**, Art. 31, N. 49; **Atamer**, Yükümlülük, s. 148.

⁶⁶ Karara ilişkin ayrıntılar **Erdem**, Teslim, s. 137'den alınmıştır.

⁶⁷ **Eren**, s. 945; **Oğuzman/Öz**, s. 257; **Hatemi/Gökyayla**, s. 225; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 44; **Reisoğlu**, s. 325.

3) Özel Durumlarda Teslim Yerinin Belirlenmesi

Milletlerarası sözleşmelerde de teslim yeri ile ilgili bazı düzenlemeler yer almaktadır. Bunların hepsini tek tek ele almak mümkün değilse de, özellikle Incoterms'e yapılan atıflarda bu hususun incelenmesi gerekir. Yine, Antlaşma- da götürme borçlarında ve nakil halindeki malların satımı durumunda teslim yeri ile ilgili herhangi bir düzenleme öngörülmemektedir. Aşağıda bu konular kısaca incelenmiştir:

a) Incoterms'e Yapılan Atıfla Teslim Yeri

Taraflar teslim yerini bir yer adı ile birlikte kullanılan Incoterms⁶⁸ kullanma suretiyle de belirleyebilirler⁶⁹. Incoterms, malların teslimi, hasarın geçişi, masrafların paylaşımı ve belgelere ilişkin yükümlülükler dair çözüm getirmektedir. Ancak ödeme yeri ve şekli, mülkiyetin el değiştirmesi, uyumsuzlukların çözümlü, teslim şekli dışında kullanılan kısaltmalar, taşıma ve sigorta işlemlerine ilişkin sözleşmelerin nasıl yapılacağı hususları Incoterms'in kapsamı dışında bırakılmıştır⁷⁰.

⁶⁸ Incoterms, Uluslararası Ticaret Odası (ICC) tarafından uluslararası ticarete kullanılan terimlerin bir standarda kavuşturulması maksadıyla uygulamaya konulan bir programdır. İlk olarak 1936'da yayınlanmış INCOTERMS, zamanla uluslararası ticarete yaşanan değişikliklere bağlı olarak 1963, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000 yıllarında revize edilmiştir. Günümüzde geçerli olan versiyon ise 1 Ocak 2011 'de uygulamaya giren INCOTERMS 2010'dir. INCOTERMS 2010, 4 ana başlık altında toplanan 11 terimden oluşmaktadır. 2010 versiyonunda DAF, DES, DEQ, DDU terimleri kaldırılarak bunlar yerine DAT (Delivered At Terminal), DAP (Delivered At Place) terimleri eklenmiştir. Bkz. <http://tr.wikipedia.org/wiki/Incoterms> e.t. 4.4.2014.

Ayrıca Incoterms hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Eryürek, Senay**; Uluslararası Bankacılık için İlk Tanımlar ve Incoterms, Anadolu Bankası Eğitim Yayınları, 1987; **Erdem, Ercüment**: "Incoterms 2000", Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler, İstanbul 2008, s. 228.

⁶⁹ **Welser/Welser**, s. 147; **Atamer**, Yükümlülük, s. 149; **Demirbaş**, s. 9; **Aydın**, s. 66; **Dimatteo/Dhooge/Greene/Maurer/Pagnattaro**, s. 102; **Huber/Mullis**, s. 107; **Erdem**, Incoterms, s. 228; **Özhan, Egemen Özge**: "Uluslararası Ticarete Teslim Şekilleri (Incoterms 2000 ve Incoterms 2010 Değişiklikleri Çerçevesinde)", İstanbul 2012 (Belge Türü: Makale, Kazancı Bilişim Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/makale-egemenozgeozhan-7.htm&query=%22cisg%22#fm> e. t. 8. 4. 2014); **İnal, Tamer**: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2009 (Belge Türü: Kitap, Kazancı Bilişim Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/kitap-htamerinal-3.htm&query=viyana%20sat%FDm#fm> e. t. 8. 4. 2014); **Gabriel, Henry**: The International Chamber of Commerce INCOTERMS 1990 - A Guide to their Usage, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/gabriel1.html> e. t. 08.04.2014; **Schlechtriem/Schwenzer/Widmer**, Art. 30, N. 3; **Zeytin**, s. 115; **Honnold**, Art. 31, N. 211; **Honsell**, Art. 30, N. 7.

⁷⁰ **Özhan, Egemen Özge**: "Uluslararası Ticarete Teslim Şekilleri (Incoterms 2000 ve Incoterms

Incoterms'te yer alan ex-works (E)⁷¹ kuralı büyük ölçüde CISG m. 31/b-c ile paralellik göstermektedir. Söz konusu kurala göre, malın, satıcının işyerinden, fabrikasından, imal edildiği, üretildiği yerden alıcı tarafından teslim alınması gerekir⁷². Antlaşmada düzenlenmeyen Incoterms D kuralı da teslim yerinin belirlenmesi konusunda önemlidir. Bu kurala göre, satıcı malı belirli bir yere kadar nakletmeyi üzerine almıştır⁷³. Mesela, sınıra kadar, belirli bir limana kadar vs. Dolayısıyla burada satıcı açısından götürülecek borç söz konusu olur. Yine Incoterms'in C ve F kuralı da teslim yeri bakımından Antlaşmaya göre farklılıkları barındırmaktadır.

Antlaşma ve Incoterms teslim yeri açısından karşılaştırıldığında aşağıdaki sonuçlara ulaşmak mümkündür:

- CISG m. 31/b-c ve Incoterms E (Ex-Work) Kuralı gereğince satıcının işyeri veya yerleşim yeri veya malın imal yeri veya malın sözleşmenin kurulması anında bulunduğu yer⁷⁴,

ms 2010 Değişiklikleri Çerçevesinde”, İstanbul 2012 (Belge Türü: Makale, Kazancı Bilişim Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/makale-egemenozgeozhan-7.htm&query=%22cisg%22#fm> e. t. 8. 4. 2014)

⁷¹ “Ex works” satıcının malları işletmesinde (fabrika, depo v.s.) alıcı emrine hazır tutmakla teslim yükümlülüğünü yerine getirdiği manasındadır. Satıcı, aksi kararlaştırılmadıkça malın alıcı tarafından sağlanan bir vasıtaya yüklenmesinden ya da malların ihraç gümrüğünden geçirilmesinden sorumlu değildir. Alıcı bu noktadan itibaren varış yerine kadar, malın taşınması ile ilgili tüm gider ve risklerin yükümlülüğünü taşır. Bu terim tüm satış şekilleri içinde satıcı için en az yükümlülüğü ihtiva eden bir satış şeklidir. Bu teslim şeklinde sözleşmede belirtilen satış bedeline yalnızca ambalajlanmış mal bedeli dâhildir. Yani teslim tarihinden itibaren her türlü nakliye, yükleme, boşaltma ve sigorta masrafları alıcı tarafından ödenmektedir. Bkz. <http://www.orgtr.org/tr/ticari-isletmede-teslim-ex-works-exw> e.t. 4.4.2014.

⁷² **Atamer**, Yükümlülük, s. 149; **Erdem**, Incoterms, s. 233; **Özhan, Egemen Özge**: “Uluslararası Ticarete Teslim Şekilleri (Incoterms 2000 ve Incoterms 2010 Değişiklikleri Çerçevesinde)”, İstanbul 2012 (Belge Türü: Makale, Kazancı Bilişim Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/makale-egemenozgeozhan-7.htm&query=%22cisg%22#fm> e. t. 8. 4. 2014); **Honnold**, Art. 31, N. 211.

⁷³ **Erdem**, Incoterms, s. 234; **Özhan, Egemen Özge**: “Uluslararası Ticarete Teslim Şekilleri (Incoterms 2000 ve Incoterms 2010 Değişiklikleri Çerçevesinde)”, İstanbul 2012 (Belge Türü: Makale, Kazancı Bilişim Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/makale-egemenozgeozhan-7.htm&query=%22cisg%22#fm> e. t. 8. 4. 2014).

⁷⁴ Paris Temyiz Mahkemesi 1. Dairesi'nin 18.03.1998 tarihli ve 56 sayılı kararında Fransız alıcı ile Alman-İtalyan satıcı giyim satımı üzerinde anlaşmıştır. Taraflar Incoterms EXW uyarınca satıcının işyerinde teslim edileceğini düzenlemiştir. Malların tesliminin ardından alıcı malın ayıplı olduğu gerekçesiyle Fransız mahkemelerinde dava açmıştır. Alman satıcı ise, Fransız mahkemelerinin yetkisiz olduğunu ileri sürmüştür. Fransız mahkemesi de yetkisiz olduğuna

- CISG m. 31/a ile Incoterms C ve F kuralları gereğince satıcının malı ilk taşıyıcıya teslim ettiği yer. F kuralı gereğince taşıma masrafları alıcıya⁷⁵, C kuralı gereğince taşıma masrafları satıcıya aittir⁷⁶.
- Incoterms D kuralının uygulandığı hallerde, baştan sona satıcı tarafından organize edilen ve kendi hesabına gerçekleştirilen taşıma fiilinin varma yeri teslim yeridir⁷⁷.

b) Götürülecek Borçlarda Teslim Yeri

Götürülecek borçlarda borçlu ifa amacıyla borçlanılan şeyi, alacaklının ikametgahına veya işyerine götürmek mecburiyetindedir⁷⁸. Bu borçlar Antlaşmada ayrıca düzenlenmemiştir. Bu sebeple öncelikle tarafların bu konuda bir düzenleme yapıp yapmadıklarına bakılmalıdır. Eğer bu konuda herhangi bir açıklık yoksa, CISG m. 9/1 ve 2 manasında bir alışkanlık veya teamülün var olması halinde bunlara bakılarak bir götürme borcunun varlığı kabul edilir. Başka bir deyişle, taşıma yükümlülüğü, doğrudan bir asli edim yükümlülüğü

karar vermiştir. Dava temyiz incelemesi sebebiyle Paris Temyiz Mahkemesi önüne geldiğinde; yüksek mahkeme teslim yerini CISG m. 31 kapsamında incelemiş ve taraflar arasında Incoterms EXW terimi kararlaştırıldığından, teslimin satıcının işyerinde gerçekleştiğini, dolayısıyla Alman Mahkemelerinin yetkili olduğuna karar vermiştir (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980318f1.html>); **Erdem**, Teslim, s. 118.

⁷⁵ **Erdem**, Incoterms, s. 234.

⁷⁶ **Erdem**, Incoterms, s. 234; **Özhan, Egemen Özge**: “Uluslararası Ticarete Teslim Şekilleri (Incoterms 2000 ve Incoterms 2010 Değişiklikleri Çerçevesinde)”, İstanbul 2012 (Belge Türü: Makale, Kazancı Bilişim Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlight/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/makale-egemenozgeozhan-7.htm&query=%22cisg%22#m> e. t. 8. 4. 2014); **Gabriel, Henry**: The International Chamber of Commerce INCOTERMS 1990 - A Guide to their Usage, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/gabriel1.html> e. t. 08.04.2014.

Rusya Ticaret ve Sanayi Odası Tahkimine konu olan olayda, Macar satıcı ile Rus alıcı mal satımı ve CIP-Incoterms 1990 terimi gereğince Rusya’da teslim hususunda anlaşmışlardır. Taraflar arasında malın teslimine ilişkin ihtilafta, Antlaşmaya taraf iki farklı devlette işyeri bulunan taraflar söz konusu olduğundan Hakem Kurulu öncelikle Antlaşmanın uygulanmasına karar vermiştir. Daha sonra, CISG m. 31’e göre taraflar arasındaki anlaşma gereğince teslim yerinin belirlenmesi gerektiğine; burada tarafların CIP-Incoterms 1990 terimini öngördüğüne, dolayısıyla satıcının teslim yükümlülüğünün CIP-Incoterms 1990 A2 gereğince malların ihracı için gümrükleme işlemlerini yerine getirmesiyle son bulduğuna; bu sebeple malların Moskova’ya ulaşmasına rağmen alıcının işyerine ulaşmamasının satıcının teslim yükümlülüğünü yerine getirmesini etkilemeyeceğine karar vermiştir. Karar için bkz. **Erdem**, Teslim, s. 117.

⁷⁷ **Atamer**, Yükümlülük, s. 149; **Erdem**, Incoterms, s. 234.

⁷⁸ **Eren**, s. 945; **Hatemi/Gökayla**, s. 225; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 47.

olarak satıcıya yüklenmişse bir götürme borcu söz konusudur. Dolayısıyla, götürme borçlarında teslim yeri varma yeridir⁷⁹.

c) Satım Sözleşmesinin Kurulması Anında Nakil Halinde Bulunan Mallarda Teslim Yeri

Satım sözleşmesinin kurulması anında nakil halinde bulunan malların teslim yerinin neresi olduğu konusu tartışmalıdır. Burada CISG m. 31/a hükmünün uygulanması oldukça zayıf bir ihtimaldir. Çünkü, zaten mal taşıyıcıya teslim edilmiş durumdadır⁸⁰. Yine c bendi de uygulama alanı bulamaz, zira mal satıcının işyerinde değildir. Doktrinde çoğu yazar burada CISG m. 31/b'nin uygulanmasının yerinde olduğunu düşünmüştür⁸¹. Zira konteynır, gemi, kamyon vs. içinde olmak şartıyla, nakil halindeki malın yerinin belirli olduğu ifade edilmektedir. Ancak, sözleşmenin kurulduğu sırada malın fiilen bulunduğu yerin teslim yeri sayılması ATAMER tarafından eleştirilmiştir⁸². Çünkü CISG m. 31/b hükmü ile, sözleşmenin kurulduğu sırada malların bulunduğu yerde bunların hazır bulundurulması ile teslim borcunun sona erdirilmesi öngörülmekte ve teslim yerinin de bu yer olduğu kabul edilmektedir. Bu durum ise okyanusun ortasında bir gemide satım konusu malın taşınmakta olduğunu düşünürsek, bu yerin teslim yeri olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Kanaatimizce de bu sebeple, CISG m. 31/b'nin burada uygulanması düşünülemez. Sonuç olarak ATAMER'in de haklı olarak ifade ettiği gibi; nakil halindeki mallara ilişkin teslim yeri konusunda taraflar herhangi bir düzenleme yapmamışlarsa, borçlar hukuku açısından bir teslim yeri tespit etmek çok mümkün değildir⁸³. ERDEM'e göre sözleşmenin kurulması sırasında taraflar malların taşınmakta olduğunu biliyorlarsa, satıcı alıcının talimatlarına uyarak onun gösterdiği yerde ve/veya malları temsil eden belgelerin verilmesiyle teslim borcundan kurtulur⁸⁴.

⁷⁹ Erdem, Teslim, s. 125; Atamer, Yükümlülük, s. 151.

⁸⁰ Schlechtriem/Schwenzer/Widmer, Art. 31, N. 79; Erdem, Teslim, s. 136; Atamer, Yükümlülük, s. 151.

⁸¹ "Schackmar, N. 311-312; Erdem, La Livraison, N. 438; Staudinger/Magnus, Art. 31, N. 28; Karollus, s. 110; Schlechtriem, UN-Kaufrecht, N. 125; MünchKommHGB/Benicke, Art. 31 CISG, N. 28; Sekreteryä Şerhi, Art. 29, N. 12; MünchKommBGB/Gruber, Art. 31 CISG N. 12; Brunner, Art. 31, N. 10" (Atamer, Yükümlülük, s. 151'den naklen); Sert, s. 99, dn. 278.

⁸² Atamer, Yükümlülük, s. 151.

⁸³ Atamer, Yükümlülük, s. 152.

⁸⁴ Erdem, Teslim, s. 135.

d) Ticarî Kayıtların Kullanılması Halinde Teslim Yeri

Taraflar sözleşmeye dahil edecekleri ticari kayıtlar vasıtasıyla da teslim yerini kararlaştırabilir. Mesela “*ikametgahta teslim*” ve “*postada teslim*” (delivery at the post) terimleri gibi. Antlaşmaya buna ilişkin hüküm sevk edilmemiştir. Sözleşmede bu kayıtların kullanılması halinde bunların ne anlama geldiği açık değilse, sorun kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözümlenmeli ve buna göre teslim yeri tespit edilmelidir.

Ticari kayıtlardan yargı kararlarına en çok konu olan “*franko*” kaydıdır⁸⁵. Mesela ERDEM’in aktardığı bir karara göre; Danimarka Temyiz Mahkemesi’nin 15.02.2001 tarihli 569/1997 sayılı kararına konu olay şu şekildedir: Danimarkalı alıcı, daha önce de yaptığı şekilde İtalyan satıcıya çelik borular sipariş etmiştir. Sipariş formunda teslim yeri için “*Franko Skanderborg*” ifadesi kullanılmıştır. Danimarka hukukuna göre bu terim satıcının taşıma masraflarını üstlenmesi ve teslim yerinin alıcının işyeri olmasını ifade etmektedir. İtalyan hukukuna göre ise bu terim herhangi bir teslim yerini göstermemekte, sadece taşıma ücretine satıcının katlanacağını açıklamaktadır. Mallar İtalya’da üretilip, Danimarka’ya taşınmış ve Norveç’teki bir alıcıya yeniden satılmıştır. Malların ayıplı çıkması sebebiyle Danimarkalı alıcı, İtalyan satıcıya Danimarka Mahkemelelerinde dava açmıştır. Alıcı, taraflar arasında CISG m. 31 gereğince teslim yerini alıcının Skanderborg’daki işyeri olarak belirleyen bir anlaşma olduğunu ve taşıyıcının masraflarının da satıcı tarafından karşılandığını belirtmiştir. Yine alıcı, bu kararlaştırmanın CISG m. 9 gereğince taraflar arasında süre gelen teamüllerden de çıkarılabileceğini öne sürmüştür ancak bu iddiasını ispat edememiştir. Bu sebeple, Danimarka Yerel Mahkemesi, teslim yerini CISG m. 31 gereğince malların ilk taşıyıcıya teslim edildiği İtalya olarak belirlemiş ve kendisini yetkisiz saymıştır. Danimarka Yargıtayı da bu kararı onamıştır⁸⁶. Görüldüğü üzere kararda “*Franko*” kaydı, teslim yerini belirlemekten ziyade masrafları kimin tarafından karşılanacağına ilişkin bir kayıt olarak nitelendirilmiştir.

⁸⁵ Erdem, Teslim, s. 119.

⁸⁶ Erdem, Teslim, s. 119.

IV. TESLİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN MUHTEVASI

Teslim yükümlülüğünün muhtevasında, satıcının yukarıda incelenen teslim yerinde ne yapmış olması halinde teslim borcunu gereği gibi ifa etmiş sayılacağı hususu ele alınmıştır.

A. GÖNDERME BORCU: MALIN ALICIYA NAKLEDİLMEK ÜZERE İLK TAŞIYICIYA TESLİM EDİLMESİ

CISG. m. 31/a gereğince satıcının teslim yükümlülüğü satım konusu malların taşınması gerekiyorsa, malları alıcıya ulaştırmaları için ilk alıcıya vermek suretiyle ifa edilmiş olacağını belirtilmişti. Bu manada teslim fiili açısından belirleyici unsurlar, malın ne zaman CISG m. 31/a kapsamında taşınması gerektiği, taşıyıcının kim olduğu ve taşıyıcıya teslimden ne anlaşılması gerektiğidir. Aşağıda bunlar ayrı başlıklar altında incelenmiştir:

1) Malın Taşınmasının Gerekliliği

Malın taşınıp taşınmaması hususu Antlaşma hükümlerinin uygulanması açısından önemlidir. Zira malın taşınması gerekiyorsa CISG m. 31/a hükmü, taşınması gerekmiyorsa m. 31/b veya c hükmü uygulama alanı bulur⁸⁷. Bu açıdan satım konusu malın bir yerden bir yere taşınması durumunda gönderme borcunun olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Bir görüşe göre, m. 31/a'nın uygulanabilmesi için taşıma fiilinin mutlaka satıcı inisiyatifinde gerçekleştirilmesi gerekir⁸⁸. Başka bir görüş ise, her satım sözleşmesinin taşıma fiilini de içinde barındırması sebebiyle somut olaya göre çözüm bulunmasını savunmuştur⁸⁹.

Alıcının harekete geçmesini gerektiren haller, satıcının bir gönderme borcunun olmadığını ihtimalini ortaya çıkarır. Çünkü bu hallerde satıcının sadece

⁸⁷ "Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art. 31, N. 15; Erdem, La Livrasion, N. 415; Neumayer/Ming, Art. 31, N. 3; Piltz, § 4 N. 19-20; Herber/Czerwanka, Art. 31, N. 4; Achilles, Art. 31, N. 3; Karollus, N. 108; Renck, N. 108" (Atamer, Yükümlülük, s. 153, dn. 106'dan naklen); Schlechtriem/Schwenzer/Widmer, Art. 31, N. 13.

⁸⁸ "Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art. 31, N. 15; Erdem, La Livrasion, N. 415; Neumayer/Ming, Art. 31, N. 3; Piltz, § 4 N. 19-20; Herber/Czerwanka, Art. 31, N. 4; Achilles, Art. 31, N. 3; Karollus, N. 108; Renck, N. 108" (Atamer, Yükümlülük, s. 153, dn. 106'dan naklen).

⁸⁹ "Honnold, CISG, N. 208" (Atamer, Yükümlülük, s. 153, dn. 108'den naklen).

malı hazır bulundurmak dışında herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Malın taşınması için gerekli bütün organizasyonlar alıcı üzerindedir. Bu sebeple, m. 31/a'nın uygulanabilmesi için, malın taşınmasının sadece satıcının inisiyatifinde olması gerekir⁹⁰.

2) Taşıyıcı

Taşıyıcı, taşıma işleri ile iştigal eden her türlü bağımsız işletmedir. Bunlar posta işletmeleri, havayolu, demiryolu, deniz veya kara yoluyla taşımacılık hizmeti sunan işletmeler olabilir⁹¹. Taşıyıcının bağımsız olması gerektiği hususu, Antlaşmada yer almasa da doktrinde bu konuda mutabakat söz konusudur. Mal, satıcının hâkimiyet alanında kaldığı sürece CISG m. 31/a kapsamında bir taşıma fiili yoktur. Bu sebeple, malın satıcıda bulunması halinde CISG m. 67 gereğince hasar alıcıya intikal etmez⁹².

Taşıyıcının bağımsız olup olmaması, satıcı ile taşıyıcı arasındaki sözleşmeye göre değerlendirilir. Eğer aralarında bir hizmet sözleşmesi bulunmuyor ve taşıma işletme içi bir faaliyet olarak gerçekleştirilmiyorsa taşıyıcının bağımsız olduğu kabul edilir⁹³. Mesela, TTK m. 850 kapsamında bir taşıma sözleşmesi varsa bağımsız bir taşıyıcı söz konusudur⁹⁴.

Bazı durumlarda malın taşınması birden fazla taşıma türünün varlığını gerekli kılabılır. Mesela, deniz ve kara taşınması gibi. Burada CISG m. 31/a hükmü gereğince, satıcının teslim yükümlülüğü malın ilk taşıyıcıya teslim etmesi ile son bulur⁹⁵.

Taşıma işleri komisyonculuğu ile sözleşme yapılması ve kendisine mal tes-

⁹⁰ Demirbaş, s. 4; Erdem, Teslim, s. 129; Atamer, Yükümlülük, s. 154; Yılmaz, s. 83; Schlechtriem/Schwenzer/Widmer, Art. 31, N. 21.

⁹¹ Huber/Mullis, s. 112; Atamer, Yükümlülük, s. 155; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 31, N. 19.

⁹² Huber/Mullis, s. 115; Atamer, Yükümlülük, s. 155.

⁹³ Atamer, Yükümlülük, s. 155; Huber/Mullis, s. 113-114.

⁹⁴ TTK m. 850 hükmü şu şekildedir: "(1) Taşıyıcı, taşıma sözleşmesiyle eşya veya yolcu taşıma işini veya ikisini birlikte üstlenen kişidir. Eşya her türlü yükü de kapsar.

(2) Taşıyıcı, taşıma sözleşmesiyle eşyayı varma yerine götürmeyi ve orada gönderilene teslim etmeyi veya yolcuyu varma yerine ulaştırmayı; buna karşılık, eşya taşımada gönderen ve yolcu taşımada yolcu, taşıyıcıya, taşıma ücretini ödemeyi borçlanır.

(3) Taşıma işleri ticari işletme faaliyetidir."

⁹⁵ Atamer, Yükümlülük, s. 156; Huber/Mullis, s. 113-114; Schlechtriem/Schwenzer/Widmer, Art. 31, N. 20.

lim edildiğinde teslim borcunun yerine getirilip getirilmediği hususu tartışmalıdır. Taşıma işleri komisyoncusunun asıl görevi malı taşımaktır⁹⁶. Kendisi kural olarak taşıma yapmaz. Satım konusu mal, komisyoncunun kendi adına fakat satıcı hesabına taşıma sözleşmesi yaptığı taşıyıcıya teslim edilir. Bu durumda malın taşıyıcıya teslim edilmesiyle satıcı açısından teslim yükümlülüğü sona erer. Ancak malın taşıyıcıya değil de komisyoncuya teslim edilmesi halinde satıcının teslim yükümlülüğünün sona erip ermediği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, sadece malın bağımsız taşıyıcıya teslim edilmesi halinde m. 31/a kapsamında teslim yükümlülüğü yerine getirilmiş olur⁹⁷. Taşıma işleri komisyoncusuna malın teslim edilmesi yeterli değildir. Bu görüşe göre sadece taşıma işleri komisyoncusunun taşımayı da üstlendiği durumlarda (TTK m. 926⁹⁸) malın ona devredilmesiyle teslim borcu sona erer. Diğer bir görüşe göre ise, satım konusu malın komisyoncuya devredilmesiyle satıcının teslim borcu sona erer⁹⁹. Aksi durumda komisyoncunun nasıl hareket edeceği konusu açıklık kazanana kadar teslimin gerçekleşip gerçekleşmediği konusu belirsiz kalıp hasarın intikal anında tereddütler yaşanabilir. Dolayısıyla, kanaatimizce de malın komisyoncuya devredilmesiyle teslim filin tamamlanmış olacağı sonucuna varmak daha isabetlidir.

3) Malın Alıcıya Nakledilmek Üzere Taşıyıcıya Teslim Edilmesi

Gönderme borçlarında satıcının teslim yükümlülüğünün sona ermesi için malın taşıyıcının hâkimiyet alanına girmesi gerekir¹⁰⁰. Mesela malın taşıyıcının

⁹⁶ Konuyla ilgili TTK m. 917 hükmü şu şekildedir: “(1) Taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesi ile komisyoncu eşya taşımayı üstlenir. Bu sözleşme ile gönderen, kararlaştırılan ücreti ödeme borcu altına girer.

(2) Taşıma işleri komisyonculuğu bir ticari işletme faaliyetidir.

(3) Bu Kısımdaki özel hükümler saklı kalmak üzere, komisyonculuk sözleşmesi ve eşyanın taşınmasına ait konularda taşıma sözleşmesine ilişkin hükümler taşıma işleri komisyonculuğuna da uygulanır.”

⁹⁷ “Erdem, La Livrasion, N. 412; Staudinger/Magnus, Art. 31, N. 18; Herber/Czerwenka, Art. 31, N. 6; Hutter, N. 17” (Atamer, Yükümlülük, s. 156, dn. 123’ten naklen); Erdem, Teslim, s. 130.

⁹⁸ TTK. m. 926 hükmü şu şekildedir: “Taşıma işleri komisyoncusu, eşyanın taşınmasını bizzat üstlenebilir. Bu hakkını kullanırsa, taşımadan doğan haklar ve yükümlülükler yönünden taşıyıcı veya taşıyan sayılır. Bu durumda, kendi faaliyeti için isteyeceği ücretin yanı sıra olağan taşıma ücretini de isteyebilir.”

⁹⁹ Atamer, Yükümlülük, s. 157.

¹⁰⁰ Demirbaş, s. 4; Erdem, Teslim, s. 132; Atamer, Yükümlülük, s. 158.

nakliye vasıtasına yüklenmesi gibi. Gönderme borçlarında teslim yükümlülüğünün bir diğer şartı ise, teslimatın ilgili alıcıya gönderilmek üzere yapılmasıdır¹⁰¹. Dolayısıyla, satıcı ile taşıyıcı arasında kurulan sözleşmede malların alıcıya teslim edileceği hususu yer almalıdır. Mesela, taşınacak paketin üstünde alıcının ismi ve adresinin yer alması, taşıma senedinde (TTK m. 856¹⁰²) ve konişmentoda (TTK m. 1228¹⁰³) alının gönderilen kişi olarak belirtilmesi gerekir. Mal, alıcının daha sonra belirlenmesi şartıyla teslim edilmişse, CISG m. 31/a kapsamında teslim yükümlülüğü ifa edilmiş olmaz¹⁰⁴.

Satım konusu mal taşıyıcıya teslim edildikten sonra, taşıma sırasında gerçekleşen gecikme veya yaşana diğer sorunlar alıcının sorumluluk alanına dâhil olur¹⁰⁵. CISG m. 67 kapsamında hasar da alıcıya intikal eder.

¹⁰¹ Demirbaş, s. 6; Erdem, Teslim, s. 126; Atamer, Yükümlülük, s. 158.

¹⁰² TTK. m. 856 hükmü şu şekildedir: “(1) Taşıma senedi taraflardan birinin istemi üzerine düzenlenir. Senet üç özgün nüsha olarak hazırlanır ve gönderen taraftan imzalanır. Gönderen, taşıyıcının da taşıma senedini imzalamasını isteyebilir. El yazısı ile imzalanmış taşıma senetlerinin suretlerindeki imza, damga veya mühür şeklinde ya da basılı olabilir. Bir nüsha gönderene aittir, diğeri eşyaya eşlik eder, üçüncüsü taşıyıcıda kalır. (2) Taşıma senedi düzenlenmemiş olsa bile, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri ile taşıma sözleşmesi kurulur. Eşyanın taşıyıcıya teslimi, taşıma sözleşmesinin varlığına karnedir. ”

¹⁰³ TTK. m. 1228 hükmü şu şekildedir: “(1) Konişmento, bir taşıma sözleşmesinin yapıldığını ispatlayan, eşyanın taşıyan taraftan teslim alındığını veya gemiye yüklendiğini gösteren ve taşıyanın eşyayı, ancak onun ibrazı karşılığında teslimle yükümlü olduğu senettir. (2) Yükletenin izniyle, taşınmak üzere teslim alınan fakat henüz gemiye yükletilmemiş olan eşya için “tesellüm konişmentosu” düzenlenebilir. Eşya gemiye alınır alınmaz taşıyan, onun teslim alındığı sırada verilmiş olan geçici makbuz veya tesellüm konişmentosunun geri verilmesi karşılığında yükletenin istediği kadar nüshada “yükleme konişmentosu” düzenlemekle yükümlüdür. Tesellüm konişmentosuna eşyanın ne zaman ve hangi gemiye yüklenmiş olduğuna dair şerh verildiği takdirde bu konişmento “yükleme konişmentosu” hükmündedir. Konişmento, kaptan veya taşıyanın yahut kaptanın bu hususta yetkilendirdiği bir temsilcisi tarafından taşıyan ad ve hesabına düzenlenebilir. (3) Konişmento, nama, emre ve hamile yazılı olarak düzenlenebilir. Aksi kararlaştırılmadıkça yükletenin istemi üzerine konişmento gönderilenin emrine veya sadece emre olarak düzenlenir. Bu son hâlde “emre” yükletenin emrine demektir. Konişmento gönderilen sıfatıyla taşıyanın veya kaptanın namına da yazılı olabilir. (4) Konişmentonun bütün nüshaları aynı metni içermeli ve her birinde kaç nüsha hâlinde düzenlendiği gösterilmelidir. (5) Yükleten, istem üzerine, konişmentonun kendisi tarafından imzalanmış olan bir kopyasını taşıyana vermek zorundadır. ”

¹⁰⁴ Eğer mal taşıyıcıya teslim edilirken kime gönderildiği belirlenmiş ancak daha sonraki bir talimat ile bu isim değiştirilmişse ilk alıcıya karşı başta ifa edilmiş olan teslim borcu geriye etkili olarak yeniden doğar. Bkz. Atamer, Yükümlülük, s. 158.

¹⁰⁵ Atamer, Yükümlülük, s. 158.

B. ARANACAK BORÇ: MALIN HAZIR BULUNDURULMASI

Aranacak borçlarda, satıcı malı alıcı tarafından teslim alınması için hazır bulundurmasıyla teslim yükümlülüğü sona erer¹⁰⁶. Satıcının teslim borcunu ifa etmiş sayılabilmesi için kendi üzerine düşen bütün filleri tamamlamış olması gerekir. Başka bir deyişe alıcının malı gelip teslim almasını engelleyecek herhangi bir durum olmamalıdır. Cins borçlarında teslim edilecek malın mutlaka ayrılmış veya işaretlenmiş olması gerekmez. Önemli olan alıcının geldiği anda satıcının malları ayırıp teslim etme imkânının olmasıdır¹⁰⁷.

Malın ne zaman teslim edileceğine ilişkin taraflar arasındaki sözleşmede herhangi bir kayıt yoksa veya sözleşmenin kurulması anından itibaren makul süre içerisinde malların teslim edilmesi gerekiyorsa, malı hazır bulundurmanın yanında alıcının bundan haberdar edilmesi gerekir¹⁰⁸. Bu hallerde alıcının bilgilendirilmesiyle satıcının teslim yükümlülüğü sona erer. Bilgilendirmenin alıcıya ulaşip ulaşmaması teslim yükümlülüğünün sona ermesi için önemli değildir. Zira CISG m. 27'de Antlaşmanın 3. Kısımında düzenlenen bildirimlerde, aksine sözleşme olmadığı müddetçe, beyanın etki doğurmasını gönderilmesi şartına bağlanmıştır. Dolayısıyla bildirim geç ulaşmasında dahi satıcı bilgilendirmeyi yapmakla teslim yükümlülüğünden kurtulmuş olur¹⁰⁹.

Malın taşınması için paketlenmesi gerekiyorsa, bunu satıcı yapmalıdır. Malın, alıcı tarafından kolaylıkla taşınabilecek şekilde hazır bulundurulması gerekir. Dolayısıyla paketlemeye ilişkin masraflar satıcıya aittir¹¹⁰. Buna mukabil sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça yükleme masrafları alıcıya aittir¹¹¹.

Mal üçüncü bir kişinin elinde bulunuyorsa, mesela bir antrepoda, satıcının alıcının buradan teslim alabilmesi için yine üzerine düşen her şeyi yapmakla yükümlüdür. Satıcı üçüncü kişiyle vedia sözleşmesi yapmışsa, alıcıya bu kişi-

¹⁰⁶ **Schlechtriem/Butler**, s. 109; **Atamer**, Yükümlülük, s. 159; **Schlechtriem/Schwenzer/Widmer**, Art. 31, N. 45.

¹⁰⁷ **Schlechtriem/Butler**, s. 110; **Atamer**, Yükümlülük, s. 159.

¹⁰⁸ **Schlechtriem/Butler**, s. 109; **Atamer**, Yükümlülük, s. 159.

¹⁰⁹ **Atamer**, Yükümlülük, s. 159. Satıcının alıcıyı bilgilendirme yükümlülüğü aşağıda ayrı başlık altında incelenmiştir.

¹¹⁰ **Schlechtriem/Butler**, s. 109; **Demirbaş**, s. 6; **Eren**, s. 945; **Atamer**, Yükümlülük, s. 160.

¹¹¹ **Demirbaş**, s. 6; **Eren**, s. 945; **Atamer**, Yükümlülük, s. 160.

nin hakkını temlik etmesi gerekir. Veya TTK m. 834'te¹¹² düzenlenen makbuz senedinin üçüncü kişi tarafından alıcıya temlik veya cirosu yapılmalıdır. Malın daha sonra alıcı tarafından alınıp alınmamasının teslim borcunun sona ermesi bakımından bir önemi yoktur¹¹³.

V. TESLİM ZAMANI

Antlaşmada teslim zamanıyla ilgili hüküm düzenlenmiş ancak teslim zamanı tanımlanmamıştır. Bu itibarla söz konusu kavram kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecek olan millî hukuklar tarafından açıklanmalıdır (CISG m. 7). Türk ve İsviçre hukukları açısından “*ifa zamanı*” kural olarak borcun muacceliyetini bildirir¹¹⁴. Taraflar teslim için kesin bir tarih belirlemişlerse bu aynı zamanda borcun muacceliyet tarihi ile kesişir. Mesela, 28 Nisan 2014 gibi. Buna mukabil, belirli bir zaman dilimini belirlemişse, borç bu zaman diliminin son günü muaccel olur (TBK m. 92/son).

Teslim fiilin ne zaman gerçekleşeceği, ifa ve talep edilebilirliğin ne zaman söz konusu olacağı hususunda önemlidir. Yine satıcının ne zaman sözleşmeye aykırı davranmış sayılacağı da buna göre belirlenir. Kural olarak taraflar teslimin ne zaman gerçekleşeceği konusunda serbestçe bir belirleme yapabilirler¹¹⁵. Taraflar bu konuda bir düzenleme yapmamışlarsa, CISG m. 33 hükmü

¹¹² TTK. m. 834 hükmü şu şekildedir: “*Umumi mağazalara tevdi edilen mal ve hububat karşılığında verilen makbuz senedinin aşağıda yazılı kayıtları içermesi gereklidir:*

- a) *Tevdi edenin adı, mesleği, yerleşim yeri.*
- b) *Tevdinin yapıldığı umumi mağazanın ticaret unvanı ile merkezi.*
- c) *Tevdi olunan malların cins ve miktarı ile nitelik ve değerinin bilinmesi için açıklanması gereken hususlar.*
- d) *Tevdi olunan malların tabi olması gereken, resim, harç ve vergilerin ödenip ödenmediği ve sigorta edilip edilmediği.*
- e) *Ödenmiş veya ödenecek ücretler, giderler.*
- f) *Senedin kimin adına veya emrine düzenleneceğini gösteren bir ibare.*
- g) *Umumi mağaza sahibinin imzası.”*

¹¹³ **Atamer**, Yükümlülük, s. 160; **Huber/Mullis**, s. 117.

¹¹⁴ **Eren**, s. 946; **Oğuzman/Öz**, s. 247; **Hatemi/Gökyayla**, s. 226; ; **Gülerci/Kılınc**, s. 238; **Nonmer**, s. 230; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 54; **Reisoğlu**, s. 326; **Erdem**, Viyana, s. 61.

¹¹⁵ **Schlechtriem/Butler**, s. 111; **Demirbaş**, s. 9; **Yılmaz**, s. 84; **Erdem**, Teslim, s. 143; **Atamer**, Yükümlülük, s. 161; **Oğuzman/Öz**, s. 249; **Erdem**, Viyana, s. 61; **Schlechtriem, Peter**: The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem10.html> e. t. 08.04.2014; **Özsunay**, s. 125; **Sert**, s. 101; **Zeytin**, s. 122.

uygulanır. Aşağıda bu hüküm ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir:

A. BELİRLİ BİR TARİHİN KARARLAŞTIRILMASI

CISG m. 33/a hükmü gereğince, satıcı malları sözleşme ile belirlenmiş veya sözleşmeye dayanarak belirlenebilir bir tarih varsa bu tarihte teslim etmesi gerekir¹¹⁶. Tarih belirli bir günün kararlaştırılmasıyla kesinleştirilmiş olabilir¹¹⁷. Mesela 28 Ocak 2014 gibi. Ancak bunun dışında gerçekleşmesi kesin olan bir olaya (mesela, ilk gemi geldiğinde) veya hesap yoluyla tespit edilmesi mümkün olan (yılbaşından sonraki 3. Cuma) bir tarihte de ifanın istenmesi gündeme gelebilir¹¹⁸. Bu durumda iş saatleri içinde olmak şartıyla bu tarihler içinde satıcı her an teslim yükümlülüğünü yerine getirebilir¹¹⁹.

Alman Oldenburg Mahkemesi'nin 27.03.1996 tarihli kararına konu ihtilaf, İtalyan satıcı ile Alman alıcı arasında giysi satımına ilişkin sözleşme gereğince

Belçika Anvers Temyiz Mahkemesi'nin 24.04.2006 tarihli kararında olaya Belçika Hukukunun ve Antlaşmanın birlikte uygulanması gerektiği, ancak öncelikle tarafların sözleşmesinin, sonra Antlaşma hükümlerinin, bu ikisinde de hüküm bulunmaması halinde en son olarak Belçika hukukunun uygulanacağını belirtmektedir. Ayrıca burada taraflar malın kısım kısım teslimini kararlaştırmışlarsa, alıcının malın tam olarak teslim edilmediğinden bahisle, geç teslimden söz etmesinin mümkün olmadığı da belirtilmektedir. **Erdem**, Teslim, s. 140, dn. 124.

¹¹⁶ **Huber/Mullis**, s. 122; **Demirbaş**, s. 9; **Erdem**, Teslim, s. 143; **Atamer**, Yükümlülük, s. 161; **Yılmaz**, s. 84; **Erdem**, Viyana, s. 61; **Schlechtriem, Peter**: The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem10.html> e. t. 08.04.2014; **Özsunay**, s. 926; **Sert**, s. 101; **Zeytin**, s. 122; **Honnold**, Art. 33, N. 216; **Schlechtriem/Schwenzer/Widmer**, Art. 33, N. 7.

¹¹⁷ **Demirbaş**, s. 9; **Eren**, s. 949; **Erdem**, Teslim, s. 140; **Atamer**, Yükümlülük, s. 161; **Yılmaz**, s. 84; **Oğuzman/Öz**, s. 251; **Hatemi/Gökyayla**, s. 226; ; **Gülerci/Kılınc**, s. 239; **Nomer**, s. 231; **Reisoğlu**, s. 326; **Erdem**, Viyana, s. 61; **Huber/Mullis**, s. 122.

¹¹⁸ **Huber/Mullis**, s. 122; **Demirbaş**, s. 9; **Eren**, s. 949; **Erdem**, Teslim, s. 140; **Atamer**, Yükümlülük, s. 161; **Yılmaz**, s. 84; **Oğuzman/Öz**, s. 251; **Hatemi/Gökyayla**, s. 226; **Gülerci/Kılınc**, s. 239; **Nomer**, s. 231; **Reisoğlu**, s. 326; **Erdem**, Viyana, s. 61; **Schlechtriem/Schwenzer/Widmer**, Art. 33, N. 7.

Türk hukukunda borcun muacceliyeti ve ifa zamanıyla ilgili olan vade, olağan vade, belirli vade ve kesin vade olmak üzere üçe ayrılır. Olağan vade, borcun muaccel olduğu, alacaklının edimi talep edebildiği, borçlunun da bunu ifa etmek mecburiyetinde olduğu tarihi gösterir. Burada borçlunun temerrüde düşmesi için alacaklının ihtarda bulunması gerekir. Belirli vade ise, sadece borcun muaccel olduğu tarihi değil, aynı zamanda borçlunun alacaklının ihtarda bulunmasına gerek kalmaksızın temerrüde düşeceği zamanı ifade eder. Kesin vadede, vadenin dolmasıyla borçlu, her şeyden önce ihtara gerek kalmaksızın mütemerrit olur. Ayrıca alacaklı edimin kabulünden kaçınabileceği gibi, sözleşmeden de dönebilir. Bkz. **Eren**, s. 950.

¹¹⁹ **Erdem**, Teslim, s. 140; **Atamer**, Yükümlülük, s. 161.

yapılan teslimatın geç yapıldığı iddiasından kaynaklanmaktadır. Sözleşmeye göre satıcının malları taşıyıcıya Şubat, Mart ve 10 Nisan'da teslim etmesi gerekmektedir. Teslimat yapılmasına rağmen mal bedelini alamayan satıcı dava açmıştır. Alıcı ise malların geç teslim edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme olaya Antlaşmanın uygulanmasına karar verdikten sonra, satıcının CISG m. 33'e uyduğunu, zira belirtilen günden itibaren sadece bir günlük gecikmenin esaslı ihlal olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığını, buna ilaveten alıcının geç teslimattan haberdar olmasına rağmen uygun bir zaman içinde fesih ihtarı göndermediğinden fesih hakkına da haiz olmadığına karar vermiştir¹²⁰.

B. BELİRLİ BİR ZAMAN DİLİMİNİN KARARLAŞTIRILMASI

Taraflar aralarındaki sözleşmede kesin bir tarih belirtmek yerine bir zaman dilimini de öngörebilir. Bu durumda sözleşme ile belirlenmiş veya sözleşmeye dayanarak belirlenebilir bir zaman dilimi varsa, şartlardan tarihi tespit yetkisinin alıcıda olduğu anlaşılmalıdır, bu zaman dilimi içinde herhangi bir anda satıcının teslim borcunu ifa etmesi gerekir (CISG m. 33/b)¹²¹. Antlaşma hükmüne bakıldığında, somut olarak hangi anda ifanın gerçekleşeceğini tespit etmek kural olarak borçluya bırakılmıştır¹²². Ancak şartların aksine bir sonuca götürmesi ve teslim zamanını tespit yetkisinin alıcıda olması da mümkündür¹²³. Teslim zamanını belirleme yetkisinin alıcıda olması durumunda, alıcı seçimini

¹²⁰ Erdem, Teslim, s. 143.

¹²¹ Honnold, Art. 33, N. 216; Demirbaş, s. 9; Erdem, Teslim, s. 147; Atamer, Yükümlülük, s. 162; Yılmaz, s. 84; Schwenger/Fountoulakis, s. 230; Huber/Mullis, s. 123; Özsunay, s. 926; Zeytin, s. 123; Schlechtriem/Schwenger/Widmer, Art. 33, N. 8.

Alman alıcı ile İtalyan satıcı arasında moda ürünleri satımı konusunda bir sözleşme yapılmıştır. Sözleşmede malları "Temmuz, Ağustos, Eylül" de teslimi öngörülmüştür. 26 Eylül günü satıcı ilk teslimatı yapmak istemiştir. Ancak alıcı, sözleşmenin malların 1/3'ünün Temmuz, 1/3'ünün Ağustos, kalan 1/3'ünün ise Eylül ayında teslim edilmesini öngördüğünü, halbuki satıcı tarafından böyle bir teslimat yapılmadığından Eylül sonunda yapılan bu teslimatı kabul edemeyeceğini belirterek, faturayı ve malları geri göndermiştir. Satıcı malın bedelinin tahsili için dava açmıştır. Alman Oldenburg in Holstein Mahkemesi 24.04.1990 tarihli kararı ile olaya Viyana Satım Anlaşması'nın uygulanacağını tespit etmiştir. Daha sonra malların satıcı tarafından CISG m. 33'e uygun olarak teslim edilmediği kabul edilse dahi, alıcının sözleşmeyi feshe hakkı olmadığına, zira teslimatın gecikmesinin ardından satıcıya CISG m. 49 gereğince vermesi gereken süreyi vermediğine hükmetmiştir. Erdem, Teslim, s. 146.

¹²² Huber/Mullis, s. 123; Erdem, Teslim, s. 147; Atamer, Yükümlülük, s. 162; Yılmaz, s. 84; Schlechtriem/Schwenger/Widmer, Art. 33, N. 9.

¹²³ Erdem, Teslim, s. 144; Atamer, Yükümlülük, s. 162; Yılmaz, s. 84.

sözleşmede öngörülen sürede veya böyle bir süre öngörülmemişse sözleşmenin kurulmasından sonra uygun bir süre içinde satıcıya bildirmelidir ki satıcı malları ilk taşıyıcıya veya alıcıya teslim edebilsin¹²⁴.

Yine ERDEM'in aktardığı bir karara göre: İsviçre Federal Mahkemesi'nin 15.09.2000 tarihli kararına konu olayda İtalyan satıcı ile İsviçreli alıcı her biri beş ton olmak üzere Mısır pamuğu teslimi konusunda anlaşmışlardır. Teslim için öngörülen süre ise en geç 05.07.2000 tarihidir. Mısır makamları pamuk fiyatları üzerindeki vergiyi arttırınca satıcı alıcıya başvurarak bedeli % 6 artırmak istemiş, bu talep alıcı tarafından kabul edilmiştir. Satıcı malları geç teslim edeceğini alıcıya zamanında bildirmemiş, alıcı ise satıcıya ek süre tanıyarak malları göndermesini talep etmesine rağmen bir cevap alamayınca daha yüksek fiyattan ikame mallar almak durumunda kalmıştır. Bu durum üzerine alıcı dava açmıştır. İlk derece mahkemesi alıcının davasını kabul etmiştir. Satıcının kararı temyiz etmesi üzerine İstinaf Mahkemesi olaya Antlaşmanın uygulanacağını kabul etmiştir. Daha sonra satıcının esas edimini ifa etmemesi sebebiyle alıcının sözleşmeyi feshetmesinin haklı olduğuna karar vermiştir. Son olarak İsviçre Federal Mahkemesi, İstinaf Mahkemesi'nin kararını onayarak CISG. m. 33 gereğince teslim için belirli bir zaman tespit edilmiş olmasına ve teslimin satıcı tarafından bu süre içinde yapılmaması sebebiyle alıcının davasını kabul etmiştir¹²⁵.

TBK m. 92/son fıkrada borcun belirli bir zaman dilimi içinde yerine getirilmesi gerektiğinde, bu süre dolmadan önce borcun ifa edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere Antlaşmada "*herhangi bir anda*" ifadesinin yerine "*bu süre dolmadan önce*" ifadesi kullanılmıştır. Ancak kanaatimce burada bir farklılık söz konusu değil, kavramların farklı şekilde ifade edilmesidir. O halde Antlaşmanın m. 33/b hükmüyle TBK'daki söz konusu düzenlemenin paralel olduğu söylenebilir.

Bir zaman dilimi tespit edilen haller; mesela, "*Nisan ayı içinde*", "*22. hafta içinde*" gibi bir muhtevaya sahip olabilir. Bu dönem içinde tatil veya resmi tatil günlerinin nasıl değerlendirileceği hususu açıklanmalıdır. Burada kabul beya-

¹²⁴ **Schlechtriem/Butler**, s. 111; **Erdem**, Teslim, s. 145; **Huber/Mullis**, s. 123; **Zeytin**, s. 123; **Schlechtriem/Schwenzer/Widmer**, Art. 33, N. 10.

¹²⁵ **Erdem**, Teslim, s. 145.

nına ilişkin olarak bu problemi ele alan CISG m. 20/2'nin kıyasen uygulanması gerekir. Buna göre, kural olarak tatil günleri de sürenin hesaplanmasında dikkate alınır. Ancak sürenin son günün bir tatil gününe denk gelmesi halinde, bundan sonraki ilk iş günü de hesaba dahil edilir. Bu durumda teslim yerindeki tatil günleri dikkate alınır. Mesela, teslim yeri satıcının işyeri ise alıcının ülkesindeki tatil günleri dikkate alınmaz¹²⁶.

Türk hukukunda tatil günleriyle ilgili düzenleme ise şu şekildedir: "İfa zamanı veya sürenin son günü, kanunlarda tatil olarak kabul edilen bir güne rastlarsa, kendiliğinden bu günü izleyen ve tatil olmayan ilk güne geçer" (TBK m. 93/1). Hükümden anlaşılacağı üzere, ifa zamanı bir tatil gününe denk gelirse, tatil olamayan ilk iş gününde borcun ifa edilmesi gerekir.

C. MAKUL SÜRE İÇİNDE İFA

Taraflar teslim zamanı ile ilgili sözleşmeye herhangi bir hüküm sevketmemiş veya hal ve şartlara göre teslim zamanı ile ilgili bir tarih çıkarılmıyorsa, satıcı sözleşmenin kurulmasından itibaren malları makul süre içinde teslim etmelidir (CISG m. 33/c)¹²⁷. Sözleşmenin ne zaman kurulmuş sayılacağı ise CISG m. 23 hükmü uyarınca tespit edilir ve makul süre de sözleşmenin kurulduğu andan itibaren işlemeye başlar¹²⁸.

Makul sürenin ne olacağı her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Mesela, alıcının işinin acil olup olmadığı, satıcının stoklarında malın bulunup bulunmadığı, malın taşınması için yapılacak düzenlemeleri ne kadar vakit alacağı gibi hususlar dikkate alınmalıdır¹²⁹.

Konuya ilişkin TBK m. 90'na göre, ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukukî ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç doğumu anında muaccel olur. Bu düzenleme millî olması sebebiyle uygulama kabiliyetine haiz

¹²⁶ **Atamer**, Yükümlülük, s. 162.

¹²⁷ **Schlechtriem/Butler**, s. 112; **Demirbaş**, s. 10; **Erdem**, Teslim, s. 149; **Atamer**, Yükümlülük, s. 163; **Yılmaz**, s. 84; **Schwenzer/Fountoulakis**, s. 229; **Erdem**, Viyana, s. 61; **Huber/Mullis**, s. 125; **Özsunay**, s. 926; **Zeytin**, s. 123; **Honnold**, Art. 33, N. 216; **Schlechtriem/Schwenzer/Widmer**, Art. 33, N. 16.

¹²⁸ Söz konusu CISG m. 23 hükmüne göre, kabul beyanının hüküm doğurduğu anda sözleşme kurulmuş sayılır.

¹²⁹ **Atamer**, Yükümlülük, s. 163; **Yılmaz**, s. 85; **Oğuzman/Öz**, s. 253; **Huber/Mullis**, s. 125.

bir düzenlemedir. Oysa aynı düzenleme bir milletlerarası düzenleme olan Antlaşmada öngörülse, taraflar açısından oldukça güç durumlar doğurabilir. Başka bir deyişle milletlerarası satış sözleşmelerinde tarafların yükümlülüklerinin borcun doğumu halinde derhal ifasını istemek taraflar açısından ağır bir yük teşkil edebilir. Ancak doktrinde derhal ifa kavramının, teslim borcunun doğduğu anı kapsayacak şekilde dar yorumlanmaması ve satıcıya dürüstlük kuralı gereğince, borcunu ifa edebileceği kadar bir süre tanınması gerektiğini belirtmektedir¹³⁰. Doktrindeki yorumdan hareketle TBK. m. 90 hükmü ile CISG m. 33/c hükmünün paralel olduğu söylenebilir.

İsviçre Vaud Kanton Mahkemesi'nin 28.10.1997 tarihli kararına konu olayda ise, İtalyan satıcı ile İsviçreli alıcı sözlü olarak ikinci el Caterpillar buldozerin, bazı parçalarının değiştirildikten sonra satımı konusunda anlaşmışlardır. Ödemelere ilişkin olarak alıcının bir ön ödeme yapması, bedelin geri kalanını ise mal teslim edildikten sonra iki taksitle gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. Satıcı ilgili yedek parça değişikliklerini gerçekleştirdikten ve ön ödemenin kendisine ulaşmasından sonra malı teslim etmiştir. Ancak alıcı bedelin geri kalanını ödemeyi reddetmiş ve satıcı aleyhine geç teslim ve mallardaki ayıp sebebiyle dava açmıştır. Mahkeme, alıcının geç teslimata ilişkin iddialarını incelemiş ve tarafların sözlü anlaşmalarında teslimata ilişkin herhangi bir tarih belirlemediklerini tespit etmiştir. Olayda, satıcının malları taşıyıcıya ön ödemenin kendisine ulaşmasından iki hafta sonra teslim ettiği, bu sürenin kısa bir süre olduğu ve riskin taşıyıcıya teslimler beraber alıcıya geçtiğini de göz önüne alarak Mahkeme, satıcının CISG m. 33/c gereğince gerekli şartları yerine getirdiğine ve bu sebeple geç teslimden sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir¹³¹.

VI. MALIN TESLİMİNE İLİŞKİN SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKLAR

Burada satıcının teslim yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle hangi hallerde sözleşmeye aykırı davranmış olabileceği hususlar kısaca incelenmiştir. Bu aykırılığın sonuçları oldukça geniş bir kapsama sahip olup inceleme kapsamımız dışında kalmıştır.

¹³⁰ Demirbaş, s. 10; Eren, s. 953; Welser/Welser, s. 148; Oğuzman/Öz, s. 253; Gülerci/Kılınc, s. 239; Nomer, s. 231; Huber/Mullis, s. 125.

¹³¹ Erdem, Teslim, s. 150'den naklen.

A. MALIN ERKEN TESLİMİ

Tarafların ifanın belirli bir tarihte gerçekleştirileceği konusunda anlaşmış olduğu hallerde, bu tarihten önceki bir tarihte ifa etmek sözleşmeye aykırı bir davranış teşkil eder¹³². CISG m. 52 hükmü gereğince alıcı satıcının erken ifasını kabul veya red şeklinde seçimlik hakka sahiptir. Alıcının erken teslimi reddetmesi halinde, satıcının ifa gününde yeniden malı teslim etmesi gerekir¹³³. Buna mukabil alıcı erken teslimi kabul ederse, kural olarak satıcı teslim yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılır. Ancak satıcının malı kabul etmesi ifa tarihinin değiştiği manasına gelmemelidir. Bu itibarla satıcı malı erken teslim etti diye, alıcıdan bedelin erken ödemesini isteyemez. Yine, bu kapsamda muayene ve ihbar külfetleri için gerekli olan süre erken teslim tarihinden değil, ifa tarihinden itibaren başlar¹³⁴.

Erken ifa TBK m. 96'da düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşme hükümlerinden veya durumun gereğinden tarafların aksini kastettikleri anlaşılmadıkça borçlu borcunu sürenin sona ermesinden önce ifa edebilir¹³⁵.

B. MALIN GEÇ TESLİMİ

Antlaşmaya göre, satıcının ifayı sözleşmede kararlaştırılan tarihte gerçekleştirmezse, malların geç teslimi söz konusu olur¹³⁶. Bu durumda, CISG m. 45 vd. düzenlenen müeyyideler uygulama alanı bulur. Başka bir ifadeyle alıcı aynen ifade ısrar edebileceği gibi (m. 46), şartları oluşmuşsa sözleşmeden dönme hakkını da kullanabilir. Kuşkusuz bu iki halde de alıcı tazminat talep etme hakkına sahiptir. Yine CISG m. 48 gereğince, satıcı sözleşmeye aykırılığı giderme imkânına da sahiptir¹³⁷. Satıcı, bu durumda, alıcının geç teslim etmeyi kabul etmesi, gecikmenin kaçınılmaz olması ve masraflarının da karşılanması halinde gecikmiş ifayı gerçekleştirebilir¹³⁸.

¹³² Huber/Mullis, s. 123; Demirbaş, s. 10; Atamer, Yükümlülük, s. 164; Sert, s. 103.

¹³³ Demirbaş, s. 10; Atamer, Yükümlülük, s. 164; Sert, s. 103; Zeytin, s. 124.

¹³⁴ Demirbaş, s. 10; Atamer, Yükümlülük, s. 164; Sert, s. 103.

¹³⁵ Eren, s. 952; Hatemi/Gökyayla, s. 229; ; Gülerci/Kılınc, s. 239; Nomer, s. 234.

¹³⁶ Sert, s. 103; Demirbaş, s. 11.

¹³⁷ Sert, s. 104.

¹³⁸ Sert, s. 104.

Türk hukukuna göre, ifa zamanı geldiği halde borcun ödenmemesi durumunda, borçlu diğer şartların da gerçekleşmesi halinde temerrüde düşmüş olur (TBK m. 117). Bu halde alacaklının TBK m. 123 ve 125, 212-213 maddelerine göre seçimlik haklarını kullanma ve tazminat talep etme hakkı doğar¹³⁹.

C. MALIN YANLIŞ YERDE TESLİMİ

Satıcının teslimle ilgili diğer bir sözleşmeye aykırılığı malın yanlış yerde teslim edilmesidir¹⁴⁰. Yanlış yerde teslim, malın yanlış yerde hazır bulundurulması, yanlış yere gönderilmesi veya yanlış yerden gönderilmesi şeklinde ortaya çıkabilir. Bütün bu hallerde alıcı malı hiç teslim alamamışsa, satıcının malı teslim yükümlülüğü sona ermemiştir ve satıcı bunun müeyyidelerine muhatap olur. Alıcı her şeye rağmen malları teslim almışsa, satıcının malı teslim etme yükümlülüğü sona erer. Ancak alıcının bu yüzden uğramış olduğu zararlarının satıcı tarafından tazmin edilmesi gerekir¹⁴¹.

D. MALIN HIÇ TESLİM EDİLMEMESİ

Satıcı teslim yükümlülüğünü yerine getirmeyerek malı hiç teslim etmemiş olabilir. Bu halde alıcının sözleşmeden dönme hakkı söz konusu olur. Doktrinde bu müeyyidenin belgelerin teslim edilmemesi halinde de uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁴². Malların hiç teslim edilmemesi sebebiyle, alıcının dönme hakkını kullanabilmesi için satıcıya ek süre vermesi gerekir. Ancak malın hiç teslim edilmemesi aynı zamanda esaslı ihlal teşkil ediyorsa, alıcının ek süre vermesine gerek yoktur¹⁴³.

Ş2. BELGELERİ TESLİM ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

I. GENEL OLARAK

Satıcının yükümlülüklerinden birisi de satım sözleşmesine ilişkin belgele-

¹³⁹ Demirbaş, s. 11.

¹⁴⁰ Sert, s. 105; Demirbaş, s. 9; Atamer, Yükümlülük, s. 165; Schlechtriem/Schwenzer/Widmer, Art. 31, N. 78.

¹⁴¹ Demirbaş, s. 9; Atamer, Yükümlülük, s. 165; Sert, s. 105; Schlechtriem/Schwenzer/Widmer, Art. 31, N. 68.

¹⁴² Sert, s. 106.

¹⁴³ Sert, s. 106.

rin teslim edilmesidir¹⁴⁴. CISG m. 34'te bu yükümlülüğe ilişkin düzenleme yer almaktadır. Bu hükme göre, satıcının mallara ilişkin vermesi gereken belgeler varsa, bunları sözleşmede öngörülen zamanda, yerde ve şekilde vermesi gerekir. CISG m. 34/1'de irade serbestisi kuralının bir tezahürü görülmektedir. Bu durumda belgelerin verilmesi konusunda tarafların sözleşmede bir hüküm kararlaştırmaları halinde bunun dikkate alınacağı vurgulanmıştır. Dolayısıyla satıcının bu yükümlülüğü öncelikle sözleşmenin muhtevassından, bu yoksa CISG m. 9 gereğince taraflar arasında oluşmuş alışkanlıklara ve teamüllere göre tayin edilir¹⁴⁵.

Teslim edilmesi gereken belgelerin hangileri olduğu konusunda antlaşmada bir açıklık bulunmamaktadır. Bunun sebebi, sözleşmelere ilişkin belgelerin neler olduğu konusunun her ülke hukukunda farklı bir düzenlemeye tabi tutulmasıdır¹⁴⁶. Dolayısıyla bunların neler olduğu hususu her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Uygulamada özellikle karşılaşılan belgeler, malın zilyetliğinin kazanılması için gerekli belgeler, malın gümrükten geçirilerek ithal

¹⁴⁴ **Schlechtriem/Butler**, s. 112; **Aydın**, s. 68; **Demirbaş**, s. 9; **Erdem**, Teslim, s. 151; **Atamer**, Yükümlülük, s. 166; **Yılmaz**, s. 86; **Schwenzer/Fountoulakis**, s. 233; **Erdem**, Viyana, s. 62; **Huber/Mullis**, s. 126; **Butler**, s. 8; **Schlechtriem, Peter**: The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem10.html> e. t. 08.04.2014; **Enderlein, Fritz**: Rights and Obligations of the Seller under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein1.html> e. t. 08.04.2014; **Özsunay**, s. 926; **Schlechtriem/Schwenzer/Widmer**, Art. 30, N. 6; **Dayioğlu**, s. 21; **Sert**, s. 106; **Zeytin**, s. 124; **Schlechtriem/Schwenzer/Widmer**, Art. 34, N. 1.

¹⁴⁵ **Schlechtriem/Butler**, s. 112; **Aydın**, s. 68; **Demirbaş**, s. 12; **Erdem**, Teslim, s. 153; **Yılmaz**, s. 86; **Schwenzer/Fountoulakis**, s. 204; **Huber/Mullis**, s. 126; **Schlechtriem/Schwenzer/Widmer**, Art. 30, N. 6; **Dayioğlu**, s. 21; **Sert**, s. 107; **Zeytin**, s. 124.

Güney Koreli alıcı, Rus satıcı aleyhine Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası nezdinde tahkim prosedürü başlatarak ayıplı mallardan uğradığı zararın tazmin edilmesini talep etmiştir. Olayda, satıcı malları alıcı tarafından belirlenen kişiye göndermiştir. Malların teslim alan tarafından muayenesi esnasında ayıp tespit edilmiştir. Tahkim Kurulu, 06.07.2006 tarihli kararı ile öncelikle taraflar arasında uygulanacak hukuka ilişkin herhangi bir anlaşma olmadığını tespit etmiş ve en yakın ilişkili hukuk olarak tahkim yeri hukukunu kabul etmiş ve Rus Usul Kurallarının atfıyla Viyana Satım Antlaşması'nın uygulanmasına karar vermiştir. Satıcının temsilcisi tarafından malların hepsinin yükleme yapılmadan önce kontrol edildiği ve 100 saatlik uzun bir teste tabi tutulduğu belirtilmektedir. Anılan bu test sonuçlarının CISG m. 34 gereğince özel bir belgede belirtilmesi ve bu belgenin de diğer ilgili belgelerle beraber alıcıya teslimi gerekirken, satıcı bunu yapmamıştır. Böylece CISG m. 34 anlamında belgeleri teslim borcunu da yerine getirmemiş sayılır. **Erdem**, Teslim, s. 157.

¹⁴⁶ **Schlechtriem/Butler**, s. 107; **Demirbaş**, s. 12; **Atamer**, Yükümlülük, s. 166; **Yılmaz**, s. 86; **Dayioğlu**, s. 21; **Sert**, s. 107.

edilmesi için gerekli olan belgeler, taşıyıcı veya sigortacıya karşı taleplerin yöneltilmesine yarayan belgeler ve malın işlevini yerine getirebilmesi için gerekli olan kullanma talimatı gibi belgelerdir¹⁴⁷.

Malın varma yerinde taşıyıcıdan teslim alınabilmesi için gerekli olan belgeler genellikle kıymetli evrak olarak düzenlenmektedir. Türk hukukunda bunlar; konişmento (TTK m. 1228), makbuz senedi (TTK m. 834) ve taşıma senedi (TTK m. 856) dir¹⁴⁸. Buna mukabil, malın teslim alınması için mutlaka kıymetli evrak düzenlenmesi gerekmez. Mesela tesellüm konişmentosu (TTK m. 1228/2), taşıma işleri komisyoncusu tarafından verilen belge gibi¹⁴⁹.

Belgeleri verme yükümlülüğünün özelliği kıymetli evrakın söz konusu olup olmamasına göre değişir. Belgeler malları temsil eden bir kıymetli evrak niteliğine haiz ise, bunların teslimi hem maddi hem de hukukî sonuçlar ihtiva eder. Kıymetli evrakın teslimi zilyetliği (Maddi fiil) ve bunun sonucunda mülkiyeti (hukukî işlem) geçirir. Bu hukukî işlemin tamamlanabilmesi için bazen buna bağlı belgelerin teslimini de gerektirebilir. Mesela, makbuz senedi ile birlikte varant da söz konusuysa, satıcı belgeleri verme yükümlülüğünden kurtulabilmesi için bunun ikisini birlikte ciro etmelidir ki mülkiyet geçsin¹⁵⁰.

Belgelerin kıymetli evrak olmaması ve sigorta poliçeleri, faturalar, teknik belgeler veya montaj planları gibi malları temsil etmeyen belgelerden olmaması halinde, bunların verilmesi sadece basit bir maddi işlemdir. Bu sebeple mülkiyeti geçirmediği gibi zilyetliği de devretmez.

II. BELGELERİN TESLİM ŞEKLİ VE YERİ

Belgelerin teslim şekliyle ilgili CISG m. 34'te herhangi bir düzenleme ya-

¹⁴⁷ **Demirbaş**, s. 12; **Atamer**, Yükümlülük, s. 166; **Yılmaz**, s. 86; **Huber/Mullis**, s. 126; **Butler**, s. 8; **Schlechtriem, Peter**: The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem10.html> e. t. 08.04.2014; **Enderlein, Fritz**: Rights and Obligations of the Seller under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein1.html> e. t. 08.04.2014; **Dayıoğlu**, s. 21; **Sert**, s. 107; **Zeytin**, s. 124.

¹⁴⁸ **Schlechtriem/Butler**, s. 107; **Aydın**, s. 69; **Erdem**, Teslim, s. 154; **Atamer**, Yükümlülük, s. 166.

¹⁴⁹ **Aydın**, s. 69; **Erdem**, s. 154; **Atamer**, Yükümlülük, s. 166; **Huber/Mullis**, s. 127.

¹⁵⁰ **Erdem**, Teslim, s. 153.

pılmamıştır. Taraflar arasında yapılan sözleşmede bunların nasıl verileceğine ilişkin bir açıklık söz konusu değilse, yine alışkanlıklara ve teamüllere bakılması gerekir. Öncelikle belgenin bir kıymetli evrak niteliği taşıması halinde, bunlara mahsus yollarla devredilmesi gerekir. Bu durumda, emre yazılı bir senet söz konusuysa ciro, nama yazılı bir senet varsa teslim veya hamiline yazılı bir senet varsa alacağın temliki hükümlerine göre devredilmelidir. Yine elektronik veri transferi konusunda da gelişmelere bağlı olarak belgelerin kısmen elektronik yollarla da nakledilmesi mümkündür¹⁵¹.

Belgelerin teslim yeri konusunda CISG m. 34 gereğince öncelikle sözleşme kuralları uygulama alanı bulur. Aksi durumda CISG m. 9 hükmü devreye girer. Bazen tarafların kararlaştırmış oldukları ödeme usulleri belgelerin nerede verileceğine ilişkin bir açıklık getirebilir. Mesela, tarafların ödeme usulü olarak akreditifi seçmiş olmaları durumunda, bunların verilme yeri alıcının bankasının kendi ülkesindeki muhabir bankasıdır. Yine “*evrak karşılığında ödeme şartı*” konulması halinde, satıcının alıcının işyerine kadar belgeleri götürmesi gerektiği sonucu çıkarılabilir. Aranacak borçlar da ise alıcı satıcının işyerinden malı almaya geldiğinde kendisine belge teslim edilmelidir¹⁵².

Sözleşmede belgelerin teslim yerine ilişkin herhangi bir kararlaştırma yapılmamışsa, bu konuda ne olacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, belgelerin verilme yeri malın teslim edildiği yerdir¹⁵³. Diğer bir görüşe göre, bunların verilmesi bir götürme borcu addedilip satıcının riski kendi üzerine alarak belgeleri alıcının işyerine yollaması veya malı teslim alacağı yerde ona devretmesi gerekir¹⁵⁴. Kanaatimizce herhangi bir karışıklığa sebebiyet vermemesi açısından belgelerin verilme yerinin malların teslim edileceği yer olarak kabul edilmesi daha isabetlidir. Böylelikle satıcının da hem malı teslim etme yükümlülüğü hem de belgeleri verme yükümlülüğü aynı anda sona ermiş olur.

¹⁵¹ Zeytin, s. 125; Atamer, Yükümlülük, s. 167.

¹⁵² Huber/Mullis, s. 128; Zeytin, s. 125; Schlechtriem/Schwenzer/Widmer, Art. 34, N. 4.

¹⁵³ “Schackmar, N. 471; Piltz, § 4 N. 85; Staudinger/Magnus, Art. 34, N. 8” (Atamer, Yükümlülük, s. 168, dn. 195’ten naklen); Huber/Mullis, s. 128; Sert, s. 108.

¹⁵⁴ “Schlechtriem/Schwenzer/Huber/Widmer, Art. 34, N. 3; Soergel/Luderitz/Schussler-Lanheine, Art. 34, N. 2; Bamberger/Roth/Saenger, Art. 34 CISG, N. 4; MünchKommHGB/Benicke, Art. 34 CISG, N. 4; Honsell/Karollus, Art. 34, N. 7; Kock, N. 57 vd.; Pier-Eiling, N. 116” (Atamer, Yükümlülük, s. 168, dn. 196’dan naklen).

III. BELGELERİN TESLİM ZAMANI

Belgelerin teslim zamanıyla ilgili olarak öncelikle taraflar arasında sözleşme kararlaştırılan bir düzenleme varsa bu dikkate alınmalıdır. Herhangi bir düzenleme yapılmışsa CISG. m. 9 gereğince teamüller ve taraflar arasındaki alışkanlıklar uygulama alanı bulur. Ödemeye ilişkin bazı düzenlemeler belgelerin en geç ne zamana kadar verilmesini açıklığa kavuşturabilir. Mesela, akreditifte belgeler en geç akreditifin geçerlilik süresi içinde muhabir bankaya verilmesi gerekir¹⁵⁵. Yine belgelerin verilmesi malın teslimi için bir zaruret oluşturuyorsa, en geç malın teslim zamanına kadar belgeler teslim edilmelidir. Eğer malın teslim alınması için belgelerin teslim edilmesinin gerekli olmaması halinde, CISG m. 33/c ve CISG m. 7 kıyasen uygulanarak belgeleri teslim yükümlülüğünün sözleşmenin kurulmasından itibaren makul bir süre içinde ifa edilmesi uygun olur¹⁵⁶.

IV. BELGELERİN TESLİMİNE İLİŞKİN SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKLAR

Belgelerin teslim edilmesine ilişkin sözleşmeye aykırılık iki şekilde tezahür edebilir. Bunlardan ilki bunların hiç teslim edilmemesi, ikinci ise belgeler teslim edilmesine rağmen bunların muhtevasında bir problemin olmasıdır. Belgelerin teslim edilmemesi sebebiyle alıcının malı teslim alamaması halinde, satıcı teslim yükümlülüğüne aykırı davranmış olur. Bu durumda alıcı aynen ifa talebinde bulunabileceği gibi sözleşmeden dönme hakkını da kullanabilir. Alıcının her halde tazminat talep hakkı saklıdır¹⁵⁷.

Satıcının teslim etmediği belgeler, malın teslim alınmasını değil de, malın gereği gibi kullanılmasını veya değerlendirilmesini engellemişse bu durumda, sözleşmeye aykırı olarak ayıplı ifa söz konusu olur. Mesela kullanma talimatının verilmemesi halinde durum böyledir. Ayıplı ifa söz konusu olduğu için alıcı açısından ihbar ve muayene külfeti söz konusu olur¹⁵⁸. CISG m. 38 ve 39

¹⁵⁵ Akreditif hakkında teferruatlı bilgi için bkz. **Doğan, Vahit**: Uluslar arası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif, Ankara 2012.

¹⁵⁶ **Atamer**, Yükümlülük, s. 169; **Huber/Mullis**, s. 128.

¹⁵⁷ **Erdem**, Teslim, s. 160; **Atamer**, Yükümlülük, s. 169; **Sert**, s. 108; **Schlechtriem/Schwenzer/Widmer**, Art. 34, N. 6.

¹⁵⁸ **Sert**, s. 109; **Atamer**, Yükümlülük, s. 169.

burada kıyasen uygulanır ve alıcı eksik belgelerin tamamlanması için satıcıyı bilgilendirmesi gerekir¹⁵⁹.

CISG m. 34'te belgelerin erken teslim edilmesi halinde, satıcıya bunların en geç verileceği zamana kadar sözleşmedeki aykırılıkları giderme hakkı tanınmıştır. Ancak aykırılıkların giderilmesi alıcı açısından katlanılamaz güçlükler veya masraflar doğurmaması gerekir. Alıcının burada da tazminat talep etme hakkı saklıdır¹⁶⁰.

Ş3. MÜLKİYETİ NAKLETME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Antlaşmada mülkiyetin nakledilmesi satıcı açısından bir yükümlük olarak ifade edilmişse de, bunun nasıl olacağı konusunda herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir (CISG m. 4/1-b)¹⁶¹. Antlaşmada önemli olan teslime ilişkin fiildir, yoksa bu fiile millî hukuklarda bağlanan zilyetliğin nakli veya mülkiyetin intikali sonucu değildir¹⁶². Antlaşmaya göre, teslim fiilinin gerçekleştirilmesi, bazen dolaysız zilyetliğin alıcıya nakledilmesinde yeterli olur. Ancak teslim borcunun yerine getirilmesiyle zilyetliğin devrinin sağlanmadığı haller de olabilir. Mesela, satıcının malları alıcıya ulaştırmak üzere ilk taşıyıcıya teslim edilmesi ile teslim borcu ifa edilmiş olur (CISG m. 31/a). Ancak, bu durumda alıcının mallar üzerinde zilyetliği ve dolayısıyla mülkiyeti kazanması mümkün değildir¹⁶³. Bu halde doktrinde genel kabul gören bir görüş, Antlaşma kapsamında teslim kavramının, gerek zilyetliğin nakli gerekse mülkiyetin intikali tartışmalarından bağımsız olarak düşünülmesi gerektiğini savunmuştur¹⁶⁴. Yine bu görüşe göre,

¹⁵⁹ **Schlechtriem/Schwenzer/Widmer**, Art. 34, N. 6; **Atamer**, Yükümlülük, s. 169.

¹⁶⁰ **Sert**, s. 109; **Erdem**, Teslim, s. 160; **Zeytin**, s. 125; **Schlechtriem/Butler**, s. 112; **Demirbaş**, s. 12; **Erdem**, Viyana, s. 62; **Özsunay**, s. 926.

¹⁶¹ **Zeytin**, s. 114; **Aydın**, s. 67; **Erdem**, Teslim, s. 108; **Atamer**, Yükümlülük, s. 136; **Yılmaz**, s. 83; **Schwenzer/Fountoulakis**, s. 203; **Erdem**, Viyana, s. 62; **Schlechtriem/Schwenzer/Widmer**, Art. 30, N. 7; **Dayoğlu**, s. 20.

¹⁶² **Aydın**, s. 67; **Erdem**, Teslim, s. 108; **Atamer**, Yükümlülük, s. 136; **Yılmaz**, s. 83; **Schwenzer/Fountoulakis**, s. 203; **Erdem**, Viyana, s. 62; **Schlechtriem/Schwenzer/Widmer**, Art. 30, N. 7; **Dayoğlu**, s. 20.

¹⁶³ **Erdem**, Teslim, s. 108; **Atamer**, Yükümlülük, s. 136; **Erdem**, Viyana, s. 62.

¹⁶⁴ Viyana Satım Antlaşması satım sözleşmesinin tarafların arasındaki mülkiyet iddialarını konu almadığı gibi, üçüncü kişilerin satılan mallarla ilgili mülkiyet iddiasında bulunması halinde bu iddiaları dinlememektedir. İşyeri Hollanda da bulunan bir satıcı ile işyeri Almanya'da bulunan alıcı aralarında bir satım sözleşmesi yapmışlardır. Sözleşmenin konusu yat satımıdır. Satıcı, yatı alıcıya teslim etmiştir. Daha sonra alıcı iflas ettiğini alıcıya bildirmiş ve bunun

bu konudaki problemler devletler özel hukuku kurallarının atıfları çerçevesinde tespit edilecek olan millî hukuka göre çözümlenmelidir¹⁶⁵.

Türk hukukunda TBK m. 210'da¹⁶⁶ taşınır satışına ilişkin satıcın yükümlülüklerinden olan malların teslim edilmesi, 818 sayılı eski Borçlar Kanununun aksine "*mülkiyetin nakli amacıyla zilyetliğin devri*" olarak ifade edilmiştir¹⁶⁷. Buradaki zilyetliğin devri, fiilî teslim şeklinde olabileceği gibi, fiilî teslimde gerek kalmadan zilyetliğin devredildiği kısa elden teslim¹⁶⁸ ve hükmen teslim¹⁶⁹ şeklinde de olabilir¹⁷⁰. Bu durumlar göz önünde tutulduğunda, taşınır satışında satıcının aslî borcu açıklanırken "*zilyetliğin devri*" ifadesinin kullanılması Antlaşma hükümlerinden farklılaştırmaktadır¹⁷¹. Zira bu halde kısa elden ve hükmen teslim de olduğu gibi, milletlerarası mal satışında satıcı teslim yükümlülüğünü yerine getirmemiş olur. Bu sebeple, Antlaşmadaki teslim fiili, mülkiyetin nakli veya zilyetliğin devri müesseselerinden bağımsız olarak düşünülmelidir.

üzerine satıcı sözleşmedeki mülkiyeti saklı tutma kaydı sebebiyle yatı geri alma hakkının olduğunu ileri sürmüştür. Alman mahkemesi bu olayda Viyana Satım Antlaşması'nın konunun antlaşmanın kapsamı dışında olduğu gerekçesiyle uygulanamayacağına karar vermiştir. Bkz. **Sert**, s. 95, dn. 260.

¹⁶⁵ **Schwenzer/Fountoulakis**, s. 205; **Atamer**, Yükümlülük, s. 136 ve dn. 22'de adı geçen yazarlar; **Aydın**, s. 66; **Yılmaz**, s. 83; **Dimatteo/Dhooge/Greene/Maurer/Pagnattaro**, s. 102; **Erdem**, Viyana, s. 62; **Huber/Mullis**, s. 129; **Gabriel**, s. 346; **Butler**, s. 3; **Manasneh**, s. 23; **Schlechtriem/Schwenzer/Widmer**, Art. 30, N. 7; **Dayıoğlu**, s. 20; **Zeytin**, s. 116.

¹⁶⁶ TBK. m. 210: "*Satıcı, satılanın mülkiyetin geçirmek amacıyla, zilyetliğini alıcıya devretmekle yükümlüdür*".

¹⁶⁷ 818 sayılı kanunda söz konusu borç m. 185'te teslim borcu olarak ifade edilmişti.

¹⁶⁸ Kısa elden teslim, bir eşyayı fer'i zilyet sıfatıyla elinde tutmakta olan kişinin asli zilyetle arasındaki anlaşmaya dayanarak asli zilyetliği de kazanmasıdır. Mesela, kiracının kiralananı satım alması gibi. Bkz. **Ayan, Mehmet**: Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, Konya 2012, s. 68-69; **Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel**: Şekli Eşya Hukuku, Ankara 2012, s. 188; **Sirmen, Lale**: Eşya Hukuku, Ankara 2013, s. 69; **Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut**: Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 159.

¹⁶⁹ Hükmen teslim, zilyetliği devreden kişinin özel bir sebebe dayanarak fer'i zilyet olarak kalması ve sadece asli zilyetliği devretmesidir. Mesela, ev sahibinin oturduğu evi başkasına satarak aynı evde kiracı olarak kalması gibi. Bkz. **Ayan**, s. 69; **Ünal/Başpınar**, s. 183; **Sirmen**, s. 70; **Akipek/Akıntürk**, s. 151.

¹⁷⁰ **Akyiğit, Ercan**: Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Satış, Mal Değişimi ve Bağışlama Sözleşmeleri, Ankara 2011, s. 73; **Yavuz**, s. 46; **Erzurumluoğlu, Erzan**: Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara 2012, s. 62; **Zevkiler, Aydın/Gökyayla, Emre**: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013, s. 114; **Tandoğan, Haluk**: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, İstanbul 2008, s. 118; **Gümüş, Mustafa Alper**: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2012, s. 59; **Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan**: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2012, s. 79.

¹⁷¹ **Yavuz**, s. 47.

Ş4. MALIN TESLİMİYLE İLGİLİ DİĞER YÜKÜMLÜLÜKLER

Satıcının daha önce incelenen malları ve belgeleri verme borcundan başka bunlara bağlı olan başka yükümlülükleri de söz konusu olabilir. Bunlar her satım sözleşmelerinde var olmayacağı için bu başlık altında bütün olarak incelenmiştir.

Satıcının teslimle ilgili diğer yükümlülüklerine aykırı davranması her zaman teslim yükümlülüğünün ihlal edilmesi sonucunu doğurmaz. Buradaki müeyyide genellikle teslim yükümlülüğünden bağımsız olarak değerlendirilir. Ancak bazı yükümlülükler aykırılıklar, aynı zamanda teslimin gerçekleşmediği sonucuna götürülebilir¹⁷². Aşağıda söz konusu diğer yükümlülükler incelenmiştir:

I. MALIN TARTILMASI, ÖLÇÜLMESİ, SAYILMASI, KURULMASI VE PAKETLENMESİ

Satıcı teslim yükümlülüğü kapsamında malı tartması, sayması, ölçmesi veya kurması gerekebilir. Taraflar arasında aksine bir sözleşme yapılmadıkça, bu yükümlülükleri satıcı yerine getirmek mecburiyetindedir. Zira bunlar teslim yükümlülüğü ile ilgili fillerdir¹⁷³.

Satıcının malı alıcının tasarrufunda hazır bulunduracağı hallerde malın taşımaya uygun muhafaza içinde bulundurulması gerekir. Yine satıcı taşıyıcıya malı teslim ederken taşımaya uygun olarak malı paketlemiş olması gerekir. Aksi takdirde malın alıcı veya taşıyıcı tarafından teslim alınması mümkün ol-

¹⁷² İtalyan Padova Mahkemesi 10.01.2006 tarihli kararına konu olan olayda, İtalyan üretici ile İngiliz dağıtıcı arasında iki adet atlı karıncanın satımı ve bu atlı karıncaların İtalyan üretici tarafından İngiltere’de kurulumu için yapılacak sözleşmede İtalyan üretici malları İngiltere’ye teslim ettiği, ancak mal bedelini alamadığını belirtmiştir. İtalyan Mahkemesi Brüksel Konvansiyonu gereğince kendi yetkisini araştırırken öncelikle sözleşmenin niteliğine bakmış, her ne kadar sözleşme atlı karıncaların kurulumu yükümlülüğünü de içerse, ağırlık edim satım olduğu için CISG m. 3/2 gereğince sözleşmenin satıma ilişkin olduğunu belirlemiştir. Mahkeme daha sonra CISG m. 31/a bendine atf yaparak gönderme borçlarında teslimin malların ilk taşıyıcıya teslimi ile gerçekleşeceğini belirtmiştir. Bu açıdan malları İtalya’da ilk taşıyıcıya teslimi ile gerçekleşeceğini belirtmiştir. Ancak, mahkeme daha sonra burada her ne kadar mallar satıcının yedinde geçse de, sözleşme satım ediminin yanı sıra kurulum edimini de içerdiğinden teslimin ancak kurulum aşaması bittikten sonra gerçekleşebileceğini, dolayısıyla, ifa yerinin İngiltere olacağını ve İtalyan Mahkemelerinin yetkisiz olduğuna karar vermiştir. Karar için bkz. **Erdem**, Teslim, s. 127.

¹⁷³ **Dayioğlu**, s. 22; **Atamer**, Yükümlülük, s. 171.

mayabilir. Bu durumda da satıcının malı teslim etme yükümlülüğü sona ermez ve müeyyideler de buna göre şekillenir¹⁷⁴.

II. MALIN TAŞINMASI

CISG m. 32/2 hükmü "*Satıcı, malların taşınmasını sağlamayı üstlenmiş ise, taşımanın kararlaştırılan yere kadar, şartların gerektirdiği taşıma vasıtalarıyla ve böyle bir taşımanın mutat şartlarına uygun bir biçimde gerçekleşmesi için gerekli sözleşmeleri yapmak mecburiyetindedir*" şeklinde düzenlenmiştir¹⁷⁵. Taraflar arasında gönderme borcunun var olması durumunda malın taşınmasıyla ilgili herhangi bir düzenleme yapmamışlarsa bu hüküm uygulanır¹⁷⁶. Hükme göre, satıcının öncelikle malın taşınmasıyla ilgili gerekli sözleşmeleri yapması gerekir. Bu sözleşmelerin şartların gerektirdiği türde bir nakliye vasıtasına ilişkin olmasına dikkat edilmelidir¹⁷⁷. Mesela, satım sözleşmesinin konusu dondurulmuş gıda ise, bunu taşıyacak vasitanın öncelikle gerekli soğuklukta olmasına önem verilmelidir. Yine malların taşınması için en güvenli ve en kısa rotanın da belirlenmesi gerekir¹⁷⁸.

Taşıma sözleşmesinin "*mutat şartlarına uygun*" olması ifadesi, taşıma ücretinin ve sözleşme hükümlerinin alıcı aleyhine olmamasıdır. Taşıma ücretinin mutat olması malın niteliğine ve güvenli taşımanın gereklerine göre belirlenir. Daha düşük ücret olsun diye elverişli olmayan bir vasitanın kullanılması uygun değildir. Taşıma sözleşmesinde alıcı aleyhine sevk edilen hükümlerin de mutat olması gerekir. Mesela sorumsuzluk kayıtları kendi içinde mutat olarak değerlendiriliyorsa, bu durum CISG m. 32/2'ye aykırılık teşkil etmez¹⁷⁹. Burada sayılan hususlarda mutat olarak değerlendirilemeyecek kayıtlar söz konusu ise CISG m. 32/2'ye aykırı kabul edilir.

Malın taşınmasına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmeyen satıcının taz-

¹⁷⁴ Dayioğlu, s. 22; Atamer, Yükümlülük, s. 171.

¹⁷⁵ Huber/Mullis, s. 119; Atamer, Yükümlülük, s. 172; Honnold, Art. 31, N. 214; Schlechtriem/Schwenzer/Widmer, Art. 32, N. 15.

¹⁷⁶ Aranacak ve götürülecek borçlarda CISG m. 32/2 hükmü uygulanmaz. Bkz. Atamer, Yükümlülük, s. 172; Zeytin, s. 120; Schlechtriem/Schwenzer/Widmer, Art. 32, N. 15.

¹⁷⁷ Huber/Mullis, s. 120; Atamer, Yükümlülük, s. 173; Butler, s. 7; Özsunay, s. 925; Dayioğlu, s. 22; Sert, s. 100; Zeytin, s. 121; Honnold, Art. 32, N. 214.

¹⁷⁸ Zeytin, s. 121.

¹⁷⁹ Zeytin, s. 121; Atamer, Yükümlülük, s. 173.

minat sorumluluğu söz konusu olur (CISG m. 45/1-b). Söz konusu aykırılık aynı zamanda esaslı ihlal olursa, alıcı sözleşmeden dönme hakkına da sahiptir (CISG m 49/1-a)¹⁸⁰.

III. MALIN TAŞINMA RİZİKOSUNU SİGORTALAMA VEYA SİGORTALANABİLMESİ İÇİN GEREKLİ BİLGİLERİN AKTARILMASI

CISG m. 32/3' te, satıcının malların taşınması ile ilgili sigortayı yaptırmak mecburiyetinde olmaması halinde alıcının talebi üzerine, onun böyle bir sigortayı yaptırmak için ihtiyaç duyacağı mevcut bütün bilgileri alıcıya vermesi gerektiği düzenlenmiştir¹⁸¹. Mesela nakliye vasıtası, taşımanın muhtemel başlangıç ve bitiş tarihi, taşıma güzergahı, malın özellikleri gibi konularda alıcının bilgilendirilmesi gerekir¹⁸². Söz konusu yükümlülük sadece sigorta yapılmasından kaynaklanan bir yükümlülük değildir¹⁸³. Bu durumda alıcının sigorta yaptırabilmesi için satıcının gerekli bilgileri vermesi gerekir. Eğer sigorta yaptırılması için gereken bir belge yoksa, satıcının böyle bir yükümlülüğü söz konusu değildir¹⁸⁴.

Satıcının bu yükümlülüğe aykırı davranması halinde, CISG m. 45 vd.na göre sorumludur¹⁸⁵.

IV. ALICININ BİLGİLENDİRİLMESİ

Gönderme borçlarında malın teslimiyle ilgili diğer bir yükümlülük de alıcının bilgilendirilmesidir¹⁸⁶. Bu yükümlülük CISG m. 32/1'de şu şekilde düzen-

¹⁸⁰ Zeytin, s. 121; Schlechtriem/Schwenzer/Widmer, Art. 32, N. 30.

¹⁸¹ Demirbaş, s. 6; Atamer, Yükümlülük, s. 174; İnal, Tamer: "Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Standartlaşma, Lex Mercatoria ve Viyana Konvansiyonu Tipinde Hukuk Oluşturma Eğilimi", İstanbul 2005 (Belge Türü: Makale, Kazancı Bilişim Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlight/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/makale-htamerinal-6.htm&query=viyana%20sat%FDm#fm>, e. t. 8. 4. 2014); Huber/Mullis, s. 121; Dayioğlu, s. 22; Zeytin, s. 122; Honnold, Art. 32, N. 215; Schlechtriem/Schwenzer/Widmer, Art. 32, N. 31.

¹⁸² Huber/Mullis, s. 121; Atamer, Yükümlülük, s. 174.

¹⁸³ Huber/Mullis, s. 121.

¹⁸⁴ Huber/Mullis, s. 121.

¹⁸⁵ Huber/Mullis, s. 122; Zeytin, s. 122; Schlechtriem/Schwenzer/Widmer, Art. 32, N. 31.

¹⁸⁶ Huber/Mullis, s. 119; Atamer, Yükümlülük, s. 176; Gabriel, s. 349; Butler, s. 7; Özsunay, s. 925; Dayioğlu, s. 22; Zeytin, s. 120; Honnold, Art. 32, N. 213; Schlechtriem/Schwenzer/Widmer, Art. 32, N. 2.

lenmiştir: “*Satıcı, sözleşmeye veya bu Antlaşmaya uygun olarak, malları bir taşıyıcıya vermiş ancak mallar, üzerlerine ayırt edici bir işaret konulmak suretiyle, taşıma belgeleriyle veya başka herhangi bir şekilde açıkça sözleşmeye tahsis edilmemişse, satıcının göndermeyi alıcıya bildirmesi ve malları özel olarak belirlemesi gerekir*”. Hükme göre, satıcı malı ayırt edici işaretlerle, taşıma belgeleriyle veya başka bir şekilde tahsis etmemişse, alıcıya malı gönderdiği konusunda bilgilendirme yapmalı ve malı tarif etmelidir¹⁸⁷. Buradaki bilgilendirme yükümlülüğü tali bir yükümlülüktür. Zira bu yükümlülük, satıcının malı tahsis etmemesi durumunda ortaya çıkmaktadır¹⁸⁸.

Alıcıya yapılması gereken bilgilendirme yükümlülüğü diğerlerinde olduğu gibi sadece gönderme borçlarında söz konusu olur. Aranacak veya götürülecek borçlarla ilgili malın tahsis edilmesi gerekmemesi sebebiyle ihbarda bulunma yükümlülüğüne de gerek yoktur. Ancak mal belirli bir yere kadar satıcı tarafından götürülmekte ve daha sonra bağımsız taşıyıcıya teslim edilmekte ise, malın ilgili satım sözleşmesine tahsis edilememiş olması sebebiyle yine bir bilgilendirme yükümlülüğü ortaya çıkar¹⁸⁹.

Bilgilendirmenin şekli veya muhtevası ile ilgili Antlaşmada herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Dolayısıyla bunun sözlü veya yazılı yapılması mümkündür. Yeter ki şartlara uygun vasıtalarla yapılınsın ve alıcının malı teşhis etmesini

¹⁸⁷ **Schlechtriem/Schwenzer/Widmer**, Art. 32, N. 3; **Atamer**, Yükümlülük, s. 176; **Huber/Mullis**, s. 119; **İnal, Tamer**: “*Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Standartlaşma, Lex Mercatoria ve Viyana Konvansiyonu Tipinde Hukuk Oluşturma Eğilimi*”, İstanbul 2005 (Belge Türü: Makale, Kazancı Bilişim Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlight/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/makale-htamerinal-6.htm&query=viyana%20sat%FDm#fm>, e. t. 8. 4. 2014); **Butler**, s. 7; **Enderlein, Fritz**: Rights and Obligations of the Seller under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein1.html> e. t. 08.04.2014; **Özsunay**, s. 925; **Dayıoğlu**, s. 22; **Sert**, s. 100; **Zeytin**, s. 120; **Honnold**, Art. 31, N. 213.

¹⁸⁸ **Atamer**, Yükümlülük, s. 176; **Huber/Mullis**, s. 119; **İnal, Tamer**: “*Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Standartlaşma, Lex Mercatoria ve Viyana Konvansiyonu Tipinde Hukuk Oluşturma Eğilimi*”, İstanbul 2005 (Belge Türü: Makale, Kazancı Bilişim Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlight/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/makale-htamerinal-6.htm&query=viyana%20sat%FDm#fm>, e. t. 8. 4. 2014); **Butler**, s. 7; **Enderlein, Fritz**: Rights and Obligations of the Seller under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein1.html> e. t. 08.04.2014; **Özsunay**, s. 925; **Dayıoğlu**, s. 22; **Sert**, s. 100; **Zeytin**, s. 120; **Honnold**, Art. 31, N. 213.

¹⁸⁹ **Atamer**, Yükümlülük, s. 176.

sağlasın. Satıcı mala ilişkin belgeleri vermek suretiyle de bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirebilir. Mesela satıcı kendi emrine düzenlenmiş olan konşimentoyu ciro edip alıcıya yollamakla hem belgeleri verme hem de bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmiş olur¹⁹⁰.

Bilgilendirmenin ne zaman yapılması gerektiği konusunda da Antlaşmada bir hüküm yoktur. Bu yönde doktrinde iki görüş bulunmaktadır. İlkine göre, burada CISG m. 7/2'den yola çıkılarak m. 33 uygulanabilir. Bilgilendirmenin göndermeden itibaren makul süre içinde yapılması gerekir¹⁹¹. Diğer bir görüşe göre, bilgilendirme için herhangi bir süre şartı söz konusu değildir. Bilgilendirmenin malın varma yerine ulaşmasına kadar yapılması mümkündür¹⁹².

Bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı davranılması halinde müeyyidenin ne olacağı konusu her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilir. Eğer bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı davranılmış olması sebebiyle mal teslim alınamamışsa, bu durumda teslim yükümlülüğü yerine getirilmemiş olur ve müeyyideler de buna göre şekillenir. Bu yükümlülüğe aykırılık sebebiyle mal yine de teslim alınmışsa, teslim yükümlülüğü ifa edilmiş olur. Ancak satıcının bu sebeple uğramış olduğu zarar varsa, bu tazmin edilmelidir¹⁹³. Yine bilgilendirme yükümlülüğünün hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi CISG m. 67/2'ye göre hasarın alıcıya intikal etmesini önler¹⁹⁴.

V. MASRAF VE İZİNLER

Antlaşmada taşıma masraflarına kimin katlanacağına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Taraflar sözleşme serbestisi ilkesi gereğince buna ilişkin bir düzenleme yapabilir. Eğer taraflar arasında düzenlenen sözleşmede INCOTERMS'lere atf yapılmışsa, masrafların kime ait olduğu buna göre belirlenir. Sözleşmede buna ilişkin herhangi bir kayıt bulunmaması halin-

¹⁹⁰ **Atamer**, Yükümlülük, s. 178; **Huber/Mullis**, s. 119.

¹⁹¹ "**Schackmar**, N. 501; **Schlechtriem/Schwenzer/U. Huber/Widmer**, Art. 32, N. 6; **Bianca/Bonell/Lando**, Art. 32, N. 2.2.2; **Honsell/Karollus**, Art. 32, N. 10; **Piltz**, § 4, N. 5; **Bamberger/Roth/Saenger**, Art. 32 CISG, N. 5" (**Atamer**, Yükümlülük, s. 178, dn. 253'ten naklen); **Schlechtriem/Schwenzer/Widmer**, Art. 32, N. 100.

¹⁹² "**Staudinger/Magnus**, Art. 32, N. 10; **Kock**, N. 102" (**Atamer**, Yükümlülük, s. 179, dn. 254'ten naklen).

¹⁹³ **Zeytin**, s. 120; **Atamer**, Yükümlülük, s. 180.

¹⁹⁴ **Zeytin**, s. 120; **Schlechtriem/Schwenzer/Widmer**, Art. 32, N. 9.

de ise, CISG m. 7/2'ye göre genel ilkelere ve kanunlar ihtilafı kurallarına göre bir çözüm yoluna gidilir. Kural olarak taraflardan her biri kendi yükümlülüğüne ait masrafları üstlenir. Bu anlamda satıcı malları teslim edene kadar olan masraflardan, alıcı ise malları teslim aldıktan sonraki masraflardan sorumlu olur. Yine teslimle ilişkili olan ithalat-ihracat izinlerinin alınması, vergi ve harçların ödenmesi gibi yükümlülüklerde bu sıraya göre çözüme kavuşturulur¹⁹⁵.

SONUÇ

Antlaşmanın "*Malların Satımı*" başlıklı üçüncü kısmının ikinci bölümünde satıcının genel olarak yükümlülükleri ve satıcının bu yükümlülüklere aykırı davranması halinde alıcının başvurabileceği hukukî imkânlar düzenlenmiştir. CISG m. 30'da satıcının başlıca yükümlülükleri sıralanmıştır. Buna göre satıcı, taraflar arasındaki sözleşme ve Antlaşma hükümleri dairesinde malı teslim etmek, ilgili belgeleri vermek ve mal üzerindeki mülkiyeti nakletmek borcu altındadır.

Satıcının ilk yükümlülüğü malların teslim edilmesidir. Teslim fiilinin muhtevası ve teslim yeri CISG. m. 31'de düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde, aranacak ve gönderilecek borçlarla ilgili düzenleme yer alırken, götürülecek borçlar ele alınmamıştır. Gönderme borcunun söz konusu olduğu hallerde satıcıya düşen yükümlülükler CISG m. 32'de öngörülmüştür. Yine teslim fiilinin hangi anda tamamlanmış olması gerektiği ise CISG m. 33'de düzenlenmiştir.

Satıcının diğer yükümlülüğü ise, satım konusu mallarla ilgili belgeleri devretmesidir (CISG m. 34). Bu belgelerin neler olduğu, öncelikle sözleşme hükümlerine, daha sonra teamüllere (CISG m. 9) ve son olarak ise dürüstlük kuralı (CISG m. 7/1)na göre tespit edilir.

CISG. m. 30'da düzenlenen mülkiyetin nakledilmesi ise, satıcının bir başka yükümlülüğüdür. Antlaşmaya bakıldığında, mülkiyetin nakledilmesine ilişkin herhangi bir hüküm yoktur. Bu sebeple, mülkiyetin nakledilmesi konusunda yetkili mahkemenin devler özel hukuku kurallarının hangi ülke hukukuna atıf yaptığına bakıp, ona göre bir çözüm yoluna gidilmelidir. Genellikle *lex rei sitae*

¹⁹⁵ Schlechtriem/Schwenzer/Widmer, Art. 31, N. 83.

kuralının geçerli olduğu ve malın bulunduğu yer hukuku kurallarına göre mülkiyetin intikal edeceği kabul edilir. Nitekim MÖHUK m. 23'te de aynı çözüm yolu benimsenmiştir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA¹⁹⁶

AKÇURA KARAMAN, Tuba: *“Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Antlaşması Çerçevesinde Ayıp Halinde Alıcının Hakları”*, BATİDER, C. XXVIII, S. 1, 2012, s. 193-254.

AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut: Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

AKYİĞİT, Ercan: Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Satış, Mal Değişimi ve Bağışlama Sözleşmeleri, Ankara 2011.

ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2012.

ATAMER, Yeşim M.: *“Yeni Bir Milletlerarası Satım Hukukuna Doğru: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Türkiye”* HPD, S. 8, Eylül 2006 (Kısaltılmışı: ATAMER, Türkiye).

ATAMER, Yeşim M.: *“Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı”*, İBD, S. 69, Y. 1995, s. 551-567 (Kısaltılmışı: ATAMER, Uygulama Alanı).

ATAMER, Yeşim M.: Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005 (Kısaltılmışı: ATAMER, Yükümlülük).

AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, Konya 2012.

AYDIN, İbrahim: 11 Nisan 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler (Viyana) Sözleşmesi ve Türk Hukuku, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.

¹⁹⁶ Dipnotlarda geçen eserler yazarlarının soyadları ile anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıfları ile aynı soyadı taşıyan yazarların eserlerine yapılan atıflar, kısaltılmış şekilleriyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

AYHAN, Hilal Lale: *"Birleşmiş Milletler Viyana Satım Sözleşmesi'ne Uluslararası Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu"*, GÜHFD, C. XV, Y. 2011, s. 1-57.

BAŞOĞLU, Başak: *"Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları"*, İÜHFM, C. LXVI, S. 2, Y. 2008, s. 287-310 (Kısaltılmışı: BAŞOĞLU, Borca Aykırılık).

BRAND, Ronald A.: *"CISG Article 31: When Substantive Law Rules Affect Jurisdictional Results"*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/brand1.html> e. t. 19.04.2013, s. 181-202.

BUTLER, Allison: *"A Practical Guide To The CISG: Negotiations Through Litigation"*, Chapter 4, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/butler6-ch4.pdf> e. t. 08.04.2014.

CASTELANNI, Luca: *"Türkiye'nin CISG'a Taraf Olmasına İlişkin Çerçeve"*, Milletlerarası Satım Hukuku (Ed. Yeşim ATAMER), İstanbul 2008, s. 1-7.

ÇETİNER, Bilgehan: *"Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ile Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Satıcının Sorumluluğu Bakımından Karşılaştırmalı İncelemesi"*, Legal Hukuk Dergisi, Y. 5 (2007), S. 58, s. 3139-3151.

DAYIOĞLU, Yavuz: CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, İstanbul 2011.

DEMİRBAŞ, Harun: *"Borçlar Kanunu ve Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Satıcının Yükümlülükleri"*, http://www.odakhukuk.com/tr/files/BK._ve_CISG_cercevesinde_Saticinin_Yukumlulukleri.pdf, e. t. 1.3.2014.

DIMATTEO, Larry A./DHOOGHE, Lucien J./GREENE, Stephanie/MAURER, Virginia G./PAGNATTARO, Marisa Anne: International Sales Law, New York 2005.

DOĞAN, Vahit: Uluslar arası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif, Ankara 2012.

ENDERLEIN, Fritz: Rights and Obligations of the Seller under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein1.html> e. t. 08.04.2014.

ERDEM,ERCÜMENT: “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)”, Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler, İstanbul 2008, s. 25- 100 (Kısaltılmışı: ERDEM, Viyana).

ERDEM,ERCÜMENT: “Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler, İstanbul 2008, s. 1-25 (Kısaltılmışı: ERDEM, Uygulama Alanı).

ERDEM,ERCÜMENT: “Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu”, Milletlerarası Satım Hukuku (Ed: Yeşim M. Atamer), İstanbul 2008, s. 105-161 (Kısaltılmışı: ERDEM, Teslim).

ERDEM,ERCÜMENT: “Incoterms 2000”, Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler, İstanbul 2008, s. 219-255 (Kısaltılmışı: ERDEM, Incoterms).

EREN, FIKRET: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. B., Ankara 2014.

ERYÜREK, SENAY: Uluslararası Bankacılık İçin İlk Tanımlar ve Incoterms, Anadolu Bankası Eğitim Yayınları, 1987.

ERZURUMLUOĞLU, ERZAN: Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara 2012.

FELEMEGAS, JOHN: An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law, New York 2007.

GABRIEL, HENRY DEEB: “General Provisions, Obligations of the Seller and Remedies for Breach of Contract By The Seller”, The Craft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the UN Sales Convention (Ed. Franco Ferrari, Harry Flechtner, Ronald A. Brand), London 2004, s. 336-362.

GABRIEL, HENRY: The International Chamber of Commerce INCOTERMS 1990 - A Guide to their Usage, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/gabriel1.html> e. t. 08.04.2014.

GÜLERCİ, ALTAN FAHRI/KILINÇ, AYŞE: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2012.

GÜNDOĞDU, Fatih: *“Birleşmiş Milletler Uluslararası Mal Satım Sözleşmesine İlişkin Viyana Konvansiyonuna Göre İmkansızlık ve Hukuki Sonuçları”*, İstanbul 2011 (Belge Türü: Makale, Kazancı Bilişim Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/makale-fatihgundogdu-1.htm&query=viyana%20sat%FDm#fm>, e. t. 8. 4. 2014).

HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011.

HONNOLD, John: Uniform Law For International Sales Under The 1980 United Nations Convention, Fourth Edition, Austin 2009.

HONSELL, Heinrich: Kommentar zum UN-Kaufrecht, Ubereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG), 2. Aufl., Springer, Heidelberg 2010.

HUBER, Peter/MULLIS, Alastair: The CISG, München 2007.

İNAL, Tamer: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2009 (Belge Türü: Kitap, Kazancı Bilişim Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/kitap-htamerinal-3.htm&query=viyana%20sat%FDm#fm> e. t. 8. 4. 2014).

İNAL, Tamer: *“Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Standartlaşma, Lex Mercatoria ve Viyana Konvansiyonu Tipinde Hukuk Oluşturma Eğilimi”*, İstanbul 2005 (Belge Türü: Makale, Kazancı Bilişim Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/makale-htamerinal-6.htm&query=viyana%20sat%FDm#fm>, e. t. 8. 4. 2014)

KANIŞLI, Erhan: CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Satıcının Hakları, İstanbul 2013.

KAPLAN, Yavuz: *“1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Viyana Sözleşmesi Çerçevesinde, İnternet Ortamında Bilgisayar Programı Satış Sözleşmesi”*, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, İstanbul 2002, s. 325-356.

KAYA, Cansu: CISG Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu;12 Levha Yayınları, İstanbul, 2012.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, III. C., İstanbul 2009.

KÖROĞLU, Belin: *“Milletlerarası Mal Satım Sözleşmesi Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Kapsamında Sorumluluktan Kurtulma”*, GÜHFD, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 775-804.

MAHASNEH, Nisreen: The Seller’s Obligation of Delivery and Conformity Under A Contract For Sale Of Goods, The Master Thesis, University Of Jordan, 2001, http://digitool.abdn.ac.uk/view/action/singleViewer.do?dvs=1394104266211~268&locale=tr_TR&VIEWER_URL=/view/action/singleViewer.do?&DELIVERY_RULE_ID=10&application=DIGITOOOL-3&frameId=1&usePid1=true&usePid2=true©RIGHTS_DISPLAY_FILE=copyrightstheses e. t. 08.04.2014.

MISTELIS, Loukas: *“CISG’in Uygulama Alanı: Yer, Zaman ve Kişi Bakımından”*, Milletlerarası Satım Hukuku (Ed. Yeşim ATAMER), İstanbul 2008, s. 7-24.

NOMER, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012.

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010.

ORAL, Tuğçe: Viyana Satım Anlaşmasında Sözleşmenin Kurulması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013.

ÖZDEMİR, Eren: Uluslararası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Malların Sözleşmeye Uygunluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013.

ÖZDEMİR, Hakan: Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Uluslararası Ticari Satımlarda Malların Sözleşmeye Uygunluğu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa: Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesi (CISG)'ne Göre Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları, Ankara 2014.

ÖZHAN, Egemen Özge: Uluslararası Ticarete Teslim Şekilleri (Incoterms 2000 ve Incoterms 2010 Değişiklikleri Çerçevesinde), İstanbul 2012 (Belge Türü: Makale, Kazancı Bilişim Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/makale-egemenozgeozhan-7.htm&query=%22cisg%22#fm> e. t. 8. 4. 2014).

ÖZSUNAY, Ergun: "1980 tarihli Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Viyana Antlaşması (CISG) ve Türk Teşebbüslerinin Taraf Olduğu Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Üzerindeki Yansımaları", İBD, C. 78/3, 2004, s. 906-959.

REİSOĞLU, Safa: Türk Borçlar Hukuku, İstanbul 2012.

SAĞLAM, İpek: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin Kurulması, İstanbul 2013.

SCHLECHTRIEM, Peter: The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem10.html> e. t. 08.04.2014.

SCHLECHTRIEM, Peter/BUTLER, Petra: UN Law On International Sales, Heidelberg 2009.

SCHLECHTRIEM, Peter/SCHWENZER, Ingeborg/WIDMER: Commentary On The UN Convention On The International Sale of Goods (CISG), New York 2010.

SCHWENZER, Ingeborg/FOUNTOULAKIS, Christiana: International Sales Law, New York 2007.

SEROZAN, Rona: "CISG'a ve TBK'ya Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları", İÜHFİM, C. LXX, S. 2, Y. 2012, s. 207-220.

SERT, Selin: Viyana Satım Sözleşmesinde İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul 2013.

SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, Ankara 2013.

TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, İstanbul 2008.

TARMAN, Zeynep Derya: “*Türk Satım Hukukunda Yeni Bir Dönem: Viyana Satım Antlaşmasının Milletlerarası Satım Sözleşmelerine Etkisi*”, http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyay%C4%B1nlar%C4%B1/ipekyolucanlan%C4%B1yor/Yrd.Do_.Dr.ZeynepDeryaTARMAN.pdf e. t. 8. 4. 2014.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Servet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin: “*11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Ve Sözleşmenin Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları İle İlişkisi*”, AÜHFD, C. 41, S. 1, Y. 1990, s. 191-205 (Kısaltılmışı: TİRYAKİOĞLU, Özel Hukuk.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996.

ULUSU, Ayşe Elif: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi, İstanbul 2011.

ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel: Şekli Eşya Hukuku, Ankara 2012.

WELSER, Rudolf / WELSER, Irene (Çev. Ayça Akkayan Yıldırım): Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Halinde Alıcının Başvurabileceği Hukukî İmkanlar, <http://www.iku.edu.tr/userfiles/20120425005438414.pdf> e. t. 1.3.2014.

WILL, Michael R.: Milletlerarası Mal Satım Hukuku ve Milletlerarası Tahkim, Ankara 2002.

YALÇINTAŞ, Simin: “*Viyana Satım Sözleşmesinin Kapsamı ve Sözleşme ile Türk Milletlerarası Satım Hukukunda Yaşanacak Değişiklikler*”, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/yalcintas.pdf> e. t. 8. 4. 2014.

YAVUZ, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul 2012.

YILDIRIM, Zeynep: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)' nin Uygulama Alanı, GÜHFD, C. XVII, S. 1-2, s. 1061-1094.

YILMAZ, İlhan: *“Uluslararası Menkul Satış Sözleşmelerine Dair Viyana Konvansiyonu ve Türk Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşu”* , Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, GSÜHFD., Y.1, S.1, Ocak 2002, s. 573 vd.

YILMAZ, Süleyman: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alacaklının Hakları, Ankara 2014.

ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013.

ZEYTİN, Zafer: Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku, Ankara 2011.

TÜRKİYE'DE PRİMSİZ SOSYAL GÜVENLİK REJİMİ

In Turkey Non-Contributory Social Security Schemes

Duygu AKAR *

ÖZET

Devlet, çeşitli nedenlerle korunmaya muhtaç hale gelmiş kişilere, bireylerden hiçbir katkı beklemeden, huzur ve refah ortamı oluşturarak çevreyle uyumlarını sağlayabilmeleri ve asgari bir hayat düzeyinde yaşamlarını devam ettirebilmeleri için finansmanını devlet bütçesinden ya da gönüllü kuruluşlardan sağladığı sosyal veya ekonomik tazmin, yardım, teşvik veya hizmetler sunar. Bireyler katkıları olmaksızın karşılıksız olarak sosyal güvenlik hakkından yararlandıkları için bu tür sosyal güvenlik rejimine primsiz(katılmasız)rejim denir. Primsiz sosyal güvenlik rejimi hukuki dayanağını Anayasa, Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi ve yasalardan almaktadır. Anayasada ve Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesinde kadınlar, çocuklar, yaşlılar ve engellilerin korunacağı güvence altına alınmıştır.

Primsiz sosyal güvenlik rejiminde amaç nedeni ne olursa olsun ihtiyaç içindeki bireylere muhtaçlık durumları süresince çevreleriyle uyum sağlayabilmeleri, insanca yaşayabilmelerini sağlamaktır. Devlet sosyal güvenlik hakkından kaynaklı bu görevini yerine getirirken vatandaşlardan katkı almayıp, finansmanını kamu kaynaklarından sağlar. Primsiz sosyal güvenlik rejiminde ana olgu korunmaya muhtaç olan kişilerin doğrudan ya da dolaylı olarak devlet yardımıyla korunması olduğu için, bu rejimden yararlanan kişiler özellikle tüm Avrupa ülkelerinde olduğu gibi, her durum ve koşulda özel olarak korunmaya muhtaç olan kişiler olan yaşlılar, engelliler, kadınlar ve çocuklardır. Devlet veya özel kuruluşlar tarafından bireylerin ihtiyaç durumları ve muhtaçlık nedenleri göz önüne alınarak ihtiyaçlarına göre nakdi sosyal yardımlar yapıldığı gibi, barınma, sosyal rehabilitasyon, danışmanlık, eğitim, sağlık gibi çeşitli sosyal hizmetlerde sunulur.

Genel olarak primsiz sosyal rejimde ihtiyaç halindeki bireylere karşılıksız yardımdan söz edilse de devlet bazen bireyleri çeşitli aktivitelerde bulunması için teşvik eder.

* Bozüyük Hakimi, akrcksn@hotmail.com

Bu tür teşviklerde karşılıksız yardımlar olması nedeniyle primsiz sosyal güvenlik rejimi içinde incelenir.

Anahtar Kelimeler: Primsiz Sosyal Güvenlik, Sosyal Hizmetler, Sosyal Yardımlar, Muhtaçlık, İhtiyaç Çeşitleri.

ABSTRACT

States for various reasons, in need of protection has become to people, individuals contribute nothing waiting, peace and prosperity creating an atmosphere of harmony with the environment the ability to provide and at least one life level continue their lives in order to financing from the state budget or voluntary organizations provide social or economic redress, help, encouragement or services offers. Individuals without contributing to social security as gratuitous as they can benefit from this type of non-contributory social security scheme (concur) regime is called.

Non-contributory social security scheme, the legal basis of the Constitution and the law comes from the European Social Charter . Constitution and the European Social Charter women, children, the elderly and persons with disabilities are guaranteed to be protected.

Non-contributory social security scheme irrespective of the purpose why individuals in need to adapt to their surroundings during situations of need, is to be able to live in dignity. For reasons of state social security contributions from citizens not receiving the fulfillment of this task, provides financing from public sources. Non-contributory social security scheme in the main cases in need of protection of persons who directly or indirectly state aid protection, as it is this regime that benefited from people, especially in all European countries, as well as every situation and circumstance in particular vulnerable people who are elderly, disabled, women and children are. State or by private organizations and individuals’ needs and neediness causes of the situation by taking into consideration the needs of social assistance as is done in cash, shelter, social rehabilitation, counseling, education, health, social services are offered in a variety of.

In general, gratuitous non-contributory social assistance to individuals in need in the regime, which would be the state sometimes encourages individuals to engage in various activities. Gratuitous assistance because such incentives are examined in non-contributory social security scheme.

Key Words: Non-Contributory Social Security, Social Services, Social Assistance, Freedom from Want, Need Variety.



GİRİŞ

Sosyal güvenlik; muhtaç duruma düşen fertlerin ve ailelerinin hangi nedenlerle içinde buldukları durumun içine düştüklerine bakılmaksızın, bu fert ve ailelerinin huzur ve refahını sağlayarak insan onur ve haysiyetine yaraşır bir biçimde yaşamalarının sağlanması ve bunun için gerekli bütün önlemlerin alınmasıdır.¹

Sosyal güvenlik hukukun öncelikli kaynağı Anayasadır. Anayasanın 60. maddesinde: "Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar." hükmü vardır. Sosyal güvenlik hakkının Uluslararası temel kaynakları ise: Türkiye'nin 18 Ekim 1961 tarihinde imzalamış ve 16 Haziran 1989 tarihinde onayladığı Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi, Uluslararası Çalışma Teşkilatının 102 Sayılı "Sosyal Güvenliğin Asgari Normlarına İlişkin Sözleşme"dir. Bu sözleşmelerin yanında ülkemizin imzaladığı çok taraflı Uluslararası sözleşmelerde mevcuttur. Anayasa ve Uluslararası Sözleşmeler haricinde primsiz sosyal güvenlik rejiminin uygulamasını sağlayan çeşitli kanun, tüzük, yönetmelik, genelgeler de mevcuttur. Ancak primsiz sosyal güvenlik rejiminin çerçevesini çizen iki temel kanun; 2828 Sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu ve 3294 Sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu' dur.

Bireyler aslında devletin üzerinde ki anayasal görevlerden biri olan sosyal güvenlik hakkından çeşitli koşullarla yararlanırlar. Bireyler içinde buldukları durum ve koşullara göre sosyal güvenlik hakkından ya devlete parasal katkı yatırarak(çeşitli primler yatırarak) ya da hiçbir katkı yatırmadan, finansmanın devlet bütçesinden ya da gönüllü kuruluşlardan sağlanmasıyla (primsiz rejimler) yararlanırlar.²

¹ Tuncay/Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, Güncelleştirilmiş 15.Bası, İstanbul 2012, s.3; Kadir Arıcı/Yusuf Alper, *Sosyal Güvenlik*, 2.Bası, Eskişehir 2013, s.4; Sait Dilik, *Sosyal Güvenlik*, Ankara 1991.s 53.

² Tuncay/Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, Güncelleştirilmiş 15.Bası, İstanbul

I. SOSYAL YARDIMLAR

Sosyal yardımlar; çeşitli nedenlerle kendisinin ve ailesinin temel ihtiyaçlarını karşılayamayan, asgari hayat düzeyini yakalayamamış kişilere muhtaçlık durumları göz önüne alınarak asgari düzeyde hayatlarını devam ettirebilmeleri için, yapılan aynı veya parasal karşılıksız yardımlardır.³Türkiye’nin 18 Ekim 1961 tarihinde imzalamış ve 16 Haziran 1989 tarihinde onayladığı Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi 4 Temmuz 1989 gün ve 20215 sayılı Resmi Gazete’ de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin birinci bölüm 13-14. maddelerinde: “Yeterli kaynaklardan yoksun herkes, sosyal ve sağlık yardımı hakkına sahiptir. Herkes sosyal refah hizmetlerinden yararlanma hakkına sahiptir.” hükümleri yer almaktadır.⁴ Bu hükümle sosyal yardımlardan yararlanma hakkının uluslararası bir korunmaya alınmış olduğunu görüyoruz.

Ülkemizde sosyal yardımlar daha çok 29.05.1986 Tarih ve 3294 Sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu çerçevesinde finansman sağlamaktadır. Yine aynı tarih ile Başbakanlığa bağlı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu kurulmuştur. Fon’un kurulmasında ki amaç sosyal yardımlaşmayı teşvik etmektir. Fon da toplanan yardımlar her il ve ilçede kurulan Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları aracılığıyla ihtiyaç sahiplerine ulaştırılmaktadır. Fona ve Vakfa yapılacak bağış ve yardımlar her türlü vergi, resim ve harçtan muaftır Yapılan yardımların kurumlar ve gelir vergisi matrahından indirilmesi mümkündür.⁵ Ülkemizde yapılan sosyal yardımlar, devleti yardıma iten etkiye göre tazminat ve koruma karakterli olarak karşımıza çıkar. ⁶

2012, s.599;Murat Göktaş/Erden Çakar/Murat Özdamar, *Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Emeklilik ve Primsiz Rejim*, Ankara 2011,s.50;Müjdat Şakar, *Sosyal Sigortalar Uygulaması*, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 10. Bası, İstanbul 2011, s.62.

³ M. Fatih .Uşan, *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları*, Ankara 2009, s.63; Arıcı/Alper, *Sosyal Güvenlik*, s.7.

⁴ http://abmuzakere.bilgi.edu.tr/docs/avrupa_sosyal_sarti_metni.pdf,10/12/2013.

⁵ Hüseyin Akyıldız, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Isparta 2004, s.177.

⁶ Ali Güzel/Ali Rıza Okur/Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Yenilenmiş 14.Bası, İstanbul 2012, s.991.

A. Tazminat Karakteri Taşıyan Sosyal Yardımlar

Sosyal tazmin; bireylerin, devletin görev ve sorumluluğunda olan faaliyetlerinde çalışırken karşılaştıkları tehlikeler ve risklerden dolayı uğradıkları zararların devlet tarafından çeşitli yardımlarla giderilmeye çalışılmasıdır.⁷ Anayasanın 61. maddesinde devlete harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malul ve gazileri korumak ve onlara toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlamak görevi yüklenmiştir. Devlet bu kapsamda bireylerin karşılaştıkları sosyal riskleri tazmin için birçok kanun ve yönetmenlik çıkarmıştır:

- Askeri mevzuat çerçevesinde yapılan sosyal yardımlar
- Vatan hizmetinde bulunmuş İstiklal Madalyası sahipleri ile Kore ve Kıbrıs Savaşlarına katılanlara yapılan yardımlar
- Görevleri nedeniyle yaralanan yahut ölen bazı kamu görevlilerine yapılan yardımlar
- Hiçbir karşılık gözetmeksizin Türk Vatanına hizmet edenlere yapılan yardımlar
- Yabancı ülkelerde Türk kültürüne hizmet eden öğretmenlere yapılan yardımlar

Bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında zarar gören vatandaşlara verilen tazmin nitelikli sosyal yardımların günümüz hayat şartları düşünüldüğünde asgari yaşam yaşam koşullarını sağladığı tartışmalıdır. Anayasanın 61. maddesinin devlete yüklediği sorumlulukları yine anayasanın 65. maddesi: 'Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.' diyerek sınırlandırmıştır. Anayasanın 65. maddesi ile -mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde- yapılacak olan sosyal yardımlarda yönetime tasarruf hakkı verilmiştir.

B. Koruma Karakteri Taşıyan Sosyal Yardımlar

Koruma karakteri taşıyan sosyal yardımlar içinde bulunduğu fiziksel ve ruhsal şartlar dolayısıyla korunması gereken bireylerin veya onların aileleri-

⁷ Ali Nazım Sözer, *Türkiye'de Sosyal Hukuk*, 2.Bası, İzmir 1998 s.29; Uşan, s.64.

nin muhtaçlıklarının azaltılması için yapılan yardımlardır. Bu tür yardımların genel özelliği yardımın yapılması için muhtaçlığın belirlenmiş olması gerekir. Ayrıca ihtiyaçlık durumu ortadan kalkınca yardımlar kesilir. Genellikle durumu belgelendirme esasına dayanmıştır. Muhtaçlık durumuna göre, yapılan yardımlar değişiklik arz eder.⁸ Anayasanın 61. maddesinde sakatların, yaşlıların ve muhtaç çocukların devletçe korunacağı, korumanın sağlanması için de her türlü tedbirin alınacağı belirtilmiştir. Bu kapsamda devlet hangi tür yardımlar yapılacağını, yardımların şartlarını belirleyen birçok kanun ve yönetmenlik çıkarmıştır. Bu kapsamda koruma karakterli sosyal yardımlar ana hatlarıyla şu şekildedir.

- 65 yaşını doldurmuş muhtaç, kimsesiz Türk vatandaşlarına yapılan sosyal yardımlar
- Bakıma muhtaç 18 yaş üstü Türk özür-lü vatandaşlar ile 18 yaş altı bakıma muhtaç özür-lü yakını olan Türk vatandaşlarına yapılan yardımlar
- Fakir ve muhtaç durumdaki vatandaşlara yapılan yardımlar
- Kot kumlama işçilerine yönelik düzenleme (2022 sayılı kanunla getirilen bu düzenlemeden yararlanabilmek için 25.02.2011 tarihinden itibaren üç ay içinde başvuruda bulunmak gerekmektedir.)⁹
- Muhtaç sanatçılara yapılan sosyal yardımlar (3257 sayılı bu düzenleme 5224 sayılı düzenleme ile ortadan kalkmıştır)¹⁰
- Doğal afetlerden zarar görenlere yapılan yardımlar¹¹

Sosyal yardımların muhtaçlık durumuna göre yapıldığını belirtmiştik. Örneğin; Kişilerin özür durumuna göre aldıkları maaş değişiyor. Türkiye de ki işsizlik durumu göz önüne alındığında sağlıklı bireyler dahi iş bulamazken özür-lü vatandaşlarımızın iş bulma olanaklarının ne kadar zor olduğu anlaşılabilir. Tüm özür-lü vatandaşlarımız için bu durum geçerli olduğuna göre aldıkları cüzi miktardaki maaşında özür-lülük oranına göre değişmesi kanımızca sistemdeki eksikliklerden birisidir. Devlet anayasal bir görevle sakatları, yaşlıları ve çocuk-

⁸ Tuncay/Ekmekçi, s.614.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tuncay/Ekmekçi, s.619.

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.Göktaş/Çakar/Özdamar, s.101.

¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.Göktaş/Çakar/Özdamar ,s.102.

ları diğer bireylerden farklı olarak daha özel bir korumaya tabi tuttuğuna göre, özel koruma altına alınmış bireylere yapılan yardımlarda muhtaçlık sınırının baz alınması da (2013 yılı ilk altı ay yaklaşık olarak 119 tl) günümüz yaşam koşullarında, birde içinde buldukları ruhsal veya fiziksel koşullar dolayısıyla yaşamın iyice zorlaştığı vatandaşlarımız açısından önemli sistem eksikliklerindedir.

C. Teşvik Karakteri Taşıyan Sosyal Yardımlar

Devlet vatandaşların sosyal güvenlik hakkından yararlanmalarını sağlarken bireylere sosyal yaşamın bazı yönlerine yönelmesi için burs, kredi gibi çeşitli şekillerde destek sağlar. Devletin bireylere sağladığı desteklere sosyal teşvik denir. Sosyal yardımların içinde incelenen sosyal teşviklerde de muhtaçlık durumu esas alınır. Ancak burada devletin bir faaliyetinden kaynaklı zararı tazmin amacı olmadığı gibi, yararlanan kişilerin özel olarak korunması gereken kişilerden de olması gerekmez. İhtiyaç içinde olmak temel şarttır. Sosyal teşvik şeklinde ki yardımlar:

- Öğretmenliği desteklemeye yönelik yardımlar¹²
- Konut edindirmeye yönelik yardımlar¹³
- Başarılı sporcuları desteklemeye yönelik yardımlar¹⁴

II. SOSYAL HİZMETLER

Sosyal hizmetler, bedenen ya da ruhen bir eksikliğe uğrayan, ya da herhangi bir nedenle muhtaç duruma düşen bireylere, çevrelerine uyum sağlayabilmelerini, insanca yaşayabilmelerini sağlamak amacıyla kamu veya gönüllü özel kuruluşlar tarafından sağlanan hizmetlerdir.¹⁵ Sosyal hizmetlerde de muhtaçlık şartı temel esastır. İhtiyaç devam ettiği sürece hizmet devam eder¹⁶. Finansmanı devlet ya da özel kuruluşlardan sağlanır.

Sosyal hizmetlerden yararlanma hakkı da anayasal bir haktır. Anayasanın

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz.Güzel/ Okur/ Caniklioğlu, s.1004; Gökteş/ Çakar/ Özdamar,s.107.

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz.Güzel/ Okur/Caniklioğlu, s.1004; Gökteş/Çakar/ Özdamar,s.106.

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.1009.

¹⁵ Nüvit Ereğ/Abdurrahman İlhan Oral, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 7.Bası, Eskişehir 2011, s.95.

¹⁶ Arıcı/ Alper, s.7.

61. maddesinde sakatların, yaşlıların ve muhtaç çocukların devletçe korunacağı, korumanın sağlanması için de her türlü tedbirin alınacağı belirtilmekle, sakat yaşlı ve çocukların sosyal yardım hakkı kadar sosyal hizmet hakkından yararlanacağı anlaşılır. Anayasanın 41. maddesinde ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunacağı ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alınacağı belirtilerek sosyal hizmetlerden aile, kadın ve çocukların yararlanacağı belirtilmiştir. Yine anayasanın 58. maddesinde gençlerin alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için devletçe gerekli tedbirlerin alınacağından bahsedilerek sosyal hizmetten gençlerin yararlanacağı belirlenmiştir.

Avrupa Sosyal Haklar sözleşmesinin birinci bölüm 15. maddesi: ‘Özürlü kimseler, özürlerinin nedeni ve niteliği ne olursa olsun, mesleki eğitim, rehabilitasyon ve topluma yeniden intibak hakkına sahiptir’. 16. maddesi: ‘Toplumun temel birimi olarak aile, tam gelişmesini sağlamaya yönelik uygun sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkına sahiptir. 17. maddesi: ‘Medeni hallerine ve aile ilişkilerine bakılmaksızın, analar ve çocuklar uygun sosyal ve ekonomik korunma hakkına sahiptir. İkinci bölüm 13/3. maddesi: ‘Herkesin, kişisel veya ailevi mahrumiyet halini önlemek, gidermek ya da hafifletmek için gerekebilecek öneri ve kişisel yardımları uygun kamusal ya da özel hizmetler eliyle alabilmesini sağlamayı taraf devletler taahhüt eder’ denilerek sosyal hizmetlerden yararlanma hakkından bahsedilip uluslararası bir koruma getirilmiştir.

Sosyal hizmet hakkının anayasaya ve uluslararası sözleşmelere bakıldığında sosyal yardım hakkından daha geniş bir alana sahip olduğu anlaşılıyor.

Sosyal hizmetler, aileler, çocuklar, yaşlılar, gençler, özürülüler güç koşullardaki kadınlar, suçlular gibi sosyal yaşamın her alanında maddi ya da manevi ihtiyaç içinde olan tüm bireyleri kapsadığı için çağdaş sosyal güvenlik sistemlerinin olmazsa olmaz nitelikte ayrılmaz bir parçasıdır.¹⁷ Sosyal hizmetler, 633 sayılı KHK kararname ile Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı bünyesinde oluşturulan müdürlükler tarafından yürütülmektedir. İzlenecek yol ve yöntemler

¹⁷ Arıcı/Alper, s.8./ Uşan, s.71.

ise sağlık hizmetleri dışında genel olarak 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu kapsamındadır.

A. Korunmaya Muhtaç Çocuklara Yönelik Sosyal Hizmetler

2828 sayılı kanuna göre korunmaya muhtaç çocuk; beden, ruh ve ahlak gelişimleri veya şahsi güvenlikleri tehlikede olup; ana veya babasız, ana ve babasız, ana veya babası veya her ikisi de belli olmayan, ana ve babası veya her ikisi tarafından terk edilen, ana veya babası tarafından ihmal edilip; fuhuş, dilencilik, alkollü içkileri veya uyuşturucu maddeleri kullanma gibi her türlü sosyal tehlikelere ve kötü alışkanlıklara karşı savunmasız bırakılan ve başıboşluğa sürüklenen çocuğa denir. 2828 sayılı kanuna göre korunmaya muhtaç çocuğun reşit oluncaya kadar sosyal hizmet kurumlarında bakılıp yetiştirilmesi ve bir meslek sahibi edinilmesi hususunda yetkili mahkemeden(aile mahkemesi- aile mahkemesi olmayan yerlerde aile mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemesi) koruma tedbir kararı alınması gerekir. 2828 sayılı kanuna göre mahkemece koruma kararı alınan çocuklar genel olarak 18 yaşına, öğrenimleri sürüyorsa 25 yaşına, kimsesiz veya yaşamını yalnız başına sürdüremeyecek kız çocukları kendi başlarına yaşayabilecekleri ortamı kazanıncaya kadar, özürlü çocuk ve gençler ise koruma kararı uzatılarak koşullar gerekli olduğu müddetçe, kurum koruması altındadır. Aile ve Sosyal Politikalar İl ve İlçe Müdürlükleri tarafından muhtaç çocuklar için çeşitli hizmetler yürütölmektedir:

- *Çocuk Yuvaları*: 0 - 12 yaş arası korunmaya muhtaç çocuklarla gerektiğinde 12 yaşını dolduran kız çocuklarının, bedensel, eğitsel, psiko sosyal gelişimlerini, sağlıklı bir kişilik veya iyi alışkanlıklar kazanmalarını sağlamakla görevli ve yükümlü yatılı sosyal hizmet kuruluşlarıdır.
- *Çocuk ve Gençlik Merkezleri*: Eşler arası anlaşmazlık, ihmal, hastalık, kötü alışkanlık, yoksulluk, terk ve benzeri nedenlerle sokağa düşerek sosyal tehlike ile karşı karşıya kalan veya sokakta çalışan çocuk ve gençlerin geçici süre ile rehabilitasyonlarını ve topluma yeniden kazandırılmalarını sağlamak amacıyla kurulan yatılı ve gündüzlü sosyal hizmet kuruluşlarıdır.

- *Koruma Bakım ve Rehabilitasyon Merkezi:* Suça yöneldikleri tespit edilen çocukların davranış bozukluklarını gidermek amacıyla rehabilitasyon süreci tamamlanincaya kadar geçici süre bakım ve korunmalarının sağlandığı bu süre içerisinde aile, yakın çevre ve toplum ile ilişkilerinin düzenlenmesine yönelik çalışmaların yürütüldüğü, 7-18 yaş kız ve erkek çocuklara yönelik ayrı ayrı yapılandırılan yatılı sosyal hizmet kuruluşlarıdır.
- *Bakım ve Sosyal Rehabilitasyon Merkezi:* Duygusal, cinsel veya fiziksel istismara uğramış çocukların olumsuz yaşam deneyimlerinden kaynaklanan travma veya davranış bozukluklarını giderme amacıyla rehabilitasyon süreci tamamlanincaya kadar geçici süre bakım ve korunmalarının sağlandığı bu süre içerisinde aile, yakın çevre ve toplum ile ilişkilerinin düzenlenmesine yönelik çalışmaların yürütüldüğü kız ve erkek çocuklara yönelik ayrı ayrı yapılandırılacak yatılı sosyal hizmet kuruluşlarıdır.
- *Yetiştirme Yurtları:* 13 - 18 yaş arası korunmaya muhtaç çocukları korumak, bakmak ve bir iş veya meslek sahibi edilmeleri ve topluma yararlı kişiler olarak yetişmelerini sağlamakla görevli ve yükümlü olan yatılı sosyal hizmet kuruluşlarıdır.
- *Çocuk evleri:* 0-18 yaşlar arasındaki korunmaya muhtaç çocukların kaldığı ev birimleridir.
- *Koruyucu Aile Hizmeti:* Mahkemece korunma kararı alınan korunmaya muhtaç çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi bu kanuna göre kurulmuş kuruluşlarda olduğu kadar kurumun denetim ve gözetiminde bir “Koruyucu Aile” tarafından da yerine getirilebilir. Koruyucu aile, korunmaya muhtaç çocuğun bakımını ve yetiştirilmesini gönüllü olarak üstlenebileceği gibi kurumca tespit edilecek ve ödenecek bir ücret karşılığında da yapabilir.
- *Evlât Edindirme Hizmetleri:* Türk Medeni Kanununun 303-320 maddelerinde sayılan şartlara ve diğer kanun ve yönetmenliklere uygun olarak Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından yürütülür.
- *573 sayılı Özel Eğitim Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Kapsamında Yürütülen Hizmetler:* Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin amacı, özel eğitim gerektiren bireylerin, Türk Milli Eğitiminin genel amaçları ve temel ilkeleri doğrultusunda, genel ve mesleki eğitim görme haklarını kullanabilmelerini sağlamaya yönelik esasları düzenlemektir.(m.1).

B. Korunmaya Muhtaç Yaşlılara Yönelik Sosyal Hizmetler

2828 sayılı kanuna göre; muhtaç yaşlı, sosyal veya ekonomik yönden yoksunluk içinde olup korunmaya, bakıma ve yardıma kişidir. Aile ve Sosyal Politikalar İl ve İlçe Müdürlüklerinin muhtaç yaşlılara yönelik hizmetleri şu şekildedir:

- *Huzur evleri:* Muhtaç yaşlı kişileri huzurlu bir ortamda korumak ve bakmak, sosyal ve psikolojik ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kurulan yatılı sosyal hizmet kuruluşlarıdır.
- *Yaşlı Hizmet Merkezi:* Yaşlı bireylerin yaşam kalitesinin artırılması amacıyla gündüzlü bakım ve evde bakım hizmeti sunmak üzere açılan ve faaliyet gösteren yaşlı hizmet merkezidir.

C. Özürlülere Yönelik Sosyal Hizmetler

2828 sayılı kanuna göre; özürlü, doğuştan veya sonradan herhangi bir hastalık veya kaza sonucu bedensel, zihinsel, ruhsal, duygusal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle normal yaşamın gereklerine uymama durumunda olup; korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyacı olan kişidir.

Bakıma muhtaç özürlü, özürlülük sınıflandırmasına göre resmî sağlık kurulu raporu ile ağır özürlü olduğu belgelendirilenlerden, günlük hayatın alışılmış, tekrar eden gereklerini önemli ölçüde yerine getirememesi nedeniyle hayatını başkasının yardımı ve bakımı olmadan devam ettiremeyecek derecede düşkün olan kişidir. Engelli vatandaşlar için kurum tarafından sunulan hizmetler:

- *Bakım ve Rehabilitasyon Merkezleri:* Bedensel, zihinsel ve ruhsal özürlüleri nedeniyle normal yaşamın gereklerine uymama durumunda olan kişilerin, fonksiyon kayıplarını gidermek ve toplum içinde kendi kendilerine yeterli olmasını sağlayan beceriler kazandırmak veya bu becerileri kazanamayanlara devamlı bakmak üzere kurulan sosyal hizmet kuruluşlarıdır.
- *Aile Danışma ve Rehabilitasyon Merkezleri:* Özürlü çocukları kendi kendine yeterli düzeye getirmek, okul eğitimine hazırlamak ve aile içi uyumu sağlamak amacıyla özürlü çocuklara ve ailelerine hizmet sunan gündüzlü sosyal hizmet kuruluşlarıdır.

D. Kadın-Aile ve Topluma Yönelik Sosyal Hizmetler

2828 sayılı kanun kapsamında, sadece muhtaç yaşlı, çocuk, özürllülere değil ihtiyaç halindeki tüm kişilere çeşitli şekillerde sosyal hizmetler sunulmaktadır.¹⁸

Kadın veya Erkek Konukevleri: Fiziksel, duygusal, cinsel ve ekonomik istismara uğrayan kadın veya erkeklerin psikososyal ve ekonomik problemlerinin çözömlenmesi sırasında varsa çocukları ile birlikte ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla geçici bir süre kalabilecekleri yatılı sosyal hizmet kuruluşlarıdır

Toplum veya Aile Danışma Merkezleri: Toplumun ve ailenin gelişmesi için; bireyin katılımcı, üretken ve kendine yeterli hale gelmesi amacıyla koruyucu, önleyici, eğitici, geliştirici, rehberlik ve rehabilite edici işlevlerini, gerekirse diğer kuruluşlar ve gönüllülerle işbirliği içerisinde sunmakla görevli bulunan gündüzlü sosyal hizmet kuruluşlarıdır.

E. Sağlık Hizmetleri

Anayasanın 17. maddesine göre: ‘Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.’ Anayasanın 56. maddesine göre: ‘Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir. ‘Pozitif statü haklarından biri olan sağlık hakkından yararlanma ölkemizde 224 sayılı kanun,3359 sayılı kanun,3816 sayılı kanunlar gibi¹⁹ çeşitli kanunlarla farklı yararlanma şartlarına tabi tutulmuş olup genel olarak 1 Ekim 2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Kanunu kapsamında yürütölmektedir.²⁰

¹⁸ Tuncay/Ekmekçi, s.630.

¹⁹ Bknz.Gözel/ Okur/ Caniklioğlu,-Tuncay/Ekmekçi.

²⁰ Tuncay/Ekmekçi, s.630 /Gözel/ Okur/ Caniklioğlu, s.1017.

Ülkemizde uygulanan sisteme göre sağlık hakkından yararlanma hakkı genel olarak prim ödeme esasına tabi tutulmuştur. Bizce yaşama hakkı gibi negatif statü hakların oluşması için gerekli olan sağlık hakkının, Anayasal olarak düzenlenip korunduğu da göz önüne alındığında prim esasına bağlı olarak kullanılmaması gerekir. Vatandaşlar gelirleri ne olursa olsun kamu kurumları tarafından sağlık hizmetlerinden ücretsiz yararlanabilmelidir.²¹

Ülkemizde geliri hiç olmayan ya da kanunla belirlenen limitin altında geliri olan kişilerin sağlık hizmetlerinden yararlanabilmesi için bu durumlarını belgelendirip ilgili yerlere kayıt olması gerekir. Durumlarını belgelendiren vatandaşların primleri devlet tarafından karşılanarak sağlık hizmetlerinden yararlanmaları sağlanır. Ancak kendi durumunu tespit ettirip ilgili yerlere başvurmayan kişiler bu şartlar altında sağlık hizmetlerinden yararlanamazlar. Kaynak israfının önüne geçmek düşüncesiyle vatandaşların kamu hastanelerinde verilen sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı kısıtlanmamalı ve kişilerin yaşam hakkının aslında vazgeçilmez bir unsuru olan sağlık hakkından yararlanması her zaman sağlanmalıdır.

SONUÇ

Pozitif statü haklarına baktığımızda bu hakların başında sosyal güvenlik hakkını görürüz. Sosyal güvenlik hakkı kapsamındaki haklardan yararlanma iki şekilde olur. Bireyler ya prim ödeyerek sosyal güvenlikten yararlanır, ya da hiçbir prim ödemediği yararlanır. Primsiz sosyal güvenlik adını verdiğimiz bu uygulama devletlerin gelişmişlik düzeyleri ve mali kaynakları ile doğru orantılıdır. Devlet sosyal güvenlik hakkından vatandaşlarını mali kaynaklarının ölçüsünde yararlandırır.

Ülkemizde primsiz sosyal güvenlik rejimin uygulanmasında görev 03.06.2011 tarihli 633 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameyle genel olarak Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'na verilmiştir. Bakanlık bünyesinde çeşitli alt birimler oluşturularak daha sistemli bir şekilde muhtaç olan olan kişilerin ihtiyaçlarına cevap vermek, ihtiyaçların daha hızlı bir şekilde karşılanması amaçlanmıştır.

²¹ Tuncay/Ekmekçi, s.631.

Primsiz sosyal güvenlik rejiminde amaç ihtiyaç içindeki bireylerin fiziki veya ruhsal durumu ne olursa olsun insanca yaşayabilmelerini, çevreleriyle uyum sağlayabilmelerini sağlamaktır. Primsiz sosyal güvenlik rejimi uygulamalarında esas alınan ölçüt muhtaçlık ölçütüdür. Bireylere muhtaçlıkları sürdürdüğü sürece sosyal hizmet ve yardımlar ulaştırılır. Türkiye’ de primsiz sosyal güvenlik rejimin uygulamalarını sosyal yardım veya sosyal hizmetler şeklinde görüyoruz. Devlet vatandaşlarına, görev ve sorumluluğunda olan faaliyetlerinde çalışırken karşılaştıkları tehlikeler ve risklerden dolayı uğradıkları zararların devlet tarafından karşılanması için tazmin karakterli sosyal yardımlarda bulunduğu gibi, sosyal yaşamın bazı yönlerine yönelmesi için teşvik karakterli sosyal yardımlarda bulunur. Bazen de fiziksel ve ruhsal şartlar dolayısıyla korunması gereken bireylerin veya onların ailelerinin muhtaçlıklarının azaltılması için koruma karakterli sosyal yardımlarda bulunur. Nakdi yardımların dışında korunmaya daha çok muhtaç kadın, yaşlı, özürlü veya çocuğun ihtiyaçlarına göre bakım, sosyal rehabilitasyon, danışmanlık, eğitim sağlık hizmetleri gibi çeşitli sosyal hizmetlerde bulunur.

Ülkemizde sosyal hizmetlerin ve sosyal yardımların yeterli olduğu kanımca söylenemez. Sosyal yardımlarda yapılan ödemeler asgari yaşam koşulları düşünüldüğünde standartların çok altında kaldığı söylenebilir. Sosyal yardım kaynaklarının daha çok artırılması gerekir. Kaynak arttırımı sağlamanın yanında yeşil kart uygulamasında olduğu gibi kaynak israfına düşmemek için yardıma muhtaç kişilere yardımın ulaşması içinde gayret gösterilmelidir. Ancak yardıma muhtaç kişilere yardımı ulaştırmak içinde çok sıkı bürokratik işlemlerden geçilmesini de doğru bulmuyorum.. Sosyal yardım ve sosyal hizmetlerde amaç ihtiyaç içindeki kişinin sıkıntısını gidermek olduğu için yapılan işlemlerin ve kontrollerin daha hızlı olmasını sağlayacak sistemler geliştirilmelidir. Özellikle sağlık hizmeti gibi olmazsa olmaz yaşam hakkının bir parçası sayılan hizmetlere ise belgelendirme koşulu aranmaması gerektiği kanaatindeyim.



KAYNAKÇA

Akyıldız Hüseyin, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Isparta 2004.

Arıcı Kadir/Yusuf Alper, *Sosyal Güvenlik*, 2.Bası, Eskişehir 2013.

Dilik Sait, *Sosyal Güvenlik*, Ankara 1991.

Erek Nüvit/Abdurrahman İlhan Oral, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 7.Bası, Eskişehir 2011.

Göktaş Murat/Erden Çakar/Murat Özdamar, *Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Emeklilik ve Primsiz Rejim*, Ankara 2011.

Güzel Ali /Ali Rıza Okur/Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Yenilenmiş 14.Bası, İstanbul 2012.

Sözer Ali Nazım, *Türkiye’de Sosyal Hukuk*, 2.Bası, İzmir 1998.

Şakar Müjdat, *Sosyal Sigortalar Uygulaması*, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 10. Bası, İstanbul 2011.

Tuncay/Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, Güncelleştirilmiş 15.Bası, İstanbul 2012.

Uşan M. Fatih, *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları*, Ankara 2009.

http://abmuzakere.bilgi.edu.tr/docs/avrupa_sosyal_sarti_metni.pdf,10/12/2013.

“GELENEKTEN GELECEĞE” TÜRKİYE’DE HUKUK EĞİTİMİ

“From Tradition to Future” The Legal Education in Turkey

Oğuz Gökhan AYDIN*

ÖZET

Günümüzde hukuk alanında, anayasa ve hukuk sistemi tartışmalarının bir hayli gölgesinde kalmış lakin en az onun kadar önemli bir nokta da hukuk eğitimidir. Çünkü ne kadar mükemmel bir anayasa yapılırsa yapılsın sonuçta ortaya çıkacak anayasal kurumların birçoğu hukukçular eliyle yürütülecektir. Aynı şekilde ne kadar üst düzey bir hukuk sistemi kurulursa kurulsun yine bu sistemin işlemesi ülkedeki hukukçulara bağlıdır. Yani iyi yetişmemiş hukukçuların elindeki bir anayasanın ve hukuk sisteminin çok da bir önemi olmayacaktır.

Bu gerçekten yola çıkarak en az sistemlerin oluşturulmasına olduğu kadar sistemi işletecek bireylerin eğitimi konusuna da eğilmek gerekir. Bu sebeple, bu makalede ülkemiz hukuk eğitimi sisteminin bazı reformlara ihtiyaç duyduğu konusu üzerinde durulmuştur. Bu çerçevede mevcut hukuk eğitim sistemi değerlendirilmiş ve var olan eksiklikler saptanmıştır. Ardından özellikle Bologna Süreci göz önünde bulundurularak dünyadaki modern eğitim sistemleri irdelenmiştir. Son olarak da rol model olabilecek eğitim sistemleri ışığında hukuk eğitim sistemimiz için çeşitli çözüm önerileri sunulmuş ve açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Eğitim, hukuk eğitimi, hukuk fakültesi, hukukçu, Bologna Süreci.

ABSTRACT

Although it has been overshadowed by discussion of the elaboration of current legal system (in Turkey) and the issuing of a new constitution, law education is as important as previews two. It is well know that no matter how flawless a constitution (or the legal of system of a country) may be, it will put into force by jurists. Therefore, the effectiveness of a legal system depends on lawyers and judges who may fail to enforce

* Ankara Hâkim Adayı, oguzgokhanaydin@gmail.com

insufficient due to their ineffective law education. For this reason, training of lawyers is as important as the issuing of a constitution.

Hence, this article aims to present the reasons an urgent reform in law education. First, the current system about legal education that has been discussing the existing problems was determined. Then the systems of some countries particularly with consideration of Bologna Process were examined. Finally, in the lights of modern education systems some solution proposals were suggested.

Key Words: Education, legal education, law school, lawyers, Bologna Process.



GİRİŞ

Her toplum, ideal devlet düzenine ulaşmayı hedefler. Hiç kuşkusuz ki bu konuda da en önemli nokta kuvvetler ayrılığı prensibidir. Çünkü günümüzde demokratik, adil, sistemli kısacası ideal devlet düzeni için bu prensip çok önem arz etmektedir. Yasama, yürütme ve yargı erklerinin birbirinden ayrılması olarak kısaca tanımlayabileceğimiz kuvvetler ayrılığı prensibi için şu netlikle söylenebilir ki bu üç saç ayağından en hayati olanı yargıdır¹. Nitekim yargı, hem devletle bireyler arasındaki, hem bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerde etkin rol oynamaktadır. Bu sebeple, bu kadar etkin ve hayati bir kurumun ciddiyetle ele alınması ve daha da önemlisi yetkin, nitelikli, donanımlı kısacası iyi yetişmiş kişilerce yürütülmesi gerekir. Yani sistemin iyi işlemesi ancak iyi yetiştirilmiş insanlar sayesinde olacaktır.

Peki, bu nitelikli insanlar nasıl yetiştirilecektir? Elbette ki etkin ve yeterli bir hukuk eğitimi sayesinde olacaktır. Bu nedenle adalet sistemlerini sağlam temellere oturtmak isteyen ülkeler, öncelikle hukuk eğitim sistemlerini mükemmele yakın şekilde dizayn etmek zorundadırlar.

I. HUKUK EĞİTİMİ

Günümüzde hayatın çok hızlandığı, değişimlerin ve kırılmalarının çok hızlı gerçekleştiği bilinen bir gerçektir. Hangi toplum değişime daha çabuk ayak uydurursa, o toplum gelişmektedir. Yani artık güç asker sayısı veya toprakla-

¹ MUTLU, Latif, “ Hukuk Eğitimi Nasıl Olmalı”, *Güncel Hukuk Dergisi*, Ekim 2011, Sayı 10 s.14.

rın büyüklüğüyle değil teknolojik, ekonomik, siyasal gelişmişlikle orantılı hale gelmiştir.² Dünya'nın bu denli hızlı dönüşünden her ülke farklı şekillerde etkilenmektedir. Kimi ülkeler değişimi bizzat yaşayan ve değişimle birlikte en önde giden ülkeler olurken kimi ülkeler de bu öncü ülkelerin peşinden gitmektedir ve kimi ülkeler de en arkada kalanlar olarak sadece gelişmeleri izlemekle yetinmektedirler. Bu konuda konumları ne olursa olsun her ülkenin nitelikli insan gücüne ihtiyaç vardır. Gelişmiş ülkeler dediğimiz ve değişimde öncü olan ülkeler bu öncü statülerini korumak ve bu yolda gerekli olan AR-GE çalışmalarını yapabilmek için mutlaka kalifiye insanlara ihtiyaç duyarlar. Öte yandan gelişmiş mertebesine ulaşmak için çabalayan gelişmekte olan ülkelerin de bu gayeleri için en önemli ihtiyaçları iyi yetişmiş bireylerdir. Aynı şekilde az gelişmiş ülkeler de içinde buldukları durumdan bir an önce kurtulmak ve değişen dünyayı yakalamak için kalifiye bireylere ihtiyaç duyarlar. Görüldüğü gibi gelişmişlik düzeyleri ne olursa olsun tüm toplumlar için ortak olan bir ihtiyaç ve hedef vardır, “o da iyi yetişmiş, nitelikli bireylerdir”. Bu hedefe ulaştıracak tek yol da eğitimidir.

Eğitimin tanımını çok farklı şekillerde yapmak mümkündür. Yapılabilecek onlarca farklı tanım olmasına rağmen, eğitimin insan hayatı için çok önemli bir yeri olduğu mevzusu tartışmasız bir gerçektir. Biz eğitimi kısaca bireylere ruhsal, zihinsel ve fiziksel gelişiminde yardımcı olan ve bireye iyi davranışlar kazandırmayı amaçlayan süreç olarak tanımlayabiliriz.³ Eğitimin temel amacı ise sorumluluk ve kişilik sahibi bireyler yetiştirmek olmalıdır.⁴ Öte yandan bazı yazarlar bahsettiğim eğitim kavramı yerine öğretim kavramını kullanmayı tercih etmektedirler.⁵ Bu kullanımın yanlış olduğu söylenemez, çünkü eğitim, öğretimi de kapsayan bir süreçtir ayrıca çoğu zaman da eğitim ve öğretim kavramları iç içe geçmiştir.⁶ Nitekim önemli olan “bireyin yetiştirilmesi” kavramı-

² ÖZTÜRK, Hakan, “Hukukçuların Eğitimi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, Nisan 2010, Sayı 1 s. 168.

³ ÖZTÜRK s. 169.

⁴ ARAL, Vecdi, “Eğitimde Amaç”, *Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan*, İstanbul 2000, s. 29 - 30.

⁵ ATAY, Cevdet, “Hukuk Öğretimi ve Hukukçu Eğitimine Bakış Sorunları ve Çözüm Önerileri”, www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/hukuk%20fakültesi/cevdetatay.doc (erişim tarihi: 07.06.2014).

⁶ KARAYALÇIN, Yaşar, *Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metot-Problem Çözme*, genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2001, s.8 vd.

dır ve gerek eğitim gerekse öğretim bu sürecin bir parçasıdır.

Bu bilgiler ışığında söyleyebiliriz ki hukuk da, her şey gibi toplumla birlikte değişmektedir. Hatta hukuk doğrudan toplumun içinde yaşayan bir varlıktır ve dolayısıyla değişmelerden ve gelişmelerden dolaylı olarak değil doğrudan etkilenmektedir. İşte bir hukukçunun da bu gelişim ve değişimleri yakalayamamış olması asla kabul edilemez. Bu noktada hukuk eğitiminin ne kadar önemli olduğu, öte yandan ise doğru olmayan veyahut doğru uygulanamayan bir eğitim sisteminin ne gibi zararlara neden olacağı çok açıktır. Sorunsal devlet düzeninden, halk düzenine indirgediğimiz zaman arz ettiği önemi daha net anlamamız mümkündür. Çünkü yaşanılabilir bir toplum için olmazsa olmaz özelliklerin başında “adalet” gelir. Bireylerin vicdanlarında adalet duygusu ne kadar gelişmiş olursa olsun ve toplumun adalet sistemi ne kadar mükemmel olursa olsun onun uygulayacak bilgi ve niteliğe sahip hukukçular olmazsa adaletin gerçekleşmesi mümkün olmayacaktır.⁷ Dolayısıyla toplumlar adalet uygulayıcılarını en iyi şekilde yetiştirmek zorundadırlar. Fakat burada şu konu dikkat edilmelidir, toplumların ihtiyacı sadece çok iyi uygulayıcı vasfını taşıyan bireyler değildir ki bu bireylere “hukukçu” değil ancak birer “hukuk teknisyeni” denilebilir.⁸ Buna binaen diyebiliriz ki hukuk eğitimin amacı asla iyi birer uygulayıcı yetiştirmek değildir. Hukuk eğitiminin amacı,

- İyi bir hukuk bilgisine sahip
- Hukuk kurallarını en iyi şekilde yorumlayabilip, olaylara uygulayabilen
- Önüne gelen bir olayı hakkaniyet çerçevesinde çözüme kavuşturabilen
- Muhakeme yeteneği fevkalade gelişmiş, sorgulayan, araştıran, yeniliklere açık,
- Kendini ve görevini olumsuz yönde etkileyecek hiç bir baskı ve görüşün tesiri altında kalmayan
- İdealist, mesleğini ve ülkesini seven, mesleki ideallerini her daim kendi çıkarlarından üstte tutan bireyler yetiştirmektir.⁹

⁷ AKINCI, Şahin, “Hukuk Eğitimi Üzerine Düşünceler”, *S.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 9, sayı 1 - 2, 2001 s.9.

⁸ KARAYALÇIN, s. 38; ÖZTÜRK, s. 173.

⁹ AKINCI, s. 9.

Öte yandan 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu’nun 35. Maddesi hukuk eğitimi çerçevesinde yorumlarsak, şu sonuçlara ulaşabiliriz:

Hukuk yükseköğreniminin amaçları,

1. Öğrencileri kabiliyetleri ölçüsünde ve doğrultusunda yurdumuzun bilim politikasına ve çeşitli kademelerdeki insan gücü ihtiyaçlarına göre yetiştirmek;
2. Hukuk alanında bilimsel öğretim yapmak;
3. Hukuku ilgilendiren bilimsel, teknik ve kültürel sorunları çözmek için bilimleri genişletip derinleştirecek inceleme ve araştırmalarda bulunmak;
4. Hukuk alanında araştırma ve incelemelerinin sonuçlarını gösteren, bilim ve tekniğin ilerlemesini sağlayan her türlü yayınları yapmak;
5. Hukuk bilimi ile ilgili Türk toplumunun genel seviyesini yükseltici ve kamuoyunu aydınlatıcı bilim verilerini sözlü, yazılı ile halka yaymak ve yaygın eğitim hizmetlerinde bulunmaktır.¹⁰

II. DÜNYA’DA HUKUK EĞİTİMİ

Nasıl ki ülkelerin yönetim sistemleri birbirlerinden farklılık gösteriyorsa, aynı şekilde de eğitim sistemleri farklılık gösterir. Bu konu hukuk eğitimi için de geçerlidir. Tüm dünya üzerinde ortak ideal bir sistemin bulunması elbette mümkün değildir. Her ne kadar iletişim olanaklarının bu denli gelişimi ve haliyle etkileşimin bu denli artması belli noktalarda benzerlikler oluşmasına sebep olmuşsa da yine de her ülkenin kendine özgü bir sistemi mevcuttur. Bu sistemler içinde hiç birine bu en mükemmelidir diyemeyiz. Çünkü her ülkenin bireylerinin fikri yapıları ve toplumlarının tarihi süreçleri birbirinden farklıdır ve doğal olarak da bir ülke için “ideal” olan bir başka ülke için “felaket” olabilir. Bu yüzden önemli olan bir ülkenin sisteminin yapısı değil, o sistemin ülkede uygulanabiliyor ve hedeflenen sonuçları doğuruyor olmasıdır.

¹⁰ ÇİÇEK, Cemil, *Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi, Uluslar arası Toplantı*, Ankara 2003, TBB Yayınları, Birinci Baskı, s. 14-15.

Burada her ülkenin eğitim sistemini uzun uzun anlatmaktan ziyade, ülkelerin hukuk eğitimleri konusundaki özgün ve bizim ülkemiz sistemini ilgilendirebilir nitelikteki özelliklerine temas edilmesi uygun olacaktır.

A. Amerika

Amerika, hiç şüphesiz hukuk eğitimi konusunda isim yapmış ülkeler içinde en farklı ve en özgün sisteme sahip olanıdır. Bilindiği gibi Amerika’da hukuk okuyabilmek için öncelikle 3 ya da 4 yıllık başka bir fakülte(college) okumuş olmak gerekmektedir. Ayrıca hukuk fakültesine başvuran kişilerin LSAT(*Law School Admission Test*) adı verilen özel yetenek testini geçmesi gerekmektedir.¹¹

Üç yıl olan eğitim süresinin kuşkusuz bizden en farklı yönü taktır sistemi-nin çok az uygulanıyor olmasıdır. İlk yıllarda öğrencilere hukuk hakkında genel bilgiler verildikten sonra, “klinik sistemi”¹² adı verilen metot uygulanmaya başlanmaktadır. Bu metodu kısaca açıklamak gerekirse, az sayıda öğrencinin katılımıyla(15-20 kişilik) sınıflar halinde yapılan, öğrencilerin kendine verilen hukuki problemlere kendi başlarına cevaplar aradığı, genellikle Sokrat usulü tüme varım tekniğinin kullanıldığı yani öğrencilerin doğrudan aktif olarak rol aldığı öğretim tekniğidir. Genellikle bu tür dersleri tecrübeli hâkim ve savcılar verirken, hocaların temel işlevi öğrencilere verilen somut olay hakkında zor ve kapsamlı sorular sorarak onları sorgulamaya sevk etmek, öğrencilere doğru cevaba giden düşünme ve yorum tekniklerini öğretmektir. ¹³ Bu eğitim sisteminin çok faydalı olduğu açıktır, nitekim bir hukukçu için en kritik konu olan sorgulama ve yorumlama işlevi öğrencilere en iyi şekilde kazandırılmakta, bu yapılırken de aynı zamanda öğrencinin aktif olarak derslere katılarak teoride öğrendiği konuları uygulama alanı bulması sağlanmaktadır. Öte yandan dersleri tecrübeli hâkim ve avukatların vermesi, bu kişilerin doğrudan uygulamanın içinde bulunmaları ve güncel hukuktan kopuk olmamaları sebebiyle öğrenciler için çok yararlı olmaktadır.

¹¹ ÖZTÜRK, s. 174.

¹² HACIOĞLU, Caner, “Adalet Reformu İçinde Hukukçuların Yetiştirilmesinde Klinik Eğitim Zorunluluğu ve Klinik Eğitim Anlayışı”, *Atatürk ÜHF. Dergisi*, cilt 5, Sayı 1–4, 2001, s. 93.

¹³ CHODOSH, Hiram, “Hukuk Eğitimi: Trendler, Sorunlar ve Stratejiler”, *Selçuk Üniversitesi HFD. cilt 9, sayı 1–2, 2001, s. 330.*

Amerika’da hukuk eğitiminin bir diğer önemli özelliği yüksek harç miktarlarıdır. 20 kişilik sınıflar halinde ders yapabilmeyen maddi külfeti düşünüldüğünde bu sonucun olması normaldir. Ayrıca Amerika’da çoğu ülkeden farklı olarak hukuk fakültesinde devam zorunluluğu vardır ve bu konuya hassasiyetle dikkat edilmektedir.

B. İngiltere

İngiltere’de hukuk eğitimi konusunda tek tip bir model yoktur. Özellikle Oxford ve Cambridge gibi köklü üniversitelerin kendilerine has eğitim modelleri bulunmaktadır. İngiltere için kuşkusuz en ilginç konu hukukçu olmak için illa ki hukuk fakültesi bitirmeye gerek olmadığıdır. Üç farklı süreçten geçilerek hukukçu olmak mümkündür:

1. Öğrenciler hukuk fakültesinde üç yıl hukuk eğitimi ardından da bir yıllık mesleki eğitim adı verilen sürece tabi tutulur. Son olarak da iki yıl boyunca bir hukukçunun yanında bulunarak, bizim staj adını verebileceğimiz dönemi başarıyla tamamlamaları gerekir. Yani altı yıl süre üç kademeli bir eğitimin ardından hukukçu olunmaktadır, Bu yol İngiltere’de en klasik ve en çok kullanılan hukuk eğitim sürecidir.
2. Hukuk dışı bir fakülte bitirdikten sonra, bir öğrenci dilerse eğitimine hukuk alanında devam edebilir. Bunun için öncelikle bir yıllık dönüşüm sürecini başarıyla geçmesi gerekmektedir. Bu bir yılı başarıyla geçen öğrenci üç yıllık hukuk fakültesi bitirmiş statüsünde olur ve bir yıl mesleki eğitim ve ardından iki yıl staj sonrası hukukçu olur.
3. Bu yol üstteki ikisine nazaran istisnai niteliktedir. Çünkü esasen bu süreçte üniversite bazında bir eğitim dönemi yoktur; uzun yıllar bir hukukçunun yanında çalışmış bir kişi dilerse bu hususta yapılan sınava girerek hukukçu olabilmektedir. Yani İngiltere’de hiç üniversite eğitimi görmeden sadece bir sınav sonucunda hukuk diploması sahip olmak mümkündür.¹⁴

¹⁴ LONBAY, Julian, *Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi, Uluslar arası Toplantı*, Ankara 2003, TBB Yayınları, Birinci Baskı, s. 147-148.

İngiltere’de var olan çeşitli eğitim metotlarının içinde en önemli olanı, Cambridge ve Oxford’da da uygulanan, “tutorial system” adıyla anılan sistemdir. Bu sistemde öğrencinin derse devam zorunluluğu yoktur ve eğitimi konusunda geniş bir özgürlüğe sahiptir. Ama her öğrenci kendine tutor (bir tür danışman) adı verilen bir akademisyenle çalışmak zorundadır.¹⁵ Belli aralıklarla öğrenci danışmanını ziyaret etmekle ve çalışmalarını değerlendirmekle mükelleftir. Danışman ise öğrenciye yazılı ödevler vermek ve onu kontrol etmek zorundadır. Bu şekilde de öğrenci öğrenim sürecinde aktif hale getirilmektedir.¹⁶

C. Fransa

Fransa’da herhangi bir hukuk fakültesine kaydolmak için bakalorya (baccalauréat) almak yeterlidir. Yani üniversiteye giriş için herhangi bir sınavı geçmeye gerek yoktur. Öte yandan Fransız yükseköğretim sisteminde büyük önemi olan ve ülkenin en iyi öğrencilerinin eğitim aldığı Grandes Ecole’lerin hiç biri hukuk eğitimi için ayrılmamıştır.¹⁷ Dolayısıyla bakaloryasını almış her öğrenci bir hukuk fakültesinde okuyabilir. Elbette bunun sonucunda birçok vasıfsız öğrencinin hukuk fakültesine gelmesi ve eğitim kalitesinin düşmesi sonucu doğması olağandır. Bu sorunu çözmek için hukuk eğitimi sürecinde çeşitli aşamalarda eleme sistemleri öngörülmüştür. Bu sayede de vasıfsız olarak fakülteye girenin mezun olmasının önü kesilmiştir.

Eğitim metotları konusuna baktığımız zaman, Türkiye’deki metotlarla büyük benzerlikler olduğu görülmektedir. Fransa’da da kalabalık sınıflarda, öğretim üyesinin daha aktif olduğu takdir usulüne dayalı klasik eğitim metodu uygulanmaktadır. Dersler dönemliktir, geçme notu ise 10/20’dir.¹⁸ Ama ülkemizden farklı olarak Fransa’da haftada 3 saat olarak uygulanan zorunlu seminer dersleri vardır. Bu derslerde öğrenciler genellikle bir asistanın gözetimi altında somut vakıya çözümü yaparlar. Her ne kadar ülkemizdeki pratik ders

¹⁵ ÖZTÜRK, s. 174.

¹⁶ ÖZTÜRK, s. 174.

¹⁷ DREIFUSS-NETTER, Frédérique, *Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi, Uluslar arası Toplantı*, Ankara 2003, TBB Yayınları, Birinci Baskı, s. 142.

¹⁸ DREIFUSS-NETTER, Frédérique, a.g.e. s. 146.

sistemine benzemekte ise de öğrencilerin daha aktif katılımı ve asistanların sadece yol gösterici olmaları yönleriyle bizden ayrılmaktadır.

Fransa’da yükseköğretim çok kısa zaman önce reforma uğramıştır. Buna göre yıllardır uygulanmakta olan üç basamak(cycles) sistemi yerini modern 3+2 sistemine bırakmıştır. Fakat yine de basamak sistemi pratikte sürmektedir. Bu basamaklar hem yukarıda bahsettiğim eleme işlevi görmekte hem de geçilen her basamak farklı meslekleri yapabilme imkânı doğurmaktadır. Üç sene süren ilk basamakta (premier cycle) öğrencilere temel hukuk, politika ve ekonomi bilgileri verilir. Bu basamağa lisans (licence) adı verilmektedir. İkinci basamağa (second cycle) geçebilmek için yapılan sınavı geçmek ve genel eğitim derecesi (DEUG mention droit) adı verilen diplomayı almak gerekmektedir. İkinci aşamaya geçebilmek çok kolay değildir, nitekim de öğrencilerin sadece 1/3’ü bu aşamaya geçebilmektedirler.¹⁹ İkinci aşama iki sene sürmektedir ve öğrencilere hukuk alanında uzmanlık eğitimi verilmektedir. Bu aşamanın ilk senesi daha genel eğitim verilen birinci mastırdır (master 1). İkinci sene daha çok uzmanlığa yöneliktir ve ikinci mastır(master 2) olarak adlandırılmaktadır. Fransa’da ilk iki basamağı bitirmiş olmak hâkimlik, avukatlık gibi meslekleri yapabilmek için yeterli değildir, onun için mutlaka mesleki eğitim veren eğitim kurumlarına devam etmek gerekmektedir. Öte yandan bu beş yılı bitiren öğrenciler dilerlerse devlet memuru olabilmek için açılan sınavlara girebilirler.²⁰

Mastır’dan sonra eğitime devam etmek isteyen öğrenci için Fransa’da mesleki eğitim veren birçok eğitim kurumu mevcuttur.²¹ Hâkim veya savcı okulu (Ecole Nationale de la Magistrature, ENAM) ve avukatlık okulları (Ecole de Formations du Barreau, EFB) bunların en çok tercih edilenleridir. Bu okullara girebilmek için çok kapsamlı bir sınavı geçmek gerekmektedir ve gerçekten de bu sınav çok zordur, öyle ki örneğin hâkim savcı okuluna (ENAM) girebilmek için her sene başvuran ortalama 4000 adaydan sadece 100 tanesi bu okula alınmaktadır.²²

¹⁹ OĞUZ, Arzu, “Hukuk Eğitiminde Son Gelişmeler ve Karşılaştırmalı Hukukun Hukuk Eğitimindeki Rolü”, *AÜHF. Dergisi* sayı 4, 2003, s. 2; DREIFUSS-NETTER s. 143.

²⁰ OĞUZ, s. 4 ; DREIFUSS-NETTER, s. 143.

²¹ ÖZTÜRK, s. 177.

²² ÖZTÜRK, s. 177.

D. Almanya

Bir federal devlet olan Almanya’da tüm federe devletler tarafından ortak uygulanan bir eğitim programı yoktur. Federal Parlamento’nun(Bundestag) çıkardığı ve 01.07.2003’ten itibaren yürürlükte olan Hukukçu Eğitimi Reformu Yasası(Gesetz zur Reform der Juristenausbildung), hukuk öğrenimine ve staj eğitimine ilişkin genel kuralları belirlemiştir. Federal düzeyde bir yasa olan bu düzenleme sadece bir çerçeve hükmündedir. Her eyalet de bu kanuna göre yapacakları düzenlemeyle kendi sistemlerini oluşturup, uygulayacaktır.²³

Ortalama beş yıllık bir lisans eğitiminden sonra tüm eyaletlerdeki hukuk öğrencileri 1. Devlet Sınavı(Erstes Juristisches Staatsexamen) diye adlandırılan bir sınavı geçmek zorundadırlar. Bu sınav çok kapsamlıdır ve bir öğrenci en fazla iki kez girebilmektedir. Görüldüğü gibi Almanya’da da tıpkı Fransa’da olduğu gibi ağır bir eleme sistemi mevcuttur. Bazı verilere göre, Almanya’da hukuk eğitimine başlayanların ancak %25’i okullarını bitirip 1. Devlet sınavını başarıyla verebilmektedir.

Almanya eğitim sisteminin belki de en özgün yanı staj programlarıdır. Diğer birçok ülkenin aksine Almanya’da hâkimlik ve avukatlık için ayrı stajlar yoktur. Mezun öğrenci tek tip bir staj yapar, staj sonunda 2. Devlet sınavını da başarıyla geçerse ikinci lisansını alır ve hâkimlik mesleğini icra hakkını kazanır. Aynı zamanda da avukatlık yapabilme ruhsatını alır. Görüldüğü gibi hem avukatlar hem de hâkimler aynı stajı yapmaktadır. Hiç kuşkusuz bunun birçok olumlu yanı vardır. Böyle ortak bir staj programının uygulanması mesleklerin şeffaflığı açısından çok önemlidir. Yani bir avukat hâkimin ve savcının nasıl çalıştığını bilirse, kendi mesleğini en iyi şekilde icra edebilir. Aynı şekilde de hâkim ve savcı da avukatlık mesleğinin gerekliliklerini ve zorluklarını bilirse mahkemede avukatlarla daha iyi bir şekilde iletişimi kurabilir.²⁴

E. İsviçre

İsviçre çok büyük bir ülke olmamasına karşın hukuk alanında en çok et-

²³ SERT-ÇELİK, Çiğdem, “Almanya’da Hukuk Eğitimi ve Stajyerlik”, *TBB Dergisi*, sayı 54, 2004 s. 340.

²⁴ SERT-ÇELİK, s. 341.

kileşim halinde olduğumuz ülkelerin başında gelmektedir. Fakat bu etkileşim ağırlıklı özel hukuk kanunlarının iktibas şeklinde olmuş eğitim alanında pek gerçekleşmemiştir.

İsviçre’de hukuk öğrenimi iki basamaktan oluşmaktadır. İlk basamak üç yıl sürmektedir. İlk yıl, temel hukuk bilgilerinin yanında, felsefe, sosyoloji ve ekonomi gibi alanlarda dersler verilirken ikinci ve üçüncü yıllarda daha çok hukuk ağırlıklı dersler verilmektedir. Fakat bu eğitim asla uzmanlık düzeyinde değildir. Üç yılı başarıyla bitiren öğrenci dilerse devletin açtığı memur sınavlarına girebilir ve memur olabilir. Ancak hâkim, savcı, noter veya avukatlık gibi meslekler icra etmek istiyorsa ikinci basamağa geçmek zorundadır.

İkinci basamak (maîtrise) daha çok uzmanlaşmaya yönelik olup, birçok alan mevcuttur. Fakat temelde 90 kredilik ve 120 kredilik olmak üzere iki çeşit maîtrise eğitimi vardır. Öğrenci dilediğini seçebilir. 90 kredilik olan daha çok teorik hukuk alanında iken, 120 kredilik maîtrise uygulama alanlı bir bölümdür. Yani hâkim veya savcı olmak isteyen 120 kredilik maîtrise aşamasını geçmek zorundadır. İkinci basamak için öngörülen eğitim süresi iki yıldır, lakin öğrenci dilerse ve başarabilirse bir dönem içinde daha fazla kredi alarak daha erken sürede okulu bitirebilir.

F. İspanya

Şu bir gerçektir ki İspanya hukuk alanında isim yapmış bir ülke değildir, öte yandan da eğitim sistemi olarak çok özgün bir yapıya sahip değildir. Lisans eğitimi diğer çoğu Avrupa ülkesinin aksine 5(beş) yıldır ve gerçekten çok çetrefilli bir süreçtir bu.²⁵ Ama esas zor olan lisans eğitiminden ziyade hâkimlik ve savcılığa giriş aşamasıdır. Şöyle ki tüm hukuk fakültesi mezunlarının hâkim ve savcı olmak için öncelikle bir kamu sınavını geçmek zorundadırlar. Bu sınav hâkim ve savcılar için ortak uygulanır ve mesleğe seçilme sürecinin ilk ayağıdır.²⁶ Bu sınavın en dikkat çekici özelliği aşırı derecede zor olmasıdır. Çünkü öğrenciler bu sınav için genellikle 4 senelik bir hazırlık süreci geçirmektedirler.

²⁵ ŞAHİNKAYA, Yalçın, “ İspanya’da Hâkim ve Savcıların Eğitimi ”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, Temmuz 2010, Sayı 2 s. 171.

²⁶ ŞAHİNKAYA, s. 167.

Bu gerçekten uzun bir süreçtir lakin şöyle de bir artışı vardır, öğrenciler bu hazırlık sürecinin genellikle bir hâkimle geçirirler.²⁷ Yani hâkimler mesai saatleri dışında sınava hazırlanan öğrencilere yardımcı olur ve onları çalıştırır. Çalıştırdığı birinin hakim veya savcı olması bir hakim için önemli bir prestij kaynağıdır. Görüldüğü gibi hâkim ve savcı olmak İspanya’da bir hayli zor ve uzundur ama bu süreci aşabilen bir bireyin vasıfsız olma ihtimali yoktur, bu sebeple zor da olsa olumlu sonuç veren bir sistemdir.

İspanya’da bir diğer dikkat çeken nokta avukatlık eğitimidir. Orada da tıpkı ülkemizde olduğu gibi yıllardır avukatlık eğitimi üzerine tartışmalar yapılmaktadır. Bu tartışmalar neticesinde de 24/2006 sayılı kanunla avukatlık eğitimi konusunda ciddi değişiklikler yapılmıştır ve bu kanun 30 Ekim 2011’de yürürlüğe girmiştir. Önceki sistemi ve yeni oluşturulan sistemi kısaca açıklamak gerekirse, önceden avukat olabilmek için tek yapılması gereken hukuk fakültesini bitirmek ve BARO’ya yıllık (200-600 € arası değişen) aidat ödemektir. Öte yandan yapılan değişiklikle artık bu sistem ortadan kaldırılmış ve avukat olmak isteyenlere yüksek lisans zorunluluğu ve akabinde avukatlık sınavını geçme şartı getirilmiştir. Görüldüğü gibi bu çok radikal bir değişikliktir. Bu sistemle avukatların daha vasıflı ve hukuk alanına daha hâkim olarak mesleklerine başlamaları istenilmektedir. Ayrıca yüksek lisans aşaması okullar ve BARO tarafından ortaklaşa uygulanacaktır, bu da avukatlara uygulama yapma ve piyasayı tanıma imkânı verecektir.²⁸

G. Japonya

Japonya, hukuk eğitimi konusundaki tartışmalar yönüyle belki de bize en çok benzeyen ülkedir. Japonya’da ulusal okullar, kamu okulları ve özel okullar olmak üzere üç tür okul bulunmaktadır.²⁹ Tüm okullar aynı müfredata sahip olmalarına rağmen birbirinden farklı uygulamalara imza atabilmektedir. Bu sorun ülkede belki en az hukuk öğrencilerini etkilemektedir çünkü hukuk fa-

²⁷ ŞAHİNKAYA, s. 169.

²⁸ PEREZ, Luis I. Gordillo, *Uluslar arası Boyutuyla Hukuk Eğitimi ve Avukatlık Mesleğine Giriş Sempozyumu*, Ankara 2008, TBB Yayınları, Birinci Baskı, s. 259.

²⁹ UÇAR, Rezzan; UÇAR, Halil İbrahim, “Japon Eğitim Sistemi Üzerine Bir İnceleme: Çeşitli Açılardan Türk Eğitim Sistemi İle Karşılaştırma”, *Yüzüncü Yıl Üniversitesi Elektronik Eğitim Fakültesi Dergisi*, cilt 1, sayı 1, s. 5.

kültesi öğrencilerinin %72’si özel okullarda okumaktadır.³⁰

Hukuk sistemi olarak ağırlıklı bir şekilde Almanya’nın etkisinde kalan Japonya, hukuk eğitimi konusunda Amerika’dan etkilenmiştir. Amerika’da “law school” adı verilen sistem, çok benzer bir şekilde Japonya’da da uygulanmaktadır. Fakat bu uygulama çok ağır bir şekilde eleştirilmeye başlanmıştır. Çünkü bilindiği gibi Amerika’daki sistem daha çok yargıç yetiştirmeye yöneliktir, lakin Japonya’nın en büyük eksikliği avukatlık hususundadır. Bugünlerde Japonya’daki avukat eksikliği ciddi boyutlara ulaşmıştır, çarpıcı bir örnek vermek gerekirse, Japonya’nın nüfusu Fransa’nın iki katı olmasına rağmen avukat sayısı Fransa’daki avukat sayısının yarısından azdır. Ayrıca Japonya’da hiç avukatın olmadığı küçük şehirler mevcuttur ki bu da bir hukuk devleti için asla kabul edilemeyecek bir durumdur.³¹

Tabi ki Japonya’daki bu sorunun doğmasında tek etken Amerikan sisteminin uygulanıyor olması değildir. Japonya’da öğrencileri hukukçu yapan asıl etmen eğitim değil, sınavlardır. Hukuk fakültesi öğrencileri eğitimlerinin her aşamasında çok çetin sınavları vermek zorundadırlar. Özellikle de avukatlık ruhsatı için geçilmesi zorunlu olan sınav içlerinde en zor olanıdır, öyle ki tüm hukuk fakültesi mezunları arasında bu sınavı kazanma oranı %3’tür.³²

III. BOLOGNA SÜRECİ VE ETKİLERİ

21. yüzyıla girerken teknoloji ve bilimsel altyapı olarak Amerika’nın çok gerisinde olduğunun farkına varan Avrupa, çözümünü yükseköğretim kurumlarının yeniden yapılandırılmasında olduğu görüşüne varmıştır.³³ Bu amaçla 1998 yılında Sorbonne’da toplanan İngiltere, Fransa, Almanya ve İtalya milli eğitim

³⁰ TÜRK, Ahmet, “Türk ve Japon Eğitim Sistemlerinde İlköğretim Kademesinin Karşılaştırılması” <http://www.egitimhane.com/turkiye-ile-japonya-egitim-sistemi-arasindaki-farklar-k201-0.html> (erişim tarihi 07.06.2014).

³¹ DEGUCHI, Masahisa tarafından 17 Mayıs 2007 tarihinde Marmara Üniversitesi’nde verilen “*Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Japon Hukuku’nun İktibas ve Aktarımı*” konulu konferanstan aktarılmıştır.

³² TBB Uluslar arası İlişkiler ve AB Merkezi, Dünya Ülkelerinde Hukuk Eğitimi ve Avukatlık Stajı, <http://eski.barobirlik.org.tr/ui/birim/belgeler/DUNYA%20ULKELERINDE%20HUKUK%20EGITIMI%20VE%20AVUKATLIK%20STAJI.pdf> (erişim tarihi: 07.06.2014).

³³ Bologna’dan Bergen’e, Bologna Süreci ve Çukurova Üniversitesi, <http://www.cu.edu.tr/content/asp/turkish/duyuru.asp?id=5561> (erişim tarihi: 07.06.2014).

bakanlarının yayınladığı Sorbonne Bildirgesi’yle tohumu atılan oluşum, bir sene sonra 29 Avrupa ülkesinin katılımıyla Bologna süreci adını almıştır. Türkiye bu sürece 2001 yılında dâhil olmuştur ve bugün hali hazırda 47 ülke süreç içinde yer almaktadır.³⁴

Bologna süreci, her ülkede ulusal durum ve kültürle uyumlu olmak şartıyla eğitim standartlarını iş dünyası ve sivil toplum beklentilerine uygun bir şekilde artırmayı, deneyimleri paylaşmayı ve işbirliğini sağlamayı amaçlamaktadır.³⁵ Bu doğrultuda öncelikle yapılması amaçlanan uygulamalar şöyledir,

- Avrupa yükseköğretim alanını(AYA) oluşturmak,
- Tüm Avrupa çapında üç basamaklı yükseköğretim sistemine geçmek,
- Öğrenci odaklı eğitim metodunu benimsemek,
- Öğrencilere ders ve kredi konusunda seçim şansları vermek,
- Tüm Avrupa’da geçerli olacak bir ortak kredi sistemi kurmak,
- Ülkeler arası “öğrenci hareketliliğini” sağlamak,
- Ülkeler arası öğretim elemanı değişim programları yapmak,
- Öğrencilerin ders dışı faaliyetlerine imkân tanımak,
- Öğretmenlerin de öğrenciler tarafından değerlendirilmesini sağlamak,
- “Diploma eki” sistemini kurmak,
- Üye ülkelerden belli aralıklarla değerlendirme raporları almak.

Görüldüğü gibi tüm Avrupa çapında uygulanması öngörülen genel prensipler belirlenmiştir lakin Bologna Süreci’nin asla amacı tek tip eğitim düzeni oluşturmak değildir. Aksine temel hedef tüm ülkelerin, eğitim sistemlerindeki özgün yanlarını korumasını desteklemek ve bu özgünlükler arasında fikir alış-verişi sağlamaktır³⁶. Aksi durum ise ülkelerin egemenlik sahasını işgale kadar gidecek bir durumdur ve olması kabul edilemez.

Sürecin felsefesinin oturtulup, uygulamaya başlamasından itibaren tüm

³⁴ Yükseköğretim Kurumu, *Yükseköğretimde Yeniden Yapılanma:66 Soruda Bologna Süreci Uygulamaları*, Ankara, 2010, s. 4.

³⁵ Bologna Süreci, <http://bologna.kocaeli.edu.tr/> (erişim tarihi: 07.06.2014).

³⁶ Yükseköğretim Kurumu, *Yükseköğretimde Yeniden Yapılanma:66 Soruda Bologna Süreci Uygulamaları*, Ankara 2010, s. 11.

Avrupa’da geniş yankı bulmuştur. Aslında birçok ülke için reform olmaktan ziyade, bir gözden geçirmedir; çünkü ortaya yeni bir sistem konmamakta, var olan sistemler üzerinde ufak revizyonlar yapılmaktadır.³⁷ Öte yandan Almanya ve Avusturya başta olmak üzere kimi ülkelerde, bu sürece adapte olmak amacıyla köklü değişiklikler yapılmıştır. Bu da çok değişik reaksiyonlara ve eleştirilere sebep olmuştur. Özellikle Almanya’nın yıllardır uygulanan “diplom” sisteminin yerine iki basamaklı (3+2) sistemin getirilmesi çok ciddi tartışmalara sebep olmuştur. Ayrıca yine bu sürece uyum sebebiyle yapılan harç zamları çok tepki çekmiştir ve hatta olaylar Avusturya’da büyük öğrenci eylemlerinin düzenlenmesine kadar gitmiştir. Bologna süreci sadece uygulama aşamasında eleştirilmemiştir. Tüm Avrupa’da ve Türkiye’de, özellikle sol görüşlü yazarlarca, sürecin felsefesi ciddi şekilde eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin başında, sürecin asıl amacının eğitim standartlarını yükseltmek olmadığı ve piyasaya nitelikli eleman yetiştirmek olduğu, bu doğrultuda da üniversitelerin bilgi üretme fonksiyonunu yitirip bilgi satan işletmeler halini alacağı savunulmaktadır. Öte yandan amaçların başında Amerika’ya doğru olan beyin göçünün yönünü Avrupa’ya çevirmek olduğu, bu sebeple de küçük ülkelerin tam bir “eğitim pazarı” haline geleceği yönünde eleştiriler mevcuttur. Bu düşüncelere katılmamak elde değildir lakin sürece her şeyiyle kötü demek de mümkün değildir. Örneğin bazı yazarlarca savunulan, öğretim üyelerinin performansları ölçütünde değerlendirilmesi sisteminin ciddi zararlara sebep olacağı ve öğretim elemanları arasındaki dayanışma duygusunu kaldıracağı fikri³⁸, kanımca kabul edilemez. Çünkü değerlendirilen öğretim üyesi, meslektaşlarıyla rekabet hissine kapılıp onlara kötü duygular beslemeden önce kendi durumuna bakacaktır ve kendini geliştirmeye çalışıp öğrencilere daha fazla yararlı olmaya çabalayacaktır. Hiç şüphesiz bu durum verilen eğitimin kalitesini arttıracaktır.

Türkiye 2001 yılında sürece dahil olmuştur ama henüz tam olarak sisteme ayak uydurulduğu söylenemez. Hâlihazırda eğitim sisteminde çok köklü değişiklikler olmamasına rağmen, süreç ülkemizde iki konuda yoğun olarak

³⁷ ÖNDEROĞLU, Selda, Avrupa Birliği’nde Yükseköğretimle İlgili Çalışmalar Bologna Süreci, http://www.anatomidernegi.org/belge/bologna_sureci.pdf (erişim tarihi: 07.06.2014).

³⁸ GÜMÜŞ, Adnan; ARAL, Necla, *Üniversitelerde Bologna Süreci Neye Hizmet Ediyor?*, Ankara 2011, Eğitim Sen Yayınları, s. 150.

eleştirilmiştir. Bunlardan ilki sürecin üniversiteler tarafında neredeyse hiç sorgulanmadan kabul edilmesi ve uygulanmaya başlanmasıdır.³⁹ Diğeri ise öğrenci değişim programları için Türkiye’nin hala öğrenci alan değil yoğun olarak öğrenci veren konumda olmasıdır. Bu eleştirilerin yerinde olduğu söylenebilir; çünkü üniversiteler gibi bir ülkenin en çağdaş eğitim kurumlarının sorgulama- dan, kabullere dayalı işler yapmasının savunulacak bir tarafı yoktur. Öte yan- dan öğrenci değişim programlarında, genellikle “öğrenci veren” konumunda olmak, sürecin içinde olmaktan ziyade süreç içinde bir figüran olduğuna karinedir, bu da kabul edilemez bir durumdur.

IV. TÜRKİYE’DE HUKUK EĞİTİMİ

Anayasa’nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti’nin bir “hukuk devleti” ol- duğu belirtilmiş ve diğer birçok maddede de bunu gerçekleştirmenin devletin esas görevlerinden olduğu vurgulanmıştır. Hiç şüphesiz bu konuda en büyük iş hukukçulara düşmektedir. Nitekim hukuk devleti ancak adil, hakkaniyetli ve bilgili hâkimler; tarafsız, titiz ve donanımlı savcılar ve müvekkilinin hakkını en iyi şekilde savunan iyi yetişmiş avukatlar aracılığıyla sağlanabilir. İşte yargıla- ma sürecinin bu temel üçlüsünün(hâkim, savcı ve avukatların) istenilen düzey- de ve donanımda olmaları ancak iyi bir hukuk eğitimiyle mümkündür.⁴⁰

Ülkemizde hukuk eğitim öğretimi devlet ve vakıf üniversitelerinin hukuk fakültelerinde yapılmaktadır. Bugün ülkemizde 104 devlet, 80 vakıf üniver- sitesi olmak üzere; toplam 184 üniversite bulunmaktadır⁴¹. Hukuk fakültelerinin sayısı ise 100’ü çoktan geçmiştir ve her geçen gün de sayısı artmaktadır.

Ülkemizdeki mevcut sistemi diğer ülkelerle kıyasladığımız vakit, gayet sade bir yapı olduğunu görürüz. Nitekim hukuk fakültelerine ÖSYM tarafından ya- pılan genel sınavla⁴² yerleşilmekte ve dört yıllık tek dereceli klasik lisans eğitim

³⁹ GÜMÜŞ, ARAL, s. 133.

⁴⁰ DEMİRAY, Fahrettin; ÇİFTÇİ, Hasan, “Türkiye’de Hukuk Fakülteleri ve Hukuk Eğitimi”, *TBB Dergisi*, sayı 91, 2010 s. 258.

⁴¹ https://istatistik.yok.gov.tr/yuksekogretim_temel_gostergeleri_14042014_1.pdf (erişim tarihi: 07.06.2014).

⁴² Bu konudaki tek istisna, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne öğrenci alımında görülmektedir. Fransa ile yapılmış olan anlaşma gereği Galatasaray Üniversitesi’nin hukuk dâhil tüm bölümlerinin toplam kontenjanın yarısı Galatasaray Lisesi ve Türkiye’de

sistemi uygulanmaktadır. Belki de sadece bu yönüyle diğer ülkelerden biraz üstünlük göstermektedir eğitim sistemimiz. Çünkü Fransa başta olmak üzere birçok ülkede uygulanan 3 basamaklı eğitim sistemi hem çok karışıktır hem de öğrencileri istenen seviyeye getirmekten çok uzaktır. Çünkü sürekli bir sonraki basamağa geçmek için çabalayan öğrenci esas hedefinden sapmaktadır. Bu yüzden sistemin karışıklığının minimum düzeyde tutmak daha yararlı olacaktır. Ülkemizin bir diğer şansı da üniter devlet olmasıdır. Çünkü Almanya, İsviçre gibi federal devletlerde tüm ülke çapında hukuk eğitimi konusunda ortak bir uygulama yapılamadığından, eğitim sonrası süreçte büyük problemler ortaya çıkmaktadır. Çünkü mezuniyetten sonra bir mesleğe yerleşen bireyler sadece kendi federe devletinde görev yapmamaktadırlar. Dolayısıyla hepsinin bir şekilde aynı seviyeye getirilmesi gerekmektedir. Bu yüzden tüm hukuk mezunlarının aynı seviyede en azından aynı eğitim sisteminin ürünü olarak yetişmeleri daha olumlu sonuçlar verecektir.

V. TÜRKİYE’DE HUKUK EĞİTİMİNDE GÖRÜLEN PROBLEMLER

Hukuk eğitiminin ülkemizde yetersiz olduğu yıllardır tartışılmakta ve köklü değişikliklere ihtiyaç olduğu her fırsatta hukukçular ve yazarlar tarafından dile getirilmektedir. Gerçekten de modern eğitim sistemleri nazara alındığında Türkiye’de hukuk eğitimi konusunda birçok eksikliğin olduğu açıktır. Kuşkusuz bu durumu meydana getiren sebeplerin başında, geleneksel yapılarımıza olan bağlılığımız gelmektedir. Ama artık hukuk eğitimi mümkün olduğu kadar modernleştirmeliyiz çünkü globalleşen dünyaya ayak uydurmak zorundayız.⁴³ Bunu yapmak elzemdir, asıl sorun nasıl yapılacağıdır. Hiç şüphesiz bir ülkeyi rol model olarak kabul edip, onun eğitim sistemini ihraç edemeyiz. Sirmen ve Erzurumluoğlu’nun da belirttikleri gibi yabancılara öykünerek ya da onları takip ederek bir yere varamayız. Bu sebeple, muhakkak özgün sistemimizi oluşturmak zorundayız. Bunun için de öncelikle mevcut sistemin sorunlarını tespit etmeliyiz.⁴⁴

faaliyet gösteren diğer Fransız liselerine ayrılmıştır. Bu kapsamdaki öğrenciler bir iç sınavla Galatasaray Üniversitesi’ne yerleşebilmektedirler. Öte yandan kontenjanın kalan yarısına ÖSYM’nin yaptığı genel sınavla öğrenci alınmaktadır.

⁴³ GÜRİZ, Adnan, “Türkiye’de Hukuk Eğitimi”, www.mecelle.com/hukuk/turkiye-de-hukuk-ogretimi.html (erişim tarihi: 07.06.2014).

⁴⁴ SİRMEEN, Lale, *Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi, Uluslar arası Toplantı*, Ankara 2004,

1. Hukuk Fakültelerinin Temel Sorunları

Türkiye’deki hukuk fakülteleri, YÖK sistemi içindeki diğer tüm fakülteler gibi tüzel kişilikleri olmayan yükseköğrenim kurumlarıdır. Daha önce var olan lakin 2547 sayılı yasayla kaldırılan tüzel kişiliğin yokluğu, hukuk fakültelerinde olması gereken mali, idari ve bilimsel özerkliği olumsuz etkilemektedir.⁴⁵

Bir diğer büyük problem, ülkemizdeki hukuk fakültelerinin sayısıdır. 70’li yılların sonlarında dahi sadece iki hukuk fakültesi (Ankara Hukuk Fakültesi, İstanbul Hukuk Fakültesi) varken, şu an bu sayı yüz(100)’ü aşmış durumdadır. Her geçen yıl da bu sayıya yenileri eklenmektedir. Kuşkusuz bu probleme yol açan en büyük etken vakıf üniversitelerinin durumudur. Fakülte açabilme prosedürünün çok zor olmaması sebebiyle gerek prestij, gerekse öğrenciyi cezpetmek gibi saiklerle hukuk fakülteleri kolaylıkla açılmaktadır. Bunun sonucunda da zaten yetersiz olan öğretim üyesi sayısı problemi tümünden gün yüzüne çıkmakta, haliyle istenilen eğitim verilememektedir.

Öte yandan, hukuk fakültelerinde kontenjanların, buna bağlı olarak da öğrenci sayılarının artması ciddi bir problem teşkil etmektedir. Mevcut haliyle dahi yetersiz olan fiziki imkânlar, iyice zorlanmaktadır. Bazı kontenjanların dört haneli sayılara ulaştığı (Örn: İstanbul Hukuk Fakültesi, 1230)⁴⁶ göz önünde bulundurulursa, hukuk fakültelerinde derslere aktif katılımın olması pek mümkün görünmemektedir. Adeta konferans havasında geçen derslerin, öğrenci için ne kadar faydalı olacağı şüphelidir. Ama şu da bir gerçektir ki, öğrenci sayısının fazla olması sistemi tek başına yetersiz yapmaz. Bir örnek vermek gerekirse, Madrid Complutensa Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin 26 binden fazla öğrencisi vardır, Roma’daki La Sapiansa Hukuk Fakültesi’nde ise bu sayı daha fazladır ve bu iki fakülte de dünya çapında isim yapmış, .saygın, başarılı kurumlardır.⁴⁷ Görüldüğü gibi öğrenci sayısının fazla olması temel problem değildir. Esas sorun, fiziki imkânlar-kontenjan oranının gözetilmemesidir. Öyle ki

TBB Yayınları, Birinci Baskı, s.4; ERZURUMOĞLU, Erzan, *Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi, Uluslar arası Toplantı*, Ankara 2004, TBB Yayınları, Birinci Baskı, s. 290.

⁴⁵ ATAY, s. 2.

⁴⁶ 2010-ÖSYS Yükseköğretim Programları ve Kontenjanları Kılavuzu, Tablo 4, s.116.

⁴⁷ ANSAY, Tuğrul, *Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi, Uluslar arası Toplantı*, Ankara 2004, TBB Yayınları, Birinci Baskı, s. 172.

Pekcanitez, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi’nde dekan iken sınıflarının maksimum 200 kişilik olmasına rağmen kontenjanlarının 250 olduğunu, ayrıca alttan kalanlarla birlikte sayının 400’ü bulunduğunu söylemektedir.⁴⁸ Sanırım bu örnek problemin vahametini açıklamaya yeterlidir. Oysaki Amerika başta olmak üzere hukuk eğitimi alanında söz sahibi birçok ülkede dersler 20-25 kişilik sınıflarda işlenmektedir bu da belki aksayan sistemimizin en temel noktalarından biri olduğunu bize açıkça göstermektedir.

Bu konudaki bir diğer önemli problem, hukuk fakültesi öğrencilerinin üniversiteye giriş puanları arasındaki uçurumlardır.⁴⁹ ÖSYM’nin yaptığı genel sınav her ne kadar öğrencilerin durumlarını tam olarak saptamasa da, yine de önemli bir kriterdir. Sonuçlara baktığımız zaman İstanbul, Ankara, Bilkent(-tam burslu) ve Galatasaray Üniversitesi gibi hukuk fakülteleri 540 civarı puanla öğrenci alırken, vakıf üniversitelerinin birçoğu 350 civarı puanla öğrenci almıştır.⁵⁰ Bu da aynı tür fakülte içinde nitelik olarak çok farklı seviyelerden insanların eğitim almasına, sonuç olarak da eğitim kalitesinin düşmesine sebep olmaktadır. Çünkü şu bir gerçektir ki bir fakültenin kalitesini belirleyen en önemli kıstas öğrencilerinin seviyesidir.

2. Ders Programları ve Sınavlar

Ülkemizde hukuk fakülteleri için tek tip bir ders programı yoktur fakat genellikle her fakültede birbirine benzer programlar uygulanmaktadır. Bu ders programlarının en dikkat çekici sorunu çoğunlukla klasik derslerin yer alması ve gelişen yeni hukuk dallarına fazla yer verilmemesidir.⁵¹

Ayrıca hukuk disiplini doğrudan ilgilendiren, hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi, hukuk tarihi, Roma hukuku, kriminoloji gibi dersler ya çok az verilmekte ya da seçmeli olarak sunulup öğrencilerin gözünde değersiz hale gelmektedirler.⁵²

⁴⁸ PEKCANITEZ, Hakan, *Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi, Uluslar arası Toplantı*, Ankara 2004, TBB Yayınları, Birinci Baskı, s. 110.

⁴⁹ KABOĞLU, İbrahim, *Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi, Uluslar arası Toplantı*, Ankara 2004, TBB Yayınları, Birinci Baskı, s. 293.

⁵⁰ DEMİRAY, ÇİFTÇİ, s. 266-268.

⁵¹ ATAY, s. 6.

⁵² ATAY, s.7.

Ülkemizdeki hukuk fakültelerinin belki de en büyük sorunu, sağlıklı bir “seçmeli ders” sisteminin olmamasıdır. Gerçekten de öğrencinin uzmanlaşması gereken son sınıflar dahi zorunlu derslerle doldurulmuş, öğrenciye gerekli seçme şansı neredeyse hiç verilmemiştir. Bazı fakültelerde dönemde ikişer tane olmak üzere seçmeli dersler bulunmaktadır lakin sistem amacından sapmıştır ve öğrenciler ilgi duyduğu dersi değil en kolay hangisi geçiliyorsa onu seçmeye başlamıştır. Oysaki Amerika ve diğer önemli batı ülkelerine baktığımızda öğrenciye çok fazla seçmeli ders olanağı tanınmaktadır. Bu da öğrencinin istediği alanda uzmanlaşmasını kolaylaştırmaktadır.

Ders programlarına ilişkin bir diğer büyük sorun, derslerin fazlalığıdır. Haftada 30 saate yaklaşan ders saatleri gerçekten çoktur. Çünkü hukuk öğrencisinin gerekli seviyeye ulaşması için kendi başına okuma ve çalışma yapması şarttır. Öte yandan hukuk öğrencisi sosyal yanını da kuvvetlendirmek zorundadır. Ama ders saatlerinin bu denli fazla olması öğrencinin elini kolunu bağlamaktadır.

Ülkemizde, hukuk fakültelerinde genellikle yazılı sınav şekli uygulanmaktadır. Sözlü sınav geleneği yıllar öne terk edilmiştir. Ne yazık ki şu an fazla öğrenci sayısı nedeniyle sözlü sınav yapılamamakta hatta bazı derslerde hukuk eğitimi için kabul edilemeyecek uygulamalar olan test, doğru-yanlış gibi metotlar uygulanmaktadır. Zaten çoktan seçerek hukuk fakültesine yerleşen öğrenci aynı şekilde hukuk fakültesinden de mezun olursa, bırakın onun nitelikli hukukçu olmasını, sıradan hukukçu kimliğini dahi sorgulayabiliriz.

3. Derslerin Muhtevasına İlişkin Sorunlar

Ülkemizde hukuk fakültelerinde verilen derslere baktığımızda, özellikle felsefi kökenli derslerin amaçlarından saptığı görülmektedir. Bu derslerde belirli bir sistemin olmayışı her hocayı kendi sistemini oluşturmaya itmiştir. Aslında bu özgürlük, sınırları iyi çizildiği vakit çok olumlu sonuçlar doğurmaktadır lakin hiç sınır çizilmeden doğrudan hocanın inisiyatifine bırakıldığı vakit, dersin amacından sapması kolaylaşmaktadır. Almanya ve İsviçre gibi ülkelere baktığımız vakit, hukuk öğrencilerine çok sağlam felsefe, sosyoloji ve ekonomi eğitiminin de verildiğini görmekteyiz. Gündemden kopuk bir hukukçu düşünüle-

meyeceği için bu uygulama gerçekten çok önemlidir.

Birinci sınıf derslerinin belki de en önemlisi olması gereken hukuk giriş dersine, maalesef günümüzde yeterince önem verilmemektedir. Hatta öyle ki birçok fakülte de hukuka giriş derslerinde hukuksal bazı kavramlar ve kurumlar öğretilmeyeceğine tamamen hocanın tercihinin bırakılmış hukuk dışı konular dahi işlenebilmektedir. Öte yandan bu dersin genellikle tek dönemlik ve haftada iki saat olduğu göz önünde bulundurulursa ne kadar verim alınabileceği ortadadır.

Öte yandan tüm yasaların dayanağı konumundaki anayasanın eğitimi konusunda da ülkemizde çarpıcı eksiklikler göze çarpmaktadır. Anayasa hukuku eğitiminin en önemli kısmı temel haklar kavramı üzerine olmalıdır. Çünkü anayasa ile güvence altına alınmış temel hakların korunumu ve uygulanması demokratik bir toplum için olmazsa olmazdır. Hukuk fakültesi mezunu hukukçular ise bu temel haklar normunu yaşama geçirebilecek yegâne meslek grubudur. Anayasamıza baktığımız vakit temel haklar üzerine düzenlenmiş toplam 63 madde görmekteyiz, lakin bunların eğitimi konusuna gelince öğrencilere verilen sadece üstünkörü bu hakların niteliği, kullanımının sınırlandırılması ve durdurulmasıdır. Yani topu topu üç madde derslerde mevzu bahis yapılmaktadır. Böyle olunca da hukuk fakültelerinden temel hak ve özgürlüklerinden haberdar daha da kötüsü sadece kısıtlama eksenli bilgiler edinmiş hukukçular mezun olmaktadır. Haliyle de ülkemizde hukukun uygulanması konusunda temel haklar ve özgürlükler seviyesinde dahi problemler çıkması olağandır.⁵³

4. Öğretim Metotlarına Dair Problemler

Bilindiği gibi ülkemizde, hukuk fakültelerinde ders, artık klasikleşen takrir metoduyla işlenmektedir. Yani dersi öğretim üyesi işlemekte, dersin büyük bir çoğunluğunda o konuşmakta öğrenciler ise dinleyip ellerinden geldiğince not almaya çalışmaktadırlar. Artık tamamen demode olan bu sistemin, günümüzde çok da faydalı olmadığı aşikârdır. Lakin gerek fiziksel sorunlardan, gerekse öğretim üyelerinin yıllardır alışageldiği metodu terk edememelerinden dolayı

⁵³ CAN, Osman, *Güler yüzlü Frankoculuğun Dramı Türkiye’de Anayasa ve Hukuk Sorunları*, İstanbul 2010, Agora Kitaplığı, Birinci Baskı, s. 4-5.

bu sistem hala ayaktadır. Öte yandan Amerika ve İngiltere gibi gelişmiş ülkelere baktığımızda dersler genellikle öğrenci merkezlidir ve takrir sisteminden çok uzaktır. Bu da kuşkusuz eğitim sistemi bakımından gelişmişlik noktasındaki en büyük noksan yanımızdır.

Bu şekilde yapılan bir öğretime tabi öğrenci, haliyle muhakeme yeteneği kazanamamakta ve düşünüp sorgulamayı öğrenememektedir. Ayrıca yeterince uygulama dersi görmeyen öğrencilere, aşırı miktarda teori yüklemek öğrencileri ezberci yapmakta⁵⁴ ve istenilen nitelikte hukukçuların oluşmasını engellemektedir. Çok az sayıda yapılan pratik dersleri dahi istenilen düzeyde değildir. Çünkü pratik çalışma doğası gereği bir ön hazırlık gerektirmektedir, ancak ne yazık ki ülkemizde henüz bu alışkanlık kazandırılmamıştır. Öğrencilerin birçoğu incelenecek somut vakıaları pratik derse gelince sınıfta okumakta, dolayısıyla olayı tam olarak anlayıp muhakeme yapacak gerekli süreyi bulamamaktadır. Sonuç olarak da pratik çalışmadan alınmak istenen verim alınmamaktadır. Bu noktada Amerika’da uygulanan klinik sistemi gerçekten çok olumlu sonuçlar doğurmaktadır. Bu sisteme benzer bir sistemimizin olmamasının eksikliğini hepimiz fark ediyoruz.

Takrir eğitimi konusunda ilginç bir anekdotu aktarmak istiyorum, ünlü düşünürümüz ve edebiyatçımız Türk Milli Eğitim tarihinin en önemli kişiliklerinden olan Hasan Ali YÜCEL, yükseköğrenim hayatına İstanbul Hukuk Fakültesinde hukuk okuyarak başlar ve iki ay kadar eğitim görür. İki ayın sonunda bir gün dayanamaz ve sürekli kitaptan okuyarak takrir şeklinde ders anlatan hocasına çıkışır ve anlamadığını söyler. Hoca tekrar tekrar okur, Yücel her seferinde yine anlamadım der. Hoca en sonunda dayanamaz ve anlamıyorsan çık git, sen bu okulda yapamasan der. İşte tam o gün Hasan Ali Bey hukuku bırakıp yüksek muallim okuluna(eğitim fakültesine) geçer ve orada Milli Eğitim Bakanlığı’na giden yolculuğuna başlar.⁵⁵ İşte Hasan Ali Bey gibi nitelikli bir insan dahi takrir sisteminin yanlışlığının kurbanı olmuştur ve belki de ülkemiz çok önemli bir hukukçuya sahip olmaktan mahrum kalmıştır.

⁵⁴ EM, Ali, “Küreselleşen Dünyada Eğitimin ve Öğretimin Önemi ve Bu Kapsamda Hukuk Eğitimi ve Öğretimi”, *TBB Dergisi*, sayı 61, 2005, s. 30.

⁵⁵ ERZURUMOĞLU, Erzan, *Hukuk Kurultayı 2000*, Ankara Barosu Yayınları, Birinci Baskı, s.615.

5. Öğrencilerin Entelektüel Gelişimindeki Yetersizlik

İyi bir hukukçu, sağlam hukuk bilgisinin yanında iyi bir genel kültüre de sahip olmalıdır. Çünkü hukukçular hâkimlik ve avukatlık dışında daha birçok meslek grubunda yer alabilmektedirler. Siyasi partilerin her kademesinden, valilik, kaymakamlık, müsteşarlık gibi birçok devlet kademesinde, bankacılık sektöründen, özel sektörde müdürlüğe kadar çok geniş yelpazede hukukçular istihdam edilmektedir.⁵⁶ Bu denli geniş iş alanı olan bir insanın, o ölçüde de bilgili ve kültürlü olması gerekmektedir. Fakat mevcut eğitim sistemimizin buna imkân sağladığını söylemek bir hayli güçtür.

Kuşkusuz bu konuda bütün kabahati yükseköğretim sisteminde bulamayız. Hatta ilk ve ortaöğretim sisteminin daha büyük payı vardır diyebiliriz. Çünkü test sistemiyle seçilen öğrenci okuma, düşünme ve sorgulama alışkanlığı kazanamamakta, dolayısıyla da genel kültür konusunda zayıf kalmaktadır.

Hukuk Fakültelerinin bu eksiklikteki payına bakarsak, ilk dikkatimizi çeken konu daha önce de belirttiğim gibi ders saatlerinin gereğinden fazla olması ve öğrenciye kişisel gelişim için zaman kalmamasıdır. Öte yandan hukuk fakültelerinde ders dışında, öğrencilerin entelektüel seviyesini yükseltecek bilimsel toplantıların, seminerlerin ve benzer faaliyetlerin yürütüldüğü de söylenebilir.⁵⁷ Görüldüğü gibi hem okulda böyle imkânı olmayan, hem de okul dışı yeterli zamanı olmayan öğrenci kendini geliştirememekte ve hedeflediği entelektüel seviyeye ulaşamamaktadır.

6. Öğretim Üyeleri

Türkiye’de hukuk fakültelerinin belki de en büyük sorunu yeterli sayıda öğretim üyesine sahip olmamalarıdır.⁵⁸ Bu denli az akademik personele rağmen her geçen gün yeni bir hukuk fakültesinin açılması işi iyice içinden çıkılmaz hale getirmiştir. Öyle ki zaman zaman açılan fakülteye hukukçu dekan bulunamamıştır. Bir örnek vermek gerekirse, Erzincan hukuk fakültesi ilk açıldığı tarihte dekan olması için hukuk profesörü bulunamaması sebebiyle mecburen

⁵⁶ ATAY, s. 5.

⁵⁷ AKINCI, s. 13.

⁵⁸ AKINCI, s. 14; MUTLU, s. 13.

ziraat fakültesinden bir tarla bitkileri profesörü dekan olarak atanmıştır.⁵⁹ Olay ilk başta komik görünmesine rağmen aslında çok vahimdir ve sistemdeki bozukluğu tüm çıplaklığıyla gözler önüne sermektedir.

Neden bilinmez ülkemizde hukuk fakülteleri için kadrolar çok dardır, asistan alımı çok yavaştır, doçentlik alımı ise “nadiren” gibi kavramlarla nitelenmektedir. Doktorasını yapıp maalesef çok uzun süre atanamayan birçok kişi vardır. Aslında bu manzaraya bakınca mevcut durumun neden bu halde olduğunu fazla düşünmeye gerek yoktur.

Öğretim üyeleriyle ilgili bir diğer önemli sorun, bir hayli akademik personelin yabancı dil bilmemesidir. Yabancı dilde kaynak taraması yapamayan veya en azından başka bir ülkenin kararını alıp inceleyemeyen bir öğretim üyesinin öğrencisine verebileceği şeyler çok sınırlıdır.

Ayrıca öğretim üyesinin mesleğiyle alakalı başka bir iş yapamaması yerinde olmayan bir düzenlemedir. Çünkü akademisyenlikle avukatlık arasında tercih yapmak gerektiğinde birçok nitelikli hukukçu avukatlığı seçecektir. Öte yandan akademisyenliği seçen ise bir süre sonra uygulamadan kopacaktır ve öğrencilerine verebilecekleri azalacaktır.

Son olarak, hukuk fakültelerinde öğrenci ile öğretim üyesi arasında sağlıklı bir diyalogun kurulamaması sık görülen sorunlardan biridir. Bu nedenden dolayı problemleri olan öğrenci bir çözüm merci bulamamaktadır.⁶⁰

7. Yabancı Dil

Globalleşen dünyada, her alanda olduğu gibi artık hukuk alanında da yabancı dil çok fazla önem taşımaktadır. Ama hukuk fakültelerimize baktığımızda maalesef bu konuya pek değinilmediği görülmektedir. Öyle ki vakıf üniversiteleri ve birkaç devlet üniversitesi⁶¹ hariç hiçbir hukuk fakültesinde yabancı dil hazırlık sınıfı yoktur. Vakıf üniversitelerinin birçoğunda da hazırlık sınıflarının maddi kaygılarla açılmış olduğu gerçeği göz önünde bulundurulursa, hukuk

⁵⁹ AKINTÜRK, Turgut, *Hukuk Kurultayı 2000*, Ankara Barosu Yayınları, Birinci Baskı, s. 602-603.

⁶⁰ AKINCI, s. 14.

⁶¹ Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde yabancı dil eğitimi verilen hazırlık sınıfı bulunmaktadır.

eğitim sistemimizin bu konuda sınıfta kaldığı açıktır.

Bir hukukçu “iyi” vasfını taşımak istiyorsa, sadece kendi hukuk sistemine değil, dünyadaki belli başlı sistemlere de vakıf olmalıdır. Bu da ancak yabancı dil bilgisıyla mümkün olabilir. En azından yabancı dilde yazılmış bir kararı okuyup anlayabilecek seviyede olmayan hukukçunun, ufkunun Türkiye’yle sınırlı kalacağı ve bir nevi kendi gelişimine ket vurmuş olacağı aşikârdır.

8. Diğer Sorunlar

Türk hukuk eğitiminde artık kronikleşen bir diğer sorun da öğrenci aforına ilişkin olandır. Nitekim belli aralıklarla çıkan afor sayesinde öğrencilere uzun yıllar eğitime devam etme olanağı verilmektedir. Bunun sistem için birçok sakıncası vardır. Öncelikle fakülte içinde eleme sisteminin olmaması öğrenciyi rahatlığa itmekte ve nasıl olsa bir gün biter mantalitesiyle tembelliğe alıştırmaktadır. Öte yandan sürekli aforların çıkması zaten şişkin olan öğrenci sayılarını iyice arttırmakta, eğitim kalitesini düşürmektedir.

Bir diğer önemli problem hukuk fakültelerinin kütüphane eksikliğidir. Ne yazık ki hukuk fakültelerimizin tamamına yakınının kütüphanesi yetersizdir. Hukukla alakalı güncel yayınları ve yeni baskı kitapları bulmak neredeyse imkânsızdır.⁶²

Artık hukuk fakültelerinin klasikleri haline gelen “fotokopili eğitim” sistemi de, nitelikli hukukçu yetiştirebilmenin en büyük engellerinden biridir. Çünkü öğretim üyeleri sınavda kendi anlattıklarını sormakta, haliyle de anlattıklarını aynen istemektedirler. Bu sistemi çözen öğrenciler de, kendilerince karşı bir metot geliştirmişlerdir. Buna göre iyi not tutanlar, not tutmakta ya da derste ses kayıt cihazıyla kayıt yapıp daha sonra bu yazıya geçirilmekte, ardından da bunlar fotokopiyle herkese ulaşmaktadır. Dolayısıyla da öğrenci eline kitap almadan hatta hocanın yüzünü görmeden dersleri geçebilmektedir. Kitap okumadan, dersleri takip etmeden mezun olan bir hukukçunun da ne kadar donanımlı olacağı soru işaretidir.⁶³

⁶² PEKCANITEZ, Hakan, *Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi, Uluslar arası Toplantı*, Ankara 2004, TBB Yayınları, Birinci Baskı, s.115.

⁶³ GÜRAN, Sait, *Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi, Uluslar arası Toplantı*, Ankara 2004, TBB Yayınları, Birinci Baskı, s. 87; KONURALP, Haluk, *Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi*,

Fakülte çağındaki öğrenci için mahkeme kararları okumak çok faydalı bir faaliyettir. Ama maalesef ülkemizde Danıştay ve Yargıtay kararlarına dahi ulaşmak çok güçtür. Çeşitli programlar ve yazılımlar mevcuttur lakin bunların veri tabanları gerçekten çok zayıftır ve ayrıca hiç biri öğrenciye hitap etmemektedir.

SONUÇ VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

1. Her şeyden önce hukuk fakültelerinin fiziki yapıları düzenlenmelidir. Bunun için öncelikle hukuk fakültelerine tüzel kişilik tanınmalı ve kendine ait bir bütçesi olması sağlanmalıdır⁶⁴. Ayrıca bu fakülteler için ayrılan kaynak artırılmalı; kitaplık, bilgisayar ve internet bağlantıları, öğretim araçlarının geliştirilmesi, öğretim elemanlarının maaşlarının iyileştirilmesi gibi alanlarda kullanılmak üzere mali yönden kendilerine yetebilecekleri bir düzeye getirilmelidir.⁶⁵

2. Hukuk fakültelerine giriş sistemi yeniden düzenlenmeli, her fakülteye kendi sınavını yapabilme hakkı tanınmalıdır. Fakat bu hak, öğrenci alımı için belli bir standardın yakalanması ve adam kayırlmalarının engellenmesi için tüm hukuk fakültelerinin bir araya gelerek oluşturacağı bir mekanizma tarafından denetlenmelidir.

3. Adalet meslek liseleri büyük bir reforma tabi tutulmalı ve elit liseler haline gelmesi sağlanmalıdır. Güzel binalar, yeni araç gereçler, kaliteli hocalar gibi yollar kullanılarak bu liseler ilgi çekici hale getirilmelidir. Ama her şeyden önce eğitim sistemleri baştan sona yenilenmeli, Avrupa standartlarına çıkarılmalıdır. Bu liseler hukuk fakültesi öncesi bir basamak olarak görülmeli, ona yönelik dersler müfredatına eklenmelidir. Ayrıca hukuk fakültelerinde bu liselerden gelecek öğrenciler için kontenjanlar ayrılmalıdır. Bu şekilde hem hukuk fakültesinde eğitim almaya hazır öğrenciler yetiştirilmiş olacak, hem de orta öğretim sisteminde hayati öneme sahip mesleki eğitim liseleri konusunda öncü model oluşturulmuş olacaktır.

4. Hukuk eğitimi konusunda belki de en çok tartışılan konu öğrenim süre-

Uluslar arası Toplantı, Ankara 2004, TBB Yayınları, Birinci Baskı, s. 95.

⁶⁴ MUTLU, s. 12.

⁶⁵ ATAY, s. 2.

sidir. Dünya’daki modern sistemlere baktığımız vakit genellikle 5-6 sene civarında eğitim sürelerinin olduğunu görmekteyiz. Nitekim Bologna süreci de bu süreyi 5 yıl(3+2) olarak öngörmüş başta Fransa ve Almanya olmak üzere birçok ülke de sistemini buna göre revize etmiştir. Kanımca da 5 yıl hukuk eğitimi için idealdir lakin 3+2 iki kademe haline getirmenin yerinde olmadığı düşüncesindeyim. Çünkü bu sistem öğrencilere aşırı yüklenmeye sebep olmakta ve kademeleri aşma çabası iyi bir hukukçu olma çabasının önüne geçmektedir. Bu sebeple, Bologna sürecinde öngörülen sistem yerine kendimize has bir sistemin olması gerektiğini düşünmekteyim. Şöyle ki, hukuk fakültelerinin en büyük eksikliği olan entelektüel birikim kazandıracak derslerin ve yabancı dil derslerinin eksikliğini giderme adına bir birinci sınıf düzenlenmesi yapılmalıdır. Yani sosyoloji, felsefe, tarih, hukuka giriş gibi dersler okutulmalıdır. Ve daha önemlisi haftada kaç saat ders olaksa muhakkak bunun yarısı bir yabancı dil dersi olmalıdır. Yani bir anlamda hukuk hazırlık sınıfı yapılmış olacaktır. Bu sayede öğrenci hem hukuk eğitimine hazır hale gelecek, hem de entelektüel yanını güçlendirmiş olacaktır.

İkinci ve üçüncü sınıflar için ise genel hukuk derslerinin okutulması gerektiğini düşünüyorum. Bu sayede öğrenci kendisi ve mesleği için gerekli temel hukuk bilgisi donanımını kazanmış olacaktır.

Asıl değişikliğin olacağı dördüncü ve beşinci sınıflar için, şu an uygulamada çok görülmeyen uzmanlık dersleri verilmelidir. Yani seçmeli derslerin ağırlıkta olduğu bir sistem uygulanmalıdır. Üç sene hukuk eğitimi alan öğrenci, artık ilgi ve kabiliyetlerinin farkında varabilecek seviyeye gelmiş olacaktır. Dolayısıyla kendisi için en doğru ve yararlı dersleri seçebilecektir. Ama bunun için öğrenciye yeterince seçenek sunulmalıdır. Yani şu anki yüksek lisans sistemi gibi sadece kamu-özel ayrımı yapıp seçenekleri ikiye indirmek isabetli olmayacaktır. Ders programının büyük çoğunluğu seçmeli derslere ayrılmalıdır. Öğrenci seçmeli dersleri paket halinde değil, tek tek istediği şekilde seçmelidir. Ama elbette öğretim üyeleri gerekli yardım ve yönlendirilmeleri yapacaklardır lakin asla öğrencinin hür iradesi ve seçme özgürlüğü kısıtlanmamalıdır.

5. Hukuk fakültelerinin sayısının her geçen yıl artması sorunu bir an önce çözümlenmelidir. Bu konuda artık devlet üniversitelerine hukuk fakültesi açılma-

malı, vakıf üniversiteleri için ise çok katı kıstaslar konmalıdır. Hatta mümkünse şu anki vakıf üniversiteleri için mecburi kadrolu akademisyen, mecburi hukuk fakültesi yerleşkesi gibi şartlar konulmalı ve hukuk fakültelerine mevcut durumlarını bu düzenlemeye uyumlu hale getirmeleri istenmelidir. Aksi takdirde artık o fakülteye öğrenci alımı durdurulmalıdır. Gelişmiş ülkelerde uzun süredir yeni hukuk fakültesinin açılmaması hatta var olan hukuk fakültelerini kapatarak, toplam fakülte sayısının azaltılması (örneğin bugünlerde Almanya, Dresden Hukuk Fakültesini kapatmayı düşünmektedir) gibi uygulamalar göze çarpmaktadır.⁶⁶

6. Üniversitelerin kontenjan sayıları mutlaka revize edilmelidir. Her fakülteye istenilen eğitimi vermeye elverişli öğrenci sayısı kadar kontenjan açılmalıdır. Kuşkusuz bir anda kontenjanların indirilmesi mümkün değildir fakat kademeli olarak indirmek bu sorunun çözümünü kolaylaştıracaktır.

7. Yenilik gerektiren bir diğer önemli konu derslerin işleniş şeklidir. Artık tamamen demode olmuş ve etkin eğitime engel olan tkrir ağırlıklı ders anlatım şekli terk edilmelidir. Yerine öğrencilerin daha aktif şekilde derslere katılabileceği modeller getirilmelidir. Hiç şüphesiz bunun için öncelikle kalabalık amfilerden vazgeçilip, daha az öğrencili sınıf sistemine geçilmelidir. Sınıf mevcutları maksimum 20-25 olmalıdır. Bu çok kısa sürede başarılabilecek bir hadise değildir lakin bir an önce çalışmalara başlanılarak altından rahatlıkla kalkılabilir. Derslerde öğrenciler aktif olmalıdır; çünkü iyi bir hukukçunun muhakeme yeteneği gelişmiş olmalıdır. Bu da en iyi öğrencilik döneminde kazanılabilecek bir yetidir. Bu sebeplerle, özellikle Amerika’da uygulanan klinik sistem Türkiye şartlarına uydurularak kullanılabilir. Öğretim üyelerinin nezareti eşliğinde kurulacak sanal mahkemeler ile öğrencilerin aktif katılımı sağlanabilir ve bu sayede öğrencilere sorumluluk bilinci kazandırıldığı gibi takım halinde çalışma yeteneği de aşılanabilir.⁶⁷ Ayrıca birçok Avrupa ülkesinde uygulanan seminer usulü, muhakkak sistemimize entegre edilmelidir.

⁶⁶ PEKCANITEZ, Hakan, *Uluslar arası Boyutuyla Hukuk Eğitimi ve Avukatlık Mesleğine Giriş Sempozyumu*, Ankara 2008, TBB Yayınları, Birinci Baskı, s. 65.

⁶⁷ ÇOLAK, Nusret İlker, *Hukuk Eğitimi Yöntemi Olarak İdare Hukukunda Sanal Mahkemeler*, İstanbul 2011, On İki Levha Yayınları, Birinci Baskı, s. 57-58.

8. Her şeyden önce bir hukukçu kendi diline çok iyi bir şekilde hakim olmalıdır. Bu gerçek göz önünde bulundurularak hukuk öğrencilerinin Türkçelerinin geliştirmelerine yardımcı olunmalıdır. Hiç şüphesiz bu, öğrencilere okuma alışkanlığı kazandırarak ve yazılar yazdırılarak mümkün olacaktır.

9. Derslerin yıllık veya dönemlik olması çok tartışılan bir konudur. Yazarların birçoğu dönemlik sistemin hukuk sistemimiz için uygun olmadığını savunmaktadır. Çünkü ceza hukuku, borçlar hukuku gibi derslerin ikiye bölünmesinde sıkıntı çıktığını belirtmektedirler. Ama ben bunun böyle olmadığını düşünmekteyim. Kanımca eylülde başlanılan bir dersin haziranda son bulması öğrenci açısından çok da yararlı bir uygulama değildir. Çünkü yılsonu sınavlarını göz önünde bulunduran bir öğrenci yılın dörtte üçünü derslerden uzak geçirebilmektedir. Gerçekten de “finallere daha çok var” psikolojisinde olan öğrenciyi derslere çekecek ve çalışmaya motive edecek bir etken oluşturmak çok zordur. Ben çok iyi etüt edildiği vakit, bütün derslerin ikiye bölünebileceğini kanaatindeyim. Öte yandan bu konuda gerekli olduğunu düşündüğüm bir diğer yenilik derslerin birbirini bağlaması sistemidir. Yani örneğin ilk dönem aldığı dersi geçemeyen öğrenci, ikinci dönemki devamı niteliğinde olan dersi alamayacaktır. Aynı şekilde derslerin bağlanması yıllar arasında da geçerli olmalıdır. Örneğin Borçlar Hukuku Genel Hükümleri geçemeyen öğrenci Borçlar Hukuku Özel Hükümler dersini alamamalıdır.

10. Bir an önce çözüme kavuşturulması gereken bir diğer problem, haftalık ders saatlerinin fazlalığıdır. Çünkü 30 saate yakın ders alan öğrenci kendine zaman ayıramamaktadır. Dolayısıyla ders saatleri maksimum 20 saat olmalı, kalan vakitler için öğrenci bireysel çalışma ve okuma yapmaya teşvik edilmelidir.

11. Artık klasikleşen ve yararsız olduğu herkesçe kabul edilen sınav sistemi değişmedi. Aynı şekilde öğrencilerin değerlendirilme şeklinde de değişiklikler yapılmalıdır. Vize ve final halinde yapılan, iki saat içinde öğrencinin bildiği tüm bilgileri kusması şeklinde gerçekleşen sistem terk edilmelidir. Elbette yılsonu sınavları olmalıdır, ancak tek kıstas bu olmamalıdır. Belli periyotlar halinde öğrencilere ödevler verilmeli bu ödevler öğretim üyelerince değerlendirilip yılsonu notunu önemli ölçüde etkilemelidir.

12. Yabancı dil konusunda çok ciddi yeniliklere ihtiyaç duyulmaktadır. Bir sene sırf yabancı dile ayırıp hazırlık okutmak hukuk öğrencisi için ideal değildir. Yukarıda belirttiğim gibi⁶⁸ birinci sınıfta yoğun olarak, diğer sınıflarda ise kısmen daha azda olsa yabancı dil dersleri olmalıdır. Bu konuda önermek istediğim proje, yazların yabancı dil eğitimi için kullanılmasının sağlanmasıdır. Bunun için şöyle bir şey yapılabilir: Devlet üniversitelerinin hukuk fakültelerinde örneğin ikinci sınıftan, üçüncü sınıfa geçen öğrenciler arasında her fakültenin en başarılı ilk 10 öğrencisi o yaz için devlet bursuyla üç aylık yurtdışı dil eğitim programına gönderilebilir. Bu ekonomik olarak çok külfetli bir iş değildir. Bu sayede hem başarılı öğrencilerin dil öğrenmesi sağlanmış olacaktır hem de bu ödüllendirme dönemi içinde öğrencileri motive edip çalışmaya teşvik edecektir.

13. Öğrencilerin entelektüel gelişmelerini gerçekleştirilmeleri mutlaka sağlanmalıdır. Bu konuda özellikle büyük merkezlerdeki sanat, kültür, tiyatro ve konferans gibi faaliyetlerin izlenmesinin teşvik edilmesi büyük önem taşımaktadır. Ayrıca yurt içi ve mümkünse yurt dışı gezileriyle öğrencilerin gelişmelerine katkı sağlanmalıdır. Ayrıca öğrencilere edebiyat ve sanat alanında dersler verilmeli ve öğrencilerin bu alanlarda çeşitli metinleri incelemeleri sağlanmalıdır⁶⁹. Edebi değeri olan metinleri inceleyen öğrencilerin hem entelektüel seviyeleri yükselecek hem de anlama ve yorum kabiliyetleri artacaktır.

14. Öğretim kadrolarındaki yetersizlik öncelikle çözülmesi gereken problemlerdendir. Bu konuda öncelikle yeni kadro açılımı hızlandırılmalıdır. Öte yandan bu yapılırken nitelikli olmayan kişilerin akademisyen olabileme ihtimali bertaraf edilmelidir. Ayrıca akademisyenliği teşvik edecek, cazip hale getirecek düzenlemeler yapmak şarttır. Bu öncelikle maddi imkânların artırılması yoluyla yapılabilecek bir şeydir. Ardından tam gün yasası sorunu hukuk fakülteleri için derhal çözülmelidir. Çünkü aynı zamanda önemli bir avukat veya hukuk danışmanı olan akademisyenleri üniversitelerde tutmak mümkün değildir.

15. Fakülteyi bitirmek için tüm dersleri vermek yeterli olmamalıdır. Bu ko-

⁶⁸ Bkz. 4 no’lu çözüm önerisi.

⁶⁹ ÇEBİ, Sezgin Seymen, “ Hukuk Eğitimi Üzerine Bir Deneme”, *Güncel Hukuk Dergisi*, Ekim 2011, Sayı 10 s. 19.

nuda ben iki şartın daha eklenmesi gerektiğini düşünmekteyim. Bunlardan ilki ulusal çapta bir bitirme sınavı⁷⁰. Bu kesinlikle olması gereken bir düzenlemedir. Çünkü bu sayede öğrenci sürekli çalışmaya teşvik edilmiş olacaktır. İkinci olarak ise öğrenciden, beş yıllık fakülte hayatı boyunca en az iki tane kapsamlı ödev teslim etmiş olması beklenmelidir. Bu sayede öğrenci araştırma yapmayı ve bilimsel yazı yazmayı öğrenmiş olacaktır.

16. Hukuk fakülteleri için af düzenlemesi kesinlikle kaldırılmalıdır ve öğrenim süresi içinde eleme sistemi mutlaka getirilmelidir. Almanya ve Fransa’da hukuk eğitime başlayanların yarısından daha fazlasının mezun olmadan ara sınıflarda elenmesi sistemi göz önünde bulundurulursa buna benzer bir uygulama bizim sistemimizde de yer alabilir.

17. Öğrencilerin bilimsel yazılar yazması teşvik edilmelidir. Bu konuda fakülte dergilerine öğrencilerden yazı alınması ve bilimsel yazılara burs verilmesi gibi uygulamalar yapılabilir.

18. Ulusal ve uluslararası çapta dava yarışmaları düzenlenmeli ve öğrenciler bunlara katılmaya teşvik edilmelidir. Kanımca bu yarışmalar çok önemlidir ve seçimler ders olarak sisteme konmaları dahi düşünülebilir.

19. Hukuk fakültesi içinde etkin bir öğrenci temsilcilik sistemi kurulmalıdır. Bu konuda her sınıf seçimle birkaç temsilci belirlemeli ve tüm sınıfların temsilcileri bir araya gelerek adeta mini temsilciler meclisi kurmalıdır. Bu konuda fakülte yönetimi inisiyatif almalı ve bu oluşumu desteklemelidir. Bu sayede geniş katılımlı bir seçim dönemi olması ve etkin bir meclisin olması öğrencilere demokrasi ve sorumluluk bilinci kazandıracaktır.

20. Fakülte kütüphaneleri mutlaka zenginleştirilmeli, özellikle her sene yeni baskı kitaplar buraya konmalıdır. Ayrıca kütüphanelerin güncel yayınlara abone olması sağlanmalıdır.

21. Bologna sürecinde ısrarla vurgulanan, öğretim üyelerinin öğrenciler tarafından değerlendirilmesi uygulaması mutlaka hukuk fakültelerimizde uygulanmalıdır. Öğretim üyeleri, gizliliği kesin olarak sağlanacak şekilde öğ-

⁷⁰ ÇOLAK, Nusret İlker, “Türkiye’de Hukuk Eğitiminin Sorunları ve Yeniden Düzenlenmesi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 8, sayı 1, 2009, s. 91.

renciler tarafından dönem sonlarında değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme sıradan bir anket seviyesinde kalmamalı, sonuçları itibariyle çeşitli somut yaptırımlara imkân verebilmelidir. Ama tabii ki tüm bunlardan önce öğrencilere değerlendirme konusunda objektif ve ciddi olmaları alışkanlığı kazandırılmalıdır. Sonuç olarak değerlendirilen öğretim üyesi sürekli kendini geliştirmek ve işini en iyi şekilde yapmak zorunda hissedecektir. Bunun olumlu etkileri de hukuk eğitimine mutlaka yansımaktır.

22. Hukuk fakültelerindeki öğrenci ile öğretim üyesi arasındaki diyalog eksikliği problemi aşılanmalıdır. Özellikle etkin bir “Office hours” sistemi kurulmalı ve öğrencilerin mutlaka hocalarıyla birebir ilişki kurabilmeleri sağlanmalıdır.

23. Kampüs içlerine öğrencilerin birlikte vakit geçirebileceği ve aynı zamanda ortak çalışmalar yapabileceği dinlenme alanları yapılmalıdır. Bu kantin veya kütüphane sisteminden daha çok öğrencilerin gruplar halinde kullanabileceği beşer, onar kişilik küçük odalar şeklinde dizayn edilmelidir.

24. Yine Bologna Süreci’nde bahsedilen öğrenci ve öğretim üyeleri hareketliliği hukuk fakültelerinde de uygulanmalıdır. Belli andlaşmalar çerçevesinde mümkün olduğu kadar çok öğrenci dördüncü veya beşinci sınıfının en az bir dönemini, bir Avrupa ülkesinde tamamlamalıdır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken noktalar vardır. Bunlar öncelikle gidilecek üniversiteler ve orada alınacak dersler çok iyi belirlenmelidir. Daha da önemlisi öğrenciye oraya gezi amaçlı değil eğitim amaçlı gittiğinin bilinci kazandırılmalıdır. Diğer taraftan, yine bu çerçevede yurt dışından belli aralıklarla öğretim üyeleri getirtilip, dersler vermesi sağlanmalıdır. Kuşkusuz bu öğrencilerin ufkunu genişletmelerine çok yardımcı olacaktır.

25. Mezuniyet sonrası avukatlık için mutlaka ulusal çapta bir sınav yapılmalıdır. Neredeyse tüm dünyada uygulanan bu uygulama, ülkemiz sistemi içinde kesinlikle yer almalıdır.

26. Son olarak, hâkimlik ve savcılık üzerine bir projemden bahsetmek istiyorum. Hiç şüphesiz bu iki meslek hukuk sisteminin en temel ve kritik parçalarıdır. Bu sebeple önemle üzerlerinde durulmalıdır. Şu anki sisteme baktığımızda fakülteyi bitiren öğrenci, hâkimlik-savcılık sınavı ve mülakatını geçip

yaklaşık on beş aylık bir staj ardından doğrudan göreve başlamaktadır. Bunun sonucunda da bir hukukçunun henüz 25-26 yaşında kürsüye oturduğunu görmekteyiz. Kanımca bu yaş, bu meslekler için çok erkendir. Bu sebeple staj aşamasını bitiren hâkimlerin ve savcılarının en az üç sene olmak üzere hâkim yardımcısı olarak tecrübeli bir hâkimin gözetiminde çalıştırılabilir. Ayrıca bu süreçte olabildiğince fazla sayıda aday hâkimin Avrupa’ya gönderilmesi gerekmektedir. Bu şekilde hâkimlerin dil eğitimi alması ve master yapmasına imkân tanınmış olur. Bu, pekâlâ bir AB projesi ile organize ve finanse edilebilecek bir proje diye düşünüyorum. Şu bir gerçek ki ufku geniş ve yabancı dil bilen hâkim ve savcılara çok ihtiyacımız var.

Bir ülkenin en hassas ve mühim kurumu olan yargı sisteminin, kusursuz işlemesi şarttır. Bu da ancak nitelikli insanlarla mümkün olacaktır. Bu yüzden ülkelerin hukuk eğitim sistemleri mümkün olduğunca mükemmel olmalıdır.

Ülkemiz eğitim sistemine baktığımızda gelişmiş ülkelere nazaran bir hayli eksikliklerin olduğu göze çarpmaktadır. Bu sebeple artık bazı eskimiş geleneksel yapıların yıkılması ve bir an önce köklü değişikliklerin yapılması şarttır. Özellikle hukuk eğitimi için baştan sona geniş kapsamlı bir reform yapılması gerekmektedir.

Öncelikle mevcut sistem çok iyi analiz edilmeli ve eksiklikler bulunmalıdır. Hepimizin çok iyi bildiği gibi ülkemizdeki hukuk fakültesi sayısı, dersliklerin ve öğretim kadrolarının yetersizliği, kontenjanların fazlalığı ve derslerin genelde teori seviyesinde işlenmesi en başta gelen sorunlardır. Bu ana sorunlar merkeze konularak diğer yan problemler ortaya çıkarılmalı ve özenli bir çalışma sonucu yeni sistem şekillendirilmeye çalışılmalıdır.

Bu çalışmanın ilk basamağı kuşkusuz diğer ülkelerin eğitim sistemlerini incelemek olmalıdır. Çünkü tabir-i caizse Amerika’yı yeniden keşfetmeye lüzum yoktur. Çünkü bizim sorunlu gördüğümüz mekanizmalar hiç şüphe yok ki bazı ülkelerde kusursuz olarak işlemektedir, bizim de yapmamız gereken o ülkeleri çok iyi etüt etmektir. Fakat bu demek değildir ki bir ülkenin eğitim sistemini tamamen iktibas edelim. Modern bir sistemin oluşturulması için uygun metod asla bu değildir. Yapılması gereken her sorunlu noktaya ayrı örnek-çözüm-

ler bulmaktır. Yani kontenjanların oluşturulmasında Amerika örnek alınırken, derslerin işleme şeklinde İngiltere’den, eğitim süresi konusunda ise Almanya veyahut Fransa’dan yararlanılabilir.

Diğer ülkeler analiz edilirken, üzerinde durulması gereken bir diğer konu ise Bologna Süreci’dir. Çünkü bu süreç eğitim sistemlerinin modernleştirilmesi adına ülkelere bazı yollar göstermektedir. Eğitim süresinden, kredilendirme sistemine, öğrenci merkezli eğitim metodundan, öğrenci ve öğretim üyesi değişim programlarına kadar çok kapsamlı bir program zinciridir bu süreç. Çok fazla eleştirilmesine rağmen bize düşen, eleştirilerden kendimizi soyutlayarak olabildiğince Bologna Süreci’nin olumlu yanlarını alabilmektir.

Düşünüldüğü vakit, hukuk sistemimizin değişmesinin bir ütopyadan ibaret olmadığı anlaşılabilir. Köklü değişiklikler gerektiği su götürmez bir gerçektir, lakin yukarıda da değindiğim gibi bunlar çok da zor olmayan ve kolaylıkla benimsenebilecek değişikliklerdir. Belki de reformlar için en büyük zorluk, maddi gerekçelerdir. Lakin Türkiye’de adalet için ayrılan kaynak gerçekten çok azdır. Öncelikle bu arttırılmalıdır, gerekirse ek kaynaklar oluşturulup bu reform süreci atlatılmalıdır. Çünkü asıl harcamalar yeni sistem oturtulurken yapılacak, sistem oturduktan sonra harcamalar daha makul seviyeye inecektir. Her şeye rağmen bu işin külfetli olacağı açıktır lakin şu unutulmamalıdır ki adalet asla ucuz değildir.



KAYNAKÇA

AKINCI, Şahin, "Hukuk Eğitimi Üzerine Düşünceler", *S.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 9, sayı 1 - 2, 2001.

ARAL, Vecdi, "Eğitimde Amaç", *Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan*, İstanbul 2000.

ATAY, Cevdet , "Hukuk Öğretimi ve Hukukçu Eğitimine Bakış Sorunları ve Çözüm Öneriler", www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/hukuk%20fakültesi/cevdetatay.doc (erişim tarihi: 07.06.2014).

Bologna'dan Bergen'e, Bologna Süreci ve Çukurova Üniversitesi, <http://www.cu.edu.tr/content/asp/turkish/duyuru.asp?id=5561> (erişim tarihi: 07.06.2014).

Bologna Süreci, <http://bologna.kocaeli.edu.tr/> (erişim tarihi: 07.06.2014).

CAN, Osman, *Güler yüzlü Frankoculuğun Dramı Türkiye'de Anayasa ve Hukuk Sorunları*, İstanbul 2010, Agora Kitaplığı, Birinci Baskı.

CHODOSH, Hiram, "Hukuk Eğitimi: Trendler, Sorunlar ve Stratejiler", *Selçuk Üniversitesi HFD*. cilt 9, sayı 1-2, 2001.

ÇEBİ, Sezgin Seymen, " Hukuk Eğitimi Üzerine Bir Deneme", *Güncel Hukuk Dergisi*, Ekim 2011, Sayı 10 s.19.

ÇOLAK, Nusret İlker, "Türkiye'de Hukuk Eğitiminin Sorunları ve Yeniden Düzenlenmesi", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 8, sayı 1, 2009.

ÇOLAK, Nusret İlker, *Hukuk Eğitimi Yöntemi Olarak İdare Hukukunda Sanal Mahkemeler*, İstanbul 2011, On İki Levha Yayınları, Birinci Baskı.

DEMİRAY, Fahrettin; ÇİFTÇİ, Hasan, "Türkiye'de Hukuk Fakülteleri ve Hukuk Eğitimi", *TBB Dergisi*, sayı 91, 2010.

EM, Ali, "Küreselleşen Dünyada Eğitimin ve Öğretimin Önemi ve Bu Kapsamda Hukuk Eğitimi ve Öğretimi", *TBB Dergisi*, sayı 61, 2005.

GÜMÜŞ, Adnan; ARAL, Necla, *Üniversitelerde Bologna Süreci Neye Hizmet Ediyor?*, Ankara 2011, Eğitim Sen Yayınları.

GÜRİZ, Adnan, “Türkiye’de Hukuk Öğretimi”, www.mecelle.com/hukuk/turkiye-de-hukuk-ogretimi.html (erişim tarihi: 07.06.2014).

HACIOĞLU, Caner, “Adalet Reformu İçinde Hukukçuların Yetiştirilmesinde Klinik Eğitim Zorunluluğu ve Klinik Eğitim Anlayışı”, *Atatürk ÜHF. Dergisi*, cilt 5, Sayı 1–4, 2001.

Hukuk Kurultayı 2000, Ankara Barosu Yayınları, Birinci Baskı.

Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi, Uluslar arası Toplantı, Ankara 2003, TBB Yayınları, Birinci Baskı.

KARAYALÇIN, Yaşar, *Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod-Problem Çözme*, Ankara 2001, Genişletilmiş 5.Baskı.

MUTLU, Latif, “ Hukuk Eğitimi Nasıl Olmalı”, *Güncel Hukuk Dergisi*, Ekim 2011, Sayı 10.

OĞUZ, Arzu, “Hukuk Eğitiminde Son Gelişmeler ve Karşılaştırmalı Hukukun Hukuk Eğitimindeki Rolü”, *AÜHF. Dergisi* sayı 4, 2003.

ÖNDEROĞLU, Selda, Avrupa Birliği’nde Yükseköğretimle İlgili Çalışmalar Bologna Süreci, http://www.anatomidernegi.org/belge/bologna_sureci.pdf (erişim tarihi: 07.06.2014).

ÖZTÜRK, Hakan, “ Hukukçuların Eğitimi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, Nisan 2010.

SERT-ÇELİK, Çiğdem, “Almanya’da Hukuk Eğitimi ve Stajyerlik”, *TBB Dergisi*, sayı 54, 2004.

ŞAHİNKAYA, Yalçın, “ İspanya’da Hâkim ve Savcılarının Eğitimi ”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, Temmuz 2010.

TBB Uluslar arası İlişkiler ve AB Merkezi, Dünya Ülkelerinde Hukuk Eğitimi ve Avukatlık Stajı, <http://eski.barobirlik.org.tr/ui/birim/belgeler/DUNYA%20ULKELERINDE%20HUKUK%20EGITIMI%20VE%20AVUKATLIK%20STAJI.pdf> (erişim tarihi: 07.06.2014).

TÜRK, Ahmet, “Türk ve Japon Eğitim Sistemlerinde İlköğretim Kademesinin Karşılaştırılması” <http://www.egitimhane.com/turkiye-ile-japonya-egitim-sistemi-arasindaki-farklar-k201-0.html> (erişim tarihi 07.06.2014).

UÇAR Rezzan, UÇAR; Halil İbrahim, “Japon Eğitim Sistemi Üzerine Bir İnceleme: Çeşitli Açılardan Türk Eğitim Sistemi İle Karşılaştırma”, Yüzüncü Yıl Üniversitesi Elektronik Eğitim Fakültesi Dergisi, cilt 1, sayı 1.

Uluslar arası Boyutuyla Hukuk Eğitimi ve Avukatlık Mesleğine Giriş Sempozyumu, Ankara 2008, TBB Yayınları, Birinci Baskı.

Yükseköğretim Kurumu, *Yükseköğretimde Yeniden Yapılanma:66 Soruda Bologna Süreci Uygulamaları*, Ankara, 2010.

2014-ÖSYS Yükseköğretim Programları ve Kontenjanları Kılavuzu.

6100 SAYILI HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNUNA GÖRE DELİL İBRAZ VE İKAMESİ

According to the Law Code Number 6100; Submission of Evidence

Zeynep Ezgi GÖRKEM *

ÖZET

Bir hakkı ihlal edilen veya ihlal tehlikesi yaşayan taraf mahkemeye başvurduğunda ileri sürdüğü iddiayı ispatlamalıdır. Usul hukukunda kural olarak geçerli olan taraflarca hazırlama ilkesi gereği; soyut bir hukuk normunun uygulanmasını sağlamak için mahkemeye o hukuk normunu karşılayan maddi vakianın ispat edilmiş olması gerekmektedir. Bu sebeple taraflar iddialarını ispat etmek için dilekçelerinde gerekli delilleri sunmalıdır. Davacı açısından bu durum, iddiasını ispata yarayacak delilleri dava dilekçesinde gösterme zorunluluğu; davalı açısından ise davacının iddialarına karşı gösterdiği savunma araçlarını cevap dilekçesinde bulundurma zorunluluğu olarak kendini gösterir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre; taraflar dayandıkları deliller ile hangi delili hangi vakianın ispatı için gösterdiklerini de açıkça ortaya koymak zorundadırlar.

Çalışmamızda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda öngörülen delil türleri, bu delillerin yargılama sürecindeki işlevleri, delillerin gösterilmesi ve değerlendirilmesi ile yargılamaya hakim olan ilkelerin bu bağlamda değerlendirilmesi incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: İspat, Delil, İspat Yükü, Somutlaştırma Yükü, Tasarruf İlkesi, Doğrudanlık İlkesi, Hukuka Aykırı Deliller.

ABSTRACT

When a party whose right is violated or in danger of violation resort to court, the claim must be proven. According to the principle of preparation of case by parties that the procedure law entails, the parties must submit the required evidence to the court since applying an abstract principle of law requires proving the principle fact. For the complainant this situation appears as an obligation of submitting the evidence

* Adalet Uzman Yardımcısı, Adalet Bakanlığı; AÜHF Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi. zeynep.ezgi.gorkem@adalet.gov.tr.

which help to prove the claim and as an obligation of submitting the defense tools against the complainant's claims through the reply brief for the defendant.

According to the law, code number 6100; the parties must clearly reveal each evidence that they stand on, for proving each fact.

Types of evidence located in law code number 6100, functions of these in trial process, submitting and evaluating the evidence and assessment of the principles which dominating the trial have been examined in our study.

Key Words: Proof, Evidence, Burden of Proof, Burden of Concretisation, The Principle of Disposal, The Principle of Direct Effect, Unlawful Evidences.



GİRİŞ

Deliller hukuka uygun elde edilip yine hukuka uygun yöntemlerle ileri sürüldüğünde uyuşmazlığı sona erdirici işleve sahip olmakla birlikte delilin bu yöndeki işlevi türüne göre değişmekte dolayısıyla uyuşmazlığı çözücü işlevi delillerin niteliğine göre azalıp çoğalabilmektedir.¹

6100 sayılı Hukuk Muhakemesi Kanununda² delillerle ilgili olarak; kesin delil, takdiri delil ayrımı ve senetle ispat kuralına ilişkin hükümler mevcut olup kanunda delil türlerine tek tek yer verilmekle birlikte bu saymanın sınırlı olmadığı ve kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunun öngörüldüğü haller dışında, kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabileceği kabul edilmiştir. Ayrıca Kanunun 194. maddesinde bahsedilen somutlaştırma yüküne göre taraflar başvurdukları delilleri gösterirken hangi vakıa ile ilişkilendirdiklerini de açıklamaları gerekmektedir.

Deliller kanunda belirtilmiş istisnalar saklı kalmak kaydıyla en geç dilekçeler teatisi aşamasına kadar ikame olunabilmektedir. Kanunun 140. maddesinin 5. fıkrasında; ön inceleme aşamasına kadar dilekçelerde gösterilen ancak sunulmayan veya başka bir yerden getirilecek deliller için ön inceleme duruşmasında kesin süre verilmek suretiyle delillerin sunulmasına imkan tanınmıştır.

¹ **Tutumlu, Mehmet Akif**, Bilimsel Görüşler ve Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi, s.27.

² Kanun olarak anılacaktır.

Ayrıca Kanununun 145. maddesine göre tahkikat aşamasında dahi ilgili hükümde belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde ancak hakimin izni ile delillerin sunulması imkanı söz konusudur. Delilleri serbestçe değerlendirme görevi hakim olup hakim incelemesini taraflarca bildirilmiş deliller üzerinden yapmaktadır.

Usul kuralları gereği taraflar kanunda belirlenen sınırlar içinde ispat hakkına sahip olabilmektedir. İspatla ilgili kuralların özellikle usul hukukunda kural olarak geçerli olan tasarruf ve taraflarca hazırlanma ilkesi, doğrudanlık ilkesi, hukuki dinlenilme hakkı, silahların eşitliği ilkesi gibi yargılamaya hakim olan ilkeler ile bağlantısı söz konusudur. Ayrıca yargılamada ispat hakkının ileri sürülmesi bağlamında sınır oluşturan hukuka aykırı delillerin ileri sürülememesi kuralına riayet edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

I. § 6100 SAYILI HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNUNDA DELİLLER VE TÜRLERİ

A. Delil Türlerine İlişkin Hükümler

Usul hukuku açısından delil; uyumsuzluğu oluşturan, daha doğrusu oluşturduğu iddia edilen vakianın gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda hakimde bir kanı oluşturmaya yarayan ispat aracıdır.³ Diğer bir tanıma göre; çekişmeli vakianın ispatı için başvuru araçlarına delil denir.⁴ Kanununun 187. maddesinin 1. fıkrasında; *“İspatın konusunu tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuş-*

³ **Bilge, Necip/Önen, Ergun**, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978, s. 492; **Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, M. Kamil/ Deren- Yıldırım, Nevhis**, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2009, s. 317 vd.; **Muşul, Timuçin**, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 320; **Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder**, Medeni Usul Hukuku, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 351 vd.; **Pekcantez, Hakan/Özekes, Muhammed/ Atalay, Oğuz**, Medeni Usul Hukuku, 13. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 604; **Umar , Bilge/Yılmaz, Ejder**, İspat Yükü, İstanbul 1980, s. 32. **Karslı, Abdurrahim**, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, Alternatif Yayınevi, İstanbul 2012, s. 566 vd.; **Tutumlu, Mehmet Akif**, “Hukuk Yargılamasında Delil İkamemesinin Kapsamı, Şekli ve Zamanı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 1989/6, s. 86;

⁴ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 364; **Karslı**, s. 566; **Karahacıoğlu, Ali Haydar/Parlar, Aynur**, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda İspat ve Deliller, Ankara 2012, s. 27. (İspat ve Deliller); **Konuralp, Haluk**, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 8; **Atalay, Oğuz**, “Delil Kavramı Üzerine”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, s.129 vd Ankara 2009, s. 130.

mazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir.” ifadesi mevcuttur.

Kanunda kesin delil - takdiri delil şeklindeki delil sistemi benimsenmiştir. Hakim bir delilin ilişkin bulunduğu vakıayı ispat edilmiş kabul etmek mecburiyetinde ise bu delil uyuşmazlığı sona erdirmek bakımından en etkili yol olan kesin delil kategorisine girecek; hakim sunulan delili serbestçe değerlendirme, takdir etme durumunda olabiliyor ise takdiri bir delil söz konusu olacaktır.⁵ Takdiri delillerde hakim, deneyim, hukuk mantığı ve yorumlama gücüyle olayı değerlendirebilecektir.

Kesin deliller; senet, yemin ve kesin hüküm; takdiri deliller ise tanık, bilirkişi, keşif ve kanunda düzenlenmemiş diğer deliller olarak belirlenmiştir.⁶ Kanunda kesin deliller ve takdiri deliller bağlamında güncel teknolojik gelişmeler ve ispat araçları dikkate alınarak esnek düzenlemeler söz konusudur.⁷

⁵ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 364-365; **Karlı**, s. 566; **Pekcanitez/Özekes/Atalay**, s. 606-607; **Muşul**, s. 320; **Alangoya/Yıldırım/Nevhis-Deren**, s. 317.

⁶ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 364-365. (Takdiri deliller; tanık (m. 240 vd), bilirkişi (m. 266 vd), keşif (m. 288 vd.), uzman görüşü ve kanunda düzenlenmemiş diğer delillerdir (m. 192).); **Karlı**, s. 566; **Pekcanitez/Özekes/Atalay**, s. 607; **Muşul**, s. 320; **Alangoya/Yıldırım/Nevhis-Deren**, s. 317. (Ayrıca ikrarın delil sayılıp sayılmayacağına ilişkin doktrindeki tartışmalar için: **Pekcanitez/Özekes/Atalay**, s. 546. **Mülga kanunda kesin deliller arasında sayılan ikrar hali hazırda Kanunun 188. maddesinde düzenlenmiştir. Kanunun 187. maddesinin 3. fıkrasında yer alan; “...ikrar edilmiş vakıalar çekişmeli sayılmaz.”** ifadesiyle ikrarı kesin deliller arasından çıkarmıştır. İkrar ispat ihtiyacını ortadan kaldıran ve haliyle diğer tarafı ispat yükünden kurtaran tek taraflı bir usul işlemidir. Davada bir tarafça ileri sürülen bir vakıanın mahkeme önünde karşı tarafça ikrar edilmesiyle o vakıanın çekişmeli olmaktan çıkması ve ispatının gerekmeyeceği için delilden söz edilemez. Ayrıca ikrar yalnızca taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda uygulanabilmekte olup kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda hakimi bağlamamaktadır. Bunlar ikrarın delil olmadığını gösteren gerekçelerdir.; **Konuralp**, s. 11; **Umar, Bilge**, “Muhtevası ve Hukuki Mahiyeti Bakımından İkrar Kavramı”, İÜHF, 1964/1-2, s. 244-263, s. 248. **İkrar edilen hususların çekişmeli sayılmaması ikrarın delil olarak nitelenmesini gerektirmez. İkrarın ispat gereğini ortadan kaldırması, delil olmasının değil, “İkrar edilen hususlar çekişmeli sayılmaz.” kuralının bir sonucudur.**; **Bilge, Necip**, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Ankara 1967, s. 361-362. Davanın çözümüne etki edebilecek çekişmeli hususların ikrar yoluyla sona ermesi ikrarın kesin deliller arasında sayılmasına sebep olmaktadır.; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 367; **Karlı**, s. 599; **Alangoya/Yıldırım/Nevhis-Deren**, s. 317; **Muşul**, s. 346; **Kiraz, Taylan Özgür**, Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, Bilge Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 66. **İkrar mahkeme içi ikrar ve mahkeme dışı ikrar ayırım esas alınarak mahkeme dışı ikrar kesin delil sayılmaktadır.**

⁷ **Özekes, Muhammed**, HMK’da İspat ve Deliller Bakımından Getirilen Yenilikler, s. 13. Erişim: http://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CBsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.hsyk.gov.tr%2Fhmk%2FOZEKESispat_ve_Deliller.pp

Kanunun 199 vd. hükümlerinde belge ve senet kavramları düzenlenmiştir. Kanunda senet kavramı yanında senedi de içine alan daha geniş bir kavram olan “Belge” kavramına yer verilmektedir. Belge kavramından hareketle, senetle ispat ve senede karşı senetle ispat ilkelerinin istisnası olan “Delil başlangıcı” öngörülmektedir. Kanunun 202. maddesinin 2. fıkrasına göre; delil başlangıcı, iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belgedir. Delil başlangıcının mutlaka yazılı olması gerekmez. Dolayısıyla “Delil başlangıcı” Kanunun 199. maddesinde düzenlenen belge kavramı esas alınarak düzenlenmiş olup başlı başına ispat aracı değil fakat varlığı halinde iddia olunan vakıayı takdiri delillerle ispatlama olanağı tanıyan bir kurumdur. Dolayısıyla belge her zaman kesin delil olmamakla birlikte, senet kesin delil vasfını sürdürmektedir.

Kanunun 225 vd maddelerinde yemin delili düzenlenmiştir. Yemin, taraflardan birinin bir vakıanın doğru olup olmadığı hakkında namusu, şerefi ve kutsal saydığı bütün inanç ve değerleri üzerinde beyan vermesidir.⁸ Yeminin konusu, davanın çözümü bakımından önem taşıyan, çekişmeli olan ve kişinin kendisinden kaynaklanan vakialardır. Kanunda yemin deliliyle ilgili olarak “Taraf yemini” ve “Re’sen teklif olunan yemin” hükümleri söz konusudur.⁹

Kanunun 240 vd. hükümlerinde tanık delili düzenlenmiştir. Tanıklık davada taraf olmayan üçüncü kişilerin dava ile ilgili bir vakıa ile ilgili olarak dava dışında edinmiş oldukları bilgileri mahkemeye beyan etmeleridir.¹⁰ Tanık delili hakimlik takdiri olarak başvurduğu delillerden biridir. Kanunun 266 vd. hükümlerinde de bilirkişi incelemesine yer verilmiştir. Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Ancak, Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün

t&ei=TRpoVfu5EsaSsgHEXyDYCg&usg=AFQjCNHL-gzcgcpUqLcq76tKW8Bid1lziA&sig2=_otsZ5FtrB5u5WHYPqSNhw&bvm=bv.93990622,d.bGg.

⁸ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 406.

⁹ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 406. HMK “Tamamlayıcı yemin “ hükümlerine yer vermemiştir.

¹⁰ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 415.

olan konularda bilirkişiye başvurulamaz. Diğer bir takdiri delil türü olan keşif Kanunun 288 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Hakim uyuşmazlık konusu şeyi bizzat inceleyerek onun hakkında bütün duyu organlarıyla bilgi edinmesine keşif denir.

Kanunun 293. maddesinde bilirkişilik kurumunun yanında ve onun tamamlayıcısı olarak “Uzman görüşü” şeklinde isimlendirilen kuruma da yer verilmiştir.¹¹ Bu yolla tarafların bilirkişi dışında uzmanından bilimsel nitelikli görüş almaları ve böylelikle özel ve teknik konularda da tarafların uzman görüşünden yararlanmaları ve iddia ve savunmalarını bu uzman görüşleriyle güçlendirmeleri mümkündür.

Kanunun 192. maddesinde öngörülen “*Kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere başvurulabileceği...*” ifadesinden anlaşılacağı üzere “özel hüküm sebepleri” başlığı altında ifade edilen delil türü de ortadan kaldırılmıştır.¹² Böylece senetsiz ispatı caiz olan davalarda akli ve mantıki ve hukuka uygun yollardan elde edilmiş olmak koşuluyla davayı aydınlatabilecek ve davanın dayanağı olan vakıaları ispata yarayabilecek her türlü unsurun delil olarak değerlendirilebileceği esası tereddüde yer vermeyecek bir şekilde düzenlenmiştir.¹³

B. Delillerin Türlerine Göre Yargılama Sürecindeki İşlevleri

Kanunda düzenlenen deliller işlevleri itibariyle birbirlerinden farklılık göstermektedir. Evvelce vuku bulmuş bir vakıayı mahkeme önüne taşıyan deliller belge ve senet ile tanık beyanlarıdır, bilirkişi olaya ilişkin teknik bilgi sağlar, keşif hakim vaki ile temasını sağlar, yemin konusu olan vakıanın doğru olduğu sonucunun kabulü gereğini yasa dolayısı ile sağlar, kesin hüküm ise söz konusu olan vakıanın hükümde yer aldığı gibi olduğunun yasal olarak farzedildiği bir delildir.¹⁴

Kanunda kesin deliller açısından kanuni delil sistemi benimsendiğinden haki-

¹¹ **Kuru, Baki/Budak, Ali Cem**, “Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri”, İstanbul Barosu Dergisi; Sy. 5, s. 18 vd.

¹² **Budak, Ali Cem**, Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, 2. Baskı, İstanbul, 2009, s. 183; **Karslı**, s. 566.

¹³ HMK 192. Madde gerekçesi.

¹⁴ **Alangoya-Yıldırım-Deren Yıldırım**, s. 318.

min delilleri takdiri, kanun tarafından kısıtlanmaktadır. Yasada kesin delillerle ispatı öngörölmüş bir olgunun başka bir delil ile ispatı mümkün olmadığı gibi hakim kesin delillerle bağılı olup ancak takdiri delilleri, serbestçe değerlendirmektedir. Dolayısıyla takdiri deliller bakımından hakim tarafından kural olarak delillerin serbestçe değerlendirilmesi sistemi söz konusudur.

II. Ş DELİLLERİN GÖSTERİLMESİ, DEĞERLENDİRİLMESİ VE GÖSTERİLME ZAMANI

A. Delillerin Gösterilmesi

Delillerin yargılama sürecindeki önemi, hakime uyumsuzluğun esaslı olan vakıa hakkında iddia olunan hususların gerçekleşmiş olduğu yönünde kanaat uyandırmasıdır. Delilin temsili niteliği delilin ispat konusunda vakıaya ne kadar yakın olduğuyla ilgilidir.¹⁵ Delillerin, iddia olunan vakıalar, hakim tarafından bizzat yaşanmamış olmasına rağmen algılanması ve olaya uygun olarak kanaat uyandırması sonucunu doğurması gerekir ki bu kanaati oluşturan en önemli etmen hakimin içinde bulunduğu çevreden edindiği bilgiler ve hayat tecrübeleridir.¹⁶ Hakimin kani olmasının objektif esaslara bağlanması yolundaki görüş genellikle kabul edilmekte olup hakimin sübjektif kanaatinin de keyfilik anlamına gelmeyeceği, tecrübe kurallarına dayanması gerektiği açıktır.¹⁷ Taraflar aralarında anlaşarak belirli bir vakıayı getirirlerse bu husus çekişmeli olmaktan çıkar, hakim tam olarak ikna olamamış dahi olsa dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi dermeyan edilenin doğruluğunu resen araştırmasına engel olmaktadır.¹⁸ Tecrübe kuralları sadece hukuki nitelendirme aşamasında değil yargılamada vakıa alanına dahil olan bir aşamada, delillerin değerlendirilmesi aşamasında da karşımıza çıkar¹⁹.

Kanunun 194. maddesinin 2. fıkrasında “Delillerin gösterilmesi” düzenlenmiştir. Bunun haricinde hem dava dilekçesinin hem de cevap dilekçesinin

¹⁵ Konuralp, s. 10-11.

¹⁶ Taşpınar, Sema, “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1996 Cilt 45 Sayı 1-4, s. 533. (İspat Yükü).

¹⁷ Alangoya-Yıldırım-Deren Yıldırım, Usul s. 303.

¹⁸ Yıldırım, Kamil, s. 58.

¹⁹ Göksu, Mustafa, “Hukuk Yargılamasında Vakıa ve Hukuk”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, s. 344.

düzenlendiği hükümde delillerin nasıl gösterileceği belirtilmiştir. Kanunkoyucu delil gösterilmesi ile ilgili tavrını kesin bir şekilde göstermek adına somutlaştırma yükü ve delillerin gösterilmesi başlıklı 194. maddesinde de delillerin gösterilmesiyle ilgili hükme yer vermiştir. Dolayısıyla dava ve cevap/cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerinde delillerin soyut bir biçimde sadece sayılması yetmez. Nitekim Kanunda geçen “özetleme” olayın bütününe teşkil eden vakıaların bir bölümünün belirtilmesi suretiyle gerçekleştirilir.²⁰ Bahsi geçen Kanunun 194. maddesi uyarınca taraflar, ispat araçlarının ve belgelerin birer örneğini dava/cevap dilekçelerine ekleyerek mahkemeye vermek, ellerinde değilse nerde olduğuna dair bilgi vermek zorundadırlar.²¹ Buna bağlı olarak taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır. Söz konusu hükme göre taraflar delillerini göstermekle²² birlikte hangi delilin nasıl ve hangi vakıaya ilişkin olarak gösterileceğine dair açıkça bir belirleme yapmalıdırlar. Aksi takdirde ileri sürülen delilin ispat vasıtası olarak kullanılmaması tehlikesini yaşarlar. Bunun anlamı davacının yahut davalının o vakıayı ispat edememiş sayılmasıdır.

1. İspat Yükü

Bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediğini ilgili taraf ispat etmelidir. İspat yükü bir vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda iddiada bulunan tarafa düşen usuli bir yüküdür.²³ Diğer bir tanıma göre ise; ispat yükü, iddianın veya savunmanın dayanağını oluşturan çekişmeli bir maddi vakıanın ispat edilememesi halinde aleyhe olarak verilecek karara kimin katlanacağını belirleyen bir külfettir.²⁴

Bir uyuşmazlık mahkemeye taşındığında taraf ile mahkeme arasında doğan

²⁰ **Alangoya, Yavuz**, Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkelere, İstanbul, 1979, s. 106-107.

²¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Değerlendirme Toplantısı, HUKAB Yayınları, 2012, s. 51.

²² Değerlendirme, s. 51.

²³ **Pekcantez/Özekes/Atalay**, s 561.

²⁴ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 354; **Umar/Yılmaz**, s. 32; **Karslı**, s. 551; **Pekcantez/Özekes/Atalay**, s. 560; **Alangoya/Yıldırım/Nevhis-Deren**, s. 317; **Muşul**, s. 321; **Başözen, Ahmet**, Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 13-14; **Kiraz, Taylan Özgür**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 51.

usuli sözleşmenin doğası gereği hakimi vakıanın doğruluğuna inandırmak için o vakıanın doğruluğunun ispatı ile bu yükümlülük gerçekleşmiş olur. Ancak bahsi geçen tanımda yükümlülük olarak ifade edilse de uyulmadığı takdirde maddi hukuktaki gibi ifaya zorlama veya tazminat gibi sonuçlara tabi tutulamamakla birlikte aleyhine olan sonuca katlanma durumuyla karşı karşıya kalınması durumu söz konusu olur.²⁵

Bir davada hangi tarafın delil sunması gerektiği ispat yükü kuralları ile düzenlenmiştir.²⁶ İspat yükü kuralları; bir hususun ispatsız kalması veya delillerin yetersiz olması hakimin karar vermekten kaçınacağı anlamına gelmeyeceği ve hakimin yargılamanın ardından bir karar verme zorunluluğu bulunduğundan, ispat yüküne ilişkin kurallar mahkemece ispat yükü açısından yapılan inceleme ve araştırmanın hüküm kurmaya yeterli bulunup bulunmadığı hususunda yol gösteren kurallardır.²⁷

Kanunun 190. maddesi, Medeni Kanununun 6. maddesi ile paralel şekilde kaleme alınmış olup ispat yükünün kimde olduğunu hüküm altına almıştır. Bu maddede, atıf yaparak Medeni Kanununda olduğu gibi ispat yükünün, yararlar-

²⁵ Pekcanitez/Özekes/Atalay, s 561.

²⁶ Karahacıoğlu/ Parlar, s.28.

²⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2009/10-578K. 2010/37T. 27.1.2010.

Bir davada çekişmeli olguların kimin tarafından ispat edilmesi gerektiği konusuna, ispat yükü denir. Her iki taraf da, ispat yükünün kime düştüğünü gözetmeden delil göstermişler ise, bu halde hakimin ispat yükünün hangi tarafa düştüğünü araştırmasına gerek yoktur. Çünkü, hakim, ilk önce tarafların gösterdikleri delilleri incelemekle yükümlüdür. İki tarafın (veya bir tarafın) gösterdiği deliller ile davaya ilişkin bütün çekişmeli olgular aydınlanmış ise, gene ispat yükünün hangi tarafa düştüğünü araştırmakta bir yarar yoktur. Buna karşılık, gösterilen delillerin hakime dava hakkında tam bir kanaat vermemesi halinde, ispat yükünün hangi tarafa düştüğünün tespit edilmesinde yarar vardır. İspat yükü, bu hal için önemlidir. Delillerin davayı etkileyecek çekişmeli hususlarda gösterileceği ve ispat faaliyetinin çekişmeli vakıalar için söz konusu olduğu hususu göz önünde bulundurulmalıdır. (HUMK m. 238/1). Hakimin kendisine ispat yükü düştüğünü bildirdiği taraf, uyumsuzluk konusu olguyu ispat edemezse, davayı kaybeder. O taraf, davacı ise davası reddedilir, davalı ise mahkum edilir. Türk Medeni Kanunun 6. maddesi uyarınca, "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. İspat yükü ilk önce kural olarak davacıya düşer; yani, davacı davasını dayandırdığı olguları ispat etmelidir. Yine, kural olarak herkes iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür. Ancak ispat yükünün yer değiştirdiği hallerde bu kuralın istisnaları devreye girer. İspat yükünün değiştiren hallerden biri yasada açık hüküm olmasıdır. Genel kuralın, bazı istisnaları vardır. Genel kuralı düzenleyen MK m. 6'daki "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça" deyimini ile, genel kuralın bazı istisnaları bulunduğu belirtilmiştir. Bu hallerde, istisna olarak, ispat yükü bir olgudan kendi lehine haklar çıkararak tarafa değil, o olgu aleyhine olan (karşı) tarafa aittir.

nan tarafta olduğunu belirtmektedir. Kanununun 191. maddesi ise, diğer tarafın, ispat yükü taşıyan tarafın sunduğu delillerin hukuka aykırı, geçersiz ve benzeri nedenlerle değerlendirilemeyeceği konularında delil sunabileceğini belirtir. Bu hallerde, karşı ispat faaliyet için delil sunan tarafın ispat yükünü üzerine almış sayılmayacağını hükme bağlamaktadır.

Diğer taraftan; bazı hallerde bir vakıayı kimin ispat etmesi gerektiği, yani ispat yükünün kimin üzerinde olduğu, özel bir kanun hükmü ile belirlenmiş olabilir. Kanununun 190. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "...kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça..." ifadesinde belirttiği üzere ispat yükü hakkında özel bir düzenleme yapılan kimselere aittir. Hakimin kendisine ispat yükü düştüğünü bildirdiği taraf, uyuşmazlık konusu olguyu ispat edemezse, davayı kaybeder. O taraf, davacı ise davası reddedilir, davalı ise mahkum edilir.²⁸ Dolayısıyla ispat yükü davacıda ise davasını ispat edememiş olacak ve davasının reddi sonucunu doğuracaktır.

İspat bir yargılama hukuku terimi olarak, yargılama sürecinde taraflarca iddia edilen veya hakim tarafından resen gözetilecek olan ve talep konusunu düzenleyen, uygulanacak hukuk normunun koşul vakıalarını karşılamaya elverişli somut vakia iddialarının doğru olduğu konusunda hakimde kanaat uyandırmak üzere yapılan faaliyeti ifade eder.²⁹ Bir hukuk normuna dayanarak hak iddia eden kişi o hukuk normunun soyut unsurlarının vakıada gerçekleşmiş olup olmadığını ispat yükünü taşıyacaktır.³⁰

İspatın konusu olan vakıalar; taraflarca uyuşmazlık konusu haline getirilmiş, uyuşmazlığın çözümüne yardımcı olabilecek, çekişmeli vakıalar olmalıdır.³¹ Kanunda yer verilen düzenlemede 'Malum ve maruf vakıalar' ibaresinin karşılığını 'Herkesçe bilinen vakıalar' ifadesi almış; ispat gereğini ortadan kaldıran diğer bir durum olarak taraflarca ikrar edilmiş vakıalar olarak gösterilmiştir.

İspat bir maddi vakıanın doğru olup olmadığının ortaya konulması oldu-

²⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2012/13-152, K.2012/381, Tarih 13.06.2012.

²⁹ İspat konusunda açıklamalar için bkz. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 351; **Atalay**, Delil, s. 129; **Konuralp**, s. 9; **Başözen**, s. 12.

³⁰ **Alangoya-Yıldırım-Deren Yıldırım**, s. 311.

³¹ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 351; **Karslı**, s. 551; **Pekcanitez/Özekes/Atalay**, s. 560; **Alangoya/Yıldırım/Nevhis-Deren**, s. 317; **Muşul**, s. 321; **Başözen**, s. 13-14; **Kiraz**, s. 51.

ğundan hukukî sebepleri hâkim takdir ettiği için kural olarak ispat konusu değildir.³² Ancak, somutlaştırma yükü kapsamında Kanununun 194. maddesine göre vakıa tespiti için hukuki sebep bildirmek gerekiyorsa bildirilmesi gerekmektedir. Çünkü iddia eden iddiasını ispatla yükümlü olduğu gibi ispata elverişli olan iddialarını kişi zaman ve yer gösterilmek suretiyle somutlaştırmakla da yükümlüdür

“...Herkes iddiasını dayandırdığı olguları ispatla yükümlü olup ispat külfeti öncelikle davacı taraftadır. Davalı hukuki ilişkiyi kabul etmemektedir. Usul kanununda belirtildiği üzere belirli bir miktarı aşan bir alacak söz konusu olduğu için yazılı delille ispatı gerekip davacı tarafça gösterilen deliller ispata yeterli görülmediği gibi, geçerli delillerle ispat edilemediğinden...”³³ Yargıtayca kabul edilmemiş olup, kararından da görüleceği üzere; ispat yükü ilk önce kural olarak davacı taraftadır. Dolayısıyla davacı dava konusu ettiği iddianın varlığını ispat etmelidir ki davacı savunmasını dayandırdığı olguların varlığını ispat edebilsin. Bir vakianın gerçekliğini ispatlamak, hangi tarafça isteniyorsa eğer onun menfaati gereği elinde bulunan ve iddialarının dayanağı olan ispat araçlarını mahkemeye karşı ileri sürmelidir.

İspat yükü objektif ve sübjektif ispat yükü olarak ikiye ayrılır.³⁴ Objektif ispat yükü, hükmün temelini oluşturan olayların ispat edilememesi halinde belirsizliğin rizikosunun kimin taşıyacağını ifade ederken sübjektif ispat yükü diğer adıyla delil ikame yükü, çekişmeli olayların ispatı için hangi tarafın delil ikame edeceğini belirler. Objektif ispat yükü hakim sonuç olarak karar aşamasında bir belirsizlikle karşılaşması olasılığında hangi türde bir karar vereceğini çözmeyi hedeflemekte iken sübjektif ispat yükü (delil ikame yükü) hangi tarafın hangi olayı veya unsuru ispat edeceği önem taşımaktadır.³⁵ Mahkeme önce sübjektif sonra da objektif ispat yükünü belirlemelidir.³⁶

³² **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 351; **Karslı**, s. 551; **Pekcanitez/Özkes/Atalay**, s. 538; **Alangoya/Yıldırım/Nevhis-Deren**, s. 317; **Muşul**, s. 321; **Başözen**, s. 13-14; **Kiraz**, s. 51.

³³ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi E:2011/18143, K: 2011/17981, TARİH: 17.11.2011; Türk Medeni Kanunu 6. madde.

³⁴ **Taşpınar, Sema**, İspat Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, s. 160-165. (Sözleşme)

³⁵ **Taşpınar**, Sözleşme, s. 164.

³⁶ **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 565.

2. Delil İkame Yükü

Delil ikame etme, tarafların kendi iddialarının doğruluğunu veya karşı tarafın iddiasının doğru olmadığını ispat etmek ve kendi lehlerine karar vermesini sağlamak amacıyla elverişli ispat araçlarına dayanarak giriştikleri hakimi inandırma faaliyetidir.³⁷ Doktrinde delil ikame etme hakimın bir olgu veya olayın gerçekliği konusunda ikna edilmesine yönelik yapılan faaliyet şeklinde de tanımlanmaktadır.³⁸

İspat yükü ile delil ikame yükü aynı kavramlar olmayıp ispat yükü, olayın ispat edilememe riskinin kime ait olduğunu belirlerken; delil ikame etme, ispat yükünün yerine getirilmesinin biçimi ve yöntemi ile ilgilidir.³⁹ Bu kavramların birbirinden ayrılmasının temellerinden biri de ispat yükünü düzenleyen kuralların maddi hukuka, delil ikame yükünü düzenleyen kuralların usul hukukuna ilişkin olmasıdır.

Dava konusu edilen bir vakıa hakkında iddia, somutlaştırma, ispat ve delil ikame yükü çoğunlukla aynı taraftadır. Ancak, örneğin; iddia yükü ve somutlaştırma yükü davacıda olan bir vakıa için, ispat yükünün davalıda olup, delil gösterme yükünün tekrar davacının üzerinde kalabileceği gibi bazı durumlarda bunların değişkenlik göstermesi de mümkündür.⁴⁰ Bunun gibi delil ikame yükünün davanın aşamasına ve seyrine göre taraf değiştirebilmesi olanaklıdır. Dolayısıyla ispat yükü bir tarafta bulunmasına karşın hakim diğer tarafı delil ikame yükü altına sokabilir.

Bir davada o davanın çözümünü etkileyebilecek, davanın çözümü için gerekli olan vakıalar için delil gösterilir.⁴¹ Taraflarca iddialarının yahut savunmalarının doğruluğuna ilişkin olacak vakıalar dermeyan olduğunda bunların yanısıra delilleri ikame etmekle de yükümlüdürler.⁴² Dolayısıyla dava malzemelerinin mahkemeye sunulması yetmeyip bu malzemeyi oluşturan vakıaların ispatı da gerekir. Taraflar genellikle davanın başında ispat yükünün kime ait

³⁷ Umar /Yılmaz, s. 32.

³⁸ Taşpınar, Sözleşme, s. 164; Atalay, Menfi, s. 16.

³⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes s.566.

⁴⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s 566.

⁴¹ Kuru, Bakı, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, İstanbul 2001, s.1968. (Usul).

⁴² Yıldırım, s. 63; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s 566.

olduğunu önemsemeyip kendi iddia veya savunmalarıyla ilgili delil ikame yükü olmamasına rağmen, delil ikame yükü olan tarafın iddialarının doğru olmadığını ispat için karşı delil gösterebilirler.⁴³ Ancak, karşı ispat faaliyeti için delil sunan taraf ispat yükünü üzerine almış sayılmaz.

3. Somutlaştırma Yükü

Somutlaştırmak, bir iddiayı, zaman, mekan, kişi, oluş şekli vs. unsurlarıyla algılamaya, anlamaya, tartışmaya, ispata elverişli şekilde ortaya koymaktır.⁴⁴ Yargılama sürecinde iddianın somut şekilde ortaya konması kuralıyla davalının da somut cevap vermesi, mahkemenin de hangi delilleri hangi vakıalarla ilişkilendirerek değerlendirmesi ve doğru karar vermesi kolaylaşır.⁴⁵

Kanunun ‘Somutlaştırma yükü ve delillerin gösterilmesi’ başlıklı 194. maddesi ile tarafların, hangi delilin hangi vakianın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtme zorunluluğu, yani somutlaştırma yükü getirilmiş olduğundan, bu yükümlülük gereği, davacının iddia ettiği her bir vakianın hangi delille ispat edileceğini, dava dilekçesinde belirtmesi esası da ilgili hükümde düzenlenmiştir. Somutlaştırma yükü talep sonucunu haklı kılmaya yarayan maddi vakıaların kronolojik bir sıra gözetilmek suretiyle tüm nitelikleriyle ispata elverişli olacak biçimde anlatılmasıdır.⁴⁶

Somutlaştırma yükü tarafların açıklama ödevinin bir parçası olup dilekçelerin teatisi aşamasındaki görünüm biçimidir.⁴⁷ Uygulamada sıkça karşılaşıldığı biçimde, tarafların dilekçelerinde deliller kısmına “yasal her türlü delil” ifadesi kullanılması hatalı bir kullanım şekli olup kanunkoyucunun açıkça ifade ettiği üzere, taraflar soyut iddialarını somut delillerle ortaya koymadıkça yargılama süreci içinde dikkate alınmaz.⁴⁸ Örneğin; hangi vakianın yemin deliliyle, hangi vakıaların tanık beyanlarıyla ispatlanacağına vurgu yapılmalıdır.

Uygulamada genel geçer ifadelerle somut vakıalara dayanmadan davaların

⁴³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 566.

⁴⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 560.

⁴⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 560.

⁴⁶ Kuru/Arsan/Yılmaz, s. 279; Karılı, s. 289; Pekcanitez, Atalay, Özekes, s. 558; Kiraz, s. 52.

⁴⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 559-560.

⁴⁸ Kiraz, s. 52.

açılıp yürütülmesinin önüne geçmek amacıyla kanunda yer verilen somutlaştırma yüküne ilişkin olarak maddesinin gerekçesinde: *“Bir davada, ispat faaliyetinin tam olarak yürütülebilmesi, mahkemenin uyuşmazlığı doğru tespit ederek yargılama yapabilmesi, karşı tarafın ileri sürülen vakıalara karşı kendini savunabilmesi için, iddia edilen vakıaların açık ve somut olarak ortaya konulması gerekir. Genel geçer ifadelerle, somut bir şekilde ortaya koymadan iddia veya savunma amacıyla vakıaların ileri sürülmesi durumunda, yargılamanın sağlıklı bir şekilde yürütülmesi mümkün olmayacağı gibi, vakıaların anlaşılması için ayrıca bir araştırma yapılması ve zaman kaybedilmesi söz konusu olacaktır. Taraflar, haklarını dayandırdıkları hukuk kuralının aradığı koşul vakıalara uygun, somut vakıaları açıkça ortaya koymalıdır. Bu vakıaların somut olarak ileri sürülmesi, ilgili taraf için bir yükür; bu yükü yerine getirmeyen sonuçlarına katlanacaktır.”* ifadesi yer almaktadır.⁴⁹

Somitlaştırma yükü kural olarak iddia eden tarafın üzerinde olan bir yükür. Tarafın davacı ya da davalı olmasının herhangi bir önemi olmaksızın bir vakıanın varlığını iddia eden taraf iddianın zaman, mekan, kişi, oluş şekli vs. unsurlarını ispata elverişli olacak şekilde ortaya koymalıdır.⁵⁰ Bir vakıa somutlaştırılmadan, o vakıa hakkında ispat faaliyetine girişilmesi, savunma yapılması veya mahkemece değerlendirilip bir karar verilmesi mümkün olmamaktadır.⁵¹

Özellikle taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalarda, mahkemenin yargılamayı doğru yürütebilmesi ve makul sürede karar verilmesi için delillerin vakıalarla bağlantı kurularak mahkeme önüne getirilmiş olması gerekir. Bu da tarafların dayandıkları delilleri ve her bir delilin hangi vakıanın ispatı için kullanılacağını belirtmeleriyle mümkündür.⁵² Somitlaştırma yükünün taraflara getirdiği sorumluluk, delillerle maddi vakalar birbirleriyle ilişkilendirilerek gösterilmesi yükümlülüğüdür.

Kanunda somitlaştırma yükü düzenlenmiş olup bunun yaptırımı düzenlenmediğinden somitlaştırma yüküne aykırı olarak delil gösterilmesi durumunda

⁴⁹ HMK 194/1 madde gerekçesi.

⁵⁰ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 281; **Kiraz**, s. 52.

⁵¹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 560.

⁵² HMK 194/2 madde gerekçesi.

bahsolunan delile dayanılamayacağı için somutlaştırma yükünün uygulamada yararlı olup olmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesi, ispat yükünün yerine getirilmemesi ile benzer sonucu doğurmaktadır.⁵³ Taraf iddia veya savunmasını somutlaştırma yüküne aykırı olarak ileri sürerse ispata elverişli bir şekilde ortaya koyamamış olacaktır ve talebi esastan reddolunacaktır.⁵⁴ Delillerini somutlaştırma yüküne uygun bildirmeyen taraf o delile dayanarak iddiasını ispat etme imkanından mahrum kalacaktır.⁵⁵

İddia olunan vakıaları açıklamak için gösterilmesi gereken delillere yargılamanın henüz başındayken ulaşılamaması gibi durumların vuku bulması hallerinde; açılan davanın reddi gibi ağır sonuçlar doğurabilecek bu yükümlülüğün hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması anlamına gelebileceği görüşleri de mevcuttur.⁵⁶ Dolayısıyla elbette, yargılamaların uzun sürmesine karşı alınan bir tedbir olarak gerek davacı gerekse davalı açısından iddia olunan vakıalar/savunulan vakıalar ile gösterilen delillerin somutlaştırılması yükünün işlevinin önemi göz ardı edilmese bile anayasal çerçevede ifadesini bulmuş hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması yine anayasaya uygun bir şekilde, hakkın özüne dokunulmadan sınırlanması gerektiği düşüncesinden hareketle; açılan bir davada davacı tarafından delillerin sırf açıkça gösterilmemiş olması nedeniyle davanın reddi gibi ağır bir yaptırımla sonuçlandırılması çok ağır bir yaptırım olacaktır. Bu nedenle; taraflar dilekçelerinde delillerini yeteri kadar somutlaştırmadıkları takdirde hakimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde ek açıklama istemesi gerektiği görüşü de ileri sürülmektedir.⁵⁷ Taraf mahkemece verilen sürede delillerini somutlaştırmadığı takdirde ise bu usuli yükün olumsuz sonuçlarına katlanacaktır. Bu sonuç davaya bakan hakimin somutlaştırma yüküne uygun şekilde gösterilmeyen delili göz önüne almadan karar vermesidir.⁵⁸ Nitekim Yargıtay da, tarafların somutlaş-

⁵³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 560.

⁵⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 560.

⁵⁵ Erdönmez, Güray, "Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı", İstanbul Barosu Dergisi, C. 87, Sy. 5, Y. 2013, s. 20.

⁵⁶ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Değerlendirme Toplantısı, HUKAB Yayınları, 2012, s. 51.

⁵⁷ Umar, Bilge, s. 354.

⁵⁸ Erdönmez, s. 21.

tırma yüküne aykırı davranmaları halinde hakimın davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde söz konusu eksikliğin giderilmesi için ön inceleme aşamasında kesin süre vermesinin isabetli olacağı görüşündedir.⁵⁹

B. Delillerin Gösterilme Zamanı

Delillerin bildirilme zamanı yargılama süreci içinde uyulmaması veyahut kaçırılması durumlarında ciddi hak kayıplarına yol açması sebebiyle büyük önem teşkil etmektedir. Bu bağlamda, ön inceleme aşaması ve bilhassa ön inceleme duruşması delillerin gösterilme zamanı kapsamında dikkate alınması gereken hükümlerdir.

Kanunda delil gösterme aşaması ile ilgili hükümler, asıl olarak dava ve cevap dilekçelerini düzenleyen hükümler içinde yer almaktadır. Bu bağlamda, delillerin gösterilme zamanı hakkında Kanunun 119. ve 129. maddelerinde düzenlemeler söz konusudur. Bu maddelere göre taraflar ellerindeki delillerini dilekçelerine ekleyerek mahkemeye vermelidir.⁶⁰ Davacı açısından bu durum dava dilekçesinde, elindeki belgeleri veya başka yerden getirilecek delillerin bilgilerini mahkemeye sunma zorunluluğu olarak; davalı açısından ise, cevap dilekçesinde elindeki belgeleri veya başka yerden getirilecek belgeleri mahkemeye sunma yükümlülüğü olarak karşımızda çıkmaktadır.

Davacı, dava dilekçesini verdikten sonra kanunda belirtilen istisnalar dışında yeni bir delil gösteremez. Ancak davacının verdiği dava dilekçesinde sonra gerçekleşen yeni vakıalara davacının müdahale şansı yoksa bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Dolayısıyla yeni bir vakıa gerçekleşiyorsa bunu ortaya koyma bağlamında yeni delil gösterebilir.⁶¹ Davalı ise, cevap dilekçesini verdikten sonra bahsi geçen istisnalar haricinde yeni bir delil gösterememektedir.

Dolayısıyla delillerin gösterilmesi dilekçeler teatisi aşamasına kadar müm-

⁵⁹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 14324/2013, K. 1831/2013, T. 24.01.2013.

“Tarafların dilekçelerinde dayandıkları vakıaları ispata elverişli bir şekilde somutlaştırmaları, hangi delilin, hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmemeleri halinde hakimın davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde söz konusu eksikliğin giderilmesi için ön inceleme aşamasında kesin süre vermesi isabetli olacaktır.”

⁶⁰ Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 582.

⁶¹ Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 582.

kündür. Ancak dava ve cevap dilekçelerinin mahkemeye sunulmasıyla dilekçelerin teatisi aşaması sona ermemektedir. Bunun yanısıra Kanunun 136. maddesinin 1. fıkrasına göre davacı tarafından davalının cevap dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren iki hafta içinde cevaba cevap dilekçesini, davalı tarafından ise bu cevaba cevabın kendisine tebliğinden itibaren iki hafta içinde ikinci cevap dilekçesini sunma hakları söz konusudur. Kanunun 136. maddesinin 2. fıkrasına göre cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri hakkında dava ile cevap dilekçelerinin kıyasen uygulanabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla tarafların ikinci dilekçelerinde de iddialarının dayanağı olan deliller gösterilebilmektedir. Ancak Kanunun 119. ve 120. maddelerde delillerin dava ve cevap dilekçelerinde gösterilmesi gerektiği öngörülmüştür. Bu konuda amaçsal bir yorum yapılarak cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerinde de yalnızca belirttikleri yeni vakıalara ilişkin delillerin gösterilmesine izin verilmesinin ispat hakkı ve adil yargılamanın gereklerine aykırı olabileceğinden tarafların dava ve cevap dilekçelerinde göstermemiş oldukları delillerin gösterilebileceği görüşleri mevcuttur.⁶² Söz konusu görüşe göre; yeni vakıaların ve taleplerin dilekçeler teatisi aşamasının sonuna kadar ileri sürülmesine imkan tanınıp delillerin gösterilmesini yalnızca dava ve cevap dilekçeleriyle sınırlamak; cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerinde sadece yeni vakıalara ilişkin delillerin gösterilmesine izin vermek hakkaniyete uygun bir yorum olmayacaktır.⁶³

Ancak, Kanunun 137. maddesinin 1. fıkrasına göre; *“Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede...hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar...”* ifadesiyle, dilekçeler teatisi aşamasında gösterilen delillerin mahkemeye sunulması ve delillerin toplanması açısından Kanunun belirttiği süre, en geç ön inceleme aşaması olarak belirlenmiştir. Ancak Kanunun 140. maddesinin 5. fıkrasında yer alan *“Ön inceleme duruşmasında, taraflara dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları için iki haftalık kesin süre verilir. Bu hususların*

⁶² **Bolayır, Nur**, Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hakimin Rolü, İstanbul 2014, s. 227; **Erdönmez**, s. 22.

⁶³ **Bolayır**, s. 228; **Erdönmez**, s. 22.

verilen kesin süre içinde tam olarak yerine getirilmemesi hâlinde, o delile dayanmaktan vazgeçilmiş sayılmasına karar verilir.” Hükmünde dilekçeler teati-si aşamasında gösterilen ancak sunulmayan delillerin mahkemeye sunulması veya başka yerden getirilecek deliller için gerekli açıklamaları yapmaları ama-cıyla mahkemece iki haftalık kesin süre verileceği ve verilen kesin süre içinde bu hususların tam olarak yerine getirilmemesi halinde o delile dayanmaktan vazgeçilmiş sayılmasına karar verileceği öngörülmektedir. Dilekçelerde eksik olan delillerin ve bu konudaki bilgilerin en geç ön incelemeden sunulması veya verilecek ek süre içinde tamamlanması gerekir.⁶⁴

Ancak ön inceleme aşamasında verilen ek süre imkanı her türlü delil için mevcut değildir. Çünkü mahkemenin ön inceleme aşamasında ikamesine izin vereceği belgeler, sadece dava-cevap ve davaya cevap- cevaba cevap dilekçe-lerinde gösterilenlerdir. Dolayısıyla ön inceleme duruşmasında dahi, dava ve cevap dilekçesinde gösterilmiş olmayan belgenin ikamesine izin vermemiştir. Kanunun 140/5 maddesi uyarınca taraflara verilen kısa süre, dilekçelerinde gösterdikleri ancak sunmadıkları belgelere ilişkin açıklama yapmaları için son bir şans niteliğindedir.⁶⁵ Taraflar bu şanslarını doğru kullanamazlarsa, artık tahkikat mevcut delillerle yürütülecek ve tarafların o delile dayanmaktan vaz-geçtikleri kabul edilecektir.⁶⁶

Kanunun 145. maddesinde de; *“Taraflar, Kanunda belirtilen süreden sonra delil gösteremezler. Ancak bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşıyamıyorsa veya süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir.”* hükmüne göre, tahkikat aşamasında da belirli şartlar dahilinde delil gösterilebilmektedir. Ancak ön inceleme aşamasından sonra gösterilen delil ancak 145. madde belirtilen şartların mevcudiyeti ve mahkemenin izin

⁶⁴ Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 582.

⁶⁵ Değerlendirme, s. 93.

⁶⁶ Madde gerekçesi.

“Taraflar delil olarak dayandıkları belgeleri dilekçelerine ekleyerek vermek ya da başka yerden getirilecekse bunu belirtmek zorundadırlar. Şayet taraflar bu konuda yapmaları gereken işlemleri eksik bırakmışlarsa, tahkikata başlamadan önce, taraflara son kez kısa bir süre ver-tiler bu eksiklikleri tamamlamaları düşünölmüştür.”

vermesi halinde incelenebilir.⁶⁷ Bu bağlamda ön inceleme aşamasına dek bildirilmeyen delillerin gösterilebilmesi; delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşııyorsa veya süresinde ileri sürülmemesi tarafın kusurundan kaynaklanıyorsa hakimin izniyle mümkün olabilmektedir. Söz konusu koşulların gerçekleşmesi halinde sonradan delil gösterilebilmesi için hakimin izni dışında geriye dönüş imkanı olmamaktadır.⁶⁸ Söz konusu hüküm, dürüstlük kuralına aykırı şekilde sonradan delil gösterilmesini engellemektedir. Buna göre, taraflar davayı geciktirmek amacıyla hareket ediyorlarsa veya sonradan delil gösterilmesi tarafların kusurundan kaynaklanıyorsa, hakim yeni delil gösterilmesine izin vermemektedir.⁶⁹

Dolayısıyla dava ve cevap dilekçesi ile delillerinin bildirilmesi taraflara bir görev olarak verilmesinden dolayı ve cevap dilekçesinin verilmesinden sonra, yeni delil gösterilmesini zorlaştırmıştır. Bu nedenle, bu aşamadan sonra delil bildiri için konulan kanun maddeleri ancak istisnai ve elde olmayan nedenlerden kaynaklanmış hallerde ve büyük bir haksızlığı önleyecek nitelikte olmalıdır.⁷⁰

C. Delillerin Değerlendirilmesi

Kanun, ispat konusunun belirlenmesi ve delil ikamesi işlemlerinin ön inceleme aşamasında tamamlanmasını ve tahkikat aşamasında ise ikame olunan ispat araçlarından delillerin elde edilmesi ve incelenmesi işlemlerinin yapılmasını öngörmektedir.⁷¹ Tahkikat mahkemenin tarafların iddia ve savunma vakıalarından uyumsuzluk içinde bulunan ve hükme etkili olanların belirlenmesi ve bunların ispatı için ikame olunan delillerin toplanıp incelenmek suretiyle gerçek olup olmadığının araştırılmasıdır.⁷²

Kanunun 198. maddesine göre hakim, bu süreçte delilleri serbestçe değerlendirir ve incelemesini taraflarca kendisine bildirilmiş olan dava malzemesi

⁶⁷ Pekcanitez, Atalay, Özekes, s. 582.

⁶⁸ Çelikoğlu, Cengiz Topel, Medeni Usul Hukukunda Avukatın Delil Toplaması, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 322.

⁶⁹ Erdönmez, s. 42.

⁷⁰ Dedeagaç, Ender, s.137.

⁷¹ Budak, s. 12,13.

⁷² Postacıoğlu, İlhan, E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 500.

üzerinde yapar. Bu delillerin olumlu olumsuz değerlendirilmesi suretiyle karar yerinde gösterilerek sonuca gidilir.⁷³ Hakimin delilleri değerlendirmesine ilişkin esaslar hukuk dışı ilke ve kurallardan ziyade mantığın ve bilimsel düşüncenin ve akılcı kuralların çerçevesinde şekillenir.⁷⁴

Mahkeme bir iddianın gerçeği yansıtmayı yansıtmadığına tarafların duruşmadaki davranışlarının genel içeriğini ve muhtemelen yapılmış delil ikamesi sonuçlarını nazara alarak serbest kanaatine göre karar verir.⁷⁵ Bunun için taraf delillerinin eksiksiz olarak toplanması ve talebin niteliği bakımından toplanan tüm deliller iddia ve savunma doğrultusunda birlikte değerlendirilmesi gerektiği de gözden kaçırılmamalıdır.

Hukuk usulünde yargılamada kullanılacak deliller bakımından “serbest delil” sistemini benimsemiş olmasına rağmen delillerin değerlendirilmesi hususunda hakimin kesin delillerle bağlılığının söz konusu olduğu “kanuni delil sistemi” benimsenmiştir.⁷⁶ Dolayısıyla senet, yemin ve kesin hüküm gibi belirli şartları haiz olmaları koşuluyla doğruyu kanıtladığına kesin gözle bakılan delil türleri söz konusu olduğunda “Serbest delil sistemi”nin gerektirdiği hakimin delilleri serbestçe değerlendirmesi hususundan uzaklaşılır.

III. Ş İSPAT YÜKÜ VE DELİL İKAME YÜKÜNÜN DAYANDIĞI YARGILAMA HUKUKU İLKELERİ VE SINIRLARI

Taraflar kanunda belirlenen sınırlar içinde ispat hakkına sahiptir. Bu hak ve yetki anayasal çerçevedeki ispat hakkının usul hukukuna yansımasıdır.

⁷³ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi E. 2005/13136K. 2005/14637T. 29.12.2005.

“Hukukumuzda “taraflarca hazırlama ilkesi” kabul edilmiştir. Anılan ilke gereğince davanın (iddianın) ve savunmanın dayanağı olan vakıaların ve bunların delillerinin taraflarca mahkemeye bildirilmesi gerekmektedir.

Dosya içerisinde mevcut dilekçe ile davalı 2 ayrı tarihte toplam 1.600 YTL ödeme yaptığını beyanla buna ilişkin dekont ibraz etmiştir. Mahkemece davalının bu savunması üzerinde durularak ödemeye ilişkin dekontların dava konusu yere ait olup olmadığı araştırılmaksızın ve bu konu hakkında gerekçe gösterilmeksizin eksik inceleme ile sonuca gidilmesi doğru görülmemiştir.”

⁷⁴ **Atalı, Murat**, “Medeni Usul Hukukunda Hakimin Vakıalar Hakkında Dava Dışında Edindiği (Şahsi) Bilgisini Kullanması”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.1, s. 141.

⁷⁵ **Yıldırım, Kamil**, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, Giriş, 1990.

⁷⁶ **Karslı**, s. 566; **Karahacıoğlu- Parlar**, s.140.

A. Tasarruf ve Taraflarca Hazırlama İlkesi

Usul hukukunda kural olarak geçerli olan tasarruf ilkesinin sonucu olarak taraflar iddialarını ispat için mahkemeye delillerini sunmalıdırlar. Bu ilke uyarınca dava malzemesinin toplanması ve mahkemeye sunulması görevi taraflara aittir.⁷⁷ Doğru bir şekilde yargılama yapıp hakikate ulaşmada taraflarca getirilen dava malzemeleri dikkate alınır. Şayet tarafça dava kazanılmak isteniyorsa, tarafın iddialarını ve talep sonucunu haklı kılacak vakıaları yargılama sürecinde mahkemeye bildirmelidir. Öte yandan davacı tarafın iddialarını ve talep sonucunu haksız kılacak şekilde vakıaları inkar veya savunma için malzeme getirme görevi de davalı tarafındır.

Davanın açılması, böylelikle dava konusunu belirlenmesi, davayı geri alınması, davadan feragat edilmesi, davayı kabul ve tarafların sulhü, kanun yoluna başvurmaları, kanun yoluna başvurularını geri almaları, kanun yoluna başvurudan feragat, kanun yolunda incelenmesini istedikleri sebebi belirlemeleri tasarruf ilkesinin medeni usul hukukuna yansımaları olarak görülmektedir.⁷⁸

Usul hukukunda her ne kadar tarafların davayı açma ve sona erdirme yetkisi olsa dahi, duruşmaların ne zaman yapılacağına ve delillerin ne zaman toplanacağına ilişkin tasarruf yetkisi hâkimdedir.⁷⁹ Bu nedenle dava konusu olay hakkında bir kanaata varıldıktan sonra, gösterilen normlardan hangisinin söz konusu olacağı mahkemece tayin edilir. Ancak görüldüğü üzere dava konusu vakıa hakkında yargılama sürecine dava malzemesi getirmek suretiyle, herhangi bir kanaat uyandırılmadığı sürece, davanın çözüme ulaştırılması mümkün değildir.

Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi uyarınca her iki taraf da davayı kazanmak için kendi yararına olan vakıaları göstermek zorunda olacaktır. Tarafların menfaatlerini en iyi kendilerinin koruyacağı düşüncesi nedeniyle dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi taraflara özel hukukla tanınan

⁷⁷ **Arslan, Aziz Serkan**, Medeni Usul Hukukunda Doğrudan Doğrularlık İlkesi, Doktora Tezi, Konya 2011, s. 153; **Pekcanitez, Atalay, Özekes**, s. 299.

⁷⁸ **Meriç, Nedim**, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011, s.54.

⁷⁹ **Arslan**, s. 155.

tasarruf serbestisi ilkesi ile de örtüşmektedir.⁸⁰ Ancak vakıaların belirsiz olduğu, özellikle de taraflarca birbirlerine yahut üçüncü kişilere yönelik iyiniyet, kötünüyet, kast gibi iddialarda bulunulması durumlarında ancak delil ikamesi esnasında bunlar açıklığa kavuşacağından ötürü bu belirsiz kurumlara ilişkin olarak iddialar ispat edilmediği sürece mahkeme tarafından itibar olunmamaktadır.⁸¹ Nitekim mahkemeye karşı taraflarca ileri sürülen iddialara ilişkin olarak başta belirsiz ifadeler kullanıp delillerin belirtilmemesi yahut vakıaların geç dermeyan edilmesinden ötürü davaların uzaması söz konusu olmaktadır.⁸² Bu sebeple hakim tarafların getirdiklerinin gerçeklik kontrolünü yapacak, getirilenlerdeki eksiklikleri tamamlatabilecek, belirsizlikleri açıklatılabilecek ve hatta yargısal faaliyetin tıkanmasını önleyecek bazı ispat araçlarına ve olanaklara kendiliğinden başvurabilecektir.⁸³ Ancak bu durum “Kendiliğinden araştırma” ilkesiyle açıklanabilecek bir durum olmamakla birlikte usul hukukunda tarafların iradesine öncelik verildiğinden hakim, ancak getirilenlerin gerçek olup olmadığını kontrol edebilecek, ayrıca dava konusunda ilişkin gerçeklik araştırmasını yargılamaya getirilenler dışında yapamayacaktır.⁸⁴ Bu anlamda, ön inceleme kurumu ihdas olunup yukarıda belirttiğimiz gibi delillerin incelenmesi ve başka yerden getirilecek bir delil varsa getirtilmesini sağlayarak davaların uzamasını engellemek ve hakikate bir an evvel ulaşmak adına önemli adımlar atılmıştır.

B. Doğrudanlık İlkesi

“Doğrudanlık ilkesi” mahkemenin delillerle araya başka bir makam veya kişi girmeden doğrudan temasa geçmesi, herhangi bir aracı kullanmayarak doğrudan kanaat edinmesi ve bu suretle o mahkemeyi oluşturan hakim veya hakimler tarafından yürütülmesini, karara bağlanmasını ifade eden bir usul hukuku ilkesidir.⁸⁵ Bu ilke gereği hakim, bizzat tanıkları dinleyecek, yazılı belgeleri bizzat okuyacak, keşif ve benzeri olay yeri incelemesini bizzat yapacaktır.

⁸⁰ Arslan, s. 154.

⁸¹ Yıldırım, Kamil, İlkeler İşığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, s. 19.

⁸² Yıldırım, s. 19.

⁸³ Meriç, s. 41.

⁸⁴ Meriç, s. 41.

⁸⁵ Arslan, s. 6.

Diğer bir ifade ile hakim, tüm delilleri bizzat görüp inceledikten sonra kararını verecektir.⁸⁶

Doğrudanlık ilkesi, usul hukukunda delillerin gösterilmesi ve değerlendirilmesi bakımından büyük öneme sahip olan bir usul hukuku ilkesidir. Hakimin taraflarca iddia olunan vakıaların ispatı için gösterdikleri ispat araçlarından edildiği kanaata göre ve yine doğrudan doğruya temasa geçtiği delilleri değerlendirerek sonra kararını vermesi doğrudanlık ilkesinin uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. İddia olunan olay ile hakimin resen uyguladığı normların karşılaştırılabilirliği için, muhakemede olayın tamamen öğrenilmesi gerekir.⁸⁷

Tarafların öncelikle iddia ve savunmalarını hangi delillerle ispat edebileceklerini bildirmeleri, çabukluk, basitlik ve ucuzluk ilkeleri sonucu gereği olarak da delillerini göstermeleri ve hasretmeleri ve ayrıca tanıklarını hangi husus hakkında dinleteceklerini mahkemeye bildirmeleri gerekir.⁸⁸

1982 Anayasasının “Hak arama hürriyeti” başlığını taşıyan 36. maddesine 3.10.2001 günlü, 4709 sayılı Kanun ile “adil yargılanma” ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, tarafı olunan uluslararası sözleşmelerde de güvence altına alınan adil yargılama hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Anılan sözleşmelerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile bunun uygulanmasına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında, adil yargılanma ölçütleri içerisinde; gerekçeli karar, duruşmada hazır bulunma, susma hakkı, silahların eşitliği, yüzyüzelik ve doğrudanlık yanında “çekişmeli yargılanma hakkı” da kabul edilmektedir.⁸⁹

⁸⁶ Anayasa Mahkemesi E.2008/12, K.2011/104 sayılı 16.6.2011 Karar günlü, 28156 Resmi Gazete sayılı “5276 sayılı Tanık Koruma Kanununun 3., 4., 9., 11. ve 13. maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kararı.

⁸⁷ Özkan, Cahit, Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargılama Usulü, s.5 erişim cahitozkan.av.tr.

⁸⁸ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi E. 1997/2356 K. 1997/8285 T. 9.12.1997 Bu işlemler tamamlandıktan sonra mahkemece HUMK.nun 217/2. maddesi uyarınca karşılıklı tebliğ için taraflara uygun bir süre verilerek oturum başka bir güne ertelenmelidir. Deliller hasredilmedikçe yargılamanın her safhasında delil göstermek mümkündür. Bu da yargılamanın çabuk, basit ve ucuz olması ilkesine ters düşer. Bu ilkenin zedelenmemesi için mahkemece deliller taraflara hasrettirilmeli ve işin uzaması önlenmelidir.

⁸⁹ Anayasa Mahkemesinin E. 2011/64, K. 2012/168 sayılı 11.11.2012 Karar günlü, 28586 Resmi Gazete sayılı “492 sayılı Harçlar Kanununun (1) sayılı Tarifesinde ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kararı”.

C. Hukuki Dinlenilme Hakkı İlkesi

Hukuki dinlenilme hakkı, yargılamanın süjelerinin yargılama hakkında bilgi edinmelerini, açıklamada bulunmalarını, yargıya etki edebilmelerini ve yargı mercilerinin bunları dikkate alıp değerlendirerek, gerekçeli şekilde karar vermesini sağlayan, beklenmeyen kararlarla karşılaşmanın önüne geçen temel bir hak ve usul hukuku ilkesidir.⁹⁰ Hukuki dinlenilme hakkı adil yargılamanın mümkün olabilmesi için en önemli ilkelerden birisidir.⁹¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, “Hukuki Dinlenilme Hakkı”nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde yer alan hakkaniyete uygun yargılamanın unsurlarından birisi olduğunu vurgulanmaktadır.⁹² Zira, insan onurunun yargılamaadaki zorunlu bir sonucu olarak, yargılama süjelerinin, 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 gerekir.

Yargılamaya hakim olan ilkelerden hukuki dinlenilme hakkı Kanunun 27. maddesinde:

- Yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunması,
- Açıklama yapma ve ispat hakkı,
- Mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesi,

alt başlıklarında ifadesini bulmuştur. Bu da tarafa delil gösterme ve ikame olunan delillerden tarafın hakimiyet alanı dışında olanlara da erişme ve bahsi geçen deliller hakkında savunmada yahut iddiada bulunmasına imkan sağlanmasıyla mümkün olabilmektedir.⁹³

Hukuki dinlenilme hakkı öncelikli olarak; tarafların yargı organlarıncı ve karşı tarafça yapılan işlemler konusunda bilgilendirilmelerini zorunlu kılar.⁹⁴ Buna

⁹⁰ Özkes, Muhammed, Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 31.

⁹¹ Özkes, s. 57. (Hukuki).

⁹² **Atalay**, Delil, s. 147.

⁹³ Çelikoğlu, s. 315.

⁹⁴ Özkes, s. 57. (Hukuki).

bağlı olarak kişilerden habersiz yargılama gerçekleştirilmesi ve kişiler tarafından gösterilmeyen iddia, deliller yahut savunma araçlarının yargılamada kullanılması olanaklı 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. Diğer bir unsur olan mahkemenin açıklamaları değerlendirmesi ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesi yükümlülüğü, tarafların mahkemenin yargılama ile ilgili olarak verdiği her bir kararından ve gerekçesinden haberdar olmasını sağlamaktadır.

Hukuki dinlenilme hakkı gerek uluslar arası metinlerde gerekse de Anayasanın ilgili maddesinde belirtildiği üzere iddia ve savunma hakkını da içermektedir. Bu hak sadece yargılamanın taraflarına uygulanmayıp ayrıca Kanununun 27. maddesinin 1. fıkrasına göre müdahiller ve yargılama konusu ile ilgili olanları da kapsama almaktadır. Bu kapsamda yargılama içindeki her bir süje kendi hakları ile bağlantılı olarak bu hakka sahiptir.

Hukukî dinlenilme hakkı, doğru karar verilmesinin garantisidir; bu nedenle, haksızlığa karşı koyabilme imkanı tanır. Bu hak, hukuk devletinin, insan onurunun korunması ve eşitlik ilkesinin, hak arama özgürlüğünün, adil yargılanma hakkının bir gereğidir.⁹⁵

D. Silahların Eşitliği İlkesi

Hakkaniyete uygun yargılamanın sağlanabilmesi için eşitlik temeline uygun yargılama ortamının sağlanması gerekir. En önemli unsurlardan biri silahların eşitliği ilkesidir. Silahların eşitliği ilkesinden kasıt, taraflar arasında adalete uygun bir dengenin oluşturulması olup hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında eşit bir dengenin kurulmasıdır.

Adil yargılanma koşullarını düzenleyen 6. maddenin 1. bendindeki "...hakkaniyete uygun..." yargılama kavramı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorumları sonucunda "silahların eşitliği" ilkesinin hukuksal temelini oluşturmuştur.⁹⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre özellikle de ceza yargılamasında

⁹⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2012/12-367, K.2012/616, T. 26.9.2012.

⁹⁶ **Dinç, Günay**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Silahların Eşitliği, TBB Dergisi, Sy. 57, 2005, s. 283.

daha bariz görülen bu ilkenin savunma tarafın savunmasını ispatlamaya yönelik savunma makamını karşı taraf karşısında dezavantajlı duruma düşürmeyecek makul bir imkanın verilmesi adil bir yargılamanın temellerinden biridir.⁹⁷

Silahların eşitliği, davanın tarafları arasında iddia ve savunmada eşitliğin sağlanmasında hakkaniyete uygun bir dengenin varlığını gerektirir ve hem ceza yargılamasında hem de hukuk yargılamasında medeni hak ve yükümlülük üzerindeki uyumsuzluklara ilişkin davalarda uygulanmaktadır.⁹⁸

Kamu adına yürütülen yargılamanın adil, verilecek kararların doğru olabilmesi için, yargı organı önünde sahip oldukları hak ve yükümlülükler açısından taraflar arasında tam bir eşitliğin kurulması ve bu dengenin bütün yargılama aşamalarında sürdürülmesi gerekir.⁹⁹ Mahkeme taraflar arasında eşitliği sağlayacak ve bu durumu yargılama boyunca devam ettirecektir. Davanın taraflarından birinin iddiasına karşılık olarak diğer tarafın bu iddiaya karşı savunmasının temelini oluşturan delilleri sunma olanağı gerçekleşmiyorsa bu ilkenin ihlalinden bahsedilecektir.

Kanun, tarafların dinlenilme hakkı ile birlikte sav ve savunmalarının değerlendirilmesinde silahların eşitliğini ve bu olgunun yargılamanın tüm aşamalarında sürdürülmesini gerçekleştirecek bir yargılama düzenine açık bulunmaktadır.¹⁰⁰ Bu kapsamda; dilekçeler aşaması, sürelerde eşitlik, delillerin gösterilmesi, duruşmalara çağrı gibi konularda taraflar arasında ayrıcalıklı uygulamalara yol açabilecek ve eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacak düzenlemeler yer almamaktadır.

IV. Ş HUKUKA AYKIRI YOLLARDAN ELDE EDİLEN DELİLLER

A. Genel Olarak

İspat hakkı her ne kadar anayasal bir hak olarak öngörülse de yargılamada

⁹⁷ Sardon Alvira v. İspanya, 46090/10, 24 Eylül 2013, para. 51. (Naklen: **Okuyucu Ergin, Güneş**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Silahların Eşitliği İlkesi, <http://www.turk-hukuksitesi.com>, Erişim tarihi: 20.05.2014).

⁹⁸ Şentop Mustafa, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Hukukuna Etkisi", Argumentum Hukuk Dergisi (Temmuz-Aralık) Sy.7-8 s.53, 1997.

⁹⁹ **Dinç**, s. 284.

¹⁰⁰ **Dinç**, s. 296.

ispat hakkının ileri sürülebilmesi bakımından birtakım sınırları mevcuttur. Kanunun 189. maddesinin 1. fıkrası uyarınca taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir. Bazı ispat araçları uygulanan metot dolayısıyla yasaklanmıştır.¹⁰¹ Özellikle hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller ispat hakkının sınırlandırılmasını gerektirmektedir.¹⁰² Taraflardan birinin ispat hakkını kullanırken gösterdiği delillerin elde edilmiş biçimi hukuka aykırı olmamalıdır.¹⁰³ Bu durumda ne ispat edilmek istenen vakıa ne de delil hukuka aykırı sayılmaz. Ne var ki delilin elde edilmesi biçimi hukuka aykırı ise vakıanın tespitinde gösterilen delil yasak delillerden sayılır.

Bir delilin mahkemece kabul edilebilmesi için, gerek öğretide yer alan ağırlıklı görüş, gerekse de Yargıtay kararlarında ortaya konulan ölçüt; o delilin usulsüz olarak yaratılmamış olması ve hukuka aykırı biçimde elde edilmemesidir.¹⁰⁴

Hukuka aykırı elde edilmiş deliller mahkeme tarafından bir vakıanın tespitinde itibar olunamaz, kendine konu olan vakıayı çekişmeli olmaktan çıkarmaz.

B. Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Davada İleri Sürüle-mesi

Kanunun 189. maddesinin 2. fıkrasına göre; 'Hukuka aykırı olarak elde edilmiş deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınmaz.' denilerek kanunkoyucu bu konuda kesin bir sınır çizmiştir. Bu düzenleme ile tarafların yargılamada ileri sürdükleri delilleri elde edilmiş biçimleri mahkeme tarafından kendiliğinden dikkate alınması ve delilin her ne suretle olursa olsun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin tespit edilmesi durumunda diğer taraf buna itiraz etmese dahi mahkemece caiz olmadığına karar verilerek, değerlendiril-

¹⁰¹ **Pekcanitez, Hakan**, "Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi", Haluk Konuralp Anısına Armağan, s. 789 vd. s.791.

¹⁰² **Akil, Cenk**, "Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sy.61, C. 4,1223-1270, s. 1264.

¹⁰³ **Alangoya-Yıldırım-Deren Yıldırım**, s. 300.

¹⁰⁴ Yargıtay HGK, E. 2011/2-703, K. 2012/70, T. 15/2/2012.

dirme dışı tutulması ilkesi kabul edilmiştir.¹⁰⁵

Maddenin gerekçesinde “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 vakianın ispatında dikkate alınmayacağı düzenlenmek suretiyle yargılama sırasında taraflarca sunulan delillerin elde edilmiş biçiminin mahkeme tarafından re’sen göz önüne alınması ve delilin her ne suretle olursa olsun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin tespit edilmesi halinde diğer tarafta bir itiraz ileri sürülmesi dahi mahkemece caiz olmadığına karar verilerek, dosya kapsamında değerlendirilmemesi benimsenmiştir.” ifadesi mevcuttur. 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 hiçbir sebeple kabulü mümkün değildir.¹⁰⁶

Anayasanın 38. maddesinin 6. fıkrası da hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin hükme esas alınmasına engel teşkil eder. Yine anayasanın 36. maddesindeki ‘Herkes meşru vasitalardan yararlanarak hak arama özgürlüğüne sahiptir’ ifadesiyle yargılama yapılırken hukuk kurallarının sınırları içinde kalarak hukuka aykırı yollara başvurmak suretiyle yargılama yapılmamasını gerektirir.¹⁰⁷ Dolayısıyla hukukun cevaz vermediği yollardan yararlanmak suretiyle elde edilen ispat araçları iddia olunan bir vakianın aydınlanmasında delil olarak kullanılamaz.

Hukuk devleti ilkesine uygunluk için, yargılama sırasında hukuk kurallarına bağlı kalınmasını sağlamak adına, delillerin de hukuka uygun elde edilmesi gerekir. Hukuka aykırı yollardan elde edilen delilin değerlendirilmesi ile ortaya çıkan hukuka aykırılık, temel hakkı ihlâl edilen kişinin tazminat davası açması ve tazminat davasını kazanması ile giderilememekte, ancak hukuka aykırı bi-

¹⁰⁵ Akil, s. 1246.

¹⁰⁶ Karınca, Eray, “Zehirli Ağacın Meyvesi”, TBB Dergisi, Sy. 2012, s. 353.

¹⁰⁷ Pekcantez, s.803.

çimde elde edilmiş bulunan delilin değerlendirilmemesi ile sağlanmaktadır.¹⁰⁸

Mahkemenin hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillere dayanarak hüküm vermesini önleyen bir diğer ilke de dürüstlük ilkesidir. Taraflarca gerçeği söyleme yükümlülüğü ilkesi gereğince hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillere başvurulamayacağı hususu vurgulanmıştır.

SONUÇ

Yargılama sürerken hakim olayın gerçekten var olup olmadığını delillerle inceler ve sonuçta fiilin var olup olmadığına karar verir. Bir fiilin var olup olmadığına karar vermek kuşkusuz delillerin değerlendirilmesiyle ilgilidir. Delillerin değerlendirilmesinde somutlaştırma yükü büyük önem taşımaktadır. Davacı açısından yargılamada ileri sürdüğü iddiaların doğruluğunu ispatlamak adına dava dilekçesindeki ifadeleri, davalı açısından ise savunması bağlamında cevap dilekçesindeki beyanları büyük önem taşımaktadır. Hali hazırdaki düzenleme iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağını cevaba cevap-ikinci cevap dilekçesi safhasına kadar ileri taşıdığından dolayı davacı açısından cevaba cevap dilekçesi, davalı açısından ikinci cevap dilekçesi delillerin ileri sürülmesi bakımından büyük önem taşımaktadır. Dolayısıyla hangi delillerin hangi vakı için ileri sürüldüğünü taraflar dilekçelerinde özetlemelidir. Delil ikame yükünün yerine getirilmemesi halinde hakim davayı aydınlatma görevi çerçevesinde, taraflarca ileri sürülen iddiaların dayanaklarının açık ve somut bir biçimde gösterilmesini isteyecektir. Tamamlanamıyorsa davacı açısından talep sonucu soyut bir iddiadan farksız olduğu gerekçesiyle davanın reddine dahi varan sonuçlara, davalı açısından ise, davacının iddialarının doğru olmadığını ispatlayamadığından savunma dayanakları dikkate alınmaksızın yargılamaya devam olunur.

◆◆◆◆

¹⁰⁸ Akil, s. 1246.

KAYNAKÇA

AKİL, Cenk: “Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sy.61, C.4, s. 1223-1270.

ALANGOYA, Yavuz: Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, İstanbul 1979.

ALANGOYA, Yavuz/YILDIRIM, Kamil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İSTANBUL 2009.

ATALAY, Oğuz: “Vasıflı İkrarda İspat Konusunun Değişmesi”, Saim Üstündağ’a Armağan, s.99 vd. Ankara 2009. (Vasıflı).

ATALAY Oğuz: “Delil Kavramı Üzerine”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, s.129 vd Ankara 2009. (Delil).

ATALAY, Oğuz: Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2011. (Menfi).

ATALI, Murat: “Medeni Usul Hukukunda Hakimin Vakıalar Hakkında Dava Dışında Edindiği (Şahsi) Bilgisini Kullanması, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.1, s. 139 vd.

Arslan, Aziz Serkan: Medeni Usul Hukukunda Doğrudan Doğrualık İlkesi, Doktora Tezi, Konya 2011.

Bilge, Necip/Önen, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978.

Bilge, Necip: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Ankara 1967.

Bolayır, Nur: Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hakim Rolü, İstanbul 2014.

Budak, Ali Cem: Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, 2. Baskı, İstanbul 2009.

Çelikoğlu, Cengiz Topel: Medeni Usul Hukukunda Avukatın Delil Toplaması, 2. Baskı, Ankara 2012.

DEDEAĞAÇ Ender: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri, Ankara 2011.

DİNÇ, Günay: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Silahların Eşitliği”, TBB Dergisi, Sy. 57, 2005, s. 283.

Erdönmez, Güray, “Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrası”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 87, Sy. 5, Y. 2013

GÖKSU Mustafa: “Hukuk Yargılamasında Vakıa ve Hukuk”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, s.323 vd. Ankara 2009. (Vakıa).

GÖKSU, Mustafa: “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile İspat ve Deliller Konusunda Yapılan Değişiklikler”, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Sempozyumu, Ankara 2011. (6100)

Karahacıoğlu, Ali Haydar/Parlar, Aynur: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda İspat ve Deliller, Ankara 2012.

KARINCA, Eray: “Zehirli Ağacın Meyvesi”, TBB Dergisi Sy. 99, 2012, s. 353 vd.

Karslı, Abdurrahim: “Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, Alternatif Yayınevi, İstanbul 2012.

Kiraz, Taylan Özgür: Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, Bilge Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2013. (İkrar).

Kiraz, Taylan Özgür: Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012. (Yenilikler).

Konuralp, Haluk: Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

KURU Baki/BUDAK Ali Cem: “Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, İstanbul Barosu Dergisi, Sy. 5, s. 18 vd İstanbul 2011.

KURU Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, İstanbul 2001.

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

Meriç, Nedim: Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011.

Muşul, Timuçin: Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

OKUYUCU-ERGİN, Güneş: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Silahların Eşitliği İlkesi”, <http://www.turkhukuksitesi.com>, Erişim tarihi: 20.05.2014.

ÖCAL, Bahar: “Roma Medeni Usul Hukukunda Yargıcın Delilleri Takdiri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sy. 3, s. 523 vd. Ankara 2011.

ÖZEKES, Muhammet: “Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 1 s. 745 vd. Ankara 2009. (Hukuki Sebep).

ÖZEKES, Muhammet: Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003. (Hukuki).

ÖZEKES, Muhammet: HMK’da İspat ve Deliller Bakımından Getirilen Yenilikler, HMK Toplantısı, Sapanca 18-19 Mayıs 2011. (Erişim: www.hsyk.gov.tr).

ÖZKAN, Cahit: “Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargılama Usulü”, (Erişim: www.cahitozkan.av.tr).

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

PEKCANITEZ, Hakan: “Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, s. 789 vd. Ankara 2009.

POSTACIOĞLU İlhan: Makaleler ve Karar İncelemeleri, İstanbul 2001.

POSTACIOĞLU İlhan: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975.

ŞENTOP Mustafa: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Hukukuna Etkisi”, Argumentum Hukuk Dergisi (Temmuz-Aralık) Sy. 7-8 s. 53, 1997.

TAŞPINAR, Sema: “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 532 vd. Ankara 1996.

TAŞPINAR, Sema: Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2001.

TUTUMLU, Mehmet Akif: Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi, 4. Baskı, Ankara 2007.

TUTUMLU, Mehmet Akif: Bilimsel Görüşler ve Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi, Ankara 2002. (Delillerin İleri Sürülmesi).

UMAR, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011.

UMAR, Bilge/YILMAZ, Ejder: İspat Yükü, 2. Baskı, İstanbul 1980.

Umar, Bilge: “Muhtevası ve Hukuki Mahiyeti Bakımından İkrar Kavramı”, İÜ-HFM, 1964/1-2, s. 244 vd.

YILDIRIM, Kamil: İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 3. Baskı, İSTANBUL 2002.

YILDIRIM, Kamil: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul, 1990.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Değerlendirme Toplantısı, HUKAB Yayınları, 2012.

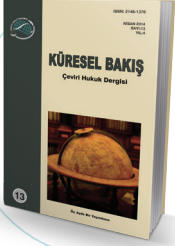
YARGITAY İÇTİHAT BANKASI

Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

AKADEMİ YAYINLARI

TAAD Dergisi

Türkiye Adalet Akademisi tarafından çıkarılan TAAD Dergisi TUBİTAK Ulakbim, Ebsco/Host ve Asos veri tabanlarında taranmakta olup 2014 yılında 16-17-18 -19 nci sayıları çıkarılmıştır.

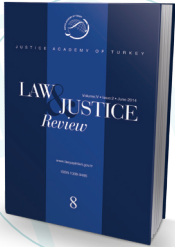
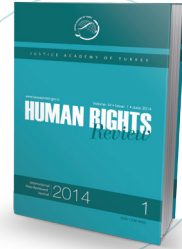


Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi

Türkiye Adalet Akademisi tarafından çıkarılan Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi Asos veri tabanında taranmakta olup 2014 yılında 12-13 - 14 -15 nci sayıları çıkarılmıştır.

Human Rights Review

Türkiye Adalet Akademisi tarafından çıkarılan Human Rights Review Dergisi Ebsco/Host veri tabanında taranmakta olup, 2014 yılında 7 nci sayısı çıkarılmıştır.



Law and Justice Review

Türkiye Adalet Akademisi tarafından çıkarılan Law and Justice Review Dergisi TUBİTAK Ulakbim, Ebsco/Host ve Cabell's Directories veri tabanlarında taranmakta olup, 2014 yılında 7 - 8 nci sayıları çıkarılmıştır.

Akademi & Yaşam Dergisi

Türkiye Adalet Akademisi tarafından çıkarılan kültür edebiyat yaşam dergisi olan Akademi & Yaşam Dergisinin 2. sayısı çıkarılmıştır.



Akademi & Kürsü Dergisi

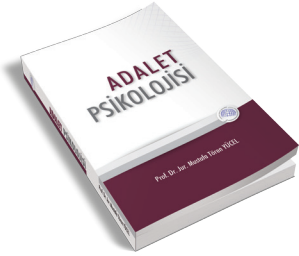
Türkiye Adalet Akademisi Tarafından Kürsüdeki Hâkim ve Savcılara Yönelik Çıkarılan Kültür Edebiyat Dergisinin 1. sayısı yayına hazırlanmaktadır.



Akademi 2014 Bülteni

2014 faaliyet bülteni yayına hızırlanmaktadır.





1. **ULUSLARARASI ADALET DİVANI TARAFINDAN İNSAN HAKLARININ KORUNMASI**
Prof. Dr. A. Füsün ARSAVA
2. **YENİ ANAYASANIN YARGI İLE İLGİLİ TEMEL TAŞLARI**
Doç. Dr. Selami DEMİRKOL
Dr. Zuhâl BERKET BAŞ
3. **ÇİNSEL İSTİSMARLARI AÇIKLAYAN TEORİLERİN SUÇ SORUŞTURMALARINI BAĞLAMINDA İRDELENMESİ**
Yrd. Doç. Dr. M. Burak GÖNÜLTAŞ
Prof. Dr. Gökhan ORAL
Prof. Dr. Fatma BEYAZTAŞ
4. **PERRUÇHE DAVASI VE DOĞUM ÖNCESİ TEŞHİS HATASI NEDENİYLE TAZMİNAT**
Yrd. Doç. Dr. Cem ÖZCAN
5. **EĞİTİM HAK VE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEMELİ OLARAK TERCİH HAKKI**
Yrd. Doç. Dr. Emir KAYA
6. **KARŞILAŞTIRMALI HUKUK VE TÜRK HUKUKU YÖNÜNDEN CEZA MUHALEMESİNDE ADİL YARGILANMA HAKKININ TARİHSEL TEMELLERİ**
Yrd. Doç. Dr. Hasan SINAR
7. **KAYIP KAÇAK BEDELİNİN HUKUKİ BAKIMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**
Yrd. Doç. Dr. Mustafa YAVUZ
8. **NORMLARA HAYAT VEREN GERÇEKLİK VE REALİTEYİ DÖNÜŞTÜREN NORMLAR**
Yrd. Doç. Dr. Orhan ALDANMAZ
9. **ESER (İSTİSNA) SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL VE BAĞLANAN SONUÇLAR**
Dr. Ali AVCI
10. **ÖZEL BİR ADLİ YARDIMLAŞMA TÜRÜ OLARAK ORTAK SORUŞTURMA EKİPLERİNİN OLUŞTURULMASI**
Dr. Ali Rıza TÖNGÜR
11. **İDARİ MERCİ TECAVÜZÜ VE DÖRT GRİ ALAN**
Dr. Cengizhan HATİPOĞLU
12. **ANAYASA MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURU KAPSAMINDAKİ KARARLARI İŞİĞİNDE TUTUKLAMADA GEREKÇE**
Dr. Hüseyin TURAN
13. **POSTMODERN JEOPOLİTİK VE KÜRESEL TASARININ ELEŞTİREL ÇÖZÜMLEMESİ**
Dr. Oğuzhan ERGÜN
14. **AİHM VE ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHAHLARI İŞİĞİNDE ADİL YARGILANMA HAKKININ KAPSAMI AÇISINDAN VERGİ UYUŞMAZLIKLARI**
Dr. Recep KAPLAN
Yunus Emre YILMAZOĞLU
15. **TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ KORUMA TEDBİRİNİN ŞARTLARINDA 6526 SAYILI KANUN İLE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ**
Dr. Ahmet Hulusi AKKAŞ
16. **TÜRK BORÇLAR KANUNU ÇERÇEVESİNDE BORCA AYKIRILIKTAN DOĞAN KUSURSUZ SORUMLULUĞA GENEL BAKIŞ**
Arş. Gör. Cüneyt PEKMEZ
17. **ARABULUCULUK SONUCUNDA ULAŞILAN ANLAŞMA BELGESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ**
Arş. Gör. Emre KIYAK
18. **MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASINA (CİSG) GÖRE SATICIYIN MALLARI VE BELGELERİNİN TESLİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ**
Arş. Gör. Esra ÖZTÜRK
19. **TÜRKİYE'DE PRİMSİZ SOSYAL GÜVENLİK REJİMİ**
Duygu AKAR
20. **"GELENEKTEN GELECEĞE" TÜRKİYE'DE HUKUK EĞİTİMİ**
Oğuz Gökhan AYDIN
21. **6100 SAYILI HUKUK MUHAHEMELERİ KANUNUNA GÖRE DELİL İBRAZ VE İKAMESİ**
Zeynep Ezgi GÖRKEM



Ahlathbel Kampüsü İncek Bulvarı 06095
Çankaya Ankara - TÜRKİYE
T. +90.312 489 81 80 F. +90.312 489 81 01
www.taa.gov.tr