

ISSN: 1303 - 4650

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW

ÖZEL SAYI:

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ'NİN KURULUŞUNUN

20. YILI ARMAĞANI

Cilt: I

SPECIAL ISSUE:

FESTSCHRIFT FOR THE 20TH ANNIVERSARY

OF THE FOUNDING OF THE YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

Vol. I

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi
This Journal is a peer reviewed journal published twice a year.

Cilt: XIII, Sayı: 1

Vol. XIII, No. 1

Yıl / Year: 2016



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

Yayın Sahibi / *Publisher*

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Prof. Dr. Haluk Kabaalioğlu
(Dekan)

On Behalf of Yeditepe University Faculty of Law Prof. Dr. Haluk Kabaalioğlu
(Dean)

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / *Responsible Manager*

Yard. Doç. Dr. Ragıp Barış Erman

Yönetim Yeri / *Place of Management*

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnönü Mah. Kayışdağı Cad.
26 Ağustos Yerleşimi, 34755 Ataşehir / İstanbul. Tel.: (0216) 578 05 39

İnternet Adresi / *Web Address*: <http://law.yeditepe.edu.tr/yayinlar/sureli-yayinlar/you-hukuk-fakultesi-dergisi/>

Yayının Türü / *Type of Publication*

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayımlanan, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanı'na kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

*The Journal of Yeditepe University Faculty of Law is a peer reviewed journal published twice a year and it was recognised as national peer reviewed journal in the National Law Database of **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center).*

Basımının Adı / *Printed by*

Teknik Basım Tanıtım Matbaacılık San. Tic. A. Ş. Ltd. Şti.

Keyap Tic. Mrk. Bostancı Yolu Cad. F1 Blok

No: 93 Y. Dudullu Ümraniye - İstanbul

Tel: (0 216) 508 20 20 Faks: (0216) 508 20 45

www.teknikbasim.com

Sertifika No: 24871

Basım Yeri / *Place of Publication*

İstanbul / *Istanbul*

Basım Tarihi / *Publication Date*

10 Ocak 2017 / *10 January 2017*

ISSN: 1303 - 4650

Editör / Editor

Prof. Dr. Haluk Kabaaliolu (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi /
Yeditepe University Faculty of Law)
kabaaliolu@yeditepe.edu.tr

Tüm yazışmalar ve katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri:
*All correspondence concerning articles and other submissions may be
addressed to:*

E-posta / E-mail: dilertamer@yahoo.com

Telefon / Phone: (0216) 578 00 00

Faks / Fax: (0216) 578 07 56

Posta Adresi / Postal Address:

Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

İnönü Mah. Kayışdağı Cad.

26 Ağustos Yerleşimi

34755 Ataşehir – İstanbul

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.
*Articles published in this journal represent only the views of the
contributors.*

Copyright © 2016

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi
Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik,
mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtıla-
maz, kayda alınamaz.

*All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced,
stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, with-
out the prior expressed permission in writing of the Yeditepe University
Faculty of Law.*

Dergiye yapılan atıflarda “YÜHFD” kısaltması kullanılmalıdır.
For citations please use the abbreviation: “YUHFD”

Dergimiz Hakkında / About Our Journal

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), yılda iki sayı olarak yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli bir hukuk dergisidir. 2004 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan Dergi'de hakem denetiminden geçmiş makaleler, karar tahlilleri, içtihat ve mevzuat kronikleri ile eser incelemelerine yer verilmektedir. Her sayıda Türk ve yabancı akademisyenler ve hukuk uygulamacıları tarafından kaleme alınan, hukukun her alanıyla ilgili değerli eserler yayımlanmaktadır.

Dergi'mize göstermiş olduğunuz ilgiden dolayı memnuniyetimizi ifade eder, sizlerin de hukukun her alanına ilişkin olabilecek özgün makale ve diğer türdeki eserler olsun (karar tahlilleri, eser incelemeleri vb.) katkılarınızla Dergi'mizin daha da zenginleşeceği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer reviewed academic journal published regularly twice a year, concentrating on issue of law and considers for publication articles, case notes and comments, discussions of legislative developments and book reviews. It has been in publication since 2004. Each issue contains scholarly works concerning all branches of law, authored by scholars and practitioners around the globe.

We appreciate your interest in our journal and welcome your contributions in the form of articles, notes, comments or reviews on topics reflecting a broad range of perspectives on law; with your contributions and support can and will our journal progress.

Danışmanlar Kurulu / *Advisory Board*

Prof. Dr. Haluk Kabaaliöđlu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Nami Barlas, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Nuray Ekşi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Oktay Uygun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Ali Cem Budak, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Yayın Komisyonu / *Publication Committee*

Prof. Dr. Haluk Kabaaliöđlu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Yaşar Gürbüz, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Duygun Yarsuvat, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Nami Barlas, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Nuray Ekşi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Oktay Uygun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Ali Cem Budak, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Augusto Sinagra, La Sapienza, Roma Üniversitesi
Prof. Dr. Bart de Schutter, Vrije Universiteit Brussel
Prof. Dr. Claudio Grossman, American University, Washington College of Law
Prof. Dr. Helge Loytved, Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft; Bundessocialgericht, Kassel
Prof. Dr. Michel Waelbroeck, Brüssel Üniversitesi, ULB
Prof. Dr. Nanette Neuwahl, Montreal Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Patrick Hugg, Loyola University School of Law
Prof. Dr. Ruşen Ergeç, ULB Université Libre de Bruxelles
Prof. Dr. Stefan Talmon, Universität Bonn, Fakultät für Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht; Co-Direktor des Instituts für Völkerrecht
Prof. Dr. Don Wallace, Jr., Georgetown Üniversitesi, International Law Institute-Chairman
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Diler Tamer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Faruk Acar, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Ali Ekrem Akartürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Melek Bilgin Yüce, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Bülent Sözer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Cem Dinar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Gül Doğan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Ragıp Barış Erman, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Semin Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Ahmet Cemil Yıldırım, Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Zuhâl Arıç, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Mehmet Şua, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Efe Dırenisa, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Cihan Avcı Braun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. H. Afşın İlhan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Sönmez Küçük, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Aksoy Yavaş, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. Dominik Braun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. Cihan Mengü Acun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. Nazan Moroğlu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. Jennifer Morrison, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. İsmail Esin, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

1. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), altı ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir.

The Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer reviewed journal published twice a year.

2. Dergi’de yayımlanabilecek yazılar, hukuk içerikli her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ve çevirilerdir. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

This is a general journal of law and legal issues. Articles, case notes and comments, discussions of legislative developments, book reviews and other similar type of papers which are written in Turkish and in other European languages are welcome.

3. Dergi’de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. *Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.*

4. Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Articles should be submitted as Microsoft Word (either with .doc or .docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions).

Articles should be written according to the following style guidelines:

Paper size: A4

Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm

Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified

Footnotes: Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified

5. Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu ile Microsoft Word formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.

Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor. There is no need to submit any hardcopy of the article.

6. Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, unvanına, çalıştığı kuruma, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler de editöre ulaştırılmalıdır. *The name(s), formal position(s), institutional affiliation(s) and contact details (especially e-mail(s)) of the author(s) must be clearly included with the submission to the editor.*

7. Dergi'ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **özet** kısmı içermelidir. *Each submission should contain a Turkish (only for Turkish authors) and an English **Title**, as well as a structured **Abstract** in Turkish (only for Turkish authors) and English.*

8. Dergi'ye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır. *All articles should be accompanied by a sufficient number of **keywords** in Turkish (only for Turkish authors) and English that reflect the content of the article.*

9. Dergi'ye gönderilen makalelerde kullanılan kaynaklar, makale sonunda **kaynakça** olarak alfabetik sırada verilmiş olmalı ve kullanılan kaynaklar dipnotunda veya metin içerisinde kısa olarak yer almalıdır. *All references cited in the text should be numbered in the order of mention in the text and should be given in abbreviated form in footnotes. They should be listed in full form at the end of the article in an alphabetically arranged **bibliography** as well.*

10. Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır olarak** verildiği kabul edilir. *All submissions are regarded as **ready to publish** and already proofread by the author himself or herself.*

11. Yayın Kurulu'nda ilk değerlendirilmesi yapılan makaleler, anonim olarak hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda makalenin yayımlanmasına, hakemden gelen rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yayımlanmamasına karar verilecek ve yazar durumdan en kısa zamanda ve genellikle e-posta yolu ile haberdar edilecektir. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayın Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilebilir.

Articles will initially be examined by the editorial board. After initial evaluation by the editorial board, the submissions will be sent to an anonymous peer reviewer, who is determined by the editorial board. In case of rejection or proposed amendments, the contributor(s) will be informed (generally via e-mail) in adequate detail and provided with a copy of the reviewer's report. Whenever needed or necessary, a reviewed and amended submission may be sent to a second reviewer.

12. Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kör hakemlik**) dayanır. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır. *All articles submitted are subject to a **blind peer review**. The identity of the author(s) and reviewer(s) will not be revealed to the other party.*

13. Tüm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center) **Law Database Committee** whenever required.*

14. Dergi'ye ait yeni sayı yayımlandıkça, bu sayı tek bir **PDF** dosyası şeklinde **ULAKBİM Online Dergi Takip Sistemine (ODİS)** yüklenir. Ayrıca Dergi'nin 2 adet basılı kopyası da ULAKBİM'e kargo ile ulaştırılır. *Each published issue of the Journal will be uploaded as a PDF file to the **Online Journal Watch System of ULAKBİM (ODIS)**. Also two copies of the published issue will be delivered to ULAKBİM by cargo.*

15. Dergi basıldıktan sonra ilgili sayının yazarlarına ve bu sayıda hakemlik yapmış olanlara ücretsiz olarak gönderilir. *Free copies of the of the published issue will be sent both to the author(s) and to the reviewer(s).*

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Cilt: XIII, Sayı: 1, Yıl: 2016

İÇİNDEKİLER

ATATÜRK'E ARMAĞAN YAZILARI

Prof. Dr. Bilge UMAR.....1

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi

e-posta: bumar@yeditepe.edu.tr

KARAYOLLARI MOTORLU ARAÇLAR ZORUNLU MALİ SORUMLULUK (TRAFİK) SİGORTASI GENEL ŞARTLARINDAKİ DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Rayegan KENDER.....8

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Deniz Ticareti Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: rkender@hotmail.com

ŞÜKRÜ HANIOĞLU'S ATATÜRK (ŞÜKRÜ HANIOĞLU'NUN ATATÜRK'Ü)

Prof. Dr. Feroz AHMAD.....47

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: ahmad.feroz@gmail.com

NEFRET VE AYIRIMCILIK SUÇU

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR.....55

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: koksalbayraktar@yahoo.com

**YENİ BORÇLAR KANUNU'NUN 242. MADDESİNİN UYGULANMA
KABİLİYETİNE İLİŞKİN İLÂVE AÇIKLAMALAR**

Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI.....82

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: arpaci@europe.com

SOKRATES'İN YARGILANMASI VE ATİNA DEMOKRASİSİ

Prof. Dr. Oktay UYGUN.....85

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: oktayuygun@yahoo.com

TTK. 194/1 HÜKMÜNÜN UYGULANMASINA İLİŞKİN GÜNCEL BİR SORUN

Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR.....113

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: mbahtiyar@hotmail.com

SİGORTACILIKTA TAHKİM ALANINDA MEYDANA GELEN DEĞİŞİMLİKLER

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK.....122

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: abudak@abudak.av.tr

**ŞARTLARI OLUŞMADIĞI HALDE BELİRSİZ ALACAK DAVASI AÇILIRSA
HÂKİM NASIL KARAR VERMELİDİR?**

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK / Araş. Gör. Dilek KARADEMİR.....130

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi / Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı

e-posta: abudak@abudak.av.tr / dilek.karademir@yeditepe.edu.tr

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ MÜKELLEF HAKLARI BİLDİRGESİ

Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK.....143

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Vergi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: huzelturk@superonline.com

**ANAYASA MAHKEMESİ VE İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ
KARARLARINDA DOĞUM VE ÜREMEYE İLİŞKİN HAKLAR**

Prof. Dr. Sultan TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK.....160

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: suzelturk@superonline.com

**SINIRLI DENETİMDEN MUTLAK DENETİMSİZLİĞE: OHAL KHK'LERİNİN
HUKUKLA İMTİHANI (!)**

Doç. Dr. Ekrem Ali AKARTÜRK.....197

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: ekremakarturk@hotmail.com

**BELİRSİZ ALACAK DAVASI/KİSMİ DAVA – BİR MADALYONUN İKİ YÜZÜ
MÜ?**

Doç. Dr. Varol KARAASLAN.....213

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

e-posta: varolkaraaslan1@yahoo.com

**GEMİ NEDİR? DENİZ TİCARETİ HUKUKUNDA “GEMİ” KAVRAMININ
TARİFİ İÇİN ORTAK PAYDA OLARAK KULLANILABİLECEK UNSURLAR
OLABİLİR Mİ?**

Dr. Jur. Bülent SÖZER.....243

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Deniz Ticareti Hukuku Anabilim Dalı Öğretim
Üyesi

e-posta: bsozer@superonline.com

ULUSLARARASI VE ULUSAL HUKUKTA KADININ İNSAN HAKLARI

Öğr. Gör. Nazan MOROĞLU.....285

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi ve İstanbul Kadın Kuruluşları
Birliği Koordinatörü

e-posta: nazan.moroglu@gmail.com

**JOURNAL OF YEDITEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW
Volume: XIII, No: 1, Year: 2016**

CONTENTS

WRITINGS IN HONOR OF ATATÜRK

Prof. Dr. Bilge UMAR (Emeritus).....1
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Procedure and Insolvency Law
e-mail: bumar@yeditepe.edu.tr

**AN EVALUATION OF THE AMENDMENTS REGARDING GENERAL CONDI-
TIONS OF COMPULSORY INSURANCE OF HIGHWAY MOTOR VEHICLES**

Prof. Dr. Rayegan KENDER.....8
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Maritime Law
e-mail: rkender@hotmail.com

ŞÜKRÜ HANIOĞLU'S ATATÜRK

Prof. Dr. Feroz AHMAD.....47
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of History Law
e-mail: ahmad.feroz@gmail.com

HATE CRIMES AND DISCRIMINATION

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR.....55
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Criminal and Criminal Procedure Law
e-mail: koksalbayraktar@yahoo.com

**ADDITIONAL EXPLANATIONS REGARDING APPLICABILITY OF THE
ARTICLE 242 OF THE NEW TURKISH CODE OF OBLIGATIONS**

Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI.....82
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Law
e-mail: arpac@europe.com

THE TRIAL OF SOCRATES AND ATHENIAN DEMOCRACY

Prof. Dr. Oktay UYGUN.....85

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of General Public Law

e-mail: oktayuygun@yahoo.com

A CURRENT PROBLEM CONCERNING THE APPLICATION OF THE ARTICLE 194/1 OF THE TURKISH COMMERCIAL CODE

Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR.....113

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Commercial Law

e-mail: mbahtiyar@hotmail.com

LEGISLATIVE AMENDMENTS RELATING TO INSURANCE ARBITRATION

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK.....122

Kocaeli University Faculty of Law, Dept. of Civil Procedure and Insolvency Law

e-mail: abudak@abudak.av.tr

HOW SHALL THE JUDGE MAKE DECISION IN CASE OF UNPRESCRIBED MONEY CLAIMS FOR PRESCRIBED RECEIVABLES?

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK / Res. Asst. Dilek KARADEMİR.....130

Kocaeli University Faculty of Law, Dept. of Civil Procedure and Insolvency Law /

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Procedure and Insolvency Law

e-mail: abudak@abudak.av.tr / dilek.karademir@yeditepe.edu.tr

THE TAXPAYER BILL OF RIGHTS IN THE USA

Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK.....143

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Tax Law

e-mail: huzelturk@superonline.com

THE DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS REGARDING THE RIGHT TO GIVE BIRTH AND REPRODUCTION

Prof. Dr. Sultan TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK.....160

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Constitutional Law

e-mail: suzelturk@superonline.com

**FROM PARTIAL EXAMINATION TO ABSOLUTE LACK OF INSPECTION:
TESTING THE STATE OF EMERGENCY LAWS BY LAW**

Assoc. Prof. Dr. Ekrem Ali AKARTÜRK.....197

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Constitutional Law

e-mail: ekremakarturk@hotmail.com

**UNPRESCRIBED MONETARY CLAIMS/PARTIAL CLAIMS – ARE THEY
TWO SIDES OF A MEDALLION?**

Assoc. Prof. Dr. Varol KARAASLAN.....213

Kocaeli University Faculty of Law, Dept. of Civil Procedure and Insolvency Law

e-mail: varolkaraaslan1@yahoo.com

**WHAT IS CONSIDERED A SHIP? IN TERMS OF MARITIME LAW IS IT
POSSIBLE TO ESTABLISH ELEMENTS THAT CAN BE REGARDED AS A
COMMON DENOMINATOR FOR DESCRIBING THE CONCEPT OF “SHIP”?**

Dr. Jur. Bülent SÖZER.....243

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Maritime Law

e-mail: bsozer@superonline.com

WOMEN’S HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL AND NATIONAL LAW

Adj. Prof. Nazan MOROĞLU.....285

Yeditepe University Faculty of Law; Coordinator of the Istanbul Union of Women’s
Organizations

e-mail: nazan.moroglu@gmail.com

ATATÜRK'E ARMAĞAN YAZILARI

(WRITINGS IN HONOR OF ATATÜRK)

Prof. Dr. Bilge UMAR*

ÖZET

Bu makalede yazar, bir yandan Atatürk'ün sonsuzluğa uğurlandığı günün yıldönümünde diğer taraftan da onun en büyük eseri Cumhuriyetin ilan edildiği günün yıldönümünde kaleme almış olduğu Atatürk'ten anılara yer vermiştir.

Anahtar Kelimeler: Atatürk, Türkiye Cumhuriyeti, İzmir'in Yunanlılar tarafından işgali, Kurtuluş Savaşı, kuva-yi milliye.

ABSTRACT

In this essay the author, in one hand takes in regard of the anniversary of the day Atatürk passed in eternity and on the other hand takes in regard Atatürk's Memories, in which he wrote on the anniversary of the proclamation of the Turkish Republic, which is considered one of Atatürk's greatest achievements.

Keywords: Atatürk, the Republic of Turkey, the Greek Occupation of İzmir, Turkish War of Independence, kuva-yi milliye.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi, **e-posta:** bumar@yeditepe.edu.tr

Yazların amacı

Bir Hukuk Fakültesi Dergisinde, hukuk sorunlarının işlenmiş olması beklenir. Tarihte kalmış hukuk sorunlarının işlenmesi de yadırganmaz. Örneğin, dergimizin eski sayılarından birinde, benim yakın tarihimizin çok önemli bir olayını, ünlü mübadele'yi konu edinen bir yazım çıkmıştı. Bu kez benim yönümden durum farklı; Dergimizin bu sayısında okuyacağınız yazıların kaleme alındığı günlerde, her ne kadar biz Atatürkçülerin gönlü ve bilinci her zaman atamızın yaşamından anılarla yüklü olursa da, bir yandan onun en büyük eseri Cumhuriyetimizin ilân edilmiş yıldönümü, bir yandan da Atamızın sonsuzluğa uğurladığımız günün yıldönümü yer alıyor. Böyle günlerde Atatürk'ten anıları işleyecek yazılar sunmak yerine medeni usul hukukuyla, icra-iflas hukukuyla düşüp kalkmak hiç içimden gelmedi.

Bir İzmirli çocuğun babadan geçme Atatürk sevgisi

Babam, İzmir Bidayet Mahkemesi Hukuk Dairesi başkâtibi Ahmet Nuri Bey oğlu Mustafa Cemal, has Kuva-yı milliyeci idi. İzmir'in Yunanlılarca işgalinden hemen sonra, İzmir körfezinin girişini düşman gemilerine karşı koruyan topçu bataryalarında görevli yedek subay topçu asteğmeni iken, Osmanlı devletince terhis edilir edilmez, gönüllü olarak kuva-yı milliyeye'nin Akhisar cephesi örgütüne katılmıştı. Akhisar'da ilk direniş örgütünü, İzmir'in işgalinden iki hafta kadar sonra, demek ki Mayıs sonu-Haziran başı sıralarında, Gemlik Belediye Başkanı görevini bırakıp Akhisar üzerinden Saruhanlı'ya geçen Cevdet Bey kurmuştur. Birlik, Saruhanlı gençlerinden oluşuyordu. Kardeşi Operatör Dr. Emin Erkul'un bir yazısında belirttiğine göre Cevdet Bey, sonra, Parti Mehmet Pehlivan ile birleşmiş. Rumeli göçmeni kişilerin katılımıyla bu ikisinin müfrezeleri güçlenmiş. Fakat orada daha sağlam örgütlenişi, Celâl Bayar'ın "Ben de Yazdım" kitabındaki anlatımına göre 15 Haziran 1920 günü İzmirli Şişman Ethem (daha sonra küçük Ethem denen ve Salihli Cephesine komuta eden adaşı Çerkes Ethem'in yakın yardımcısı durumuna gelen Yüzbaşı Ethem Bey), Albay Kazım Özalp'in Soma'da tümen komutanı olmasından sonra ondan aldığı emir üzerine yeni bir örgütlenme niteliğiyle oluşturmuştur ve Akhisar milli alay komutanlığını üstlenmiştir. Demek ki, babamın katıldığı, Akhisar'daki kuva-yı milliyeye savaşıları topluluğunun komutanı bu kişi idi. Çerkes Ethemin ve emrindeki gücün Yozgat isyanını bastırmakla görevlendirildiği günlerde Ankara tren istasyonunda çekilmiş, Atatürk'ün

solunda Çerkes Ethem'i, onun sol yanında bu küçük (Şişman) Ethem'i gösteren bir resim için az önce andığım kitabımda s. 221'e bakınız.

Yunanlıların 22 Haziran 1920 genel saldırısı. Babam yaralanarak esir düşüyor. İzmir'e gönderiliyor ve hastanede sağ bacağı diz üzerinden kesiliyor. Kurtuluş sonrasında, 8 Nisan 1928 günü Atatürk'ün imzaladığı onaylama yazısı gereğince İstiklâl madalyası alıyor (İstiklâl Madalyası sicil numarası: 2140).

Yunanlıların Venizelos liderliğindeki yöneticileri, Megali İdea'ya (Büyük Düşünce'ye; Bütün Yunanlıların kendi devletlerinin egemenliği altında birleşmesi, dolayısıyla İstanbul'un dahi o devletin sınırları içine alınması ülküsüne) candan bağlı idiler. Diğer yandan, karşılarında, çok uzun zamandan beri Boğaz'daki Hasta Adam diye anılan hatta o sıradaki görünüşe bakılırsa artık can çekişen bir imparatorluk, arkalarında ise Dünya Savaşı sonrasında dünyaya hükmeder hâle gelmiş Büyük Britanya gibi bir destek vardı. Bu yüzden Yunanistan duraksamasız, Anadolu'daki kıpırdanmaları sindirecek bir güç gösterisine girişti. Yunan ordusu, 22 Haziran 1920 günü, kuva-yı milliye cephelerine karşı saldırıya geçti ve o zaman karşısında bulunan Türk gerilla oluşumlarının direncini ezerek bir hayli ilerledi. Saldırı 6 tümenle yapılıyordu ve üç tümen iki koldan, Akhisar-Soma yönünde; 2 tümen Salihli yönünde, bir tümen de Aydın cephesinde harekete geçmiş bulunuyordu. Kuzey yönünde ilerleyen kol, saldırının ilk gününde Akhisar'a girdi. 30 Haziranda Balıkesir'i, 2 Temmuz'da Karacabey'i, 30 Haziranda Balıkesir'i, 2 Temmuz'da Karacabey'i işgal etti. Karşılarında bulunan Türk kuvvetleri, Uluabat Köprüsünü yıkararak, Bursa'ya doğru çekildi. Fakat Yunan tümenleri yürüyüşe devam etti ve Bursa'ya girdi. Doğuya ilerleyen iki tümen, Salihli cephesini tutan Çerkes Ethem komutasındaki kuva-yı milliye gücünü çekilmek zorunda bıraktı. İlerleyerek Alaşehir'i, 29 Ağustos'ta Uşak'ı zaptetti. Aydın cephesinde ilerleyen tümen ise, Aydın'ın birinci işgalini gerçekleştirdikten başka, Nazilli'ye kadar geldi.

İŞGAL ALTINDAKİ İZMİR'DE İLK TÜRK DİRENİŞ ÖRGÜTLERİ VE BABAMIN AKHİSAR KUVA-YI MİLLİYE CEPHESİNE BUNLARDAN BİRİNİN DESTEĞİYLE KATILMASI

İşgal edilmiş İzmir'in içinde Yunanlılara karşı, işgal günü sosyalist gazeteci Hasan Tahsin/Osman Nevres'in işgalcilerin öncüsü Evzon birliğine yol

gösteren yerli Rum'u öldüren kurşunu atması dışında hiçbir silâhlı direniş yapılamamıştır. Çünkü:

a. Yunanlılar böyle bir direnişi olanaksızlaştıracak her türlü önlemi almışlardı; özellikle, halkı ellerinde bulunan her türlü silâhı teslim etmek zorunda bırakmışlardı.

b. Bağlaşık büyük devletlerin savaş gemilerinden kurulu donanmanın yanı sıra, Yunan savaş gemileri de İzmir Körfezinde duruyordu.

c. 15 ve 16 Mayıs 1919 günlerinde, askerî kıraathane önünde Hasan Tahsin'in ilk kurşunu atmasından sonra yaşanmış faciaların etkisi ve uyandırdığı korku kaybolmamıştı.

d. İngiliz uşağı vatan haini padişahın kölesi yerel yöneticiler, başta vâli kambur İzzet, her türlü direnişin yararsız ve çok zararlı olacağı telkininde bulunuyorlardı. Utanmaz vâli 25 Haziran 1919 günü İzmir gazetesinde şöyle bir genelgeyi yayınlamıştı: "Şu kargaşalık ve bunalım hâli, tabii, daha çok devam edemeyeceğinden ve Tanrının acıyıp yardım etmesi ile yakında lehimize çözüleceğinden [!!!] bunu az çok zarara uğratabilecek eylemlerden kesinlikle kaçınmalı ... dır.

e. İşgal altındaki İzmir'de silâhlı direnme eylemleri düzenleyecek güçte bir Türk örgütü kurulamamış; işgal öncesinde var olup da işgal sonrasında böyle bir amaç uğruna çalışması beklenebilecek Türk örgütlerinin, örneğin İzmir Müdafaa-i Hukuk-i Osmaniye Cemiyeti, Türk Ocağı vb.'nin bütün aktif unsurları, Yunanlılarca tutuklanmamak için, işgalden hemen önce, işgal günü ya da işgalden kısa süre sonra İzmir'den uzaklaşmışlardı. Bunların çoğu gibi İzmir'in diğer Türk aydınlarından birçoğu da Anadolu içlerine kaçıp orada bölgesel direniş örgütleri kurmuş veya kurulmuş olanlara katılmışlardır, daha sonra da Ankara hükümetinin emrine girmişlerdir. Örneğin, büyük savaş yılları içinde İzmir'de İttihat ve Terakki Fırkası'nın Kâtib-i Mes'ulü sıfatıyla bulunan Mahmut Celâl Bey (Bayar) bunlardandı.

f. Direniş örgütünde çalışması beklenen yahut beklenmeyecek başka birçok Türk aydınını Yunanlılar tutuklamışlar, Atina'ya göndermişlerdi.

Bu duruma rağmen İzmir'de kalan Türk aydınlarından bazıları, kendi olanakları ölçüsünde, Türk bağımsızlık savaşı yararına çalışmaktan geri kalmadılar. Çeşitli yollarla İzmir'den Anadolu'ya malzeme gönderdiler; İzmir'den kuva-yı milliye'ye katılmak üzere kaçan gençlere yardımcı oldular; Yunanlıların İzmir'de duyulmasını sansürle engellemek istediği haber-

leri İzmir'de yayacak, İzmir dışında yayınlanan gazeteleri getirtip yahut getirtenden alıp İzmir'de dağıttılar; kuva-yı milliyeciler için İzmir'de "istihbarat toplama ve gönderme" çalışması yaptılar.

Bunların kimi, söz konusu çalışmayı, bir örgüte bağlı olmaksızın kendi başına yapıyordu. Örneğin, böyle çalışanlardan biri, çocukluktan başlayarak can dostum, eski İzmir Baro Başkanlarından Avukat Güney Dinç'in babası, Yunan işgali yıllarında İzmir-Kasaba (Turgutlu) Demiryolu şirketinde çalışan Safter Dinç idi. Balıkesir'de çıkarılan "İzmir'e doğru" gazetesinin şehir içinde dağıtılmasını sağlamaktaydı. Safter Bey, bu iş için, aynı şirketin ustabaşlarından Natali Ventura adlı bir İtalyanın yardımını sağlamıştı. Gazeteler, Yunanlıların denetleyemediği İtalyan Postahanesi aracılığıyla bu ustabaşına geliyor, Safter Bey de ondan aldığı gazeteleri, dağıtılmak üzere, Millî Kütüphane Müdürü Celâl Hoca'ya götürüyordu.

Ancak, Türklerin kent içinde bu tür çalışmalar yürüten en az bir tane örgütü de vardı. Bu örgütün, sonradan (cephe gerisinde hizmet etmiş kimselere verilen) beyaz şeritli İstiklal Madalyası almış mensupları içinde benim bildiğim, hatta çocukluğumda, ilk gençliğimde tanıyabildiğim ikisi, babamın pek sayıp sevdiği, kendisinden biraz büyük iki Karşıyakalı arkadaşımızdır: Tahir Bor ve Kasım Bahar. Her ikisinin resimleri, genişletilmiş ikinci basımını İzmir Büyükşehir Belediyesi'nin yaptığı, "İzmirde Yunanlıların Son Günleri" kitabımın o ikinci basımında verilmiştir (s. 253, 254). Onları tanıdığım sırada henüz ilkokul, ortaokul, lise öğrenimleri çağındaydım; çok yazık ki şimdiki konumuz üzerine onlarla konuşup kendilerinden bilgi alamadım. Ama o yıllarda, İngiliz Kemal adıyla tanınan kuva-yı milliyeye istihbarat görevlisi Ahmet Esat Tomruk'un anılarını anlatan bir kitapta (A. Esat Tomruk'un kendisinin anlatımı ve Recai Sanay'in yazımıyla hazırlanmış, Türk Casusu İngiliz Kemal adlı, Nebioğlu Yayınevinde İstanbul'da bastırılmış, basım yılı belirtilmemiş kitap) ondan söz edildiğini gördüm. Orada anlatıldığına göre, İngiliz Kemal, İzmir'de kendini bir Amerikalı gazeteci olarak tanıtip istihbarat edinme çalışması yaparken, Kordon'da yemek yediği gazinoya, yanında Yunan subaylarıyla, Çerkes Ethem ve avanesinden birkaç kişi gelmiş; onlardan biri İngiliz Kemal'i tanıyor ve Ankara hükümetinin casusu olduğunu biliyormuş. Hemen Yunanlı subaylara onun kimliğini söylemiş ve İngiliz Kemal tutuklanıp Atina'da Parapigmata hapisanesi denen hapisaneye konmuş, sonra Palaiostratos

hapishanesine götürülmüş, orada direnişçi Türk yeraltı örgütünün tutuklu mensuplarından, benim Kasım Amca'mı da görmüş.

Sözünü ettiğim örgüt içinde Kasım Bahar'ın yaptığı çalışmalardan bir tanesini biliyorum: Bazı Türk gençleri, o arada babam, yeni terhis olmuş topçu asteğmen Mustafa Cemal (babası mahkeme başkâtibi Ahmet Nuri Bey dolayısıyla, soyadı kanunu çıkıncaya kadar, Cemal Ahmet), Kasım Bey'in ayarlamasıyla, Yunanlıların ilân ettiği, kentler ve ilçeler arası yolculuk için Yunan işgal makamlarından izin almak zorunluluğu kuralını "delmişler"; Kasım Bey'in ayarladığı bir celep, "Bunlar benim adamlarımdır, Akhisar'a gidip kesimlik hayvan alacaklar, İzmir mezbahasında kesilmek üzere bana getirecekler" diye başvuruda bulunup yolculuk iznini almış, babam ve yoldaşları trenle rahat rahat Akhisar'a gitmişler, kuva-yı millie gücüne katılmışlar.

Atatürk sevgisini yalnızca babamdan öğrenmiş yahut Atamızın kimliği, kişiliği üzerine bilgi kazandıkça edinmiş değilim; çok sevdiğim kentim; babamın, dedemin kenti İzmir de Atatürk heykellerinin, büstlerinin, Atatürk'le ilgili anıların, daha girişinden başlayarak yani onun kurtardığı kente girmeden önceki son yol döneminde, şimdi Belkahve denen yerde kentin ve körfezin genel görünüşünü seyretmek mutluluğunu yaşarken dinlenme molası verdiği yerden başlayarak, çok bol sayıda dikilmiş olduğu bir kenttir. Benim Karşıyaka'da çocukluğumun ve ilk gençliğimin yıllarında yaşadığım evin yeri karşısında, yalı caddesinde de Atatürk heykeli var. İlkokul öncesi ana okulu eğitimi görmeye başlarken okulum, Zübeyde Hanım'ın son günlerini geçirdiği, Latife Hanım'ın ailesi Uşşakîzâdeler'e ait Karşıyaka tren istasyonu yakınında bir yapıda idi. İlkokul çocuğu yaşında, babamın evinden dedemin Soğukkuyu'daki evine sık sık gider ve ana yol olan Zübeyde Hanım Caddesini izler Zübeyde Hanım'ın kabri önünden geçerdim. Bu kabir, Yamanlar dağından getirilmiş kırmızımsı büyük bir taştan ibaretti ve üzerinde, Atatürk'ün isteği gereğince, yalnız "Atatürk'ün anası Zübeyde burada gömülüdür" yazıyordu. Atamızdaki ruh asaletine, alçakgönüllülüğe bakınız ve günümüzdeki görgüsüzlük, şatafat-cafcacaf düşkünlüğü uygulamalarını gözünüzün önüne getiriniz.

Lise öğrenimini, Atatürk'ün Latife Hanım'ı tanıdığı, (eski adı Karantina olan semtteki) Türk Koleji merkez binasında gördüm. İleri gözetleyici topçu yedeksubay olarak kıt'a hizmetimi, Atatürk'ün kurmuş olduğu 19.

Tümenin topçu alayında yaptım; bu alay o sırada (1963'de) İzmir'in Bomova'sında Hacılar Kırısı denilen yerde idi.

Böylece, değerli okurlar, yaşam çizgim de birkaç kez Atatürk'ünki ile kesişmiştir. Ne mutlu bana!

KARAYOLLARI MOTORLU ARAÇLAR ZORUNLU MALİ SORUMLULUK (TRAFİK) SİGORTASI GENEL ŞARTLARINDAKİ DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

(AN EVALUATION OF THE AMENDMENTS REGARDING GENERAL CONDITIONS OF COMPULSORY INSURANCE OF HIGHWAY MOTOR VEHICLES)

Prof. Dr. Rayegan KENDER*

ÖZET

“Trafik sigortası” olarak kısaltılan kavram aslında “karayolları motorlu araçlar zorunlu mali sorumluluk sigortası”dır ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 91. – 101. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu makalede, anılan kanun hükümlerinin uygulanmasını düzenleyen genel şartlarda 2015 – 2016 yıllarında yapılmış olan değişiklikler incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Trafik sigortası, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, trafik kazası, sorumluluk sigortası, sigorta genel şartları.

ABSTRACT

“Traffic insurance” is a short term for “compulsory liability insurance of highway motor vehicles” and is regulated under the Highway Traffic Code (Act No. 2918) in articles 91 and 101. This article examines the general conditions and the application of the prominent law provisions in regard to the changes that occurred in 2015 and 2016.

Keywords: *Traffic insurance, Highway Traffic Code (Nr. 2918), traffic accident, liability insurance, general insurance conditions.*

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Deniz Ticareti Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: rkender@yeditepe.edu.tr

Giriş

Karayolları Trafik Kanununun¹ 91-101 inci maddelerinde düzenlenmiş olan Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Sorumluluk Sigortası özel bir öneme sahiptir. Trafik kazalarında meydana gelen özellikle can zararları (ölüm ve yaralanma) nedeniyle, her ülkede bu sigorta zorunlu hale getirilmiştir².

Ülkemizde 2015-2016 yıllarında, Kanun hükümlerinin uygulanmasını düzenleyen genel şartlarda bazı değişiklikler yapılmıştır. Trafik sigortası olarak kısaca ifade edilen, bir sorumluluk sigortasıdır. Bu nedenle genel şartların, hazırlanmasında, “sorumluluk sigortası” kavramının ve ülkemizde yürürlükte olan Borçlar Kanunu hükümlerinin göz önünde tutulması ve bir sigorta hukuku kaynağı olan “Sigorta Genel Şartları”nın niteliğine uygun ifade edilmesi gerekmektedir.

Bu düşüncelerle aşağıda önce, yukarıda zikredilen hususlar kısaca açıklanacak, sonra yapılan değişiklikler ele alınarak her birini değerlendirilmesi yapılacaktır. Ancak, söz konusu değerlendirmelerde esas teşkil edecek olan “Trafik Sigortası”nın niteliğinin, sigorta genel şartlarının hazırlanmasında göz önünde tutulması gereken hususların kısaca açıklanması gerekli görülmüştür.

I- “Trafik Sigortası” olarak kısaltılan “Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası”dır.

1. Sorumluluk Sigortaları:

Sorumluluk sigortasında sigortacı, belirli bir prim ödenmesine karşı sigorta ettirenin, sözleşmede gösterilen hukuki ilişki sebebi ile üçüncü kişiye so-

¹ 18.10.1983 tarihli ve 18195 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Karayolları Trafik Kanunu. Bu Kanunun m. 90, 92, 97, 99’da 26.4.2016 tarihinde değişiklikler yapılmıştır.

² Avrupa ülkelerinde 1953’te sigorta şirketleri arasında “Convention-type inter-bureau” tesis edilmiş ve buna bağlı olarak her ülkede milli büro kurulmuştur (Fazla bilgi için: LAMBERT-FAIVRE, Y./LEVENEUR, L., s. 708-709). Türkiye’de 1953’te Karayolları Trafik Kanunu çıkarılmış, zorunlu sorumluluk sigortası düzenlenmiştir. Türkiye’de kayıtlı bir aracın yurt dışına çıkması için “Yeşil Kart” (Yurt dışında geçerli belge) alacağı “Motorlu Taşıtlar Bürosu” kurulmuştur. Türkiye’de Motorlu Taşıtlar Bürosunun çalışma usul ve esaslarını düzenleyen (bugün yürürlükte olan) Yönetmelik 2008 tarihlidir (RG: 28.06.2008, sayı: 26920).

rumlu olacağı bir zarar verirse, bu kişinin, sigorta ettirene karşı sahip olacağı taleplerini karşılar.³

Sorumluluk Sigortası, zarar sigortasının bir nev'i olan "pasif zarar sigortası"dır, "Sigorta Zararı" sigorta ettirenin mal varlığından meydana gelen bir borç/sorumluluktur. Burada riziko, bir borcun doğumu yani maddi değil hukuki bir rizikodur.⁴

Türk Hukukunda 6102 sayılı TTK'nın 6.kitabında, sigorta türlerine ilişkin özel hükümler başlığını taşıyan "İkinci Kısım" da:

"Birinci Bölüm" "Zarar Sigortaları" başlığı altında

A) Mal Sigortaları (m.1453-1472)

B) Sorumluluk Sigortaları (m.1473-1486) düzenlenmiştir.

Mal Sigortaları başlığı altında bulunan hükümler, aktif zarar sigortasını düzenlemiştir.

Sorumluluk Sigortaları kısmında yer alan bütün hükümler pasif zarar sigortası hakkındadır.

Kanunda, "Sorumluluk Sigortaları"nın bir grup hükümler halinde düzenlenmiş olması memnuniyet vericidir. Önceki Kanunda, böyle bir düzenleme yoktur. Sorumluluk Sigortaları başlığı altında yer alan ilk maddede (m.1473) Sorumluluk Sigortasının tanımı yapılmıştır. Madde metni aynen şöyledir:

"Sigortacı sorumluluk sigortası ile, sözleşmede aksine hüküm yoksa, sigortalının sözleşmede öngörülen ve zarar daha sonra doğsa bile, sigorta süresi içinde gerçekleşen bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle zarar görene, sigorta sözleşmesinde öngörülen miktara kadar tazminat öder."

Bu tanım, sorumluluk sigortasının hukuki niteliğine ve konusuna uygun değildir. Şöyle ki, madde metninde yer alan "Zarar Gören" ifadesi ile, sigorta ettirenin zarar verdiği şahıs kastedilmektedir, m.1478'de "zarar görenin sigortacıya doğrudan doğruya talep hakkı" ifadesinden anlaşılan budur. Sorumluluk Sigortasının doğru tanımı, sigortacının, sözleşmede gösterilen sebeplerle üçüncü kişiye verdiği zararlar için sigorta ettirenin sorumluluğunu teminat altına almasıdır. Başka ifade ile, zarar gören şah-

³ Bruck/Möller VVG 9. Auflage Baud 4. Haftpflichtversicherung, 2013 Berlin, s. 4-5.

⁴ Lambert-Faivre, Y, Droit des Assurances, 12 ed. 2005 Paris, s. 475; Chagny, M/Perdrix, L, Droitdes Assurances, 3e ed. 2014, Lextensoeditions, s. 313 vd. Code desAssurances L.122/1.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

sın, sorumlu sigorta ettirene karşı sahip olduğu bütün talepleri üstlenmesidir.

Madde metnindeki hata, “Sigortacının, zarar görene tazminat ödemesi” ifadesidir. Sigortacı, eğer zarar gören doğrudan dava ve talep hakkını kullanarak sigortacıya başvurursa, o zaman sigorta ettirenin sorumlu olduğu zararı karşılar tazminat öder.

Zarar görenin, doğrudan dava hakkını kullanma zorunluluğu yoktur, o kendisine verilmiş ek bir teminattır. Zarar gören isterse kendisine karşı sorumlu olan sigorta ettirene, isterse sigortacıya gider.

Sorumluluk sigortasında, sigorta zararı, sigorta ettirenin malvarlığında meydana gelen pasif (borç) sorumluluktur. Sorumluluk sigortası başkası lehine bir sigorta değildir. Bu nedenle zarar gören, lehdar veya sigortalı sıfatına sahip bulunmamaktadır.

Madde metninde “ Sigortacı tazminat öder” dedikten sonra, m.1478’de doğrudan doğruya dava hakkının düzenlenmesi önemli hata teşkil etmiştir. Bu durum uygulamada daha önemli hataya sebep olabilir. Sorumluluk sigortası olan Trafik Sigortasında zarar gören sigortacıya başvurduğunda, Mahkeme, sigorta ettirenin sorumlu olup olmadığını araştırmadan zarar görene sigortacının tazminat ödemesi gerektiği gibi bir hatalı sonuç yaratabilir.

Madde metnindeki son hata sözleşmenin tarafı olan sigorta ettiren yerine “sigortalı” kelimesinin kullanılmış olmasıdır. Sigortalı kavramı TTK m.1454’te düzenlenmiş olan “başkası lehine sigorta” da (bu terimde isabetli değildir, bunun yerleşmiş ifadesi başkası hesabına sigortadır⁵) ortaya çıkar. Sigorta ettiren, bu halde, kendisinin değil başkasının sorumluluğunu sigorta ettirebilir. Sigorta ettirenin sorumluluğunun temin edildiği sigorta sözleşmesinde “sigortalı” ifadesinin kullanılması doğru değildir. Burada, aktin tarafı olan sigorta ettiren, kendi sorumluluğunu sigorta ettirdiğine göre sigortalı da kendisidir.

2. Trafik Sigortasının Kanunda Düzenlenmesi:

Trafik Sigortası olarak kısaca ifade edilen “Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası” Karayolları Trafik Kanununda düzenlenmiştir.

⁵ Geniş bilgi için: Kender, R, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, 14. Baskı 2015 İstanbul, s. 220-222.

Trafik Sigortasında, 3 temel unsur bulunmaktadır.

Birincisi, sigorta konusu olacak sorumluluğun tespitidir.

İkincisi, söz konusu sorumluluğun sigortasının şartlarının ve kapsamının tayinidir.

Üçüncüsü de, bu sorumluluk sigortasının zorunlu olmasının hukuk mesnedinin düzenlenmesidir.

Trafik Sigortasının yukarıda belirtilen 3 temel unsuru, Karayolları Trafik Kanunu m.85-101’de düzenlenmiştir.

A) Sigortanın konusu olan sorumluluk 85. maddede şöyle tespit edilmiştir:

“Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar.

Motorlu araç ölümüne veya yaralanmaya sebebiyet vermiş ise, kazaya karışan aracın başkalarına devir ve temlik veya üzerinde bir hak tesisini önlemek amacıyla olaya el koyan Cumhuriyet Savcılıklarınca, aracın tescilli olduğu tescil kuruluşuna trafik kaydı üzerine şerh düşülmesi için talimat verilir. Kaza anı ile Cumhuriyet Savcılığınca trafik kaydı üzerine şerh düşülmesi arasında geçen süreler içinde kötü niyetle yapılan araç tescilleri hükümsüz sayılır. Şerhin konulduğu tarihten itibaren bir ay içerisinde, şerhin kaldırıldığına veya devamına ilişkin mahkeme kararı ibraz edilmediği takdirde bu şerh hükümsüz sayılır.”

Bu hükümde motorlu aracın işleteni için bir kusursuz sorumluluk öngörüldüğü anlaşılmaktadır. İşleteni bu sorumluluktan kurtulmasının şartını düzenleyen m. 86 hükmünden bu sonuç çıkmaktadır. Madde 86/1’e göre “İşleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur.”

Madde 86/2’ye göre: “Sorumluluktan kurtulamayan işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kazanın oluşunda zarar görenin

kusurunun bulunduğunu ispat ederse, hakim, durum ve şartlara göre tazminat miktarını indirebilir.”

Madde 87’de yukarıda gösterilen maddelerde düzenlenen sorumluluk hükümlerinin uygulanmayacağı, sorumluluğa genel hükümlerin uygulanacağı haller gösterilmiştir. Genel hükümlerin uygulanacağı haller, Trafik sigortası kapsamı dışında kalacaktır. Trafik Sigortası, bu kanunda düzenlenen sorumlulukları teminat altına alacaktır (m.91).

Madde 87’de gösterilen bu hallerden en önemlisi ve uygulamada zorluk çıkarana, “hatır için karşılıksız taşınma” durumudur. Bunun anlamı şöyledir⁶: “Hatır taşınmasından bahsedebilmek için işleten veya sürücünün zaman açısından veya mali açıdan (yahut diğer herhangi bir şekilde) bir harcamada bulunması gerekir. Bu harcamanın ayrıca işleten veya sürücü için “fazladan” bir nitelik taşınması yani “her halde yapılacak olmaması” da lazımdır.”

Bu açıklama, gerçekten “hatır taşınması”nda kanundaki unsurları tamamen karşılamaktadır. Bu taşıma, işletene herhangi bir menfaat sağlamayacaktır. Örneğin işletenin, iş yerine işçilerini taşınması veya özel bir arabanın işleteni (sahibi) bir davete giderken komşusu ve aynı yere gidecek olan arkadaşını götürmesi hatır taşınması değildir. Madde 87’deki, genel hükümlerin uygulanacağı ve bunun sonucu olarak trafik sorumluluk sigortası kapsamı dışında kalacağı hallerden en önemlisi hatır taşınmasıdır, uygulamada çok tartışılmaktadır.

B) Sorumluluk Sigortasının Konusu ve Kapsamı:

Karayolları Trafik K. m.91’de sorumluluk sigortasının temel unsurları düzenlenmiştir.

Madde 91/1’e göre: “İşletenlerin, bu Kanunun 85 inci maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur.”

Bu hükümle, sigorta konusu sorumluluk ile bu sigortanın zorunlu olduğu hususlar düzenlenmiş bulunmaktadır.

Maddenin 2. ve 5. fıkralarında, Trafik Sigortasına ait önemli hükümler yer almıştır.

⁶ Ünan, S, Zorunlu Trafik Sigortasının kapsamı ve hatır taşınması ile aracın hatır için karşılıksız verilmesinin bu sigorta kapsamında olup olmadığı sorunu (Sigorta Hukuku Dergisi Yıl: 1988 Sayı:1, İstanbul, 1998 s. 161).

2. fıkrada primlerin nasıl tahsil edileceği, 4.fıkrada, geçerli teminat tutarları üzerinden sigortası bulunmayan araçların trafikten men edileceği hususları düzenlenmiştir. Madde 92-99'da, zorunlu sorumluluk sigortasına ait düzenlemeler yapılmıştır.

Sorumluluk sigortası kapsam dışında kalan haller m.92'de düzenlenmiştir⁷:

Madde 100'de ihtiyari mali sorumluluk sigortasında kanunun sorumluluğun kaldırılması veya tazminatın azaltılmasına ilişkin 95. maddesi, doğrudan doğruya talep ve dava hakkına ilişkin 97. maddesi ve zamanaşımına ilişkin 109. maddesinin uygulanacağı hükmü konmuştur.

Madde 101'de, kaza branşında çalışan sigorta şirketleri için zorunlu sorumluluk sigortası yapma mecburiyeti getirilmiştir⁸.

3. Sigorta Genel Şartları

Sigorta genel şartları, sigorta poliçesine ekli ve her sigorta dalı için ayrı ayrı önceden hazırlanmış sözleşme şartlarıdır. Genel şartlar bir sigorta dalında yapılan bütün sigorta sözleşmelerinde yer alır. Sigorta genel şartlarında, sigorta teminatlarının kapsamı, sigorta edilen riziko ve tarafların hak ve borçları ve riziko gerçekleştikten sonra sigorta tazminatı veya (hayat sigortalarında) bedelin nasıl ödeneceği gibi hususlar yer alır.

Sigortacılık Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesine göre: "Sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, Müsteşarlıkça onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenlenir." Bu cümlenin kısaca anlamı, genel şartların Müsteşarlığın onayına bağlı olmasıdır.

⁷ Madde 92 – Aşağıdaki hususlar, zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı dışındadır. a) İşletenin; bu Kanun uyarınca eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere karşı yöneltebileceği talepler, b) İşletenin; eşinin, usul ve fîruunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri talepler, c) İşletenin; bu Kanun uyarınca sorumlu tutulmadığı şeye gelen zararlarla ilişkin talepler, d) Bu Kanunun 105 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre zorunlu mali sorumluluk sigortasının teminatı altında yapılacak motorlu araç yarışlarındaki veya yarış denemelerindeki kazalardan doğan talepler, e) Motorlu araçta taşınan eşyanın uğrayacağı zararlar, f) Manevi tazminata ilişkin talepler.

⁸ "Karayolları Trafik Kanununda Düzenlenen Sorumluluklar" konusunda geniş açıklamalar için bak. Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman – Prof. Dr. M. Turgut Öz, Borçlar Genel Hükmü Cilt 2, İstanbul, 2011, s. 189 vd.

Sigorta genel şartlarının düzenlenmesi çok önemlidir, zira bunlar sigorta sözleşmesinin hükümleridir.

Bu nedenle, genel şartların değerlendirilmesinde, sigorta hukukunun temel ilkeleri, sigortalıların hak ve menfaatleri göz önünde tutulmalıdır. Şartların kaleme alınması da mutlaka sigorta hukukuna vakıf bir hukukçu tarafından yapılmalıdır⁹.

Sigorta genel şartlarında, Tüketicinin Korunması Hakkında Yeni Kanun'da¹⁰ sigorta sözleşmesi Tüketici Sözleşmeleri içinde sayılmıştır. Sigortadan faydalananlar (sigorta ettiren, sigortalı, lehdar) zaten tüketici niteliğine sahip bulunmaktadır¹¹. Ancak bu husus, TKHK'nun bütün hükümlerinin sigorta sözleşmesine uygulanmasını gerektirmez, uygulanamaz, zira sigorta sözleşmesini düzenleyen özel hükümler TTK 6. Kitapta yer almıştır¹².

TKHK m.5(1)'de "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar" başlığı altında şu düzenleme yer almıştır: "Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır."

Madde 5(5)'de, şu yeni hüküm getirilmiştir: "Faaliyetlerini, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi veya kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın bu madde hükümleri uygulanır."

⁹ Kender, R, s. 73-73

¹⁰ 23.02.1995 tarih ve 4077 sayılı TKHK'nin 06.03.2003 tarih ve 4822 sayılı Kanun ile değiştirilen 6. maddesi, AB Direktifine (Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 Avril 1993, concernant les clauses abusives et dans les contrats conclus avec les consommateurs) uygun hale getirilmiştir. Madde metni aynen şöyle idi: "Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır. Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir." Tanım aynen alınmış ve "haksız şart" ismi verilmiştir. Bu metne göre, Müsteşarlığın onayladığı sigorta genel şartlarına uygulanıp uygulanmayacağı hususunda açıklık bulunmadığı görülmektedir. 6502 sayılı ve 7.11.2013 tarihli yeni TKHK da bu konu 5. Madde düzenlenmiş, yukarıda belirtilen hususa da açıklık getirmiştir.

¹¹ Kender, R, s. 194-195.

¹² Kender, R, Sigorta Hukukunda Tüketicinin Korunması, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII, S. 2, s. 1-27.

Bu hükme göre, Müsteşarlığın onayına tabi olan (ve onun tarafından hazırlandığı anlaşılan) sigorta genel şartlarına da, yukarıda gösterilen (1) fıkra yani “haksız şart” kuralı uygulanacaktır. Aynı maddenin (2) fıkrasına göre de, “Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür.”

II- Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartları (01.06.2015 tarihinden itibaren yürürlükte-dir).

Bu genel şartların (EK-1) değerlendirilmesi önceki bir yazımızda yapılmıştı¹³. Burada sadece anılan incelemede varılan sonuçların tekrarlanması gerekli görülmemiştir. Şöyle ki:

“SONUÇ:

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) sigortası 1.6.2015’te yürürlüğe giren Genel Şartların incelenmesinde, “Sigorta Genel Şartları” ve “Sorumluluk Sigortası” kavramlarına uygun olmayan maddeler bulunduğu ana hatları ile açıklanmıştır. Önceki genel şartlarda yapılan değişiklikler ve getirilen yeni şartların çoğu isabetsizdir, kanundaki emredici hükme aykırı şart konmuştur (örnek: sigorta ettirenin kasten verdiği zararlar, sorumluluk sigortası kapsamına alınamaz).

Genel Şartlarda, sigorta kapsamının genişletildiği ileri sürülerek primlerin arttırılması yoluna gidilmiştir. Genel şartlarda, sigorta himayesi zarar görenler lehine olması gerekenden fazla genişletilmiş, ancak bu sigorta ettirenin aleyhine olmuştur. Sigortacının sigorta ettirene karşı kısmen veya tamamen sorumlu olmadığı haller arttırılarak, bunların zarar görenlere ileri sürülemeyeceği, ona ödenecek sigorta tazminatı için sigorta ettirene rücu edileceği kabul edilmiştir. Sigorta ettiren primleri ödeyen ve sorumluluğunu teminat altına alan taraftır. Bu nedenle, sigortacının ona rücu edeceği hallerin gereğinden fazla olması, primlerin artması değil aksine azaltılmasını gerektiren bir husustur.

Diğer yandan, sigorta şirketleri Trafik kazalarının çok olması nedeniyle, zarar ettiklerini ileri sürerek primlerin arttırılmasını istemişlerdir. Gerçekten ülkemizde trafik kazaları çok fazladır. Ancak, sigortacıların

¹³ İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Merih Kemal Omağ’a Armağan, Cilt 16, Sayı 1, Ocak 2017 (Özel Sayı) – yayın aşamasındadır. (Yazı 01.10.2015’te verilmiştir.)

zararlarının önlenmesi, sadece primin artışı ile halledilemez. Kazaların sebeplerine bakılması gerekir. 10 yıl süre ile hiç kaza yapmamış bir sürücü ile 1 yıl içinde 2-3 defa kaza yapmış bir sürücünün kullandığı araç için aynı yükseklikte prim alınması doğru olamaz. Bu ve buna benzer sorunların çözümü için, “indirimli ve artırımlı prim” şeklinde ifade edilen bir sistemin düzenlenmesi gerekir¹⁴. Buna göre, sigorta sözleşmesinde, riziko primi tespit edildikten sonra, sigorta süresi içinde, motorlu aracın şartları, kullanım bölgesi, kullanan kimsenin eğitim ve deneyim durumu, yapılan kazalar gibi sebeplerle, yeni sigorta döneminde primde indirim veya artırım yapılmasının kuralları tayin edilmelidir¹⁵.

Böyle bir sistem sürücüleri daha dikkatli davranmaya, işletenlerin deneyimli ve yetenekli sürücü kullanmalarına, ehliyet alınırken gerekli eğitim ve işlemlerin ciddiyetle ifa edilmesine ve özen gösterilmesini sağlayacaktır.”

III- Sigortalılar ve sigorta şirketlerinin itirazları üzerine kısa bir süre sonra 2015 Sigorta Genel Şartlarında Değişiklik

Başbakan Yardımcılığı (Hazine Müsteşarlığı)’ndan aşağıda yazılı Tebliğ Yayınlanmıştır (RG: 2 Şubat 2016 - 29612):

“Başbakan Yardımcılığı (Hazine Müsteşarlığı)’ndan:

KARAYOLLARI MOTORLU ARAÇLAR ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI GENEL ŞARTLARINDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR GENEL ŞARTLAR

MADDE 1 – 14/5/2015 tarihli ve 29355 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının A.1 inci maddesinin ikinci paragrafı aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Bu Genel Şartlar ekleriyle bir bütündür. Sigorta teminat limitleri kaza tarihi itibarıyla uygulamaya esas alınır.”

¹⁴ Fransa’da: Code des Assurances, Annexe a 1’ Article A 121-1) Karayolları Motorlu Araç Sigortalıları (Kasko ve Trafik) primlerinin nasıl tespit edilmesine dair şartlar 14 maddede halinde düzenlenmiştir. Genel şartları ile şöyle: Sözleşmede yıllık esas bütün prim, sigortalı için aynı nitelik taşıyan rizikonun karşılığı olarak sigorta şirketi tarafından tespit edilip ilgili Bakanlığa liste halinde gönderilir. Bu prim, her sigorta yılında, kaza meydana gelip gelmemesine göre, indirim veya artırma, yapılacağı ve bunun şartları, ölçüleri ve uygulaması ayrı ayrı düzenlenmiştir.

¹⁵ Chagny, M-Perdrix, L- s. 358.

MADDE 2 – Aynı Genel Şartların A.6 ncı maddesinin sonuna aşağıdaki paragraf eklenmiştir.

“Sigortacının bu maddenin birinci paragrafının (d) bendi kapsamında olmasına rağmen ilgililere yaptığı tazminat ödemeleri için sigortalının terkesine ve tereke borçlusu olan mirasçılara sigortalının kusuru oranında ve ilgili mevzuat dahilinde müracaat hakkı saklıdır.”

MADDE 3 – Aynı Genel Şartların B.4 üncü maddesinin ikinci paragrafı ile üçüncü paragrafının (b) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Ödemede bulunan sigortacı, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre, tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda kazaya sebebiyet veren sigortalıya rücu edebilir.”

“b) Tazminatı gerektiren olay, aracın ilgili mevzuat hükümlerine göre gereken ehliyetnameye sahip olmayan veya geçerliliğini yitirmiş sürücü sertifikasına sahip ya da ehliyetine geçici/sürekli el konulmuş kişiler tarafından sevk edilmesi veya trafik kurallarının ağır kusur ile ihlali sonucunda meydana gelmiş ise,”

MADDE 4 – Aynı Genel Şartlara C.10 uncu maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

“C.11. GENEL ŞARTLARIN UYGULANACAĞI SÖZLEŞMELER
Bu Genel Şartlar yürürlük tarihinden sonra akdedilmiş sözleşmelere uygulanır.”

MADDE 5 – Aynı Genel Şartların “C.11. YÜRÜRLÜK” maddesinin başlığı “C.12. YÜRÜRLÜK” şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 6 – Aynı Genel Şartlara aşağıdaki madde eklenmiştir.

“C.13. YÜRÜTME
Bu Genel Şartları Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakan yürütür.”

MADDE 7 – Bu Genel Şartların 2 nci maddesi yayımı tarihinde, diğer maddeleri 1/6/2015 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 8 – Bu Genel Şartları Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakan yürütür.”

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarında Değişiklik yapılmasına dair Müsteşarlık Tebliği metninden anlaşılan şudur:

Bu şartların yazılmasında, “Sigorta Genel Şartları”, “Sigorta Sözleşmesi”, “Sorumluluk Sigortası” gibi sigorta hukukunun temel kavramları göz önünde tutulmadan, hukuk kurallarına aykırı bazı metinlerin ifade edildiği görülmektedir. Maddeler sırasıyla önceki incelememizde kısaca şöyle değerlendirilmiştir:

Madde 1:

Madde:A.1’in 2. paragrafından “bu genel şartlar” ifadesi çıkarılarak sadece sigorta tazminat limitlerinin kaza tarihi itibarıyla uygulanmaya esas alınması, şekline getirilmiştir.

Bu doğru değildir, bir kaza anında, yürürlükte olan sigorta sözleşmesine eklenen Genel Şartlar uygulanır. Müsteşarlığın, sigorta sözleşmesinin süresi içinde genel şartları değiştirme yetkisi yoktur. Müsteşarlık bir kamu makamıdır. Sigorta sözleşmesi yapılırken o anda yürürlükte olan genel şartlar eklenir. Daha sonra sözleşme, taraflar arasında hüküm doğurur. Kamu makamının sözleşmeye müdahale yetkisi yoktur.

Madde 2:

Madde: A.6’nın sonuna eklenen paragrafta vahim hata yapılmıştır. Sigorta sözleşmesi taraflar arasında hüküm doğurur, miras hukuku ile sigorta sözleşmesinin hiçbir ilgisi yoktur.

Trafik sigortası işletenin sorumluluk sigortasıdır, sözleşmede sadece taraflar için hak ve borçlar doğar. Destekten yoksun kalanların taleplerinin asli ve bağımsız olduğu yukarıda açıklanmıştır. (sah...). Bu talebin doğması ve kapsamının destek olan sürücü(işleteni)nün kusuru ile hiçbir ilgisi yoktur. Trafik Sigortasında, işletenin sorumluluğu kusursuz sorumluluktur. Bu nedenle, sigortacı, zarar görene karşı olan işletenin sorumluluğu karşılar işletenin kusurunun önemi yoktur, zaten onun kusurlu veya kusursuz sorumluluğu sigorta edilmiştir.

Bu madde, işleten (sigorta ettiren)in çok aleyhine bir sonuç doğurabilir, edimler arasında büyük dengesizlik yaratır. Bu bakımdan, bugün yürürlükte olan TKHK m.5(1)’de tanımlanan “haksız şart” niteliğini taşımaktadır. Aynı maddenin (5) fıkrasına göre, Müsteşarlık tarafından hazırlanmış olsa dahi tüketici ile akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür(2).

Madde 3:

m. B 4’ün ikinci paragrafı ile üçüncü paragrafının (b) bendinin değişikliği:

Trafik sigortası, işletenin sorumluluk sigortasıdır, bu Trafik K. m.85’de düzenlenen bir “kusursuz sorumluluk”tur. Bu nedenle, sigortacı, işletenin sorumluluğunu karşılayacaktır. Sigortacı, sigorta sözleşmesinde gösterilen ve sigorta ettirene ait bazı sebeplerle, ona karşı sorumluluğu azalır, bunu zarar görene karşı ileri süremez, ancak zarar görene ödedikten sonra sigorta ettiren işletene rucü edebilir. Burada “kusur” unsuru söz konusu değildir.

b) bendindeki değişiklik ise: “ehliyetnameye sahip olmayan” ifadesi diğer halleri içermektedir.

Madde: 7’de:

Genel şartlar “2. maddesi 1/6/2015 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlüğe giren” şeklindeki ifade, bu metni hazırlayanların yine “Sigorta Genel Şartları” kavramına hiç vakıf olmadıklarını göstermektedir.

1/6/2015 tarihli Genel Şartlara göre sigorta sözleşmeleri yapılmıştır, yeni metni o genel şartlarda değişiklik yapılması amacına matuftur. Değişiklik, ancak yapıldığı (yayınlandığı) tarihte yürürlüğe girer. Bir maddenin yürürlük tarihi ileriye alınabilir, fakat geriye alınamaz. Böyle hukuki düzenleme olmaz.

Madde 6 ve 8’de:

“Bu genel şartlar Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakan yürütür”

İfadesi aynen 2 kere yazılmış olması da, dikkat çekmektedir.

Genel şartların Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakan’ın yürütmesi de hukuken mümkün değildir. Bu şartlar, yapılacak “sigorta sözleşmesinin” şartlarıdır. Sözleşmenin yürütülmesi diye hukuki bir kavram yoktur. Sözleşmenin icrasında bir sorun çıkarsa gidilecek yer MAHKEMEDİR. Hazine Müsteşarlığı sadece genel şartları onaylar (Sigortacılık K. m.11(1))”

Bu incelemede sadece 2 madde hakkındaki açıklamaları genişletme ihtiyacı duyulmuştur.

1) Madde 1- ile getirilen değişikliklerde “...Sigorta teminat limitleri kaza tarihi itibarıyla uygulamaya esas alınır.”

Bu ifadenin anlamı şudur: Mevcut bir sigorta sözleşmesine konmuş bulunan teminat limitleri, aynı sözleşmesinin süresi içinde değişmişse, kaza anındaki limit esas alınacaktır. Yani, Müsteşarlık, sigorta sözleşmesi yapılırken eklenen genel şartlarda, bu sözleşme süresi içinde değişiklik

yapmaktadır. Bu değişiklik, limitin artırılması veya eksiltilmesinin prim ayarı yapılması söz konusu olmayacaktır. Bu hükmün kabul edilmesi daha önceki tartışmaların sonucudur. Şöyle ki: Sigorta süresi içinde Müsteşarlıkça limit artırılması halinde (Müsteşarlık teminatı attırırken prim miktarını da attırıyor) sigorta ettirene yeni bir poliçe alınarak prim farkını ödemesi gerektiği, bunun sigorta sözleşmesi niteliğine uygun olduğu aksi halde, artan limitin karşılığı primin alınamayacağı söylenmiştir. Ancak bu hususun zarar görenlere –prim borcu ile ilgisi olmayan- ileri sürülemeyeceği düşüncesi ile bu kural kabul edilmiştir.

TTK m.1425(3)'te konu ile ilgili hüküm bulunmaktadır¹⁶. Sigorta şirketi tarafından bu genel şart ile prim farkı istemeden kaza anındaki teminat tutarına göre ödeme yapılacaktır. Böylece, teminat tutarının artan kısım için prim ödenmeyecektir.

Madde 2- Önceki genel şartların A.6 mad. (d) bendine yapılan ekleme: d) bendi hükmünün Borçlar Hukukunda, ölüm halinde destekten yoksun kalanlara sigortacının ödemesinde desteğin kusur nisbetinin ele alınmasının doğru olmadığı, destekten yoksun kalanların haklarının, destekten yoksun kalanın şahsında doğrudan doğruya doğan, asli ve bağımsız bir talep hakkı olduğu kabul edilmiştir¹⁷.

Genel şarta eklenen madde, açıklanan hükmün devamı olduğundan isabetsizdir.

Esas şudur: Trafik Sorumluluk Sigortasında, kaza sonucu doğan zararlardan, kazaya neden olan araçların işletenlerinin müteselsil sorumlulukları doğar. İşletenlerden birinin sorumluluk sigortacısı, meydana gelen zararlar için sorumluluğu karşılamışsa, diğer tarafa ve onun sorumluluk sigortacısına rücu etmesi, sigorta genel şartları ile değil Borçlar Hukuku ilkelerine göre yapılır. Rücu, işletenlerin sorumluluk oranına göre yapılır, bunun dışındaki rücular, her işleten ile ona karşı sorumlu olanlar (varsa) arasında, yani iç ilişkide olur.

¹⁶ TTK m. 1425/f.3: “Kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça, genel şartlarda sigorta ettirenin, sigortalının veya lehtarın lehine olan bir değişiklik hemen ve doğrudan uygulanır. Ancak, bu değişiklik ek prim alınmasını gerektiriyorsa, sigortacı değişiklikten itibaren sekiz gün içinde prim farkı isteyebilir. İstenilen prim farkının sekiz gün içinde kabul edilmemesi hâlinde sözleşme eski genel şartlarla devam eder.”

¹⁷ Eren, F, Borçlar H. 8. Baskı, s. 270; Oğuzman, K – Öz, T, Borçlar Hukuku Genel Hükmümler Cilt 2 İstanbul, 2011, s. 98. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.04.2007 tarih E. 2007/4-222, K. 2007/222 kararında aynı husus kabul edilmiştir.

IV- Karayolları Trafik Kanununun 90,92,97 ve 99. maddesinde yapılan değişiklikler

Bu değişiklikleri yapan Kanunun adı:

“65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”dur. (RG: 26 Nisan 2016 Salı-29695).

Kanunun 3. maddesi ile KTK m.90 aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

“Zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatlar bu Kanun ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda öngörülen usul ve esaslara tabidir. Söz konusu tazminatlar ve manevi tazminata ilişkin olarak bu Kanun ve genel şartlarda düzenlenmeyen hususlar hakkında 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır.”

Bu maddenin hiçbir hukuki değeri yoktur, mevcut hukuki durumu değiştirmemiş, hiçbir şey katmamıştır. Şöyle ki: m.90, işletenin sorumluluğunda, tazminatın biçimi ve kapsamı ile manevi tazminat konularında Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin hükümlerinin uygulanacağını öngörmüştür.

Zorunlu mali sorumluluk sigortasında ise, Kanunun 85 vd. maddelerinde düzenlenen işletenin sorumluluğu (tazminatın biçimi ve kapsamı) tespit edilecek (ki m.90 bunu düzenliyor), bu sorumluluğu, sigortacı karşılayacaktır.

Zorunlu sorumluluk sigortası dışında kalana hususlar m.92’de gösterilmiştir. f) bendinde, manevi zararlar için ödenecek tazminatlar yer almıştır.

“MADDE 4 – 2918 sayılı Kanunun 92 nci maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki bentler eklenmiştir.

“g) Hak sahibinin kendi kusuruna denk gelen tazminat talepleri,

h) İlgililerin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan tazminat talepleri,

i) Bu Kanun çerçevesinde hazırlanan zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları ve ekleri ile tanımlanan teminat içeriği dışında kalan talepler.”

Trafik Kanununa ekleme yapılan 92. maddesi, Zorunlu Mali sorumluluk sigorta dışında kalan hususları düzenlemiştir. Yapılan eklerin değerlendirilmesi:

“g) bendindeki husus önceki genel şartlarda olan ve bunun Trafik Sorumluluk Sigortası niteliğine uygun olmadığı yukarıda kısaca açıklanan şarttır (Bkz. III). Hak sahibinin kendi kusuruna denk gelen ifadesi çok geniştir. Hak sahibi kaza sonucunda ölmüşse: Yardımdan mahrum kalan kalkanların hakları, hak sahibinin kusuruna değil, yardımdan yoksun kalanların durumu (gerçekten yardım yapıyor muydu? Ne kadar? Halen buna muhtaç mıdır?) göz önünde tutulacaktır. Genel şartlarda yapılamayan bu husus, Kanun hükmüne geçirilmiştir.

h) bendindeki husus: 92. maddenin c) bendinde yer alan hükümlerle aynı niteliktedir.

Sigortalının sorumluluk riski kapsamı, Trafik Kanununda düzenlenen sorumluluğudur. Sigorta edilen riskin gerçekleşmesi, söz konusu sorumluluğunu doğuracaktır. Bunun dışında kalan istisna mevcut maddenin c) bendinde ifade edilmiştir.

i) bendindeki husus, sigorta sözleşmesinin kapsamını belirten, bilinen bir husustur. Bütün sigorta sözleşmeleri ile verilen teminat, sözleşme şartları ve ekleri ile (Sigorta Genel Şartları) tayin ve tespit edilir. Şu halde i) bendi, çok bilinen bir hukuki durumu tekrar etmiştir, hukuki durumda bir değişiklik getirmemiştir.

MADDE 5 –Trafik Kanununun 97 nci maddesini aşağıdaki şekilde değiştirmiştir:

“MADDE 97- Zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekir. Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması hâlinde, zarar gören dava açabilir veya 5684 sayılı Kanun çerçevesinde tahkime başvurabilir.”

Bu maddeyi yazan (uzman); m.97 hükmünün neyi düzenlediğini anlamamıştır. Mevcut m.97, bir sorumluluk sigortası olan Trafik Sigortasında zarar görenin sigortacıya karşı doğrudan dava açabileceğini öngörmüştür. Çok bilinen, sorumluluk sigortasında “doğrudan doğruya dava hakkı” zarar görene tanınmış ek bir korumadır. Zarar görene karşı sorumlu olan

sigortalı İŞLETEN'DİR. Trafik K. m. 91'e göre: İşletenlerin bu Kanunun 85. maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanması- nı sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur.

MADDE 6 – 2918 sayılı Kanunun 99 uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan “kaza veya zarara ilişkin tespit tutanağını veya bilirkişi raporunu” ibaresi “zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeleri” şeklinde değiştirilmiştir.

Bu hükmün değerlendirilmesi, yeni genel şartların konuya ilişkin maddelerine göre, aşağıda yapılacaktır.

V- Karayolları Motorlu Araçlar Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartlarında Yapılan Değişiklikler¹⁸

1- Madde: A.2. ç) metni:

Önceki metnin sonuna: “Kazanın temassız olması sorumluluğa engel olmaz” ibaresi eklenmiştir. Burada kastedilen herhalde, bir aracın hatalı davranışı yüzünden, başka bir araca veya bir insana temas etmeden verebileceği zarardır.

2- A.2.g) bendi:

“tanımlar”a eklenen yeni bir husustur: “Sorumluluk Riski: Sigortalının motorlu araç işletilmesinden doğan; kazaya sebep olan mücbir sebepler dahil olaylar ile kazazede, hak sahibi ve diğer ilgili üçüncü kişilerin kusurları çerçevesinde belirlenen tazminat yükümlülüğünü”

Burada sorumluluk riski tanımlanıyor:

Trafik mali sorumluluk sigortasında risk, her sorumluluk sigortasında olduğu gibi sigorta edilen sorumluluk, motorlu araç işleteninin Kanunun 85. vd maddelerinde düzenlenen sorumluluğudur. Bu maddenin korunması, bir süredir tartışılan, sigorta tazminatının hesabında, sorumluluğun doğmasında, araç sürücüsü dışında bir üçüncü kişinin kusuru eklenmiş ve bu şahıs ölmüşse, onun desteğinden yoksun kalanların alacak haklarında, desteğin kusur nispetinin göz önünde tutulmasıdır. Destekten yoksun kalma alacağı bağımsız bir hak olduğunun Borçlar Hukukunda kabul edildi-

¹⁸ 01.06.2015 tarihinde yürürlüğe giren ve yukarıda zikredilen genel şartlarda, IV par. da gösterilen Trafik K. da değişen hükümlere göre, bazı maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Burada sadece, değişiklik yapılan şartlar değerlendirilecektir. Genel şartların değişen maddeleri ile beraber metin için bkz. EK-1.

ğinin, bu alacağın hesabında, gerçekten destek kaybının ve bunun miktarının esas alınması gerektiği önceki yazımızda ve yukarda açıklanmıştır. Bu sonuç önce uygulamada ileri sürüldü, bunun yanlış olduğu anlatıldı. Sonra yukarıda açıklanan Trafik K. a getirildi, oradan da genel şartlara konmuştur.

Yeni metinde, kazaya bir mücbir sebebin neden olması da risk içinde sayılıyor. Mücbir sebep yüzünden meydana gelen bir olayda, işleten, Kanunda öngörülen sorumluluktan kurtulma hallerini ileri sürecek, buna bağlı olarak da sigorta teminatı söz konusu olmayacaktır. Mücbir sebeple meydana gelen bir olaydan kimse sorumlu olmayacaktır.

3- A.2. maddeye eklenen son bent:

“ğ) Arabulucu: 7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununa göre arabuluculuk siciline kayıtlı olup uyuşmazlık çözümünde görev yapan kişiyi”

Bu bendenin bir hukuki sonucu olamaz. Burada zikredilen Kanunda “Arabulucu” tanımlanmıştır, bunun tekrar edilmesine gerek yoktur.

4- A.5 Kapsamına giren Teminat Türleri:

a) bendi: Değişiklik sadece önceki metnin başına şu ifadenin konmasıdır: “...Hak sahibinin “kaza tarihi itibariyle” bu genel şartta”. Kaza tarihinin, teminat sınırı ve sigortanın kapsamı (zararlar) bakımından esas alınması sigorta sözleşmesi hukukuna uygun değildir. Her sözleşmede, sözleşmenin yapıldığı tarihteki şartların geçerli olması gerekir. Sözleşmenin sonradan değiştirilmesi tarafların anlaşmasına bağlı olması gerekir. Ancak bu hususa, yukarıda değinildiği gibi, TTK m.1425(3) imkanı tanınmıştır. Bu genel şart ile sigortacı, ek prim talebinden vazgeçmiştir¹⁹.

¹⁹ Trafik sigortası teminat haddi ve prim miktarı yılda 1 defa Ocak ayında arttırılmaktadır. Ancak, Genel Şartta yer alan esasa göre, bir önceki yılda yapılan sigorta sözleşmeleri kapsamında, Ocak ayından sonra (örneğin 6 ay sonra) bir kaza vukuunda, kaza anındaki teminat haddi (ve genel şartlar) uygulanacaktır. Bu halde, 6 ay zarfında bu sigorta teminatının artan kısmı için prim alınmamış olacaktır. Sigortacının bu durumu nasıl hallettikleri hususunda uygulama, sigorta sözleşmesi yapılırken, onun süresi içinde olacak teminat haddi arttırılmasını karşılamak üzere fazla prim alınmaktadır. Bu çözüm de sigortanın niteliğine uygun değildir.

5- Madde B.2- 2.1- par. 1:

Burada sadece: “Sigortacı; hak sahibinin, kaza veya zararın tespit edilebilmesi için bu genel şartlar ekinde yer alan” ifadesi eklenmiştir. Başka bir değişiklik yoktur.

A.1 Amaç, par.2 de yer alan “Bu genel şartlar, ekleriyle bir bütündür” hükmü olduğuna göre, değişiklik adı ile yukarıda gösterilen ibarenin yazılması, gereksiz bir tekrar teşkil etmektedir.

6- Madde B.2- 2.1- par. 3:

Bu paragrafın sonuna “İspat yükümlülüğü sigortacıya aittir” ifadesi eklenmiştir. Değişiklik sadece budur.

7- B.4- Par.2:

“Ödemede bulunan sigortacı, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre, tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda (kazaya sebebiyet veren) sigortalıya rücu edebilir.”

Değişiklik sadece altı çizgili ifadedir.

Burada söz konusu olan, sigortalı – araç işletenine bağlı ve maddenin devamını teşkil eden bentlerindeki sebepler yüzünden, sigortacının sigortalıya karşı ileri sürebileceği “defi”lerin zarar görene ileri sürülememesidir. Yani sigortacı, sigortalının sorumlu olduğu zararların tümünü öder, sigortalıya karşı bu fazla ödemediği kısımlar için rücu eder. Bu niteliği itibarıyla sigortacının rücuü elbette ki sigortalı ile arasındaki sözleşmeye dayanır, sigortacının ödemesi için zaten sigortalının sorumlu olduğu zararın mevcudiyeti gerekir. Sonuç olarak, değişiklik adı verilen (kazaya sebebiyet veren) ifadesi yanlıştır. Kazaya sebebiyet veren sigortalı sorumludur.

Maddenin a) bendinde yer alan şartta değişiklik yapılmıştır. Ancak burada daha önceki incelememizde de belirtildiği gibi, sigortalının “kasdi bir hareketi” ile zarar meydana gelirse, bundan sorumluluk sigortası teminatı doğmaz. Sorumluluk sigortasında, TTK m.1477’e göre: “Sigortacı, sigortalının, sorumluluk konusu olayı kasten gerçekleştirmesinden doğan zararlardan sorumlu olmaz.” Bu madde, TTK m.1486(1)’e göre emredici niteliktedir. Bu madde hükmüne aykırı yapılan sözleşmeler geçersizdir.

b) bendi: Değişiklik, son satırda yer alan şu ifade: “...veya trafik kurallarının ağır kusur ile ihlali sonucunda” meydana gelmişse, Trafik kurallarını ihlal, kusur unsurunu ortaya çıkarır. Ağır kusur ile ihlal, a) bendin-

deki ‐ağır kusur‐ Şartı olduğundan hiçbir anlamı yoktur. Sigortalı kusurlu fiili ile kazaya sebebiyete vermişse sorumlu olacak, bu sorumluluğu sorumluluk sigortacısı karşılayacaktır.

Sigortalının ağır kusuru ile kazanın meydana gelmesi hali a) bendinde yazılmıŐtır. Bunlar doğru değildir. Kasıt dışındaki kusurlu veya kusursuz olarak kazaya sebep olanlar, sorumludurlar. İŞletenlerin kusur ağırlığı ve kazaya sebep olan araçların veya kişilerin kusuru nispetine göre Borçlar H. esaslarına göre rücu edilir. Kazaya-zarara- sebep olanlar, Trafik Kanununa göre, bildiği gibi, kusursuz ve müteselsil olarak sorumludurlar.

SONUÇ

01.06.2015 tarihli Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartlarında, sorumluluk sigortası ve sigorta genel Şartları kavramlarına uymayan, Borçlar K. ve Türk Ticaret Kanunu sorumluluk sigortasına ait emredici hükme aykırı olan düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlara dair daha önce yaptığımız aēıklamaların ‐Sonuē‐ kısmı, bu incelemenin başında aynen alınmıştır (Bkz. yukarıda Bölüm II).

Trafik Sorumluluk Sigortası zorunlu da olduğu iēin uygulamada devamlı tartıŐmalara neden olmuş, bu sebeple bazı değişiklikler yapılması yoluna gidilmiştir. Şöyle ki:

Bu deđiŐikliklerden birincisi 2 Şubat 2016 tarih ve 29612 s. RG’de yayınlanan ‐Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarında Değişiklik Yapılmasına Dair Genel Şartlar‐ başlığını taşıyan Hazine Müsteşarlığı Tebliğidir. Bu tebliğin metni yukarda aynen alınmış, değişiklik olarak getirilen Şartların değerlendirilmesi yapılmış, isabetsiz ve hatalı olanlar anlatılmıŐtır (Bkz. yukarıdaki Bölüm III).

Burada yapılan değişikliklere mesnet olması iēin (herhalde) Karayolları Trafik Kanununun m.90, 92, 97 ve 99. maddelerinde birēok hususları düzenleyen bir Kanun (65 Yaşını Doldurmuş Muhtaē, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun) ile değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerin değerlendirilmesi de yukarıda yapılmıştır (Bkz. Bölüm IV).

Sonuēta, 1.6.2015 tarihli Genel Şartlar, yukarıda zikredilen hükümlerle yapılan değişiklikler ile (her biri siyah harfle gösterilmek suretiyle) yayınlanmıştır (EK-1). Bu değişiklikler, Genel Şartların ilk metni ile karşı-

laştırıldığıında, getirilen değişikliklerin çok cüzi olduğu, tespit edilmiş ve açıklanmıştır. Yapılan değişikliklerin hiçbiri, ilk metindeki hataları, isabetsizlikleri, sorumluluk sigortası kavramına aykırılıkları düzeltmemiş bulunmaktadır.

Genel şartlarda bulunan en önemli isabetsizliklerden bazıları şöyledir: Mad. A.2. Tanımlar- Sigorta genel şartlarında tanım olmaz, genel şartlar Trafik Sorumluluk Sigortası tarafları arasındaki borç ve sorumlulukları düzenler. Tanımlar içinde de hatalı olanlar vardır.

Örnek: Mad. A. d) Zarar: Bu bir Borçlar Hukuku kavramıdır. Burada, trafik sigortasında, hangi zararlar için sorumlu olunacağı anlatılıyor, bu husus KTK maddelerinde düzenlenmiştir.

Değişiklikler ile gelen bir hüküm: g) bendi: Sorumluluk Riski tanımı yanlıştır. Sorumluluk sigortasında risk (riziko) tazminat ödenmesi değil, sigorta ettirenin motorlu aracını işlettiği sırada sebep olduğu zararlardan sorumlu olmasıdır. Sorumluluk Sigortasında riziko, bir borç, sorumluluktur. Buna “hukuki risk” denmektedir.

Mad. B.2- 2.4 de yer alan: “Sigortalı, sigortacının göstereceği avukata gereken vekaletnameyi vermek zorundadır” şartı doğru değildir²⁰. Burada sigorta ettirene karşı açılan davada, onun ihbarda bulunması ile sigortacı davaya müdahil olursa, davalı sigortalının avukatı takip etmelidir. Avukatlık güvene dayanan bir hizmettir.

Mad. B.4- Sigortacının sigortalıya rücu hakkı olan halleri gösteren bu maddenin:

a) bendi: “Tazminat gerektiren olay, sigortalının veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kasti bir hareketi veya ağır kusuru sonucunda meydana gelmiş ise” şartı sorumluluk sigortası niteliğine uygun değildir. Şöyle ki:

Sigortalısının kasten verdiği zarar sorumluluk sigortası teminatına dahil değildir. TTK m. 1477(1) e göre “Sigortacı, sigortalının, sorumluluk konusu olayı kasten gerçekleştirmesinden doğan zararlardan sorumlu olmaz.” m. 1486(1) e göre, 1477. madde hükümlerine aykırı yapılan sözleşmeler geçersizdir.

Bu durumda bir sorumluluk sigortası sözleşmesi şartı olan bu genel şart geçersizdir.

²⁰ Alman Sig. Söz. K. § 127 de, Fransada: Code Des Assurances Art. L. 127-3 de, sigortalının avukatını seçme serbestisi kabul edilmiştir.
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

Sigortalının kasti hareketi, sigorta sözleşmesinin bir unsuru olan “Riziko” teşkil edemez, riziko, gerçekleşmesi muhtemel olan bir olaydır, kesin ve özellikle sigorta ettirenin iradesine bağlı bir olay, “riziko” teşkil edemez.

Sigortalının ağır kusuru ile sebep olduğu zararlar için sorumluluğu, sigorta teminatı içindedir. Bunun için sigortacının sigortalıya rücu etmesinin makul gerekçesi yoktur.

Burada, genel olarak belirtilmesi gereken husus, trafik sigortasında sigortacının sigortalıya rücü hakkına sahip olduğu haklar gereğinden fazladır. Sigorta ettirenin aleyhinedir. Zarar göreni koruma için sigorta ettirenin, sözleşmeyi yapması ve primleri ödemesinin bu ölçüde göz ardı edilmemesi gerekir.

Sonuç olarak, Trafik Sigortası Genel Şartlarındaki hata ve isabetsizliklerin düzeltilmesi için gerekli inceleme ve çalışmaların yapılmasına ihtiyaç olduğu anlaşılmaktadır.

DANIŞTAY KARARLARI:

1- T.C. Danıştay Onbeşinci Daire

Esas No : 2015/6014

Davacı ve Yürütmenin Durdurulmasını İsteyen : Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Davalılar / Vekilleri: 1-Başbakanlık

2-Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı

Dava: Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın A.5, A.6, B.2 maddelerinin bazı bentleri için yürütmesinin durdurulması ve iptaline karar verilmesi talebidir.

4.10.2016 Tarihli yürütmenin durdurulmasına dair Kararın ilgili bölümü aşağıya alınmıştır:

“Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının “B.2. Tazminat ve Giderlerin Ödenmesi” başlıklı maddesinin 2.1 fıkrasının ikinci bendinin birinci ve ikinci cümlelerindeki “parça veya ömrünü tamamlamış araçlar mevzuatı kapsamındaki araçlardan elde edilen orijinal parça” ibarelerinin ve üçüncü bendinin tamamının, “B.4. Zarar Görenlerin Haklarının Saklı Tutulması ve Sigortacının Sigortalıya Rücu Hakkı” başlıklı maddesinin (b) bendinde yer alan “veya trafik kurallarının ihlali” ibaresi yönünden **yürütmesinin durdurulmasına**”

Karar Oy Birliği ile alınmıştır.

2- T.C. Danıştay Onbeşinci Daire

Esas No : 2015/5277

Davacı ve Yürütmenin Durdurulmasını İsteyen: Ankara Barosu Başkanlığı
Davalılar / Vekilleri: 1-Başbakanlık

2-Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı

Dava: Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın A.1, A.5, A.6, B.2, B.4 maddelerinin bazı bentleri için yürütmesinin durdurulması ve iptaline karar verilmesi talebidir.

4.10.2016 Tarihli yürütmenin durdurulmasına dair Kararın ilgili bölümü aşağıya alınmıştır:

“Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının “B.4. Zarar Görenlerin Haklarının Saklı Tutulması ve Sigortacının Sigortalıya Rücu Hakkı” başlıklı maddesinin (b) bendinde yer alan “veya trafik kurallarının ihlali” ibaresinin ve “Ek 1. Değer Kaybı Hesaplaması”nın 2. Teminat Dışında Kalan Haller üst başlığının altındaki 2. ve 6. bentlerinin **yürütmesinin durdurulmasına**”

Karar Oy Birliği ile alınmıştır.

3- T.C. Danıştay Onbeşinci Daire

Esas No : 2015/6111

Davacı ve Yürütmenin Durdurulmasını İsteyen : Filo Yönetimi ve Uzun Dön. Kir. Hiz. A.Ş.

Davalılar / Vekilleri: 1-Başbakanlık

2-Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı

Dava: Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın A.1, A.5, A.6, B.2 maddelerinin bazı bentleri için yürütmesinin durdurulması ve iptaline karar verilmesi talebidir.

4.10.2016 Tarihli yürütmenin durdurulmasına dair Kararın ilgili bölümü aşağıya alınmıştır:

“B.2. Tazminat ve Giderlerin Ödenmesi” başlıklı maddesinin; 2.1 bendinin 2. paragrafının “Hasar halinde, hasar gören parça, onarımı mümkün değilse veya eşdeğer parça veya ömrünü tamamlamış araçlar mevzuatı kapsamındaki araçlardan elde edilen orijinal parça ile değişimine imkân yok ise orijinali ile değiştirilir. Kaza tarihine göre model yılından itibaren

3 yılı geçmeyen motorlu araçlarda hasar gören parça, onarımı mümkün değilse öncelikle orijinali ile değiştirilir, orijinal parçanın bulunmaması durumunda eşdeğer veya ömrünü tamamlamış araçlar mevzuatı kapsamındaki araçlardan elde edilen orijinal parça ile değiştirilir.” şeklindeki ilk cümlesinin, aynı bendinin 3. paragrafının tamamı “Ek 1. Değer Kaybı Hesaplaması”nın 2. Teminat Dışında Kalan Haller üst başlığının altındaki 2., 3., ve 6. bentlerinin **yürütmesinin durdurulmasına**”

Karar Oy Birliği ile alınmıştır.

Bu davalarda 18.11.2015 tarihli ara karar ile Türkiye Sigorta, Reasürans ve Emeklilik Şirketine dava ihbar edilmiştir. Yürütmenin durdurulması kararı ise 4.10.2016 tarihlidir. Bu durumda iptali dava edilen şartlar bu süre içinde yapılan sigorta sözleşmelerine konmuştur. Trafik sigortasının çok geniş uygulama alanı olduğu göz önüne alınarak bu davanın görülmesinde zaman’a önem verilmelidir. Yürütmenin durdurulması kararı uygulamada, süresi işleyen sözleşmeler bakımından sorun çıkarabilecektir.

EK-1:

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartları

A.1. AMAÇ

Bu Genel Şartların amacı,13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu uyarınca motorlu araç işletenlerine yüklenen hukuki sorumluluk için düzenlenen Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasına yönelik ilgililerinin hak ve yükümlülüklerine ilişkin usul ve esasların düzenlenmesidir.

(Değişik:RG-2/2/2016-29612)⁽¹⁾ Bu Genel Şartlar ekleriyle bir bütündür. Sigorta teminat limitleri kaza tarihi itibarıyla uygulamaya esas alınır.

A.2. TANIMLAR

Bu Genel Şart uygulamasında;

a) Sigortalı: Poliçe konusu motorlu araçta 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre işleten sayılan kişiyi,

b) Karayolu: 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre karayolu sayılan alanlar ve diğer alanlardan genel trafiğe açık yerler ile karayoluyla trafik bağlantısı olan yerler,

c) Motorlu Araç: İlgili mevzuat gereği trafiğe çıkması trafik siciline veya ilgili mevzuatla düzenlenen özel sicile tescile tâbi motorlu araçları,

ç) **(Değişik:RG-2/8/2016-29789)** İşletilme Hali: Motorlu aracın mekanik aksamının çalışması, (Mekanik aksamı çalışmasa bile motorlu aracın kendiliğinden de olsa hareket haline geçmesi işletilme hali olarak kabul edilir. Kazanın temassız olması sorumluluğa engel olmaz.)

d) Zarar: Motorlu bir aracın işletilmesi ile oluşan bir trafik kazası sonucunda üçüncü şahısların ekonomik değeri olan mal varlığında doğrudan azalma olmasına veya vücut bütünlüğünde eksilmeye, sürekli sakatlığa veya ölümüne sebebiyet verilmesi nedeniyle ilgililerin uğradıkları bu Genel Şartlar ile içeriği belirlenen maddi kayıpları,

e) Eşdeğer (Muadil) Parça: Bir motorlu aracın montajında kullanılan esas-orijinal parçaların değiştirilmesi amacıyla üretilen, ilgili mevzuat (yönetmelik, standard, teknik düzenleme) çerçevesinde belirlenen deney, muayene metotlarına göre orijinal parçayla (kütle, boyut, malzeme ve işlevsellik vb.) kıyaslanarak tespit edilen kriterlere uygunluğunun, Hazine Müsteşarlığınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde yetkili kuruluşlarca düzenlenecek belgeler yoluyla belgelendirilmesi gereken parçaları, (Bu kapsamda bir belgenin varlığı durumunda, belge konusu parçaların aksi iddia sahibince kanıtlanana kadar eşdeğer kalitede olduğu varsayılır.)

f) Orijinal Parça: i) Bir motorlu aracın üretiminde veya montajında kullanılan parçalarla aynı kalitede olan ve söz konusu motorlu aracın üretiminde veya montajında kullanılan parçaların veya yedek parçaların üretiminde sağlayıcı tarafından getirilen ölçütlere ve üretim standartlarına göre üretilmiş yedek parçaları,

ii) Aracın orijinal parçaları ile aynı üretim bandında üretilen yedek parçaları, (Bu parçaların, söz konusu aracın montajında kullanılan parçalarla aynı kalitede olduğunun ve araç üreticisi tarafından getirilen ölçütlere ve üretim standartlarına göre üretildiğinin Hazine Müsteşarlığınca belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde belgelendirilmesi halinde, belge konusu parçaların aksi iddia sahibince kanıtlanana kadar orijinal yedek parça olduğu varsayılır.)

iii) İlgili mevzuat çerçevesinde ömrünü tamamlamış araçlardan veya Hazine Müsteşarlığınca belirlenecek esaslara göre hasarlı araçlardan çıkarılan kodlandırılmış, hasarsız, araç güvenliği ve çevre standartlarını karşılayan eşdeğer niteliğinde olmayan parçaları,

g) (Ek:RG-2/8/2016-29789) Sorumluluk Riski: Sigortalının motorlu araç işletilmesinden doğan; kazaya sebep olan mücbir sebepler dahil olaylar ile kazazede, hak sahibi ve diğer ilgili üçüncü kişilerin kusurları çerçevesinde belirlenen tazminat yükümlülüğünü,

ğ) (Ek:RG-2/8/2016-29789) Arabulucu: 7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununa göre arabuluculuk siciline kayıtlı olup uyuşmazlık çözümünde görev yapan kişiyi, ifade eder.

A.3. SİGORTANIN KAPSAMI

Sigortacı, poliçede tanımlanan motorlu aracın işletilmesi sırasında, üçüncü şahısların ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermiş olmasından dolayı, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre sigortalıya düşen hukuki sorumluluk çerçevesinde bu Genel Şartlarda içeriği belirlenmiş tazminatlara ilişkin talepleri, kaza tarihi itibarıyla geçerli zorunlu sigorta limitleri dahilinde karşılamakla yükümlüdür. Sigortanın kapsamı üçüncü şahısların, sigortalının Karayolları Trafik Kanunu çerçevesindeki sorumluluk riski kapsamında, sigortalıdan talep edebilecekleri tazminat talepleri ile sınırlıdır.

Araca bağlı olarak çekilmekte olan römork veya yarı römorkların (hafif römorklar dahil) veya çekilen bir aracın sebebiyet vereceği zararlar çekicinin sigortası kapsamındadır. Ancak, insan taşımada kullanılan römorklar bunlar için poliçede özel şartları belirtilecek ek bir sorumluluk sigortası sağlanmış olması kaydıyla teminata dahil olur.

Meydana gelen bir kazada zararın önlenmesi veya azaltılması amacıyla, sigorta ettirenin yapacağı makul ve zorunlu masraflar teminat limitleri dahilinde sigortacı tarafından karşılanır.

Bu sigorta, sigortalının haksız taleplere karşı savunmasını bu genel şartların B.2.4. maddesi hükmü çerçevesinde temin eder.

A.4. SİGORTANIN COĞRAFİ SINIRI

Bu sigorta Türkiye sınırları içinde geçerlidir.

A.5. KAPSAMA GİREN TEMİNAT TÜRLERİ

Bu genel şart kapsamındaki teminat türleri aşağıda yer almaktadır.

a) **(Değişik:RG-2/8/2016-29789)** Maddi Zararlar Teminatı: Hak sahibinin kaza tarihi itibarıyla bu genel şartta tanımlanan ve zarar gören araçta meydana gelen değer kaybı dahil doğrudan malları üzerindeki azalmadır. Sigortalının sorumlu olduğu araç kazalarında değer kaybı, talep edilmesi halinde ilgili branşta ruhsat sahibi sigorta eksperleri tarafından tespit edilir. Değer kaybının tespiti bu Genel Şart ekinde yer alan esaslara göre yapılır.

b) Sağlık Giderleri Teminatı: Üçüncü kişinin trafik kazası dolayısıyla bedenen eski haline dönmesini teminen protez organ bedelleri de dahil olmak üzere yapılan tüm tedavi giderlerini içeren teminattır. Kaza nedeniyle mağdurun tedavisine başlanmasından itibaren mağdurun sürekli sakatlık raporu alana kadar tedavi süresince ortaya çıkan bakıcı giderleri, tedaviyle ilgili diğer giderler ile trafik kazası nedeniyle çalışma gücünün kısmen veya tamamen azalmasına bağlı giderler sağlık gideri teminatı kapsamındadır. Sağlık giderleri teminatı Sosyal Güvenlik Kurumunun sorumluluğunda olup ilgili teminat dolayısıyla sigorta şirketinin ve Güvence Hesabının sorumluluğu 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 98 inci maddesi hükmü gereğince sona ermiştir.

c) Sürekli Sakatlık Teminatı: Üçüncü kişinin sürekli sakatlığı dolayısıyla ileride ekonomik olarak uğrayacağı maddi zararları karşılamak üzere, bu genel şart ekinde yer alan esaslara göre belirlenecek teminattır. Kaza nedeniyle mağdurun tedavisinin tamamlanması sonrasında yetkili bir hastaneden alınacak özürlü sağlık kurulu raporu ile sürekli sakatlık oranının belirlenmesinden sonra ortaya çıkan bakıcı giderleri bu teminat limitleri ile sınırlı olmak koşuluyla sürekli sakatlık teminatı kapsamındadır. Söz konusu tazminat miktarının tespitinde sakat kalan kişi esas alınır.

Sürekli sakatlık tazminatına ilişkin sakatlık oranının belirlenmesinde, sakatlık ölçütü sınıflandırılması ve özörlülere verilecek sağlık kurulu raporlarına ilişkin mevzuat doğrultusunda hazırlanacak sağlık kurulu raporu dikkate alınır. Tazminat ödemesinde, ilgili sağlık hizmet sunucularınca tanzim edilecek trafik kazasına ilişkin belgelerde illiyet bağı ile ilgili tespitin yer alması durumunda bu tespitin aksini ispat sigorta şirketine aittir. Sigortacı söz konusu rapor hakkında ilgili mevzuat uyarınca itiraz usulüne başvurduğunda mağdurun itiraz üzerine yaptığı belgelenmiş harcamaları bu teminat kapsamında karşılamakla yükümlüdür.

ç) Destekten Yoksun Kalma (Ölüm) Teminatı: Üçüncü kişinin ölü- mü dolayısıyla ölenin desteğinden yoksun kalanların destek zararlarını karşılamak üzere bu genel şart ekinde yer alan esaslara göre belirlenecek tazminattır. Söz konusu tazminat miktarının tespitinde ölen kişi esas alınır.

A.6. TEMİNAT DIŞINDA KALAN HALLER

Aşağıdaki haller sigorta teminatı dışındadır:

- a) İşletilme halinde olmayan araçların sebep olacağı zararlar,
- b) Hak sahibinin kendi kusuruna denk gelen tazminat talepleri,
- c) İlgililerin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan taz- minat talepleri,
 - ç) Sigortalının, eşinin, sigortalının usul ve fûrunun, sigortalıya evlat edinme ilişkisiyle bağlı olanların, sigortalının birlikte yaşadığı kardeşleri- nin, mallarına gelen zararlar sebebiyle ileri sürebilecekleri talepler,
 - d) Destekten yoksun kalan hak sahibinin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan destek tazminatı talepleri ile destekten yoksun kalan hak sahibinin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmakla beraber destek şahsının kusuruna denk gelen destek tazminatı talepleri,
 - e) Zarar görenlerin beraberinde bulunan bagaj ve benzeri eşya dışın- da sigortalı araçta veya bu araç vasıtasıyla çekilen römorkta/yarı römorkta taşınan eşyanın uğrayacağı zararlardan dolayı sigortalıya karşı ileri sürüle- cek talepler,
 - f) Manevi tazminat talepleri,
 - g) Sigortalının, Karayolları Trafik Kanunu uyarınca eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere karşı yöneltebileceği talepler,
 - ğ) Sigortalının aracına veya bu araç vasıtasıyla çekilen römorklara ve yarı römorklara veya çekilen araçlara gelecek zararlar nedeniyle ileri sürü- lecek talepler,
 - h) Çalınan veya gasp edilen araçların sebep oldukları ve Karayolları Trafik Kanununa göre sigortalının sorumlu olmadığı zararlar, aracın çalın- dığını veya gasp edildiğini bilerek binen kişilerin zarara uğramaları nede- niyle ileri sürülecek talepler ile çalan ve gasp eden kişilerin talepleri,
 - ı) Motorlu bisikletlerin kullanılmasından ileri gelen zararlar,
 - 1) 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda be- lirlenen terör eylemlerinde ve bu eylemlerden doğan sabotajda kullanılan araçların neden olduğu ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre

sigortalının sorumlu olmadığı zararlar ile aracın terör eylemlerinde kullanıldığını veya kullanılacağını bilerek binen kişilerin zarara uğramaları nedeniyle ileri sürecekleri talepler, aracı terör ve buna bağlı sabotaj eylemlerinde kullanan kişilerin talepleri,

j) Motorlu araç kazalarından dolayı toprak, yeraltı suları, iç sular, deniz ve havanın kirlenmesi ya da kirlenme tehlikesi nedeniyle temizleme, toplanan atıkların taşınması ve bertarafı masrafları ile biyolojik çeşitlilik, canlı kaynaklar ve doğal yaşama verilen zararlar nedeniyle bozulan çevrenin yeniden oluşturulması ile ilgili çevresel zararlardan ileri gelen talepler,

k) Gelir kaybı, kâr kaybı, iş durması ve kira mahrumiyeti gibi zarar verici olguya bağlı olarak oluşan yansıma veya dolaylı zararlar nedeniyle yöneltilecek tazminat talepleri,

l) İlgili mevzuatla genel hükümlere tâbi kılınan talepler,

m) 2918 sayılı Kanununun 104 üncü ve 105 inci maddelerinde düzenlenen sorumluluklar (Bu maddeler kapsamına dahil durumlar bu amaçla yaptırılan zorunlu mali sorumluluk sigortasına tâbidir.),

n) Cezai kovuşturmadan doğan tüm giderler ile idari ve adli para cezaları,

o) Bu Genel Şart ve ekleri ile tanımlanan teminat içeriği dışında kalan talepler.

(Ek :RG-2/2/2016-29612)⁽¹⁾ Sigortacının bu maddenin birinci paragrafının (d) bendi kapsamında olmasına rağmen ilgililere yaptığı tazminat ödemeleri için sigortalının terekesine ve tereke borçlusunu olan mirasçılara sigortalının kusuru oranında ve ilgili mevzuat dahilinde müracaat hakkı saklıdır.

A.7. SİGORTANIN BAŞLANGICI VE SONU

Sigorta, poliçede, başlama ve sona erme tarihleri olarak yazılan günlerde, aksi kararlaştırılmadıkça, Türkiye saati ile öğleyin 12.00'da başlar ve öğleyin saat 12.00'da sona erer.

Sigorta sözleşmesinin vade sonundan önce sonlandırılması usul ve esasları Hazine Müsteşarlığınca belirlenir.

B.1. HASAR VE TAZMİNAT

B.1.1. Rizikonun Gerçekleşmesi Halinde Sigortalı ve/veya Sigorta Et-tirenin Yükümlülükleri

Sigortalı, rizikonun gerçekleşmesi halinde aşağıdaki hususları yerine ge-tirmekle yükümlüdür:

a) Bu sözleşmeye göre, sorumluluğunu gerektirecek bir olayı, haber-dar olduğu andan itibaren on gün içinde sigortacıya ihbar etmek, kendisine yöneltilen istemi ise, derhâl sigortacıya bildirmek,

b) Sigortalı değilmişçesine zararın önlenmesi, azaltılması, artmasına engel olunması veya sigortacının poliçeden doğan rücu haklarının koruna-bilmesi için, imkânlar ölçüsünde önlemler almak ve bu amaçla sigortacı tarafından verilen talimatlara uymak,

c) Rizikonun gerçekleşmesinden sonra, sözleşme uyarınca veya si-gortacının istemi üzerine, rizikonun veya tazminatın kapsamının belirlen-mesinde gerekli ve beklenebilecek olan her türlü bilgi ile belgeyi sigorta-cıya makul bir süre içinde sağlamak, ayrıca, aldığı bilgi ve belgenin niteli-ğine göre, rizikonun gerçekleştiği veya diğer ilgili yerlerde sigortacının inceleme yapmasına izin vermekle ve kendisinden beklenen uygun önlem-leri almak ile sigortacının talebi üzerine, olayın ve zararın nedeni ile hangi hal ve şartlar altında gerçekleştiğini ve sonuçlarını tespite, tazminat yü-kümlülüğü ve miktarı ile rücu hakkının kullanılmasına yararlı, elde edil-mesi mümkün bilgi ve belgeleri gecikmeksizin vermek,

ç) Zarardan dolayı dava yolu ile veya başka yollarla bir tazminat ta-lebi karşısında kaldığı veya aleyhine cezai kovuşturmaya geçildiği haller-de, durumdan sigortacıyı derhal haberdar etmek ve tazminat talebine ve cezai kovuşturmaya ilişkin olarak almış olduğu ihbarname, davetiye ve benzeri tüm belgeleri derhal sigortacıya vermek,

d) Sigorta konusu ile ilgili başka sigorta sözleşmeleri varsa sigortacı-lardan her birine rizikonun gerçekleştiğini bildirmek,

e) Maddi hasarlı trafik kazalarında motorlu aracı tutanak düzenlemek üzere güvenli bir yere çekmek.

Belirtilen yükümlülüklerin ihlal edilmesi sebebiyle ödenecek tutar artarsa, zarar görenlere bu sebeple yapılan ödeme ihlaldeki kusuru nispe-tinde sigortalıdan rücu tahsil edilir.

B.2. TAZMİNAT VE GİDERLERİN ÖDENMESİ

Sigortacı zarar ve ziyan talebinde bulunan üçüncü kişilerle doğrudan doğruya temasa geçerek anlaşma hakkını haizdir.

Ancak sigortacının yazılı izni olmadıkça, sigortalı tazminat talebini kısmen veya tamamen kabule yetkili olmadığı gibi zarar görenlere herhangi bir tazminat ödemesinde de bulunamaz.

(Değişik paragraf:RG-2/8/2016-29789) 2.1. Sigortacı; hak sahibinin, kaza veya zararın tespit edilebilmesi için bu genel şartlar ekinde yer alan gerekli tüm belgeleri sigortacının merkez veya şubelerinden birine ilettiği tarihten itibaren sekiz işgünü içinde tazminatı hak sahibine öder. Sigortacının kendisine iletilen belgelere haklı olarak itiraz etmesi veya kendisinin hak sahibinden ya da başka bir kurumdan haklı olarak yeni bir belge talep etmesi halinde söz konusu süre yeni talep edilen belgenin sigortacının merkez veya şubelerinden birine iletilmesinden sonra başlar. Sigortacı hak sahibinden münhasıran hak sahibinin tazminat hakkını etkileyen bilgi ve belgeleri talep edebilir.

Hasar halinde, hasar gören parça, onarımı mümkün değilse veya eşdeğer parça veya ömrünü tamamlamış araçlar mevzuatı kapsamındaki araçlardan elde edilen orijinal parça ile değişimine imkân yok ise orijinali ile değiştirilir. Kaza tarihine göre model yılından itibaren 3 yılı geçmeyen motorlu araçlarda hasar gören parça, onarımı mümkün değilse öncelikle orijinali ile değiştirilir, orijinal parçanın bulunmaması durumunda eşdeğer veya ömrünü tamamlamış araçlar mevzuatı kapsamındaki araçlardan elde edilen orijinal parça ile değiştirilir. Ancak model yılından itibaren 3 yılı geçmeyen motorlu araçta hasar gören parçanın orijinal olmadığı durumda eşdeğer veya ömrünü tamamlamış araçlar mevzuatı kapsamındaki araçlardan elde edilen orijinal parça ile değişim yapılır. Bu paragraf uygulaması sonucu araçta bir kıymet artışı meydana gelse dahi bu fark tazminat miktarından indirilemez.

(Değişik paragraf:RG-2/8/2016-29789) Eşdeğer veya ömrünü tamamlamış araçlar mevzuatı kapsamındaki araçlardan elde edilen orijinal parça ile değişim mümkün olduğu halde, sigortacının bilgisi ve onayı dahilinde olmadan orijinal parça ile onarım sağlanır ise sigortacının sorumluluğu, sigortacının kaza tarihi itibarıyla benzer hasarlardaki onarım uygulamasına göre, eşdeğer veya ömrünü tamamlamış araçlar mevzuatı kapsamındaki araçlardan elde edilen orijinal parça bedeli ile sınırlıdır. Sigortacı

bu paragraf kapsamındaki onaya ilişkin tercihini hasar ihbarından itibaren 2 iş günü içinde onarım merkezine veya hak sahibine bildirmedeği durumda onayı varsayılır. İspat yükümlülüğü sigortacıya aittir.

2.2. Hak sahibi aracının, bu madde uyarınca Hazine Müsteşarlığınca belirlenen ölçütleri karşılayan, dilediği onarım merkezinde onarılmasını talep edebilir. Bu durumda sigortacı, araç kaza tarihi itibariyle anlaşmalı olduğu onarım merkezinde onarılsaydı uygulanacak parça, tedarik, işçilik ve diğer hususlara göre belirlenecek bedele göre ödeme yapabilir. Sigortacı söz konusu bedel uygulaması hakkında hak sahibini hasar ihbarından itibaren 2 iş günü içinde bilgilendirir. Sigortacı bu süre içinde anılan bildirim yapımadığı takdirde bildirim konusu bedeli hak sahibine karşı ileri süremez.

2.3. Onarım masraflarının zarar gören aracın rizikonun gerçekleştiği tarihteki değerini aşması ve aynı zamanda eksper raporu ile aracın onarım kabul etmez bir hale geldiğinin tespit edilmesi durumunda, araç tam hasara uğramış sayılır. Bu durumda, aracın ilgili mevzuat doğrultusunda hurdaya ayrıldığına dair hurda tescil belgesi sigortacıya ibraz edilmeden tazminat ödenmez.

Onarım masrafları zarar gören aracın rizikonun gerçekleştiği tarihteki değerini aşsın veya aşmasın, ağır hasarlı aracın onarımının mümkün olduğunun eksper raporu doğrultusunda tespit edilmiş olması durumunda, aracın ilgili mevzuat doğrultusunda trafikten çekildiğine dair “trafikten çekilmiştir” kaşeli tescil belgesi sigortacıya ibraz edilmeden tazminat ödenmez.

Hak sahibinin aracın hasarlı haliyle kendisine terk edilmesine onay vermesi halinde aracın riziko tarihindeki rayiç değeri ile hasarlı hali arasındaki tutar zorunlu trafik sigortası limitleri dahilinde kendisine tazminat olarak ödenebilir. Bu durumda ilgisine göre bu maddede yer alan usul çerçevesinde işlem yapılır. Hak sahibinin onayı ile aracı hasarlı haliyle hak sahibine terk ederek tazminatı ödemek isteyen sigortacı, tespit edip hak sahibine bildirdiği sovtaj bedelini bildirimden itibaren 1 aylık süreyle sınırlı olarak garanti etmiş sayılır.

Kısmi onarımlarda parçaların sigorta şirketi tarafından tedarik veya tazmin edilmesi halinde hasarlı parçalar talep ettiği takdirde sigortacının malı olur.

Kısmi hasar halinde tarafların mutabakatıyla onarım yerine nakdi ödeme yapılabilir.

Araç sicilinde bulunan işleme engel kayıtlar sebebiyle, belirtilen hurda veya çekme belgesinin hak sahibi tarafından alınmaması ve sigorta şirketine ibraz edilememesi halinde, tazminat ödemesi, ilgili tutarın sigortacı tarafından masrafları tazminat tutarından mahsup edilmek üzere, mahkemece tespit edilen ödeme mahalline tevdi suretiyle de yapılabilir. Bu durumda hurda veya çekme belgesi aranmaz ve ödeme bilgisi sigorta şirketince ilgililere bildirilir.

2.4. Dava açılması halinde, sigortalının ihbarı ile sigortacı takip ve idare etmek üzere davaya her aşamada dahil olur. Sigortalı, sigortacının göstereceği avukata gereken vekâletnameyi vermek zorundadır. Sigortacı karşı taraf lehine hükmedilen dava masrafları ile mahkemece hükmedilen karşı taraf avukatlık ücretlerini ödemekle yükümlüdür. Şu kadar ki, hükmolunan tazminat sigorta bedelini geçerse, sigortacı bu masrafları sigorta bedelinin tazminata oranı dahilinde öder.

Sigortalı veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kimseler aleyhine cezai kovuşturmayla geçilmesi halinde, sanığın izni ile sigortacı da savunmaya iştirak eder. Bu takdirde, sigortacı yalnız seçtiği avukatın giderlerini öder.

2.5. İncelemeler hasar ihbarı üzerine üç ay içinde tamamlanamamışsa; sigortacı, tazminattan mahsup edilmek üzere, tarafların mutabakatı veya anlaşmazlık hâlinde mahkemece yaptırılacak bilirkişi tespitlerine göre süratle tespit edilecek hasar miktarının en az yüzde ellisini avans olarak öder.

B.3. SİGORTACININ HALEFİYETİ

Sigortacı ödediği tazminat miktarınca hukuken hak sahibi yerine geçer.

B.4. ZARAR GÖRENLERİN HAKLARININ SAKLI TUTULMASI VE SİGORTACININ SİGORTALIYA RÜCU HAKKI

Sigorta sözleşmesinden veya sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve tazminat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarının azaltılması sonucunu doğuran haller zarar görene karşı ileri sürülemez.

(Değişik:RG-2/2/2016-29612)⁽¹⁾ Ödemede bulunan sigortacı, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre, tazminatın

kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda kazaya sebebiyet veren sigortalıya rücu edebilir.

Sigortalıya başlıca şu nedenlerle rücu edilir:

a) Tazminatı gerektiren olay, sigortalının veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kasti bir hareketi veya ağır kusuru sonucunda meydana gelmiş ise,

b) **(Değişik:RG-2/2/2016-29612)**⁽¹⁾ Tazminatı gerektiren olay, aracın ilgili mevzuat hükümlerine göre gereken ehliyetnameye sahip olmayan veya geçerliliğini yitirmiş sürücü sertifikasına sahip ya da ehliyetine geçici/sürekli el konulmuş kimseler tarafından sevk edilmesi veya trafik kurallarının ağır kusur ile ihlali sonucunda meydana gelmiş ise,

c) Aracın, uyuşturucu madde veya ilgili mevzuatta belirlenen seviyenin üzerinde alkollü içki almış kişilerce veya aynı mevzuatta alkollü içki alamayacağı belirtilen kişilerce alkollü içki alınmak suretiyle kullanılması sırasında meydana gelen zararlar,

ç) Tazminatı gerektiren olay, yolcu taşımaya ruhsatlı olmayan araçlarda yolcu taşınması veya yetkili makamlarca tespit edilmiş olan istiap haddinden fazla yolcu veya yük taşınması veya patlayıcı, parlayıcı ve tehlikeli maddeleri taşıma ruhsatı bulunmayan araçlarda, bu maddelerin parlama, tutuşma ve infilakı yüzünden meydana gelmiş ise,

d) Sigortalının rizikonun gerçekleşmesi halinde bu genel şartların B.1. maddesinde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmemesinden dolayı zarar ve ziyan miktarında bir artış olursa,

e) Tazminatı gerektiren olayın aracın çalınması veya gasp edilmesi sonucunda olması halinde, çalınma veya gasp edilme olayında sigortalının kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurlu olduğu tespit edilirse,

f) Bedeni hasara neden olan trafik kazalarında sigortalının veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin, tedavi veya yardım amaçlı sağlık kuruluşuna gitme, can güvenliği nedeniyle uzaklaşma gibi zorunlu haller hariç olmak üzere, olay yerini terk etmesi veya kaza tutanağı, alkol raporu vb. kazanın oluş koşullarına ilişkin gereken belgelerin düzenlenmesi yükümlülüğüne aykırı davranması halinde,

Sigortacı rücu sebeplerine dayanarak tazminat sürecini geciktiremez ve bu sebeplere dayalı bilgi ve belgeyi hak sahibinden talep edemez.

C.1. SİGORTA ÜCRETİNİN ÖDENMESİ

Sigorta ücreti; prim, Güvence Hesabına katılma payı ile sigorta sözleşmesine, bedeline veya primine ilişkin olarak mevcut ve ileride konulacak vergi, resim ve harçlardan oluşur.

Sigorta ücretinin tamamı, sözleşme yapılır yapılmaz poliçenin teslimi karşılığında peşinen ödenir. Ancak taraflar, sigorta priminin en az dörtte biri poliçenin teslimi karşılığında peşin olmak koşuluyla, taksitler halinde ödenmesini kabul edebilirler. Bu takdirde sigortacı prim ödenmemesi sebebiyle sahip olduğu sözleşmenin feshi hakkında vazgeçmiş sayılır.

C.2. SÖZLEŞME YAPILDIĞI SIRADA BEYAN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Sigorta ettiren/sigortalı, sözleşmenin yapılması sırasında bildiği veya bilmesi gereken tüm önemli hususları sigortacıya bildirmekle yükümlüdür. Sigortacıya bildirilmeyen, eksik veya yanlış bildirilen hususlar, sözleşmenin değişik şartlarda yapılmasını gerektirecek nitelikte ise, önemli kabul edilir. Sigortacı tarafından yazılı olarak sorulan hususlar, aksi ispat edilinceye kadar önemli sayılır.

Sigortacı sigorta ettirene/sigortalıya cevaplaması için sorular içeren bir liste vermişse, sunulan listede yer alan sorular dışında kalan hususlara ilişkin olarak sigorta ettirene/sigortalıya hiçbir sorumluluk yüklenemez; meğerki sigorta ettiren/sigortalı önemli bir hususu kötü niyetle saklamış olsun.

Rizikonun gerçekleşmesinden sonra, sigorta ettirenin/sigortalının ihmali ile beyan yükümlülüğünün ihlal edildiğinin tespiti durumunda, bu ihlal tazminatın miktarına yahut rizikonun gerçekleşmesine etki edebilecek nitelikte ise, ihmalin derecesine göre ihlal sonucu tazminat miktarına etki eden tutar ilgisine göre sigorta ettirene/sigortalıya rücu edilir. İhmal kast derecesinde ve beyan yükümlülüğünün ihlali ile gerçekleşen riziko arasında bağlantı varsa, hak sahibine ödenen tüm tazminat ilgisine göre sigorta ettirene/sigortalıya rücu edilir, bağlantı yoksa, sigortacı ödenen primle ödenmesi gereken prim arasındaki oranı dikkate alarak, ödenen sigorta tazminatını rücu eden tahsil eder.

C.3. SİGORTALININ/SİGORTA ETTİRENİN SİGORTA SÜRESİ İÇİNDE İHBAR YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE SONUÇLARI

Sigortalı/sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasından sonra, sigortacının izni olmadan rizikoyu veya mevcut durumu ağırlaştırarak tazminat tutarının artmasını etkileyici davranış ve işlemlerde bulunamaz.

Sigortalı/sigorta ettiren veya onun izniyle başkası, rizikonun gerçekleşme ihtimalini artırıcı veya mevcut durumu ağırlaştırıcı işlemlerde bulunursa yahut sözleşme yapılırken açıkça riziko ağırlaşması olarak kabul edilmiş bulunan hususlardan biri gerçekleşirse derhâl; bu işlemler bilgisi dışında yapılmışsa, bu hususu öğrendiği tarihten itibaren en geç on gün içinde durumu sigortacıya bildirir. Sigortacı durumu öğrendiği andan itibaren 8 gün içinde prim farkının ödenmesi hususunu sigortalıya/sigorta ettirene ihtar eder. Sigortalı/sigorta ettiren, ihtarın tebliğ tarihini takip eden sekiz gün içinde talep olunan prim farkını sigortacıya öder.

Rizikonun gerçekleşmesinden sonra sigortalının/sigorta ettirenin ihmali belirlendiği ve değişikliklere ilişkin beyan yükümlülüğünün ihlal edildiğinin saptandığı takdirde, söz konusu ihlal tazminat miktarına ya da rizikonun gerçekleşmesine etki edebilecek nitelikte ise, ihmalin derecesine göre, ihlal sonucu tazminat miktarına etki eden tutar ilgisine göre sigortalıya/sigorta ettirene rücu edilir. Sigortalının/sigorta ettirenin kastı hâlinde ise meydana gelen değişiklik ile gerçekleşen riziko arasında bağlantı varsa, bu durumda hak sahibine ödenen tüm tazminat ilgisine göre sigortalıya/sigorta ettirene rücu edilir. Bağlantı yoksa, sigortacı ödenen primle ödenmesi gereken prim arasındaki oranı dikkate alarak ödenen sigorta tazminatını ilgisine göre sigortalıya/sigorta ettirene rücu eder. Sigortalı/sigorta ettiren, sigortacı tarafından tebliğ edilen prim farkını süresinde ödemediği ve rizikonun sigortacı tarafından fark priminin tebliğ edilmesini takip eden sekiz günden sonra gerçekleştiği durumda sigortacı ödenen primle ödenmesi gereken prim arasındaki oranı dikkate alarak ödenen sigorta tazminatını ilgisine göre sigortalıya/sigorta ettirene rücu edebilir.

Sigortalı/sigorta ettiren; kazaya karışılması, bu genel şartlar kapsamındaki sigorta teminatına dahil hususlarla ilgili dava açılması gibi sorumluluğunu gerektirecek olayları, on gün içinde, sigortacıya bildirir. Bildirimin yapılmaması veya geç yapılması, ödenecek tazminatta artışa neden olmuşsa, artan kısım ilgisine göre sigortalıya/sigorta ettirene rücu edilir.

C.4. SİGORTALININ DEĞİŞMESİ

Sigorta sözleşmesi, sözleşmeye taraf olan sigortalıyı takip eder.

Sigortalının değiştiği her durumda mevcut sözleşme değişim tarihi itibarıyla kendiliğinden sona erer ve ilgiliye gün esasına göre prim iadesi yapılır. Ancak, mevcut sözleşme sigortalının değiştiği tarihten itibaren onbeş gün süresince herhangi bir işleme gerek kalmaksızın ve prim ödenmeksizin yeni işleten için sözleşme yapılabildiği kadar geçerlidir.

C.5. TEBLİĞ VE İHBARLAR

Sigortacıya yapılacak bildirimler sigorta şirketinin merkezine veya sözleşmede yer verilen ilgili temsilciliğine veya sigorta sözleşmesine aracılık yapan acenteye noter eliyle veya taahhütlü mektupla yapılır.

Sigortacının bildirimleri de sigortalının poliçede gösterilen adresine veya bu adres değişmişse son bildirilen adresine aynı surette yapılır.

Taraflar imza karşılığı ile elden verilen mektup veya telgrafla yapılan bildirimler de taahhütlü mektup hükmündedir.

Sigorta sözleşmesinde belirlenen elektronik haberleşme yöntemleri ile de tebliğ ve ihbar yapılabilir.

C.6. SIRLARIN SAKLI TUTULMASI

Sigortacı ve sigortacı adına hareket edenler bu sözleşmenin yapılması dolayısıyla sigortalıya ait olarak öğreneceği sırların saklı tutulmamasından doğacak zararlardan sorumludurlar. Sigortalı iş bu poliçeye taraf olmakla sigorta konusu araca ilişkin sigortalıyı tanımlamayan bilgilerin 3/6/2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun 31/A ve 31/B maddeleri hükmü çerçevesinde paylaşılmasına rıza göstermiş sayılır.

C.7. ARABULUCUYA BAŞVURU VE YETKİLİ MAHKEME (Başlığı ile Birlikte Değişik:RG-2/8/2016-29789)

Zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigortacıya yazılı başvuruda bulunması gerekir.

Sigortacının başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması hâlinde, hak sahibi sigortacının merkez veya şubesinin veya sigorta sözleşmesini yapan acentenin bulunduğu yer

mahkemelerinde, kazanın meydana geldiği yer mahkemesinde ya da zarar görenin ikametgâhının bulunduğu mahkemede dava açılabilceği gibi uyusmazlığın çözümü için Sigorta Tahkim Komisyonuna da başvurabilir.

Sigortacı başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde tazminat tutarında anlaşma sağlayamadığı durumda, anlaşma sağlayamadığı tutar için arabulucuya başvurabilir. Anlaşma sağladığı tutarı ise bu Genel Şartların B.2 nci maddesi çerçevesinde hak sahibine öder. Hak sahibi de arabulucuya başvurabilir.

Sigortacıya karşı dava açılmış olması arabulucuya müracaata engel değildir.

Arabuluculuk usulünde hak sahibinin vekil ile temsil edilmesi durumunda vekâlet ücretini ilgili mevzuat dâhilinde sigortacı öder.

C.8. ZAMANAŞIMI

Motorlu araç kazalarından doğan zararların tazminine ilişkin talepler, zarar görenin, zarar ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve herhalde, kaza gününden başlayarak on yıl içinde zamanaşımına uğrar.

Dava, cezayı gerektiren bir fiilden doğar ve ceza kanunu bu fiil için daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörmüş bulunursa, bu süre tazminat talepleri için de geçerlidir.

Zamanaşımı, tazminat yükümlüsüne karşı kesilirse, sigortacıya karşı da kesilmiş olur. Sigortacı bakımından kesilen zamanaşımı, tazminat yükümlüsü bakımından da kesilmiş sayılır.

Motorlu araç kazalarında tazminat yükümlülerinin birbirlerine karşı rücu hakları, kendi yükümlülüklerini tam olarak yerine getirdikleri ve rücu edilecek kimseyi öğrendikleri günden başlayarak iki yılda zamanaşımına uğrar.

Diğer hususlarda genel hükümler uygulanır.

C.9. ÖZEL ŞARTLAR

Bu genel şartlara aykırı olmamak kaydıyla özel şartlar konulabilir.

C.10. Yürürlükten Kaldırılan Mevzuat

12/8/2003 tarihli ve 25197 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları yürürlükten kaldırılmıştır.

C.11. GENEL ŞARTLARIN UYGULANACAĞI SÖZLEŞMELER (Ek:RG-2/2/2016-29612)⁽¹⁾

Bu Genel Şartlar yürürlük tarihinden sonra akdedilmiş sözleşmelere uygulanır.

C.12. YÜRÜRLÜK (Değişik Başlık:RG-2/2/2016-29612)⁽¹⁾

Bu Genel Şartlar 1/6/2015 tarihinde yürürlüğe girer.

C.13. YÜRÜTME (Ek:RG-2/2/2016-29612)⁽¹⁾

Bu Genel Şartları Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakan yürütür.

⁽¹⁾ 02.02.2016 tarihli ve 29612 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan değişiklikle bu Genel Şartların A.6 ıncı maddesinin ikinci paragrafı yayımı tarihinde diğer maddeleri 01.06.2015 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

ŞÜKRÜ HANIOĞLU'S ATATÜRK
(ŞÜKRÜ HANIOĞLU'NUN ATATÜRK'Ü)

Prof. Dr. Feroz AHMAD*

ÖZET

Bu makalede M. Şükrü Hanioglu'nun İngilizce olarak kaleme almış olduğu "Atatürk, An Intellectual Biography" (Atatürk, Entelektüel bir Biyografi; Princeton University Press) adlı eseri üzerine incelemelere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Atatürk, Osmanlı Devleti, Türkiye Cumhuriyeti, Jön Türkler, Birinci Dünya Savaşı, laiklik.

ABSTRACT

This essay is a review of the book "Atatürk: An Intellectual Biography", Princeton University Press. 2013, written by M. Şükrü Hanioglu in English.

Keywords: Atatürk, the Ottoman Empire, the Republic of Turkey, The Young Turks, the First World War, laicism.

Professor Şükrü Hanioglu began his career in Istanbul University as a political scientist and wrote his doctoral thesis on the Ottoman intellectual Abdullah Cevdet. It was then published and received moderately good reviews except from the pen of Cemil Meriç, himself an intellectual and man of letters of some distinction. Writing about Hanioglu's thesis later

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: ahmad.feroz@gmail.com

published as a book, Cemil Meriç wrote: “I got no pleasure from the doctoral thesis on Abdullah Cevdet. It is an extremely ordinary and insipid book. Based on police reports it is like a bad police novel. The writer knows neither the language nor does he understand Cevdet’s language. Those who supervised his thesis were also totally ignorant...”¹. I do hope that Cemil Meriç would have been kinder and appreciative of Hanioglu’s later works.

Since writing his thesis, Hanioglu’s years at Princeton University have matured him into a scholar of some repute. There he reinvented himself as a historian and shifted his attention to what is becoming a multi-volume biography of the Young Turk movement, having completed two volumes so far. The first volume published in 1995 covered the years 1889, the founding of the Committee of Union and Progress, to the Paris congress of 1902. Volume two, published in 2001, covered the years 1902–1908 when “the Young Turks prepared for the revolution”. I expected to see the publication of the next volume, perhaps two volumes on the Young Turks revolution and the constitutional period 1908-1918. But he seems to have decided to leapfrog that decade and write the book under review.²

Hanioglu’s decision has a certain logic because Mustafa Kemal was, after all, a product of the Young Turk movement and that is how he has generally been portrayed. Hanioglu argues for “continuity as opposed to the sudden rupture often depicted...” (p.7) I shall take up this point later in the review.

Hanioglu has been disturbed by the “personality cult” that has grown up around Atatürk and he wants to portray Mustafa Kemal Atatürk “as he really was”. He wants to create the historical Atatürk, “demythologizing” him though he claims that this “is still difficult”. He doesn’t seem to understand that it is difficult to “demythologize” historic figures because nations, old and new, need their myths and heroes; Turkey is still a new nation just in its 90th year. A younger nation like India continues to need its

¹ (Cemil Meriç, *Bütün Eserler 3, Jurnal*, Cilt 2 , 1966 – 1983, 318) This is what the Turkish original says: “Abdullah Cevdet hakkındaki doktora tezinden hiç hoşlanmadım. Son derece adi ve yavan bir kitap. Polis raporlarına çizıştırilmiş, seviyesiz bir polis romanı. Yazar ne dilini biliyor, ne Cevdet’in dilini anlayacak hazırlıkta. Tezi yönetenler de kara cahil...” I owe this reference to my colleague, Professor Cemil Oktay.

² *Atatürk: An Intellectual Biography*. Princeton & Oxford: Princeton University Press, 2011, pp.6-7

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

Gandhi and Nehru. But take the United States of America, now over two hundred years old. America's founding fathers are still important to the American people who wonder what their heroes – Thomas Jefferson or George Washington – would have thought about affirmative action, or the invasion of Iraq. “When in doubt”, writes Jill Lepore, “in American politics, left, right and center, deploy the Founding Fathers”.³ Therefore, it is not surprising that Turks today still look to the Kemalist period for some of today's answers, especially as many who lived through those years are still alive. Professor Hanioglu belongs to the post-Atatürk generation.

Hanioglu's biography is based largely on the multi-volume catalogue of books Atatürk read, his under linings, his special signs, his questions, his marginal notes, and his personal notes inside the books. From all this Hanioglu concludes that “Clearly he was not an intellectual in the strict sense of the word” (p.6-7). What does that mean: “in the strict sense of the word”? Much depends on how the word “intellectual” is defined, something Hanioglu does not do. If one defines an intellectual as someone who thinks critically and who questions traditional values in the name of reason and progress, then perhaps Atatürk ought to be considered an intellectual.

But let us agree with Hanioglu that “Mustafa Kemal, was above all, a practitioner, not a theoretician (p.60), and later: “He was no thinker like Comte, Marx, or Lenin.... He was a leader who strove to realize a vision....” Hanioglu is essentially correct. Atatürk was a pragmatist. Then why call it an “intellectual biography” and not the biography of a pragmatist? (p. 226)

We don't know when Atatürk read books with such attention as to underline them, use his special signs, his questions, marginal notes, and personal writing inside the books. Would he have had the time to do this while he was an officer, fighting at various fronts of the Empire, at Gallipoli, and finally leading the national struggle between 1919 and 1922, and then founding a revolutionary state? I doubt if he had the time or the energy to do so during these years; or even had access to a library. He probably began serious reading and discussion in 1926-27 when he began thinking about his “Great Speech” of 1927.

When Atatürk could not sit and read book he would have found time

³ Jill Lepore, *The Whites of Their Eyes: The Tea Party's Revolution and the Battle Over American History*, Princeton University Press, 2010.

to follow the rich and lively press of the constitutional and post-constitutional period. Hanioglu, the bibliophile, doesn't seem to have considered this possibility and nor had I until I came across the first volume of Mahmut Esat's Collected Works published only in May 2014.⁴

Mahmut Esat [Bozkurt] 1892-1943, one of well-known intellectuals and publicists of these years, began writing during the constitutional period in papers like *Hizmet*, *İttihad*, *Akenk*, *Köylü*, *Anadolu* (1911). He continued writing between 1920 and 1924, the years when the new Republic of Turkey was founded and its future discussed by the nationalists. Mahmut Esat's essays were published in journals like *Anadolu'da Yeni Gün*, *Hakimiyet-i Milliye*, *Sada-yı Hak* and *Anadolu'da Yeni Gün* and included a vast array of subjects about the Ottoman past and the Anatolia of 1920. In *Hakimiyet-i Milliye* (1921), *Sada-yı Hak* and *Anadolu'da Yeni Gün* (1924) Mahmut Esat began to discuss "the meaning of the Turkish revolution and its principles" as well as a variety of subjects dealing with the ongoing revolution such as "Thinking about a People's State".

These essays by Mahmut Esat and others escaped Hanioglu's attention. Mahmut Esat is not to be found in the index; his book under Bozkurt (the surname he adopted in 1934) entitled *Atatürk İhtilali: Türk İnkılabı Tarihi Enstitüsü Derslerinde* (Istanbul, 1940) appears in his bibliography. It would have been critical journalistic writing of this period that Mustafa Kemal might well have found the time to read while he was waging the national struggle and creating the new Republic

I shall return to the question of Atatürk's vision later, but first Atatürk's birth and his formation as an Ottoman officer (Chapters 1 and 2). They may be interesting chapters but add little to what we already know from earlier biographies, especially Andrew Mango's *Atatürk*.

Basing himself on Ali Fuat Cebesoy's memoir, Hanioglu seems to take seriously Cebesoy's claim that in 1907 Atatürk suggested that the Ottoman Empire should voluntarily dissolve itself. Should historians take memoirs at face value, especially the memoirs of one of Atatürk's principal rival? After all memoirs tend to be self-serving and merely justify the author's prejudices. Given that Cebesoy was Atatürk's rival in the nationalist movement, might he have simply wanted to attribute such an outlandish

⁴ Ali Fuat Cebesoy, *Sınıf Arkadaşım Atatürk*, 114-17. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)*

idea to Mustafa Kemal? In 1907 Mustafa Kemal may well have made such a tongue in cheek remark in jest, but it is not a remark a historian ought not to take seriously.⁵

Has there ever been an empire that has dissolved itself voluntarily? Atatürk's career as an Ottoman officer suggests that he took the existence and the continuation of the Ottoman Empire very seriously. He fought in its defense on various fronts after the constitutional revolution and established a reputation for himself as a soldier of some standing during the First World War. After the armistice he even wanted the Sultan to lead the struggle against the foreign powers and that he, Mustafa Kemal, wanted to be the war minister in the cabinet. Atatürk only took the reins of the nationalist movement after the Sultan failed to do so.

In Chapter 3 Hanioglu discusses the question of Atatürk and Islam. He concludes that what Atatürk "... read was that science promoted progress while religion [read Islam] retarded it..." (p.53) That must have seemed logical given the state of Islam at the time. But he saw his reforms as making Islam rational as it had been originally.

Atatürk believed in Enlightenment ideals: rationality, critical analysis, and freedom of inquiry. He wanted to have these ideals adopted by the modern Turkey he wanted to create. I have no idea what Hanioglu means by "a reconfigured version of Islam..." (p.56) Given the state of Islam in the late Ottoman Empire, he wanted to see Islam reformed so that it was again rational and scientific as it had been in an earlier age.

In an editorial in *Hakimiyet-i Milliye* (30 Dec 1925) Mustafa Şekip, a professor at Dar-ül-Fünun and a supporter of the new regime, defined a laicist government as a government which transfers the leadership in religious life from the ignorant to the enlightened. He went on to say that: "We can with certainty claim that our revolution has more of a religious than an irreligious character, as it has saved consciences from harmful tyranny and domination. To think that a nation can live without any religion is nothing less than denying humanity, sociology and history". Perhaps laicism was Hanioglu's "reconfigured version of Islam"! As Atatürk noted in his oft-quoted Kastamonu speech on August 30, 1925, the Republic of Turkey was not to be a country of sheikhs, dervishes, disciples and their

⁵ Ali Fuat Cebesoy, *Sınıf Arkadaşım Atatürk*, 114-17.

followers because the most correct and truest path was the path of civilization.⁶

In his attempt to portray Atatürk “as he really was” and trying to “demythologize” him, Hanioglu takes certain liberties with the facts. For example how valid is his claim that the new Assembly Mustafa Kemal had “achieved total domination of politics”? (p.144). He disregards the existence of the other nationalist generals – Ali Fuad Pasha, Kazım Karabekir, Hüseyin Rauf, and Refet Bele – his rivals who founded the Progressive Republican Party (PRP) on 17 November 1924. They were serious challenges to Atatürk’s position but are mentioned only once on page 144. Had the Sheikh Said rebellion not broken out in June 1925 and not been defeated, thus allowing the new government to pass extraordinary laws it is likely that the Progressive Republican Party, with its promise of continuity would have been able to come to power in normal elections. Mustafa Kemal’s position had been tenuous until his victory at Sakarya on 13 September 1921; had he lost at Sakarya, leadership might have passed to General Kazım Karabekir, one of the founders of the PRP. Sakarya was a turning-point in his fortunes.⁷

When we come to chapter 5, there is confusion about whether Atatürk’s policy was “opportunistic” (p.109) though earlier Hanioglu had described it as pragmatic. I suppose it could be both. But essentially Atatürk was a pragmatist who dealt with situations rationally and realistically and in a way that is based on practical and not theoretical considerations; opportunism suggests pursuing a policy of doing what is expedient. Surely he was a realist who saw reality as it was and not as it could be. Were Atatürk and the nationalists “masquerading as communists”? (p.122). Or was their alliance with the Bolsheviks an alliance of convenience for both sides threatened by imperialism? There was no possibility of masquerading as communists for that would not have deceived Lenin.

Perhaps it is time to come to Hanioglu’s conclusions and wind up the review. Here we come to the question of continuity of change. Hanioglu believes in continuity from Empire to Republic. He writes: “the Turkish transformation led by Atatürk was not a rupture with the late Ottoman past but, in important respects, its continuation.... The ideas he espoused had

⁶ *Söylev ve Demeçleri*, ii, Ankara: Türk Tarih Kurumu 1959, 215.

⁷ Andrew Mango, *Atatürk*. 323-326.
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

been widely discussed.... Had the Great War not occurred, the normal evolution of Ottoman society would not, in all likelihood, have brought about the triumph of these ideas in the 1920s” (p.227).

Hanioğlu is right in seeing the continuity of ideas, but he fails to understand how they were implemented in the Empire and then the Republic. Enver Pasha wanted to simplify the Arabic alphabet so that Ottoman soldiers could read and write simple sentences. He was a radical reformer and that is all one may say about him. Atatürk was an iconoclast and revolutionary who discarded the Arabic script and introduced the Latin one in its place. He then went on to transform the language itself to meet the needs of the “new Turk” he was in the process of creating.

Take the position of women. As we know there was a women’s movement in the late Ottoman Empire and Hanioglu finds that “the Republican women’s movement had far less marked feminist undertones than the Late Ottoman women’s movement of 1908-1914” (p.210). He misses the point about the Republic and women. The initiative came not only from women but from the new state. Take the example of women’s education. Fatima Aliye (1862-1936), the daughter of Ahmed Cevdet Pasha, the statesman and historian, was one of the first to speak out on the question of education for women. She was born into a cultured and educated family, the nearest thing to an Ottoman aristocracy. While she wanted educational facilities for women of the middle and upper class, she did not try to pose a threat to the social order. The journals of this period spoke for the concerns of urban women, middle and upper class, affected by Westernization. They painted a picture of the educated mother who would be better wives and ‘home builders’, and raise children who were healthy and true to social mores.

The situation of women changed dramatically in the Republic. The Republican movement launched the process of emancipation because it wanted to educate women, not only because they would be better wives and mothers but they would enter public space as teachers, doctors, and lawyers and all other professions open to men. That would not have been possible by a religion-driven society led by the Ottoman dynasty. Thus urban women began to benefit from Atatürk’s revolutionary policies. Atatürk was determined to transform Turkey’s society so that it would no longer be patriarchal as it had been for centuries. Attacking patriarchy was

a process that would take generations before it took root, a process that could be undermined by antagonistic political and socio-economic forces if they were in power. Hanioglu seems unaware of patriarchy and therefore the concept finds no place in his essay.

This was Atatürk's "vision", a vision not shared by his rivals in the national struggle. They believed continuity under a centuries-old dynastic rule understood by the people. If it had to be a Republic lets its president be the Ottoman Caliph as Sultan had been deposed in 1922. There would be instant legitimacy under an Ottoman president – and perhaps even a restoration to a monarchy a few years later; the situation would have been easier if things were not changed too drastically. There are still people who yearn for an idealized Ottoman past. But Atatürk took the difficult path and opted for revolutionary change and created what we have today.

NEFRET VE AYIRIMCILIK SUÇU

(HATE CRIMES AND DISCRIMINATION)

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR*

ÖZET

TCK. 122. maddesinde yeni bir suç düzenlenerek çeşitli nedenlerin etkili olduğu nefretle bireyler arasında ayırıcılık yapılması önlenmek istenmiştir. Bu suçun cezalandırılması ile Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesinin korunması amaçlanmıştır. Suçun unsurlarının ele alındığı bu incelemede, konunun getirdiği sorunlar çözümlenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Nefret, ayırıcılık, dil, ırk, milliyet, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, din, engellemek, hizmet, işe almak, ekonomik etkinlik.

ABSTRACT

A new type of crime is worded in Art.122 of Turkish Criminal Code. The discrimination issue among the society members that is formed out of hatred due to various reasons, is aimed to be prevented with this new Article. Therefore, the principle of equalization set in the Constitution is also aimed to be protected. The elements of the crime that are set out in this study, are explained along with the answers to specific matters.

Keywords: *Hatred, discrimination, language, race, nationality, gender, disability, political opinion, religion, restrain, service, employment, economic efficiency.*

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: koksalsbayraktar@yahoo.com

GİRİŞ

Türk Ceza Kanunu'nu önceki Ceza Kanunu'ndan ayıran yeni düzenlemelerden birini "Ayırmıcılık" ile ilgili madde oluşturmaktadır. Madde ilk defa Dönmezer Tasarısı'nda düzenlenmiş ve TBMM.'ne Hükümet Tasarısı olarak sunulan metin, Adalet Komisyonu'nda farklı bir içeriğe sokulmuştur. Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sadece ayırmıcılık başlığını taşıyan madde, 02.03.2014 tarihli ve 6529 sayılı Kanunun 15. maddesi ile değişikliğe uğramıştır. Kanunun son değişikliği, maddeyi bugünkü durumuna getirmiştir.

Kanuna giren bu yeni madde, XX. yüzyılda ve içinde yaşadığımız yıllarda, düşünürlerin, siyaset adamlarının, toplumbilimcilerinin insana ve bireysel ilişkilere bakış açılarının yeni boyutlara yönelmesinden kaynaklanmaktadır. Buna göre insanların eşitliği soyut değil somut hayat içerisinde gerçekleşmeli ve bireyler hayatın her aşamasında hiçbir ayırım kuşkusuna duymaksızın yaşayabilmelidir. YTCK. 122. maddesini bu açıdan yorumlamak ve değerlendirmek gerekmektedir.

I - TCK. 122. Maddenin Hazırlanışı, Kabulü ve Yürürlüğe Giriş Süreci

1 -Hazırlık çalışmaları

a) TCK. 122. maddesinin, yıllar içinde dört ayrı kurul tarafından gözden geçirilip incelenen *Dönmezer* taslaklarının sonuncusu Hükümet Tasarısı durumuna geldiğinde, ayırmıcılık suçunun Tasarı'nın 170. maddesi olarak TBMM.'ne sunulduğu görülmektedir.

Ayırmıcılık başlığını taşıyan 170. madde şu şekilde idi:

“Kişiler arasında köken, cinsiyet, aile durumu, örf ve âdet, siyasal düşünce, felsefi inanç, sendika, bir etnik gruba mensupluk, ırk, din, mezhep nedeni ile ayırım yaparak:

1) *Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hâllerden birine bağlayan,*

2) *Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arzedilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,*

3) *Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen, kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya yediyüzellimilyon liradan ikimilyar liraya kadar ağır para cezası verilir.*

Bu maddede yazılı suçlar tüzel kişiler aleyhine işlendiğinde de aynı cezalar uygulanır.

Tüzel kişiler de bu maddede yazılı suçlardan dolayı sorumludurlar.”¹

Görüldüğü gibi maddede, tüzel kişilerin suç mağduru ve faili olabilecekleri kabul ediliyordu.

Maddenin gerekçesi, diğer maddelerin gerekçelerine oranla hayli uzundu; dört ayrı paragrafa ayrılmış bulunan bu gerekçenin başında ayırıcılığın bütün uygar ülkelerin cezalandırdığı bir eylem olduğu belirtilmişti.

Madde gerekçesinde şu açıklamalara yer verilmişti:

“Madde, insanlar arasında, yürürlükteki kanun ve nizamların izin (cevaz) vermediği ayırımlar yapılarak, bazı kişilerin hukukun sağladığı olanaklardan yoksun hâle getirilmelerini cezalandırmaktadır. Benzeri hükümler bugün artık insan haklarına saygılı uygar ülkeler ceza mevzuatında ve ceza kanunu tasarılarında yer almış bulunmaktadır.

Madde suçun maddî unsurlarını üç ayrı bentte ayrı ayrı belirtmiştir. Bu eylemler bir taşınır veya taşınmaz malın satılmaması, devredilmemesi veya bir hizmetin icra olunmaması, hizmetten yararlanmanın engellenmesi, kişinin işe alınması veya alınmaması, besin maddelerinin verilmemesi, kamuya arzedilmiş bir hizmetin reddolunması, kişinin herhangi bir ekonomik faaliyette bulunmasının engellenmesidir.

Ancak menfi nitelik arzeden ve ihmal tabiatında bulunan bütün bu hareketler maddenin birinci fıkrasında gösterilen saiklere bağlı olarak gerçekleştirilecektir; yukarıda belirtilen olumsuz hareketler, kişilere karşı kökenleri, cinsiyetleri, aile durumları, örf ve âdetleri, kişilerin değişik felsefi inançları, ayrı bir etnik gruba mensup bulunmaları, farklı ırk, din, mezhep mensubu bulunmaları nedeni ile gerçekleştirilmiş olacaktır. Yoksa söz gelimi iş sahiplerinin beğenmedikleri veya gönüllerine uymayan kişileri işe almamaları cezalandırılmakta değildir. Amaç, vatandaşlar arasında

¹ Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), TBMM 22. Dönem, S. Sayısı: 664, 2003, s. 299; Ayrıca bkz. **Karan** Ulaş, Türk Hukukunda Ayırıcılık Yasası ve Türk Ceza Kanununun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2007, sy. 73), s. 161; **Demren Dönmez** Burcu, Ayırıcılık Suçu, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2012, sy. 102), s. 21, 22; **Yenidünya** Caner, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Ayırıcılık Suçu, (Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2006, sy. 4), s. 99; **Yurtcan** Erdener, Ayırıcılık ve Nefret, Yargıtay Kararları Işığında Hürriyete Karşı Suçlar, 4. bs., İstanbul, 2014, s. 178.

çeşitli etmenlere dayanan grup mensubiyeti nedeniyle ayırım yaptırmamaktır. Madde böylece aslında millet bireyleri arasında bölücülük yapılmasını önlemek amacını gütmektedir.

Bu suçu tüzel kişilerde işleyebileceklerinden maddenin son fıkrasında tüzel kişilerin sorumlu olacağı belirtilmiş, ayrıca maddede yazılı suçlar aleyhlerine işlendiği takdirde ceza sorumluluğunun aynı şekilde olacağı belirtilerek, tüzel kişiler de ceza himayesi altına alınmış olmaktadır.”²

b) Hükümet Tasarısı'nın TBMM.'ne sunulması ile Adalet Komisyonu ve Meclis görüşmelerinde, Hükümet Tasarısı'nın 170. maddesi, 122. maddesi haline gelmiş ve bazı değişiklikler yapılmıştı. Hükümet Tasarısı'nda yer alan “köken, aile durumu, sendika, etnik grup” gibi nedenler metinden çıkarılmış, buna karşılık “renk” kavramı metne girmiştir. Adalet Komisyonu bu değişiklikler arasına “...ve benzeri sebepler...” gibi sınırları çok geniş ve belirsiz olabilecek sebepler zinciri eklemiştir.

Bunun yanı sıra tüzel kişilerin suç faili ve mağduru olabilmelerini öngören son iki fıkra çıkarılmıştı.

Madde şu şekli almıştı:

“(1) Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;

a) Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hâllerden birine bağlayan,

b) Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arzedilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,

c) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen, kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.”³

Adalet Komisyonu'nu tarafından belirtilen gerekçe de hayli uzundu. Bu özelliğin dışında gerekçenin son cümlesi, konu ile siyaset arasındaki ilişkiyi ortaya koymasından çarpıcı bir özellik taşımakta idi:

² Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), TBMM 22. Dönem, S. Sayısı: 664, 2003, s. 98; **Yurtcan**, 177-178.

³ Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), TBMM 22. Dönem, S. Sayısı: 664, 2003, s. 531-533.
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

“Madde suçun maddî unsurlarını üç ayrı bentte ayrı ayrı belirtmiştir. Bu fiiller, maddede sayılan ayırım nedenlerine dayanılarak bir taşınır veya taşınmaz malın satılmaması, devredilmemesi veya bir hizmetin icra olunmaması, hizmetten yararlanmanın engellenmesi, kişinin işe alınması veya alınmamasının bu ayırım nedenlerine bağlanması, besin maddelerinin verilmemesi, kamuya arzedilmiş bir hizmetin yapılmasından kaçınılması, kişinin herhangi bir ekonomik faaliyette bulunmasının engellenmesidir.

Ancak menfi nitelik arzeden ve ihmal tabiatında bulunan bütün bu hareketler maddenin birinci fıkrasında gösterilen saiklere bağlı olarak gerçekleştirilecektir; yukarıda belirtilen olumsuz hareketler, kişilere karşı kökenleri, cinsiyetleri, aile durumları, örf ve âdetleri, kişilerin değişik felsefi inançları, ayrı bir etnik gruba mensup bulunmaları, farklı ırk, din, mezhep mensubu bulunmaları nedeni ile gerçekleştirilmiş olacaktır. Yoksa söz gelimi iş sahiplerinin beğenmedikleri kişileri işe almamalarının cezalandırılması söz konusu değildir. Amaç, vatandaşlar arasında çeşitli etmenlere dayanan grup mensubiyeti nedeniyle ayırım yaptırmamaktır. Madde böylece aslında millet bireyleri arasında bölücülük yapılmasını önlemek amacını gütmektedir.”⁴

2 - YTCK. 122. Madde

a)01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren YTCK. 122. maddesi Adalet Komisyonu'nun kabul ettiği metnin aynı idi⁵.

b) Madde, 01.07.2005 tarihli ve 5378 sayılı Kanunla bir değişikliğe uğramış ve ilk fıkrada yer alan "cinsiyet" teriminden sonra "özürlülük" eklenecek şu şekli almıştır:

“(1) Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;

a) Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hâllerden birine bağlayan,

⁴ Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), TBMM 22. Dönem, S. Sayısı: 664, 2003, s. 532.

⁵ Yurtcan Erdener, Yeni Türk Ceza Kanunu, 3. bs., İstanbul, 2005, s. 201, 202.

b) *Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arzedilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,*

c) *Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen, kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.”⁶*

c) Madde son olarak 02.03.2014 tarihli ve 6529 sayılı Kanunla geniş ölçüde değiştirilmiştir. Bu değişiklik çerçevesinde maddenin içeriği şu şekilde olmuştur:

“(1) *Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;*

a) *Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,*

b) *Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,*

c) *Bir kişinin işe alınmasını,*

d) *Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”⁷*

Değişiklik ile ilgili olarak Kanunun madde gerekçesinde şu açıklama yapılmıştı:

“...Madde ile, Türk Ceza Kanununun 122 nci maddesi, başlığı ile birlikte değiştirilmektedir.

Madde başlığında yapılan değişiklikle, ayırimcılık ibaresinin yanında nefret ibaresine yer verilmiştir. Böylece söz konusu suçun nefrete dayalı ayırimcılık olduğuna vurgu yapılmıştır.

Ayırimcılık suçunun tanımlandığı maddede değişiklik yapılarak ayırimcılık sebepleri ile Kanunun özellikle 3 üncü maddesinde yer verilen sebepler arasında ahengin sağlanması amaçlanmıştır. Keza bu değişiklikle, ayırimcılığın dayandığı sebepler tadadî ve tahdidi olarak belirlenmiştir. Çeşitli kanunlardaki suç tanımlarında yer verilen "gibi" ibaresi ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin ceza hukukunun güvence fonksiyonlarından birini oluşturan belirlilik ilkesine vurgu yaparak iptal kararları ve bu kararlardaki gerekçeler göz önünde bulundurularak madde metninde ayı-

⁶ Bkz. **Yalvaç** Gürsel, TCK, CMK, CGTİK, 8. bs., Ankara, 2016, s. 209; **Yazıcıoğlu** Yılmaz, Ceza Kanunları, İstanbul, 2009, s. 126.

⁷ **Yalvaç**, 208.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

rimcılık nedenleri bağlamında yer verilen "ve benzeri sebeplerle" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

Bu suretle söz konusu suç, ancak doğrudan kastla ve nefret saikiyle işlenebilen bir suç olarak tanımlanmıştır.

Yapılan bu değişiklikle, söz konusu suçu oluşturan seçimlik hareketler, tekrarlara yer vermeyecek, birbirleriyle uyumlu olabilecek ve kıyasa yol açmayacak şekilde, yeniden sayılmıştır.

Maddede yapılan değişiklikle, ayrıca suçun cezası artırılmıştır...⁸

d) TCK. 122. maddede açıklanan bu gelişimin yanı sıra TCK. 3/2. maddesini belirtmek gerekmektedir. Bu madde ile ayırıcılık reddedildiği gibi ayrıca "adalet ve kanun önünde eşitliğin" vazgeçilmez bir unsuru olarak da ifade edilmektedir:

"...Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasi veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konuları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaz..."

3 - Anayasa'nın eşitlik ilkesi

a) Ayırım kavramının karşı anlamı olan eşitlik ilkesinin Anayasa'da 10. maddede "kanun önünde eşitlik" başlığı ile düzenlendiği ve bu ilkenin devletin "genel esasları içinde" yer aldığı görülmektedir:

"...Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar..."

Bu önemli ilkenin Anayasa'nın başlangıç bölümünün altıncı fıkrasında, 68. maddede siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemlerinde

⁸ Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısına İlişkin Değerlendirme Raporu, (İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi), İstanbul, 2014, s. 40.

belirlendiği saptanabilmektedir. Ayrıca gene Anayasa'nın 70. maddesinde, kamu hizmetlerine girmede ayırimcılığın yasak olduğu belirtilmiştir⁹.

b) Anayasa Mahkemesi 10. maddeyi yorumlayan kararlarında, "aynı hukuksal durumda bulunan kişilerin aynı kurallara bağlı tutulacağını, değişik hukuksal durumda olanların ise değişik kurallara bağlı tutulmasının bir aykırılık oluşturmayacağını" belirtmiştir¹⁰. Bu açıdan, **İnceoğlu**'nun deyişi ile, "benzer özelliklere sahip olanlar için bir sınıflandırma yapılabilir ve diğerlerinden farklı düzenlemeye tabi tutulabilir ve benzer durumda olanların tümünün aynı kurallara tabi olması gereklidir"¹¹. Eşitlik, bu şekilde aynı durumda, konumda bulunan kişiler arasında benzer ve aynı işlemi gerektirmesinin yanı sıra, aynı durumda bulunan kişilerin arasında haklı nedene dayanmayan ayırımlar, bu ilkeye aykırılığı oluşturur¹².

Anayasa Mahkemesi'nin bu anlayışı, mevcut toplumsal ve bireysel ilişkileri sadece belirleyen bir nitelik taşımaktadır. Böylece "özdeş kişi ve gruplar arasında eşitliğin sağlanması, toplumda ve toplumsal ilişkilerde gerçek anlamda eşitliğin sağlandığı anlamına" gelmemektedir¹³. Doktrinde, şekli eşitlik olarak nitelenen bu anlayış ile gerçek anlamda eşitliğe ula-

⁹ Eşitlik ilkesi yönünden Anayasa incelemeleri için bkz. **Karan**, 155; **Demren Dönmez**, 15; **Yenidünya**, 101; **İnceoğlu** Sibel, Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayırimcılık Yasası, (Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2006, sy. 4), s. 47, 48; **Gündel** Ahmet, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, c. II., Ankara, 2009, s. 2731.

¹⁰ Bkz. **İnceoğlu**, 53. Anayasa Mahkemesi'nin 13 Nisan 2000 tarih ve 1999/45 - 2000/9 sayılı kararı şu şekilde idi: "Yasa önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemleri değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz." Bkz. **Gerçekler** Hasan, Yorumlu, Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, c. II., Ankara, 2011, s. 1585.

¹¹ **İnceoğlu**, 53, 54.

¹² Bkz. **İnceoğlu**, 54.

¹³ **Türay** Aras, Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu, Ankara, 2016, s. 23, 24.

şılamayacağı, eşitliğin fiilen sağlanması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁴. Buna göre, toplumdaki eşitsizliklerin ortadan kaldırılması ile gerçek anlamda eşitliğe ulaşılabacaktır.

4 - Türk hukukunda ayırmıcılığın çeşitli kanunlarda düzenlenişi

Anayasa'da önemli bir ilke olarak yer alan eşitliğin diğer kanunlarda da yer aldığı saptanabilmektedir. Örneğin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 7. maddesi, Siyasi Partiler Kanunu'nun 12., 78., 82. ve 83. maddeleri, İş Kanunu'nun 5. maddesi, Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 4. ve 7. maddeleri, Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 4. maddesi, Türk Medeni Kanunu'nun 68. maddesi ile Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu'nun 4. maddesinde ayırmıcılığın yasaklandığı, eşitliğin sağlanması yönünde girişimlerin desteklendiği görülmektedir¹⁵.

5 - Nefret ve Ayırmıcılık kavramı

TCK. 122. maddesi 2014 yılı değişikliğinde ayırmıcılık yanına nefret de eklenmiş ve madde içeriğinde bir kavrama daha yer verilmiştir.

Ayırmıcılığı cezalandıran TCK. 122. maddeye nefret de eklendiğinden, kavram içerisinde her iki terim ayrı ayrı açıklanacaktır.

a) Nefret, kelime anlamında, bir kimsenin kötülüğünü, mutsuzluğunu istemeye yönelik duygu, düşünce ve tiksinnmeyi ifade etmektedir¹⁶. Nefrete dayanılarak belirtilen nefret söylemi ise, ırk, din, mezhep, ten rengi, dil, ulusal veya etnik köken, cinsiyet, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği ve benzeri özelliklerinden bahisle, bir kişi veya grup aleyhine nefrete veya düşmanlığa tahrik eden, abartma, çarpıtma ya da iftirada bulunma suretiyle hoşgörülüğü aşağılayan veya doğal bir kimlik ögesini aşağılama unsuru olarak simgeleştiren yahut belirli grupların zarar gördüğü tarihsel olayları reddeden, basitleştiren veya meşru gösteren ifadeler olarak tanımlanmak-

¹⁴ **Türay**, 23.

¹⁵ Bkz. **Karan**, 155-157.

¹⁶ Bkz. **Yurtcan**, 177.

tadır¹⁷. Benzer bir tanım Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 30.10.1997 tarihli R(97)20 sayılı kararında verilmiştir¹⁸.

Nefret suçu ise, bir kişiye veya gruba karşı; ırk, etnik/millî köken, din, cinsiyet, cinsel tercih, fiziki emeklilik, yaş gibi nedenlerden duyulan önyargı yüzünden kişilerin maddî ve manevî varlığına karşı işlenen suçlara verilen addır¹⁹. Nefret suçlarında ilk unsur önyargı ve bunun toplumda kabul görmesi ile ortaya çıkan negatif ayrımcılık, ikinci unsur da maddî veya manevî şiddettir²⁰.

Nefret, nefret söylemi ve nefret suçları ile birlikte, bu kavramların kökeni ve bazı durumlarda da sonucu olarak ayrımcılık ortaya çıkmaktadır.

b) Ayrımcılık, insanlara karşı önyargı ve düşmanlık duyguları nedeniyle farklı davranmak olarak tanımlanabilir²¹. Bir başka tanıma göre de ayrımcılık, adil olmayan davranış şeklinde kısaca belirlenmektedir²².

Türay, daha geniş bir açıyı benimseyerek, "isteyerek veya istemeyerek, icrai veya ihmali biçimde, bir hukuk sisteminde eşit durumda olduğu düşünülen kişilere, bir hak veya yükümlülükle ilgili olarak aralarında geçerli bir neden olmaksızın eşit davranılmamasıdır" tanımını vermektedir²³.

Ayrımcılık doğrudan ve dolayısıyla, pozitif ve negatif ayrımcılık şeklinde bölümlere ayrılmaktadır. Doğrudan ayrımcılıkta, kişinin temel özellikleri nedeniyle daha az değerli olarak davranılır²⁴. Dolayısıyla ayrımcılıkta ise doğrudan ayrımcılıkla gerçekleştirilmek istenen amaca, daha gizli ve dolaylı yoldan ulaşılır²⁵. Negatif ayrımcılıkta da, önyargılı olunan kişilere ya da konulara karşı olumsuz tutumla yaklaşılarak hak ve imkan-

¹⁷ Bkz. **Türay**, 29.

¹⁸ Bkz. **Türay**, 28.

¹⁹ Bkz. **Gürler** Cemalettin, Nefret Suçları ve İş Hayatı, (Ankara Barosu Dergisi, 2010, sy. 1), s. 262.

²⁰ **Gürler**, 262, 263.

²¹ Bkz. **Demren Dönmez**, 12.

²² Bkz. **Türay**, 21.

²³ **Türay**, 21.

²⁴ **Demren Dönmez**, 12; **Türay**, 24.

²⁵ **Demren Dönmez**, 12.

lardan kişiler yoksun bırakılır²⁶. Pozitif ayırmıcılıkta ise, ceza kanunlarının alanına girmeden gruplara, kişilere karşı imkanlar tanınır.

II - Nefret ve Ayırmıcılıkla İlgili Uluslararası Düzenlemeler, Bazı Ülkelerdeki Durum ve Uygulamalar

1 - Uluslararası Sözleşmeler

Nefret söylemi ve ayırmıcılıkla ilgili uluslararası alanda bazı düzenlemeler yapılmıştır. Bunların önemlilerine yer vermek gerektiğinde şu durumla karşılaşılmaktadır:

Her Türlü İrk Ayırmıcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırmıcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Sözleşmenin Ek. 12. Protokolü, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırmıcılığın Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme²⁷, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi²⁸, Birleşmiş Milletler Şartı²⁹, bu konuya ilişkin önemli sözleşmeleri oluşturmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılık iddiası ile önüne gelen olayları Sözleşmenin 14. maddesi açısından incelemiştir³⁰.

²⁶ **Yurtcan**, Ayırmıcılık ve Nefret..., 176; **Türay**, 25.

²⁷ Bkz. **Demren Dönmez**, 20-26; **Karan**, 148-153; **İnceoğlu**, 56-58; **Gerçekler**, 1586; **Malkoç** İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, c. II., Ankara, 2013, s. 2062; **Türay**, 57-64.

²⁸ **Karan**, 148, 149.

²⁹ **Türay**, 57, 58.

³⁰ Bkz. **İnceoğlu**, 58-60. Bu konuda *Abdülaziz, Cabales ve Balkandalı / Birleşik Krallık'a karşı ve Gaygusuz / Avusturya'ya karşı davalarını belirtmek uygundur. Abdülaziz, Cabales ve Balkandalı* kararında, Mahkeme Birleşik Krallık'taki göçmenlik kurallarını değerlendirmiştir. Birleşik Krallık'ta yasal olarak ikamet eden bir kadının resmen evli olduğu eşi için Birleşik Krallık'a gelme ve kalma izni alması, bir erkeğin eşi içinizin almasından daha zor koşullara bağlanmıştır. Hükümet bu tasarrufun amacının kendi iş gücü pazarını korumak olduğunu belirtmiştir, fakat bu gerekçede belirtilen amaç meşru bulunmakla birlikte, haklı bulunmamıştır, çünkü amaç söz konusu tasarruf birbiriyle orantılı değildir. *Gaygusuz / Avusturya* kararında, bir Türk vatandaşı *Cevat Gaygusuz* 1971-1984 tarihleri arasında aralıklı olarak Avusturya'da çalışmış, bazen işsizlik bazen sağlık nedenleriyle çalışmamış ve bu arada işsizlik ve sağlık sigortasından yararlanmıştır. 1986-1987 arasında da işsizlik tazminatı almış, fakat bu aylığı alma süresi dolduğu için, aylığını acil

2 - Bazı ülke ceza kanunlarının durumu ve uygulamalar

Çeşitli ülkelerin mevzuatı, nefret ve ayrımcılık suçu açısından incelendiğinde, çeşitli ülke uygulamalarının iki bölüme ayrıldığı görülmekte ve ilk bölümde nefret ve ayrımcılığın ceza kanunları içinde yer aldığı, ikinci bölümde ise bu gibi suçlar için özel kanunlar düzenlendiği saptanmaktadır.

a) Nefret ve ayrımcılığa ceza kanunlarında yer veren ülkeler

Bu ülkeler arasında İsveç Ceza Kanunu'nda 2. kitap, 16. bölüm, 9. Paragrafta, ayrımcılık cezalandırılmaktadır. Buna göre, bir işveren, insanların ırklarına, renklerine, milliyetlerine, etnik kökenlerine ve dini inanışlarına göre ayırma tabi tutarak, diğer kişilere uyguladığı normal koşulların altında muamele ederse, hukuka aykırı ayrımcılık suçunu işlemiş olur³¹.

Aynı bölümde yer alan İspanyol Ceza Kanunu'nun 2. kitabının 21. başlığının 4. kısım, 1. bölümünde 512. maddede, bir kimseye karşı görüşü, dini inancı, etnik gruba, ırka veya milliyete mensubiyeti, cinsiyeti, cinsel tercihi, ailevi durumu, hastalığı ve engelliliği nedeniyle iş vermeyi reddeden kişinin cezalandırılacağı belirtilmektedir. Kanunda öngörülen ceza meslek, sanat veya ticaret yapma yeterliliğinin 1 yıldan 4 yıla kadar kaybettirilmesidir³².

b) Ayrı özel kanunlarla konuyu düzenleyen ülkeler

aa) Amerika Birleşik Devletleri'nde Nefret Suçları Kanunları

Nefret suçları ile ilgili ilk düzenleme Kaliforniya Section 190/2'de yapılan değişikliklerle olmuştur. Burada, "ırk, dinsel inanç, ten rengi ve etnik köken

yardım biçiminde almak için başvurduysa da, bu tür aylık alabilmesi için vatandaşlık şartı olduğu gerekçesiyle talebi reddedilmiştir. Başvurucu İHAM önünde, söz konusu kanunun Avusturya vatandaşları ile yabancılar arasında sözleşmeye aykırı bir biçimde ayırım yarattığını iddia etmektedir, çünkü yapılan farklı muamelelerin hiçbir objektif ve makul haklı sebebi bulunmamaktadır, çünkü işsizlik sigortası fonuna Avusturya vatandaşı olan çalışanlarla aynı ölçüde katkı payı ödemiştir. İHAM'a göre başvurucu, acil yardımı hak etme konusunda Avusturya vatandaşlarına benzer durumdadır, farklı muamele "objektif ve makul bir sebebe" dayanmamaktadır. Bkz. **İnceoğlu**, 59, 60.

³¹ Bkz. **Demren Dönmez**, 27; **Yenidünya**, 100.

³² Bkz. **Demren Dönmez**, 27; **Yenidünya**, 99.

saiki ile insan öldürmenin, "ırk, dinsel inanç, ten rengi ve etnik köken" nedeniyle işlenmesi cezayı ağırlaştırılan bir hal olarak kabul edilmiştir³³.

Daha sonra 1981'de Washington ve Oregon'da nefret saiki ile işlenen suçları cezalandıran kanunlar yürürlüğe girmiştir. 1982'de Alaska'da toplumsal cinsiyet saiki ile işlenen suçlar nefret saiki içine dahil edilmiştir. Diğer eyaletlerde de benzer çalışmaların yapılması sonucu 47 eyalette nefret suçlarını düzenleyen kanunlar yürürlüğe girmiştir³⁴.

Federal düzeyde ilk kanun, bu gelişmeler sonucunda 1990'da Nefret Suçları İstatistikleri Kanunu (*Hate Crimes Statistics Act*) kabul edilmiş, bunu 1994 tarihinde Nefret Suçlarında Cezaların Ağırlaştırılması (*Hate Crimes Sentencing Enhancement Act*) izlemiştir³⁵. Süreç, "Nefret Suçlarını Önlemede Yerel Kanunların Güçlendirilmesi Kanunu" (*Local Law Enforcement Hate Crimes Prevention Act*) ile 28.10.2009'da devam etmiştir³⁶.

bb) Birleşik Krallık'taki Durum

Birleşik Krallık'ta ayırıcılık ve nefret suçu ile ilgili düzenlemelere XX. yüzyılın ikinci yarısında rastlanmaktadır. **Demren Dönmez**'in özlü çalışmasında bu düzenlemelere ve açıklamalarına yer verilmektedir.

1976 tarihli Irk İlişkileri Kanunu (*Race Relations Act 1976*); 1975 Cinsiyet Ayırıcılığı Kanunu (*Sex Discrimination Act 1975*); 1970 Eşit Ücret Kanunu (*Equal Pay Act 1970*) ve 1995 Engelli Ayırıcılığı Kanunu (*Disability Discrimination Act 1995*) bu durumun örneklerini oluşturmaktadır. Bu düzenlemeler iş alımında yaşanan ayırıcılıklar kadar; mal satımı, hizmet ilişkileri, fırsat eşitliği, eğitim, iskan, mülkiyet, idari makamların faaliyetleri gibi diğer alanlarda yapılan ayırıcılıkları da kapsar. Ayrıca, Avrupa Birliği hukukunun gerektirdiği iş hukuku kapsamında din ve inanç, cinsiyet, yaş nedeniyle yapılan ayırıcılıklara ilişkin yasal düzenlemeler de bulunmaktadır³⁷.

³³ **Smar** Hasan, Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme ve Çalışmaları, (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı), 2013, c. XIX., sy. 2, s. 1273.

³⁴ **Smar**, 1273-1274.

³⁵ **Smar**, 1274.

³⁶ **Smar**, 1275.

³⁷ **Demren Dönmez**, 28, 29.

Sınar, yoğun çalışmasında Birleşik Krallık'taki gelişmelere değine- rek şu açıklamalara yer vermektedir:

“...Suç ve Düzensizlik Kanunu'nun (*Crime and Disorder Act*) 28-32. paragraflarında düzenlendiği şekilde, yaralama, bedensel zarar verme, ta- ciz, tehdit gibi suçların mağdurun ırkına duyulan bir nefret/önyargı saikiy- le işlenmiş olması halinde, faile uygulanacak olan cezanın her bir suçun niteliği ile orantılı olarak belirlenen miktarlarda ağırlaştırılması esası belir- lenmiştir...”³⁸

“...2001 yılında yürürlüğe giren "Anti-Terörizm, Suç ve Güvenlik Yasası"na (*Anti-terrorism, Crime and Security Act*) eklenen bir hüküm (Paragraf 30) ile ise nefret suçlarının kapsamı genişletilmiş ve bir şiddet suçunun ırkçılık saikinin yanı sıra, dinsel inanç saikiyle işlenmiş olması da cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

Birleşik Krallık'ta, nefret suçlarının kapsamını genişleten diğer bir yasal düzenleme ise, ülkenin ceza adaleti sisteminde gerek maddi hukuka gerek usul hukukuna ve gerekse infaz hukukuna ilişkin önemli bazı deği- şiklikler getiren 2003 tarihli Ceza Adaleti Kanunu (*Criminal Justice Act*) kapsamında hayata geçirilmiştir. Buna göre, Kanununun 145. maddesinde ırkçılık ve dinsel inanç saikleri ile işlenen suçlarda cezanın ağırlaştırılması esası bir kez daha vurgulanmış ve ayrıca 146. madde ile ise, nefret suç- nunun cinsel yönelim ve (fiziksel veya ruhsal) engellilikten kaynaklanması halinde, yine failin cezasının ağırlaştırılması esası benimsenmiştir. Adalet Bakanlığı, 2011 yılında nefret saikiyle gerçekleştirilen öldürme suçlarına ilişkin özel bir düzenleme öngörmüş ve bu düzenlemede, nefret saikiyle işlenen öldürme fiillerine uygulanacak cezanın alt sınırının 30 yıla yüksel- tilmesi gerektiği belirtilmiştir...”

Sınar, çalışmasında Birleşik Krallık'la ilgili nefret suçları ve ayırım- cılığa ilişkin şu istatistiklere de yer vermektedir. Şöyle ki:

“...Suç istatistikleri üzerine faaliyet gösteren bir kamu kuruluşu olan *British Crime Survey* tarafından, nefret suçlarıyla ilgili olarak, özellikle bu suçlarla mücadelede sivil kuruluşlara ve araştırmacılara veri oluşturabile- cek nitelikte kapsamlı istatistiksel çalışmaların yayınlandığı görülmektedir. Bu kapsamda ayrıca Adalet Bakanlığı tarafından 2012 yılı sonbaharında İngiltere ve Galler'de polis tarafından tutulan nefret suçları istatistik kayıt-

³⁸ Bkz. **Sınar**, 1277, 1278.
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

ları ilk kez olarak kamuoyuna açıklanmış bulunmaktadır. Bu kayıtlara göre, 2011/2012 aralığında polis tarafından 43.748 nefret suçu vakıası kayıtlara geçirilmiş olup; bu vakıalar sırasıyla, 35.816 ırkçılık (%82), 4.242 cinsel yönelim (%10), 1.744 engellilik (%4) ve 1.621 dinsel inanç (%4) saikiyle işlenen fiillerden oluşmaktadır...³⁹

cc) Federal Almanya'daki Durum

Bu ülkede de ayırıcılığı, çeşitli alanlarda cezalandıran ayrı bir mevzuat bulunmaktadır: "...2006 yılında ayırıcılık ile ilgili yeni bir kanun (*Gesetz zur Umsetzung Europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung-General Equal Treatment Act*) kabul edilmiş ve önceki Genel Eşit Muamele Kanunu (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*), Askerlere Eşit Muamele Kanunu (*Soldaten und Soldatinnengleichbehandlungsgesetz*) ve diğer bazı kanunlarda değişiklik yapılmış, ayırıcılık yasağı konusunda yasal düzenlemeler yenilenmiştir⁴⁰.

III - Suçun Unsurları Yönünden TCK. 122. Maddesi

1 - Genel olarak

Önceki bölümlerde hazırlık çalışmalarını ve değişikliklerini aktardığımız "Nefret ve Ayırıcılık", TCK.'da yer alan bazı suçlarla benzerlik taşımaktadır. Bu suçların başında TCK. 216. maddede yer alan "Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama Suçu" gelmektedir. TCK. 122. maddesini incelemeyen önce TCK. 216. madde ve diğer maddelerde yer alan bazı suçlarla ilişkileri belirtilecektir.

2 - Benzer suçlardan farkı

a) TCK. 122 ile 216. maddelerin benzer ve farklı yönleri

TCK.'da yer alan iki maddenin benzer yönü TCK. 122. maddede nefretin yer almasına karşı TCK. 216. maddede kin ve düşmanlık bulunmaktadır.

Nefretin taşıdığı bir kimsenin kötülüğünü, mutsuzluğunu istemeye yönelik duygu, düşünce ve tiksintiye⁴¹ karşılık; kin öç almayı amaçlayan gizli düşmanlık⁴² olarak anlaşılmaktadır. Düşmanlık ise birinin kötülüğünü

³⁹ Bkz. Sınar, 1278, 1279.

⁴⁰ Demren Dönmez, 29, 30.

⁴¹ Bkz. I - 5 - a.

⁴² Türay, 257.

isteme, nefret etme, zarar vermeye çalışma⁴³ anlamına gelmektedir. Nefret, kin ve düşmanlık kavramlarının benzerliği, TCK. 122. maddesi ile 216. maddelerinin benzeştiği sonucunu meydana getirmektedir.

Bununla birlikte iki suç farklı niteliklere sahiptir. Şöyle ki, nefret ve ayrımcılık suçu, bireyi birtakım yoksunluklara sürüklemektedir. Bu suçta suç failinin duyduğu nefret şeklindeki önyargı ile, bireye, mal verilmemekte, hizmet sunulmamakta, kişi işe alınmamaktadır. Oysa, TCK. 216. maddede mağdur doğrudan doğruya halk, topluluğu oluşturan belirsiz kişiler olmaktadır.

Ayrıca TCK. 122. maddede aleniyet aranmazken TCK. 216. maddedeki suç için aleniyet öngörülmektedir.

Bunun yanı sıra TCK. 216. maddenin meydana gelmesi için kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlikenin var olması aranırken, TCK. 122. maddede böyle bir koşul bulunmamaktadır.

Nefret ve ayrımcılıkta doğrudan doğruya bireye yönelme varken, halkı sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet ve bölge farklılığı nedeniyle alenen aşağılamada, kısaca TCK. 216/2. maddede yer alan suçta, halk muhatap olduğu ve aleniyet arandığı için TCK. 122. ile TCK. 216/2. birbirlerinden ayrılmaktadırlar.

b) TCK. 122. ile TCK. 125/3-b.'nin benzer ve farklı yönleri

TCK. 122. maddede nefretin, dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanacağı belirtilirken, TCK. 125/3-b'de de benzer kavramlardan, "dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerden" söz edilmektedir. Bu maddelerde de yer alan nefret ve hakaret suçlarının önyargıları, bizzat kanunun belirttiği şekilde, benzemektedir.

Bu benzerliğe rağmen nefrette bireye karşı, işe almama, hizmet vermeme, mal satmama gibi olumsuz bir eylem aranırken, hakarete bireyin şeref, onur ve itibarı rencide edilmektedir.

c) TCK. 122. ile TCK. 76. ve 77. maddelerin benzer ve farklı yönleri

TCK. 122. maddede sayılan önyargıyı oluşturan sebepler TCK. 76. ve 77. maddelerde de bulunmaktadır. Milli, etnik, irki, dini gruplardan söz edilir-

⁴³ Türoy, 257.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

ken önyargıyı doğuracak sebepler de TCK. 76. maddede ortaya konulmaktadır. Aynı şekilde siyasal, felsefi, ırki ve dini sebepler TCK. 77.'de de sayılmaktadır. Bunlardan ırk, milliyet, siyasi düşünce, din, TCK. 122. maddede de yer almaktadır.

Bu benzerliğin sadece soykırım ve insanlığa karşı suçlar gibi çok ağır suçların temel sebeplerinin varlığı ile ilgili olduğunu belirtmek gerekir. Soykırım ve insanlığa karşı suçların ağırlıkları ve sonuçları, doğaldır ki, nefret ve ayırmıcılıktan farklıdır. Ancak bu iki önemli ve ağır suçun temel sebeplerinden biri de nefret önyargısıdır. Dolayısıyla nefret TCK. 76. ve 77. maddelerin nedenlerinden birini oluşturmaktadır.

3 - Nefret ve ayırmıcılık suçunun cezalandırılması

Nefret ve ayırmıcılık suçu ile korunmak istenen yararlar birden fazladır. Suç bir yandan Anayasa'da yer alan önemli bir kuralı ihlal ederken, diğer yandan toplumsal düzeni bozucu ve kişinin onur ve saygınlığını rencide edici bir özellik taşımaktadır.

Bu özellikleri itibariyle bu suçun cezalandırılması ile eşitlik kuralının geçerliliği ve toplumsal olaylarda bu kuralın sağlanması gibi önemli bir yarar korunmaya çalışılmaktadır⁴⁴.

Ayrıca toplumda yaşayan bir kısım insanların onurları, dini, etnik, mezhepsel özellikleri de korunmaktadır⁴⁵.

Bir başka açıdan suçla korunmak istenen hukuksal yarar, insanlar arasında hukukun nefret nedeniyle izin vermediği ayrımlar yapılarak, insanlığın ortak kültür mirası ile bağdaşmayan ilkel düşüncelerle, anayasal hakların sağladığı olanakların kötüye kullanılması suretiyle, iş/çalışma özgürlüğünün ve mülkiyetin çiğnenmesinin, kişilerin bu haklardan yoksun kılınmasının engellenmesidir.

Bu yararlardan başka, suçun cezalandırılması ile kamu barışı da sağlanmaya çalışılmaktadır⁴⁶.

⁴⁴ Bkz. **Karan**, 164, 165; **Yenidünya**, 100-102; **Artuk Emin - Gökçen Ahmet - Yenidünya** Caner, Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 14. bs., Ankara, 2014, s. 38.

⁴⁵ **Özbek Veli Özer - Doğan Koray - Bacaksız Pınar - Tepe İlker**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. bs., Ankara, 2016, s. 468, 469; **Parlar Ali**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, c. I., 2. bs., Ankara, 2015, s. 1445; **Yaşar Osman - Gökçen Hasan Tahsin - Artuç Mustafa**, Türk Ceza Kanunu, c. III., 1. bs., Ankara, 2010, s. 3862.

⁴⁶ **Artuk - Gökçen - Yenidünya**, 382.

4 - Suçun fail ve mağduru

a) Fail

Suçun faili olma yönünde kanunda bir açıklık bulunmamaktadır; herkes fail olabilir⁴⁷. Ancak kanunda yer alan eylemleri yapabilecek kişiler dikkate alındığında failin işveren, çalıştıran, kamu görevlisi⁴⁸ olabileceği anlaşılabilmektedir.

Tüzel kişiler, Hükümet Tasarısı'nda suçun faili olarak belirtilmişse de⁴⁹, tüzel kişilerin fail olamayacakları nedeniyle bu husus Tasarı'dan çıkarılmıştır. Ancak söz konusu suçun işlenmesinde iktisadi sebeplerin varlığı kuvvetli bir varsayım olarak ortaya çıkmakla, suç bir tüzel kişinin yapısı içinde işlendiğinde tüzel kişiye TCK. 60. madde çerçevesinde güvenlik tedbiri uygulanması mümkün olmayacaktır. Çünkü bu maddenin uygulanması için TCK. 60/4. maddeye TCK. 122. maddede yer verilmemiştir⁵⁰.

Failin mağdur ile ayrı gruptan olması şeklinde kanunun anlamında bir sınırlamaya gitmek doğru değildir. **Özbek - Doğan - Bacaksız - Tepe**, karşı görüşü şu şekilde ileri sürmektedirler:

“...Maddenin getirmek istediği koruma sistemi gereği suçun failinin mağdur ile ayırt edici özellikleri bakımından aynı gruptan olmaması gerekir. Bir başka deyişle fail ile mağdurun mantıken farklı etnik, cinsiyet, renk, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep vb. özelliklere sahip olmaları gerekir. Örneğin aynı etnik kökene sahip olan failin mağdura karşı etnik kökeni nedeni ile böyle bir ayrımcılık yapması yasanın ulaşmaya çalıştığı amaç bakımından mümkün değildir. Ancak aynı etnik kökenden olsalar bile mezhep ya da siyasi düşünce bakımından farklılıklar bulunması halinde bu suç işlenebilecektir...”⁵¹

Bu düşünce tarzı, **Malkoç**'un belirttiği gibi kadının kadına karşı, bir melezin başka bir gruba karşı işlenen ayrımcılık suçunun faili sayılmamaları gibi kanunda öngörülme-yen bir sonuç getirebilecektir⁵².

⁴⁷ **Karan**, 166.

⁴⁸ **Demren Dönmez**, 46; **Artuk - Gökçen - Yenidünya**, 390; **Hafizoğulları Zeki - Özen** Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar*, 4. bs., Ankara, 2015, s. 225.

⁴⁹ Bkz. I - 1 - a; **Demren Dönmez**, 47; **Karan**, 166.

⁵⁰ Bkz. **Yenidünya**, 103; **Demren Dönmez**, 47; **Karan**, 166.

⁵¹ Bkz. **Özbek - Doğan - Bacaksız - Tepe**, 469-470.

⁵² Bkz. **Malkoç**, 2063.

b) Mağdur

Suçun mağduru herkes olabilir. TCK. 122. maddede mağdurların kimler olabileceği yönünde "nefret nedeni" dolayısıyla bir açıklık getirilmiştir. Buna göre mağdur belirli bir dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep gibi nedenlere mensup kişi olacaktır⁵³.

Tüzel kişiler suç mağduru olmayacaktır. Hükümet Tasarısı'nda tüzel kişilerin de suç mağduru olabilecekleri öngörülmesine rağmen⁵⁴ Adalet Komisyonu çalışmalarında bu belirleme kaldırılmıştır⁵⁵.

Mağdurun niteliklerini belirtmek için kanunda yer alan nefret sebeplerinin sınırlı olup olmadıkları tartışmalıdır. **Artuk - Gökçen - Yenidünya**'ya göre kanundaki sebepler sınırlayıcıdır, genişletilemez⁵⁶. Örneğin yaşanan bölge, doğum yeri, herhangi bir sendikaya bağlı olup olmama gibi sebepler ayırıcılık olamaz⁵⁷. Buna karşılık **Hafizoğulları - Özen**'e göre, kanunda sayılan sebepler sınırlı değildir. "Özürülük, hükümlülük" gibi sebepler ayırıcılığın sebebi olabilir⁵⁸. Kanunda yazılı hallerin genişletilmesi suçta kanunilik kuralına aykırı olması yönünden **Hafizoğulları - Özen**'e katılamamaktayız.

Mağdur yönünden **Malkoç** tarafından ortaya atılmış bir sorun da, kanunda sayılan nedenlerin fail bakımından mağdurda varsayılmasının ayırıcılık suçunu oluşturup oluşturmayacağıdır. **Malkoç**, bu sorunda, suçun oluşacağı sonucuna ulaşılması gerektiğini ileri sürmektedir⁵⁹. Kanatımızca sorun esaslı hata ya da varsayılan (*mefruz*) suç kuralları ile çözümlenebilecek ve suçun oluşmadığı sonucuna varılabilecektir.

Gürler, çalışmasında, suç mağdurları üzerindeki etkileri çarpıcı biçimde belirtmektedir. Buna göre, mağdurlarda, toplumsal ilişkilerde zayıflık, öfke, ağırlıklı yoğun duygular, depresyon, öğrenme sorunları, mesleki bütünlük ve benlik duygusunun zedelenmesi, kişinin kendine yönelik kuşkusunun artması, paranoya ve kafa karışıklığı, güven duygusunun yitirilmesi, mağdurun kendisini yalıtması, huzursuzluk, korku, utanç, öfke, endi-

⁵³ Bkz. **Artuk - Gökçen - Yenidünya**, 390.

⁵⁴ Bkz. I - 1 - b.

⁵⁵ **Yenidünya**, 104.

⁵⁶ **Artuk - Gökçen - Yenidünya**, 390.

⁵⁷ **Artuk - Gökçen - Yenidünya**, 390.

⁵⁸ **Hafizoğulları - Özen**, 225.

⁵⁹ **Malkoç**, 2064.

şe ve savunma refleksi ile aynı durumdakilere daha çok yakınlaşma duyguları görülebilmektedir⁶⁰.

5 - Suçun maddi unsuru

Maddi unsur, TCK. 122/1-a, b, c, d ve son fıkra ve bentlerinde düzenlenmiştir. Buna göre, suçun hareket ve neticesini kamuya arz edilmiş bir taşınır veya taşınmazın satılmasının, devrinin veya kiraya verilmesinin; kişinin kamusal bir hizmetten yararlanmasının, işe alınmasının ya da olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasının engellenmesi oluşturmaktadır. Bundan başka, kanundaki engelleme ile TCK. 122/1. maddedeki hareketlerin birlikte ele alınması, bunlara anlam verilmesi durumunda satmama, devretmeme, kiraya vermeme, yararlandırmama, almama, bulundurmama da maddi unsur teşkil etmektedir.

a) Engelleme

Engelleme, mani olma, önleme, belirli bir süreçte ilerleyen faaliyeti durdurma anlamına gelmektedir⁶¹. Kanunda suçun hareketi olarak engelleme gösterilmiştir. Ancak bu hareketin kanunu ihlal edici bir özellik taşıyabilmesi için gene kanunda (TCK. 122/1-a, b, c, d) belirtilen işlem ya da eylemlerin engellenmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra, kanundaki engelleme kelimesinin taşıdığı anlam dikkate alınarak bir takım menfi, olumsuz hareketlerin de bu suçun maddi unsurunu teşkil ettiği ileri sürülebilecektir.

aa) Kamuya arz edilmiş bir taşınır ya da taşınmaz malın satılmasının, devrinin veya kiraya verilmesinin engellenmesi veya kamuya arz edilmiş taşınır ya da taşınmazın satılmaması, kiraya verilmemesi, devredilmemesi

Kamuya arz edilme, kamuya ait olma anlamına gelmektedir. Kamuya ait bir bina, kamu idaresinin bir kuruluşuna ait bir taşınmaz gibi.

Kanunda malın satımı, devri, kiraya verilmesi öngörülmüştür. Dolayısıyla, taşınmaz üzerinde ipotek konulması veya taşınırın rehnedilmesi bu madde kapsamına girmeyecektir⁶².

Taşınır ya da taşınmazın satışı, bu malın mülkiyetinin bir bedel karşılığı bir başka gerçek ya da tüzel kişiye geçirilmesidir⁶³. Taşınırın devrin-

⁶⁰ Bkz. **Gürler**, 267.

⁶¹ Bkz. Türk Dil Kurumu Sözlüğü, (www.tdk.gov.tr)

⁶² **Özbek - Doğan - Bacaksız - Tepe**, 471; **Artuk - Gökçen - Yenidünya**, 395. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)*

de de, bağışlama tek taraflı bir işlemle mülkiyet aktarılmaktadır⁶⁴. Kiraya vermede ise, taşınır ya da taşınmazın belirli ve geçici bir süre için zilyetliği bir bedel karşılığında üçüncü kişiye devredilmektedir⁶⁵.

Engelleme hareketi, maddede belirtilen saiklerle taşınır veya taşınmaz bir malın satılmasına veya devrine yönelik olmalıdır. Fiil, seçimlik hareketin özelliğine göre ihmali veya icrai şeklide gerçekleşebilir. Örnekle ifade etmek gerekirse, kamuya açık bir müzayedeye keyfi şeklide belirli bir sosyal sınıfa mensup olanların, renk farklılığı taşıyanların alınmaması, bir kamu alım-satım ihalesinde siyasi düşünce ve felsefi inanç ayırımı yapılarak belirli kimselerin ihaleye katılmalarına mani olunması, taşınır veya taşınmaz malın satılması veya devrinin ayırimcılıkla engellenmesidir⁶⁶.

Satım, devir, kiraya verme, kamusal işlemler belirli şartları taşıyan kanun, tüzük, yönetmelik hükümlerine göre yapılacaktır. Bu hükümlerdeki kurallar ve şartlar genel ve objektif nitelik taşıdıkça bunlarla ortaya çıkabilecek engellemeler, bu maddenin ihlalini meydana getirmeyecektir. Ancak kural ve şartların ayırimcı özellik taşıması durumunda kanuna aykırılık söz konusu olacaktır.

İncelenen maddede kamuya arz edilmiş taşınır ve taşınmazdan söz edilmekle, özel hukuk tüzel kişilerine veya gerçek kişilere ait taşınır ve taşınmazlar madde kapsamına girmeyecektir.

b) Kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanılmasının engellenmesi veya kamuya arz edilmiş bir hizmetten kişinin faydalandırılmaması

Kamuya arz edilmiş hizmet, kamusal bir faaliyet içinde sunulmuş hizmet ya da özel hukuk tüzel kişilerinin ya da gerçek kişilerin faaliyetleri ile sunulmuş hizmet olabilir. Tıpkı belediyeye ait bir parkın halkın yararlanmasına açılması veya bir kişiye ait lokantanın herkese açılarak işletilmesi gibi.... Bu yerlerden bireyler belirli bir kazanç karşılığı ya da hiçbir karşılık vermeksizin yararlanmaktadır⁶⁷.

⁶³ Bkz. Türk Borçlar Kanunu, m. 207 vd.

⁶⁴ Bkz. Türk Borçlar Kanunu, m. 285 vd.

⁶⁵ Bkz. Türk Borçlar Kanunu, m. 299 vd.

⁶⁶ **Yenidünya**, 107.

⁶⁷ Bkz. **Özbek - Doğan - Bacaksız - Tepe**, 471.

Hizmetten yararlanmanın tamamen ortadan kaldırılması ya da bunun zorlaştırılması engelleme olarak kabul edilmektedir⁶⁸.

Hukukça meşru sayılabilecek haklı nedenlerle ya da hizmetin özelliklerine uygun haklı ve makul sınırlamaların olması durumlarında, engellenmenin var olduğu ileri sürülemeyecektir⁶⁹. Belediye parkına belirli ücret ödemeyenlerin alınmaması engelleme olmayacak, buna karşılık aynı parka yabancıların alınmaması engelleme olarak kabul edilecektir.

cc) Kişinin işe alınmasının engellenmesi veya kişinin işe alınmaması
Kişinin işe alınmasının engellenmesi, belirli özellikleri, nitelikleri gerektiren bir işyerine bu özelliklere sahip olunmasına rağmen işe alınmama anlamına gelmektedir. Her iş yerinin kendine özgü imkanları, şartları, özellikleri vardır ve bunlar iş için başvuran kişilerde aranır. Bu özelliklere ve şartlara sahip kişinin, dili, ırkı, cinsiyeti, siyasal düşüncesi, felsefi inancı, din ve mezhebi nedeniyle işe alınmaması engelleme olarak kabul edilecektir. İş Kanunu beşinci maddede işverenin ayırimcılık yapamayacağı açıkça belirtilmiştir⁷⁰.

Liyakata ilişkin hususlar dikkate alınarak gerçekleştirilen farklı uygulamalar bu madde kapsamında değerlendirilmez. Zira yerine getirilecek

⁶⁸ Bkz. **Artuk - Gökçen - Yenidünya**, 387.

⁶⁹ **Demren Dönmez**, 39.

⁷⁰ Bkz. **Artuk - Gökçen - Yenidünya**, 387; **Karan**, 167. İş Kanunu 5. maddesi şöyledir: “[İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. / İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. / İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz. / Aynı veya eşit değerinde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz. / İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz. / İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır. / 20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranışını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.”

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

işin gerektirdiği uzmanlıklara sahip olunmasını aramak her işverenin hakkıdır⁷¹.

dd) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasının engellenmesi
Olağan ekonomik etkinlik, bir bireyin kendi kararları çerçevesinde uygulayabileceği her türlü iktisadi faaliyet olarak anlaşılmaktadır⁷². **Hafizoğulları - Özen**, olağan ekonomik etkinliği daha dar bir açıdan yorumlayarak, "kişinin iş olarak sürdürdüğü her çeşit ekonomik faaliyet" olarak tanımlamaktadırlar⁷³.

Ekonomik faaliyetin maddi bir yarar sağlama olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışılmıştır. Bazı yazarlar ekonomik etkinlikte maddi yararın anlaşılması gerektiğini ileri sürerken⁷⁴, diğer yazarlar da maddi yarar sağlamayan ekonomik etkinliklerin de buraya girebileceğini belirtmektedir⁷⁵. Kanaatimizce, yapılan işten hiçbir yarar sağlanmayıp manevi yararın olduğu durumlar da bu fıkra içinde kabul edilmelidir.

ee) Engelleme şeklinde belirtilmiş hareket yönünden suç, serbest hareketli suç niteliğini taşımaktadır; çeşitli hareketlerle suç işlenebilmektedir. İhaleye sokmama, mağazaya girilmesine izin vermeme gibi... Hareket şekli yönden icrai ve ihmali şekilde işlenebilir; yapmak şeklinde hareket gerçekleştirilebileceği gibi yapmamak şeklinde de olabilir.

TCK. 122. maddede 6529 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce suç seçimlik hareketli suç olarak belirlenirken, bugün de seçimlik hareketli suç olarak kabul edilebilir.

Suçun zarar ya da tehlike suçu olup olmaması ile ilgili **Özbek - Doğan - Bacaksız - Tepe** şu saptamayı yapmışlardır: "...Suç bir hareket suçudur; bir zarar neticesinin gerçekleşmesi gerekmez. Hareketin yapılmasıyla suç da gerçekleşmiş olur. Bu yönüyle bu suç bir tehlike suçudur. Tip-

⁷¹ **Demren Dönmez**, 43.

⁷² **Artuk - Gökçen - Yenidünya**, 388.

⁷³ **Hafizoğulları - Özen**, 226.

⁷⁴ **Parlar**, 1446; **Özbek - Doğan - Bacaksız - Tepe**, 472.

⁷⁵ **Yaşar - Gökçen - Artuç**, 3862, 3863. TCK. hazırlık çalışmalarında, yürürlüğe girdiği zamanki durumunda ve 5378 sayılı Kanunla değiştirilmiş halinde başka bir hareket daha öngörülmüştü: Besin maddesi vermemek. Bu hareket maddenin son değişikliğinde kanundan çıkarılmıştır. Bkz. I - 1 - a ve b. Açıklamalar için bkz. **Karan**, 167; **Demren Dönmez**, 44.

te bir zarar tehlikesinin gerçekleşmiş olup olmadığı yönünden ayrı bir araştırma yükümlülüğü öngörülmediğinden suçun soyut tehlike suçu olduğu söylenmelidir...”⁷⁶

Bu düşünceye katılamamaktayız. Engellemeye uğrayan kişi birtakım yoksunluklarla karşılaşacak ve böylece zarar meydana gelecektir. Dolayısıyla suç bir tehlike suçundan çok bizce zarar suçu olmaktadır.

ff) Netice

Engelleyici hareket, son bir tahlilde, aynı zamanda neticeyi de teşkil etmektedir. Hareketin yapılması ile birlikte netice de meydana gelmekle, suç neticesi harekete bitişik suç niteliğini taşımaktadır.

gg) Teşebbüs

Suç teşebbüse elverişli bir suç özelliğini taşımaktadır. Hareketle birlikte netice de meydana gelmekle beraber, şayet hareket parçalara bölünebiliyorsa, bu takdirde teşebbüs ortaya çıkacaktır⁷⁷.

6 - Suçun manevi unsuru

TCK. 122/1. maddede suçun manevi unsuru yönünden önem taşıyan bir belirleme bulunmaktadır. Buna göre, “dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç⁷⁸, din veya mezhep⁷⁹ farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle...” şeklindeki fıkra kusurluluk yönünden

⁷⁶ Bkz. **Özbek - Doğan - Bacaksız - Tepe**, 470; **Demren Dönmez**, 50; **Artuk - Gökçen - Yenidünya**, 392.

⁷⁷ **Özbek - Doğan - Bacaksız - Tepe**, 473; **Demren Dönmez**, 50.

⁷⁸ **Hafizoğulları - Özen**, felsefi inancın felsefi kanaat anlamını taşıdığını, inancın felsefe olamayacağını belirtmektedir. Bkz. **Hafizoğulları - Özen**, 225.

⁷⁹ TCK. 122. maddenin 6529 sayılı kanun değişikliğinden önce nefret sebepleri sayıldıktan sonra “...ve benzeri sebeplerle...” şeklindeki kelimeler kanundan çıkarılmıştır. Madde değişikliği gerekçesinde şu hususlar yer almaktadır: “...“gibi” ibaresi ile ilgili olarak *Anayasa Mahkemesinin ceza hukukunun güvence fonksiyonlarından birini oluşturan belirlilik ilkesine vurgu yaparak iptal kararları ve bu kararlardaki gerekçeler göz önünde bulundurularak madde metninde ayırıcılık nedenleri bağlamında yer verilen “ve benzeri sebeplerle” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır...*” Bkz. Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısına İlişkin Değerlendirme Raporu, (İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi), İstanbul, 2014, s. 40. Ayrıca “...ve benzeri sebepler”in kanunilik kuralına aykırı olduğu da haklı olarak ileri sürülmüştü. Bkz. **Malkoç**, 2065. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)*

önemlidir. Burada belirtilen nedenler, ayrı ayrı nefretin temellerini oluşturmaktadır. Bu nedenler nefreti besleyen nedenler olmakla, suçta saiki oluşturmaktadır. Dolayısıyla ayırimcilik, nefret ve bunun temelini teşkil eden nedenler faili suçta yönelten saikler olmaktadır. Bu açıdan suç özel kastla işlenen suçtur⁸⁰. Buna karşılık bazı yazarlar da, suçun işlenmesinde genel kastın yeterli olduğunu ileri sürmektedirler⁸¹.

7 - Hukuka aykırılık unsuru

İncelenen suçla ilgili maddede hukuka uygunluk sebebi yer almamaktadır. Nefret ve ayırimcilikte, fiilin hukuka aykırılığı nefret sebepleri ile ortaya çıkmaktadır. Ancak, bazı durumlarda, bir hizmetin sunulmasında, bir ekonomik etkinliğin yerine getirilmesinde, kamuya arz edilmiş bir taşınır ya da taşınmaz malın satışında, kiraya verilmesinde ya da devrinde, mevzuat içerisinde (kanun, tüzük, yönetmeliklerde) bir takım olumlu ya da olumsuz koşullar getirilmişse bunlara uyulması ile ortaya çıkabilecek farklı işlemler ayırimcilik suçunu meydana getirmeyecektir. Aynı şekilde pozitif ayırimcilığa dayalı kanuni düzenlemeleri yerine getirmek fiilin hukuka uygunluğunu sonuçlayacaktır. Çünkü bu gibi durumlar kanunun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk sebebi teşkil edecektir⁸².

SONUÇ

Nefret ve ayırimcilik suçunun cezalandırılması, toplumun barış içinde yaşamasını sağlama amacını taşımaktadır. TCK. 122. maddesi kısa sürede iki değişikliğe uğramasına rağmen, uygulamada henüz etkileri tam olarak görülmemiştir. Ancak şimdiden şunu belirtmek mümkündür ki, madde toplumsal ilişkilerde önleyici bir işlevi yerine getirecek bir özellik taşımaktadır.

⁸⁰ Hafizoğulları - Özen, 224; Parlar, 1446; Karan, 169; Artuk - Gökçen - Yenidünya, 391; Yenidünya, 111; Demren Dönmez, 48, 49.

⁸¹ Özbek - Doğan - Bacaksız - Tepe, 473; Malkoç, 2070.

⁸² Bkz. Hafizoğulları - Özen, 226; Özbek - Doğan - Bacaksız - Tepe, 472.

KAYNAKÇA

Artuk Emin - Gökçen Ahmet - Yenidünya Caner, Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 14. bs., Ankara, 2014.

Demren Dönmez Burcu, Ayırmıcılık Suçu, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2012, sy. 102).

Gerçekler Hasan, Yorumlu, Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, c. II., Ankara, 2011.

Gündel Ahmet, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, c. II., Ankara, 2009.

Gürler Cemalettin, Nefret Suçları ve İş Hayatı, (Ankara Barosu Dergisi, 2010, sy. 1).

Hafizoğulları Zeki - Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 4. bs., Ankara, 2015.

İnceoğlu Sibel, Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayırmıcılık Yasağı, (Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2006, sy. 4).

Karan Ulaş, Türk Hukukunda Ayırmıcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanununun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2007, sy. 73).

Malkoç İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, c. II., Ankara, 2013.

Özbek Veli Özer - Doğan Koray - Bacaksız Pınar - Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. bs., Ankara, 2016.

Parlar Ali, Türk Ceza Kanunu Şerhi, c. I., 2. bs., Ankara, 2015.

Sınar Hasan, Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme ve Çalışmaları, (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, 2013, c. XIX., sy. 2).

Türay Aras, Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu, Ankara, 2016.

Yalvaç Gürsel, TCK, CMK, CGTİK, 8. bs., Ankara, 2016.

Yaşar Osman - Gökçen Hasan Tahsin - Artuç Mustafa, Türk Ceza Kanunu, c. III., 1. bs., Ankara, 2010.

Yazıcıoğlu Yılmaz, Ceza Kanunları, İstanbul, 2009.

Yenidünya Caner, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Ayırmıcılık Suçu, (Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2006, sy. 4).

Yurtcan Erdener, Ayırmıcılık ve Nefret, Yargıtay Kararları Işığında Hürriyete Karşı Suçlar, 4. bs., İstanbul, 2014.

Yurtcan Erdener, Yeni Türk Ceza Kanunu, 3. bs., İstanbul, 2005.

-----, Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısına İlişkin Değerlendirme Raporu, (İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi), İstanbul, 2014.

-----, Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), TBMM 22. Dönem, S. Sayısı: 664, 2003.

-----, Türk Dil Kurumu Sözlüğü, (www.tdk.gov.tr).

**YENİ BORÇLAR KANUNU'NUN 242. MADDESİNİN
UYGULANMA KABİLİYETİNE İLİŞKİN İLÂVE AÇIKLAMALAR**
(*ADDITIONAL EXPLANATIONS REGARDING APPLICABILITY OF THE ARTICLE
242 OF THE NEW TURKISH CODE OF OBLIGATIONS*)

Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI*

ÖZET

Bu makalede, Nisan 2013 tarihinde Legal Hukuk Dergisi'nde (Cilt: 11, Sayı: 124) yayımlanmış olan yazara ait “Yeni Borçlar Kanunu'nun 242. Maddesinin Uygulanma Kabiliyeti” başlıklı başka bir makalede önalım hakkı bakımından incelenen TBK.242 hükmünün uygulanma kabiliyeti konusu bu kez alım (iştirah) ve geri alım (vefa) hakları açısından ele alınmış ve ilave açıklamalarda bulunulmuştur.

Anahtar kelimeler

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, önalım hakkı, önalım hakkının kullanılması, alım (iştirah) hakkı, geri alım (vefa) hakkı, tescil talebine ilişkin tapu uygulaması.

ABSTRACT

The application of Article 242 of the new Turkish Code of Obligations (Act No. 6098) issue was already examined by the author in an essay published in Legal Journal of Law of the year 2013 (Vol., 11, Issue: 124), where the subject was considered within the scope of pre-emption right. In this short essay, the author revisits the same topic, but this time brings additional explanations in terms of rights of purchase and repurchase.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: arpaci@europa.com

Keywords: *Turkish Code of Obligations (Act No. 6098), pre-emption right, exercise of pre-emption right, right of purchase, right of repurchase, law (title deed) practice regarding registration request.*

I-Legal Hukuk Dergisi'nin Nisan 2013 tarihli ve 124 sayılı (cilt:11) yayınında yer almış bulunan konuya ilişkin makalemizde, mesele saf satış sözleşmesi açısından ele alınmış ve bizdeki tapu uygulamaları bakımından TBK.242 hükmünün, önalım hakkının satıcıya karşı kullanılması noktasında uygulanma kabiliyetinin bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Bu makalemizde ise, konuyu, alım (iştirâ) ve geri alım (vefa) hakları açısından ele almak, böylece, ekonomik bakımdan satışa eşdeğer sonuçlar doğuran söz konusu hakları da kucaklamak istiyoruz.

II-Anılan makalemizde açıklandığı üzere, ülkemizdeki tapu uygulamasında satım sözleşmesinin yapılması, yani satış ilişkisinin kurulması ile tescil arasında bir süre bulunamayacağı için, önalım hakkının satıcıya karşı da kullanılabileceğini söyleyen TBK.242 hükmü tatbik alanı bulamayacaktır. Şurası açıktır ki, bu sonuç, satış sözleşmeleri açısından doğru olup, satış sözleşmesi yapılmaksızın satış ilişkisi doğması halleri bakımından başka türlü düşünmek gerekecektir.

Şöyle ki, alım ve geri alım hakkının kullanılması halinde, bu hakları kullanan ile muhatap arasında “satış ilişkisi” kurulacaktır ve tapu dışında kurulan söz konusu ilişki ile tescil arasında bir zaman dilimi bulunması da mukadder olacaktır. Öyleyse, bu ihtimalde, henüz alıcı (alım veya geri alım hakkı sahibi) adına tescil işlemi yapılmamışsa, önalım hakkının satıcıya karşı kullanılması pekâlâ mümkün olacaktır. Esasen, bu örnekte, önalım hakkı şerhedilmiş de olsa veya olayda şerhin söz konusu olmadığı yasal önalım hakkı da bulunsa, alıcı adına tescil bulunmadığı için, önalım hakkı sadece satıcıya karşı kullanılabilir (TBK.242/I).

Görüldüğü üzere, ilk makalemizde varılan sonuç elbette doğrudur. Gerçekten, konuyu “alıcı” ve “satıcı” terimlerini kullanmak suretiyle ele alıp düzenleyen TBK.242/I hükmü, sözü geçen makalemizde açıklandığı üzere, tapu uygulamamız gözden kaçırılarak sevk edilmiş ve bu nedenle haklı eleştirimizin muhatabı olmuştur. Yeniden ve önemle kaydedelim ki,

alım ve geri alım gibi satış “ilişkisi” doğurabilen hukuki görünümle dışın-
da, bizdeki tapu uygulamaları karşısında, TBK.242/I hükmünün “...aksi
takdirde satıcıya karşı” şeklindeki kısmının tatbik kabiliyeti mevcut değil-
dir.

III-Sonuç olarak söylemek isteriz ki, mevzuat sevkinde, hem teorik esas
ve prensipler göz önünde bulundurulmalı, hem de uygulamadaki gerçekler
gözden kaçırılmamalıdır. Şu halde, TBK.242 hükmünün yukarıda zikri
geçen cümle kısmı, “...aksi takdirde, eğer mümkünse satış ilişkisinin diğer
tarafına karşı” şeklinde olmalıydı. Tercüme veya sadece kelimelerin değiş-
tirilmesi yöntemleriyle kanun yapma modasından bir an önce vazgeçilme-
lidir. Hele, büyük ve temel kanunların bu yöntemlerle değiştirilmesi, yeni-
den yazılması, yerleşmiş kavramların heba edilmesi ve giderek hoş görü-
lemez hukuki tahribata sebep olunması aslâ tasvip edilemez. Ülkemiz ger-
çekleri mutlaka gözetmelidir.

SOKRATES'İN YARGILANMASI VE ATİNA DEMOKRASİSİ

(THE TRIAL OF SOCRATES AND ATHENIAN DEMOCRACY)

Prof. Dr. Oktay UYGUN*

ÖZET

Eski Yunan filozoflarından *Sokrates* (İ.Ö.470 - İ.Ö.399), fikirleri ve yaşam biçimiyle olduğu kadar, yargılanması ve ölümüyle de düşünce tarihinde eşsiz bir yere sahiptir. Atina'da İ.Ö.399'da yargılanarak ölüme mahkûm edilen Sokrates, savunmasında, *sorgulanmamış bir hayat yaşamaya değmez* demişti. Devleti, tanrıyı, toplumu, bilgeliği, soyluluğu, adaleti... kısacası yaşamında karşına çıkan her kavramı ve olguyu sorgulayarak ifade özgürlüğünün en uç sınırlarında dolaşmayı görev edinen düşünür, bu tutumuyla çok sayıda insanın tepkisini çekmişti. Bu tepkilerin, aleyhinde dava açılmasında ve ölüm cezasına çarptırılmasında etkili olduğu kuşkusuz. Ancak Atinalı yurttaşların onu yargılamalarının asıl nedeni, Sokrates'in her türlü dogmayı ve tabuyu sorgulamasından çok, o dönemdeki olağanüstü siyasal gelişmelerin yarattığı bir çılgınlık halidir. Bu ünlü dava, çoğu kez, Atina'da yaklaşık 200 yıl süren doğrudan demokrasi uygulamasının olumsuz taraflarını örneklemek için kullanılır: Adı demokrasi olsa da rejimin aslında despotizm olduğu, mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olmadığı, inanç özgürlüğü güvence altına alınmadığı için devletin vicdanlar üzerinde büyük bir baskı uyguladığı veya kimsenin ifade özgürlüğünden yararlanmadığı ileri sürülür. Bu makalenin konusu, Sokrates'in yargılanması sürecinin söz konusu iddialar çerçevesinde değerlendirilmesidir.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: oktayuygun@yahoo.com

Anahtar Kelimeler: Aristofanes, doğrudan demokrasi, ifade özgürlüğü, inanç özgürlüğü, mitoloji, ölüm cezası, Platon, Sokrates, totalitarizm, Ksenofon,

ABSTRACT

Ancient Greek philosopher Socrates (470-399 BCE) has a unique place in the history of thought both in terms of his ideas and way of life, as well as his trial and death. Socrates upon his trial and death in 399 BCE stated in his defense that, the unexamined life is not worth living. By questioning the Government, God, society, knowledge, justice etc. basically every conceptions and facts that took place in his lifetime committed to wander in the most extreme limits of his times freedom of expression. With this attitude, many protested Socrates. There is no doubt that these protests were effective in bringing the case against him and the death sentence. However, the real reason of the Athenian public's judgment was rather than Socrates questioning all kinds of dogmatism and taboo but was because the extraordinary political developments in that period created a state of frenzy. This famous case is often used to illustrate the negative aspects of the direct democracy practice in Athens that lasted nearly 200 years. Although the regime is called democracy its actually despotism, the courts are not independent and impartial, the state has put a great deal of pressure on conscience because the freedom of belief is not guaranteed or that no one has benefited from the freedom of expression. The subject of this article is to evaluate the process of Socrates's trial in the context of allegations.

Keywords: *Aristophanes, direct democracy, freedom of expression, freedom of belief, mythology, death sentence, Plato, Socrates, totalitarian regime (totalitarianism), Xenophon.*

Atina'da Yargı Düzeni ve Sokrates İddianamesi

Sokrates'i yargılayan mahkemenin (halk jürisinin) kayıtları günümüze ulaşmamıştır. Bu dava hakkındaki ayrıntılı bilgileri, düşünürün iki öğrencisinin yazdıklarına borçluyuz: *Platon*, davayı başından sonuna dek takip

etmiş ve hocasının jüri önünde yaptığı savunmayı eserinde aktarmıştır.¹ *Ksenofon* ise, Atina dışında geçirdiği 36 yıllık döneme denk geldiği için duruşmayı bizzat izleyememiş, yazdığı metni, duruşmaya katılan filozof *Hermogenes*'in anlatılarına dayandırmıştır.² Savunmanın içeriği konusunda önemli farklılıkları bulunmakla birlikte, bu iki metin eksiksiz günümüze ulaşmıştır. Savcının yaptığı konuşmaya ilişkin ise elimizde hiç bir kaynak bulunmuyor. Sokrates'in savunmasını aktaran Platon'un metni, *Ksenofon*'un metnine oranla daha ayrıntılıdır ve daha gerçekçi olduğu kabul edilir.³ *Ksenofon*'un metni bir savunmadan çok, düşünürün, neden açılan davadan beraat etmediğinin gerekçelerini içerir.⁴

Sokrates, Meletus adında pek tanınmamış bir genç tarafından dava edilmiş, ardından suçlamaya yine pek tanınmamış *Lycon* adlı kişi ile o dönemde ünlü bir politik figür olan *Anytus* da katılmıştır. Meletus'un hazırladığı iddianame şöyledir: “*Pitthoslu Meletus'un oğlu Meletus, Alopeke-li Sophroniscus'un oğlu Sokrates'in şu suçunu sabit görmüştür: Sokrates, şehrin tanıdığı tanrıları tanımadığı ve yeni tanrıları ortaya attığı için bir günahkardır. Buna ek olarak, gençliği yozlaştırdığı için de günahkardır. Cezası; ölüm.*”⁵ Diğer bütün Yunan sitelerinde olduğu gibi, Atina'da da tanrılara saygısızlığı cezalandıran yasalar vardı. İnsanların çeşitli söz veya eylemlerle tanrıları kızdırabileceği kabul edilir, kızan, öfkelenen tanrıların da bu eylemi gerçekleştiren kişinin yaşadığı kenti lanetleyeceği, o kente büyük felaketler yaşatabileceği düşünülürdü.⁶ Bu noktada, Atina'da ceza yargılamasının nasıl yapıldığına değinmek yararlı olacaktır.

Sokrates döneminde doğrudan demokrasi ile yönetilen Atina'da, yargılama faaliyeti yargıç, savcı ve avukat gibi profesyonellerce değil,

¹ Platon, *Sokrates'in Savunması*, içinde *Diyaloglar-1* (Çev. T. Aktürel, M. C. Anday, A. Cemgil vd.), Remzi Kitabevi, İstanbul, 1982, s.11-39

² Xenophon, *Socrates' Defence to the Jury*, in C. D. C. Reeve, *The Trials of Socrates: Six Classic Texts*, Hackett Publishing Company, 2002, pp.178-184

³ C. C. W. Taylor, *Sokrates* (Çev. Cemal Atila), Altın Kitaplar Yayınevi, İstanbul, 2002, s.33-55; C. D. C. Reeve 2002, s.177

⁴ Thomas C. Brickhouse, Nicholas D. Smith, *Plato and the Trial of Socrates*, Routledge, 2004, s.70

⁵ Taylor 2002, s.20; Paul Millet, “The Trial of Socrates Revisited”, *European Review of History*, Vol.12, No.1, March 2005, s.34; Thomas C, Brickhouse, Nicholas D. Smith, *Plato and the Trial of Socrates*, Routledge, 2004, s.75-76; Yaşar Şahin Anıl, *Sokrates Davası*, Ara Yayıncılık, İstanbul, 1990, s.215

⁶ Brickhouse, Smith 2004, s.79

bizzat yurttaşlar tarafından yürütülmekteydi. Mahkemeler, üyeleri yüzlerce kişiden oluşan halk jürileriydi. Bu jüriler çok sayıda ve birbirinden farklı olmasına rağmen, Atinalılar hepsini sitenin tek bir organı olarak düşünmüşlerdir. Söz konusu olan, üye sayısı ve görev alanı ne olursa olsun, yargılama faaliyetini yürüten Atina halkıydı. Jüriler, her yılın başında kurayla saptanan 6.000 kişilik yurttaş topluluğu arasından, belirli bir günde görülecek davalar için yine kurayla belirlenirdi. Jüri üyesi olmak için 30 yaşını doldurmuş olma, siteye karşı mali yükümlülüklerini yerine getirmiş olma ve yurttaşlık haklarından kısıtlı olmama koşulları aranırdı.⁷

Jürilerin kura ile belirlenmesi iki amaca hizmet ediyordu. Birincisi, bu demokratik yöntem, sitenin önemli bir faaliyetine katılmak bakımından her yurttaşın eşit şans veriyordu. İkincisi, kura yöntemi yargılama faaliyetinde rüşveti büyük ölçüde önlüyordu.⁸ Hiç kimse, kura çekilmeden önce, jürilerde kimin görev alacağını ve hangi davanın hangi jüriye düşeceğini bilemezdi. Aslında, bir davanın mahkemede görüşülmesi için dört aşamada kura yöntemine başvurulmaktaydı. İlk olarak, tüm jüri üyeleri on mahalleye eşit dağılacak şekilde kurayla belirleniyordu. İkinci olarak, jüri üyelerinin hangi mahkemede görev alacağı, üçüncü olarak hangi yöneticilerin mahkemelerde başkanlık yapacağı ve son olarak duruşma sırasında oyların sayılması, jüri üyelerinin ücretlerinin ödenmesi gibi işleri kimlerin yürüteceği hep kurayla belirleniyordu.⁹

Yargı faaliyeti bakımından Atina sitesi ile modern devletler arasında büyük farklar vardır. Atina'da kişiler arası özel hukuk uyuşmazlıkları, kural olarak, hakeme gidilerek çözülür, yalnızca taraflardan biri hakem kararından memnun değilse konu mahkemeye götürülürdü. Cezai konuların önemli bir kısmı yöneticiler (magistralar) tarafından karara bağlanır, temyiz üzerine mahkeme devreye girerdi. Halk Mahkemesi'nin asıl işlevi,

⁷ Aristoteles, *Atinalıların Devleti* (Çev. S. Y. Baydur), Maarif Vekâleti, Ankara, 1941, s.109 vd; A. R. W. Harrison, *The Law of Athens II*, Oxford University Press, London, 1971, s.43-45; Robert A. Dahl, *Demokrasi ve Eleştirileri* (Çev. L. Köker), Yetkin, Ankara, 1993, s.32-33; Mogens Herman Hansen, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*, Blackwell, Oxford, 1993, s.178-181

⁸ Atina'da rüşvet suçunun cezası, hem alan hem de veren bakımından ölüm cezası olarak uygulanmaktaydı. Bkz: Hansen 1993, s.197

⁹ Hansen 1993, s.198-199

Meclis'in, Beşyüzler Konseyi'nin ve yöneticilerin denetlenmesiydi. Bu yüzden, iş yükünün çoğunluğunu siyasal yargılamalar oluştururdu.¹⁰

Halk jürileri, yaklaşık olarak, yılda 200 kez toplanırdı. Genellikle, bir günde birkaç jüri görevlendirilirdi. Değeri 1000 drahminin altında olan hukuk davaları 201; daha yukarı olanlar 401 ve kamu davaları 501 kişilik jürilerle görüşülürdü. Ancak çok önemli siyasal davalarda 500 kişilik çok sayıda jüri bir araya gelerek 1001, 1501, 2001 ya da 2501 kişilik mahkemeler kurulurdu. İ.Ö.415'teki önemli bir siyasal yargılama, 6.000 kişilik jüri önünde yapılmıştı. Yargılama gün ışığına bağlı olarak, kışın 9,5, yazın 14,5 saate kadar uzasa da, bir gün içinde bitirilirdi. Hukuk mahkemeleri bir günde birkaç dava görürken, ceza mahkemeleri tek bir davaya bakardı. Kamu davalarında yargılama süresi üç eşit zaman dilimine bölünür; suçlayan ve suçlanan kişilere konuşmaları için yaklaşık üçer saat ayrılır, kalan zaman jürilerin oluşturulması ve oylama gibi işler için kullanılırdı.¹¹

Atinalılar, bugünkü *hukuk davaları-ceza davaları* ayrımına benzer biçimde, dava türlerini ikiye ayırmışlardı (*dikai-graphai*). Kamu adına dava açmak üzere görevlendirilen savcılar bulunmadığından, kamu yararını gözeterek bir kişiyi suçlamak, her bir yurttaşta tanınmış yetkiydi. Hukuk davasını yalnızca zarar gören kişi açabilirken, kamu adına ceza davasını her yurttaş açabilirdi. Hukuk davası kaybedildiğinde davacı için bir risk doğmazken, ceza davasını kaybeden davacı, jürinin oylamasında oyların beşte birinden daha azını almışsa, 1000 drahmi para cezasına ve kısmi hak kaybı cezasına çarptırılırdı.¹²

¹⁰ Hansen 1993, s.179

¹¹ Aristoteles 1941, s.90, 115 vd. (*Atinalıların Devleti*); Hansen 1993, s.186-187; Harrison 1971, s.47-48. Oligarşik yönetim döneminde, tüm hukuk davalarını yöneticiler karara bağlardı. Solon reformları ile birlikte, taraflara, yöneticilerin kararlarını mahkemede temyiz etme hakkı tanındı. İ. Ö. 4. yüzyılda ise, birkaç istisna dışında tüm davalar mahkemelerde görülmeye başlandı. Yöneticilerin davalardaki rolü, ilk soruşturmayı yapmak ve halk jürilerine başkanlık etmekle sınırlandı. İ. Ö. 4. yüzyıldan itibaren yöneticilerin yargısal yetkisi olduğu tek durum, bazı suçlarda (soygun, hırsızlık, mala karşı cürümler, adam kaçırmaya, zina, bazı cinayet türleri vb.) suçüstü hali olması ve yakalanan kişinin açık bir biçimde suçunu itiraf etmesiydi. Bu durumda, dava mahkemeler devreye girmeden yöneticiler tarafından karara bağlanırdı. Sanık suçlu olmadığını belirtirse, mahkemede dava açılırdı. Bkz: Hansen 1993, s.190; Aristoteles 1941, s.77-78, 88 (*Atinalıların Devleti*); Harrison 1971, s.1-4

¹² Hansen 1993, s.192-193 Herkes, davalı ya da davacı olarak mahkemede bizzat bulunmak durumundaydı. Bir kimsenin, kendisini savunması için bir başkasını ücret karşılığı

Sokrates'in yargılanması İ.Ö.399 yılında 501 kişilik halk jürisi tarafından gerçekleştirilmiştir. Jüri üyeleri 30 yaş üzeri erkek yurttaşlardan oluşuyordu. Tümü, her yıl gönüllü yurttaşlar arasından belirlenen 6.000 kişilik listeden, yine kurayla belirlenmişti. Bir süreden beri, duruşmalara katılan jüri üyelerine yarım günlük işçi yevmiyesi karşılığı 3 obol ödenmekteydi. *Aristofanes*'in komedilerinde abartılı biçimde vurguladığı gibi, yaşlı ve geçinme zorluğu çeken yurttaşların büyük kısmı jüriler için gönüllü olurdu. Bu durum, bazen jürinin muhafazakar ve az bilgili kişilerden oluşması sonucunu doğururdu. Sokrates de savunmasında, jürinin kendi düşünceleri ve eylemleri hakkındaki bilgisinin daha çok sağda solda dile getirilen dedikodulardan ibaret olduğunu söylemiştir.¹³

Sokrates, resmen, gençleri yanlış yola sürüklemek, sitenin tanrılarına saygısızlık etmek ve yeni tanrılar yaratmakla suçlanmakla birlikte, suçlamaların ardındaki asıl neden, İ.Ö.404'te demokratik rejimi yıkan oligarşik devrimle düşünür arasında kurulan bağlantıydı. *Peloponez Savaşı* sırasında, İ.Ö.405'te, Atina donanması Spartalılar tarafından ele geçirilip kent kuşatılınca, Atinalı demokratlar direnme kararı almışlardı. Ancak oligarşi yanlıları Spartalılarla işbirliği yaparak yönetimi ele geçirmiş ve *Otuzlar Yönetimi* olarak bilinen son derece baskıcı bir yönetim kurmuştu. Otuzlar Yönetimi 1.500 kadar demokrati idam etmiş, binlercesini de sürgüne yollamıştı. Sürgüne gönderilenler o kadar kalabalıktı ki, bir ordu kurarak geri dönmüş, sekizinci ayındaki oligarşik yönetimi yıkmayı ve demokratik yönetimi yeniden kurmayı başarmıştı.¹⁴

görevlendirmesi (avukatlık) yasaktı. Ancak jüri izin verdiği takdirde, davacı ya da davalı kendi konuşma süresini bir arkadaşı ya da yakını ile paylaşabilirdi. Avukatlık yasak olmasına karşın, konuşma metninin bir başkasına yazdırılması ve mahkemede okunması serbestti. Bu işle uğraşan çok sayıda ünlü metin yazarı vardı. Bunlardan biri, ünlü demokrat lider Demosthenes'tir. Yine de, bu durumun, Atina demokrasisinin temel bir ilkesi olan, site işlerinin profesyonellere bırakılmayıp bizzat yurttaşlarca yürütülmesi esasıyla çeliştiği açıktı. Hansen 1993, s.194

¹³ Bazı yazarlar, jürilerin oylamada eşitliği bozacak biçimde 201, 501, 1001... şeklinde yapılandırılmasına Sokrates'in yargılanmasından bir kaç yıl sonra başladığını, o nedenle düşünürü yargılayan jürinin 500 kişi olduğunu kabul eder. Yargılama oyların eşit çıkma ihtimali bulunan jürilerle yapıldığı dönemde, eşitlik sanık lehine yorumlanır ve kişi beraat ederdi. Brickhouse, Smith 2004, s.75-76

¹⁴ Arif Müfid Mansel, *Ege ve Yunan Tarihi*, TTK, Ankara, 1971, s.383; Henry B. Mayo, *Demokratik Teoriye Giriş* (Çev. E. Kongar), Türk Siyasi İlimler Derneği Yayınları, Ankara, 1964, s.33; Alaeddin Şenel, *Eski Yunanda Siyasal Düşünüş*, AÜSBF Yayını, Ankara, *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)*

Demokratik rejim yeniden kurulduğunda, *genel af* ilan edilerek oligarşik devrim yanlılarının yargılanmayacağı esası benimsendi. Ancak bu durum, halkın demokratik rejimi yıkanlara karşı duyduğu kini söndüremedi. Demokrasi karşıtı bu hareketin öncüleri arasında Sokrates'in öğrencileri de vardı. Pek çok kişi, demokrasiye yönelttiği ağır eleştirilerle Sokrates'in oligarşik devrimi teşvik ettiği kanısındaydı. Her ne kadar eyleme doğrudan katılmamış ve oligarşik yönetime mesafeli davranmışsa da, bazı Atinalılar demokrasinin korunması için Sokrates'in sürgüne gönderilmesi gerektiğini düşünüyordu.¹⁵ Platon'un aktardığına göre, Sokrates, savunmasında oligarşik rejimin haksız buyruklarını yerine getirmediğini ve bu davranışı nedeniyle, eğer demokrasi yeniden tesis edilmeseydi *Otuzlar Yönetimi* tarafından ölüm cezasına çarptırılacağını vurgulamıştır.¹⁶

İ.Ö.404'te kurulan oligarşik yönetim, sekiz aylık iktidar süresince korkunç bir terör dalgası estirmiş; demokrasinin yeniden tesis edilmesi süreci de oldukça vahşi uygulamalara sahne olmuştu. Bu olağanüstü dönemde, Sokrates'in hem demokrasi hem de oligarşi yanlıları arasında dostları vardı. Oligarşik rejimin onu hukuka aykırı bir işi yapmakla görevlendirmesi üzerine çekip memleketine gitmiş, demokrasi yeniden tesis edilirken de aktif bir görev almamıştır.¹⁷

Savunma

Sokrates, jüri üyelerinin çoğunluğunun onu felsefi düşüncelerinden değil, sokakta dolaşan dedikodulardan tanıdığını varsayarak savunmasına başlar. Öyle anlaşılıyor ki, ortalama bir Atina yurttaşının zihnindeki Sokrates imgesi, çağımız insanın zihnindekinden çok farklıdır. O dönemdeki imgeyi, Aristofanes'in yargılama tarihinden 24 yıl önce yazdığı *Bulutlar* adlı komedisi şekillendirmiştir. Bu oyununda yazar, Sokrates'i Atina'nın yerleşik değerlerine saldıran, gençleri baba ve devlet otoritesine karşı provoke eden yıkıcı bir "sofist" olarak tasvir eder. Aristofanes'e göre Sokrates, yaşadığı

1968, s.76-77. Oligarşi yanlılarının demokratik rejimi yıkmak için düşmanla işbirliği yapması sık görülen bir durumdur. Yaşlı Oligark, *Atinalıların Anayasası* isimli yazısında, Atinalıların genellikle düşman saldırısı tehlikesine pek aldırmaaksızın özgürce yaşadıklarını, ancak kendi içlerindeki oligarşi yanlılarının düşmanla işbirliği yapıp kentin kapılarını düşmana açma tehlikesiyle karşı karşıya bulduklarını belirtir (s.15.)

¹⁵ Brickhouse, Smith 2004, s.91-97; Şenel 1968, s.155-157; Mayo 1964, s.33

¹⁶ Platon 1982, s.28-29 (*Sokrates'in Savunması*, XX: 32)

¹⁷ Taylor 2002, s.19-20

kentin demokrasisine düşmandır, askeri oligarşi ile yönetilen Sparta hayranıdır ve Peloponez Savaşı'nda (İ.Ö.431-404) Atina'yı değil, Sparta'yı desteklemiştir.¹⁸

Aristofanes, oyunda Sokrates'e şunları söyletir: “*Tanrılar mı? Bizim okulumuzda tanrıların yeri yoktur.*”¹⁹ “*Zeus da kimmiş? Saçmalama, Zeus diye bir şey yok!*”²⁰ Oyunda, saplandığı borç batağından kurtulmak için alacaklılarına karşı laf cambazlığı sanatını öğrenmek üzere Sokrates'in öğrencisi olan orta yaşlı bir adam, en sonunda yanlış yaptığını anlar ve hatasını düzeltmeye çalışır: “*Ahh! Ne kadar aptalmışım. Sokrates yüzünden tanrıları inkar ettim. Fakat Hermes! Lütfen bana kızma. Başkalarının sözleriyle yolumu şaşırdığım için beni affet. Acaba ne yapmamı istersin. Belki de şikayet ederek onları mahkemeye verebilirim. Ama hayır dava açmak yerine bu insanların evlerini yakmamı önererek güzel bir fikir veriyorsun.*”²¹ Aristofanes'in bu oyunda Sokrates'e layık gördüğü, yargılanmak değil; yakılan evin içinde dumandan boğularak ölmektir.

Sokrates, savunmasında, ilk olarak aleyhinde bir ceza davası açılmasının nedenlerini irdeler: Atina için kutsal kabul edilenler de dahil olmak üzere, her şeyi sorgulamasının yurttaşlar arasında huzursuzluk yarattığını, özellikle de, bilge, akıllı ve üstün nitelikli sayılan insanların gerçekten öyle olmadıklarının ortaya çıkartılmasının kendisine pek çok düşman kazandırdığını söyler. Peki, her geçen gün düşmanlarının sayısını arttıran bu tutumundan neden vazgeçmemektedir? Sokrates, bu araştırma ve sorgulamalarının tanrısal bir görev olduğunu belirtir: Bir gün, bir Atinalı dünyanın ve evrenin merkezi kabul edilen Delfi'deki kutsal tapınağa gider. Tapınağın kahinine şunu sorar: “*Dünyada Sokrates'ten daha bilge biri var mıdır?*” Kahin, “*yoktur*” cevabını verir. Sokrates, bu olay kendisine anlatıldığında çok şaşırdığını söyler ve jüriye şöyle seslenir: Ben bilge biri olmadığımı biliyorum, bu durumda acaba bize tanrının sesini duyuran kahin ne demek istemiştir? Hemen, benden daha bilgili birini bulup kahine götürmek için çevremdeki insanları araştırmaya başlıyorum. Bu araştırma ve sorgulamalarımda görüyorum ki, toplumun bilge olarak gördüğü bu insanlar, aslında çok bilgisiz ve yetersiz kişilerdir. Benim onlardan farklı olarak bildiğim

¹⁸ Brickhouse, Smith 2004, s.87-91

¹⁹ Aristofanes, *Bulutlar*, (Çev. F. Akderin), Mitos-Boyut Yayınları, İstanbul, 2010, s.69

²⁰ Aristofanes 2010, s.74 (*Bulutlar*)

²¹ Aristofanes 2010, s.110 (*Bulutlar*)

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

tek şey, bilge biri olmadığımı bilmektir. Bu konu üzerinde biraz düşününce, tanrının bana insan bilgisinin yetersizliği konusunda toplumu aydınlatma, kendini bilge sananlara hiç te öyle olmadıklarını gösterme görevi verdiği sonucuna ulaştım.²²

Ceza Tayini

Suçlama 220'ye karşı 281 oyla kabul edildi. Sıra verilecek cezanın belirlenmesine gelmişti. Atina'da cezalandırma şu şekilde olurdu: Halk jürisi sanığı suçlu bulan bir karar verdiğinde, hem suçlayan, hem de suçlanan kişi birer ceza önerirdi. Mahkeme bu önerilerden birine karar verir, farklı bir cezaya hükmedemezdi.²³ Suçlama ölüm cezasını önermekle birlikte, muhtemelen kimsenin Sokrates'in ölmesini istediği yoktu. Beklenen; bu öneri karşısında Sokrates'in sürgün cezası isteyeceği ve halk jürisinin de onu sürgüne göndereceğiydi. Sokrates, ölüm cezasına alternatif olarak sürgün, hapis ya da para cezası önerebilirdi, ama bunu yapmadı. Platon, kitabında, Sokrates'in şöyle söylediğini yazar:

“İçeri atılmayı mı seçeyim? Cezaevinde, boyuna başımda dikilen gardiyanların, yılın yargıçlarının, On birlerin kölesi olarak niye yaşayayım? Para cezasına, para cezası ödeninceye değin hapislik cezasına mı çarpılayım? Bu da cezaevine girmekle bir kapıya çıkar; salıverilmem için gerekli param yok çünkü. Sürgün cezasını mı önereyim? Sizin usunuzdan da geçen budur belki? Ama benim kendi hemşerilerim olan sizler bile, artık benim konuşmalarına, sözlerime katlanamazken, bunları çekilmez ve iğrenç bulurken, başkalarının, yabancıların bana katlanıvereceklerini umacak denli düşüncesiz olmak için yaşama tutkusunun gerçekten gözlerimi bürümüş olması gerek.”²⁴

²² Platon 1982, s.15-18 (*Sokrates'in Savunması*, V-X: 21-24) Delfi Kahini ile ilgili hikaye hem Platon'un, hem de Ksenofon'un metninde geçmektedir. Ancak bu iki yazar hikayeyi farklı biçimde yorumlamışlardır: “Xenophon'a göre, Kahin, hiç kimsenin Sokrates'ten daha özgür ruhlu veya daha adil veya öz-kontrollü olmadığını söylemiştir... Platon'a göre ise, Kahin, hiç kimsenin Sokrates kadar bilge olmadığını ve Sokrates bilgeliğinin kendini bilme ile özdeş olduğunu söylemiştir. Xenophon hikayeyi, kendi çizdiği Sokrates portresinin ahlaki erdemlerini desteklemek üzere kullanırken, Platon, Sokratesçi çapraz incelemeyi, kutsal bir misyonun yerine getirilmesi ve bu yüzden üstün bir dindarlık eylemi olarak sunmak üzere kullanır.” Taylor 2002, s.29

²³ Taylor 2002, s.21

²⁴ Platon 1982, s.34 (*Sokrates'in Savunması*, II: 27)

Sokrates savunmasında alternatif bir ceza önermediği gibi, atılı suçtan aklanmasını sağlayacak esneklikte bir uzlaşma çabası da göstermemiş, serbest bırakıldığında aynı suçu (?) işlemeye devam edeceğini vurgulamıştır: “*Sokrates, Anytos’u dinlemeyerek salıvereceğiz seni, ancak bir koşulla; ‘artık bundan böyle insanları sınamayacak, sorguya çekmeyecek, filozofluk etmeyeceksin, bu koşulu yerine getirmezsen öleceksin’ deseniz, beni bu koşulla salıverseniz şöyle yanıtlarım sizi: Atinalılar, saygı ve sevgim vardır sizlere. Ama ben size değil, tanrıya boyun eğirim daha çok. Son çözümuma değin elimden geldiğince felsefe ile uğraşmaktan, sizleri buna yönlendirmekten, felsefeyi öğretmekten geri durmayacağım.*”²⁵

Son derece iğneleyici, alaycı ifadelerle, kendisi için ne sürgün, ne para, ne de hapis cezası önermeyi reddetmesi üzerine, Mahkeme, Sokrates’i aklamak ya da ölüm cezasına çarptırmak yönünde bir karar vermek durumunda kaldı. İkincisini yaptı. Jüridekilerin çoğunluğunun beklentisi Sokrates’in bağışlanmayı talep edeceği veya kendisine ölüm cezası dışında daha hafif bir ceza isteyeceği yönündeydi. Sokrates ise cezalandırılması değil, ödüllendirilmesi gerektiğini söyledi:

“Bu adam ölümümü istiyor. İster ya. Buna karşılık ben neyi ileri süreyim?.. Ben bir siyaset adamı olmak için fazla özü sözü doğru olduğumu düşünerek, size ve kendime iyilik etmemi engelleyecek hiçbir yola sapmadım. Tam tersine, hepimize iyilik etmemi sağlayacak bir yolu seçtim, herkesin kendini düşünmekten, kendi çıkarlarının ardında koşmaktan önce erdemi, bilgeliği araması gerektiğini, devletin sırtından yararlanmaya bakmazdan önce devlete bakması gerektiğini sizlere benimsetmeye çalıştım. Her alanda bu ilkelere göre davranmak gerektiğini söyledim. Böyle bir kimseye ne yapılır? Bir armağan verilmez mi?.. Sizi yetiştirmek, aydınlatmak için bol vakti gerekseyen, yoksul bir iyiliksevere yaraşık olan nedir? Böyle bir adama yapılacak olan en iyi şey, onu Prytaneion’da beslemektir.”²⁶

Sokrates’in, kendisi için bir ceza belirlemek yerine, hükümet konağında yaşamı boyunca ücretsiz yemekle ödüllendirilmesi talebi jüri üyelerini olumsuz etkiledi. İlk oylamada Sokrates lehine oy kullanan bazı jüri üyeleri, küserek karar değiştirdi. İlk oylamadaki sonuç 220’ye karşı 281

²⁵ Platon 1982, s.25 (*Sokrates’in Savunması*, XVII: 29)

²⁶ Platon 1982, s.3 (*Sokrates’in Savunması*, XXVI: 36)
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

iken, cezanın tayin edildiği ikinci oylamada sonuç 140'a karşı 361 oldu.²⁷ Ksenofon'a göre, Sokrates ölüm cezasından kurtulmak için herhangi bir çaba göstermedi; hatta bu cezaya çarptırılmasını arzu etti. Arkadaşı Hermoneges'in dava için bir savunma yazılması ve hazırlık yapılması önerisini ret etti; “doğruluktan hiçbir zaman şaşmamış bütün yaşamım, en iyi savunmadır” dedi. Ayrıca, artık yaşlandığını, giderek gözlerinin az görmeye, kulaklarının az işitmeye başladığını, yakında zihinsel kapasitesini de yitirmeye başlayacağını ileri sürerek, içindeki sesin kendisine, hakkında istenen cezanın infazının bu dünyadan ayrılmak için en doğru zaman ve ölüm için en kolay yol olduğunu söylediğini belirtti.²⁸

Ölüm cezasının infazı için geçen bir aylık sürede²⁹, birçok arkadaşı, Sokrates'e, kaçıp canını kurtarmasını öğütledi. Bu yolu seçseydi, büyük olasılıkla, onu gözetim altında tutan kamu görevlileri ses çıkarmayacaktı. O ise, yasalara karşı gelemeyeceğini belirtti. O güne dek, yasalarını beğendiği için Atina'da yaşadığını, şimdi yasalar aleyhine döndüğü için Atina'yı bırakıp gidemeyeceğini söyledi. Atina'da yaşamakla Atina yasalarına uyma sözü verdiğini, şimdi kaçmaya kalkmakla verdiği sözü tutmamış sayılacağını, kendisiyle çelişkiye düşeceğini belirtti. Yasalara uymanın yurttaşlık görevi olduğunu vurguladı.³⁰

Sokrates, olağan bir mahkemede, usule uygun biçimde yargılandı. 501 kişilik jüri üyeleri kurayla belirlenen sıradan Atina yurttaşlarıydı. Sokrates, yargılama aşamasında, mahkeme önünde kendini iki kez savundu. Savunması, dava bakımından mümkün olabilecek en iyi sonucu almaya yönelik değildi; O, bu iki konuşmayı yurttaşları eğitmek için yeni fırsatlar olarak gördü. Jüriye, “kamu yararı”, “adalet” ve “onur” gibi kavramların Atina halkının görüşlerinden bağımsız olarak var olduğunu açıklamaya

²⁷ Taylor 2002, s.21; Millet 2005, s.45-46

²⁸ Xenophon 2002, s.178-179 (*Socrates' Defence to the Jury*, 1-9)

²⁹ Ölüm cezasının infazı, normal koşullarda kararın hemen ardından gerçekleştirilirdi. Sokrates'in davası, her yıl kutsal Delos adasına yapılan dinsel bir seyahatin başlangıcına denk gelmişti. Yaklaşık bir ay süren seyahat boyunca cezaların infazının gerçekleştirilmesi yasaya aykırıydı. Platon'un aktardığına göre, bu bir aylık sürede bütün dostları kolayca Sokrates'le görüşebilmişti. Bkz: Platon 1986, s.11-12 (*Kriton*, 43-44); Taylor 2002, s.21-22

³⁰ Platon 1986, s.19-24 (*Kriton*, 50-54); Josiah Ober, 1998. *Political Dissent in Democratic Athens: Intellectual Critics of Popular Rule*, Princeton University Press, New Jersey, 1998, s.179 vd.; Egon Friedell, *Antik Yunan'ın Kültür Tarihi* (Çev. N. Aça), Dost Kitabevi, Ankara, 1999, s.235

çalıştı. Fakat bunda başarılı olduğu söylenemez. Atina halkının çıkarları ile uyumayabilecek bir durumun kamu yararına, adil ya da onurlu olabileceği düşüncesi yurttaşlara yabancıydı.³¹ Sokrates doğru ve adil olanı bulmak için Atina halkının yargısını değil, yalnızca kendi vicdanının sesini rehber edineceğini söyledi. Bu yaklaşım, kaçınılmaz biçimde, bireysel vicdanı, dinsel motiflerle yoğrulmuş halk iradesinin üzerine yükseltti. Bireysel vicdan ile kamu vicdanı arasında düşünürün kurduğu bu hiyerarşik ilişki, Atinalıların onaylayabileceği bir durum değildi.

Sokrates'in Yargılanması ve Siyasal Davalar

Sokrates'in Atina halkı için tehlikeli kabul edilen düşünce, inanç ve kanatları nedeniyle yargılanması, Atina yargısının bağımsız, tarafsız ve adil kararlar verme kapasitesini tartışmaya açmıştır. Kuşkusuz, o dönemde Atina'da ve dünyanın herhangi bir yerinde, *suçların ve cezaların yasallığı ilkesi* bugünkü anlamı ve kapsamıyla benimsenmiş değildi. Ancak, günümüz terimleriyle ifade ettiğimizde, "siyasal davalar" diyebileceğimiz dava türünde yargılamanın "hukuki" olduğunu bile söylemek zordur. Çok sık açılan ve genellikle kötüye kullanılan bu davalar üç suç tipini kapsıyordu: Bunlar; *anayasal düzeni yıkmaya teşebbüs, vatana ihanet ve siyasal rüşvet* idi. Önceleri Meclis'te görüşülen siyasal davalar, İ.Ö.355'ten itibaren mahkemede ele alınmaya başlanmış ve en az 501 kişilik jürilerle karara bağlanmıştır. Kaynaklarda, bu dava türü için çok sayıda kötüye kullanma iddiası vardır. Bunlardan birinde, savaşın kaybedilmesi üzerine panik içinde Atina'yı terk eden bir yurttaş, sekiz yıl sonra vatana ihanetten mahkûm olmuş, bir diğerinde de, Atinalı bir kadını baştan çıkarttığından kuşkulanılan kişi aleyhine, bu eylemin demokratik anayasal rejimi yıkıcı bir eylem olduğu iddiasıyla dava açılmıştır.³²

Bu tür davaların ünlü örneklerinden biri olan, İ.Ö.406'da altı amiralin yargılanarak haksız ve usule aykırı bir şekilde idam edilmesi, Atina demokrasisinin işleyişine yöneltilen en büyük eleştirilerden biridir. Bu olayda, Atina donanması Sparta donanmasına karşı büyük bir zafer kazanmış, fakat denize düşen 400 kadar askeri fırtına nedeniyle kurtarama-

³¹ Ober 1998, s.176-177

³² Hansen 1993, s.214; Harrison 1971, s.50-59
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

mıştı.³³ “Zafer müjdesiyle birlikte Atina’ya ulaşan bu felaket haberi sınırları çok gergin olan Atina halkını çileden çıkardı. Halk Meclisi’nde, donanmayı idare eden 6 amiral, esasında suçlu olmamakla beraber, mahkemeye verilip idama mahkûm edildiler ve Sokrates’in karşı koymasına rağmen hemen öldürüldüler.”³⁴ Sokrates, savunmasında bu duruşma sırasında toplu yargılama yapılmasının usulsüz olduğunu ve kimseye ceza verilmemesi gerektiğini söyleyen tek kişi olduğunu belirtir. ‘Böyle yaptığım için aleyhimde ceza davası açarak beni hapis veya ölüm cezasına çarptırılmakla tehdit ettiniz’ der. Bu tehditlerinize şöyle karşılık verdim: “*Benim ödevim, cezaevi ya da ölüm korkusuyla sizin haksız, eğri kararlarınıza boyun eğmek, sizden yana çıkmak değil, yasayla, doğrulukla sakıncayı sonuna değin göze almaktır.*”³⁵

Bu dava türü, mahkemelere siyasal liderler ve yöneticiler üzerinde büyük bir güç veriyordu. Kayıtları bulunan 130 davadan 60’ı yurttaş ve yabancılara, 34’ü generallere, 10’u yöneticilere, 9’u alt düzeydeki memurlara ve 19’u Meclis başkanlarına karşı açılmıştır. Özellikle generallere karşı açılan davaların çokluğu, tarihçileri ikileme düşürmüştür: Bu durum, Meclis’in yolsuz ya da vatan haini generalleri göreve getirmek gibi bir eğilimi olduğunu mu, yoksa Halk Mahkemesi’nin onurlu generalleri temelsiz gerekçelerle karalamak gibi bir tutumu olduğunu mu gösterir? Hansen’e göre, gerçek her iki olasılığı da içeriyor olabilir. Ancak Atina demokrasisinin en büyük zaafının temelsiz siyasal yargılamalar olduğu bir gerçektir. 30.000 civarında yurttaş kitlesi olan Atina’da açılan bu tür davalar, milyonlarca kişiden oluşan günümüz devletleri için bile yüksek rakamlardır. Nasıl ki, siyasal liderler ve yöneticilerden hesap sorulamaması oli-

³³ Aristoteles 1941, s.59 (*Atinalıların Devleti*); Şenel 1968, s.76; Held 1987, s.24-28; Friedell 1999, s. 192

³⁴ Mansel 1971, s.336-7 Ksenofon, *Yunanistan Tarihi* isimli kitabında belirttiğine göre, Atinalılar, daha sonra bu karardan pişmanlık duymuştur. Amiraller için tek tek yargılama yapılmayıp, topluca ölüme mahkûm edilmeleri yasalara aykırıydı. Yargılama sürecinde bu yöntemi öneren ve amirallere haksız suçlamalar yönelten kişiler sonradan tutuklanmış, fakat bir şekilde kaçmayı başarmıştır. Çok sonra, bu haksız mahkûmiyete öncülük edenlerden biri (Kallixenos) Atina’ya geri döndüğünde nefretle karşılanmış, dışlanmış ve açlıktan ölmüştür. Atinalılar, bu olaydan hareketle, demokratik kurumların yanıtılarak geri dönüşü olmayan yanlış kararlar vermesinin önüne geçecek yeni düzenlemeler getirmiş, yasalara ve usule aykırılığın önüne geçmeye çalışmıştır. Ksenofon’un bu olayı anlattığı bölüm, Held’in kitabında yer almaktadır (1987, s.24-27).

³⁵ Platon 1982, s.28 (*Sokrates’in Savunması*, XX: 32)

garşilerin bir zaafı idiyse, haksız siyasal davalarla yöneticilerin mahkum edilmesi de Atina demokrasisinin bir kusuruydu.³⁶

Sokrates'in aleyhindeki suçlamalar (sitenin tanrularına saygısızlık etmek, yeni tanrılar yaratmak, gençleri yanlış yola sürüklemek) çok geniş biçimde yorumlanmaya ve tamamen siyasal güdülerle bir karar oluşturmaya elverişliydi. Sokrates'in, aslında, demokrasi karşıtı düşünceleri olan yakın arkadaşlarının davranışları yüzünden suçlandığı ve mahkum edildiği kanaati, Platon'un yazılarında açık olmamakla birlikte, dönemin kaynaklarında belirtilmiştir. Bazı Atinalılar, *Alcibiades* ve özellikle demokrasiyi yıkan *Otuzlar Yönetimi* üyelerinden biri olan *Kritias* üzerinde Sokrates'in büyük etkisi olduğunu düşünüyordu. Atinalı ünlü hatip *Aeschines*, "Timarchus'a Karşı" adlı söylevinde "siz Atinalılar, demokratik rejimi yıkan *Otuzlar'dan biri olan Kritias'ı eğittiği için sofist Sokrates'i öldürdünüz*" der.³⁷

Sokrates'in aristokrasi yanlısı görüşleri ve demokrasiyi yıkan oligarşik cuntanın bazı üyelerine geçmişte hocalık yapmış olması, muhtemelen, yargılamayı yapan halk jürisinin zihninde, iddianamede belirtilen eylemlerin yalnızca resmi kült statüsündeki *tanrulara saygısızlık* değil, *demokratik anayasal düzeni yıkmaya teşebbüs* veya *vatana ihanet* kavramlarını çağrıştırmıştır. Peki, Sokrates demokrasi karşıtı mıydı? Atinalılar Sokrates'i dava ederken demokratik rejimi korumak amacıyla mı hareket ediyorlardı? Tarihçi *Tukididis*, o dönemde Atinalıların, Sokrates'in de içinde olduğundan şüphelendikleri olası bir oligarşik darbeden ürkmüş olduklarını belirtir. Yazara göre, Sokrates'in cezalandırılması yönündeki çabalar, yalnızca geçmişte yapılan eylemlerin hesabının sorulması değil, gelecekte meydana gelecek muhtemel bir antidemokratik kalkışmanın da önlenmesini hedefliyordu. Ancak geleceğe dönük bu tehlike, gerçek olmaktan çok, dayanakları sağlam olmayan bir endişeydi. Kuşkusuz, somut ve yakın bir tehlike yaratmasa da, hem Platon'un, hem de Ksenofon'un metinlerinde, Sokrates'in Atina'da uygulanan doğrudan demokrasinin bazı ilke ve kurumlarına

³⁶ Hansen 1993, s.218

³⁷ T. E. Page (Ed.), *The Speeches of Aeschines* (Trans. C. D. Adams), William Heinmann Ltd, London, 1958, s. 139 (*Against Timarchus*, 173) Stone da aynı kanaattedir: "Nihai tahlilde Sokrates'in başını belaya sokan, felsefi ya da teolojik görüşleri değil de siyasi görüşleri olmuştu." Isidor Feinstein Stone, *Sokrates'in Yargılanması* (Çev. M. Atalay), İz Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.191
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

tümüyle karşı olduğu ve bu yöndeki görüşlerini ölünceye dek muhafaza ettiği açık görünmektedir. Düşünür, özellikle, kamusal görevlere gelmenin kura yöntemine bağlanmasını ve yasama sürecinde niteliğine bakılmaksızın tüm yurttaşlara bir oy hakkı verilmesini şiddetle eleştirmiştir. Sokrates'e göre, Atina niteliksiz çoğunluklar veya kuradan çıkan herhangi biri tarafından değil, erdemli ve bilgili uzmanlar tarafından yönetilmeliydi. Kamu görevlilerinin belirlenmesinde başlıca yöntemler olan kura ve seçim ise, nadiren bu tür insanların göreve gelmesine imkan tanır.³⁸

Atina demokrasisi, mahkemelerinin hukuki değil, *siyasal kararlar* vermeleri nedeniyle çok eleştirilmiştir. Bu, yanlış bir saptama değildir. Yine de bir düzeltme yapmak gerekiyor: Günümüzde bir mahkeme kararının hukuki değil, siyasi olduğunu söylediğimizde, genellikle, bir biçimde siyasal iktidarın yargıya müdahale ederek onu etkisi altına aldığını ve bu şekilde verilen kararı belirlediğini kastederiz. Oysa Atina'da, Halk Mahkemesi kararları bakımından böyle bir durum kesinlikle söz konusu değildi. Site içinde bir mahkeme şeklinde toplanan Atina halkına baskı yapacak, onu etkileyecek herhangi bir iktidar odağı yoktu. Siteyi yöneten, bazen mahkeme, bazen meclis şeklinde toplanan ya da çeşitli magistralıklarda görev alan Atina halkıydı. Sitenin bütün kurumları siyasal faaliyette bulunan halk olarak görülür, halkın üstünde bir iktidar ya da devlet kavramı bilinmezdi. Ne Beşyüzler Konseyi'nin ne de herhangi bir magistranın mahkemeye emir vermesi ya da telkinde bulunması düşünülemezdi. Kurumlar arasında bir iktidar yarışından ya da üstünlükten söz edilecekse, mahkeme olarak toplanan Atina halkının üstünde bir otorite yoktu. Halk Mahkemesi meclis kararlarını denetleyebilir, yasaları iptal edebilir, devlet başkanı ve ordu komutanları dâhil tüm yöneticileri kolayca yargılayabilirdi. Anayasal düzeni yıkmaya teşebbüs, vatana ihanet ve siyasi rüşvet davalarının hukuki bir zeminden çok siyasal düzeyde ele alınıp sonuçlandırıldığı tartışmasız da, mahkemelerin bağımsızlıkları ve baskıdan uzak oluşları, rejimin doğası gereği mükemmeldi. Günümüzle bir karşılaştırma yap-

³⁸ Paul Millet, "The Trial of Socrates Revisited", *European Review of History*, Vol.12, No.1, March 2005, s.37-39. "Sokrates ne oligarşi, ne de demokrasi taraftarıydı... Sokrates'in ideali; ne azınlık, ne de çoğunluğun -Ksenofon'un *Memorabilia*'sında Sokrates'in dediği gibi- bilen kimsenin yönetimidir. *Memorabilia*'da Sokrates kendisini, var olan bütün hükümet formlarına karşıt olarak gösterir. Her birini tek tek maddelendirir ve reddeder." Stone 2010, s.24-25

mak gerekirse, mahkemelerin tam bağımsız olduklarını ama siyasal davalarda genellikle tarafsız ve adil olmadıklarını söylemek mümkündür.

Sokrates'in Yargılanması ve İfade Özgürlüğü

Günümüzde yaygın kanı, doğrudan demokrasi ile yönetildiği dönemde Atina yurttaşlarının ifade özgürlüğünden yararlanamadıkları, sitenin resmi görüşünün dışına çıkmanın mümkün olmadığı yönündedir. Bu görüş, özellikle Sokrates'in yargılanması örnek gösterilerek temellendirilir. Sokrates, savunmasında, “*size doğruyu söylüyorum diye kızmayın bana: Size ya da bir başka kamutaya yiğitçe karşı koyan, devletteki haksızlıkları, yolsuzlukları, eğrilikleri önlemek isteyen bir kimse canını kurtaramamıştır daha*”,³⁹ diyerek rejimin hoşgörüsüzlüğünü eleştirmiştir.

Yurttaşların görüşleri nedeniyle ölüm cezasına (ya da daha hafif cezalara) çarptırılması, Atina demokrasisi bakımından istisnai bir durumdur. Yukarıda vurgulandığı üzere, Sokrates'in yargılanmasından birkaç yıl önce, demokratik rejim oligarşik bir devrimle yıkılmış, daha sonra, güçlükle yeniden kurulabilmişti. Demokrasiye karşı yeni bir ayaklanma tehlikesi mevcuttu. Her ne kadar, Sokrates demokrasinin şiddet kullanılarak yıkılmasını savunmamış olsa da, öğrencileri düşünürün “barışçı” eylem öğüdüne pek sadık kalmamıştır. Bu koşullar altında, Atinalılar Sokrates'i bir süre siteden uzaklaştırmayı düşünerek hareket etmiş görünüyor. Ancak Sokrates, yargılama sırasında suçlayanlar ve jüri ile dalga geçmiş; kendi ceza önerisi olarak devlet hesabına ömür boyu bakılmayı, ödeme gücü olmadığı için yalnızca *bir mina* para cezasına çarptırılmayı önermiştir. Jüriye, “*ben tanrının devletin başına tebelleş ettiği bir at sineğiyim; her gün her yerde dürtüyor, uyarıyor, azarlıyorum, ardınızı bırakmıyorum*”⁴⁰ şeklinde seslenerek, adeta verilen cezayı talep etmiştir.

Sokrates'in yargılanması, demokratik rejime yönelen tehditler nedeniyle, (modern bir benzetme yapmak gerekirse) bir tür *McCarthyçiliğin* egemen olduğu, olağanüstü bir dönemde gerçekleşmiştir.⁴¹ Bu döneme

³⁹ Platon 1982, s.28 (*Sokrates'in Savunması*, I:19)

⁴⁰ Platon 1982, s.27 (*Sokrates'in Savunması*, I:18)

⁴¹ Yargılamanın yapıldığı dönemin genel görünümü şöyledir: “M.Ö. 399 yılında Atina, tarihinin en korkunç bunalımlarından yeni çıkmıştı. Yıllarca süren Peleponnesos Savaşı, utanılacak bir yenilgi, kent nüfusunun yarısına yakını kırıp geçiren veba salgını, donanmanın yok edilişi, işgalci orduların kentin destansı surlarını yıkışı, korkunç bir karaba-YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

dek, düşünür, demokrasiyi eleştiren görüşleriyle birlikte, Atina'da onurlu biçimde 70 yaşına kadar yaşamıştır. Öğrencisi Platon, kesin bir demokrasi düşmanı kimliğiyle ve Sparta'nın askeri oligarşik rejiminin hayranı olarak, Atina'daki Akademi'sinde tam bir özgürlük içinde derslerini verebilmiştir. Atina demokrasisi, muhaliflerine karşı genellikle hoşgörülü idi. Hem yurttaşlar, hem de yerleşik yabancılar, bir kısıtlamaya uğramadan düşüncelerini açıklamakta serbestti. *Demosthenes*'in İ.Ö.355 tarihli bir konuşmasında belirttiği gibi, demokratik Atina ile askeri oligarşik rejime sahip Sparta arasındaki fark, Atina'da demokrasiyi kötüleyip Sparta'nın rejimini yüceltmenin serbest olmasına karşılık; Sparta'da, bu sitenin rejimi dışında bir rejimi savunmanın yasak olmasıdır.⁴² Bazı hukukçulara göre, Sokrates, 19. yüzyılın ilk yarısına kadar, yargı sistemiyle övünen İngiltere'de yargılan saydı, sonuç daha kötü olurdu.⁴³

Atina demokrasisinin farklı görüşlere tanıdığı hoşgörünün sınırlarını göstermesi bakımından, *Kleon*'un *Aristofanes*'e karşı açtığı dava iyi bir örnektir. *Kleon*, rakibi *Perikles*'in ölümünden sonra, İ.Ö.429'da, en önemli siyasal lider oldu ve tüccar sınıfının çıkarlarını savundu. Atina'nın yayılmacı, savaşçı, saldırgan dış politikasını sürdürmeye çalıştı. Yazdığı siyasal komedilerle ünlü *Aristofanes* ise, emperyalist ve savaşçı politikaya karşıydı. Oyunlarında, diğer Yunan siteleriyle barış yapılmasını ve onlar üzerinde kurulan tahakkümden vazgeçilmesini savundu. *Kleon*, *Babililer* komedisinden ötürü *Aristofanes*'e karşı ceza davası açtı; onu temsilde hazır bulunan yabancı elçiler önünde Atina sitesini küçük düşürmek, bugünkü anlamıyla *hükümetin manevi şahsiyetine hakaret* etmekle suçladı. Söz konusu oyunda, *Kleon*, diğer sitelerden çalmış olduğu beş altını Atlıların dayacağı altında kusarken gösterilmişti. Davayı *Aristofanes* kazandı. Bununla yetinmeyip sonraki oyunlarında *Kleon*'a yönelik eleştirilerini arttırdı. *Kleon*, *Atlılar* oyununda, kendini, halkı yıkıma sürükleyen bir sahtekâr olarak seyretmek zorunda kaldı. Bir yazarın belirttiği gibi, “zamanımızın hiçbir

san gibi aylarca süren zorbalık yönetimi ve iç çatışmalar halkı perişan etmişti.” Anıl 1990, s.212 Ayrıca bkz: Millet 2005, s. 31-32

⁴² Hansen 1993, s.25. Arblaster, Sokrates'i suçlu bulan kararın 220'ye karşı 281 oyla alınmasını dikkate alarak şu yorumu yapmaktadır: “...Bu birbirine yakın olan sonuçlar gösteriyor ki, karar, kendini kaybederek galeyana gelmiş halktan çıkmamıştı. Sokrates aleyhinde verilen bu acımasız kararın, Atina demokrasisinin kendi eleştirmenlerine ve hatta kendi içindeki düşmanlara karşı takındığı tavır olduğu iddia edilemez” (1999, s.33).

⁴³ Mayo 1964, s.33, dipnot 3'te belirtilen kaynaklar.

sanatçısı Aristophanes kadar özgür ve yürekli olamaz, çünkü hiçbir çağdaş devlet, sanatçıya fikirlerini bu kadar açık şekilde söylemek hakkını vermez.”⁴⁴

Atina’da herkesin düşüncelerini özgürce ifade edebildiği iddiası, yalnızca Demosthenes ya da Perikles gibi demokratların paylaştığı bir görüş değildir. Dönemin muhalifleri de aynı görüşteydi. *Yaşlı Oligark*, Atina demokrasisini kıyasıya eleştirdiği yazısında, rejimin yalnızca yurttaşlara değil, yerleşik yabancılar ve kölelere bile geniş bir özgürlük alanı yarattığını ve konuşma özgürlüğüne sınır koymadığını belirterek şöyle demiştir: “Herkes konuşma hakkı ve kurulda bir sandalye vermenin hata olduğu itirazı yapılabilir. Bunlar, topluluğun çiçeği olan en akıllılara ayrılmalıydı denebilir. Fakat yine, burada da görülecektir ki, (Halkın) en aşağılık takımına bile konuşma hakkı tanımakla, bilgece bir düşünceye göre hareket edilmiştir: çünkü yalnız daha iyi kişiler konuşabilse ya da kurulda yer alabilse, nimetler de bunların benzerlerine dağıtılır, avama ise nimetlerin tersi düşerdi.”⁴⁵

Atina demokrasisi, farklı görüşleri susturmaya, resmi doğruları sap-tayıp yurttaşlara benimsetmeye çalışan bir rejim değildi. Halk Meclisi’nde ve sitenin diğer kurumlarında, her yurttaş görüşlerini tam bir serbestlik içinde ifade edebilirdi. Atinalılar bu serbestlikle yetinmemiş; yurttaşların düşünce ve kanaatlerini oluşturabilmesi için, farklı görüşleri öğrenebilecekleri kamusal mekânlar yaratmıştır. Pazaryeri, dinsel mekânlar, sokaklar site işlerinin sürekli konuşulduğu yerlerdi. Bu mekânlar, kamuoyu oluşturmak bakımından, bugünkü medyanın yerini tutardı. Atinalıların, yurttaşların düşünce ve kanaatlerini serbestçe oluşturmalarına verdikleri önemi en iyi yansıtan kurum ise, site tarafından finanse edilen *tiyatro* idi. Özellikle

⁴⁴ Azra Erhat, “Giriş”, *Aristophanes, Barış Oyunları*. (Çev. S. Eyüboğlu, A. Erhat), Hürriyet, İstanbul, 1975 s.14. Erhat’ın şu tespiti de önemlidir: “Aristophanes kimseyi esirgemez, Demos’u (yurttaşları) bile alegorik bir kişi olarak fena halde alaya alır. Atina halkı kendisini bütün kusurları ve zaafı ile gülünç bir kılıkta sahnede gördüğü zaman, şairi taşlamaya kalkışmamış, komediasına birincilik vermiştir. Buna demokrasi mi, özgürlük mü, sanata saygı mı, ne dersiniz deyin.” Aynı yerde, s.15

⁴⁵ Yaşlı Oligark, “Atinalıların Anayasası” (Çev. M. Tunçay), *Batı’da Siyasal Düşünceler Tarihi-1*, (Der. M. Tunçay), AÜSBF Yayını, Ankara, 1969, s.9. Demokrasiyi yeren ve *Atinalıların Anayasası* başlığını taşıyan bu metin Ksenophon’un eserleri arasında bulunmuşsa da, ona ait olmadığı kesindir. O nedenle, asıl kimliği bilinmeyen yazara *Yaşlı Oligark* denmiştir.

siyasal komedi, tümüyle eleştirel bir bakış açısıyla sahnelenirdi. Komedi yazarları, genellikle demokrasinin ılımlı muhalifleri olurdu. Onlardan beklenen, ifade özgürlüğünün en uç sınırlarında özgürce dolaşarak, kamusal politikalarda yurttaşların kolayca göremeyeceği yanlışlıkları, çelişkileri bulup çıkarmaktı.⁴⁶

Önemli festivallerde sahnelenen bir oyunu, toplumun her kesiminden yaklaşık 17.000 yurttaş izlerdi. Eleştirel komediler, yurttaşlara “şu görüşü kabul et” ya da “şu yönde oy ver” biçiminde belirli bir görüşü aşılayacak biçimde yazılmazdı: Konunun değişik boyutları göz önüne serilir, olumlu ve olumsuz yönleri vurgulanırdı. Rejimin eleştirisi, tiyatro aracılığıyla, demokrasi içinde kurumsallaştırılmıştı. *Aristophanes*, bu görevi en iyi biçimde yapan yazarlardan biridir. Yazdığı komediler, ağırlıklı olarak yeni değerlerin, demokrasinin ve siyasal önderlerin eleştirisine dayanırdı. Bir yazarın deyişiyle, “o, gerçekte, halkı liderlerine ve kendisine gülmesi için cesaretlendirmek ve bu yolla yurttaş eğitime katkıda bulunmakla görevlendirilmişti.”⁴⁷

Eski Atina’da komedinin yararlandığı özgürlük ile günümüzde ifade, bilim ve sanat özgürlüklerine sağlanan güvenceleri karşılaştıran bir yazar şöyle diyor: “Özgürlüğü bayrak edinen çağdaş demokrasilerin hiç biri, eski Atina komediasındaki eleştiri ve taşlamanın en hafifine bile göz yumacak kadar hür ve geniş görüşlü değildir. Atina’nın beşinci yüzyıl demokrasisinden bugüne, Batı dünyası, özgürlüğü yasalarla, kurullarla kalıp ve çerçeveler içine almıştır. *Aristophanes*’in, her kurumu, her insanı hedef tutan taşlaması zamanımızda düşünülemez bile.”⁴⁸

⁴⁶ Ober 1998, s.125

⁴⁷ Ober 1998, s.126; Arblaster 1999, s.32. Aristofanes’in üstlendiği görevi başarıyla yaptığını ve çağdaşları tarafından çok beğenildiğini görüyoruz. Sirakuza hükümdarının ünlü filozof Platon’a, Atina’nın yasalarını hangi kitaptan öğrenebileceğini sorması üzerine, Platon, Aristofanes’in komedilerini okumasını öğütlemiştir. Bkz: Erhat 1975, s.12

⁴⁸ Erhat 1975, s.7-8. Friedell, Atina’da düşünce özgürlüğünün bu denli geniş oluşunu yorumlarken, “onur” duygusunun antik ve modern anlamları arasındaki farklılığa dikkat çekiyor (1999, s.252). Yazara göre, tiyatro ya da diğer kamusal mekânlarda yapılan konuşmalar, günümüz anlayışına göre çok ağır, müstehcen ve onur kırıcıydı. Yunanlıların hastalık derecesindeki şöhret düşkünlükleri, bu hakaret dolu sözleri nasıl kaldırılabildiklerinin bir açıklaması olabilir; çünkü hakaret dolu da olsa, kamusal mekânlarda adından söz edilmek başlı başına bir reklâmdı. “Tek bir antik komedyaya bile günümüze uyarlanarak temsil edilecek olsaydı, arapsaçı misali bir yığın tazminat davasına, sahne yasaklarına, karşılıklı suçlamalara ve benzeri şeylere yol açardı. Antikçağdaki hatiplerin en masum

Atina'nın, Yunan kentleri arasında, ifade özgürlüğü bakımından övünülecek durumda olduğunu gösteren başka pek çok kanıt gösterilebilir. Bununla birlikte, zaman zaman bazı filozoflara karşı görüşleri nedeniyle davalar açıldığı da bilinmektedir. Ancak, Sokrates davası dışında, bu davaların hiçbiri ölüm cezasıyla sonuçlanmamıştır. Tamamen siyasal güdülerle hareket eden bir kesimin, Atina için tehlikeli bulunduğu kişileri dinsizlikle veya tanrılara saygısızlıkla suçlaması, genellikle, sanığın artık daha sessiz kalacağı yönünde bir anlaşma ile veya kenti terk ederek davanın düşmesiyle sonuçlanıyordu. Sokrates'in çağdaşı olan yazarların veya bu davayı günümüzde yorumlayan uzmanların hemfikir olduğu konu, Sokrates'in, eğer isteseydi, açılan davadan daha hafif bir cezayla kurtulma veya ceza verildikten sonra Atina'yı gizlice terk etme imkanının bulunduğuydur. Davanın bu şekilde sonuçlanması Sokrates'in seçimidir ve bu seçimiyle düşünür hemşerilerine bir ders vermek istemiştir. "Öyleyse, Sokrates olayı nedeniyle, Atina'yı herhangi bir bağınaz Engizisyon kenti yapmaktan sakıncalı."49

Sokrates'in, savunmasını ifade özgürlüğüne dayandırmamış olması dikkat çekicidir. Stone'a göre, düşünür suçlamadan beraat etmek isteseydi, savunmasını ifade özgürlüğü üzerine inşa edebilir ve jüriyi ikna edebilirdi. Çünkü dava Atina'nın hukuk geleneğini özünden yaralayan bir suçlamayla lekelenmişti: "Atina Sokrates'i suçladığında kendi kendini inkar etmiş oluyordu. Sokrates'in yargılanışıyla ilgili paradoksal ve ayıp durum, konuşma özgürlüğüyle meşhur bir şehrin, söz konusu özgürlüğü kullanmaktan başka suçu olmayan bir filozofu suçlamış olmasıydı... Sokrates'in yargılanması fikirlerin suçlanması demektir... Sokrates müdafaasını konuşma özgürlüğü hakkı üzerine bina edip şehrin temel geleneklerine dikkat çekseydi, mütereddit jüriyi kolayından kendi lehine çevirirdi. Ne var ki, Sokrates konuşma özgürlüğü ilkesine hiç oynamadı."50

hukuk davalarında bile karşı tarafa nasıl hakaret yağdırdıkları hepimizin malumu. Sokrates'in zaman zaman bir eziyet haline gelen tanıtımlarına, bazı insanların tokatla karşılık vermiş olması, bu adamın onur ve itibarına en ufak bir leke sürmemiştir" (aynı yerde, s.51).

49 Andre Bonnard, *Antik Yunan Uygarlığı 2: Antigone'den Sokrates'e* (Çev. K. Kurtgözü), Evrensel Basım Yayın, İstanbul 2004, s.289

50 Stone 2010, s.273-274

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

Sokrates'in Yargılanması ve İnanç Özgürlüğü

Eski Yunan'da sitenin dini bir birlik olduğu, bu nedenle sitenin resmi dini dışında bir inanç sistemine bağlanmanın yasaklandığı görüşü yaygın olarak benimsenir. Sokrates'in yargılanarak ölüme mahkum edilmesi, bu görüşü destekleyen en önemli kanıtlar arasındadır. Gerçekten de, Sokrates Atina kentinin tanrılarına saygısızlık etmek ve yeni tanrılar yaratmakla suçlanmıştı. Platon, eserlerinde, Sokrates'in Atina'nın geleneksel inançlarına itaat etme, özel veya kamusal alanda bu inançların gerektirdiği ibadetleri yerine getirme konusunda nasıl davrandığına ilişkin hiçbir bilgi vermez. Bunun yerine, düşünürün, felsefi yaşamın kendisini, kişiliğimizi yetkinleştirmemizi isteyen bir tanrıya gösterilen itaat anlamında, dinsel faaliyetin daha yüksek bir düzeyi olarak gördüğünü kabul eder.⁵¹

Sokrates'in inançlarının Atina'nın geleneksel inançlarıyla farklılık gösterdiği pek çok kanıtla doğrulanabilir. Esasen, Yunan filozofların çoğunluğu için bu durum geçerlidir. Peki, Sokrates'in farklılığı, onu ölüme götürecekt kadar içinde yaşadığı toplumun inançlarıyla çelişki mi arz ediyordu? Sokrates, savunmasında, halk jürisine şöyle seslenir: *“Bir tanrının ya da tanrıl, kutsal bir belirtinin bana görüldüğünden söz açtığımı bir çok yerde işitmişsinizdir; hani Meletos'un alay yollu boyuna diline doladığı buydu suçlamasında. Bir çeşit ses olan bu belirti, çocukluğumda gelmeye başlamıştı bana. Bu ses beni hep görmek istediğim işlerden alıkor ama hiç mi hiç bu işlere zorlamazdı beni. Benim siyasetle uğraşmama karşı koyan işte bu sestir.”*⁵²

Ksenofon'a göre, Sokrates, hakkında ölüm cezası verildikten sonra jüriye yaptığı konuşmada, Zeus, Hera veya Atina'da tanınmış diğer tanrılarının yerine koyduğu yeni tanrılara kurban adadığı veya bağlılık yemini ettiği iddiasının kanıtlanamadığını söylemiştir.⁵³ Ksenofon'un metninde, Sokrates geleneklere bağlı bilge bir filozof olarak sunulur. Bununla birlikte, düşünürün yaşamı ve eylemi dikkate alındığında, Platon ve diğer yazarların metinlerine bakıldığında, Sokrates'in Atina'da resmi kült statüsündeki

⁵¹ Taylor 2002, s.30 Ksenofon ise, Platon'dan farklı olarak, Sokrates'in felsefi yaşam tarzını değil, geleneksel dindarlığını ve erdemini vurgular. Bkz; Taylor 2002, s.30

⁵² Platon 1982, s.27-28 (*Sokrates'in Savunması*, XIX:31) Ksenofon'un metninde de, Sokrates'in jüri önünde, içinden gelen kutsal sese uyduğunu, davranışlarına bu sesin yön verdiğini söylediği açıkça belirtilir. Bkz: Xenophon 2002, s.179-180 (*Socrates' Defence to the Jury*, 12-13)

⁵³ Xenophon 2002, s.182 (*Socrates' Defence to the Jury*, 24)

tanrılardan başka tanrıların varlığına inandığı, bu tanrı veya tanrılardan duyular aldığını iddia ettiği açık görünüyor. Böyle bir tutum, çok tanrılı inanç sisteminin geçerli olduğu bir toplumda bizatihi din karşıtı veya yasalara aykırı sayılamaz.⁵⁴ Tek tanrılı inanç sistemleriyle karşılaştırıldığında, doğası gereği, çok tanrılı inanç sistemleri farklı dinsel yorumlara veya yeni tanrıların icadına karşı çok daha toleranslıdır. Beşinci yüzyıl Atina'sında 40'tan fazla tanrı resmen tanınmıştı. Toplum, bu tanrılar topluluğuna yenilerinin eklenmesine karşı değildi; ancak yeni bir tanrının eskilerin yerini almasını değil, yalnızca onların yanına eklenmesini onaylıyordu. Sokrates'in duyular aldığını söylediği tanrı ise, adeta diğer tüm tanrılardan üstün ve bireysel vicdanın tek kılavuzu olarak sunulmaktaydı.⁵⁵

Günümüzde pek çok yazar, Atina'nın ve diğer tüm Yunan sitelerinin dini bir toplum olduğunu, dinsel tören ve festivallerin en önemli kamusal etkinlikler arasında yer aldığını, sitenin resmi tanrılarına saygısızlık etmenin kesinlikle yasaklandığını söyler. Bu tespitten çıkan sonuç, Yunan sitelerinde inanç özgürlüğünün bulunmadığı ve bireysel vicdanların devletin korkunç bir baskısına maruz kaldığıdır. Nitekim, bireysel vicdanının sesini dinleyen Sokrates idam edilmiştir. Bu görüşün, Atina'daki durumu yansıtmak bakımından pek başarılı olduğu söylemez. Bu tür yanlış yorumların nedeni, konuya günümüzde geçerli olan tek tanrılı dinlerin penceresinden bakılması, çok tanrılı inanç sisteminin farklılığının yeterince değerlendirilememesidir. Şimdi bu nokta üzerinde duralım.

Yunan dini (mitoloji) tanrı sözü değildi; öteki dünya ile değil, bu dünyanın değerleri ile ilgilenirdi. Hayal gücü geniş Yunan ozan ve düşünürleri tarafından geliştirilmişti. Herodot'a göre, Yunan din ve tanrı düzeni Yunan edebiyatının ilk iki ünlü ozanı *Homeros* ile *Hesiodos* tarafından uydurulmuş ya da yaratılmıştır. Kutsal yazıları dünyevi şiirlerden oluşan Yunan dini, en az Yunan dili ve destanı kadar bir sanat eseridir.⁵⁶

Yunanlılar, evreni tanrıların yarattığına inanmazdı; onlara göre, evren tanrıları yaratmıştı. Yunan tanrıları, ölümsüz olmaları dışında insanların daha güçlü, daha yetenekli benzerleri olarak kurgulanmıştı. Mitoloji, daha çok tanrılar ve tanrıçalarla ilgili öykülerden oluşmakla beraber, bir

⁵⁴ Millet 2005, s.34

⁵⁵ Millet 2005, s.35

⁵⁶ Friedell 1999, s.73; Hamilton 1990, s.11; Erhat 1977, s.2. Ayrıca bkz; J. K. Davies, *Democracy and Classical Greece*, Fontana Press, London, 1993, s.12. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)*

Kutsal Kitap değildi. Yunanlılar, Olimpos'daki ölümsüz tanrılardan korkardı; ama bu korku mistik, insan ruhunu boğan bir korku değildi. Tanrıların başkanı Zeus, ara sıra yıldırımlar yaratsa da, başkasıyla sevişirken karısına yakalandığında Yunanlıların gülmekten katılmasına neden olurdu. Tanrılarla insanlar arasında bir içtenlik vardı. Mitoloji, insanoğlunu evrenin en önemli varlığı durumuna yükseltmiş; her şeyi bilen, her şeyi yaratan, herkesin kaderini elinde tutan Bilinmeyen Varlığın yüreklere saldırdığı korkuyu ortadan kaldırmıştı. Rahipler, din adamları korkulacak insanlar değildi. Nerede yaşadığı, biçimi, gücünün sınırları belirsiz tanrılara, yaşlı, çirkin büyücülere yer yoktu. İlk Yunan mitologları, bir korku dünyasını bir güzellik dünyasına başarıyla çevirmiştir.⁵⁷

Her sitenin ayrı tanrıları olduğu gibi, site içindeki kabilelerin de özel tanrıları vardı. Yunanlılar, çeşitli gereksinimler ya da oluşan yeni görüşler nedeniyle, tanrılarının sayısını birçok kez arttırmıştır. Zamanla, Olimpos tanrıları bütün site halkları tarafından benimsendi.⁵⁸ Yunan halkları, savaşlardaki başarı ya da yenilgileri, üretimdeki verimliliği ya da kıtlığı, iyi ya da kötü giden işleri, genellikle Olimpos tanrılarının yardımı ya da gazabına bağlardı. Atinalılar demokratik rejime ve akılcı düşünürlere sahip olmakla beraber, din alanında belirli ölçüde eskiye bağlı kalmıştı. Olimpos tanrıları ile eski dinsel geleneklere karşı çıkan *Anaksagoras* ve *Protagoras* gibi düşünürleri sürgüne göndermişler, buna karşılık dini saflaştırmak ve ruhanileştirmek yönündeki monoteist eğilimleri hoş karşılamışlardı.⁵⁹

⁵⁷ Hamilton 1990, s.6-8. Friedell'e göre, Yunan tanrıları, "bir tanrıdan beklenen özelliklerin pek azına sahiptiler. Onlar, merhametli ve adil değildiler, aksine dalavere ve intikamla dolup taşarlar, taraf tutarlar, her yerde hazır ve nazır değillerse de, şimşek hızıyla her yere gidebilirler; her şeye kadir değillerdir. Özellikle aralarındaki rekabetten ve onlardan da üstün olan kader tanrıcaları Moira'lardan ötürü her şeyi de bilen değiller... bilakis yanıltıcı, bazen de neredeyse dar görüşlüdürler... Yeryüzünün hükümdarları değildiler, yaratıcısı ise hiç değil; bizzat yaratılmışlardır, bu nedenle doğum günleri bile kutlanır" (1999, s. 74-75).

⁵⁸ Bunlar Olimpos dağında yaşayan 12 kişilik bir tanrılar ailesiydi: 1) Zeus-başkan 2) Poseidon-Zeus'un erkek kardeşi 3) Hades - Zeus'un erkek kardeşi 4) Hestia - Zeus'un kız kardeşi 5) Hera - Zeus'un karısı 6) Ares - Zeus ile Hera'nın oğlu 7) Hephaisto - Hera'nın oğlu. Diğer beş tanrı, Zeus'un çocuklarıdır: Athena, Apollon, Afrodit, Hermes ve Artemis. Bkz: Hamilton 1990, s.12; Colette Estin, Helene Laporte, *Yunan ve Roma Mitolojisi* (Çev. M. Eran), Tübitak, Ankara, 2002, s.98-99; Nigel Rodgers, *Antik Yunan* (Çev. Ü. E. Uysal), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2014, s.382

⁵⁹ Mansel1971, s.339-40; Şenel 1968, s.4

Siteyi oluşturan mahalleler, dinsel festivallerde, Olimpos tanrılarına, sitenin tanrılarına ve kendi özel tanrılarına ibadet ederdi. Asıl bağlılık, siteyi ve oturlan yeri koruyan tanrıya karşıydı. Çok tanrılı bir sosyal yapıda, dinsel hoşgörünün bir boyutunun, siteyi oluşturan alt birimlerin özel tanrılarına ve tapınma biçimlerine karışmama anlamına geldiğini kabul edersek, Atina demokrasisinin bu konuda çok fazla eleştirilecek bir yönü bulunmamaktadır. Sitenin tanrılarını inkâr etmemek kaydıyla, başka tanrılara inanma serbestliği vardı. Atina demokrasisine inanç özgürlüğü konusunda yöneltilecek eleştirilerin bu denli sert oluşu, konuya tek tanrılı dinlerin perspektifinden bakılmasından kaynaklanıyor. Bugün için, resmi inanç sistemini reddetmemek kaydıyla tanınan dinsel hoşgörünün bir anlamı yoktur; ama eski Yunan dünyasının çok tanrılı anlayışında, bu politika belirli bir güvence sağlamaktaydı. Dinsel hoşgörüsüzlük, bir bütün olarak mitolojiyi ve dinsel gelenekleri alaya alan ya da akıl dışı saçmalıklar olarak nitelendiren düşünörlere yönelikti.⁶⁰

Atina demokrasisi, ruhani (dinsel) iktidar ile cismani (siyasal) iktidarın birbirinden ayrılmamış olması nedeniyle eleştirilmiştir. Bu iki iktidarın iç içe geçmiş olması, *baskıcı*, hatta *totaliter* bir siyasal sistem olarak yorumlanmıştır. Ancak Atina demokrasisi, o dönemin ya da sonrasının dini ve siyasal iktidarı elinde tutan hükümdarlıklarından farklıdır. Atina'da ruhani görevliler seçim ya da kurayla belirlendiği için, hiçbir zaman Kilise gibi kurumsallaşmış bir iktidar haline gelemedi. Atinalı rahip, sıradan bir devlet memuru olup, herhangi bir kutsallığa sahip değildi. Bir "aziz" olmadığı gibi, vaiz ya da eğitmen de değildi. Zaten Yunanlılar, tanrıyla ilişki kurmak için aracıya gerek duymazdı. Tapınaklarda görölen işleri yöneten görevliler olarak, rahipler arasında, kişisel saygınlık dışında bir hiyerarşi yoktu.⁶¹

⁶⁰ Burada, Yunanların ve özellikle Atinalıların farklı dinsel görüşlere ilgiyle baktıklarını belirtmek gerekir. Hz. İsa'nın havarilerinden biri olan ve Hıristiyanlığın bir Yahudi mezhebi olmaktan çıkıp bir dünya dinine dönüşmesinde belirleyici katkısı olan Aziz Pavlus (yaklaşık İ.S.10 - İ.S 67), eski Yunan sitelerini ziyaretlerinde bir tepkiyle karşılaşmadı. Bu sitelerin bazılarında kilise kurdu, Atina'da Areopagos Meclisi'nde de bir konuşma yaptı: "Başka yerlerde koğuşturmaya uğrayan Pavlus, Atina'yı yeni fikirlere meraklı bir açık şehir olarak buldu. Şehir putlardan geçilmez olduğu halde, tesadüfen agora'da bulunanlara karşı putperestliği kötölemişti; gelgelelim, böyleyken bile din dışılık suçlaması ile değil de, entelektöel merak ile yüzleşti." Stone 2010, s.343

⁶¹ Friedell 1999, s.80

Atina'da bireysel vicdan üzerinde devletin baskısından söz etmek çok anlamlı değildir. Doğrudan demokrasi ile yönetilen Atina'da, devletin üç temel fonksiyonunu (yasama, yürütme ve yargı faaliyeti) bizzat yurttaşlar yerine getirirdi. Bu işler için seçilmiş veya atanmış bir yöneticiler topluluğu yoktu. Bu nedenle, devlet ve toplum ayrı kavramlar olarak düşünülmemiştir. Atina'da bir yurttaşın, devleti bireylerin dışında ve üstünde bir aygıt olarak kavrayabilmesi söz konusu değildir. Devletin (sitenin) böyle kavranışı, ancak site yönetimine katılmayan köleler, yabancılar ve kadınlar için geçerliydi. 14. Louis'nin “*devlet benim*” sözü, Atinalı yurttaşlara krallığı ya da oligarşiyi çağrıştırırsa da, doğrudan demokrasilerini betimleyecek ifade, “*devlet biziz*”di.⁶²

Atina'da, siyasi kurumların, yurttaş topluluğundan görece özerk bir varlıkları yoktu; yurttaşların dışında, üstünde ya da onlardan ayrı değildiler. Modern toplumda son derece profesyonelleşmiş, kurumsallaşmış ve özerkleşmiş olan dini ve askeri alanlar bile, Atina'da birer yurttaş etkinliği olarak yapılandırılmıştı. Bu nedenle, sitenin yalnızca siyasi ve sosyal değil, aynı zamanda, askeri ve dinsel bir birim olduğunu söylerken dikkatli olmak gerekir. Bu ifadeden, sitede kurumsallaşmış bir ruhban ve askeri sınıfın bulunduğu ve bu sınıfların bir devlet organı gibi çalıştığı sonucu çıkartılacaksa, tamamen yanlış bir yorum yapılıyor demektir. Sitenin hem askerlik hem de din hizmetleri, seçim ya da kura yoluyla belirlenen yurttaşlar tarafından yerine getirilirdi. *Alkibiades*, *Miltiades* gibi ünlü komutanların hepsi sivildi. Günümüzde olduğu gibi, harp okulu, genelkurmay, subaylık mesleği gibi şeyler yoktu. Çok daha ilginç bir durum, savaş sırasında orduya, Atinalıların seçtiği on stratejin her birinin, sırayla birer gün komuta etmesidir. Günümüz devletinin en yaygın, en hiyerarşik ve en profesyonel kurumu olan ordu, Atinalılar için bir amatörler topluluğuydu.⁶³

⁶² Hansen 1993, s.59. Ayrıca bkz; Arblaster 1999, s.43

⁶³ Friedell 1999, s.108-109 Sartori, Atinalı yurttaşlar bakımından devlet-toplum ayrışmasının bulunmayışını, bir anlamda devletin kavranılamaz oluşunu, güzel bir şekilde ifade etmiştir: “Eski Yunanlılar devleti bizim düşündüğümüz gibi düşünmüş olsalardı dahi, ‘demokratik devlet’ kavramı onlara terimler arasında bir çelişki var gibi görünecekti. Yunanlılar açısından demokrasiyi belirleyen özellik devletsiz olmasıydı. Demokrasinin polis’in öbür olası yönetim biçimlerinden çok daha fazla devletsiz olarak düşünüldüğü söylenebilir.” Giovanni Sartori, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş* (Çev. T. Karamustafaoğlu, M. Turhan), Yetkin, Ankara, 1993, s.302

Atina yurttaşlarının üzerinde bir “devlet” kurumu olmadığı için, dinsel alanı ve dinsel görevlileri, günümüzdeki anlamıyla devletin kontrolü altında düşünmek yanıltıcı olur. Atina’da yurttaşlar, sitenin yasama, yürütme ve yargılama faaliyetleri gibi, dinsel faaliyetlerini de bizzat yerine getirirdi. Bugün alışkın olduğumuz terminoloji ile ifade etmek istersek, dinsel alan ve dinsel görevliler devletin değil, demokratik süreçlerin denetimi altındaydı. O nedenle, genellikle sanıldığı gibi aksine, Atina’da din, Orta Çağ Avrupa’sında olduğu kadar kuşatıcı, kapsayıcı, baskıcı ve aşkın bir kurum değildi. Yunan mitolojisi, modern semavi dinlerden çok, ilkel toplumların sihirsel dünya görüşüne yakındı.

Mitolojinin kapsayıcı, kuşatıcı ve baskıcı karaktere sahip olmaması, eski Yunan sitelerinde hiyerarşik rejimlerin istikrarlı olamamasının ve tüm siteleri egemenliği altına alacak hükümdarlıkların kurulamamasının nedenlerinden biridir. Bu tür rejimler, ortaya çıkabilmek ve kalıcı olabilmek için, meşruiyetlerini dayandırabilecekleri nitelikte, mutlak itaati emreden güçlü bir inanç sistemine ihtiyaç duyar. “Yunan dini ne Hıristiyanların kilisesi gibi hiyerarşik ve bütüncül bir teşkilata, ne sıkı sıkıya tanımlanmış zorlayıcı bir inanca, ne de Kutsal Kitap veya Kuran gibi temel bir kitaba sahiptir. Din görevlileri, aslında, ayinleri düzenlemek ve törenlerin geleneğe uygun olarak yapılmasını sağlamakla yükümlü yüksek memurlardır.”⁶⁴

KAYNAKÇA

- Anıl, Yaşar Şahin (1990) *Sokrates Davası*, Ara Yayıncılık, İstanbul
- Arblaster, Anthony (1999) *Demokrasi* (Çev. N. Yılmaz), Doruk, Ankara
- Aristofanes (2010) *Bulutlar* (Çev. F. Akderin), Mitos-Boyut Yayınları, İstanbul
- Aristoteles (1941) *Atinalıların Devleti* (Çev. S. Y. Baydur), Maarif Vekâleti, Ankara
- Bonnard, Andre (2004) *Antik Yunan Uygarlığı 2: Antigone'den Sokrates'e* (Çev. K. Kurtgözü), Evrensel Basım Yayın, İstanbul 2004
- Brickhouse, Thomas C, Smith, Nicholas D. (2004) *Plato and the Trial of Socrates*, Routledge

⁶⁴ Estin, Laporte 2002, s.2
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

- Dahl, Robert A. (1993) *Demokrasi ve Eleştirileri* (Çev. L. Köker), Yetkin, Ankara.
- Davies, J. K. (1993) *Democracy and Classical Greece*, Fontana Press, London
- Erhat, Azra (1975) “Giriş”, *Aristophanes, Barış Oyunları*. (Çev. S. Eyüboğlu, A. Erhat), Hürriyet, İstanbul, s.7-20
- Erhat, Azra (1977) “Giriş”, *Hesiodos: Eseri ve Kaynakları* (Haz. A. Erhat), TTK, Ankara, s.1-102
- Estin, Colette, Laporte, Helene (2002) *Yunan ve Roma Mitolojisi* (Çev. M. Eran), Tübitak, Ankara.
- Friedell, Egon (1999) *Antik Yunan'ın Kültür Tarihi* (Çev. N. Aça), Dost Kitabevi, Ankara
- Hamilton, Edith (1990) *Mitologya* (Çev. Ü. Tamer), Varlık Yayınları, İstanbul
- Hansen, Mogens Herman (1993) *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*, Blackwell, Oxford
- Harrison, A. R. W. (1971) *The Law of Athens II*, Oxford University Press, London
- Held, David (1987) *Models of Democracy*, Stanford University Press, California
- Mansel, Arif Müfid (1971) *Ege ve Yunan Tarihi*, TTK, Ankara
- Mayo, Henry B. (1964) *Demokratik Teoriye Giriş* (Çev. E. Kongar), Türk Siyasi İlimler Derneği Yayınları, Ankara
- Millet, Paul (2005) “The Trial of Socrates Revisited”, *European Review of History*, Vol.12, No.1, March 2005, pp.23-62
- Ober, Josiah (1998) *Political Dissent in Democratic Athens: Intellectual Critics of Popular Rule*, Princeton University Press, New Jersey
- Page T. E. (Ed.) (1958) *The Speeches of Aeschines* (Trans. C. D. Adams), William Heinmann Ltd, London, 1958
- Platon (1982) *Diyaloglar-1* (Çev. T. Aktürel, M. C. Anday, A. Cemgil vd.), Remzi Kitabevi, İstanbul
- Platon (1986) *Diyaloglar-2* (Çev. T. Gökçöl, M. Gökberk, Ö. N. Soykan), Remzi Kitabevi, İstanbul
- Reeve, C. D. C. (2002) *The Trials of Socrates: Six Classic Texts*, Hackett Publishing Company

- Rodgers, Nigel (2014) *Antik Yunan* (Çev. Ü. E. Uysal), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul
- Sartori, Giovanni (1993) *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş* (Çev. T. Karamustafaoğlu, M. Turhan), Yetkin, Ankara
- Stone, Isidor Feinstein (2010) *Sokrates'in Yargılanması* (Çev. M. Atalay), İz Yayıncılık, İstanbul
- Şenel, Alaeddin (1968) *Eski Yunanda Siyasal Düşünüş*, AÜSBF Yayını, Ankara
- Taylor, C. C. W. (2002) *Sokrates* (Çev. Cemal Atila), Altın Kitaplar Yayınevi, İstanbul
- Xenophon (2002) *Socrates' Defence to the Jury*, in C. D. C. Reeve, *The Trials of Socrates: Six Classic Texts*, Hackett Publishing Company, 2002
- Yaşlı Oligark (1969) "Atinalıların Anayasası" (Çev. M. Tunçay), *Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi-1*, (Der. M. Tuncay), AÜSBF Yayını, Ankara, s.8-19

TTK. 194/1 HÜKMÜNÜN UYGULANMASINA İLİŞKİN GÜNCEL BİR SORUN*

(A CURRENT PROBLEM CONCERNING THE APPLICATION OF THE ARTICLE 194/1
OF THE TURKISH COMMERCIAL CODE)

Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR**

ÖZET

Türk Ticaret Kanunu (TTK.), bir ticari işletmenin, bir ticaret şirketine devredilerek onunla birleşmesini açıkça düzenlemiştir (m. 194). Bu hükmün uygulanma alanı olup olamayacağı öğretilerde şüphe ile karşılanmıştır. Fakat böyle birleşmelere az da olsa rastlanmakla birlikte, Ticaret Sicil Müdürlükleri ile Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın bu tür birleşmelere engel çıkardığı görülmektedir.

Makalemizde, örnek bir olay üzerinden bu hatalı uygulama ve gerekçesi ele alınarak, mevzuat, Yargıtay uygulaması ve öğreti görüşleri ışığında değerlendirme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ticari işletme, işletme sahibi, gerçek ve tüzel kişi tacir, tüzel kişilik, ticaret şirketleri, adi şirket, işletmenin şirket ile birleşmesi.

ABSTRACT

The Turkish Commercial Code (TCC) explicitly regulated the merger of a commercial enterprise with a commercial partnership by the virtue of transfer (Article 194). The doctrine approached with suspicion towards

* Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 30.03.2016 tarihinde düzenlenen "Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU'na Saygı Günü"nde sunduğumuz tebliğın gözden geçirilmiş metnidir.

** Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
e-posta: mbahtiyar@hotmail.com

the issue whether this provision could be applied. Although such mergers are rarely encountered, it is observed that the Trade Registry Offices and the Ministry of Customs and Trade obstruct them. In our paper, this wrong application and its justification were taken into consideration through a case study and evaluation was made in the light of legislation, Supreme Court application and doctrinal opinions.

Keywords: Commercial enterprise, enterprise owner, natural and legal person merchant, legal personality, commercial partnership, ordinary partnership, merger of an enterprise with a partnership.

GİRİŞ

TTK. 194/1, bir ticari işletmenin, bir ticaret şirketi ile, onun tarafından devralınmak suretiyle birleşebileceğini düzenlemiş, böyle bir durumda, şirket birleşmelerine ilişkin hükümlerden hangilerine uygulanacağını da göstermiştir.

Öğretide, bu hükmün uygulanma alanı olup olamayacağı konusunda tereddütlere rastlandığı gibi, Bakanlık ve Ticaret Sicili uygulamalarında da, böyle açık bir hükme rağmen, anılan türde bir birleşmeye engel çıkarıldığı görülmektedir.

Aşağıda, somut olay örneği üzerinden konuya ilişkin bir uygulama sorunu takdim edildikten sonra, ticaret sicil müdürlüğü uygulaması ile Bakanlığın bu konuya dair yaklaşımı ortaya konularak değerlendirme yapılacaktır.

I. SORUN

İki kardeşin, inşaat ve mobilyacılık sektöründe faaliyet gösteren bir ticari işletmeleri bulunmaktadır. Aynı kişiler ayrıca, inşaat, nakliyat, iç ve dış ticaret sektörlerinde faaliyet gösteren iki ortaklı bir limited şirketin de pay sahibidirler. Bu kişiler, her ikisi de kendilerine ait olan bu ticari işletme ile limited şirketin, TTK. 194/1 hükmü kapsamında birleşmesi için gerekli tüm hazırlıkları yapıp kararları almış ve tescil için de, buldukları ilin Ticaret Sicil Müdürlüğüne başvurmuşlardır. Fakat tescil talebi, sicil müdürlüğü tarafından aşağıdaki gerekçe ile reddedilmiştir.

II. TİCARET SİCİL MÜDÜRLÜĞÜNÜN RED GEREKÇESİ

Ticaret Sicil Müdürlüğü'nün 23.09.2014 tarih ve 1152 sayılı yazısında birleşmenin tescili talebinin red gerekçesine bakıldığında;

1. Aynı kişilere ait bir adi ortaklığın, limited şirket tarafından devralınmak suretiyle birleşmesinin tescili için Sicil Müdürlüğüne başvurulduğu,

2. Gerek 6762 Sayılı Ticaret Kanunu'nda (kısaca eTK.), gerek 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK.), adi ortaklığın ticari işletme ve/veya tüzel kişilik sayılmadığı, Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK.) 620. maddesinde yapılan tanımda da adi şirketin bir sözleşme olduğunun belirtildiği ve bu sözleşme için bir yazılı şekil öngörülmediği, sözlü olarak bile adi şirket kurulabileceği,

3. Adi şirketin bir ticari işletme olmadığı, sicile tescil edilmesinin de ona tüzel kişilik veya ticari işletme sıfatı kazandırmayacağı, TTK. ve ilgili mevzuatın da uygulamada olduğu gibi, adi şirketin tesciline müsaade etmemekle birlikte ayrı ayrı gerçek kişi kaydı şeklinde tescil ettirilmesi gerektiğini belirttiği,

4. Geçerli birleşmeleri sayan TTK. 137'de de, birleşmesine izin verilen şirketler arasında adi şirketin sayılmadığı, adi ortaklığın bir sermaye şirketi ile birleşmesinin ancak, sermaye şirketinin yapacağı sermaye artırımına adi şirket ortaklarının katılması yoluyla gerçekleştirilebileceği, adi şirket ticari işletme sayılmadığı ve TTK. 137'de belirtilmediği için, bir tüzel kişilik tarafından devralınmak suretiyle birleşmesi talebinin reddedildiği,

ifade edilmiştir.

III. BAKANLIK/ İÇ TİCARET GENEL MÜDÜRLÜĞÜ YAZISI

Ticaret Sicil Müdürlüğü, red yazısı ekinde, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü'nce başka bir ilin (Samsun) Ticaret Sicil Müdürlüğü'ne hitaben yazılmış 10.10.2012 tarihli bir yazı emsal gösterilmekte olup, bu yazıda, “5 ortağı bulunan adi ortaklığın bir anonim şirkete devrolmak yolu ile birleşebilmelerinin mümkün olup olmadığı sorulmaktadır” denildikten sonra, TTK. 137 ve 194 hükümlerine değinilerek, adi ortaklığın ticari işletme sayılmadığı ve tüzel kişiliği de bulunmadığı gerekçeleriyle, adi ortaklığın bir anonim şirketçe devralınmak suretiyle birleşmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır.

IV. DEĞERLENDİRME

1. Red yazısından anlaşıldığı ve yukarda 1 no’lu kısımda aktarıldığı üzere, ortada, ticaret siciline kayıtlı bir işletme ile aynı sicile kayıtlı bir ticaret şirketi vardır. Sicil müdürlüğe yapılan başvuru, şirketin, işletmeyi devralmak suretiyle onunla birleşmesinin tescili talebini havidir. Bu husus, şirket müdürü tarafından Ticaret Sicil Müdürlüğüne yapılan tescil başvurusuna dair dilekçeden de açıkça anlaşılmaktadır. Talep ekinde, bu birleşme için gerekli işlem ve formalitelerin ikmal edildiğini gösteren evrakların listesi yer almıştır.

2. Adi şirketin tüzel kişiliğinin bulunmadığı ve sözleşmeye dayalı bir kişi birliği olduğu tartışmasızdır¹.

Ne var ki, gerek Sicil Müdürlüğü yazısında, gerek İç Ticaret Genel Müdürlüğü’nce diğer bir Samsun Ticaret Sicil Müdürlüğü’ne hitaben yazılmış 10.10.2012 tarihli yazıda, “adi ortaklığın ticari işletme sayılmadığı” şeklindeki ifade yanıltıcıdır. Çünkü ticari işletmenin tüzel kişiliği bulunmadığı şüphesiz olmakla birlikte, ticari işletmenin sahibi, bir gerçek veya tüzel kişi olabilir.

Şu halde, ticari işletme ile onun sahibini birbirinden mutlaka ayırmak ve ticari işletmenin sahibi olan kişiyi (taciri), ister tek, ister birden çok gerçek kişi olsun, isterse tüzel kişi olsun, işletmesi ile özdeş kabul etmek gerektiği de ortadadır.

Ticari işletme, hukuki nitelik itibarıyla, başlı başına tüzel kişiliği bulunmayan, sahibinin malvarlığı kapsamında yer almakla birlikte, tacirin malvarlığındaki diğer unsurlardan bağımsız olarak bazı hukuki işlemlere konu yapılabilen, fakat özel bir malvarlığı olmayıp, olsa olsa “*ticari organizasyon ve kazanç imkanlarında ifadesini bulan bir faaliyet çevresi ile, buna bağlı hak, mal ve borçlardan oluşan ekonomik bir bütünlük*” sayılabilir². TTK. 11’in kenar başlığındaki “*Bütünlük İlkesi*” ibaresi de bunu teyid etmektedir.

¹ Nitekim, adi ortaklık sözleşmesi ile anonim şirket ve diğer ticaret şirketleri sözleşmeleri arasındaki farklar konusunda ayrıntılı bilgi ve doktrin için bkz. **Mehmet BAHTİYAR**, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001, s. 67 vd.

² Niteleme için bkz. **Ergun ÖZSUNAY**, Ticari İşletmede Kiracılık Hakkının Korunması, TTK. m. 11/2 Üzerinde Bir Araştırma, Ankara 1962, s. 5, dn. 13; **Sabih ARKAN**, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2015, 20. Bası, s. 34; **KENDİGELEN (ÜLGEN)**, Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2015, N. 338-339; **Mehmet BAHTİYAR**, Ticari İşletme Hukuku, Ders Notları-Soru Örnekleri, İstanbul 2016, 17. Bası, s. 25 vd.; ekonomik bütünlük *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)*

Ticari işletmenin sahibinden ayırt edilmesi zorunluluğuna bağlı olan en önemli sonuçlardan birisi de şudur:

Ticari işletmenin sahibi, gerçek veya tüzel kişi olabileceği gibi, birden fazla gerçek veya tüzel kişi, bir ticaret şirketi kurmak zorunda da olmaksızın, bir ticari işletmeyi, adi şirket eliyle de çalıştırabilirler³.

Birden fazla gerçek kişinin adi şirket organizasyonu kapsamında bir ticari işletme çalıştırmaları durumunda, adi şirketin tüzel kişiliği bulunmadığı için tacir sıfatı, adi şirketin ortaklarına ait olacaktır. Şu halde, somut olayda olduğu gibi, şayet adi şirket ortakları birer gerçek kişi ise, bu ortakların her birini tacir saymak⁴ ve ticaret siciline ayrı ayrı tescil ettirmek gerekecektir. Fakat tescil, adi şirket ortaklarının tacir sıfatını kazanmaları bakımından zorunlu (kurucu nitelikte) değil, açıklayıcı niteliktedir.

Öğretide yazarlar bu konuda görüş birliği içerisinde olup, TTK. 12/1'de, **“Bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten kişiye tacir denir”** şeklindeki gerçek kişi tacirin tanımında yer alan **“kısmen de olsa kendi adına”** ibaresinin de, adi şirket eliyle işletilen ticari işletmelerde, adi şirketin ortaklarına tacir sıfatı kazandırmak için tanıma özellikle konulduğu kabul edilmektedir⁵.

3. Bu nedendir ki, olayda, ticari işletmenin, gerçek kişi ortaklar adına tescil edildiği ve bu ortakların da tacir sıfatı taşıdığı görülmektedir. Esasen, Ticaret Sicil Müdürlüğünün red yazısında yer alan, **“adi şirketin**

vurgusu için ayrıca, **AYHAN/ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR**, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2013, s. 107.

³ Bu arada, inceleme konumuz ile doğrudan ilgisi olmamakla birlikte eklemeliyiz ki, ticaret şirketlerinin oluşturduğu adi şirket eliyle işletilen ticari işletmelerin de ticaret siciline tescili mümkün olup, buna dair ayrıntılar, özel bir Bakanlık Tebliği ile düzenlenmiştir (**bkz. Ticaret Şirketlerinin Tüzel Kişiliği Bulunmayan Bir Ortaklık Yapısı İle İşlettikleri Ticari İşletmelerin Ticaret Sicillerine Tescili Hakkında Tebliğ, İç Ticaret: 2009/2, Resmi Gazete, 01.04.2009, S. 27187**).

⁴ Bkz. Yargıtay 11. HD. 26.6.1990, E. 4956, K. 5148 (karar için bkz. **ARKAN**, s. 117, dn. 3 ve orada zikredilen **ERİŞ**); aynı şekilde, 11. HD. 24.12.2002, E. 7112, K. 11937 (karar için, **MOROĞLU/ KENDİGELEN**, İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 10. Bası, İstanbul 2014, s. 34.

⁵ Nitekim, adi şirket sözleşmesi çerçevesinde bir ticari işletme çalıştırmak için bir araya gelen tüm ortakların tacir sayılacağı ve TTK. 12/1'in bunu sağladığı konusunda özellikle bkz. **ARKAN**, s. 117; **Hayri DOMANIÇ**, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1988, 4. Bası, s. 159, dn. 2 ve orada yer alan 6762 Sayılı TTK'nın Esbabı Mucibe Layihası; **NOMER ERTAN (ÜLGEN)**, Ticari İşletme Hukuku, N. 491; **AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR**, s. 138-139; **BAHTİYAR**, s. 88).

bir ticari işletme olmadığı, sicile tescil edilmesinin de ona tüzel kişilik veya ticari işletme sıfatı kazandırmayacağı, TTK. ve ilgili mevzuatın da uygulamada olduğu gibi, adi şirketin tesciline müsaade etmemekle birlikte ayrı ayrı gerçek kişi kaydı şeklinde tescil ettirilmesi gerektiğini belirttiği” ifadeleri de, bu tespitlerimizi teyid etmektedir.

4. Red yazısında gösterilen gerekçeye gelirsek, TTK. 137’de geçerli birleşmeler sayılmış olup, burada adi şirketin yer almadığı doğrudur. Ancak, bir ticari işletmenin birden fazla kişi tarafından, adi ortaklık şeklinde işletilmesi durumunda da TTK. 194/1’in uygulanacağı şüphesizdir⁶. Ne var ki; ticari işletmenin ticaret şirketi ile birleşmesini düzenleyen bu hükme rağmen, m. 137’de, bu şekildeki birleşmeden de söz edilme gereği ihmal edilmiştir.

TTK’nın 194. maddesinde, “Ticari İşletme ile İlgili Birleşme ve Tür Değiştirme” kenar başlığı altında, **“Bir ticari işletme, bir ticaret şirketiyle, onun tarafından devralınmak suretiyle birleşebilir”** denilerek⁷, bu konuda uygulanacak hükümler sayılmıştır. Şu halde, kanun, bir ticari işletmenin, bir ticaret şirketi tarafından devralınmak suretiyle birleşmesine açıkça izin vermiş bulunmaktadır⁸. Buna bağlı olarak, Ticaret Sicil Yönetmeli-

⁶ Bkz. **TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU)**, Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, İstanbul 2014, N. 1411; **Ünal TEKİNALP**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2013, s. 617, N. 22-24; **Ferna İPEKEL KAYALI**, Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşmeler, İstanbul 2014, s. 127.

⁷ Eklemek gerekir ki; eTK’da, TTK. 194 benzeri bir düzenleme yoktu. TTK’nın öntasarısı ile 9.11.2005 tarihli Tasarıda da yoktu. Fakat yasalaşma sürecinde, *“Bir ticari işletmenin, bir ticaret şirketiyle birleşmesi veya bir ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesi ihtiyacı doğabilir. Oysa Tasarıda bu konuda herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Alt komisyon, muhtemel birleşme veya tür değiştirme durumunu göz önünde alarak, bu boşluğu doldurmak amacıyla Tasarıya, “Ticari işletme ile ilgili birleşme ve tür değiştirme” başlığı altında, yeni 194 üncü madde eklemiştir. Alt komisyonca eklenen bu yeni 194 üncü madde Komisyonumuzca aynen kabul edilmiştir”* denilerek benimsenmiştir. Adalet Komisyonu Raporu için bkz. **Abuzer KENDİGELEN**, Gerekçeli-Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 2011, s. 315. Karş. Kaynak İsviçre Birleşme Kanunu’nda (FüzG.), işletmelerin şirket ile birleşmesi veya tür değiştirerek şirkete dönüşmesinin, işletmelerin tüzel kişiliği bulunmadığı için malvarlığının devri olarak düzenlendiği (FüzG. 69/1) konusunda bkz. **Hasan PULAŞLI**, Şirketler Hukuku, Ankara 2016, s. 98; N. 101.

⁸ Bununla birlikte, TTK. 11/3’te ticari işletme devrinde şekil ve aktif unsurların geçişine, TBK. 202-203’te işletmenin devrinde pasiflerin geçişine, TTK. 127/1-g’de işletmenin ticaret şirketlerine sermaye olarak konulmasına ve TTK. 356’da kuruluşun sonra devralmaya dair hükümler var iken, TTK. 194/1 hükmüne ayrıca gereksinim olup olmadığı ve *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)*

ği'nin (TSY.) 132. maddesinde de, ticari işletmenin, bir ticaret şirketi ile, onun tarafından devralınmak suretiyle birleşmesinin tesciline ilişkin düzenleme yapılmıştır.

SONUÇ

Ele aldığımız örnek olayda, iki gerçek kişinin adi şirket eliyle işlettikleri bir ticari işletmeyi, sahip oldukları ticaret şirketine devretmek suretiyle birleştirme talepleri söz konusu olup, red gerekçesinin aksine bu talep, hem TTK. 194 hükmüne, hem de Ticaret Sicil Yönetmeliği'nin 132. Maddesine uygundur.

Ticaret Sicil Müdürlüğü ile İç Ticaret Genel Müdürlüğü'nün yazılarında, adi şirket eliyle işletilen, fakat adi şirketin tüzel kişiliği olmadığı için gerçek kişi ortaklara tacir sıfatı kazandıran ticari işletmenin, aynı gerçek kişilerin ortağı olduğu bir ticaret şirketi tarafından devralınmak suretiyle birleşmesine izin verilmemesi hukuken hatalıdır. Zira, hem mevzuatın (TTK. 194 ve TSY. 132) gayet açık düzenlemelerine aykırı bir sonuca varılmış; hem de, ticari işletmenin tüzel kişiliğinin bulunmadığı, fakat işletmenin sahibinin gerçek ve/veya tüzel kişi olabileceği, bu arada, birden çok kişi tarafından adi şirket eliyle de işletilmesinin mümkün bulunduğu hususları, maalesef gözardı edilmiştir.

gerek varsa dahi tüm bu hükümlerin uygulanma alanlarının ne olacağı ve sınırlarının nasıl çizileceği de ayrıca sorgulanmaya değer niteliktedir (**Erdoğan MOROĞLU**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2016, s. 119; **Abuzer KENDİGELEN**, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler-Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 173; **Mehmet BAHTİYAR**, Ortaklıklar Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2016, s. 73, dn. 91;). TTK. 11/3 kapsamında işletme devrinde devralana satış bedeli ödenmekte iken, TTK. 194/1 uyarınca işletmesini şirkete devretmek suretiyle onunla birleştiren kişiye devralan şirketin payları verilmektedir. Bkz. **KENDİGELEN (ÜLGEN**, Ticari İşletme Hukuku), N. 372; **TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU)**, N. 483d; **BAHTİYAR**, Ticari İşletme, s. 36.

KAYNAKÇA

- ARKAN, Sabih**, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2015.
- AYHAN/ ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR**, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2013.
- BAHTİYAR, Mehmet**, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001.
- BAHTİYAR, Mehmet**, Ortaklıklar Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2016.
- BAHTİYAR, Mehmet**, Ticari İşletme Hukuku, Ders Notları-Soru Örnekleri, İstanbul 2016.
- DOMANIÇ, Hayri**, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1988.
- İPEKEL KAYALI, Ferna**, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler, İstanbul 2014.
- KENDİGELEN, Abuzer**, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler-Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul 2012.
- KENDİGELEN, Abuzer**, Gerekçeli-Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 2011.
- MOROĞLU, Erdoğan**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2016.
- MOROĞLU/ KENDİGELEN**, İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 10. Bası, İstanbul 2014.
- ÖZSUNAY, Ergun**, Ticari İşletmede Kiracılık Hakkının Korunması, TTK. m. 11/2 Üzerinde Bir Araştırma, Ankara 1962.
- POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU**, Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, İstanbul 2014.
- PULAŞLI, Hasan**, Şirketler Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2016.
- TEKİNALP, Ünal**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2013
- ÜLGEN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ER-TAN**, Ticari İşletme Hukuku), 4. Bası, İstanbul 2015.

SİGORTACILIKTA TAHKİM ALANINDA MEYDANA GELEN DEĞİŞİLİKLER

(LEGISLATIVE AMENDMENTS RELATING TO INSURANCE ARBITRATION)

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK*

ÖZET

Makalede, Sigortacılık Kanununun tahkime ilişkin hükümlerinin Bölge Adliye Mahkemelerinin faaliyete başlaması ve 6456 sayılı Kanun değişikliğinden sonra nasıl yorumlanması gerektiği ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sigortacılık Kanunu, sigortacılıkta tahkim, alternatif uyuşmazlık çözümü.

ABSTRACT

This short article considers the special provisions of Insurance Act regarding Insurance Arbitration with a view to analyse the effects of newly established appeal courts and the amendments brought by Act no. 6456.

Keywords: *Insurance Act, Insurance Arbitration, ADR.*

I. 2013 yılında yazdığım bir makalede Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesinde düzenlenen Sigortacılıkta Tahkim müessesesini¹, Hukuk Muha-

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, **e-posta:** abudak@abudak.av.tr

¹ Bkz. Selçuk Öztekin, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Yönünden Sigortacılıkta Tahkime Bakış", Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi, sayı 13 (2009/2), s. 221-249; Serdar Kale/Müjgan Tunç Yücel, "Sigortacılık Kanununda Tahkim", Halûk Konuralp Anısına Armağan, Cilt 1, Ankara 2009, s. 461-477; Fatma Dilek Kabukçuoğlu Özer, Sigortacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2012.

kemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ve 6327 sayılı Kanun değişikliğinin² etkilerini dikkate alarak incelemiştir³.

Aradan geçen süre içinde Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesinde yeni bir değişiklik yapıldığı gibi⁴, Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik'te de değişiklik yapılmıştır⁵. Bunlara ek olarak, bölge adliye mahkemelerinin 20.07.2016 tarihinde faaliyete başlamasıyla HMK'nun istinaf hükümleri uygulamaya girmiş; bu durum sigortacılıkta tahkimde verilen hakem kararlarına karşı hangi kanun yoluna başvurulması gerektiği konusunda tereddütlere yol açmıştır.

Bu yazının amacı da, anılan değişikliklerin başlıcalarını dikkate alarak, Sigortacılıkta Tahkim hakkındaki güncel hukuki durumunu açıklamaktan ibarettir.

II. Sigortacılıkta Tahkimin uygulama alanı ile ilgili değişiklikler

6456 sayılı kanun değişikliğinden önce sigortacılıkta tahkimin uygulama alanı ile ilgili m. 30(1) hükmü şöyle idi:

“Sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden veya Hesaptan faydalanacak kişiler ile Hesap arasında doğan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla Birlik nezdinde Sigorta Tahkim Komisyonu oluşturulur. Sigortacılık yapan kuruluşlardan, sigorta tahkim sistemine üye olmak isteyenler, durumu yazılı olarak Komisyona bildirmek zorundadır. Sigorta tahkim sistemine üye olan kuruluşlarla uyuşmazlığa düşen kişi, uyuşmazlık konusu sözleşmede özel bir hüküm olmasa bile tahkim usulünden faydalanabilir.”

² Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair [6327 sayılı] Kanun, RG 29.06.2012, sayı 28338. Gerekçe ve hazırlık çalışmaları için bkz. TBMM Yasama Dönemi 24, Yasama yılı 2, S. Sayısı 271.

³ “Sigortacılıkta Tahkim - Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesi, HMK'nun yürürlüğe girmesi ve 6327 sayılı Kanun değişikliğinden sonra nasıl yorumlanmalıdır?”, *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, Cilt 2, sayı 2 (2013), s. 53-69.

⁴ Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair [6456 sayılı] Kanun. RG 18.04.2013, sayı 28622. Gerekçe ve hazırlık çalışmaları için bkz. TBMM Yasama Dönemi 24, Yasama yılı 3, S. Sayısı 443.

⁵ Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, RG 19.01.2016, sayı 29598.

Bu kanun hükmüne göre, Sigortacılıkta Tahkimde, tahkimin taraflarından birini (davacı tarafı) sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişi, diğer (davalı) tarafı ise riski üstlenen sigortacı veya Hesap (Hesabın teşkilatı içinde yer aldığı Birlik) oluşturmaktaydı. Ancak, medeni usul hukukunda bilinen tahkimin aksine, Sigortacılıkta Tahkim, taraflar arasında yapılmış bir tahkim sözleşmesine (veya tahkim şartına) dayanmamakta; “sigorta ettiren” veya “sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişi”, Hesaba karşı her zaman Sigortacılıkta Tahkim yoluna başvurabilmekteydi. Bir sigortacıya karşı Sigortacılıkta Tahkim davası açılabilmesi için ise, sigortacının, “sigorta tahkim sistemi”ne üye olmak istediğini Komisyona yazılı olarak bildirmiş olması gerekliydi (Sig. K. m. 30(1), cüm. 2, 3).⁶

6456 sayılı kanun değişikliği ile (m. 45(a)), anılan m.30(12) hükmünün 1. fıkrasına aşağıdaki cümleler eklenmiştir:

“İlgili mevzuat ile zorunlu tutulan sigortalardan kaynaklanan bu fıkra kapsamındaki uyuşmazlıklar için ilgili kuruluş sigorta tahkim sistemine üye olmasa dahi hak sahipleri bu bölüm hükümlerine göre tahkim usulünden faydalanabilir. Sigorta tahkim sistemine üye olmayan kuruluşlar bakımından Sigorta Tahkim Komisyonu giderlerine katılım Hazine Müsteşarlığınca ayrıca belirlenir.”

Böylece sigortacılıkta tahkimin uygulama alanı mecburi sigortalar bakımından genişletilmiş; sigortacı tahkim sistemine üye olmasa bile sigortalıya tahkim yoluna başvurma hakkı tanınmıştır.

Bu kanun değişikliği ile uyumlu olarak, 6704 sayılı Kanunla, Karayolları Trafik Kanunu’nun 97. maddesi de değiştirilmiştir⁷. Karayolları Trafik Kanunu’nun 97. maddesinin yeni şekline göre bir trafik kazasından zarar gören zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunmalıdır. Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması hâlinde⁸, zarar gören dava açabilir veya Sigortacılık Kanunu çerçevesinde tahkime başvurabilir.

⁶ Bkz. agm., s. 56.

⁷ Resmi Gazete 2604.2016, sayı 29695.

⁸ Karş. Sigortacılık Kanunu m. 30(13).

III. Sigortacılıkta tahkimde kanun yolları ile ilgili değişiklikler

6456 sayılı kanun değişikliğinden önce Sigortacılık Kanunu'nun kanun yollarıyla ilgili m. 30(12), cüm. 2-5 hükmü şöyle idi:

“Uyuşmazlığa düşen taraflar arasında, açık ve yazılı şekilde yapılması gereken sözleşme ile daha yüksek bir tutar belirlenmemişse, hakemin verdiği kırkbin Türk Lirasına kadar olan kararlar her iki taraf için kesindir. Kırkbin Türk Lirasının üzerindeki kararlar için temyize gidilebilir. Ancak, tahkim süresinin sona ermesinden sonra karar verilmiş olması, talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmiş olması, hakemlerin yetkileri dahilinde olmayan konularda karar vermesi ve hakemlerin, tarafların iddiaları hakkında karar vermemesi durumlarında her hâlükarda temyiz yolu açıktır. Temyize ilişkin usûl ve esaslar hakkında Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu uygulanır.”

6456 sayılı kanun değişikliği ile (m. 45(b)), anılan m.30(12) hükmünün 2. ve 3. cümlesi (yukarıda italikle yazılmış satırlar) aşağıdaki gibi değiştirilmiştir:

“Beş bin Türk Lirasının altındaki uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararları kesindir. Beş bin Türk Lirası ve daha üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararlarına karşı kararın Komisyonca ilgilieye bildiriminden itibaren on gün içinde bir defaya mahsus olmak üzere Komisyon nezdinde itiraz edilebilir.”

Aynı kanun değişikliği ile anılan m.30(12) hükmüne, değişmeden kalan 3. cümleyi takiben ve 4. cümleden önce gelmek üzere de şu cümleler eklenmiştir:

“İtiraz talebinde bulunmak için bu madde uyarınca belirlenen başvuru ücretinin Komisyona yatırılması şarttır. İtiraz üzerine hakem kararının icrası durur. İtiraz talebi münhasıran bu talepleri incelemek üzere Komisyon tarafından teşkil edilen hakem heyetlerince incelenir. İtiraz talebi hakkında işin heyete intikalinden itibaren iki ay içinde karar verilir. Beşbin Türk Lirası ve daha üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararları bu madde uyarınca süresinde itiraz başvurusunda bulunulmaması hâlinde kesinleşir. Bu uyuşmazlıklar hakkında bu madde uyarınca yapılan itiraz üzerine verilen karar kesindir. Kırk bin Türk Lirasının üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında itiraz üzerine verilen kararlar için temyize gidilebilir.”

Sonuç olarak, 6456 sayılı kanun değişikliğinden sonra Sigortacılık Kanunu'nun kanun yollarıyla ilgili m. 30(12) hükmü (değişik yerler italikle yazılırsa) aşağıdaki gibi olmuştur:

“Tahkim sistemine üye olmak isteyenlerden katılma payı, uyuşmazlık çözümü için Komisyona başvuranlardan ise başvuru ücreti alınır. *Beş bin Türk Lirasının altındaki uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararları kesindir. Beş bin Türk Lirası ve daha üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararlarına karşı kararın Komisyona ilgiliye bildiriminden itibaren on gün içinde bir defaya mahsus olmak üzere Komisyon nezdinde itiraz edilebilir. İtiraz talebinde bulunmak için bu madde uyarınca belirlenen başvuru ücretinin Komisyona yatırılması şarttır. İtiraz üzerine hakem kararının icrası durur. İtiraz talebi münhasıran bu talepleri incelemek üzere Komisyon tarafından teşkil edilen hakem heyetlerince incelenir. İtiraz talebi hakkında işin heyete intikalinden itibaren iki ay içinde karar verilir. Beşbin Türk Lirası ve daha üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararları bu madde uyarınca süresinde itiraz başvurusunda bulunulmaması hâlinde kesinleşir. Bu uyuşmazlıklar hakkında bu madde uyarınca yapılan itiraz üzerine verilen karar kesindir. Kırk bin Türk Lirasının üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında itiraz üzerine verilen kararlar için temyize gidilebilir.* Ancak, tahkim süresinin sona ermesinden sonra karar verilmiş olması, talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmiş olması, hakemlerin yetkileri dahilinde olmayan konularda karar vermesi ve hakemlerin, tarafların iddiaları hakkında karar vermemesi durumlarında her hâlükarda temyiz yolu açıktır. Temyize ilişkin usûl ve esaslar hakkında Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu uygulanır.”

Daha önce de ifade edildiği üzere⁹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu hakem kararlarının temyizi ile ilgili bir düzenleme içermemektedir. Yeni tahkim hükümlerimiz hakem kararlarına karşı iptal davası yolunu ve iptal davasını hükme bağlayan mahkeme kararları için de temyiz yolunu öngörmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 447. maddesinin 2. fıkrasındaki “Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan yollamalar, Hukuk Muhakemeleri Kanununun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır” şeklinde yer alan hükme göre ise, Sigortacılık Kanunu m.

⁹ Budak, agm., s. 67.

30(12), son cümlede HUMK'nun temyize ilişkin usul ve esaslarına yapılan atıf da HMK'na yapılmış sayılır.

Daha önceki makalemde HMK'nda hakem kararlarının temyizi hakkında hüküm bulunmadığına göre, Sigortacılık Kanunu m. 30(12) hükmünün hakem kararlarının temyizine ilişkin HMK hükümlerine atıf yapmış olmasının anlamsız olduğunu; Sigortacılık Kanunu m. 30(12) hükmü içine 6327 sayılı Kanun değişikliği ile (HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra) eklenen 4. cümlede HUMK m. 533'te yer alan (fakat HMK'da karşılığı bulunmayan) temyiz sebeplerine atıf yapılması durumu daha da karışık hale getirdiğini; fakat her halükarda yürürlükten kalkmış olan kanun hükümlerine başka bir kanunda yapılmış olan atfın, yürürlükten kalkan hükümleri tekrar yürürlüğe sokmuş olduğu var sayılamayacağını; bu nedenle de Sigortacılık Kanunu m. 30(12)'de HUMK'nun hakem kararlarının temyizine ilişkin hükümlere yaptığı atfın, hakem kararlarının iptali hakkındaki HMK m. 439 hükmüne yapılmış sayılmasının daha doğru olduğunu belirtmişim.¹⁰

Şimdi, Sigortacılık Kanunu m. 30(12) hükmünde 6456 sayılı Kanunla yapılan son değişiklikle “*kırk bin Türk Lirasının üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında itiraz üzerine verilen kararlar için temyize gidilebileceği*” yeniden ve açıkça öngörülmüş olduğundan, artık anılan kanun hükmünde hakem kararlarının temyizine ilişkin hükümlere yapılan atfın, hakem kararlarının iptali hakkındaki HMK m. 439 hükmüne yapılmış sayılmasına imkân göremiyorum. Kanun koyucu sigortacılık tahkiminde hakem kararına itiraz üzerine verilen kararlara karşı kanun yolu bakımından tercihini açıkça temyizden yana yapmıştır. Bu temyiz, kanımca, HMK m. 447(2) uyarınca, HMK hükümlerine tabi bir temyiz olup; HMK'da hakem kararlarını temyizine ilişkin hüküm bulunmadığına göre, mahkeme kararlarının temyizine ilişkin HMK hükümleri sigortacılık tahkiminde hakem kararına itiraz üzerine verilen kararlara karşı da uygulanacaktır.

Sigortacılık tahkiminde verilen hakem kararlarına karşı kanun yolları bakımından 6456 sayılı kanun değişikliği ile ortaya çıkan hukuki durum aşağıdaki gibi özetlenebilir:

1. Beş bin Türk Lirasının altındaki uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararları kesindir. Bu kesinlik sınırı bakımından hakem kararında

¹⁰ Budak, agm., s. 67.
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

karar verilen rakama (mahkumunbihe) değil, “uyuşmazlık konusu” rakama (müddeabihe) itibar edilmektedir.

2. Beş bin Türk Lirası ile kırkbin Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararlarına karşı Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde itiraz edilebilir, ancak ne hakem kararına ne de itiraz üzerine verilen Sigorta Tahkim Komisyonu kararına karşı temyiz yoluna gidilebilir. Bu değer aralığındaki uyuşmazlıklarda süresi içinde itiraz yoluna başvurulmaz veya itiraz haklı görülmezse, hakem kararı kesinleşir.

Bu kanun hükmündeki “itiraz” yolu kendine özgü bir hukuki çare olup, istinaf ve hatta (bir mahkeme kararının kesinleşmesini ertelediği ve yargılamayı üst dereceli bir mahkemeye intikal ettirmediği için) teknik anlamıyla bir kanun yolu değildir. Şu var ki, istinaf kanun yoluyla bir benzerlik olmak üzere, itirazı karara bağlayan Komisyon, sadece hakemin verdiği kararı kontrol etmekle kalmayacak, gerek görürse hakem kararından farklı, yeni bir karar verebilecektir.

İstinaf veya temyize ilişkin hükümlerin itiraz yoluna kıyasen uygulanması da mümkündür. Örneğin uygulamada ortaya çıkan “katılma yoluyla itiraz yoluna başvurulabilir mi?” sorusuna, kanımca, HMK m. 348 ve m. 366 hükmüne kıyasen olumlu cevap verilmek gerekir.

3. Kırk bin Türk Lirasının üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararlarına karşı doğrudan doğruya temyize başvurulamaz ise de, hakem kararına karşı Komisyonda itiraz üzerine verilen kararlar için temyize gidilebilir. Bu halde HMK’nun mahkeme kararlarının temyizine ilişkin hükümleri uygulanır.

4. Değere bağlı temyiz sınırlarına ilişkin yukarıdaki kuralların istisnası olmak üzere, “tahkim süresinin sona ermesinden sonra karar verilmiş olması, talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmiş olması, hakemlerin yetkileri dahilinde olmayan konularda karar vermesi ve hakemlerin, tarafların iddiaları hakkında karar vermemesi” durumlarında (bu durumlar mülga HUMK m. 533’te hakem kararlarının temyizi için öngörülen sebeplerle örtüşmektedir) “her hâlükârda” temyiz yolu açıktır. Bu istisna kapsamında temyiz başvurularında uygulanacak kurallar kanımca şöyledir:

a) Beşbin Türk Lirasının altındaki uyuşmazlıklar bakımından temyiz başvurusu doğrudan Yargıtay’a yapılır. Yargıtay, temyiz incelemesini HMK hükümlerine göre fakat “tahkim süresinin sona ermesinden sonra karar verilmiş olması, talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmiş ol-

ması, hakemlerin yetkileri dahilinde olmayan konularda karar vermesi ve hakemlerin, tarafların iddiaları hakkında karar vermemesi” sebepleriyle sınırlı olarak yapar.

b) Beş bin Türk Lirası ile kırkbin Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararlarına karşı, “tahkim süresinin sona ermesinden sonra karar verilmiş olması, talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmiş olması, hakemlerin yetkileri dahilinde olmayan konularda karar vermesi ve hakemlerin, tarafların iddiaları hakkında karar vermemesi” sebeplerine dayanılması halinde temyize başvurulabilir. Bu halde de Yargıtay temyiz incelemesini HMK hükümlerine göre fakat belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapar.

IV. Sigortacılıkta tahkimde yargılama usulüne ilişkin değişiklikler

Sigortacılık Kanunu ve ilgili mevzuat, usul kanununun tahkim hükümlerine yaptığı genel atıf yanında, sigorta hakemlerinin uygulayacakları usulle ilgili bazı özel hükümlere yer vermiş olup, Kanunda düzenlenen bu özel usul hükümlerinde de bazı değişiklikler olmuştur. Bu değişiklikler aşağıdaki gibidir.

1) Sigorta hakemlerinin atanması: Sigorta hakemleri, ilgili Yönetmelik hükümleri (m. 16(7-9)) dikkate alınarak Komisyon tarafından seçilir. Uyuşmazlık konusu miktarın onbeş bin Türk Lirası ve üzerinde olduğu durumlarda heyet teşekkülü zorunludur (Sig. K. m. 30(15)).

Yönetmeliğe anılan değişiklikle eklenen m.14/A hükmü uyarınca sigorta hakemliği yapmak isteyen kişilerin Komisyona bir tarafsızlık taahhütname vermesi gerekmektedir. Bu taahhütnamede Yönetmelik m.14/3-c uyarınca hakem olacak kişilerin tahkim davalarında kanuni temsilcilik dışında tarafları temsil etmediklerini beyan etmeleri aranmaktadır. Bu düzenleme kanun hükümlerinde yer almayan bir sınırlama içermektedir.

Sigortacılık Kanunu m.30(15)’e göre değeri 15.000 TL ve üzeri olan uyuşmazlıklarda hakem heyeti oluşumu zorunludur. Ancak burada hakemlerden birinin hukukçu olacağına ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Şimdi Yönetmelikte yapılan değişiklik (m.16/7) uyarınca “Komisyon merkezinde, öncelikle uyuşmazlığın çözümü için heyet oluşturulmasının gerekliliği incelenir. Ancak, uyuşmazlık konusu miktar onbeşbin Türk Lirası ve üzerinde olduğu durumlarda heyet oluşturulması zorunludur. Listede

hukukçu bulunması halinde, en az biri hukukçu olacak şekilde, en az üç kişiden oluşan heyet, kararını çoğunlukla verir.” Bu tarz bir düzenleme Yönetmelik ile yapıp yapılamayacağı tartışılmış ise de, Sigortacılık Kanunu m. 30(21) hükmünde “sigorta hakemlerinin çalışma usul ve esasları”nın Yönetmelikle belirleneceği öngörülmüş olup; kanımca Yönetmelik 16(7)’deki düzenleme bu kanun hükmü kapsamında sayılabilir.

2) Sigortacılıkta Tahkimde ücret ve giderler

Sigortacılık Kanunu’nun 6327 sayılı Kanunla değişik m. 30(17) hükmü uyarınca “Talebi kısmen ya da tamamen reddedilenler aleyhine hükmolunacak vekâlet ücreti, Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesinde belirlenen vekâlet ücretinin beşte biridir.”¹¹

Buna göre sigortacılık tahkimine başvuran taraf lehine tam, aleyhine 1/5 oranında vekâlet ücretine karar verilir. Ancak Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik’te yapılan son değişikliğe göre “Tarafların avukat ile temsil edildiği hallerde, taraflar aleyhine hükmedilecek vekâlet ücreti, her iki taraf için de Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesinde yer alan asliye mahkemelerinde görülen işler için hesaplanan vekâlet ücretinin beşte biridir.” (m.16(13)). Bu Yönetmelik hükmünün kanuna aykırı olduğu kanısındayım.

V. Sonuç

Sigortacılık Kanunu’nda “tahkim” adı altında düzenlenen alternatif uyuşmazlık çözüm yolu, ülkemizde geniş uygulama alanı bulan tek alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Bu özelliği ile sigortacılıkta tahkim müessesesi özenle korunması ve geliştirilmesi gereken bir müessese olarak görülmelidir.

Sigortacılıkta tahkime ilişkin kurallar üst üste yapılan kanun ve yönetmelik değişikliklerine konu olmaktadır. Yapılan bu mevzuat değişiklikleri özenli olmayıp, özellikle kanun yollarına ilişkin hükümler genel kanun yolu sistemimize istisna teşkil eden, gereksiz yere karmaşık hükümler haline gelmiştir. Yapılan yönetmelik değişiklikleri bazı hallerde kanun hükümlerine aykırı da olabilmektedir.

¹¹ Bu hükmün eleştirisi için bkz. Budak, agm., s. 69.

**ŞARTLARI OLUŞMADIĞI HALDE BELİRSİZ ALACAK DAVASI
AÇILIRSA HÂKİM NASIL KARAR VERMELİDİR?**
(*HOW SHALL THE JUDGE MAKE DECISION IN CASE OF UNPRESCRIBED MONEY
CLAIMS FOR PRESCRIBED RECEIVABLES?*)

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK*

Araş. Gör. Dilek KARADEMİR**

ÖZET

Belirli/belirlenebilir alacaklar için belirsiz alacak davası açılırsa hâkimin nasıl karar vereceği konusunda Yargıtay kararlarında ve doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Şartları oluşmadan belirsiz alacak davası açılması halinde hâkim davayı hukuki yarar dava şartı yokluğundan usulden reddetmek yerine, dava dilekçesindeki eksik unsurların tamamlanmasına ilişkin HMK m.119(1)(ğ), m.119(2) veya dava şartının tamamlanmasına ilişkin HMK m.115(2)'in uygulanması yoluna gidebilir.

Anahtar Kelimeler: Belirsiz alacak davası, hukuki yarar, dava şartı, hâkimin davayı aydınlatma ödevi.

ABSTRACT

The issue that how the judge shall make a decision when unpre-scribed money claims are brought before courts for prescribed receivables is one of the controversial issues in civil procedure law both among various Civil Chambers of Court of Cassation and among scholars. When an unpre-scribed money claim is brought before a court for a prescribed re-

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, **e-posta:** abudak@abudak.av.tr

** Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı, **e-posta:** dilek.karademir@yeditepe.edu.tr

ceivable, the judge should not directly dismiss the case but give the claimant a certain time to make his claim definite as per Articles 119(1)(ğ), 119(2) and/or 115(2) of Turkish Code of Civil Procedure.

Keywords: *Unprescribed money claims, legal interest, cause of action, judge's liability to lighten the claim.*

1. Giriş

Belirsiz alacak davasını açabilmek için, HMK m.107/1'de de belirtildiği üzere, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarının yahut değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesi davacıdan beklenememeli veya alacağın değerinin tam ve kesin olarak belirlenmesi imkânsız olmalıdır. Bir alacak için belirsiz alacak davası açılıp açılmayacağı ilmi ve kazai içtihatlar da dikkate alınarak her bir somut olayın özelliklerine göre tespit edilecektir.¹

Davacının alacağının belirli-belirsiz olmasını yanlış değerlendirmesi sonucu belirsiz alacak davasına konu olamayacak alacaklar için belirsiz alacak davası açılan durumlarla karşılaşılacaktır. İşte belirsiz alacak davasına ilişkin tartışılan konulardan bir tanesi, bu durumda hâkimin nasıl karar vermesi gerektiği konusudur.

Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarının yahut değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesi mümkün olmasına rağmen dava belirsiz alacak davası olarak açılmışsa hâkimin nasıl karar vereceğine ilişkin çeşitli görüşler vardır. Aşağıda konuya ilişkin dikkat çeken bazı Yargıtay kararlarına değinildikten sonra, Türk ilmi içtihatlarında ortaya çıkan görüşler incelenecek ve karşılaştırmalı hukuka ilişkin kısa bir bilgi verilerek, katıldığımız görüş ifade edilecektir.

2. Yargıtay Kararlarından Örnekler

Yargıtay daireleri arasında iki ayrı görüş benimsenmiştir. Genel olarak 10. Hukuk Dairesi, 11. Hukuk Dairesi ve 22. Hukuk Dairesi belirli veya belirlenebilir bir alacak için belirsiz alacak davası açılması halinde hukuki yararın yokluğu ve bu dava şartının süre verilerek tamamlanabilecek bir dava

¹ 11. Hukuk Dairesi, 22.6.2016, E. 2015/15101, K. 2016/6895 (Kazancı İçtihat Bankası).
YUHFD Vol. XIII No. 1 (2016)

şartı ve buradaki eksilişin HMK m.119/2'ye dayanarak süre verilerek tamamlanacak bir dava dilekçesi unsuru olmamasından bahisle davanın usulden reddedilmesi yönünde istikrarlı biçimde kararlar vermektedirler.

Konu ile ilgili kararlardan biri Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 1 Mart 2012 tarihinde verdiği kararıdır:

*"... Zira alacağın miktarının açıkça belirli olduğu, taraflarca kolayca belirlenebilir olduğu durumda ... belirsiz alacak veya tespit davası açılmasında hukuki yarar bulunduğundan bahsedilemez. /Somut olayda; davaya konu geç ödenen yaşlılık aylığı miktarının, aylıkların ödenmesi gereken tarihlerin, fii ödemelerin yapıldığı tarihin, yani faiz başlangıç ve bitiş tarihlerinin ve nihayet yasal faiz oranlarının bilindiği tartışmasızdır. Yasal faiz oranlarının uygulanmasından ibaret faiz alacağı tam ve kesin olarak tespit edilebilir olduğundan ne tespit, ne belirsiz alacak ve tespit ne de kısmi dava açılması şartları bulunmadığı anlaşıldığından, 6100 sayılı Kanun sistematığı açısından da hukuki yarar yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekmektedir."*²

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin aynı yönde kararlarına örnek olarak aşağıdaki karar gösterilebilir:

"... şartları bulunmadığı halde dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı durumda davacıya herhangi bir süre verilmeden hukuki yarar yokluğundan davanın reddi yoluna gidilmelidir. Çünkü, alacağın belirlenebilmesi mümkün iken, böyle bir davanın açılmasına Kanun izin vermemiştir. Böyle bir durumda, belirsiz alacak davası açmakta hukuki yarar yokluğundan dava reddedilmeli, ek bir süre verilmemelidir. Zira, burada talep açıktır, bu sebeple 6100 Sayılı Kanun'un 119/1-đ maddesinin uygulanarak süre verilmesi mümkün değildir; aslında açılması gerektiği halde belirsiz alacak davası açılmış olduğundan, bu konudaki eksiklik de süre verilerek tamamlanamayacağından, dava hukuki yarar yokluğundan reddedilmelidir. Buradaki hukuki yarar, sonradan tamamlanacak nitelikte bir hukuki yarar değildir. Çünkü dava açıldığında o sırada mevcut olmayan hukuki yarar, bunun da açıkça mahkemece bilindiği bir durumda, tamamlanacak bir hukuki yarar değildir. Aksinin kabulü, aslında açık olan talep sonucunun süre verilerek davacı tarafından değiştirilmesi ve bulunmayan hukuki yararın sağlanması için dava-

² Yargıtay 10. Hukuk Dairesi. 01.03.2012, 9799/3613 (Kazancı İçtihat Bankası). YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

ciya ek imkan sağlanması anlamına gelecektir ki, buna usûl bakımından imkan yoktur, böyle bir durum taraflar arasındaki eşitlik ilkesine de aykırı olacaktır. Bunun yanında, şayet açılan davada asgari bir miktar gösterilmişse ve bunun alacağın bir bölümü olduğu anlaşılacakla birlikte, belirsiz alacak davası mı yoksa belirli alacak olmakla birlikte kısmi dava mı olduğu anlaşulamıyorsa, bu durumda 6100 Sayılı Kanun'un 119/1-ğ maddesinin aradığı şekilde açıkça talep sonucu belirtilmemiş olacaktır. Talep, talep türü ve davanın niteliği açıkça anlaşulamıyorsa, talep muğlaksa, aynı Kanun'un 119/2. maddesi gereğince, davacıya bir haftalık kesin süre verilerek talebinin belirsiz alacak davası mı, yoksa kısmi dava mı olduğunun belirtilmesi istenmelidir. Verilen bu süreden sonra, davacının talebini açıklamasına göre bir yol izlenmelidir. Eğer talep, davacı tarafından belirsiz alacak davası şeklinde açıklanmış olmakla birlikte, gerçekte belirsiz alacak davası şartlarını taşımıyorsa, o zaman yukarıdaki şekilde hareket edilmeli, hukuki yarar yokluğundan dava reddedilmelidir. Açıklamadan sonra talep belirsiz alacak davası şartlarını taşıyorsa, bu davanın sonuçlarına göre, talep kısmi davanın şartlarını taşıyorsa da kısmi davanın sonuçlarına göre dava yürütülerek karar verilmelidir.”³

Aynı yöndeki Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin kararlarına örnek olarak aşağıdaki karar gösterilebilir:

“Davacı vekili, davanın belirsiz alacak davası olduğunu belirterek, ücret alacaklarının ödenmemesi sebebi ile iş sözleşmesini haklı sebeple feshettiğini ileri sürerek, kıdem tazminatı ile izin, fazla mesai, genel tatil ve eksik ücret alacaklarını istemiştir. ... Davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı şüphesizdir. Uyuşmazlık konusu kıdem tazminatı ile izin alacağı bakımından, talep içeriğinden açıkça anlaşıldığı üzere, davacı çalışma süresini, en son ödenen ücreti, alması gerektiğini iddia ettiği aylık ücret miktarını, kullanmadığı izin süresini belirleyebilmektedir. Tazminat hesaplamasına esas alınacak aylık ücrete ek para veya parayla ölçülebilen sosyal menfaatleri de belirleyebilecek durumdadır. Bu halde kıdem tazminatı ile izin alacağı belirsiz alacak değildir. **Dava konusu edilen alacak-**

³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 22.6.2016, E. 2015/15101, K. 2016/6895 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 05.11.2015, E.2014/18911, K.2015/30253 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 3.11.2015, E. 2014/16561, K. 2015/11486; Yargıtay11. Hukuk Dairesi, 20.12.2012, 17790/21290 (Kazancı İçtihat Bankası).

ların gerçekte belirlenebilir olacak olmaları ve belirsiz olacak davasına konu edilemeyecekleri anlaşılma, hukuki yarar yokluğundan davanın usulden reddi gerekirken yazılı şekilde esasa girilerek karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”⁴

Yargıtay HGK ise 17.06.2015 tarihli kararında dava konusu edilen alacakların gerçekte belirli bir alacak olduğu ve dolayısıyla belirsiz alacak davasına konu edilemeyecekleri, hukuki yarar yokluğundan davanın reddi gerekirken esasa girilerek karar verilmesini hatalı bulup bozma kararı veren Yargıtay 22.Hukuk Dairesi'nin 09.09.2014 gün ve 2014/18964 E.-2014/23418 K. sayılı kararına karşı ilk derece mahkemesinin direnme kararını yerinde bulmamış ve direnme kararının Özel Daire bozma ilamında gösterilen nedenlerden dolayı bozulmasına karar vermiştir⁵. HGK da bu kararında şartları oluşmamasına rağmen açılan belirsiz alacak davasının hukuki yarar yokluğu sebebi ile reddi görüşünü benimsemiş bulunmaktadır.

Öte yandan, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ve 19. Hukuk Dairesi'nin istikrar kazanan kararlarına göre, her ne kadar belirli/belirlenebilir bir alacak için açılan belirsiz alacak davasında hukuki yarar dava şartı eksik ise de, bu dava şartı HMK m.115/2 uyarınca verilecek süre içinde tamamlanabilir; aynı şekilde talep sonucunun belirlenmesi için HMK m.119/2 uyarınca davacıya süre verilmesi mümkündür. Bu sayede davacı talep miktarını netleştirecek, miktar üzerinden eksik kalan harcı tamamlayacak ve davaya *tam eda davası* olarak devam edilecektir.

Benzer bir tartışma, HMK m.109/2 ilga edilmeden önce, belirli bir alacak için kısmi dava açılması durumlarında da yaşanmış ve 9. Hukuk Dairesi, 2 Şubat 2011 tarihli kararında miktarı açıkça belirli alacak için kısmi dava açılması halinde hukuki yarar yoksa da bu noksanlığın giderilebilir bir noksanlık olduğunu belirtmiştir⁶:

“HMK 107/son maddesine göre ‘kısmi davanın açılabilirdiği hallerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukukî yararın var olduğu kabul

⁴ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 05.11.2015, E.2014/18911, K.2015/30253 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 30.5.2016, E. 2016/11796, K. 2016/15439 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁵ Yargıtay HGK 17.6.2015 E. 2015/22-1052 K. 2015/1612 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁶ Alacağın miktarı taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılmayacağı meselesini düzenleyen HMK m.109/2, 01.04.2015 tarihinde 6644 sayılı Kanun'un 4üncü maddesi ile ilga edilmiştir.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

edilir'. Bir davanın kısmi dava olarak görülebilmesi için hukukî yararın olması gerekir. Hukukî yarar, HMK 114/h maddesi uyarınca, dava şartı olarak kabul edilmiştir. HMK 115/2 maddeye göre 'Mahkeme dava şartı noksanlığı tespit ederse, davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içerisinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı usulden reddeder'. ... **Bu gerekçelerle, dava dilekçesinde talep sonucunun belli olduğundan, davacının taleplerini somutlaştırmak zorunda olduğu ve bu zorunluluğu yerine getirmediği takdirde dava açmakta hukukî yararı bulunmadığı gerekçesinin doğru olmadığına, talep sonucunun belli olmadığı kabul edilse dahi bu eksikliğin giderilmesi için süre verilmesi gerekirken HMK 119/2 maddeye aykırı karar verildiğine; davacının kısmi dava açmakta hukukî yararı olmasına rağmen hukukî yararı olmadığına ve hukukî yararı olmasa dahi hukukî yarar tamamlanması gereken şart olduğundan bu eksikliğin giderilmesi için HMK 115/2 maddesi uyarınca bir haftalık kesin süre vermesi gerekirken bu süreyi vermediğinden yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir.**⁷

Yine 9. Hukuk Dairesi sonraki tarihli kararlarında da bu içtihadını devam ettirmiştir:

“6100 Sayılı HMK.'un 114. maddesinde davacının dava açmakta hukuki yararının bulunması, dava şartı olarak belirtilmiştir. Belirsiz alacak ve tespit davasında, kanun açıkça alacak miktarının veya değerinin belirlenememesi veya olanaksız olması halinde, davacının belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararının varsayılacağını öngörmüştür. Kısaca dava açıldığında alacak belirli değil veya tartışmalı ise, belirsiz alacak ve tespit davası açılması için hukuki yarar vardır. Takip eden 115/2 maddedeki kurala göre ise “Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder”. Düzenleme gereğince, eksik olan bir dava şartı, belirli bir süre verilerek giderilebilecek ise, hâkim tarafından eksikliğin gideril-

⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 02.12.2011, 2012/1756 E., 2012/5741 K.(yayınlanmamıştır) (Pekcanitez, Hakan, “Belirsiz Alacak Davasının İş Hukukunda Uygulanması”, DEÜHFD, Cilt 15, Özel Sayı, 2013, s.956).

mesi için kesin süre verilmesi gerekir. Bu süre içinde dava şartı eksikliği tamamlanmaz ise dava, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilmiştir. Dairemiz kararlilikla hukuki yarar şartının tamamlanabilir dava şartı olduğunu kabul etmektedir (27.12.2012 gün ve 2012/1756 E., 2012/5741 K). Bu sebeple belirsiz alacak davası veya kısmi dava açıldığında, davaya konu edilen alacak açık ve tam olarak belirli ise davacıya tam eda davası açması, tamamlanabilir hukuki yarar şartını yerine getirmesi için öncelikle süre verilmeli, süre sonunda yerine getirmediği takdirde davanın hukuki yarar şartı yokluğu nedeni ile usulden reddine karar verilmelidir.”⁸

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi benzer bir kararında hukuki yararın tamamlanabilir bir dava şartı olduğunu belirttikten sonra, elindeki davada hukuki yararın sonradan tamamlandığını belirtmiştir. Karar hukuki yararın sonradan nasıl tamamlanabileceğine örnek niteliğindedir⁹:

“... Bu sebeple belirsiz alacak davası veya kısmi dava açıldığında, davaya konu edilen alacak açık ve tam olarak belirli ise davacıya tam eda davası açması, tamamlanabilir hukuki yarar şartını yerine getirmesi için öncelikle süre verilmeli, süre sonunda yerine getirmediği takdirde davanın hukuki yarar şartı yokluğu nedeni ile usulden reddine karar verilmelidir. /... Kaldı ki somut uyuşmazlıkta olan tazminat ve alacaklar hesap raporu ile belirlenmiş, davacı vekili islah sureti ile belirlenen miktarları talep etmiş ve bu şekilde tamamlanabilir dava şartı olan hukuki yarar şartı gerçekleşmiştir. Alacak belirli olsa bile hukuki yarar şartı yargılama sırasında tamamlanmıştır.”

Aynı yönde kararlar veren Yargıtay 19. Hukuk Dairesi kararlarına örnek olarak aşağıdaki karar gösterilebilir:

“... HMK.'nun 109/2 maddesi “Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılmaz” hükmünü, HMK.'nun 115/2 maddesi ise “Mahkeme dava şartı noksanlığını tespit

⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 18.2.2015 E. 2014/38008 K. 2015/7271 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 22.3.2016, E. 2014/35135, K. 2016/6799 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, 26.1.2014, 2014/1962 E, 2014/6034 K. ; Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, 27.2.2012, 2012/1757 E., 2012/5742 K. (Kazancı İçtihat Bankası);Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 9.3.2016, E. 2015/13129, K. 2016/5341(Kazancı İçtihat Bankası).

⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 9.3.2016, E. 2015/13129, K. 2016/5341(Kazancı İçtihat Bankası).

*ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder.” hükmünü içermektedir. Dava tarihi itibarıyla 6100 sayılı HMK yürürlükte olup, **davada alacak belirlidir. Bu nedenle kısmi dava ve belirsiz alacak davası açılmaz. Bu durumda mahkemece, dava ve usul ekonomisi bakımından HMK.'nun 115/2 maddesi uyarınca davasını tam dava olarak devam ettirmesi ve harcı tamamlatması konusunda davacı vekiline kesin süre verilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken bu yönler gözetilmeksizin yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.**”¹⁰*

Görüldüğü üzere Yargıtay Hukuk Daireleri ve hatta Hukuk Genel Kurulu arasında, şartları bulunmamasına rağmen belirsiz alacak davası açılması halinde hukuki yararın tamamlanabilir bir dava şartı olup olmadığı meselesinde bir görüş birliği bulunmamaktadır.

3. Doktrindeki Görüşler

Doktrinde ortaya çıkan görüşler ise yine Yargıtay kararlarındaki gibi ikiye ayrılmaktadır: Birinci görüşe göre koşulları oluşmamasına rağmen belirsiz alacak davası açılması halinde yani alacağın miktarı belirlenebilir olmasına rağmen belirsiz alacak davası açılması halinde, davacının hukuki yararı (HMK m.114/1-h) yoktur. Ancak hâkim davayı hukuki yarar yokluğundan dolayı hemen reddetmemelidir. Hâkimin dava şartı yokluğundan dolayı davayı reddetmemesi konusunda hemfikir olan bu görüş taraftarları, hâkimin davaya nasıl devam etmesi gerektiği konusunda farklı yaklaşımlara sahiptirler.

Bazı müelliflere göre, HMK m.115’te tamamlanabilen ya da tamamlanamayan dava şartlarının hangileri olduğu, HMK m.119/2’de dava dilekçesinde bulunması zorunlu unsurlardan eksiklikleri tamamlanacak unsurlar gibi açıkça belirtilmediği gibi, HMK m. 119/2’de açıkça “*açık bir şekilde talep sonucunu belirlenmesinin*” eksiklik olarak giderilebileceği ifade

¹⁰ Yargıtay 19. HD, 16.0.2014, E.2013/17366, K. 2014/1329 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 16.1.2014, 2013/ 17491 E, 2014/ 1332 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 16.1.2014, 2013/ 17366 E, 2014/ 1329 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay19. Hukuk Dairesi, 23.11.2015, E. 2015/11202, K. 2015/15266 (Kazancı İçtihat Bankası).

edilmiştir. Bu nedenle dava dilekçesinde açık olmayan talep sonucu giderilebilecek eksiklidir.¹¹ Ön inceleme aşamasında davanın belirsiz alacak davası olarak açılmayacak olmasının tespiti halinde, talep sonucunu ve davasını belirli tam dava olarak açması için davacı tarafa süre verilmesi, davanın genişletilmesi yasağı olarak kabul edilmemelidir. Talep sonucunun açıklattırılması ve davanın türünün açıklattırılması da hâkimin aydınlatma ödevi kapsamındadır.¹² Ön inceleme aşamasında belirsiz alacak ve tespit davası veya kısmi dava açılmayacağı anlaşıldığında, davacı tarafa davasının belirli tam dava olarak devam etmesi, harcını tamamlaması için HMK m.115/2 uyarınca süre verilmesi usul ekonomisine uygun olur.¹³ Bu nedenle hukuki yarar dava şartının tamamlanabilir bir dava şartı olduğu kabul edilebilir ve HMK m.115/2 uyarınca davacıya bunun için süre verilebilir.¹⁴ Davacı bu kesin süre içinde kısmi davasını tam davaya dönüştürür (ve harcı tamamlar) ise, dava şartı noksanlığı giderilmiş olduğundan, davaya tam alacak davası olarak devam edilir.¹⁵

Bazı müelliflere göre ise, koşullarının oluşmamasına rağmen, bir dava, belirsiz alacak davası olarak açılmışsa, hukukî yarar yokluğundan dolayı hemen reddedilmemeli; hâkim, taleple bağlı olup (HMK m.26) hukukî tavsifle bağlı bulunmadığı için (HMK m.33), ortada örtülü bir kısmî dava da mevcut değilse (HMK m. 109), bir ara kararıyla, açılan davayı, tam bir eda davası (HMK m.105) olarak nitelendirip görmeye devam etmelidir. Çünkü belirsiz alacak davası bağlamında, dava dilekçesinde gösterilmesi

¹¹ Çil, Şahin/Kar, Bektaş, 6100 Sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, 2. Baskı, 2012, s.51; Karaca, Aybüke/Yağcı, Uğur, "Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Davanın İşçilik Alacakları Bakımından Değerlendirilmesi", İÜHFMD C. LXXII, S.2, 2014, s.204-205.

¹² "Hâkimin taraflar arasındaki uyuşmazlıkta, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesine göre, aydınlatma ödevi vardır. Bu aydınlatma görevi, vakialara ilişkin olabileceği gibi talep sonucuyla da ilgili olabilir. Hâkim, tam olarak neyin talep edildiğini taraflara soracaktır. Bu aydınlatma ile davanın türü de ortaya konabilir. Dava türünde davacının belirsiz alacak veya kısmi dava olduğunu açıklamaması halinde, hâkimin aydınlatma ödevi gereği davanın türünü açıklattırması gerekir." Çil/Kar, age., s.50; Karaaslan, Varol, Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, 2013, s.121,123.

¹³ Çil/Kar, age., s.51,52.

¹⁴ Kuru, Baki, "Medeni Yargıda Kısmi Alacak Davası Öldü, Yaşasın Belirsiz Alacak Davası ve İdari Yargıda Yaşasın Genişletilmiş Kısmi Alacak Davası", Ramazan Arslan Armağanı, 2015, s.1068; ayrıca bkz. aynı makale s.1068 dipnot 19'da yer alan kararlar; Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı 2013, s.747.

¹⁵ Kuru, agm., s.1068; ayrıca bkz. aynı makale s.1068 dipnot 19'da yer alan kararlar. YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

gereken asgarî tutar, zaten somut olayın koşullarına ve özelliklerine göre, tespiti mümkün olan alacak tutarı konumundadır. Dolayısıyla, anılan durumda, örtülü kısmî davanın koşulları da mevcut değilse, davacının, tam bir eda davası açtığı kabul edilmelidir. Öte yandan, alacağın, belli bir kesiminin dava edildiği açık olmakla beraber, somut olayda, belirsiz alacak davasının işlerlik kazanabilmesi için varlığı gereken koşullar mevcut değil ve fakat kısmî dava açılabilmesi mümkün ise, bu durumda, mahkemece, açılmış olan dava, doğrudan, bir ara kararıyla bir kısmî dava olarak nitelendirilmek suretiyle, görülmeli ve karara bağlanmalıdır.¹⁶

Diğer görüş taraftarlarına göre ise şartları oluşmamasına rağmen açılan belirsiz alacak davasında davacının hukuki yararı yoktur ve hukukî yararın bulunmadığı tespit edilirse, hâkim bu hukukî yarar eksikliğinin tamamlanması için davacıya süre veremez. Çünkü bazı dava şartı eksiklikleri sonradan tamamlanabilirse de, hukukî yarar şartı eksikliği tamamlanamaz.¹⁷ Davacı belirsiz alacak davasının koşulları bulunmadığı hâlde belirsiz alacak davası açtıktan sonra bu durumun tespiti üzerine talep sonucunu tam bir eda davasına dönüştürmek isterse, bu apaçık talep sonucunun arttırılmasıdır. Davacının talep sonucunun arttırması ise ancak karşı tarafın izni veya ıslah yolu ile mümkündür. Davayı aydınlatma ödevi, hâkimin, koşulları olmaksızın açılan davalarda davacılara doğru davayı açtırmak da değildir. Bu davayı aydınlatmak değil, yol göstermek olur ki, bu da hâkimin reddi sebebini (HMK m.36/1-a) oluşturur. Hâkim, davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde sadece açık olmayan ya da çelişkili olan talep sonucundaki belirsizliklerin ve çelişkilerin giderilmesini talep edebilir, davacıya talep sonucunu değiştirme imkânı veremez.¹⁸ Dava şartı olan

¹⁶ *Tanrıver, Süha*, “Belirsiz Alacak Davası ve Bu Bağlamda Uygulamada Yaşanan Güncel Sorunlar”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Yıl 2, Sayı 2, Ankara 2015, s.9-10.

¹⁷ *Pekcanitez, agm.*, s.955; Aynı yönde *Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özeker, Muhammet*, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, 2013, s. 454-455; *Simil, Cemil*, Belirsiz Alacak Davası, 1. Baskı, 2013, s.234; *Özeker, Muhammet*, “Anayasa Mahkemesinin Kararı Karşısında Kısmi Dava İle Belirsiz Alacak Davası Arasındaki Sınırın Belirlenmesi Sorunu (Belirli-Belirsiz-Belirlenebilir Alacak Ayrımı)”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, Cilt 2, Ankara 2014, s.1589-1606, s.1603; *Hanağası, Emel*, Davada Menfaat, 2009, s.323; *Aslan, Kudret/Akyol Aslan, Leyla/Kiraz, Taylan Özgür*, “Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Karar”, DEÜHFD, Cilt 16, Özel Sayı, 2014, s. 1001.

¹⁸ *Pekcanitez, agm.*, s.955; Aynı yönde *Pekcanitez/Atalay/Özeker*, s. 454-455; *Simil, age.*, s.236, dipnot 794; *Aslan/Akyol Aslan/Kiraz, agm.*, s. 1008-1009.

hukuki yararın tamamlanması ancak dava türünün değiştirilmesi ile mümkündür ki bu da tamamlanacak bir dava şartı eksikliği değildir. Aksi halde, benzer şekilde temeli hukuki yarara dayanan “eda davası açılabilen durumlarda tespit davası açılmaz” ilkesine aykırı biçimde gereğince, tespit davalarının eda davalarına dönüştürülmesini sağlamak gerekir ki, buna izin verilmemektedir.¹⁹

Yine bu son görüşe göre, dava dilekçesinde talep sonucunun hiç gösterilmemesi ya da dava konusunun değerinin eksik gösterilmesi ile hukuki yarar yokluğunu birbirine karıştırmamak gerekir.²⁰ Belirlenebilen bir alacak için, belirsiz alacak davası açıldığında, dava dilekçesinde bir eksiklik bulunmamaktadır. Bu nedenle hâkim, belirlenebilen bir alacak için belirsiz alacak davası açıldığında, dava dilekçesinde talep sonucunun açıkça belirli olması gerekçesiyle davacıya talep sonucunu belirlenmesi için HMK m.119/2’ye göre süre veremez.²¹ Zira hâkim kural olarak tarafların talep sonucuyla bağlı olup, ondan fazlasına veya başka bir Şeye karar veremez (HMK m. 26).²² Aksi bir durum, hem hâkimin davayla ilgili olarak tarafa yol göstermesi (HMK m. 36/1-a) anlamına gelecek ve hâkimin reddi sebebi teşkil edecektir²³ hem de böyle bir durum taraflar arasındaki eşitlik ilkesine aykırı olacaktır.²⁴ Ancak, davacı belirlenebilen alacak için belirsiz alacak davası açmış, fakat yargılama sırasında bu fark edilmeksizin davacı ıslah yoluyla veya karşı tarafın açık rızayla talep sonucunu değiştirmiş ise artık mahkeme hukuki yarar yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar veremeyecektir (HMK m.115/3).²⁵

4. Katıldığımız görüş

Kanunda belirsiz alacak davasının Şartları gösterilmiş olmasına rağmen, Şartları olmadan belirsiz alacak davası Şeklinde açılmış olan bir davanın akıbetinin ne olacağı düzenlenmemiştir. Bu konuda uygulanması söz konusu olabilecek kanun hükümleri kanımızca dava dilekçesindeki eksikliklerin giderilmesiyle ilgili HMK m.119(1)(ę), (2) hükümleri ile dava Şartı

¹⁹ Özekes, agm., s.1596; Aslan/Akyol Aslan/Kiraz, agm., s. 1004.

²⁰ Simil, age., s. 235.

²¹ Simil, age., s.235; Özekes, agm., s.1603; Aslan/Akyol Aslan/Kiraz, agm., s.989.

²² Aslan/Akyol Aslan/Kiraz, agm., s.989, 990.

²³ Aslan/Akyol Aslan/Kiraz, agm., s. 990.

²⁴ Özekes, agm., s.1603.

²⁵ Simil, age., s.236.

eksiklerinin giderilmesine ilişkin HMK m. 115(2) hükmü olabilir.²⁶ Her halde, şartları olmadan açılan belirsiz alacak davasının hemen reddedilmemesi; davacıya talebini belirli hale getirmesi için süre verilmesi gerektiği yönündeki görüşler bize de daha doğru görünmektedir.

İsviçre ve Alman hukuk uygulaması da bu şekildedir. İsviçre hukukunda (gerek 2011 yılında yürürlüğe giren İsviçre Medeni Usul Kanunu döneminde gerekse İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce, medeni usul hukukunun kanton medeni usul kanunlarıyla düzenlendiği dönemde) hakim olan görüşe göre, para alacağı için açılan davalarda alacak tutarının belirli ("rakam olarak ifade edilmiş") olması dava şartı sayılmıştır. Belirsiz alacak davası açılması imkânı bu kuralın bir istisnasıdır. Davacı, belirsiz alacak davası açmak için aranan şartların mevcut (ezcümle alacak tutarının rakam olarak belirlenmesinin imkânsız ya da çok güç) olmamasına rağmen, alacak tutarını belirtmeden dava açarsa, hâkim davayı hemen dava şartı eksikliği sebebiyle reddetmez. Bu durumda hâkim, davacıya, davayı aydınlatma ödevi kapsamında bir süre vererek alacak tutarının belirlenmesini ister ve ancak bu yapılmadığı takdirde davanın dava şartı eksikliği sebebiyle açılmamış sayılmasına karar verir.²⁷

Dava dilekçesinde talebin belirsizlik içermeyecek şekilde yer alması (bu meyanda para taleplerinin rakam olarak ifade edilmesi) Alman hukukunda da davanın (dava dilekçesinin) kabule şayanlığı ile ilgili görülmektedir. Buna göre, belirsiz alacak davası açmak için aranan şartların mevcut olmamasına rağmen, alacak tutarını belirtmeden dava açılması halinde dava dilekçesi kabule şayan değildir. Bu durumda, Alman hâkimi de davacıya bir süre vererek alacak tutarının belirlenmesini ister ve ancak bu yapılmadığı takdirde davanın kabule şayan olmaması sebebiyle (usulden) reddine karar verir.²⁸

²⁶ Budak, *Ali Cem*, Belirsiz Alacak Davası, Bankacılar Dergisi Özel Sayı, Ocak 2013, s.84.

²⁷ Gut, *Nicholas*, Die unbezifferte Forderungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung [İsviçre Medeni Usul Kanunu'na göre Belirsiz Alacak Davası], doktora tezi, Helbig Lichtenhahn Verlag, 2014, s. 56-57.

²⁸ Ezcümle Greger, *Reinhold*, Zöller Zivilprozessordnung [Alman Medeni Usul Kanunu Şerhi], 30. Bası, Verlag Otto Schmitt 2014, paragraf 253, Kenar no. 13-14a, 23.

KAYNAKÇA

Aslan, Kudret/Akyol Aslan, Leyla/Kiraz, Taylan Özgür, “Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Karar”, DEÜHFD, Cilt 16, Özel Sayı, 2014.

Budak, Ali Cem, Belirsiz Alacak Davası, Bankacılar Dergisi Özel Sayı, Ocak 2013.

Çil, Şahin/Kar, Bektaş, 6100 sayılı HMK’ya Göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, 2. Baskı, 2012.

Greger, Reinhold, Zöllner Zivilprozessordnung [Alman Medeni Usul Kanunu Şerhi], 30. Bası, Verlag Otto Schmitt 2014.

Gut, Nicholas, Die unbezifferte Forderungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung [İsviçre Medeni Usul Kanunu’na göre Belirsiz Alacak Davası], doktora tezi, Helbig Lichtenhahn Verlag, 2014.

Hanağası, Emel, Davada Menfaat, 2009.

Karaaslan, Varol, Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, 2013.

Karaca, Aybüke/Yağcı, Uğur, “Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Davanın İşçilik Alacakları Bakımından Değerlendirilmesi”, İÜHFM C. LXXII, S.2, 2014.

Kuru, Baki, “Medeni Yargıda Kısmi Alacak Davası Öldü, Yaşasın Belirsiz Alacak Davası ve İdari Yargıda Yaşasın Genişletilmiş Kısmi Alacak Davası”, Ramazan Arslan Armağanı, 2015.

Özekes, Muhammet, “Anayasa Mahkemesinin Kararı Karşısında Kısmi Dava İle Belirsiz Alacak Davası Arasındaki Sınırın Belirlenmesi Sorunu (Belirli-Belirsiz-Belirlenebilir Alacak Ayrımı)”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, Cilt 2, Ankara 2014.

Pekcanitez, Hakan, “Belirsiz Alacak Davasının İş Hukukunda Uygulanması”, DEÜHFD, Cilt 15, Özel Sayı, 2013.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, 2013.

Simil, Cemil, Belirsiz Alacak Davası, 1. Baskı, 2013.

Tanrıver, Süha, “Belirsiz Alacak Davası ve Bu Bağlamda Uygulamada Yaşanan Güncel Sorunlar”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Yıl 2 Sayı 2, Ankara 2015, s.9-10.

Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı 2013.

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ MÜKELLEFLERİN HAKLARI BİLDİRGESİ

(THE TAXPAYER BILL OF RIGHTS IN THE USA)

Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK*

ÖZET

Bu makalede, Amerika Birleşik Devletleri'nde 2014 yılında kabul edilen "Mükellefler Hakkı Bildirgesi" inceleme konusu yapılmıştır. Söz konusu Bildirge vergi mükelleflerinin sahip oldukları hakları belirlemekte ve bu hakların daha iyi anlaşılabilmesine olanak tanımaktadır. Bildirge'de 10 temel hakka yer verilmiş olup bu haklar şunlardır: Bilgilendirilme hakkı, kaliteli hizmet hakkı, doğru vergi tutarından fazla vergi ödememe hakkı, Gelir İdaresi'nin görüşüne itiraz etme ve sesini duyurma hakkı, bağımsız bir merci nezdinde gelir idaresi kararına itiraz etme hakkı, kesinlik hakkı, mahremiyet hakkı, gizlilik hakkı, temsil yetkisini elinde bulundurma hakkı, adil ve doğru vergi sistemi hakkı.

Anahtar Kelimeler: Vergi hukuku, vergi mükellefi, mükellefler hakları, mükelleflerin korunması, vergi denetimi, hukuk devleti, Gelir İdaresi, Mükellefler Hakkı Bildirgesi.

ABSTRACT

This essay considers the Taxpayer Bill of Rights adopted in 2014 in the USA. The Taxpayer Bill of Rights provides the taxpayers with a better understanding of their rights by making them more visible and easier for the taxpayers. The Taxpayer Bill of Rights contains 10 provisions, which are: The right to be informed, the right to quality service, the right to pay no more than the correct amount of tax, the right to challenge the Internal

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Vergi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: huzelturk@superonline.com

Revenue Service's position and be heard, the right to appeal an Internal Revenue Service decision in an independent forum, the right to finality, the right to privacy, the right to confidentiality, the right to retain representation and the right to a fair and just tax system.

Keywords: *Tax law, taxpayer, taxpayers' rights, protection of the taxpayers, tax audit, state of law, Internal Revenue Service, the Taxpayer Bill of Rights.*

A.B.D. Mükellef Hakları Bildirgesi, vergi mükelleflerinin haklarını belirleyen çok önemli bir belgedir. 2014 yılında kabul edilen belge Amerikan Gelir İdaresi ile ilgili işlemlerde mükelleflerin bilmesi ve anlaması gereken 10 adet temel hakkı içermektedir.

2015 yılı sonlarında Kongre bu hakları Kanun metnine de ekledi. Böylece bildirgenin hukuki etkisi güçlendirilmiş oldu. Bundan sonra hedef Gelir İdaresi'nde çalışanların bu temel hakları bilmesi ve bunlara göre hareket etmesini sağlamak olarak belirlenmiştir. Bu konuda sorumlu makam olan Gelir İdaresi mükelleflerin hakları belirtmeye ve bu hakları çalışanlarıyla paylaşmaya devam etmektedir.

Bu bildirge Ulusal Mükellef Avukatı Nina Olson tarafından önerilmiş ve kabul görmüştür. Bu bildirge mükelleflerin Gelir İdaresi ile olan tüm işlerinde uygulanmaktadır. Mükellef Hakları Bildirgesi, vergi kanunlarında yer alan hakları on temel hak olarak gruplandırmakta ve onları daha açık, anlaşılır ve ulaşılabilir hale getirmektedir. Bu haklar şunlardır:

1. Bilgilendirilme hakkı

Bu hak çerçevesinde mükellefler, vergi kanunlarıyla ilgili olarak hangi kurallara uymaları gerektiğini bilme hakkına sahiptirler. Tüm vergi formlarında, talimatlarda, yayınlarda, tebliğlerde ve ilgili yazışmalarda kanunların ve Gelir İdaresi işlemlerinin açık izahatına ulaşma hakları vardır. Gelir İdaresi'nin kendileri hakkındaki vergi hesaplarıyla ilgili kararları ve sonuçları hakkında açıklayıcı bilgi alma hakları bulunmaktadır.

• Eğer, gelir vergisi de dâhil olmak üzere, vergi iadenizin tamamen veya kısmen reddedildiğine dair bir tebliğ alırsanız, talebinizin neden reddedildiğine dair gerekçeler net olarak açıklanmalıdır. *IRC § 6402(l)*

• Genel olarak, eğer ödemeniz gereken bir ceza varsa, bu tür bir cezaya ait her bir tebligatın; cezanın adı, Gelir Vergisi Kanunu'ndaki yetkisi ve nasıl hesaplandığı da dâhil olmak üzere ilgili cezaya ait açıklamayı da içermesi gerekmektedir. *IRC § 6751(a)*

• Bir denetimin parçası olarak Gelir İdaresi'yle yapılan birebir bir görüşme esnasında, Gelir İdaresi çalışanının denetim sürecini ve bu süreçteki mükellef haklarını açıklaması gerekmektedir. Yine aynı şekilde, vergi toplama süreci ve bu süreçteki hakların da açıklanması gerekmektedir. *IRC § 7521(b)(1)*

• Gelir İdaresi'nin, bazı tebligatlarda, eğer varsa, vergi tutarı, faiz ve cezaları yazması ve sebeplerini açıklaması gerekmektedir. *IRC § 7522*

• Gelir İdaresi, eşle birlikte ortak bir gelir vergisi beyannamesi doldurulduğunda, "masum eş" durumu hariç, her iki mükellefin de ilgili vergi yılına ait mevcut tüm vergi ve oluşabilecek ek meblağlar için sorumlu olduklarına dair bağlantılı yayın ve talimatlardan tarafları haberdar etmelidir. *RRA 98 § 3501(a)*

• Gelir İdaresi, *Mükellef Olarak Haklarınız* isimli kitapçık ve bağlantılı mevzuat kapsamında, mükelleflerin ortak beyan kapsamında belirli durumlarda vergi tutarının tümünden veya bir kısmından muaf olabileceği bilgisini vermelidir. Buna bazen "masum eş muafiyeti" denir. *RRA 98 § 3501(b)*

• Gelir İdaresi, *Mükellef Olarak Haklarınız*, kitapçığı kapsamında hangi mükelleflerin vergi incelemesi için ne şekilde seçildiğini açıklamalıdır. *RRA 98 § 3503*

• Eğer Gelir İdaresi, mükellefe karşı bir vergi tarhiyatı önerirse, mükellefe; inceleme raporunu içeren, önerilen değişiklikleri belirten ve genellikle 30 gün içerisinde talep edildiği takdirde bir Üst Memur tarafından incelenmesine olanak sağlayan bir yazı gönderecektir. Bazı durumlarda denetçi tarafından gönderilen ilk iletişim evrakı olan bu yazının, incelemeden tahsilata kadar tüm sürecin bir açıklamasını yapması ve Mükellef Avukat Hizmetinin mükellefe yardımcı olabileceğini de açıklaması gerekmektedir. *RRA § 3504 Genel olarak Evrak-3498 (Denetleme Süreci)*

veya Evrak-3498-A (Denetleme Süreci-posta yoluyla denetleme) da bu yazıya eklenir.

- Eğer mükellef, taksit anlaşması olarak da bilinen, bir ödeme planına girerse Gelir İdaresi, yılın başında ne kadar borcu olduğuna, yıl boyunca ne kadar ödediğine ve yıl sonunda ne kadar borcu kaldığına dair kendisine yıllık bir hesap özeti göndermelidir. *RRA § 98 3506, Treas. Reg. § 301.6159-1(h)*

- Bu tür kayıtların Gelir Vergisi Kanunu, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu veya Gizlilik Kanunu'yla korunması hariç olmak üzere, mükellefler çalışanlar için hazırlanan talimatlar ve el kitapçıkları dâhil belli bazı Gelir İdaresi kayıtlarına erişme hakkına sahiptir. Belli Gelir İdaresi kayıtları da elektronik olarak erişime açık olmalıdır.

- Eğer Gelir İdaresi mükellefin borcu olan vergi tutarını düzeltmeyi öneriyorsa, umumiyetle kendisine, önerilen değişikliği bildiren, resmi bir belge gönderilir. Bu belge mükellefe, önerilen düzeltme tutarını önceden ödemedi, önerilen değişikliğe Vergi Mahkemesi'nde itiraz etme hakkını verir. Bu hakkı kullanmak için, tebligatın gönderilmesinden sonra 90 gün içinde (eğer mükellefin adresi ABD dışındaysa veya mükellef tebliğ postalandığında ülke dışındaysa 150 gün içinde) Vergi Mahkemesi'ne bir itiraz dilekçesi sunulmalıdır. Bu tebligat vergi mahkemesine erişim sağlamış olur. *IRC §§ 6212; 6213(b)*

- Gelir İdaresi yazılı rehberlik ve iletişimin erişilebilir, tutarlı, sade bir dille yazılmış ve kolay anlaşılabilir olmasını sağlamalıdır.

2. Kaliteli hizmet hakkı

Mükelleflerin Gelir İdaresi'yle işlerinde hızlı, kibar ve profesyonel bir yardım alma, kolayca anlayacakları bir şekilde konuşulma, açık ve kolay anlaşılır iletişim ve yetersiz hizmet için de şikâyet hakları vardır.

- Gelir İdaresi tüm noksanlık bildirimlerinde, Mükellef Avukat Hizmeti (MAH) yardımı hakkına ve MAH'ne nasıl ulaşılabileceğine ait bilgi vermelidir. *IRC § 6212(a)*

- Vergi toplarken Gelir İdaresi mükellefe nazik davranmalıdır. Genel olarak Gelir İdaresi, mükellefle sadece 08.00 – 21.00 saatleri arasında iletişime geçmelidir. Eğer Gelir İdaresi mükellefin işvereninin bu tür iletişime izin vermediğini biliyorsa veya bilmesi için bir sebebi varsa, mükellefle işyerinde iletişime geçmemelidir. *IRC § 6304*

- Eğer Düşük Gelirli Mükellef Kliniği (DGMK) desteği için uygun bir bireysel mükellef sözkonusu ise (genel olarak gelir federal fakirlik sınırında veya bu sınırının 250% altındaysa), Gelir İdaresi, mükellefe bir DGMK'nden destek alma uygunluğu hakkında bilgi verebilir. *IRC § 7526.*

- Gİ tarafından hazırlanan belli bazı belgeler, Gelir İdaresi çalışanının adı, telefonu ve sicil numarasını, ve tüm bildirimler mükellefin arayabileceği bir telefon numarasını, içermelidir. Bir telefon görüşmesi veya birebir görüşme sırasında, Gelir İdaresi çalışanı mükellefe adını ve sicil numarasını vermek zorundadır. *RRA 98 § 3705(a)*

- Gelir İdaresi, kendisine ait yerel adres ve telefon numarasını yerel telefon rehberinde yayınlamak zorundadır. *RRA 98 § 3709*

3. Doğru vergi tutarından fazla vergi ödememe hakkı

Mükelleflerin yasal olarak sadece ödemeleri gereken vergiyi ödeme ve Gelir İdaresi tarafından tüm vergi ödemelerinin doğru biçimde yerine getirilmesini talep hakları vardır.

- Gelir İdaresi mükellefin borcu olan vergi tutarını düzeltmeyi öneriyorsa, mükellefi önerilen değişiklikten haberdar eden, tipik bir resmi belge gönderilecektir. Bu tebligat ile mükellef Vergi Mahkemesi'nde önerilen düzenlemeye, önerilen düzenlemedeki tutarı ödemedi, itiraz etme hakkını kazanır. Bu hakkı kullanmak için, tebliğin gönderilmesinden sonra 90 gün içinde (eğer mükellefin adresi ABD dışındaysa veya mükellef tebliğ postalandığında ülke dışındaysa 150 gün içinde) Vergi Mahkemesine bir itiraz dilekçesi ile başvurulması gerekir. Bu tebligat vergi mahkemesine erişim sağlamış olur. *IRC §§ 6212; 6213(b)*

- Düşük Gelirli Mükellef Kliniği (DGMK) desteği için uygun mükellefler hakkında (genel olarak gelir federal fakirlik sınırında veya bu sınırın 250% altındaysa), Gelir İdaresi, bir DGMK'dan destek almaya uygunluk hakkında bilgi verebilir. *IRC § 7526.*

- Mükellef vergisini fazla ödediğini düşünüyorsa, belirli sınırlar içerisinde para iade talebi yapabilir. *IRC § 6402.*

- Gelir İdaresi tarafından vergi kanun tarafından verilen süreden sonra tarh ettirildiyse veya tarhiyat hatalı ya da kanuna aykırı yapıldıysa, kanun tarafından belirlenen doğru tutarı aşan tutarın çıkarılması talep edilebilir. *IRC § 6404(a)*

- Gelir İdaresi'nin makul olmayan hataları veya gecikmeleri nedeniyle oluşan faizin kaldırılması mükellef tarafından talep edilebilir. Örneğin, eğer Gelir İdaresi tarafından görevlendirilen çalışan birkaç aylığına eğitime başka bir yere gittiğinde resmi belgelerin hazırlaması geciktirirse ve bu gecikmeden dolayı oluşacak tüm faiz yükü indirebilir. *IRC § 6404(e)*

- Mükellefin verginin tümünü veya bir kısmını ödemesi gerektiği konusunda makul bir şüphesi varsa, bir anlaşma teklifi sunabilir. 656-L. *IRC § 7122*

- Mükellefler Gelir İdaresi'nden vergi borcu tutarını gösteren, yapılan tüm vergi ödemelerinin yer aldığı ve doğru olarak uygulandığını kontrol edebileceği yıllık bir bildirim alırlar. *IRC § 7524*

- Mükellefler taksit anlaşması olarak da bilinen bir ödeme planı kapsamındaysalar, Gelir İdaresi yılın başında mükellefin ne kadar borcu olduğunu, yıl boyunca ne kadar ödediğini ve yılsonunda ne kadar borcu kaldığını gösteren yıllık bir bildirim kendisine göndermelidir. *RRA § 98 3506, Treas. Reg. § 301.6159-1(h)*

4. Gelir İdaresi'nin Görüşüne İtiraz Etmek ve Sesinizi Duyurmak

Mükelleflerin, Gelir İdaresi'nin resmi veya önerilen icraatlarına cevaben itiraz etmeye ve ek evrak sunmaya ve Gelir İdaresi'nin vaktinde yapılan itirazları ve gönderilen evrakları adil ve hızlıca ele almasını ve eğer Gelir İdaresi görüşlerine katılmıyorsa cevap vermesini beklemeye hakkı vardır.

- Eğer bir denetim sırasında evrak sunulup itiraz edildiğinde Gelir İdaresi mükellefin görüşüne katılmazsa, vergi ödenmeden önce mükellefe neden verginin arttığına dair, A.B.D. Vergi Mahkemesi'ne dilekçe yazma hakkını veren, resmi bir belge düzenlenecektir. *IRC § 6212*

- Eğer Düşük Gelirli Mükellef Kliniği (DGMK=LITC) desteği için uygun bir bireysel mükellef söz konusu ise (genel olarak gelir federal fakirlik sınırında veya bu sınırın 250% altındaysa), Gelir İdaresi, bir DGMK'den destek alma uygunluğu hakkında bilgi verebilir. *IRC § 7526*.

- Eğer Gelir İdaresi, mükellefin borcun olan vergi tutarını matematiksel veya yazana ait bir hatadan dolayı düzeltmeyi öneriyorsa, mükellefin Gelir İdaresi'ne bunu kabul etmediğine dair bilgi vermek için 60 gün süresi vardır. Eğer Gelir İdaresi ikna olmazsa mükellefe önerilen değişikliği bildiren bir ödeme belgesi gönderecektir. Bu belge mükellefe, önerilen düzeltme tutarını önceden ödemedi, önerilen değişikliğe Vergi Mahke-

mesi'nde itiraz etme hakkını verir. Bu hakkı kullanmak için, mükellef, tebliğin gönderilmesinden sonra 90 gün içinde (eğer mükellefin adresi ABD dışındaysa veya mükellef tebliğ postalandığında ülke dışındaysa 150 gün içinde) Vergi Mahkemesi'ne bir itiraz dilekçesi sunmalıdır. Böylece, ödeme belgesi mükellefe vergi mahkemesine gitme imkânı sağlayacaktır. *IRC §§ 6212; 6213(b)*

- Gelir İdaresi genel olarak, federal vergi haciz belgesi gönderdikten sonra, ilgili yeri belirterek, mükellefe bağımsız bir Gelir İdaresi Başvuru/Anlaşma Memuru ile bir görüşme fırsatı vermelidir. Bu oturumda mükellef Gelir İdaresi'nin vergi toplama faaliyetlerine alternatif sunabilir ve hatta aslında söz konusu vergi borcunun olup olmadığı itirazını bile yapabilir. Eğer mükellef verilen karara karşıysa Vergi Mahkemesi'ne gidebilir. *IRC § 6320*

- Gelir İdaresi, örneğin mükellefin banka hesabına, haciz koyarak vergi borcu toplama yönünde ilk zorunlu aksiyonunu almadan önce kendisine bağımsız bir Gelir İdaresi Başvuru/Anlaşma Memuru ile bir görüşme fırsatı vermelidir. Bu görüşmede mükellef Gelir İdaresi'nin vergi toplama aksiyonlarına alternatifler sunabilir ve hatta gerçekte vergi borcu olduğuna bile itiraz edebilir. Eğer mükellef verilen karara karşıysa Vergi Mahkemesi'ne gidebilir. *IRC § 6330*

5. Bağımsız bir Merci Nezdinde Gelir İdaresi Kararına İtiraz Etme Hakkı

Mükelleflerin, birçok ceza da dâhil olmak üzere, Gelir İdaresi kararlarının çoğuna karşı adil ve tarafsız bir resmi idari itiraza ve itiraz sonucuna ilişkin yazılı bir cevap almaya hakları vardır. Mükelleflerin genellikle davalarını mahkemeye taşıma hakları bulunmaktadır.

- Yetkili kişi Gelir İdaresi Ofisi'nden ayrı olarak bağımsız bir Gelir İdaresi İtiraz Ofisi'nin mükelleflerin durumunu önceden gözden geçirmesini sağlamalıdır. Genel olarak itiraz, mükellef veya temsilci orada bulunmadan görüşülemez. *RRA 98 § 1001(a)(4), Rev. Proc. 2012-18*

- Gelir İdaresi her eyalette düzenli olarak bir itiraz memurunun bulunmasını sağlamalıdır.

- Eğer inceleme (denetleme) sonucu önerilen düzeltmeyle mükellef hemfikir değilse, idari bir itiraz hakkı bulunmaktadır. *Statement of Procedural Rules, 26 C.F.R. § 601.103(b)*

- Belirli durumlarda mükelleflerin İtiraz Ofisi'yle bir görüşme yapma talebi seçeneği vardır. *Statement of Procedural Rules, 26 C.F.R. § 601.103(c)(1)*

- Mükelleflerin, taksitlendirme anlaşmasının feshedilmesinden önce İtiraz Ofisi tarafından yapılacak bir bağımsız bir değerlendirme talebinde bulunma hakkı vardır. *IRC § 6159(e)*

- Eğer Gelir İdaresi mükellefin borcun olan vergiyi yapılandırmayı öneriyorsa, umumiyetle, önerilen değişiklikten mükellefi haberdar eden, bir resmi belge gönderilecektir. Bu tebligat mükellefe, önerilen düzeltme tutarını önceden ödemedi, önerilen değişikliğe Vergi Mahkemesi'nde itiraz etme hakkını verir. *IRC § 6212*

- İlk olarak önerilen ödemeyi yapmadan, değişikliğe karşı mükellef tarafından Vergi Mahkemesi'ne itiraz hakkını kullanmak için, tebligattan sonra 90 gün içinde (eğer mükellefin adresi ABD dışındaysa veya mükellef tebliğ postalandığında ülke dışındaysa 150 gün içinde) Vergi Mahkemesi'ne bir itiraz dilekçesi sunulmalıdır. *IRC § 6213*

- Bazı belli durumlarda İtiraz Ofisi mükellefin durumuna karar vermek için yegâne yetkiye sahiptir. Genel olarak, Vergi Mahkemesi'ne dilekçe verdikten 4 ay sonra, ödeme belgesi veya başka bir belge söz konusu ofis tarafından düzenlenmediği sürece, mükellef hakkında Gelir İdaresi bünyesinde karar verecek tek yer bu ofis olacaktır. *Statement of Procedural Rules, 26 C.F.R. § 601.106.*

- Genellikle, mükelleflerin, belli vergi yükümlülüğüne ilişkin olarak önerilen ilk haciz işlemine itiraz etmek için Yasal Toplama İşlemi duruşması talep etmeye hakkı bulunmaktadır. Süreci yöneten bağımsız Gelir İdaresi İtiraz(Anlaşma) Memuru'nun Gelir İdaresi'nin toplamaya teşebbüs ettiği vergilerle önceden bir alakasının olmaması gerekmektedir. Eğer mükellef verilen kararlarla aynı fikirde değilse, buna Vergi Mahkemesi'nde itiraz edebilir. *IRC § 6330*

- Eğer Gelir İdaresi, mükellefin borcunun mevcut tutardan daha az olarak belirlenmesini ya da taksitli ödeme anlaşması denen bir ödeme planıyla ödenmesi yönündeki uzlaşma teklifini reddederse, o zaman Gelir İdaresi İtiraz Ofisi'nden reddin bağımsız bir değerlendirmesi talep edilebilir. *IRC § 6159(f) / IRC § 7122(e).*

- Genel olarak mükellefler Gelir İdaresi vergi inceleme veya toplama birimiyle çözemediği konuların İtiraz Ofisi'ne transfer edilmesini talep

edebilir. Burada konu üzerinde çalışıldıktan sonra çözümlenemeyen konular için (tarafsız bir üçüncü şahsın bir anlaşmaya varılması için yardımcı olacağı) bağlayıcı olmayan bir arabuluculuk veya (mükellef ve Gelir İdaresi'nin üçüncü bir şahsın kararına tabi olacağı) bağlayıcı bir hakem kararı talep edebilir. Aynı zamanda başarısız bir sonuçlandırma anlaşması veya uzlaşma teklifi teşebbüsünden sonra da bağlayıcı olmayan bir arabuluculuk veya bağlayıcı bir hakem kararı talep edebilir. *IRC § 7123*

• Genel olarak, eğer mükellef vergisini tamamen ödemişse ve vergi geri ödeme talebi reddedildiyse veya 6 ay içerisinde talebi konusunda bir işlem yapılmadıysa o zaman bir Birleşik Devletler Bölge Mahkemesi'nde veya Birleşik Devletler Federal Alacak Mahkemesi'nde bir iade davası açılabilir. *IRC § 7422*

• Çok kısıtlı şartlarda, daha önceden Gelir İdaresi'yle mükellef arasında gerçek bir anlaşmazlık olmadan önce bile belirli vergi konularında bir mahkemenin karar verilmesi talep edilebilir. Örneğin, bir mahkeme bir organizasyonun vergiden muaf olup olmadığına veya bir emeklilik planının geçerliliğine karar verebilir. *IRC §§ 7428, 7476-7479*

• Bir ihtiyati vergi tahakkuku, çok kısıtlı şartlarda, Gelir İdaresi'nin normal idari teminat ve korumalarını dikkate almamasına izin verir. Örneğin Gelir İdaresi mükellefin ülkeden kaçacağı bilgisine sahipse bu durum söz konusu olur. Eğer Gelir İdaresi böyle bir uygulamaya giderse mükelleflerin dava açma hakkı mevcut olup ve mahkeme bu uygulamanın mevcut şartlar altında makul olup olmadığı ve tutarın uygun olup olmadığı konusunda karar verecektir. *IRC § 7429*

6. Kesinlik Hakkı

Mükelleflerin, Gelir İdaresi'nin belli bir vergi yılında denetleme yapması gereken maksimum süreyi bilmesi gerektiği gibi, Gelir İdaresi'nin kararına itiraz edebilecekleri maksimum süreyi de bilme hakları vardır. Mükelleflerin Gelir İdaresi'nin bir denetlemeyi ne zaman bitirdiğini bilme hakları vardır.

• Vergi Mahkemesi'nde ödeme emrine vakitlice itiraz etmek için belgenin tebliği tarihinden itibaren 90 gün içinde veya tebliğ postalandığında eğer mükellefin tebliğ üzerindeki adresi ABD dışındaysa 150 gün içerisinde bir dilekçe yazılması gerekir. Eğer dilekçe vaktinde yazılmazsa,

resmi belgede önerilen tutar uygulanır ve mükellefe bir fatura ulaşır. *IRC § 6213*

- Eğer ek vergi öneren bir bildirim alırsanız, önerilen tutara itiraz edilebilmesi için bildirim Vergi Mahkemesi'ne son dilekçe yazma tarihini de içermesi gerekmektedir. *IRC § 6213(a)*

- Gelir İdaresi'nin, vergiyi hesaplamak için sizin mükellefin beyannamadan itibaren genellikle üç yılı vardır. 3 yıl kuralı için, beyanname vermemek veya hileli beyanname sunmak gibi, bazı sınırlı istisnalar da bulunmaktadır. *IRC § 6501*

- Gelir İdaresi'nin ödenmemiş vergileri mükelleften almak için tahakkuk tarihinden itibaren genellikle on yılı vardır. Ancak Gelir İdaresi'nin toplama yapamadığı bir dönemin olması, iflas veya devam etmekte olan bir tahsilat süreci veya bekleyen bir uzlaşma önerisi gibi, on yıllık toplama sürecinin ertelenebildiği çeşitli koşullar vardır. *IRC § 6502*

- Eğer mükellef vergisini fazladan ödediğine inanıyorsa iade talebinde bulunabilir. Genellikle, asıl iade talebi tarihinden itibaren 3 yıl içinde veya verginin ödendiği tarihten itibaren 2 yıl içinde, hangi tarih daha geçse, iade talebinde bulunulması gerekir. *IRC § 6511*

- Eğer mükellef veya Gelir İdaresi vaktinde temyize gitmezse, ABD Vergi Mahkemesi'nin kararı nihaidir. *IRC § 7481*

- Genellikle, mükellef her vergi yılında bir incelemeye tabidir. Fakat Gelir İdaresi eğer gerekli görürse (örneğin bir hile kanıtı varsa), daha önce incelenmiş olan bir vergilendirme yılını yeniden açabilir. *IRC § 7605(b)*

7. Mahremiyet Hakkı

Mükelleflerin, herhangi bir Gelir İdaresi soruşturması, incelemesi veya uygulamasının yasayla uyumlu olacağına ve bunun gereğinden daha fazla müdahaleci olmayacağına ve de Gelir İdaresi'nin, arama ve el koyma ile tahsilatla ilgili görüşmeler de dâhil olmak üzere, tüm süreç boyunca haklarına saygı duyacağını bekleme hakkı vardır.

- Bir tahsilat görüşmesi esnasında bağımsız bir Gelir İdaresi İtiraz/Uzlaşma Memuru, Gelir İdaresi'nin alacak işlemlerinde hükümetin vergilerin etkin toplanması ihtiyacıyla mükellefin Gelir İdaresi'nin vergi toplama işlemlerinin gerektiğinden daha fazla müdahaleci olmaması konusundaki geçerli endişelerin dengede olup olmadığını göz önünde bulundurmalıdır. *IRC § 6320*

• Bir tahsilat görüşmesi esnasında bağımsız bir Gelir İdaresi İtiraz/Uzlaşma Memuru, Gelir İdaresi'nin önerilen haciz işleminin hükümetin vergilerin etkin toplanması ihtiyacıyla mükellefin Gelir İdaresi'nin vergi toplama işlemlerinin gerektiğinden daha fazla müdahaleci olmaması konusundaki geçerli endişelerin dengede olup olmadığını göz önünde bulundurmalıdır. *IRC § 6320*

• Gelir İdaresi, izleyen durumlarda mükellefin herhangi bir malvarlığını haczedemez: mükellefe bir talep tebliğ göndermeden, bekleyen mevcut bir ödeme planı talebi varken ve eğer Gelir İdaresi mülke el konulması veya satılmasından bir kazanç elde edemeyecekse. *IRC § 6331*

• Gelir İdaresi gerekli okul kitapları, giysi ve teslim edilmemiş posta, belirli miktarda mobilya ve ev eşyası gibi belli bazı şahsi eşyalara el koyamaz. *IRC § 6334(a)*

• Gelir İdaresi'nin mükellefin borcu olan verginin haczedebileceği (el koyabileceği) maaş tutarı için limitler vardır. Maaşın, şahsi muafiyetler için olan kesintilerle birlikte, standart kesilmeye eşdeğer olan kısmı hacizden korunmuştur. *IRC § 6334(d)*

• Gelir İdaresi, önceden ve bunun için vergi borcunun mükelleften tahsilatının başka rasyonel bir alternatif yolu olmadığını gösteren mahkeme onayı almadan mükellefin, eşi, eski eşi veya küçük yaşta çocuğu tarafından birincil ikametgâh olarak kullanılan şahsi ikametgâhına el koyamaz. *IRC § 6334(e) Treas. Reg. § 301.6334-1(d)(1)*

Tahsilat memuru mükellefle şahsen görüşmeye çalışmalı ve eğer mükellef haczin güçlük yaratacağını belirttiğinde istenen kolaylığı sağlamıyorsa Mükellef Avukat Hizmeti'yle irtibata geçme konusunda yardımcı olmalıdır. *IRM 5.10.1.7.2*

Gelir İdaresi tarafından çıkarılan, söz konusu korumaları, birincil bir ikametgâh üzerindeki haczi işlemin iptali davalarına kadar genişleten bir rehberlik hizmeti mevcuttur. Buna göre, Gelir İdaresi, güçlük teşkil eden husus gözden geçirilmişse ve rasyonel idari çözüm yoksa birincil ikametgâhtaki bir haczi uygulamak için dava açmamalıdır.

• El koymadan hemen sonra uygulanabilir olmak üzere, Gelir İdaresi mülkün sahibine, mülkün satılığa çıkarılacağını yazılı olarak tebliğ etmelidir. Mülkiyetin satılmasından önce, Gelir İdaresi minimum bir ihale bedeli belirler. Mülk satılmadan önce, eğer mülkün sahibi vergi tutarını ve el koymaya ilişkin bedeli öderse, Gelir İdaresi mülkü sahibine iade ede-

cektir. Mülkle alakalı herhangi bir kişi satılan mülkü, satıştan sonra 180 gün içerisinde, alan kişinin ödediği bedel ve ek olarak faiz de ödeyerek alabilir. *IRC §§ 6335, 6337*

- Eğer Gelir İdaresi mükellefin mülkünü satarsa, bu satıştan gelecek paranın vergi borcuna nasıl uygulandığı konusunda detaylı bir belge verecektir. *IRC § 6340*

- 1998 tarihli Yeniden Yapılandırma ve Reform Kanunu çerçevesinde IRS çalışanlarının “gerekli durumlarda” Federal Vergi Haciz İhbarnamesi doldurmadan önce bir gözetmenin onayını almaları gerekmektedir. Bu tür bir onay alınmadığında, bunun da ötesinde disiplin önlemlerin alınması gerekecektir. *RRA § 98 3421*

- Gelir İdaresi bir inceleme esnasında, eğer beyan edilmemiş bir gelirinizin olduğuna dair makul bir emare yoksa mükellefin yaşam tarzı hakkında müdahaleci ve konu dışı bilgiler aramamalıdır. *IRC § 7602(e)*

- Eğer mükellef vergi borcunu ödemek üzere bir teklif getirirse ve teklif sadece ne kadar borç olduğuyula ilgiliyse (Uzlaşmadaki Yükümlülük Teklifinin Şüphesi olarak bilinir), hiçbir mali evrak sunmak zorunda değildir. *IRC § 7122(d)(3)(B)*

8. Gizlilik Hakkı

Mükelleflerin Gelir İdaresi’ne sundukları tüm bilginin mükellef veya kanun tarafından izin verilmediği sürece ifşa edilmeyeceğini bekleme hakları vardır. Mükelleflerin, mükellef bilgilerini yasalara aykırı olarak kullanan ve ifşa eden Gelir İdaresi çalışanlarını, tebliğ hazırlayan personeli ve diğer ilgili kişileri araştırmasına ve haklarında uygun aksiyonun alınmasını beklemeye hakları vardır.

- Genel olarak Gelir İdaresi, mükelleflerin vergi bilgilerini kendileri izin vermedikçe, örneğin mükellef İdare’den bir ev veya öğrenci kredisi başvurusuyla ilgili olarak bilgi verilmesini istemediği sürece, üçüncü şahıslara açıklayamaz. *IRC § 6103*

- Eğer vergi işlemini hazırlayan kişi mükellefin vergi bilgilerini vergi hazırlamak harici herhangi bir amaçla açıklarsa bu kişi cezai yaptırımlara maruz kalır. Eğer ifşa veya uygunsuz kullanım bilerek veya dikkatsizce yapıldıysa, hazırlayıcı aynı zamanda adli ceza ve hapse de tabi olabilir. *IRC §§ 6713, 7216*

• Mükellef ve avukat arasındaki iletişim, avukatın verdiği yasal tavsiyeler açısından, genellikle mahremdir. Benzer bir mahremiyet, Gelir İdaresi karşısında işlem yapma izni olan bir kişiden (örneğin serbest muhasebeci mali müşavir, kayıtlı acente ve kayıtlı sigorta hesaplayıcısı gibi) alınan vergi tavsiyeleri için de geçerlidir ancak sadece bir avukatla mükellef arasında olan iletişim ne kadar ayrıcalıklı olursa bu kişiyle arasında olan iletişim de o düzeyde ayrıcalıklı olacaktır. Örneğin mükellef ve Gelir İdaresi karşısında işlem yapma izni olan kişi arasındaki bir vergi beyanının hazırlanması esnasındaki iletişim mahrem olmayacaktır, çünkü bu durumda bir mükellef ve avukat arasında böyle bir benzer mahremiyet bulunmayacaktır. Vergi mükellefinin Gelir İdaresi'nin karşısında işlem yapma izni olan bir kişiyle iletişim mahremiyeti sadece Gelir İdaresi karşısında cezai nitelikte olmayan vergi konuları kapsamında ve Birleşik Devletler'in taraf olduğu Federal Mahkeme'deki cezai nitelikte olmayan vergi muamelelerinde uygulanabilir. *IRC § 7525*

• Genel olarak Gelir İdaresi, eğer mükellefe önceden makul bir uyarı vermezse, mükellefin vergi yükümlülüğünün tanzimi veya toplanması hakkında bilgi almak amacıyla, örneğin işvereni, komşuları veya bankası gibi, üçüncü kişilerle irtibata geçemez. Bazı istisnalar olmakla birlikte, Gelir İdaresi'nin, periyodik olarak veya mükellefi talebi durumunda mükellefe üçüncü şahısların listesini vermesi mümkündür. *IRC § 7602(c)*

• Ulusal Mükellef Avukatı veya Yerel Mükellef Avukatları mükellefin (veya temsilcisinin) vergi problemiyle ilgili kendilerine sağladığı, Mükellef Avukat Hizmetiyle irtibata geçilmiş olduğu gerçeği de dâhil, herhangi bir bilgiyi Gelir İdaresi ile paylaşmaya karar verebilir. *IRC § 7803(c)(4)(A)(iv)*

9. Temsil Yetkisini Elinde Bulundurma Hakkı

Mükelleflerin Gelir İdaresi ile ilişkilerinde kendilerini temsil edecek yetkili temsilciyi seçme imkânını ellerinde tutma hakları vardır. Mükellefler, eğer bir temsilci tutma masraflarını karşılayamıyorlarsa Düşük Gelirli Mükellef Kliniği'nden destek almaya imkânı olabileceğinin kendilerine söylenmesi hakları vardır.

• Eğer mükellef mahkemede davasını kazandıysa, belli bazı şartlar altında, Gelir İdaresi'yle olan anlaşmazlıkla ilgili olarak makul bazı idari ve adli masrafları geri alma hakkı olabilir. *IRC § 7430*

- Çoğu durumda Gelir İdaresi, eğer mükellef bir avukat, serbest muhasebeci mali müşavir veya kayıtlı acente gibi, bir temsilciye danışmayı talep ederse, yapılacak görüşmeyi ertelemelidir. *IRC § 7521(b)(2)*

- Mükellef Gelir İdaresi'yle yapılacak bir görüşmede kendisini temsil etmesi için bir avukat, serbest muhasebeci mali müşavir veya kayıtlı bir acente seçebilir. Gelir İdaresi, eğer mükellefi bulunması için resmi olarak çağırılmıyorsa, temsilcisiyle birlikte katılmasını talep edemez. *IRC § 7521(c)*

- Eğer mükellef Düşük Gelir Mükellef Kliniği (LITC) desteğine uygun bir kişiye (genellikle gelirin federal fakirlik seviyesi kılavuzunun %250'sine eşit veya daha düşük olmalı), LITC'nin vergi anlaşmazlığında Gelir İdaresi veya Federal Mahkeme karşısında (ücretsiz veya minimal bir ücretle) kendisini temsil etmesini isteyebilir. *IRC § 7526*

10. Adil ve Doğru Vergi Sistemi Hakkı

Mükelleflerin, vergi sisteminin, yükümlülüklerini, ödeme imkânlarını veya zamanında bilgi verme imkânlarını etkileyecek gerçekleri ve durumları göz önünde bulundurmasını beklemeye hakları vardır. Mükelleflerin, eğer mali zorluk yaşıyorlarsa veya Gelir İdaresi kendilerinin vergi sorunlarını normal kanallar aracılığıyla tam olarak ve vaktinde çözemediyse, Mükellef Avukat Hizmeti'nden destek alma hakları vardır.

- Eğer mükellef vergi borcunun tamamını ödeyemiyor ve belli bazı koşulları karşılayamıyorsa, Gelir İdaresi'yle, genellikle aylık ödeme temeline bir ödeme planı kararlaştırılabilir. *IRC § 6159*

- Eğer Gelir İdaresi salınan vergiyi kanunun izin verdiği sürenin sonrasında belirlediyse veya işlem hatalı ya da kanuna aykırı şekilde yapıldıysa, ilgili kanuna göre doğru olan rakamın üzerindeki tutarın iptali mükellef tarafından talep edilebilir. *IRC § 6404(a)*

- Mükellef, hesabında yer alan, Gelir İdaresi'nin makul olmayan hata ve gecikmelerinin sebep olduğu, faizin toplam meblağdan çıkarılmasını isteyebilir. Örneğin, Gelir İdaresi, görevli memur, eğitime katılmak üzere aylarca uzakta olduğundan, resmi belgeyi göndermekte gecikirse ve bu nedenle faiz oluşursa, bu gecikme nedeniyle faizi iptal edebilir. *IRC § 6404(e)*

• Mükellefin ödediği vergilerin iadesini isteme süresi, akli veya fiziki bir sağlık sorunu nedeniyle mali işlerini idare edemediği süre boyunca ertelenebilir. *IRC § 6511(h)*

• Eğer mükellef makul bir özenle hareket ettiyse bazı cezalar kendisi hakkında uygulanmayabilir. Buna ilaveten, eğer belli bir vergi davranışında, örneğin iade veya iade talebinde olduğu gibi, mükellefin makul bir gerekçesi varsa yine kendisi hakkında bazı cezalar uygulanmayabilir. Bir vergi uzmanının tavsiyesine dayanıyor olmak da belli durumlarda bazı cezaların iptali için makul bir neden oluşturur. *IRC §§ 6651, 6656, 6694, 6662, 6676*

• Eğer mükellef makul olmayan ve dikkatsiz bir şekilde vergisinin az gösterilmesine neden olan bir kişiye beyannamesini hazırlatmışsa, bu beyannameyi hazırlayan kişi cezaya tabi olabilir. *IRC § 6694*

• Eğer mükellef, (1) mevcut vergi borcunun aslında bütün veya kısmi olarak var olmadığına inanıyorsa (2) tüm vergi borcunu kanun tarafından verilen süre içerisinde ödeyemiyorsa (3) Gelir İdaresi'nin yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğini belirlerken göz önünde bulundurması gereken hakkaniyet, zor durum veya kamu yararı gibi faktörler varsa, Gelir İdaresi'ne vergi borcunu toplam tutardan daha azına indirmesini talep eden bir uzlaşma teklifi sunabilir. *IRC § 7122*

• Eğer mükellef, Gelir İdaresi'nin faaliyeti veya faaliyette bulunması sebebiyle belirgin bir zor durum yaşıyorsa, Mükellef Avukat Servisi'nden (TAS) destek almaya uygun olur. Bir vergi sorunu mükellefe mali sorunlar çıkarırsa veya sorununu normal Gelir İdaresi kanallarıyla çözemediyse belirgin bir zor durum oluşur. Eğer mükellef bir Gelir İdaresi sisteminin veya prosedürünün olması gerektiği gibi işlemediğine inanıyorsa yine bu duruma uygun olabilir. *IRC § 7803(c)*

• Eğer mükellef belirgin bir zor durum yaşıyorsa Mükellef Avukat Servisi'nden kendi adına bir Mükellef Yardım Talimatı (TAO) çıkarılmasını isteme hakkı vardır. TAS, Gelir İdaresi'nin bazı davranışlarda bulunmasını, bazılarını durdurmasını ve yapmamasını ifade eden bir TAO çıkarılabilir ve aynı zamanda Gelir İdaresi'nden bir davranışını gözden geçirmesini, daha iyi bir duruma getirmesini veya hızlandırmasını isteyebilir. *IRC § 7811*

• Eğer mükellef, vergi borcunu ödeyememesi sebebiyle bir uzlaşma önerisi getirerek borcunu yerine getirmek istiyorsa, Gelir İdaresi bu teklifi

kabul edip etmemeye karar vermek için mükellefin gelirini, varlıklarını ve harcamalarını göz önünde bulundurur. Gelir İdaresi, genellikle, yaşam masrafları hesaplaması için, eğer mükellef temel yaşam masraflarını ödeyemeyecek durumdaysa, standart indirim kılavuzları kullanır. Sonra Gelir İdaresi mükellefin gerçek masraflarını göz önünde bulundurmalıdır. Eğer mükellef vergi yükümlülüğü olmadığına inandığı için uzlaşmayı öneriyorsa, mali bilgi sunması gerekmeyecektir. *IRC § 7122(d)(2)*

- Eğer uzlaşmayla vergi borcunuzu kapatmaya çalışan düşük bir gelir mükellefi söz konusuysa, Gelir İdaresi talebi sadece teklifin tutarına dayanarak reddedemez. Örneğin, bir talebi sadece tutarının, Gelir İdaresi'nin işlemler sebebiyle oluşacak masraflarını karşılamayacak kadar düşük olması sebebiyle reddedemez. *IRC § 7122(d)(3)(A)*

- Eğer mükellef, vergi borcunu ödemek için bir teklif sunarsa ve teklif sadece (Uzlaşmadaki Yükümlülük Teklifinin Şüphesi olarak bilinen) mükellefin ne kadar borcu olduğuyla (Uzlaşmadaki Yükümlülük Teklifinin Şüphesi olarak bilinen) ilgiliyse, Gelir İdaresi teklifi sadece mükellefin ne kadar borcu olduğunu teyit etmek için vergi beyanını bulamadığı gerekçesiyle reddedemez. *IRC § 7122(d)(3)(B)*

- Gelir İdaresi mükellefin ödenmemiş vergisini tahsil etmek için tüm maaşlarını haczedemez (el koyamaz). Mükellefin temel yaşam masraflarını ödemesine imkân verecek şekilde bir kısmı haciz kapsamı dışında olacaktır. *IRC § 6334*

- Eğer aşağıdaki durumlardan biri mevcutsa, Gelir İdaresi haczin tümünü veya bir kısmını kaldırmalı ve bunu ilgili kişiye bildirmelidir: 1) belirlenen yükümlülük yerine getirilirse veya zamanaşımı dolayısıyla artık uygulanamıyorsa, 2) anlaşma başka türlü şart koşmuyorsa mükellefin bir taksit anlaşmasına dâhil olması durumunda, 3) haczin kaldırılması yükümlülüğün yerine getirilmesini kolaylaştırıcaksa, 4) Gelir İdaresi haczin mükellef için ekonomik bir zorluk çıkardığına hükmederse veya 5) haczedilen mülkün adil piyasa değeri yükümlülüğten yüksekse ve haczin bir kısmının kaldırılması söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmesine engel olmayacaksa. *IRC § 6343(a)(1)*

- Eğer mükellef Düşük Gelirli Mükellef Kliniği (LITC) desteğine uygun bir kişiye (genel olarak gelir federal fakirlik sınırında veya bu sınırın 250% altındaysa), hususi gerçekleri ve şartlarının Gelir İdaresi tarafın-

dan göz önünde bulundurulduğundan emin olmak için LITC'nin desteğini isteme hakkı vardır. *IRC § 7526*

• Eğer Gelir İdaresi mükellefin borcu olan vergi tutarını düzeltmeyi öneriyorsa, kendisine önerilen değişiklikten haberdar eden bir resmi belge gönderilir. Bu belge mükellefe Vergi Mahkemesi'nde önerilen düzeltmeye, belirlenen tutarı ödemededen itiraz etme hakkını verir. Mükellef, bu hakkı kullanmak için, tebliğden sonra 90 gün içinde (eğer mükellefin adresi ABD dışındaysa veya mükellef tebliğ postalandığında ülke dışındaysa 150 gün içinde) Vergi Mahkemesine bir itiraz dilekçesi sunmalıdır. Bu tebligat vergi mahkemesine erişim sağlamış olur. *IRC §§ 6212; 6213(b)*

ANAYASA MAHKEMESİ VE İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARINDA DOĞUM VE ÜREMeye İLİŞKİN HAKLAR

(THE DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT AND THE EUROPEAN COURT
OF HUMAN RIGHTS REGARDING THE RIGHT TO GIVE BIRTH AND
REPRODUCTION)

Prof. Dr. Sultan TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK*

ÖZET

Biyolojik insan haklarının kadın üzerinden ifadesi doğuma ve üremeye ilişkin hakları gündeme getirmektedir. Bu makalede kadının doğum ve üremeye ilişkin hakları bakımından ortaya çıkan ana sorunlar incelenmiştir. Bu sorunlar kadının doğurma hakkı, doğum kontrolü, gebeliğin iradi olarak sonlandırılması, doğum yönteminin seçilmesi gibi konularda yoğunlaşmaktadır. Çalışmada konu ele alınırken 1982 Anayasasının uygulanmasına yer verilmiş; ayrıca İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin (İHAM) konuyla ilgili kararları da değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İnsan hakları, kadının doğurma hakkı, doğum kontrolü, gebeliğin iradi olarak sonlandırılması, doğum yönteminin seçilmesi, Anayasa Mahkemesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi.

ABSTRACT

Women, in terms of biological human rights raise the issue regarding the right of giving birth and the right of reproduction. This article will focus on the main issue regarding the women's right to giving birth and the right of reproduction. This problem concentrates on the issues in terms

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
e-posta: suzelturk@superonline.com

of women's right to birth, birth control, willingly terminating pregnancy, and the right to choose the method of delivery. The subject of this study includes the application of the 1982 Constitution as well as the decisions of the European Court of Human Rights (ECHR) regarding the subject.

Keywords: *Human rights, women's right to give birth, birth control, willingly terminating pregnancy, the right to choose the method of delivery, Turkish Constitutional Court, European Court of Human Rights (ECHR).*

GİRİŞ

Biyolojik insan hakları insan vücuduna yaşamın başlangıcından itibaren saygı ile başlayıp, insan onuru ekseninde dokunulmaz bir yaşam ve onurlu ölüme karar vermeye kadar uzanan bir yelpaze çizmekte ve kapsamında doğal doğma hakkı, sağlık hakkı ve onur içinde ölme hakkını da barındırmaktadır¹. Biyolojik insan haklarının kadın üzerinden ifadesi doğuma ve üremeye ilişkin hakları gündeme getirmektedir. 1982 Anayasasının uygulanması ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kararlarının bu yönde değerlendirilmesi bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

1982 Anayasası birçok maddesinde kadının doğum ve üremeye ilişkin hakları bakımından dayanak hükümlere yer vermektedir. Bu çerçevede öncelikle bireyin maddi ve manevi bütünlüğünü düzenleyen 17. Maddesi, özel hayat hakkı, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ve ailenin korunması ve 10. Maddede yer alan eşitlik temel hükümler olarak işaret edilebilir.

Anayasanın 17. Maddesi “kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı”ndan söz ederken iki istisnaya yer vermektedir: Tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılı haller.

Anayasaya göre tıbbi zorunluluk bireyin maddi ve manevi bütünlüğüne müdahalenin ilk anayasal istisnasıdır². Tıbbi zorunluluğun ne oldu-

¹ İ.Ö. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 280-281.

² 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 9 uncu maddesinin (c) bendine ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 43 üncü maddesine dayanılarak hazırlanan Hasta Hakları Yönetmeliği madde 5/d de yer almaktadır: **Madde 5-** Sağlık hizmetlerinin sunulmasında aşağıdaki ilkelere uyul-
YUHFĐ Vol. XIII No. 1 (2016)

ğunun bu noktada belirlenmesi önem kazanmaktadır. “Kişinin hayatı, vücut bütünlüğü ve sağlığını korumak amacıyla yapılan müdahale”³ olarak tanımlanan tıbbi zorunluluk kavramı “tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi (hekim) tarafından, doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyet”⁴ olarak da ifade edilmektedir⁵.

Tıbbi zorunluluk sebebiyle bireyin vücut bütünlüğüne müdahale edilmesi iki şartı beraberinde taşımak durumundadır: Bunlardan ilki, müdahalenin tedavi amacıyla ve tıp biliminin kurallarına uygun olması ve ikincisi ise, hastanın müdahaleye rıza göstermesidir⁶.

Aydınlatılmış rıza⁷ bireyin özerkliği ve kendi geleceğini tayin etme hakkının bir sonucudur⁸. Anayasada açıkça yer almasa da aydınlanmış

ması şarttır:... d) Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz.

³ Y. Deryal, İnsan Sağlığına ve Vücut Bütünlüğüne Yönelik Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası, <http://eski.istabip.org.tr/icerik/tibbi-mudahalelerde-hastanin-rizasi-yrddocdr-yahya/> Erişim, 31.8.2012. Deryal, ayrıca uzman bir hekim tarafından müdahalenin yapılmasını da saymaktadır.

⁴ B. G. Özcan - Ç. Özel, Kişilik Hakları - Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler, **Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi**, *Cilt:10, Sayı:1 (2007)* 50.

⁵ Kamuoyunda” Sezeryan Kanunu” olarak bilinen 4. 7. 2012, Tarih ve 6354 Sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun “tıbbi zorunluluk “ifadesine yer verilmiştir., MADDE 1 – 24/4/1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 153 üncü maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi yürürlükten kaldırılmış ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir. “Gebe veya rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması hâlinde doğum, sezaryen ameliyatı ile yaptırılabilir. Gerekli tedbirlerin alınmasına rağmen, doğumu takiben anne veya bebekte meydana gelebilecek istenmeyen sonuçlardan dolayı hekim sorumlu tutulamaz.” R.G. 12 Temmuz 2012, S. Sayı: 28351.

⁶ Y. Deryal, İnsan Sağlığına ve Vücut Bütünlüğüne Yönelik Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası, <http://eski.istabip.org.tr/icerik/tibbi-mudahalelerde-hastanin-rizasi-yrddocdr-yahya/>Erişim, 31.8.2012.

⁷ Burada rızanın iradeyi sakatlayan nedenlerden birisi ile sakatlanmış olmaması da son derece önemlidir. Ancak kişinin rızası beden bütünlüğüne yönelik her türlü müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyecektir. Rızanın ahlaka, adaba ve kanuna uygun olması gerekmektedir. B. G. Özcan- Ç. Özel, Kişilik Hakları - Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler, **Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi**, *Cilt:10, Sayı:1 (2007)*.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

onam Anayasanın 17. maddesinde anlamını bulmaktadır. İHAS de de açıkça yer almamasına rağmen İHAM, özel hayat hakkı ve bireyin fiziksel bütünlüğü ve özerkliğinden hareket ederek aydınlanmış onam kavramına ulaşmıştır⁹.

Rızanın alınmasının mümkün olmadığı acil vb. durumlarda ise farazi rızanın bulunduğunu kabul etmek, ve bu halde dahi bireyin iradesini anlayabilmek için makul özenin gösterilmesi gereği bulunmaktadır¹⁰.

Anayasanın 17. maddesine kişinin maddi ve manevi bütünlüğüne dokunulabilmesinin ikinci istisnası “kanunda yazılı haller”¹¹ dir. Bu durum vücut bütünlüğünün anayasal korunması bakımından önemli bir açıktır. En azından anayasal güvenceler belirlenirken rıza ve hakim kararının açıkça ifade edilmesi veya kanunda belirtilecek hallerin anayasal çerçevesinin çizilmesi daha güvenceli bir yaklaşım olurdu¹². Anayasanın 17. Maddesi-

⁸ Hasta özerkliğini destekleyen yaklaşımların karşısındaki yaklaşıma paternalist yaklaşım adı verilmektedir. Bu yaklaşım yararlılık ve hastaya zarar vermeme esası üzerine inşa edilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. H. Tacir, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkının Temeli, Düzenlenmesi ve Korunması**, XII Levha, İstanbul, 2011, s. 107 vd. Ceza hukuku bakımından aydınlanmış rıza için bkz. Ö. Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal, İstanbul 2003, s. 19 vd. H. Hakeri, **Tıp Hukuku**, Seçkin, Ankara 2009.

⁹ İHAM’a göre, “tıbbi yardım bakımından belli bir davranışın reddi ölümcül sonuçlara yol açsa bile şuurlu yetişkin hastanın oluru olmadan tıbbi tedavi onun fiziksel bütünlüğünü ihlal etmektedir”. CASE OF V.C. v. SLOVAKIA, (*Application no. 18968/07*) , JUDGMENT, STRASBOURG, 8 November 2011.

¹⁰ “... bir dini tarikat mensubu belirli sebeplerden dolayı kan naklini ya da ameliyatı reddettiğinde, hekim hastanın rızası hilafına tıbbi müdahalede bulunamayacaktır. Başka bir yorum tarzı, hastanın şahsiyet haklarını, özellikle şeref ve haysiyetini ihlal eder”. Y.Deryal, İnsan Sağlığına ve Vücut Bütünlüğüne Yönelik Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası <http://eski.istabip.org.tr/icerik/tibbi-mudahalelerde-hastanin-rizasi-yrdocdr-yahya/> erişim 31.08.2012.

¹¹ Örneğin CMK 75/7, Karayolları Trafik Kanunu m.48/2, Polis Vazife ve Salahiyeti Kanunu m.13.

¹² Daha fazla örnek için bkz. K. Bayraktar, **Hekimin Tedavide Cezai Sorumluluğu**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972, s.145-146 ve dn.133. Bayraktar rızanın aranmayacağı, hatta hastanın karşı durmasına rağmen tıbbi müdahalenin yapıldığı hallerin çeşitli kanunlarda belirtildiğini ifade ederek şu şekilde örneklemetedir. Genel sağlığı koruma amacı gözetilerek, kişilerin rızası aranmaksızın yapılan tıbbi müdahaleler. Umumi Hıfzıssıhha Kanununda yer alan salgın hastalığa uğrayan hastanın tecrit edileceği ve aşılacağına ilişkin hükmü. Kuduz olan ve kudurduğundan şüphelenilen hayvanların ısırıldığı kişilerin hemen tedavi edilmek zorunda olduğu. Herkesin çiçek aşısı olma mecburiyeti. Zührevi hastalığa yakalananların tedavi mecburiyeti. Sari vereme yakalananların tecrit ve tedavile-

nin de güvenceler bakımından temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması ve güvencelerine ilişkin 13. madde koşullarına dahil olduğu ve bir üst kavram olarak “insan onuru” kanunda yazılı haller bakımından çerçeveyi oluşturmaktadır¹³.

Kadının doğum ve üremeye ilişkin hakları bakımından ortaya çıkan ana sorunlar kadının doğurma hakkı, doğum kontrolü, gebeliğin iradi olarak sonlandırılması, doğum yönteminin seçilmesi gibi konularda yoğunlaşmaktadır.

A-DOĞURMA HAKKI

Doğum kadının en doğal haklarından biridir. Kadının birey olarak özerkliğinin de bir sonucudur. Bu hakkın özellikle çalışma hakkına, eşitlik ve ayrımcılık yasağına ilişkin sonuçları da bulunmaktadır. Ancak burada doğrudan biyolojik doğuma ilişkin haklar konu edilmektedir. Bu bağlamda, doğurma, doğurmama, gebeliği sona erdirme, doğum yöntemine karar verme, doğurma sayısına karar verme, doğum kontrolü gibi sorunlar doğrudan biyolojik doğum hakkına ilişkindir.

Doğurmaya hakkın olması doğurmama hakkını da içerecektir. Sorun Meclis Anayasa Uzlaşma Komisyonunun gündemine de gelmiş ve “do-

ri gibi. Ayrıca, Bayraktar rızanın önemli olmadığı bir durum olarak uyuşturucu madde kullanan kişilerin tedavi zorunluluğu örneğini vermektedir. 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu halen yürürlüktedir. Örneğin madde 72/2:” 57 nci maddede zikredilen hastalıklardan biri zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenildiği takdirde aşağıda gösterilen tedbirler tatbik olunur: Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki” gibi.

¹³ Tıbbi müdahaleler açısından hukuka uygunluk nedenleri olarak, Hastanın Rızası, Kamu Sağlığının Korunması Gayesi (Üstün Kamu Yararı), Tıbbî Zorunluluklar olarak sayılmaktadır. Yasal örnekler. Kamu yetkisinin kullanılması (üstün kamu yararı) (MK.m.24/II), Özel hukuktan doğan bir hakkın kullanılması (MK.m.24/II), Mağdurun rızası (MK.m.24/II), Vekâletsiz iş görme (BK.m.411), Meşru savunma (BK.m.52/I), Zaruret hali (BK.m.52/II), Kendi hakkını korumak için kuvvet kullanma (BK.m.52/III), M. Çeker, “Tıbbî Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu”, [RTF]

www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/tibbimudahaleler.rtf. Gecikilmeksizin tıbbi müdahalede bulunulmadığı takdirde hastanın ölmesi ya da sağlık yönünden ağır bir zarara uğraması durumunda yapılan müdahale için rızanın aranmayacağı kabul edilmektedir. (Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 3).

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

ğurmama hakkı”nın anayasa uzlaşma metninde uzlaşılan maddeler arasında bulunması sevindiricidir¹⁴.

B-GEBELİĞİN SONA ERDİRİLMESİ-KÜRTAJ

Kürtaj sözcüğü Türk dil kurumunun büyük sözlüğünde “Vücutta boşluklar içinde bulunan yabancı cisimleri, hasta veya zararlı sayılan dokuları kazıyarak alma, kazıma. 2. Döl yatağının içini kazıyıp cenini alma işi¹⁵” olarak tanımlamaktadır.

1-Kürtaj ve İfade özgürlüğü

Kürtajın aynı zamanda siyasi, dini, ideolojik zemini olan bir kavram olması ifade özgürlüğü bakımından da sorunların ortaya çıkmasına yol açmıştır. Enformasyon hakkı, kanaat hürriyeti ifade hürriyeti, propaganda hakkı ve yayma hürriyeti ile düşünce hürriyetinin çerçevesini oluşturmaktadır. Somut olarak kürtaja ilişkin bilgiye ulaşılması da bir hak olarak İHAS 10. Maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün bir boyutudur. Bu konuda aşağıda zikredilecek iki İHAM kararı dikkat çekicidir.

a-Kürtaja İlişkin Bilgiye Ulaşma Hakkı- Open Door Dublin Well Women Kararı¹⁶

Open Door ve Dublin Well Women İrlanda da kar amacı gütmeyen iki organizasyondur. Kürtaj yasağı karşısında sınırötesi bu hizmetin nasıl elde edileceğine ilişkin bilgi vermektedirler. Ancak anayasaya aykırı oldukları için kapatılmışlardır. Bunun üzerine ifade özgürlüğünün sınırlanmasından hareketle İHAM a başvurulmuştur.

İHAM öncelikle bilgiye ulaşma hakkını da ifade hürriyetinin bir parçası olarak değerlendirmiştir. Müdahale ile getirilen sınırlamanın demokra-

¹⁴ Radikal, 'Doğurmama hakkı' yeni anayasaya girdi, 14.09.2012. Sağlık hakkına ilişkin uzlaşılan madde: Her kadın üreme sağlığı ve doğurganlık hakları konusunda ücretsiz hizmet alma hakkına sahiptir. <http://www.ankarastrateji.org/haber/yeni-anayasa-calismalarinda-uzlasilan-57-madde-797/>, erişim tarihi 8.2. 2015. Maddenin gerekçe notunda doğurganlık hakkının doğurmama hakkını da içerdiğinin belirtileceği ifade edilmektedir.

¹⁵http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&gui=TDK.GTS.54db118f0699d3.39692071, erişim tarihi 11.2.2015.

¹⁶ **CASE OF OPEN DOOR AND DUBLIN WELL WOMAN v. IRELAND**, (Application no. 14234/88; 14235/88), JUDGMENT, 29 October 1992.

tik toplumda zorunlu olup olmadığı ve orantılılığını inceleyen Mahkeme, sınırın mutlak niteliğine (yaşa, sağlığa, kürtaja başvurma sebebine bakmadan) gönderme yaparak müdahaleyi fazla geniş ve orantısız bulmuştur. Ancak sadece bu sebeple değil, ayrıca, bu bilgiler başka kaynaklardan da elde edilebilecek durumdadır. İlaveten yasak sebebiyle bu hizmeti almak isteyenler olumsuz koşullarla karşı karşıya kalabilecekler ve bu durum kadının sağlığını olumsuz etkileyebilecektir.

Sonuç olarak Mahkeme Sözleşmenin 10. Maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararın ardından İrlanda'da anayasa değişikliğine gidildiği de hatırlanmalıdır.

b-Kürtaj Karşısı İfadenin Sınırları: Hoffer ve Annen Kararı¹⁷

Başvurucular 1945 ve 1951 doğumludur ve Heilbronn and Weinheim'de yaşamaktadırlar. 8 Ocak 1997 tarihinde Nuremberg tıp merkezinin önünden geçenlere dört sayfalık broşür dağıtmışlardır. Broşürün ilk sayfasında şunlar yazmaktadır:

“Doğmamış çocukları öldürme uzmanı Dr. F. Kuzey Tıp Merkezi Nuremberg'dedir.”

Orta sayfada insan fetusunun gelişmesi be kürtaj teknikleri üzerinde bilgiler yer almaktadır. Ayrıca “Lütfen doğmamış çocukların cezasız öldürülmesine karşı savaşımızı destekleyin”

Bu yüzden KÜRTAJA HAYIR.

Broşürün 3. Sayfasında “Protestomuzu ve savaşımızı destekleyin. Öldürmemelisin biçimindeki Beşinci Emir in gerçekleşmesine destek verin. Federal Alman Anayasasına gelecekte Nuremberg'deki tüm doktorlar saygı duyacak!

Kuzey Tıp Merkezindeki Anne rahminde çocuk öldürmeyi durdur.

O zaman: soykırım

Bugün: Bebekkırımı

Kim sessiz kalırsa o da suçludur.”

Bunun üzerine hakarat suçu isnad edilerek başvuruçulara dava açılmıştır. Başvuruçular 15 gün ve 10 günlük (her gün için 10 euro) para cezası almışlardır.”

¹⁷ **CASE OF HOFFER AND ANNEN v. GERMANY**, (*Applications nos. 397/07 and 2322/07*), JUDGMENT, 13 January 2011, **FINAL**, 20.06.2011. Aynı yönde Günter AN-NEN v. Germany, Applications no. 2373/07 and 2396/07. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)*

Başvurucular bu durumun ifade özgürlüklerini sınırladığı iddiasındadırlar.

Başvurucular mübalaa ederek polemik yaratma ve kamu yararı, siyasi amaç çerçevesinde kendilerini ifade etmişlerdir. İHAM kararında ifadenin etkisinin tarihsel ve sosyal bağlamdan kopuk olarak yorumlanamayacağı kanaatindedir. Soykırım Alman tarihinde özel bir anlam taşımaktadır. Mahkeme bu sebeple hekimlerin kişilik haklarının ağır ihlali olarak bu durumu değerlendirmektedir. Sonuç olarak Mahkeme(İHAM) Alman mahkemelerinin başvuruçuların ifade özgürlüğü ile hekimlerin kişilik hakları arasında makul bir denge kurduğu kanaatindedir. Ayrıca görece yumuşak bir ceza empoze edilmesi de orantılıdır. Yerel mahkemeler çatışan çıkarlar arasında makul bir denge kurmuştur. Sözleşmenin 10. Maddesi ihlal edilmemiştir¹⁸.

2-Ceninın Yaşam Hakkı ve Kürtaj

Kürtajın kritik tartışması ceninin yaşam hakkının olup olmadığı noktasında düğümlenmektedir. Bu dinsel, toplumsal, hukuksal açıdan çok tartışmalı konuda İHAM kararları şu yöndedir.

Kürtajın ceninin yaşam hakkı ile ilişkisi mahkeme kararlarına da konu olmuştur.

a-Ceninın yaşam hakkı sözleşme tarafından korunmakta mıdır?

Bu yönde İnsan Hakları Avrupa Komisyonunun ilk kararlarından biri **Paton kararıdır**¹⁹. İngiliz Mahkemelerinin verdiği yasal bir kürtaj yaptırmak isteyen kadının eşi tarafından engellenemeyeceğine ilişkin karar Komisyon tarafından onaylanmıştır. Komisyon kabul edilemez bulduğu başvuruda kürtaj olmak isteyen kadın ile biyolojik potansiyel babanın çıkarlarını dengelemiş ve kadının çıkarlarını özel hayat hakkı bağlamında üstün bulmuştur.

Komisyon bu kez **H. v. Norveç** kararında²⁰ evlenmeden birlikte yaşayan çiftten kadın Haziran 1986'da hamile kalmıştır. Ağustos ayında İs-

¹⁸ Karar oybirliği ile alınmıştır. Kararda adil yargılanma hakkı bakımından ihlal kararı çıkmıştır.

¹⁹ Paton v. United Kingdom, (1980)3 EHRR 408. Aktaran Mason and Mc Call Smith's Law and Medical Ethics, Ninth ed. Oxford, 2013, s. 354.

²⁰ H. v. Norway, App. No. 17004/90, 19 May 1992.

rail'e giderek çocuklarının doğması arzusu ile üç ağaç dikmişlerdir. Ancak daha sonra anne adayı fikrini değiştirmiş ve kürtaj olmak istemiştir. Potansiyel baba tarafından yapılan başvuruda 14 ay ve 1 günlük ceninin kürtajı engellenmeye çalışılmıştır.

Kararda komisyon 2. maddedeki "herkes" ve "yaşam" ibarelerinin tanımlanmadığını belirtmekte ve 2. maddedeki sınırlamalara rağmen maddenin "doğmuş" bireyler için olduğunu fetüs için uygulanamayacağını vurgulamaktadır. Ancak, Sözleşmenin 2. maddesinin 1. fıkrasının Devletlere 2. fıkradan daha geniş yükümlülükler getirdiğini de tesbit etmektedir. Devletin 2. maddenin 1. fıkrasına göre sadece negatif bir yükümlülük içinde olmadığını, ayrıca uygun tedbirlerle bireyin yaşamını koruma pozitif yükümlülüğünün de olduğunu belirtmektedir. Komisyon 2. madde çerçevesinde fetüsün bir korumadan yararlanıp yararlanmayacağına karar vermek gerekmediğini, ancak bununla beraber bazı durumlarda üye devletlerde 2. maddenin ceninin de hayatını koruyup korumadığı veya hangi ölçüde koruduğu yönünde önemli farklılıkları olan görüşleri de dışlamadığını ilave etmektedir²¹. Sonuçta başvuru kabul edilemez bulunmuştur. Somut olayda kürtajın sağlık sebeplerinden değil, sosyal sebeplerden talep edilmesi dikkat çekicidir²².

X. v. Birleşik Krallık davasında²³ kürtaj, ceninin yaşama hakkına kadının yaşam ve sağlığını korumak için getirilen üstü örtülü sınır olarak belirlenmiştir. Kararda sonuç olarak doğmamış ceninin yaşama hakkından yararlanamayacağına karar verilmiştir.

Boso v. İtalya²⁴ potansiyel babanın açtığı davada annenin kürtajına izin verilmesi sorgulanırken ceninin yaşama hakkının olup olmadığının değerlendirilmesine gerek görülmemiştir. Davada Komisyon, gebeliğin

²¹ "but it will not exclude that in certain circumstances this may be the case notwithstanding that there is in the Contracting States a considerable divergence of views on whether or to what extent Article 2 (Art. 2) protects the unborn life." Komisyonun buradaki çekincesi büyük ölçüde farklı hukuk sistemlerinin varlığından kaynaklanmaktadır.

²² R. Türmen, "Kürtaj ve İnsan Hakları", Radikal, 5.6.2012. Karşı doğrultuda yer alan bir belge olarak İnsan Hakları Amerikalılararası Sözleşmesi'nin 4'üncü maddesi sayılabilir. Maddeye göre: "herkes, genel olarak, gebelikten itibaren yaşam hakkına sahiptir. Bu ifadeden de Amerikan mahkemeleri ceninin yaşama hakkını çıkarmamışlardır. Aktaran, T. Şirin, "Kürtaj Hakkı ve Türkiye'nin Otoriter ve Muhafazakar Jargonu",

²³ X. v. The United Kingdom, App. No. 8416/79, 13 May 1980.

²⁴ Boso v. Italy, App. No. 50490/99, ECHR 2002-VII.
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

sona erdirilmesinin kadının özel hayatı ile yakından ilgili olduğunu, ancak potansiyel babanın özel ve aile hayatına müdahale edildiği şeklinde geniş yorumlanamayacağına karar vermiştir. Mahkeme, potansiyel babanın 8. Maddeden kaynaklanan haklarının, hamileliğin devamı ve kürtajdan birincil olarak etkilenen annenin kürtaj iradesi karşısında daha üstün olmadığını belirlemiştir. Bu çerçevede potansiyel babanın başvurusu kabul edilemez bulunmuştur.

Vo Fransa'ya Karşı Davası²⁵ - Ceninin yaşama hakkının tartışılmadığı kararlardan biri de Vo kararıdır. Trajik olayda aynı ismi taşıyan hastalar hastanede karıştırılmış ve bunun sonucunda hastalardan birine spiral takılacak, diğeri ise gebelik kontrolüne gelmiş iken işlemler ters yapılmıştır. Hamile olan Bayan Vo'ya takılan spiral ceninin ölümüne yol açmış ve kürtaj olmak zorunda kalmıştır. Davada Mahkeme, **ceninin yaşama hakkı varsa, bu açıkça annenin hakları ve çıkarları ile sınırlıdır diyerek**, bazı durumlarda ceninin yaşama hakkının korunması ihtimalini devre dışı bırakmamakla beraber 2. maddeden ceninin birey olma sorusunu tartışmaktan da kaçınmış ve bu durumun ne talep edilebilir, ne de cevap verilmesinin mümkün olduğunu ifade etmiştir.

Evans Birleşik Krallığa karşı:- Embriyonun yaşama hakkının do laylı olarak konu edildiği Evans Birleşik Krallığa karşı²⁶ davasında, sağlık sorunları nedeniyle çocuk sahibi olma olanağı ortadan kalkacak olan Bayan Evans eşi ile 6 tane embriyo dondurma işlemi yaptırmıştır. **Başvurucu sadece yumurtaların dondurulmasının mümkün olup olmayacağını sormuş bu durumda başarının zayıf olacağı şeklinde cevaplanmıştır. Eşi de endişelenmesine gerek olmadığını onun çocuğunun babası olmak istediğini belirtmiştir. Ardından bir operasyon geçirerek biyolojik olarak çocuk sahibi olma olanağını kaybetmiştir.** Evlilik birliği yürümemiş, eşi ise daha sonra rızasını geri çekmiş ve embriyoların yok edilmesini talep etmiştir. Birleşik Krallık kanunlarına bu talep uygundur. Bayan Evans'ın talebi üzerine İHAM ne giden davada Mahkeme Birleşik Krallık yasasının sözleşmeye aykırı olmadığına karar vermiştir. Dava anne olma olasılığı tamamen ortadan kalkan kadının hakları ile baba olma olanağı ortadan kalkmayan erkeğin hakları arasında bir denge oluşturmadığı için eleştirilmektedir. Davada başvuranın genetik anlamda ebeveyn olma kara-

²⁵ Case of Vo v. France, App. No. 53924/00, Judgment, 8 July 2004.

²⁶ Evans v. U. K., App. No. 6339/05, 10.04.2007.

rına saygı hakkının, eski eşin başvuranın genetik ilişkili bir çocuğuna baba olmama kararına saygı hakkından daha büyük olduğu sonucuna varmamıştır ve Büyük daire, bu konuda Avrupa'da bir görüş birliği olmadığına ulusal kuralların açık ve başvuranın dikkatine sunulmuş olduğuna ve nihayet bu kuralların çekişmeli çıkarlar arasında adil bir denge kurmuş olduğuna dayanarak sözleşmenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Bireysel başvuru yolu ile önüne gelen somut olayda Türk Anayasa Mahkemesi de ceninin yaşam hakkı olmadığına ilişkin kararları teyid etmektedir²⁷.

Şentürk Türkiye Kararı²⁸- Son derece trajik olayda Bayan Menekşe Şentürk 29 yaşında ve 34 haftalık hamiledir. Sancıları başlamış ve eşi tarafından **Karşıyaka Devlet hastanesine** götürülmüştür. Beş hastane gezmiş fakat önce teşhis edilememiş sonra bebeğin öldüğü alınması gerektiği söylenmiş, gerekli depozitoyu yatıramadığı için başka bir hastaneye giderken yolda ölmüştür. Başvurucular olan eşi ve oğlu sadece annenin değil, bebeğin de ölümü için dava açmışlar ve İHAM bu vasıtaıyla doğmamış bebeğin de yaşama hakkının olup olmadığını yeniden değerlendirmiştir.

Mahkemeye göre, Vo kararında Büyük kurulun işaret ettiği gibi yaşamın başlangıcı konusunda konusunda bir Avrupa consensusu yoktur. Bu sebeple de devletin takdir alanına bırakılmaktadır. Büyük Daire bu durumun muğlaklığını vurgulamıştır ve anne ve fetusun ilişkisi ayrılmaz biçimde bağlantılı olduğu belirtilmiştir. Ancak yine de önceki kararlarındaki yaklaşımdan farklılaşmak için bir sebep görmemektedir. Bebeğin yaşamı anneye bağlı olduğundan ayrıca incelenmemiş annenin yaşam hakkı değerlendirilmiştir.

b- Kürtaj Hakkı

Gebeliğin iradi olarak sona erdirilmesi kararı kadının özel hayat hakkı kapsamında ve bireyin özerkliği çerçevesinde değerlendirilmektedir. Ancak bu alan sınırsız bir hareket serbestisi de tanımamaktadır. Sözleşmenin 8/2. Maddesinden kaynaklanan sınırlar burada da geçerlidir.

²⁷ **ZEKİ KARTAL BAŞVURUSU**, Başvuru Numarası: 2013/2803, Karar Tarihi: 21.1.2016.

²⁸ Case of Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk v. Turkey, (Application no. 13423/09), *JUDGMENT*, 9 April 2013, **FINAL**, 09.07.2013. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)*

aa- Kürtaja ilişkin getirilen her sınırlama özel hayat ihlali değildir.

Bruggemann ve Scheuten-Almanya²⁹ davasında Başvurucular 1936 ve 1939 doğumlulardır ve Hamburg’da yaşamaktadırlar. İlk başvuru bekar, diğeri ise boşanmıştır.

Komisyon başvuruda doğmamış çocuğun 2. Madde çerçevesinde değerlendirilmesini gerekli bulmamıştır. Ayrıca istenmeyen gebeliklerin sona erdirilmesine ilişkin her sınırlamanın annenin özel hayatına müdahale olmadığına da işaret etmiştir. Alman Anayasa Mahkemesi tarafından 12 hafta kürtaja olanak tanıyan düzenleme iptal edilmiştir. Sonraki düzenleme ise tıbbi ve sosyal danışmanlık ile bazı endikasyonlar sözkonusu olduğunda 22 haftaya kadar kürtajı düzenlemekteydi.

Sonuçta komisyon, Sözleşme’nin 8. maddesi çerçevesinde kürtaj hakkının olduğunu ileri süren başvuruçuyu gebeliğin sonlandırılmasının sadece annenin özel hayatını ilgilendiren bir mesele olmadığı yönünde yanıtlamıştır. Olayda gebeliğin belli bir süre sonra sonlandırılmasının suç olarak tesbiti karşısında kararın başvuruçunun özel hayatının, kürtaja olur vermemesi yönünden inanç özgürlüğünün ve çocuk sahibi olmaları evlenmelerine engel olacağı için evlilik dışı çocuk sahibi olan annelerin evlenme olasılığını azalttığı için evlenme hakkının ihlal edildiği (2. Başvuruçular tarafından) ileri sürülmektedir. Mahkeme kararında sınırlamanın anayasa mahkemesi kararı ile getirilmesini yasallık ilkesine uygun bulmuştur. Sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olduğunu ve başkalarının hakkı çerçevesinde meşru amaca dayandığını işaret etmektedir. Başkalarının haklarından Mahkeme anne rahminde büyüyen değeri haklarını anlamış ve sonuç olarak gebeliğin sona erdirilmesini sadece annenin özel hayatına ilişkin bir mesele olarak görmemiştir. Ancak 22 haftaya kadar tıbbi tavsiye ile kürtaja olanak veren düzenleme sözleşmeye aykırı bulunmamıştır.

bb-Annenin hayatına ilişkin risk halinde kürtaja izin verilmemesi ihlaldir.

A, B ve C İrlanda’ya Karşı Davası³⁰ Davada İrlandayı mahkûm etmesine rağmen kadının kürtaj hakkı olmadığına karar verdi. Davada üç İrlandalı kadın sadece annenin yaşama hakkı tehlikede ise kürtaja izin verilmesine

²⁹ Bruggeman ve Scheuten-Almanya, App. No. 6959/75, 12 Temmuz 1977 tarihli Komisyon Raporu.

³⁰ Case of A, B And C v. Ireland, App. No. 25579/05, Judgment, 16 December 2010.

ilişkin yasal düzenlemenin sözleşmeye aykırı olduğunu iddia etmektedirler. Annelerden birisi **kanser hastası, diğeri ise diğer çocuklarının koruyucu aileden alma hakkı tehlikeye gireceği için ve diğeri de dış gebelik riski olan ve istenmeyen gebeliklerini sona erdirmek istemektedirler** ve sınır ötesine gidip operasyon geçirmelerinin gereksiz, pahalı, travmatik ve komplike olduğunu ileri sürmüşlerdir. Yasa ile düzenlenmiş ve İrlanda da anlaşıldığı biçimiyle genel ahlak meşru sebebiyle sınırlamanın sözkonusu olduğu ifade edilmiştir.

Sınırlamanın demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığını özellikle zorlayıcı toplumsal ihtiyacın var olup olmadığını inceleyen Mahkeme İrlanda hukukundan daha geniş biçimde kürtaja Avrupa Konseyi ülkelerinde yer verildiğini saptamaktadır. Buna göre **30 ülkede talebe göre, 40 ülkede sağlık sebebiyle, 35 ülkede daha iyi olmak için kürtaja izin verilirken sadece 3 ülkede (Andora, Malta, San Marino) kadının yaşamı da dikkate alınmadan kürtaj yasaktır.** Ayrıca **İrlanda sadece annenin hayati riski halinde kürtaja izin veren Avrupa Konseyi üyesi tek ülkedir.** Ancak, Avrupa Konseyi ülkeleri arasında bu konuda tartışmasız bir uzlaşma da devletlerin geniş bir biçimde takdir hakkını kullandığı bu alan da yoktur. Fransa'ya karşı Vo davasında da hayatın ne zaman başladığı devletin takdir yetkisinde bırakılmıştır. Bilimsel ve hukuki olarak hayatın ne zaman başladığının tanımı konusunda bir Avrupa konsensus olmadığı gibi hayatın başlangıcının tanınması ve fetusun ve annenin haklarının ayrılmaz biçimde bağlantılı olarak devletlerin anne ve fetusun çıkarlarının dengelendiği takdir marjlarının içinde kaldığı vurgulanmaktadır.

Bu yüzden mahkeme de takdir marjına başvurmuş ve **ilk iki başvurucunun kürtaj için sınır dışına seyahat hürriyeti vardır İrlanda'da kürtaj öncesi ve sonrası tıbbi bakımları yapılmıştır. Mahkemeye göre İrlanda'daki kürtaj yasağı adil bir denge oluşturmaktadır. İhlal yoktur.**

Nadir bir tür kanser hastası olan 3. Başvurucunun durumunda ise, başvurucu gebeliğinin hastalığını olumsuz etkilemesinden endişe etmektedir. Mahkeme başvurucunun hayatına ilişkin her riskin açıkça fundamental değer taşıdığı ve özel hayatına ilişkin olduğunu belirtmektedir. Bu arada doktor ve hasta arasındaki hayati risk saptaması daha sonra çürütülebilecek ve ceza yaptırımları ile karşılaşılabilecektir. Mahkeme, İrlanda Hükümeti tarafından dayanılan ne tıbbi konsültasyon ne dava seçeneklerinin, üçüncü

başvurucunun İrlanda'da yasal bir kürtaj hakkı kullanmasına izin veren etkili ve ulaşılabilir bir prosedür oluşturmadığı sonucuna varmıştır. Bu sebeple de başvurucunun özel hayat hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

cc-Tysiac Polonya'ya Karşı Başvurusu³¹- Bir hukuk sisteminde kanuni kürtaj olanağı varsa bunun hayata geçirilmesini sağlayan yasal zemin de olmalıdır. Bu durum devletin pozitif yükümlülüğüdür. Kanuni kürtaja ilişkin sorunlar ortaya çıktığında bunları hızla çözecek mekanizmalar oluşturulmalıdır. Bu durumda ne hukuk davası, ne de ceza davası başvurucunun sorununu çözmemektedir.

Olayda üçüncü bebeğine gebe kaldığı zaman Bayan Tysiac yüksek derecede miyoptu. Bu gebeliğin sağlığı üzerindeki sonuçlarından endişe duyan başvurucu tıbbi görüş almaya karar vermiştir. Görüşüne başvurduğu üç göz hekiminin üçü de, başvurucunun retinasında oluşan patolojik değişikliklere dayanarak, gebelik ve doğumun başvurucunun görüşü için ciddi riskler oluşturacağı sonucuna varmışlardır. Ancak başvurucunun taleplerine rağmen, bu doktorlar retina akmasının muhtemel ancak kesin olmadığı gerekçesiyle kürtaj için başvurucuya bir rapor vermeyi reddetmişlerdir. Başvurucu aynı zamanda bir pratisyen doktora danışmış ve bu doktor kendisine retinadaki problemlerle bağlantılı gebelikle ilgili riskler ve iki sezaryen doğumdan sonra gelecek bir doğumun sonuçlarını aktaran bir rapor düzenlemiştir.

Gebeliğin ikinci ayında başvurucunun miyop hastalığı iki gözde de iyice ağırlaşmıştır. Başvurucu bir devlet hastanesinin kadın hastalıkları ve doğum bölüm başkanı olan **Dr. R.D. tarafından muayene edilmiş ve bu doktora kürtajı gerektirecek bir nedenin olmadığı sonucunda varmıştır.** Sonuç olarak, başvurucu kürtaj olanağından yararlanamamış ve üçüncü çocuğunu da sezaryen yoluyla dünyaya getirmiştir. **Doğum sonrasında retinada oluşan kanama sonucunda başvurucunun görüşü çok ciddi bir şekilde bozulmuştur.** Başvurucuya retinadaki hasarın çok ilerlemiş olmasından dolayı cerrahi müdahaleyle düzeltilmesinin mümkün olmadığı bildirilmiştir. Doktorlardan oluşan bir kurul başvurucunun durumunun önemli bir sakatlık oluşturduğunu ve başvurucunun sürekli bakıma

³¹ *Tysiac/Polonya – 5410/03*, Karar 20.03.2007.

ve günlük işleri için yardıma muhtaç olduğunu tespit etmiştir. Başvurucu, Dr. R.D. hakkında şikâyetle bulunmuş, ancak kanama oluşması ihtimalinin her durumda bulunduğu ve dolayısıyla doktorun kararıyla başvurunun görüşünün bozulması arasında bir neden sonuç ilişkisinin bulunmadığı gerekçesiyle, savcı kovuşturmayaya yer olmadığına karar vermiştir. Ortada bir meslek hatası bulunmadığı gerekçesiyle doktora hiçbir disiplin cezası verilmemiştir. **Üç çocuğunu tek başına büyüten başvuru, ağır derecede sakat olarak kabul edilmiş olup ileride görüşünü tamamen kaybetme riski taşımaktadır.**

Mahkemeye göre, hamile olan bir kadının özel hayatı, gelişmekte olan cenininkiyle sıkı bir şekilde bağlı olduğuna göre, kürtajla ilgili mevzuat özel yaşam alanıyla ilgilidir. Başvurucuya kürtaj izni verilmemesinin hakka bir müdahale oluşturup oluşturmadığına bakmaya gerek yoktur, çünkü davanın koşulları ve ileri sürülen şikâyet göz önünde bulundurulduğunda, davayı sadece devletin müstakbel annelere bedensel bütünlüklerine saygı gösterilmesi hakkını tanıma pozitif yükümlülüğü açısından incelemek tercih edilir. Ulusal mevzuat, sadece, gebeliğin annenin hayatı veya sağlığı için bir tehlike oluşturduğuna yönelik iki doktorun görüşü alındığı takdirde kürtaja izin vermektedir. Yasada belirtilen şartlara uymayarak kürtaj yapan doktor üç yıla kadar hapis gerektiren bir suç işlemiş olur. Polonya Aile Planlaması ve Kadın Federasyonu'na göre, özellikle tıbbi nedenlerle hamileliğin sonlandırılmasına izin verilebilmesi için bulunması gerekli yasal şartların belli bir olayda oluşup oluşmadığına karar verilmesi için gerekli şeffaf ve açık bir prosedürün bulunmayışı göz önüne alındığında, cezalandırılma ihtimali doktorları kürtaja izin vermekten caydırmaktadır. Hükümet'in kendisi yasanın uygulamadaki şeklinde eksiklikler bulunduğunu kabul etmiştir.

Yasal kürtaj için gerekli ön şartların belli bir olayda oluşup oluşmadığı konusunda hamile kadınlarla doktorlar veya doktorların kendi aralarında çıkan bir anlaşmazlık söz konusu olduğunda usul garantilerinin gerekliliği kendini daha da hissettirmektedir. Böyle bir durumda, **ilgili yasal hükümler hamile kadının yasa karşısındaki durumunu açıkça ortaya koyacak ve kürtaj yasağının doktorların cezaya çarptırılma risklerinden kaynaklanan caydırıcı etkisini hafifletecek bir şekilde düzenlenmelidir.** Bir kere kürtaja izin vermeye karar verdikten sonra, yasa koyucu, ilgili yasal mevzuatı bu yola başvurma olanağını uygulamada sınırlayacak

bir şekilde düzenlememeli, aksine hamile kadına argümanlarını kararının gerekçelerini yazıya dökerek, bağımsız ve yetkili bir kuruma sunma olanağını verecek bir mekanizma oluşturmalıdır. **Kadın sağlığına zarar verecek durumların önlenmesi veya sınırlandırılması için bu tip kararlar zamanında alınmalıdır. A posteriori yapılan bir denetim bu görevi yerine getiremez.** Böyle bir önleyici mekanizmanın ulusal hukukta öngörülmemiş olması devletin üzerine düşen pozitif yükümlülüklerine aykırıdır. Olay tarihinde, başvuru çok yüksek derecede miyoptu ve gebeliğiyle yapacağı doğumun görüşünün daha da bozulmasına yol açacağından korkuyordu. Geçmiş tıbbi durumu ve kendisine verilen görüşlere bakıldığına ilgilinin korkuları gerçek dışı olarak değerlendirilemez.

İlgili yasal mevzuat tıbbi kürtaj için alınacak kararlar konusunda görece basit ve hızlı bir mekanizma öngörmekle birlikte, hamile kadınla doktorları veya doktorların kendileri arasında çıkabilecek anlaşmazlıklara bakmak ve bunları çözmek için hiçbir mekanizma öngörmemektedir. Şüphesiz yasa bir doktorun bir meslektaşından ikinci bir görüş istemesine izin vermektedir, ancak bu durum anlaşmazlık durumunda bir hastaya başka bir doktor görüşü isteme ya da verilen görüşe karşı çıkmaya izin verecek hiçbir usul garantisi sunmamaktadır.

Ayrıca, yasa, özellikle kanuni yollardan kürtaj yapmak isteyen hamile bir kadının durumunu da düzenlememektedir. Dolayısıyla, olayda uygulandığı şekliyle Polonya **mevzuatının kanuni kürtajdan yararlanmak için yerine getirilmesi gerekli şartların başvuru olayında oluşup oluşmadığını belirlemeyi sağlayacak etkili bir mekanizma içerdiği gösterilememiştir.** Böylece başvuru kendisini uzayıp giden bir belirsizlik durumu içinde bulmuş ve bundan dolayı da sağlığı üzerinde baş gösterecek olumsuz sonuçları düşündükçe ciddi kaygılar yaşamıştır.

Haksız fiil sorumluluğuyla ilgili hükümler sadece tazminat alma hakkını tanımakta olup dolayısıyla başvuru özel hayatına saygı hakkını korumaya imkân vermemişlerdir. Ceza yargılaması veya disiplin soruşturması da başvuru sağlığına gelecek zararın önlenmesine imkân veremezdi. Sonradan alınan tedbirler tek başlarına başvuru gibi güçsüz bir durumda bulunan insanların beden bütünlüklerini gerektiği gibi korumaya yetmez. Olaydaki şartlar bütüncül bir şekilde değerlendirildiğinde, Polonya devleti, başvuru özel hayatına saygı hakkını koruma konu-

sunda kendisi üzerine düşen pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. 8. madde ihlal edilmiştir. (Bire karşı altı oyla).

dd-R.R. v. Polonya Kararı ³²- **Ağır anomalisi olan cenine rağmen kürtaj olmayı engellemek için yasal kürtaj süresinin hekimlerce kasten doldurulması Sözleşmenin 3. Maddesinin ihlalidir. Ayrıca işkence ve kötü muamele sayılır.**

İki çocuk sahibi bir kadın olan R.R. üçüncü çocuğuna hamiledir. Hamileliğin on sekizinci haftasında yapılan bir ekografi ceninde yapısal bozukluk olma şüphesi yaratmıştır. Başvurucu yapısal bozukluk olması halinde kürtaj olmak istediğini belirtmiştir. Kendisine amniyosentez aracılığıyla genetik inceleme yapması önerilmiştir. Başvurucu bu testi kendi doktoru dahil bir çok doktordan talep etmesine rağmen reddedildiği için ancak gebeliğinin yirmi üçüncü haftasında yaptırabilmiştir. Başvurucu bu arada kürtaj talebini yenilemiş ancak olumlu cevap alamamıştır. Ardından iki hafta sonra, ceninin Turner sendromuna yakalandığını doğrulayan test sonuçlarını alınmış fakat bu arada kürtaj için öngörülen yasal süre dolmuştur. Başvurucu Turner sendromu olan bir kız çocuğu dünyaya getirmiştir. Başvurucu ağır hasta bir bebeğin büyütülmesi ve eğitilmesinin kendisini ve diğer çocuklarını yıprattığını, 3. Bebeğin doğumunun ardından eşinin de kendisini terk ettiğini belirtmiştir.

Doktorlara açtığı ceza davası başarısız olmuş ancak tazminat davası haklı bulunmuştur.

Polonya hukukunda fetal malformasyon vakalarına kürtaj imkanı bulunmaktadır. Ancak mahkemeye göre gebe kadınlara fetüslerinin sağlığı konusunda uygun, tam ve güvenilir bilgi verilmesini temin edecek yeterli hukuk ve usul çerçevesi sağlanmamıştır. Mahkemeye göre üye devletler sağlık hizmetlerini, sağlık profesyonellerinin meslek bağlamındaki vicdan özgürlüklerini hastaların kanunen hakları olan hizmetlere erişimini engellemeyecek tarzda kullanmalarını sağlayacak şekilde düzenlemekle yükümlüdürler.

³² *R.R./Polonya – 27617/04*, Karar 26.5.2011. *DITZ v.Germany, DITZ v.Germany*, Application no. 29056/06, kabul edilemez bulunan başvuruda ağır onamali ile doğan bebeğin durumunun hekim tarafından zamanında haber verilmediği için kürtaj yapılamaması tartışılmaktadır.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

İHAM'a göre Başvurucu çok hassas bir durumdaydı. Sağlık uzmanlarının ertelemeleri sonucunda ve onun kaygılarını gözetme ve ona uygun bir cevap verme yasal yükümlülüklerine rağmen, başvuru, ceninin sağlığıyla ilgili olarak, altı haftalık korkunç bir belirsizlik dönemi geçirmek durumunda kalmıştır. Durumunun acil niteliği hiçbir şekilde dikkate alınmamıştır. Öyle ki başvuru nihayet test sonuçlarını aldığı anda, hamileliğine devam etme veya kürtaj talep etme arasında aydınlatılmış bir tercih yapmak için artık çok geçtir. Böylece, başvuru aşığlanmış ve İHAM'nin görüşüne göre, acısı 3. Maddenin(işkence kötü muamele) ihlali için gerekli ağırlık seviyesine ulaşmıştır. Sözleşme ihlal edilmiştir.

Başvuru işkence ve kötü muameleye karar verilmesi bakımından özellikle dikkat çekicidir.

ee-Tecavüz sonucu hamilelikte kürtaj hakkı. P. and S. v. Polonya Kararı³³

1993 ve 1974 doğumlu olan Başvurucular Lublin'de yaşamaktadırlar. P. 14 yaşında iken kendisi gibi bir küçüğün tecavüzüne uğramış ve hamile kalmıştır. Kürtaj olmak istemektedir. Ancak sağlık kuruluşlarına yapılan başvurularda hekimlerin isteksizliği, yanlış yönlendirmeleri, bir rahibin danışmanlığına yönlendirilmesi sonucu güçlüklerle karşılaşmıştır. Nihayetinde kanunen istediği kürtaja izin verildiğinde, kürtaj evindeki şehirden yaklaşık beş yüz kilometre uzaktaki bir hastanede gizli bir şekilde yapılmıştır. Devletin sistemli ve kasıtlı olarak özel hayatlarına ihlali giderecek tedbirleri almadığını ileri sürmektedirler.

Başvurucular içlerinde buldukları durumu düzenleyen kapsamlı bir yasal çerçevenin olmadığını ve yasal kürtaj hakkının da hekimlerin kürtaj kararını saygılı onurlu ve zamanlamayı da dikkate alan bir davranışla tıbbi olarak sona erdirme olanağına ulaşamadıklarından şikayetçidirler. Yasal kürtajın koşulları, için karşılanması gereken hukuki koşullar hakkında yanlış bilgilendirilmişler ve kürtaj konusunda özgür bir karar almaları engellenmiştir.

Mahkeme somut başvuruda devletin mevcut davada ilgililerin, yasal bir kürtaja erişimin belirlenmesi bağlamında haklarını savunmalarına izin veren etkili ve erişilebilir bir usul oluşturmadığını tespit etmiştir. Mahke-

³³ Case of P and S. v. Poland, Application no. 57375/08, Final, 30.01.2013.

me, kanuni kürtaja ve izleyen usullere olanak tanıyan bilgilere güvenilir biçimde ulaşma hakkının bireyin kişisel özerkliği ile doğrudan ilgili olduğu kanaatindedir. Bir kadının hamileliğini sona erdirmeye kararı doğası gereği zaman faktörünün kritik öneme sahip olduğu bir durumdur. Bu nedenle, yürürlükte olan prosedürler bu tür kararların zamanında alınmasını sağlamalıdır. Devlet, Başvurucuların özel hayatının etkili biçimde korunması pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemiş, özel hayat hakkı ihlal edilmiştir.

Başvurucu aynı zamanda Lublin hastanesinin olayla ilgili basın açıklamasında bulunmasını da kişisel verilerin ifşası olarak değerlendirmiş ve şikayet etmişlerdir. Mahkeme bu yönü ile de hastanenin basın açıklamasını ne hukuki ne de meşru amaca hizmet eden bir müdahale olarak görmüştür. Sözleşme ihlal edilmiştir.

C- ÜREME TEKNİKLERİ-YAPAY DÖLLENME³⁴

İHAM içtihatlarına göre, in vitro fertilizasyon amacıyla sperm ve yumurta bağışının iç hukukta yasaklanması sözleşmeye aykırı değildir. Ancak Mahkeme aynı kararda, söz konusu alandaki hızlı bilimsel ve hukuki gelişmeler karşısında üye devletleri “sürekli bir denetleme yapmaya” da çağırılmaktadır.

Yapay döllemenin yasaklanması:

İç hukukta yapay döllemenin yasaklanmasına ilişkin sınırlama İHAM önüne Avusturya düzenlemeleri ile bağlantılı olarak gelmiştir. **S.H. ve Diğerleri Avusturya** ‘ya karşı Davasında evli bir çift olan başvuru kısırlık sebebiyle yapay dölleme imkanından yararlanmak istemişler, ancak başvuru kısırlardan ilk çiftte sperm bağış, diğer çiftin ise yumurta hücre si bağış Avusturya yasasına göre yasaktır. Söz konusu yasa, yapay döl lenmeyi şu şartlar altında uygun bulmaktadır: Sadece birbiriyle evli olan veya evli gibi birlikte yaşayan çiftlerin yumurtalarının veya spermelerinin kullanıldığı in vitro fertilizasyona dayalı tıbben destekli dölleme yöntemleri (homolog üreme teknikleri) ve yine istisnai durumlarda, *in utero* döl lenme amacıyla sperm bağış yapılması. Avusturya Anayasa Mahkemesine yapılan başvuruda Anayasa Mahkemesi bir çocuğun biyolojik ve taşıyıcı

³⁴ S.H. ve diğerleri/Avusturya - 57813/00, Karar 3.11.2011.
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

annesinin olması gibi olağandışı bir durumun varlığı ve bu durumun kadının istismarına yol açabilmesinden hareketle sınırlı yasal düzenlemeyi anayasaya uygun bulmuştur.

İHAM kararında öncelikle çiftlerin çocuk sahibi olma ve bu amaçla tıbbi destekli dölleme yollarına başvurmalarını özel hayat ve aile hayatı kapsamı içinde görmüştür. Bu sebeple olayın kapsamı Sözleşmenin 8. Maddesine ilişkindir.

Başvurucuların şikayeti sözkonusu yasal düzenleme sebebiyle tıbbi destekli bir dölleme tedavisinden yoksun kalmak idi. İHAM bu konuda şu değerlendirmeyi yapmıştır:

İlk test müdahalenin hukuki olup olmadığı ve meşru amaç güdülüp güdülmediği noktasındadır. İHAM yasal bir müdahalenin olduğuna ve “sağlık veya ahlakın korunması” ile “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” sebebiyle haklı sebebe dayalı bir müdahale olduğuna işaret etmektedir.

İkinci test bu alanda yapılan müdahalede devletin takdir marjı konusundadır. Kararda İHAM Anayasa Mahkemesinin bu kararının ardından tıp dünyasındaki gelişmelerin hukuk alanında önemli değişikliklere yol açtığını ve bir çok üye devletin düzenlemeler getirdiğini işaret etmektedir. Ancak Mahkeme, bu sebeple bugün için değil, Anayasa Mahkemesinin karar verdiği döneme ilişkin bir değerlendirme yapmaktadır. Hatta mahkeme infertilizasyon amacıyla gamet bağışının kabul edilmesine ilişkin olarak bir “**Avrupa uzlaşmasının**” olduğunu belirtmektedir. Konunun yeni ve değişen bir seyir izlemesinin ve ahlak ve etik kuralları bakımından üye devletler arasında henüz tam bir görüş birliğinin olmaması sebebiyle üye devletlerin takdir hakkının genişliğine işaret etmektedir.

Mahkeme yumurta hücresi bağışı ve sperm bağışını ayrı ayrı incelemiştir. Her ikisinde de ahlaki değer yargıları ve toplumsal kabule ilişkin oluşan kaygıların ciddiye alınması gerektiğini belirtmektedir. Ancak ilave etmektedir ki, bu kaygılar tek başına yumurta hücresi bağışının ve sperm bağışının tamamen yasaklanması için yeterli olamayacağını da vurgulamıştır. **Devletlerin bu alandaki takdir yetkileri yapılan yasanın tutarlı olması ve çeşitli meşru amaçları tatmin etmesi bağlamında sınırsız değildir.**

Müdahalenin orantılılığı testinde ise, Avusturya yapay Dölleme Yasasında eşler arası (homolog) tekniklerin kullanımına izin verildiğinden

yapay dölleme tamamen yasaklanmamıştır. Avusturya yasası tıbbi destekli döllemenin mümkün olduğunca doğal üremeye yakın olması esası üzerine kurulmuştur. Yapay dölleme tekniklerinin kullanılmasını sadece alanda özel deneyimi bulunan, etik meslek kurallarına bağlı doktorlara vermek ve gamet bağışının ücretlendirilmesini yasaklamak suretiyle öjenik seçime ilişkin potansiyel riskleri kaldırmak, mevcut tekniklerin kötüye kullanımını ve korunmasız durumdaki yumurta bağışçısı kadınların sömürülmesini önleme amacını taşımaktadırlar. Mahkeme evlet edinme kurumunun hukukileşmesi gibi, yapay döllemeye ilişkin olarak da sorunların hukuki çözümlerinin bulunacağı kanaatindedir.

Mahkemesin üzerinde durduğu bir başka husus ise in vitro fertilizasyon hizmetinden yurt dışında yararlanma yasaklanmamış ve fertilizasyonun başarılı olması halinde baba ve anne ile nesep bağı, medeni kanunda düzenlenmiştir³⁵.

Tüm bunlar dikkate alındığında sonuç olarak İHAM Anayasa Mahkemesi kararının verildiği zaman itibarıyla **Avusturya yasa koyucusunun yukarıda belirtilen takdir alanını aşmadığı kanaatindedir. Ayrıca Mahkeme söz konusu alandaki hızlı bilimsel ve hukuki gelişmeler karşısında üye devletleri “sürekli bir denetleme yapmaya” çağırmaktadır.**

Kararda Avusturya'nın sözleşmeyi ihlal etmediğine karar verilirken kararın dörde üç bıçaksırtı kararlardan olduğu da belirtilmelidir. Mahkemenin Anayasa Mahkemesi kararının verildiği dönemi esas alarak ihlal kararı vermediği ve ayrıca devletleri bilimsel ve hukuki gelişmeleri takipe davet etmesi ve bu kararın bile kılıpayı verilmesi dikkate alındığında sonraki kararlarında içtihat çizgisinin değişmesi potansiyeli yüksek görünmektedir.

Parrillo/İtalya Kararı³⁶ nda başvuruçunun in vitro döllemede elde edilen embriyoları bağışlaması özel hayat hakkını ihlal olarak değerlendirilmemiştir. Kararda eşi ölen başvuruçunun ölen eşinin embriyoları bağışlamayı tercih edip etmeyeceğini konusundaki iradesini ortaya koyan bir delilin bulunmaması da dikkate alınmıştır.

³⁵ İHAM yakın tarihli bir kararında ABD taşıyıcı annelik müessesesi ile bebek sahibi olan Fransız çift ile çocuk arasında hukuki ilişki kurulmamasını sözleşmeye aykırı bulmuştur. **CASE OF MENNESSON v. FRANCE**, (Application no. 65192/11), JUDGMENT, 26 June 2014, **FINAL**, 26.09.2014.

³⁶ **Parrillo v. Italy**, application no. 46470/11, Büyük Daire, 27.08.2015. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)*

Mahkumun YapakDöllenme Hakkı: Dickson /Birleşik Krallık³⁷

Cezaevinde iken tanışan çiftten kadın cezasını çekerek serbest kalmıştır. Koca ise ömür boyu hapis cezasına çarptırılmıştır. Bu durumda en erken 2009 yılında serbest kalacaktır. Ortak çocuk sahibi olmak istemektedirler. Bu sebeple sunni döllenme talebinde bulunmuşlar, fakat başvuruları reddedilmiştir. Başvuruyu red gerekçesi bireysel ve toplumsal olmak üzere iki yönlüdür. Bireysel redde çocuğun hiçbir zaman normal yaşam çerçevesi ile örtüşmeyecektir. Toplumsal olan ise, toplumun cezanın caydırıcı ve bastırıcı niteliğini kaybettiği düşüncesidir.

Somut olayda kocanın serbest bırakılma tarihi ve kadının yaşı dikkate alındığında birlikte çocuk sahibi olmanın en gerçekçi yolu sunni döllenmedir.

Mahkeme iki taraf arasında denge sağlarken İHAS in eş ziyaretlerini zorlayıcı hale getiremediğini de vurgulamakta ve sonuç olarak başvurucuların özel hayat haklarının ihlal edildiğine karar vermektedir.

D-İSTEK DIŞINDA KISIRLAŞTIRMA-Aydınlanmış Onam

Bireyin maddi ve manevi bütünlüğüne müdahalenin şartı aydınlanmış onamdır. Aydınlanmış onam bireyin maddi ve manevi bütünlüğü ve özerkliği kavramlarının bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple bireyin iradesi dışında veya sağlıklı bir irade olmadan vücut bütünlüğüne müdahale de bireyin özel hayat hakkının ihlali olarak kabul edilmektedir. Bu konuda İHAM kararları arasında özellikle iredede dışı kısırlaştırma operasyonları dikkat çekmektedir.

V.C. /Slovakya Davası³⁸

Başvurucu 1980, Jarovnice doğumludur ve Roman asıllıdır. Zorunlu eğitimini 6. yılında bitirmiştir ve işsizdir. 23 Ağustos 2000 tarihinde, Sağlık Bakanlığı'nın denetimi altında olan Prešov Hastanesi ve Bakım Merkezi'nde 2. çocuğu için sezeryan operasyonu yaptırırken kısırlaştırılmıştır. Kısırlaştırma döllenmeyi önlemek için Fallop borusunu kesmek ve tıkmak amacıyla tüplerin bağlanması şeklinde yapılan Pomeroy metodu kullanılarak yapılmıştır.

³⁷ Application no. 44362/04. Büyük daire, Final, 4. 12.2007.

³⁸ V.C. /SLOVAKYA DAVASI, (Başvuru no. 18968/07), 8 Kasım 2011, FİNAL 08.02.2012.

Başvurucu olarak ne sezeryan operasyonunun ardından sterilizasyonu konusunda uluslararası standartlara uygun biçimde ücretsiz, tüm olarak ve bilgilenmiş onamının alındığını ne de o zamanki yasal düzenlemeye (1972 Strilizasyon Tüzüğü) uygun davranıldığını iddia etmektedir. Sterilizasyona olur veren imzası doğumdan kısa bir süre önce doğum sürecinin sonunda alınmıştı ve bu durumda sterilizasyona zorlanmıştı.

Hükümet'in savunması ise, kısırlaştırmanın başvurusunun doğum öncesi tıbbi durumu ile ilişkilendirilerek geniş düşünülmesi gerektiğini ve başvurusunun 2. sezeryan operasyonunun olduğunun tıbbi olarak dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Görevli doktorlar uterus reptürü riski sebebiyle başvurusunun ileriki gebeliklerde kendisinin ve bebeğinin risk altında olduğunu ve başhekim ile görüşülerek sterilizasyonun uygun bir tedbir olduğuna karar verildiğini işaret etmektedir. Mahkemenin değerlendirmesi özellikle Sözleşmenin 3. ve 8. maddeleri üzerinde yoğunlaşmış ve her ikisi için de ihlal sonucuna varılmıştır.

Sözleşmenin 3. Maddesi ile ilgili iddialar bakımından Mahkeme önce genel esasları belirlemiştir. Buna göre, demokratik toplumun en temel değerlerinden birinin korunduğu 3. maddenin, işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya mağdurun davranışları ve içinde bulunulan durumla ilgili olmadan mutlak ifadelerle yasakladığını vurgulamaktadır. Yanlış davranışın şiddetin minimum standardından başlayarak madde kapsamında olduğu ve tüm durumları kapsadığı belirtilmektedir. Örneğin, uygulamanın süresi fiziksel ve ruhsal etkileri ve bazı durumlarda, cinsiyet, yaş ve mağdurun sağlık durumu süresi. Davranışın amacı, böyle bir amacın olmadığı mağduru aşağılamak veya itibarını küçültmek amacına uygun olup olmadığı, söz konusu özellikle dikkate alınması gereken bir faktör olmakla birlikte, kaçınılmaz bir şekilde maddenin ihlal edilmediği sonucuna da yol açmadığı ifade edilmektedir. Mahkemeye göre, davranışın insanlık dışı veya onur kırıcı olması, acı çekme veya utandırıcılığın ilgili olduğu herhangi bir olayda sözkonusu davranışın kaçınılmaz olan acı çekmenin veya küçük düşmenin ötesine geçmesidir.

Sonuç olarak Mahkeme, tıbbi yardım bakımından belli bir davranışın reddi ölümcül sonuçlara yol açsa bile şuurlu yetişkin hastanın oluru olmadan tıbbi tedavi onun **FİZİKSEL BÜTÜNLÜĞÜNÜ ihlal edecektir**³⁹.

Bu sonuçlar olaya uygulandığında Mahkeme sterilizasyonun bireyin üreme sağlığına büyük bir müdahale olduğunu not etmektedir. Yetişkin şuurlu bir hastanın oluru olmadan tıbbi bir tedavinin dayatılması bireyin sözleşme ile korunan özgürlüğü ve onuruna müdahale olacaktır. Mahkeme Slovakya'nın tarafı olduğu Biyotıp Sözleşmesini ve Dünya Sağlık Örgütü'nün Hasta haklarının Geliştirilmesi Deklerasyonunu ve Cedaw'ın 24 Nolu genel tebliğini de hatırlatarak sterilizasyonun sadece ihtiyaç duyulan ilgili kişinin önceden bilgilendirilmesi (aydınlanmış onam) sonucu onayı ile mümkün olacağını belirtmektedir. Bu konudaki tek istisna tıbbi müdahalenin ertelenemeyeceği ve uygun bir onay almanın mümkün olmayacağı acil durumlardır.

Somut olayda başvurusunun bir devlet hastanesinde 2. sezeryan operasyonu olmasının hemen ardından sterilize edilmiştir. Doktorlar muhtemel 3. gebelik halinde hastanın ve çocuğunun uterus yırtılmasından kaynaklanan hayati risk taşıdığını tesbit etmişlerdir. Mahkeme sterilizasyonun hayati bir müdahale olmadığını, olayda da bu durumun değişmediğini saptamaktadır. Durum acil değildir ve hasta da şuurlu bir yetişkindir. Tıbbi açıdan gerekli olsa bile müdahale için onayına ihtiyaç bulunmaktadır.

Başvurucuya onayı hastaneye getirildikten 2 buçuk saat sonra labour sürecinde ve supine durumunda iken sorulmuştur. İlgili kayıta sadece hastanın sterilizasyon istediği yer almaktadır. Mahkemeye göre, böyle bir yaklaşım insan onuru vücut bütünlüğü ile çatışmaktadır. Özellikle dökümanlardan başvurusunun bütün olarak

- a- sağlık durumu hakkında, sözkonusu
- b- prosedür ve
- c- alternatifleri

konusunda bilgilendirildiği görülmemektedir. Daha da ötesi başvurusu labour aşamasında ve sezeryan operasyonundan hemen önce onay için sorulması tüm yönleriyle düşünerek, partneri ile değerlendirdikten sonra özgür iradesi ile karar vermesi ne de engeldir. Bu durumda Mahke-

³⁹ Aynı yönde *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, §§ 63 and 65, ECHR 2002-III; *Glass v. the United Kingdom*, no. 61827/00, §§ 82-83, ECHR 2004-II; and *Jehovah's Witnesses of Moscow v. Russia*, no. 302/02, § 135, ECHR 2010...

meye göre, daha az müdahale eden diğer alternatiflerin sunulması da engellenmiştir. Hekimler paternalist, buyurgan davranmışlardır. Oysa olayda aydınlanmış onam bireyin moral tercihlerindeki özerkliğini geliştirmek için gereklidir.

Hastanın özerkliği prensibi Biyotıp sözleşmesinin açıklayıcı raporunda da yer almaktadır. 1999 tarihli Cedaw 24 sayılı genel recommendation da kadınlar için yer almaktadır. İnsan Hakları ve Biyoetik Evrensel Beyannamesinde de 5. maddede de bireyin özerkliğine yer vermektedir.

Mahkeme ayrıca, başvurusunun 20 yaşında ve üreme fonksiyonlarının başlangıcında olduğunu ve bu tür bir müdahalenin üreme fonksiyonunu ortadan kaldırarak vücut bütünlüğüne müdahale olduğunu belirlemektedir. Müdahale acil değildir. Başvurucu aydınlanmış onam vermemiştir. Bunun yerinelabour sürecinde ve spine halindeyken hasta sterilizasyon istiyor biçimindeki form imzalatılmıştır. Sonraki hamileliklerinde kendisinin ve bebeğinin ölebileceği söylenereimza için acele ettirilmiştir.

Bu sebeplerle, başvurusunun kararı korku, ıstırap ve aşağılık duygularını uyandırmak ve kalıcı acı çekmesi gibi duygulara yol açmıştır. Mahkeme başvurusunun daha sonra bu sebeple eşi tarafından terkedilmesini de göz önünde bulundurmıştır. Başvurucu daha sonra sterilizasyon sebebiyle yanlış hamilelik gibi birçok tıbbi ve psikolojik sorunlar yaşamıştır. Ayrıca başvuru Sterilizasyon sebebiyle Roman toplumu tarafından da dışlanmıştır.

Sağlık personelinin bu kasıtlı müdahale ettiğine ilişkin veri olmasa da hastanın özerkliğine ve seçimine büyük saygısızlık etmişlerdir. Bu çerçevede müdahale sözleşmenin 3. maddesinin kapsamına girecek kadar şiddetlidir ve 3. Madde Slovakya tarafından ihlal edilmiştir.

Karar, bireyin fiziksel bütünlüğü ve özerkliği ve de onuru ile aydınlanmış onam arasında bağlantı kurması; Aydınlanmış onamın bireyin sağlık durumu, uygulanacak prosedür ve alternatifleri hakkında bilgilendirmeyi kapsamaması gerektiğini ortaya koyması bakımından önem taşımaktadır. Ayrıca bu alanda ihlalin işkence ve kötü muamele şiddetinde değerlendirilmesi de bir başka dikkate edilmesi gereken husustur.

Kısırlaştırma ve tıbbi bilgilerin ifşası: L.H./Letonya kararı⁴⁰

Bayan LH sezeryan ile doğum yaparken rızası dışında kısırlaştırılmış ve bu sebeple hastaneye dava açmış ve tazminat kazanmıştır. Ancak bu operasyondan 7 yıl kadar sonraya başvurusunun sağlık verilerinin kayıtları izin alınmadan tutulmuştur. Ayrıca üç ayrı sağlık kurumuna aktarılmıştır. Mahkeme sağlık kayıtlarına güvenliğinin hayati önem taşıdığını belirtmiştir. Tıbbi bilgilerin tutulmasının özel hayatın korunmasının temel kavramıdır. Mahkeme sadece hastanın özel hayatına saygı duymak yanında güvenli olarak da korumak gerekmektedir. Başvurusunun kayıtları ayrımcı biçimde, izinsiz, niçin tutulduğu belli olmadan tutulmuştur.*

E-DOĞUM ÖNCESİ TIBBİ TESTLER

Doğum öncesi cenindeki genetik bozuklukları tesbit etmek üzere yapılan testlerin ihmal edilmesi, bu alandaki tesbitleri geciktirmiş ve hamileliğin sona erdirilmesi olanağını ortadan kaldırmıştır. Bu durum özel hayat hakkının ihlali olarak değerlendirilmektedir.

A.K./ Letonya Kararı⁴¹

1961 Rīga Parish doğumlu olan başvuru 40 yaşındadır. Hamileliğinin 18. Haftasında Alfa-fetoprotein(AFT) testine yönlendirildiği raporlarda yer almaktadır. Başvuru ise raporun sahte olduğunu bu tarihteki randevuya gitmediğini belirtmektedir. Bebeği dawn sendromu olduğu anlaşıldığında artık hamileliğe devam edip etmeme tercihinin olmadığını ifade etmektedir. Hekimlerin ihmali sonucu uygun ve zamanında tıbbi taramalardan geçmediği için cenindeki genetik bozuklukların tesbit edilemediği ve geç kalınması sebebiyle hamileliğe devam edip etmeme konusundaki tercihinin ortadan kalktığını ve bu durumun özel hayatın ihlali olduğundan şikayetçidir.

İHAM hamilelik süresince uygun bilgilendirme ve tıbbi bakımı özel hayat kavramı içinde değerlendirmektedir.

⁴⁰ **CASE OF L.H. v. LATVIA**, (Application no. 52019/07), JUDGMENT, 29 April 2014, **FINAL**, 29.07.2014.

⁴¹ **CASE OF A.K. v. LATVIA**, (Application no. 33011/08), JUDGMENT, 24 June 2014, **FINAL**, 24/09.2014.

Başvurucu 43 numaralı belgede yer aldığı söylenen ekin hamileliğin 19. Haftasındaki red olduğunu ve bu arada yasal sürenin de geçtiğini belirtmektedir.

Bu arada açılan eza kovuşturması sırasında başvuruçunun tıbbi kayıtlarının bir kaç ay kaybolmuştur. Dr. L. ve A. Hastanesi tarafından bu kayıp araştırılmamıştır. Ayrıca Dr. L. ve A Hastanesinin başvuruçunun doğum öncesi bakımının ihmal edilip edilmediği yönünde de bir araştırma yapılmamıştır.

Başvurucu test randevusunu kaçırmışsa bu durumun da yapılan ilk kontrolde kayıtlarda yer alması ve başka testlerin önerilmesi gerekmektedir yerel mahkeme başvuruçuyu tanık olarak da dinlememiştir.

Davaya bütünsel olarak yaklaşıldığında yerel mahkemeler başvuruçunun gerekli sağlık hizmeti almadığı yönündeki iddialarını onun çıkarlarını koruyarak garanti edecek şekilde araştırmamışlardır. Sözleşmenin 8. Maddesi USULİ anlamda ihlal edilmiştir.

F-DOĞUM YÖNTEMİ

Kadının en özel anlarından biri olan doğumun yöntemi ve yeri de bireyin özel hayat alanı içinde değerlendirilen bir kavramdır. Bu konuda özellikle doğu Avrupa coğrafyasında devletin doğum yöntemlerine müdahale eğilimleri dikkat çekmektedir.

a-Ternovszky/Macaristan Davası - Doğum Yöntemine Karar Verme Hakkı⁴²

1979 doğumlu ve Budapeşte’de yaşayan başvuruçusu hamiledir ve evde doğum yapmak istemektedir. Ancak 218/1999 (XII.28.) numaralı Hükümet Kararnamesinin 101/2. Maddesi gereğince doğumu asiste eden tüm sağlık profesyonellerinin sorumluluklarının ağırlığından ve bu alanda açılan davalar olmasından hareketle evde doğuma yanaşmadıkları ifade edilmektedir. Başvuruçuya göre evde doğum olanağını sağlayan kapsamlı bir yasa bulunmamaktadır. Var olan düzenleme ise evde doğuma profesyonel destek sağlayacak sağlık çalışanlarını caydıracak niteliktedir.

⁴² **CASE OF TERNOVSZKY v. HUNGARY**, (*Application no. 67545/09*), JUDGMENT, 14 December 2010, **FINAL**, 14/03/2011 Aynı yönde daha yeni bir karar **CASE OF DUBSKÁ AND KREJZOVÁ v. THE CZECH REPUBLIC**, (*Applications nos. 28859/11 and 28473/12*), JUDGMENT, 11 December 2014. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)*

Başvurucunun iddiaları şu şekildedir: Doğum yapma konusunda bilgilendirilmiş tercihe karar vermek kişinin self determinasyon-kendi geleceğini belirleme hakkı ve özel hayatının özüdür. Evde doğum tercihinin evde doğumun kurumda yapılan doğumdan daha riskli olduğu ispatlanmadığından çocuğu korumak amacıyla kategorik olarak reddedilemeyeceğine vurgu yapmaktadır. Başvurunun amacı engelsiz bir evdoğum hakkına ulaşmak, yardım eden sağlık hizmetlilerinin de bundan ceza almamaları ancak, ilave altyapı veya alternatif tıbbi yardım veya sağlık hizmeti sisteminde sebepsiz finansal sorumluluk empoze edilmesinden ziyade komplikasyon halinde bir kuruma giriş hakkı talebi ile yapılmıştır. Dünya Sağlık Örgütünün tavsiyelerine de dayanarak başvuru hastane veya evde doğumun aynı değerde alternatifler olduğu ve müstakbel annenin de bilgilendirilmiş seçeneğine saygı duyulması gerektiğini belirtmektedir.

Mahkeme öncelikle başvuru hamile olduğu için mağdur statusünün olduğunu bunun sadece bir *actio popularis* dava olmadığını belirtmiştir. Başvurucunun özel hayatına müdahale var mıdır sorusunu ise kavramın genişliğine işaret ederek yanıtlamıştır. Özel yaşam hakkının diğerleri, yanında kişisel özerklik, kişisel gelişim, diğerleri ile ilişki kurmak ve geliştirmeyi de içerdiğini belirtmektedir. Ebeveyn olmak veya olmamaya da karar vermeye (Pretty⁴³ ve Evans⁴⁴ kararları) saygıyı da içerir. Mahkeme kişisel özerklik kavramının Sözleşmenin 8. Maddesinin yorumunda temel(fundamental) bir prensip olduğuna işaret etmektedir. Bu durumda ebeveyn olmayı tercih etme hakkı aynı zamanda bu tercihin hangi koşullarda gerçekleştirileceğine de karar vermeyi kapsamaktadır. Mahkeme, doğum yapma yöntemi tartışmasız olarak 8. Maddenin özel hayat amacı kapsamındadır.

Somut olayda mahkeme başvuru evde doğum yapmasının yasaklanmadığını, ancak evde doğumun normal olarak sağlık personelinin katılımını da gerektirdiğini ve onları bu katılımdan vazgeçiren düzenlemelerin müstakbel annelerin özel hayatına müdahale getirdiğini saptamıştır. Yani hakka müdahale vardır.

Son inceleme bu müdahalenin sözleşmenin 8. Maddesine aykırı olup olmadığı noktasındadır. Bu çerçevede öncelikle hakka müdahalenin huku-

⁴³ *Pretty v. the United Kingdom*, Başvuru no:2346/02, § 62, ECHR 2002-III.

⁴⁴ *Evans v. the United Kingdom* Başvuru no: 6339/05, § 71, ECHR 2007-IV.

ki olup olmadığı, yani iç hukuktaki karşılığı ile hürriyesin yasa ile sınırlandırılıp sınırlandırılmadığını tartışmıştır.

Müdahalenin hukuki olup olmaması tartışmasını ulusal hukuktan ayrı değerlendiren mahkeme öngörülebilir ve keyfi olmayan düzenlemeleri hukukla sınırlama çerçevesinde görmektedir. Ortada bir hukuki düzenleme olması bu düzenlemenin “öngörülebilir ve keyfilige yol açmaz” açıklıkta olup olmadığını değerlendirmeye engel teşkil etmemektedir. Mahkeme düzenlemelerin açıklığı, öngörülebilirliği ve ulaşılabilirliğini anlamaktadır hukuken düzenleme kavramından.

Bu alanda devletlerin takdir yetkilerinin genişliğine de işaret eden Mahkeme, sosyal çıkarlar ile tehlikedeki hak arasında denge kurulması gerektiğini eklemiştir. Evde doğumun annenin kişisel bir tercihi olduğu ve annenin bunu gerçekleştirmek için bir yasal ve kurumsal bir çevrenin oluşturulmasına da hak sahibi olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre doğum yöntemine ilişkin tercih doğrudan veya dolaylı olarak hukuki olma veya yaptırıma maruz kalma noktalarında hukuki açıklık ister. Aynı zamanda mahkeme ikna edici veriler olmadığından tıp biliminde istatistiki terimlerle evde doğumun hastanede doğumdan daha çok risk taşıdığı konusunun tartışmalı olduğunun farkındadır. Somut olayda evde doğum sadece kamu sağlığı alanı ile değil, aynı zamanda sosyal güvenlik alanında da düzenlenmelidir. Anayasaya göre kamu sağlığı ve sosyal güvenlik kurumlar aracılığı ile gerçekleşmektedir. Bu tür bir anayasal hüküm mahkemeye göre annenin tercihini dikkate alan uygun bir düzenleme zorunluluğu getirmektedir.

Somut düzenlemeler incelendiğinde 1997 Sağlık Hizmetleri Kanununun 15-20. Maddeleri tıbbi müdahale halinde kendi kaderini tayin hakkı tanımaktadır. Bu husus bazı müdahaleleri reddetme olanağını da içermektedir. Ayrıca 218/1999 numaralı hükümet kararnamesinin 101/2. maddesi de sağlık çalışanlarına uzmanlık alanlarına ilişkin hizmetleri yerine getirenleri hukuka ve lisanslarına aykırı davranma halinde cezalandırmaktadır. Mahkemeye göre sağlık çalışanları bu yasal düzenlemeler karşısında haklı olarak evde doğum yardımını reddetmektedirler. Hükümet de bu konuda en az bir dava olduğunu kabul etmektedir.

Sağlık çalışanlarının evde doğuma yardım etmeleri halinde belirsiz bir yasal düzenleme ile çerçevelenmeleri, müstakbel annelerin doğum tercihlerinin özgürce yerine getirilmesine engeldir. Hukuki açıklığın olması

evde doğuma yardım eden sağlık çalışanlarını tehdit etmektedir. Mahkemeye göre bu durum yasanın öngörülebilirliğine ve hukukiliğın aykırıdır. 8. Madde ihlal edilmiştir.

b-Dubská and Krejzová/Çek Cumhuriyeti⁴⁵

Evde doğum konusunda önemli bir başka karar ise Çek Cumhuriyetine karşıdır. İlk başvuru Şarka Dubská 1985 doğumludur ve Jilemnice’de yaşamaktadır. İkinci başvuru Alexandra Krejzová, 1980 doğumludur ve Prag’da yaşamaktadır. Her iki başvuru da Çek Cumhuriyetinde evde doğum halinde sağlık profesyonellerinin yardım etmesinin yasaklanması özel hayat hakkını ihlal ettiğini ileri sürmektedirler.

Kabul edilebilirlik incelemesinde mahkeme diğerleri yanında bireyin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün⁴⁶ de ebeveyn olup olmamayı tercih etmenin, bireyin özerkliğinin ve kişisel gelişiminin de yer aldığını belirtmektedir. Mahkeme doğumun, belli koşullarda doğumun bireyin özel hayatının kapsamında olduğunu ifade etmektedir.

Mahkeme kadının doğum sürecinin özel hayatının en mahrem alanlarından biri olduğunu ve bireyin maddi ve manevi bütünlüğünü, tıbbi müdahaleyi, üremeye ilişkin sağlığı, sağlığa ilişkin bilginin korunmasını içermektedir. Doğum yapmaya ilişkin kararlar, nerede doğum yapılacağını da içermekte ve bu sebeple annenin özel hayatı ve dolayısıyla Sözleşmenin 8. Maddesi kapsamında bulunmaktadır. Bu sebeple başvuru kabul edilebilir.

Hakka müdahale var mıdır? Mahkemeye göre özel hayat hakkının etkili bir biçimde korunması için pozitif yükümlülükler bulunmaktadır. Somut olayda ebeler ceza alacakları endişesi ile evde doğuma yardım etmemektedirler. Geniş anlamda düşünüldüğünde bireyin maddi ve manevi bütünlüğü, özerkliği de dahil edildiğinde, başvuruların ebe tarafından doğum yardımı almasının mümkün olmaması hakka müdahale oluşturmaktadır.

Müdahale hukuki mi?(yasallık): Mahkeme, Çek yasalarına göre evde doğum yasak olmadığını tesbit etmektedir. Yasak olan uzman sağlık per-

⁴⁵ *Applications nos. 28859/11 and 28473/12*, JUDGMENT, 11 December 2014.

⁴⁶ *Tysiác v. Poland*, no. 5410/03, § 107, ECHR 2007-I; and *A, B and C v. Ireland [GC]*, no. 25579/05, § 214, 16 December 2010, *Haas v. Switzerland*, no. 31322/07, § 50, 20 January 2011).

sonelinin uygun lisansı olmadan hizmet vermesidir. Bu lisans sağlık bakanlığı genelgesi ile belirlenen uygun teknik araçlar olmasını da içerir ve bu araçlar bu hizmetin sağlandığı binalarda bulunur. Mahkemenin haklı olarak belirttiği gibi sözkonusu düzenlemede de belli ölçüde muğlaklık olmakla beraber, sağlık personeli evde doğum yardımı yapması halinde bunun yasa ile engellendiğini öngörebilmiştir.

Müdahale haklı sebebe mi dayanıyor? Hükümet düzenlemenin sağlığın korunması, başkalarının özellikle de anne ve çocuğun sağlığının korunması haklı sebebine dayandığını işaret etmektedir. Başvurucu ise, buradaki amacın anneyi aktif olarak ebeler tarafından sağlanan sağlık hizmeti olanağından mahrum ederek, kurumsal sağlık hizmeti sağlayıcılarının finansal ve güç monopolünün gerçekleştirilmesinin amaçlandığını belirtmektedir.

Mahkeme ise genel sağlık ve başkalarının haklarının korunmasına hizmet eden bir sebebin varlığına göndermede bulunarak hükümetin tezini desteklemiştir.

Müdahale demokratik bir toplumda zorunlu mu? Mahkeme bu noktada müdahale için zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç var mı, öngörülen meşru amaçla orantılı mı ve çatışan çıkarlar arasında denge kurmuş mu ve devletin takdir alanı dışına çıkmış mı değerlendirmesi yapmaktadır.

Başvurunun ifade ettiği üç husus dikkate değer: ilki anne adayının evde doğum yapma talebinin sınırsız olmadığını ve başka çıkarlarla da özellikle bebeğin çıkarları ile dengelenmesi gerektiği. İkincisi ise evde doğum yapmaya karar veren anne adayının tıbbi yardım alamayacağı düşüncesi ile hamileliği boyunca stres yaşaması ve nihayet evde doğumun ekonomik olarak daha uygun olduğu.

Mahkemeye göre somut olayda devletin takdir yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde bazı faktörlerin hesaba katılması gerekmektedir. Eğer risk altındaki hak, birey için mahremiyetin etkili kullanımı bakımından önemli veya kilit hak ise, devletin takdir marjı daha sınırlıdır⁴⁷. Ancak eğer, Avrupa Konseyine üye ülkelerde bu konuda bir konsensus yoksa, ya da tehlike-deki çıkarın önemi göreceli ise veya onu koruyan en iyi yöntem ise takdir yetkisi daha geniştir⁴⁸.

⁴⁷ *Connors v. the United Kingdom*, no. 66746/01, § 82, 27 May 2004.

⁴⁸ *A, B and C*, cited above, § 232, with further references; and *Stubing v. Germany*, no. 43547/08, § 60, 12 April 2012.
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

Somut olayda olayın karmaşıklığı, doğacak bebeğin fiziksel hassasiyeti evde ve hastanede doğumun risk karşılaştırması, uygun acil sistemi gibi faktörler dikkate alınarak devletin takdir yetkisi geniş yorumlanmalıdır.

Sözkonusu haklar dengelendiğinde mahkeme, hükümetin bebeğin çıkarını koruma meşru amacına yoğunlaşmaktadır. Mahkeme eğer genel olarak anne ve bebeğin çıkar çatışmasının olmadığı durumlarda, anne tarafından yapılan yer, durum, doğum yöntemi gibi belli tercihlerin yeni doğanın güvenliği ve sağlığı gibi artan risklere de yol açacağı görülmeli ve doğum öncesi ve sonrası ölüm rakam ve oranları dikkate alındığında bu durumun tıp hizmetinin gelişmesine rağmen ihmal edilebilir olmadığı dikkate alınmalıdır.

Mahkeme evde doğum yapmak isteyen başvuruçular üzerinde ebe yardımını olmadan doğum yapma durumunun önemli sonuçları olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme kadına karşı ayrımcılığın önlenmesi komitesinin önerdiği hastanede gereksiz tıbbi müdahaleler olmadan doğum yapılması dikkate alınabilir. Mahkemeye göre, bu seçenekte anne adayı istediği hastanede yardım alarak doğum yapabilecektir.

Mahkeme ayrıca ev doğumlarının hastane doğumları karşısında taşıdığı risklere de dikkat çekmektedir. Buna göre evde doğum sadece düşük riskli doğumlar için geçerli olmalıdır. Ayrıca doğum uzman bir ebe eşliğinde ve komplikasyon halinde hastane bağlantısının olabileceği biçimde olmalıdır. Üçüncüsü bebeğin ve annenin hastaneye transferi güvenli bir biçimde ve gereken zamanlamada olmalıdır.

Mahkeme hükümetin yeni doğanın medikal desteğe ihtiyaç duyduğu durumlarda hastane koşullarının gerekliliğine işaret eden yorumunu da dikkate değer bulmaktadır.

Tüm bunların ışığında mahkeme annelere ve başvuruçulara taşıyamayacakları bir oranda sorumluluk yüklememiştir.

Ayrıca Çek devlet otoritelerinin sağlık politikalarını gözden geçirdiklerini 1 Ocak 2014 den beri isteyen düşük riskli hamilelerin hastanede de tıbbi uzmanın onayı ile doğumdan sonra 72 saat kalabileceklerini, isteyenlerin de hastanede bir ebe desteği ile doğumdan 24 saat sonra hastaneden ayrılacakları yönünde değişiklik yapmışlardır.

Bu konuda bir Avrupa uzlaşması da olmadığını⁴⁹ ifade eden Mahkeme Çek Cumhuriyetinin takdir marjını aşmadığına karar vermiştir.

Kararda evde doğum un risklerine de dikkat çekilmiştir. Bu sebeple ancak düşük riskli doğumlar için, uzman bir ebe eşliğinde ve komplikasyon halinde hastane bağlantısının olabileceği biçimde ve nihayet bebeğin ve annenin hastaneye transferinin güvenli bir biçimde ve gereken zamanlamada olması gerektiği vurgulanmaktadır. Çek Cumhuriyeti'nin henüz mahkeme bu konuda karar vermeden uygulamasını gözden geçirip hastanelerde evdeymiş gibi doğum yapma olanağını getirmesi de insan hakları alanında son derece yapıcı bir uygulamadır.

c-Doğum Sırasında Tıp Öğrencilerinin Bulunması⁵⁰- Konovalova/Rusya Kararı

Başvurucu 1980 st. Petersburg doğumludur. 23 Nisan 1999 da doğum için hastaneye gelmiştir. Eline öğrencilerin de doğuma gireceği bilgisinin yer aldığı bir kitapçık verilmiştir. Kitapçığı aldığı an net değildir. Başvurucu yetkisiz öğrencilerin doğumu gerçekleştirdiğini ifade etmektedir. Hükümet doğum süresince itiraz etmemiştir demektir.

Somut olayın hassas niteliği dikkate alındığında başvurunun koşullarında (doğumda epizyotomi yöntemi uygulanmıştır) tıbbi bilgisine

⁴⁹ 59. On the basis of the comparative material before the Court covering thirty-two member States, the following practices may be observed. 60. Sixteen member States expressly allow home birth under certain conditions (Austria, Belgium, France, Germany, Greece, Hungary, Italy, Latvia, Liechtenstein, Luxembourg, the Netherlands, Poland, Ireland, Sweden, Switzerland and the United Kingdom). 61. In sixteen member States the issue of home birth is not expressly regulated by law (Albania, Bosnia and Herzegovina, Croatia, Estonia, Finland, Malta, the former Yugoslav Republic of Macedonia, Georgia, Lithuania, Montenegro, Romania, Russia, Slovenia, Spain, Turkey and Ukraine). The approach to home deliveries with the assistance of a health professional in fact differs in these countries. In some of them midwives attend home births and this practice is tolerated (for example, Estonia, Finland, Malta, Spain and Turkey). In some countries, such as Estonia and Slovenia, legislation is being considered to regulate professional assistance at planned home births. Only in a handful of States can a health professional face a sanction for the simple fact of having assisted with a planned home birth (Croatia, Lithuania and Ukraine).

⁵⁰ CASE OF KONOVALOVA v. RUSSIA, (Application no. 37873/04), JUDGMENT, 9 October 2014.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

öğrencilerin tanıklık etmesi özel hayata müdahale olarak değerlendirilmektedir.

Müdahalenin hukukiliği tartışmasında Mahkeme Sağlık Kanununun 54. Maddesinde tıp öğrencilerinin operasyonlara tıbbi sorumlularla beraber mesleki eğitimleri için girebilecekleri yer aldığı için hukukilik zemininin hiç dayanağı olmadığı da söylenemez.

Ancak aynı zamanda 54. Madde tıp öğrencilerinin eğitim amaçlı tedavilere katılmasını sağlamayı amaçlayan genel nitelikli bir yasal düzenlemedir. Bu alandaki ayrıntıları yetkili idari merciye devretmiştir ve hastaların özel alanlarını koruyan belirli kurallara yer vermemektedir. Özellikle de somut olayda hastanın özel durumu dikkate alınmamıştır. Mahkeme ilgi olaya ilişkin düzenlemelerin sekiz yıl sonra düzenlendiğini de işaret etmektedir. Bu belge, tıp öğrencilerinin tıbbi tedaviye katılımı için hastanın rızasını almaya ilişkin usulleri içermektedir. Mahkemeye göre Mahkeme'nin görüşüne göre, söz konusu iç hukukta hastanın haklarına keyfi müdahaleye karşı herhangi bir önlem bulunmaması, mevcut davanın koşullarında ciddi bir eksiklikler ve somut olayda daha da ağır bir durumdur.

Mahkeme öncelikle öğrencilerin "çalışma süreci" ne katılmalarına ilişkin düzenlemenin oldukça muğlak bir gönderme içerdiğini belirtmektedir. Ayrıca, belge katılımın zorunlu olduğunu ve öğrencilerin katılmasına izin vermeme ya da reddetme konusunda başvuru sahibine herhangi bir seçenek bırakmayacak şekilde sunulmuştur. Bu durumda, başvurucuya düzenlemeyle ilgili önceden bildirimde bulunulduğunu ve kesin sonuçlarını öngörebildiğini söylemek zordur. Başvurucunun tıp öğrencilerinin bulunacağını öğrenmesi doğumdan bir gün önce iki ilaçla uyutma seansı arasında ve yorgun ve bitkin olduğu aşamada olmuştur. Bu kurumda sağlıklı bir karar vermesi mümkün değildir.

Yerel mahkemeler hastanın rızasının alınması zorunlu olmasada somut olayda alındığını belirtmektedirler. Ancak bu konuşa sadece doktorun ifadesi esas alınmış ve başkaları dinlenmemiştir. Ayrıca, Mahkemeye göre daha da önemlisi başvurucu tıp öğrencilerinin doğumda bulunmasını reddetse idi alternatif düzenlemelerin olmamasıdır. Bu durum mahkemeye göre keyfi müdahaleleri önleyecek yeterli usuli güvence bulunmamasından hareketle özel hayat hakkının ihlalidir.

d-Türk Anayasa Mahkemesi'nin Sezeryan Kararı⁵¹

Kadının doğum yöntemine karar vermesine ilişkin olarak Sezeryan doğum konusundaki kararı da konuya ilişkin önemli kararlardandır. 4.7.2012 günlü, 6354 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. Maddesi ile 1593 sayılı kanuna eklenen 153. Madde bu konuda yeni bir düzenleme getirmektedir. Buna göre: “tıbbi zorunluluk bulunması⁵²” halinde sezeryan doğum yaptırılabilir.

Anayasa Mahkemesi gündemine gelen başvuruda iddialar esas olarak, istemli sezeryan uygulamasının kadını istemediği bir uygulama ile karşı karşıya bıraktığı, bu durumun insan onuru, bireyin vücut bütünlüğüne, maddi ve manevi varlıklarıyla ilgili karar verme hakkına ve bu kadının doğum yöntemini belirleme hakkına aykırı olduğu biçimindedir. Ayrıca bu sınırlamanın hakkın özüne dokunduğu ve ölçülü olmadığı ve yurt dışına çıkıp bu operasyonu gerçekleştirenlerle aralarında eşitlik olmayacağı da belirtilmektedir

Anayasa Mahkemesi kararında olaya kadın açısından bakmak yerine hekim açısından bakmayı tercih etmiştir. Tedavi yönteminin belirlenmesinin temel olarak hekimin görevi olduğunu ve hekimin hasta tarafından bilimsel görüşüne aykırı teşhis ve tedaviye zorlanamayacağını, getirilen kural ile normal veya sezeryan doğum yönteminin tıbbi zorunluluk çerçevesinde hekim tarafından tercih edilmesini düzenlediği mahkemenin gerekçesi olarak yer almıştır. Anayasa Mahkemesi kuralı hekimin çalışma hakkına bir sınırlama getirdiği şeklinde yorumlamamakta ve gelir dağılımının anayasal haklar bakımından bir ölçüt olmadığı getirilen düzenlemenin herkes içine eşit olduğundan hareketle anayasaya uygun bulmuştur.

Oyçokluğu ile alınan kararda karşıoylarda önemli vurgular yapılmıştır⁵³:

Öncelikle düzenlemede yer alan “yapılabilir” ifadesinin tıbbi zorunluluk olsa bile hekim tarafından sezeryan doğumu yapılmayabilir biçiminde anlaşılmaya müsait olduğu eleştirisi yapılmaktadır.

⁵¹ E.2012/103, K. 2013/105, K.T. 3.10.2013, R.G. 17.12.2014-29208.

⁵² “Gebe veya rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması hâlinde doğum, sezaryen ameliyatı ile yaptırılabilir.”

⁵³ Yargıç Engin YILDIRIM ile Zühtü ARSLAN'ın karşıoyu.
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

İkinci olarak, hüküm uluslararası hukuk açısından değerlendirilmiştir. Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi m. 1'e atıf yapılarak biyoloji ve tıbbın uygulanmasında "bütünlüğe saygı"⁵⁴ ve Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü'nün 5. maddesine gönderme yapılarak bireyin tedavide tercih hakkı⁵⁵ vurgulanmıştır. Karşıyda Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 14 No'lu Genel Yorumu(m. 12) de gerekçe olarak kullanılmıştır: "bir kimsenin, cinsiyet ve üreme özgürlükleri, rızası dışında tıbbi tedavi ve bilimsel deneye tabi tutulmama gibi müdahaleden masun olma hakları dahil olmak üzere, kendi sağlığı ve vücudunun kontrolünü elinde bulundurması hakkı." olarak yorumlamıştır (E/C.12/2000/4, 11 Ağustos 2000, par. 8)."

Nihayet kadının hangi yöntemle doğum yapacağını bedeni üzerinde tasarruf hakkı ve maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ve özel hayat hakkı kapsamında olduğu belirtilmektedir.

Sonuç olarak bu gerekçelerle hüküm çoğunluk görüşünden farklı olarak anayasaya aykırı bulunmuştur: "... anne adayının tercihlerini bilimsel temeli olmayan öznel duygular olarak değersizleştirmektedir. Duygusal bir varlık olarak insanın bir takım kaygı ve endişeler taşıması hayatın inkar edilemez bir gerçeği olup, doğum yapacak anne adaylarının bir kısmının böyle duygular taşıması da son derece doğaldır. Hekimin uzmanlık bilgisine sahip olması, anne adayının tercihlerinin dikkate alınmamasını gerektirmez... dava konusu kural, anne adaylarının doğumlarını nasıl yapacaklarıyla ilgili tercih yapma haklarını ellerinden alarak herhangi bir nedenle sezaryenle doğum yapmak isteyenleri normal doğuma zorlamaktadır."

SONSÖZ

Kadının bedeni üzerinde karar hakkına ilişkin olarak Türkiye son yıllarda siyasi bir tartışma ile de karşı karşıya kalmıştır. Bu bağlamda doğurma ve

⁵⁴ "tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına alacaklardır."

⁵⁵ Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü'nün madde 5: "Yeterli bilgiye sahip her birey farklı tedavi prosedürleri (yöntemleri) ve tedaviyi verecek kişiler arasında seçim yapma hakkına sahiptir. Hasta, hangi teşhis ve tedavi yönteminin kullanılacağı ve doktor, uzman veya hastane seçimi konularında karar verme hakkına sahiptir."

doğurmam hakkına, kürtaj hakkına ve doğumun yöntemine ilişkin tartışmalar Türkiye için de son derece günceldir.

Bireyin özerklik hakkı, kendi geleceğini takdir hakkı, tercih hakkı, özel hayat hakkı, bireyin maddi ve manevi bütünlüğü bağlamında tartışılması gereken konuların Anayasa Makemesinin Sezeryan kararında sadece hekim eksenli değerlendirildiği görülmektedir. Bu yaklaşım bireyin özerklik hakkına paternalist bir devlet müdahalesi olarak yorumlanabilir.

Bir kişiye başkalarının haklarını ihlal etmeden kendisi için en iyisi olduğunu düşündüğü kararları verme hakkı olarak ifade edilebilecek özerklik hakkı 1982 Anayasasının 17. Maddesindeki bireyin maddi ve manevi bütünlüğü ve özel hayatın gizliliği madde başlığını taşıyan 20. Maddesinden çıkmaktadır. Şüphesiz demokratik liberal anayasaların temel kavramı “insan onuru” da bu noktada unutulmamalıdır.

Bu çerçevede yukarıda özetle ifade edilenn İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları asgari standart olarak alınmalı ve bireyin anayasadan da kaynaklanan özerklik hakkı teslim edilmelidir.

KAYNAKÇA

Özcan, Burcu G./Özel, Çağlar: Kişilik Hakları - Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, Cilt:10, Sayı:1 (2007).

Çeker, Mustafa: Tıbbî Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu, <www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/tibbimudahaleler.rtf>, (Erişim, 31.08.2012).

Deryal, Yahya: İnsan Sağlığına ve Vücut Bütünlüğüne Yönelik Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası, <<http://eski.istabip.org.tr/icerik/tibbi-mudahalelerde-hastanin-rizasi-yrddocdr-yahya>>, (Erişim, 31.08.2012).

Kaboğlu, Ö. İbrahim: Özgürlükler Hukuku (7. Bası, Ankara 2013).

Mason Kenyon/Graeme, Laurie: Mason and Mc Call Smith’s Law and Medical Ethics (9. Bası, Oxford 2013).

Şirin, Tolga: Kürtaj Hakkı ve Türkiye’nin Otoriter ve Muhafazakar Jargonu, <<http://bianet.org/bianet/siyaset/138726-kurtaj-hakki-ve-turkiyenin-otoriter-muhafazakar-jargonu>> (Erişim, 31.08.2012).

SINIRLI DENETİMDEN MUTLAK DENETİMSİZLİĞE: OHAL KHK'LERİNİN HUKUKLA İMTİHANI (!)

*(FROM PARTIAL EXAMINATION TO ABSOLUTE LACK OF INSPECTION: TESTING
THE STATE OF EMERGENCY LAWS BY LAW)*

Doç. Dr. / Assoc. Prof. Dr. Ekrem Ali AKARTÜRK*

ÖZET

Anayasa Mahkemesi 15 Temmuz 2016 gecesi yapılan darbe girişiminin ardından ilan edilen olağanüstü hal döneminde çıkartılan kanun hükmünde kararnameler hakkında açılan iptal davalarını davanın esasına girmeden yetkisizlik nedeniyle reddetmiştir. Böylece Anayasa Mahkemesi daha önce yer, konu ve zaman ölçütlerine dayalı sınırlı denetim imkânı getiren yerleşik içtihadını terk etmiştir. Anayasa Mahkemesi olağanüstü hal döneminde çıkartılan kanun hükmünde kararnameler alanında mutlak yetkisizliğini ortaya koymuştur. Böylece Anayasa Mahkemesi'nin olağanüstü hal döneminde çıkartılan kanun hükmünde kararnameler hakkında verdiği kararlar bu tür kararnameler bakımından yer, zaman ve konuyla sınırlı denetim yetkisini terk etmiş, onun yerine bu alanı “mutlak denetimsizlik” içine hapsederek, yargısal denetimi parlamentonun yapacağı siyasal denetimle ikame etmeye çalışmıştır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, olağanüstü hal, kanun hükmünde kararnameler, sınırlı yargısal denetim, mutlak denetimsizlik, siyasal denetim, insan hakları.

ABSTRACT

Due to being non competent, the Turkish Constitutional Court dismissed the annulment actions raised with regard to the State of Emergency

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
e-posta: ekremakarturk@hotmail.com

Decree Laws, which were announced after 15 July coup attempt without deciding on the merits. Thus, the Court has abandoned its practices requiring partial examination on place, time and subject-matter. The Turkish Constitutional Court reveals its absolute lack of inspection regarding the emergency decree laws. In this regard, through the decision given about the emergency decree laws, the Court set aside its partial authority restricted to the place, time and subject matter of the case; instead, it substitutes political review conducted by parliament for judicial review to by confining this field into “absolute lack of inspection”.

Keywords: *The Constitutional Court, state of emergency, decree laws, partial judicial review, absolute lack of inspection, political review, human rights.*

15 Temmuz 2016 gecesı yapılan darbe girişiminin ardından 20.07.2016 tarihinde Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması ve şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması gerekçesiyle Milli Güvenlik Kurulunun görüşünü de aldıktan sonra yurt genelinde, 21.7.2016 tarihinden itibaren doksan gün süreyle olağanüstü hâl ilan etmiş ve bu karar 21.7.2016 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Olağanüstü hâl ilan edilmesine yönelik söz konusu karar, TBMM’nin onayına sunulmuş ve Genel Kurulun 21.7.2016 tarihli ve 1116 sayılı kararıyla da onaylanmıştır.

Olağanüstü hâlin ilan edilmesi ve bu kararın TBMM tarafından onaylanmasından sonra Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından, yurdun tamamında geçerli olmak üzere 25.07.2016 tarihinde 668 sayılı KHK çıkarılmış, 27.07.2016 tarihli ve 29783 (2. mükerrer) sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmış ve aynı gün TBMM’nin onayına sunulmuş yürürlüğe girmiştir. Daha sonra 25.7.2016 tarihinde Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu 669 sayılı KHK’yi çıkarmış ve bu KHK 31.7.2016 tarihli ve 29787 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Ana Muhalefet Partisi CHP, “Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında” 668 sayılı KHK ile “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması ve Milli Savunma Üniversitesi Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair” 669 sayılı KHK’nin Anayasa’ya aykırılığını ileri sürerek, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmıştır. CHP iptal dilekçesinde özetle; OHAL KHK’leri ile yapılması öngörülen işlemlerin “tedbir” niteliğinde olması gerektiği, tedbirin, mahiyeti gereği geçici bir nitelik taşıdığı, ilan edilen olağanüstü hâlin sebep ve amacı, darbe girişimi nedeniyle bozulan kamu düzeninin etkili ve süratli biçimde yeniden tesisi iken, dava konusu kuralların bu amacın ötesine geçerek bazı kurum ve kuruluşların teşkilatlanmasıyla ilgili düzenlemeler öngördüğü, olağan kanunlarda olağanüstü hâl sona erdikten sonra da yürürlükte kalmaya devam edecek değişiklikler yaptığı, bu nedenle dava konusu kuralların; olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda çıkarılmış KHK olarak nitelendirilemeyecekleri ve yargı denetimine tabi oldukları belirtilerek, anılan kuralların adil olması gereken hukuk düzenini zedelemeleri sebebiyle Anayasa’nın 2. maddesine; yasama organının sahip olduğu yasama yetkisinin yürütme organı tarafından kullanılmasına yol açtığından, kuvvetler ayrılığı ilkesinin yer verildiği Anayasa’nın Başlangıç kısmına; yürütme organının, kaynağını Anayasa’dan almayan bir yasama yetkisi kullanarak dava konusu kuralları ihdas etmesi ve bu suretle yasama yetkisinin devredilmesi nedeniyle Anayasa’nın 6., 7. ve 8. maddelerine; Anayasa’ya aykırı bir düzenleme yapılmış olması sebebiyle Anayasa’nın bağlayıcılığını ve üstünlüğünü düzenleyen Anayasa’nın 11. maddesine; yetki kanunu bulunmadığı gerekçesiyle Anayasa’nın 91. maddesine ve olağanüstü hâlin gerekli kılmadığı bir konuda olağanüstü hâl KHK’sı çıkarılmış olması nedeniyle Anayasa’nın 121. maddesine aykırı olduklarını ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi gerek 668 gerekse 669 sayılı KHK’ler için yapılan iptal davasını karara bağlarken; yerleşik içtihadından vazgeçmiş ve OHAL KHK’lerini denetleme yetkisi bulunmadığını gerekçe göstererek, davayı esasa girmeden yetkisizlik nedeniyle reddetmiştir¹.

¹ AYM, E. 2016/166, K. 2016/159, Kt. 12.10.2016, Resmi Gazete: 04.11.2016 /29878.

AYM Kararı: E. 2016/167, K. 2016/160, Karar tarihi: 12.10.2016, Resmi Gazete: 04.11.2016/29878.

OHAL KHK'lerinin Denetimine İlişkin Anayasal Çerçeve

Anayasalar hukuk rejimini düzenlerken; “olağan” ve “olağanüstü” hukuk rejimleri biçiminde ikili bir ayrıma giderler. Çünkü, özellikle olağanüstü rejimlerin hukuki çerçevesinin öncelikle anayasalarda belirlenmesi temel haklar açısından bir güvence, hukuk devleti için bir zorunluluktur². Olağanüstü dönemlerde hak ve özgürlüklerin daha sıkı kayıtlamalara tabi tutulması söz konusudur. Çünkü olağan hukuk düzeni ile sosyal, ekonomik ya da güvenlik nedeniyle yaşanabilecek olağanüstü gelişmelerin önlenmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, olağanüstü rejimler keyfi, hukuk dışı rejimler değildir. Amaç, özgürlük/güvenlik dengesini de gözeterek durunun gerektirdiği tedbirleri almak ve bir an önce olağan hukuk rejimine dönmektir³.

1982 Anayasası da bu çerçevede olağanüstü yönetim usullerini üç başlık altında toplamıştır:

1) Tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım sebebiyle olağan üstü hal ilanı (md.119).

2) Şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması, sebepleriyle olağanüstü hal ilanı (md.120).

3) Sıkıyönetim, seferberlik savaş halinde olağan üstü hal ilanı (md.121).

Anılan hallerde Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu yurdun tamamında ya da bir kısmında süresi 6 ayı geçmemek üzere olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilan edebilecektir. Olağanüstü hal ilanı (2) ya da (3) nolu yönetim usulüne bağlı olarak gerçekleştiriliyorsa; bu durumda Bakanlar Kurulu olağanüstü hal ilan edilmeden önce Milli Güvenlik Kurulunun görüşünü almak zorundadır. Olağanüstü hal ilan edilmesi durumunda bu karar Resmî Gazetede yayımlanır ve hemen Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur. Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde ise derhal toplantıya çağırılır. Meclis, olağanüstü hal ya da sıkıyönetim süresini değiştirebilir, Bakanlar Kurulunun istemi üzerine, her defasında dört ayı geçmemek üzere, süreyi uzatabilir veya olağanüstü halî/ sıkıyönetimi kaldırabilir.

² Bülent TANÖR-Necmi YÜZBAŞIOĞLU, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 415.

³ İbrahim Ö. KABOĞLU, **Anayasa Hukuku Dersleri**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 272.

Tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım sebebiyle ilan edilen olağan üstü hallerde (md.119) vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, Anayasanın 15. maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandırılacağı veya nasıl durdurulacağı, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usulleri, Olağanüstü Hal Kanununda düzenlenecektir.

Olağanüstü hâl süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnameler çıkarabilir. Bu kararnameler, Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur; bunların Meclisce onaylanmasına ilişkin süre ve usul, İçtüzükte belirlenir.

Olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş haline dayalı olarak ilan edilmişse (md.122); sıkıyönetim süresi boyunca, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu sıkıyönetim halinin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararname çıkarabilecektir. Bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur. Bunların Meclisce onaylanmasına ilişkin süre ve usul İçtüzükte belirlenir. Sıkıyönetimin her defasında dört ayı aşmamak üzere uzatılması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin kararına bağlıdır. Savaş hallerinde bu dört aylık süre aranmaz. Sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hallerinde hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği, idare ile olan ilişkileri, hürriyetlerin nasıl kısıtlanacağı veya durdurulacağı ve savaş veya savaşı gerektirecek bir durumun baş göstermesi halinde vatandaşlar için getirilecek yükümlülükler kanunla düzenlenir.

Ayrıca, “temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması” başlığını taşıyan Anayasa'nın 15. maddesi uyarınca savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Ancak söz konusu hüküm mutlak bir niteliğe sahip değildir. Anılan yetkiler belirli bir anayasal çerçeve ile sınırlandırılmıştır. Birincisi, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, yalnızca olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, KHK çıkarabilir. Dolayısıyla doğrudan ilan edilen olağanüstü hal ile ilgili

olmayan konuların OHAL KHK'leri ile düzenlenmemesi gerekir. İkincisi; söz konusu sınırlamaların milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlâl etmemesi gerekir. Üçüncüsü, bu sınırlamaların olağanüstü halin gerektirdiği ölçüyü aşmamasıdır. Ayrıca Anayasa (md.15/2) olağanüstü hallerde dahi *insan haklarının sert çekirdeği* denilen bazı temel hakları mutlak koruma altına almıştır⁴. Buna göre; olağanüstü hallerde de, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

OHAL KHK'lerinin anayasa yargısı tarafından denetlenip denetlenmeyeceği konusu ise Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. maddede açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre; “olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde karar-namelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.”

Anayasa Mahkemesinin Yerleşik İçtihadı: “Sınırlı Denetim”

Anayasa Mahkemesi, 1991 yılından itibaren geliştirdiği yerleşik içtihadında (E.1990/25, K.1991/1, Kt.10.01.1991); Anayasa'ya uygunluk denetimi için önüne getirilen ve yasama veya yürütme organı tarafından yürürlüğe konulan düzenleyici işlemin hukuksal nitelemesini yapmak zorunda olduğunu, denetlenmesi istenilen metine verilen adla kendisini bağlı sayamayacağını, "OHAL KHK'si" adı altında yapılan düzenlemelerin Anayasa'nın öngördüğü ve Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutmadığı gerçekten bir "OHAL KHK'si" niteliğinde olup olmadıklarını incelemek ve bu nitelikte görmediği düzenlemeler yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmak zorunda olduğunu ifade etmiştir. Yüksek Mahkemeye göre; Anayasa'nın 148. maddesi yalnızca OHAL KHK'si niteliğinde olan düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutulmalarına engel oluşturur⁵.

⁴ İbrahim Ö. KABOĞLU, **Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 273.

⁵ Bu kararların tahlili için bkz. Erdoğan TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, Eylül 2015, s. 43-46, Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınevi, YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

Bu çerçevede Yüksek Mahkeme Anayasanın öngördüğü bir OHAL KHK'sinden bahsedebilmek için “yer”, “zaman” ve “konu” bakımından inceleme yapmak durumunda olduğunu ifade etmiştir. Buna göre; konu bakımından denetim düzenlemenin olağanüstü halin gerekli kıldığı konularla sınırlanmasını ifade eder. Ayrıca Anayasanın emri gereği (md.121/2) Olağanüstü Hal Kanunu ile düzenlenmesi gereken konular OHAL

KHK'leri ile düzenlenemez⁶. Anayasa Mahkemesinin denetim kapsamında olan OHAL Kanununda OHAL KHK'leri ile değişiklik yapılamaz⁷.

Zaman bakımından denetim OHAL KHK'sinin olağanüstü hâl sürecinde çıkarılmış olmasını, yer bakımından denetim ise düzenlemenin OHAL ilan edilen yerlerde uygulanmasını kapsayan bir denetimdir⁸. Ana-

⁶ Anayasa Mahkemesi, OHAL KHK'lerini konu bakımından denetlerken şu gerekçelere dayanmıştır: "Anayasa'nın 121. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında "119. madde uyarınca ilân edilen olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, Anayasa'nın 15. maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya nasıl durdurulacağı, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usulleri, Olağanüstü Hal Kanununda düzenlenir." "Buna göre Anayasa, ikinci fıkra da sayılan belirli konuların Olağanüstü Hal Yasası'nda düzenlenmesini zorunlu görmektedir. Başka bir anlatımla ikinci fıkra da sayılan konular KHK'lerle düzenlenemeyecektir. Olağanüstü hâl KHK'leri Olağanüstü Hal Yasası ile saptanan sistem içerisinde "olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda" uygulamaya yönelik olarak çıkartılabilir. Bu tür KHK'lerle yalnızca olağanüstü hâl ilânını gerektiren nedenler gözetilerek bu nedenlerin ortadan kaldırılması için o duruma özgü kimi önlemler alınabilir." "Olağanüstü hallerde Anayasa'nın 121. maddesinin üçüncü fıkrasına göre çıkarılabilecek KHK'lerde konu sınırlaması yoktur. Ancak bu, olağanüstü KHK'lerin düzenleme alanının sınırsız olduğu anlamında değildir. Bu tür KHK'lerin düzenleme alanları, Anayasa'nın 121. maddesinin üçüncü ve 122. maddesinin ikinci fıkraları gereğince "olağanüstü halin veya sıkıyönetim halini gerekli kıldığı konular"la sınırlıdır." "Olağanüstü halin gerekli kılmadığı konuların olağanüstü hâl KHK'leriyle düzenlenmesi olanaksızdır. Olağanüstü halin gerekli kıldığı konular, olağanüstü halin neden ve amaç öğeleriyle sınırlıdır. İlân edilmiş olan olağanüstü halin nedeni, şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin bozulmasıdır. Olağanüstü halin amacı, neden öğesiyle kaynaşmış bir durumdadır. Başka bir anlatımla, olağanüstü halin varlığını gerektiren nedenler saptandığında amaç öğesi de gerçekleşmiş demektir. Şu durumda olağanüstü hal KHK'lerinin "olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda" olağanüstü halin amacı ve nedenleriyle sınırlı çıkarılmaları gerekir." "Anayasa'nın 148. maddesinin biçim ve öz yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi dışında tuttuğu KHK'ler "olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda" çıkartılan KHK'lerdir. Anayasa Mahkemesi'nin çıkartılan bir olağanüstü hâl KHK'sinin bu niteliği taşıyıp taşımadığını belirlemesi ve eğer bu niteliği taşıyorsa uygunluk denetimini yapması zorunludur." Bkz. AYM Kararı: E.1990/25, K. 1991/1, Kt. 10.01.1991. Resmî Gazete: 05.03.1992/21162.

⁷ Karşı görüş için bkz. Bülent TANÖR- Necmi YÜZBAŞIOĞLU, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, s. 431; Erdoğan TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, s. 45.

⁸ Anayasa Mahkemesi, OHAL KHK'lerini zaman ve yer bakımından denetlerken şu gerekçelere dayanmıştır: "Anayasa'nın 119., 120. ve 122. maddelerinde düzenlenmiş bulunan olağanüstü yönetimlerin tümü süre ve yer bakımından sınırlıdır. 120. madde gereğince şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması durumunda Cum-YÜHFD *Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)*

yasa Mahkemesi bu ölçütler çerçevesinde olağanüstü hâl ilanının gerekli kıldığı konuya ilişkin olmayan veya olağanüstü hâlin geçerli olduğu yer ya da dönem hâricinde yürürlükte olan düzenlemeleri, OHAL KHK'si niteli-

hurbaşkanı'nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Milli Güvenlik Kurulu'nun da görüşünü aldıktan sonra yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde olağanüstü hâl ilân edebilir. Buna göre, olağanüstü hâl ülkenin tümü için değil yalnızca bir bölgesi için de ilân edilebilir. Bu durumda, 121. maddeye göre yürürlüğe konulacak KHK ile getirilen önlemlerin sadece olağanüstü hâl ilân edilen bölge için geçerli olması bölge dışına taşırılmaması gerekir. Olağanüstü hâl KHK'lerinin uygulanacağı yer olağanüstü hâl ilân edilen bölge veya bölgelerdir. Ülkenin bir bölgesi için ilân edilen olağanüstü hâl nedeniyle olağanüstü hâl edilmeyen yerlerde olağanüstü hâl KHK'lerine geçerlilik tanınmaz. Olağanüstü hâl ilân edilmeyen bir bölgede olağanüstü hâl KHK'leri ile kişi hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması veya durdurulması dolayısıyla olağanüstü hâl yönetimi uygulamasına Anayasa olanak vermez. Bir bölge için ilân edilen olağanüstü hâl ülkenin tümünde olağanüstü yönetimin uygulanmasının nedeni olamaz. Olağanüstü hâl ilân edilmeyen bölgelerde kişi hak ve özgürlükleri olağanüstü hâl KHK'leri ile kısıtlanamaz.” “Olağanüstü yönetimler belirli bir süreyle de sınırlıdır. Her iki olağanüstü hâl (m. 119, m. 120) ile sıkıyönetim (m. 122) Bakanlar Kurulu'na en fazla altı ay süreli ilân edilebilir. TBMM, olağanüstü hâl ile sıkıyönetim sürelerini değiştirebileceği gibi Bakanlar Kurulu'nun istemi üzerine her defasında dört ayı geçmemek üzere süreyi uzatabilir. Olağanüstü Hal Yasası ile Sıkıyönetim Yasası, olağanüstü halin veya sıkıyönetimin devamı süresince uygulanır. Bu hallerin kaldırılmasına karar verildiğinde bu yasaların o bölge veya bölgelerde uygulamaları sona erer. Olağanüstü halin veya sıkıyönetimin, gerekli kıldığı konularda çıkarılan KHK'ler, bu hallerin ilan edildiği bölgelerde ve ancak bunların devamı süresince uygulanabilirler. Olağanüstü halin sona ermesine karşın, olağanüstü hâl KHK'sindeki kuralların uygulanmasının devam etmesi olanaksızdır. Bu nedenle, olağanüstü hâl KHK'leri ile, yasalarda değişiklik yapılamaz. Olağanüstü hâl KHK'leri ile getirilen kuralların olağanüstü hâl bölgeleri dışında veya olağanüstü halin sona ermesinden sonra da uygulanmalarının devamı isteniyorsa bu konudaki düzenlemenin yasa ile yapılması zorunludur. Çünkü olağanüstü hâl bölgesi veya bölgeleri dışında veya olağanüstü halin sona ermesinden sonra da uygulanmalarına devam edilmesi istenilen kuralların içerdiği konular “olağanüstü halin gerekli kıldığı konular” olamazlar.” “Olağanüstü hâl KHK'si çıkarma yetkisi olağanüstü hâl süresiyle sınırlıdır. KHK ile getirilen kuralların nasıl olağanüstü hâl öncesine uygulanmaları olanaksız ise olağanüstü hâl sonrasında da uygulanmaları veya başka bir zamanda veya yerde olağanüstü hâl ilânı durumunda uygulanmak üzere geçerliklerini korumaları olanaksızdır.” “Bu nedenle, Anayasa'nın 148. maddesiyle Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutulmayan olağanüstü hâl KHK'leri, yalnızca olağanüstü hâl süresince olağanüstü hâl ilân edilen yerlerde uygulanmak üzere ve olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılan KHK'lerdir. Bu koşulları taşımayan kurallar olağanüstü hâl KHK kuralı niteliğinde sayılamazlar ve Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlıdır.” Bkz. AYM Kararı: E.1990/25, K. 1991/1, Karar tarihi: 10.01.1991. Resmî Gazete: 05.03.1992/21162.

ğinde görmediğinden, bunların olağan dönem KHK'si olduğunu değerlendirip, yargı denetimi yapmıştır. Bu çerçevede Anayasa'nın 148. maddesi kapsamında yer alan ve anayasal denetime tabi tutulamayacak düzenleme, olağanüstü hal süresinde ve olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılan ve olağanüstü hal bölgesinde geçerli olan KHK'leri kapsamaktadır. Dolayısıyla bu nitelik ve kapsamda yer alan KHK'ler için açılan iptal davalarını Anayasa Mahkemesi yetkisizlik nedeniyle reddedecektir. Yüksek Mahkeme bu anlayışını 1991 yılında⁹, 1992 yılında¹⁰ ve 2003 yılında¹¹ verdiği başka kararlarla da destekleyerek yerleşik bir içtihadı dönüştürmüştür. Ancak aşağıda da açıklanacağı gibi Mahkeme 2016 yılında verdiği kararlarla sınırlı denetimi öngören bu yerleşik içtihadını yetkisiz olduğundan hareketle terk ederek, OHAL KHK'si adı altında yapılan düzenlemeler için “mutlak denetimsizlik” yolunu açmıştır.

Anayasa Mahkemesinin İçtihadından Dönüşü: “Mutlak Denetimsizlik”

15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe girişiminden sonra 21.07.2016 tarihinden itibaren doksan gün süreyle olağanüstü hâl ilan edilmiştir. Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından 25.07.2016 tarihinde OHAL kapsamında 668 sayılı KHK çıkarılmış daha sonra 31.07.2016 tarihinde 669 sayılı KHK çıkarılmıştır. Ana muhalefet Partisi CHP, “Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında” 668 sayılı KHK ile “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması ve Milli Savunma Üniversitesi Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 669 sayılı KHK'nin Anayasa'ya aykırılığını ileri sürerek, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmıştır.

Anayasa Mahkemesi gerek 668 sayılı¹² ve 669 sayılı¹³ OHAL KHK'leri hakkında, gerekse 670 sayılı¹⁴ ve 671 sayılı¹⁵ OHAL KHK'leri

⁹ AYM Kararı: E.1991/6, K.1991/20, Kt. 3.07.1991, Resmi Gazete: 8.03.1992/21165.

¹⁰ AYM Kararı: E.1992/30, K.1992/36, Kt. 26.05.1992, Resmi Gazete: 18.12.1993/21792.

¹¹ AYM Kararı: E.2003/28, K.2003/42, Kt. 22.05.2003, Resmi Gazete:16.03.2004/25404.

¹² AYM Kararı, E. 2016/166, K. 2016/159, Kt. 12.10.2016, Resmi Gazete: 4.11.2016/29878.

¹³ AYM Kararı: E. 2016/167, K. 2016/160, Kt. 12.10.2016, Resmi Gazete: 4.11.2016/29878.

¹⁴ AYM Kararı: E. 2016/171, K. 2016/164, Kt. 2.11.2016.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

hakkında açılan iptal davalarını davanın esasına girmeden yetkisizlik nedeniyle reddetmiş daha önce yer, konu ve zaman ölçütlerine dayalı sınırlı denetim imkanı getiren yerleşik içtihadını terk etmiştir. Anayasa Mahkemesi OHAL KHK'leri alanında mutlak yetkisizliğini ilan ederken şu gerekçelere dayanmıştır¹⁶:

“Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin düzenlendiği Anayasa'nın 148. maddesinde olağanüstü dönem KHK'lerinin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmayacağına açıkça belirtilmiş olması karşısında Anayasa'nın, anılan düzenlemelerin herhangi bir ad altında yargısal denetime konu yapılması bakımından Anayasa Mahkemesine bir yetki tanımadığı açıktır.”

“Anayasa Mahkemesinin önüne getirilen kuralın niteliğini belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu kuşkusuzdur. Bu çerçevede bir işlemin muhtevası esas alınarak maddi kritere veya işlemi tesis eden organ ve başvurulmuş usuller esas alınarak şekli-organik kritere göre nitelendirilebilir. Hangi kriter esas alınırsa alınsın yapılan nitelendirmenin Anayasa'nın çizdiği çerçevenin dışına çıkılması, başka bir ifadeyle olağanüstü hâl KHK'lerinin şekil ve esas bakımından anayasaya uygunluk denetiminin yapılması sonucunu doğurmaması gerekir.”

“Anayasa Mahkemesi bir konuda karar verirken, hiç kuşkusuz aynı konuda daha önce verdiği kararları da değerlendirmekte ve bunu yaparken içtihat istikrarı ile içtihadın değiştirilmesi ve geliştirilmesi ihtiyacı arasındaki hassas dengeyi dikkate almaktadır. Bu bağlamda Mahkeme, içtihat değişikliğine gittiğinde önceki kararlardan neden ayrıldığını açıklamalı ve yeni görüşünü temellendirmelidir.”

“Anayasa Mahkemesinin, olağanüstü hâl KHK'sı şeklinde yapılan düzenlemelerin gerçekten olağanüstü hâl KHK'sı niteliğinde olup olmadığını belirlemek için yer, zaman ve konu ölçütlerini esas alarak yaptığı inceleme, KHK kurallarının içeriğinin değerlendirilmesini gerektirmektedir. Böyle bir değerlendirme de kuralların, esas bakımından Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılması sonucunu doğuracaktır. (...)Bu yaklaşım, Anayasa'nın 148. maddesindeki şekil ve esas bakımından denetim yasağını tamamen anlamsız ve işlevsiz hâle getirmektedir. Zira olağanüstü hâl KHK'lerinin yargısal denetimi mümkün olsaydı Anayasa Mahkemesi, aynı

¹⁵ AYM Kararı: E. 2016/172, K. 2016/165, Kt. 2.11.2016.

¹⁶ AYM Kararı, E. 2016/166, K. 2016/159, Kt. 12.10.2016, paragraf: 18-23.

incelemeyi yapacak ve kuralı Anayasa'nın 125. maddesine aykırı bularak iptal edecektir. Bu tür bir yaklaşımla olağanüstü hâl KHK'sı niteliğinde olan tüm kuralları bu kapsam dışına çıkarmak mümkündür."

"Olağanüstü hâl KHK'larının Anayasa'ya aykırı düzenlemeler içerdiğinin ileri sürülmesi, bunların anayasallık denetimine tabi tutulmaları için yeterli değildir. Olağanüstü hâl KHK'larının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi için bu yöndeki bir anayasal yetkinin açıkça tanınması gerekir. Anayasa'nın 148. maddesinin lafzı, Anayasa koyucunun amacı ve ilgili yasama belgeleri göz önünde bulundurulduğunda, olağanüstü dönem KHK'larının herhangi bir ad altında yargısal denetime tabi tutulamayacağı açıktır. Anılan hükme rağmen yapılacak yargısal denetim, Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü düzenleyen Anayasa'nın 11. maddesiyle ve hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Dev let yetkisi kullanamayacağına ilişkin Anayasa'nın 6. maddesiyle bağdaşmaz."

Anayasa Mahkemesi 669 sayılı KHK hakkında iptal istemini reddedererek yargısal denetim yolunu kapatmış; tek denetim yolunun yasama organının yapacağı siyasal denetim olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre¹⁷;

"Anayasa koyucunun olağanüstü dönem KHK'larının denetiminin yasama organı tarafından yapılmasını istediği açıktır. Nitekim Anayasa'nın 121. maddesinin gerekçesinin ilgili bölümü şu şekildedir: "Olağanüstü haller Anayasamızda yeni bir şekilde düzenlenmiştir. Tabii afet ve ekonomik kriz hallerinde ve diğer hallerde hükümete yasama meclisinin denetimi altında kanun hükmünde kararname çıkartma yetkisi verilmiştir... Bütün tasarruflar yasama meclisinin denetimi altında düzenlenecektir." Bu gerekçe de denetim yetkisinin parlamentoya bırakıldığını göstermektedir."

"Bu amaç çerçevesinde Anayasa'nın 121. ve 122. maddelerinde olağanüstü dönem KHK'larının Resmî Gazete'de yayımlandıkları gün TBMM'nin onayına sunulması ve bunların TBMM'ce onaylanmasına ilişkin süre ve usulün TBMM İç Tüzüğü'nde belirlenmesi öngörülmüştür. Bu itibarla Anayasa, olağanüstü hâl süresince olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda olağanüstü hâl KHK'sı çıkarma yetkisini, Cumhurbaşkanının

¹⁷ AYM Kararı: E. 2016/167, K. 2016/160, Kt. 12.10.2016, paragraf: 14-16. YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna, bunları denetleme yetkisini ise yasama organına vermektedir.”

Anayasa Mahkemesinin OHAL KHK'lerinin sınırlı denetimi öngören yerleşik içtihadını neden terk ettiğine ilişkin yukarıda yer alan gerekçelerini ve yaklaşımının özünü şöyle ortaya koyabiliriz:

- Yüksek Mahkeme her şeyden önce kendisine Anayasa'nın 148. maddesinin OHAL KHK'lerinin denetim yetkisi vermediğini dolayısıyla 6. madde çerçevesinde kaynağını Anayasa'dan almayan bir yetkinin kullanılmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir.

- Mahkeme dava konusu OHAL KHK'lerini maddi ve şekli kritere göre nitelendirebileceğini kabul etmekle birlikte, yapılan nitelendirmenin OHAL KHK'lerinin şekil ve esas bakımından anayasaya uygunluk denetiminin yapılması sonucunu doğurmayacağı kanaatindedir.

- Mahkemeye göre; yer, zaman ve konu bakımından yapılacak denetim KHK kurallarının içeriğinin değerlendirilmesini gerektirdiğinden, esas bakımından Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılması sonucunu doğuracaktır.

- OHAL KHK'leri için yargısal denetim yolunu kapatan Mahkeme, bu alanda tek denetim imkanının parlamentonun yapacağı siyasal denetim olduğu kanaatindedir.

Kararın Türk Anayasa Hukukuna Etkileri

Anayasa Mahkemesinin 668 ve 669 sayılı KHK'ler hakkında verdiği kararlar OHAL KHK'lerinin yer, zaman ve konu ile sınırlı denetim yetkisini terk etmiş, onun yerine bu alanı “mutlak denetimsizlik” içine hapsederek, parlamentonun yapacağı siyasal denetimle ikame etmeye çalışmıştır. Anayasa Mahkemesi benzer gerekçelerle 670¹⁸ ve 671¹⁹ sayılı OHAL KHK'leri hakkında açılan iptal davalarını da reddederek bu anlayışını sürdürmüştür. Her şeyden önce, Anayasa Mahkemesi yerleşik içtihadını terk ederken dayandığı gerekçeler doyurucu olmaktan uzaktır.

Anayasa'nın 148. maddesinin Yüksek Mahkemeye OHAL KHK'lerini denetleme yetkisi vermediği doğrudur. Nitekim Mahkeme 1991'den itibaren verdiği kararlarda OHAL KHK'si niteliğinde gördüğü düzenlemeleri denetleme yetkisi bulunmadığını kabul etmiştir. Ancak bir

¹⁸ AYM Kararı: E. 2016/171, K. 2016/164, Kt. 2.11.2016.

¹⁹ AYM Kararı: E. 2016/172, K. 2016/165, Kt. 2.11.2016.

düzenlemenin OHAL KHK'si olarak kabul edilebilmesi için OHAL KHK'si başlığı taşıması ya da Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılmış olması yeterli değildir. Bu düzenlemenin OHAL KHK'si olarak nitelendirilmesi için Anayasada öngörülen unsurları taşıması gerekir. Aksi takdirde olağanüstü hâl ilan edilmeden Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu her türlü konuda düzenleme yapabilecek ve Meclisi devre dışı bırakabilecektir. Ya da olağan üstü hal ilan edilmemiş bir bölgede OHAL düzenlemelerinin yürürlüğe sokulması mümkün olabilecektir. Bu kabul, olağanüstü hâl rejimlerinin hukuk dışı, keyfi rejim olarak görülmesine ve Anayasanın değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez hükümlerinin (hukuk devleti, insan hakları, demokratik devlet vb.) devre dışı kalmasına yol açabilecektir. Oysa ki Anayasa, OHAL düzenlemeleri konusunda yürütme organına mutlak bir yetki tanımamıştır. OHAL KHK'si niteliğine sahip olmayan bir düzenlemenin yargısal denetimden muaf tutulması ve bu işlemin gerçek niteliğinin yargısal denetime elverişli olup olmadığının değerlendirilmemesi kuşkusuz Anayasa Mahkemesinin görevidir.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi dava konusu her iki kararında hiçbir biçimde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin bu alandaki içtihatlarına referansta bulunmamıştır. Hâlbuki, Anayasa'nın 15. maddesinin birinci fıkrası, olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı önlemler alınabilmesini, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi koşuluna bağlamıştır²⁰. Dolayısıyla bu dönemde alınan önlemler gerek milletlerarası hukukun genel ilkelerine gerekse Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere aykırı olmamalıdır. Bu çerçevede Türkiye'nin taraf olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşme'nin 15. maddesi olağanüstü hallerde hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlandırılacağını öngörmüştür. Buna göre; *"Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşen Taraf ancak durumun gerektirdiği ölçüde ve devletler hukukundan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla bu Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı önlemler alabilir."*

²⁰ Bkz. Mehmet TURHAN, "Olağanüstü Hallerde Çıkarılabilecek Kanun Hükümünde Kararname", **Amme İdaresi Dergisi**, cilt:25, sayı: 3, Eylül 1992, s. 22-23. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)*

Görüldüğü gibi Sözleşme, olağanüstü hallerde de ölçülülük ilkesinden taviz vermemekte ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmesine izin vermemektedir. Buna ek olarak, Sözleşme olağanüstü hallerde dahi -savaş hukukuna uygun filler sonucunda meydana gelen ölümler hariç- kişinin yaşama hakkına son verilemeyeceğini (md.2), kimsenin işkenceye ya da aşağılayıcı muameleye tabi tutulamayacağını (md.3), köleliğin ve kulluğun yasak olduğunu (md.4), suç ve cezalarda yasallık ilkesinin geçerli olduğunu, suç ve cezaların failin aleyhine olacak biçimde geçmişe etkili olamayacağını (md.7) hüküm altına almıştır. Anılan bu hükümler 1982 Anayasasının 15 maddesinde öngörülen güvencelerle tam bir uyum içindedir. Dolayısıyla bu güvencelere aykırı OHAL düzenlemeleri hem Anayasanın hem de Sözleşmenin 15. maddesinin ihlali olarak değerlendirilecektir.

Anayasa Mahkemesi söz konusu kararları ile niteliği ne olursa olsun OHAL KHK'si adı altında yapılan bütün işlemlerin “mutlak denetimsizlik alanı”nda bırakılması yolunu açmıştır²¹. Bu yeni yaklaşımıyla Yüksek Mahkeme Anayasada öngörülen güvenceleri nispeten önemsiz ve değersiz hale getirmiştir. Bu kararlar birlikte olağanüstü hal yönetimlerinin hukuk dışı, keyfi yönetimler olmasının yolu açılmıştır. Olağan üstü hallerde dahi geçerli olan ve Anayasada sayılan hukuksal güvencelerin parlamentonun yapacağı siyasal denetime terkedilmesi de bir yöntem olmakla birlikte yargısal güvencenin yerini tutamaz. Kaldı ki parlamentonun yapacağı siyasal denetimin konusu, yapılan düzenlemenin OHAL KHK'si niteliğinde olup olmadığı değildir. Parlamento, Anayasaya aykırı olmasa bile, OHAL KHK'si niteliğindeki bir düzenlemeyi tamamen reddederek yürürlükten kaldırabilir. Dolayısıyla siyasal denetimin mahiyeti gereği siyasal tercihlerle ilgili olduğu ve saf bir hukuksal denetimi çoğu zaman garanti edemeyeceği de aşikardır. O halde Anayasa Mahkemesinin yapacağı yargısal denetimin referansları ile parlamentonun yapacağı siyasal denetimin referansları farklı olduğundan bunların birbirini ikame edebilecek ya da telafi edebilecek seçenekler olmadığını kabul etmek gerekir.

Öte yandan, KHK ile düzenleme yetkisi Anayasada belirtilen koşullara özgü bir istisna iken, TBMM'ye ait olan yasama yetkisinin asli ve

²¹ Bkz. Taha AKYOL, “Denetimsiz OHAL”, **Hürriyet Gazetesi** (07.11.2016),

devredilmez niteliği kuraldır²². Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararı kural ve istisna ayrımını ortadan kaldıracak sonuçlar yaratmaya elverişlidir. Özellikle olağanüstü durumlara özgü geçici tedbirleri düzenlemesi gereken OHAL KHK'leri ile olağan dönemlerde kural işlemlerin sahip olduğu "sürekli genel durumları belirleyen nitelikte düzenleme yapılması yasama yetkisinin asli ve devredilmezliği ilkesi ile bağdaşmaz. Bunun gibi OHAL KHK'leri ile belirli bir kişiye, nesneye ya da olaya yönelik birel (özel) işlem yapılması da mümkün olmamalıdır²³.

²² Necmi YÜZBAŞIOĞLU, **1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1996, s. 174.

²³ Şule ÖZSOY'un da ifade ettiği gibi; "Belirli bir duruma özgü tedbirleri düzenleyen, istisnai, yargısal denetim bağımsızlığına sahip, süreyle sınırlı olağanüstü KHK'ler olağan dönemlerde kural işlemlerin sahip olduğu 'sürekli genel durumları belirleme' özelliklerine sahip değildir. Bununla beraber özel işlemlerin sahip olduğu gayri şahsilikten yoksun olma, bir kişi, nesne, olay ve olgu için geçerli sayılma özelliklerine de sahip değildir." Bkz. Şule ÖZSOY, "*Olağanüstü Hal Bölge Valiliği ve OHAL Kanun Hükmünde Kararnameleri Üzerine Bazı Düşünceler*", **Erdoğan TEZİÇ'e Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No: 5, İstanbul, 2007, s. 463.
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

BELİRSİZ ALACAK DAVASI/KİSMİ DAVA – BİR MADALYONUN İKİ YÜZÜ MÜ?

(UNPRESCRIBED MONETARY CLAIMS/PARTIAL CLAIMS – ARE THEY TWO SIDES
OF A MEDALLION?)

Doç. Dr. / Assoc. Prof. Dr. Varol KARAASLAN*

ÖZET

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile hukukumuzda giren belirsiz alacak davasının koşulları, hangi tür davaların belirsiz alacak davası olarak açılabilceği, koşulları oluşmadan belirsiz alacak davası olarak açılmış bir davada mahkemenin nasıl karar vermesi gerektiği ve belirsiz alacak davası ile kısmi dava arasındaki ayrım uygulamayı meşgul etmektedir. Bu çalışmada söz konusu sorularla ilgili doktrindeki görüşler ve yargı kararları ele alınarak fikir üretilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Belirsiz alacak davası, kısmi dava, hukuki yarar, Harçlar Kanunu, hâkimin hukuku re'sen uygulaması.

ABSTRACT

The conditions of unprescribed monetary claim which has entered into our law system with the new Code of Civil Procedure (Law no. 6100), what kind of claims can be brought as unprescribed monetary claims, how the court shall make a decision when an unprescribed monetary claim is brought before court without fulfilling the conditions and the difference between unprescribed monetary claim and partial claim are keeping law practice busy. In this paper, by dealing with the academic thoughts and court decisions, ideas are tried to be brought out.

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: varolkaraaslan1@yahoo.com

Keywords: *Unprescribed monetary claim, partial claim, legal interest, Code of Fees, per se application of law by the judge.*

Giriş

Yargılama hukukumuzda hem belirsiz alacak davasının hem de kısmi dava açma imkânının bulunması ve her iki dava arasındaki sınırların net olmayışı çeşitli sorunlara neden olmaktadır. Bu çalışmada bugüne kadarki uygulama şekli de göz önüne alınarak belirsiz alacak davasına ilişkin ortaya çıkan sorunlar ele alınacak, bir davanın belirsiz alacak davası olarak görülebilmesi için davacının bu şekilde bir nitelendirme yapmasının zorunlu olup olmadığı, şartları oluşmadan “belirsiz alacak davası” olarak açılmış bir davada mahkemenin nasıl hareket etmesi gerektiği ve belirsiz alacak davası olarak açılmış bir davanın kısmi dava olarak görülüp görülemeyeceği gibi konular tartışılacaktır. Bunun için öncelikle belirsiz alacak davası ve kısmi dava kavramları kısaca açıklanacaktır.

I. Belirsiz Alacak Davası

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre dava dilekçesinin zorunlu unsurlarından birisi olan (HMK m. 119/1-ğ) talep sonucunun belirlenmesi bazı durumlarda tam olarak mümkün olamayacağından HMK m. 107 ile davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklının, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabileceği hüküm altına alınmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tâbi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilecektir. Belirsiz alacak davası bir tür eda davasıdır.¹

¹ Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukuku, C. 1, Ankara 2016; s. 581 (Usul); Ulukapı, Ömer, Medeni Usul Hukuku, 2. Bası, Konya 2014, s. 210; Budak, Ali Cem, Belirsiz Alacak Davası, Bankacılar Dergisi, Özel Sayı, 2013, s. 84; Simil, Cemil, Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013, s. 94 (Belirsiz Alacak).
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

Belirsiz alacak davası sadece talep edilen asgari miktar bakımından değil tüm alacak bakımından zamanaşımını kesecektir.²

Doktrindeki çoğunluk görüşüne göre belirsiz alacak davası temelde yargılama giderlerinin aleyhine hüküm verilen tarafça ödenmesi kuralının (HMK m. 326) beraberinde getirdiği sakıncaları gidermek üzere öngörülmüştür.³ Bu şekilde talep sonucu tam olarak belirlenmeden bir alacak davası açılabilmesi imkânı mevcut olmasa idi davacı -kısmi dava açma imkânı bir kenara bırakılacak olursa- talep sonucunun tam olarak belirlenmediği hallerde talep sonucunu yüksek tutmak zorunda kalacak ve davanın reddedilen kısmı için önemli miktarda yargılama gideri ödemeye mahkûm edilecekti.

II. Kısmi Dava

HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde de caiz olduğu hususunda şüphe bulunmayan⁴ ve davacının, davalıya karşı bölünebilir bir talebinin bir kısmını dava etmesi ve kalan kısmı dava dışı bırakması olarak tarif edilebilecek olan⁵ kısmi dava HMK m. 109 ile açıkça Kanunumuza girmiştir. Böylece, talep konusunun bölünebilir olduğu durumlarda, bir kısmının dava edilmesi mümkün kılınmaktadır.

Kısmi davada yalnızca dava edilen kısım bakımından zamanaşımının kesileceği, alacağın dava dışı kalan kısmı için zamanaşımının işlemeye devam ettiği kabul edilmektedir.⁶

² Tanrıver, Usul, s. 594; Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2016, s. 298; Budak, s. 84; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, s. 461 vd.; Simil, Belirsiz Alacak, s. 113 vd.

³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 442 vd.; Alman hukuku bakımından Gottwald, Peter, Die unbezifferte Forderungsklage, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı X, İzmir 2012, s. 21; İsviçre hukuku bakımından Meier, Isaak, Die unbezifferte Forderungsklage und Waffengleichheit der Parteien, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı X, İzmir 2012, s. 37.

⁴ Bkz. Akil, Cenk, Kısmi Dava, Ankara 2013, s. 113.

⁵ Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Bası, İstanbul 2009, s. 212.

⁶ Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016, s. 219 (İstinaf Sistemine Göre Usul); Tanrıver, Usul, s. 578; Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2013, s. 770; Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, İstanbul 2014, C. 1, s. 615; Atalı, Murat İslah Yoluyla İleri Sürülen Talep Bakımından Zamanaşımının Kesildiği Tarih, *YUHFD Vol. XIII No. 1 (2016)*

Davacı dava açarken kısmi dava açtığıнын farkında olabileceği gibi ve bunu dava dilekçesinde belirtebileceği gibi dava devam ederken daha fazla alacağı olduğunu anlayarak kalan kısmı da talep edebilir. İlk durumda açık kısmi dava, ikinci halde ise örtülü kısmi dava söz konusu olacaktır. Her iki kısmi dava da hukukumuzda caizdir.⁷

III. Belirsiz Alacak Davası-Kısmi Dava İlişkisi

HMK m. 109/2 “talep sonucunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılmaz” hükmünü içermekteydi. Doktrinde oldukça eleştirilen⁸ ve kısmi dava açma imkânını son derece sınırlayan bu hükmün yürürlükte olduğu dönemde kısmi dava-belirsiz alacak davası ayrımı uygulama ve doktrini oldukça meşgul etmişti.

HMK m.109/2'nin yürürlükte olduğu dönemde Kuru, belirsiz alacak davasının, likit olmayan alacaklar için açılabilen bir kısmi dava olduğu, alacak likit ise kısmi dava açılabilceğini ifade etmiştir.⁹ İki dava arasındaki fark talep sonucunu artırma bakımından ortaya çıkmaktadır. Kısmi davada talep sonucunu artırmak için davalının açık muvafakati veya ıslah gerekirken belirsiz alacak davasında talep sonucunu artırmak için bunlara ihtiyaç yoktur.¹⁰ Bu görüşe göre belirsiz alacak davası kısmi davanın bir

DEÜHFD, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, C. 11, 2009, s. 127; Akil, s. 288; Topuz, Gökçen, Güncel Yargıtay Kararları Işığında HMK'nın Kısmi Davaya İlişkin Düzenlemesi, Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, (Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı XI), 2014, S. 3, s. 190; Tutumlu, M. Akif, Dava Konusunun Artırılması-Zamanaşımı İlişkisi, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Ankara 2014, C. 2, s. 1909 vd.; Erdem, Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010, s. 296, 309.

⁷ Krş. Tanrıver, Usul, s. 577; Akil, s. 107 vd.

⁸ Karşlı, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2012, s. 385; Yavaş, Murat, Belirsiz Alacak Davasının İş Davalarına Etkileri, İş Hukukunda Güncel Sorunlar, İstanbul, s. 57; Akil, s. 98; Pekcanitez, Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, (Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı XI), 2014, S. 3, s. 225 (Toplantı); Topuz, s. 183; hükümde yer alan “veya açıkça belli ise” ibaresinin uygulanamayacağı yönünde Umar, Bilge Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2014, s. 330.

⁹ Kuru, Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2015, s. 147 (Usul); aynı yazar, Medeni Yargıda Kısmi Alacak Davası Öldü, Yaşasın Belirsiz Alacak Davası ve İdari Yargıda Yaşasın Genişletilmiş Kısmi Alacak Davası, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, Ankara 2015, C. 2, s. 1064.

¹⁰ Kuru, Usul, s. 147, dn. 32.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

türüdür.¹¹ Buna göre talep konusunun miktarı “belirsiz” alacaklar için açılacak olan bir kısmi dava belirsiz alacak davasıdır.¹²

Buna karşılık ifade edilen bir diğer görüşe göreyse belirsiz alacak davası kısmi davanın bir türü değildir. Kısmi davada alacaklı aynı hukuki ilişkiden doğan alacağının dava ettiği kısmının hüküm altına alınmasını isterken belirsiz alacak davasında alacağın tamamının hüküm altına alınması istenmektedir. Bu nedenle belirsiz alacak davası kısmi dava değil, tam bir eda davasıdır.¹³

Kısmi dava ile belirsiz alacak davası arasındaki ayırım konusunda Özekes şunları ifade etmiştir: “Özellikle, bazı alacaklar bakımından hangi durumlarda belirsiz alacak davası, hangi durumlarda kısmi dava, hangi durumlarda da tam dava açılması gerektiği veya açılabileceği konusunda sorun bulunmaktadır. Uygulamada kısmi davayla getirilen sınırlamanın arkasından dolanmak için, tam eda davası açılması gereken durumlarda, aslında şartları oluşmadığı halde, belirsiz alacak davası açıldığı görülmektedir. Bunun yanında, belirsiz alacak davası açılmamakla birlikte, kısmi davanın açılması söz konusuysen, buna da engel olunabilmektedir...”¹⁴

Pekcanitez de kısmi davayı belirsiz alacak davasından ayırmanın zorluğuna değinerek belirsiz alacak davası ile kısmi davanın hemen hemen aynı durumlarda açılabileceğine işaret etmiştir. Bu nedenle kısmi dava konusundaki sınırlandırıcı ifade hak arama özgürlüğü de göz önüne alınarak geniş yorumlanmalıdır.¹⁵

Belirsiz alacak davasının hukukumuza yeni girdiği dönemde Karşılı, uygulamada kısmi davaya ilişkin iki temel sorun olduğunu, bunlardan birisinin saklı tutulmayan kısımdan zımnen feragate ilişkin Yargıtay görüşü olduğunu, bunun açık kanun hükmüyle ortadan kalktığını, diğer sıkıntının ise hesaplanamayan taleplerde saklı tutulsa dahi dava edilmeyen kısım için

¹¹ Kuru, Baki/Budak, Ali Cem, Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdiği Başlıca Yenilikler, İBD, C. 85, S. 5, 2011, s. 12.

¹² Budak, s. 83.

¹³ Simil, Belirsiz Alacak, s. 96; Ercan, İbrahim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Belirsiz Alacak Davası, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı X, İzmir 2012, s. 128.

¹⁴ Özekes, Anayasa Mahkemesinin Kararı Karşısında Kısmi Dava ile Belirsiz Alacak Davası Arasındaki Sınırın Belirlenmesi Sorunu, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, Ankara 2014, C. II, s. 1590.

¹⁵ Pekcanitez, Toplantı, s. 225.

zamanaşımının işlemeye devam etmesi olduğunu belirterek bu problemlerin kısmi dava içinde halledilebileceği ve bu nedenle birçok yönüyle belirsizlik barındıran belirsiz alacak davası gibi yeni bir dava türüne ihtiyaç olmadığını ifade etmiştir.¹⁶

Ercan ise, HMK m. 109/2 gereğince kısmi davada saklı tutulan kısmın, açıkça belirli veya tartışmasız olmaması gerektiğini, buna karşılık belirsiz alacak ve tespit davasında, talep sonucunun belirlenemiyor olması veya belirlenmesinin imkânsız olması lazım geldiğini ifade ederek, belirsiz alacak davasında dava konusunun, kısmi davaya göre daha belirsiz olduğunu beyan etmektedir. Ercan, Yargıtay'ın verdiği kararlarda talep sonucunun belirlenemediği durumlarda kısmi dava açılabilirliği gibi belirsiz alacak davasının da açabileceğini kabul ettiğini bildirmektedir.¹⁷ Bununla birlikte Ercan, belirsiz alacak davasının, HMK Tasarısının TBMM'de görüşülmesi sırasında metne eklenmesinden dolayı özellikle kısmi dava ile uyumlu olmadığını belirterek, belirsiz alacak davası ile kısmi davanın yeniden ele alınması ve uygulamanın ihtiyaçları çerçevesinde yeni ve uyumlu bir düzenlemenin yapılmasının doğru olacağını ifade etmiştir.¹⁸

Yılmaz, hükmün yürürlükte olduğu dönemde, davacının bunun aksine hareket etmiş olması halinde de mahkemenin hemen davayı reddetmesi gerektiği görüşündeydi. Buna göre mahkeme davacıya davaya tam dava olarak devam etmesi ve harcı tamamlaması için kesin süre vermeli, davacı bunun gereğini yapmazsa davası dava şartı noksanlığı nedeniyle reddedilmeliydi.¹⁹

Özbay, belirsiz alacak davası karşısında kısmi davanın uygulamada bir ağırlığının kalmayacağı ve kısmi davayı düzenleyen hükmün metruk bir hüküm olarak kalacağını ifade etmiştir.²⁰

Akil, bu düzenleme karşısında, mahkemelerin, talep sonucunun miktar veya değerinin açıkça belirli olması kriterini toleranslı bir biçimde yorumlamalarının doğru olacağını, talep konusunun miktar veya değerinin "belirli" olması durumunda dahi kısmi dava açılmasına cevaz vermelerinin

¹⁶ Karşlı, s. 396.

¹⁷ Ercan, s. 129.

¹⁸ Ercan, s. 126.

¹⁹ Yılmaz, s. 770.

²⁰ Özbay, İbrahim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?, 2. Bası, Ankara 2013, s. 151, dn. 18.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

uygun olacağını ifade etmiştir. Kısmi dava açılmasına engel olan husus, talep konusunun miktarının belirli olmaması değil, açıkça belirli olmamasıdır.²¹

Kısmi dava konusundaki sınırlayıcı hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırı bulunmamıştı.²² Fakat daha sonra yapılan bir kanun değişikliği ile bu fıkra ilga edilmiştir.²³

²¹ Akil, s. 98.

²² “Başvuru kararlarında, itiraz konusu kural gereğince talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olduğu durumlarda hukuki ilişkinin taraflarına kısmi dava açma imkânı verilmeyerek, bu tür alacak hakkı sahiplerinin haklarını mahkeme önünde savunma imkânından yoksun bırakıldıkları, ayrıca bir kısım alacak iddialarının kısmi dava şeklinde öne sürülebilip bazılarının kısmi davaya konu olamayacakları düzenlenerek, adil yargılanma hakkı ve usul ekonomisi ilkesini zedeler şekilde usul kurallarında karmaşıklık oluşturulduğu belirtilerek kuralın, Anayasa’nın 2., 13., 36. ve 141. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılmayacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemenin gerekçesinde ise talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olması durumunda kısmi dava açılmayacağına hüküm altına alındığı, bununla kısmi dava kurumunun amaç dışı kullanılmasının önüne geçilmek istendiği, yani sözü edilen halde davacının kısmi dava açmakta hukuki yararının bulunmadığının kabul edildiği ifade edilmiştir. Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştiren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuk politikasının belirlenmesinde kanun koyucunun takdir yetkisinin bulunduğu açıktır. Anayasa’nın 142. maddesinde, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişleri ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiş olup, itiraz konusu kural yargılama usulleri kapsamında ele alınacak bir düzenlemedir. Bu nedenle kanun koyucu anayasal sınırlar içinde kalmak koşuluyla yargılama usullerine ilişkin hususlarda takdir yetkisi kapsamında düzenlemeler yapabilir. Ancak, kanunların, kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan bu takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. İtiraz konusu düzenleme ile kanun koyucunun, talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olması halinde kısmi dava açılmayacağı hükmüne yer vererek, bölünebilir taleplere ilişkin dava hakkının kötüye kullanımının önüne geçmeyi, hukuki uyumsuzlukların bir an önce kesin hükme bağlanması suretiyle hukuksal barışın korunmasını ve talep konusunun taraflar arasında tartışmasız ve açıkça belirli olduğu alacak iddialarının kısım kısım dermeyan edilmesi suretiyle dava sayısının artışı engelleyerek yargılama faaliyetinin hızlandırılmasını amaçladığı anlaşılmaktadır. Özellikle mahkemelerin iş yükü, hukuki uyumsuzlukların

YUHFD Vol. XIII No. 1 (2016)

karara bağlanmasında geçen uzun sürelerin başka hak ihlallerine neden olması ve bu sorunun yalnızca ülkemiz açısından geçerli olmayıp, birçok hukuk sistemi tarafından ortak bir sorun olarak paylaşılması ve bu noktada hukuki uyumsuzlukların çözümünü hızlandıran usul hükümlerinin gerekliliği gözetildiğinde, talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olması halinde kısmi dava açılmayacağına ilişkin düzenleme kanun koyucunun takdir yetkisi içinde kalmaktadır. Anayasa'nın "hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde, herkesin gerekli araç ve yollardan yararlanarak yargı organları önünde davacı ya da davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Buna göre, hak arama özgürlüğünün en önemli iki ögesini oluşturan iddia ve savunma haklarının kısıtlanması, bu hakların noksansız kullanımının ve adil yargılanmanın engellenmesi Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık oluşturur. Anayasa'nın 36. maddesine göre, herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir. "Meşru vasıta ve yollar" ibaresi, hukuk düzenine uygun vasıta ve yollar anlamına gelmektedir. Anayasa'nın 142. maddesinde "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir." denilerek bu alanların Anayasa'ya uygun olarak düzenlenmesi yasama organına bırakılmıştır. Anayasa'nın 13. maddesinde, "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." denilmiştir. Anayasa'nın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri, diğerinin sınırını oluşturabilmektedir. Hak arama özgürlüğü Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenmiş ve anılan maddede hak arama hürriyeti için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 142. ve davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını ifade eden Anayasa'nın 141. maddelerinin, hak arama hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır. İtiraz konusu kural uyarınca, niteliği itibarıyla bölünebilir ancak belirli ve tartışmasız olan alacak hakkı sahibine, hukuki uyumsuzluğa ve hukuki korunma ihtiyacına ilişkin talebini, iddia ve delillerini yargı makamları önünde dava yoluyla ileri sürme imkanı verilmiştir. Talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olması halinde kısmi dava açılmayacağı belirtilmiş olmakla, yargılama sürecinin hızlandırılması ve uyumsuzlukların kısa sürede sonuca bağlanmasını amaçladığı anlaşılan düzenlemenin hakkın özüne dokunduğu ve hakkı anlamsız kılacak dereceye vardığı söylenemez. Anayasa'nın 141. maddesinde "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir." denilmektedir. Bu hükümle usul ekonomisi ilkesine işaret edilmiştir. Uyuşmazlıkların söz konusu ilkeye göre çözümlenmesinde hem bireyin hem de kamunun yararı söz konusudur. Aynı hukuki ilişkiden doğan ve talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olduğu bir alacak hakkının kısımlara ayrılarak dava edilmesi yerine tek bir dava konusu edilerek uyumsuzluğun kısa sürede çözümlenmesini öngören itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 141. maddesine de aykırı olmadığı açıktır. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2., YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

Söz konusu fıkra ilga edildikten sonra yazılan eserde Tanrıver, belirsiz alacak davası açılabilir hallerde kısmi dava da açılabilirliğini, alacak miktarı belirsiz ise davacının belirsiz alacak veya kısmi dava açma konusunda tercih hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Buna göre talep sonucunun miktar ve değeri davanın açıldığı anda belirlenemiyorsa davacı belirsiz alacak veya kısmi dava açabilir; talep sonucunun miktar ve değeri belirlenebilir bir nitelikte olmasına rağmen davanın açıldığı tarihte bu nitelikten yoksunsa sadece kısmi dava açabilecektir.²⁴

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise alacağın belirsiz olması halinde davacının isterse belirsiz alacak davası isterse de kısmi dava açabileceği görüşündedir. Buna göre “dava dilekçesinde alacağın belirsiz olduğundan söz edilmiş olsa da, kısmi dava açıldığının ifade edilmesi halinde davanın türünün kısmi dava olarak kabulü gerekir. Zira alacak belirsiz ise kısmi dava yoluyla alacağın istenmesine engel bir durum yoktur. Bu ihtimalde kısmi dava ancak talep edilen kısım itibarıyla zamanaşımını keser. Yargılama ile alacağın belirlenen kalan kısmı ıslah veya ek dava ile talep edildiğinde arttırılan miktarlar bakımından faiz başlangıcı -kural olarak- talep tarihidir. Bu nedenle davanın türünün belirsiz alacak davası veya kısmi dava oluşunun sonuçları farklı olup, tereddüt halinde hâkim tarafından bu husus davacıya açıklatılmalı ve davanın türü ön inceleme tutanağına yazılarak tahkikat aşamasına geçilmelidir.”²⁵

IV. Belirsiz Alacak Davası Bakımından Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar

1- Yargılama Giderleri ve Sulh Bakımından Ortaya Çıkan Problemler
Belirsiz alacak davası davalı bakımından bir kısım riskleri beraberinde getirmektedir. Şöyle ki, kendisine karşı bir belirsiz alacak davası açılan

13., 36. ve 141. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.” AYM E. 2011/134 K. 2012/83 T. 24.5.2012 (13.2.2013 tarih ve 28558 sayılı RG).

²³ 6644 sayılı Kanun’un 4. maddesinin Adalet Komisyonu gerekçesi şu şekildedir: Önergeyle, hak arama hürriyetine engel teşkil eden fıkra, mukayeseli hukuk da dikkate alınarak yürürlükten kaldırılmaktadır.

(https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=1285 s. 21).

²⁴ Tanrıver, Usul, s. 595 vd.

²⁵ Yargıtay 9. HD E. 2015/33536 K. 2016/335 T. 12.1.2016; benzer şekilde Yargıtay 9. HD E. 2015/35559 K. 2016/1689 T. 25.1.2016 (Lexpera).

davalı, tam olarak neyin talep edildiğini bilme imkânından yoksun olacağı için, davacının talebini davanın ilk duruşmasında kabul etme ve bu şekilde yargılama giderlerinden kurtulma imkânından mahrum kalacaktır (HMK m. 312/2).²⁶

Belirsiz alacak davasında davacı pratikte yargılama giderlerinden sorumlu olmaktan kurtulmaktadır. Şöyle ki, davacı lehine hükmedilen rakam ne olursa olsun, davacı davayı kazanmış sayılmakta ve bunun sonucu olarak da yargılama giderleri davalı üzerinde kalmaktadır. Hâlbuki meseleye davalı açısından bakıldığında, davalının da hangi miktarda sorumlu olduğunu bilmesi mümkün değildir. İşte bütün bu nedenlerle Meier, yargılama giderleri bakımından belirsiz alacak davasının silahların eşitliği prensibini ihlal ettiği kanaatinde-dir.²⁷ Ayrıca kendisine karşı belirsiz alacak davası açılan davalı hangi miktarın talep edildiğini bilemeyeceğinden savunma imkânları kısıtlanmış olmaktadır. Dava edilen miktarı tam olarak bilen davalının sulh olma veya davayı kabul etme ihtimali daha yüksektir.²⁸

Benzer bir problem de tarafları sulhe ve arabuluculuğa teşvik noktasında ortaya çıkacaktır. HMK m. 140'a göre hâkim, ön inceleme aşamasında uyuşmazlık konularını tespit ettikten sonra tarafları sulh ve arabuluculuğa teşvik etmek zorundadır. Hâlbuki belirsiz alacak davası olarak açılmış olan bir davada, ön inceleme aşamasında alacağın miktar yahut değeri tam ve kesin olarak belirlenemeyeceği için tarafların sulh olma ih-

²⁶ Krş. Budak, s. 85. Budak'a göre, yargılama masrafları bakımından HMK m.312/2 ve m.326/2 hükmünün birlikte uygulanması ile varılabilecek sonuç şudur: Kendisi aleyhine belirsiz alacak davası açılan davalı ilk duruşmada kendi hesap ve tahminine göre davacıya ödemeyi teklif ettiği tutarı bildirebilecek, davacı bu sulh teklifini kabul etmez ve yapılan yargılama neticesinde mahkeme davalıyı sulh için teklif ettiği miktardan daha azını ödemeye mahkûm ederse yargılama giderleri davalının (davacı olmalı) üzerinde bırakılacaktır. Budak, s. 85 vd.

²⁷ Meier, s. 50. Simil, belirsiz alacak davasının yargılama giderleri bakımından davacıyı önemli ölçüde koruduğunu kabul etmekle beraber davalının da savunmasız durumda olmadığını iddia etmekte, hakkı olmadığı halde dava açan tarafa yükletilecek vekâlet ücreti ve disiplin para cezasına ilişkin HMK m. 329 hükmünü görüşüne gerekçe olarak göstermektedir (Simil, Belirsiz Alacak, s. 89). Ancak kanımca her iki durum birbirinin karşılığı değildir. Nitekim yazarın dayandığı maddede kötüniyetli davalı bakımından da aynı hukuki sonuç kabul edilmiştir. Haksız yere dava açan davacı ile kötüniyetli davalının ödemesi gereken vekâlet ücreti ve disiplin para cezası belirsiz alacak davasında tüm yargılama giderleri bakımından davacıya tanınan iltimas ile eşdeğer değildir.

²⁸ Yavaş, s. 62 vd.

timali de son derece düşük olacaktır. Yani, bu aşamada yapılacak bir sulh girişiminin başarıyla sonuçlanma ihtimali yok denecek kadar azdır.

2. Asgari Miktarın Çok Düşük Gösterilmesi

Uygulamada belirsiz alacak davası olarak nitelendirilen birçok davada davacı tespit edebildiği asgari miktar üzerinden değil, sembolik bir rakamla dava açmakta, dava harçları da bu miktar üzerinden hesaplanmaktadır. Bu konuya örnek olarak gösterilebilecek bir Yargıtay kararı şöyledir:

“Somut olayda; davacı davalıdan satın aldığı dairede gizli ayıp ve eksik imalat olduğundan bahisle 100,00 TL nin tahsilini istemiştir. Gizli ayıp ve eksik imalat bedeli davanın açıldığı tarihte belirlenmesi mümkün olmayıp, bunun tespiti ancak tüketici mahkemesinde yapılacak yargılama sırasında yapılacak bilirkişi incelemesi ile mümkündür. Diğer taraftan, davanın açıldığı tarihte davacının elindeki belgelerden davanın miktarı biliniyor yahut tespit edilebiliyorsa, böyle bir dava belirsiz alacak davası açılmaz. Davanın açıldığı tarihte davacının elindeki belgelerden davanın miktarının bulunduğu ve bilinen miktar itibarıyla uyuşmazlığın çözümü de tüketici hakem heyetinin görev alanına giriyorsa, söz konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak tüketici hakem heyetine başvurmadan tüketici mahkemesinde dava açılmaz. Hal böyle olunca; somut olayda eksik imalat ve ayıp değeri davanın açıldığı tarihte davacı tarafından tespiti mümkün olmadığından ve bunun tespiti ancak mahkemece yaptırılacak bilirkişi incelemesi ile mümkün olduğundan dava dilekçesinde bu alacağın 100,00 TL’lik kısmının talep edildiği gerekçesiyle tüketici hakem heyetinin görevli olduğundan bahisle davanın usulden reddine karar verilemez. Mahkemece, değinilen bu yönü göz ardı ederek işin esasına girilerek sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir”.²⁹

Hâlbuki belirsiz alacak davası olarak açılan bir davada davacı tespit edebildiği asgari miktarı göstererek dava açmak durumundadır. Aksi durum dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir.³⁰ Böyle bir durumda mahkemenin ne yapması gerektiğine gelince, bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre hâkim davacının bu şekilde bir dava açmasında hukukî yararı

²⁹ Yargıtay 13. HD E. 2015/33636 K. 2016/8612 T. 24.03.2016 (e-uyar.com).

³⁰ Pekcanitez, Hakan, Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107), Ankara 2011 s. 48 (Belirsiz Alacak).

bulunmaması nedeniyle açılan davayı reddetmelidir.³¹ Kanaatimce bu durumda davanın hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddi uygun bir çözüm değildir. Burada daha ziyade hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlali söz konusudur. Dava hakkı ve davadaki usuli yetkiler de dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanılıp yerine getirilmelidir.³² Buradaki durum Harçlar Kanunu ve hâkimin yargılamayı sevk ödevi ile ilgili olup davacının hukuki menfaati konusunda herhangi bir eksiklik bulunmamaktadır. Hâkim, Harçlar Kanunu m. 30'u tatbik ederek, dava dilekçesi ve eklerinden anlaşılan asgari miktar nispetinde harçların tamamlanmasına karar vermelidir. Bu kararın gereği yerine getirilmemesi halinde ise yine aynı madde gereği yargılamaya devam edilemeyecektir.

Bu sonuç ilk bakışta tasarruf ilkesi ile çelişiyor gibi görünebilir. Ancak davacının davasını belirsiz alacak davası olarak nitelendirmiş olması devam eden yargılama sürecinde talep sonucunu artıracığına delalet eder ki, bu da en azından davanın başında belli olan miktar demektir. Bu nedenle hâkimin harcı re'sen tamamlaması gerekecektir.

3. Bir Davanın Belirsiz Alacak Davası Olarak Görülebilmesi İçin Bu Şekilde Nitelendirilmiş Olması Zorunlu mudur?

Bazı Yargıtay kararlarında davanın davacı tarafından belirsiz alacak davası olarak nitelendirilmemiş olması nedeniyle söz konusu hükmün uygulanmasının hiç tartışılmadığı anlaşılmaktadır. Örneğin Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin kararına konu bir olayda davacı, davalıların işleteni ve sorumlusu oldukları petrol istasyonunda meydana gelen patlama sırasında yaralandığını belirterek bir maddi ve manevi tazminat davası açmış, yargılamanın devamı sırasında düzenlenen bilirkişi raporunda zararın talep edilenden daha fazla olduğunun belirlenmesi üzerine talep sonucunu ıslah ederek bilirkişi raporunda belirlenen miktara yükseltmiştir.³³ Bu olayda ne ilk derece mahkemesi ne de Yargıtay dairesi belirsiz alacak davasına ilişkin hükümleri uygulamışlar, davacı davasını kısmi dava olarak açtığı için tartışmayı ıslaha karşı zamanaşımı def'inin ileri sürülüp sürülemediği üzerinden yapmışlardır. Hâlbuki karardan anlaşıldığı kadarıyla ortada -maddi tazminat talebi bakımından- açıkça belirsiz alacak davasının koşulları

³¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 456.

³² Krş. Tanrıver, Usul, s. 413.

³³ Yargıtay 4. HD E. 2014/8157 K. 2015/6129 T. 13.5.2015, İBD, C. 89, S. 6, 2015, s. 39. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)*

oluşmuştur. Kanaatimce bir davanın belirsiz alacak davası olarak görülebilmesi bu noktada tarafların tavsifine bağlı bir husus olmayıp, doğrudan hâkimce karar verilmesi gereken bir noktadır. Çünkü ortada hukukun uygulanması sorunu vardır ki bu da hâkimin görevidir (HMK m. 33). Dava dilekçesinden açılan davanın belirsiz alacak davasının koşullarını taşıdığı anlaşılıyorsa hâkim HMK m. 107’yi uygulamalıdır.³⁴

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi de bir kararında bu eğilimi yansıtmıştır. Karara göre, “Talep sonucu açık değilse mahkeme talep sonucunu açıklamalıdır. Bundan başka, talep sonucunun açık olmaması halinde, onu dava dilekçesinin diğer bölümlerinde yazılanların ışığında bir yoruma tabi tutarak davacının açtığı davanın belirsiz alacak davası mı yoksa kısmi dava mı olduğunu belirlemek hâkimin ödevidir. Somut olayda dava dilekçesinde davacı vekili davanın belirsiz alacak davası olduğunu açıklamadığı gibi talep ettiği alacakların miktarının da belirlenmesini talep etmemiştir. Dava dilekçesinin içeriğinden davanın kısmi dava olarak açıldığı anlaşılmakta olup sonradan ıslah dilekçesinde davanın belirsiz alacak davası olduğunun bildirilmiş olması sonuca etkili değildir. Bu nedenle davalının ıslah edilen miktar yönünden yaptığı zamanaşımı itirazının değerlendirilerek yeniden hesaplama yapılması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir”.³⁵

4. Şartları Oluşmadan “Belirsiz Alacak Davası” Olarak Açılan Bir Davada Mahkeme Nasıl Bir Karar Vermelidir?

Bir görüşe göre bu durumda davada hukuki yarar bulunmadığı ve hukuki yarar da tamamlanabilir bir dava şartı olmadığı için mahkeme bu şekilde açılmış bir davayı esasa girmeden reddetmelidir.³⁶ Özokes’e göre, dava dilekçesinde açılan davanın belirsiz alacak davası olduğu anlaşılıyor, ancak alacak açıkça belirli bir alacak ise, davacıya süre verilmesine imkân yoktur. Çünkü bu halde davacının davasını belirsiz alacak davası olarak

³⁴ Aynı yönde Budak, s. 85; Yavaş, s. 69.

³⁵ Yargıtay 7. HD E. 2014/7017 K. 2014/13555 T. 16.6.2014 (Lexpera).

³⁶ Simil, Belirsiz Alacak, 236; aynı yazar, Hakimın Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları, DEÜHFD, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C. 16, 2014, s. 1357 (Davayı Aydınlatma); Pekcanitez/Atalay/Özokes, s. 454; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 298 vd.; Aslan, Kudret/Akyol Aslan, Leyla/ Kiraz, Taylan Özgür, Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Karar, DEÜHFD, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C. 16, 2014, s. 1017; benzer şekilde Özbay, s. 148.

açmasında hukuki yararı bulunmamaktadır. Burada talep sonucu konusunda bir belirsizlik de olmadığından HMK m. 119/1-ğ ile 119/2 gereği veya m. 31 gereği süre verilmesi de mümkün değildir. Dava hukuki yarar yokluğundan reddedilmelidir. Aksinin kabulü, aslında belli olan talep sonucunun süre verilerek davacı tarafından değiştirilmesi sonucunu doğurur. Bu da davacıya ek bir imkân sağlanması anlamına gelir. Buna usul bakımından imkân yoktur.³⁷

Açılan davada asgari bir miktar gösterilmiş ve bunun alacağın bir bölümü olduğu anlaşılıyor, ancak açılan davanın niteliği anlaşılıyorsa (belirsiz alacak veya kısmi dava olduğu), talep sonucu açıkça belirtilmemiş demektir. Burada, dilekçedeki vakıyalardan talebin açıkça belirli bir alacağa ilişkin olduğu anlaşılıyorsa, hukuki yarar yokluğundan dava reddedilmelidir. Dilekçede belirtilen vakıyalardan alacağın niteliği tam olarak anlaşılıyorsa, talebin açıklanması için süre verilmesi ve davanın belirsiz alacak veya kısmi dava olduğunun açıklattırılması gereklidir.³⁸

Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin kararlarında da bu görüşün benimsendiği anlaşılmaktadır. Örneğin: “Bu noktada şu da açıklığa kavuşturulmalıdır ki, şartları bulunmadığı halde dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak ve tespit davası olarak açıldığı durumda davacıya herhangi bir süre verilmeden hukuki yarar yokluğundan davanın reddi yoluna gidilmelidir. Çünkü alacağın belirlenebilmesi mümkün iken, böyle bir davanın açılmasına Kanun izin vermemiştir. Böyle bir durumda, belirsiz alacak ve tespit davası açmakta hukuki yarar yokluğundan dava reddedilmeli, ek bir süre verilmemelidir. Zira, burada talep açıktır, bu sebeple 6100 sayılı Kanun'un 119/1-ğ. maddesinin uygulanarak süre verilmesi mümkün değildir; aslında açılmaması gerektiği halde belirsiz alacak ve tespit davası açılmış olduğundan, bu konudaki eksiklik de süre verilerek tamamlanamayacağından, dava hukuki yarar yokluğundan reddedilmelidir. Buradaki hukuki yarar, sonradan tamamlanacak nitelikte bir hukuki yarar değildir. Çünkü dava açıldığında o sırada mevcut olmayan hukuki yarar, bunun da açıkça mahkemece bilindiği bir durumda, tamamlanacak bir hukuki yarar değildir. Aksinin kabulü, aslında açık olan talep sonucunun süre verilerek davacı tarafından değiştirilmesi ve bulunmayan hukuki yararın sağlanması için

³⁷ Özkes, s. 1603.

³⁸ Özkes, s. 1603 vd.; benzer şekilde Simil, Davayı Aydınlatma, s. 1357; Tutumlu, s. 1909.

davacıya ek imkân sağlanması anlamına gelecektir ki, buna usul bakımından imkân yoktur, böyle bir durum taraflar arasındaki eşitlik ilkesine de aykırı olacaktır. Bunun yanında, şayet açılan davada asgari bir miktar gösterilmişse ve bunun alacağın bir bölümü olduğu anlaşılacakla birlikte, belirsiz alacak ve tespit davası mı yoksa belirli alacak olmakla birlikte kısmi dava mı olduğu anlaşılıyorsa, bu durumda 6100 sayılı Kanun'un 119/1-ğ. maddesinin aradığı şekilde açıkça talep sonucu belirtilmemiş olacaktır. Talep, talep türü ve davanın niteliği açıkça anlaşılıyorsa, talep muğlaksa, aynı Kanununun 119/2. maddesi gereğince, davacıya bir haftalık kesin süre verilerek talebinin belirsiz alacak davası mı, yoksa kısmi dava mı olduğunun belirtilmesi istenmelidir. Verilen bu süreden sonra, davacının talebini açıklamasına göre bir yol izlenmelidir. Eğer talep, davacı tarafından belirsiz alacak ve tespit davası şeklinde açıklanmış olmakla birlikte, gerçekte belirsiz alacak ve tespit davası şartlarını taşıyorsa, o zaman yukarıdaki şekilde hareket edilmeli, hukuki yarar yokluğundan dava reddedilmelidir. Açıklamadan sonra talep belirsiz alacak ve tespit davası şartlarını taşıyorsa, bu davanın sonuçlarına göre, talep kısmi davanın şartlarını taşıyorsa da kısmi davanın sonuçlarına göre dava yürütülerek karar verilmelidir”³⁹

Diğer bir görüşe göre ise dava dilekçesindeki eksikliklerin giderilmesiyle ilgili HMK m.119/1 ğ ve 119/2 hükümleri ile dava şartı eksiklerinin giderilmesine ilişkin HMK m. 115/2 hükmü bu durumda uygulanabilir. Buna göre, şartları oluşmadan açılan belirsiz alacak davası hemen reddedilmemeli; davacıya talebini belirli hale getirmesi için süre verilmelidir.⁴⁰

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin kararları bu yöndedir. Örneğin: “Davaya konu işçilik alacaklarının bir kısmının ya da bazılarının belirsiz alacak davasına konu olamayacağı belirlendiği takdirde, hâkim hemen davayı reddetmemeli, HMK.’nun 115/2 maddesi uyarınca eksikliği tamamlaması yani alacağını belirleyerek buna göre talepte bulunması için davacıya kesin

³⁹ Yargıtay 22. HD E. 2016/12315 K. 2016/19461 T. 27.6.2016; benzer şekilde Yargıtay 22. HD E. 2015/158 K. 2016/7411 T. 10.3.2016; Yargıtay 11. HD E. 2014/9966 K. 2015/8462 T. 18.6.2015 (Lexpera).

⁴⁰ Budak, s. 84.

süre vermeli, gereğinin yerine getirilmemesi halinde dava şartı eksikliğinden dava reddedilmelidir.”⁴¹

⁴¹ Yargıtay 9. HD E. 2015/35668 K. 2016/269 T. 11.1.2016; Yargıtay 9. HD E. 2015/35670 K. 2016/271 T. 11.1.2016; Yargıtay 9. HD E. 2015/35559 K. 2016/1689 T. 25.1.2016. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin bir kararına yazılan karşı oy yazısında da bu görüş benimsenmiştir: “Dairenin belirsiz alacak davalarıyla ilgili kararlarında dile getirilen çoğunluk görüşünde; bir taraftan, kategorik olarak bir kısım dava türlerinin veya belirli bazı kişilerce açılan davaların, baştan belirli veya belirsiz alacak davası olduğundan söz edilemeyeceğine vurguda bulunulurken; diğer taraftan, kıdem ve ihbar tazminatları ile yıllık izin alacağı gibi alacakların “belirlenebilir” olduklarından bahisle, belirsiz alacak davasına konu edilemeyeceklerinin kabul edilmesi kanaatimizce çelişki oluşturmaktadır. Zira; herhangi bir yasal dayanağı bulunmamasına karşın, alacağın belirlenebilir olmasından bahsedilerek, belirsiz alacak davası açılmayacağı sonucuna ulaşmak, yasa hükmündeki “tam ve kesin olarak” ibaresi karşısında, doğru bir çözüm tarzı değildir. Bu nedenle; davacı, dilekçesinde hangi nedenlerden dolayı alacağın miktar veya değerini tam ve kesin olarak belirleyemediğini somut olarak ortaya koyabiliyor ise; davanın belirsiz alacak davası olarak açılabilmesi açısından alacak türünün herhangi bir önemi bulunmamalıdır. Konuyu daha somutlaştırmak gerekirse; kıdem ve ihbar tazminatları ile yıllık izin alacağına ilişkin bir dava dilekçesinde; işçinin, işyerinde on yıl süreyle, aylık 1000 TL ücretle çalıştığı ve son yıla ait yıllık iznini kullanılmadığı iddiasıyla belirsiz alacak davası açıldığı; ancak, davanın neden belirsiz olduğuna ilişkin hiçbir sebep ortaya konulmadığını farz edildiğinde; böyle bir davanın belirsiz alacak davası olarak kabul edilmesi kanaatimizde de mümkün görünmemektedir. Ancak davacı; yaklaşık on yıllık çalışmasının bazı dönemlerinin sigortasız gerçekleştirildiğini; bir kısım çalışmalarının ise Sosyal Sigorta Kurumuna eksik olarak ve davalının değişik işyerlerinden bildirildiğini, ücretlerinin bir kısmının elden ödendiğini, yıllık izinlerinin parça parça, dağımik ve eksik kullandırıldığını; işyerinin sağladığı yol, yemek ve giyecek yardımının hesabına dair elinde hiçbir belge bulunmadığını; dağıtılan bahşişlerin yanı sıra, prim ve ikramiye alacaklarıyla ilgili kayıtların, keza yıllık izin defteri örneğinin temin edilemediğini ileri sürdüğünde; mahkemece, böyle bir davanın belirsiz alacak davası olarak sonuçlandırılması mümkün müdür? Dairenin bu tür davalardaki yaklaşımına göre; böyle bir halde dahi, davanın belirsiz alacak davası olarak açılması mümkün görünmemektedir. Zira, bahsi geçen görüşe göre; davanın ispat edilebilirliği tamamen farklı bir konu olması itibarıyla, bu halde dahi belirsiz alacak davası açma koşullarının oluşmadığı kabul edilmelidir. Ancak açıklandığı üzere, yasa metni karşısında böyle bir sonuca gidilmesi kanaatimizde mümkün görünmemektedir. Şayet yasa koyucunun da aksi görüşte olduğu varsayılarak yukarıda eleştirilen çözüm tarzı benimseniyor ise; o takdirde denilebilir ki, yasa metninin mevcut hali yerine, çekişmesiz yargı konularının yasada tek tek sayılmasına benzer şekilde, belirsiz alacak davası türlerinin de kanun metninde açıkça belirtilmesi daha doğru olurdu. Bunun yanı sıra, kıdem ve ihbar tazminatlarıyla yıllık izin ücreti alacağına ilişkin bir belirsiz alacak davasında; davalı işveren tarafından cevap dilekçesiyle, davanın belirsiz alacak davası olarak açılmasının yerinde olduğu; gerçekten işçinin bir dönem sigortasız olarak çalıştırılmak zorunda kaldığı; ücretlerinin her ay değişkenlik gösterebildiği; uzun süredir sabit bir ücret ödenemediği; yol ve yemek

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

Bu konuda ileri sürülen bir diğer görüşe göreyse, hâkim taleple bağlı olup hukuki nitelendirme hâkimin görevi olduğu için, ortada örtülü bir kısmi dava da bulunmuyorsa, bir ara kararıyla, açılan davayı tam bir eda davası olarak nitelendirip görmeye devam etmelidir. Çünkü bu durumda, davacının tam bir eda davası açtığı kabul edilmelidir. Ancak, dava dilekçesinde asgari bir miktar gösterilmiş olmakla birlikte açılan davanın belirsiz alacak davası mı yoksa kısmi dava mı olduğu konusunda bir açıklık bulunmuyorsa hâkim HMK m. 119/2 gereği davacıya bir haftalık kesin süre verip, açılan davanın belirsiz alacak davası veya kısmi dava olduğunu açıklığa kavuşturmak zorundadır.⁴² Alacağın belli bir kesiminin dava edildiği açık olmakla birlikte belirsiz alacak davası açılmasının koşulları oluşmamış ancak kısmi dava açılabilmesi mümkünse, bu durumda mahkeme, açılan davaya bir kısmi dava olarak devam etmelidir. Çünkü bir davanın kısmi dava olarak görülebilmesi için açılan davanın kısmi dava olarak nitelendirilmiş olması gerekli değildir. Davacıya talep sonucunun açıklattırılması gereken durumlarda davacı taraf kendisine verilen kesin süre içinde talep sonucunu açıklığa kavuşturmazsa HMK m. 119/2 gereği davanın açılmamış sayılmasına karar verilmelidir.⁴³

yardımlarıyla ilgili belgeleri ekte sundukları; dolayısıyla, mahkemece davacının alacaklarının tam olarak belirlenmesinin kendilerince de arzu edildiği savunulduğunda; yerel mahkemece bu halde de davanın belirsiz alacak davasına konu edilemeyeceğine hükmedilebilir mi? Kanaatimizce böyle bir durumda “alacağın yaklaşık olarak belirlenebileceğinden” bahisle veya ispat hukukunun farklılığından söz edilerek, davanın hukuki yarar yokluğu gerekçesiyle reddi doğru olmayıp, belirsiz alacak davası koşullarının varlığı kabul edilmelidir. Diğer yandan; 6100 sayılı Yasanın 114 üncü maddesinde, davacının dava açmakta hukuki yararının bulunması dava şartı olarak benimsenmiş; belirsiz alacaklara ilişkin açılan tespit davalarında da, davacının hukuki yararının bulunduğu varsayılmıştır (md.107/3). Kanaatimizce; belirsiz alacak davası açıldığında, alacağın belirli olup olmadığı tartışmalı ise, konunun netleştirilmesi ve hukuki yarar bulunup bulunmadığının saptanması açısından; 115 inci maddenin ikinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin işletilmesi ve davacıya kesin süre tanınması; gerek usul ekonomisi gerekse kişilerin mağduriyetinin önlenmesi açısından isabetli olacaktır.” Karşıoy yazısı, Yargıtay 22. HD E. 2015/29240 K. 2015/29066 T. 19.10.2015 (Lexpera).

⁴² Tanrıver, Usul, s. 587 vd.; aynı yazar, Bedensel Bütünlüğün İhlalinden Kaynaklanan Zararların Tazmini Bağlamında Belirsiz Alacak Davası, Bedensel Zararların Tazmini, C. II, Ankara 2016, (Bedensel Bütünlüğün İhlali) s. 158.

⁴³ Tanrıver, Usul, s. 588 vd.; aynı yazar, Bedensel Bütünlüğün İhlali, s. 159.

Belirtmek gerekir ki, İsviçre hukukunda şartları oluşmadığı halde belirsiz alacak davası açılması halinde hukuki yarar yokluğundan dava reddedilmemekte, hâkimin davacıya talebini belirlemesi için süre vermesi gerektiği kabul edilmektedir.⁴⁴ Başka bir ifadeyle, bu durum hukuki yararla irtibatlı olarak değerlendirilmemektedir. Kanaatimce her ne kadar HMK m. 107'nin Adalet Komisyonu Gereğesinde durum hukuki yararla irtibatlı gösterilmiş olsa da Türk hukuku bakımından da İsviçre hukukundaki görüş geçerlidir. Şöyle ki, dava, davacının gerçekten ihtiyacı olan ve dava sonunda verilecek hükümle karşılanacak bir hukuki himayenin gerçekleşmesi için açılmış olmalıdır.⁴⁵ Yani, davacı hakkına kavuşmak için mahkemenin kararına ihtiyaç duymalıdır.⁴⁶ Dava ile elde edilebilecek sonuca başka bir yolla ulaşmak mümkün ise kişinin o davayı açmakta hukuki yararı yoktur.⁴⁷ Eda davası bakımından kural olarak hukuki menfaatin varolduğu kabul edilmektedir.⁴⁸ Belirsiz alacak davası kural olarak bir eda davasıdır ve bu davayı açan kişinin talebi karşı tarafın şu an için belirlenmesi imkân dâhilinde olmayan bir meblağı kendisine ödemeye mahkûm edilmesidir.⁴⁹ Her ne kadar doktrinde ileri sürülen bir görüş belirsiz alacak davalarında özel bir hukuki yararın varlığını aramaktaysa da⁵⁰, kanımca bu dava bakımından bulunması gereken hukuki yarar herhangi bir eda davasından farklı değildir. Burada davacının dava açmaktan başka bir yolla alacağına kavuşması mümkün değilse hukuki yararının var olduğu kabul edilmelidir. Söz konusu davanın belirsiz alacak davası olarak açılması kişinin hukuki yararının yokluğu sonucuna götürmez. Burada “alacağın miktar yahut değerinin tam ve kesin olarak belirlenmesinin davacıdan beklenememesi veya bunun imkânsız olması hali” belirsiz alacak davasının görülebilmesi için özel bir dava şartı olarak kabul edilebilir. Bu halde açılan davada hu-

⁴⁴ Simil, Belirsiz Alacak, s. 235; Ercan, s. 155; Aslan/Akyol Aslan/Kiraz, s. 988, dn. 43.

⁴⁵ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 193.

⁴⁶ Kuru, İstinaf Sistemine Göre Usul, s. 197; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 283.

⁴⁷ Hanağası, Emel, Davada Menfaat, Ankara 2009, s. 268.

⁴⁸ Kuru, İstinaf Sistemine Göre Usul, s. 197; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 202; Hanağası, s. 130.

⁴⁹ Krş. Ercan, s. 127; Simil, Belirsiz Alacak, s. 94.

⁵⁰ Örneğin Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 285; Aslan/Akyol Aslan/Kiraz, s. 1000: “Çünkü kanun belirsiz alacak davası açılmasında hukuki yararı, onun koşullarının gerçekleşmiş olmasında görmüştür. Dolayısıyla ancak bu koşulların gerçekleşmesi halinde davacının tam eda davasında sahip olmadığı bazı avantajlardan yararlanabilmesi mümkün olacaktır.”

kuki yarar mevcuttur ancak dava belirsiz alacak davası olarak değil, kısmi veya tam eda davası olarak görülmelidir. Bu durumda mahkemenin alacak miktarının netleştirilmesi için davacıya süre verip harcı ikmal ettirerek yargılamaya devam etmesi gerekecektir. Esasen böyle bir durumda dava değişikliği de söz konusu değildir.⁵¹ Çünkü davanın belirsiz alacak davası olarak nitelendirilmiş olması durumunda da davacının talebi tüm zararının tazmin edilmesidir. Nitekim belirsiz alacak davası koşullarını taşıyan bir davada derdestlik olgusu, dava dilekçesinde belirtilen asgari değerle sınırlı olarak değil, alacağın davanın başında belirlenmesi mümkün olmayan kısmı bakımından da, bir diğer ifadeyle alacağın tamamı bakımından geçerli olacaktır.⁵² Bu da, böyle bir davada talep edilenin tüm alacak olduğunu göstermektedir. O halde hâkimin burada yapması gereken, belirsiz alacak davası koşullarını taşımayan bir davada davacının talep sonucunu netleştirerek tam olarak neyi talep ettiğini açıklığa kavuşturmak olmalıdır ki, bu da esasen aydınlatma ödevinin bir gereğidir. Belirsiz alacak davasına özgü bir hukuki yarar koşulu ihdas ederek bu koşulları taşımayan bir davanın usulden reddi gerektiğini savunmak kanaatimce zorlama bir yorumdur.

Ancak hâkim söz konusu davanın belirsiz alacak davası olarak görülemeyeceği kanaatindeyse davaya tam bir eda davası olarak devam etmeli, bu durumu da taraflara bildirerek davacının talep sonucunu netleştirmesini istemelidir. Böyle bir durumda dava değişikliği anlamına gelecek bir talep değişikliği de söz konusu değildir. Burada hâkim talep sonucundaki belirsizliği gidermektedir.

⁵¹ Karşı görüşte Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 454; Simil, Davayı Aydınlatma, s. 1359: “Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 31’inci maddesi, hâkime tarafların uygun talepler ileri sürmesini sağlama ödevi yüklememiştir. Her ne kadar söz konusu maddenin gerekçesinde hâkimin gerekli talepleri ileri sürmelerini sağlayabileceği ifade edilse de bu tek başına hâkimin talep sonucunun değiştirilmesine işaret edebileceği sonucunu doğurmamaktadır. Hâkim ancak, talep sonucunda bulunan belirsizliği, eksikliği veya çelişkiyi giderebilecektir; bunun dışında uygun bir talep sonucunun ileri sürülmesini veya dava temelini değiştirilmesine yol açacak bir aydınlatma yapamayacaktır. Yine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 75’inci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “Hâkim... iki tarafın iddiaları hududu dahilinde olmak üzere...” ifadesine Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 31’inci maddesinde yer verilmemiş olsa da yukarıda da ifade edildiği üzere aydınlatma ödevinin kapsamının tarafların ileri sürdüğü dava malzemeleri olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır”.

⁵² Tanrıver, Usul, s. 593; Simil, Belirsiz Alacak, s. 302.

Kaldı ki, belirsiz alacak davasının kanuni koşullarının pratikte ne anlama geldiği, başka bir deyişle ne tür davaların belirsiz alacak davası olarak açılabileceği bugün hâlâ son derece tartışmalıdır. Bu konuda Yargıtay dairelerinin birbirleri ile taban tabana zıt kararları mevcuttur. Yani, bir davanın belirsiz alacak davası olarak Kanunda öngörülen koşulları taşıyıp taşımadığı sorusuna verilecek cevap kişiden kişiye değişebilmektedir. Aynı durum doktrin bakımından da söz konusudur. Örneğin tazminat miktarının hâkimin takdirine bırakıldığı hallerde bir davanın belirsiz alacak davası olarak görülüp görülemeyeceği konusunda tamamen farklı iki görüş mevcuttur.⁵³ Bu durumda sanki ortada son derece rahat tespit edilebilecek koşullar varmış gibi bu koşulları taşımayan davalarda hukuki yarar yokluktan davanın reddedilmesi ciddi hak kayıplarına yol açacaktır.⁵⁴

⁵³ Manevi tazminat davaları gibi zarar miktarının takdirinin hâkime bırakıldığı hallerde belirsiz alacak davası açabilmenin mümkün olmadığı yönünde Karaaslan, Varol, Manevi Tazminat Davaları Belirsiz Alacak Davası Olarak Açılabilir mi?, MİHDER, C. 10, S. 29, 2014, s. 39 vd. Manevi tazminat davaları bakımından benzer şekilde Budak, s. 84; Tanrıver, Usul, s. 600 vd.; Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 865; Yavaş, s. 65 vd. Bu durumda davanın belirsiz alacak davası olarak görülebileceği yönünde Kuru, İstinaf Sistemine Göre Usul, s. 221 dn. 39; Pekcanitez, Belirsiz Alacak, s. 82; Ercan, s. 131; Simil, Belirsiz Alacak, s. 376. Belirtmek isterim ki, Pekcanitez yeni tarihli bir makalesinde daha önceki çalışmalarında sıklıkla kullandığı “İsviçre hukukunda manevi tazminat talebinin belirsiz alacak davası olarak açılmasının tereddütsüz olarak kabul edildiği, hatta manevi tazminat talebinin, belirsiz alacak davasının açılabilmesinin koşulu olan imkânsızlık hali için tipik bir uygulama olduğu” şeklindeki gerçeği tam olarak yansıtmayan ifadesini geri almış, İsviçre’de bazı yazarların hâkimin takdir yetkisinin hukuki sonucun takdiri ile sınırlı olduğu durumlarda belirsiz alacak davasının açılmayacağını ifade ettiklerini, manevi tazminat davalarının da bu duruma örnek olarak gösterildiğini belirtmiştir (Pekcanitez, Manevi Tazminat Alacakları Belirsiz Alacak Davası Olarak Açılabilir mi?, MİHDER, C. 11, S. 30, 2015, s. 34).

⁵⁴ Aksi görüşte Aslan/Akyol Aslan/Kiraz, s. 998: “Yani ancak m. 107/1 hükmündeki koşulları taşıyan bir eda davası belirsiz alacak davası olarak nitelendirilebilir ve ancak bu takdirde hukuki yararın var olduğu kabul edilebilir. Bu bağlamda, davacının dava açarken alacağının tutarını belirlemesi imkânsız ya da bu belirlemeyi yapması kendisinden beklenemeyecek ise, eda davası şeklinde belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararının mevcut olduğu kabul edilebilir; aksi takdirde bu şekilde bir davayı açmasında hukuki yararın bulunduğu söz edilemez.”

5. Belirsiz Alacak Davası Olarak Açılmış Bir Dava Kısmi Dava Olarak Değerlendirilebilir mi?

HMK m. 109/2'nin henüz yürürlükte olduğu dönemde doktrinde ifade edilen bir görüşe göre belirsiz alacak davası koşullarını taşımayan bir davanın kısmi dava olarak nitelendirilmesi ve davaya bu şekilde devam edilmesi mümkün değildir. Buna göre söz konusu hüküm alacağın belirli olduğu hallerde kısmi dava açılmasını da mümkün kılmamaktadır.

Yakın zamanda verilmiş olan bir Hukuk Genel Kurulu kararı, belirsiz alacak davası olarak açılmış bir davaya kısmi dava şeklinde devam edilip edilemeyeceği noktasındaki görüş ayrılıklarını çok net bir biçimde ortaya koymaktadır. Karara konu olayda davacı, taraflar arasında yapılmış olan eser sözleşmesi ile kararlaştırılan imalatların karşılığı olarak ödenmesi gereken bedelin tahsilini talep etmiş, davanın talep konusunun miktarı taraflar arasında tartışmasız olmadığı gibi, açıkça belirlenebilir nitelikte de olmadığı ve dava değerinin tespiti uzman görüşünü gerektirdiğinden, taraflar arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlık konusu bütün alacak için zamanaşımını kesmek ve ileride tespit edilecek bütün alacağa temerrüt tarihinden itibaren faiz işletilmesini temin amacı ile davayı belirsiz alacak davası niteliğinde açtığını bildirmiştir.

İlk derece mahkemesi, ön inceleme aşamasında, davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı, belirsiz alacak davası açma koşullarının bulunmadığı, davacının belirsiz alacak davası açmakta hukuki yararının bulunmadığı, hukuki yararın dava şartı olduğu, hukuki yarara ilişkin dava şartı yokluğunun tamamlanabilecek dava şartlarından olmadığı gerekçesi ile davanın usulden reddine karar vermiştir.

İlk derece mahkemesi kararı Yargıtay 15. Hukuk Dairesi tarafından, davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü vakıalar ve talebi dikkate alındığında; davacının dava tarihi itibarıyla alacağının miktarını tam ve kesin olarak belirleyebilecek durumda olduğu, bu nedenle, davacı vekilinin dava dilekçesinde alacağının belirsiz alacak davası olarak belirtmesine karşın mahkemece belirsiz alacak davası olarak nitelendirilmemiş olmasında bir isabetsizlik bulunmadığı, ancak davalı tarafın davaya cevap dilekçesinden alacağın taraflar arasında tartışmalı hale geldiği anlaşıldığı için davanın kısmi dava olarak görülebileceği gerekçesiyle bozulmuştur. İlk derece mahkemesinin karara direnmesi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu şu şekilde karar vermiştir:

“Davacı vekilinin, dava dilekçesinde belirsiz alacak davası açtığını belirtmesine karşın, sonuç kısmında “fazlaya ilişkin tüm hakları saklı kalmak kaydıyla” dedikten sonra alacağın 310.000,00 TL lik kısmının tahsiline karar verilmesini talep ettiği anlaşılmaktadır. Dava dilekçesi bir bütün olarak değerlendirildiğinde bu haliyle davacı tarafından kısmi dava açıldığı anlaşılmaktadır.

Az yukarıda belirtildiği üzere belirsiz alacak davası olarak açılan davaya kısmi dava olarak devam edilmesi mümkün değil ise de somut olayda; davacının kısmi dava açtığı ve dava konusu miktar taraflar arasında tartışmalı olduğundan davacının kısmi dava açmakta hukuki yararının bulunduğu anlaşıldığından, yerel mahkemece işin esasına girilerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce; belirsiz alacak davası olarak açılan davaya kısmi dava olarak devam edilmesinin mümkün olmadığı, davacı vekilinin dava dilekçesinde açıkça belirsiz alacak davası açtığını belirttiği, bu durumda dava dilekçesinin kısmi dava olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, yerel mahkeme kararının onanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de; bu görüş kurul çoğunluğu tarafından yukarıda belirtilen nedenlerle kabul edilmemiştir.

Yine bir kısım üyelerce; belirsiz alacak davası olarak açılan davaya kısmi dava olarak devam edilmesinin mümkün olmadığı, ancak dava dilekçesinin talep sonucu incelendiğinde davanın kısmi dava olduğu, dava konusu alacak miktarı belli olduğundan davacının kısmi dava açmakta hukuki yararının bulunmadığı, dolayısıyla sonucu itibarıyla doğru olan yerel mahkeme kararının onanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de; bu görüş de kurul çoğunluğu tarafından yukarıda belirtilen nedenlerle kabul edilmemiştir.

Bir kısım üyelerce de; belirsiz alacak davası olarak açılan davaya kısmi dava olarak devam edilmesinin mümkün olmadığı, dava dilekçesinde açıkça belirsiz alacak davasının açıldığının belirtildiği, somut olayda belirsiz alacak davası şartlarının oluşmadığının anlaşıldığı, ancak davaya tam eda davası olarak devam edilmesinin mümkün olduğu, davacıya harcı tamamlayarak tam eda davası olarak davaya devam edip etmeyeceği sorularak, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesinin doğru olmadığı görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüş de

kurul çoğunluğu tarafından yukarıda belirtilen nedenlerle kabul edilme-
miştir.”⁵⁵

2015 yılında verilen bir Hukuk Genel Kurulu kararına konu olayda da benzer bir sorun tartışılmıştır. İlk derece yargılamasında davacı vekili, dava dilekçesinin sonuç kısmında talep ettiği her alacak için bir miktar yazdıktan sonra parantez içinde “belirsiz” ibaresini kullanarak işçilik alacaklarının tahsilini talep etmiş, yargılama sırasında alınan bilirkişi raporuna göre alacak miktarının artırılması talepli dilekçesinde ise “belirsiz alacak davasındaki” taleplerini artırdığını belirterek davasının belirsiz alacak davası olduğunu beyan etmiştir. Hukuk Genel Kurulu kararına göre, davacı vekilinin talebi açıkça belirsiz alacak davası olduğu halde mahkemece davanın kısmi dava kabul edilerek karar verilmesi doğru değildir.⁵⁶

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin kararlarına göre ise, dava dilekçesinde alacağın belirsiz olduğundan söz edilmiş olsa da, kısmi dava açıldığının ifade edilmesi halinde davanın türünün kısmi dava olarak kabulü gerekir. Zira alacak belirsiz ise kısmi dava yoluyla alacağın istenmesine engel bir durum yoktur.⁵⁷

Öncelikle belirtmek gerekir ki, belirsiz alacak davası açılabilen hallerde kısmi dava da açılabilir.⁵⁸ Hatta doktrindeki bir görüşe göre belirsiz alacak davası kısmi davanın bir türüdür.⁵⁹ Kısmi dava açan kişinin bu konudaki beyanını açıkça dilekçeler aşamasında ortaya koymuş olması da şart değildir. Bir başka deyişle, davacı davasını açarken talep konusundan fazlasından feragat ettiğini açıkça bildirmemişse, yani bu davada talep ettiğinden fazlasını ıslah veya ek dava yoluyla ileri sürmeyeceğini beyan etmemişse daha sonra kalan kısmı da talep edebilir.⁶⁰ Nitekim bu durum artık kanuni bir düzenleme ile açıklığa kavuşturulmuştur (HMK m. 109/3). Bu şekilde, başta kısmi dava olduğu açıkça bildirilmemiş hatta davacı tarafından da düşünülmemiş bir dava daha sonra kısmi dava niteliği kazanabilir. Böylece davacının zarar miktarının daha sonra başta talep ettiğinden

⁵⁵ HGK E. 2014/15-439 K. 2016/207 T. 02.3.2016, MİHDER C. 12, S. 34, 2016, s. 462 (İlk derece mahkemesi kararı yayımlanmamıştır).

⁵⁶ Yargıtay HGK E. 2015/22-1074 K. 2015/1623 T. 17.6.2015, İBD, C. 89, S. 6, 2015, s. 370.

⁵⁷ Bkz. dn. 41’te yer alan kararlar.

⁵⁸ Tanrıver, Usul, s. 575.

⁵⁹ Bkz. dn. 11.

⁶⁰ Krş. Akil, s. 109.

fazla olduğu anlaşılırsa bunu ileri sürme hakkı elinden alınamayacaktır.⁶¹ Bu nedenlerle Hukuk Genel Kurulu kararındaki⁶² “belirsiz alacak davası olarak açılan davaya kısmi dava olarak devam edilmesinin mümkün olmadığı” yönündeki görüşe katılmamakla birlikte, kararın sonucu itibariyle doğru olduğu, davacı tarafından belirsiz alacak davası olarak nitelendirilmiş bir davanın bu davanın koşullarını taşıyamaması halinde kısmi dava olarak değerlendirilebileceği kanaatindeyim.

Doktrinde bir görüşe göre bu çözüm tarzı başka sorunları beraberinde getirecektir. Bu bağlamda davacı belirsiz alacak davası açtığı düşünceyle hareket ederken mahkeme davaya kısmi dava olarak devam edecektir. Davacı daha sonra alacağının tutarını artırmak istediğinde davayı genişletme yasağıyla karşılaşacaktır. Ayrıca mahkeme davayı kısmi dava olarak kabul edip karara bağladığında, kalan kısmı dava etmek isteyen alacaklı, bu kez kalan kısmın zamanaşımına uğraması sonucuyla karşı karşıya kalabilecektir.⁶³ Kanaatimce bu eleştiriler yerinde değildir. Burada savunulan görüşe göre davacı davasının kısmi dava olarak nitelendirildiğini yargılamanın sonunda verilecek olan kararla değil, yargılama esnasında öğrenecek ve dava stratejisini buna göre kurgulayacaktır. Bu, hâkimin geçici hukuki kanaatini taraflarla paylaşması ilkesinin bir sonucu ve sürpriz karar yasağının gereğidir.⁶⁴

6. Bir Belirsiz Alacak Davasında Islah Hakkını Kullanmaya Gerek Var mıdır?

Belirsiz alacak davası olarak açılmış bir davada talep sonucunun artırılması için karşı tarafın muvafakatine ve ıslaha gerek olmadığı HMK m. 107/2’de yer alan “iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın” ibaresinden açıkça anlaşılmaktadır. Bu konuda bile yargı kararlarında bir uygulama birliği olmadığı görülmektedir. Örneğin Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin bir kararında⁶⁵ “Somut olayda davacı 28.05.2012 tarihli dava dilekçesinde her ne kadar davasını belirsiz alacak davası olarak isimlendirmemiş ise de gerek “konu” başlığında gerekse “sonuç ve istem ” başlığında “ala-

⁶¹ Krş. Tanrıver, Usul, s. 577 vd.

⁶² Bkz. dn. 55.

⁶³ Aslan/Akyol Aslan/Kiraz, s. 1015.

⁶⁴ Krş. Karaaslan, Varol, Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara 2013, s. 193 vd.

⁶⁵ Yargıtay 7. HD E. 2015/4495 K. 2015/8666 T. 13.5.2015 (Lexpera).

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

cak miktarlarının tam ve kesin olarak bilinmemesi nedeni ile tahkikat ile alacak miktarlarının tespit edilmesinden sonra müddeabihin artırılması hakkımız saklı kalmak üzere” ifadesini kullanmak suretiyle davayı belirsiz alacak davası olarak nitelendirmiştir. Bu nedenle dava konusu alacakların tamamına ilişkin zamanaşımı süresi dava açılması ile birlikte kesilir. Bunun anlamı ıslah dilekçesine karşı zamanaşımı savunmasında bulunulamaz. Mahkemece bu husus gözetilmeksizin ıslaha karşı yapılan zamanaşımı savunması dikkate alınmak suretiyle hesaplama yapılması ve hüküm altına alınan alacaklara işletilecek faizin alacağın tamamı yönünden dava tarihinden itibaren işletilmesi gerekirken, dava ve ıslah tarihi ayrımı yapılarak hüküm altına alınmış olması hatalı olup bozma nedenidir” denerek adeta belirsiz alacak davası olarak açılmış bir davada talep sonucunun artırılması ıslah şartına bağlanmış ve yapılan ıslaha karşı geçerli bir şekilde zamanaşımı savunması yapıp yapılamayacağı tartışılmıştır. Halbuki bir dava belirsiz alacak davası ise davanın hemen başında tüm alacak miktarı bakımından zamanaşımını keser.⁶⁶ Ayrıca böyle bir davada talep sonucunun artırılması için ıslah kurumuna başvurmaya lüzum ve imkân yoktur. Çünkü ıslah, iddianın ve savunmanın genişletilmesi yasağının bir istisnasıdır. Hâlbuki yukarıda bahsedilen durumda bir iddia değişikliği olmakla birlikte bu kanunun ıslaha lüzum olmaksızın yerine getirilebileceğini öngördüğü bir iddia değişikliği olduğu için tarafın ıslah yoluna başvurmak istemesi durumunda yargılamayı sevk ve idare görevi olan hâkimin ıslaha gerek ve imkân bulunmadığını hatırlatması gerekmektedir.

Bu bağlamda belirtelim ki Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bazı kararlarında kısmi davada sonradan artırılan miktar bakımından da zamanaşımı definin ileri sürülelemeyeceğine karar vermektedir. Dairenin bu konuyla ilgili gerekçesi ise şu şekildedir:

“Dava dilekçesinde belirtilen dava konusunun (müddeabihin) ıslah yoluyla artırılması ek dava niteliğinde olmayıp dava dilekçesinin kısmi ıslahı niteliğindedir. ıslah kurumu yasada ayrıca düzenlenmiş olması ve kendine özgü kurallarının olması nedeniyle ek dava niteliğinde kabul edilemeyeceğinden asıl davaya karşı ileri sürülebilecek zamanaşımı defii, ıslah edilen kısma karşı ileri sürülemez. Davacı, süresi içinde tazminat davası açtığından ve sadece miktar yönünden davasını ıslah ettiğinden ıslah ile

⁶⁶ Bkz. dn. 2.

artırılan miktara ilişkin talebin süresinde olduğunun kabulü gerekir”.⁶⁷ Hukukumuz bakımından çoğunluk görüşüne göre ise kısmi davada henüz talep edilmeyen kısım bakımından zamanaşımı işlemeye devam edecektir.⁶⁸ İslah kurumu bakımından Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin kararında ifade edilen görüşe katılmamakla birlikte, kısmi davada istisnai durumlarda davanın sadece alacağın dava edilen kısım bakımından değil de tüm alacak bakımından zamanaşımının kesilmesi sonucu doğurup doğurmaya-çağının tartışılması gerektiği kanaatindeyim. Gerçekten de, davacının dava açtığı anda zararının tam miktarını tespit etmesinin mümkün olmaması halinde dava açarken talep ettiği miktar, uğradığı zararın tümü olarak kabul edilebilir.⁶⁹ Alman Federal Yüksek Mahkemesi de bazı kararlarında aynı sonuca ulaşmaktadır.⁷⁰

⁶⁷ Yargıtay 4. HD E. 2012/2779 K. 2013/2759 T. 19.2.2013 (Hukuktürk).

⁶⁸ Bkz. dn. 6.

⁶⁹ Krş. Üstündağ, Saim, Kısmi Davaya İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar, Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler, Ankara 2010, s. 420: “...Ancak, farkına varılmaksızın açılmış olan kısmi davada, davanın seyri esnasında talep edilebilecek olan miktarın daha fazla olabileceği ortaya çıkmışsa; bu fazla kısım yargılamaya yine ıslah yolu ile sokulabilecektir. Ancak bu durumda, bilinçli olarak açılmış olan kısmi davadan farklı olarak burada faiz ve zamanaşımı bakımından ise, farklı sonuca varılması yerinde olacaktır. Zira, bu çeşit kısmi davalarda davacı, alacağının tamamını dava ettiğini zannederek davasını açmış; ancak sonradan bunun kısmi dava olduğu ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, davacının ilk dava dilekçesi ile açıklamış olduğu irade beyanı alacağın tümüne yönelik olduğu için, sonradan ortaya çıkan fazla için de artık zamanaşımının ilk dava tarihinde kesilmiş olduğu ve borçlu temerrüdünün de evvelce gerçekleşmemişse; yine ilk dava tarihi ile gerçekleştiğinin kabul edilmesi –sırf bu faraziye münhasır olarak yerinde olacaktır”. Pekcanitez de kısmi davayla ilgili şöyle bir değerlendirmede bulunmaktadır: “...eğer zararın miktarını tam olarak bilemiyorsak bizim için zamanaşımının başlatılması aslında son derece sakıncalı bir durum. Yani haksız fiilden zarar gören kişiye bir zamanaşımı problemini getiriyoruz, hele hele 2 yıl gibi bir zamanaşımının var olduğunu düşünecek olursak ve Türkiye’de tahkikatın 2 yıldan çoğu zaman uzun sürdüğünü düşünecek olursak, ıslaha gittiğiniz zaman adeta zamanaşımının çoktan dolduğunu görebileceksiniz. O yüzden bu konuda içtihatlardaki tartışmaları ıslahın yapıldığı tarihi bir kenara bırakıp belki bir ölçüde zararın öğrenilmesinden, yani maddi hukuktan yola çıkarak tartışılmasında da yarar olabilir düşüncesindeyim”. Toplantı, s. 225.

⁷⁰ BGH NJW-RR 2008, 521; BGH NJW 2002, 2167.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

V. Sonuç ve Öneri

Görüldüğü üzere, hak arama özgürlüğünü sağlama bakımından önemli bir kazanım olarak gösterilen belirsiz alacak davası bugünkü uygulamamızda bir kısım problem ve sıkıntıları beraberinde getirmiştir. Belirsiz alacak davası olarak açılan birçok dava usulden reddedilmiş, bu davanın koşullarını taşımadıkları halde belirsiz alacak davası olarak görülen davalarda ise davalılar talep sonucunun ne olduğu konusunda davanın başında tam olarak bilgilendirilmedikleri için silahların eşitliği prensibine, dolayısıyla da adil yargılanma hakkına riayet edilmemiştir. Ayrıca bu dava türünün genel olarak yargılama giderlerinin davalı üzerinde kalması şeklinde bir başka sonucu daha ortaya çıkmıştır ki, bu da yine adil yargılanma hakkı bakımından son derece problemlili bir konudur. HMK'nın yeni yürürlüğe girdiği dönemde yapılan "belirsiz alacak davasının birçok yönüyle belirsizlikler ihtiva ettiği" şeklindeki değerlendirme ve öngörüler tamamen doğru çıkmış, belirsiz alacak davası gerçekten de son derece karmaşık bir hal almıştır.⁷¹ Bugün itibariyle kısmi dava açılmasının önündeki kanuni kısıtlamaların da kaldırılmış olması karşısında en doğru çözüm belirsiz alacak davası ve kısmi davanın tek bir maddede düzenlenmesidir.⁷²

Her iki dava kısmi davaya ilişkin bir hükümde birleştirilecek olursa hangi tür davalarda belirsiz alacak davası olarak açılacağı, koşulları oluşmadan açılmış bir belirsiz alacak davasında mahkemenin ne tür bir karar vermesi gerektiği, davacının davasını belirsiz alacak davası olarak nitelemesinin zorunlu olup olmadığı, bu davanın kısmi dava ile ilişkisi gibi birçok sorun da kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Burada karşımıza çıkacak temel sorun ise davacının zarar miktarını tam olarak belirlemesinin mümkün olmadığı hallerde açılacak bir kısmi davada zamanaşımı def'i ile karşılaşma ihtimalidir. Bu durum davacı bakımından açık bir haksızlık teşkil edecektir. Bu nedenle davacının dava açtığı anda zararının tam miktarını tespit etmesinin mümkün olmaması halinde dava açarken talep ettiği miktarın, uğradığı zararın tümü olarak kabul edilebileceği, bunun sonucu olarak da sadece bu halde açılmış bir kısmi davanın tüm alacak bakımından zamanaşımını kesmesinin doğru olacağı kanaatindeyim.

⁷¹ Bkz. dn. 16.

⁷² Benzer şekilde Budak, s. 83.

KAYNAKÇA

- Akil, Cenk, Kısmi Dava, Ankara 2013.
- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Bası, İstanbul 2009.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2016.
- Aslan, Kudret/Akyol Aslan, Leyla/ Kiraz, Taylan Özgür, Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Karar, DEÜHFD, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. 16, 2014, s. 975 vd.
- Atalı, Murat, Islah Yoluyla İleri Sürülen Talep Bakımından Zamanaşımının Kesildiği Tarih, DEÜHFD, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, C. 11, 2009, s. 115 vd.
- Budak, Ali Cem, Belirsiz Alacak Davası, Bankacılar Dergisi, Özel Sayı, 2013, s. 82 vd.
- Ercan, İbrahim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Belirsiz Alacak Davası, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı X, İzmir 2012, s. 102 vd. (Toplantı).
- Erdem, Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010.
- Gottwald, Peter, Die unbezifferte Forderungsklage, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı X, İzmir 2012, s. 18 vd.
- Hanağası, Emel, Davada Menfaat, Ankara 2009.
- Karaaslan, Varol, Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara 2013.
- Karaaslan, Varol, Manevi Tazminat Davaları Belirsiz Alacak Davası Olarak Açılabilir mi?, MİHDER, C. 10, S. 29, 2014, s. 39 vd.
- Karlı, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2012.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.
- Kuru, Baki, Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2015 (Usul).
- Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016. (İstinaf Sistemine Göre Usul).
- Kuru, Baki, Medeni Yargıda Kısmi Alacak Davası Öldü, Yaşasın Belirsiz Alacak Davası ve İdari Yargıda Yaşasın Genişletilmiş Kısmi Alacak Davası, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, Ankara 2015, C. 2, s. 1063 vd.

Kuru, Baki/Budak, Ali Cem, Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdiği Başlıca Yenilikler, İBD, C. 85, S. 5, 2011, s. 3 vd.

Meier, Isaak, Die unbezifferte Forderungsklage und Waffengleichheit der Parteien, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı X, İzmir 2012, s. 35 vd.

Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 11. Bası, İstanbul 2014.

Özbay, İbrahim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?, 2. Bası, Ankara 2013.

Özekes, Muhammet, Anayasa Mahkemesinin Kararı Karşısında Kısmi Dava ile Belirsiz Alacak Davası Arasındaki Sınırın Belirlenmesi Sorunu, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. II, s. 1589 vd.

Pekcanitez, Hakan, Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107), Ankara 2011. (Belirsiz Alacak).

Pekcanitez, Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, 2014, S. 3, (Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı XI), s. 225 (Toplantı).

Pekcanitez, Manevi Tazminat Alacakları Belirsiz Alacak Davası Olarak Açılabilir mi?, MİHDER, C. 11, S. 30, 2015, s. 21 vd.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013.

Simil, Cemil, Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013 (Belirsiz Alacak).

Simil, Cemil, Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları, DE-ÜHFD, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. 16, 2014, s. 1351 vd. (Davayı Aydınlatma).

Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukuku, C. 1, Ankara 2016 (Usul).

Tanrıver, Süha, Bedensel Bütünlüğün İhlalinden Kaynaklanan Zararların Tazmini Bağlamında Belirsiz Alacak Davası, Bedensel Zararların Tazmini, C. II, Ankara 2016, (Bedensel Bütünlüğün İhlali) s. 153 vd.

Topuz, Gökçen, Güncel Yargıtay Kararları Işığında HMK'nın Kısmi Davaya İlişkin Düzenlemesi, Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, (Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı XI), 2014, S. 3, s. 177 vd.

Tutumlu, M. Akif, Dava Konusunun Artırılması-Zamanaşımı İlişkisi, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Ankara 2014, C. 2, s. 1897 vd.

Ulukapı, Ömer, Medeni Usul Hukuku, 2. Bası, Konya 2014.

Umar, Bilge Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2014.

Üstündağ, Saim, Kısmi Davaya İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar, Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler, Ankara 2010, s. 409 vd.

Yavaş, Murat, Belirsiz Alacak Davasının İş Davalarına Etkileri, İş Hukukunda Güncel Sorunlar, İstanbul, s. 55 vd.

Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2013.

GEMİ NEDİR? DENİZ TİCARETİ HUKUKUNDA “GEMİ” KAVRAMININ TARİFİ İÇİN ORTAK PAYDA OLARAK KULLANILABİLECEK UNSURLAR OLABİLİR Mİ?

*(WHAT IS CONSIDERED A SHIP? IN TERMS OF MARITIME LAW IS IT POSSIBLE
TO ESTABLISH ELEMENTS THAT CAN BE REGARDED AS A COMMON
DENOMINATOR FOR DESCRIBING THE CONCEPT OF “SHIP”?)*

Dr. Jur. Bülent SÖZER*

ÖZET

Bir cismin gemi olarak kabul edilip edilmeyeceği, o cismin inşa edilmesi veya hazır olanının satın alınması için yapılacak sözleşmenin nitelendirilmesinden, cebri icra aşamasında başvurulacak hükümlerin belirlenmesine kadar, çok geniş bir alanda hukuki sorunlara sebebiyet vermektedir. Bu noktada, gemi hakkında genel-geçer değerinde bir tarifin bulunmasında her ne kadar büyük yarar olsa da, böyle bir tarifin verilmesinin imkânsız olduğu da genellikle kabul edilmektedir. Bu makalede yazar, birtakım unsurlara ağırlık verilerek, belli bazı ortak paydalar bulunup, gemi için bir tarif verilebilmesinin mümkün olabileceğini savunmaktadır. Böylece, sık sık karşılaşılan hukukî sorunların da önemli bir kısmına çözüm getirilebilir. Makalede, mevzuat bakımından Türk hukukundaki gemi tarifleri ve uluslararası konvansiyonlarda bulunan tarifler incelenmiş; yine konuyla ilgili İngiliz ve Amerikan mahkemelerinin kararlarında yer alan gemi tarifleri de irdelenmiştir. Ayrıca, doktrinde yapılan gemi tariflerine de değinilmiştir. Bu tariflerin tümü mukayese edilerek ortak payda olarak değerlendirilebilecek unsurların bulunup bulunmadığı araştırılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Gemi, deniz, denizci, seyrüsefer, taşıma, hareket etme yeteneği, deniz ticareti hukuku, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Deniz Ticareti Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: bsozer@superonline.com

ABSTRACT

The problem of whether an object can be considered as a ship, gives rise to wide range of legal problems from delineation of the contract conducted for the construction of that object or the purchase of the constructed, to the determination of the applicable provisions during an enforcement phase. In that regard, even if describing a broad definition in respect of ships is beneficial, it is generally recognized that expressing such description is beyond the realms of possibility. The main focus of this essay consists of the possibility in finding a certain common ground in defining ship by focusing on certain elements. With this, an important part of frequently encountered legal problems can be solved. This essay examines, the definition of ship in terms of legislation, in regard to the Turkish law and international conventions as well as relevant British and American court decisions. In addition to this, various definitions of ship in legal doctrine are also examined. By comparing these definitions mentioned above, this paper tries to determine whether these definitions contain any element that can be regarded as a common denominator.

Keywords: *Ship, sea, mariner, navigation, carriage / transport, mobility, maritime law, Turkish Commercial Code (Act. No. 6102).*

I. GİRİŞ

“Gemi Nedir ?”¹ veya “Gemi Nasıl Tarif Edilir ?”². Bu soru milyonlarca kişiye tuhaf gelebilir ve milyonlarca kişi de bu soruya cevap veremez. Konunun enteresan tarafı şudur ki, gemi ile, ve hem de oldukça yakından, ilgili olan bir çok kişinin verecekleri cevaplar da bir birinden farklı olacaktır; hatta söz konusu kişilerden bile cevap alınamaması mümkündür.

Bunun sebebi ise çok basittir: Dünyada insanoğlunun icat ettiği hiç bir cisim, araç, nesne gemi kadar çeşitli şekilde ve farklı işlerde kullanılır.

¹ ‘... ship is the most living of inanimate things.’, HOLMES, Oliver Wendell, *The Common Law*, Macmillan & Co., London 1882, s. 26.

² ‘Watertight definitions do not exist even for ships.’, MEIJER, Herman., *The Nationality of Ships*, Martinus Nijhoff, The Hague 1967, s. 15.
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

mamaktadır. Geminin kullanılabilceği işler kolay kolay sayılamayacak kadar çeşitlidir.

Denizcilikteki büyük gelişmelerin, ekonomik şartlara bağlı olarak gemi yapımında görülen yeniliklerin, geminin tarifini yapmayı devamlı olarak güçleştirdiğini de unutmamak gerekir.

Uçak havayolu ile yük ve/veya yolcu taşımak için kullanılır, zaman zaman yukarıdan fotoğraf çekmek, bazen de tarımsal ilaç serpmek için işe yarar. Can kurtarmak için de kullanılabilir, ama bu iş daha ziyade helikopter vasıtası ile yapılır; zaten, uçak -özellikle geliştirilmesinde âmil olan sebep bakımından- can kurtarmaktan ziyade, can almak için kullanılmaktadır.

Kamyonun yük taşımak, otobüsün yük ve yolcu taşımak dışında, meselâ, petrol, doğalgaz veya benzeri tabii kaynakların aranmasında kullanılması .. hayal bile edilemez. Bir kamyon bir tane standart (TEU)³ konteyner⁴ taşır; 400 metre boyunda ve 195.636 tonluk *Barzan* 18.800 tane, 395 metrelik ve 193.000 tonluk *Oliver* 19.224 tane TEU taşımaktadır.

Bir kamyon, yangın söndürme işlerinde kullanılacak şekilde imâl edilebilir, özel teçhizat ile donatılabilir; ama yolun bittiği yerde, o da durur; yakıt ikmâli yapmadan gideceği mesafe de bellidir. Yangın söndürme gemileri karadaki yangınlara da müdahale edebilir, çok uzun mesafelere gidebilecek yakıt tankları da vardır.

Lokomotif ise zaten *captive vehicle* kategorisindedir, üzerine oturduğu rayların dışında başka bir tarafa gitmek şansı yoktur, nerede ham petrol veya doğalgaz çıkaracak, işleyecek, depolayacak ve sonra da götürüp teslim edecek?

Gemiler çok çeşitli amaçlar ile kullanılabildikleri için, kullanım amacına uygun olacak formda ve yapıda inşa edilirler. Suyun üzerinde duran ve değişik amaçlar için kullanılan bu cisimlerden bazıları, kendisine kolay kolay gemi denemeyecek biçimde olurlar⁵.

³ *Container* ile ilgili ölçü birimidir, *Twenty Foot Equivalent Unit* tanımının kısaltmasıdır. Boyutları: 20.00 ft. (6.10 m.), 8.00 ft. (2.44 m.), 8.60 ft. (2.59 m.).

⁴ *Container*. TK.'na tercihine uyabilmek için, konteyner kelimesini kullanacağız (TK. md. 1187 (3)).

⁵ Bkz. *FLNG Prelude*. Yüzen, sıvılaştırılmış doğal gaz işleme ve depolama tesisi. 488 m., 74 m., 600.000 ton!!

Bizlerin bakıp “Buna da mı gemi diyeceğiz?” dediğimiz gibi, hukuk da zaman zaman “Buna da mı gemi ile ilgili hükümleri uygulayacağız?” demektedir.

Bir cismin gemi olarak kabûl edilip edilmeyeceği, konu ile ilgili olanların bildikleri gibi, o cismin inşa edilmesi veya hazır olanının satın alınması için yapılacak sözleşmenin nitelendirilmesinden, cebrî icra aşamasında başvurulacak hükümlerin tayinine kadar, çok geniş bir alanda hukukî problemlere yol açmaktadır⁶.

TK., gemiyi 931. md. sinin I. f. sında tarif etmiştir; bu tarifi tahlilini hemen aşağıda -konumuz ile sınırlı olarak- kısaca yapacağız⁷.

⁶ *United States Maritime Law Association*, 2014 yılının Eylül ayında *Comité Maritime International*'a (CMI) bir teklifte bulunmuş ve özetle, uluslararası konvansiyonlara ve millî hukuklara tâbi bulunan ‘gemi’, ‘tekne’, ‘su aracı’ ve benzeri terimlerin manâları ve nasıl kullanıldıkları konusunda bir inceleme yapılmasını talep etmiştir (... *the U.S. MLA proposed that CMI ... undertake a new project to study the meaning and uses of the terms ‘ship’, ‘vessel’ ‘watercraft’ or other relevant terms for marine property subject to international agreements and national laws ...*)

Bu teklif üzerine CMI önce bir hazırlık çalışması yapılması için Genel Sekreter’in başkanlığında *start-up Ad Hoc Committee* kurmuş ve sonra da 7-9 Haziran 2015 İstanbul Toplantısı’nda -yazarın da dahil bulunduğu- bir *International Working Group (IWG)* teşkil etmiştir.

Bu IWG önce CMI’ya üye olan millî Deniz Hukuku Dernekleri’ne 1 Mart 2016 tarihli bir *Questionnaire* göndererek, kendi hukuklarında geminin nasıl tarif edildiği ve/veya geminin tarifi için kullanılan terimler hakkında bilgi talep etmiştir.

Ayrıca, CMI 2-6 Mayıs 2016 tarihinde New York’ta toplanan 42. Uluslararası Konferansı’nda (*42nd International Conference of the Comité Maritime International*) anılan IWG’ un konu ile ilgili ayrıntılı tartışmalar yapılabilmesini temin amacı ile özel bir seans plânlanmış ve bu vesile ile bir *Round Table* düzenlenmiştir.

Bu makale, bir yönden söz konusu IWG bünyesinde sürdürülen çalışmalar vesilesi ile yapılan incelemelere dayanmakta, diğer yönden de *Round Table* tartışmaları sırasında, yazar tarafından ileri sürülmüş bulunan görüşlerin daha geniş bir takdimini teşkil etmektedir.

⁷ Ayrıntılı tartışma için bkz. SÖZER (2.b.), 19-24, 69-115; SÖZER (Ders Kitabı-I), 13-24; SÖZER (Gemi), 15-51.

Türk pozitif hukukunda gemiye ilişkin hükümleri ve tanımları ayrıntılı bir surette inceleyen çalışma olarak özellikle bkz: SÜZEL, Cüneyt, “Türk Mevzuatında Gemi Tanımı”, *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan*, 2 cilt, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2010, II. c., s. 1615-1644. Ayrıca da bkz. DAMAR, Duygu, “Gemi Niteliğinde Olmayan Araçlar ve Çatma”, *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan*, 2 cilt, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2010, I. c., s. 749-785.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

II. KONU

Bilindiği üzere, bazı millî mevzuatta geminin tarifi verilir ve hatta bazen birbirinden farklı ve birbiri ile çelişkili tarifler yer alır!! Bazılarında ise tarife rastlanılmaz.

Uluslararası konvansiyonların da bir kısmında tarif bulunur, bir kısmında ise bulunmaz. Tarif veren konvansiyonların çoğundaki tarif konvansiyonun düzenleme alanı açısından verilmiş tariftir, dolayısı ile genel-geçer bir değer taşımaz.

Bir millî hukuk sisteminin veya konvansiyonun gemi olarak nitelendirildiği bir cismin, bir başka millî hukuk sisteminde gemi olarak nitelendirilmediği sık sık rastlanılan bir olgudur. Bu sebeple ortaya bir çok hukukî problemin çıktığı da bilinmektedir.

Bu durum karşısında, gemi ile ilgili genel-geçer bir tarif verilmesinin imkânsız olduğu kabûl edilerek, bu amaçla her hangi bir girişimde bulunmanın anlamsız ve yararsız olacağı düşüncesi ile bir çalışma yapılması yersiz görülebilir.

Hâlbuki, hemen yukarıdaki kısa açıklamadan da görülebilmektedir ki, gemi hakkında genel-geçer değerde bir tarifi bulunmasında büyük yarar vardır. Fakat, böyle bir tarif verilmesinin imkânsız olduğu da genellikle kabûl edilmektedir.

Bir cismin gemi olarak nitelendirilebilmesi amacı ile somut bir tarif vermenin mümkün olmadığı anlaşıldığına göre, bu amaçla çaba harcamak yerine; bir cismin gemi olarak kabûl edilebilmesi için belli bazı ortak paydalar (*common denominators*) tesbit etmek isabetli bir çözüm tarzı teşkil eder mi?

Her hangi bir uyuşmazlıkta uygulanacak yetkili hukuk sisteminde, yani bir konvansiyonda veya bir millî kanunda bir tarif mevcut ise, bu tarifi esas alınması icap edecektir. Fakat, bir tarifi bulunmadığı hallerde ne yapılacaktır? Yahut, mevcut olan bir tarifi tartışmaya açık olduğu veya kendi içinde çelişkili olduğu veya başka tarifler ile çeliştiği hallerde nasıl bir yol izlenecektir?

Bu gibi durumlarda karar verebilmek için, bir veya bir kaç kıstas kullanılabilir mi? Her durumda esas alınabilecek değerde somut bir tarif verilemediği gibi; afakî, sınırsız sayıda ihtimalde kullanılacak, çok soyut bir tarifi de verilebileceği şüpheli olduğu gibi, böyle bir yöntemin olumlu sonuç verme şansının da şüpheli olduğu söylenebilir.

Şu halde, somut bir tarifin bulunmadığı veya müphem ve/veya çelişkili tarifler ile karşı karşıya kalındığı hallerde bir sonuca ulaşılabilme için ortak payda olarak kullanılacak değerde belli bazı kıstaslar veya unsurlar bulunabilir mi?

Kanaatımızca, birtakım unsurlara ağırlık verilerek, belli bazı ortak paydalar bulunup, gemi için bir tarif verilmesi mümkün olabilir. Böyle bir yöntemin takip edilmesi ile verilecek tarif, kuşku yok ki, denizde görülen ve görülebilecek olan bütün cisimler için, hem de istisnasız uygulanabilecek kadar genel ve geniş kapsamlı bir tanım olmayacaktır; böyle bir tanımın verilmesinin mümkün olmadığını zaten kabûl etmekteyiz.

Fakat, yine de bazı tipik ortak paydalar kullanılarak, mevcut cisimlerin çok büyük bir oranı için geçerli tarif verilmesi mümkün olabilir ve bu suretle sık sık karşılaşılan hukukî sorunların da önemli bir kısmına çözüm getirilebilir⁸.

Bu amaçla, önce konuyu nasıl ele almayı tasarladığımız hakkında kısa bir açıklama yapmakta yarar görmekteyiz.

i. Gemi diye adlandırılan cismin icat sebebi denizdir. Mamafih denizden başka sularda da kullanılır. Hatta belki insanoğlu gemiyi önce göllerde, nehirlerde kullanmak için icat etmiştir. Ne de olsa bu ortamlar daha tehlikesizdir, deneme yapmak için daha elverişlidir. Denizin korkutucu yönünü unutmamak lâzımdır. Zaten, zaman zaman, meselâ, TK.'unda olduğu gibi, denizin 'su' ile birlikte anılıp, geminin 'suda' kullanılan araç olarak tanımlandığını da görmekteyiz⁹.

Esasında gemi de gemiliğini denizde anlar. Denizci deyimi vardır; nehirci, gölcü gibi deyimler yoktur.

Şu halde, malûmu ilâm gibi olacak ama, gemi deniz ile özdeşleştirilmelidir. Dolayısı ile, aşağıda açıklayacağımız gibi, geminin tarifinde 'deniz' esas alınmalıdır. Buna bağlı olarak da, deniz ile geminin arasındaki sıkı, ve zaten işin doğasından kaynaklanan, ilişkiye öncelik verilmelidir.

ii. İnsanların çok çeşitli sebepler dolayısı ile ve çok farklı ihtiyaçlardan ve heveslerden gelen bir 'hareket etmek' amaç ve arzuları vardır. Bu yüzden çok çeşitli araçlar icat etmişlerdir. Deniz, biraz da gizemi ile, in-

⁸ Çalışma alanımız bakımından savaş gemilerini incelememizin dışında bırakmaktayız.

⁹ Biz, aksine bir ifadeye yer vermedikçe, 'deniz' kelimesini kullanacağız, 'su' da buna dahil sayılacaktır.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

sanların hareket hevesine ve içgüdüsüne aşırı derecede hitap eder ve bu sebeple bin bir tür araç icat edilmiştir.

Bir taraftan denizin sınırsızlığı, ufkun sonsuzluğu nasıl cazip gelmekte ise; denizin, kendisi ile, dibi ile, dibinin de altı ile, olağanüstü bonkörlüğü ayrı bir teşvik unsuru, ya da hatta, ihtiras kaynağı olagelmıştır.

Ne var ki, insanoğlunun deniz ile haşır-neşir olması, önce bir yerden bir başka yere gidebilmek için başlamıştır; sonra da denizin bonkörlüğünden yararlanmak amacı ile icatlarda bulunmaya koyulmuşlardır.

iii. O halde gemi bir yerden bir başka yere gidilebilmesi için icat edildi ve kullanılmaya başlandı. Bir yerden bir başka yere; gezmek, görmek için gidildiği gibi, macera yaşamak amacı ile de gidilmiştir ve gidilmektedir.

Fakat asıl hedef, önce mevcut şartlara veya tahminlere dayanarak, daha sonraları ise belli bilgilere güvenerek, orada işe yarayacak, rağbet görecektir malları götürmek, oradan da burada rağbet görecektir malları getirmek olmuştur. Yani, ticarî amaçla yük taşımak. Buna paralel olarak da, bir yerden bir başka yere gitmek isteyen insanları nakil etmek, yani yolcu taşımak.

Şu halde, insanoğlunun deniz ile olan ilişkisinde odak noktasını taşımak / ulaştırmak teşkil etmiştir. Doğal olarak gemi de taşımak / ulaştırmak amacı ile kullanılmak için tasarlanmıştır ve günümüzde de en yaygın kullanımı taşımak / ulaştırmak olmaktadır.

Böyle olunca da, gemiyi tarif ve tefrik etmek için ele alınacak birinci unsur taşımak olacaktır ¹⁰.

iv. Yolcu ve/veya yük taşınması, ayrıca açıklamaya lüzûm bırakmayacak kadar ciddî ve plânlı surette ve kurallara uyularak yapılması gereken bir iştir. Deniz kıyısında ailece yapılacak bir sandal gezintisine benzemez, benzeyemez; çünkü, hiç kimse yükünü keyif olsun diye taşıtmaz, ekonomik sebepler, ihtiyaçlar dolayısı ile nakil ettirir. Yolcu da, sırf gezmek için seyahate çıksa bile, belli bir tasavvuru, buna göre yapılmış bir plânu vardır, belli bir tarihte de geri dönmek ister ¹¹.

¹⁰ Hemen yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, çalışma alanımızın dışında kaldığı için, insanların birbirlerini öldürmek için harcadıkları çabalara değinmiyoruz.

¹¹ Karaya dönmeden, devamlı olarak denizde yaşanmasına ancak efsanelerde rastlanır; Uçan Hollandalı (*Der fliegende Holländer*) efsanesindeki -ve operasındaki- kaptan *Willem van der Decken* gibi.

Dolayısı ile her iki kategori taşımanın da plânlı bir şekilde icra edilmesi gerekir.

v. Bu aşamada karşımıza bir çok tarifte yer alan seyrüsefer (*navigation*) kavramı çıkar. Aşağıda açıklamaya çalışacağımız gibi, konumuz bakımından seyrüsefer (*navigation*), salt bir geminin denizde yürütülmesi, götürülmesi demek değildir; geminin plânlı surette, belli usullere ve kural-lara uyularak, amaçlanmış olan yere kadar sevk ve idare edilmesi demek-tir¹².

Mamafih, bu görüşün aksini kabûl eden görüşler de vardır. Yine aşağıda, ‘IV. Mahkeme Kararları’ başlığı altında yer vereceğimiz *Perks v. Clarke* davasında mahkeme navigasyonun, suda hareket etmekten daha başka bir anlam taşımadığını ifade etmiştir¹³.

Kanaatımızca, *taşımak* ve *seyrüsefer* unsurlarına ağırlık vererek, mevcut gemilerin çok büyük bir çoğunluğunu kapsayacak ve aynı zaman-da bir çok hukukî ihtilâf için de çözüm sağlayacak bir tarif yapmak imkânı vardır.

Aşağıda, kanunî tarifler ve uluslararası konvansiyonlarda bulunan ta-rifler ile birlikte, mahkeme kararlarında yer alan tarifleri ele alacağız ve bunlarda ortak payda olarak değerlendirilebilecek unsurların bulunup bu-lunmadığını araştırmaya çalışacağız. Bir taraftan da doktrindeki tarifleri incelemeye gayret edeceğiz.

Önce yasal hükümlere ve konvansiyonlardaki maddelere bakacağız, sonra mahkeme kararlarını ele alacağız. Daha sonra da doktrindeki, belli başlı tariflere değineceğiz.

Makalenin sınırlarını fazla zorlamamak için, mevzuat bakımından Türk hukuku ile yetineceğiz. Konvansiyonlar bakımından ise, gemi hak-kında tarif ihtiva edenleri dikkate alacağız.

¹² Bkz. TETLEY, William, *Marine Cargo Claims*, 4th ed., 2008, s. 955-957, ... *whole period up to the conclusion of the voyage and making fast alongside.*

Aşağıda değinilecek olan *Steedman v. Scofield* kararından: ... *Navigation is the nautical art or science of conducting a ship from one place to another ... The word ‘navigation’ is also used to describe the action of navigating or ordered movement of ships on water ... ‘Navigation’ is not synonymous with movement on water ... Navigation is planned or ordered movement from one place to another.* [1992] 2 *Lloyd’s Rep.* 163.

¹³ ... *‘movement on water’ as being all that is ordinarily connoted by ‘navigation’ ...*, [2001] 2 *Lloyd’s Rep.* 431.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

Mahkeme kararlarında ise, İngiliz ve Amerikan mahkemelerinin kararlarını tahlil etmeye çalışacağız.

III. HUKUKİ DÜZENLEME

1. Ticaret Kanunu

TK.'nın 931. md. sinin I. f. sında gemi "Tahsis edildiği amaç, suda hareket etmesini gerektiren, yüzmeye özelliği bulunan ve pek küçük olmayan her araç, kendiliğinden hareket etmesi imkânı bulunmasa da, bu Kanun bakımından 'gemi' sayılır." diye tarif edilmiştir.

Bu tarife göre, bir cismin gemi sayılabilmesi için aşağıda işaret edeceğimiz unsurları ve şartları bünyesinde bulundurması gerekecektir.

Hemen belirtelim ki, Türk mevzuatında gemi için değişik tarifler bulunduğu gibi, doktrinde de geminin tarifi hakkında farklı görüşler ileri sürülmüştür¹⁴.

Mevzuatımızda, Deniz Ticareti Hukuku ile ilgili olarak ve belli ölçüde önem taşıyan ve gemi tarifi ihtiva eden, *yirmi dokuz* tane kanun, tüzük ve yönetmelik bulunmaktadır. Bunların bir kısmı belli kategoriler altında toplanabilmekte olup - meselâ, denizde can ve mal güvenliği gibi genellikle benzer tarifler vermekte iseler de, bazı metinlerde çok farklı tariflere rastlanmaktadır.

Hatırlatmaya gerek yoktur ki, gemi fonksiyonel bir cisimdir. Yapacağı işe uygun olarak inşa edilmesi, donatılması, işletilmesi icap eder. Sabit işler için kullanılmazlar. Zaten insanlar gemiyi bir yerden bir başka yere gidebilmek için çareler aranırken icat etmişlerdir. Gemiler sabit (du-rağan) işler için kullanılmazlar. Gemiler evvela taşıma aracıdır, esas amaç insan ve/veya eşya taşımaktır. Dolayısı ile ulaşım amacı ile kullanılırlar. Bunun yanı sıra, bilinen uzak diyarlara gitmek ve/veya bazı yeni diyarlar bulmak heves ve ümidi ile maceralara atılmak için de kullanılırlar. Ayrıca, savaşmak için de kullanılırlar. Askerî amaçlarla kullanım konusunda, başka hiçbir taşıma aracı geminin eline su dökemez¹⁵.

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. SÖZER (2.b.), 19-24, 69-115; SÖZER (Ders Kitabı-I), 13-24; SÖZER (Gemi), 15-51.

¹⁵ Su altında kablo, boru vs. döşemek, bilimsel araştırmalarda bulunmak, sportif amaçlar ile kullanmak gibi, ciddi denizcilik istatistiklerinde, yük ve yolcu taşımacılığının yanı sıra, anılmaya bile değer bulunmayan çok özel kullanımlar hariç tutulmaktadır.

Bütün bu kullanım alanları, hareketi, denizde hareket etmek imkânına sahip olmayı, gerektirir. Hem de, aşağıda ayrıntılı bir biçimde tartışacağımız ve işaret edeceğimiz bazı istisnalar saklı kalmak kaydı ile, kendi başına hareket edebilecek ve yönetilebilecek yeteneğe ve özelliğe sahip olmalıdır.

a. Suda Hareketi Gerektiren Bir Amaca Tahsis Edilmesi

TK. md. 931 (1) ile getirilen tarif dikkate alınınca, bir cismin gemi olarak nitelendirilebilmesi için gerekecek birinci şart, o cismin tahsis edildiği amacın, diğer bir deyişle, kullanım amacının, denizde hareket etmeyi gerektiren bir faaliyet/girişim olmasıdır.

Sabit hizmetler için kullanılan cisimler, gemi olarak kabul edilemeyecekleri gibi, bu nedenle de, TK.' nun uygulama alanının dışında kalmış olacaklardır.

Bu hükme göre dubalar, şamandıralar, su üzerine kurulmuş köprüler, doklar gemi olarak nitelendirilemezler.

Petrol plâtıformlarının da denizde hareketi gerektiren bir amaç ile kullanıldığını söyleyemeyiz.

Gemiler devamlı olmak üzere denizde hareketi gerektiren bir amaç için kullanılmadıkları süre gemi hüviyetini -geçici olarak da olsa- yitirirler ve TK.' nun hükümlerinin uygulama alanı dışına çıkarlar. Bu nedenle, bir geminin *devamlı surette* rıhtıma bağlı olarak veya açıkta demirleyerek, meselâ, otel, lokanta veya eğlence yeri kompleksi olarak veya hastahane olarak kullanılması durumunda, bu aracın gemi niteliği ortadan kalkar.

Ancak, bu hususu bir takım, muhtemel alternatifleri düşünerek ele almakta yarar görmekteyiz:

Bir gemi, malikinin iradesi ve tercihi ile hareketi gerektirmeyen bir amaca, devamlı olarak tahsis edildiği takdirde, gemi niteliğini yitirir; fakat, geçici bir süre için hareketi gerektirmeyen bir işte kullanılması durumunda araç gemi niteliğini korur. Devamlılık/geçicilik öncelikle malikin iradesine göre tâyin edilecektir ve ayrıca her olay kendi özellikleri ve koşulları içinde yorumlanacaktır.

Ayrıca, bir gemi, yine malikinin iradesi ile, belli nedenler ve gereksinimler dolayısı ile hareketi gerektiren hizmet alanından, geçici olarak, çekilebilir; örneğin, tamir ve bakım için kızağa çekilebilir veya yük bulu-

namadığı için açıkta demir üzerinde bekleyebilir. Bu olasılıkta da, söz konusu durum geçici ise, gemi niteliğini korumaya devam eder.

Bu unsura bir de, aşağıda da ele alacağımız, seyrüsefer (*navigation*) kavramı açısından bakmak istiyoruz. Seyrüsefer/navigasyon, bir geminin denizde belli bir plân ve düzen içinde, belli kurallara uygun olarak sevk edilmesi demektir; bir hafta sonu gezintisi veya kıyıdan biraz açılıp balık avlamak değildir. Denizde hareket amacı içeren bir kullanım türü, galip bir ihtimâl ile, navigasyonu da icap ettirecektir, fakat şart olmayabilir; kendi yürütücü gücü ¹⁶ bulunmayan bir tekne, denizde hareketi gerektiren bir amaç ile kullanılabilir, fakat navigasyon kapasitesi bulunmayabilir. Meselâ, tarak gemileri dipten çıkardıkları çamuru bir başka yere boşaltmak için yedekte çekilerek götürülebilirler, fakat bu hareket bir navigasyon faaliyeti olarak nitelendirilemez. Layterler ¹⁷, açıkta demirlemiş olan gemilerden iskelelere veya iskelelerden demirde yatan gemilere yük taşımak için kullanılırlar, fakat bu operasyon da navigasyon sayılmaz.

Bu şartı, taşıma kapasitesi unsuru açısından ele aldığımız zaman, bu fonksiyona açık bir atıf yapıldığını söyleyemiyoruz. Bununla beraber, TK. md. 1138 navlun sözleşmesinin gemi kullanılarak ve denizyolu ile yapılacağını belirtmektedir. Bu hükme göre gemi, bir sözleşmenin, navlun sözleşmesi olarak nitelendirilmesi için gerekli bir unsurdur. Navlun sözleşmesi, TK. md. 931 (1)'deki tarife uygun bir gemi ile ifa edilecektir. Aynı zamanda, geminin yük taşıma kapasitesi de bulunmalıdır, aksi takdirde, denizyolu ile yük taşıma sözleşmesi demek olan navlun sözleşmesinde kullanılamaz ¹⁸. Şu halde, navlun hukuku bakımından bir cismin gemi olarak nitelendirilebilmesi için, onun taşıma kapasitesine sahip olması aranacaktır.

Yolcu taşıma sözleşmesine ilişkin hükümler de, denizyolu ile yapılacak yolcu taşımalarını düzenlemektedir (md. 1247-1271). Bu hükümlerin içinde, TK. md. 1138 gibi sarıh bir ifade ihtiva eden bir madde bulunmakla beraber, yine de söz konusu maddelerden çıkarılacak sonuç, yolcu taşınmasında da, TK. md. 1138'deki tarifteki gibi, TK. md. 931 (1) anlamında bir geminin kullanılmasının öngörülmüş olduğudur. Doğal olarak

¹⁶ *Motive power.*

¹⁷ İngilizce'deki *lighter* kelimesinden.

¹⁸ Ayrıca da bkz. TK. md. 932 (2 ve 3), 1141.

da, yolcu taşıma sözleşmesi bakımından da, geminin bir taşıma kapasitesine sahip olması icap edecektir.

b. Suda Hareket Yeteneğine Sahip Olması

Bir cisim, gemi olarak nitelendirilebilmesi için, *suda* hareket etmek yeteneğine sahip olmalıdır.

ETK. md. 816/I, doğru ve isabetli olarak, bir cismin gemi olarak nitelendirilebilmesi için, onun *denizde* hareket etmek yeteneğine sahip olmasını aramakta idi. Çünkü, ana konu Deniz Ticareti Hukuku'dur ve bu hukuk disiplinin iştigâl alanı, denizdir. Yabancı dillerde de bu ayırım vardır. İngilizce'de *water* ve *see*; Fransızca'da *eau* ve *mer*; Almanca'da *wasser* ve *see* gibi, Türkçe'de de *su* ve *deniz*, ciddî kavramsal ayırım ifade eder. Bu sebeple, yabancı hukuk terminolojisinde, Türk hukuk terminolojisinde olduğu gibi, deniz hukuku/deniz ticareti hukuku başlıkları altında incelenen konular ile *su hukuku* ve hatta inceleme konusuna açıklık getirmek amacı ile, *iç sularda taşıma hukuku* başlığı altında incelenen konuların bir birinden ayrılmasına itina gösterilmiştir.

Buna karşın, YTK., gereksiz ve anlamsız bir şekilde, deniz ve iç su ayırımını ortadan kaldırmıştır, artık -TK. md. 931 (1) hükmünün diğer şartları da mevcut ise- gemi olarak nitelendirilen bir cismin, iç sularda kullanılmak üzere yapılmış olması ve/veya iç sularda kullanıma tahsis edilmesi ile, denizde kullanılacak şekilde yapılmış olması ve/veya denizde kullanıma tahsis edilmesi her hangi bir fark yaratmayacaktır. Önemli olan o cismin, *suda* hareket edebilmesidir; bu su deniz de olabilir, nehir, ırmak veya göl de olabilir.

Suda hareket yeteneği dendiği zaman, bu şartı da navigasyon unsuru bakımından değerlendirmek icap eder. Suda hareket yeteneği, yedekte çekilen mavnalarda, layterlerde de bulunabilir, hatta petrol plâtıformları da denizde hareket ettirebilmektedir. Bu şart bakımından cismin mutlaka kendi hareket ettirici gücünün bulunması zorunlu değildir. Gerçi, itici güce sahip olmak, çoğunlukla cismin seyrüsefer kapasitesine de sahip bulunduğunu gösterir ise de, her zaman böyle olmayabilir.

Navigasyon kapasitesinin varlığı için, bir cismin kendi itici gücüne de sahip olmasını zorunlu şart olarak aramayan görüşler de vardır. Kendi dümen tertibatı bulunan, dolayısı ile de yedekte çekilirken römorkörün manevrasına uyum sağlayabilecek, gerekli haberleşme donanımına sahip

bulunan araçların, navigasyon kabiliyeti bulunduğu kabûl edilmektedir. Nitekim, TK. md. 931 (1), bir aracın gemi olarak kabûl edilebilmesi için kendi itici gücünün bulunmasını şart görmemektedir.

c. Yüzme Özelliğinin Bulunması

TK. md. 931 (1) hükmü bakımından, bir cismin gemi olarak nitelendirilmesi için, onun *yüzme özelliği* bulunmalıdır.

Hemen belirtelim ki, fiilin doğru ve yerinde kullanılması şartı ile, yüzmek, başta insanlar olmak üzere, canlı yaratıklar için söz konusu olur. Günlük dilde bir cismin, meselâ bir teknenin de yüzmekte olduğundan bahis edilebilir, fakat kanunda kelimeler yerli yerinde ve doğru manâları içinde kullanılmalıdır.

Kanaatımızca, bu şart zaten *suda hareket edebilmek* yeteneği şartının yanında gereksiz kalmaktadır. Bir cisim suda hareket edebiliyor ise, o aynı zamanda yüzebilmektedir.

d. Pek Küçük Olmaması

Önce "*Pek küçük olmak veya olmamak*" şartının yorumunda, doktrinde genellikle kabûl edildiği gibi, prensip olarak, denizcilik âleminin standartları ve uygulamaları esas alınacak, diğer bir deyişle, tatbikata bakılacaktır.

Bununla beraber, yine de bazı kriterlerden destek alarak konuyu açmak mümkün olabilir.

Öncelikle, bir cismin gemi sayılabilmesi için onun teknik kriterler bakımından ve dayanıklılık ölçüleri yönünden, genel geçer olarak deniz tehlikelerine karşı koyabilecek boyutlara sahip olması da aranacaktır.

Bu koşula ek olarak, geminin kullanım amacına bakmak da düşünülebilir. Bir gemi niçin kullanılmaktadır; hangi işlevsel ve hatta ekonomik amaç için edinilmiş ve işletilmektedir? Herhalde bu amaç için yeterli olacak hacme sahip olmalıdır. Bunun yanı sıra, tahsis/işletme amacının fiziksel gereksinimlerine cevap verecek boyutlara ve teknik spesifikasyonlara da sahip bulunmalıdır: bu bakımdan, en azından kendinden beklenen hizmeti¹⁹ ifa edecek ölçüde olmak üzere, deniz tehlikelerine karşı koyabilecek yapıda ve büyüklükte olmalıdır.

¹⁹ Burada, denizde hareket amacını içeren bir kullanımı kast etmekteyiz.

e. Araç Olması

ETK. md. 816/I, geminin *tekne* biçiminde / formunda olmasını aramıştı. Kanun gemiyi tarif ederken *tekne* unsuruna da yer vermekle, velev zımnen de olsa, geminin yük taşıma kapasitesine / imkânına sahip olması lüzûmunu işaret etmiştir^{20 21}. Bu bakımdan, ETK.'nun, geminin tarifini verirken, dolaylı yoldan *taşıma* kıstasını da kabûl ettiği söylenebilir. ETK. 817. ve 1019. md. leri ile de, taşıma kıstasına atıf yapmakta idi.

YTK.'nun 931. md. sindeki tarifte böyle bir kıstasa, ETK.'nun 816. md. sindeki kadar açık olarak yer verildiği söylenemez; fakat, gerek için doğası itibarı ile gerekse de 932. ve 1141. md. leri ile, bir cismin gemi olarak nitelendirilmesinde, taşıma kapasitesinin de kıstas olarak alınmasının benimsendiği ileri sürülebilir.

YTK. md. 931 (1), kuşkusuz diğer şartların da gerçekleşmiş olması halinde, ... *her araç*, ... gemi sayılır diyerek, geminin fizikî özelliği itibarı ile belli bir şekle, forma, yapıya sahip olmasını şart koşmamıştır.

YTK. md. 931 (1) ile *tekne* unsuru kaldırılıp, yerine araç kavramı getirilmekle, nitelikleri ve tâbi tutulabilecekleri hukukî rejim sık sık tartışma konusu yapılan *petrol plâtfömlerinin* ve benzeri bazı yapıların gemi olarak nitelendirilmelerine imkân sağlanmış oldu. Ne var ki, bunların tahsis edildikleri amacın hareketi gerektirdiği ileri sürülemez ve bu açıdan gemi sayılmaları mümkün olamaz. Fakat, yine tartışma vesilesi olan yüzer

²⁰ Bu tarif Alman Federal Mahkemesi'nin (BGH) 14 Aralık 1951 tarihli kararındaki ifadeden alınmıştır. Kararda geminin tanımı yapılırken şu ifadeye yer verilmiştir: *Unter einem Schiff im Rechtssinne ist jedes schwimmfähige, mit einem Hohlraum versehene Fahrzeug von nicht ganz unbedeutender Größe zu verstehen, dessen Zweckbestimmung es mit sich bringt, daß es auf dem Wasser beweat wird.*

ETK. hazırlanırken geminin tarifinde bu ifadeyi esas almayı kabûl eden Adliye Encümeni, ifadeyi *telhis etmeyi* uygun bulup, "bir hacmi bulunan taşıma aracı" ibaresini, Kanun'a kısaca "tekne" olarak almıştır. Gerek kaynak metindeki ifade ve gerekse de ETK.'nun kullandığı *tekne* kelimesi, gemi sayılabilmek için bir cismin, içine başka cisimlerin - eşyanın ve/veya insanların - yolcuların konulabileceği ve korunabileceği bir yapıya da sahip olması gereğini belirtmektedir; dolayısı ile de, gemi olarak nitelendirilmek için taşıma kabiliyetinin / kapasitesinin bir unsur olarak ele alınacağına işaret etmektedir. bkz. SÖZER (2. b.), 71-72 dn. 9; ayrıca ATAMER (İcra), 15.

²¹ Ayrıca bkz., *The Mac ve Addison v. Denholm* davalarında verilen kararlar, aşağıda 'Mahkeme Kararları' başlığı altında. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)*

vinçler, tarak gemileri ²², şatlar vb. cisimler artık, hareketi gerektiren bir amaca tahsis edilmiş olmaları şartı ile, gemi niteliğinde kabûl edilecektir.

2. Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun

DnzCMK. md. 1/B hükmünde gemi "... [a]dı, tonilatosu ve kullanma amacı ne olursa olsun, denizde kürekten başka aletle yola çıkabilen her ara[ç] ..." olarak tanımlanmıştır.

Bu tarife göre, bir cismin gemi olarak kabûl edilebilmesi için kendi yürütücü gücüne (*motive power*) sahip olması aranacaktır, Kanun bunun dışında başka özel bir kriter getirmemektedir. Fakat, DnzCMK. bu yegâne şart bakımından TK. md. 931 (1) ile çelişmektedir.

Bununla beraber, çekilerek veya itilerek sevk edilmekte olan cisimlerin de, kürekten başka bir aletle yola çıkabilen araçlar oldukları ve dolayısı ile de gemi niteliğine sahip oldukları kabûl edilemez mi? Böylece, belki bu iki hüküm arasında bir uyum sağlamak imkânı doğar.

3. Uluslararası Konvansiyonlar

Konumuz ile ilgili olan uluslararası konvansiyonlar, gemi hakkında tarif ihtiva edenler ve etmeyenler ²³ olarak iki kategoriye ayrılabilir.

Gemi hakkında tarif ihtiva edenler, konuları ve kapsamaları dikkate alınarak ayrıca tasnif edilmelidir.

a. Deniz Ticareti Hukuku'nun Genel Nitelikli Alanlarını Düzenleyen Konvansiyonlar

Bu grupta, başta deniz yolu ile taşıma sözleşmelerini düzenleyen konvansiyonlar olmak üzere, Deniz Ticareti Hukuku'nun daha çok geleneksel / tipik alanlarına ilişkin hükümler içeren konvansiyonlardaki tarifleri ele alacağız ²⁴.

²² *Dredger*.

²³ Bir çok konvansiyon gemi için tarif vermemiştir.

²⁴ Çalışmamız, objektif olarak *gemi* ile ilgili olduğu için, inceleyeceğimiz konvansiyonları seçerken, bunlara Türkiye'nin taraf olup olmadığı dikkate alınmamıştır. Türkiye'nin onaylamış olduğu konvansiyonların başlıklarının ve değinilen hükümlerinin Türkçeleri resmî metinlerden alınmış, diğerlerinin tercümelemleri tarafımızdan yapılmıştır.

aa. Konişmentoya Müteallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki Milletlerarası Sözleşme, Brüksel, 25 Ağustos 1924²⁵.

Md. 1/d: "Gemi" deniz yoluyla mal nakli için kullanılan her türlü vasıta manâsına gelir²⁶.

bb. Gemilerin Tesciline Dair Şartlar Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu, Cenevre, 7 Şubat 1986²⁷.

Md. 2: "Gemi", Eşyanın, yolcunun veya her ikisinin denizyolu ile yapılan uluslararası ticarete taşınması için kullanılan, 500 gros tondan küçük olanlar hariç olmak üzere, kendi hareket gücüne sahip bulunan her türlü tekne anlamına gelir²⁸.

cc. Yolcuların ve Bagajlarının Denizyolu ile Taşınması Hakkında 1974 Atina Konvansiyonu ve Konvansiyon'a ek 2002 Protokolü'nün Birleştirilmiş Metni (Yolcuların ve Bagajlarının Denizyolu ile Taşınmasına İlişkin Konvansiyon, Londra, 1 Kasım 2002)²⁹.

Md. 1/3: "Gemi", hava yastıklı araçlar hariç olmak üzere, sadece deniz gemisi anlamına gelir³⁰.

dd. Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlandırılması Hakkında Konvansiyon, Londra, 19 Kasım 1976³¹.

Md. 1/2: "Gemi maliki" deyimi, deniz gemisinin malikini, çartererini, yöneticisini ve işletenini ifade eder.

Md. 15/5-b: Bu Konvansiyon:

(a) Hava yastıklı araçlara,

²⁵ International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading (Hague Rules), Brussels, 25 August 1924.

²⁶ Art. 1/d: "Ship" means any vessel used for the carriage of goods by sea.

²⁷ United Nations Convention on Conditions for Registration of Ships, Geneva, 7 February 1986.

²⁸ Art. 2: "Ship" means any self propelled sea-going vessel used in international seaborne trade for the transport of goods, passengers, or both with the exception of less than 500 gross registered tons.

²⁹ Consolidated text of the Athens Convention Relating to the Carriage of Passenger and their Luggage By Sea, 1974 and the Protocol of 2002 to the Convention.

³⁰ Art. 1/3: "Ship" means only a sea-going vessel, excluding an air-cushion vehicle.

³¹ International Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, London, 19 November 1976.

(b) *Deniz yatağında veya altındaki tabakada bulunan tabii kaynakların araştırılması ve işletilmesi için inşa edilmiş olan yüzen platformlara uygulanmaz.*³².

Bu konvansiyonlar Deniz Ticareti Hukuku'nun odak noktasını teşkil eden alanı, yani denizyolu ile taşımayı, düzenlemektedirler. Dolayısı ile de gemi hakkında verilen tariflerin üzerinde yoğunlaştığı unsur, taşıma fonksiyonu olmaktadır. Bu unsur bir taraftan da *navigasyon* unsuru ile tamamlanmaktadır.

Bu konvansiyonlar bakımından, geminin tarifinde ana unsur / ayırt edici faktör, taşıma olmakta, gemi sevk ve idare edilebilecek özelliği bulunan ve yolcu ve/veya eşya taşımak için kullanılan bir cisim olarak tanımlanmaktadır. Bu itibarla da, denizde sevk ve idare edilme (*to navigate*) imkânı bulunmayan ve yolcu ve/veya eşya taşımak için inşa edilmiş olmayan cisimler gemi niteliğinde kabûl edilmemektedir.

Geminin tanımlanması ve başka cisimlerden ayırt edilebilmesi için çizilen bu çerçeve, 1924 Brüksel Konvansiyonu'nda belirgin bir surette görülmektedir.

Yolcu taşıma sözleşmelerini düzenleyen Atina Konvansiyonu'nda bu şart o kadar belirgin bir surette yansımaya sahip, fakat, Konvansiyon'un düzenlediği alan ve başlığı dikkate alınınca ve özellikle de "... deniz gemisi ..." deyiminin kullanılması ve aynı zamanda hava yastıklı araçların hariç tutulması şartına bakılarak, bu Konvansiyon bakımından da *gemi* ile insan ve/veya yolcu taşımak için kullanılan aracın kast edildiği sonucuna varılabilir.

1976 Londra Konvansiyonu'nda da, yukarıda değinilen 1924 Brüksel Konvansiyonu'nda olduğu kadar sarıh bir ifade kullanılmamış ise de, Konvansiyon'un amacının ve içeriğinin genel olarak yorumlanması sonucunda söz konusu çerçevenin dışına çıkılmak istendiğine dair bir irade tesbit edilememektedir.

³² Art. 1/2: The term "shipowner" shall mean the owner, charterer, manager and operator of a seagoing ship.

Art. 15/5-b: This Convention shall not apply to:

(a) air-cushion vehicles;

(b) floating platforms constructed for the purpose of exploring or exploiting the natural resources of the sea-bed or the subsoil thereof.

Konvansiyon'da, odak noktası olarak *deniz gemisi* alınmıştır. Diğer taraftan 3. md. si ile ancak belli bir yapıya sahip olan ve daha özel fonksiyonlar için kullanılan gemilerin verebilecekleri zararlara Konvansiyon'un uygulanmayacağı kabul edilmiştir.

Yukarıda işaret edilen md. 15/5 de, Konvansiyon'un geleneksel olarak insan ve/veya eşya taşımak için kullanılan gemilere uygulanmak üzere hazırlandığını gösteren bir hüküm olarak kabul edilebilir.

b. Belli Bir Alan, Özellikle Deniz Kirlenmesi Hakkında Düzenleme Yapan Konvansiyonlar

aa. Açık Denizlerde Petrol Kirliliği Kazalarına Müdahale Hakkında Uluslararası Konvansiyon, Brüksel, 29 Kasım 1969³³.

Md. II/2: "gemi"

- (a) hangi tipte olursa olsun, her hangi bir deniz gemisi, ve
- (b) deniz yatağı, okyanus zemini ve altındaki tabakada araştırma ve işletme yapmakta olan her tür tesisat veya araç hariç olmak üzere, yüzen her araç anlamına gelir³⁴.

bb. Gemilerden Kaynaklanan Kirlenmenin Önlenmesi Hakkında Uluslararası Konvansiyon, Londra, 2 Kasım 1973 ve Protokol Londra, 17 Şubat 1978³⁵

Md. 2/4: Gemi, hidrofoil tekneler, hava yastıklı araçlar, dalabilir deniz araçları, yüzen araçlar ve sabit veya yüzen plâformlar da dahil olmak üzere, deniz ortamında işletilen her türlü tekneyi ifade eder³⁶.

³³ *International Convention Relating to Intervention on the High Seas in Cases of Oil Pollution Casualties, Brussels, 29 November 1969.*

³⁴ *Art. II/2: "ship" means (a) any sea-going vessel of any type whatsoever, and (b) any floating craft with the exception of an installation or device engaged in the exploration and exploitation of the sea-bed and the ocean floor and the subsoil thereof.*

³⁵ *International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, London, 2 November 1973 and Protocol, London, 17 February 1978.*

³⁶ *Art. 2/4: Ship means a vessel of any type whatsoever operating in the marine environment and includes hydrofoil boats, air-cushion vehicles, submersibles, floating craft and fixed or floating platforms.*

cc. Petrol Kirliliği Zararı İçin Hukukî Sorumluluk Hakkında Uluslararası Konvansiyon, Londra, 27 Kasım 1992³⁷

Md. I/1: "Gemi", dökme halde petrol taşımak için yapılmış veya bu amaçla tadil edilmiş her tür deniz gemisi ile her tip deniz aracı anlamına gelir; şu kadar ki, petrol ile başka yükleri taşıyabilecek nitelikteki gemiler, fiilen yük olarak dökme halde petrol taşıdıkları zamanda ve dökme petrol yükünden bir artık kalmadığı kanıtlanmadıkça, böyle bir taşımayı takip eden sefer sırasında gemi olarak kabûl edilecektir³⁸.

dd. Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması Hakkında Uluslararası Konvansiyon, Londra, 27 Kasım 1992³⁹

Md. 1/2: "Gemi", ... 1992 Sorumluluk Konvansiyonu'nun I. md. sindeki anlama sahip olacaktır⁴⁰.

ee. Gemi Yakıtından Kaynaklanan Kirliliğin Sebep Olduğu Zarar İçin Hukukî Sorumluluk Hakkında Uluslararası Konvansiyon⁴¹

Md. 1/1: "Gemi", her deniz gemisi ve her tür deniz aracı anlamına gelir⁴².

ff. Tehlikeli ve Zararlı Maddelerin Deniz Yolu ile Taşınmasından Doğan Zararlardan Sorumluluk ve Tazmini Hakkında Uluslararası Konvansiyon, Londra, 3 Mayıs 1996⁴³

Md. 1/1: "Gemi", her deniz gemisi ve her tür deniz aracı anlamına gelir⁴⁴.

³⁷ International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, London, 27 November 1992.

³⁸ Art. I/1: "Ship" means any sea-going vessel and seaborne craft of any type whatsoever constructed or adapted for the carriage of oil in bulk as cargo, provided that a ship capable of carrying oil and other cargoes shall be regarded as a ship only when it is actually carrying oil in bulk as cargo and during any voyage following such carriage unless it is proved that it has no residues of such carriage of oil in bulk aboard.

³⁹ International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage, London, 27 November 1992.

⁴⁰ Art. 1/2: "Ship" [has] the same meaning as in Article I of the 1992 Liability Convention.

⁴¹ International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage, London, 23 March 2001.

⁴² Art. 1/1: "Ship" means any seagoing vessel and seaborne craft, of any type whatsoever.

⁴³ International Convention on Liability and Compensation for Damage in Connection With the Carriage of Hazardous and Noxious Substance by Sea, London, 3 May 1996.

gg. Petrol Kirliliğine Karşı Hazırlık, Karşı Koyma ve İşbirliği Hakkında Uluslararası Konvansiyon, Londra, 30 Kasım 1990 ⁴⁵

Md. 2/3: Gemi, hidrofoil tekneler, hava yastıklı araçlar, dalabilir deniz araçları, yüzen araçlar da dahil olmak üzere, denizde işletilen her türlü tekneyi ifade eder ⁴⁶.

Bu kategorideki konvansiyonlar, belli bir sebepten kaynaklanan problemlere ilişkin olarak yapılmıştır ve söz konusu problemlerin sebep olduğu sonuçlara çare bulmak ve/veya çözüm getirmek ve/veya gerçekleşmelerine engel olmak amacını güderler.

Değınilen konvansiyonların üzerinde yoğunlaştıkları alan *çevrenin korunmasıdır* ve ana konuları *petroldür*. Bu konvansiyonlar çok geniş bir alanı kapsarlar ve her birinde gemi hakkında tarif vardır. Ne var ki bu tarifler, çoğunlukla, geminin geleneksel / mutad karakteristik niteliğini yansıtan tariflere uygun olmayıp, o konvansiyonun amacına uygun içerikte olurlar.

Metinleri hazırlayanlar, anlaşılacağı üzere, içine petrol konulabilen her tür *kabı (container)* ve petrol ile işleyen / çalışan her tür araç ve gereci çevreye, canlılara, doğal kaynaklara, vb. zarar verebilecek potansiyele sahip unsurlar olarak ele almışlar ve bunları sorumluluk objesi olarak nitelendirmişlerdir. Dolayısı ile de bu konvansiyonlardaki tariflerin odak noktasında *petrol* yer almaktadır.

Petrolün nasıl kullanıldığı, nerede saklandığı veya depo edildiği dikkate alınarak, mümkün olan en geniş kapsamda risk ihtimallerini hedef alan tariflerin verilmesine çalışılmıştır.

Bununla beraber bu tarifler, yine de, geminin karakteristik tanımındaki unsurları ihtiva etmektedir.

⁴⁴ Art. 1/1: "Ship" means any seagoing vessel and seaborne craft, of any type whatsoever.

⁴⁵ International Convention on Oil Pollution Preparedness, Response and Co-Operation, London, 30 November 1990.

⁴⁶ Art. 2/3: Ship means a vessel of any type whatsoever operating in the marine environment and includes hydrofoil boats, air-cushion vehicles, submersibles, and floating craft of any type.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

c. Tek Bir Amaç için Yapılmış Konvansiyonlar

aa. Kurtarma Hakkında Uluslararası Konvansiyon, Londra, 28 Nisan 1989⁴⁷

Md. 1/b: Gemi, her türlü gemi veya araç veya seyrüsefer kabiliyetine sahip olan her hangi bir yapıyı ifade eder⁴⁸.

Md: 3: Bu Konvansiyon, deniz yataklarındaki mineral kaynakların keşfi, çıkartılması veya işlenmesi amacı ile kullanıldıkları sürece sabit veya yüzer plâtfömler ile kıyı ötesi hareketli sondaj birimlerine uygulanmaz⁴⁹.

Bir tek konunun düzenlendiği bu Konvansiyon'da, geminin tanımında kullanılan en tipik unsur olan *seyrüsefer (navigation)* esas alınmıştır.

Bu unsura o kadar asli bir fonksiyon atfedilmiştir ki, seyrüsefer kabiliyetinin gerekmediği amaçlar için kullanıldıkları süre içinde, aslında seyrüsefer kabiliyeti bulunan araçlar, Konvansiyon'un uygulama alanının dışında bırakılmışlardır.

Şu halde, belli bir cismin gemi olarak kabûl edilip edilmeyeceğine karar verebilmek için, kıstas olarak o cismin seyrüsefer kabiliyetine sahip olup olmadığı esas alınacaktır. Ayrıca, 3. md. de tanımlanan cisimler, prensip itibarı ile gemi olarak kabûl edilmekle beraber, seyrüsefer gereği duyulmayan amaçlar için kullanıldıkları zaman gemi olarak nitelendirilmeyeceklerdir.

Bu düzenlemenin bir kaç açıdan irdelenmesinde yarar görmekteyiz.

i. Md. 1/d'nin kapsamına giren ve bu itibarla 3. md.'nin kapsamının dışında kalan cisimler sabit amaçlı bir iş için, meselâ, bir yük gemisinin depo olarak veya bir yolcu gemisinin otel olarak, kullanıldıklarında gemi olarak nitelendirilebilecekler mi ?

Kanaatımızca, nitelendirilmeleri icap eder. Md. 1/b'de, md. 3'de olduğu gibi bir şart yer almamaktadır. Şu halde, md. 1/b'de anılan cisimlerin / yapıların, seyrüsefer kabiliyetine sahip oldukları sürece, yani hareket edebildikleri veya hareket ettirilebildikleri takdirde, her hâl-ü kârda, gemi olarak kabûl edilmeleri gerekecektir.

⁴⁷ *International Convention on Salvage, London, 28 April 1989.*

⁴⁸ *Art. 1/b: Vessel means any ship or craft or any structure capable of navigation.*

⁴⁹ *Art. 3: This Convention shall not apply to fixed or floating platforms or to mobile offshore drilling units when such platforms or units are on location engaged in the exploration, exploitation or production of sea-bed minerals resources.*

ii. Md. 3/a ile sadece hareketsizlik aranmamakta, fakat tanımı yapılan cisimlerin, aynı zamanda, yine tanımı verilen amaçlar için fiilen kullanılması şartı getirilmiştir. Bu itibarla, bu araçlar tanımlanan amaçlar için kullanılmamakla beraber, atıl vaziyette tutulmakta iseler veya tamir edilmeleri için bekletilmekte iseler, bunların Konvansiyon'un kapsamına dahil oldukları söylenebilecektir. Söz konusu cisimler / yapılar kendi itici güçleri ile hareket ettikleri veya yedekte çekilmekte iken, zaten Konvansiyon'un kapsamı içinde olacaklardır.

Bu durumda, işaret ettiğimiz kıstas, nitelikli bir kıstas olacak ve şu sonuca varmamız icap edecektir: Md. 3/a'nın kapsamına girmeyen her cisim daima gemi olarak nitelendirilecektir, yeter ki, 1. md. deki tarife uygun olsun.

Hareket unsuruna, 1. md.'nin (a) ve (c) f. larında tanımlanan 'diğer eşya' kavramının (*other property*) sınırlandırılmasında yer verilmiştir⁵⁰.

Bu hükümler dikkate alınınca, Konvansiyon bakımından asıl ağırlık ifade eden kıstasın, dar anlamı ile seyrüsefer (*navigation*) olmayıp; daha ziyade hareket etmek kapasitesi / kabiliyeti, diğer bir ifade ile *mobility* olduğunu söylemek daha doğru olacaktır.

bb. Denizde Çatışmayı Önlemek için Uluslararası Kurallar Hakkında Konvansiyon, Londra, 20 Ekim 1972⁵¹

Kısım A - md. 3/a: "Tekne" kelimesi, su taşımayan tekneler ile deniz uçakları da dahil olmak üzere, su üzerinde taşıma aracı olarak kullanılan veya kullanılmaya elverişli olan her türlü deniz aracını ihtiva eder⁵².

Bu Konvansiyon'da kıstas olarak 'taşıma' (*carriage / transport*) alınmıştır. Konvansiyon geniş bir alanı kapsamaktadır ve deniz uçakları ile birlikte *hovercraft* ve *hydrofoil* de kapsama dahildir.

Bu Konvansiyon bakımından dikkati çeken husus şu olmaktadır: Konvansiyon'un amacı deniz trafiğinde güvenliğin sağlanmasıdır ve bu amaca erişmek için taşıma faktörü kıstas olarak ele alınmıştır. Fakat, za-

⁵⁰ ... kıyı şeridine sürekli ve iradî olarak bağlı bulunmayan her türlü eşya ... (... any property not permanently and intentionally attached to the shoreline ...).

⁵¹ *Convention on the International Regulations for Preventing Collisions at Sea, London, 20 October 1972.*

⁵² Part A - Art. 3/a: *The word 'vessel' includes every description of water craft, including non-displacement craft and seaplanes, used or capable of being used as a means of transport on water.*

manla daha ziyade denizyolu ile yapılan yolcu ve yük taşımalarındaki güvenliğin sağlanması ön plana alınmış durumdadır.

Konvansiyon, su üzerinde yolcu ve/veya yük taşımak için kullanılabilen her türlü aracı kapsamaktadır. Bu açıdan bakıldığında yüzen platformlar, sondaj tesisleri veya benzeri araçlar da gemi olarak nitelendirilebilecektir, çünkü bütün bunlar, gerekli olduğu takdirde, insan ve eşya taşıyabilmektedirler.

Diğer taraftan, bu kıstas yukarıda II/1 başlığı altında atıf yapılan Konvansiyonlar'da kullanılan kıstaslara yakındır. Özellikle 25 Ağustos 1924 tarihli Brüksel Konvansiyonu (La Haye Kuralları) ile 7 Şubat 1986 tarihli Cenevre Konvansiyonu'nda kıstas olarak denizyolu ile taşıma alınmıştır.

Bu hususlar dikkate alınınca, *denizyolu ile taşıma* unsurunun, geminin tarifinde yaygın olarak kullanılan bir ortak payda olduğu ortaya çıkmaktadır.

cc. Denizde Çatmalarda Zararın Takdiri için Kurallar, Lizbon, 29 Şubat 1988 (Lizbon Kuralları)⁵³

Md. 'Tanımlar': "Tekne", Seyrüsefer kabiliyetine sahip olsun ve olmasın, bir çatmaya dahil olan her hangi bir gemi, araç, makine, teçhizat veya plâtfom anlamına gelir⁵⁴.

Lisbon Kuralları⁵⁵ bir maddî olayı, *çatmayı* kıstas olarak almıştır. Metni hazırlayanlar, neyin ne ile çatıştığına önem vermemiş, sadece olay ile ilgilenmiştir. Seyrüsefer kabiliyeti de tarif için dikkate alınmamıştır.

Çatmanın objesi olarak *tekne* alınmıştır.

Seyrüsefer kabiliyetine bir unsur olarak yer verilmediği gibi, taşıma fonksiyonuna da önem verilmemiştir. Hatta, *teknenin* yüzme kabiliyetinin bulunması dahi öngörülmemiştir.

⁵³ *Rules for the Assessment of Damages in Maritime Collisions, Lisbon, 29 February 1998 (Lisbon Rules).*

⁵⁴ *Art. "Definitions": "Vessel" means any ship, craft, machine, rig or platform whether capable of navigation or not, which is involved in a collision.*

⁵⁵ Lisbon Kuralları bir uluslararası konvansiyon hüviyetinde değildir, uygulanması tarafların iradesine bağlıdır, bu niteliği bakımından York Anvers Kuralları'na benzer.

Kuralların uygulanabilmesi için ve ancak dolaylı bir yorum ile, çatmanın denizde cereyan etmesi gerektiği ve çarpışan cisimlerin de denizde bulunmakta olmaları sonucuna varılabilir.

dd. Denizde Seyrüseferin Güvenliğine Karşı Hukuka Aykırı Davranışların Önlenmesi Hakkında Konvansiyon, Roma, 10 Mart 1988⁵⁶

Md. 1: Bu Konvansiyon'un uygulanmasında "gemi", *dynamically supported*⁵⁷ araçlar, dalabilen veya yüzebilen bütün araçlar da dahil olmak üzere, deniz yatağına devamlı surette bağlı olmayan bütün tekneleri ifade eder⁵⁸.

Bu tarif karşısında, bu Konvansiyon'un geminin tarifinde *yüzme* kabiliyetinin esas alındığı söylenebilir.

Hatta, zemine devamlı olarak bağlı olmamak şartı dikkate alınınca, sadece yüzmek kabiliyetinin değil, aynı zamanda serbestçe hareket etmek veya ettirilebilmek özelliğinin arandığı görülecektir.

Bu tarif ile seyrüsefer yeteneğinin esas alındığı anlaşılmaktadır. Konvansiyon'un başlığı ile de, odak noktası olarak seyrüseferin (*navigation*) kabûl edildiği ve seyrüsefer kabiliyeti bulunan cisimlerin güvenliği için kural konmak istendiği sonucuna varılabilir.

Şu halde, bu Konvansiyon bakımından cismin görünümün, yapısı ve aynı zamanda da, kullanım amacı tarif için önem taşımayacaktır.

Bununla beraber, tarifteki "deniz yatağına bağlı olmamak" şartı tartışmaya yol açabilecektir; özellikle, devamlı olmak üzere zemine değil de, kıyıya bağlı bulunan bir gemi hakkında Konvansiyon uygulanabilecek midir?

IV. MAHKEME KARARLARI

Yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, bu çalışmamızda geminin tarifinde, açık ve kuşkuyla mahal bırakmayacak kesinlikte bir ibarenin bulunmadığı halde, uyuşmazlık konusu olan ve/veya nitelendirilmesinde tereddüt bulu-

⁵⁶ *Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation, Rome, 10 March 1988.*

⁵⁷ *Hovercraft* gibi, hem satıhta ve hem hava yastığı ile sathın üstünde seyir edebilen gemiler veya *hydrofoils* gibi gövdesi üzerinde seyir edebildiği gibi, kayıklar üzerinde de seyir kabiliyeti olan tekneler için kullanılan genel deyim.

⁵⁸ *Art. 1: For the purposes of this Convention, "ship" means a vessel of any type whatsoever not permanently attached to the sea-bed, including dynamically supported craft, submersibles, or any floating craft.*

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

nan cismin tanımlanmasında belirleyici olmak üzere, taşıma kapasitesi ile navigasyon kabiliyetinin ortak payda olarak kullanılmasının doğru bir tercih teşkil edip etmeyeceğini tartışmaktayız.

Bu bakımdan, inceleyeceğimiz mahkeme kararlarını da iki kategori altında ele alacağız ve bir başlık altında taşıma unsuruna diğer başlık altında da ise navigasyon unsuruna ağırlık veren kararları gözden geçireceğiz.

1. Taşıma Kapasitesine (Unsuruna) Ağırlık Veren Kararlar

Yukarıda değinilmiş olan konvansiyonların bir kısmında sarahatan, bir kısmında ise zımnen, geminin taşıma için kullanılan bir araç olduğu belirtilmiştir. Bir kısmında ise, geminin tarifinde bu unsura yer verilmemiş olmakla beraber, konvansiyonun düzenlemesi geminin bir taşıma aracı olduğu varsayımı üzerine kurulmuştur.

Burada yer verilen kararlar da geminin taşımada kullanılan bir cisim / araç olduğunu kabûl etmektedir.

Fakat, önemli olan neyin, hangi amaçla veya hangi sebep ile taşındığının tesbitidir? Daha da önemli olan husus, taşımanın belli bir hukukî sebebe dayanıp dayanmadığı, ya da belli bir hukukî sebebe dayanmasının icap edip etmediğidir.

Suda giden her cisim bir şeyler taşır, içinde insanlar da bulunur; taşınan nedir, niçin taşınmaktadır? İçindekiler niçin oradadır?

i. Bir cisim / araç sadece kendi yapısından⁵⁹, diğer bir ifade ile "asıl şey"den (MK. md. 684/II, 686/II, 687/I), bütünüleyici parçalarından (MK. md. 684/II), eklentilerinden (MK. md. 686) ve sarf / tüketim malzemelelerinden (MK. md. 687) oluşan bir kütleyi mi taşımaktadır; yoksa bunlardan başka bir şey taşımak özelliğine / imkânına sahip midir ve bu "başka şeyleri" niçin, hangi amaçla taşımaktadır?

Eğer bir araç sadece kendi kütlesini taşımakta ise, bu aracın taşıma kapasitesine sahip olduğunu söylemek, -deyim yerinde ise- "kaplumbağa sendromu"⁶⁰ olarak tanımlanabilir; kaplumbağa da evini, yani kendine ait ve kendisini meydana getiren kütleyi taşıyor.

Bir cismin / aracın, kendisine ait olmayan bazı şeyleri taşınması da, yeterli olmayacaktır; bir çok kararda da görüleceği gibi, tarak dubalarının dipten çıkardıkları çamuru taşıyabilmeleri veya hatta belli bir mesafe kat

⁵⁹ *Own mass.*

⁶⁰ *Tortoise syndrome.*

edip, başka bir yere boca etmeleri de taşıma faaliyeti olarak nitelendirilemez.

Petrol aramada kullanılan sondaj istasyonlarının da taşıdıkları kendi kütleleridir, tariflerinde odak noktasını teşkil eden, aslî fonksiyonlarının ifa edilebilmesi için bulundurulmuş makine, alet ve teçhizatdır.

Bir cismin gemi olarak nitelendirilmesinde kıstas olarak alınabilecek taşımanın, bir navlun sözleşmesine dayanılarak yapılan taşıma olması icap eder.

ii. Benzer şekilde, bir cisimde / yapıda, amacına uygun surette sevk edilebilmesi / kullanılabilmesi / kontrol edilebilmesi için gereken personelden başka insanlar da bulunmakta mıdır ve bu “başka insanlar” niçin, hangi amaçla bulunmaktadır ?

Zeminde sondaj yapan bir petrol istasyonunda ⁶¹ veya yüzer depo ⁶² olarak kullanılan bir teknede, meselâ *Prelude* ⁶³ veya benzeri bir araçta bulunan kişiler, bir yerden bir başka yere bir yolcu taşıma sözleşmesine dayanarak seyahat etmek üzere orada bulunan kişiler değildir; fakat, tıpkı bir yolcu gemisindeki gemi adamları gibi, cismin / aracın aslî fonksiyonunun ifasını temin amacı ile görev yapan personeldir.

Yine bir tarak gemisinin personeli, yolcu sıfatı ile taşınmamakta, fakat işyerlerinde görev yapan kişiler olarak nitelendirilmektedirler. Römorkörün gemi adamları da yolcu değildir.

Şu halde, insan unsuru açısından bakıldığında, *bir cismin gemi olarak nitelendirilmesinde kıstas olarak alınabilecek taşımanın, bir yolcu taşıma sözleşmesine dayanılarak yapılan taşıma olması icap eder.*

Aşağıda bazı yabancı mahkemelerin, özellikle de, içtihatlarının Deniz Ticareti Hukuku alanında belli bir etkisi bulunan İngiliz ve Amerikan mahkemelerinin örnek niteliğindeki tipik kararlarına yer vermeye çalışacağız. Kararlarda gemi niteliğinin tayininde taşıma kapasitesi unsuruna ağırlık verilmekle beraber, farklı gerekçeler ile farklı sonuçlara ulaşılmıştır. Dolayısı ile, uygulamada bu unsur bakımından fikir birliği bulunma-

⁶¹ *Oil exploration platforms, mobile offshore drilling units* veya kısa olarak *oil rigs*, q.v.

⁶² *Floating Storage and Offloading Units (FSO)* veya *Floating Production, Storage and Offloading Units (FPSO)*, q.v.

⁶³ q.v.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

maktadır. Bununla beraber, bazı ortak paydaların tesbiti de mümkün olabilmektedir⁶⁴.

Önce İrlanda Yüksek Mahkemesi (*Irish Supreme Court*)' nin bir kararına yer vereceğiz.

i. *Targe Towing Limited and Scheldt Towage Company NV. v. The Owners and All Persons Claiming an Interest in the Vessel "Von Rocks"*
65

Bu davada uyuşmazlık, bir tarak dubasının gemi sayılıp sayılmayacağı tartışmasından çıkmıştır. *Von Rocks*, on tane dubanın üstüne monte edilmiş bir plâtfomdan oluşan bir yapıdır. Plâtfomun üzerinde zeminden toprak çıkarılabilmesi için bir ekskavatör yerleştirilmiştir. Çalıştırılırken, yerinde sabit kalmasını temin için, zemine dayandırılan üç tane hidrolik ayağı vardır

Başlangıç mahkemesi; cismin bir platformdan ibaret olduğunu, kendi itici gücünün ve keza dümen tertibatının bulunmadığını, yedekte çekilirken üzerinde gemi adamı olmadığını, çalışırken hidrolik ayaklar ile zemin üzerinde sabit tutulduğunu, yük taşıma imkânına sahip olmadığını ve üzerinde sadece dip tarama fonksiyonunun ifası için gereken personelden başka kimse de bulundurulmadığını dikkate alarak, *Von Rocks* isimli tarak dubasının gemi olarak nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir.

Fakat, karar temyiz aşamasında İrlanda Yüksek Mahkemesi tarafından bozulmuştur. Mahkeme, 1989 tarihli *Jurisdiction of Courts (Maritime Conventions Act)* ile "1952 tarihli Gemilerin İhtiyatı Haczi Hakkındaki Konvansiyon" un İrlanda için geçerli olacağını kabûl edilmesine dayanarak, bu Konvansiyon'a göre hüküm tesis etmiştir.

⁶⁴ Türk hukukunda sadece yüzer havuzun gemi sayılıp sayılmayacağı konusunda doğan ve *tekne* unsuru bakımından beliren uyuşmazlığın sonucunda verilen kararlardan başka, bir cismin gemilik vasfının tayininde başvurulacak kıstaslar ile ilgili karar mevcut değildir. Bu tartışma ETK.'nun 816. md. sinin hükmünden kaynaklanmakta idi ve söz konusu kararların, YTK.'nun 931. md. sindeki düzenleme karşısında artık bir hükmü kalmamıştır. Bununla beraber bkz. Yargıtay TD., 20 Mart 1969, E: 68/4998 - K: 69/1296, Yüksek Mahkeme yüzer havuzu gemi olarak kabûl etmemiştir (DOĞANAY, İsmail, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, Ankara 1979, 3. c., s. 201), İstanbul Asliye Mahkemesi 3. Ticaret Dairesi, 10 Temmuz 1981, E: 81/273 - K: 81/329. Mahkeme yüzer havuzu gemi olarak nitelemiştir (AYBAY, Gündüz, *Deniz Ticareti ile İlgili Yargıtay Kararları*, İstanbul 2000, s. 51 vd.). Bu karar temyiz edilmeyerek kesinleşmiştir.

⁶⁵ *Irish Supreme Court*, 22 Ocak 1998, [1998] *The Irish Reports* 41 *et seq.*; [1998] 2 *Lloyd's Rep.* 198.

Bozma kararında, bir cismin suyun üstünde belli bir iş görmek / belli bir şey yapmak için tasarlanmış ve inşa edilmiş olmasının ve o işin yapılabilmesini sağlamak amacı ile suyun üstünde belli bir mesafe gidebilmesinin, o cismin gemi sayılması için yeterli olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca, kendiliğinden hareket etmek imkânının bulunmaması, yolcu veya yük taşıma kapasitesine sahip olmaması önemli unsurlar olarak telâkki edilmiştir⁶⁶.

Kanaatımızca, bu karardaki gerekçe çok esnek bir kıstas ihtiva etmektedir ve zaman zaman makûl görülemeyecek sonuçlara yol açabilir. Meselâ, akıntılardaki değişikliklere veya med-cezir hareketlerine göre yerleri değiştirilen işaret şamandıraları ve/veya fenerleri veya açıkta demirlemiş olan gemilerdeki yolcuların, onları karaya çıkaracak motorlara binmelerini sağlamak amacı ile, geminin bordasına yanaştırılan salları da, gemi olarak kabûl edilebilecektir⁶⁷.

Aşağıdaki karar Kanada Federal Temyiz Mahkemesi (*Canadian Federal Court of Appeal*) tarafından verilmiştir.

ii. *The Queen (Canada) v. St. John Ship Building and Dry Dock Co.*
68

Bu davanın konusu, kendi hareket ettirici gücü bulunmayan ve yedekte çekilen bir yüzer vincin gemi sayılıp sayılmayacağı hakkında idi. Yüzer vinç, dubaların değil, fakat tekne formunda olan hacimli bir mavnanın üstüne kurulmuştu. Mavnanın üst güvertesinde yük taşınabiliyordu ve gemilerden boşaltılan yüklerin kıyıya getirilmesinde ve kıyıda yüklenen yüklerin de açıkta demirlemiş olan gemilere tesliminde kullanılabilirdi. Mahkeme mavnanın yük taşıma kapasitesini dikkate alarak gemi olduğuna karar vermiştir.

⁶⁶ ... provided the craft under consideration was built to do something on water ... and for the purpose of carrying out that work was so designed ... it was designed and constructed for the purpose of carrying out specific activities on water, was capable of movement across the water ... should be regarded as a ship ...

⁶⁷ Krş. aşağıda *Ewansville & Bowling Green Packet Co. v. Chero Cola Bottling Co.* davasında verilen karar.

⁶⁸ Canadian Federal Court of Appeal tarafından 1981 yılında verilmiş olan karar; GAHLEN, 259 ve 264'den ve RAINEY, 73'den naklen. Bkz. GAHLEN, Sarah Fiona, 'Ships Revisited: A Comparative Study', (2014) 20 *The Journal of International Maritime Law* 252-269; RAINEY, Simon, 'What is a 'Ship' Under the 1952 Arrest Convention', [2013] 1 *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 50-85. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)*

Karardaki önemli husus, taşımanın başka kişilere ait malların, yani yüklerin taşınması olduğunun belirtilmesidir; yoksa, bir cismin kendine ait bazı aletleri ve teçhizatı taşımaya elverişli olması, o cismin gemi olarak kabûl edilmesini sağlayacak anlamda taşıma kapasitesine sahip olduğu anlamına gelmez. Bu durumda, taşınanlar, geminin mütemmim cüzleri ve teferruatıdır.

Aşağıda İngiliz mahkemelerinin kararlarına değineceğiz.

iii. *The Mac*⁶⁹

Bu karar, konunun ele alındığı ilk davalardan bir tanesinde verilmiştir ve hem seyrüsefer unsuru ve hem de taşıma fonksiyonu açısından tartışılmıştır. Mahkeme, niteliği tartışma konusu olan mavnayı (*hopper-barge*) yük ve insan taşıyabildiği ve dipten taradığı çamuru ve çakılı nakil ve sonra da bunların tahliye edilebilmesi için belli bir mesafeye kadar yedekte çekilebildiği için de denizde seyir yapabilmek (*navigation*) imkânına sahip olduğunu dikkate alarak, gemi olarak nitelendirmiştir.

Böylece, ilgili mevzuatta açık bir hüküm bulunmamakla beraber, bir cismin gemi olarak kabûl edilebilmesi için, insan veya yük taşıma kapasitesine sahip olması icap ettiği ve bu kapasiteye sahip olan cismin de gemi olarak nitelendirilebileceği hükme bağlanmıştır.

Ancak bu kararda, inceleme konumuzun odak noktasında yer alan, "kaplumbağa sendromu" kendini göstermektedir. Niteliği tartışılan cisim bir tarak dubasıdır, taşınan yük zeminden taranan çamurdur ve çamur belli bir noktada tekrar denize dökülmektedir ve *The Mac* bu gibi işler için inşa edilmiş ve kullanılan bir teknedir. Dolayısı ile, yapılan iş bir taşıma sözleşmesine dayanılarak yapılmamaktadır, dipten çıkarılan çamur, tekrar boca edileceği yere bir navlun sözleşmesi gereğince nakil edilmemektedir. Mavnadaki personel ise, mavnanın amacına uygun surette kullanılmasını sağlamak için istihdam edilmektedir, yolcu taşıma sözleşmesine dayanarak bulunan yolcular değildir.

Bu sebeple, karar bir cismin gemi olarak kabûl edilebilmesi için taşıma fonksiyonuna sahip olması gerekeceğini öngörmesi bakımından doğrudur, fakat, somut olayda, bir cisme gemi vasfını verecek nitelikte bir taşıma mevcut değildir.

⁶⁹ 4 Asp. MLC 555. Davada konu olan cisim bir *hopper-barge* idi; bu tür mavnalarda yüklerini denize boca edebilmeleri için kapak bulunur ve çoğunlukla tarak gemisi olarak kullanılırlar.

iv. *The Gas Float Whitton No 2*⁷⁰

Söz konusu davada niteliği tartışma konusu olan cisim, demirden yapılmış, tekne formunda, içinde gaz bulunan bir silindirik kap taşıyan, fakat hareket amacı bulunmayıp, bulunduğu yere demirlenmiş ve geceleri bu gaz yakılarak sabit bir deniz feneri olarak kullanılmakta olan bir yapı idi. Fırtınada demir tarayarak tehlikeli bir durum yaratmış ve davacıların gayreti ile emniyete alınmış, daha sonra kurtaranlar kurtarma ücreti talebi ile dava açmıştı.

Davada birinci derece mahkemesi söz konusu cismin hiç bir taşıma işinde kullanılmadığını ve zaten hacmi itibarı ile içinde mürettebatın bulunabileceği mekân da olmadığını tesbit ederek, bu yapının gemi olarak kabûl edilemeyeceğine hükmetmiştir. Karar temyiz edilmiş, son aşamada *House of Lords* tarafından da onaylanarak kesinleşmiştir.

Bu karar da bu konu hakkındaki ilk içtihatlardan bir tanesidir ve halen de bir çok davada emsâl olarak anılmaktadır. Kararda, bir yönü ile sey-rüsefer (*navigation*) unsuru da ele alınmış olmakla beraber, daha çok taşıma fonksiyonu üzerinde durulmuş, cismin bir taşıma aracı olarak kullanılmaya elverişli olmadığı ve zaten bu amaçla da inşa edilmediği kıstasına ağırlık verilmiştir.

v. *Marine Craft Constructors Ltd. v. Erland Blomqvist (Engineers) Ltd.*⁷¹

Bu uyumsuzluğa konu olan maddî olayda da, dubalara kurulu bir plâforma monte edilmiş halde bir yüzer vinç (*floating crane*) bulunmaktadır. Fakat vinç bir süre sonra yerinden çıkarılmış, daha sonra vincin üzerinde çalıştığı döner dişli yatak da (*swivel ring*) bulunduğu yerden çıkarılarak satılmış ve alıcısına teslim edilmek üzere, platformun üstünde nakledilmiştir.

Mahkeme, bu cismin denize elverişliliği yönünden çıkan tartışmada, bu taşıma olgusuna dayanarak, dubayı gemi olarak nitelendirmiştir; böylece, yük taşıma işi, bir cismin gemi olarak nitelendirilmesinde başlı başına bir unsur olarak kabûl edilmiştir.

Kararda, dubanın bir yükü taşırken nitelendirilmesinde esas alınacak kıstas ile, üzerindeki vinç ile birlikteki hâlinde nitelendirilirken önem taşı-

⁷⁰ *Wells v. The Owners of the Gas Float Whitton* [1897] AC 337 (RAINEY, a.g.m. s. 66'dan naklen).

⁷¹ [1953] 1. *Ll. L. Rep.* 514.
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

yacık kıstas hakkında da mukayese yapılmış ve bu durumda iken de gemi sayılıp sayılmayacağı bakımından daha ayrıntılı bir tartışma açılabilceği ima edilmiştir.

Bu açıdan bakılınca, bir faraziye olarak, söz konusu yapının orijinal hali ile gemi olarak kabûl edilmeme ihtimalinin bulunduğu, fakat bir üçün-cü kişiye ait yükün taşınmasında kullanıldığı sırada ve bu sebeple gemi olarak nitelendirilmesinin makûl görüldüğü ileri sürülebilir⁷². Özellikle de, aşağıda da değinileceği gibi, taşımanın bir sözleşmenin ifası amacı ile yapılmasında olduğu gibi.

vi. *Dependable Marine v. Commisioners of Custom*⁷³

Bu davanın konusunu da *ski-craft* diye anılan ve sportif amaçlar ile kullanılan bir cisim teşkil etmekte idi. *Ski-craft*, tekne formunda bir yapı olup, içinde motoru bulunan ve uzaktan kumanda düzeneği ile, su kayağı yapanların kullanmasına yarayan bir araçtır. İnsan taşımak için yeterli kapasitesi de bulunmamaktadır.

Dolayısı ile, mahkeme gemi olarak kabûl etmemiştir.

vii. *Steedman v. Scofield and Another*⁷⁴

Uyuşmazlıkta, *jet-ski* hakkında nitelendirilme yapılması söz konusu olmuş ve mahkeme jet-skinin yapısı itibarı ile bir yerden bir başka yere yolcu taşımak için elverişli olmadığını, kullanılmasının bir yolcu taşıma sözleşmesi olamayacağını, burada sadece spor ve eğlence amacının, özellikle de hız yapmak hevesini tatmin etmek arzusunun bulunduğunu, dolayısı ile de jet-skinin gemi olarak kabûl edilemeyeceğine hükmetmiştir.

Bu karar ile de, taşıma faaliyetinin -veya fonksiyonunun- bir cismin gemi olarak nitelendirilmesinde dikkate alınacak bir kıstas olduğu ortaya konulmuştur. Ayrıca, taşımanın, bir taşıma sözleşmesine dayanılarak yapılması gerekeceğine de *-in obiter-* işaret edilmiştir.

viii. *Addison v. Denholm*⁷⁵

Bu davada konu, bir *flotel* için nitelendirme yapılması idi⁷⁶. Davanın konusu olan *flotel*, bir petrol sondaj plâtförmünün yanına bağlanmış durmakta ve plâtförmde çalışan işçiler için yatakhane ve hizmet binası olarak

⁷² GAHLEN, a.g.m., 263.

⁷³ (1965) 1. Ll. L. Rep. 550.

⁷⁴ [1992] 2 Lloyd's Rep. 163.

⁷⁵ *Addison and Others v. Denholm Ship Management UK. Ltd.*, [1997] ICR 770.

⁷⁶ *Flotel*, 'floating hotel' tanımının kısaltmasıdır.

kullanılmakta idi. Kendi hareket gücü olmayıp, gerektiğinde yedekte çekilerek götürülebiliyordu. Tekne formunda olması ve içindeki insanları koruyucu bir yapıya sahip bulunması ve zaten içinde insanların barındırılması için kullanıldığı dikkate alınarak ve hareketi gerektiren bir amaca tahsis edilmemiş olmakla beraber, yedekte çekilerek de olsa bir yerden bir başka yere götürülebilmesinin mümkün olması sebebi ile, gemi olarak kabûl edilmiştir.

Bu kararda da “kaplumbağa sendromu” dikkati çekmektedir. Gemi olarak kabûl edilen cisim, belki yapısı itibarı ile de gemiye benzemekte idi ise de, içinde barındırılan kişiler, orada bir yolcu taşıma sözleşmesine dayanılarak bulunmamakta, iş sözleşmesinin hükümleri gereğince barınmaktadırlar. O cisim, velev belli mesafelere yedekte götürülebilmekte ise de, amaç insanları bir yerden bir başka yere taşımak olmayıp, hizmet ilişkisi içindeki personel için yatacak yer temin etmek idi.

ix. *Perks v. Clarke*⁷⁷

Bu davada uyumsuzluk konusu, sondaj istasyonunun gemi sayılıp sayılmayacağı noktasında idi. Mahkeme taşımanın geminin tarifinde esaslı bir unsur teşkil etmediğini, ayrıca geminin tanımlanmasında, bir cismin denizde kontrol altında sevk ve idare edilmesinin, yani navigasyon kabiliyetinin önem taşımayacağını, esasen navigasyonun suda hareket etmenin dışında başka bir anlama gelmediğini ve asıl kıstasın denizde bir iş yapmak olduğunu kabûl etmiş ve sondaj istasyonunu gemi olarak nitelendirmiştir.

Karar bu yönü ile, *Von Rocks* kararı ile paralellik göstermektedir. Kanaatımızca ve yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, bu gerekçe çok esnek bir kıstas getirmektedir. Denizde iş yapmak, ancak bazı cisimlerin tartışmaya gerek görülmeyecek kadar bariz sebepler ile istisna edilmesinin dışında, denizde kullanılabilen her türlü cismi, nesneyi, aracı kapsayacak bir kıstas teşkil eder. Olsa olsa, bir kaç kişiyi taşıyabilecek küçük bir kayak, marinalarda, bağlı teknelere ufak tefek ihtiyaç maddesi götürüp getirmekte kullanılan botlar, vb. gemi tanımının dışında kalabilir.

x. *R. v. Goodwin*⁷⁸

Bu kararda da tartışma konusu bir *jet-ski (waverunner)* hakkında idi. Kullanan ile birlikte iki de yolcu taşıyabilmesine rağmen, bu aracın asıl

⁷⁷ [2001] 2 *Lloyd's Rep.* 431.

⁷⁸ [2006] 1 *Lloyd's Rep.* 432.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

amacının spor olduğu ve dolayısı ile, taşıma fonksiyonunun asıl tanımına uymadığı böylece gemi olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varılmıştır.

xi. *The Slops*

Adı *The Slops* olan eski bir tanker, gemilerden atık yağ almak ve depolamak için Pire limanında, devamlı surette karaya bağlı olarak kullanılmakta idi. Pervanesi ve dümeni çıkarılmıştı ve hareket ettirilmemekte idi. Sadece, depolanan yağ gerektiğinde yanına yanaşan başka teknelere aktarılıyordu. Çıkan bir yangının sonucunda, çok miktarda yağ dışarı sızdı ve limanda büyük bir kirlenme meydana geldi. Fiilen tanker olarak kullanılmadığı için, CLC⁷⁹ ve Fon Konvansiyonları'nın⁸⁰ öngördüğü sigortası yoktu ve zarar görenler Fon'u dava ettiler. Fon, *The Slops* anılan Konvansiyonlar'a göre gemi niteliğinde olmadığı için, ödeme yapmayı kabûl etmedi, fakat Yunanistan Yüksek Mahkemesi *The Slops*'u Konvansiyon kapsamına giren bir gemi olarak nitelendirip, Fon'un sorumlu olduğuna karar verdi.

The Slops, tanklarında petrol bulunmakla beraber, bunları taşımak için buldurmuyordu ve hiç bir zaman da yerinden oynatılmamakta idi. Buna rağmen mahkeme, gemi niteliğinin tayini için taşıma fiilini / amacını bir kıstas olarak kabûl etmeyip, anılan cismi, söz konusu Konvansiyonlar'ın anlamında gemi olarak kabûl etmiştir⁸¹.

Bu karar da "kaplumbağa sendromu" nu yansıtmaktadır. *The Slops* sadece bir sabit depo olarak kullanılmakta idi, taşıma fonksiyonu yoktu ve yedekte çekilmesi için gereken donanımına bile sahip değildi.

Mukayese imkânını, olanaklar ölçüsünde arttırabilmek için, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin (*Supreme Court of the United States*) bazı kararlarına da değinmekte yarar gördük.

xii. *The Robert W. Parsons*⁸²

Bu kararda Yüksek Mahkeme bir aracın gemi olarak nitelendirilmesi için tonajına, formuna, teçhizat ve donanımına, itici gücüne bakılmayacağını, sadece o aracın ne amaçla yapıldığının ve hangi amaç ile kullanıldı-

⁷⁹ Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukukî Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşme, Londra 27 Kasım 1992.

⁸⁰ Petrol Kirliliği Zararının Tazmini için bir Uluslararası Fon Kurulması ile İlgili Uluslararası Sözleşme, Londra 27 Kasım 1992.

⁸¹ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. de la RUE, Collin and ANDERSON, Charles B., *Shipping and the Environment*, Routledge, 2. ed., Oxon 2015, s. 246-247.

⁸² 26 Ekim 1903, 191 U.S. 17 (1903).

ğının önem taşıyacağını belirtmiştir⁸³ ve gemiyi suyun üstünde bir şey taşıyabilecek yüzen bir yapı olarak tanımlamıştır⁸⁴.

xiii. *Evansville & Bowling Green Packet Co. v. Chero Cola Bottling Co.*⁸⁵

Kararda, rıhtıma bağlı duran bir iskele (*wharfboat*) gemi olarak kabûl edilmemiştir . Söz konusu yapı, iskeleye bağlı olarak durmakta ve sadece iskeleden gemilere ve gemilerden iskeleye nakledilecek yüklerin aktarılması için kullanılmaktadır, her hangi bir taşıma fonksiyonu bulunmamaktadır.

xiv. *Norton v. Warner and Co.*⁸⁶

Bu davada verilen kararda, bir mavnanın, kendi hareket gücü olmasa da, yük taşımak için kullanıldığı dikkate alınarak, gemi olarak nitelendirilmesi gerektiği kabûl edilmiştir.

xv. *Jerome B. Grubart, Inc. v. Great Lakes Dredge & Dock Co.*⁸⁷

Bu davada verilen kararda, zaman zaman demirli vaziyette tutulup çalışma plâformu veya atölye görevi yapan, fakat asıl olarak yük taşımak için kullanılan bir mavnanın gemi sayılacağı kabûl edilmiştir.

xvi. *Willard Stewart v. Dutra Construction Co.*⁸⁸

Bu davada tartışma konusu olan cisim, bir tarak dubası (*dredger*) idi ve mahkeme bunu gemi olarak nitelendirmiştir. Kararda, su üstünde taşıma aracı olarak kullanılan veya kullanılabilir olan her türlü su aracının veya cismin gemi olarak nitelendirileceği ifade edilmiştir. Mahkeme kararında, tarak dubalarının su üzerinde makine ve teçhizat taşıdığını, mürettebat nakil ettiğini gerekçe olarak göstermiştir.

xvii. *Lozman v. City of Riviera Beach, Florida*⁸⁹

Davada, bir yüzen evin (*floating home*) gemi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tartışılmış ve Yüksek Mahkeme bir cismin gemi olarak nitelendirilebilmesi için sadece kendi aksamını, diğer bir ifade ile mütemmim cüzleri ile teferruatını taşımasının yeterli olamayacağını, aslı

⁸³ ... only the purpose for which the craft was constructed and the business in which it is engaged ...

⁸⁴ ... a floating structure ...capable of transporting something over the water ...

⁸⁵ 12 Nisan 1926, 271 U.S. 19 (1926).

⁸⁶ 27 Mart 1944, 1944 AMC 337.

⁸⁷ 22 Şubat 1995, 513 U.S. 527 (1995).

⁸⁸ 22 Şubat 2005, 2005 AMC 609.

⁸⁹ 15 Ocak 2013, 2013 AMC 1.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

fonksiyonunu yerine getirmek için makine ve teçhizat taşınmasının da önem ifade etmeyeceğini, asıl olanın yolcu veya yük taşınması olduğunu kabûl ederek, ancak malikinin eşyasını taşıyan yüzen evin gemi olarak kabûl edilemeyeceğini ifade etmiştir⁹⁰.

2. Navigasyon Unsuruna (Kabiliyetine) Ağırlık Veren Kararlar⁹¹

Yukarıda da ifade etmeye çalıştığımız surette, gemi bir yerden bir başka yere gidilebilmesi için icat edildi, başlıca bu amaçla geliştirildi. Bu amaç, doğal olarak, salt denizde gezinmek ile sınırlı değildi, yukarıda da işaret edildiği gibi, asıl olan bir yerden bir başka yere insanları ve/veya eşyaları götürmek idi. Bu amaca ise, ancak, plânlı, programlı ve belli kurallara uyularak yapılacak seyirler ile erişilebilir, ki bu tür harekete seyrüsefer / navigasyon (*navigation*) denir.

Deyim yerinde ise, *geminin gemiliği, denizde⁹² belli bir plâna uygun olarak ve belli kurallara riayet edilerek sevk edilebilme kapasitesi / imkânı ile anlaşılır.*

Salt suyun üstünde durabilen (*floatable*)⁹³, fakat tabiat şartlarının etkisi ile rüzgâra veya dalgaya kapılıp dolaşan cisimlere gemi denemez. Önemli olan, denizde hareket etmek değildir, hareket kabiliyeti belli amaç için, belli bir fonksiyonu ifa etmek için olmalıdır. Hareket kabiliyeti planlı surette ve belli kurallara uyularak seyir edebilecek kapasiteyi / kabiliyeti ifade etmelidir, sandalla çapariye çıkmak değildir.

Navigasyon İngilizce'de, *controlled movement at sea as a purpose or vocation* olarak tarif edilir⁹⁴.

Tetley, navigasyonun geminin bütün seyrini kapsadığı ve seferin tamamlanıp geminin rıhtıma bağlandığı zaman sona erdiğini söyler⁹⁵.

⁹⁰ ... line between items transported from place to place (e.g., cargo) and items that are mere appertunances ...

... it carried, not passengers or cargo, but at the very most ... only its own furnishings, its owner's personal effects, and the personnel present to assure the home's safety.

⁹¹ Aşağıda seyrüsefer kelimesi ile navigasyon kelimesini eş anlamlı olarak kullanacağız.

⁹² Denizde derken, yine belli kurallara uygun hareket etmenin icap ettiği, denizciliğin (*seamanship*) gereklerine lüzûm duyulan boyuttaki göllerde yapılan seyirleri de öngörmekteyiz; meselâ, Hazar Denizi gibi, Hudson, Michigan Gölleri gibi.

⁹³ TK. md. 931 (1) ... yüzme özelliği bulunan ...

⁹⁴ GAHLEN, a.g.m., s. 260.

⁹⁵ ... whole period up to the conclusion of the voyage and making fast alongside. TETLEY, William, *Marine Cargo Claims*, 4th ed., 2008, s. 955-957.

Navigasyon kapasitesi o cismin aslî fonksiyonunun, asıl tahsis amacının içinde bulunmalıdır, onun *lâzım-ı gayr-i müfariki* olmalıdır; yoksa, asıl amacının gerçekleştirilebilmesi için zaman zaman başvurulacak bir unsur olarak değil.

Bu şart, özellikle yolcu ve/veya yük taşınmasında söz konusu olur ve bu itibarla, *taşıma* unsuru ile *navigasyon* unsuru, genellikle bir arada bulunur.

Nasıl taşımının, belli bir sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilmesi amacı ile yapılması gerekmekte ise, navigasyon da belli bir sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilmesi için zorunlu unsur olmalıdır. Meselâ, bir navlun sözleşmesinin ifası amacı ile yapılan taşıma gibi, bir cismin navigasyon kabiliyeti de, bir navlun sözleşmesinin ifası amacı ile bulunmalıdır. Buna mukabil, sık sık tartışıldığı gibi, tarak gemilerinin, yüzebilen sondaj plâformlarının veya petrol depolamak ve aktarmak için kullanılan teknelerin (*FSO*) hareket kabiliyetleri, asıl fonksiyonlarının yerine getirilebilmesi için, şartlara göre, aranacak unsurdur.

Hareket kabiliyeti denildiği zaman, bir cismin gemi olarak nitelendirilebilmesi için, kendi hareket ettirici gücüne ⁹⁶ sahip olmasının gerekip gerekmediği tartışma konusu yapılagelmektedir.

Kanaatımızca, bir cisme gemi diye bakılabilmesi için kendi hareket kabiliyetine, diğer bir deyiş ile, kendi enerji kaynağına ⁹⁷ sahip olması aranmalıdır. Kendini götüremeyen bir nesneyi nasıl gemi diye kabûl edelim? Bununla beraber, denizde planlı ve kurallara uygun olarak seyir kabiliyetine sahip olan, fakat kendi itici gücü bulunmayan o kadar çok cisim kullanılmaktadır ki, bazı asgarî şartları gerçekleştiren cisimlerin de, navigasyon kabiliyetine sahip olduğu, yani *navigable* olduğu kabûl edilmektedir ⁹⁸.

Bu başlık altında da, yukarıda yapıldığı gibi, bazı tipik mahkeme kararları incelenecektir.

Önce, yine İrlanda Yüksek Mahkemesi (*Irish Supreme Court*)' nin kararı ile başlayalım.

⁹⁶ Geminin *self-propelled* olması veya *motive power* bulunması.

⁹⁷ *Motive power* veya *self-propelled* olması.

⁹⁸ İhtiyaten belirtelim ki, esasında kendi enerji kaynağı bulunan, fakat geçici sebepler ile kendini yürütmek imkânını kayıp etmiş olan, dolayısı ile de sahile bağlı duran veya kızağa çekilmiş bulunan veya yedekte çekilen gemiler, yine gemi olarak kabûl edilecektir. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)*

i. *Targe Towing Limited and Scheldt Towage Company NV. v. The Owners and All Persons Claiming an Interest in the Vessel "Von Rocks"*⁹⁹

Mahkeme *Von Rocks* isimli tarak dubasının, su üzerinde belli bazı iş-leri görmek için tasarlanmış ve inşa edilmiş bir yapı olduğunu ve bu amaç için su üzerinde uzun mesafeler kat edebilecek özelliğe sahip bulunduğunu ve filhakika *Von Rocks*'un, yedekte çekilerek de olsa, uzun mesafeler kat ettiğini dikkate almış ve ayrıca navigasyonun 'bir yerden bir başka yere serbest ve kontrollü şekilde gitmek' anlamına gelmekle beraber, sadece belli bir hedefe insan veya eşya götürmek olarak yorumlanamayacağını da ileri sürerek, söz konusu cismi gemi olarak nitelendirmiştir.

Mahkeme, diğer taraftan, navigasyon unsuru bakımından aracın kendi hareket gücüne veya dümen tertibatı veya benzer bir yönlendirme düzeneğine sahip bulunmasının şart olmadığına da karar vermiştir.

Kanada Federal Temyiz Mahkemesi (*Canadian Federal Court of Appeal*)'nin yukarıda da işaret ettiğimiz kararı da benzer bir görüşü yansıtmaktadır.

ii. *The Queen (Canada) v. St. John Ship Building and Dry Dock Co.*¹⁰⁰

Davada uyuşmazlık konusu, kendi itici gücü bulunmayan bir yüzer vincin gemi sayılıp sayılmayacağı hakkında idi. Vinç, çoğunlukla görüldüğü gibi, dubaların üzerinde bir plâforma monte edilmiş değildi, fakat büyük ve yük taşımaya elverişli olan bir mavnanın üstüne kurulmuştu. Bu mavna ile aynı zamanda açıkta demirlemiş olan gemilerden limana yük taşınmakta idi. Mahkeme mavnanın yük taşıma kapasitesinin yanı sıra ve özellikle -yedekte çekilerek de olsa- belli mesafeleri kat edebilme gücünü dikkate alarak, navigasyon kabiliyetine sahip bulunduğuna ve dolayısı ile de gemi olduğuna karar vermiştir.

iii. *Steedman v. Schofield and Another*¹⁰¹

Yukarıda da değindiğimiz bu kararda, mahkeme jet-skinin denizdeki hareket kabiliyetinin, sadece spor yapmak amacı ile kısıtlı olduğunu, bunun da navigasyon anlamına gelmeyeceğini kabûl ederek, jet-skinin gemi

⁹⁹ *Irish Supreme Court*, 22 Ocak 1998, [1998] *The Irish Reports* 41 et seq.; [1998] 2 *Lloyd's Rep.* 198.

¹⁰⁰ Canadian Federal Court of Appeal tarafından 1981 yılında verilmiş olan karar; GAHLEN, a.g.m., s. 259 ve 264'den ve RAINEY, a.g.m., s. 73'den naklen.

¹⁰¹ [1992] 2 *Lloyd's Rep.* 163.

sayılmamasına imkân olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, böylece tarifine uygun bir hareket yeteneği bulunan cisimlerin, gemi olarak nitelendirilmelerinin gerekeceğini belirtmiş olmaktadır.

Mahkeme, navigasyonun suda hareket etmek demek olmadığını, bir yerden bir başka yere planlı ve düzenli bir surette gidilmesi anlamına geldiğini ifade etmiş, bunun da yolcunun veya eşyanın amaçlanmış bulunan yere denizcilik tekniğine ve yöntemlerine uygun surette taşınması sureti ile gerçekleştirildiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, jet ski sürat yapmak hevesinin tatminine yarayacak bir araçtır, navigasyon kabiliyetine sahip değildir.

iv. *Perks v. Clarke*¹⁰²

Bu davada verilen karar da ise, yukarıda değindiğimiz kararın aksine, navigasyonun geminin nitelendirilmesinde bir unsur olarak ele alınmasının gerekli olmadığı, zaten navigasyonun suda hareket etmek¹⁰³ anlamına geldiği ifade olunmuştur.

v. *R. v. Goodwin*¹⁰⁴

Bu davada mahkeme *Perks v. Clarke* davasındaki karardan farklı bir sonuca varmış ve bir cismin gemi olarak kabûl edilebilmesi için onun navigasyon kapasitesine sahip bulunmasının şart olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, navigasyonu, bir yerden bir başka yere gidilmesi için icra edilen planlı hareket olarak tanımlamış¹⁰⁵ ve spor için kullanılan tekneler bakımından bu özelliğin bulunmadığını belirtmiştir.

vii. *Cook v. Dredging & Construction*¹⁰⁶

Bu davada uyuşmazlık, yüzen pompa cihazının gemi sayılıp sayılmayacağı hususunda idi. Tartışma konusu olan cisim, kendi itici gücü bulunmayan, dipteki çamuru emme gücü yüksek pompa düzeneği ile çekip mavnalara boca eden bir araçtı. Mahkeme, kendi enerji kaynağı bulunmasa da, yedekte, oldukça uzak mesafelere götürülebildiğini (bir seferinde Rotterdam'dan Aden'e) dikkate alarak bu aracın navigasyon kabiliyetine sahip olduğunu kabûl etmiş ve gemi olarak nitelendirmiştir.

¹⁰² [2001] 2 *Lloyd's Rep.* 431.

¹⁰³ *Movement across water.*

¹⁰⁴ [2006] 1 *Lloyd's Rep.* 432.

¹⁰⁵ ... vessel used in navigation ... vessels which are used to make ordered progression over the water from one place to another ...

¹⁰⁶ [1958] 1 *Ll. L. Rep.* 334.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

viii. *The Gas Float Whitton No 2*¹⁰⁷

Yukarıda da değinmiş olduğumuz bu kararda, mahkeme tartışma konusu olan cismin, sadece fener görevi yapmakta olduğuna; seyrüsefer amacının ve fonksiyonun bulunmadığına ve dolayısı ile de gemi olarak nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir.

ix. *Merchant's Marine Insurance Ltd. v. North of England Protection and Indemnity Association*¹⁰⁸

Dubanın üzerine monte edilmiş ve gerektiğinde yedekte çekilebilen bir vincin esas fonksiyonunda navigasyon unsuru bulunmadığına ve yer değiştirmenin aslî iş değil, fakat ancak ihtiyaçlar karşısında yapıldığına bakılarak, gemi olmadığına karar verilmiştir.

x. *The Robert W. Parsons*¹⁰⁹

Bu kararda Yüksek Mahkeme bir aracın gemi olarak nitelendirilmesi için tonajına, formuna, teçhizat ve donanımına, kendi itici gücünün bulunup bulunmadığına bakılmayacağını, sadece o aracın ne amaçla yapıldığının ve hangi amaç ile kullanıldığının önem taşıyacağını belirtmiştir¹¹⁰ ve gemiyi suyun üstünde bir şey taşıyabilecek yüzen bir yapı olarak tanımlamıştır¹¹¹.

Kararda navigasyon unsuruna çok açık bir ifade ile değinilmiş olduğu söylenemez, fakat asgarî olarak, navigasyon unsuru bakımından kendi hareket gücüne sahip olmanın zorunlu bulunmadığı belirtilmiştir.

V. DOKTRİN

Konuyu doktrinadaki görüşler açısından da ele almak icap eder.

Mesele Türk doktrininde, gerek ETK.'nun gerekse de YTK.'nun ilgili maddelerinin açıklanmasının dışında ele alınmamıştır. Biz de konuya, yukarıda, Giriş başlığı altında değindiğimiz çalışma vesilesi ile eğilme fırsatını elde ettik¹¹².

¹⁰⁷ *Wells v. The Owners of the Gas Float Whitton* [1897] AC 337 (RAINEY, a.g.m., s. 66).

¹⁰⁸ (1926) 26 Ll. L. Rep., 201.

¹⁰⁹ 26 Ekim 1903, 191 U.S. 17 (1903).

¹¹⁰ ... only the purpose for which the craft was constructed and the business in which it is engaged ...

¹¹¹ ... a floating structure ...capable of transporting something over the water ...

¹¹² Bununla beraber bkz. ÇAĞA, Tahir / KENDER, Rayegân, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 15. baskı, İstanbul 2009, s. 47 vd.; KENDER, Rayegân / ÇETİNGİL, Ergon / YAZICIL-YUHFD Vol. XIII No. 1 (2016)

Yabancı doktrindeki belli başlı görüşleri ise, aşağıdaki şekilde özetlemek mümkündür.

Chircop, görüşlerini, esas olarak, Kanada Hukuku'na dayandırmakta ve gemiyi, kısmen de olsa, navigasyon gereğini icap ettirecek amaçla kullanılan her hangi bir cisim olarak tarif etmektedir.

Ayrıca, yazar, bir cismin gemi olarak nitelendirilebilmesi için yapısı itibarı ile de, navigasyona müsait bir formda olması gerektiğini eklemekte ve böyle bir yapısı olmayan veya navigasyon kabiliyeti bulunmayan araçların gemi olarak değil fakat denizde her hangi bir hizmet / iş için kullanılan araçlar olarak tanımlanabileceğini ifade etmektedir.

Chircop, kendi itici gücü bulunmayan araçların da gemi olarak kabûl edilebilecekleri, ancak yapılarının, belli bir hareket imkânına elverişli olması gerektiği fikrindedir¹¹³.

Hare konuyu Güney Afrika Hukuku bakımından ele almakta, öncelikle taşıma kapasitesine ağırlık vermekte ve suyun üstünde veya altında taşıma işleri için veya başka her hangi bir amaçla kullanılan aracı, gemi olarak nitelendirmektedir¹¹⁴.

Gahlen, konunun ayrıntılı bir surette tartışıldığı makalesinde, bir cismin gemi olarak tanımlanabilmesi için dört kıstas öngörmektedir: (1) Yüzme özelliği, (2) Kontrollü hareketlerde kullanılması (ki, kanaatimce navigasyon kabiliyeti kast edilmektedir), (3) Yük veya yolcu taşınması ve (4) Denizde gidebilmesi¹¹⁵.

Jackson'a göre asıl kıstas navigasyon kabiliyetidir ve navigasyon bir yerden bir başka yere gidilmesi için serbest ve planlı bir hareket olup, insanların veya eşyanın amaçlanan hedefe taşınması anlamına gelir¹¹⁶

Meeson'a göre de geminin tanımında esas unsur navigasyondur ve gemiyi seyrüsefere elverişli bir araç olarak tanımlar¹¹⁷.

OĞLU, Emine, *Deniz Ticareti Hukuku - Temel Bilgiler*, 14. bası, İstanbul 2014; SÖZER (2.b.), 19-24, 69-115; SÖZER (Ders Kitabı-I), 13-24; SÖZER (Gemi), 15-51.

¹¹³ CHIRCOP, Aldo, *et al.*, *Canadian Maritime Law*, 2nd ed., Toronto 2016, s. 277-279.

¹¹⁴ HARE, John, *Shipping Law & Admiralty Jurisdiction in South Africa*, 2nd ed., Claremont 2016, s. 191.

¹¹⁵ ... *ability to float, to be used in controlled movement, to carry goods or persons and the capacity to be sea-going.* GAHLEN, a.g.m., 269.

¹¹⁶ JACKSON, D.C., *Enforcement of Maritime Claims*, 4th ed., London 2005, s. 484. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)*

Griggs'in görüşü de geminin tanımında navigasyon kabiliyetine öncelik verilmesi gerektiği yolundadır¹¹⁸.

Schoenbaum, bir aracın gemi olarak nitelendirilebilmesi için onun eşya ve yolcu taşımak amacı ile inşa edilmiş bir yapı olması gerektiği fikrindedir ve aracın tahsis edildiği işin önem taşıyacağını, formuna, hacmine veya yapısına bakılmayacağını söyler¹¹⁹.

SONUÇ

Göstermeye çalıştık ki, denizcilikte çok ileri gitmiş olduğu gibi, Deniz Ticareti Hukuku'nun ve özellikle de deniz sigortalarının gelişmesinde büyük rolü olan İngiliz hukukçuları ve daha da sonra Amerikan hukuk çevreleri, geminin tarifinde anlaşmamaktadırlar.

Geminin, yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi, çok çeşitli alanlarda ve amaçlar için kullanılması, odak noktasını teşkil ettiği bir çok uluslararası konvansiyonda da farklı şekilde tarif edilmesine yol açmıştır.

Her hangi bir uyumsuzlukta, olaya uygulanabilecek olan kuralda gemi için açık bir tarif bulunduğu takdirde, bu tarif dikkate alınacaktır.

Böyle bir tarifin bulunmadığı veya tarif üzerinde tereddüt edildiği veya çelişkili tariflerin bulunduğu hallerde nasıl bir yol izlenebilir ?

İki unsur esas alınabilir: Taşıma kapasitesi ve navigasyon kabiliyeti. Zaten, gemiyi gemi yapan bu iki unsurdur.

Taşıma kapasitesi, geminin navlun sözleşmesi gereğince yük ve/veya yolcu taşıma sözleşmesi gereğince yolcu taşımak amacı ile kullanılmasını gösterir ve burada önemli olan 'kaplumbağa sendromu' na dikkat edilmesidir.

Navigasyon kabiliyeti, geminin belli bir plân ve program içinde kontrollü olarak ve geçerli kurallara uygun surette, bir yerden bir başka yere sevk edilebilme yeteneğini gösterir.

¹¹⁷ ... essence of a ship is that it is a seagoing vessel in the sense of being a navigable object. MEESON, Nigel, *Admiralty Jurisdiction and Practice*, 3rd ed., London 2003, s. 20.

¹¹⁸ ... any structure ... launched and intended for use in navigation ..., GRIGGS, Patrick, et al., *Limitation of Liability for Maritime Claims*, 4th ed., London 2005, s. 12.

¹¹⁹ SCHOENBAUM, Thomas J., *Admiralty and Maritime Law*, 4th ed., St. Paul, MN. 2004, s. 36, 38.

Şu halde, açık bir tarifin bulunmadığı hallerde, bir cismi gemi olarak nitelendirilebilmek için, bu iki unsur veya kıstas dikkate alınarak karar verilebilir.

ULUSLARARASI VE ULUSAL HUKUKTA KADININ İNSAN HAKLARI

(WOMEN'S HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL AND NATIONAL LAW)

Öğr. Gör. / Adj. Prof. Nazan MOROĞLU¹

ÖZET

Bu makalede, uluslararası hukukta ve Türk hukukunda kadının insan haklarında görülen gelişmelere yer verilmiştir. Birinci bölümde doğrudan kadın haklarına ilişkin (başta BM Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi “CEDAW” olmak üzere) uluslararası düzenlemeler ve ikinci bölümde Türk hukukunda yaşanan gelişmeler ele alınmış; üçüncü bölümde yasaların yapılışında ve uygulanmasında karşılaşılan ayrımcılıklara dikkat çekilmiştir. Evrensel bir değer olarak benimsenen *insan hakları*, kanun önünde herkese eşit olarak tanınmış olsa bile, yaşamın birçok alanında cinsiyete dayalı ayrımcılık devam etmektedir. Sürdürülebilir kalkınma hedeflerine ulaşmak ve gerçek demokrasiyi yerleştirmek için zihniyet değişikliğine ihtiyaç vardır. Sonuç bölümünde, zihniyet değişikliğini sağlamak amacıyla eğitimin her aşamasında “kadının insan hakları” konusunun ele alınması bakımından yasalarda ve yaşamda toplumsal cinsiyet eşitliği anlayışının yerleştirilmesinin önemine değinilmiştir.²

¹ Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi ve İstanbul Kadın Kuruluşları Birliği Koordinatörü, **e-posta:** nazan.moroglu@gmail.com

² Türkiye’de Kadın Hukuku dersi ilk olarak Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesinde, Dekan Sayın Prof. Dr. Haluk Kabaalioglu’nun kararıyla hukuk eğitimi programına alınmıştır. 2004 yılından itibaren lisans düzeyinde “Uluslararası ve Ulusal Hukukta Kadının İnsan Hakları” adı ile seçimli ders olarak verilmektedir.

<http://law.yeditepe.edu.tr/akademik-2/lisans/ders-icerikleri/> (erişim tarihi: 5 Aralık 2016). Bu yazı, kadın hukukuna ilişkin ders içeriğinin bir özetini yansıtmak amacıyla kaleme alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kadının insan hakları, toplumsal cinsiyet, toplumsal cinsiyet eşitliği, kadına yönelik şiddet, adalete erişim, CEDAW, İstanbul Sözleşmesi.

ABSTRACT

This essay intends to adress the progress of the women's human rights at international law and Turkish law. Despite human rights as an universal value recognise that all are equal before law, all forms of discrimination against women are still existing. The first part of this paper focuses on the international law regarding to women's human rights, e.g. Convention on Elimination of all forms of Discrimination Against Women (CEDAW); the second part focuses on the Turkish law and the third part focuses on the lack of attention legislative and judicial powers to gender equality. To reach the sustainable development goals the first requisite step is to change the mentality regarding gender equality.

Keywords: *Women's human rights, gender equality, access to justice, violence against women, CEDAW, Istanbul Convention.*

GİRİŞ

Çağdaş demokratik hukuk devletlerinde, hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin herkesin kanun önünde eşit olması insan haklarına saygının temel göstergesi olarak kabul edilmektedir. Bu açıdan, bir ülkede insan haklarının ve somut içeriği olan kadın haklarının geliştirilmesi için yapılan her çalışma, o ülkede demokratikleşmeye ve sürdürülebilir kalkınmaya destek oluşturmaktadır. Bu yazıda hukuki açıdan ele alacağımız kadın haklarının hareket noktası insan haklarıdır.³

³ Pekin Eylem Platformu ve Deklarasyonu md. 14, Ankara 1996, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü yayını, s.4; **Menzel** Birgit, *Frauen- und Menschenrechte*, Frankfurt 1994, s. 43.; İnsan haklarından eşit olarak yararlanmak amacıyla yapılan çalışmalarda ve Kadın Çalışmaları Bilim Dalında, hareket noktası insan hakları olması nedeniyle kadın hakları yerine “kadının insan hakları” kavramı kullanılmaktadır; <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform/human.htm> (erişim tarihi: 21 Aralık 2016).

Dünyada ve ülkemizde hakların varlığıyla kullanımı arasında kadınlar aleyhine belirgin bir ayrım olduğu görülmektedir. Bu ayrımcılık günümüzde de değişik alanlarda ve boyutlarda devam etmektedir. Aslında bir ülkede eğitimde, sağlıkta, ekonomide, sosyal, kültürel, siyasal yaşamda, var olan sorunlar, o ülkede kadın-erkek herkesi olumsuz etkilemektedir. Ancak, ülkesel, bölgesel ve küresel istatistiklere baktığımızda, kadınların bu sorunlardan daha yüksek oranda etkilendiği görülmektedir.⁴

Günümüzde geri kalmış veya gelişmiş farkı olmaksızın her toplumda kadınlara karşı ayrımcılık ve kadına yönelik şiddet olaylarına tanık olunmaktadır. Tarih boyunca felsefi görüşler⁵, gelenek, töre ve din kuralları etkisiyle “kadını” eş ve anne rolü sınırlayan, birey olarak görmeyen anlayış yasalarda kadın erkek eşitsizliğine, zaman içinde eşit haklar tanınsa da bu hakları kullanmada engellerle karşılaşmasına yol açmıştır. Kadın ile erkek arasındaki biyolojik farklılık, giderek toplumun bu iki cinsten beklentileri, her iki cinse yüklediği roller, görevler açısından farklılığa dönüşmüş ve cinslerarası eşitsizliğin meşru gerekçesi yapılmıştır. Erkeği kadına nazaran üstün konumda gören anlayış, erkek egemen zihniyeti kökleştirmiştir. Bir ülkede toplumsal cinsiyet eşitliğinden söz edebilmek için, kadınların haklara sahip olmada, bunları kullanmada ve kaynaklara ve hizmetlere erişimde erkeklerle eşit konumda olması gerekir. Toplumsal cinsiyet (gender) ilişkileri, zaman içinde kültürden kültüre değişse de hayatın birçok alanında erkeklerin egemen olduğu, kadınların genellikle ikinci plana itildiği görülmektedir. Bu bakış açısı özel yaşam ilişkilerini

⁴ Örneğin dünyada okur yazar olmayan 750 Milyon insanın yaklaşık 450 Milyonu kadınlardır. Türkiye’de okur yazar olmayan kadın oranı 9,2 iken, erkeklerde bu oran 1,8’dir. <http://www.haberyerimiz.com/gundem/bm-rakami-acikladi-dunyada-okuma-yazma-bilmeyen-insan-sayisi/5155> (erşim tarihi: 3 Ocak 2017).

⁵ PLATON, Devlet, (Çeviri: S. Eyüboğlu, A. Cimcoz), 8.Basım, İstanbul, 1995, s. 140-144 (453 a,c,e; 455 e; 456 b). Platon’un “... Kadınla erkek arasında büyük bir yaradılış farkı olduğunu inkâr edebilir misin? Gel de inkâr et! Öyleyse kadına yaradılışına uygun ayrı bir iş vermek lâzım ...” sözleri, kadın ve erkeğe farklı (roller) görevler yüklenmesi anlayışını yansıtmakta ve günümüzde toplumsal cinsiyet eşitsizliği olarak nitelenen zihniyetin izlerini göstermektedir. **Arat** Necla, Kadın Sorunu., s. 26: Homeros’un “Her adamın çocukları ve kadınları üstünde yasa koymak yetkisi vardır” sözleri patriyarkal zihniyeti açık bir şekilde yansıtmaktadır. 18. yüzyılda Fransız devrimine ışık tutan, eşitlik, özgürlük savunucusu J.J. Rousseau’ya göre: “erkekler ve kadınlar ‘öz’de farklı yaratılmışlar; kadınların temel görevi anneliktir ve kadın (Sophie), erkeğin (Emile) destekçisi olmalı, bu nedenle, kadınların ve erkeklerin eğitimleri de farklı olmalıdır”.

düzenleyen yasaların yapılışını da etkilemiştir. Nitekim, 1900'lerin başında düzenlenen Alman, Fransız, İsviçre ve birçok ülkenin Medeni Kanunlarında aile hukuku bölümü “koca ailenin reisi” hükmüyle başlamakta, ailede erkeğe üstün haklar tanımaktaydı. Medeni Kanun, Ceza Kanunu gibi temel yasalarda erkek egemen zihniyetin etkisiyle yapılan düzenlemeler, kadınlara karşı ayrımcılığın, toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin kökleşmesine yol açmıştır. Oysa, bütün uluslararası insan hakları belgelerinde, tüm insanların onur ve haklar bakımından eşit ve özgür doğdukları, herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklere hiçbir ayırım gözetmeksizin sahip olduğu ve *cinsiyete dayalı ayrımcılığın* kabul edilmezliği ilkeleri yer verilmiştir.⁶

Kadınların 1789 Fransız Devrimiyle başlayan eşitlik yolundaki mücadelesi, gerçek kimliğini ancak 20. yüzyılda bulmuştur. Fransız ihtilali sırasında baskıcı rejime karşı mücadelede yer alan kadınlar, Fransız Devrimi'nin “İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi”nde yer alan “insan ve yurttaş” kavramının kadınları kapsamadığının farkına varmışlardır. Devrimci kadınlar 1789 tarihli Yurttaş ve İnsan Hakları Bildirisine “homme” yerine “homme - femme” (erkek - kadın) yazılması taleplerinin kabul edilmemesi üzerine hazırladıkları “Kadın ve Yurttaş Hakları Beyannamesini” 1791 yılında ilan etmişlerdir. Bu belge tarihte ilk yazılı kadın hakları belgesidir. Ancak, devrim sürecine destek verenlerden Olympe de Gouges bu Beyannameyi okuduktan sonra 1793 yılında devrim mahkemesi kararıyla “doğa kurallarına başkaldırması” nedeniyle giyotine mahkum edilmiştir. İdam gerekçesi “kadının kendi cinsine yaraşmayacak şekilde politikayla ilgilenmesi ve ölümünün diğer kadınlara ibret olması” olarak açıklanmıştır. Çıkış noktası bir özgürlük ve eşitlik mücadelesi olan kadın hareketi, günümüzde de kararlılıkla devam etmektedir.

Bilindiği gibi, 20. yüzyılın başlarında Birinci ve İkinci Dünya Savaşlarında insanlık her açıdan yıkıma uğramış, acılar yaşamıştır. İkinci Dünya Savaşı sonrası savaşın yıkıcı etkilerini ortadan kaldırmak, dünyada barışı

⁶ 10 Aralık 1948 tarihinde yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi 1. maddesinde: “*Bütün insanlar, özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar.*” Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Doğru** Osman, Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İhtüzüğü, XII Levha, 2016. **Gözübüyük** Şeref/Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, 10. Bası, Ankara 2013; **Gemalmaz** Semih, Ulusüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri Cilt 2, Legal yay.; İstanbul, 2011. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)*

ve topyekûn kalkınmayı sağlamak amacıyla çok yönlü çalışmalar yapılmış, küresel ve bölgesel örgütler kurulmuştur. Bu örgütlerin en geniş katılımı “Eşitlik, Kalkınma, Barış” hedefiyle 1945 yılında kurulan Birleşmiş Milletler Teşkilatıdır. Türkiye’nin de üyesi olduğu Birleşmiş Milletler tarafından öncelikle herkesin eşit haklardan yararlanması amacıyla evrensel standartlar getirilen “*İnsan Hakları Beyannamesi*” düzenlenmiş ve 10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilmiştir. Hareket noktası insan hakları olan kadın hakları konusunda Birleşmiş Milletler bünyesinde yapılan çalışmalar 1970’li yıllardan itibaren ivme kazanmıştır.

Aslında bir ülkede kadın erkek eşitliği yolunda yapılan çalışmalar, aynı zamanda o ülkenin demokratikleşmesine katkıda bulunmak demektir.⁷ Kadınlara karşı toplumsal, hukuksal, ekonomik, siyasal, kültürel ve diğer alanlarda var olan ayrımcılığın kaldırılmasını sağlamak üzere, kadınların uluslararası düzeyde kararlı bir şekilde yürüttükleri çözüm arayışları, BM *Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi*’nin kabulü ile çok önemli bir noktaya ulaşmıştır. Özel olarak *kadınların* insan haklarına ilişkin bir Sözleşmenin kabulü büyük bir gereksinimi karşılamış ve kadın sorununun dünya gündemine taşınmasında ve çözüme kavuşana dek gündemde kalmasında önemli rol oynamıştır.

Uluslararası hukuk alanında doğrudan kadının güçlendirilmesi, kadın haklarının geliştirilmesi amacıyla hazırlanan Sözleşmeler, taraf devletlerin iç hukuklarında cinsiyete dayalı ayrımcılıkların kaldırılmasına, eşit hakların yaşama geçirilmesine destek oluşturmaktadır.

I. Uluslararası Hukukta Kadının İnsan Hakları

İnsan hakları sözleşmeleri yanında, uluslararası hukukta doğrudan kadın haklarına yönelik iki temel Sözleşmenin Türkiye tarafından onaylanmış olması, ülkemizde yasalarda ve yaşamda cinsiyete dayalı ayrımcılıkların kaldırılmasının ve kadına yönelik şiddetin önlenmesinin itici gücü olmuştur. Bu yazıda, Birleşmiş Milletler *Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılı-*

⁷ **Berktaş** Fatmagül, *Kadınların İnsan Haklarının Gelişimi ve Türkiye*, Sivil Toplum ve Demokrasi Konferans Yazıları no 7, 2004, s. 7; **Çakır** Serpil, *Osmanlı Kadın Hareketi*, Metis yay.; İstanbul 1994, s. 19.

*ğın Kaldırılması Sözleşmesi (CEDAW)*⁸ ile *Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi*⁹ ele alınacak ve Türk Hukukuna ve uygulamaya etkileri açıklanmaya çalışılacaktır.

1. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler'in sekiz temel insan hakları sözleşmesinden biridir. Sözleşme, doğrudan kadınların insan haklarına yönelik evrensel standartlar belirlemekte, kadınların medeni durumuna bakılmaksızın her türlü ayrımcılığın kaldırılmasını öngörmektedir.

A) Sözleşmenin Hazırlanışı

Birleşmiş Milletlerin ana organlarından Ekonomik ve Sosyal Konsey'e bağlı olarak cinsiyete dayalı eşitsizliği önlemek amacıyla 1946 yılında kurulan *Kadının Statüsü Komisyonu* öncelikle kadınların hukuki konumlarını eşit haklar düzeyine getirilmesi için çok sayıda uluslararası beyanname ve sözleşme düzenlemiştir. Örneğin- 1952 yılında *Kadınların Siyasi Haklarına İlişkin Sözleşme*; - 1957 yılında *Evli Kadınların Tabiiyetine İlişkin Sözleşme*; - 1962 ve 1965'de *Evliliğe Rıza Gösterilmesi, Asgari Evlenme Yaşı ve Evliliğin Tesciline İlişkin Sözleşme ve Tavsiye Kararı*; - 1967 yılında *Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Beyannamesi* Kadının Statüsü Komisyonu tarafından hazırlanmıştır. Komisyon, 1970'li yılların başında dünyada *kadının statüsü ve sorunlarını tesbit etmek ve kadınların sorunlarına evrensel çözümler getirmek üzere kapsamlı bir çalışma* başlatmıştır. Bu çalışmalar sonunda üye ülkelerde kadınlara karşı ayrımcılığın *farklı boyut ve görünümelerde devam ettiği* ortaya çıkmıştır.

1972 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 3010 sayılı kararıyla ayrımcılığın giderilmesini ve kadın ile erkek arasında eşit haklara sahip olma ilkesinin yaşama geçirilmesini sağlamak üzere "1975 Yılı Uluslara-

⁸ Sözleşme, kısaca *İngilizce adının baş harflerinden* oluşan "CEDAW" olarak anılmaktadır; "Convention on Elimination of all Forms of Discrimination Against Women". **Moroğlu N.**, Kadının İnsan Hakları Sözleşmesi, XII Levha Yayını, İstanbul, 2009", s. 16.

⁹ Sözleşme İstanbul'da imzaya açılmış olduğu için "İstanbul Sözleşmesi" olarak anılmaktadır. Bkz. **Moroğlu N.**, 1. Kadın Avukatlar Kurultayı, Ankara 2012, TBB yayını, s. 383-409. **Tuskan** Alisbah Aydeniz, Kadın Hakları Mevzuatı, İstanbul Barosu yayını, 2013, s. 48.

rası Kadınlar Yılı" olarak kabul edilmiştir.¹⁰ Aynı yıl, Mexico City'de toplanan birinci Dünya Kadın Konferansında "Kadının Eşitlik, Kalkınma ve Barışa Katkıları Meksika Deklarasyonu" ile "Uluslararası Kadın Yılı'nın Hedeflerinin Gerçekleştirilmesi İçin Dünya Eylem Planı" kabul edilmiştir. Konferansta, 1985 yılına kadar "*Eşitlik, Kalkınma ve Barış İçin BM Kadınlar On Yılı*" ilân edilerek, bu on yıl içinde kaydedilen gelişmelerin izlenip gözden geçirileceği ikinci dünya kadın konferansı toplanmasına karar verilmiştir. Mexico City'de ayrıca *Kadının İnsan Haklarına yönelik bir Sözleşme* hazırlanması konusunda acil çağrı yapılmıştır. Bu çağrı üzerine, Kadının Statüsü Komisyonu tarafından hareket noktası "kadınların medeni durumuna bakılmaksızın her türlü ayrımcılığın kaldırılması" olan "*Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi*" dört yıl süren bir çalışmayla hazırlanmıştır. Sözleşme, uluslararası hukukta kadının statüsünün yükseltilmesine ve cinslerarası eşitliği sağlamaya yönelik en önemli belgedir. Kadınların insan hakları, her kadının 'birey' olarak sahip olduğu "evrensel" haklardır. Ancak, dünya deneyimi bu hakların kadınların cinsiyetlerinden ötürü ve sistematik biçimde çiğnendiğini gösterdiği için, kadınlara ilişkin bir uluslararası insan hakları sözleşmesine ihtiyaç duyulmuştur.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda 18 Aralık 1979 tarihinde kabul edilen Sözleşme, 1 Mart 1980 tarihinde imzaya açılmış¹¹ 3 Eylül 1981

¹⁰ **Acar** Feride; *Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Yükümlülükler*, 20. Yüzyılın Sonunda Kadınlar ve Gelecek Konferansı (editör: Oya Çitçi) Ankara, 1998, s.23. vd: **Aykor** Gül, *Uluslararası Düzeyde Kadın Sorunu ve Türkiye*, Türkiye'de Kadın Olmak, yayına haz. Necla Arat, İstanbul 1996, s. 135-146.

¹¹ Sözleşme, 1980 yılında Kopenhag'da yapılan 2. Dünya Kadın Konferansında BM ülkelerinin imzasına ve onayına sunulmuştur. 1985 yılında Nairobi'de yapılan 3. Dünya Kadın Konferansında, "Kadının Gelişmesi İçin İleriye Yönelik Stratejiler" belgesi kabul edilmiştir. 1995 yılında Pekin'de toplanan ve bir taahhütler konferansı olan 4. Dünya Kadın Konferansında ise Pekin Eylem Platformu hazırlanmış, Taraf devletlerin onayına sunulmuştur. Türkiye, Eylem Platformunu çekincesiz olarak onaylamış ve 2000 yılına kadar kadın okur yazarlığını %100'e ulaştıracağını, bebek ölümlerinin azaltılacağını taahhüt etmiştir. Ancak ülkemizde 2015 yılında 2 Milyondan fazla kadın hala okur yazar değildir. Pekin Eylem Platformuyla kabul edilen başta eğitim, kadına yönelik şiddet olmak üzere 14 ana başlıkta toplanan sorunlara ne ölçüde çözüm getirildiğinin araştırılması için 2000 yılında BM'de Pekin +5 toplantısı yapılmış ve her beş yılda bir uygulamanın izlendiği, sonuçlarının paylaşıldığı toplantılara devam edilmiştir. Birleşmiş Milletlerde Eylül 2015'de 193 ülkenin oybirliğiyle kabul edilen ve 2030 yılına kadar yerine getirilmesi öngörülen *Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri* 17 başlık altında toplanmıştır. 5 No.lu "Top-YUHFD Vol. XIII No. 1 (2016)

tarhinde 20 ÷lkenin onayını takiben yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeyi 1985 yılında onaylamıştır. Aralık 2016 yılı itibariyle 189 ÷lke sözleşmeye taraf olmuştur. Uluslararası hukukta en geniş katılımlı belge olan CEDAW taraf devletler açısından bağlayıcıdır, kadınlar için haklar, devletler için yükümlölükler getirmektedir. Sözleşme'yi 193 BM üyesi devletten İran, Somali, Sudan olmak üzere üçü imzalamamış ve onaylamamıştır. ABD ise 17 Temmuz 1980 tarihinde imzalamış, ancak henüz onaylamamıştır.

B) Sözleşme'nin Amacı

Kadınlara Karşı Her Türölü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi, kadınların "birey" olarak haklara sahip olmasını öngörür ve kadınlara karşı ayrımcılığın önlenmesini esas alır. Sözleşmede, kadınların hem yasalarda (de jure) eşit haklara sahip olması, hem uygulamada (de facto) toplumsal cinsiyet eşitliğinin yaşama geçirilmesi vurgulanmaktadır. Bu açıdan geleneksel kalıpların değiştirilmesi için yol gösterici kuralları içeren temel hukuki dayanaktır. Birleşmiş Milletlerin kuruluş ilkeleri olan Eşitlik, Kalkınma ve Barış'ın kadınların erkeklerle her alanda eşit şartlarda katkılarıyla mümkün olacağı inancıyla hazırlanan, kabul edilen ve bu bakımdan taraf devletleri uygulamakla yükümlü kılan Sözleşmenin hareket noktası öncelikle yasalarda ve yaşamda medeni durumlarına bakılmaksızın kadınlara karşı var olan ayrımcılıkların kaldırılmasıdır.

C) Sözleşmenin İçeriği

a) Kadınlara karşı ayırım: Sözleşme'nin birinci maddesinde yer alan tanıma göre; kadınların medeni durumlarına bakılmaksızın, kadın erkek eşitliğine dayalı olarak yaşamın her alanında insan haklarının

- tanınmasını; kullanılmasını; yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran
- cinsiyete dayalı olarak yapılan herhangi bir ayırım, dışlama veya sınırılama

lumsal cinsiyet eşitliğini sağlamak ve kadınların ve kız çocuklarının toplumsal konumlarını güçlendirmek" hedefinin ise her ana hedefte dikkate alınması gerektiği önemle vurgulanmıştır.<http://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/> (Erişim 26.12.2016).

bu Sözleşme hükümleri açısından “kadınlara karşı ayırım” olarak kabul edilmiştir.

b) Taraf Devletlerin Yükümlülükleri: Sözleşme’ye göre, kadınlara karşı ayrımcılığın kaldırılması için siyasal, sosyal, ekonomik, eğitim ve kültürel olmak üzere bütün alanlarda kadının tam gelişmesini ve ilerlemesini sağlamak, insan hakları ve temel özgürlüklerden erkeklerle eşit olarak yararlanmalarını ve bu hakları fırsat eşitliği çerçevesinde kullanmalarını güvence altına almak taraf devletin görevidir. Taraf devletler başta Anayasa ile Medeni Kanun, Ceza Kanunu, İş K. gibi temel yasalar olmak üzere tüm hukuki düzenlemelerde değişiklik yapmak ve kadın haklarının korunmasına yönelik kurum ve kuruluşlar oluşturmakla yükümlü kılınmışlardır (md.3).

c) Ayrımcılığın kaldırılmasında yöntem: Sözleşme’nin 4. maddesinde; kadın erkek eşitliğini olgusal olarak sağlamak ve eşitliğin yerleştirilmesini hızlandırmak amacıyla uygulamada taraf devletlerce “geçici ve özel önlemler” alınması gerektiği ve bunun Sözleşme’de belirtilen cinsten bir ayırım olarak düşünülmeceği kabul edilmiştir.

Bu maddeyle amaçlanan sadece yasal eşitlik değil, eşit hakların kullanılabilmesine olanak vermek üzere fırsat eşitliği politikalarının uygulanmasıdır. Bunu sağlayacak yol ise, kadınların eşitsiz konumda olmalarına yol açan tarih boyunca süregelen adaletsizlikleri ortadan kaldırıncaya kadar olumlu ayrımcılık¹² politikaları uygulamaktır. Örneğin belli meslek, eğitim kurumları, iş kademeleri veya karar mekanizmaları ya da siyasi partilere eşit olarak katılımı gerçekleştirmek üzere “cinsiyet kotası” konulmalıdır.

d) Geleneksel önyargıların ve zihniyetin değiştirilmesi: Sözleşmenin 5. maddesi, kadın ve erkeğin kalıplaşmış rollerine, erkeğin üstünlüğüne dayalı önyargıların ve “kadının medeni durumunun yarattığı” ayrımcılığa yol açan engellerin kaldırılması amacıyla düzenlenmiştir. Ayrıca, anneliğin tüm sorumluluğunun kadına ait olmadığı; çocukların yetiştirilmesi ve geli-

¹² Bkz. **Centel** Tankut, “Kıdem Tazminatında Olumlu Ayrımcılık”; SİCİL İş Hukuku Dergisi, 2009, S. 15, s. 5: “Olumlu ayrımcılık kadının güçlenmesine, eşit hakları kullanabilmesine ortam sağlamaya yönelik bir uygulama olmalıdır. **Arın** Tülay, *İktisat Kuramının Kadın Sorununa Bakışı*, Türkiye’de Kadın Olgusu, yayına haz. Necla Arat, İstanbul 1995, s. 179. **Koray** Meryem, *Kadın – Siyaset – Kota*, Türkiye’de Kadın Olgusu, yayına haz. Necla Arat, İstanbul 1995, s. 197 vd.

şiminde kadın ve erkeğin ortak sorumluluğunu tanıyan anlayışa dayalı bir aile eğitiminin yaygınlaştırılması gerektiği kuralına yer verilmiştir. Toplumsal-kültürel kalıpları değiştirme, 5. maddeyle getirilen genel bir yükümlülük olmanın yanında, Sözleşmede aynı zamanda eğitim bakımından (madde 10/c) “Kadın ve erkeğin rolleriyle ilgili kalıplaşmış kavramların eğitimin her şeklinden ve kademesinden kaldırılması ve bu amaca ulaşılması için karma eğitimin ve diğer eğitim şekillerinin teşvik edilmesi, özellikle ders kitaplarının ve okul programlarının yeniden gözden geçirilmesi ve eğitim metodlarının bu amaca göre düzenlenmesi” Taraf devletlere verilmiş özel bir ödev olarak düzenlenmiştir.

e) Sözleşmede yer alan diğer kurallar: Sözleşmede yer alan diğer maddelerde; “kadın ticareti ve istismarı” (md. 6); “siyaset, kamusal alan” (md. 7); “uluslararası düzeyde ülkeyi temsil” (md. 8); “vatandaşlığın kazanılması” (md. 9); “eğitim, meslek ve sanata yönlendirme” (md. 10); “çalışma yaşamı” (md.11); “aile planlaması ve sağlık hizmetlerinden yararlanma” (md. 12); “ekonomik, kültürel ve sosyal” (md. 13); “kırsal kesim kadınlarının sorunları” (md. 14); “yasalar” (md. 15); “evlilik ve aile ilişkileri” (md. 15) konularında kadınlara karşı ayrımcılıkların kaldırılmasını öngören düzenlemeler yapılmıştır.

f) Denetim organı: Sözleşme’nin 17. madde gereğince gelişmeleri izlemekle görevli olmak üzere Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi¹³ kurulmuştur.

1999 yılında İhtiyari Protokol kabul edilene kadar, Komitenin asli görevleri taraf ülkelerin dört yılda bir sunmakla yükümlü oldukları dönemsel Ülke Raporlarını incelemek; genel tavsiye kararları oluşturmak ve aynı zamanda üye ülkeleri kadın erkek eşitliğini gerçekleştirmeleri için harekete geçirmekti. Sözleşme’nin taraf ülkelere yaşama geçirilmesinin etkin denetimi amacıyla hazırlanan ve BM Genel Kurulu tarafından 6 Ekim 1999 tarihinde kabul edilerek 2000 yılında yürürlüğe giren İhtiyari Protokol gereğince Komite aynı zamanda bir denetim mekanizması olarak yapılandırılmıştır.¹⁴

¹³ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/index.htm> (erişim 23.12.2016).

¹⁴ İhtiyari Protokol:

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pag/OPCEDAW.aspx> (erişim 23.12.2016).
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

g) Ülke raporları: Taraf devletler, Komiteye her dört yılda bir ülkelerinde yasal, idari ve adli alanlarda aldıkları önlemlere ve Sözleşme hükümleri çerçevesinde kaydedilen durum ve ilerlemelere yer verdikleri bir Ülke Raporu sunarlar (md.18). Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü koordinasyonunda hazırlanan Ülke Raporunda genellikle olumlu gelişmelere yer verilmektedir. Bu nedenle son iki dönemdir, Kadın Kuruluşları ülkemizde devam etmekte olan eşitsizliklere, yasalarda ve uygulamada görülen ayrımcılıklara dikkat çektikleri GÖLGE RAPORU hazırlayarak Komite'ye sunmuşlardır.¹⁵

h) Çekince konulması: Taraf devletler, Sözleşmenin onaylanması sırasında Sözleşmenin hedef ve amacına aykırı olmamak üzere çekince koyabilirler. Çekince koydukları maddeleri Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine bildirirler. CEDAW, en geniş katılımı aynı zamanda en fazla çekince konulmuş uluslararası belgedir. Bir ülkede demokratikleşme ile kadın erkek eşitliği birbirini tamamlayan süreçlerdir. Bu nedenle demokrasinin tam yerleşmiş olduğu ülkelerde kadın erkek eşitliği de önemli ölçüde yaşama geçirilmiştir. Nitekim, Sözleşmeye taraf devletler listesine¹⁶ bakıldığında, Sözleşmenin demokrasinin gerçek anlamda yerleşmiş olduğu ülkelerde çekince konulmaksızın onaylanmış olduğu görülmektedir. Türkiye Sözleşmeyi çekince koyarak onaylamıştır. Medeni Kanun ve Ceza Kanununda değişiklik Tasarılarının TBMM gündemine alınması üzerine Türkiye çekinceleri 29 Haziran 1999 tarihinde kaldırmıştır.

¹⁵ CEDAW Komitesi Oturumu'na sunulan **Gölge Raporda** (2010), örneğin TMK'nun Evlilikte Mal Rejimleri ile ilgili Yürürlük Maddesinin 2002 öncesi yapılmış evlilikleri de kapsayacak şekilde değiştirilmesi konusunda "Türkiye'nin 2005 yılındaki Gözden Geçirilmesi Süreci'nde hükümet heyeti TMK'nın değiştirileceği sözünü vermişse de, bu konuda hiçbir değişiklik yapılmamış" olduğu önemle vurgulanmıştır, http://kasaum.ankara.edu.tr/files/2013/02/CedawTR_6-gozden-gecirme-golge-rapor.pdf, s. 7. (erişim tarihi: 24 Aralık 2016).

¹⁶ **Özdamar** Demet; Cedaw Sözleşmesi, Ankara 2009, s. 116; <http://indicators.ohchr.org/> (erişim 23.12.2016).

D) Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinde “kadına yönelik şiddet” konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

İnsan haklarından kadınların eşit olarak yararlanması ve yasalarda, yaşamda var olan ayrımcılıkların kaldırılması amacıyla 1979 yılında kabul edilen Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinde yaşamın her alandaki kadın sorunu ele alındığı halde, “kadına yönelik şiddet” konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir.¹⁷ 1970’li yıllarda BM Genel Kurulu’nda bu Sözleşme müzakere edilirken, o dönemde Genel Kurul’da hâkim olan siyasi irade kadınlara yönelik şiddetin bir “özel alan meselesi” olduğu gerekçesi ile şiddetin CEDAW kapsamına alınmasına rıza göstermemiştir.

Bu eksikliğin giderilmesi için küresel kadın hareketi bir on yıl daha mücadele vermek zorunda kalmış ve nihayet 1992’de CEDAW Komitesi 19 nolu Genel Tavsiye kararıyla kadınlara yönelik şiddet ‘kadınlara karşı ayrımcılık’ olarak tanımlanmıştır. Bu açıdan BM Kadının Statüsü Komitesinin Ocak 1992 tarihli 11. Oturumunda alınan 19 sayılı Genel Tavsiye Kararı önem taşımaktadır, kararda: “..Cinsiyete dayalı şiddet, kadının, kadının erkek eşitliğine dayanan haklarını ve özgürlüğünü zedeleyen bir ayırım biçimidir. Üye devletlere, aile içi şiddete ve her türlü cinsel istismara, tacize, tecavüze karşı tüm kadınları koruyacak yasaları çıkarmaya; taraf devletlerin, kadınlara karşı şiddetin sürdürülmesine neden olan davranışların, örf ve adetlerin ve uygulamaların niteliği ve yaygınlığı ile bunların sonucu olan şiddet türlerini Komiteye verdikleri Ülke Raporlarında belirtmeyi tavsiye eder” denilmiştir. CEDAW Komitesinin 19 nolu Genel Tavsiyesi kadınlara yönelik şiddeti “kadınlara kadın oldukları için yöneltilen ve / veya kadınları orantısız olarak etkileyen şiddet” olarak tanımlar. Daha sonra bu tanım, 1993 yılında Viyana’da toplanan BM İnsan Hakları Konferansında, kadınlara yönelik şiddetin bir insan hakkı ihlali olarak ‘resmi’ nitelikli uluslararası mutabakat belgelerine girmesine temel oluşturmuştur. Aynı yıl BM Genel Kurulunda Kadınlara Yönelik Şiddetin Or-

¹⁷ Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu, TC Başbakanlık KSGM yayını, Ankara,2001, s.16, 40; Türkiye’de Kadının Durumu; TC Başbakanlık KSGM yayını, Ankara 1998, s.65-71; **Moroğlu** Nazan, Kadınların İnsan hakları Bildirisi ve Ek İhtiyari Protokol, 2. Bası, İ.Ü. yayın No. 4207, Beta, 2003. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)*

tadan Kaldırılmasına Dair Bildirge'yi (20 Aralık 1993) kabul edilmiştir.¹⁸ Bu Bildirgede kadınlara yönelik şiddet konusunda devletlerin “özen yükümlülüğü” (due diligence) ile hareket etmesi vurgulanmıştır.

E) Sözleşme'nin Türkiye'de Yürürlüğe Girmesi ve Hukuk Alanında Gelişmeler

Kadın hakları açısından doğru bir başlangıç yapan Cumhuriyetimizin kuruluş felsefesi, tüm yurttaşların eşit haklara sahip olması ve kadın erkek eşitliğinin yaşamın her alanında yerleştirilmesi temeline dayanır. Henüz 1924 Anayasasında “devletin dini İslamdır” kuralının yürürlükte olduğu yıllarda laik hukukun simgesi Medeni Kanun'un yürürlüğe girmesiyle 1926'da kadınlar eşit yurttaş ve birey olarak kabul edilmişlerdir. 1934 yılında kadınlara seçme ve seçilme hakkı tanınmıştır. 1935 yılında yapılan seçimlerde 18 kadının TBMM'ye seçilmesi, 1979 tarihli Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinin 4. maddesinde “geçici ve özel önlemler” olarak düzenlenen olumlu ayrımcılık uygulaması niteliğindedir. Ancak, 1940'lı yıllardan sonra kadın haklarında devrimlerle hedeflenen ilerleme sağlanamamıştır. Bu nedenle, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesinin Türkiye tarafından 1985 yılında onaylanması, kadın haklarının yeniden ülke gündemine taşınmasında itici güç olmuştur.

Sözleşme'nin ülkemizde yürürlüğe girmesinden sonra kadın erkek eşitliğine yönelik özel politikalar oluşturulmasına hız verildiği, ulusal mekanizmaların kurulduğu, kadın araştırmalarının akademik alana taşındığı, kadın kuruluşlarının işbirliği yaparak daha etkili baskı grupları oluşturmaya başladığı görülmektedir. Yasalarda kadın erkek eşitliğine aykırı hükümler değiştirilmiş ve kadının güçlendirilmesine yönelik yeni yasalar çıkarılmıştır. Ancak, uygulamaya baktığımızda, örneğin TMK'da evlilik yaşının göz ardı edilerek çocuk yaşta (resmi nikah olmaksızın) evlilik sorununun bir kısır döngü halinde devam ettiği; gebeliğin on haftasına kadar kürtaj yasal olmasına rağmen, devlet hastanelerinde fiilen yasaklandığı; kadının yasal hakkı olan süt iznine ayrılan saatlerin, Bakanlık Genelgesiyle çalışmayan

¹⁸ **Moroğlu N.**, Uluslararası Belgelerde Kadın Erkek Eşitliği, İstanbul Barosu yayını, 2005, s.148 vd.

saatlerden sayılması¹⁹ gibi, hakların yaşama geçirilmesinde engellerin olduğu görülmektedir.

a) Hukuk Alanında Gelişmeler

Sözleşme Türkiye’de yürürlüğe girdikten sonra, kadın hukukçular ve kadın kuruluşları yasalarda kadınlara karşı ayrımcılık içeren maddeleri belirlemişler ve değişiklik taleplerini ülke gündemine taşımışlardır. 2000’li yılların başına kadar aşağıda örneklerine özetle yer verilen ayrımcılık içeren maddeler yasadan çıkarılmıştır.

Örneğin; 1990 yılında Medeni Kanun’da kadının çalışmasını kocanın iznine bağlayan 159. madde “eşitlik ilkesi”ne aykırılık gerekçesiyle Anayasa Mahkemesince iptal edildi; **1990 yılında** VI. Beş Yıllık Kalkınma Planında kadının statüsünü yükseltmek üzere belirlenen hedef ve politikalar doğrultusunda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bağlı Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü kuruldu; **1991 yılında** Kadından Sorumlu Devlet Bakanlığı kuruldu; **1995 yılında** 4. Dünya Kadın Konferansında Pekin Sonuç Bildirgesi çekincesiz olarak kabul edildi, 2000 yılına kadar kadın okur yazarlığının %100’e çıkarılması taahhüt edildi; **1996 yılında** TCK’nun erkeğin zinasını suç olarak düzenleyen 441. maddesi anayasanın eşitlik ilkesine aykırılığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesince iptal edildi; **1997 yılında kesintisiz** zorunlu temel eğitimi 5 yıldan 8 yıla çıkaran yasa değişikliği yapıldı, kız çocukların okullaşma oranı arttı; **1997 yılında** nüfus cüzdanlarında medeni hal kısmında “evli/ bekar/dul/boşanmış” gibi ifadelerin yerine sadece “evli” veya “bekar” ifadelerinin kullanılmasına dair İçişleri Bakanlığı genelgesi yayımlandı; **1997 yılında** Medeni Kanun’da değişiklik yapılarak “kadına kocasının soyadı ile birlikte, önceki soyadını da taşıma hakkı” verildi; **1998 yılında Ailenin Korunmasına Dair Kanun** kabul edildi; **1998 yılında** Gelir Vergisinde aile reisi beyanname uygulaması kaldırıldı; kadınlara kendi adlarına beyanname verme hakkı tanındı; **1998’de** Anayasa Mahkemesi kadının zinasını suç olarak düzenleyen TCK’nun 440. maddesini eşitlik ilkesine aykırılığı gerekçesiyle iptal etti; **1999 yılında** Türkiye Kadınlara Karşı Her Türlü

¹⁹ Sağlık Bakanlığı Yönetim Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından 6 Haziran 2016 tarihinde 81 il Sağlık Müdürlüğüne gönderilen Genelgede, “süt izni” kullanan kadın memurlar hakkında, bu sürelerin çalışmadığı saat olarak yazılmasını ve döner sermayeden performansa dayalı verilecek payın buna göre hesaplanması istenildi.
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi'ni onaylarken koyduğu aile hukukuna ilişkin 15 ve 16. maddeler üzerindeki çekinceleri kaldırdı; **1999** yılında kadın erkek eşitliği açısından önemli değişiklikler içeren Medeni Kanun Tasarısı TBMM'ye sunuldu; **2001'de** Anayasa'nın 41.maddesinin 1.fikrasına “**eşlerarası eşitlik**”²⁰ ilkesi eklendi; **2004'de** Anayasa'nın 10. maddesine “**kadın erkek eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçirilmesini sağlamakla yükümlüdür**” cümlesi eklendi; 1 Ocak **2002'de** Türk Medeni Kanunu yürürlüğe girdi; **2002'de** İhtiyari Protokol onaylandı; **2003' de** Aile Mahkemeleri kuruluş kanunu kabul edildi; **2003'de** BM İnsan Ticaretinin - Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Cezalandırılmasına İlişkin Protokol onaylandı; **2005 yılında** Yeni Türk Ceza Kanununun kabulüyle kadınlara karşı ayrımcılık içeren maddeler kaldırıldı; **2009'da** TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu kuruluş Kanunu kabul edildi;²¹ **2011** yılında Avrupa Konseyi İstanbul Sözleşmesi onaylandı; **2012'de** 6284 sayılı **Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair** Kanun kabul edildi; Eylül **2015'de** BM Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri kabul edildi.

b) Kurumsallaşmada Gelişmeler

Hareket noktası “ayrımcılığın kaldırılması” olan Sözleşme'nin ülkemizde yürürlüğe girmesinden sonra hukukta yaşanan gelişmelerin yanında, kadın erkek eşitliği için özel politikalar oluşturulmasına yönelik ulusal mekanizmalar kurulmuş, üniversitelerde akademik alanda kadın araştırmalarına yer verilmiştir. Bu gelişmelere özetle değinecek olursak;

- Beş Yıllık Kalkınma Planları çerçevesinde kadın politikaları geliştirmek üzere VI. ve VII. Planlarda alt ihtisas komisyonu kuruldu; - **1985** yılında Aile Planlaması Vakfı kuruldu; - **1987** Devlet Planlama Teşkilatı'nda Kadına Yönelik Politikalar Danışma Kurulu oluşturuldu; - **1989** Türkiye'de ilk Kadın Sorunları Araştırma ve Uygulama Merkezi İ. Ü.de açıldı; - **1989** yılında İçişleri Bakanlığı kaymakamlık sınavlarına kadınların alınacağını açıkladı; - 14 Nisan **1990** Kadın Eserleri Kütüphanesi ve Bilgi Merkezi Vakfı tarafından ilk kadın kütüphanesi ve bilgi merkezi

²⁰ **Moroğlu** Nazan, *Kadın ve Yurttaş Hakları*, Çağdaşlık ve Yurttaşlık Bilinci, Cumhuriyet kitap, 2008, s. 45.

²¹ KEFEK (Kanun No. 5840, Kabul Tarihi: 25/2/2009 Yürürlük Tarihi: 24 Mart 2009).

açıldı; - **1990** yılında Kadından Sorumlu Devlet Bakanlığı göreve başladı; - **1990** yılında Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü bünyesinde kadın sığınmaevleri açıldı; - **1990** yılında ulusal mekanizma olan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bağlı Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü (KSSGM) kuruldu ve 24.06.1991 tarihinde Başbakanlığa bağlandı; - **1991**'de 48. Hükümet döneminde ilk kadın vali (Lale Aytaman) atandı; - cinsiyete dayalı veri tabanı oluşturulması amacıyla Devlet İstatistik Enstitüsü'nde Kadın İstatistikleri Şubesi kuruldu; - **1993** yılında İstanbul Üniversitesi'nde ilk Kadın Araştırmaları Ana Bilim Dalı'nda tezli yüksek lisans eğitimi verilmeye başlandı;²² - **1994** yılında Türkiye, Kahire'de yapılan BM Nüfus ve Kalkınma Konferansına katıldı; Sağlık Bakanlığı koordinatörlüğünde "*Kadın Sağlığı ve Aile Planlaması Ulusal Eylem Planı*" hazırlandı; - **1995** yılında kadınların *adalete erişimine* destek vermek İstanbul Barosu bünyesinde Kadın Hakları Komisyonu kuruldu;²³ - **1999** yılında Türkiye Barolar Birliği Kadın Hukuku Komisyonu (TÜBAKKOM) kuruldu.²⁴ - **2004** yılında Türkiye'de ilk kez bir Hukuk Fakültesi lisans eğitiminde "Kadın Hukuku"na ders programında yer verildi. (Yeditepe Ü. Hukuk F.); - **2011** yılında Kadından Sorumlu Devlet Bakanlığı KHK ile kaldırıldı, yerine Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı kuruldu.

c) Kadının İnsan Haklarına Yönelik Sivil Toplum Kuruluşlarında Gelişmeler

Kadın haklarının korunması, geliştirilmesi, şiddetin önlenmesi; yaşamın her alanında eşit haklara sahip birey olarak yer almalarının sağlanması amacıyla çalışmalar yapan kadın kuruluşları ve kadın hukukçular dernekleri ve vakıfları, şemsiye örgütler şeklinde birleşerek güçlü baskı grupları oluşturmuşlardır. Örneğin 1995 yılında kurulan İstanbul Kadın Kuruluşları Birliği – İKKB, Ankara'da Türkiye Kadın Dernekleri Federasyonu, İz-

²² Ülkemizde ilk Kadın Sorunları Araştırma ve Uygulama Merkezi 1989 yılında İ.Ü.de kurulmuştur (Women's Studies Center). Ayrıca üniversitelerde kurulan Kadın Çalışmaları Anabilim Dallarında Yüksek Lisans Eğitimi verilmeye başlanmıştır. Türkiye'de ilk Kadın Hukuku yüksek lisans tezi, Moroğlu Nazan, Kadının Soyadı, Beta yay. İstanbul 1999.

²³ **Moralhoğlu** Aylin, İstanbul Barosu Kadın Hakları 8 Mart 2015 Özel Bülteni, s. 26, 46 vd.

²⁴ **Moroğlu** Nazan, Türkiye Barolar Birliği Kadın Hukuku Komisyonu (TÜBAKKOM), İstanbul 2000, s. 17.

mir’de Kadın Kuruluşları Birliği ve Türkiye Baroları Birliği Kadın Hukuku Komisyonu (TÜBAKKOM) gibi geniş katılımlı platformlar yasalardan ayrımcılık içeren hükümlerin kaldırılmasında etkili olmuşlardır. Bu kuruluşlar @siddetesonplatformu; ikkb@yahoogroups.com; istanbulsozlesmesi@yahoogroups.com gibi e-gruplar halinde veya diğer iletişim teknolojilerini yaygın ve etkin bir şekilde kullanarak güçlerini birleştirmişlerdir.

E) İhtiyari Protokol

Sözleşme'nin taraf devletlerce yaşama geçirilmesinin etkin denetimi için, BM İnsan Hakları Komisyonu'nun 1993 tarihinde Viyana'da yapılan toplantısında kabul edilen Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programında, Sözleşme'ye ek bir Protokol hazırlanması öngörülmüştür. Ayrıca, 1995 yılında düzenlenen 4. Dünya Kadın Konferansında alınan kararla, Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesinin *sorumluluk ve yetkileri genişletilmiş*, Komite'ye Birleşmiş Milletlere **bireysel başvuru mekanizmasını ihdas edecek** bir İhtiyari Protokol hazırlama görevi verilmiştir. Komite tarafından hazırlanan ve BM Genel Kurulu'nca 6.10.1999 tarihinde kabul edilerek 2000 yılında yürürlüğe giren İhtiyari Protokol ile Komite'ye kapsamlı denetim yetkisi ve görevi verilmiştir. Türkiye, İhtiyari Protokolü 30.7.2002 tarihinde onaylamıştır.

Bireysel başvuru prosedürünün işletilebilmesi için, söz konusu devletin Sözleşme'ye ve Protokol'e taraf olması gerekir. Komite, yapılan yazılı başvuruyu, haklarının ihlal edilmesi nedeniyle mağduriyetini bildiren bireyin (ya da bireyler grubunun) **kendi ülkesinde mümkün olan bütün hukuki yolların denenmiş** ve olumlu çözüme ulaşılamamış ve bunun kesinleşmiş olması halinde inceleyebilecektir (md.4/1). Komiteye yapılan bireysel başvuruların incelemeye alınmasının ön koşulu, iç hukuk sürecinde “dava dilekçelerinde” Kadınlara Karşı her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılmasından Sözleşmesinde yer alan bir hak ihlalinin belirtilmiş olmasıdır.

CEDAW Komitesi'ne Türkiye'den yapılan ilk başvuru başvurusu konusunda²⁵ Ancak başvuru R.K., iç hukuk sürecinde Sözleşmeye atıfta bulunmadığı, Sözleşmeden doğan hakkına yargı sürecinde dayanmadığı ve bu açıdan iç hukuk yolları tüketilmediği için BM Kadına Karşı

²⁵https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/belge/uluslararası_belgeler/ayrimcilik/CEDAW/CEDAW_ictihadi/CEDAW%20Komitesi%20Rahime%20Kayhan%20ve%20T%C3%BCrkiye%20Karar%C4%B1.pdf (erişim tarihi 24.12.2016).

Ayrımcılık Komitesi başvuruyu reddetmiştir. İkincisi ise çalışma hayatında ayrımcılığa uğramış R.K.B.nin başvurusuydu. R.K.B kararı²⁶ olarak bilinen kararda, Komite başvurucunun iddia ettiği tüm ihlallerin var olduğuna; başvuru sahibine uygun tazminatın verilmesine ve İş Kanunu madde 5'in uygulamada hayata geçmesi için önlemler alınması gerektiğine karar vermiştir. Komite, mahkeme kararının cinsiyetçi bakış açısıyla verilmiş olduğuna dikkat çekmiş, özellikle hukuk uygulayıcılarına yönelik farkındalık seminerlerinin ve eğitimlerin düzenlenmesi gerekliliğini de tavsiyelerine eklemiştir.

2. İstanbul Sözleşmesi

Yukarıda değindiğimiz gibi kadına yönelik şiddetin önlenmesine ilişkin uluslararası ilk belge,²⁷ BM Genel Kurulunda 20 Aralık 1993 tarihinde kabul edilen “Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Bildirge”dir.

Türkiye'nin üyesi olduğu Avrupa Konseyinde kadına yönelik şiddetin önlenmesi için kampanyalar yapılmış, kapsamlı çalışmalar sürdürülmüştür. Konseyin Bakanlar Komitesince 30 Nisan 2002 tarihinde kabul edilen Rec(2002)5 No.lı Tavsiye Kararı farkındalık yaratılması açısından önemli bir belgedir.²⁸ Tavsiye Kararında ve ekinde -toplumun kadına yönelik şiddet konusunda bilgilendirilmesi; - polis, adli tıp, sosyal hizmetler alanında çalışanlara ve yargı mensuplarına konuyla ilgili meslek içi eğitim verilmesi; - şiddet mağdurunun güvenliğinin korunması için sığınaklar açılması, - çocuk yaşta evliliklerin önlenmesi, - medya desteğinin alınmasına ilişkin düzenlenmeler yapılmıştır.

Avrupa Konseyince şiddetle mücadele konusunda hazırlanan kapsamlı bir düzenleme “*Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlen-*

²⁶[https://www.tbmm.gov.tr/komiyon/kefe/belge/uluslararasi_belgeler/ayrimcilik/CEDAW/CEDAW_ictihadi/CEDAW%20Komitesi%20RKB%20v%20T%C3%BCrkiye%20Karar%C4%B1%20\(eng\).pdf](https://www.tbmm.gov.tr/komiyon/kefe/belge/uluslararasi_belgeler/ayrimcilik/CEDAW/CEDAW_ictihadi/CEDAW%20Komitesi%20RKB%20v%20T%C3%BCrkiye%20Karar%C4%B1%20(eng).pdf) (Erişim Tarihi: 24.12.2016).

²⁷ BM Kadının Statüsü Komitesinin Ocak 1992 tarihli Oturumunda alınan **19 sayılı Genel Tavsiye Kararında**: “Cinsiyete dayalı şiddet, kadının, kadın erkek eşitliğine dayanan haklarını ve özgürlüğünü zedeleyen bir ayırım biçimidir” denilerek; aile içi şiddete ve her türlü cinsel istismara, tacize, tecavüze karşı tüm kadınları koruyacak, onların onuruna saygı gösterecek bir Bildirge çıkarılmasını önerilmiştir. <http://www.kahdem.org.tr/?cat=6> (erişim tarihi: 25.12.2016).

²⁸ <http://kadininstatusu.gov.tr/kaynak/ulusarasibelgelerkuruluslar/uluslararasi-belgeler> (erişim tarihi:25.12.2016).

mesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi”dir.²⁹ Sözleşme 11 Mayıs 2011 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin İstanbul’da yapılan toplantısında imzaya açılmıştır. Bu nedenle İstanbul Sözleşmesi olarak anılmaktadır. Türkiye, Sözleşmeye ilk imza koyan ve ilk onaylayan ülke olmuştur. Sözleşmenin 75. md. 2. fıkrası hükmü uyarınca en az sekizi Avrupa Konseyi üyesi olan on Devlet tarafından onaylanmasından sonra 1 Ağustos 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 26 Aralık 2016 itibarıyla Sözleşmeyi 22 devlet onaylamış, 21 devlet imzalamıştır.

İstanbul Sözleşmesi, kadınlara yönelik şiddetin, kadın erkek eşitsizliği gerçeğinden kaynaklandığı önkabulü ile kaleme alınmıştır. Şiddetle etkili mücadele için kadınların güçlendirilmesini ve toplumsal cinsiyet eşitliğini yerleştirmek için zihniyet değişikliğinin sağlanmasını öngörmektedir. Bu nedenle, Sözleşmenin giriş bölümünde şiddetin kadın erkek eşitsizliğinin bir sonucu olduğu vurgulanmıştır. İstanbul Sözleşmesi ile Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, ayrımcılığın kaldırılması, toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması, şiddetin önlenmesi konularında uluslararası hukukta kadının insan hakları açısından karşılıklı destek oluşturan iki temel Sözleşmedir.

A) İstanbul Sözleşmesinin Getirdikleri

Sözleşmede kadına karşı şiddetle mücadele için kapsamlı bir hukuki çerçeve çizilerek önleme (prevention), **koruma** (protection), **kovuşturma** (prosecution) ve mağdur **destek mekanizmaları oluşturma politikaları** (policy) konularına yer verilmiştir. Uluslararası hukukta adına yönelik şiddet konusunda yaptırım gücü olan Sözleşme, Avrupa Konseyi üyeleri dışındaki devletlerin de imzasına ve onayına açılmıştır.

Sözleşmenin tanımlar maddesinde:

- “*kadına yönelik şiddetin*” ister kamusal ister özel alanda meydana gelsin kadınlara fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik acı ve ıstırap veren veya verebilecek olan cinsiyete dayalı her türlü eylem veya bu eylem-

²⁹ Sözleşmenin hazırlanması aşamasında AİHM’de Türkiye’ye karşı açılan Nahide Opuz davası dikkate alınmıştır. Opuz davası ile Türkiye, AİHM’de ‘aile içi şiddeti önleyemediği’ için mahkûm olan ilk devlettir. 2009 yılında verilen bu kararla aile içi şiddet konusunda gerekli tedbirleri almamak ve kadın mağduru koruyamamaktan dolayı Türkiye oybirliği ile tazminata mahkûm edilmiştir. Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Opuz Kararı, 19 Resmî Gazete: 29.11.2011, Sayı: 28127.

lerle tehdit etme anlamına geldiği; *bir insan hakları ihlali olduğu ve kadınlara yönelik ayrımcılığın bir biçimi olduğu* belirtilmiştir.

- “*Toplumsal cinsiyet, kadınlar ve erkekler için toplum tarafından uygun görülen ve sosyal olarak inşa edilen roller, davranışlar, eylemler ve nitelikler anlamına gelir*”

denildikten sonra “*kadına yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin, kadına kadın olmasından dolayı uygulanan ve kadınları orantısız biçimde etkileyen şiddet anlamına geldiğine*” açık ifadelerle yer verilmiştir.

İstanbul Sözleşmesi'nin en önemli özelliği şiddetin önlenmesi ve şiddetle mücadele alanında devletin *kurumsal mekanizmalar oluşturmasını* zorunlu kılması ve bir *izleme mekanizması (GREVIO)* bulunmasıdır.

Sözleşme, cinsel yönelim, toplumsal cinsiyet kimliği, yaş, sağlık durumu, medeni hal, göçmen veya mülteci olma durumu ya da benzeri herhangi bir temelde ayırım gözetmeksizin uygulanacaktır. İstanbul Sözleşmesi'ne göre, devletin şiddet vakalarında mağdurun şikâyeti olmasa da yargıyı harekete geçirmek, mağdur şikâyetini geri çekse dahi süreci devam ettirmek yükümlülüğü vardır.

B) İzleme Mekanizması

Sözleşmenin yaptırım gücünü ve bağlayıcılığını destekleyen en önemli yanı, getirdiği izleme mekanizmasıdır (md. 66). Sözleşmenin Taraf Devletlerce tam anlamıyla uygulanmasını sağlamak üzere, Avrupa Konseyi bünyesinde, “Kadına Yönelik ve Aile İçi Şiddete Karşı Mücadelede Uzmanlar Grubu” (GREVIO) adı altında bir izleme mekanizması kurulmuştur. Türkiye'den uzmanlar grubuna aday gösterilen Prof. Dr. Feride Acar, GREVIO Başkanlığına seçilmiştir.

GREVIO, Sözleşmenin uygulanmasını izleme-denetleme amacıyla yanıt verilmesini istediği soruları³⁰ bu yıl mart ayında taraf devletlere göndermiştir. Türkiye'den yanıtlarını 2017 Haziran ayında sunması istenmiştir. CEDAW Komitesi için Gölge Raporu hazırlanmasında olduğu gibi, kadına yönelik şiddet konusunda da yoğun mücadele veren kadın kuruluşları, Uzmanlar Grubu GREVIO'ya sorular çerçevesinde şiddetle mücadelede yaşanan olumsuzlukların da yer alacağı bir rapor göndereceklerdir.

³⁰http://kadininstatusu.aile.gov.tr/data/542a93c6369dc31550b3ac41/GREVIO%20ANKE_T_T%C3%9CRK%C3%87E.pdf (erişim tarihi: 25.12.2016).
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

Özetle, şiddetin önlenmesi konusunda bir yol haritası çizen Sözleşme, farkındalığı artırma, uzmanların ve uygulayıcıların eğitimi, önleyici müdahale, tedavi programları, özel sektör ve medya desteğinin alınması, psikolojik ve hukuksal destek hizmetleri, sığınakların kurulması, acil yardım hatlarının açılması, çocuk tanıklar için koruma, bedensel zarar görenlere tazminat, adli yardım hizmetleri gibi konular ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Türk Hukukunda Kadının İnsan Hakları

1. Cumhuriyet Dönemi

Türk Hukukunda kadın haklarının gelişimine baktığımızda, öncelikle Cumhuriyetin kuruluşunu izleyen ilk on yılda yapılan devrimlerle kadınlara tanınan haklara değinmemiz gerekir. Henüz Anayasa'da "devletin dini İslamdır" kuralının yürürlükte olduğu yıllarda *kadın haklarının kaynağını laik hukuktan alan yasal güvenceye* kavuşturulması çok önemli bir adımdır. Çünkü kadın haklarının güvencesi ve geliştirilmesi *ancak laik hukuk düzenlerinde mümkün* olabilir. Bu nedenle, Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasıyla birlikte atılan kararlı adımlarla devrim yasaları birbiri ardına mecliste kabul edilmiş, *din kurallarına dayalı hukuk sisteminin terkedilmiş ve yerine ulus egemenliğine* dayanan bir hukuk sistemi benimsenmiştir.

Henüz "BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi", "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi", "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi (CEDAW)" gibi uluslararası Sözleşmelerin dünya gündeminde bile olmadığı bir dönemde, Mustafa Kemal Atatürk'ün önderliğinde başta ailede, eğitimde, siyasette olmak üzere devrim yasaları yürürlüğe girmiştir. Çağdaş uygarlık hedefine ulaşmak amacıyla yapılan devrimlerden bazıları doğrudan kadınların eşit haklar tanımak amacıyla hazırlanmıştır.

Hukuk Devriminin ve laik hukukun simgesi olan Medeni Kanun'un (17 Şubat 1926) kabulüyle, kadınlar "yurttaş" olarak eşit haklara sahip olmuşlardır. Özellikle Aile Hukuku kurallarıyla, o tarihe kadar geçerli olan, erkeğin çok eşliliği ve tek taraflı "boş ol" demesiyle boşanma usulü kaldırılmış, tek eşlilik, evlilik yaşı, resmi nikah zorunlu hale getirilmiş; her iki eşe yasada yazılı nedenlerle ve mahkeme kararıyla boşanma hakkı tanınmıştır. Erkek çocuğa mirastan iki pay, kız çocuğa bir pay verilmesi yerine, Medeni Kanun'da kız ve erkek çocukların mirastan eşit pay alması kabul edilmiştir.

Ayrıca, birçok Batı ülkesinde kadınların seçme seçilme hakkına sahip olmadığı bir dönemde, Türkiye’de kadınlara 1930 yılında belediye seçimlerinde ve 1933 yılında muhtarlık seçimlerinde seçme ve seçilme hakkı tanınmasından sonra, 5 Aralık 1934 tarihinde 1924 Anayasasında, 10. ve 11. maddelerinde yapılan değişiklikle sadece erkeklerin sahip olduğu milletvekili seçme ve seçilme hakkı kadınlara da tanınmıştır. 1935’de kadınların milletvekili seçme ve seçilme hakkını ilk kez kullandığı seçimlerde TBMM’ne 18 kadın milletvekili seçilmiştir. Henüz olumlu ayrımcılık ya da kota kavramlarının (CEDAW 4.md; özel önlemlerin) dünya gündeminde olmadığı bir zamanda 18 kadın milletvekili seçilmiştir. Ancak, devrim sürecinden sonra ülkemizde kadın erkek eşitliğine yönelik çalışmalar uzun yıllar ihmal edilmiştir. Gelişmiş ülkelerdeki ilerlemeler izlenmemiş, gelişmelere uyum sağlanamamıştır. Nitekim 1935 yılında parlamentoda kadın temsil oranıyla (%4,6) ile Türkiye dünyada ikinci sırada iken, Türkiye toplumsal cinsiyet eşitliğini yerleştirememiş ve 2016 yılında Dünya Ekonomik Forumu raporuna göre 145 ülke arasında en sonlarda 130. sırada yer almıştır.

2. 1970’li yıllarda uluslararası hukuktaki gelişmelerin yansımaları

1970’lerden itibaren dünyada yükselen kadın hareketi Türkiye’yi etkilemiştir. Özellikle 1985 yılında Türkiye’nin, CEDAW’a taraf olması, eşitlikçi politikaların yeniden gündeme getirilmesini sağlamıştır.

Yukarıda CEDAW bölümünde yasalarda yapılan değişikliklere kısaca değinilmiştir. Bu bölümde 2000’li yıllarda temel yasalarıda kadın erkek eşitliğine uyum sağlamak üzere yapılan değişiklik ve getirilen yeni hükümler özetle ele alınacaktır. Özellikle Türkiye’nin 10-11 Aralık 1999 tarihlerinde yapılan Avrupa Birliği Helsinki Zirvesi’nde aday ülke statüsünün tescili ardından Avrupa Birliği müktesebatına uyum süreci başlamıştır. Ulusal Programda yer verildiği gibi “*kadın erkek eşitliği*” açısından kısa ve orta vadeli taahhütler kapsamında Anayasa’da, Medeni Kanun, İş Kanunu ve Ceza Kanunu’nda bu yolda değişiklikler yapılmıştır.

Ancak, aşağıda görüleceği üzere, kadın haklarına ilişkin Anayasa veya yasa değişiklikleri yapılırken, mecliste hâkim olan erkek egemen zihniyet ya bir defada yapılması beklenen düzenlemeyi birkaç değişiklik sonrasında gerçekleştirmekte, ya da kanun tasarı veya teklifleri tam eşitlik sağlamak üzere hazırlanmış olsa bile, mecliste verilen bir önergeyle de

tirilmekte, böylece eşit hakların uygulamaya geçirilmesi zorlaştırılmakta veya engellenmektedir.

A) Anayasa’da yapılan değişiklikler:

1982 Anayasası 41.maddesinde 3 Ekim 2001 tarihinde yapılan değişiklikle “*Aile Türk toplumunun temelidir*” fıkrasına “*ve eşler arasında eşitliği dayanır*” ibaresi eklenmiştir. Anayasanın 41. maddesinde yapılan bu değişiklik aile içinde kadın erkek eşitliğinin sağlanmasına temel oluşturması bakımından olumlu olarak kabul edilmekle beraber, yaşamın diğer alanları için yetersiz kalmıştır. Kadın hukukçularca bu değişiklik “özde” değil “sözde” eşitlik olarak eleştirilmiş ve yeni bir düzenleme yapılması, bu eksikliğin giderilmesi istenmiştir.

2004’de Anayasa’da yapılan yeni bir değişiklikle 10. maddeye “*kadın erkek eşit haklara sahiptir. Devlet kadın erkek eşitliğinin yaşama geçirilmesinde yükümlüdür*” kuralı eklenmiştir.

2004 yılında ayrıca Anayasa 90’ıncı maddede yapılan düzenleme ile “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla ulusal kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda çıkabilecek ihtilaflarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır*” hükmü eklenmiştir. Bu hükme göre, kadın haklarına ilişkin ihtilaflarda CEDAW ve İstanbul Sözleşmesi gibi uluslararası Sözleşmelerin yargı sürecinde dikkate alınması gerekmektedir.

12 Eylül 2010 tarihinde referanduma sunulan son Anayasa değişikliğinde “Kanun önünde eşitlik” maddesine “*Devletin kadın erkek eşitliğini sağlamak amacıyla alacağı tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanmaz*” cümlesi eklenerek pozitif ayrımcılık uygulanmasına temel oluşturmuştur.

Görüldüğü gibi, Anayasa’da kadın erkek eşitliğine yönelik bir defada yapılması mümkün olan bir değişiklik, dokuz yılda üç ayrı adımda tamamlanmıştır.

B) Yasalarda Yapılan Değişiklikler:

a) Türk Medeni Kanun’u: 22 Kasım 2001 tarihinde kabul edilerek, 1 Ocak 2002’de yürürlüğe giren 4721 sayılı TMK.da en köklü değişiklik Aile Hukukunda yapılmıştır.

Aile içinde **eşler arası eşitlik ilkesini** benimseyen bakış açısıyla, “*koca ailenin reisidir*” hükmü kaldırılmış ve “*eşler oturacakları konutu birlikte seçerler. Evlilik birliğini beraberce yönetirler. Evlilik birliğinin giderlerine emek ve malvarlıklarıyla katılırlar*” hükmüne yer verilmiştir. Ancak, “kadının soyadı”³¹ maddesi, 1997 yılında yapılan değişiklikte olduğu gibi bırakılmış, kadına eşinin soyadının önünde evlilik öncesi soyadını kullanma hakkı verilmiş, kadın erkek eşitliğine uygun bir değişiklik yapılmamıştır. Oysa, Ünal-Tekeli kararı başta olmak üzere İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin ve Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sonucu verdiği çok sayıda karara rağmen “kadının soyadı” hükmünde bu kararlara uygun bir değişiklik yapılmamıştır. 187. madde hükmünde kadınlara karşı ayrımcılık devam etmektedir.

Evlenme yaşı; kadın ve erkek için eşit olarak *17 yaşın bitirilmesi* olarak kabul edilmiş; olağanüstü evlilik yaşı 16 yaşın bitirilmesi ve hâkim izni alınması koşuluna bağlanmıştır. Boşanma veya eşlerden birinin ölümü ile evlilik sona erdiğinde **edinilmiş malların** eşit paylaşılması kabul edilmiştir. Ancak önceki Kanunda eşlerarası yasal mal rejimi olan “mal ayrılığının” yol açtığı mağduriyetin kaldırılması öngörülmüş olmasına rağmen, Yürürlük Kanununda Mecliste verilen bir önergeyle değişiklik yapılmış ve edinilmiş malların eşit paylaşımına ilişkin hükmün sadece 2002’de kanun yürürlüğe girdikten sonrası için uygulanması kabul edilmiştir. Böylece mevcut evliliklerdeki eşlerin 2002’ye kadar mal ayrılığına, 2002 sonrası edinilmiş mallara katılmaya tabi olmaları gibi ikili bir uygulamaya yol açılmıştır.

Aile konutu başlığı altında ekonomik açıdan güçsüz olan eşin korunması amacıyla yeni bir düzenleme yapılmıştır. Medeni Kanun’un 194’üncü maddesine göre, malın sahibi olan eş, aile konutu ile ilgili her hangi bir hukuki işlem yapılabilmesi için diğer eşin açık rızasını alması gerekir. Malın sahibi olmayan eş, tapuda aile konutu şerhi koydurarak hakkını güvenceye alabilir.

b) İş Kanunu: 2003 yılında yapılan değişiklikle “**eşit davranma ilkesi**”ne yer verilmiştir. Türkiye’nin 1967 yılında 100 sayılı ILO Sözleşmesini onaylamış olması nedeniyle *eşit işe eşit ücret ilkesi* Türk Hukukunda

³¹ **Moroğlu** Nazan, Kadının Kimlik Sorunu Kadının Soyadı, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-99-1159> (erişim tarihi: 12.12.2016).
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)

yerleşik bir ilke halinde uygulanmaktadır. İş Kanunu 5.md.'sinin 4. ve 5. fıkralarında açık bir ifadeyle “*aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük bir ücret kararlaştırılmaz*” “*İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz*” yer verilmiştir. İşverenin işe almadan başlayarak tüm çalışma koşulları yönünden işçilerine eşit davranma, *cinsiyet ayırımına gitmeme yükümlülüğü*, “**eşit davranma ilkesi**” başlığı altında kabul edilmiştir.

İş Kanunu'nun 24. maddesinde “*İşveren işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunması*” halinde **işçiye haklı nedenle derhal fesih hakkı** tanınmıştır. Buna göre, işçi kıdem tazminatını da alabilecektir. 25. maddede de “işverinin” de benzer durumla karşılaşması halinde derhal fesih hakkı olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca, 19 Mart 2011 tarihinde kabul edilen İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesine dair Başbakanlık Genelgesinde “*Kamu kurum ve kuruluşları ile özel sektör işyerlerinde gerçekleşen psikolojik tacizin, çalışanların itibarını ve onurunu zedelediği, verimliliğini azalttığı ve çalışma hayatını olumsuz etkilediği*” dikkate alınarak uygulanacak önlemlere yer verilmiştir (RG.19 Mart 2011, S.27879).

İş Kanunu'nun “Analık halinde çalışma ve süt izni” başlığını taşıyan 74. maddesinde yer alan “*Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir*” kuralında 29.01.2016 yapılan değişiklikle³², “*bu izinlerin bitiminden sonra çocuğun mecburi **ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar** bu maddeye göre ebeveynlerden biri **kısmi süreli çalışma talebinde bulunma hakkı** getirilmiştir.*” Bu talep karşısında işverenin fesih hakkı olmadığı kabul edilmiştir. Ayrıca ücretli analık izni son bulduktan sonra çocuğun hayatta olması şartı ile **kadın işçiye talebi halinde birinci doğumda 60, ikinci doğumda 120, sonraki doğumlarda ise 180 gün süre ile** haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilmesi de hükme bağlanmıştır. Bu değişiklikler daha önce Ailenin ve Dinamik Nüfus Yapısının Korunması Amacıyla,

³² Resmî Gazete, Tarih: 10/2/2016 ve Sayı: 29620.

Kanun ve KHK’larda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ile getirilmek istemişse de, Tasarı eleştiriler üzerine geri çekilmiştir. Ancak bir torba yasa içinde yukarıda değindiğimiz şekilde uzun izin verilmesi ve kısmi çalışma kabul edilmiştir. Aslında nüfus artışı politikasını destekleyen bu tercihin, işverenler tarafından “kadın çalıştırmayı tercih etmemeye” yol açacağı gözardı edilmemelidir.

Kadın istihdamını artırmak söylemiyle sadece uzun izinlerin, kısmi çalışma hakkının getirilmesi kadının çalışma yaşamı dışında kalmasına yol açacak niteliktedir. Ayrıca işte yükselmesinin önünde engel oluşturacaktır. Kadın istihdamının artmasını sağlamak için kreşleri ve çocuk bakım hizmetlerini lojistik ve ekonomik açıdan erişilebilir hale getirmek, aile ile iş yaşamını uyumlaştırmak gerekirken, İş Kanunu’nda ve 657 sayılı Kanunda yapılan son değişiklikler kadın istihdamına olumlu bir destek oluşturmakta uzaktır.

e) Türk Ceza Kanunu: 2005 yılında yürürlüğe giren yeni TCK.da kadınlara karşı ayrımcılık içeren maddeler kaldırılmıştır. Eski TCK’da, kadının vücut bütünlüğüne yönelik tecavüz ve taciz gibi cinsel şiddet içeren suçlar, toplumun genel ahlak ve adabını rencide ettiği bakış açısıyla, “kişilere karşı” değil ‘*Topluma Karşı Suçlar*’ başlığı altında düzenlenmişti. Yeni TCK’da ise kadın hareketinin ısrarlı mücadelesi sonucu, cinsel suçlarda korunması gereken değer, toplumsal ahlak, gelenek ve göreneklerden önce, BİREY olarak kadının ve onun vücut bütünlüğü olduğu kabul edilmiş ve kadının cinsel dokunulmazlığına karşı işlenen suçlar Ceza Kanununda “*Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*” başlığı altında düzenlenmiştir. Ayrıca, Ceza Kanununda evlilik içi tecavüz takibi şikâyete bağlı suç olarak düzenlenmiş; yaralama, eziyet gibi suçlarda eşe, altsoy, üstsoya karşı işlenmesi durumunda ağırlaştırılmış ceza verilmesi kabul edilmiştir.

d) Ailenin Korunmasına ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun

Kadına yönelik şiddet bir insan hakları ihlali ve kadının güçlenmesini engelleyen etkenlerden biri olarak toplumsal bir sorundur. Türkiye’de kadına yönelik aile içi şiddetle mücadele için çıkarılan ilk yasa 1998 tarihli 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanundur. Bu yasanın düzenlenmesinde Birleşmiş Milletlerce 1993 yılında kabul edilen Kadına Yönelik Şiddetin

Önlenmesine ilişkin Bildirge etkili olmuştur. 4320 sayılı Kanun, kadına yönelik şiddet ve türleri konusunda farkındalık yaratılması ve şiddet mağdurunun korunması açısından önemli rol oynamıştır. 2011 yılında Türkiye'nin İstanbul Sözleşmesini onaylamasının ardından Sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla kapsamlı yeni bir yasa hazırlanmıştır. Yeni yasanın yürürlüğe girmesiyle 4320 sayılı kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

8 Mart 2012 tarihinde TBMM'de kabul edilen 6284 sayılı Kanun, esas itibarıyla 4320 sayılı Kanunda düzenlenmiş olan mağduru koruyucu ve şiddet uygulayan hakkında önleyici benzer tedbirleri içermektedir. Şiddet mağduru veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınları, çocukları ve aile bireylerini kapsayan yeni yasa; koruyucu ve önleyici tedbir kararları ve kurumlararası koordinasyon kurulması açılarından ve mağdura ücretsiz hukuki yardım, geçici maddi yardım desteği gibi konularda ayrıntılı hükümler içermektedir. 6284 sayılı Kanun gereğince kurulan Şiddet Önleme İzleme Merkezleri (ŞÖNİM) şiddetle mücadelede önemli rolü vardır. Yasada şiddetin önlenmesi açısından getirilen önemli yeniliklerden biri "kadının insan hakları; kadın erkek eşitliği konusunda" bir dersin ilköğretim, ortaöğretim ve yükseköğretim müfredatına konulmasını öngören hükmüdür.

II. Yasama Sürecinde ve Uygulamada Kadınlara Karşı Ayrımcılık

Siyasette ve toplumsal yaşamın her alanında varlığını sürdüren erkek egemen zihniyet, yasama sürecinde kanun tasarısı veya teklifleri görüşülürken veya mevcut yasalar uygulanırken, yargılama sürecinde kadınların ayrımcılık yaşamasına yol açmaktadır. Bu konuya **Medeni Kanun'dan** örnek vererek açıklık getirebiliriz.

1. Yasama sürecinde

Örnek: 2002 tarihli Medeni Kanun'un uygulanmasına dair Yürürlük Kanunu Tasarısı TBMM görüşülürken 10. maddede değişiklik yapılmasına ilişkin verilen Önerge:

1996 yılında kurulan Medeni Kanun Tasarısını Hazırlama Komisyonu, Aile Hukuku bölümünü "eşlerarası eşitlik ilkesi" doğrultusunda yeniden düzenlerken, *yürürlükteki yasal mal rejimi olan mal ayrılığının değiştirilmesini oybirliği ile benimsenmiştir*. Komisyon, 1926 yılından beri uy-

gulanmakta olan yasal mal rejiminin evlilik sona erdiğinde kadın eşi ekonomik açıdan mağdur ettiğine dikkat çekmiş ve bu mağduriyetin giderilmesi amacıyla eşit paylaşım dayanan bir yasal mal rejimi kabul etmiştir. Bu amaçla, Yürürlük Kanunu Tasarısı 10. maddesinde yeni mal rejiminin mevcut evlilikleri *evlilik tarihinden* itibaren kapsamına yer verilmiştir.

Ancak Tasarının TBMM Genel Kurulu görüşmeleri sırasında bir milletvekili tarafından verilen değişiklik önergesi, kadın milletvekillerinin red oyuna karşın kabul edilmiş ve yeni yasal mal rejiminin 2002 öncesi mevcut evlilikleri Tasarıdaki gibi evlilik tarihinden değil, “*kanunun yürürlük tarihinden*” itibaren kapsamı şeklinde yasalaşmıştır. Önerge hakkında konuşma yapan bir muhalefet partisi milletvekili “*..edinilmiş mallara katılımla ilgili yürürlük tarihini 1 Ocak 2002 tarihinden itibaren başlatırsanız, 15 milyonu aşkın evli kadınlarımızın geçmiş tüm haklarını ayaklar altına almış olursunuz.. buna Meclisimizin hakkının olmaması gerektiği düşüncesindeyim. Hükümet tasarısında olduğu gibi evlilik birliğinin kurulduğu andan itibaren uygulanmalıdır yasal mal rejimi; hükümeti de tekrar Tasarının altındaki imzalarına sahip çıkmaya davet ediyorum..*” demiştir.³³ Aynı milletvekili, daha sonra partisi iktidara geldiğinde Adalet Bakanlığını olmuştur, ama bu sözlerinin gereğini yapmamıştır.

Yasal hakların uygulanmasında kadınlara karşı ayrımcılık

Evlilik yaşı: 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Medeni Kanun’un 124. maddesinde evlilik yaşı, erkek ve kadın için eşit olarak onyediyi yaşın doldurulması olarak kabul edilmiştir. Olağanüstü evlilik yaşı hâkimden evlenmeye izin alınması koşuluyla onaltı yaşın doldurulmasına bağlanmıştır. Oysa, Türkiye’nin onayladığı BM Çocuk Hakları Sözleşmesine göre, 18 yaşına kadar her insan çocuktur. Ülkemizde temel sorunlardan biri kız çocukların erken yaşta evlendirilmesidir. Hacettepe Ü. Nüfus Etütleri Enstitüsü tarafından yapılan araştırmaya göre Türkiye’de yaklaşık 3 Milyon 500 bin “çocuk” “gelin” vardır. Çocuk yaşta evlilikler ise kadınlara karşı ayrımcılığın sürmesine yol açan çok yönlü bir toplumsal sorun haline gelmiştir.³⁴ Bu durum, Medeni Kanun’un evlilik yaşı hükmünün ihlal edildiğini, resmi nikah koşulunun yok sayıldığını göstermektedir.

³³https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=20083&P5=H&page1=8&page2=8

³⁴ **Moroğlu N./Serin F.**; Hukuki Açından “Çocuk” “Gelin”; 2014, s. 12-16. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 1 (2016)*

2. Yargılama sürecinde ve yargı kararlarında kadınlara karşı ayrımcılık

2000’li yıllardan itibaren yasalarda yapılan değişikliklerle kadınlara karşı ayrımcılık içeren hükümler büyük ölçüde kaldırılmış olmasına rağmen, hak arama yolunda kadınların yaşadıkları sorunlar sürmektedir. Nitekim kadına yönelik şiddet, kadın cinayetleri ve yargı kararları denildiği zaman ilk akla gelen failin cezasında yapılan iyi hal indirimidir. Mahkemelerin kadına şiddet konusundaki vicdanları yaralayan kararlarından biri de NÇ’nin 13 yaşındayken aralarında kamu görevlisi, esnaf, asker, okul müdürü, muhtarların olduğu bir grup tarafından yıllarca tecavüze maruz kalması karşısında failer hakkında iyi hal nedeniyle cezalarının indirilmesi kararı olmuştur. Yerel mahkemenin, NÇ ile ilgili olarak “kendi rızası ile birlikte olduğu” gerekçesine dayandığı kararını 8 yıllık bir hukuki sürecin ardından Yargıtay’ın onaması kamu vicdanını bir kez daha yaralamıştır. Buna benzer çok sayıda örnek vermek mümkündür.

Türkiye’nin, toplumsal cinsiyet eşitsizliğinde dünyada en sorunlu ülkeler arasında yer alması karşısında önlemler alınması gerekirken, kadının kimliği, kişiliği ve haklarının yok sayıldığı bir dönemden geçiyoruz. 1990 yılında kadın sorunları konusunda politika üretmek, çözüm getirmek amacıyla kurulan Kadın Bakanlığının kaldırılması, yerine 2011 yılında Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’nın kurulması kadın-erkek eşitliğini gözardı eden zihniyetin etkisini göstermektedir. Son yıllarda, **kadını sadece anne rolü ile sınırlayan, kadını BİREY olarak görmeyen** bir anlayış devletin her kademesinde sürekli dile getiriliyor. Bu bakış açısının, kamuoyunda “Boşanma Raporu”³⁵ olarak anılan bir meclis araştırması raporuna nasıl yansıdığına baktığımızda Raporda yer verilen önerilerle kadınların kazanılmış yasal haklarının nasıl geri alınacağına yol haritası çizildiğini görüyoruz.

Raporda, Toplumsal Cinsiyet Eşitliği politikaları yerine ailenin güçlendirilmesi esas alınmış, kadının güçlendirilmesine değinilmemiş ve ka-

³⁵ 6 Mayıs 2016 tarihinde Komisyon başkanı tarafından açıklanan , “Aile Bütünlüğünü Olumsuz Etkileyen Unsurlar İle Boşanma Olaylarının Araştırılması ve Aile Kurumunun Güçlendirilmesi İçin Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi TBMM Araştırması Komisyonu” Taslak Raporu <https://t24.com.tr/haber/bosanma-komisyonu-baskani-aile-butunlugune-dair-konular-bilimsel-veriler-isiginda-ortaya-konulmustur,341258> (erişim tarihi: 2 Ocak 2017).

dının kazanılmış yasal hakları, adeta aile bütünlüğünü olumsuz etkileyen nedenler olarak kabul edilmiş ve kanunlarda bu yolda değişiklikler yapılması önerilmiştir.

Örneğin, TBMM Araştırma Komisyonu Raporundaki önerilerden biri: Yürürlükteki 6284 sayılı Kanuna göre, şiddet mağduruna *delil aranmaksızın* derhal koruma kararı verilmesi hükmünün; aile bütünlüğünü olumsuz etkilediği kabul edilmiş ve “şiddet mağduru hakkında koruma kararı verilmesi için *belge - delil zorunlu olsun ya da koruma süresi kısaltılsın*” şeklinde yasa değişikliği önerisi getirilmiştir.

Ayrıca, söz konusu Raporda diğer bir öneri de çocukların, cinsel istismarcıyla/tecavüzcüyle evlendirilmesine, evlilik yaşının 15'in altına indirilmesine yöneliktir. Bilindiği gibi, bu konu 2016 Kasım ayında TCK 103. maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olan fıkralarının AYM kararı gereğince yeniden düzenlenmesi sırasında TBMM gündemine getirilmiştir. İktidar partisinden altı milletvekilinin verdiği ÖNERGE ile geçici maddeye eklenmesini istedikleri fıkra kadın kuruluşlarının yoğun tepkisi üzerine geri çekilmiştir. Çocuk tecavüzlerine evlilik adı altında meşruiyet kazandırmaya, Medeni Kanun'un evlilik yaşı hükmünü gözardı etmeye, çocuklara tecavüzcüler ile evlendirme zorunluluğu getirilmeye yönelik olan Önerge çok tepki çekmişti. Kanımca yasama sürecinde iktidarın kadına, kız çocuklarına yönelik bakış açısını görmek için söz konusu önerge metnine bakmak yeterlidir: “*Cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın 16/11/2016 tarihine kadar işlenen cinsel istismar suçunda, mağdurla failin evlenmesi durumunda, Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesindeki koşullara bakılmaksızın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına, hüküm verilmiş ise cezanın infazının ertelenmesine karar verilir. Zamanaşımı süresi içinde evliliğin, failin kusuruyla sona ermesi halinde fail hakkındaki hüküm açıklanır veya cezanın infazına devam olunur. Bu fıkra uyarınca fail hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına veya cezanın infazının ertelenmesine karar verilmesi durumunda, suça azmettiren veya işlenişine yardım edenler hakkında kamu davasının düşmesine veya infazın ortadan kaldırılmasına karar verilir.*”

Sonuç olarak, ülkemizde toplumsal cinsiyet eşitliği zihniyetinin yerleştirilmesi için eğitim başta olmak üzere çok yönlü planlı çalışmalar yapılmasına ihtiyaç vardır. Hukuki boyutuna baktığımızda, yasalarda eşit

haklar tanınmış olsa da kadınların hak arama sürecinde karşılaştıkları ayrımcılık, erkek egemen bakış açısından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, hâkim, savcı, avukat başta olmak üzere hak arama sürecinde görev yapacak kişilerin hukuk eğitimi sırasında ve staj eğitimlerinde kadının insan hakları konusunda bilgilendirilmeleri sorunun çözümünde önemli katkı sağlayacaktır. Kadın hukukuna ilişkin ders içeriğinin bir özetini yansıtmak amacıyla kaleme alınan bu yazıda içerik hakkında özet bilgi verilmiştir. Kadınların hak arama sürecindeki özenli uygulamalar, kadınların hukuka, adalete güvenini artıracaktır.

**“Kadınlarını geri bırakan toplumlar geri kalmaya mahkumdur...”
Mustafa Kemal Atatürk, 1928.**



KAYNAKÇA

Acar Feride; Kadınların İnsan Hakları: *Uluslararası Yükümlülükler, 20. Yüzyılın Sonunda Kadınlar ve Gelecek Konferansı* (editör: Oya Çitçi) Ankara, 1998.

Arın Tülay, *İktisat Kuramının Kadın Sorununa Bakışı*, Türkiye’de Kadın Olgusu, yayına haz. Necla Arat, İstanbul 1995.

Aykor Gül, *Uluslararası Düzeyde Kadın Sorunu ve Türkiye*, Türkiye’de Kadın Olmak, yayına haz. Necla Arat, İstanbul 1996.

Berktaş Fatmagül, *Kadınların İnsan Haklarının Gelişimi ve Türkiye*, Sivil Toplum ve Demokrasi Konferans Yazıları no 7, 2004.

Centel Tankut, “*Kıdem Tazminatında Olumlu Ayrımcılık*”; SİCİL İş Hukuku Dergisi, 2009

Çakır Serpil, *Osmanlı Kadın Hareketi*, Metis yay.; İstanbul 1994.

Doğru Osman, Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü, XII Levha, 2016.

Gemalmaz Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri Cilt 2*, Legal yay.; İstanbul, 2011.<http://law.yeditepe.edu.tr/akademik-2/lisans/ders-icerikleri/> (erişim tarihi: 5 Aralık 2016).

Gözübüyük Şeref/Gölcüklü Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, 10. Bası, Ankara 2013.

Koray Meryem, *Kadın – Siyaset – Kota*, Türkiye’de Kadın Olgusu, yayına haz. Necla Arat, İstanbul 1995.

Menzel Birgit, *Frauen- und Menschenrechte*, Frankfurt 1994.

Moroğlu N./Serin F.; Hukuki Açından “Çocuk” “Gelin”; 2014, s.12-16.

Moroğlu Nazan, *Kadının Kimlik Sorunu Kadının Soyadı*, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-99-1159> (erişim tarihi: 12.12.2016).

Moroğlu N., *Uluslararası Belgelerde Kadın Erkek Eşitliği*, İstanbul Barosu yayını, 2005.

Moroğlu Nazan, *Kadın ve Yurttaş Hakları*, Çağdaşlık ve Yurttaşlık Bilinci, Cumhuriyet kitap, 2008.

Moralhoğlu Aylin, *İstanbul Barosu Kadın Hakları 8 Mart 2015 Özel Bülteni*.

Moroğlu Nazan, *Türkiye Barolar Birliği Kadın Hukuku Komisyonu (TÜBAKKOM)*, İstanbul 2000.

Moroğlu N., Kadının İnsan Hakları Sözleşmesi, XII Levha Yayını, İstanbul, 2009.

Moroğlu N., 1. Kadın Avukatlar Kurultayı, TBB yayını, Ankara 2012.

Özdamar Demet; Cedaw Sözleşmesi, Ankara 2009, s.116; <http://indicators.ohchr.org/> (erişim 23.12.2016).

Pekin Eylem Platformu ve Deklarasyonu md. 14, Ankara 1996, T.C. Başbakanlık KSGM yayını.

PLATON, Devlet, (Çeviri: S. **Eyüboğlu**, A. **Cimcoz**), 8.Basım, İstanbul, 1995.

Tuskan Alisbah Aydeniz, Kadın Hakları Mevzuatı, İstanbul Barosu yayını, 2013.

Türkiye’de Kadının Durumu; TC Başbakanlık KSGM yayını, Ankara 1998.

<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform/human.htm> (erişim tarihi: 21 Aralık 2016).

