

**Gazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Dergisi**



**Gazi University
Faculty of Law
Review**

Cilt XVI, Ekim-2012, Sayı 4
Vol. XVI, October-2012, No. 4



**ANKARA
Ekim-2012**

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Gazi Üniversitesi Gazi University

Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Editor in Chief

Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM

Editörler: Editors :

Yrd. Doç. Dr. Bülent YAVUZ Assist. Prof. Dr. Bülent YAVUZ

Yrd. Doç. Dr. M. Çelebi CAN Assist. Prof. Dr. M. Çelebi CAN

Arş. Gör. Dr. Alper Çağrı YILMAZ Assist. Prof. Dr. Alper Çağrı YILMAZ

Yayın Kurulu : Editorial Board :

Yrd. Doç. Dr. Bülent YAVUZ Assist. Prof. Dr. Bülent YAVUZ

Yrd. Doç. Dr. M.Çelebi CAN Assist. Prof. Dr. M. Çelebi CAN

Arş. Gör. Alper Çağrı YILMAZ Assist. Prof. Dr. Alper Çağrı YILMAZ

Yayın Yönetmeni : Publishing Manager :

Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM

Bu dergi yılda dört defa yayınlanır. This journal is published four times a year.

Yayın Sekreteri : Secretary of Publication

Değer KANYILMAZ Değer KANYILMAZ

ISSN-1302-0013

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Basım Yeri: Gazi Üniversitesi Matbaa İşletmesi ve Ahşap İmalathanesi Müdürlüğü
Gölbaşı/ANKARA

Faks : +90 312 484 36 49 e-posta: gazi-bas-mevi1@hotmail.com

Basım Tarihi : Aralık 2012

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE
TEL: +90 312 216 21 51 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.gazi.edu.tr>
e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayınlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranmaktadır.

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Şahin AKINCI	Konya Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Enver BOZKURT	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yedigâr İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOC AK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD) Yayın İlkeleri

1. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), U L A K B İ M tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı (**Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim**) olarak yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; Yazının dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Yazılar; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman-12 punto- normal stil; dipnotlar Times New Roman-10 punto normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve CD veya elektronik posta ile hukukdergi@gazi.edu.tr adresine gönderilmelidir.
4. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan **Türkçe ve İngilizce özetlerin**; her iki dilde **yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün** yazının başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.
5. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
6. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıma” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editörler kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, geri çevrilir.
7. Editörler kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakem tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakem raporunun olumsuz olması durumunda, ikinci bir hakem incelemesi yapılmaz. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
8. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, *kitap incelemesi*, *mevzuat değerlendirmesi* ve *bilgilendirici notlara* da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editörler kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

9. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
10. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği **kaynakçaya** yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

Örnek

Kitaplar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı. *Kitabın Adı*, Baskı. Basıldığı Yer, Yıl,
Örn. AYHAN, Rıza, Ticarî İşletme Hukuku, b. 2, Ankara 2007.

İlk atıf dâhil olmak üzere atıf usulü:

Örn. AYHAN, s. 178.

Aynı yazarın birden fazla kitabına ilk atıf usulü:

AYHAN, Şirketler, s. 120. ve AYHAN, Ticarî İşletme, s. 136.

Makaleler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı, Makalenin Başlığı, Derginin İsmi, Cilt Numarası, sayı numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları.

Örn. AYHAN, Rıza, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, C. I, Sa. 2, s. 31-40.

Atıf da şu şekilde yapılmalıdır:

Örn. AYHAN, s. 31.

İnternette alınan dokümanlar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Örn. AYHAN, Rıza, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, C. I, Sa. 2, s. 31-40 (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, erişim 13 Haziran 2010).

Atıf da şu şekilde yapılmalıdır:

Örn. AYHAN, s. 31.

İletişim Adresi: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 (Beşevler Metrosu Yakını) Beşevler/ANK.

Tel: (312) 216 21 51

Faks: (312) 215 01 69

http: www.hukuk.gazi.edu.tr

e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr

BOŞ

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt XVI Ekim 2012 Sayı 4

İÇİNDEKİLER

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi Cenk AKİL	1-18
Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar İle Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi Serkan AYAN	19-90
Passing Of Risk According To The United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods And The New Turkish Code Of Obligations From A Comparative Perspective Seda İrem ÇAKIRCA	91-116
Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Taşıyıcının Sınırsız Sorumluluğunu Gerektiren Ağır Kusurları ve Türk Mahkemelerinin Cmr'yi Uygulaması Bakımından Muhtemel Etkisi Muharrem GENÇTÜRK	117-148
Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları Recep MAKAS	149-180

KAMU HUKUKU

Bir Reformasyon Öncüsü: Padova'lı Marsilius Celalettin GÜNGÖR	183-248
İmar Kanunu'nun 32.ve 42. Maddeleri Kapsamında Yıkım ve Para Cezası Sercan Coşkun KULAK	249-290
Kamu Kurumları ve Uzmanlık İlkesi (Kuram ve Uygulamaya İlişkin Gözlemler) Cem Çağatay ORAK	291-328
Suç Korkusu, Cezanın Caydırıcılığı ve Küçük Suçlar Ömer ÖMEROĞLU	329-370

* Makaleler, yazarların soyadına göre sıralanmıştır.

BOŞ

Gazi University Faculty of Law Review

Vol. XVI October 2012

Number 4

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

Compromise In The Code Of Civil Procedure And The Matter Whether A
Conditional Decision Can Be Rendered Or Not Via Compromise
Cenk AKİL.....1-18

Acquisition Of Surname For The First Time, Change Autmatically And Amendment
Of It In The Light Of Constitutional Court Decisions And Modification Draft
Related To The Surname Of Children And Women
Serkan AYAN.....19-90

Passing Of Risk According To The United Nations Convention
On Contracts For The International Sale Of Goods And The
New Turkish Code Of Obligations From A Comparative Perspective
Seda İrem KIRCA.....91-116

Unlimited Liability Of The Carrier As A Result Of His Gross
Negligences According To New Turkish Commercial Code
And Its Possible Effect On The Application Of Cmr In Turkish Courts
Muharrem GENÇTÜRK.....117-148

The Employee's Care Duty And The Legal Consequences
Of The Breach Of The Contract By The Debtor Under The
Turkish Law Of Obligations And The Labour Law
Recep MAKAS.....149-180

PUBLIC LAW

A Forerunner Of The Reformation: Marsilius Of Padua
Celalettin GÜNGÖR.....183-248

Destruction Process And Fine In Terms Of 32. And
42.(Articles) Of Turkish Zoning Law
Sercan Coşkun KULAK.....249-290

Public Establishments And The Principle Of Speciality
(Observations On The Theory And Practice)
Cem Çağtay ORAK.....291-328

Fear Of Crime, Deterrent Of Punishment And Small Crimes
Ömer ÖMEROĞLU.....329-370

* Articles are drawn up according to the surnames of the authors.

BOŞ

ÖZEL HUKUK>>

BOŞ

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NDA SULH VE SULH YOLUYLA ŞARTA BAĞLI HÜKÜM VERİLİP VERİLEMEYECEĞİ MESELESİ

Cenk AKİL*

ÖZET

Sulh, tarafların mahkeme önünde veya mahkeme dışında aralarındaki uyuşmazlığı yahut tereddütlü durumu sona erdirmek için yaptıkları bir sözleşmedir. Sulh hem maddi hukuk hem de usul hukukuna ilişkin etki ve sonuçları olan çifte karakterli bir sözleşmedir. Sözleşme olması nedeniyle tek taraflı olarak dönülemez. Bununla birlikte, taraflar daha sonra bu sözleşmeyi karşılıklı olarak feshedebilir veya değiştirebilirler. Sulh, davadan feragat ve davayı kabul gibi taraf usul işlemidir. Fakat onlardan farklı olarak şarta bağlanabilir. Ne var ki, sulhun şarta bağlanması şarta bağlı hüküm verilebildiği anlamına gelmez. Bu nedenle bu halde tarafların, mahkemeden sulhe göre karar vermesini talep etme imkânlarının elinden alınması gerekir. Zira mahkemeler şarta bağlı hüküm veremez.

Anahtar Kelimeler: Medeni muhakeme hukuku, taraf usul işlemleri, sulh, mahkeme içi sulh, şarta bağlı hüküm.

COMPROMISE IN THE CODE OF CIVIL PROCEDURE AND THE MATTER WHETHER A CONDITIONAL DECISION CAN BE RENDERED OR NOT VIA COMPROMISE

ABSTRACT

Compromise is a contract which is entered into by and between the parties before or out of the court in order to settle the dispute or the uncertain situation between them. Compromise is a double-charactered contract which has effects and results regarding both substantive law and procedural law. As the compromise is a contract, the parties cannot waive from it unilaterally. However the parties may terminate or amend the contract of compromise mutually later. Compromise is a procedural action of the parties like waiver from the case and acceptance of the case. But unlike them, it may be conditional. Nevertheless, the conditionality of the compromise does not mean that a conditional decision can be rendered, as well. Therefore in this case the parties should not demand a decision according to the compromise, which is conditional, to be rendered from the court since the courts cannot render a judgment which -conditional.

Key Words: Law of Civil Procedure, procedural actions of the parties, compromise, compromise before court, conditional decision.

* Dr., akilcenk@hotmail.com

GİRİŞ

Uygulamada ve teoride kabul edilmekle birlikte 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda yer almayan sulh, kanuni olarak ilk defa 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile düzenlenmiştir. Davaya son veren taraf işlemlerinden biri olan sulh, davadan feragat ve davayı kabulden farklı olarak şarta bağlanabilmektedir. İşte tam da bu noktada şarta bağlı hüküm verilemeyeceği ilkesi ile şarta bağlı sulh arasındaki irtibat önem kazanmaktadır. Bu nedenle aşağıda önce 6100 sayılı HMK kapsamında sulh hakkında bilgi verilecek; daha sonra da şarta bağlı olarak yapılan sulh ile şarta bağlı hüküm arasındaki ilişki irdelenecektir.

I. SULHUN TANIMI

Sulh HMK m. 313/1de tanımlanmıştır. Buna göre sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir¹. Daha açık bir deyişle, mahkeme içi sulh tarafların karşılıklı fedakârlıkta bulunmak suretiyle aralarındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan bir uyuşmazlığı sona erdirmek üzere, mahkeme önünde yaptıkları sözleşmedir². Sulhun unsurları, bir sözleşmenin mevcudiyeti, bir uyuşmazlık yahut tereddüdün bulunması ve karşılıklı fedakârlıkta bulunulmasıdır³. Sulh bir sözleşme olduğundan tek taraflı olarak dönülmesi caiz değildir⁴. Bununla birlikte, taraflar, mahkeme içi sulh sözleşmesini daha sonra karşılıklı anlaşma ile feshedebilir veya değiştirebilirler⁵. Tarafların sulhe başvurmalarının ekonomik, psikolojik, hukuki vb. sebepleri olabilir⁶.

¹ Öğretide haklı olarak işaret edildiği gibi burada sözleşmenin dava konusuna ilişkin olduğunun belirtilmesi daha isabetli olurdu. Bu yöndeki eleştiri için bkz. ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, Öneriler, s. 169. Sulhun öğeleri için bkz. ULUSAN, s. 150 vd.

² ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, Usul, s. 429; ANSAY, s. 178; ÖNEN, Ankara 1972, s.23; SONER, s. 442; BİLGE / ÖNEN, s. 356; TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 85; TANRIVER, Sulh, s. 35; MERİÇ, s. 207; ULUSAN, Banu, s. 976; FASCHING, s. 670; RECHBERGER / SIMOTTA, s. 315. Alman Medeni Kanununda (m. 779) ise sulh “*taraflar arasında vaki bir niazi veya bir hukuki münasebete ait şüpheyi yahut bir iddianın gerçekleştirilebileceğinde vaki emniyetsizliği karşılıklı fedakârlıklarla hal eden mukavele*” olarak tanımlanmıştır (SEVİG, s. 144; ULUSAN, s. 149).

³ ULUSAN, Banu, s. 980 vd.

⁴ ANSAY, Sulh, s. 208; KURU / ARSLAN / YILMAZ, Ders Kitabı, s. 537; MERİÇ, s. 212. Sulhun sözleşme olmasının bir diğer sonucu ise sözleşmelerin yorumunda uygulanan kuralların burada da uygulanmasıdır (ANSAY, Kitap, s. 179).

⁵ KURU, Usul IV, s. 3793.

⁶ Geniş bilgi için bkz. ULUSAN, s. 174-175.

II. SULHUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Sulhun hukuki niteliği konusunda öğretilde çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Bu teorileri dört grupta toplamak mümkündür. Bunlardan birincisi olan yargılama hukuku teorisine göre mahkeme huzurunda yapılan sulh, tamamıyla usul hukukuna ait bir kurum olup maddi hukuka ait sulh sözleşmesi arasında isim benzerliği dışında ortak bir yön bulunmamaktadır. Bu iki kurum içeriği, etkileri ve sonuçları bakımından birbirinden farklıdır. Usul işlemi olan ve usul hukukuna özgü ödevleri yerine getiren mahkeme içi sulhun hukuki yapısı ve geçerliliği sadece bu hukukun ilkelerine göre belirlenmelidir⁷.

Özel hukuk teorisi olarak bilinen ikinci görüşe göre ise mahkeme önünde yapılan sulh kesinlikle usul hukuku kurumu olmayıp salt maddi hukuk kurumudur. Bu teorinin temsilcileri kendi arasında maddi hukuk teorisine sıkı sıkıya bağlı kalanlar ve kalmayanlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Birinci gruba göre mahkeme önündeki sulh, bir usul hukuku kurumu olmayıp, usule ilişkin bir sonuç da doğurmaz⁸. İkinci gruba göre ise mahkeme önünde yapılan sulh maddi hukuk sözleşmesi olmakla beraber bu, onun usul hukukuyla hiçbir bağlantısı bulunmadığı anlamına gelmez. Mahkeme içi sulh, sadece maddi hukuka değil; usul hukukuna da ait olan bir takım sonuçlara sahiptir. Bununla birlikte mahkeme içi sulhun ayırt edici özelliği onun özel hukuk karakterli olmasıdır⁹.

İleri sürülen üçüncü görüşe göre ise mahkeme önünde sulh bir usul hukuku sözleşmesidir ve bu sözleşme maddi hukuk sözleşmesiyle bağlanabilir. Çift vakia teorisi olarak bilinen bu teoriye göre söz konusu sözleşmeler arasındaki bağ zayıf olup her an birbirinden ayrılabilir. Eğer sulh ile aynı zamanda taraflar arasındaki maddi uyuşmazlık da sona erdirilmekteyse mahkeme içi sulh ve sulh sözleşmesi tek bir vakianın hukuken bağımsız iki ayrı bölümü olarak görülür. Mahkeme içi sulh ise saf usuli karakterdedir¹⁰.

Mahkeme içi sulhun hukuki niteliği konusunda hakim görüş konumunda bulunan karma teoriye göre ise mahkeme içi sulh ne saf bir usul hukuku ku-

⁷ ÖNEN, Sulh, s. 34; ULUSAN, s. 180; TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 86; TANRIVER, Sulh, s. 37; ULUSAN, Banu, s. 977.

⁸ ÖNEN, Sulh, s. 36; ULUSAN, s. 176; TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 86; TANRIVER, Sulh, s. 37; ULUSAN, Banu, s. 977.

⁹ ÖNEN, Sulh, s. 36; ULUSAN, s. 177; TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 86-87; TANRIVER, Sulh, s. 37; ULUSAN, Banu, s. 978.

¹⁰ ÖNEN, Sulh, s. 40; TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 88; TANRIVER, Sulh, s.37; ULUSAN, Banu, s. 978.

rumu ne de özel hukuk sözleşmesidir. Aksine o, bir ayağı usul hukukunda diğer ayağı ise özel hukukta olan karma karakterli bir hukuki kurumdur¹¹.

HMK’da “görülmekte olan bir dava”dan bahsedilerek “mahkeme içi sulh” düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, taraflar mahkeme huzurunda sulh olmak zorunda değildirler. Onlar mahkeme dışında da yapacakları bir sulh sözleşmesi ile aralarındaki uyuşmazlığa son verebilir¹².

III. SULHUN ŞEKLİ

Sulhun yapılması şekle tâbidir. Taraflar mahkeme huzurunda sulh olmak istediklerini bildirdikleri takdirde, bu sözlü beyanlarının tutanağa geçirilerek sulh olan taraflara okunması ve imzalatırılması gerekmektedir (HMK m. 154/1; m. 154/3ç). Sulhun yazılı olarak yapılması halinde ise tarafların bu konudaki beyanlarını içeren dilekçelerinin tutanağa yazılarak eklenmesi gerekir (HMK m. 154/ 4). Bu hükümden hareketle sulhun tutanağa geçirilmesinin, taraflara okunmasının, onların onayının alınmasının ve (varsa) itirazlarının da tutanağa geçirilmesinin sulhun sonuç doğurabilmesi için zorunlu şartlar olduğu söylenebilir¹³.

Tarafların sulhe ilişkin irade açıklamalarını tutanağa geçirilmesi işi hâkim tarafından resen yerine getirilmesi gereken bir görev olup; bu iş hâkimin denetimi altında zabıt kâtibi tarafından yerine getirilir¹⁴. Dava konusu uyuşmazlığı tamamen çözmeye yönelik sulhun yanı sıra dava konusu uyuşmazlığı kısmen çözen sulhlerin de tutanağa geçirilmesi gerekir¹⁵. Buna karşı-

¹¹ ÖNEN, Sulh, s. 36-37; ULUSAN, s. 182-183; TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 87; TANRIVER, Sulh, s. 38; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 429; MERİÇ, s. 207. Alman hukuku bakımından aynı yöndeki görüşler için bkz. GRUNSKY, s. 142; ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, s. 738. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında sulhun bu iki veçhesine dikkat çekmiştir: “...Sulh genellikle iki çeşittir. Mahkeme dışı sulh denen birincisi; maddi hukuk alanına giren bir borçlar hukuku bağıttır. İkincisi ise mahkeme önünde sulhtur. Bunun karakteri gerek maddi hukuk gerekse yargılama hukukuna özgü koşul ve unsurlarla belirir. Fakat bu karma yapısına rağmen, mahkeme önünde sulh kural olarak bir yargılama hukuku kuruluşudur (kurumudur) ve davayı etkileyen taraf işlemlerindendir. Mahkeme önündeki sulhun maddi unsurunu teşkil eden taraflar arasındaki sulh sözleşmesi, bunun mahkemeye bildirilerek tutanağa geçirilmesi ve taraflarla hâkim ve tutanak yazısı tarafından imzalanması biçimindeki bir yargılama işlemiyle aynı zamanda usuli bir nite-lik kazanır...” (Yargıtay 4. HD, T. 12.2.1975, E. 2465/1975, K. 1751/1975: İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, 1976, Sa.186, s. 4633-4634).

¹² ANSAY, Kitap, s. 178; ÖNEN, Sulh, s. 2; KURU, Usul IV, s. 3797; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 431; KARSLI, s. 383; POSTACIOĞLU, Usul, s. 484.

¹³ ULUSAN, s. 190; KURU, Usul IV, s. 3753.

¹⁴ ÖNEN, s. 117.

¹⁵ ÖNEN, Sulh, s. 116; TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 89; TANRIVER, Sulh, s. 39.

lık akim kalan sulh teşebbüslerinin tutanağa geçirilmesine gerek yoktur¹⁶.

Yukarıda da belirtildiği gibi tutanağın sulhe ilişkin bölümünün tarafların huzurunda okunması ve tarafların imzalarının alınması hükme bağlanmıştır. Tutanağa geçirilen sulhun taraflara okunmasıyla tarafların irade açıklamalarına uygun bir biçimde geçirilip geçirilmediğinin belirlenmesi, hataların önüne geçilmesi ve tarafların sulhe ilişkin irade açıklamaları üzerinde bir kez daha düşünmelerine ve gerekli düzeltmeleri yapmalarına fırsat tanınmak amaçlanmıştır¹⁷.

Sulhun şekli konusunda üzerinde durulması gereken bir başka husus da mahkeme dışında¹⁸ yapılan sulhun mahkeme önünde sulhe dönüştürülüp dönüştürülemeyeceğidir. Bu konuda öğretilde iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Görüşlerden birine göre mahkeme önünde yapılan sulh sadece bir maddi hukuk işlemi olmayıp aynı zamanda bir usul hukuku işlemidir. Mahkeme dışı sulhte mahkemenin sulhun yapılmasında uzlaştırıcı ve teşvik edici bir işlevi bulunmadığından mahkeme dışı sulh sözleşmesi mahkemeye verilip tutanağa geçirilmek suretiyle mahkeme içi sulhe dönüştürülemez¹⁹.

Buna karşılık hakim görüş mahkeme dışında yapılmış olan sulh sözleşmesinin mahkemeye verilmesi ve mahkeme tarafından tutanağa geçirilmesi halinde, mahkeme huzurunda sulhe dönüşeceğini kabul etmektedir²⁰. Burada sulh sözleşmesinin içeriğinin ayrıca duruşma tutanağına geçirilmesine de gerek yoktur. Çünkü duruşma tutanağına eklenen belgeler de tutanak hükmündedir. Ne var ki, bu halde dahi, mahkemeye verilen sulh sözleşmesinin duruşmada okunduğunun, tutanağa yazılması ve sonra da bu tutanağın sulhe ilişkin bölümünün taraflarca imzalanması gerekir²¹.

¹⁶ ÖNEN, Sulh, s. 117; TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 89; TANRIVER, Sulh, s. 40.

¹⁷ ÖNEN, Sulh, s. 119; TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 89; TANRIVER, Sulh, s. 40.

¹⁸ Keşif esnasında yapılan sulh mahkeme dışı değil, mahkeme içi sulh sayılır (KURU, Usul IV, s. 3755).

¹⁹ ÖNEN, Sulh, s. 88.

²⁰ ANSAY, Usul, s. 184; ULUSAN, s. 188; KURU, Usul IV, s. 3755; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 538.

²¹ TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 90; TANRIVER, Sulh, s. 42. “...Mahkeme dışında yapılmış olan sulh şekle tabidir (HUMK. Madde 151/5). Kanunun öngördüğü bu şekil, sulh için geçerlilik şartıdır. Buna göre; yazılı sulh sözleşmesinin mahkemeye verildiğinin duruşma tutanağına yazılması, duruşmada tarafların önünde okunması, okunduğunun da duruşma tutanağına yazılması ve ondan sonra da tutanağın taraflara (veya sulh için yetkili vekillerine) imza ettirilmesi gerekir. Böylece mahkeme dışı sulh, mahkeme içi sulhe dönüşür. Bu şartlara uygun olmayan sulh anlaşması geçersizdir...” (Yargıtay 3.HD, T. 17.1.2011, E. 2010/22505, K. 2011/107, <http://www.hukukturk.com>, E. T. 16 Haziran 2012). Başka bir örnek için bkz.

Mahkeme önünde sulhe konu olan hukuki işlem için kanun tarafından bir geçerlilik şartının öngörülmesi halinde, sulhun maddi hukukça öngörülen bu geçerlilik şeklinin yerini tutacağı oybirliğiyle kabul edilmektedir²².

IV. SULHUN KONUSU OLABİLECEK UYUŞMAZLIKLAR

Sulh ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyumsuzlukları konu alan davalarda yapılabilir (HMK m. 313/2). Bu bağlamda özellikle aile hukukundan kaynaklanan evliliğin iptali, nesebin reddi, babalık, boşanma gibi davalarda sulh olunamaz²³. Çekişmesiz yargı işlerinde de tarafların dava malzemesi üzerinde serbestçe tasarruf edebilmeleri mümkün olmadığından tarafların bu işler hakkında sulh olması mümkün değildir²⁴. Bu durum, esasen medeni yargılamaya hakim olan tasarruf ilkesinin doğal bir sonucudur²⁵.

Benzer şekilde cumhuriyet savcısının yer aldığı dava ve işler (HMK m. 75/3) hakkında da taraflar serbestçe tasarruf edemeyeceklerinden bu tip davalarda tarafların sulh olmaları sonuç doğurmayacaktır²⁶.

Belirtmek gerekir ki, taraflar sadece dava konusuna dâhil olan hususları değil, dava konusu dışında kalan hususları da sulh sözleşmesinin kapsamına dâhil edebilirler (HMK m. 313/3)²⁷.

V. SULHUN ETKİSİ

Sulhun etkisi HMK m. 315/1, c. 1’de düzenlenmiştir. Buna göre sulh, ilgili bulunduğu davayı sona erdirir ve kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğurur. Şu halde mahkeme içi sulh, mahkeme tarafından bir hüküm verilmesine gerek olmaksızın davayı sona erdirir²⁸. Tarafların sulh yapmaları durumunda

Yargıtay 11. HD, T. 14.5.2001, E. 2001/2135, K. 2001/4185 (UMAR, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara 2011, s. s. 888).

²² ÖNEN, Sulh, s. 123; ULUSAN, s. 190; KURU, Usul IV, s. 3755; TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 91; TANRIVER, Sulh, s. 42. Bu bağlamda örneğin sulh sözleşmesi, tanışmazlara ilişkin olsa bile şekil bakımından geçerlidir (UMAR, s. 885).

²³ ÖNEN, Sulh s. 45 vd.; BİLGE / ÖNEN, s. 356; ANSAY, Sulh, s. 202; ARIK, s. 145; BERKİ, s. 296; ULUSAN, s. 159-160; ANSAY, Usul, s. 185; BERKİN, s. 720-721; KURU, Usul IV, s. 3794 vd.; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 555-556; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 538; ÜSTÜNDAĞ, s. 581.

²⁴ ÖNEN, s. 44.

²⁵ MERİÇ, s. 209.

²⁶ ÖNEN, s. 44; KARSLI, s. 385.

²⁷ Geniş bilgi için bkz. ÖNEN, Sulh, s. 49-51; ANSAY, Kitap, s. 180.

²⁸ 6100 sayılı HMK ile kabul edilen bu hükümle birlikte öğretilerde daha önce mahkeme önünde

mahkeme “esas hakkında bir karar verilmesine yer olmadığına” ya da “sulh sebebiyle, hüküm verilmesine yer olmadığına” karar vererek yargılamaya son verecektir. Diğer bir deyişle, mahkeme içi sulh davayı kendiliğinden sona erdirdiğinden mahkemenin bu sonucun ortaya çıkmasını sağlamak için ayrıca bir hüküm vermesine de gerek yoktur²⁹. Zira sulhun temel işlevi hükmün tamamlayıcısı olmak değil; hüküm yerine geçmektir³⁰. Dolayısıyla sulhun biz-zat kendisinin ayrıca bir mahkeme hükmü verilmesine gerek olmaksızın doğ-rudan doğruya davayı sona erdirmesi doğaldır³¹. Bu bakımdan mahkemenin vereceği “esas hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı” davanın sulh nedeniyle konusuz kaldığını tespit ve tevsikten öte bir anlam taşımayacaktır³². Keza, ortada bir mahkeme kararı olmadığından bu karara karşı kanun yolları-na başvurulması da söz konusu olmayacaktır³³.

Mahkeme içi sulh kesin hüküm gibi hukuki sonuçlar doğurur³⁴. Sul-hun şarta bağlı olarak yapılmış olması da yargılamanın kesin bir hükümle sona ermiş sayılmasına engel değildir. Çünkü mahkeme içi sulh ile davaya konu olan uyuşmazlık kesin hükme benzer şekilde ortadan kaldırılmıştır³⁵ ve o davanın tarafları arasında aynı konuda aynı sebebe dayanan yeni bir davanın görülmesi mümkün değildir.

Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu kimi kararlarda şarta bağlı olma-yan sulh sözleşmesinin maddi anlamda kesin hüküm oluşturacağını ve mah-keme ilâmları gibi icra edileceğini kabul etmiştir. Örneğin: “...*Yukarıda sözü edilen şarta bağlı olmayan sulh, maddi anlamda kesin hüküm (HUMK mad.*

yapılan sulhun davayı kendiliğinden sona erdirip erdirmeyeceği konusunda yaşanan tartışmalar da sona ermiş bulunmaktadır. Bu tartışmalar konusunda bkz. ÖNEN, Sulh, s. 131 vd. ; KURU, Usul IV, s. 3758 vd.; TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 95-96; TANRIVER, Sulh, s. 45 vd.

²⁹ ANSAY, Sulh, s. 205, 206; ARIK, s. 151.

³⁰ Bununla birlikte mahkeme içi sulh bütün yönleri itibarıyla değil sadece icra edilebilirlik açısından ilâmlarla aynı hukuki rejime tâbi tutulmuştur. Bunun en açık delili, mahkeme ilâmlarından farklı olarak sulh, kabul ve feragatin irade fesadı hallerinden TBK m. 30 vd. birine dayalı olarak feshedilebilmesidir. Keza, mahkeme içi sulhun mahkeme kararlarından farklı olarak şarta bağlanabilmesi de onun mahkeme kararı olmadığını gösteren bir başka delildir (TANRIVER, Sulh, s. 48).

³¹ MERİÇ, s. 209. HMK’nın yürürlüğe girmesinden önce savunulan aksi yöndeki görüş için bkz. KURU, Usul IV, s. 3758.

³² TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 97-98; TANRIVER, Sulh, s. 46.

³³ ANSAY, Sulh, s. 206.

³⁴ Burada bahsedilen “maddi anlamda kesinlik” olmayıp “şekli anlamda kesinlik”tir (ULU-SAN, Banu, s. 988).

³⁵ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 537.

237) olup mahkeme kararı gibi icra edilir (İİK mad. 38). O halde maddi anlamda kesin hüküm niteliğindeki sulhün tesbitine ilişkin kararlar taraflar arasındaki kira ilişkisinin sona erdiğinin kabulü gerekmektedir... ”³⁶.

Taraflar sulh sözleşmesine göre karar verilmesini isterlerse mahkeme sulhe göre karar verir. Buna karşılık, taraflar sulhe göre karar verilmesini istemezlerse mahkeme karar verilmesine yer olmadığına karar verir (HMK m. 315/1, c. 2)³⁷.

V. SULHUN İPTALİ

Yukarıda da değinildiği gibi sulh çifte karakterli bir sözleşmedir. Bunun doğal bir sonucu olarak mahkeme içi sulh gerek maddi hukuka ilişkin sebeplerle gerekse usul hukukuna ilişkin sebeplerle hükümsüz olabilir³⁸.

Sulhun özel hukuka ilişkin sebeplerle hükümsüzlüğü konusunda Borçlar Kanunu’nun ilgili hükümleri uygulanacaktır. Bu bağlamda sulh emredici kanun hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine yahut kişisel hükümlere ilişkin haklara aykırıysa, sulhun konusu imkânsız yahut haklı olmayan bir sebebe dayanmakta ise mutlak butlan nedeniyle hükümsüz olacaktır³⁹. Benzer şekilde hukuken caiz olmayan bir fiil veya ihmâl şart olarak kabul edilmişse bu şarta bağlı olan sulh sözleşmesi de mutlak butlan ile hükümsüz olacaktır⁴⁰.

Öte yandan sulhun irade fesadı sebebiyle feshi de mümkündür. Bu durum HMK m. 315, 2’te açıkça düzenlenmiştir. Bahsi geçen hükme göre irade bozukluğu ya da aşırı yararlanma hallerinde tarafların sulhun iptalini isteyebilirler⁴¹. Bu, sulhun bir sözleşme olmasının doğal bir sonucudur⁴². Zira tüm

³⁶ Yargıtay 3. HD, T. 22.4.1999, E. 1999/3451, K. 1999/4087 (ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, Usul, s. 430, dn. 23).

³⁷ Bahsi geçen maddenin birinci fıkranın ikinci cümlesi öğretide şu sözlerle eleştirilmiştir: Bu “...(C)ümle hakkında hiçbir açıklama yapılmamıştır. Bu cümlemin hangi hukuki esasa dayandığı anlaşılmıyor. Derdestlik kararlar sona erecekse seçim hakkına ne gibi hukuki sonuçlar bağlanacaktır? Örneğin taraflar hüküm verilmesini istemiş ve mahkeme hüküm verilmesine yer olmadığına karar vermişse bu bir bozma sebebi olacak mıdır? Buna evet deniyorsa buradaki menfaatin ne olacağının açıklanması gerekiyordu...” (ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, Usul, s. 430, dn. 23a).

³⁸ ÖNEN, s. 173; ULUSAN, s. 198 vd.

³⁹ ANSAY, Sulh, s. 203; ULUSAN, s. 199; ÖNEN, s. 173-174.

⁴⁰ ÖNEN, s. 174.

⁴¹ Ancak sulh hata nedeniyle iptal edilemez (ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, Usul, s. 430).

⁴² “...Temyiz mahkemesi ikinci hukuk dairesince; diğer akitlerde olduğu gibi, hâkim huzurunda yapılan sulh akdinin de kanuni sebeplere istinaden fesh ve iptali dava olunabileceğine göre...” (YHGK, T. 18.4.1956, E. 1956/2, K. 1956/21-203, *Jurisdictio*, 1956, Sa. 2, s. 152).

sözleşmelerde olduğu gibi tarafların iradelerini sakatlayan hata, hile ve ikrah gibi bir sebebin varlığı durumunda veya sulh sözleşmesindeki hükümlerin, zor durumda olan taraf için gabin teşkil ettiği hallerde, söz konusu sözleşmeyi ortadan kaldırmak isteyen tarafın, borçlar hukukundaki kurallar çerçevesinde sulhun iptalini sağlamak için dava açması mümkündür. Bununla birlikte ortada mahkeme tarafından verilmiş bir hüküm bulunmadığından, bu konuda yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesi mümkün değildir. Bu itibarla sulhun iradeyi sakatlayan sebeplere veya gabine dayanarak iptali için ayrı bir dava açılması gerekmektedir⁴³.

Kanunda düzenlenmemiş olmakla birlikte sulhun usul hukukuna ilişkin sebeplerle hükümsüz olması da mümkündür⁴⁴. Zira mahkeme içi sulh çifte karakterli olması hasebiyle aynı zamanda usuli bir sözleşmedir. Usuli sebeplerle hükümsüzlük halinde sulh aslında gerçekleşmemiş olacağından davanın sona ermesi, icra edilebilme gibi sonuçlar da doğmayacaktır. Bununla birlikte yapılan anlaşmanın usuli hükümsüzlük sebeplerine rağmen mahkeme dışı sulh olarak varlığını muhafaza etmesi mümkündür⁴⁵.

Usuli sebeplerle hükümsüzlüğe örnek olarak taraflardan birinin veya her ikisinin taraf veya dava ehliyetinin olmaması; hâkim olmayan bir şahıs huzurunda sulh yapılması; sulhun tutanağa hiç geçirilmemiş yahut eksik geçirilmiş olması gibi sebepler gösterilebilir⁴⁶.

Bütün bunlardan başka mahkeme içi sulhun İcra ve İflâs Kanunu m. 280 uyarınca tasarrufun iptali davasına konu olması da mümkündür⁴⁷.

Aşağıda da daha geniş bir biçimde açıklanacağı üzere sulhun şarta bağlanması mümkündür. Böyle bir durumda şartın gerçekleşmediği veya yerine getirilmediği gerekçesiyle de sulhun feshi için bir dava açılabilir. Buna karşılık, şarta bağlı sulh sözleşmesinde şartın yerine getirilmemesi halinde, bunun bir fesih sebebi olamayacağı, yalnız şartın getirilmesinin istenebileceği kararlaştırılmışsa, artık şartın yerine getirilmemesi gerekçesine dayanılarak sulh sözleşmesinin feshi için dava açılmaz⁴⁸.

⁴³ ULUSAN, s. 201 vd. Maddeye ilişkin hükümet gerekçesi için bkz. KURU /ARSLAN / YILMAZ, Kanun, s. 339, dn. 416.

⁴⁴ ULUSAN, s. 199.

⁴⁵ ÖNEN, s. 176.

⁴⁶ ÖNEN, s. 176-177.

⁴⁷ ANSAY, Sulh, s. 209.

⁴⁸ KURU, Usul IV, s. 3792.

VI. SULHUN ZAMANI

Hüküm kesinleşinceye kadar her zaman sulh yapılabilir (HMK m. 314/1). Hükümün bozulması için kanun yoluna başvurulduktan sonra taraflar dilekçe vererek istinaf mahkemesine yahut Yargıtay'a sulh olduklarını bildirmişlerse, sulh anlaşması daha önce her nerede yapılmış olursa olsun, mahkemeye verilen dilekçe ile mahkeme içi sulhe dönüşür. Bu durumda esas mahkemesi HMK m. 315'e göre hareket eder. Bunun için dava dosyasının o mahkemeye geri gönderilmesi gerekir⁴⁹.

VII. ŞARTA BAĞLI SULH

Mahkeme içi sulhun içeriği esas olarak karşılıklı birtakım edimlerin yerine getirilmesinden ibarettir ve söz konusu edimlerin ayrı ayrı bir şarta yahut ecele bağlı olması mümkündür⁵⁰. Nitekim HMK m. 313/4'te sulhun şarta bağlı olarak da yapılabileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Sulhun bağlandığı şart erteleyici veya bozucu mahiyette olabilir⁵¹. Hatta öğretide edimlerin bir kısmının erteleyici bir kısmının ise bozucu şarta bağlanmasının dahi mümkündür⁵². Mahkeme içi sulhun kül olarak şarta veya ecele bağlanıp bağlanamayacağı konusunda öğretide fikir birliği sağlanamamış olmakla birlikte bu konuda hakim görüş bunu mümkün görmektedir⁵³. Öğretide haklı olarak belirtildiği gibi mahkeme içi sulh aynı zamanda bir borçlar hukuku sözleşmesi de olduğundan onun erteleyici yahut bozucu şarta bağlanamayacağına yönelik görüşler tatmin edici değildir⁵⁴.

Hem erteleyici şartın hem de bozucu şartın kabul edilmesi durumunda belirsizlik doğacağından mahkeme içi sulhun hangi şart türüne bağlandığının usul hukuku bakımından önemi yoktur. Şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmak ve buna göre yargılamaya devam edip etmemek mahkemeye düşmez. Bunu taraflar ileri sürecektir⁵⁵.

⁴⁹ UMAR, s. 886. Yargıtay 4. HD ise vermiş olduğu 19.9.1966 tarih ve E. 965, K. 9599 sayılı kararında ise kanun yolu mahkemesinin sulh dilekçesini kanun yolu başvurusu yapmaktan feragat dilekçesi sayması ve daha önce sunulmuş olan başvuru dilekçesinin reddine karar vermekle yetinmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır (ERSOY, Rifat, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu: İzahlı-Notlu-İçtihatlı, Ankara 1976, s. 364), (UMAR, s. 886'dan naklen).

⁵⁰ ÖNEN, s. 58; ULUSAN, s. 184; TANRIVER, Sulh, s. 50.

⁵¹ ANSAY, Kitap, s. 179; BİLGE / ÖNEN, s. 357.

⁵² ÖNEN, s. 58.

⁵³ ÖNEN, s. 58.

⁵⁴ ÖNEN, s. 61.

⁵⁵ ÖNEN, s. 61.

VIII. ŞARTA BAĞLI SULH ŞARTA BAĞLI HÜKÜM VERİLMESİ ANLAMINA GELİR Mİ?

Yukarıda da görüldüğü gibi sulhun şarta bağlanması mümkündür. Aca-ba sulhun şarta bağlı olarak yapılabilmesi mahkemenin de şarta bağlı hüküm verebileceği anlamına gelir mi? Bu soruya cevap vermeden önce mahkeme kararlarının şarta bağlanıp bağlanamayacağı üzerinde durmak gerekir. Şarta bağlı hüküm verilir verilemeyeceği meselesi Türk hukuk öğretisinde tartışmalıdır. Azınlıkta kalan görüşün en önde gelen temsilcisi *Postacioğlu* böyle bir hükmün verileceği kanaatindedir. Bu görüşe göre verilecek hükmün icra edilmemesi halinde doğacak zararın sınırlarını önceden tespit etmek mümkün ise mahkeme, davacının talebi üzerine davalıyı belirli bir işi yapmaya ya da yapmadığı takdirde tazminat olarak belirli bir meblağı ödemeye mahkûm edebilir. Bu durum maddi anlamda kesin hüküm kurumuna aykırı değildir. Çünkü şarta bağlı hüküm verilmemiş olsaydı, davacı hükmün icra edilmemesi halinde mahkemeye ikinci kez müracaat edebilecekti. Bu halde birinci davanın konusu çekişmeli hakkın mahkeme tarafından tanınması iken ikinci davanın konusu hükmün icra edilmemesi durumunda davacının uğradığı zararın tespiti olduğundan, yani dava konuları aynı olmadığından maddi anlamda kesin hüküm de ihlal edilmeyecektir. Nitekim İİK m. 24 hükmü de özellikle bu ihtimali düzenlemiş olup hâkim menkulün teslimine, teslim mümkün olmaz ise bedelinin ödenmesine karar verebilecektir⁵⁶. Yine, TBK m. 75 uyarınca hâkim verdiği kararı kararın kesinleşmesinden itibaren iki sene içerisinde değiştirebilecektir. Burada adeta şarta bağlı bir borç vardır. Zarar görenin lehine doğacak alacak, zararın meydana çıkması şartına bağlıdır. Bu hüküm de hukukumuzda şarta bağlı hüküm verilebileceğine ilişkin bir delildir⁵⁷. Diğer görüşe göre ise ilâmların icrasını düzenleyen İİK m. 24-41 hükümleri karşılıklı ve aynı anda ifaya mahkûmiyet hükümlerinin icrası hakkında herhangi bir açıklık taşımamaktadırlar. Alman hukukundan farklı olarak Türk hukukunda bu konuda herhangi bir düzenleme bulunmaması nedeniyle karşılıklı ve aynı anda ifaya mahkûmiyet hükmünün verilmesi uygulamada birtakım sorunların yaşanmasına yol açabilecektir⁵⁸.

Türk hukuk öğretisinde şarta bağlı hüküm verilir verilemeyeceği tartışılırken üzerinde durulan konulardan biri de TBK m. 97'de düzenlenmiş bulunan ödemezlik defidir. Buna göre karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin

⁵⁶ POSTACIOĞLU, Hüküm, s. 114.

⁵⁷ POSTACIOĞLU, Hüküm, s. 115.

⁵⁸ KANİTİ, s. 172-173.

ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir.

Türk hukuk öğretisinde savunulan bir görüşe göre sözleşmenin ifa edilmediği definin haklı olarak ileri sürülmesi⁵⁹ durumunda edim davasının “şimdilik”⁶⁰ reddi gerekir⁶¹. Çünkü davacı, karşı edimini ifa veya teklif etmeden edimini dava etmekle zamanından önce harekete geçmiştir⁶². Nitekim TBK m. 97 uyarınca karşılıklı sözleşmenin taraflarından birinin diğer tarafı engelsiz olarak ifaya zorlayabilmesi karşı edimi ifa yahut teklif etmiş olmasına bağlıdır. Tek taraflı edim davasında definin ileri sürülmesi üzerine verilecek karşılıklı ve aynı anda ifaya mahkûmiyet hükmü, belli kayıt ve şart altında dahi olsa, davalıyı ifaya zorlayan bir karardır. TBK m. 97 ise davacının ifa veya tekliften önce, davacının bir edim hükmü almasının önüne geçilmesine imkân vermektedir⁶³.

Diğer görüşe göre⁶⁴ ise karşılıklı taahhütleri içeren sözleşmelerde taraflardan birisinin kendi ediminin ifasını teklif⁶⁵ ettikten sonra, karşı edimin ifasını sağlamak amacıyla, dava açması üzerine, karşı tarafça ödemelik definin ileri sürülmesi durumunda, “karşılıklı ve aynı anda ifaya mahkûmiyet kararı” verilmesi gerekir. Zira bu tip bir hüküm tarafların edimleri arasında sıkı bir bağlılık bulunduğunu açık bir biçimde ortaya koymakta ve birinin icrasını, diğerinin icrası şartına bağlı tutmaktadır.

Türk hukukunda hakim görüşe göre karşılıklı ve aynı anda ifaya mahkûmiyet kararının hukukumuz bakımından pratik bir yararı yoktur. Zira ilâmların icrasını düzenleyen İİK m. 24-41 hükümleri arasında karşılıklı ve aynı anda ifaya ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bundan dolayı bir an için mahkemelerin şarta bağlı bir hüküm olarak kabul edilen karşılıklı ve aynı anda ifaya mahkûmiyet kararı verebilecekleri düşünülse dahi bunların icrasının mevcut icra ve iflas sistemimiz karşısında mümkün olamayacağı söylenebilir. İc-

⁵⁹ Ödemelik definin davalı tarafça ileri sürülmesi gerekir. Diğer bir deyişle hâkim, onu resen dikkate alamaz (OĞUZMAN / ÖZ, s. 275). Bu definin ileri sürülmesiyle borcun muaccel hale gelmesi önlenmiş olur (EREN, s. 953).

⁶⁰ OĞUZMAN / ÖZ, s. 276.

⁶¹ KANİTİ, s. 171.

⁶² KANİTİ, s. 168.

⁶³ KANİTİ, s. 171.

⁶⁴ POSTACIOĞLU, Usul, s. 713; ARSLANLI, s. 361. ARSEBÜK, s. 725. Yazara göre icra takibi sırasında ifa teklifinde bulunan davacı, bu teklifi için teminat göstermek zorundadır.

⁶⁵ Buna karşılık davacı kendi borcunu ifa etmişse, davalının tek taraflı olarak taahhüdünün ifasına mahkûm edilmesi gerekir (ARSLANLI, s. 361).

rası mümkün olmayan bir hüküm de gerçek anlamda bir eda hükmü olarak nitelendirilemez⁶⁶.

Postacioğlu, bir ilâmda tarafların karşılıklı ifaya mahkûm edilmeleri durumunda lehine hükmedilen taraflardan her birinin ilâmı kendisi bakımından icraya koyabileceğini; ancak ilâmların icrasında TBK m. 97 hükmünün uygulanmayacağını, zira hükmolunan şeylerin kural olarak birbirinin şartını teşkil etmediğini, takip isteyen tarafın kendisine düşen borcu ifa etmemesi nedeniyle takip olunan tarafın kendi aleyhine hükmolunan edimin ifasından kaçınamayacağını savunmuştur⁶⁷. Ancak bu görüş eleştiriye açıktır. Zira burada edimlerin birbirinden bağımsız olarak ayrı ayrı icra yoluyla elde edilmesi ne izin vermek, bir yandan karşılıklı ve aynı anda mahkûmiyet kararının özüne aykırı düşmekte öte yandan edimler arasındaki sıkı bağlılığın maddi hukukun öngörmediği bir biçimde birbirinden ayrılması sonucunu doğurmaktadır⁶⁸. Öte yandan davalının karşılıklı ve aynı anda ifaya mahkûmiyeti otomatikman davacının da karşı edimi ifaya mahkûm edilmesi anlamına gelmez. Bu tip bir mahkûmiyet hükmü sadece davalının yerine getireceği edimin tarzını belirler ve onu kayıtlar⁶⁹.

Karşılıklı ve aynı anda ifaya mahkûmiyet kararının taraflardan birinin kendi ediminin ifasını karşı tarafa teklif edip, daha sonra karşı edimin ifasını sağlamak amacıyla dava açılması üzerine, davalının ödemezlik definde bulunması halinde verileceğinin ileri sürülmesi de doğru değildir. Çünkü davacının kendi ediminin ifasını karşı tarafa teklif ettikten sonra, karşı edimin ifasını için dava açması durumunda, davalı ödemezlik defini ileri süremez. Ödemezlik definin ileri sürülebilmesi için ilgilinin kendi edimin ifa etmemiş ya da ifasını karşı tarafa teklif etmemiş olması gerekir⁷⁰. Bahsi geçen ihtimalde mahkemenin vermesi gereken karar karşılıklı ve aynı anda mahkûmiyet kararı değil, aksine tek taraflı bir mahkûmiyet kararıdır.

Şarta bağlı hüküm verilemeyeceğini savunan hakim görüşün dayanaklarından biri de HMK m. 297 hükmüdür. Zira bu hükümde taraflara tanınan hakların ve borçların hiçbir şüphe ve tereddüde mahal bırakmayacak biçimde verilmesi gerektiği düzenlenmiştir⁷¹.

⁶⁶ ÜSTÜNDAĞ, s. 804; TANRIVER, Şart, s. 85.

⁶⁷ POSTACIOĞLU, İcra, s. 630.

⁶⁸ TANRIVER, Şart, s. 85-86.

⁶⁹ KANİTİ, s. 173, dn. 113; TANRIVER, Şart, s. 86.

⁷⁰ TANRIVER, Şart, s. 86.

⁷¹ KURU, Usul III, s. 3060; BERKİN, s. 864; TANRIVER, Şart, s. 86-87.

Öte yandan şarta bağlı hükümler maddi anlamda kesin hüküm gücüne (HMK m. 341) sahip olmadıkları gibi şüphe ve tereddüt uyandırmaları nedeniyle cebri icra bağlamında icra edilememe riskiyle de karşı karşıya kalabilirler. Keza, hükmün hukuki sonuçlar doğurabilmesinin veya doğurduğu sonuçların ortadan kalkmasının, muhakemeye tümüyle yabancı olan bir olayın gerçekleşip gerçekleşmemesine bağlanması devlet ile ilgili olarak tanzim edilmiş bulunan muhakeme usulün amacı ile da bağdaşmamaktadır⁷². Bunun yanı sıra şarta bağlı hükmün kesinlikten ve sadelikten uzak olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır⁷³.

HMK m. 323/4'te sulhun şarta bağlı olarak yapılacağı açıkça düzenlenmiştir. Şayet taraflar, şarta bağlı bir sulh yapmışlarsa bu durumda onların mahkemeden sulhe göre karar verilmesini isteme olanaklarının ellerinden alınması gerekir. Çünkü sulhe göre karar verilmesinin talep edilmesi durumunda davayı sona erdiren sulhun kendisi değil, mahkeme kararı olacaktır. Hâlbuki mahkeme kararları açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak biçimde verilmek zorunda olduğundan (HMK m. 297/2) şarta bağlanmaları mümkün değildir⁷⁴. Taraflar şarta bağlı sulh sözleşmesi yapmakla davaya son vermek istediklerinden, bir başka deyişle, davanın takibinden vazgeçtiklerinden, mahkemenin bu halde "karar verilmesine yer olmadığı" kararıyla davayı sonuçlandırması gerekir (HMK m. 315/1)⁷⁵. Anlatılan bu gerekçelerle sulhun şarta bağlı olarak yapılması durumunda, tarafların, mahkemeden sulhe göre karar verilmesini isteyemeyeceklerinin açıkça hükme bağlanması doğru olur. Zira sulhe göre karar verilmesinin mahkemeden talep edilmesi halinde, davayı sona erdiren işlem sulh değil, mahkemece verilecek karar olacaktır. Bu durumda ise irade bozukluğu sebebine istinaden sulhun iptalinin istenemeyecektir. Aksi takdirde, mahkeme sulhe göre karar verdiğinde ortada gerçek anlamda bir mahkeme kararı bulunacağından ve bu karar maddi anlamda kesin hüküm gücüne (HMK m. 303) kavuşabileceğinden, irade bozukluğu sebebiyle kesin hükmün iptalinin istenmesinin mümkün olduğu gibi bir intiba uyanacaktır. Buna meydan vermemek için maddeye yukarıda belirtildiği gibi bir kuralın maddeye eklenmesi uygun olacaktır⁷⁶.

⁷² ÜSTÜNDAĞ, s. 804; TANRIVER, Şart, s. 87.

⁷³ ÜSTÜNDAĞ, s. 804.

⁷⁴ TANRIVER, Düşünceler, s. 30-31.

⁷⁵ KURU / ARSLAN / YILMAZ, Ders Kitabı, s. 535-536.

⁷⁶ TANRIVER, Düşünceler, s. 30-31.

SONUÇ

6100 sayılı HMK ile kanunen ilk defa düzenlenmiş bulunan mahkeme içi sulh taraflara aralarındaki uyuşmazlığı yahut tereddütlü durumu kesin hükme ihtiyaç duymadan sona erdirebilmelerine imkân tanıyan çifte karakterli bir sözleşmedir. Sulh, HMK'da da açıkça ifade edildiği üzere kesin hüküm gibi sonuç doğurmaktadır. Bununla birlikte “kesin hüküm” değildir. Bu nedenle kendisine karşı kanun yoluna başvurulamaz; ancak bazı hallerin gerçekleşmesi durumunda ayrı bir dava ile iptali yoluna gidilebilir. Sulh, davadan feragat ve davayı kabulden farklı olarak şarta bağlanabilen bir taraf usul işlemidir. Bununla birlikte sulhun şarta bağlanması mahkemenin de şarta bağlı hüküm verebileceği anlamına gelmez. Çünkü mahkeme kararlarının açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak biçimde kaleme alınması zorunludur. İzah edilen bu nedenlerle sulhun şarta bağlı olarak yapılması durumunda tarafların mahkemeden sulhe göre karar vermesini istemeyeceklerinin açıkça hükme bağlanması, uygulamada bu konuda yaşanabilecek muhtemel problemlerin önüne geçilmesi bakımından uygun olacaktır.

KISALTMALAR CETVELİ

Bkz.	: bakınız
c.	: cümle
C.	: cilt
E.	: Esas
E. T.	: Erişim Tarihi
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
K.	: Karar
Karş.	: karşılaştırınız
m.	: madde
s.	: sayfa
Sa.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
vd.	: ve devamı
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

KAYNAKÇA

ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, Kamil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 7. B., İstanbul 2009, (Usul).

ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, Kamil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler*, İstanbul 2006, (Öneriler).

ANSAY, Sabri Şakir, Sulh, *AÜHFD*, 1944, C. 1, S. 2, s. 200-209.

ANSAY, Sabri Şakir, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. B., Ankara 1960 (Kitap).

ARIK, K. Fikret, Mahkeme Önünde Sulh, *AÜSBFD*, 1954/1, s. 141-157.

ARSEBÜK, Esat, *Borçlar Hukuku*, C. I-II, 3. B., Ankara 1950.

ARSLANLI, Halil, *Ticarî Bey*, C. I, 3. B., İstanbul 1952.

BERKİ, Ali Himmet, Davanın Hitamı ve Sulh, *AD*, 1937/4, s. 753-756.

BERKİN, Necmeddin, *Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi*, İstanbul 1980.

BİLGE, Necip / ÖNEN, Ergun, *Medeni Yargılama Hukuku*, 3. B., Ankara 1978.

EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. B., İstanbul 2008.

FASCHING, Hans W., *Zivilprozessrecht*, 2. B., Wien 1990.

GRUNSKY, Wolfgang, *Zivilprozessrecht*, 13. B., Köln-München 2008.

KANİTİ, Salamon, *Akđin İfa Edilmediği Defi*, İstanbul 1962.

KARSLI, Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı*, 2. B., İstanbul 2011.

KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu*, 22. B., Ankara 2011 (Kanun).

KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2011, (Ders Kitabı).

KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. III, 6. B., İstanbul 2001, (Usul III).

KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. IV, 6. B., İstanbul 2001, (Usul IV).

MERİÇ, Nedim, *Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi*, Ankara 2011.

OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. B., İstanbul 2010.

ÖNEN, Ergun, *Medeni Yargılama Hukukunda Sulh*, Ankara 1972.

PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku*, 12. B., Ankara 2011.

POSTACIOĞLU, İlhan, Şarta Muallâk Hüküm, *AD*, 1941/2, s. 113-122 (Hüküm).

POSTACIOĞLU, İlhan, İcra Hukuku *Esasları*, 4. B., İstanbul 1982, (İcra).

POSTACIOĞLU, İlhan, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. B., İstanbul 1975, (Usul).

RECHBERGER, Walter H. / SIMOTTA, Daphne-Ariane, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, 7. B., Wien 2009.

ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl Heinz / GOTTWALD, Peter, *Zivilprozessrecht*, 17. B., München 2010.

SEVİĞ, Vasfi Raşid, Mukavelelerin Tasnifi ve B.K. Dışında Bırakılmış Olan Mukaveleler ve Bilhassa Sulh Mukavelesi, *AÜHFD*, 1949/2-4, s. 136-156.

SONER, Lütfü, Sulh, Kabul ve Feragate Dair Bazı Sorunlar, *ABD* 1977/3, s. 439-448.

TANRIVER, Süha, Şarta Bağlı Hüküm Kavramı ve Verilip Verilemeyeceği Sorunu, *Makalelerim I*, Ankara 2005, s. 83-87 (Şart).

TANRIVER, Süha, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler, *TBBB* 2012, S. 99, s. 15-34 (Düşünceler).

TANRIVER, Süha, *İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi*, Ankara 1996, (İlâmlı İcra).

TANRIVER, Süha, Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler, *Makalelerim I*, Ankara 2005, (Sulh).

ULUSAN, İlhan, Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi, *MHAD*, 1971/7, s. 149-203.

ULUSAN, Banu, Sulh Sözleşmeleri, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: 2011/2-2012/2, Prof. Dr. Erhan ADAL'a Armağan*, s. 975-992 (Banu).

UMAR, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara 2011.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, İstanbul 2000.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI ve ÇOCUKLAR ile KADININ SOYADINA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK TASARISI TASLAĞI IŞIĞINDA SOYADININ İLK KEZ EDİNİLMESİ, KENDİLİĞİNDEN DEĞİŞMESİ ve DEĞİŞTİRİLMESİ

Serkan AYAN *

ÖZET

Bu makalede, soyadının ilk kez edinilmesi, kendiliğinden değişmesi ve talep üzerine değiştirilmesi halleri sistematik biçimde incelenmiştir. Bu kapsamda çalışma, temel olarak soyadının edinilmesi ve değişmesi / değiştirilmesi hallerinin incelenmesine yönelik olarak hazırlanmıştır.

Bu konuda özellikle, Anayasa Mahkemesinin, kadının ve çocuğun soyadı hakkında verdiği önemli kararlar, temel çıkış noktasını oluşturmaktadır. Bu kararlardan, özellikle boşanma sonrasında velayeti anneye verilen çocuğun soyadı ile evlilik dışında doğan çocuğun soyadı hakkındaki iki karar, uygulamada hatalı düşüncelere neden olmaya elverişli olduklarından özel olarak değerlendirilmiştir.

Ayrıca konuya karşılaştırmalı hukuk penceresinden yaklaşılarak, bu konuda İsviçre Hukukunda yapılan ve 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girecek olan değişiklikler ile Alman ve Avusturya hukuklarındaki ilgili düzenlemeler de incelenmiştir.

Son olarak Adalet Bakanlığınca hazırlanıp kamuoyunun bilgisine sunulan çocuklar ile kadının soyadına ilişkin değişiklik tasarısı taslağı hükümleri hakkındaki görüşlerimiz de, kişisel değişiklik önerisi ile birlikte ayrıca belirtilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Evli kadının soyadı, Çocuğun soyadı, Soyadının edinilmesi, Soyadının değişmesi, Soyadının değiştirilmesi.

ACQUISITION OF SURNAME FOR THE FIRST TIME, CHANGE AUTOMATICALLY AND AMENDMENT OF IT IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS AND MODIFICATION DRAFT RELATED TO THE SURNAME OF CHILDREN AND WOMEN

ABSTRACT

In this article, acquisition of surname for the first time, change of it automatically and amendment of it upon request have been discussed systematically. Within this scope study has focused principally on the examination of the acquisition and change of surname.

* Yrd. Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD. Öğretim Üyesi.

Important decisions given by constitutional court on the surname of women and children has been taken into consideration for the matter involved. Especially decisions on the surname of the child whose guardianship is given to mother and the surname of the child born out of wedlock were considered in special manner because it is possible to consider them wrongly in practice.

Furthermore approaching the subject within the frame of comparative law modifications in Swiss Laws to be effective on 01.01.2013 and related regulations in German and Austrian Laws have been considered also.

Finally our personal opinions on the provisions of modification draft related to the surname of children and women which is prepared and submitted by Ministry of Justice to the public have been stated together with personal modification suggestion.

Key Words: Surname of Married Woman, Surname of Child, Acquisition of Surname, Change of Surname, Amendment of Surname.

Giriş

Kişinin adı ve soyadı, kişinin toplumda bireyselleştirilmesini, diğer insanlardan ayrılmasını sağlayan ve kişiliğin bir parçası olan, aynı zamanda korunmasında kamunun da menfaati olan kimliğini ifade eder¹. Soyadı, bunun yanında kişinin belli bir aileye aidiyetini de ortaya koyar².

Türk hukukunda, ailede soyadında birlik ilkesi geçerlidir. Buna göre, eşlerin ve çocukların aynı soyadını taşımaları zorunludur. İsviçre hukukunda da geçerli olan bu ilke³, söz konusu hukuk sisteminde 01 Ocak 2013 tarihinden itibaren ortadan kaldırılmıştır⁴.

¹ HEGNAUER Art. 270, s. 8, no. 10; HÜRLIMANN-KAUP / SCHMID s. 182; BRAEM Art. 160, no. 7; THURNHEER no. 30; SUTTER-SOMM / KOBEL, s. 31, no. 108; HAUSHEER / GEISER / AEBI-MÜLLER s. 61, no. 07.03; HOFER (Einleitungsartikel und Personenrecht), s. 198, no.12.01 vd; van der MEER / PERREN s. 83; LAVANTE s. 65; ABİK s. 23 vd; BAYGIN s. 97; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR s. 101; ÇAKIRCA s. 703.

² HEGNAUER / BREITSCHMID s. 130, no. 13.03; HEGNAUER (Kindsrecht), s. 111, no. 16.02; GENÇ-ARIDEMİR (Adal'a Armağan), s. 731; AKKAYAN-YILDIRIM s. 69.

³ HÜRLIMANN-KAUP / SCHMID s. 183; BRAEM Art. 160, no. 8; ABİK s. 23.

⁴ Bu konuda bkz. THURNHEER no. 43; AEBI-MÜLLER (HandKoom), Art. 30-30a, no. 1 vd.

Çalışmamızın konusu, soyadının ilk kez edinilmesinin ve mevcut soyadının kendiliğinden değiştiği ve değiştirildiği hallerin incelenmesidir. Bu kapsamda, özellikle Türk hukukunda geçerli olan sebeplerin topluca ve sistematik olarak ortaya konulmasına çalışılacaktır. Bu yapılırken, Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili kararlarının etkisi ve özellikle soyadında birlik ilkesinin kaldırılması sonucu bazı ülkelerde konunun nasıl düzenlendiği incelenecektir. Bu kapsamda, Adalet Bakanlığınca hazırlanarak kamuoyunun bilgisine sunulan soyadı değişiklikleriyle ilgili Taslak değerlendirilecek ve yapılması gereken değişikliklere ilişkin önerimiz ortaya konulacaktır.

Yabancılık unsuru içeren hallerde soyadının nasıl belirleneceği, ayrı bir çalışmanın konusu olabileceğinden, kapsam dışı bırakılmıştır⁵.

I. SOYADININ İLK KEZ EDİNİLMESİ

Soyadının ilk kez edinilmesi, daha önce soyadı olmayan bir kişinin soyadı edinmesini ifade eder. Bu ise iki biçimde gerçekleşir: 1. 1934 tarihli Soyadı Kanununa göre seçimle, 2. Doğumla.

A. 1934 Tarihli Soyadı Kanununa Göre Seçimle

Soyadı kullanma zorunluluğu Türk Hukukunda ilk kez, 21.06.1934 tarih ve 2525 sayılı Soyadı Kanunuyla kabul edilmiştir⁶. Bu Kanundan önce Türk hukukunda soyadı kullanma zorunluluğu bulunmamaktaydı.

Bu Kanunun 1. maddesine göre “*Her Türk öz adından başka soyadını da taşımağa mecburdur.*” 2. maddesine göre: “*Söyleyişte, yazışta, imzada öz ad önde, soyadı sonda kullanılır.*”

Bu Kanun, soyadının bulunmadığı dönemde, soyadının ilk kez seçimle kazanılacağını düzenlemiştir. Bu aşamada, Kanunda iki hususun cevabı verilmiştir. 1. Soyadını ne zamana kadar seçilecek? 2. Soyadını kim seçecek?

Kanunun 7. maddesine göre: “*Bu kanunun neşri tarihinden itibaren iki yıl içinde gerek soyadı olmayanlar ve gerekse soyadlarını değiştirmek isteyenler taşıyacakları adı Hükümetin tayin edeceği şekilde nüfus kütüklerine geçirilmek üzere bildirirler. ...*”

Görüldüğü üzere soyadı seçme işleminin, iki yıl içinde (02.07.1936 tarihine kadar) tamamlanması gerektiği düzenlenmiştir.

⁵ Bu konuda bkz. EKŞİ s. 326 vd.

⁶ RG. 02.07.1934, S. 2741.

Kanunun 8. maddesinde: “Soyadı seçme işlerinde çıkacak ihtilafları halletmek ve kendiliklerinden soyadı seçmeyenlerle anası babası belli olmayan çocuklara ad takmak ve bir adın kanunun istediği şekle uygun olup olmadığı hakkında karar vermek salahiyeti ana kütüğün bulunduğu yerin en büyük mülkiye memuruna aittir.”

24.12.1934 tarih ve 2/1759 sayılı Soyadı Nizamnamesinin⁷ (Tüzüğü-nün) 15 ila 30. maddeleri arasında, kimlerin soyadı seçmeye yetkili oldukları düzenlenmiştir. Tüzüğün 3. maddesinin birinci fıkrasına göre: “2/7/1936 günlemesine (gününe) kadar soyadlarını seçip nüfus kütüklerine yazdırmayanların soyadlarını 29uncu maddeye göre vali veya kaymakamlar seçerler.” Anılan 29. maddeye göre ise: “2/7/1936 günlemesine kadar kendilerine soyadı seçmeyenlere vali veya kaymakamlar veya bunların memur edeceği kimseler tarafından soyadı seçilip nüfus kütüklerine ve doğum kağıtlarına yazdırılır ve bu suretle seçilen soyadlarını bu kimseler kullanmağa mecburdurlar.”

Görüldüğü gibi, Kanun ve Tüzük hükümleri gereğince, soyadı seçme işleminin sona ereceği tarih 02.07.1936 olarak belirlenmiştir. Bu tarihten sonra soyadının seçimle edinilmesi mümkün değildir. Soyadı seçme işle-ri için tanınan bu sürenin sona ermesine rağmen soyadı seçilmemişse, soyadının, vali veya kaymakamca yetkilendirilecek memur tarafından belirlenerek nüfus kaydına tescil edileceği düzenlenmiştir. Böylece bu tarih itibarıyla her Türk vatandaşının bir soyadı sahibi olması sağlanmıştır. Bu tarihten sonra soyadı, ancak doğumla ilk kez edinilebilecektir. Ayrıca bu tarihten sonra edinilmiş olan soyadının değiştirilmesi de ancak Kanunda özel olarak belirtilen hal-lerde gerçekleşebilecektir⁸.

B. Doğumla

Soyadının normal kazanılma yolu doğumdur⁹. Doğumla birlikte çocuk kanun gereği kendiliğinden bir soyadını kazanır¹⁰. Bunun için herhangi bir bildirime veya karara gerek yoktur. Fakat hangi soyadının alınacağı değişik alternatiflere göre belirlenir.

⁷ RG. 27.12.1934, S. 2891.

⁸ ABİK s. 54.

⁹ HEGNAUER Art. 270, no. 17; MÜLLER s. 2; ABİK s. 55; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR s. 102.

¹⁰ HEGNAUER Art. 270, s. 10, no. 21; MICHEL (KurzKomm ZGB) Art. 270, no. 2; ENDERS (BeckOK BGB) § 1616, no. 17.

1. Türk Hukukunda

Türk hukuku açısından çocuğun soyadı edinmesi, çocuğun evlilik içinde mi, yoksa evlilik dışında mı doğduğuna göre ikiye ayrılarak incelenmelidir.

a. Evlilik içinde doğan çocuğun soyadı

aa. Genel olarak

Medeni Kanunun 321. maddesinin ilk cümlesine göre: “Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; ... soyadını taşır.” Bu hükmün ne anlama geldiği iki açıdan değerlendirilmelidir. Bunlar ilk olarak “ailenin soyadı” kavramının, ikinci olarak ise ana – babanın evli olmasının neyi ifade ettiğidir.

Ailenin soyadı, evli kişilerin birlikte kullandıkları soyadını ifade eder. Medeni Kanunun 187. maddesine göre kadın, evlenmekle kocasının soyadını alacağından, Türk hukukunda aile soyadı, kocanın soyadıdır¹¹. Kadının, bekârlık soyadını, kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanması halinde de bu sonuç değişmez¹². Çocuk bu halde de babasının soyadını alır.

Ana – babanın evli olması ifadesi ise, babalık karinesinin uygulandığı halleri ifade eder. Buna göre, babalık karinesinin uygulandığı hallerde, yani evlilik sırasında veya evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün içinde doğan çocuk, ailenin soyadını alacaktır¹³.

Evlilik içinde doğan çocuğun, ailenin soyadını alması için, velayet hakkının ana – babaya ait olması gerekmez. Velayet, çocuğun doğumundan önce anne – babasından alınmış olsa bile çocuk, ana – babasının ortak soyadını alır. Zira evlilik içinde doğan çocuğun, ailenin soyadını edinmesi, velayet hakkına değil, soybağı ilişkisine dayanır¹⁴.

¹¹ Aşağıda evli kadının soyadı meselesinde ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, Türk hukukunda geçerli olan, kocanın soyadının zorunlu olarak ailenin soyadı sayılması biçimindeki, gelişmiş ülkelerde örneği kalmamış olan bu kuralın, gerek 1982 tarihli Anayasaya, gerek İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine, gerekse de Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşmeye aykırı olduğu açıktır. Fakat Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükmü iki kez incelemiş ve her ikisinde de Anayasa’ya aykırılık iddiasını reddetmiştir. Bkz. aşı. II, D. 1.

¹² SEROZAN (ÖZTAN Armağanı) s. 770.

¹³ BRAEM Art. 160, no. 50A; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 112, no:16.03; DURAL / ÖĞÜZ s. 160; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR s. 102; GENÇ-ARIDEMİR (Adal’a Armağan), s. 733; AKKAYAN-YILDIRIM s. 70.

¹⁴ Fakat Anayasa Mahkemesi 08.12.2011 tarih ve 2010/119 E, 2011/165 K sayılı, aşağıda incelenecek olan kararında, soyadının seçiminin (!) velayet hakkının bir parçası olduğuna hükmetmiştir. Bkz. aşı. IV, A.

Evlilik içinde doğmakla birlikte, iki halde çocuğun soyadının edinilmesi özel olarak incelenmelidir:

bb. Doğumdan önce soybağı reddedilen çocuğun soyadı

Evlilik içinde doğmuş bulunan çocuğun soybağı, çocuğun doğumundan önce reddedilmişse¹⁵, çocuk doğumla birlikte, bu andan itibaren annesinin soyadını alır¹⁶.

Bu durumda çocuğun, annesinin hangi tarihteki soyadını alacağı tartışılabilir. Zira çocuk doğduğu sırada annesi, Medeni Kanunun 187. maddesi gereğince kocasının soyadını taşımaktadır. Fakat koca, çocuğun babası değildir. İşte böyle bir durumda soybağının reddedilmesi üzerine çocuk; annenin, çocuğun doğum tarihindeki soyadını (kocanın soyadını) mı, yoksa annenin evlilik öncesinde taşıdığı soyadını mı alacaktır?

İsviçre hukukundaki hâkim görüşe göre bu halde çocuk, çocuğun doğduğu tarihte annenin soyadı neyse onu alır¹⁷. Anne, çocuk doğduğu tarihte iki soyadı kullanıyorsa çocuğun, annesinin soyadının ilk kısmını alacağı kabul edilmektedir¹⁸.

¹⁵ Soybağının reddi kararının, çocuğun doğumundan sonra kesinleşmesi ise, çocuğun babalık karnesi gereğince doğumla kazandığı baba soyadının değişmesini gerektirir. Fakat burada sonradan değişme söz konusu olduğu için, bu durum aşağıda ayrıca incelenecektir. Bkz. aşa. II, F.

¹⁶ HEGNAUER Art. 270, s. 11, no. 26; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 114, no:16.09; BRAEM Art. 160, no. 50A; THURNHEER no. 66; HAEFLINGER s. 235.

¹⁷ HEGNAUER Art. 270, s. 12, no. 31; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 114, no:16.09; HEGNAUER / BREITSCHMID s. 137, no:13.49; TUOR / SCHNEIDER / SCHMID / RUMOJUNGO s. 451, no. 9; BRAEM Art. 160, no. 50A; HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, no. 57; BÜHLER (BSK ZGB I), Art. 270, s. 1449, no. 8. Avusturya hukuku için bu yönde: HOPF (Kurzkomm. zum ABGB), § 165, no. 2. Türk hukukunda bu yönde: OKTAY-ÖZDEMİR s. 295.

Aksi görüşte MÜLLER s. 2. Yazara göre evlilik dışında doğan çocuk, annesinin bekârlık soyadını alır. Fakat bu soyadı, doğumla kazanılan soyadı olabileceği gibi, mahkeme kararıyla, evlat edinilmeyse, tanımayla, babalığa hükümle değişmiş soyadı olabilir. Fakat evlenmeyle değişmiş soyadı olamaz.

Alman Medeni Kanununun 1617b/II hükmüne göre, soybağının reddi üzerine, kocanın ve çocuğun aynı soyadını taşıması halinde çocuk, başvurusu üzerine veya çocuk beş yaşını doldurmamışsa kocanın başvurusu üzerine, annenin çocuğun doğum tarihinde taşıdığı soyadını alır. Bkz. ENDERS (BeckOK BGB) § 1617a, no. 9 vd.

¹⁸ HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, no. 57; HEGNAUER Art. 270, no. 32; HAUSHEER / GEISER / AEBI-MÜLLER s. 282, no. 17.07; HEGNAUER / BREITSCHMID s. 137, no:13.49; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 113, no:16.06; MICHEL (KurzKomm ZGB) Art. 270, no. 3; SUTTER-SOMM / KOBEL, s. 31, no. 109. Bu yönde: BGE 119 II 307, E.3.c.

Kanaatimce soybağının reddi halinde çocuğun, çocuğun doğduğu sırada annesinin taşıdığı soyadını alması, kocanın baba olduğu izlenimi uyandıracığından, çocuğun annesinin bekârlık soyadını alması yerinde olur¹⁹. Nitekim 2006/11081 sayılı “Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik”in²⁰ 104. maddesinde, soybağının reddi halinde çocuğun, annenin çocuğun doğumu tarihindeki mevcut soyadını değil, bekârlık soyadını alacağı açıkça belirtilmiştir²¹.

cc. Kocanın gaipliğine karar verilmesi halinde, gaiplik kararının hüküm doğurduğu tarihten 300 gün geçtikten sonra doğan çocuğun soyadı

Medeni Kanunun 35 / II hükmüne göre gaiplik kararı, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğurur. Fakat gaiplik kararı, gaibin evliliğini İsviçre Hukukunun aksine kendiliğinden sona erdirmez (ZGB 38/III). Medeni Kanunun 131. maddesine göre gaipliğine karar verilen kişinin eşi, mahkemece evliliğin feshine karar verilmedikçe yeniden evlenemez.

İşte çözülmesi gereken mesele, gaiplik kararının hüküm ve sonuç doğurduğu tarih olan ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden sonra, fakat evlilik feshedilmeden önce doğan çocuğun soyadının ne olacağıdır.

Medeni Kanunun 285. maddesine göre “Kocanın gaipliğine karar verilmesi hâlinde üçyüz günlük süre, ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden işlemeye başlar.” Böylece babalık karinesi sınırlandırılmıştır. Bunun sonucu

¹⁹ Karş. DURAL / ÖĞÜZ s. 161; ABAK s. 56. TMK.m.321 hükmünün anlamından yola çıkarak aksi görüşte: OKTAY-ÖZDEMİR s. 294, s. 295. Yazara göre, soybağının reddi halinde bile çocuk, annesinin mevcut, yani soybağını reddeden kocanın soyadını taşımaya devam eder. İsviçre Medeni Kanununda 30 Eylül 2011 tarihinde kanunlaşıp, 01 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girecek olan değişikliklerde, evlilik dışında doğan çocuğun, annesinin bekârlık soyadını alacağı açıkça belirtilmiştir (İMK.m.270a / I). Hükmün gerekçesinde de, mesela çocuğun doğduğu sırada annenin eski evliliğinden edindiği soyadını taşıması halinde, çocuk ile annesinin farklı soyadlarına sahip olacağı açıkça belirtilmiştir. Aynı sonuç genelleştirildiğinde, söz konusu değişiklik gereğince, soybağı reddedilen çocuğun, annesinin bekârlık soyadını alacağı sonucuna da ulaşılabilir.

²⁰ RG. 23.11.2006, S. 26355.

²¹ Soybağının Reddi / Madde 104 – “(1) Mahkeme kararı ile soybağı reddedilen çocuk, baba hanesindeki kaydına açıklama yapılarak nüfus kaydı kapatılır ve anasının bekârlık hanesine anasının bekârlık soyadı ile taşınır.” Aynı Yönetmelik madde 23/III: “(3) Anası halen bir başkası ile evli ise çocuk, anasının bekârlık hanesine, bekârlık soyadı ve anasının bildireceği baba adı ile tescil edilir.”

olarak, babalık karinesinin geçerli olmadığı tarihte doğan çocuk, kocanın değil, annesinin soyadını alacaktır²².

Fakat hemen belirtelim ki, bu ihtimalde çocuk aslında doğduğu sırada, hakkında henüz gaiplik kararı verilmemiş bulunan kocanın soyadını almıştır. Babalık karinesinin etkisinin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması, sonradan verilen gaiplik kararına bağlı bir sonuç olduğundan, çocuğun soyadının değişmesi kendiliğinden gerçekleşir. Diğer bir ifadeyle, ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden işlemeye başlayan 300 günlük süreden sonra doğan ve kanun gereğince o tarihe kadar babası sayılan kişi hakkında gaiplik kararı verilen çocuğun soyadı, kendiliğinden annesinin soyadıyla değişir.

Görüldüğü üzere ortaya çıkan sonuç, soybağının reddi halindeki durumla aynıdır. Zira çocuk doğduğu tarihte annesi, hakkında ileride gaiplik kararı verilecek olan kişiyle evli olduğundan ve bunun sonucu olarak da kocasının soyadını taşıyacağından, çocuğun soyadı hâkim görüşün kabul ettiği üzere değişmez. Bu halde çocuğun annesi, kocasının soyadını taşımaktadır. Fakat Türk hukukunda, soybağının reddine ilişkin ilgili Yönetmelik hükmünün kıyas yoluyla uygulanması yoluyla, bu halde çocuğun, annesinin bekârlık soyadını alacağı sonucuna ulaşılabilir.

b. Evlilik dışında doğan çocuğun soyadı

aa. Genel Olarak

Evlilik dışında doğan çocuğun soyadı meselesi, ortaya çıkabilecek iki ihtimali de²³ içerecek biçimde Medeni Kanunun 321. maddesinde düzenlenmişti. Buna göre, çocuk evlilik dışında doğmuşsa, annesinin soyadını alırdı²⁴. Buna göre “Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; evli değilse ananın soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çift soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır.”²⁵

²² HEGNAUER Art. 270, no. 22; DURAL / ÖĞÜZ s. 160.

²³ Bu ihtimaller, çocuk ile babası arasında hukuki anlamda soybağı ilişkisinin kurulmuş olup olmamasına göre ortaya çıkmaktadır. SEROZAN (ÖZTAN Armağanı) s. 770; AKKAYAN-YILDIRIM s. 78. DURAL / ÖĞÜZ’e göre ise (s. 161) Kanunda, babasıyla arasında soybağı ilişkisi kurulan çocuğun annesinin soyadını alacağına ilişkin bir hüküm yoktur. Gerekçeden yola çıkılarak bu sonuca varılması, o tarihte yürürlükte olan Nüfus Kanunu madde 20/V karşısında mümkün değildir.

²⁴ Fakat Medeni Kanunun 292. maddesine göre, evlilik dışında doğmakla birlikte, anne babanın sonradan evlenmesiyle çocuk evlilik içi çocuk statüsü kazanacağından, çocuğun doğrudan babasının soyadını alacağı gözden kaçırılmamalıdır.

²⁵ Önceki Medeni Kanunda ise, evlilik dışında doğan çocuk ile babası arasında soybağı ilişkisi kurulmuşsa, çocuk babasının soyadını alırdı. Bkz. ACABEY s. 283.

Fakat 25.04.2006 tarihli 5490 sayılı “Nüfus Hizmetleri Kanunu”nun²⁶ 28. maddesinin dördüncü fıkrasında, tanıma üzerine, evlilik dışı çocuğun doğrudan babasının soyadını alacağı şöyle düzenlenmiştir: “*Tanınan çocuklar babalarının hanesine baba adı ve soyadı ile analarının kimlik ve kayıtlı olduğu yer bilgileri belirtilmek suretiyle tescil edilir.*”

Anılan hükmün gerekçesinde de aynen şu ifadeye yer verilmiştir: “*4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 321 inci maddesine göre tanınan çocuk ana hanesine ananın soyadı ile tescil edilmektedir. Bu madde ile, mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi uygulamasında olduğu gibi, tanınan çocuğun baba hanesine babanın soyadı ile tescil edilmesi öngörülmektedir.*”

Gerekçeden anlaşılacağı üzere Yasama Organı, 2006 yılında yapılan bu kanun değişikliğiyle, Medeni Kanunun 321. maddesindeki esası değiştirmek amacıyla anılan hükmü kabul etmiştir²⁷. Diğer bir ifadeyle, Medeni Kanunun 321. maddesinin, evlilik dışı çocuğun her durumda anasının soyadını alacağına ilişkin hükmü, Nüfus Hizmetleri Kanununun 28/IV hükmüyle örtülü olarak kaldırılmıştır. Bu değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten sonra, tanıma halinde çocuk doğrudan babasını soyadını alacaktır²⁸.

Hemen belirtelim ki, anılan Kanunda, çocuk ile babası arasında soybağının mahkeme kararıyla kurulması halinde çocuğun hangi soyadını alacağı hakkında bir düzenleme yoktur. Sadece Meclis görüşmeleri sırasında Kanuna eklenen geçici 5. maddede şu hükme yer verilmiştir: “*Bu Kanun yürürlüğe girinceye kadar tanıma beyanı veya babalığa hüküm kararı sonucu ana hanesine tescil edilen çocukların baba hanelerine nakline ana ve babanın birinin, çocuk ergin ise kendisinin müracaatı aranır.*” Bu hüküm sadece babanın nüfus hanesine kaydına ilişkin olup, soyadını düzenlememektedir.

Fakat mahkemenin vereceği babalık hükmü, tanıma gibi, evlilik dışı çocuk ile babası arasında soybağı ilişkisini kuracaktır. Bu nedenle tanıma için kabul edilmiş soyadına ilişkin sonucun, babalık hükmü için de en azından kıyas yoluyla uygulanması uygun olur²⁹.

²⁶ RG. 29.04.2006, S. 26153.

²⁷ Bu yönde: DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ s. 316; BAYGIN s. 99. Bu yöndeki bazı Yargıtay kararları için bkz. AKKAYAN-YILDIRIM s. 80, dn.23.

Doktrinde OKTAY-ÖZDEMİR (s. 298) ise, nüfus kayıtlarının nasıl tutulacağını düzenlemekten öte bir işlevi olmayan Nüfus Hizmetleri Kanununun, bir maddi hukuk kuralı olan Medeni Kanunu değiştirme gücü yoktur. Bu nedenle yazara göre, Nüfus Hizmetleri Kanununun ilgili hükmüne rağmen Medeni Kanunun 321. maddesi, kabul ettiğimiz görüşün aksine yürürlükte kalmaya devam etmiştir.

²⁸ BAYGIN s. 102.

²⁹ 2006 / 11081 sayılı “Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik”in

Bu nedenle, Nüfus Hizmetleri Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, babasıyla arasında tanıma veya babalık hükmüyle soybağı ilişkisi kurulan çocukların, doğrudan babasının soyadını alacağı, Medeni Kanunun 321. maddesinin bununla ilgili hükmünün örtülü olarak³⁰ yürürlükten kaldırıldığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Ancak Nüfus Hizmetleri Kanununun bu açık hükmüne ve özellikle gerekçesindeki net ifadelerle rağmen Anayasa Mahkemesi, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden üç yıldan fazla bir süre geçtikten sonra 02.07.2009 tarihli kararıyla, evlilik dışında doğmuş olan çocuğun, annesinin soyadını alacağına ilişkin Medeni Kanunun 321. maddesinin ilgili hükmünü iptal etmiştir³¹.

Açıklamalardan anlaşılabacağı üzere Anayasa Mahkemesi, aslında örtülü olarak yürürlükten kalkmış bir hükmü iptal etmiştir³². Karar bu yönüyle hatalıdır. Kaldı ki, Nüfus Hizmetleri Kanunuyla anılan değişiklik yapılmamış olsaydı bile, kararın dayanağı olarak ileri sürülen gerekçeler de kanaatimce yerinde değildir.

Zira bu iptal kararının iki gerekçeye dayandırıldığı görülmektedir. Bunlardan ilki, evlilik içi ve dışı çocuklar arasında ayırım gözetilmemesi ilkesine aykırılık³³, ikincisi ise evlilik dışı çocuğun babasının soyadını almasının onun

madde 103 hükmünde, babalığa hükmedilmesi halinde, çocuğun babasının soyadını alacağı açıkça belirtilmiştir. Bu yönde: aynı Yönetmelik madde 23 / IV, bend (b).

³⁰ Fakat bu aşamada belirtelim ki, Nüfus Hizmetleri Kanununun anılan hükmüyle getirilen bu önemli değişikliğin yanında, açık bir hüküm konularak Medeni Kanunun 321. maddesinin ilgili hükmünün kaldırıldığının belirtilmesi veya ilgili maddenin yeniden düzenlenen haline yer verilmesi gerekirdi. Bu durum, kanun yapma tekniğindeki özen eksikliğini ortaya koymaktadır. Bkz. GENÇ-ARIDEMİR (İmre'ye Armağan), s. 24.

Yasama organı, evlilik dışı çocuğun soyadı konusunda, yeni tarihli özel kanun niteliği taşıyan Nüfus Hizmetleri Kanununda, genel kanun niteliği taşıyan Medeni Kanunun getirdiği esaslı değiştirmeyi amaçlamıştır. Bunun yerindeliliği tartışılabilir. Fakat yasama organı tercihini farklı bir doğrultuda yapacaksa, bunu açıkça yapması ve bu değişikliğin asıl yeri olan Medeni Kanunun 321. maddesini buna uygun olarak yeniden düzenlemesi gerekirdi. Aksi halde, Medeni Kanunun 321. maddesinin evlilik dışı çocuğun soyadına ilişkin hükmünün yürürlükte olup olmadığı tereddütlü bir duruma neden olabilecek ve somut olarak yaşandığı gibi mahkemeler, örtülü olarak yürürlükten kalkmış olan hükmü esas alarak hüküm verebileceklerdir. Bkz. bir sonraki dipnotta belirtilen Anayasa Mahkemesi kararı. Zira bu Anayasa Mahkemesi kararında, örtülü olarak yürürlükten kalktığı kanaatine vardığımız yasa kuralının iptaline karar verilmiştir.

³¹ AMK. 02.07.2009, 2005/114 E, 2009/105 K. (RG. 07.10.2009, S. 27369).

³² Karara muhalif kalan üyelerden Sacit ADALI ve Serruh KALELİ'nin muhalefet şerhlerinde de benzer bir gerekçe ileri sürülmüştür.

³³ Kararın bu gerekçe yönünden yerinde olduğu görüşünde: OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR s. 103.

menfaatine olacağı varsayımdır. Kararda çocuğun babasının soyadını taşımasının bir hak olduğu, ona annesinin soyadının verilmesinin ise çocuğun menfaatlerinin ihlali sayılacağı ifade edilmiştir. Bu açıdan kararda geçen şu ifadeler çarpıcıdır: “... **çocuk evlilik dışı dünyaya gelse bile, ..., babasının nüfusuna yazılmak, bunun getireceği haklardan yararlanmak, ... gibi kişiliğine bağlı temel haklara sahiptir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde bütün çocukların evlilik içi veya evlilik dışı doğmuş olmalarına bakılmaksızın aynı sosyal korumadan yararlanması gerektiği ...**”

Görüldüğü gibi kararda, evlilik dışı çocuğun babasının soyadını almasının, çocuğun farklı ve hatta daha eksik bir sosyal korumaya tabi tutulması anlamına geleceği, diğer bir ifadeyle babanın soyadının alınmasının, sosyal koruma seviyesini artıracak sonucuna ulaşılmıştır.

Fakat evlilik dışı çocuğun annesinin soyadını taşımasının, çocuğun menfaatlerinin ihlali anlamına geleceği varsayımı yerinde değildir. Evlilik dışında doğan çocuğun velayetinin annesinde olması halinde bile çocuğun babasının soyadını Kanun gereği alması, Anayasa Mahkemesi Kararının dayandığı temel esaslardan biri olan “*çocuğun menfaati*” ilkesine aykırıdır³⁴.

³⁴ Karş. AKKAYAN-YILDIRIM s. 83.

Evlilik dışında doğan çocuğun annesinin soyadını almasının temel gerekçesi, evlilik dışı doğan çocuğun daha çok annesinin yanında kalması ve annesinin çevresinde yetiştirilmesi nedeniyle, annesinin soyadını almasının çocuğun menfaatine daha uygun olacağı düşüncesidir. Bkz. HEGNAUER Art. 270, s. 10, no. 21. Bu yönde: 9 Temmuz 2010 tarihli BGer 5A_224/2010 (E.3.4.1). Karar için bkz http://jumpegi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=09.07.2010_5A_224/2010. Bu yaklaşımın yerinde olduğu görüşünde: SEROZAN (ÖZTAN Armağanı) s. 770; Alman hukukundaki gibi, ana – babaya, seçim hakkı verilmesinin uygun olacağı görüşünde: ACABEY s. 283. Kanaatimce de yazarın bu görüşü yerindedir. Fakat böyle bir seçim hakkı verilmeyecekse, annenin soyadını alması çocuğun daha menfaatine olacaktır.

SEROZAN’ın haklı olarak belirttiği gibi, çocuğuyla ilişkisini inkâr ederek, aleyhine babalık davası açılmasına neden olan bir baba karşısında, velayeti annesinde olan çocuğun, babasının soyadını taşımasının yerinde olmadığı açıktır. SEROZAN (Medeni Hukuk), s. 429.

İsviçre, Almanya ve Avusturya Medeni Kanunlarına göre de evlilik dışında doğan çocuk kural olarak annesinin (velayet hakkına sahip olan ebeveynin) soyadını alır. Çocuğun babası tarafından tanınması veya babalığa hükmedilmesi de bu sonucu değiştirmez. Anayasa Mahkemesinin, çocuğun yararına olmadığı gerekçesiyle iptal ettiği hüküm, anılan ülkelerin hukuk sistemlerinde çocuğun daha menfaatine olduğu için özel olarak kabul edilmiş ve ne eşitlik ilkesine, ne de çocuğun menfaatine aykırılığı konusunda herhangi bir tereddüt ileri sürülmüştür.

Bu gerekçelerle Anayasa Mahkemesinin, velayeti annesinde bulunan ve annesinin aile yaşantısı içinde büyüyen çocuğa, onu tanımış olan babasının soyadının verilmesinin çocuğun menfaatine daha uygun olacağı gerekçesiyle söz konusu hükmü iptal etmiş olması yerinde değildir. Nitekim işbu karara muhalif kalan Anayasa Mahkemesi üyeleri de muhalefet şerhlerinde benzer hususları yerinde olarak açıkça ortaya koymuşlardır Bkz. Osman Ali

Nüfus Hizmetleri Kanununun 28/IV hükmünden sonra, evlilik dışı çocuğun soyadı meselesi, babasıyla arasında soybağının kurulup kurulmadığı esası üzerine tespit edilmelidir. Fakat şunu da ekleyelim ki, soybağı kurulduğunda çocuğun alacağı baba soyadının, Medeni Kanunun 27. maddesi gereğince haklı sebeplerle değiştirilme imkânını ortadan kaldırılmış değildir. Bu nedenle, babasıyla arasında hukuki anlamda soybağı kurulan evlilik dışı çocuğun yeni edindiği babasına ait soyadını kullanmasında, çocuğun haklı menfaatleri zarar görecektse, Medeni Kanunun 27. maddesi gereğince çocuğun soyadının değiştirilmesi yoluyla, söz konusu sakıncalar giderilebilir³⁵.

bb. Evlilik dışında doğup, babasıyla arasında hukuki anlamda soybağı kurulmamış olan çocuğun soyadı

Hukuki anlamda soybağı evlilik içinde doğmak dışında, ana ile babanın sonradan evlenmesi, babalık hükmü ve tanımayla kurulur. Babasıyla arasında hukuki anlamda soybağı kurulmamış olan çocuk, annesinin soyadı taşır³⁶. Bu aslında mantıksal bir zorunluluktur. Çünkü bu durumda çocuğun soyadını alabileceği hukuken tanınan başka bir kişi de yoktur.

Çocuğun annesinin soyadını alması, annesinin velayet hakkına sahip olmasına bağlı değildir³⁷. Velayet kaldırılmış olsa bile çocuk annesinin soyadını alır.

Çocuk, çocuğun doğduğu tarihte annesinin taşıdığı soyadını alır. Mesele anne, evliliğinin ölümle sona ermesi nedeniyle veya evliliğinin boşanmayla sona ermesine rağmen eski kocasının soyadını taşımaya devam ediyorsa, bu ilk evliliğin sona ermesinden 300 gün geçtikten sonra evlilik dışı bir çocuk dünyaya gelmişse, bu çocuk annesinin eski kocasının soyadını almış olacaktır³⁸. Fakat çocuk doğduğu sırada anne, eski evliliğinden gelen çifte soyadını

Feyyaz PAKSÜT ve Mehmet ERTEN'in muhalefet şerhleri.

³⁵ AKKAYAN-YILDIRIM s. 85.

Çocuk ile birlikte yaşadığı ebeveyni arasındaki soyadı farklılığının Medeni Kanunun 27. maddesi yoluyla giderilmesi imkânı ve bunun özellikle İsviçre hukukundaki uygulanış biçimi hakkında bkz. aşa. IV, A.

³⁶ HEGNAUER Art. 270, s. 12, no. 28; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ s. 316; AKKAYAN-YILDIRIM s. 77.

³⁷ HEGNAUER Art. 270, s. 12, no. 30.

³⁸ HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 120, no. 57; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 113, no:16.06; TUOR / SCHNEIDER / SCHMID / RUMO-JUNGO s. 451, no. 9; THURNHEER no. 61; OKTAY-ÖZDEMİR s. 294 ve özellikle s. 295. Karş. GENÇ-ARIDEMİR (İmre'ye Armağan), s. 23.

Bunun yerinde olmadığını düşünen İsviçre Kanun Koyucusu, 30 Eylül 2011 tarihinde

taşıyorsa, çocuk bu soyadın ilk kısmını alır³⁹.

Fakat çocuğun doğduğu tarihte annesinin başkasıyla evli olması halinde çocuğun soyadının ne olacağı ayrıca incelenmelidir. Annesi evli olduğu halde bir çocuğun evlilik dışı çocuk niteliği kazanması iki halde mümkündür. 1. Soybağının reddi, 2. Koca hakkında gaiplik kararı verilmesi ve çocuğun, evliliğin feshinden önce, fakat son haber veya ölüm tehlikesi içinde kaybolma tarihinden 300 gün geçtikten sonra doğmasıdır.

Türk hukukunda bu sorunun çözüldüğü görülmektedir. Zira Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğinin “*Evlilik Dışında Doğan Çocuklar*” kenar başlıklı 23. maddesinin üçüncü fıkrasına göre: “(3) *Anası halen bir başkası ile evli ise çocuk, anasının bekârlık hanesine, bekârlık soyadı ve anasının bildireceği baba adı ile tescil edilir.*” Böylece Türk hukukunda, anılan iki halde çocuğun anasının mevcut soyadı değil, bekârlık soyadını taşıyacağı sonucuna ulaşılabilir.

Anası babası belli olmayan bulunmuş çocuklar ise⁴⁰, Nüfus Hizmetleri Kanununun 19. maddesine göre resen nüfusa kaydedileceğinden, bunlara nüfus müdürlüğünce bir soyadı verilir⁴¹.

cc. Evlilik dışında doğmakla birlikte, babası ile arasında hukuki anlamda soybağı çocuğun doğmasından önce kurulmuş olan çocukların soyadı

Nüfus Hizmetleri Kanununun 28/IV ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararı gereğince, evlilik dışında doğmakla birlikte, çocuğun doğumundan önce⁴² tanıma veya babalık hükmüyle babası arasında hukuki anlamda soyba-

kanunlaşıp, 01 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girecek olan değişikliklerde, İsviçre Medeni Kanununun evlilik dışında doğan çocuğun soyadına ilişkin hükümleri arasına yeni bir hüküm olarak eklediği 270 a maddesinin birinci fıkrasında, evlilik dışı çocuğun, annesinin mevcut soyadını değil, bekârlık soyadını alacağını açıkça düzenlemiştir.

³⁹ HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, no. 57; HEGNAUER Art. 270, no. 32; HAUSHEER / GEISER / AEBI-MÜLLER s. 282, no. 17.07; HEGNAUER / BREITSCHMID s. 137, no:13.49; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 113, no:16.06; MICHEL (KurzKomm ZGB) Art. 270, no. 3; SUTTER-SOMM / KOBEL, s. 31, no. 109. Bu yönde: BGE 119 II 307, E.3.c.

⁴⁰ Bkz. BIDERBOST s. 60 vd.

⁴¹ Aynı sonuç İsviçre hukuku için de geçerlidir. HÜRLIMANN-KAUP / SCHMID s. 184; MÜLLER s. 3; HEGNAUER Art. 270, no. 18; BÜHLER (BSK ZGB I), Art. 270, s. 1449, no. 10.

⁴² Soybağının kurulması, çocuğun doğumundan sonra gerçekleşirse, çocuğun doğumla birlikte annesinden alacağı soyadı değişeceğinden, bu husus aşağıda ilgili kısımda ayrıca incelenecektir. Bkz. aşağıda, II, B.

ğı kurulan çocuk, babasının soyadını alacaktır. Böylece bu konu, Nüfus Hizmetleri Kanunundan sonra, Medeni Kanunun 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren şeklinin tam tersi biçimde düzenlenmiş olmaktadır.

2. İsviçre, Almanya ve Avusturya hukuklarında

Çocukların soyadı konusunda çeşitli ülkelerde farklı düzenlemeler bulunmakla birlikte, bütün ülkelerin düzenlemelerinin üzerinde uzlaştıkları konu, aynı soydan gelen çocukların aynı soyadını taşıması ilkesidir⁴³. Bu kapsamda İsviçre, Almanya ve Avusturya hukuklarında geçerli olan sistem ana hatlarıyla şöyledir:

İsviçre hukukunda, 31 Aralık 2012 tarihine kadar yürürlükte kalacak olan İsviçre Medeni Kanununun 270. maddesi, 4721 sayılı Medeni Kanunun 321. maddesinin Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önceki şekliyle aynıdır. Buna göre evlilik içinde doğan çocuk, ailenin ortak soyadını alırken⁴⁴, çocuğun ana babası birbiriyle evli değilse, çocuk anasının soyadını alacaktır⁴⁵.

İsviçre hukukunda, çocuk ile babası arasında soybağı mahkeme kararı veya tanıma yoluyla kurulmuş olsa bile bu sonuç değişmez⁴⁶. Fakat ZGB 259/I hükmüne göre, ana – babanın sonradan evlenmesiyle, çocuk ailenin ortak soyadını alır⁴⁷.

Fakat hemen ekleyelim ki, İsviçre Medeni Kanunun soyadına ilişkin hükümlerinde 30.09.2011 tarihinde çok önemli değişiklikler gerçekleştirilmiştir⁴⁸. Fakat önceki düzenlemenin temel çıkış noktası olan evlilik içi – dışı çocuk ayrımı değişmemiştir. Bu yeni düzenlemelere göre:

Evlilik içinde doğan çocuğun soyadı: 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girecek olan bu değişikliklere göre, evlilik içinde doğan çocuk, ana babasının ortak bir soyadı varsa onu alır (ZGB 270/III). Bu ihtimalde (ana – babanın or-

⁴³ Bkz. İsviçre Medeni Kanununda yapılan Eylül 2011 tarihli değişiklik gerekçesi.

⁴⁴ BRAEM Art. 160, no. 50; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 112, no:16.03.

⁴⁵ HEGNAUER Art. 270, s. 10, no. 22 vd; HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 120, no. 57; TUOR / SCHNEIDER / SCHMID / RUMO-JUNGO s. 451, no. 8; HEGNAUER (NZZ Nr.217 19.09.2007), s. 20; SUTTER-SOMM / KOBEL, s. 181, no. 816; BÜHLER (BSK ZGB I), Art. 270, s. 1447, no. 1.

⁴⁶ HEGNAUER Art. 270, s. 12, no. 29 ve özellikle s. 13, no. 34; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 113, no:16.06; HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 121, no. 57; HAEFLINGER s. 233.

⁴⁷ HÜRLIMANN-KAUP / SCHMID s. 187; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 113, no:16.06; HEGNAUER Art. 270, s. 13, no. 34; HEGNAUER Art. 259, s. 237, no. 43; BRAEM Art. 160, no. 52; HAEFLINGER s. 233.

⁴⁸ Bu konuda bkz. THURNHEER no. 2; ZEITER (HandKoom), Art. 160, no. 2 ve özellikle Art. 270-270b, no. 4 vd.

tak soyadı kullanmaları halinde), çocuklara bu ortak soyadından farklı bir soyadı verilmesi mümkün değildir⁴⁹.

Fakat çocuğun ana babası birbirleriyle evli olmakla birlikte, yeni ZGB 160/I gereğince farklı soyadlarına sahiplerse çocuklar, anne babanın çocukları için evlilik sırasında belirledikleri (sadece eşlerden birinin bekârlık soyadı olabilen) soyadını alır (ZGB 270/I)⁵⁰.

Yeniden düzenlenen ZGB 160/III hükmünde, eşlerin ortak bir aile soyadı seçmemiş olmaları halinde, çocukların soyadı konusunda özel bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, eşler ayrı soyadlarına sahip olsalar bile, çocuklar için ortak bir soyadı gerekir. Bu nedenle çocukların, eşlerden hangisinin bekârlık soyadını taşıyacağının, evlilik öncesinde nüfus memurluğuna bildirilmesi gerekli tutulmuştur⁵¹. Fakat aynı hükümde, haklı sebeplerin bulunması halinde, nüfus memurluğunun, eşleri bu zorunluluktan muaf tutabileceği de belirtilmiştir. Buna göre mesela eşlerin çocuk yapma yeteneğinin bulunmadığının kanıtlanması halinde bu sonuca ulaşılabilir⁵². Bu ihtimalde, eşlerin sonradan her nasılsa (tıp bilimindeki öngörülemeyen gelişmeler nedeniyle) çocuk sahibi olabilmesi halinde⁵³, eşlerin ZGB 270/II gereğince bir yıl içinde bu çocuğun soyadı için seçim yapması gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür⁵⁴.

ZGB 270/II hükmünde, ana babanın birbiriyle evli olmasına rağmen farklı soyadlarını kullanmaları halinde çocukların, anne babanın çocukları için evlilik sırasında belirledikleri soyadını kullanacaklarına ilişkin kurala bir istisna getirilmiş, daha doğru ifadeyle eşlere evlilik sırasında yaptıkları seçimi bir defaya mahsus olmak üzere değiştirme yetkisi verilmiştir. Buna göre eşler, ilk çocuğun doğumundan itibaren bir yıl içinde, nüfus memurluğuna bir-

⁴⁹ ZEITER (HandKoom), Art. 270-270b, no. 7.

⁵⁰ ZEITER (HandKoom), Art. 160, no. 4 ve özellikle Art. 270-270b, no. 6.

⁵¹ Böylece, çocukların hangi soyadını alacakları, evlilik öncesinde tespit edilmiş olmaktadır. ZEITER (HandKoom), Art. 160, no. 4; FASSBIND s. 1028.

⁵² Bu hüküm hakkında bkz. ZEITER (HandKoom), Art. 160, no. 4; FASSBIND s. 1022 vd.

⁵³ Kanaatimce söz konusu durum sadece doğum yoluyla değil, birlikte evlat edinme ihtimalinde de bir sorun olarak ortaya çıkacaktır. Zira İsviçre Medeni Kanununun 264a/I maddesine göre, evli kişiler kural olarak ancak birlikte evlat edinebilirler. İşte birlikte evlat edinme halinde evlatlık hangi soyadını alacaktır? Bu sorunun da açık bir cevabını bulmak kolay görünmemektedir.

⁵⁴ ZEITER (HandKoom), Art. 270-270b, no. 6. Fakat eşler bu süre içinde seçim yapmazlarsa veya bu konuda uzlaşamazlarsa ne olacağı hakkında Kanunda bir hüküm yoktur. Hükümün Tasarı halinde yer alan ve bu halde çocuğun annenin bekârlık soyadını alacağına ilişkin hükmün, Meclis görüşmeleri sırasında metinden çıkarıldığı hakkında: ZEITER (HandKoom), Art. 270-270b, no. 6.

likte yapacakları başvuruyla, çocuklara diğer eşin bekârlık soyadının verilmesini istediklerini bildirebilirler (İMK.m.270/II)⁵⁵.

Evlilik dışında doğan çocuğun soyadı: Evlilik dışı çocukların soyadı, İsviçre Medeni Kanununun 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni 270a maddesine ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre, kural olarak evlilik dışı çocuk annesinin bekârlık soyadını alır (270a / I). Burada “*bekârlık soyadı*” ifadesinin özel olarak vurgulandığı görülmektedir. Bu nedenle, mesela çocuğun doğduğu sırada anne, eski evliliğinden gelen soyadını kullanıyorsa veya soybağı reddedildiği için çocuk evlilik dışı çocuk statüsü kazanmışsa ve anne kocasının soyadını kullanıyorsa, çocuk annesinin mevcut soyadını değil, bekârlık soyadını alacaktır⁵⁶.

Evlilik dışında doğan çocuğun velayeti sadece babaya verilmişse, çocuk yine annesinin soyadını taşımakla birlikte, baba nüfus memurluğuna bir yıl içinde yapacağı başvuruyla, çocuğa kendi bekârlık soyadının verilmesini isteyebilir (270a / III). Bunun için annenin onayı gerekmediği gibi, herhangi bir haklı sebep de aranmayacaktır.

Mahkemece velayetin, ana baba tarafından birlikte kullanılmasına karar verilmişse⁵⁷, çocuk yine annesinin soyadını taşımakla birlikte, ana ve babanın nüfus memurluğuna bir yıl içinde birlikte yapacağı başvuruyla, çocuğa babanın bekârlık soyadının verilmesini isteyebilecekleri de ayrıca düzenlenmiştir (270a / II)⁵⁸.

270a /II ve III hükümlerinde geçen bir yıllık sürenin, velayete ilişkin kararın kesinleşmesiyle başlayacağı kabul edilmektedir⁵⁹.

⁵⁵ ZEITER (HandKoom), Art. 270-270b, no. 12. İspanya ve Fransa hukuklarında çocuğa, ergin olduktan sonra belli bir süre içinde, eşlerin ortak bir soyadını kullanmadıkları durumda çocuğa verilmiş bulunan soyadının değiştirilerek, diğer eşin soyadını almak isteme hakkının verildiği yönünde: HEGNAUER (Kindesrecht), s. 114, no. 16.12a.

⁵⁶ Aksi fikirde: ZEITER (HandKoom), Art. 270-270b, no. 6 ve no. 8. Yazara göre bekârlık soyadı, çocuğun doğduğu tarihte annenin taşıdığı soyadını ifade eder. Bu nedenle mesela anne eski evliliğinden gelen soyadını taşıyorsa, çocuk bu soyadını alır.

Fakat değişikliğe ilişkin gerekçede ise açıkça, eski evlilikten gelen soyadının çocuğa verilmesinin yerinde olmadığı belirtilmiştir. Bu nedenle yazarın görüşüne katılma olanağı bulunmamaktadır.

⁵⁷ İsviçre Medeni Kanununda yapılan ve 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe giren değişikliklerle, boşanma üzerine velayetin eşlere birlikte verilmesi mümkün hale getirilmiştir (ZGB 133/III). Bkz. SUTTER-SOMM / KOBEL, s. 125, no. 559; BÜCHER / WIRZ (FamKomm), Art. 133, no. 19 vd; HAUSHEER / GEISER / AEBI-MÜLLER s. 153, no. 10.153.

⁵⁸ ZEITER (HandKoom), Art. 270-270b, no. 9.

⁵⁹ ZEITER (HandKoom), Art. 270-270b, no. 12.

Yine İsviçre Medeni Kanuna yeni eklenen ve 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girecek olan 270b hükmüne göre, çocuk 12 yaşını doldurmuşsa, çocuğun soyadının 270a maddesine göre değiştirilebilmesi, ancak çocuğun bunu kabul etmesiyle mümkündür⁶⁰.

Alman hukukunda, çocuğun soyadı meselesi, İsviçre ve Türk hukuklarından farklı olarak, çocuğun evlilik içi veya dışı olmasından bağımsız biçimde düzenlenmiştir. Kanunun temel çıkış noktası, çocuğun evlilik içi – dışı olması değil, velayet hakkının kime ait olduğudur⁶¹.

Alman Medeni Kanununun 1616. maddesine göre çocuk, varsa ailenin ortak soyadını alır. Fakat çeşitli bazı ihtimaller ise ana hatlarıyla şöyle düzenlenmiştir⁶²:

1617 maddeye göre, ailenin ortak bir soyadı yoksa; fakat velayet ana – baba tarafından birlikte kullanıyorsa, onların nüfus memurluğuna birlikte yapacakları başvuruya, ananın veya babanın soyadının çocuğa verilmesini tercih edilebilir. Bu hükmün uygulanabilmesi için, önemli olan velayetin ana – babaya birlikte ait olmasıdır. Ana babanın evli olup olmamasının bir önemi yoktur⁶³. Eşlerin birden çok çocuğunun bulunması halini de düşünen Alman yasama organı, bir çocuk için yapılan tercihin, diğer çocuklar için de geçerli olacağını kabul etmiştir⁶⁴.

Hükmün ikinci fıkrasına göre, anne – baba çocuğun doğumundan itibaren bir ay içinde gerekli başvuruyu yaparak tercih haklarını kullanmazlarsa, aile mahkemesi, seçim hakkını eşlerden birine, bir süre tanıyarak verir. Bu süre içinde de tercih hakkı kullanılmazsa çocuk, tercih hakkını kullanması için yetkilendirilen ebeveynin soyadını alır⁶⁵.

1617a maddesine göre, ana – babanın ortak bir aile soyadı yoksa ve velayet eşlerden sadece birine aitse, çocuk velayet hakkına sahip olan ebeveynin, çocuğun doğumu anındaki soyadını alır⁶⁶.

⁶⁰ ZEITER (HandKoom), Art. 270-270b, no. 15.

⁶¹ PEIPER (PWW BGB Komm.), vor §§ 1616 bis 1625 no. 1 vd; ENDERS (BeckOK BGB) § 1616, no. 5; v. SACHSEN GESSAPHE (Münchener Kommentar zum BGB 6. Aufl.), § 1616, no. 2 vd.

⁶² Bkz. ENDERS (BeckOK BGB) § 1617, no. 1 vd; v. SACHSEN GESSAPHE (Münchener Kommentar zum BGB 6. Aufl.), § 1617, no. 1 vd.

⁶³ PEIPER (PWW BGB Komm.), § 1617, no. 1; ENDERS (BeckOK BGB) § 1617, no. 2.

⁶⁴ PEIPER (PWW BGB Komm.), § 1617, no. 4; ENDERS (BeckOK BGB) § 1617, no. 13; v. SACHSEN GESSAPHE (Münchener Kommentar zum BGB 6. Aufl.), § 1617, no. 21.

⁶⁵ ENDERS (BeckOK BGB) § 1617, no. 17; v. SACHSEN GESSAPHE (Münchener Kommentar zum BGB 6. Aufl.), § 1617, no. 28.

⁶⁶ ENDERS (BeckOK BGB) § 1617a, no. 2; v. SACHSEN GESSAPHE (Münchener Kom-

Hükümün ikinci fıkrasında ise, velayet hakkına tek başına sahip olunan çocuğun evlilik dışı bir çocuk olması halinde, velayet hakkına sahip olan ebeveynin, nüfus memurluğuna yapacağı başvuruyla, çocuğa diğer ebeveynin soyadının verilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Bunun kabulü, soyadı verilmek istenen ebeveynin ve çocuk beş yaşını tamamlamışsa çocuğun rızasına bağlıdır⁶⁷.

Avusturya hukukunda⁶⁸, Medeni Kanununun 139. maddesine göre, evlilik içinde doğan çocuk, varsa ailenin ortak soyadını alır. Eşler ayrı soyadları taşıyorlarsa çocuklar, eşlerin çocuklar için, en geç evlenme anına kadar belirledikleri ortak soyadını alır. Eşlerin ayrı soyadı taşımaları halinde, eşlerin çocuklar için seçecekleri ortak aile soyadı, sadece ana – babadan birinin soyadı olabilir. Başka bir soyadının seçilmesi mümkün değildir. Eşlerin ortak bir soyadı yoksa ve eşler de çocuklar için ortak bir soyadı belirlememişlerse, çocuklar babanın soyadını alır⁶⁹.

Görüldüğü gibi eşlerin farklı soyadlarının bulunması halinde bile, çocuklar için ortak bir aile soyadının bulunması zorunlu tutularak, çocukların tamamının aynı soyadını alması sağlanmıştır⁷⁰. Buna göre, eşler farklı soyadlarını kullanacaklarsa, evlilikten doğacak çocukları için ortak bir aile soyadı belirlemeleri gerekir. Fakat böyle bir seçim yapılmamışsa, ana – baba farklı soyadlarını taşıyabilirler, çocuklar 139. maddenin ikinci fıkrası gereğince babanın soyadını taşır⁷¹.

Seçim yapılmaması nedeniyle ortak çocukların babanın soyadını almasını, Avusturya Anayasa Mahkemesi, hukuk politikası sorunu olarak algılamış ve Kanun koyucunun burada bir tercihte bulunduğuna işaret ederek, bu hükmü özel yaşam ve aile yaşamına saygı kuralına veya eşitlik ilkesine aykırı görmemiştir⁷².

mentar zum BGB 6. Aufl.), § 1617a, no. 1 vd.

⁶⁷ ENDERS (BeckOK BGB) § 1617a, no. 7; v. SACHSEN GESSAPHE (Münchener Kommentar zum BGB 6. Aufl.), § 1617a, no. 11 vd.

⁶⁸ Avusturya hukukunda soyadı meselesi, 01.05.1995 tarihinde yürürlüğe giren İsim Değişikliği Kanunuyla mevcut halini almıştır. Bkz. BECK (Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht), § 93, no. 1.

⁶⁹ HOPF (Kurzcomm. zum ABGB), § 139, no. 1, 2.

⁷⁰ HOPF (Kurzcomm. zum ABGB), § 139, no. 2.

⁷¹ KOCH (Kurzcomm. zum ABGB), §93, no. 1.

⁷² Bkz. HOPF (Kurzcomm. zum ABGB), § 139, no. 3; TADES / HOPT / KATHREIN / STABENTHEINER Art. 139, s. 128; BECK (Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht), § 93, no. 1.

Avusturya Medeni Kanununun 165. maddesine göre, evlilik dışında doğan çocuk, annesinin soyadını alır⁷³. Fakat İsim Değiştirme Kanununun 2. maddesinin 9. bendinde, velayetin babada olmasının, bu halde çocuğun soyadının değiştirilmesi için haklı bir sebep teşkil ettiği de kabul edilmiştir⁷⁴.

Anne ile baba sonradan evlenirse, çocuk aile soyadını alır (ABGB § 162a). Fakat çocuk reşitse, aile soyadını alması için çocuğun onayı gerekir.

II. SOYADININ KENDİLİĞİNDEN DEĞİŞMESİ

Soyadıyla ilgili temel esas, soyadının değişmezliği ilkesidir⁷⁵. Soyadının değişmezliği ilkesinde, kamunun menfaati bulunmaktadır⁷⁶. Fakat Kanunun açıkça düzenlediği bazı hallerde, özellikle de kişinin medeni durumunda ki ve ailesiyle ilgili bazı değişikliklerde soyadı kendiliğinden değişebilir.

A. Ergin olmayanların evlat edinilmesiyle

Evlat edinmenin evlatlığın soyadına etkisi Medeni Kanunun 314. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, “*Evlatlık küçük ise, evlat edinenin soyadını alır. ...*”

Bu sonuç yasa gereği kendiliğinden gerçekleşir⁷⁷. Türk hukukunda birlikte evlat edinme sadece evli olan kişiler için mümkün olduğundan, birlikte evlat edinme halinde küçük olan evlatlık, onu evlat edinen eşlerin ortak soyadını kendiliğinden alacaktır⁷⁸.

⁷³ HOPF (Kurzkom. zum ABGB), § 165, no. 1.

⁷⁴ Karş. TADES / HOPT / KATHREIN / STABENTHEINER Art. 139, s. 128.

⁷⁵ HAEFLINGER s. 41; SUTTER-SOMM / KOBEL, s. 31, no. 109; DÖRR (KurzKomm ZGB) Art. 30, no:1. BGE 136 III 161 (E.3.1); AEBI-MÜLLER (HandKomm), Art. 30-30a, no. 2; HRUBESCH-MILLAUER (Berner Komm. ZGB), Art. 4, no. 432; HOFER (Einleitungsartikel und Personenrecht), s. 198, no:12.04; van der MEER / PERREN s. 85; BÜHLER (BSK ZGB I), Art. 30, s. 344, no. 1; ABİK s. 41.

⁷⁶ BGE 131 III 201 (E.3); BRAEM Art. 160, no. 8; BREITSCHMID s. 32.

⁷⁷ Haklı sebepler varsa, ergin olmayan evlatlığın eski soyadını kullanmasının ancak Medeni Kanunun 27. maddesi gereğince soyadı değiştirme davasıyla mümkün olabileceği görüşünde: AYDOĞDU s. 624; BAYGIN s. 214.

⁷⁸ Avusturya Medeni Kanununun 183. maddesine göre de, ergin olmayanın evlat edinilmesi halinde evlatlık, evlat edinenin soyadını alır. Bkz. HOPF (Kurzkom. zum ABGB), § 183, no. 1; FRIEDERICI (PWW BGB Komm.), § 1757, no. 1 vd.

İsviçre Medeni Kanununun 267. maddesinde ise, evlatlığın reşit olup olmaması arasında bir ayırım yapılmamıştır. Bu nedenle evlat edinmeyle, evlatlık reşit olsa da olmasa da, onu evlat edinenin soyadı kendiliğinden alır.

Alman hukukunda da bu sonuç geçerlidir. Bkz. MAURER (Münchener Kommentar zum BGB 6. Aufl.), § 1757 no. 2.

Evli kişilerin tek başına evlat edinme hakkı bulunan istisnai durumlar ise ayrıca incelenmelidir (TMK.m.306 / III ve 307). Mesela eşlerden biri, diğerinin çocuğunu evlat ediniyorsa, evlat edinen koca ise, evlatlığın soyadı değişirken, evlat edinen kadın ise çocuğun soyadı değişmez⁷⁹. Zira evli kadın, kocasının eski evliliğinden olan çocuğunu evlat edinecekse, kadının soyadı ile çocuğun soyadı zaten aynı olacağından, evlatlığın soyadı fiilen değişmeyecektir.

TMK.m.307 hükmünde belirtilen istisnalardan birinin bulunması halinde evli bir kişi, ergin olmayan bir kişiyi tek başına evlat edinmek isterse evlatlık, onu evlat edinenin soyadını alacaktır. Evlatlığın alacağı soyadı, evlat edinenin evlat edinme anında taşıdığı soyadı olacaktır⁸⁰.

Önceki Medeni Kanunun 257 / V hükmünde yer alan ve evlatlığa, ergin olmasından sonra dilerse öz ana – babasının soyadını tercih etme hakkı veren hüküm 4721 sayılı Medeni Kanuna alınmamıştır⁸¹. Bu nedenle mevcut yasal düzenlemede, evlatlık ergin olduktan sonra, öz ana – babasının soyadını kullanmak istiyorsa, bunu ancak Medeni Kanunun 27. maddesine göre haklı sebepleri kanıtlayarak mahkemeden alacağı soyadı değişiklik kararıyla gerçekleştirebilecektir⁸².

B. Evlilik dışında doğmuş olan çocuk ile babası arasında, çocuğun doğumundan sonra soybağının kurulmasıyla

Çocuğun doğumu anında, evlilik dışı çocuk ile babası arasında hukuki anlamda soybağı kurulmamışsa, çocuk doğumla annesinin soyadını alır. Fakat babasıyla çocuk arasında, çocuğun doğumundan sonra soybağı kurulursa, Nüfus Hizmetleri Kanunu 28/IV ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararı gereğince, çocuğun var olan soyadı değişir ve çocuk babasının soyadını alır.

Çocuğun, babanın soyadını almasında, çocuğun yaşı veya medeni hali önem taşımaz. Çocuk ergin ve evli olsa bile soyadı kendiliğinden değişir⁸³. Fakat bu çocuk evli bir kadınsa, onun soyadının değişmeyeceği gözden kaçırılmamalıdır.

⁷⁹ HEGNAUER Art. 267, s. 546, no. 34b.

⁸⁰ Aksi görüşteki AYDOĞDU (s. 633) ise evli kadının tek başına evlat edinmesi halinde evlatlığın, kadının evlat edinme anındaki soyadını değil, bekârlık soyadını taşıması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu yönde: BAYGIN s. 214.

⁸¹ Bkz. ABİK s. 60, dn.170.

⁸² AYDOĞDU s. 627.

⁸³ HEGNAUER Art. 259, s. 238, no. 46; HEGNAUER Art. 270, s. 14, no. 42; BRAEM Art. 160, no. 52; HAUSHEER / GEISER / AEBI-MÜLLER s. 283, no. 17.10 vd.

C. Anası – babası belli olmayan çocuğa kamu kurumlarınca soyadı verilmesinden sonra, çocuğun ailesinin belirlenmesiyle

Anası – babası belli olmayan çocuğa, kamu kurumlarınca resen bir soyadı verilir. Fakat çocuğun anne babasının sonradan belirlenmesiyle çocuğun soyadı kendiliğinden değişir. Buna göre, çocuğun doğduğu tarihte annesi evli değilse, çocuk annesinin; çocuğun doğduğu tarihteki soyadını alır. Fakat anne o tarihte evliyse, çocuk bu kez de babalık karinesiyle bağlı olduğu babasının soyadı alacaktır⁸⁴.

Bu sonucun kabulü, çocuğun ergin olup olmamasından bağımsızdır. Fakat bu çocuk evli bir kadınsa, onun soyadının değişmeyeceği gözden kaçırılmamalıdır.

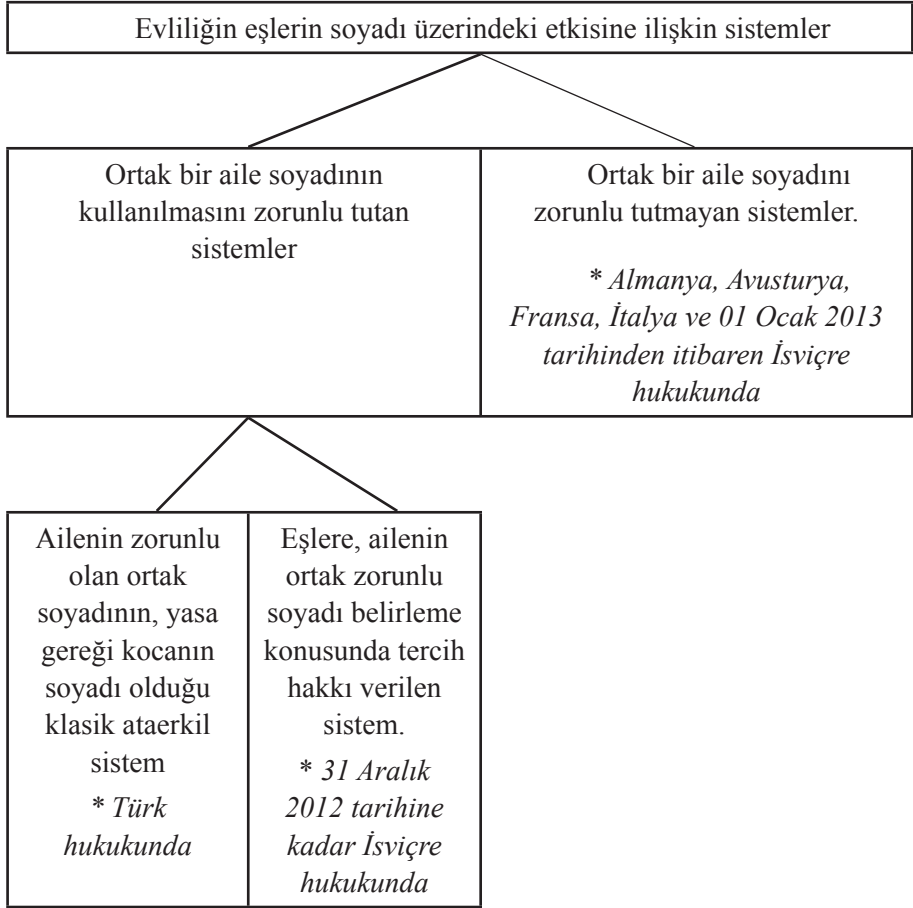
D. Kadın için evlenmeyle

Evlenmenin; kadının, daha geniş ifadeyle, eşlerin soyadına etkisi konusunda çeşitli ülkelerde genel olarak iki ana sistemin bulunduğu görülmektedir⁸⁵. Bu sistemlerin ilkinde, evlenme üzerine zorunlu olarak ortak bir aile soyadı bulunur. İkincisinde ise, ortak bir aile soyadı zorunluluğu yoktur.

Ortak aile soyadını zorunlu tutan sistemler de kendi içinde ikiye ayrılabilir. Bunlardan ilki, klasik ataerkil sistem olup, bu sistemde kadın evlenmekle, kanun gereği kocasının soyadını alır. İkincisinde ise, yine bir ortak aile soyadı zorunlu olmakla birlikte eşlere, kadının soyadını da ailenin ortak soyadı olarak seçme yetkisi verilmektedir.

⁸⁴ HEGNAUER Art. 270, s. 14, no. 41; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 113, no:16.07 ve s. 114, no. 16.11; BIDERBOST s. 65, s. 73; MÜLLER s. 3; HAUSHEER / GEISER / AEBI-MÜLLER s. 283, no. 17.14; MICHEL (KurzKomm ZGB) Art. 270, no. 4; HAEFLINGER s. 235.

⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. ABİK s. 65 vd.



1. Türk hukukunda

Türk hukukunda, ailede ortak soyadı esas geçerlidir⁸⁶ ve bu da kocanın soyadıdır. Bu nedenle Türk hukukunda, evli kadının zorunlu olarak kocasının soyadını alması yönündeki klasik ataerkil sistemin geçerli olduğu söylenebilir⁸⁷. Fakat bu sistem kendi içinde yumuşatılarak, kadına dilerse kocasının soyadının önünde, kendi soyadını da kullanma yetkisi verilmiştir (TMK.m.187). Kadın bu talebi, evlenme sırasında veya evlenmeden sonra dilediği bir zamanda ileri sürebilir⁸⁸.

⁸⁶ Birçok ülkede, ortak aile soyadı uygulaması kaldırılmıştır. Bu konuda bkz. İsviçre Medeni Kanununda soyadı alanında yapılan değişikliklerin gerekçesi 4.1.

⁸⁷ Karş. DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ s. 155; ABİK s. 56 vd; ÇAKIRCA s. 739 vd.

⁸⁸ ZEVLİLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA s. 375; ABİK s. 91; ÖZDAMAR s. 262.

Kadının eklenmesini isteyebileceği soyadı, evlenme anında fiilen taşıdığı soyadı olacaktır. Evlendiği sırada kadın, eski eşinin soyadını taşımaya devam ediyorsa, bunu da yeni evliliğinde kocasının soyadının önüne ekleyebilir⁸⁹.

Fakat kadın, önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı kullanıyorsa ve bunu da evliliğin sona ermesinden sonra da sürdürmüşse, ikinci evlilikte bu çifte soyadının tamamını değil, sadece ilk kısmını ekleyebilir⁹⁰.

Evlilik üzerine, kadının zorunlu olarak kocasının soyadını alması kuralının eşler arası eşitlik ilkesine uygun olmadığı açıkça ortadadır⁹¹. Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de, 16.11.2004 tarihli kararıyla bu hükmün İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine aykırı olduğunu açıkça tespit etmiştir⁹².

Fakat çok ilginçtir, bu karara ve genel eşitlik anlayışının ulaştığı seviyeye rağmen Anayasa Mahkemesi, 10.03.2011 tarihinde verdiği kararında, evlenme üzerine kadının, kocasının soyadını alması zorunluluğunun Anayasa'ya aykırı olmadığına, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin anılan kararının bu sonucun kabulünü zorunlu kılmadığına hükmedebilmiştir⁹³. Hatta kararda o derece ileri gidilmiştir ki, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında, soyadı konusunda bu gibi bir düzenlemeye izin verildiği şu ifadelerle ima edil-

⁸⁹ HEGNAUER / BREITSCHMID s. 131, no:13.14 ve özellikle s. 136, no:13.46. Türk hukukunda da bu yönde: DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ s. 155; ÖZTAN s. 161; ABİK s. 91; ÖZDAMAR s. 262. Hatta İsviçre hukukunda mümkün olan, kadının soyadının aile soyadı olarak belirlenebilmesi imkânı gereğince, ikinci evlilikte, kadının halen taşıması kaydıyla, ilk evliliğindeki kocasının soyadının ortak aile soyadı olarak belirlenebileceği bile kabul edilmektedir. Bkz. HEGNAUER / BREITSCHMID s. 136, no:13.47.

⁹⁰ HEGNAUER / BREITSCHMID s. 132, no:13.16; ABİK s. 92.

⁹¹ Bu yönde: ÖZTAN s. 161; SEROZAN, (Medeni Hukuk), s. 430; ABİK s. 93; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR s. 104; ÖZDAMAR s. 271; EKŞİ s. 311; OKTAY-ÖZDEMİR s. 292; ÇAKIRCA s. 746.

Fakat Türk hukukunda, kadının soyadının aile soyadı olarak seçilmesi yönündeki önerilerin yerinde olmayacağı da savunulmaktadır. Bkz. AKINTÜRK s. 118.

⁹² Tekeli – Türkiye kararı. Karar hakkında bkz. ABİK s. 120 vd. Bu karardan sonra, bazı yerel mahkemelerde verilen ve evli kadının bekârlık soyadını kullanmasına izin veren kararlar için bkz. EKŞİ s. 322 vd.

Fakat Yargıtay 18. HD, 06.07.2010, 6750 / 10314 ve 2. HD, 12.05.2009, 2008/3618, 2009/9413 sayılı kararlarında yerel mahkemenin TMK.m.187 hükmüne aykırı olarak verdiği kararın kanun yararına bozulmasına karar verilmiştir. Bkz. EKŞİ s. 325.

⁹³ Anayasa Mahkemesi Kararı: 2009/85 E, 2011/49 K. RG.21.10.2011, S. 28091.

743 sayılı önceki Medeni Kanunun 153. maddesindeki aynı yöndeki hükmün Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle yapılan iptal başvurusunda da Anayasa Mahkemesi, aynı gerekçelerle, ilgili hükmü Anayasaya aykırı bulmayarak davayı reddetmişti. Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 29.09.1998 tarih ve 1997/61 E, 1998/59 K. (RG 15.11.2002, s. 24937).

miştir: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de soyadı kullanımı ile ilgili başvuruları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinde yer alan “özel hayatın ve aile hayatının korunması” ilkesi kapsamında incelemiş ve kararlarında, nüfusun eksiksiz ve doğru olarak kaydedilmesi, aile adlarının istikrarına verilen önem, kişisel kimlik saptaması veya belli bir ismi taşıyanların belli bir aile ile bağlantılarının kurulabilmesi gibi kamu yararının gerekleri uyarınca, soyadı değiştirme imkânına yasal sınırlamalar getirilebileceği; ulusal yasakoyucunun bu sınırlamaları da kendi devletiyle ilgili tarihi ve siyasal yapısına bağlı kalarak seçmesinde takdir hakkının bulunduğunu belirtmiştir.”

Fakat İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin anılan kararında aynen şu ifadeler yer verildiği görülmektedir: “Avrupa Konseyi’nin üye ülkeleri arasında Türkiye -çift başka bir düzenlemeyi tercih etse bile- kocanın soyadının çiftin soyadı olarak kabul edilmesini ve bu nedenle kadının, evlendiğinde otomatik olarak kendi soyadını kaybetmesini yasalarla öngören tek ülke konumundadır. ... AİHM’nin önündeki ilk soru aile birliğinin erkeğin ismi ile yansıtılması geleneğinin söz konusu davada nihai bir etken sayılıp sayılamayacağıdır. Bu geleneğin, erkeğin aile içerisinde sahip olduğu birincil ve kadının sahip olduğu ikincil rollerden kaynaklandığı açıktır. Günümüzde, erkek-kadın eşitliğinin, Türkiye de dâhil, Avrupa Konseyi’ne üye ülkeler içerisinde gösterdiği gelişim ve özellikle de ayrımcılık yapmama ilkesine verilen önem, Devletlerin bu geleneği uygulamasını engellemektedir. Bu bağlamda, aile birliği, aile soyadı olarak erkeğin soyadının kabul edilmesiyle yansıtılabileceği gibi kadının soyadının ya da çift tarafından seçilen ortak bir soyadın kabul edilmesiyle de yansıtılabilir. ... AİHM, evli kadınların aile birliği adına kocalarının soyadını taşımak zorunda bırakılmalarının -önüne kendi kızlık soyadlarını ekleyebilseler de- nesnel ve makul bir nedeni olmadığı kanısındadır. ... AİHM, bu kararın getirdiği, başvuran da dâhil evli çiftlerin kendi soyadlarını kullanabilme ya da aile isminin seçiminde eşit derecede söz sahibi olma hakkını sağlamaya yönelik yükümlülükleri yerine getirmek için gerekli önlemleri almayı Türk Devleti’ne bırakmıştır.”⁹⁴

Görüldüğü üzere söz konusu kararda, evli çiftlerin kendi soyadlarını kullanabilme ya da aile isminin seçiminde eşit derecede söz sahibi olma hakkını sağlamaya yönelik yükümlülükleri yerine getirmek için gereken önlemlerin alınması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Kararın hiçbir yerinde, Medeni Kanunun 187. veya önceki Medeni Kanunun 153. maddesindeki düzenlemenin eşitlik ilkesine uygun olduğu belirtilmiş değildir.

⁹⁴ Ayrıca bkz. STURM s. 67 vd.

Ne yazık ki, Tekeli – Türkiye kararının Türk Anayasa Mahkemesi üzerinde doğuramadığı etkinin, İsviçre hukukunda gerçekleştiği görülmektedir. Bu karardan sonra İsviçre hukukunda, soyadına ilişkin hükümlerin değiştirilmesinin gerektiği, daha şiddetli biçimde ifade edilmeye başlanmış⁹⁵ ve nihayet 30 Eylül 2011 tarihinde önemli değişiklikler yapılmıştır.

2. İsviçre, Alman ve Avusturya Hukuklarında

İsviçre hukukunda 31.12.2012 tarihine kadar yürürlükte kalacak olan İsviçre Medeni Kanununun 160. maddesine göre, ailenin aynı soyadını taşımasının zorunludur. Evlilik sonrasında eşlerin farklı soyadlarına kullanmaları, bu hukuk sisteminde, Türkiye’de de olduğu gibi mümkün değildir⁹⁶.

İsviçre Medeni Kanununun 160. maddesinde, kocanın soyadı aile soyadı olarak kabul edilmiştir. Böylece herhangi bir girişimde bulunulmazsa evli kadın, kocasının soyadını alacaktır⁹⁷. Fakat hükmün ikinci fıkrasına göre, aynen TMK.m.187 hükmünde olduğu gibi, kadına evlilik öncesinde⁹⁸ nüfus memurluğuna yapacağı başvuruyla, kocasının soyadının önünde kendi soyadını da ekletme yetkisi verilmiştir⁹⁹.

Fakat İsviçre hukukunda, adın haklı sebeple değiştirilmesine ilişkin Medeni Kanunun 30. maddesine eklenen ikinci fıkrayla, eşlere farklı bir alter-

⁹⁵ Bkz. HEGNAUER (NZZ Nr.85 14.04.2009), s. 11.

⁹⁶ HÜRLIMANN-KAUP / SCHMID s. 183; HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 106, no. 27 vd; TUOR / SCHNEIDER / SCHMID / RUMO-JUNGO s. 317, no. 6; BRAEM Art. 160, no. 9; THURNHEER no. 55; HAEFLINGER s. 116 vd; HAUSHEER / GEISER / AEBI-MÜLLER s. 62, no. 07.04; HOFER, (Einleitungsartikel und Personenrecht), s. 199, no:12.05; HEGNAUER / BREITSCHMID s. 130, no:13.07; BÜHLER (BSK ZGB I), Art. 160, s. 957, no. 1.

⁹⁷ BRAEM Art. 160, no. 11; FASSBIND / SPRING s. 265.

⁹⁸ Türk Medeni Kanununda, kadının evlilik öncesindeki soyadını, kocasının soyadı önünde kullanmak için yapacağı başvurunun evlilik öncesinde olması zorunlu değilken, İsviçre hukukunda, böyle bir zorunluluk getirilmiştir. Evlendikten sonra kadın, kendi soyadını, kocasının soyadı önünde alamayacaktır. Bkz. HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 99, no. 13a.

Fakat İsviçre hukukunda, bu değişiklik talebi kabul edilmiş olmasına rağmen evlilik gerçekleşmezse, anılan değişiklik konusuz kalacak ve gerçekleşmeyecektir. BRAEM Art. 160, no. 17; HAEFLINGER s. 160.

⁹⁹ BRAEM Art. 160, no. 33; FRANKHAUSER, (KurzKomm ZGB) Art. 160, no:3 vd; HEGNAUER / BREITSCHMID s. 131, no:13.14.

natif sunulmuştur¹⁰⁰. Buna göre, evlilik öncesinde¹⁰¹ nişanlıların birlikte başvurusu üzerine¹⁰², talepleri gereği kadının soyadının aile soyadı olarak kullanılmasına izin verilebilir. Bunun için talebin dikkate değer sebeplere (achtenswerte Gründe) dayandırılması istenmiştir¹⁰³. Doktrinde bu hükmün, söz konusu durumu bir yandan serbest bir seçim hakkı haline getirmediği, diğer taraftan da haklı sebep seviyesi çıkmasa bile önemli sebeplerle bu değişikliğe izin verilebileceği ifade edilmiştir¹⁰⁴. Fakat uygulamada, bu hükmün serbest bir seçim hakkı olarak işlediği ve herhangi bir başvurunun reddedilmediği de ifade edilmiştir¹⁰⁵.

İsviçre Medeni Kanununda yapılan bu değişiklikten sonra, 30. maddenin ikinci fıkrasına göre, kadının soyadının aile soyadı olarak seçilmesi halinde kocanın, bekarlık soyadını, aile soyadın önüne almasının mümkün olmadığı yönündeki Federal Mahkeme kararı¹⁰⁶ nedeniyle İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, İsviçre'yi mahkûm etmiştir¹⁰⁷. Bu karardan çok kısa bir süre

¹⁰⁰ Bkz. HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 105, no. 27 vd; BRAEM Art. 160, no. 12 vd; HAEFLINGER s. 116 vd; SUTTER-SOMM / KOBEL, s. 32, no. 113 vd; HAUSHEER / GEISER / AEBI-MÜLLER s. 62, no. 07.07; DÖRR (KurzKomm ZGB) Art. 30, no:6; van der MEER / PERREN s. 86; HEGNAUER / BREITSCHMID s. 132, no:13.19.

¹⁰¹ HÜRLIMANN-KAUP / SCHMID s. 184 ve özellikle s. 189; BRAEM Art. 160, no. 14; HAEFLINGER s. 149; HEGNAUER / BREITSCHMID s. 133, no:13.23. BGer 5A_42/2008 (E.4.6). Bu kararda soyadının değiştirilmesi talebinin evlilik sonrasında ileri sürülmesi halinde, ancak haklı sebepler varsa bunun gerçekleştirilebileceği kabul edilmiş, sadece eşlerin talebinin, bu sonuç için yeterli olmadığı belirtilmiştir. Bkz. AEBI-MÜLLER (Aktuelle Anwaltspraxis 2009), s. 54.

¹⁰² Başvurunun birlikte yapılması gerekir. Sadece kadının başvurusu yeterli değildir. HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 107, no. 28; BRAEM Art. 160, no. 13; TUOR / SCHNEIDER / SCHMID / RUMO-JUNGO s. 317, no. 6; HAEFLINGER s. 149. BGE 127 III 193.

¹⁰³ Bu kavramın Tasarı halindeki tartışmaları ve geçirdiği evreler için bkz. HAEFLINGER s. 135.

¹⁰⁴ Karş. HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 109, no. 31; HAUSHEER / GEISER / AEBI-MÜLLER s. 62, no. 07.07; TUOR / SCHNEIDER / SCHMID / RUMO-JUNGO s. 317, no. 6; BRAEM Art. 160, no. 14; THURNHEER no. 57; HÜRLIMANN-KAUP / SCHMID s. 190; HEGNAUER / BREITSCHMID s. 132, no:13.19; SUTTER-SOMM / KOBEL, s. 32, no. 113; van der MEER / PERREN s. 86; HAEFLINGER s. 138; BÜHLER (BSK ZGB I), Art. 30, s. 349, no. 18. Mesela, ailece soyadlarıyla anılan şirketi yöneten kadının, evlendikten sonra doğacak çocuklarının da bu soyadını taşımasının yararlı olacağı gerekçesiyle, kadının soyadının kullanılmasına izin verilebileceği belirtilmiştir. Bkz. HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 110, no. 32.

¹⁰⁵ Bkz. bir önceki dipnotta belirtilen yazarlar.

¹⁰⁶ BGE 115 II 199.

¹⁰⁷ 22.02.1994 tarihli Burghartz – İsviçre kararı. Bu süreç hakkında bkz. HAEFLINGER s. 164 vd; STURM s. 39.

sonra, 25.05.1994 tarihli Kanunla, Medeni Hal Yönetmeliğinin 12. maddesinin birinci fıkrasına, Medeni Kanunun 30/II hükmüne göre, kadının soyadının aile soyadı olarak kullanılmasına izin verilmesi halinde, erkek nişanlının, nüfus memurluğuna, kendi soyadını, aile soyadı olan kadın nişanlının önünde kullanmak istediğini belirtmesinin mümkün olduğu yönünde bir hüküm eklenmiştir¹⁰⁸.

Görüldüğü üzere İsviçre Hukukunda, evlenme üzerine aile soyadı olarak kadının soyadının kullanılması, eşlerin bunu kabul etmelerine bağlıdır. İsviçre hukukunda, hükmün bu haliyle eşler arası eşitliği sağlamaktan uzak olduğu ifade edilmiştir¹⁰⁹. Bu nedenle, anılan hükmün yeniden düzenlenmesi için çeşitli tasarıları hazırlanmış¹¹⁰ ve son olarak 30.09.2011 tarihinde soyadı konusunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girecektir.

01.01.2013 tarihinden sonra: Yeniden düzenlenen İMK.m.160/I hükmüne göre, evlilik sırasında her eş mevcut soyadını kullanabilir. Böylece, ailenin zorunlu olarak ortak bir soyadına sahip olması biçimindeki esas tamamen terk edilmiştir¹¹¹.

Hükmün ikinci fıkrasında, ortak soyadı belirleme imkânı da sağlanmıştır. Buna göre nişanlılar, evlenme öncesinde nüfus memurluğuna başvurarak, evlenmeden sonra, erkek veya kadın nişanlının bekârlık soyadını¹¹², ortak aile soyadı olarak kullanmak istediklerini açıklayabilirler¹¹³. Buna göre yeni sistemde evlenecek olanların, en geç evlenme gerçekleşene kadar, hangi nişan-

¹⁰⁸Bkz. BÜCHLER (FamKomm), Art. 119, no. 2; HEGNAUER / BREITSCHMID s. 134, no:13.28; HÜRLIMANN-KAUP / SCHMID s. 184; STURM s. 40.

¹⁰⁹HÜRLIMANN-KAUP / SCHMID s. 185; TUOR / SCHNEIDER / SCHMID / RUMO-JUNGO s. 318, no. 8; HEGNAUER Art. 270, s. 29, no. 113 vd; HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 105, no. 27; BRAEM Art. 160, no. 5; FASSBIND / SPRING s. 265; RUMO-JUNGO s. 167 vd; HEGNAUER (NZZ Nr.85 14.04.2009), s. 11; HEGNAUER (NZZ Nr.217 19.09.2007), s. 20; SUTTER-SOMM / KOBEL, s. 31, no. 111; HOFER (Eingleitungartikel und Personenrecht), s. 199, no:12.05.

¹¹⁰Bu konuda bkz. FASSBIND / SPRING s. 267; FASSBIND s. 1021; RUMO-JUNGO s. 173; HEGNAUER (NZZ Nr.85 14.04.2009), s. 11; BÜCHLER (FamKomm), Art. 119, no. 13 vd; STURM s. 37 vd.

¹¹¹AEBI-MÜLLER (HandKoom), Art. 30-30a, no. 5 ve no. 6; ZEITER (HandKoom), Art. 160, no. 2.

¹¹²Bekârlık soyadının, nişanların evlilik anında kullandıkları soyadını ifade ettiği yönünde: ZEITER (HandKoom), Art. 160, no. 3. Fakat değişiklik gerekçesinde, eski evlilikten gelen soyadının bu kapsama girmedği açıkça belirtilmiş olduğundan, yazarın görüşüne katılmaya imkân görmemekteyim.

¹¹³ZEITER (HandKoom), Art. 160, no. 2.

lının soyadının ailenin ortak soyadı olacağını belirlememiş olmaları halinde, eşler evlenmeden sonra eski soyadlarını kullanmaya devam edeceklerdir. Fakat bu durumda da, ZGB 30 hükmüne göre dikkate değer sebeplerle eşlerin soyadının değiştirilmesi, mesela aynı soyadını kullanmaya izin verilmesi istenebilir¹¹⁴.

Alman hukukunda, ortak bir aile soyadının bulunması zorunluluğu yoktur¹¹⁵. Bu nedenle eşler farklı soyadlarını da kullanabilirler¹¹⁶.

Alman Medeni Kanununun 1355. maddesine göre, evlenecek olanlar, ortak bir aile soyadı belirlememişler; eşlerin her biri, evlilikten sonra da bekârlık (evlenme anında sahip oldukları) soyadlarını kullanmaya devam ederler.

Aile soyadı olarak, kadın veya erkeğin, doğum soyadı veya başvuru tarihindeki soyadının seçilmesi mümkündür¹¹⁷. Aile soyadının seçiminin, evlenmeden sonra gerçekleştirilmesi de mümkündür¹¹⁸.

Fakat hüküm bununla da sınırlı kalmamaktadır. Eğer eşler ortak bir aile soyadı belirlemişlerse, eşinin soyadını alan eş, nüfus müdürlüğüne yapacağı başvuruyla, doğum anındaki soyadının veya aile soyadını seçtikleri tarihte kullandığı soyadının, aile soyadının önüne veya arkasına eklenmesini talep edebilir. Ancak aile soyadı birden fazla isimden oluşuyorsa bu talep dikkate alınmaz¹¹⁹. Bu talebin evlilik sonrasında da herhangi bir süreye bağlı olmaksızın ileri sürülmesi mümkündür¹²⁰.

Avusturya Hukukunda¹²¹, Avusturya Medeni Kanununun 93. maddesine göre, nişanlılar evlenme öncesinde veya evlenme sırasında, hangi nişan-

¹¹⁴ ZEITER (HandKoom), Art. 160, no. 8.

¹¹⁵ WEINREICH (PWW BGB Komm.), § 1355, no. 2; HAHN (BeckOK BGB) § 1355, no. 2; v. SACHSEN GESSAPHE (Münchener Kommentar zum BGB 5. Aufl.), § 1355, no. 2.

¹¹⁶ Eşlerin soyadı konusunda Alman hukukunda yaşanan gelişim süreci hakkında bkz. v. SACHSEN GESSAPHE (Münchener Kommentar zum BGB 5. Aufl.), § 1355, no. 1; HAHN (BeckOK BGB) § 1355, no. 1.

¹¹⁷ HAHN (BeckOK BGB) § 1355, no. 7; v. SACHSEN GESSAPHE (Münchener Kommentar zum BGB 5. Aufl.), § 1355, no. 13.

¹¹⁸ HAHN (BeckOK BGB) § 1355, no. 4 ve no. 5; v. SACHSEN GESSAPHE (Münchener Kommentar zum BGB 5. Aufl.), § 1355, no. 19.

¹¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. WEINREICH (PWW BGB Komm.), § 1355, no. 1 vd; HAHN (BeckOK BGB) § 1355, no. 10 vd; v. SACHSEN GESSAPHE (Münchener Kommentar zum BGB 5. Aufl.), § 1355, no. 25 vd.

¹²⁰ HAHN (BeckOK BGB) § 1355, no. 14.

¹²¹ Avusturya hukukunda soyadı meselesi, 01.05.1995 tarihinde yürürlüğe giren İsim Değişikliği Kanunuyla mevcut halini almıştır. Bkz. BECK (Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht), § 93, no. 1.

lının soyadını aile soyadı olarak seçtiklerini bildirebilirler. Böylece erkeğin veya kadının soyadının ailenin ortak soyadı olarak belirlenmesi imkânı tanınmıştır¹²². Aynı şekilde, aile soyadı olarak kendi soyadı seçilmemiş olan nişanlıya, evlenme öncesinde veya evlenme sırasında, kendi soyadını, aile soyadının önüne veya arkasına eklemeyi talep hakkı da verilmiştir.

Nişanlılar böyle bir seçim yapmazlarsa, erkek nişanlının soyadı ailenin ortak soyadı olur. Görüldüğü üzere Avusturya hukukunda, Alman ve İsviçre hukuklarından farklı olarak nişanlıların herhangi bir girişimde bulunmamaları halinde, eşler kocanın soyadını alacaktır¹²³. Fakat bu kesin bir durum değildir. Zira anılan hükmün üçüncü fıkrasına göre, seçim yapılmadığı için erkek nişanlının soyadı aile soyadı olarak kullanılacaksa, kadın nişanlı, evlenme öncesinde veya en geç evlenme sırasında bildirimde bulunarak, kendi soyadını devam ettirebilir¹²⁴. Bu ihtimalde ise, eşlerin farklı soyadları bulunacaktır. Fakat bu durumda nişanlılara, 139. maddenin ikinci fıkrası gereğince, çocuklar için ortak soyadı seçme görevi yüklenmiştir. Aksi halde çocuklar, babanın soyadını alır¹²⁵.

Avusturya hukukunda, eşlerin aile soyadıyla ilgili olarak yapacakları bütün tercihlerin, en geç evlenme gerçekleşene kadar yapılmış olması gerekir¹²⁶.

E. Evlatlık ilişkisinin kaldırılmasıyla

Ergin olmayan kişinin evlat edinilmesi halinde kanun gereği veya ergin kişinin evlat edinilmesi halinde evlatlığın talebi üzerine değişmiş bulunan evlatlığın soyadı, evlatlık ilişkisinin kaldırılması üzerine değişir ve evlatlık eski soyadına döner¹²⁷.

Bu sonucun kabulü, evlatlığın yaşından ve medeni durumundan bağımsızdır.

¹²²KOCH (Kurzkomm. zum ABGB), §93, no. 1; BECK (Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht), § 93, no. 8.

¹²³Bildirimde bulunulmaması halinde erkeğin soyadının seçilmiş sayılmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu görüşünde: KOCH (Kurzkomm. zum ABGB), §93, no. 1; BECK (Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht), § 93, no. 1.

¹²⁴BECK (Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht), § 93, no. 7.

¹²⁵BECK (Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht), § 93, no. 2.

¹²⁶KOCH (Kurzkomm. zum ABGB), §93, no. 4; BECK (Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht), § 93, no. 9.

¹²⁷MÜLLER s. 3; AYDOĞDU s. 807. Karş. MAURER (Münchener Kommentar zum BGB 6. Aufl.), § 1765 no. 5; SEROZAN (Medeni Hukuk), s. 429.

F. Soybağının, çocuğun doğumundan sonra reddedilmesiyle

Soybağının, çocuğun doğumundan önce reddedilmesi halinde çocuk, doğumla annesinin soyadını alır. Fakat soybağının reddi, çocuğun doğumundan sonra gerçekleşirse, çocuğun doğumla kazandığı baba soyadı değişir ve çocuk annesinin soyadını alır¹²⁸. Çocuk ergin olsa bile bu sonuç gerçekleşir.

Yukarıda belirtildiği üzere¹²⁹, İsviçre hukukunda ileri sürülen hâkim görüşe göre soybağının reddi halinde çocuk, çocuğun doğduğu tarihte annenin soyadı neyse onu alır. Bunun sonucu da, çocuğun soybağını reddeden kocanın soyadını taşımaya devam etmesidir. Ancak Türk hukukunda, 2006/11081 sayılı “Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik”in 104. maddesinde, soybağının reddi halinde çocuğun, annenin mevcut soyadını değil, bekârlık soyadını alacağı açıkça belirtilmiştir.

G. Tanımanın iptaline karar verilmesiyle

Nüfus Hizmetleri Kanunu ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararının doğurduğu sonuç gereğince, tanıma üzerine onu tanıyanın soyadını alan çocuk, tanımanın iptaline karar verilmesi halinde, eski soyadına döner¹³⁰.

Bu sonucun kabulünde çocuğun yaşının ve medeni halinin önemi yoktur. Reşit ve hatta evli olsa bile soyadı bu halde değişir¹³¹.

H. Kadın için boşanmayla

1. Türk Hukukunda

Kural: Medeni Kanunun 173. maddesine göre boşanma üzerine kadın, evlilik öncesindeki soyadını alır. Bekârlık soyadı, evlenmeden önce kullanılan soyadı anlamına gelir. Bu nedenle kadın evlenmeden önce, mesela eski evliliğinin ölümle veya boşanmayla sona ermesine rağmen TMK.m.187 gereğince sadece kocasının soyadını veya kocasının soyadının önüne kendi bekârlık soyadını da eklemiş olarak kullanmaya devam ediyor idiyse, işte bu soyadına dönecektir¹³².

¹²⁸HEGNAUER Art. 256, no. 112 ve Art. 270, no. 37; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 114, no:16.09; HAEFLINGER s. 235

¹²⁹Bkz. yuk.I, B, 1, a, bb.

¹³⁰Karş. HEGNAUER Art. 250a, no. 127 vd.; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 113, no:16.08.

Ayrıca bkz. 2006/11081 sayılı “Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik” madde 110 / II, b.

¹³¹HAEFLINGER s. 233. Fakat bu durumun, eski soyadına dönmek için bir haklı sebep oluşturabileceği görüşünde: HAEFLINGER s. 233.

¹³²Karş. BÜCHLER (FamKomm), Art. 119, no. 6; HEGNAUER / BREITSCHMID s. 136, no:13.42; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ s. 134.

Fakat kadın evlenmeden önce dul olduğu için, sadece eski kocasının soyadını veya kocasının soyadının önüne kendi bekârlık soyadını da eklemiş olarak kullanıyor idiyse, bekârlık soyadını taşımasına izin verilmesini hâkimden talep edebilir. Görüşlerini paylaşmadığım bazı yazarlara göre¹³³, kadın eski evliliğinden sonra bekârlık soyadına dönmüş ve yeniden evlenmiş bile olsa, bu ikinci evlilik de boşanmayla sonuçlanınca, kadın ilk evlilikteki soyadının verilmesini isteyebilir.

İstisna: Kadının, evlilik soyadını kullanmakta menfaati varsa ve bunu kullanmaya devam etmesinin kocaya zarar vermeyeceği ispatlanırsa, talebi üzerine mevcut soyadını¹³⁴ kullanmasına mahkemece izin verilebilir¹³⁵. Bu ihtimalde boşanma kararına rağmen kadın, eski kocasının soyadını taşımaya devam edecektir.

Kanaatimce yapılacak olan bir Kanun değişikliğinde, evlenme üzerine soyadı değişmiş olan eşin, mevcut soyadını kullanmaya devam etmesi, sadece onun talebine bağlanmalı, diğer eşin buna bir müdahalesi veya mahkemenin bir haklı sebep araştırmasına girmesi koşulu kaldırılmalıdır¹³⁶.

Bu hükümle ilgili olarak iki hususun incelenmesi gerekir.

1. Bu izin boşanma kararıyla birlikte istenmek zorunda mıdır?

Yargıtay'a göre, eski eşin soyadının kullanılmasına izin verilmesine ilişkin dava, evliliğin boşanmayla sona ermesinden doğan bir talep olup, Medeni Kanunun 178. maddesi gereğince, boşanma davasının kesinleşmesinden itibaren en geç bir yıl içinde ileri sürülmesi gerekir¹³⁷. Anayasa Mahkemesinin bir kararında da¹³⁸, aynı sonuca varılmıştır.

Bunun sonucu olarak, bu süre, zamanaşımı süresi olarak algılamakta ve davalı eski kocanın süresi içinde zamanaşımı savunmasında bulunmaması halinde, bu süre geçtikten sonra da talebin ileri sürülebileceğine hükmedil-

¹³³ HEGNAUER / BREITSCHMID s. 136, no:13.42. Aksi kanaatte: HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, no. 43.

¹³⁴ Mevcut soyadı, sadece kocanın soyadı olabileceği gibi, kadının evlilik öncesindeki soyadını eklediği birleşik soyadı da olabilir. ÖZTAN s. 461.

¹³⁵ Bunun koşullara hakkında bkz. ÖZTAN s. 460; AKINTÜRK s. 290.

¹³⁶ Benzer bir görüş için bkz. OKTAY-ÖZDEMİR s. 298.

¹³⁷ ÖZTAN'a (s. 164) göre, Kanunda bu talep için herhangi bir süre belirtilmediğinden, bu talebin boşanma davası sırasında ileri sürülmesi uygun olur.

¹³⁸ Anayasa Mahkemesi kararı: 01.03.2012, 2011/51 E, 2012/32 K. (RG. 21.07.2012, S. 28360).

mektedir¹³⁹. Kanaatimce kadının soyadının değiştirilmesi talebi, kamusal bir işlem niteliği taşır. Soyadının değişmezliği ilkesinin, davalının tutumuna bağlanması yerinde değildir. Bu nedenle yapılacak olan kanun değişikliğinde, ya bu talebin bağlı olacağı sürenin hak düşürücü süre olarak düzenlenmesi ya da bu talebin en geç boşanma kararı kesinleşene kadar ileri sürülmesinin kabulu uygun olur.

2. Bu karar verildikten sonra, eski soyadına dönüş mümkün müdür?

Medeni Kanunun 173/III hükmüne göre: “*Koca, koşulların değişmesi hâlinde bu iznin kaldırılmasını isteyebilir.*” Kanaatimce boşanmış kadının kişilik haklarına aykırı bir nitelik taşıyan bu hükümde, boşanma üzerine kadının evlilik soyadını kullanmaya devam etmesi halinde, koşulların değiştiği gerekçesiyle eski kocanın, eski karısının soyadının değiştirilmesini istemesi söz konusu olmaktadır.

Bu hüküm, aile soyadının, kocanın soyadı olarak kabul edilmesinin bir yansımasıdır. Fakat kocanın soyadı, evlilikten sonra ailenin soyadı haline gelir. Haklı sebepler varsa Kanun, boşanan kadına, mevcut soyadını koruma hakkı verilmiştir. Meseleye boşanmış kadının, eski kocasının soyadını kullanması gözüyle bakmak hatalı olur. Çünkü 173/II hükmünde düzenlenen durum, kadının mevcut soyadını kullanmaya devam etmesidir. Bunun eski kocasını ilgilendiren bir yönü yoktur. Bu nedenle kocaya, eski karısının soyadının değiştirilmesini isteme hakkı veren bu düzenleme, kadının kişilik haklarının ihlali ne yol açan haksız bir düzenlemedir.

Ayrıca koşulların değişmesi ne anlama gelir? Hangi koşullar değiştiğinde, eski koca yıllar sonra, eski karısının soyadının kullanılmasına itiraz edecektir?¹⁴⁰ Hükmün temelinde yatan temel bakış açısı, mesela kadının sonradan ahlak kurallarına aykırı bir yaşantı sürmesi halinde, kadının soyadını kullanmasının, eski kocasının kişilik haklarını ihlal edeceği, onu rencide ede-

¹³⁹Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin, 10.05.2004, 5317/5992 sayılı kararından: “*Davacı kocasının soyadının kullanmasına karar verilmesini istemiştir. Taraflar 31.3.1997’de boşanmış, dava ise 7.11.2003’te açılmıştır. Medeni Kanununun 178. maddesi, evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakkının boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmesi ile zamanaşımına uğrayacağını hükme bağlamıştır. Zamanaşımı definin davaya cevap süresi içerisinde ileri sürülmesi halinde incelenmesi imkân dâhilindedir. (HUMK.m.189,195) Davalı cevap dilekçesinde zamanaşımı defî’ni ileri sürmemiştir. Gerçekleşen bu durum karşısında işin esasının incelenmesi gerekirken hak düşürücü süre olarak al- gılanıp, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.*”

¹⁴⁰Mesela boşanmış ve evlilik soyadını sürdüren bir kadının, yeniden evlenmesi ve mevcut soyadını, yeni evlilik soyadının önüne eklemesi halinde, bunun bir haklı sebep olup olmayacağı doktrinde tartışılmaktadır. Bkz. ÖZTAN s. 161; ABİK s. 92.

ceğidir¹⁴¹. Fakat mesela aynı fiiller, kocanın kız kardeşi tarafından gerçekleştirilseydi, kız kardeşin soyadının değiştirilmesi de talep edilebilecek miydi? Elbette ki, hayır. Peki neden o zaman aynı yetki, eski kocaya eski karısının soyadı için verilmiştir?

Kanaatimce bu hüküm, soyadıyla ilgili değişiklikler sırasında Kanundan tamamen çıkarılmalıdır. Mevcut durumda da, kocanın bu yetkisini kullanmasının, kadının kişilik haklarına aykırı olduğu gerçeği karşısında, aşırı derecede sınırlı hallerde uygulanması önerilebilir¹⁴².

Meselenin diğer yönü de, boşanmadan sonra mevcut soyadını kullanmaya devam eden kadının, sonradan bekârlık soyadına dönmeyi talep edip edemeyeceğidir. Kanaatimce kadına, evlilik soyadını devam ettirme hakkı verildikten sonra bekârlık soyadına dönüş, ancak kadının haklı sebeplerle (TMK.m.27) mahkeme kararıyla mümkün olabilir. Bu da, kadının kişilik hakkının bir parçası olan soyadının değiştirilmesine ilişkin normal bir dava olacaktır. Bu nedenle bu davanın aile mahkemesinde değil, asliye hukuk mahkemesinde incelenmesi gerekir¹⁴³.

Fakat uygulamada, 173/III gereğince, kadının eski soyadına geçişinin, ancak kocasının izniyle mümkün olabileceği algısının oluştuğu anlaşılmaktadır. Mesela bir davada yerel mahkeme, bu nedenle anılan hükmün Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Anayasa

¹⁴¹ Karş. ÖZTAN s. 460.

¹⁴² Karş. ÖZTAN s. 161.

¹⁴³ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 05.10.2009, E. 2008/11096, K. 2009/16625 sayılı kararının muhalefet şerhinden: “Boşanma halinde kadının, evlenmeden önceki soyadını yeniden alması, koşulların gerçekleşmesi halinde, kadının istemi üzerine hâkimin, boşanmadan sonra kocanın soyadını taşımasına izin vermesi, koşulların değişmesi halinde de, kocanın bu iznin kaldırılmasını istemesi, TMK'nun 173. maddesinde düzenlenmiş bulunan, aile mahkemesinin görevi içindeki hususlardandır. Kadının, kocasının soyadını taşımasına izin istemi, evlilik birliği sırasındaki edinimlerinden kaynaklandığından bu madde içersinde yer almıştır. Oysa, boşanmadan sonraki istekler, evlilik birliği ile bir ilişkisi kalmadığından, kadının kişisel yaşamını ilgilendirmektedir. Yasa koyucu da bu durumu değerlendirerek, koşulların değişmesi halinde, kocanın, izni kaldırılabilirliğini hüküm altına almış, kadına bu madde uyarınca bu konuda bir dava hakkı tanımamıştır. Ancak kadının genel hükümler uyarınca, bu soyadını kullanmasında yarar kalmadığını belirterek, nüfus kaydındaki soyadının düzeltilmesi yolunda, genel mahkemelerde dava açmasında bir engel bulunmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında, davaya bakmak asliye hukuk mahkemesinin görevi içerisinde bulunduğundan, görevsizlik kararı verilmesi gerekirken...”

Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 03.11.2008 tarih ve 10519/11485 sayılı kararında, kadının açtığı eski soyadına dönme davasının asliye hukuk mahkemesinde görüleceği örtülü olarak kabul edilmiştir.

Mahkemesi 01 Mart 2012 tarihli kararında¹⁴⁴ şu sonuca ulaşılmıştır:

“İtiraz konusu kuralla ilgili aykırılık savında, boşanan kadına soyadı kullanımına dair verilen iznin kaldırılmasını sadece kocanın talep edebileceği belirtilmişse de anılan düzenlemenin amacının boşanan kadının dava hakkını engellemek değil koşulların değişmesi halinde bu durumdan doğrudan etkilenecek olan kocaya imkân tanınması için öngörülmüş olduğu açıktır. Ayrıca soyadının vazgeçilemez, devredilemez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı oluşu, anılan fıkra da kadınların dava açmalarını engelleyici bir kısıtlama bulunmaması ve bu davayı da sadece kocanın açabileceğine dair emredici bir hüküm bulunmaması karşısında kocasının soyadını kullanmaya izin alan kadının, koşulların değişmesi, menfaatinin kalmaması veya haklı nedenlerin varlığı halinde verilen bu iznin kaldırılmasını Türk Medenî Kanunu’nun 173. maddesi uyarınca isteyebileceği de ortadadır. Nitekim Yargıtay içtihatlarında da boşanan kadının, soyadı kullanımına dair verilen iznin kaldırılmasını isteyebileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla boşanan kadının, “boşandığı kocasının soyadını taşımaya izin” kararının kaldırılmasını isteyebilecek olması dikkate alındığında itiraz konusu kuralın Anayasadaki eşitlik ilkesine ve hak arama hürriyetine aykırı bir yönünün bulunmadığı açıktır.”¹⁴⁵

2. İsviçre, Alman ve Avusturya Hukuklarında

31.12.2012 tarihine kadar yürürlükte kalacak olan İsviçre Medeni Kanununun 119. maddesinde, boşanmanın, eşlerin soyadları üzerinde hiçbir etki

¹⁴⁴ 2011/51 E, 2012/32 K. (RG. 21.07.2012, S. 28360).

¹⁴⁵ Boşanmış kadının evlilik soyadını kullanmaya izin aldıktan sonra eski soyadına geçişinin, sadece kocasının izniyle mümkün olabileceği algısının, bu Anayasa Mahkemesinin kararından sonra da ortadan kalkmadığı şu gazete haberlerinden anlaşılmaktadır:

Milliyet gazetesindeki habere göre: “Eski koca izin vermeden kadının soyadı değişmez! Anayasa Mahkemesi, boşanmasına rağmen, evlenirken aldığı kocasına ait soyadını kullanmaya devam eden kadınların, ilerleyen yıllarda evlilik öncesindeki soyadına dönebilmesini eski kocanın insafına bıraktı. Yüksek Mahkeme, Medeni Kanun’da yer alan ve sadece kocanın soyadı kullanımını sonlandırabileceğini düzenleyen iptali istemini reddetti. Mahkemenin gerekçeli kararında, kadınların da soyadını kullanmaktan vazgeçebileceği düzenlenmezse, boşanırken kocasının soyadını kullanmaya devam etmek isteyen kadınlar, bu kararlarından vazgeçse bile soyadından kurtulamayacak.” Bkz. <http://gundem.milliyet.com.tr/eski-kocazin-vermeden-kadının-soyadi-degismez-/gundem/gundemdetay/09.03.2012/1513012/default.htm> (erişim 12.08.2012).

Sabah gazetesindeki habere göre: “Eski eşinin soyadı izne tabi. Boşanmasına rağmen, evlenirken aldığı kocasına ait soyadını kullanmaya devam eden kadınların, ilerleyen yıllarda evlilik öncesindeki soyadına dönebilmesinin eski kocanın iznine bırakan Anayasa Mahkemesi, amacın koşulların değişmesi halinde bu durumdan doğrudan etkilenecek olan kocaya imkân tanımak olduğuna dikkat çekti.” Bkz. <http://www.sabah.com.tr/Gundem/2012/07/21/eski-esinin-soyadi-izne-tabi#> (erişim 12.08.2012).

yapmayacağı düzenlenmiştir (İMK.m.119/I). Buna göre, evlenmeyle soyadı değişen eş (kadın veya koca), bu soyadını boşanmadan sonra da korur. Fakat evlenmeyle soyadı değişen eşe, boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde, nüfus memurluğuna yapacağı başvuruyla, bekârlık soyadını veya evlenmeden önceki soyadı kullanmak istediğini bildirme yetkisi verilmiştir¹⁴⁶.

Fakat İsviçre Medeni Kanunun soyadına ilişkin olarak, 30.09.2011 tarihinde gerçekleştirilip, 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girecek yeni 119. maddede hükmünde bu esaslar kısmen değiştirilmiştir. Buna göre boşanma üzerine, evlenmeyle soyadı değişen eşin bu soyadını boşanmadan sonra da koruyacağı esası aynen korunmakla birlikte, bu eşin nüfus memurluğuna yapacağı başvuru için geçerli olan 1 yıllık süre kaldırılmıştır¹⁴⁷. Böylece boşanmadan sonra, her zaman nüfus memurluğuna başvuru mümkün olabilecektir. Fakat bu hükümle bir de sınırlama yapılmıştır. Buna göre, boşanmadan sonra, evlenmeden önceki (evlenme sırasındaki) soyadının kullanılmak istenmesi mümkün olmayacak, sadece bekârlık soyadının kullanılması mümkün olacaktır¹⁴⁸. Mesela boşanma veya eşinin ölümü nedeniyle sona eren ilk evliliğindeki soyadını taşıyan kadın yeniden evlenir ve bu ikinci evliliği de boşanmayla sona ererse, ZGB 119 gereğince yapacağı başvuru sonucunda, ancak doğum sırasındaki ilk soyadını alabilecektir. Eski evliliğindeki soyadını alması artık mümkün değildir.

Alman hukukundaki düzenleme de buna paraleldir. Alman Medeni Kanununun 1355. maddesinin 5. maddesine göre, boşanma sonucu eşlerin soya-

¹⁴⁶ HEGNAUER / BREITSCHMID s. 135, no:13.38; HÜRLIMANN-KAUP / SCHMID s. 187; HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 113, no. 39 ve s. 115, no. 44; TUOR / SCHNEIDER / SCHMID / RUMO-JUNGO s. 233, no. 3; BRAEM Art. 160, no. 44; MONTAVON s. 380; THURNHEER no. 62; BÜCHLER (FamKomm), Art. 119, no. 1 ve no. 8; SUTTER-SOMM / KOBEL, s. 111, no. 482; HAUSHEER / GEISER / AEBI-MÜLLER s. 63, no. 07.14; CANTIENI / VETTERLI (KurzKomm ZGB) Art. 119, no:2; HOFER (Einleitungsartikel und Personenrecht), s. 199, no:12.07; STECK (BSK ZGB I), Art. 119, s. 797, no. 1.

İsviçre hukukunda HEGNAUER / BREITSCHMID'e göre (s. 135, no:13.39), Kanunun ifade tarzının sadece boşanmaya ilişkin olmasına rağmen, ölüm halinde de menfaatler dengesinin aynı olması gerekçesiyle, sağ kalan eşe, bekârlık soyadına geçebilme hakkının kıyas yoluyla tanınması uygun olur.

¹⁴⁷ BREITSCHMID (HandKoom), Art. 119, no. 1; ZEITER (HandKoom), Art. 160, no. 9.

¹⁴⁸ Söz konusu değişikliklerin henüz yürürlüğe girmediği bir tarihte İsviçre Federal Mahkemesi, söz konusu değişiklikleri de esas alarak, bir yıllık süresin geçtiği bir olayda, soyadı değişikliği talebini, bir haklı sebep aramaksızın uygun görmüştür. 12.12.2011 tarihli BGER 5A_695/2012. Karar için bkz. HRUBESCH-MILLAUER / WYSS s. 1020.

¹⁴⁸ BREITSCHMID (HandKoom), Art. 119, no. 5.

dı değişmez¹⁴⁹. Fakat boşanan eşe, nüfus memurluğuna yapacağı başvuruyla, doğum soyadını veya aile soyadını tercih ettiği tarihe kadar kullandığı soyadını yeniden alma ya da bunları, aile soyadının önüne veya arkasına ekleme yetkisi verilmiştir. Bu talebin ileri sürülmesi için herhangi bir süre sınırı bulunmamaktadır¹⁵⁰.

Avusturya hukukunda ki düzenleme ise ana hatlarıyla bu yöndedir (ABGB § 93a). Buna göre evlilik iptal edilmişse, eşler boşanmışsa veya evlilik ölümle sona ermişse, eşlerin soyadlarında herhangi bir değişiklik olmaz. Fakat evlilik nedeniyle soyadında değişiklik olan eş, evliliğin sona ermesinden sonra herhangi bir süreye bağlı olmaksızın¹⁵¹, nüfus memurluğuna başvurarak, evlenmeden önceki soyadını tercih edebilir. Fakat bu talepte bulunan eş, evlenmeden önce, eski evliliğinden aldığı soyadını kullanmakta idiye, ilk evliliğin ölümle sona ermesi durumu hariç¹⁵², bu soyadını ancak ilk evliliğinden altsoylarının bulunması halinde tercih edebilir¹⁵³.

I. Kadın için evliliğin iptaline karar verilmesiyle

Evliliğin iptaline karar verilmesi halinde eşlerin soyadı hakkında Medeni Kanunun 158 / II hükmüne göre boşanmaya ilişkin hükümler uygulanacağından¹⁵⁴ kadın, evlenmeyle aldığı soyadını kendiliğinden kaybeder.

J. Soyadları belli bir kişiye bağlı olarak belirlenmiş olan kişilerin soyadlarının, soyadlarının alındığı kişinin soyadının soybağına ilişkin sebeplerle değişmesiyle

Soyadının soybağına ilişkin sebeplerle değişmesi halinde; soyadı, soyadı değişen kişiye bağlı olarak belirlenen bütün herkesin soyadının da kendiliğinden değişmesini sağlar¹⁵⁵. Bu durumun ortaya çıkmasında, ilgili kişilerin

¹⁴⁹WEINREICH (PWW BGB Komm.), § 1355, no. 6; HAHN (BeckOK BGB) § 1355, no. 17; v. SACHSEN GESSAPHE (Münchener Kommentar zum BGB 5. Aufl.), § 1355, no. 33.

¹⁵⁰HAHN (BeckOK BGB) § 1355, no. 19; v. SACHSEN GESSAPHE (Münchener Kommentar zum BGB 5. Aufl.), § 1355, no. 38.

¹⁵¹BECK (Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht), § 93a, no. 3.

¹⁵²BECK (Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht), § 93a, no. 3.

¹⁵³KOCH (Kurzkomm. zum ABGB), § 93a, no. 1; BECK (Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht), § 93a, no. 1 ve no. 3; HÖLLWERTH (Kommentar zum Ehegesetz), § 62, no. 1 vd.

¹⁵⁴HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 118, no. 50.

¹⁵⁵HEGNAUER (Kindesrecht), s. 114, no.16.11; MICHEL (Kurzkomm ZGB) Art. 270, no. 6; BÜHLER (BSK ZGB I), Art. 270, s. 1450, no. 14; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ s. 316, dn.2; SEROZAN (Medeni Hukuk), s. 430.

yaşının, medeni durumunun bir önemi yoktur. Mesela aşağıdaki bir durumda soyadı değişen kişi evli ve çocuk sahibi bir erkekse, onun soyadının değişmesi, eşinin ve çocuklarının da soyadının kendiliğinden değişmesini sağlar¹⁵⁶. Çocukların reşit ve hatta evli olması bile sonucu değiştirmez. İsviçre hukukunda, bu sonucun kişilik haklarına uygun olmadığı ve kanuna eklenecek bir hükümle, soyadı değişikliğinden etkilenecek olan diğer kişilere, bu sonucun etkili olabilmesi için bunu kabul etmeleri veya bu etkiye maruz kalmamak için buna itiraz edebilme yetkisinin verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹⁵⁷.

Bu haller şunlardır:

- Evlilik içinde doğduğu için kocanın soyadını taşıyan çocuğun soybağının reddi üzerine, çocuğun annesinin bekârlık soyadını alması halinde;
- Ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden işlemeye başlayan 300 günlük süreden sonra doğan ve kanun gereğince o tarihe kadar babası sayılan kişi hakkında gaiplik kararı verilen çocuğun soyadının, gaiplik kararı üzerine kendiliğinden annesinin bekârlık soyadıyla değişmesi halinde;
- Ana babası belli olmadığı için resmi makamlarca soyadı verilen çocuğun anasının belirlenmesi üzerine, çocuğa resmi makamlarca verilen soyadının değişmesi halinde;
- Evlilik dışında doğmuş olan çocuğun, babasıyla soybağı henüz kurulmamışken kazandığı anne soyadının, çocuk ile babası arasında tanıma, babalık hükmü veya anneyle evlenme nedeniyle soybağının kurulması üzerine çocuğun soyadının değişmesi halinde¹⁵⁸;

¹⁵⁶ HEGNAUER Art. 270, s. 14, no. 41.

¹⁵⁷ HEGNAUER Art. 270, s. 15, no. 45; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 114, no:16.12. Karş. BRAEM Art. 160, no. 53; HAEFLINGER s. 234.

İsviçre Medeni Kanununa eklenen ve 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girecek olan 270 b maddesinde, çocuk onikinci yaşını doldurmuşsa, onun soyadı, ancak buna rıza vermesiyle değişeceği düzenlenmiştir.

Alman hukukunda, bu tip hallerde, soyadı değişikliğinden etkilenecek olan kişilerin rızası aranmaktadır. Bkz. BGB § 1617b, § 1617c, § 1757/III. Benzer hükümler Avusturya hukukunda da kabul edilmiştir. Bkz. ABGB § 162a.

¹⁵⁸ Bu durumda ergin çocukların soyadının değişmesinin, buna rıza göstermelerine bağlı olduğu görüşünde: HEGNAUER Art. 259, s. 238, no. 46. Aksi görüşte: BRAEM Art. 160, no. 53. Buna göre ergin çocuğun bu halde yapabileceği tek şey, yeni soyadının haklı sebeplerle değiştirilmesini talep etmektir. Hatta aynı sonucun, henüz ergin olmamakla birlikte, yakın bir zamanda erginliğini kazanacak ayırt etme gücüne sahip çocuk için de geçerli olduğu ileri sürülmüştür. BRAEM Art. 160, no. 53.

- Tanınmanın iptali üzerine, tanınmış olan çocuğun soyadının değişmesi halinde¹⁵⁹;
- Evli ve çocuklu bir erkeğin evlat edinilmesi ve onun da evlat edinenin soyadını tercih etmesi üzerine soyadının değişmesi halinde¹⁶⁰;
- Babasıyla soybağı ilişkisi kurulmadığı için annesinin soyadını taşıyan çocuğun annesinin evlat edinilmesi ve onun da evlat edinenin soyadını tercih etmesi üzerine soyadının değişmesi halinde¹⁶¹.

K. Soyadları belli bir kişiye bağlı olarak belirlenmiş olan kişilerin soyadlarının, soyadlarının alındığı kişinin soyadının MK.m.27 gereğince mahkemece değiştirilmesiyle

Soyadının Mahkeme kararıyla değiştirilmesi halinde, kişi evli bir erkeğe, karısının¹⁶² ve ergin olmayan çocuklarının / ergin olmayan evlatlığı-nın soyadı da kendiliğinden değişir¹⁶⁴. Aynı şekilde soyadı mahkeme kararıyla değişen kadın, kendi soyadını taşıyan altsoylara sahipse, kadının soyadının mahkeme kararıyla değişmesi üzerine, ergin olmayan altsoyların / ergin olmayan evlatlığın da soyadı kendiliğinden değişir.

Fakat her iki halde de ergin olan altsoyların bu karadan etkilenmeyeceği, onların soyadlarının aynı kalacağı kabul edilmektedir¹⁶⁵. Ancak bu durum-

¹⁵⁹2006/11081 sayılı “Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik”in (RG. 23.11.2006, S. 26355) madde 110 / II, ç.

¹⁶⁰HEGNAUER Art. 267, s. 548, no. 40.

2006/11081 sayılı “Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik”in 105. maddesinin 6. fıkrasında, evli bir erkeğin evlat edinilmesi halinde, sadece onun rızasının hem kendisinin, hem eşinin, hem de ergin olmayan çocuklarının soyadının değişmesini sağlayacağı belirtilmiştir. Ergin çocukların soyadı ise değişmemektedir.

¹⁶¹HEGNAUER Art. 267, s. 548, no. 40.

¹⁶²Aşağıda görüleceği üzere, Türk hukukunda, İsviçre hukukunda oybirliğiyle kabul edilen görüşün aksine, evli erkeğin, karısının katılımı olmaksızın tek başına kendi soyadını değiştirebileceği kabul edilmektedir. Bunun doğal sonucu olarak da, evli erkeğin soyadının değişmesi, doğrudan karısının soyadının değişmesini de sağlayacaktır.

¹⁶³Medeni Kanunun 173/II hükmü gereğince boşanan kadın, mahkeme kararıyla eski kocasının soyadını taşımaya devam ediyorsa ve boşanmadan sonra eski eş Mahkeme kararıyla soyadını değiştirirse, bu karar kadının kullanmaya devam ettiği soyadına hiçbir etki yapmaz. Bkz. HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 119, no. 52.

¹⁶⁴HEGNAUER Art. 267, no. 40 ve Art. 270, no. 46; BRAEM Art. 160, no. 20 ve no. 56; THURNHEER no. 72; MÜLLER s. 29; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ s. 316, dn.2.

Ayırt etme gücü bulunan çocuğun rızasının alınması gerektiği görüşünde: HEGNAUER Art. 270, no. 53; HAEFLINGER s. 68. BGE 99 Ia 556 (E.3c).

¹⁶⁵BRAEM Art. 160, no. 59; HEGNAUER Art. 270, s. 17, no. 56; HAEFLINGER s. 68, s. 91. Bu yönde: BGE 97 I 623.

da, ergin altsoyların, Medeni Kanunun 27. maddesi gereğince haklı sebeplerle soyadının değiştirilmesini isteme imkânları bulunmaktadır.

III. Türk Hukukunda Soyadının Değişmediği Haller

A. Boşanma sonrası kocanın soyadı değişmez

Boşanmadan sonra kocanın soyadı, aynen kalmaya devam eder.

B. Boşanma / evliliğin iptali sonrası çocukların ve evlatlıkların soyadı değişmez

Çocuğun anne babasının boşanması, annesinin bekârlık soyadına geçmesi halinde bile çocukların soyadını değiştirmez¹⁶⁶.

Boşanma sonrasında çocukların velayetinin kime verildiğinin bunda hiçbir önemi yoktur. Velayet anneye verilmiş olsa bile, çocuklar aynı soyadını kullanmaya devam ederler.

Evli kadının istisnai olarak tek başına evlat edinmesi halinde evli kadının boşanır ve eski (bekârlık) soyadına dönerse, altsoylar gibi evlatlığın soyadı da değişmez¹⁶⁷.

C. Ayrılık kararı üzerine eşlerin soyadı değişmez

Ayrılık kararı evliliği sona erdirmedüğinden, ayrılık durumunda eşlerin soyadı değişmez¹⁶⁸.

D. Eşlerden birinin ölmesi üzerine, sağ kalan eşin ve çocukların soyadı değişmez

Türk Medeni Kanununa ve İsviçre Medeni Kanunun 01.01.2013 tarihine kadar yürürlükte kalacak şekline göre, evlenmeyle soyadı değişen eş, evliliğin, diğer eşin ölümü nedeniyle sona ermesi halinde, bu soyadını muhafaza eder¹⁶⁹. Bu eşin eski soyadına dönmesi, ancak haklı sebepler varsa, Mahkeme-

¹⁶⁶ HEGNAUER Art. 270, s. 13, no. 36; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 113, no:16.05; MON-TAVON s. 380; RUFENACHT s. 62; HOFER (Einleitungsartikel und Personenrecht), s. 199, no:12.08.

¹⁶⁷ Karş. AYDOĞDU s. 633, 634.

¹⁶⁸ ÖZDAMAR s. 263.

¹⁶⁹ HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 112, no. 37; HAUSHEER / GEISER / AEBI-MÜLLER s. 63, no. 07.13; BRAEM Art. 160, no. 43; ÖZTAN s. 163; ABİK s. 207. Fakat Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 12.02.2007 tarih ve E. 2006/11282, K. 2007/1666 sayılı kararında, kocasının ölümünden sonra kadının açtığı ve ölmüş eşinin soyadını kullanmaya izin verilmesine ilişkin davayı, sanki ölüm üzerine kadın bekârlık soyadına dönüyormuş gibi düşünülerek değerlendirmiştir. Kararın muhalefet şerhinde durum doğru bir biçimde

den alınacak soyadı değişiklik kararıyla mümkün olabilir¹⁷⁰.

Aynı sonuç, ölüm karinesinin işlediği hallerde ve eşlerden biri hakkında gaiplik kararı verilmesinin ve bunun yanında evliliğin feshine karar verilmesi hallerinde de geçerlidir¹⁷¹.

Fakat İsviçre Medeni Kanununun eşlerin soyadına ilişkin hükümlerinde 30.09.2011 tarihinde gerçekleştirilip, 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girecek olan değişikliklerden, Medeni Kanununun 30. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 30a maddesine göre; evliliğin ölümle sona ermesi halinde, evlilik nedeniyle soyadı değişen eş¹⁷², nüfus memurluğuna her zaman başvurarak, bekârlık soyadını taşımak istediğini bildirebilir¹⁷³. Böylece bu değişikliklerle, evlenmeyle soyadı değişen eşe, evliliğin eşinin ölümü nedeniyle sona ermesi halinde mevcut soyadını devam ettirme ile bekârlık soyadına serbestçe dönme arasında bir seçim hakkı tanınmış olmaktadır. Bu seçim hakkı kullanılmadığı sürece, evlenmeyle soyadı değişen eş, eşinin ölümü üzerine bu soyadını kullanmaya devam edecektir.

Türk hukuku açısından da, sağ kalan eşe benzer bir tercih hakkının verilmesi uygun olacaktır.

E. Boşanmış veya kocası ölmüş kadının evlenmesi üzerine, (yeni) kocasından olmayan çocukların soyadı değişmez.

Kadının ikinci kez evlenmesi üzerine soyadı değişse bile, yeni eşiyle ortak olmayan çocukların soyadı değişmez¹⁷⁴.

açıklanmıştır.

¹⁷⁰HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, no. 37; HAUSHEER / GEISER / AEBI-MÜLLER s. 63, no. 07.13; BÜCHLER (FamKomm), Art. 119, no. 1.

Fakat 2006/11081 sayılı “Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik”in 67. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, evliliği, eşinin ölümüyle sona ermiş kadının yazılı talebi üzerine bekârlık soyadını alabileceği belirtilmiştir. Bu hüküm Medeni Kanuna ve Nüfus Hizmetleri Kanununa aykırıdır. Zira mevcut yasal düzenlemeye göre bu halde kadının bekârlık soyadına dönmesi, ancak Medeni Kanunun 27. maddesi gereğince mahkemeden alınacak kararla mümkün olabilir. Fakat olması gereken hukuk açısından, söz konusu düzenleme yerinde görülebilir.

¹⁷¹ÖZDAMAR s. 264, s. 266.

¹⁷²Hemen ekleyelim ki, söz konusu değişikliklerin en önemli hükmü olan yeni 160 / I hükmüne göre, evlilik üzerine eşlerin ortak bir soyadı seçmesi ve taşınması artık zorunlu olmayacaktır.

¹⁷³THURNHEER no. 65; AEBI-MÜLLER (HandKoom), Art. 30-30a, no. 7a.

¹⁷⁴HEGNAUER Art. 270, s. 13, no. 36. Karş. HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 112, no. 36.

F. Evlatlık ilişkisinin kurulması sırasında evlatlığın soyadı değişmişse, evlatlığın soyadı, gerçek ana – babasına bağlı olarak değişmez

Mesela bulunmuş bir çocuk olduğu için nüfus idaresince soyadı verilen ve daha sonra evlatlık ilişkisinin kurulması üzerine onu evlat edinenlerin soyadını alan çocuğun soyadı, daha sonra evlatlığın gerçek ana babasının tespit edilmesiyle değişmez. Aynı şekilde babasıyla arasında soybağı ilişkisi bulunmadığı için annesinin soyadını taşıırken evlat edinilen çocuğun, daha sonra babasıyla arasında hukuki anlamda soybağı ilişkisinin kurulmasıyla veya babasının soyadının herhangi bir sebeple değişmesiyle evlatlığın soyadı değişmez¹⁷⁵. Zira evlatlık, evlat edinmeden sonra, soyadı açısından ana – babasına tabi olmaktan çıkıp, evlat edinene tabi olur.

IV. SOYADININ TALEP ÜZERİNE DEĞİŞTİRİLMESİ

A. Haklı sebeplere dayanarak hâkim kararıyla

Soyadının talep üzerine değiştirilmesi, ancak Medeni Kanunun 27. maddesi gereğince haklı sebeplerin varlığı halinde mümkün olabilir¹⁷⁶. Buna göre, mevcut soyadının kullanılmaya devam etmesinin, kişilik haklarına önemli derecede olumsuz etkilediği hallerde, haklı sebeplerin varlığı kabul edilmektedir. Zira haklı sebeplerle adın değiştirilmesine izin verilmesinin amacı, mevcut adın kullanımından kaynaklanan ciddi olumsuzlukların giderilmesinin sağlanmasıdır¹⁷⁷.

İsviçre hukukunda, Federal Mahkemenin evlilik dışı çocuklar ile boşanma sonrasındaki çocukların soyadı değişiklik taleplerini, aşırı derecede sıkı koşullara bağlaması nedeniyle¹⁷⁸, İsviçre Medeni Kanununda yapılan ve

¹⁷⁵MÜLLER s. 3.

¹⁷⁶Bu konuda bkz. MÜLLER s. 21 vd; HAEFLINGER s. 41 vd; BÜHLER (BSK ZGB I), Art. 30, s. 344, no. 2 vd.

Ad veya soyadın değiştirilmesi konusunda en ayrıntılı düzenleme Avusturya hukukundadır. 1988 tarihli İsim Değiştirme Kanununda, özellikle 2. ve 3. maddelerde, çok detaylı biçimde hangi hallerde adın veya soyadının değiştirilmesine izin verilebileceği belirtilmiştir. (Namen-saenderungsgesetz BGBl 1988/195). Bkz. BECK (Kommentar zum Ehegesetz), § 93, no. 12. Benzeri bir kanun Alman hukukunda da bulunmakla birlikte, bu Kanunda hangi hallerde soyadının değiştirilebileceği tek tek sayılmamış, 3. maddenin birinci paragrafından, genel bir ifadeyle, soyadının ancak haklı sebeple değiştirilebileceği belirtilmiştir.

Aynı şekilde İsviçre hukukunda, 1974 yılında haklı sebepleri liste halinde örnekleme biçiminde belirleyen bir değişiklik tasarısı hazırlandığı ve burada belirtilen haklı sebep çeşitleri hakkında bkz. HAEFLINGER s. 41 vd. Bu tasarı yasalaşma şansı bulamamıştır.

¹⁷⁷BÜHLER (BSK ZGB I), Art. 30, s. 345, no. 5.

¹⁷⁸Federal Mahkeme soyadı değişiklik talebinin, duygusal ve manevi sebeplere dayandırılmasının haklı sebep olmaya yetmeyeceğini, mevcut soyadının kullanılmasının neden ve nasıl

01 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girecek olan değişikliklerde, ZGB 30/I hükmü değiştirilmiş ve isim değişikliği için “*haklı sebep*” aranması yerine, “*dikkate değer sebep*” (achtenswerte Gründe) kavramına yer verilmiştir¹⁷⁹. Böylece, isim değişikliklerinin, eskisine oranla daha kolay gerçekleşeceği, Federal Mahkemenin aşırı katı tutumuna ilişkin kararlarının uygulanabilirliğinin kalmayacağı ileri sürülebilir¹⁸⁰.

Türk hukuku açısından nelerin haklı sebep olacağı ve bu talebin özellikleri inceleme konumuzun dışındadır¹⁸¹. Fakat konuyla ilgili üç sorunun özel olarak incelenmesi gerekir:

1. Eşler mahkemeye birlikte başvurarak, haklı sebeple erkeğin ve kadının mevcut soyadlarının, kadının soyadıyla değiştirilmesini talep edebilirler mi?

İsviçre hukukunda¹⁸² Federal Mahkeme, İsviçre Medeni Kanununun 30/II hükmündeki değişiklikten önceki kararlarında, bu yöndeki bir talebin, ailenin kocanın soyadını taşımasına ilişkin hükmün dolanılması anlamına geleceğinden, bu talepleri reddetmekteydi¹⁸³. Buna göre, ZGB 30/II hükmündeki değişiklikten önce, kadının kocasının soyadını taşıması zorunlu olduğundan, eşler birlikte başvursa bile, eşlerin soyadının, kadınınkıyla değiştirilmesi yerinde görülmemiştir.

Fakat anılan yasal değişiklikten sonraki kararlarında ise, mevcut evliliklerde de haklı sebeplere dayanılarak, kadının soyadının aile soyadı olarak kullanılması için dava açılabilirliğini kabul etmiştir¹⁸⁴. Fakat Mahkeme, bu ta-

bir olumsuz etki doğurduğunun iddia ve ispat edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. AEBI-MÜLLER (HandKoom), Art. 30-30a, no. 3.

¹⁷⁹ THURNHEER no. 6; AEBI-MÜLLER (Jusletter 13. August 2012), no 138.

¹⁸⁰ AEBI-MÜLLER (HandKoom), Art. 30-30a, no. 2 ve no. 4; THURNHEER no. 89; AEBI-MÜLLER (Jusletter 13. August 2012), no. 138. Karş. HAEFLINGER s. 30.

¹⁸¹ Bu konuda bkz. MÜLLER s. 21 vd.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin 02.03.1989, 1012 / 2375 sayılı kararından: “*Hangi hallerin haklı sebep teşkil ettiği konusunda bir yasal düzenleme bulunmadığından ve esasen bu konuda bir kıstas belirlenmesi de söz konusu olmadığından, haklı sebebin var olup olmadığı, her bir davadaki özel koşullara göre mahkemeye belirlenecektir. Bu belirleme yapılırken objektif koşullardan çok, değiştirme isteminde bulunanın mahkemeye sunacağı özel nedenlerin dikkate alınması gerekir. Bu özel, kişiye özgü nedenler; istemde bulunanın kişiliği, sosyal statüsü, aile ilişkileri ve mahkemeye yansıyan ruhsal durumu dikkate alınarak hakim tarafından değerlendirilmelidir.*” (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁸² Bu konuda bkz. BRAEM Art. 160, no. 22.

¹⁸³ BGE 108 II 161 (E.3.a). Bkz. HAEFLINGER s. 198 ve s. 213.

¹⁸⁴ BGE 115 II 197 (E.3.b). BRAEM Art. 160, no. 22; HAEFLINGER s. 198.

leplerin Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 1 yıl içinde gerçekleştirilebileceğini, bu tarihten sonra böyle bir talebin ileri sürülmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Federal Mahkemenin bu sınırlayıcı tutumu, doktrinde eleştirilmiştir¹⁸⁵. Buna göre, haklı sebeplerle her zaman kadının soyadının, aile soyadı olarak kullanılması talep edilebilir.

Türk hukukundaki yasal düzenleme, İsviçre Medeni Kanununun 30/II maddesi hükmündeki değişiklik öncesi duruma uygundur. Bu nedenle, anılan kararlarda belirtildiği gibi, yasa değişikliği yapılmadan, eşlerin birlikte talebi olsa bile, kadının soyadının, ailenin ortak soyadı olarak kabulü mümkün görünmemektedir¹⁸⁶.

Fakat İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin 2004 tarihli kararından sonra, eşlere ortak soyadını belirleme yetkisinin verilmemiş olmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle, eşlerin ortak talebi üzerine, Medeni Kanunun 27. maddesi gereğince kadının soyadının ailenin ortak soyadı olarak kabulüne imkân bulunduğu daha rahat biçimde savunulabilir bir görüş haline gelmiştir.

2. Eşlerden biri tek başına sadece kendi soyadının veya ailenin ortak soyadının değiştirilmesini talep edebilir mi?

Bu başlık altında incelenmesi gereken üç husus bulunmaktadır. Buna göre ilk olarak, eşlerden birinin, sadece kendi soyadının değiştirilmesini isteyip isteyemeyeceğidir. Türk hukukunda geçerli olan ortak soyadı ilkesi gereğince, eşlerden birinin, sadece kendi soyadının değiştirilmesini istemesi mümkün değildir. Kanun eşler arasında aynı soyadının kullanılmasını zorunlu tuttuğundan, bu ilkeyi sarsacak biçimde eşlerin farklı soyadları kullanmalarına izin verilmesi hatalı olur.

İkinci husus ise, ailenin ortak soyadının değiştirilmesinin eşlerin biri tarafından ileri sürülmesinin mümkün olup olmadığıdır.

İsviçre hukukunda, ailenin ortak soyadının haklı sebeple değiştirilmesi talebinin, eşlerce birlikte yapılması gerektiği oybirliğiyle kabul edilmekte-

¹⁸⁵BRAEM Art. 160, no. 22.

¹⁸⁶AKINTÜRK s. 117; ZEVLİLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA s. 751; EKŞİ s. 311. ÖZTAN ise (s. 162), evlenme öncesinde erkeğin, soyadını TMK.m.27 gereğince değiştirmesi yoluyla bunun sağlanabileceğini belirtmektedir. Bu görüşte: ABİK s. 92. Fakat kanaatimce bu görüşe karşı, hangi haklı sebebin bu sonucu sağlamaya yeterli olacağı sorulabilir. Yazar s. 164’de ise, evlilik sırasında da bu talebin ileri sürülebileceğini örtülü olarak belirtmiştir.

dir¹⁸⁷. Buna göre, aile soyadında birlik ilkesi gereğince, ne kadının, ne de erkeğin tek başına soyadının değiştirilmesini talep edebileceği kabul edilmektedir. Diğer eşin de buna katılması veya en azından değişiklik talebini onaylaması gerektiği ileri sürülmüştür. Zira evli kadın gibi, evli erkek de ortak aile soyadını kullanmakla yükümlüdür. Bu nedenle, evli erkeğin de tek başına ailenin soyadının değiştirilmesini isteyemeyeceği kabul edilmektedir¹⁸⁸.

Fakat evli kadın, Medeni Kanunun 187. maddesi gereğince bekârlık soyadını, aile soyadının önüne eklemişse, sadece bu soyadının değiştirilmesini tek başına talep edebilir¹⁸⁹.

Türk hukuku açısından, mevcut yasal düzenlemeye göre kadın, kocasının soyadını taşımakla yükümlü olduğundan, kadının tek başına sadece kendisinin veya ailenin soyadının değiştirilmesini isteme yetkisinin bulunmadığı kabul edilebilir¹⁹⁰. Kanaatimce aynı sonuç İsviçre hukukunda ileri sürüldüğü gibi, koca için de geçerlidir. Evlilikten sonra, kocanın soyadı, sadece onun soyadı olmaktan çıkmış, ailenin ortak soyadı olmuştur. Bu nedenle kocanın, soyadının değiştirilmesini isteyebilmesi, eşinin de bunu onaylamasına bağlıdır. *ÖZDAMAR*'ın da haklı olarak belirttiği gibi, diğer eşin bu onayı vermekten haksız olarak kaçınması halinde hâkimin müdahalesi talep edilebilir¹⁹¹.

Fakat Nüfus Hizmetleri Kanununun 36/I, b bendinde, kocanın tek başına bu davayı açabileceği örtülü olarak belirtilmiştir¹⁹².

Üçüncü husus ise, soyadını değiştirmek isteyen kişinin ergin olmayan çocuğunun bulunmasıdır. Ana-babanın soyadının değiştirilmesi, ergin olmayan çocukları da etkiler¹⁹³. Boşanma sonrası çocuğun velayeti babasına veril-

¹⁸⁷HEGNAUER / BREITSCHMID s. 135, no:13.36; BRAEM Art. 160, no. 20, no. 24; HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, s. 119, no. 51; TUOR / SCHNEIDER / SCHMID / RUMO-JUNGO s. 122, no. 63; HAEFLINGER s. 67 ve s. 93. Bu yönde: BGE 127 III 193 (E.3.b). Karar için bkz. RIEMER / RIEMER-KAFKA s. 473; ZEITER (HandKoom), Art. 160, no. 8. Bkz. BGE 98 Ia 449; BGE 108 II 161.

Aksi görüşteki MÜLLER'e göre (s. 28) koca, tek başına soyadının değiştirilmesini isteyebilir. Ancak verilecek karar eşini de etkileyeceğinden, kadının da bu davada dinlenmesi gerekir.

¹⁸⁸HAEFLINGER s. 213.

¹⁸⁹BGE 136 III 161 (E.3.1.2). MÜLLER s. 29; HAUSHEER / REUSSER / GEISER Art. 160, no. 51a.

¹⁹⁰Bu yönde: ABİK s. 43; DURAL / ÖĞÜZ s. 170.

¹⁹¹ÖZDAMAR s. 264.

¹⁹²Karş. ABİK s. 43 vd.

¹⁹³İsviçre doktrininde, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin kişiye sıkı biçimde hakları tek başlarına kullanabileceklerine ilişkin ZGB 19/II (TMK.m.16/I, c.2) dayanılarak, çocuk ayırt

mişse, baba kendisi ve çocuğun soyadının değiştirilmesini, talep edebilir¹⁹⁴. Çocuktan bağımsız olarak sadece babanın soyadının değiştirilmesi mümkün değildir. Velayet anneye verilmişse ve annenin soyadı, boşanma sonrasında değişmişse, sadece çocuğun veya sadece annenin soyadının değiştirilmesi istenebilir¹⁹⁵. Zira bu halde her ikisinin soyadı farklıdır.

3. Sadece çocuğun soyadının değiştirilmesi mümkün müdür?

Evlilik içinde doğup, ailenin ortak soyadını kullanan çocuğun, evlilik birliği devam ettiği sürece sadece kendi soyadının değiştirilmesini istemesinin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür¹⁹⁶. Aynı, sonuç, eşlerin sadece çocuğun soyadının değiştirilmesini istemeleri için de geçerlidir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, 27.09.2001 tarihli G.M.B. ve K.M. / İsviçre kararında, ailenin ortak bir soyadı bulunmasına rağmen, eşlerin çocuğa diğer eşin aile soyadını verme girişimlerinin reddedilmesinin, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine aykırı olmayacağı belirtilmiştir¹⁹⁷.

Evlilik birliği sona erdikten sonra, mesela boşanma veya ölümden sonra, yeni aile ilişkilerine göre sadece çocuğun soyadının değiştirilmesi teorik olarak mümkündür^{198, 199}.

etme gücüne sahipse, soyadı değişikliği için çocuğun rızasının alınmasının gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. HEGNAUER Art. 270, no. 53; HAEFLINGER s. 68. BGE 99 Ia 556 (E.3c). 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girecek olan ZGB 270b hükmünde, çocuğun 12 yaşını doldurmuş olması halinde, çocuğun soyadının değişmesinin rızasına bağlı olduğu düzenlenmiştir.

¹⁹⁴ HAEFLINGER s. 68.

¹⁹⁵ HAEFLINGER s. 69.

¹⁹⁶ MÜLLER s. 29; HEGNAUER Art. 270, no. 18, 52; HAEFLINGER s. 68, s. 242; BRAEM Art. 160, no. 60.

¹⁹⁷ STURM s. 53.

¹⁹⁸ MÜLLER s. 30 ve özellikle s. 67; HAEFLINGER s. 68; BRAEM Art. 160, no. 60; GENÇ-ARIDEMİR (Adal'a Armağan), s. 740 vd.

¹⁹⁹ Soyadının değiştirilmesi nispi biçimde kişiye sıkı biçimde bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde olduğu için, ayırt etme gücüne sahip olan kişinin, tam ehliyetli olmasa bile soyadının değiştirilmesini tek başına isteyebileceği kabul edilmektedir. Bu yönde: 17.03.2011 tarihli BGer 5A_624/2010, E.1.2. Bu yönde: HEGNAUER (Kindesrecht), s. 115, no:16.13; MÜLLER s. 29; HAEFLINGER s. 65, s. 245; HOFER (Einleitungsartikel und Personenrecht), s. 200, no:12.11; DÖRR (KurzKomm ZGB) Art. 30, no:1; LAVANTE s. 66. Fakat bu durumda, çocuğun rızasının da alınması kaydıyla söz konusu davanın yasal temsilci tarafından da açılabilmesi kabul edilebilir. Bkz. MÜLLER s. 29. Bu halde soyadı taşıyan ebeveynin rızası da aranmaz. Bkz. HEGNAUER (Kindesrecht), s. 115, no:16.13. Ayırt etme gücüne sahip olmayanların ise yasal temsilcisinin bu talebi ileri sürebileceği kabul edilmektedir. Bkz. MÜLLER s. 29; HAEFLINGER s. 66 ve özellikle s. 242; HEGNAUER Art. 265, no. 17 ve Art. 270, no. 60.

Sadece çocuğun soyadının değiştirilmesi, özellikle çocuk ile ona fiilen bakan kişi arasındaki soyadı farklılığının giderilmesi için talep edilmektedir²⁰⁰.

Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi'nin konuya yaklaşımı kısaca şöyledir:

Federal Mahkeme kararlarına konu olaylarda, çocuğun soyadının değiştirilmesi, boşanma sonrası üç biçimde talep edilebilir. Bunlardan ilkinde, boşanmadan sonra çocuğun velayeti annesine verilmiş olup, annesi, çocuğa kendi soyadının verilmesini istemektedir²⁰¹. Bu durum, Türk hukukunda da sıklıkla karşılaşılabilecek bir durumdur.

Federal Mahkeme, 1995 yılına kadar verdiği kararlarında genellikle, bu durumda çocuğun soyadının, velayetinin bırakıldığı ve birlikte yaşadığı annesinin soyadıyla aynı hale getirilmesi biçimindeki değişiklik taleplerini, çocuğun bunda menfaati olduğu gerekçesiyle kabul etmekteydi²⁰².

Fakat 1995 yılından itibaren verdiği kararlarında, boşanmadan sonra velayeti anneye verilen ve annenin eski soyadını kullandığı hallerde, çocuğun soyadının, annesiyle aynı hale getirilmesi konusundaki değişiklik taleplerini, değişen sosyal yaşam koşulları ve farklı soyadının tek başına çocuğu olumsuz etkilemeyeceği gerekçesiyle genellikle reddetmektedir²⁰³. Buna göre sosyal

²⁰⁰BÜHLER (BSK ZGB I), Art. 270, s. 1451, no. 16; GENÇ-ARIDEMİR (Adal'a Armağan), s. 740.

²⁰¹HAEFLINGER s. 263.

²⁰²RÜFENACHT s. 63; SUTTER-SOMM / KOBEL, s. 181, no. 819; HAUSHEER s. 611; HAEFLINGER s. 256. Bkz. BGE 109 II 177; BGE 110 II 433; BGE 119 II 307 (E.3.c). Bu kararlarda, annesinin yanında büyüyen çocuğun, annesinden farklı bir soyadı taşımasının, çocuk için başlı başına olumsuz bir durum yarattığı kabul edilmiştir.

²⁰³RÜFENACHT s. 63; SUTTER-SOMM / KOBEL, s. 181, no. 819; DÖRR (KurzKomm ZGB) Art. 30, no:4; HRUBESCH-MILLAUER (Berner Komm. ZGB), Art. 4, no. 440; HOFER (Einleitungsartikel und Personenrecht), s. 200, no:12.10; van der MEER / PERREN s. 85; GENÇ-ARIDEMİR (Adal'a Armağan), s. 745. Bkz. 10.09.1998 tarihli BGE 124 III 401 (E.2.b.bb). Ayrıca bkz. FASSBIND / SPRING s. 266.

01.10.2002 tarihli (BGer 5C.163/2002, E.2.2.2) kararda Federal Mahkeme, boşandıktan sonra velayetleri anneye verilen iki kardeşin açtığı soyadı değiştirme davasını reddetmiştir. Buna göre somut olayda, çocuklar babalarının "İbrahimi" olan soyadını kullanmalarının, kendilerinin okul ve iş yaşamında olumsuzluklara neden olduğunu, bu nedenle annelerinin soyadını almak istemişlerdi. RÜFENACHT s. 64; FASSBIND / SPRING s. 266; HRUBESCH-MILLAUER (Berner Komm. ZGB), Art. 4, no. 433; LAVANTE s. 67.

23.06.2004 tarihli (BGer 5C.97/2004, E.3) kararda, boşandıktan sonra velayeti annesine verilen ve çocuğun babasıyla hiç ilişkisinin kalmadığı ileri sürülen bir başka olayda da Federal Mahkeme, çocuğun soyadı değişikliği talebini haklı sebep olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Bkz. RÜFENACHT s. 64; FASSBIND / SPRING s. 266; LAVANTE s. 67.

yaşamdaki değişimler nedeniyle, artık çocuğun annesinden farklı bir soyadını taşımasının, tek başına çocuk için sosyal bir olumsuzluk yarattığı ve haklı sebep olduğu kabul edilemez. Çocuğun babasının soyadını kullanmasının, neden ve nasıl bir olumsuz etki yarattığının somut olarak kanıtlanması gerekir²⁰⁴.

Doktrinde ise bu kararlar eleştirilmiş ve bu hallerde de çocuğun soyadının değiştirilmesi için haklı sebep olabileceği kabul ileri sürülmüştür²⁰⁵. Kanaatimce de, boşanma üzerine kadın bekârlık soyadına dönmüşse, velayeti kendisine bırakılan çocukların soyadlarının değiştirilmesini ve çocuklar ile annesinin aynı soyadına sahip olmasının sağlanmasında, Türk toplumunun içinde bulunduğu sosyal koşullar dikkate alındığında haklı sebebin varlığı kabul edilebilir²⁰⁶.

Fakat annenin yeniden evlenmesi ve soyadının değişmesi halinde, çocuğun soyadının annesinin yeni kocasının soyadı olarak değiştirilmesi istemleri ise ayrı bir alt grup olarak düşünülebilir. İsviçre Federal Mahkemesinin 03.06.2010 tarihli (BGer 5A_89/2010) kararında, boşanma sonrası velayete sahip olan annenin yeniden evlenmesi üzerine, çocukların soyadının değiştirilmesinin, bu sonucun çocukların yeni kocanın çocukları olduğu izlenimi yaratacağı ve bunun da çocukların gerçek babasının kişilik haklarına aykırı olacağına hükmedilmiştir²⁰⁷. Türk hukukunda Genç-Aridemir, kocanın dinlenmesi ve haklı sebeplerin çok titiz incelenmesi kaydıyla, bu hususu teorik olarak uygun görmektedir²⁰⁸.

Benzer içerikte bkz. 17.03.2011 tarihli BGer 5A_624/2010 (E.3.3); 26.06.2006 tarihli BGer 5C.9/2006 (E.5). Bkz. LAVANTE s. 66.

²⁰⁴HAUSHEER / GEISER / AEBI-MÜLLER s. 283, no. 17.15. BGer 5A_626/2010 (E.3.3). Karar için bkz. HRUBESCH-MILLAUEER / WYSS s. 1018.

²⁰⁵BREITSCHMID s. 32; FASSBIND / SPRING s. 266; RÜFENACHT s. 65. Bu kararlardan önce bu yönde: MÜLLER s. 68 ve özellikle s. 69 vd; HAEFLINGER s. 262; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 115, no:16.14.

²⁰⁶Bu yönde: SEROZAN (ÖZTAN Armağanı) s. 771; GENÇ-ARIDEMİR (Adal'a Armağan), s. 742. Aksi yönde: Yargıtay 18. HD. 11.12.1996, 10269/11112 (ABİK s. 47, dn.87). Bu yöndeki diğer kararlar için bkz. GENÇ-ARIDEMİR (Adal'a Armağan), s. 741, dn.54. İsviçre Medeni Kanununda, 1974 yılında hazırlanan ve haklı sebepleri liste halinde belirleyen değişiklik kanunu tasarısında, ilk olarak bu durum soyadı değişikliği için bir haklı sebep olarak kabul edildiği hakkında bkz. HAEFLINGER s. 42, s. 252.

²⁰⁷Bkz. HAEBERLI / MEIER (ZKE 2010), s. 469. Fakat Federal Mahkeme, boşanmadan sonra yeniden evlenen kadının eski evliliğinden olan çocuğunun soyadının yeni eşinin soyadının verilmesi yönündeki değişiklik talebini daha eski bir kararında uygun görmüştü. Bkz. BGE 99 Ia 561, E.3.a.

²⁰⁸GENÇ-ARIDEMİR (Adal'a Armağan), s. 747.

Federal Mahkeme kararlarındaki ikinci grup olay ise, Anayasa Mahkemesinin 321. maddeye ilişkin iptal kararından sonra, Türk hukukunda karşılanması mümkün olmayan bir duruma ilişkindir. Buna göre evlilik dışında doğan çocuğun velayetinin babada olması ve çocuğun babasıyla birlikte yaşaması halinde, çocuğun taşıdığı anne soyadının, babasıninkiyle değiştirilmesi haklı sebep sayılabilir²⁰⁹. İsviçre Federal Mahkemesinin 9 Temmuz 2010 tarihli konuya ilişkin kararında²¹⁰, evlilik dışı çocuğun annesinin soyadını almasının; çocuğun daha çok annesinin yanında kalması, onun gözetiminde büyümesi ve anneye daha sıkı ilişki içinde olduğu varsayımına dayandığını; fakat somut olayda bu varsayımın doğru olmadığı anlaşıyorsa, çocuğun babasının soyadını almak istemesinin haklı sebep kabul edilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir²¹¹.

Türk hukukunda Nüfus Hizmetleri Kanununun 28/IV hükmü ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararı gereğince, evlilik dışında doğan çocuk ile babası arasında soybağı ilişkisi kurulmuşsa, çocuk zaten babasının soyadını alacağından, bu ihtimal Türk hukuku için gerçekleşmez. Fakat aynı ihtimalde, çocuğun velayeti annesindeyse, çocuğun soyadının annesininkiyle aynı hale getirilmesi konusundaki talep, bu kapsamda uygun görülebilir.

Üçüncü grup durum ise, süreklilik taşıyan evlilik dışı ilişkiden doğan ve çocuğun ana-babasıyla birlikte yaşadığı fiili birlikteliklerde, çocuğun babasının soyadını alma talebiyle ilgilidir. İsviçre Federal Mahkemesi, yeni kararlarında süreklilik taşıyan bir evlilik dışı birlikte yaşam ilişkisinde doğup, velayetin sadece anneye veya ana – babaya birlikte verilmiş olduğu hallerde, Kanun gereği annesinin soyadını taşıyan çocuğun, babasının soyadını almak için yaptığı başvuruyu, bunun haklı sebep teşkil etmeyeceği gerekçesiyle reddetmektedir²¹². Fakat belirtelim ki, 5A_424/2010 sayılı kararlara konu olay-

²⁰⁹ HAUSHEER / GEISER / AEBI-MÜLLER s. 283, no. 17.15; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 115, no:16.14. TMK.m.321'e ilişkin iptal öncesinde bu yönde: ÖZTAN s. 163; GENÇ-ARIDEMİR (İmre'ye Armağan), s. 24.

22 Mayıs 2006 tarihli BGE 132 III 497 (E.4). Bu görüşte: HÜRLIMANN-KAUP / SCHMID s. 188; LAVANTE s. 69. Bu karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BREITSCHMID s. 31 vd; FASSBIND / SPRING s. 266. Bkz. BGer 5A_224/2010, 09.07.2010. Karar için bkz http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=09.07.2010_5A_224/2010. Bkz. HAEERLI / MEIER (ZKE 2010), s. 470.

²¹⁰ BGer 5A_224/2010 (E.3.4.1).

²¹¹ HOFER (Einleitungsartikel und Personenrecht), s. 200, no:12.11.

²¹² Federal Mahkemenin bu yöndeki yaklaşımı ilk olarak 5 Nisan 1995 tarihli kararla (BGE 121 III 145 E.2.c) başlamış ve o tarihten sonra istikrarlı biçimde devam etmiştir. Bkz. 28.08.2007 tarihli BGer 5A_374/2007 (E.4.2.2); 02.11.2010 tarihli BGer 5A_424/2010. Bkz. HAEER-

da anne ve buna bağlı olarak çocuklar, kadının eski evliliğinden gelen kocasının soyadını taşımaktaydı. Federal Mahkeme, çocuğun annesinin soyadını taşımasının neden ve nasıl bir olumsuz etki yarattığının kanıtlamasını aramıştır. Bu karara göre, anne baba evlenmekle, zaten söz konusu çocuğun soyadının değişmesini sağlayabileceklerinden, haklı sebep sayılabilecek bir durum bulunmamaktadır²¹³. Ayrıca çocuğun taşıdığı soyadının, hiçbir ilişkisi olmayan bir erkeğin soyadı olarak algılanmasının hatalı bir bakış açısı olduğu, zira çocuğun, annesinin soyadını taşıdığı, bu soyadının, annesinin eski evliliğinden gelip boşanma üzerine kullanmaya devam ettirdiği soyadı olmasının bu açıdan önemi olmadığı belirtilmiştir²¹⁴.

Türk hukuku açısından sonuncu durumun gerçekleşme ihtimali, Nüfus Hizmetleri Kanununun 28/IV ve Anayasa Mahkemesinin kararından sonra bulunmamaktadır. Zira çocuk tanınmışsa veya babalığa hükmedilmişse, zaten babasının soyadını alacağından, babanın soyadının verilmesinin istenmesine gerek yoktur.

Türk hukuku açısından özetle belirtilebilecek olan husus, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra, özellikle küçük çocuğun velayetinin annesine verildiği ve annenin, bekârlık soyadına döndüğü olaylarda veya Nüfus Hizmetleri Kanunundaki değişiklik ve Anayasa Mahkemesinin 321. maddeye ilişkin iptal kararından sonra, çocuğun velayetinin annesinde olmasına rağmen babasının soyadını taşıdığı hallerde, çocuğun soyadının haklı sebeplerle değiştirilmesi mümkündür. Anayasa Mahkemesinin 08.12.2011 tarih ve 2010/119 E, 2011/165 K sayılı kararıyla²¹⁵, kabul ettiğinin aksine, 21.06.1934 tarih ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasında geçen "*Evliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır.*" biçimindeki birinci cümlesi, 1936 yılında uygulama kabiliyetini kaybetmiş bir hüküm olup, bu talebe hiçbir engel oluşturmamaktaydı.

LI / MEIER (ZKE 2011), s. 152; HRUBESCH-MILLAUER / WYSS s. 1017; THURNHEER no. 80; Bkz. HAEFLINGER s. 259; RÜFENACHT s. 63; AEBI-MÜLLER (Aktuelle Anwaltspraxis 2009), s. 66. Federal Mahkemenin bu yaklaşımının yerinde olduğu görüşünde: HEGNAUER (Kindesrecht), s. 115, no:16.14.

²¹³BGer 5A_424/2010 (E.3.1).

²¹⁴Bu kararın eleştirisi için bkz. BUCHER s. 847. Yazara göre çocukların, annelerinin eski kocasının soyadını taşımak zorunda bırakılmaları yerinde değildir.

²¹⁵RG. 14.02.2012, S. 28204.

Soyadı Kanununun 4/II hükmünün uygulanabilirliği hiçbir biçimde kalmamıştır. Zira çocuğun soyadını doğumla kendiliğinden kazanır. Çocuğun kazandığı bu soyadı, mevcut yasal duruma göre, ya annesinin, ya da babasının soyadıdır. Bu soyadının kazanılması için, ananın, ya da babanın bu yönde bir tercihte bulunması, talepte bulunması gerekmez.

Anılan Kanunun uygulama kabiliyetinin kalmadığının bir diğer kanıtı da mesela 5. maddede geçen “*Mümeyyiz olan reşit soyadını seçmekte serbesttir.*” hükmüdür. Tam ehliyetliler bugün itibariyle soyadını serbestçe seçmekte serbest midir? Elbette ki, değil. Anılan Kanun 02.07.1936 tarihine kadar yapılacak olan seçim işleminin kim tarafından yapılacağını düzenlemektedir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi, uygulanabilir olmayan bir hüküm hakkında iptal kararı vermiştir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararının hiçbir etkisinin bulunmadığı, hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacağı kanaatindeyim.

Ayrıca eşitlik ilkesine aykırılık iddiası ve sonucu da tamamen hatalıdır. Kararda, erkeğin soyadını seçebileceği, fakat kadının seçememesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu belirtilmiştir. Fakat erkeğin de soyadı seçme yetkisi bulunmamaktadır. Hiçbir erkek ne kendisinin, ne de çocuğunun soyadını seçebilmektedir.

Boşanma sonrasında çocuğun babanın soyadını kullanmaya devam etmesi, soyadının değişmezliği ilkesinin bir sonucudur. Yukarıda da belirtildiği üzere, bu ilkenin en önemli istisnası, Medeni Kanunun 27. maddesidir. Buna göre, haklı sebepler varsa, soyadının değiştirilmesi istenebilir. İşte iptal kararı verilen davadaki durum da aynen böyledir. Anılan davada, uygulama kabiliyeti bulunmayan iptal edilen hüküm yerine, Medeni Kanunun 27. maddesi kapsamında çocuğun soyadının değiştirilmesi için haklı sebep bulunup bulunmadığı incelenmeliydi. Yukarıda belirtildiği üzere, boşanma sonrasında çocuğun velayetinin anneye verilmesi ve annesinin bekârlık soyadını kullanması halinde, çocuğun soyadının farklı olmasının çocuğun gelişimi ve kişiliği üzerinde olumsuz etki doğurduğu tespit edildiğinde, zaten mevcut olan yasal hükümler çerçevesinde çocuğun soyadının değiştirilmesi mümkün olabilecektir²¹⁶.

Bu açıklamalara göre, Anayasa Mahkemesi hukuken yürürlükte olmayan bir hüküm hakkında iptal kararı vermiş olduğundan, Anayasa Mahkeme-

²¹⁶RÜFENACHT s. 62.

Fakat Türk hukukunda da, iptal edilen hükmün, TMK.m.27 hükmünün uygulanmasına engel olucu bir niteliğinin bulunduğu da ileri sürülmüştür. Bkz. GENÇ-ARIDEMİR (Adal’a Armağan), s. 737.

sinin kararının hiçbir etkisi bulunmayacaktır²¹⁷. Fakat haklı sebeplerle çocuğun soyadının değiştirilmesi imkânı, koşulları oluşmuşsa her zaman bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, boşanmadan sonra çocuğun velayeti anneye verilmişse, haklı sebepler de bulunuyorsa, annesi açacağı davayla çocuğun soyadının değiştirilerek, kendi soyadının verilmesini TMK.m.27 gereğince isteyebilir. Soyadı Kanununun 1936 yılında yürürlükten kalmış olan hükmü buna hiçbir etki yapmaz.

²¹⁷ Fakat hemen ekleyelim ki, bu hatalı karar medyada da yankı bulmuş ve boşanmış kadının velayeti kendisine ait çocuğa dilediği soyadını verebileceği biçiminde yine hatalı olarak kamuoyuna açıklanmıştır.

“Boşanan kadınlara soyadı müjdesi - Anayasa Mahkemesi, kocasından boşanıp da velayeti kendisine verilen çocuğuna kendi soyadını verebileceğine karar verdi.” Bkz. <http://haber.mynet.com/bosanan-kadinlara-soyadi-mujdesi-615817-guncel/> (erişim 12.08.2012).

“Kadınların soyadı devrimi - Anayasa Mahkemesi kadınlara “devrim” niteliğinde bir kararlar destek verdi. Buna göre kocasından boşanan kadınlar velayetindeki çocuklarına kendi soyadlarını verebilecek.” Bkz. <http://www.pudra.com/yasam/hukuk/kadinlarin-soyadi-devrimi-10231.htm> (erişim 12.08.2012).

“Anayasa Mahkemesi’nin, Soyadı Kanunu’nun, evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuğun babasının soyadını alacağına ilişkin hükmünü iptali ile boşanan anne ile çocuk arasındaki soyadı farkı ortadan kalkacak, çocukların annesinin soyadını alması da mümkün olabilecektir. ... Yüksek Mahkeme, Yargıtay’ın, çocukların soyadı değişikliğine ilişkin açılan davaları, bu kanun hükmünü gerekçe göstererek reddetmesini de ele aldı. Çocukların soyadı değişikliğine ilişkin davaların önündeki engeli kaldıran Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararıyla boşanmış ailelerde çocuğun soyadının değiştirilmesinin önünü açmış oldu.” Bkz. <http://www.ntvmsnbc.com/id/25305525/> (erişim 26.09.2012).

Fakat bu kararın uygun görenler de bulunmaktadır. Bkz. Moroğlu: “Her ne kadar 18 yaşına kadar çocukların tek başına yapamayacağı işler olsa bile, özellikle boşanmalarda velayet anneye verilmişse annenin çocuğunun soyadını değiştirme hakkı olmalıdır. 1934 yılında kabul edilmiş Soyadı Kanunu buna izin vermiyordu. Ama günümüz koşullarına artık uymayan bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildi. Bunu çok doğru bir karar olarak nitelendiriyorum. Soyadı, kişilik hakkı olarak çocuğa da kadına da eşit olarak kullanma hakkı veren bir hukuki kavramdır. Dolayısıyla mahkemenin kararı, eşitliğe ve çocuk haklarının korunmasına uygun bir karar.” Bkz. <http://www.ntvmsnbc.com/id/25305525/> (erişim 26.09.2012).

Bunun bir sonucu olarak da, anılan karardan sonra mahkemelerce, sanki önceden mümkün değilmiş gibi, bu yöndeki davaları kabul edilmeye başlandığı görülmektedir. Bkz. <http://www.ensonhaber.com/isteyen-cocuk-annesinin-soyadinin-kullanabilecek-2012-09-28.html>: “Ankara 11. Aile Mahkemesi, boşanmış bir çiftin çocuğunun, anne soyadını kullanması talebiyle açılan davayı, “Çocuğun, beraber yaşadığı annesiyle soyadının aynı olmasının sosyal yaşam içinde ve hakların kullanılmasında menfaatine olduğu” gerekçesiyle kabul etti. ... Soyadı Kanunu’nun 4/2. maddesinin, “Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır” biçimindeki birinci cümlesinin, Anayasa Mahkemesi’nce iptal edildiği anımsatılan kararda, “Kanunun iptalinden sonra, boşanan eşlerden çocuğun bırakıldığı tarafın, velayet hakkını serbestçe kullanabileceği ve bu bağlamda kendisine bırakılan çocuğun soyadını belirleyebileceğinden kuşku duymamak gerekir” değerlendirmesi yer aldı.” Erişim. 29.09.2012.

B. Ergin evlatlığın talebiyle

MK.m.314/III hükmüne göre, evlat edinilen kişi erginse, evlat edinilme sırasında talep etmesi halinde evlat edinenin soyadını alır. Fakat evli bir kadının evlat edinilmesi halinde, onun soyadı talebi üzerine bile değişmez²¹⁸.

2006/11081 sayılı “Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik”in 105. maddesinin 6. fıkrasında, evli bir erkeğin evlat edinilmesi halinde, sadece onun rızasının hem kendisinin, hem eşinin, hem de ergin olmayan çocuklarının soyadının değişmesini sağlayacağı belirtilmiştir²¹⁹.

Aynı maddenin 7. fıkrasına göre ise, evli kadın evlat edinilmiş ve kadın, onu evlat edinenlerin soyadını almak istiyorsa, Mahkeme kararında bu isteğin ve yeni soyadının, mevcut soyadının önüne eklenmesini talep ettiğinin yazılması gerektiği belirtilmiştir.

Fakat İsviçre Medeni Kanununda, ergin bir kişinin evlat edinilmesi halinde bile soyadı kendiliğinden değişmektedir²²⁰. Mesela İsviçre Federal Mahkemesinin 27 Ocak 2011 tarihli bir kararına konu olayda, 56 yaşında evlat edinilen bir kişinin, evlat edinme üzerine soyadının değişeceği ve eski soyadının alınmasının ancak haklı sebepler varsa soyadı değiştirme davası açılarak gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir²²¹. Mahkemenin bu kararında, ergin evlatlığın, evlat edinenin soyadını almasında kamusal bir menfaatin bulunmadığına ve bu nedenle sadece ergin evlatlığın bu yöndeki talebinin, eski soyadını kullanmaya devam etmesine izin verilmesi için yeterli olduğuna hükmedilmiştir.

V. Adalet Bakanlığının Hazırladığı Çocuklar ve Eşin Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarı Taslağı

A. Taslak hükümleri ve bunlar hakkındaki değerlendirmeler

Adalet Bakanlığınca hazırlanıp, eşler arası eşitliği ve uluslararası normlara uyum sağlamak gibi iddialı gerekçelerle kaleme alındığı belirtilen iki

²¹⁸ HEGNAUER Art. 267, no. 39; ABİK s. 61.

²¹⁹ İsviçre hukukunda evlatlığın ergin çocukların bile soyadının değişeceği ileri sürülmüştür: HEGNAUER Art. 267, no. 40.

²²⁰ HRUBESCH-MILLAUEER / WYSS s. 1019; HAEFLINGER s. 236 ve s. 238; HAUSHEER / GEISER / AEBI-MÜLLER s. 276, no. 16.108; HEGNAUER Art. 256, no. 34 ve Art. 267, no. 34; HEGNAUER (Kindesrecht), s. 114, no.16.10; BÜHLER (BSK ZGB I), Art. 270, s. 1450, no. 12; Karş. AYDOĞDU s. 625.

²²¹ BGE 137 III 97 (E.3.4.3). HAEFLINGER s. 236; HEGNAUER Art. 267, no. 37, HRUBESCH-MILLAUEER / WYSS s. 1019; HAEBERLI / MEIER (ZKE 2011), s. 152; STRAZS s. 5; AEBI-MÜLLER (Jusletter 13. August 2012), no. 137.

maddelik taslak kısaca incelenecek, ardından da, olması gereken türden kapsamlı ve alternatifli önerimiz sunulacaktır.

Bunlara geçmeden önce genel bir değerlendirme yapılması uygun olur. Soyadı meselesi, sadece iki maddenin değiştirilmesiyle çözülebilecek bir sorun değildir. Bu nedenle Medeni Kanunun tüm soyadı hükümlerinin birlikte ele alınması ve geçiş hükümleri de konularak mevcut evliliklerdeki kişilerin soyadının nasıl etkileyeceği de belirtilmelidir. Bu açıdan sadece iki maddeye ilişkin bu Taslak ihtiyaca cevap vermekten uzaktır.

Kadının soyadına ilişkin 187. madde bakımından

Taslağın düzenlediği ilk madde, kadının soyadına ilişkin 187. maddedir. Buna göre:

“MADDE 187- Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını kullanabileceği gibi, sadece önceki soyadını kullanmaya da devam edebilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.”²²²

Hüküm incelendiğinde Taslağın, ortak aile soyadı kullanılması zorunluluğunu ortadan kaldırdığı görülmektedir. Buna göre eşler, isterlerse farklı soyadlarını kullanabileceklerdir. Bu açıdan serbestinin sağlanmasının uygun olduğu söylenebilir.

Kadın herhangi bir beyanda bulunmazsa, doğrudan kocasının soyadını alması da nötr bir düzenlemede bulmaması gereken bir hükümdür. Fakat Taslak'ta, kadına bekârlık soyadını tek başına kullanma yetkisi verilmiş olduğundan, sessiz kalınması üzerine kocanın soyadının alınması eşitlik ilkesine aykırı sayılmayabilir. Nitekim Avusturya hukukunda da, herhangi bir beyanda bulunulmazsa, kocanın soyadının ailenin ortak soyadı olacağı düzenlenmiştir.

²²²Hükümün gerekçesi ise şöyledir: *Türk Medenî Kanunun 187 nci maddesinin mevcut hükmüne göre, kadın evlenmekle kocasının soyadını almakta, ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilmektedir. – Maddeyle, kadın ve erkek arasındaki eşitliğin gereği olarak, evlenmeden önce tanıdığı ve bildiği soyadını taşımaya devam etmek isteyen, kocasının soyadını almak istemeyen kadınlara, evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla sadece önceki soyadını taşıma konusunda da yeni tercih hakkı tanınmıştır. – Söz konusu düzenleme sonunda, Kanun gereğince kocasının soyadını alan veya kocasının soyadı önünde önceki soyadını birlikte kullanmayı tercih etme hakkı bulunan kadınlara, kocasının soyadını almaksızın sadece önceki soyadını kullanmaya devam edebilme konusunda yeni bir hak daha tanınmaktadır. – Getirilen bu yeni düzenlemeyle tanınan hak, inşâî nitelikte yenilik doğurucu bir hak olması sebebiyle kullanılmakla tükeneneğinden, bir defaya mahsus olmak üzere kullanılabilir.”*

Hükümün hatalı yönleri ise kısaca şöyledir:

1. Eşlere, kadının soyadının ortak aile soyadı olarak seçilme imkânının verilmemiş olması uygun olmamıştır. Nötr bir düzenleme yapılması isteniyorsa, kadının soyadının ailenin ortak soyadı olarak belirlenmesine de imkân verilmeliydi.

2. Kadına verilen bekârlık soyadına serbestçe dönebilme hakkının sınırının da aşıldığı kanaatindeyim. Zira evlilik öncesinde bu seçim işlemlerinin tamamlanması ve evlilik sırasında soyadı sorununun yeniden gündeme gelmemesi, evlilik birliğinde potansiyel bir huzursuzluğu baştan önlemiş olacaktır. Nitekim çok yeni bir tarihte kabul edilen İsviçre Medeni Kanununun soyadı hükümlerinde de, soyadı seçiminin evlilik öncesinde tamamlanmasına, evlilik içine dâhil edilmemesine özel bir özen gösterilmiştir. Fakat bu seçim yetkisinin evlilik sürecinde de kullanılmasına izin verilmesi istenecekse, buna mesela evlilikten itibaren bir yılın sonuna kadar denilerek makul bir sınır çizilebilirdi.

Çocukların soyadına ilişkin 321. madde bakımından

Taslak'ta düzenlenen ikinci madde ise çocuğun soyadına ilişkindir. Bu hükme göre:

“MADDE 2– Türk Medenî Kanununun 321 inci maddesinde geçen “*ailenin*” sözcüğü “*babanın*” şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki iki fıkra eklenmiştir.

“*Çocuk, evlilik dışında doğmuş olmakla birlikte babasıyla arasındaki soybağı, tanıma veya babalık hükmüyle kurulmuş ise babanın soyadını taşır.*

Çocuğun menfaatine ise mahkemece ananın soyadını taşımasına karar verilebilir.”

Hemen belirtiyim ki, kanaatimce bu hüküm, hatalı biçimde düzenlenmiş ve mutlaka yeniden ele alınması gereken bir hükümdür. Bunlar kısaca şöyle özetlenebilir:

1. Bu taslak hükmüyle, eşler arası eşitlik ilkesinden daha da uzaklaşıldığı açıkça görülmektedir. Taslakta, evlilik üzerine eşlere farklı soyadlarını kullanma yetkisi verilmiştir. Bu nedenle, çocuklara babanın soyadının verildiği görülmektedir. Fakat aşağıda belirtileceği gibi, böyle bir tercihte bulunulmasına gerek kalmadan çocukların soyadı sorunu eşitlikçi biçimde çözülebilirdi. Kanunun doğrudan bir tarafı tutarak soyadını belirlemesi uygun olmamıştır.

2. Ayrıca Taslağın genel çıkış noktası da hatalıdır. Taslağın genel gerekçesinde aynen şu ifadeler yer verilmiştir: “Öte yandan, *Türk Medenî Kanununun “Soyadı” başlıklı 321 inci maddesindeki “Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; evli değilse ananın soyadını taşır.” hükmü nedeniyle evlilik dışında doğan çocukla babası arasındaki soybağı, tanıma veya babalık hükmüyle kurulmuş olsa bile analarının nüfus kayıtlarında kalmaya ve analarının soyadını taşımaya devam etmekte, bu durum da tanımak suretiyle çocuğunu nüfusuna almak ve soyadını vermek isteyen babaların haklı yakınmalarına neden olmaktaydı. 25/4/2006 tarihli ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun “Tanıma işlemi” başlıklı 28 inci maddesinin dördüncü fıkrasında, tanınan çocukların, babalarının hanesine baba adı ve soyadı ile analarının kimlik ve kayıtlı olduğu yer bilgileri belirtilmek suretiyle tescil edileceği öngörülmüştür. Türk Medenî Kanununun 321 inci madde hükmünün, 5490 sayılı Kanunun tanıma işlemini düzenleyen 28 inci maddesine uyumlu hâle getirilmesi gerekmektedir.”*

Görüldüğü üzere, hükmün temel gerekçesi, tanıma üzerine babanın tanıdığı çocuğu kendi soyadına alamamasına ilişkin haklı yakınmaları olarak iade edilmiştir. Bu hukuki olmayan gerekçe karşısında şunlar söylenebilir:

Evlilik dışı çocuk ya annesinin ya da babasının soyadını alacaktır. Kural olarak başka bir alternatif bulunmamaktadır. Annesin soyadının verilmesinde çocuğun büyük menfaatleri vardır. Bu nedenle İsviçre ve Avusturya gibi birçok ülkede evlilik dışı çocuğun kural olarak annesinin soyadını alacağı kabul edilmiştir. Fakat Taslakta, babanın soyadının verilmemiş olmasının, haklı bir yakınma olduğu da belirtilmiştir. Peki, hüküm bu haliyle yasalaşırsa, annelerin soyadın verilmemesine ilişkin itirazı haklı bir yakınma olmayacak mıdır? Bu mantıkla meselenin eşitlikçi ve çocuğun menfaatine olacak biçimde çözümlenmesi mümkün görünmemektedir.

Ayrıca, tamamen ters bir bakış açısıyla temel Kanun olan Medeni Kanunun, buna bağlı olarak çıkarılan Nüfus Hizmetleri Kanununa uydurulması da hükmün amaçları arasında yer almıştır. Temel Kanunun felsefesinin ve mantığının, buna bağlı olarak çıkarılan ikincil mevzuat ile değiştirilmesi uygun değildir.

3. Ayrıca evlilik dışı çocukların soyadının tanıma veya babalık hükmü üzerine doğrudan babanın soyadına geçeceği, fakat çocuğun menfaatineyse, anasının soyadını taşımasına izin verilebileceği belirtilmiştir. Çocuğun menfaatine aykırı olması yanında, uygulama açısından da ciddi tereddütlere neden

olacak bu hüküm yerinde değildir. Zira son fıkraya göre hangi hâkim, hangi süre içinde, hangi hükme dayanarak soyadının değiştirilmesine karar verebilecektir? Bunlar muğlâk noktalardır.

4. Ayrıca hükmün madde gerekçesine göre, son fıkra, sadece evlilik dışı çocuklara ilişkin olmayıp, evlilik içi çocukları da kapsamaktadır. Madde gerekçesinde aynen şu ifadeler yer verilmiştir: “*Ana ve babanın evli olması (ya da evlilik dışı doğmuş olmasına karşılık babasıyla arasındaki soybağının, tanıma veya babalık hükmüyle kurulmuş olması) halinde, çocuğun, babanın soyadını taşıyacağı kural olarak öngörülmekle birlikte, kadın-erkek eşitliği ile çocukların yararı dikkate alınmak suretiyle, çocuğun yararına ise mahkemece ananın soyadını taşımasına karar verilebileceği yönünde 321 inci maddeye hüküm eklenmektedir.*” Bu gerekçeye bağlı kalındığında evlilik içinde doğup zorunlu olarak babasının soyadını alan çocuklara da, çocuğun menfaatineyse analarının soyadının verilebileceği iddia edilebilir. Fakat kanaatimce gerekçe de belirtildiği biçimde anlaşılması mümkün olmayan bu hüküm, sadece evlilik dışı çocuklara yöneliktir. Hüküm okunduğunda, son fıkranın evlilik içinde doğan çocukları da kapsadığı biçiminde bir yorum yapılması mümkün değildir. Kaldı ki, böyle bir şeye gerek de yoktur. Eşlerin soyadı sorunu eşitlikçi biçimde çözülsün, buna bağlı olarak da çocukların soyadı sorunu halledilebilir.

B. Soyadı hakkında yapılması gereken değişikliğe ilişkin önerimiz

Yukarıda da belirtildiği üzere, soyadı sorunu sadece 187 ve 321. maddelerin değiştirilmesiyle çözülemez. Bununla bağlantılı birkaç değişikliğe daha ihtiyaç vardır. Fakat bunların temel çıkış noktası 187. maddedir. Bu nedenle sorun bu madde üzerinden çözümlenmelidir.

Türk hukuku açısından Medeni Kanunun 187. maddesinin yeniden düzenlenmesinin gerektiği açıktır. Bu düzenleme kapsamında ilk değişiklik hükmün kenar başlığına ilişkin olmalıdır. Zira “*kadının soyadı*” kenar başlığı, sadece kadının soyadını ifade ettiğinden, yapılması gereken değişikliği tam olarak anlatmaktan uzaktır. Yeni hükmün kenar başlığı “*Eşlerin soyadı*”, “*Aile soyadı*” veya kısaca sadece “*Soyadı*” olabilir.

Bunun ardından bir konuda tercihte bulunulması gerekir. Bu da, ortak bir aile soyadının kabul edilip edilmeyeceğidir. Hemen belirtelim ki, ortak bir aile soyadının zorunlu tutulması, ne İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine, ne İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarına, ne de Kadınlara Karşı Her türlü Ayrımlığın önlenmesine dair sözleşmeye aykırıdır²²³. Önemli olan, bu or-

²²³ STURM s. 67 ve özellikle s. 68.

tak aile soyadının tespitinde, her iki eşi de eşit derecede söz sahibi yapmaktır.

1. Yasa koyucunun, tercihini, ortak bir aile soyadının bulunması yönünde yapması:

Yasa koyucu tercihini, ortak bir aile soyadının kabulü yönünde kullanırsa, hangi soyadının ailenin ortak soyadı olacağı sorununun, evlenme gerçekleşmeden önce çözülmesi uygun olur. Bunun için de en mantıklı yöntem nişanlıları, hangi nişanlının soyadını ailenin ortak soyadı olarak tercih ettikleri yönünde zorunlu bir irade açıklamasına tabi tutmaktır. Nişanlılar, böyle bir beyanda bulunarak, kadın veya erkek nişanlının soyadının ailenin ortak soyadı olmasını kararlaştırabilmelidirler. Bu aşamada üç alternatif bile düşünülebilir. 1. Erkeğin soyadı, 2. Kadının soyadı, 3. Her iki nişanlının soyadının birleşimi.

Tercih hakkının kullanılması zorunlu hale getirilirse, soyadı meselesi evlilik öncesinde eşitlikçi bir yaklaşımla çözülmüş olur²²⁴. Fakat nişanlıların tercih hakkının kullanılması zorunlu tutulmazsa, ortak soyadının hangi eşin soyadı olacağı konusunda bu kez Kanunun bir tercihte bulunması gündeme gelir. Alman Anayasa Mahkemesi, tercihte bulunulmazsa erkeğin soyadının aile soyadı olacağına ilişkin hükmü eşler arası eşitlik ilkesine aykırı görüp iptal etmişken, aynı hüküm Avusturya hukukunda bir hukuk politikası sorunu olarak kabul edilerek, Avusturya Anayasa Mahkemesince eşler arası eşitlik ilkesine aykırı görülmemiştir.

Kişisel görüşüm bu tartışmaya hiç girilmesine imkân vermeden, eğer yasa koyucu tercihini ortak bir aile soyadının bulunması yönünde kullanacaksa, evlenme öncesinde nişanlıların bu konudaki tercihinin zorunlu olarak kullandırılmasıdır. Bu nedenle, evlenme başvurusuna ilişkin 136. maddeye bu yönde bir fıkranın eklenmesi uygun olur²²⁵.

Ayrıca, nişanlıların yaptıkları tercihten sonra, yine evlenme gerçekleşene kadar, kendi soyadı aile soyadı olarak seçilmeyen nişanlıya, bekârlık soyadını, aile soyadının önüne ekleme yetkisinin verilmesi de uygun olur.

²²⁴ Nitekim bu sistemin bir örneği Lihçestayn'da 1974 tarihli Evlilik Kanununun 44. maddesinde bulunmaktadır. Buna göre nişanlılar evlilik öncesinde hangi nişanlının soyadını kullanacaklarını bildirmekle yükümlüdür. Aksi halde evlilik gerçekleşmez. Kanun metni için bkz. <http://www.gesetze.li/Seite1.jsp?LGBIm=1974020>.

²²⁵ Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi 27.09.2001 tarihli G.M.B. ve K.M. / İsviçre kararında, nişanlılara evlilik öncesinde, kadının soyadını ailenin ortak soyadı olarak seçebilme olanağının verilmesinin yeterli olduğu belirtilmiştir. Bkz. STURM s. 55.

Böylece hem ailenin ortak bir aile soyadına sahip olması sağlanmış olurken, diğer yandan da evlilik sırasındaki soyadı değişiklikleri önlenmiş olur. Bu ihtimalde çocukların soyadı da önemli bir sorun haline gelmez. Zira ortak çocuklar, ailenin ortak soyadını alacaktır.

Yapılacak değişikliklerle birlikte, evliliğin ölümle sona ermesine ilişkin bir hükmün eklenmesi ve boşanmanın soyadına etkisine ilişkin 173. madde-nin de yeniden kaleme alınması gerekir. Çocukların soyadına ilişkin hüküm-de dikkate alındığında, olması gereken düzenlemeye ilişkin Medeni Kanunun aşağıdaki maddelerinin belirtildiği biçimde değiştirilmesi uygun olur:

“II. Adın değiştirilmesi

Madde 27-

Ek fıkra: Evlilik sırasında soyadı değişen eş, evliliğin eşinin ölümüyle sona ermesi halinde, ölümden itibaren bir yıl içinde nüfus memurluğuna başvurarak, evlenmeden önceki veya bekârlık soyadına dönmeyi istediğini bildirir. Bunun için haklı sebep veya önceki eşin rızası aranmaz.”

“II. Belgeler

Madde 136-

Ek Fıkra: Başvuru sırasında ailenin ortak soyadının aşağıdaki alternatiflerden hangisi olacağı nişanlılarca bildirilir.

1. Erkeğin mevcut veya bekârlık soyadı,
2. Kadının mevcut veya bekârlık soyadı.”

“IV. Boşanan Eşin Soyadı

Madde 173- Boşanma halinde, evlenmeyle soyadı değişmiş bulunan eş, bekârlık soyadını yeniden alır. Fakat bu eş evlendiği sırada önceki evliliğinden gelen soyadını taşıyorsa, sonraki evliliğin sona ermesi üzerine nüfus memurluğuna yapacağı başvuruda, önceki evlenme sırasında kullandığı soyadını taşımayı istediğini bildirebilir. Bunun için haklı sebep veya önceki eşin rızası aranmaz.

Evlenmeyle soyadı değişmiş bulunan eş, evlilik sırasında kullandığı soyadını boşanma sonrasında da kullanmak istediğini nüfus memurluğuna bildirebilir. Bunun için haklı sebep veya eşinin izni aranmaz.

Birinci ve ikinci fıkralardaki bildirim, boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde ileri sürülebilir.

İkinci fıkraya göre boşanmadan sonra da kullanılmaya devam edilen soyadının değiştirilmesi, ancak Medeni Kanunun 27. maddesi gereğince haklı sebeplerle, soyadını kullanan eş tarafından talep edilebilir.”

“III. Aile Soyadı

Madde 187- *Nişanlılar, hangi nişanlının mevcut veya bekârlık soyadının ailenin ortak soyadı olarak kullanılacağı konusunda tercih hakkına sahiptir. Bu tercihin evlenme başvurusu sırasında 136. maddenin ikinci fıkrası hükümü gereğince birlikte yapılması zorunludur.*

Soyadı, ailenin ortak soyadı olarak seçilmemiş olan nişanlı, en geç evlenme anına kadar mevcut veya bekârlık soyadının, evlenme üzerine kullanacağı soyadının önüne eklenmesini isteyebilir.”

“A. Soyadı

Madde 321- *Evlilik içinde doğan çocuk, varsa ailenin ortak soyadını alır.*

Evlilik dışında doğan çocuk, anasının; çocuğun doğumu sırasında kullanıldığı soyadını alır. Çocuğun doğduğu sırada anası evliyse ve bu sebeple soyadı değişmişse, çocuk ananın bekârlık soyadını alır.

Babasıyla olan soybağı tanıma veya mahkeme kararıyla kurulan evlilik dışı ve henüz ergin olmayan çocuğun babasının soyadını alması, velayetin babaya verilmiş olması ve haklı sebeplerin gerektirmesi halinde mümkündür.

Soybağının üçüncü fıkraya göre kurulduğu sırada çocuk erginse, çocuk bir yıllık süre içinde nüfus memurluğuna yapacağı başvuruyla, herhangi bir haklı sebebe gerek olmaksızın babasının soyadını almak istediğini bildirebilir.”

Yukarıda da açıklandığı üzere, evlilik dışında doğmuş olan çocuğun, babasıyla arasında soybağı kurulmuş bile olsa, velayet annesinde kaldığı sürece çocuğun annesinin soyadını taşıması uygun olur.

Fakat bu hükümlere bir de geçiş hükümleri eklenmelidir²²⁶. Buna göre:

“Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kurulmuş bulunan evliliklerde eşler; Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 1 yıl içinde, nüfus memurluğuna birlikte başvurarak, kadının evlilik tarihindeki mevcut veya bekârlık soyadının ailenin ortak soyadı olarak kaydedilmesini talep edebilirler.

²²⁶ Bu geçiş hükmünün ekleneceği en uygun yer, 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanundur.

Bu durumda kocanın, birinci fıkrada belirtilen süre içinde, kendi soyadının, evlenme üzerine kullanacağı soyadının önüne eklenmesini isteme hakkı da vardır.

Ailenin ortak soyadının birinci fıkraya göre değiştirilmesi, soyadını bunlardan alan ve değişiklik tarihinde ergin bulunmayan kişilerin soyadının da değişmesini sağlar. Ergin olanların soyadı, ancak aynı süre içinde buna rıza göstermeleri halinde mümkündür.”

2. Yasa koyucunun, tercihini, ortak bir aile soyadının zorunlu tutulmaması yönünde yapması:

Yasa koyucu, evlenme üzerine ortak bir aile soyadının bulunmasını zorunlu tutmayacaksa, en azından bu ihtimali bir alternatif olarak sunmalıdır. Buna göre, nişanlılara en geç evlenme anına kadar, hangi nişanlının soyadının ailenin ortak soyadı olacağını belirleme yetkisinin verilmesi uygun olur. Zorunlu aile soyadı bulunmayacaksa ve nişanlılar da ortak aile soyadını belirlememişlerse, her nişanlının mevcut soyadını devam ettirmesi gerekir.

Fakat bu ihtimalde, çocukların soyadının nasıl belirleneceği önemli bir sorundur. Aşağıda belirtildiği üzere, İsviçre ve Almanya hukuklarında, eşler farklı soyadları kullanmaya devam edecek olsalar bile, evlenme anına kadar çocuklar için hangi nişanlının soyadının kullanılacağını seçme görevi ve yetkisi verilmiştir. Bu nedenle benzer biçimde, eşler ayrı soyadı taşıyacak olsa bile, evlenme öncesinde, çocukların hangi nişanlının soyadını alacağı tespit edilmiş olmalıdır. Doğrudan nişanlılardan birinin soyadının, hiçbir alternatif sunulmadan çocuklara geçmesi eşitlik ilkesinin ihlali sayılır.

Bu kapsamda önerim şöyledir:

“II. Adın değiştirilmesi

Madde 27-

Ek fıkra: *Evlilik sırasında soyadı değişen eş, evliliğin eşinin ölümüyle sona ermesi halinde, ölümden itibaren bir yıl içinde nüfus memurluğuna başvurarak, evlenmeden önceki veya bekârlık soyadına dönmeyi istediğini bildirebilir. Bunun için haklı sebep veya önceki eşin rızası aranmaz.”*

“II. Belgeler

Madde 136-

Ek Fıkra:

Başvuru sırasında ailenin ortak soyadının aşağıdaki alternatiflerden hangisi olacağı nişanlılarca bildirilir.

- 1. Erkeğin mevcut veya bekârlık soyadı,*
- 2. Kadının mevcut veya bekârlık soyadı,*

Nişanlılar ortak aile soyadı belirlenmeyecekse, hangi nişanlının mevcut soyadının çocukların soyadı olarak tercih edildiği nişanlılarca birlikte bildirilir.”

“IV. Boşanan Eşin Soyadı

Madde 173- *Boşanma halinde, evlenmeyle soyadı değişmiş bulunan eş, bekârlık soyadını yeniden alır. Fakat bu eş evlendiği sırada, önceki evliliğinden gelen soyadını taşıyorsa, sonraki evliliğin sona ermesi üzerine nüfus memurluğuna yapacağı başvuruda, önceki evlenme sırasında kullandığı soyadını taşımayı istediğini bildirebilir. Bunun için haklı sebep veya önceki eşin rızası aranmaz.*

Evlenmeyle soyadı değişmiş bulunan eş, mevcut soyadını boşanma sonrasında da kullanmak istediğini, nüfus memurluğuna bildirebilir. Bunun için haklı sebep veya eşinin izni aranmaz.

Birinci ve ikinci fıkralardaki bildirim, boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde ileri sürülebilir.

İkinci fıkraya göre boşanmadan sonra da kullanılmaya devam edilen soyadının değiştirilmesi, ancak Medeni Kanunun 27. maddesi gereğince haklı sebeplerle, soyadını kullanan eş tarafından talep edilebilir.”

“III. Aile soyadı

Madde 187- *Nişanlılar, evlenme başvurusu sırasında, hangi nişanlının mevcut veya bekârlık soyadının ailenin ortak soyadı olarak kullanılacağı yönünde veya ortak soyadı kullanmama konusunda birlikte tercih hakkına sahiptir.*

Soyadı, ailenin ortak soyadı olarak seçilmemiş olan nişanlı, en geç evlenme anına kadar mevcut veya bekârlık soyadının, ailenin ortak soyadının önüne eklenmesini isteyebilir.

Nişanlılar ortak aile soyadı belirlenmeyecekse, hangi nişanlının mevcut soyadının çocukların soyadı olarak tercih edildiği evlenme başvurusu sırasında nişanlılarca birlikte bildirilir.”

“A. Soyadı

Madde 321- *Evlilik içinde doğan çocuk, varsa ailenin ortak soyadını alır. Ailenin ortak soyadı yoksa çocuklar, nişanlıların evlilik başvurusu sırasında çocuklar için belirlediği soyadını alır.*

Evlilik dışında doğan çocuk, anasının; çocuğun doğumu sırasında kullandığı soyadını alır. Çocuğun doğduğu sırada anası evliyse ve bu sebeple soyadı değişmişse, çocuk ananın bekârlık soyadını alır.

Babasıyla olan soybağı tanıma veya mahkeme kararıyla kurulan evlilik dışı ve henüz ergin olmayan çocuğun babasının soyadını alması, velayetin babaya verilmiş olması ve haklı sebeplerin gerektirmesi halinde mümkündür.

Soybağının üçüncü fıkraya göre kurulduğu sırada çocuk erginse, çocuk bir yıllık süre içinde nüfus memurluğuna yapacağı başvuruyla, herhangi bir haklı sebebe gerek olmaksızın babasının soyadı almak istediğini bildirebilir.”

Geçiş hükmü:

“Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kurulmuş bulunan evliliklerde eşler, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 1 yıl içinde, nüfus memurluğuna birlikte başvurarak, kadının evlenme tarihindeki veya bekârlık soyadının ailenin ortak soyadı olarak kaydedilmesini talep edebilirler.

Kadının soyadı ile soyadı olarak kabul edilirse koca, kendi soyadının, ailenin ortak soyadının önüne eklenmesini isteyebilir.

Ailenin ortak soyadının birinci fıkraya göre değiştirilmesi, soyadını bunlardan alan ve değişiklik tarihinde ergin bulunmayan kişilerin soyadının da değişmesini sağlar. Ergin olanların soyadı, ancak aynı süre içinde buna rıza göstermeleri halinde mümkündür.

Evli kadın birinci fıkrafta belirtilen süre içinde nüfus memurluğuna başvurarak, evlenme tarihindeki mevcut veya bekârlık soyadını kullanmak istediğini bildirebilir. Bu durumda eşler aynı süre içinde birlikte başvurarak, ortak ve henüz ergin olmamış çocuklarının mevcut soyadının, kadın için seçilen soyadıyla değiştirilmesini isteyebilirler. Ergin olanların soyadı, ancak aynı süre içinde buna rıza göstermeleri halinde mümkündür.”

Sonuç

Soyadının doğal kazanım yolu doğumdur. Fakat soyadı kullanımının ilk kez getirildiği 1934 yılında, soyadının seçimiyle ilgili özel kurallar getirilmiştir. Uygulama alanı kalmamış bu hükümlerin, günümüzde soyadının değiştirilmesine bir etkisi yoktur. Bu nedenle, boşanma sonrasında haklı sebepler varsa çocuğun soyadının değiştirilmesi mümkündür. Anayasa Mahkemesinin, Soyadı Kanununun 1936 yılına kadar uygulanan bir hükmünün, buna engel gibi görüp iptaline karar vermesi hatalıdır.

Nüfus Hizmetleri Kanununun 2006 yılında yürürlüğe girmesiyle, babasıyla arasında soybağı ilişkisi kurulan evlilik dışında doğan çocukların, babasının soyadını alacağı esası getirilmiş ve Medeni Kanunun 321. maddesi örtülü olarak değiştirilmiştir. Buna rağmen Anayasa Mahkemesinin bu hükmü iptal etmesi yerinde olmamıştır.

Eşlerin ve çocukların soyadı konusunda, gelişmiş ülkelerde çok yakın tarihlere kadar önemli değişiklikler yapılarak, kadın erkek eşitliği sağlanmaya çalışılmıştır. Bu konuda Anayasa Mahkemesi, yine yerinde olmayarak Medeni Kanunun 187. maddesini iptal etmekten kaçınmıştır. Bu aşamadan sonra söz konusu olan eşitsizlik, Türk toplumunun genel yapısı ve aile anlayışına uygun olarak eşitlik ilkesine göre yasa değişikliğiyle çözümlenmelidir.

Bu amaçla hazırlanan Taslak, ulaşılmak istenen standardın gerisinde kalmaktadır. Bu nedenle çok yakın bir tarihte İsviçre hukukunda yapıldığı üzere, tüm soyadı meselesini bütüncül biçimde ele alıp, eşitlikçi biçimde düzenlemek gerekmektedir.

KAYNAKÇA

ABİK, Yıldız: Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Ankara 2005

ACABEY, Mehmet Beşir: Soybağı, Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle de Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı, İzmir 2002

AEBI-MÜLLER, Regina Elisabeth: “Aktuelle Entwicklungen im Familienrecht” (Aktuelle Anwaltspraxis 2009, s.33-112)

AEBI-MÜLLER, Regina Elisabeth: “Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht” (Jusletter 13. August 2012)

AKINTÜRK, Turgut: Türk Medeni Hukuku, C.II, Aile Hukuku, 11.Baskı, İstanbul 2008

AKKAYAN-YILDIRIM, Ayça: “Evlilik Dışı Çocuğun Soyadı ve 02.07.2009 Tarih 2005/114 E. 2009/105 K. Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararının Bu Bağlamda Değerlendirilmesi” (Prof.Dr. Rona SEROZAN’a Armağan, C.I, İstanbul 2010, s.69-89)

AYDOĞDU, Murat: Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme, İzmir 2006

BASLER KOMMENTAR, Zivilgesetzbuch I, Art.1-456 ZGB, Hrsg. Honsell, Heinrich / Vogt, Peter Nedim / Geiser, Thomas, 4.Aufl. Basel 2010 [yazar adı (BSK ZGB I)]

BAYGIN, Cem: Soybağı Hukuku, İstanbul 2010

BECK’SCHER ONLINE-KOMMENTAR BGB, Hrsg.Bamberger / Roth, Stand: 01.05.2012 [yazar adı (BeckOK BGB)]

BERNER KOMMENTAR ZUM SCHWEIZERISCHEN ZIVILGESETZBUCH, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung Art.1-9 ZGB, Bern 2012 [Yazar adı (Berner Komm. ZGB)]

BİDERBOST, Yvo: “Findelkinder Gedanken zum Thema aus juristscher Sicht – hier und dort angereicherter durch die drei letztjaehrigen Faelle, insbesondere desjenigen im Zürcher Universitaetsspital” (ZVW 1999, s.49-74)

BRAEM, Verena: Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, B.II/1c, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art.155-180 ZGB, 3.Aufl., Zürich 1998

BREITSCHMID, Peter: “Der Name des Kindes: Namenskontinuitaet odar Namenskoordination mit Betreuungssitiation? Bemerkung zu BGE 132

III 497” (ZVW 2007, s.31-33)

BUCHER, Andreas: “Bundesgericht, II. Zivilabteilung, Urteil vom 2. November 2010, 5A_424/2010, i.S.C.Y.c. Departement de l’Interieur du canton de Vaud” (AJP 2011, s.845-849)

ÇAKIRCA, Seda İrem: “Kadın Erkek Eşitliği Açısından MK.m.187’nin Değerlendirilmesi” (Prof.Dr. Rona SEROZAN’a Armağan, C.I, İstanbul 2010, s.703-748)

DAS ALLGEMEINE BÜRGERLICHE GESETZBUCH, Band I ABGB, 37.Aufl. Hrsg. Helmuth Tades / Gerhard Hopt / Georg Kathrein / Johannes Stabentheiner, Wien 2009 (Tades / Hopt / Kathrein / Stabentheiner)

DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku C.III, Aile Hukuku, İstanbul 2008

DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku C.II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2006

EKŞİ, Nuray: “Medeni Kanunun Kadının Soyadına İlişkin Hükmünün AİHS. Anayasa, Cedaw ve Möhuk Kapsamında Değerlendirilmesi” (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, 2011/II - 2012/I, Prof.Dr. Erhan ADAL’a Armağan, İstanbul 2012, s.311-331)

FAMKOMMENTAR, Scheidung B.I: ZGB, Hrsg. Ingeborg Schwenzer, 2.Aufl, Bern 2011 [Yazar adı (FamKomm)]

FASSBIND, Patrick / SPRING, Monika: “Revisionbedürftiges Namensrecht” (SJZ 2007, s.265-271)

FASSBIND, Patrick: “Bestimmung des Familiennamens der Kinder verheirateter Eltern de lege ferenda” (AJP 2008, s.1021-1028)

GENÇ-ARIDEMİR, Arzu: “Tanıma Yola ile Kurulan Soybağı” (Prof. Dr. Zahit İMRE’ye Armağan, İstanbul 2009, s.1-37)

GENÇ-ARIDEMİR, Arzu: “Türk Hukukunda Anne ve Babası Evli Olan Çocuğun Soyadı ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar” (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, 2011/II - 2012/I, Prof.Dr. Erhan ADAL’a Armağan, İstanbul 2012, s.731-753)

HAEBERLI, Thomas / MEIER, Philippe: “Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Vormundschaftsrecht (November 2010 bis Februar 2011)” (ZKE 2011, s.137-160)

HAEBERLI, Thomas / MEIER, Philippe: “Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Vormundschaftsrecht (Juli bis Oktober

2010)” (ZKE 2010, s.462-480)

HAEFLIGER, Rolf: Die Namensänderung nach Art.30 ZGB, Zürich 1996

HANDKOMMENTAR ZUM SCHWEIZER PRIVATRECHT, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 2.Aufl. Hrsg. Peter Breitschmid / Alexandra Rumo-Jungo, Zürich 2012 [yazar adı (HandKoom)]

HAUSHEER, Heinz / GEISER, Thomas / AEBI-MÜLLER, Regina Elisabeth: Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 4.Aufl. Bern 2010

HAUSHEER, Heinz / REUSSER, Ruth / GEISER, Thomas: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Band II; 1. Abt. Das Eherecht; 2. Teilband Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art.159-189 ZGB; Bern 1999

HAUSHEER, Heinz: “Die Familie im Wechselspiel von Gesellschaftsentwicklung und Recht” (ZBJV 2003, s.585-636)

HEGNAUER, Cyril/BREITSCHMID, Peter: Grundriss des Eherechts, 4.Aufl. Bern 2000

HEGNAUER, Cyril: “Neues Namensrecht in Sicht – Für eine überzeugende und zeitgemässe Neuordnung” (NZZ Nr.217 19.09.2007, s.20)

HEGNAUER, Cyril: “Vom Treten an Ort beim Namensrecht: Der Nationalrat und Europäische Menschenrechtskonvention” (NZZ Nr.85 14.04.2009, s.11)

HEGNAUER, Cyril: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Band II, 2. Abt. Die Verwandtschaft; 2. Teilband Die Wirkungen des Kindesverhältnisses; 1. Unterteilband Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Art.270-275 ZGB; Die Unterhaltspflicht der Eltern, Art.276-295 ZGB, Bern 1997

HEGNAUER, Cyril: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Band II, 2. Abt. Die Verwandtschaft; 1. Teilband Die Entstehung des Kindesverhältnisses Art.252-269c ZGB; Bern 1984

HEGNAUER, Cyril: Grundriss des Kindesrecht und des übrigen Verwandtschaftsrecht, 5.Aufl. Bern 1999 (Kindesrecht)

HOFER, Sibylle / HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie /

ROBERTO, Vito: Einleitungsartikel und Personenrecht, Bern 2011 [Yazar adı (Einleitungsartikel und Personenrecht)]

HRUBESCH-MILLAUEER, Stephanie / WYSS, Dominic: “*Rechtsprechungübersicht des Bundesgerichts (Auswahl) im Jahr 2010 und 2011 im Bereich des Personenrechts*” (AJP 2012, s.1017-1025)

HÜRLIMANN-KAUP, Bettina / SCHMID, Jörg: Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 2.Aufl. Zürich 2010

KOMMENTAR ZUM EHE- UND PARTNERSCHAFTSRECHT, Hrsg. Edwin Gitschthaler / Johann Höllwerth, Wien 2011 [yazar adı (Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht)]

KOMMENTAR ZUM EHEGESETZ, Hrsg. Edwin Gitschthaler / Johann Höllwerth, Wien 2008 [yazar adı (Kommentar zum Ehegesetz)]

KURZKOMMENTAR ZUM ABGB, Hrsg. Koziol, Helmut / Bydlinski, Peter / Bollenberg, Raimung, 3.Aufl. Wien 2010 [yazar adı (Kurzkomm. zum ABGB)]

KURZKOMMENTAR ZUM SCHWEIZERISCHES ZIVILGESETZBUCH, Hrsg. Andrea Bächler / Dominipue Jakob, Basel 2012 [yazar adı (Kurzkomm ZGB)]

LEVANTE, von Marco: “Namensaenderung in der Rechtsprechung des Bundesgerichts” (ZZW 2007, s.65-73)

MONTAVON, Pascal: “*Die persönlichen und die güterrechtlichen Auswirkungen der Scheidung*” (TREX 2001, s.380-390)

MÜLLER, Paul: Die Namensänderung nach Art.30 ZGB, Zürich 1972

MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BGB, 5.Aufl. 2010 [yazar adı (Münchener Kommentar zum BGB 5. Aufl.)]

MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BGB, 6.Aufl. 2012 [yazar adı (Münchener Kommentar zum BGB 6. Aufl.)]

OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 11.Baskı, İstanbul 2011

OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: “*Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler*” (Prof.Dr. Zahit İMRE’ye Armağan, İstanbul 2009, s.289-305)

ÖZDAMAR, Demet: Türk Hukukunda, Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu, Ankara 2002

ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 5.Baskı, Ankara 2004

PRÜTTING / WEGEN / WEINREICH BGB KOMMENTAR, 5. Aufl. 2010 [yazar adı (PWW BGB Komm.)]

RIEMER, Hans Michael / RIEMER-KAFKA, Gabriela: “Entwicklungen im Personenrecht (natürliche Personen)” (SJZ 2002, s.471-474)

RUMO-JUNGO, Alexandra: “Das neue Namensrecht – ein Diskussionbeitrag” (ZVW 2001, s.167-178)

RÜFENACHT, Michael: “Praxis des Bundesgerichts zur Namensänderung beim Scheidungskind” (recht 2005, s.62-65)

SEROZAN, Rona: “Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler” (Prof.Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, s.759-777)

SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm / Kişiler Hukuku, İstanbul 2011 (Medeni Hukuk)

STRAZS, Anna: “Weiterführung des bisherigen Familiennamens im Rahmen einer Erwachsenenadoption” (ius.focus 2011/3, s.5)

STURM, Fritz: “Verschlungene Wege der Schweizer Namensrechtsreform – Wo stehen wir heute?” (Familie, Erbe, Name, Hrsg. Dieter Henrich / Erik Jayme / Fritz Sturm, Frankfurt am Main 2010, s.37-70)

SUTTER-SOMM, Thomas / KOBEL, Felix: Familienrecht, Zürich 2009

THURNHEER, Simon: “Die Namensänderung in England und der Schweiz” (Jusletter 6. Februar 2012)

TUOR, Peter / SCHNEIDER, Bernhard / SCHMID, Jörg / RUMO-JUNGO, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13.Aufl. Zürich 2009

van der MEER, Jens / PERREN, Ruben: Repetitorium Personenrecht, 2.Aufl. Zürich 2011

ZEVLİLİLER, Aydın / ACABEY, Mehmet Beşir / GÖKYAYLA, Kadir Emre: Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara 2000

Ek: İsviçre Medeni Kanununun 30.11.2011 tarihinde kanunlaşmış, 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girecek olan soyadına ilişkin hükümlerinin tercümesi

<i>İsviçre Medeni Kanunu</i>	
<i>Yürürlükteki hükümler</i>	<i>01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girecek olan hükümler</i>
2. Adın değiştirilmesi Madde 30 Yerleşim yerinin kanton yönetimi, haklı sebeplerin bulunması halinde, ad değiştirilmesine izin verebilir. Nişanlıların, kadının soyadının aile soyadı olarak kullanılması yönündeki başvurularına, ciddi sebeplerin bulunması halinde izin verilir Adın değiştirilmesinden zarar gören kimse, bunu öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde değiştirme kararının kaldırılmasını dava edebilir.	2. Adın değiştirilmesi a. Genel olarak Madde 30 Yerleşim yerinin kanton yönetimi, ciddi sebeplerin bulunması halinde, ad değiştirilmesine izin verebilir. İkinci fıkra kaldırılmıştır. Adın değiştirilmesinden zarar gören kimse, bunu öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde değiştirme kararının kaldırılmasını dava edebilir. b. Eşlerden birinin ölmesi halinde Madde 30 a Eşlerden birinin ölmesi üzerine, diğeri, evlenmeyle soyadının değişmiş olması halinde, evlendirme memurluğuna her zaman yapabileceği başvuruyla, yeniden bekârlık soyadını kullanmak istediğini açıklayabilir.
A. Boşanan eşlerin hukuki durumu Madde 119 Soyadı değişmiş olan eş, evlenmeyle kazandığı soyadını; boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde nüfus memurluğuna yapabileceği başvuruyla, bekârlık soyadını (doğum soyadını) veya evlenmeden önceki soyadını kullanmak istediğini bildirmezse, korur. Vatandaşlık hakları boşanmadan etkilenmez.	A. Soyadı Madde 119 Soyadı değişmiş olan eş, evlenmeyle kazandığı soyadını boyanmadan sonra da korur; fakat nüfus memurluğuna her zaman yapabileceği başvuruyla, bekârlık soyadını yeniden kullanmak istediğini bildirebilir.

B. Aile soyadı Medde 160 Kocanın soyadı, eşlerin aile soyadıdır. Fakat kadın nişanlı, nüfus memurluğuna yapacağı başvuruyla, mevcut soyadını, aile soyadının önüne eklemek istediğini bildirebilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.	B. Soyadı Madde 160 Her eş, kendi soyadını muhafaza eder. Fakat nişanlılar, nüfus memurluğuna başvurarak, kadının veya erkeğin bekârlık soyadının aile soyadı olarak kullanılacağını istediklerini bildirebilirler. Nişanlılar kendi soyadlarını muhafaza edeceklerse, çocuklarının hangi nişanlının bekârlık soyadını taşıyacağını tespit ederler. Haklı sebeplerin varlığı halinde, nüfus memurluğu, nişanlıları bu yükümlükten muaf tutabilir.
--	--

A. Soyadı Art. 270 Ana-baba birbiriyle evliyse, çocuk onların aile soyadını alır. Birbirleriyle evli değillerse, çocuk annesinin soyadını ya da anne önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa, ilkinin alır.	A. Soyadı I. Evli ana babanın çocuğu Madde 270 Ana-baba birbiriyle evliyse ve farklı soyadlarını taşıyorlarsa çocuk, ana-babanın evlilik sırasında ortak çocukların soyadı için belirledikleri eşin bekârlık soyadını alır. Ana-baba, ilk çocuğun doğumundan itibaren bir yıl içinde birlikte, çocuğun diğer eşin bekârlık soyadını taşımasını isteyebilirler. Ana-baba ortak soyadı kullanıyorlarsa, çocuklar bu soyadını alır. II. Evli olmayan ana-babanın çocuğu Art. 270a Ana-baba birbiriyle evli değilse, çocuk annesinin bekârlık soyadını alır. Vesayet makamı, velayeti ana-babaya birlikte vermişse, bunlar nüfus memurluğuna bir yıl içinde, çocuğun babanın bekârlık soyadını taşıyacağını bildirebilirler. Velayetin sadece babaya bırakılması halinde, baba aynı açıklamayı yapabilir. III. Çocuğun onayı Madde 270 b Çocuk onikinci yaşını doldurmuşsa, onun soyadı, ancak buna rıza vermesiyle değişebilir.
---	---

Söz konusu değişikliklere ilişkin geçiş hükümleri de şöyle düzenlenmiştir:

2. Soyadı

Madde 8a

20 Eylül 2011 tarihli bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce evlilik sırasında soyadı değişmiş olan eş, nüfus memurluğuna her zaman başvurarak, yeniden bekârlık soyadını taşımak istediğini açıklayabilir.

IVquater. Çocukların soyadı

Madde 13d

Eşler, 30 Eylül 2011 tarihli bu Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, bu bölümün 8a maddesindeki açıklama (başvuru) nedeniyle artık ortak soyadı taşımayacaklarsa; eşler bu yeni Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl içinde, çocukların anılan açıklamayı yapan eşin bekârlık soyadını taşıyacağını açıklayabilirler.

30 Eylül 2011 tarihli bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce velayet, birbirleriyle evli olmayan ebeveynlere birlikte veya sadece babaya verilmişse; 270a maddesinin 2. ve 3. fıkralarında öngörülen açıklama, Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl içinde yapılabilir.

Çocuğun rızasına ilişkin 270b hükmü saklıdır.

PASSING OF RISK ACCORDING TO THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS AND THE NEW TURKISH CODE OF OBLIGATIONS FROM A COMPARATIVE PERSPECTIVE

Seda İrem ÇAKIRCA*

ABSTRACT

The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) entered into force in Turkey on 01 August 2011, making the CISG an applicable national law regarding the international sale of goods, therefore rules on passing of risk according to CISG and its consequences have special importance for Turkish law. On the other hand, when the new Turkish Code of Obligations (TBK) numbered 6098, enters into force rules on passing of risk will fundamentally change analogous with the CISG. In this respect, this paper aims to analyse the differences and correspondencies between the CISG and the TBK.

Key Words: *Passing of risk, The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, international trade, sale contract, Turkish Code of Obligations.*

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ULUSLARARASI SATIM SÖZLEŞMESİ VE YENİ TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE HASARIN GEÇİŞİNİN KARŞILAŞTIRMALI OLARAK İNCELENMESİ

ÖZET

01 Ağustos 2011 tarihinden itibaren, Türkiye için iç hukuk niteliğinde olan Birleşmiş Milletler Uluslararası Satım Sözleşmesi'nin (CISG) hasarın geçişine ilişkin kurallarının ve bu kuralların sonuçlarının ortaya konulması, Türk hukuku açısından özel bir önem arz etmektedir. Öte yandan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, Türk satım hukukunda edim ve karşı edim hasarının alıcıya geçişine dair düzenlemelerde köklü ve CISG ile paralel değişiklikler meydana gelmiştir. Bu bağlamda çalışmanın amacı; (CISG) ve yeni Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) hasarın geçişine ilişkin hükümlerini karşılaştırmalı olarak inceleyip, paralellikleri ve farklılıkları ortaya koymaktır.

Anahtar Kelimeler: *Hasarın geçişi, Birleşmiş Milletler Uluslararası Satım Sözleşmesi, Uluslararası ticaret, Satım sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu.*

* Research Assistant Dr., Istanbul University Faculty of Political Sciences Department of Public Administration, Sub-department of Legal Sciences. icakirca@istanbul.edu.tr .

I. Introduction

In 1928, Ernst Rabel, who was a director of the Kaiser Wilhelm Institute for Foreign and International Law in Berlin, suggested that work on the unification of the law of international sales of goods should be started. In 1936, he published the first volume of his seminal work. “Das Recht des Warenkaufs,” providing an analysis of the *status quo* of sales law on a broad comparative basis¹. His book was also published in two editions in 1935 and 1939 before World War II interrupted any further unification efforts. In January 1951, a diplomatic conference on the unification of sales law was held in the Hague. The debates on new versions, published in 1956 and 1963, came to an end in 1964, when the Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (ULFIS) and the Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS) were both drafted at the Hague². However, ULFIS and ULIS failed to fulfill the great expectations of them because only nine states became party to treaty, while important economies like the US and France did not participate³.

Nevertheless, in 1966, UNICITRAL (the United Nations Commission on International Trade Law) was established and continued the work towards the unification of sales law, using the ULIS and ULFIS as a groundwork⁴. On 11 April 1980, the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, also known as the Vienna Sales Convention (hereinafter the CISG, or the Convention), was approved in Vienna and came into force on 1 January 1988.

The CISG quickly became one of the most successful⁵ multinational treaties ever in the field of agreements designed to unify rules traditionally addressed only in domestic legal systems, and it has since been ratified by significant number of states⁶, including Turkey. As of today, approximately 80 per cent of the world’s trade in goods is therefore governed by the Convention⁷.

¹ Honsell/Siehr, Preamble N. 1; Schwenger/Hachem, p. 459.

² Honsell/Siehr, Preamble N. 2; Posch, §19/4.

³ Pfund, p. 98.

⁴ Honsell/Siehr, Preamble N. 3; Schwenger/Hachem, p. 459.

⁵ It has been often pointed out that the CISG should be considered as a great success. See e.g., Ferrari, p. 158.

⁶ The number of Contracting States has risen to 78. All major trading nations, except the United Kingdom, such as the USA, China, India, Germany and Russia have ratified this convention. A list of contracting states can be found at http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html, (last accessed on 23 May 2012)

⁷ Schlechtriem/Schwenger, p. 1; Fountoulakis, p. 8.

The CISG was accepted by the Turkish Parliament on 2 April 2009, and published in the Official Gazette numbered 27545 on 7 April 2010. Turkey deposited the instrument of accession with the United Nations on 1 July 2010. Pursuant to Art. 99 (2) CISG, on the first day of the month following the expiration of twelve months after the date of the deposit of its instrument of accession, the Convention entered into force in Turkey on 01 August 2011, making the CISG an applicable national law regarding the international sale of goods⁸.

The Convention consists of four parts. Part I deals with its sphere of application and general provisions. Part II sets out its rules on the formation of contracts. Part III presents the rights and obligations of the parties, and Part IV the public international law provisions. The Convention does not apply to certain types of sales or to sales of certain goods⁹.

The CISG has influenced many international law instruments and national laws¹⁰. For instance, UNIDROIT Principles of International

⁸ The CISG became an applicable national law pursuant to Art. 90 Constitution of the Republic of Turkey. Art. 90 of Constitution of the Republic of Turkey states:

“D. Ratification of International Treaties (As amended on May 22, 2004)

ARTICLE 90. The ratification of treaties concluded with foreign states and international organisations on behalf of the Republic of Turkey, shall be subject to adoption by the Turkish Grand National Assembly by a law approving the ratification.

Agreements regulating economic, commercial and technical relations, and covering a period of no more than one year, may be put into effect through promulgation, provided they do not entail any financial commitment by the state, and provided they do not infringe upon the status of individuals or upon the property rights of Turkish citizens abroad. In such cases, these agreements must be brought to the knowledge of the Turkish Grand National Assembly within two months of their promulgation.

Agreements in connection with the implementation of an international treaty, and economic, commercial, technical, or administrative agreements which are concluded depending on the authorisation as stated in the law shall not require approval of the Turkish Grand National Assembly. However, agreements concluded under the provision of this paragraph and affecting economic, or commercial relations and the private rights of individuals shall not be put into effect unless promulgated.

Agreements resulting in amendments to Turkish laws shall be subject to the provisions of the first paragraph.

International agreements duly put into effect bear the force of law. No appeal to the Constitutional Court shall be made with regard to these agreements, on the grounds that they are unconstitutional. In the case of a conflict between international agreements in the area of fundamental rights and freedoms duly put into effect and the domestic laws due to differences in provisions on the same matter, the provisions of international agreements shall prevail.”

⁹ It does not apply to consumer sales, and is not concerned with the validity of the contract or the effect which the contract may have on property in the goods sold or the liability of the seller for death or personal injury caused to any person by the goods sold. See Pfund, p. 105-106.

¹⁰ Schwenger/Hachem, p. 462.

Commercial Contracts, the Principles of European Contract Law (PECL), the EC Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods both rely on the CISG. At a domestic level, the Convention has set an example for revisions of laws of contract of the Baltic States and several Eastern European jurisdictions. The original basic concept for the modernisation of the German law of obligations was also taken from the CISG. Finally, and most notably, the China's contract law, which perhaps will in the long run become increasingly important for international trade, is modelled on the CISG¹¹.

This article attempts to compare the passing of risk according to the CISG and the new Turkish Code of Obligations (Türk Borçlar Kanunu, hereinafter referred as TBK)¹². It particularly emphasizes the CISG's huge effect on the TBK. In order to explore the differences and correspondencies between the CISG and the TBK, this article first explains, Art. 66-69 CISG, concerning which party should suffer the economic consequences in the case of goods being accidentally lost, damaged or destroyed. Then it discusses the Turkish system regarding the passing of risk, which is regulated in Art. 208 of the Turkish Code of Obligations. The article concludes by comparing the CISG and Turkish law.

II. The Passing of Risk According to the CISG

1. Time of the Passing of Risk (Article 66 CISG)

A decision has to be made as to which party should bear the risk when goods accidentally get lost, damaged or destroyed in the period between concluding and fulfilling a contract. Art. 66 CISG sets out a general rule on passing of risk and its exemption¹³.

Thus, Art. 66 CISG, which determines when the passing of risk occurs between the contracting parties, states that the buyer has to pay the purchase price even if the goods are destroyed¹⁴. Once the seller has performed his or her obligations, the payment risk is passed on the buyer. On the other hand, the final part of the Art. 66 CISG enables the buyer to be discharged from paying the purchase price if the seller's breach of the contract is fundamental¹⁵. It can

¹¹ Schlechtriem/Schwenzer, p. 10; Schwenzer/Fountoulakis, p. 22.

¹² The Turkish Parliament enacted a new Turkish Code of Obligations on 11 January 2011. The Code is applicable from 1 July 2012.

¹³ Honsell/Schönle/Th. Koller, Art. 66 N. 3.

¹⁴ Honsell/Schönle/Th. Koller, Art. 66 N. 3; Staudinger/Magnus, Art. 66 N. 1.

¹⁵ Honsell/Schönle/Th. Koller, Art. 66 N. 10; Staudinger/Magnus, Art. 66 N. 12; Kröll/Miste-

be said that the passing of the risk changes the liability of the seller. Normally, such risks are covered by appropriate insurance, but the party who bears the risk must still deal with the insurance claim¹⁶. However, the fact that insurance cannot cover all types of risks must not be forgotten.

Although, the concept of 'risk' is not defined in the Convention, Art. 66 CISG's wording makes it easy to understand what should be understood from the 'risk'. According to Art. 66 CISG 'risk' is the accidental reduction shrinkage of goods or theft of goods between concluding and fulfilling the contract¹⁷. 'Accidental' emphasizes that neither the seller nor the buyer has any involvement in the damage or loss. In other words, risk is understood as loss or damage which is not due to an act or omission of the seller or buyer¹⁸.

Actions by states, such as confiscation, or export and import prohibitions, can also cause loss or damage of goods, but whether Art. 66 CISG is applicable in these cases is debatable. Certain scholars suggest that the scope of application of Art. 66 CISG includes such governmental measures because what caused the loss of, or damage to the goods is irrelevant in this situation¹⁹. However, the prevailing view states that loss or damage of goods due to governmental measures cannot be taken into account within the scope of Art. 66 CISG because the party which bears the risk of the consequences of governmental measures cannot be insured²⁰. There are very few types of insurance available for this kind of risk.

The parties' agreement on the passing of risk has an incontrovertible effect on the applicable law. Pursuant to Art. 6 CISG, the parties may exclude the application of the Convention or, subject to Art. 12 CISG, derogate from or vary the effect of any of its provisions²¹. In other words, the parties may exclude the CISG entirely or partially. Except for Art. 12 CISG, all provisions

lis/Perales Viscasillas/ Erauw Art. 66 N. 16.

¹⁶ Schlechtriem/Schwenzer/Hager/Schmidt-Kessel, Art. 66 N. 3.

¹⁷ Schwenzer/ Fountoulakis, p. 469, 470; Staudinger/Magnus, Art. 66 N. 5; Erauw, p. 204.

¹⁸ Schlechtriem/Schwenzer/Hager/Schmidt-Kessel, Art. 66 N. 1; Honsell/Schönle/Th. Koller, Art. 66 N. 13; MünchKommBGB/Huber CISG, Art. 66 N. 11; Bridge, The Transfer of Risk, p.78; Staudinger/Magnus, Art. 66 N. 6.

¹⁹ Achilles, p. 196.

²⁰ Schlechtriem, p. 146; Schlechtriem/Schwenzer/Hager, p. 636; Akkanat, p. 271; Romein, Chapter 1, A, I, 2; Honsell/Schönle/Th. Koller, Art. 66 N. 19; Bridge, The Transfer of Risk, p. 79; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Erauw Art. 66 N. 34 .

²¹ Honsell/Schönle/Th. Koller, Art. 66 N. 30; Schwenzer/ Fountoulakis, p. 470; Staudinger/Magnus, Vorbem zu Art. 66 ff CISG N. 1; Erauw, p. 203.

of the Convention are non-obligatory. Therefore, the courts enforce the contract agreed by the parties with regard to risk allocation. By doing this, the courts take into consideration not only at the language of the contract but also at the specific trade terms, like INCOTERMS²².

As far as international trade is concerned, the time of passing of risk is mostly decided by the parties in the contract. Exceptionally, when the parties fail to determine anything concerning the passing of risk in the contract, either the provisions of the Convention or national law can be applied²³. In this respect, INCOTERMS have a special importance, because they can also be chosen in order to regulate the time of passing of risk. Under most of the INCOTERMS clauses, risk passes from the seller to the buyer at the time of delivery depending on the chosen INCOTERM²⁴. However, in reality, this has little effect at all, considering the Convention inasmuch as there is compliance between the Convention and INCOTERMS regarding this issue. In other words, the CISG provisions on risk of loss as a default system are perfectly compatible with INCOTERMS 2010 as contractual terms²⁵.

Definitions of the moment at which risk passes differ from each other, whether it be the moment of concluding the contract, the moment at which ownership passes, or the moment when the goods are handed over²⁶. The Convention distinguishes the problem of passing of risk, not only from ownership, but also delivery²⁷. For the international sale of goods, it is not appropriate to define the moment of concluding the contract as the moment at which the risk passes. This is because most international sales of goods involve selling at a distance, so it is not always possible to establish exactly when the contract has been signed.

²² Butler, § 5.02.

²³ Atamer, CISG, p. 264

²⁴ Schwenzer/ Fountoulakis, p. 470; Staudinger/Magnus, Vorbem zu Art. 66 ff CISG N. 7; Erauw, p. 212.

²⁵ The CISG serves as a general background for the INCOTERMS, which are revised every ten years, and are responsible for the CISG's fine-tuning, Schwenzer/Hachem, p. 477; Ramberg, p. 219-222.

²⁶ Akkanat, p. 272; Erauw, p. 214; Hager, Einheitliches Kaufrecht, p. 388.

²⁷ Atamer, CISG, p. 264.

2. Passing of Risk When the Contract Involves Carriage of the Goods (Art. 67 CISG)

Art. 67 CISG governs the passing of risk where a contract of sale involves carriage of the goods²⁸. However, Art. 67 CISG's practical significance is limited, since in international trade, the parties usually agree to specific terms (CIF, FOB, 'ex ship') which take priority over the CISG rules by virtue of Art. 6 CISG²⁹. In other words, the parties can arrange risk after the carrier has the goods at the ship's rail or when the goods come on board, although one could not seriously consider using such tests in a modern statute. According to Art. 8 CISG, the contract of sale can state this explicitly or implicitly³⁰.

Art. 67 (1) CISG establishes a distinction between two situations, depending on whether the seller is bound to hand the goods over at particular place or not. Art. 67 (1), sentence 1 CISG clarifies that the risk passes to the buyer when the goods are handed over to the first carrier for transmission to buyer³¹, while Art. 67 (1), sentence 2 CISG states that the risk passes to the buyer when the goods are handed over to the carrier in accordance with the contract of sale. This reference to the contract of sale means only that the contract must provide for carriage of the goods³², which entails that the seller has no responsibility for loss or damage to the goods during transportation³³.

The placing of transport risk on the buyer after the goods have been handed over to the first carrier is in accordance with an international, widely recognized rule³⁴. Then, after the arrival of the goods, the buyer is in a better position than the seller to establish whether any damage has occurred as a result of transport³⁵. Honnold suggests that, in the case of 'high-tech' goods, which only the seller can repair, the buyer may wish to consider negotiating

²⁸ Honsell/Schönle/Th. Koller, Art. 67 N. 1; MünchKommBGB/Huber CISG, Art. 67 N. 3.

²⁹ Schlectriem/Schwenzer/Hager/Schmidt-Kessel, Art. 67 N. 2; Cenini/Parisi, p. 165; Staudinger/Magnus, Art. 67 N. 3.

³⁰ Honsell/Schönle/Th. Koller; Art. 67 N. 16

³¹ Honsell/Schönle/Th. Koller; Art. 67 N. 3; Bridge, The International Sale of Goods, N. 8. 54; Staudinger/Magnus, Art. 67 N. 8; Atamer, CISG, p. 265; MünchKommBGB/Huber CISG, Art. 67 N. 11.

³² Schlectriem/Schwenzer/Hager/Schmidt-Kessel, Art. 67 N. 8; Schwenzer/Fountoulakis, p. 473.

³³ Honsell/Schönle/Th. Koller, Art. 67 N. 6.

³⁴ Hager, Gefahrtragung, p. 81.

³⁵ Honnold, p. 8-5, Schlectriem/Schwenzer/Hager/Schmidt-Kessel, Art. 67 N. 3; Cenini/Parisi, p. 165.

the clause, so that responsibility for the goods passes from the seller only after their arrival at their final destination³⁶.

Under the Convention, the first carrier is not an auxiliary person of the seller but an independent third person³⁷. Therefore, risk does not pass to the buyer when the seller loads the goods on his own trucks for delivery to the rail or ocean carrier³⁸. That is the seller does not hand over the goods when he/she loads his/her own truck because those trucks are not legally a 'carrier'. Rather, 'handing over' means the moment that the carrier takes the goods into its custody³⁹. As long as the goods are still in the seller's custody the risk does not pass to the buyer, so Art. 67 (1), sentence 1 CISG remains inapplicable. This is because the handing over of the goods to the carrier signifies a transfer of the power to control the goods. Consequently, the carrier must have an independent legal identity.

In the case of combined transport by land and sea, the entire transportation process is at the buyer's risk, unless Art. 67 (1), sentence 2 CISG applies, because the CISG focuses explicitly on the handing over of the goods to the first carrier⁴⁰. Within the scope of sentence 1, the relationship between the seller and buyer is therefore not relevant to establishing the precise moment at which any damage occurred. This approach is especially appropriate for modern container transportation, when it will often be impossible to determine exactly the time at which damage occurred⁴¹.

Art. 67 (1), sentence 2 CISG states that, if the seller has to hand over the goods to the carrier at a particular place, the risk passes to the buyer when they are handed over to the carrier at that place⁴². This rule is intended for the case where a seller, whose place of business is inland, agrees to deliver the goods at a seaport⁴³. Transport overland therefore takes place at the seller's

³⁶ Honnold, p. 8-5; Cenini/Parisi, p. 165; Staudinger/Magnus, Art. 67 N. 11.

³⁷ Schlechtriem/Schwenzer/Hager/Schmidt-Kessel, Art. 67 N. 6; Honsell/Schönle/Th. Koller, Art. 67 N. 20; Bridge, The Transfer of Risk, p. 87; Schwenzer/ Fountoulakis, p. 474; MünchKommBGB/Huber CISG, Art. 67 N. 10.

³⁸ Honsell/Schönle/Th. Koller, Art. 67 N. 21; Honnold, p. 8-9.

³⁹ Schwenzer/ Fountoulakis, p. 474; Staudinger/Magnus, Art. 67 N. 15.

⁴⁰ Schlechtriem/Schwenzer/Hager/Schmidt-Kessel, Art. 67 N. 5; Honsell/Schönle/Th. Koller, Art. 67 N. 8.

⁴¹ Schlechtriem/Schwenzer/Hager/Schmidt-Kessel, Art. 67 N. 5; Schwenzer/ Fountoulakis, p. 476.

⁴² Honsell/Schönle/Th. Koller, Art. 67 N. 24; Staudinger/Magnus, Art. 67 N. 22; MünchKommBGB/Huber CISG, Art. 67 N. 14.

⁴³ Schlechtriem/Schwenzer/Hager/Schmidt-Kessel, Art. 67 N. 10.

risk, while sea transport becomes the buyer's risk. In this case, the second sentence of Art. 67 (1) CISG can be applied, regardless of whether the seller uses his own personnel or an independent carrier to transport the goods on the first part of their journey⁴⁴.

Art. 67 (1), sentence 3 CISG states that the risk passes to the buyer notwithstanding the fact that the seller may retain documents controlling the disposition of the goods⁴⁵. This rule is particularly relevant in modern transactions conducted without documents because the right to control the disposition of goods follows simply from the contract of carriage⁴⁶. According to this provision, the risk passes without taking into account who owns the goods pursuant to Art. 4 (b) CISG⁴⁷. Under the CISG, passing of risk occurs independently of the transfer of title. Moreover the risk does not pass to the buyer unless the goods are clearly identified to the contract, whether by markings on the goods themselves, by shipping documents, by notice given to the buyer, or by some other means⁴⁸.

Art. 67 (2) CISG aims at protecting the buyer against the possibility of a seller presenting lost or damaged goods, or even no goods at all, after a risk situation has occurred⁴⁹. This rule lays down that the risk does not pass to the buyer until the goods are clearly identified to the contract⁵⁰. This identification can be accomplished by notice to the buyer but is not a necessity⁵¹.

This rule also leads to a splitting of risk. Under Art. 67, the risk may become split in three cases: if the seller uses his own personnel to transport the goods for part of the way; or is obliged to hand over the goods to the carrier at a particular place or identifies the goods to the contract only after transport has commenced⁵².

⁴⁴ Schlectriem/Schwenzer/Hager/Schmidt-Kessel, Art. 67 N. 11.

⁴⁵ Schwenzer/ Fountoulakis, p. 476; Staudinger/Magnus, Art. 67 N. 23; Hager, *Einheitliches Kaufrecht*, p. 393.

⁴⁶ Honsell/Schönle/Th. Koller, Art. 67 N. 33; Schlectriem/Schwenzer/Hager/Schmidt-Kessel, Art. 67 N. 12.

⁴⁷ Romein, Chapter 1, B, I, 1, c; Butler, § 5. 04.

⁴⁸ Butler, § 5. 04; DiMatteo/Dhooge/Greene/Maurer/Pagnattaro, p. 122; Bridge, *The Transfer of Risk*, p. 92.

⁴⁹ Schwenzer/ Fountoulakis, p. 476.

⁵⁰ Honsell/Schönle/Th. Koller, Art. 67 N. 27; Bridge, *The International Sale of Goods*, N. 8. 55; Atamer, CISG, p. 266; MünchKommBGB/Huber CISG, Art. 67 N. 17.

⁵¹ Bridge, *The Transfer of Risk*, p. 91.

⁵² Schlectriem/Schwenzer/Hager/Schmidt-Kessel, Art. 67 N. 16.

There are no rules laid down concerning the burden of proof. This gap should be filled in conformity with Art. 7 (2) CISG⁵³, applying the general principle that a person who relies on a rule in his favour must prove that the preconditions for the application of that rule are satisfied. This means that a seller claiming payment of the price must prove that the goods were in accordance with the contract when the risk passed to the buyer. However, the buyer bears the burden of proof if he has paid the price in return for the handing over of documents and now wishes to avoid the contract on account of defects in the goods⁵⁴.

3. The Passing of Risk When the Goods Sold in Transit (Art. 68 CISG)

Art. 68 CISG clarifies the exact moment of the passing of risk when the goods sold are in transit. Thus Art. 68, sentence 1 CISG states the general rule that, if the goods are sold in transit, the risk passes to the buyer from the time of the conclusion of the contract⁵⁵. However, Art. 67 (1) CISG cannot be applied in this situation when the goods have not been handed over to an independent carrier in order to transport them to the buyer⁵⁶.

Art. 68, sentence 1 CISG can easily be applied when the results of damage are determinable. However, it is unlikely that a particular event can be identified as the cause of the damage. Therefore, it is difficult for the buyer to prove that the loss or damage to the goods happened prior to the conclusion of the contract⁵⁷. Because the scope of this provision includes goods that are sold in transit for the second time to the second buyer, the seller is not selling the same goods to different buyers. Rather, the goods are being sold consecutively in a chain in this respect. From the time of the conclusion of the second contract, the risk passes to the new buyer so Art. 68, sentence 1 CISG again becomes retroactive. Certainly, Art 67 CISG applies at this point and until the goods are handed over to the first carrier the seller bears the risk. By the time the conclusion of the second contract, the first buyer bears the risk,

⁵³ Gaps must be filled in conformity with the Convention's general principles, according to Article 7 (2) CISG. Visser, p. 81-82.

⁵⁴ Schlectriem/Schwenzer/Hager/Schmidt-Kessel, Art. 67 N. 17.

⁵⁵ Schwenzer/Fountoulakis, p. 481; Schlectriem/Schwenzer/Hager/Schmidt-Kessel, Art. 68 N. 3; Staudinger/Magnus, Art. 68 N. 5.

⁵⁶ Honsell/Schönle/Th. Koller, Art. 68 N. 6; Bridge, The International Sale of Goods N. 8. 54; Staudinger/Magnus, Art. 68 N. 6.

⁵⁷ MünchKommBGB/Huber CISG, Art. 68 N. 6.

while the second buyer bears the passing of the risk after the conclusion of the second contract.

With regard to Art. 68, sentence 2 CISG, if the circumstances so indicate, the risk passes at the moment the goods are handed over to the carrier who issued the documents representing the carriage contract⁵⁸. Although Art. 68, sentence 2 CISG is an exception to sentence 1, its significance cannot be denied. However, this matter was regulated differently in Art. 99 ULIS⁵⁹. The ULIS provided that, if goods are sold in transit, the risk should pass retroactively at the moment the goods are loaded on board ship. Art. 99 ULIS was criticised by third world countries⁶⁰, which mostly can be described as import oriented countries, because of the buyer's position in this respect. According to Art. 99 ULIS, the buyer bears the risk, even for the period prior to the conclusion of the contract. Consequently, Art. 68, sentence 1 CISG differs from the ULIS in imposing the risk on the buyer only after the conclusion of the contract. This provision prevents any difficulties of proof, while also giving the buyer alone an opportunity to pursue claims stemming from damage occurring while the goods are in transit. At the same time, however, the buyer bears the consequences of any inadequacy in the insurance.

Art. 68, sentence 3 CISG indicates the counter exception to Art. 68, sentence 2 CISG. According to this provision, where the seller is held to have known of any inadequacy or losses of the goods without disclosing them at the time of the conclusion of the contract, then the seller bears the risk of these inadequate or lost goods⁶¹. The buyer can pursue all remedies available in case of breach of contract (Art. 45 CISG). The third sentence of Art. 68 is necessary only because the second sentence has introduced the anomaly of the risk passing before the contract is made. It is for this reason that there is nothing corresponding to the third sentence in any other provision concerning risk

⁵⁸ Honsell/Schönle/Th. Koller, Art.68 N.8; Schwenger/ Fountoulakis, p. 482; Schlectriem/Schwenger/Hager/Schmidt-Kessel, Art. 68 N. 4.

⁵⁹ Atamer, CISG, p. 267.

⁶⁰ Butler, § 5. 05; Atamer, CISG, p. 268.

⁶¹ Honsell/Schönle/Th. Koller, Art. 68 N. 20; Schlectriem/Schwenger/Hager/Schmidt-Kessel, Art. 68 N. 7; MünchKommBGB/Huber CISG, Art. 68 N. 11.

4. General Residual Rules on Risk

Art. 69 CISG is beyond the scope of the cases governed by Art. 67 and 68 CISG. In other words, Art. 69 CISG applies to all contracts that do not involve the carriage of goods by a ‘carrier’⁶². Art. 69 CISG breaks down into two cases: where the goods are to be handed over at the seller’s place, and cases where they are to be handed over in some other place⁶³.

Art. 69 (1) CISG applies when the contract calls for the buyer to come for the goods at the seller’s place of business, often called a sale ‘ex works’⁶⁴. According to Art 69 (1) CISG, the risk passes to the buyer when he takes over the goods⁶⁵. This provision protects the buyer instead of the seller because in this situation, the seller still has control of the goods and, because of that, he/she is in a better position to protect the goods and to provide for their insurance⁶⁶. However, if the buyer takes over the goods behind schedule, due to the second part of Art. 69 (1) CISG the risk passes at the moment when such a delay causes a breach of contract, or from the moment when the goods have been placed at the buyer’s disposal, whichever is the later⁶⁷. Although Art. 69 (1) CISG does not require a notice from the seller in order for the goods to be at the buyer’s disposal, this requirement can be inferred from Art. 69 (2) CISG⁶⁸.

Art. 69 (2) CISG applies to all other transactions not within Art. 67, 68 or 69 (1) CISG⁶⁹. To put it another way, Art. 69 (2) CISG governs when the contract does not include transportation by a carrier and the buyer is not to take over the goods at the seller’s place of business⁷⁰. It therefore deals with cases in which the contract requires the buyer to take over the goods from

⁶² Honsell/Schönle/Th. Koller, Art. 69 N. 4; Schlechtriem/Schwenzer/Hager/Schmidt-Kessel, Art. 69 N. 3; Atamer, CISG, p. 269; Staudinger/Magnus, Art. 69 N. 7.

⁶³ Bridge, The Transfer of Risk, p. 98.

⁶⁴ Schwenzer/ Fountoulakis, p. 485; Schlechtriem/Schwenzer/Hager/Schmidt-Kessel, Art. 69 N. 3.

⁶⁵ Erauw, p. 214.

⁶⁶ MünchKommBGB/Huber CISG, Art. 69 N. 4.

⁶⁷ Honsell/Schönle/Th. Koller, Art. 69 N. 7; Schlechtriem/Schwenzer/Hager/Schmidt-Kessel, Art. 69 N. 6; Erauw, p. 214; Staudinger/Magnus, Art. 69 N. 18.

⁶⁸ Bridge, The Transfer of Risk, p. 99; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Raymond Art. 69 N. 4.

⁶⁹ Schwenzer/ Fountoulakis, p. 486.

⁷⁰ Honsell/Schönle/Th. Koller, Art. 69 N. 15; Schlechtriem/Schwenzer/Hager/Schmidt-Kessel, Art. 69 N. 7; Atamer, CISG, p. 270.

a third party, usually from a public warehouse. In this case, the risk passes when delivery is due and the buyer has been made aware of the fact that the goods have been placed at his disposal at that place⁷¹. In this instance, the seller is not in better position than the buyer to protect and insure the goods, or pursue claims arising out of their loss. The main intention of this provision is to provide equality between the buyer and the seller in regard to the passing of risk in that the risk should pass as soon as the buyer is in a position to take delivery of the goods. Delivery must be completed when due, and the buyer should be made aware that the goods are at his/her disposal at the particular place. One only can assume that the goods have been placed at the buyer's disposal if the seller has done everything required to allow the buyer to take control of the goods, such as by giving orders to the warehouseman or a delivery notice to the buyer⁷².

Art 69 (2) CISG deals not only with cases in which the buyer is bound to take over the goods at a public warehouse in which the seller has custody of the goods but also with the case in which the contract of sale involves carriage of the goods, but out of scope of Art. 67 CISG. It is important to note how the passing of risk takes place when breach of the contract occurs. Under Art. 69 (1) CISG, a breach of the contract must arise from a failure to take delivery. Other breaches of the contract do not affect the passing of the risk. Specifically, a breach which does not make it impossible for the seller to hand over the goods, but removes or suspends his obligation to do so, is not enough. If delivery of the goods is concluded by the seller, but the buyer fails to pay the purchase price, with the result that the seller does not hand over the goods, the buyer's breach does not cause the risk to pass to him.

Art. 69 (3) CISG requires that goods be 'clearly identified to the contract' before risk can pass to the buyer⁷³. Like Art. 67, Art. 69 presupposes identification of the goods⁷⁴. As such, the goods are first considered to be placed at the disposal of the buyer when such identification takes place by marking, notice, etc. If the goods are not identified, the risk remains with the seller⁷⁵.

⁷¹ Butler, § 5. 06; Erauw, p. 214; Schlectriem/Schwenzer/Hager/Schmidt-Kessel, Art. 69 N. 7.

⁷² Honsell/Schönle/Th. Koller, Art. 69 N. 15.

⁷³ Honsell/Schönle/Th. Koller, Art. 69 N. 21 Schlectriem/Schwenzer/Hager/Schmidt-Kessel, Art. 69 N. 9.

⁷⁴ Honsell/Schönle/Th. Koller, Art. 69 N. 23; Staudinger/Magnus, Art. 69 N. 24.

⁷⁵ Schwenzer/ Fountoulakis, p. 487; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Raymond, Art. 69 N. 7.

5. Risk When the Seller is in Breach of Contract (Art.70 CISG)

Art. 70 CISG states that if the seller has committed a fundamental breach of contract, Art. 67, 68 and 69 CISG do not impair the remedies available to the buyer on account of the breach. However, this provision can only be applied when the seller has committed a fundamental breach of contract⁷⁶. The main issue here is whether a breach of contract by the seller will prevent the risk from passing to the buyer.

Art. 70 CISG extends Art. 66 (2) CISG by keeping remedies available when the seller commits a breach of contract and, at the same time, the goods are lost by accident, independently of the breach of contract by the seller. The fact that the seller has committed a fundamental breach of contract, as meant in Art. 25 CISG, does not prevent the risk from passing to the buyer under the provisions of Art. 67-69 CISG.

When the buyer claims those damages he/she can only claim damages which are justified by the fundamental breach of contract, but not the damages which occurred accidentally after the risk had passed to the buyer. In other words, if the seller commits a fundamental breach, although the risk has passed, a buyer may elect to insist on the delivery of substitute goods pursuant to Art. 46 (2) CISG, or to avoid the contract pursuant to Art. 49 CISG⁷⁷.

When there is a non-fundamental breach of contract, in spite of the breach of contract, the risk passes to the buyer at the time in which the normal conditions for the passing of the risk are fulfilled. That risk cannot be transferred back to the seller retroactively because the remedies for declaring the contract avoided or requiring the seller to remedy the lack of conformity by repair, are excluded in cases in which the breach of contract is not fundamental⁷⁸. Instead, the risk passes normally according to articles 66 et seq. CISG.

This discussion also applies to other breaches of contract by the seller. When the seller is too late in forwarding the goods, they travel at his risk when the buyer can exercise the remedy to declare the contract avoided because of this breach of contract⁷⁹.

⁷⁶ Honsell/Schönle/Th. Koller, Art. 70 N. 3; Schlechtriem/Schwenzer/Hager/Schmidt-Kessel, Art. 70 N. 2.

⁷⁷ Butler, § 5. 07; Honsell/Schönle/Th. Koller, Art. 70 N. 11; Bridge, The Transfer of Risk, p. 104; Schlechtriem/Schwenzer/Hager/Schmidt-Kessel, Art. 70 N. 9; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Erauw Art. 70 N. 3.

⁷⁸ Honsell/Schönle/Th. Koller, Art. 70 N. 13; Schwenzer/ Fountoulakis, p. 491.

⁷⁹ Atamer, CISG, p. 277.

III. Passing of Risk According to the New Turkish Code of Obligations

1.Introduction

The fundamental rules for the passing of risk and benefit according to the new Turkish Code of Obligations are regulated in Art. 208 and Art. 245.

Art. 208 TBK states as follows;

“The risk and benefit stay with the seller till the transfer of possession of the goods in the sale of movables and their registration in the sale of immovables, unless the law or the circumstances or the discrete situations that arise from the special conditions that are set forth in the contract so indicate.

In the sale of movables, if the buyer is in default of acceptance of taking the possession of the goods, the risk and benefit pass to the buyer as if the handing over of the goods’ possession had occurred.

When the seller forwards the goods on request of the buyer to a different place to the place of performance, the risk and benefit pass to the buyer as soon as the seller has handed over the goods to the carrier.”

Art. 208 (1) sets out the rules about the passing of risk in cases where the contract does not include carriage of goods. It indicates the fundamental rule about passing of risk and benefit, while Art. 208 (1) specifies exceptions to this rule. Art. 208 (1) also determines the passing of risk in the sale of goods and immovables separately. Art. 208 (2) denotes the time of passing of risk and benefit in the case of the buyer’s default of acceptance of taking possession of the goods. Art. 208 (3) deals with the passing of risk in cases where the contract includes carriage of goods. For the passing of the risk of non-performance there is no special provision concerning the sale of goods.

The provision for the passing of risk is inapplicable when the loss of or damage to the goods or other impossibility to perform has already occurred before the conclusion of the contract. Here, Art. 136 TBK applies⁸⁰. The provision for the passing of risk is also inapplicable when the object owed by the debtor is accidentally lost or damaged after final and complete fulfillment of the contract. The creditor then has nothing left to claim from the debtor and he has to perform in return, i.e., pay the purchase price.

⁸⁰ Cetiner, p. 104.

2.General Rules About Passing of Risk and Its Exceptions

a) General Rules About Passing of Risk

The general rules about passing of risk have changed in new Turkish Code of Obligations. The former Turkish Code of Obligations, which remains in force until 1 July 2012, regulates the passing of risk differently from new Turkish Code of Obligations.

The Swiss Code of Obligations had a huge influence on the TBK. Specifically, the former Turkish Code of Obligations followed the theory of connecting the passing of risk to the conclusion of the contract like Art. 185 of the Swiss OR⁸¹.

Art. 183 fTBK. states;

“The benefit and risk of the object pass to the buyer on conclusion of the contract, except where otherwise agreed or dictated by special circumstance.

Where the object sold is defined only in generic terms, the seller must select the particular item to be delivered and, if it is to be shipped, must hand it over for dispatch.

In a contract subject to a condition precedent, benefit and risk of the object do not pass to the buyer until the condition has been fulfilled.”

If a comparison is made between the new and former Turkish Code of Obligations’s provisions about the passing of risk, then a fundamental difference can be easily seen. The TBK connects the passing of risk to the conclusion of the handing over of possession of the sold goods, not the conclusion of the contract.

The TBK does not use the term ‘handing over’ on purpose for the time of the passing of risk because, for movable property, the right does not pass to the new owner only by handing over the sold goods⁸². Rather, the transfer of possession of the sold goods can be completed in various ways, e.g. when parties decided that indirect possession of the goods suffices for delivery, then risk passes to the buyer with this possession contract. Yet more important is that in this context manual delivery is the general rule of handing over the possession and on the contrary other types of handing over the possession should be decided on the contract⁸³.

⁸¹ Bucher, p. 281.

⁸² Çetiner, p. 99; Özdemir, p. 365.

⁸³ Atamer, Taşınır Satımı, p. 190.

In addition, the distinction between specific obligation and generic obligation does not exist anymore. Art. 208 applies to all types of obligations. In other words, it does not make any difference whether the obligation is specific or generic⁸⁴. Even though there is no distinction between specific obligation and generic obligation, identification must be made like CISG states (Art. 67 (2) and 69 (3) CISG), at generic obligation⁸⁵.

Furthermore, there is no longer a special provision about contracts that are subject to a condition precedent⁸⁶. Because Art. 208 (1) TBK is a general norm, and applicable to all kinds of obligations, the new Turkish Code of Obligations excludes the former Turkish Code of Obligations's special provisions for passing of risk in generic obligations and contracts that contain a precedent condition.

The legislators rationale for this change can be simply explained. They wanted to make the TBK compatible with modern legal systems and international treaties. Therefore, the provision about the passing of risk was formulated in a very similar manner to the modernized German Civil Code (BGB) and the CISG. § 446 BGB and Art. 69 CISG both connect the passing of risk with delivery of the goods sold, where delivery of the goods sold is interpreted broadly⁸⁷. However some differences between CISG and TBK still remain and this differences will be explained in the conclusion.

b) Exceptions to the General Rule

(1) Sale of Immovables

Passing of risk is regulated separately for the sale of immovables in Art. 245 TBK. Art. 245 TBK:

“If a certain time is determined in the contract in order to make it possible for the buyer to take delivery of the sold goods after the registration, risk and benefit pass to the buyer with delivery. This provision is still applicable even if the buyer is in default of acceptance of the delivery of the sold goods.

This contract's validity depends on its conclusion in a written form.”

⁸⁴ Çetiner, p. 99; Özdemir, p. 365.

⁸⁵ Atamer, Taşınır Satımı, p. 193, 194.

⁸⁶ Özdemir, p. 365; Atamer, Taşınır Satımı, p. 194.

⁸⁷ Staudingers/Beckman, §446 N. 7; Çetiner, p. 99.

In general, as Art. 208 (1) TBK states, the passing of risk occurs at the time of registration, but Art. 245 TBK indicates that, if the special conditions that are set forth in the contract so indicate, risk and benefit pass at the time of delivery. Before 2002, § 446 II BGB had a similiar regulation, but German legislators removed this provision completely during the Law of Obligations Reform in 2002⁸⁸. German legislator's ground for this modification was that it is unfair the buyer to bear passing of risk with the registration yet before taking full possession of the sold immovable.

(2) Default by the Buyer

Art. 208 (2) TBK sets out the rules for the cases where buyer is in default of acceptance of taking possession of the sold goods. In this case, the risk and benefit pass to the buyer as if the handing over of the possession of the sold goods had accured. The buyer who is in default of the acceptance of delivery bears not only the risk of performance but also the risk of price⁸⁹. That means, first of all, that the buyer must bear the lack of the seller's performance because of the loss of, or damage to the goods, eventhough he/she does not have custody of the sold goods. The buyer must also pay the purchase price; that is bear the risk of the price. Any loss of or damage to the goods after the risk has passed to the buyer certainly does not discharge him/her from the obligation both to pay the price and also bear the seller's lack of performance, unless the loss or damage is due to an act or omission of the seller. This rule is very similiar with § 446 S.3 BGB⁹⁰.

The most important implication of Art. 208 (2) TBK is that the seller is not responsible for any defect of the sold goods after the risk and benefit have passed to the buyer. Eventhough there is no specific legal regulation about it, the seller is considered to be responsible to the buyer only for the existing defectiveness of the sold goods at the time of the transfer of risk. In other words, according to Art. 208 (2) TBK. if the defectiveness of the sold goods is revealed after default by the buyer, the seller is not liable.

Although the TBK does not make a distinction between specific obligation and generic obligation, this distinction still has a significance for the sale of goods. If the contract relates to generic goods, then these goods must be identified. There is no need to express this specifically as in the cases

⁸⁸ Çetiner, p. 100; Özdemir, p. 376.

⁸⁹ Özdemir, p. 373.

⁹⁰ Staudingers/Beckman, § 446 N. 23.

where risk passes to the buyer at the time of taking possession of the sold goods⁹¹. On the other hand, if the buyer is in default of taking possession of the sold goods then ‘identification’ would be decisive. Even if the TBK does not cover this situation explicitly, the Turkish legislator’s rationale should be considered as the key. As mentioned above, Turkish legislator wanted to make the new Turkish Code of Obligations compatible with the CISG. Art. 69 (3) CISG states that, if the contract relates to goods not then identified, the goods are considered not to be placed at the disposal of the buyer until they are clearly identified to the contract. A broad interpretation of Art. 69 (3) CISG can be made in order to make up for Art. 208 (2) TBK’s lack regarding the sale of generic goods⁹².

(3) Passing of Risk When the Contract Involves Carriage of Goods

When the seller is bound to forward the goods to the buyer, the risk of non- performance passes to the buyer when the goods are poorly forwarded. By handing over the goods to the carrier, the seller avoids the passing of risk because he/she then has fulfilled all his/her obligations according to contract. Generally, it is accepted that identification takes place at the same time as the goods are handed over to the carrier. When such identified goods are lost by accident, impossibility occurs and the seller is discharged from his/her obligation to perform under Art. 136 TBK. With the handing over of the goods to the carrier, the risk of non-performance passes to the buyer. There is no big difference between the new and former Turkish Code of Obligation’s regulations about the passing of risk where the contract involves carriage of goods. An expression like ‘on request of the buyer’ was simply added to Art. 208 (3) TBK. This addition was based on § 447 BGB and its main purpose was to emphasize that the seller cannot forward the goods without the buyer’s request or against his/her request⁹³.

Art. 208 (3) TBK firstly requires that the place that the goods are to be forwarded to (place of destination) is different from the place where performance is usually to take place (place of performance). Because of that place of performance is decisive.

The goods must be forwarded at the buyer’s request and this may not take place without or against his/her will. Art. 208 (3) TBK is also applicable

⁹¹ Atamer, Taşınır Satımı, p. 194.

⁹² Çetiner, p. 102; Atamer, Taşınır Satımı, p. 194.

⁹³ Staudingers/Beckman, § 447 N. 8; Özdemir, p. 373.

when the forwarding of the goods follows from a contractual obligation or from a trade usage. If the seller forwards the goods without the buyer's request to do so, Art. 208 (3) TBK is inapplicable and the goods travel at the seller's risk until the goods are received by the buyer (Art. 208 (1) TBK).

The handing over of the goods to the carrier signifies a transfer of the power to control the goods. However, there are different views as to whether the carrier must have an independent legal identity or not. According to one point of view⁹⁴, it does not make any difference if the carrier is the seller's employee, because the risk and benefits pass to the buyer at the time of identification and sending over the goods. However, the current view of the Turkish Supreme Court is that the carrier must be independent of the seller, because 'handing over' means the moment when the carrier takes the goods into its custody. If the carrier is the seller's employee then it can be said that the seller still has custody of the goods.

(4) Contracts Subject to Condition Precedent

The former Turkish Code of Obligations specifically regulated the passing of risk and benefit when a contract involves a precedent condition with Art. 183 (3) f. TBK. The TBK's provision about the passing of risk does not include a contract subject to a condition precedent. It is obvious that Turkish legislators made this regulation intentionally. This gap can be filled with § 446 BGB regarding to Art. 208 TBK's ground⁹⁵.

IV. Comparison and Conclusion

In both the CISG and the TBK, the concept of 'risk' refers to paying the purchase price when the goods have been lost or damaged by accident. Thus, when the damage or loss is due to an act or omission of the seller, then the buyer will be discharged from his/her obligation to pay the price. In other words, the seller cannot be held responsible for the loss or damage, when the goods are loss or damaged by accident.

The CISG connects the passing of risk to the delivery of the goods to the buyer or to the carrier. In contrast with the CISG, according to the former Turkish Code of Obligations, risk passed to the buyer at the time of the conclusion of the contract. This regulation has changed with the TBK in that now the risk and benefit stay with the seller till transfer of possession of

⁹⁴ Akıntürk, p. 140.

⁹⁵ Özdemir, p. 373.

the goods in the sale of movables, and registration in the sale of immovables. The reason for this change is to bring Turkish Obligation Law into alignment with the CISG. By the seller transferring of the possession of the goods to the buyer, the buyer acquires custody of the goods. When the buyer gains control of the goods, then he/she will be in a better position to protect the goods from being damaged or lost than the seller, so for that reason he/she should bear the risk of loss or damage.

The CISG⁹⁶ states explicitly that the goods must be clearly identified to the contract, whether by marking on the goods, by shipping documents, by notice given to the buyer, or otherwise. While the former Turkish Code of Obligations explicitly included this ‘identification’ in Art. 183 (2) fTBK, the new regulation does not include this statement. Despite this, it can be assumed from the Turkish legislators’ main purpose that there was no intention to make any changes in this particular subject.

When a contract involves carriage of goods where the seller is bound to send the goods to a different place to the place of fulfillment, risk passes to the buyer according to both the CISG and Turkish law at the time of the hand over of the goods to the carrier in accordance with the contract (Art. 67 (1) CISG, Art. 208 (3) TBK.). When the goods are handed over to the carrier, the carrier takes control of the goods.

According to the CISG, the carrier must be independent and self-employed. That means, the carrier should not take orders from the seller. When the carrier is an employee of the seller, then the risk does not pass to the buyer because, in this situation, the goods still remain in the seller’s custody.

In contrast, the Turkish legislation, although Art. 208 (3) is based on § 447 BGB, does not specify who the carrier can be. In German law the dominant view contradicts current opinion in the CISG, that risk does not pass to the buyer when the seller uses his/her own employee for the carriage of the goods⁹⁷. In other words, in German law, it is not important whether the carrier is independent from the seller or not. The current view in Turkish law is identical with the CISG and diverges from German law on this point. The most important issue is that the risk stays with the seller as long as he/she has control of the goods.

⁹⁶ Art 67 (2) and 69 (3) CISG.

⁹⁷ Romein, Chapter 4, B, III; Staudingers/Beckman, § 447 N. 14.

The CISG's aim is to set out fundamental rules governing the international sale of goods. For that reason, it pays special attention to the requirements of international trade. In contrast with the Turkish Code of Obligations deals mostly with national trade, so it does not always take account of international trade's customs. While it cannot be said that the Turkish Code of Obligations intended to exclude international trade from its purview, it nevertheless does not always take sufficient account of international requirements in its articles.

As a matter of fact, Turkish legislators wanted to draft a new Code of Obligations similar to the CISG and other international trade rules in order to make national and international transactions compatible to one another. Both legal systems primarily accept the agreements of the contracting parties and customs as binding. Art. 208 TBK states distinctly that parties can change the general rule about the passing of risk on their contract. However there are some issues like, the distinction between generic obligation and specific obligation and the 'identification' of generic obligation, make CISG and TBK not exactly alike. In Turkish law when the buyer does not take over the goods at term date then he/she is in default of acceptance. The buyer's default of acceptance and its consequences are regulated by general provisions for default of acceptance.

The system of the CISG is structured clearer than the TBK. In the CISG the passing of risk regulated in the same chapter, Chapter IV. On the other hand in TBK, the rules on passing of risk indistincter than the CISG. One has to look for legislators main purpose in order to figure out what intentionally left as a gap in TBK.

BIBLIOGRAPHY

Akkanat Halil, "Gefahrtragung beim internationalen Versandungskauf nach UN- Kaufrecht", *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, Vol.35, No. 52, 2003, pp. 269-281.

Akıntürk Turgut, *Satım Akdinde Hasarın İntikali*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 212., Ankara, 1966.

Atamer Yeşim, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin CISG Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları*, Beta, İstanbul, 2005 (cited: Atamer, CISG).

Atamer Yeşim, “Taşınır Satımı Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler, Ed. Murat İnceoğlu, XII Levha, İstanbul, 2012, pp. 187-221 (cited: Atamer, Taşınır Satımı)

Beckmann Roland Michael, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 433-487; Leasing (Kaufrecht und Leasingrecht)*, Sellier-de Gruyter, Berlin, 2004 (cited: Staudinger/Beckmann).

Bridge Michael, “The Transfer of Risk under the UN Sales Convention 1980 (CISG)”, *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, ed. by Camilla B. Andersen & Ulrich G. Schroeter, 2008, pp. 77-105 (cited: Bridge, The Transfer of Risk).

Bridge Michael, *The International Sale of Goods Law and Practice*, 2. ed., Oxford University Press, 2007 (cited: Bridge, The International Sale of Goods).

Bucher Eugen, “Notizen zu Art. 185 OR (Gefahrtragung durch den Käufer)”, *ZSR*, Bd. 89, 1970, pp. 281-294.

Butler Allison E., *A Practical Guide to the CISG: Negotiations Through Litigation*, Aspen Publishers, 2007.

Cenini Marta/Parisi Francesco, “An Economic Analysis of the CISG”, *CISG Methodology*, ed. by André Janssen/Olaf Meyeri, Sellier European Law Publishers, 2009, pp. 151-170.

Çetiner Bilgehan, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar ve Hasarın İntikali İle Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *İÜHFM*, C.: LXVII, S.1-2, 2009, pp. 97-114.

DiMatteo Larry A./Dhooge Lucien J./Greene Stephanie/Maurer Virginia G./Pagnattaro Marisa Anne, *International Sales Law A Critical Analysis of CISG Jurisprudence*, Cambridge University Press, 2005.

Erauw Johan, “CISG Articles 66-70: The Risk of Loss and Passing It”, 25. *J.L. & Com.* 203, 2005-2006, pp. 203-217.

Ferrari Franco, “General Principles and International Uniform Commercial Law Conventions: A Study of the 1980 Vienna Sales Convention and the 1988 Unidroit Conventions on International Factoring and Leasing”, *Pace Int’l L. Rev.* 10, 1998, pp. 157-185.

Fountoulakis Christiana, “Remedies for breach of contract under the United Nations Convention on the International Sale of Goods”, *ERA Forum* 12, 2011, pp. 7-23.

Hager Günter, *Die Gefahrtragung beim Kauf Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 1982 (cited: Hager, Gefahrtragung).

Hager Günter, “Gefahrtragung nach UN- Kaufrecht im Vergleich zu EKG und BGB”, *Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht Referate und Diskussionen der Fachtagung Einheitliches Kaufrecht am 16./17. 2. 1987*, ed. by Peter Schlechtriem, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 387-413 (cited: Hager, Einheitliches Kaufrecht).

Honnold, *Risk of Loss*, Parker School of Foreign & Comparative Law (Galston & Smit eds.), International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, New York: Matthew-Bender, 1984; <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold5.html> (accessed at 17.05.2012) .

Kommentar zum UN-Kaufrecht Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG), 2. ed. by Heinrich Honsell, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2010 (cited: Honsell/author).

UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), ed. by Kröll Stefan/Mistelis Loukas/Viscasillas Pilar Perales, C.H. Beck, München, 2011 (cited: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/author) .

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht Besonderer Teil, §§ 433-610, Finanzierungsleasing, HeizkostenV, BetriebskostenV, CISG, ed. by Krüger Wolfgang/Westermann Harm Peter, C.H. Beck, München, 2012 (cited: MünchKommBGB/author CISG) .

Magnus Ulrich, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Sellier-de Gruyter, Berlin, 2005 (cited: Staudinger/Magnus).

Özdemir, Hayrunnisa, “Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın İntikali”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan*, 2011, pp. 359-379.

Posch Willibald, *Bürgerliches Recht Band VII Internationales Privatrecht*, 5. ed., Springer Wien, New York, 2010.

Pfund Peter H., *Contributing to Progressive Development of Private International Law: The International Process and the United States Approach*, Martinus Nijhoff Publishers, 1994.

Ramberg Jan, “To What Extent do INCOTERMS 2000 Vary Article 67 (2), 68 and 69?”, *25 J.L. & Com. Vol. 25*, 2005- 2006, pp. 219-222.

Romein Annemieke, The Passing of Risk A comparison between the passing of risk under the CISG and German law, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/romein.html>. (accessed at 17.05.2012) .

Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 3. ed. by. Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer, Oxford University Press, 2010 (cited: Schlechtriem/Schwenzer/author).

Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 2. ed. by. Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer, Oxford University Press, 2005 (cited: Schlechtriem/Schwenzer/author).

Schlechtriem Peter, *Internationales UN-Kaufrecht*, 2. ed., Mohr Siebeck, 2003.

Schwenzer Ingeborg/Fountoulakis Christiana, *International Sales Law*, Routledge-Cavendish, London, New York, 2007.

Schwenzer Ingeborg / Hachem Pascal, “The CISG- Success and Pitfalls”, *American Journal of Comparative Law*, Volume 57, Issue 2, 2009, pp. 457-478.

Visser Evelien, “Favor Emptoris Does The CISG favor the Buyer?”, *67 UMKC. L. Rev.* 77, 1998-1999, pp. 77-92.

BOŞ

YENİ TÜRK TİCARET KANUNUNA GÖRE TAŞIYICININ SINIRSIZ SORUMLULUĞUNU GEREKTİREN AĞIR KUSURLARI VE TÜRK MAHKEMELERİNİN CMR'Yİ UYGULAMASI BAKIMINDAN MUHTEMEL ETKİSİ

Muharrem GENÇTÜRK*

ÖZET

Yeni Ticaret Kanununa göre “Zarara, kasten veya pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiilinin veya ihmalinin sebebiyet verdiği ispat edilen taşıyıcı....sorumluluktan kurtulma hâllerinden ve sorumluluk sınırlamalarından yararlanamaz”. Buna göre taşıyıcının sınırsız sorumluluğunu gerektiren ağır kusur hallerinden ilki olan kast kavramı, Kara Avrupası kaynaklı olduğundan, Türk Hukuku bakımından kapsam ve unsurlarının tespiti kolaydır. Bu çalışmada “pervasızca davranış kusuru” olarak adlandırdığımız ikinci ağır kusur türü ise Türk Hukukunda yerleşik herhangi bir kusur kavramıyla örtüşürülemez. Pervasızca davranış kusurunun unsurları; pervasızca bir fiil veya kaçınma, zarara ilişkin yüksek ihtimal ve zararın hakkında taşıyıcının şuura sahip olması olmak üzere üçtür. Bu yenilik, aynı zamanda Türk Hukuku bakımından “kasta eşdeğer kabul edilen kusurun” (CMR m. 29), bundan böyle pervasızca davranış kusuru olduğu anlamına gelmektedir.

Anahtar Kelimeler: Taşıyıcı, Sınırlı Sorumluluk, Sınırsız Sorumluluk, Kast, Ağır İhmal, Şuurlu İhmal, Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi (CMR).

UNLIMITED LIABILITY OF THE CARRIER AS A RESULT OF HIS GROSS NEGLIGENCE ACCORDING TO NEW TURKISH COMMERCIAL CODE AND ITS POSSIBLE EFFECT ON THE APPLICATION OF CMR IN TURKISH COURTS

ABSTRACT

According to the new Turkish Commercial Code, the carrier is neither going to benefit limited liability nor going to benefit from exonerating liability, if the damage resulted from an act or omission of carrier done with intent to cause damage or recklessly and with knowledge that the damage would probably result. Since the term ‘will’ which is one of the aspects of gross negligence, is originally from Continental Europe therefore, is easy to identify the extent and the elements of the it in Turkish law.

* Yrd. Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (mgencturk37@hotmail.com).

Second type of gross negligence which is characterized as “negligence of recklessly conduct” in this study does not overlap with an established negligence term in Turkish Law. The “negligence of recklessly conduct” has three elements: a recklessly act or omission, probable damage and knowledge that such damage would result. Hence, in the context of Turkish law, the will equivalent to wilful misconduct (CMR art. 29) is going to mean negligence of recklessly conduct.

Key Words: *Carrier, Limited liability, Unlimited Liability, Will (Wilful Misconduct), Gross Negligence, Wilful Negligence, Convention on The Contract for The International Carriage of Goods by Road (CMR).*

I. GİRİŞ

Yeni Türk Ticaret Kanunu kast ve “*pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinci ile işlenmiş bir fiilinin veya ihmâl*” olmak üzere, taşıyıcının ve yardımcılarının kural olarak sınırlı olan sorumluluğunu (YTK m. 882) sınırsız hale getiren iki ağır kusur türü düzenlemiştir (YTK m. 886, 887). Ayrıca YTK’da benzer hukuki ilişkileri düzenleyen diğer hükümleriyle (YTK m. 855, 930, 1187 ve 1267) paralellik kurularak, söz konusu hükümlerin uygulama alanı bakımından da anılan kusur türleri, sorumluluğu ağırlaştıran bir neden olarak öngörülmüştür¹.

“*Kast*” ve bundan böyle “*pervasızca davranış kusuru*” olarak anacağımız kusur türlerinin kaynağı, CMR ve Alm.TK olarak gösterilmiştir². CMR’de taşıyıcının ve/veya yardımcılarının sorumluluğunu sınırsız hale getiren kusur türleri; kast ve davaya bakan mahkemenin hukukuna göre kasta eşdeğer kabul edilen kusur olarak tanımlanmıştır (CMR m. 29/1 ve 2)³. Buna göre her ne kadar CMR’ye atıf yapılmışsa da, pervasızca davranış kusuru bakımından tek kaynak Alman Ticaret Kanunu gibi görünmektedir. Bununla birlikte taşı-

¹ Bu durum YTK’nın 855, 886, 887, 930, 1187 ve 1267. maddelerinin gerekçelerinde açıkça ifade edilmiştir. Bunlardan 886. maddenin gerekçesinde, “*Madde kaleme alınırken, aynı kusur derecelerini düzenleyen Tasarının 855 inci maddesinin beşinci fıkrası, 887 nci maddesi, 930 uncu maddesinin ikinci fıkrası, 1187 nci ve 1267 nci maddelerinin terimleriyle birlik sağlanmasına özen gösterilmiştir.*” denilmektedir.

² “*Maddenin kaynakları CMR m. 29 (1), (2) cümle 1 ile Alm TK 435 inci paragrafıdır*” (YTK’nın 886. maddesinin gerekçesi).

³ Taşıyıcı, kast ve kasta eşdeğer kabul edilen kusurun yardımcıları tarafından işlenmiş olduğu gerekçesine dayararak sorumluluğu bakımından kendisine savunma avantajları sağlayan hükümlerden yararlanamaz. Bununla birlikte taşıyıcının, yardımcılarının kusuru nedeniyle sınırsız sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için yardımcılarının söz konusu ağır kusuru görevleri sırasında işlemiş olmaları gerekir (CMR m. 29/2; CIM m. 50; 51; VK m. 25A; HK m. 8/2; 7/2; BMK m. 21/2; 20/2).

ma hukukuna ilişkin tarihçe biraz irdelendiğinde, hükmün kaynağının Varşova Konvansiyonunun Lahey ile değişik metnine kadar uzandığını tespit etmek mümkündür. Zira kasta eşdeğer kabul edilen kusur konusunda hakimın hukukuna atıf yapan CMR'nin 29. maddesi, Varşova Konvansiyonunun 25. maddesinin 1929 yılında kabul edilen metni⁴ model alınarak hazırlanmıştır⁵. Bununla birlikte bir tarafta CMR'nin hazırlanması çalışmaları devam ederken, diğer tarafta da CMR 29'a model olan VK'nın 25. maddesinin değişiklik çalışmaları sürüyordu. Bu çalışmalar, söz konusu hükmün Lahey Protokolü (1955) ile değiştirilmesiyle sonuçlanmıştır⁶. Böylece uluslararası havayolu taşımalarında, sınırsız sorumluluk sebebi olan kast dışındaki ikinci ağır kusur türü, taşıyıcının zarar doğması ihtimalini bilerek yaptığı dikkatsizce (pervasızca, cecurcasına) bir davranışı (Lahey Protokolünün m.XIII) şeklinde tanımlanmıştır. Bu şekilde uluslararası taşıma hukukuna giren pervasızca davranış kusuru, daha sonradan diğer konvansiyonlar tarafından da benimsenince (CIM m. 44/1; VK m. 25; HK m. 8; BMK m. 21⁷; AK m. 13; LLMC m. 4), hakimın hukukuna (lex fori) atıf yapan CMR sistemi uluslararası alanda istisnai bir durum arz etmeye başlamıştır⁸. Buradan yola çıkarak, gerek Almanya gerekse Türkiye'de kanun koyucular, diğer birçok Konvansiyon tarafından benimsenen söz konusu tanımlamayı iç hukuklarına alarak, bir bakıma CMR kapsa-

⁴ Bu hükmün hazırlık çalışmalarının tarihçesi ve özellikle İngiliz delegesinin “*dol*” (kast) kavramının wilful misconduct kavramını karşılamadığına ilişkin yaptığı itirazlar neticesinde “*kasta eşdeğer sayılan kusur*” kavramı, Konvansiyon metnine girmiş ve esasen böylece wilful misconduct kusuruna eşit bir kusur meydana getirilmeye çalışılmıştı. Ayrıntılı bilgi için bkz. Damar, s. 49 vd.; Damar, MHB, s. 381 vd.; Clarke, Air, s. 157.

⁵ CMR'nin diğer tüm hükümlerinin hazırlanmasında CIM model alınmasına rağmen 29. maddede için VK'nın 25. maddesinin model alınmasının nedeni; CIM'in 44. maddesinde “*kast veya ağır ihmâl*” (“*wilful misconduct or gross negligence*” “*dol ou de faute lourde*”) kavramları kullanılmasına karşılık, ekseriyetle ulusal hukuk sistemlerinde ihmâlin dereceleri bakımından temelde bir farklılık olmaması yönünde kanaat oluşması, gösterilmektedir (Messent/Glass, No. 9.79, s. 223).

⁶ Clarke, CMR, No. 101, s. 380; Messent/Glass, No. 9.79, s. 223-224; Akıncı, s. 154; Damar, MHB, s. 385.

⁷ Pervasızca davranış kusuru, Varşova Konvansiyonunun 1955 tarihli Lahey Protokolü ile değiştirilen 25 ve 25A maddelerinden hemen hemen aynı ifadelerle, Lahey/Visby Kurallarına (L/VK m. IV/5-e), oradan Hamburg Kurallarına (HK m. 8) (Yazıcıoğlu, s. 169-170), Hamburg Kurallarından da 1980 tarihli Konvansiyona ve diğer Konvansiyonlara alınmıştır (Gençtürk, s. 240-241).

⁸ Bununla birlikte 4 sayılı Montreal Protokolü ile değişik VK'ya göre hava taşıyıcısının eşya taşımalarından doğan sorumluluğu daima sınırlı olduğu için pervasızca davranış kusuruna yer verilmemiştir. VK bakımından pervasızca davranış kusuru artık sadece yolcu ve bagaj taşımaları bakımından bir önem arz eder. Öte yandan LK'da da benzer bir düzenleme yer almamaktadır (Türkay Özdemir, s. 175).

mındaki taşımalar yönünden de uluslararası yeknesaklığın sağlanmasına katkıda bulunmak istemiştir.

Pervasızca davranış kusuru, karayolu taşımalarını düzenleyen mevzuat bakımından iç hukukumuzda bir yenilik arz eder. Ayrıca bu yenilik, yukarıda arz edilen yönü itibarıyla CMR kapsamında gerçekleştirilen taşımalardan doğan ve Türk Mahkemelerinde görülen davalar bakımından da önemlidir. Şu halde bu çalışmada ele alınması gereken hukuki problemlerin *ilki*, kast ve pervasızca davranış kusurlarının bütün unsurlarıyla belirlenmesidir. *İkincisi*, bir yenilik arz etmesi nedeniyle pervasızca davranış kusurunun Türk Hukukunda bilinen kusur türleri bakımından yerinin tespit edilmesidir. Nihayet *üçüncüsü* ise pervasızca davranış kusuruna ilişkin hükmün yürürlüğe girmesiyle birlikte, kasta eşdeğer kabul edilen kusur (CMR m. 29) bakımından doktrin ve uygulamada benimsenen önceki çözümlerin, Türk Hukukunda yeniden ele alınmasının gerekip gerekmediğidir.

II. SINIRSIZ SORUMLULUK SEBEBİ OLAN KUSUR TÜRLERİ VE UNSURLARI

1) KAST

a) Kavramı ve Türleri

Taşıyıcının sınırsız sorumluluk sebebi olarak öngörülen kusur türlerinden ilki kasttır. Kast kavramı ve kapsamı bakımından uygulama ve doktrinde fazla bir tereddüt bulunmamaktadır. Kast, tasavvur ve irade unsurlarından oluşmaktadır. Tasavvur, hukuka aykırı sonucun zarar veren tarafından tasavvur edilmesini, bilinmesini ve öngörülmesini ifade eder. İrade ise bu sonucun zarar veren tarafından istenmesini ifade eder. Türk Hukukunda kast kavramı, “*doğrudan kast*” (*delus directus*) ve “*ihtimali/dolaylı kast*” (*delus eventualis*) olmak üzere ikiye ayrılır. Doğrudan kast halinde zarar veren, meydana gelen sonucu doğrudan doğruya istemekte ve iradesini tamamen onun üzerinde odaklamaktadır⁹. Dolaylı/ihtimali kast halinde, zarar veren neticeyi doğrudan doğruya istememekle birlikte, onu göze almaktadır¹⁰. Örneğin, fail sadece hasmının evini yakmak istemekte fakat evi ile birlikte onun da ölebileceğini bilerek evi ateşe vermekte, pastacı müşterinin hastalanabileceğini göze alarak bozuk pastaları vermekte, polis takibinden kaçan suçlu, kendisine yol açmak için birilerinin ölebileceğini veya yaralanabileceğini bilerek etrafa

⁹ Örneğin, failin hasmını öldürmek için silahını ona doğrultması ve ateşlemesi gibi.

¹⁰ Von Tuhr, s. 378-379; Ataay, s. 65-67; Eren, s. 535-536; Tekinay/Akman/Burçoğlu/Altop, s. 665-666; Tandoğan, s. 46-48; Karan, s. 735.

ateş etmekte, suikastçı öldürmek istediği A yerine, yardımcısı Y'nin veya oradan geçebilecek başka kişilerin de ölebileceği ihtimalini bilerek bomba koymaktadır.

Dolaylı kasttan söz edilebilmesi için zarar verenin, zarar ihtimalini göze alması yeterli midir? Ayrıca başka unsurlara gerek var mıdır? Bu soru özellikle dolaylı kastın, şuurlu (bilinçli) ihmalden ayrılması bakımından özel bir öneme sahiptir. Dolaylı kast ile şuurlu ihmal birbirine benzemekle birlikte aralarında önemli bir fark vardır. Gerçekten, şuurlu ihmalde fail, dolaylı olarak bile olsa sonucu istemez; hatta zararı önleyebileceğine güvenir veya meydana gelmeyeceği ümit eder. Dolaylı kastta ise fail, zararı “*dolaylı da olsa istemekte*”, kabul etmekte (tasvip etme, razı olma, uygun bulma, onaylama) ve göze almaktadır¹¹. Kanaatimce her ikisinde de zararın öngörülmesi ve göze alınması unsuru arandığı için şuurlu ihmal ile dolaylı kast birbirine karıştırılmaktadır. Örneğin failin gece geç saatlerde şehrin işlek caddelerinde 140 km hızla araba sürmesi ve karşıdan karşıya geçmek isteyen bir yayaya çarpması halinde şuurlu ihmal söz konusudur. Dolaylı kasta ilişkin yukarıda verilen örneklerden farklı olarak burada fail, zararlı sonucu öngörmüş, göze almış ama kabullenmemiştir. Söz konusu örneklerle karşılaştırıldığında, failin kendi yeteneklerine ve/veya aracının kalitesine güvenmesi, yayanın yola çıkmayacağını umması, gördüğünde fren yapması veya çarpmayı önlemeye yönelik benzer teknik tedbirlere başvurusu, onun kusurunu dolaylı kasttan ayıran unsurlardır.

b) YTK'nın 886. Maddesi ve Benzer Hükümleri Bakımından Kapsamı

Kanunda kullanılan (YTK m. 886) kast kavramının kastın her iki türünü de kapsayıp kapsamadığı açıkça düzenlenmemiştir. Türk hukukunda kural olarak doğrudan kast ve dolaylı kast arasında hukuki sonuç bakımından fark yoktur¹². Buradan yola çıkarak, açıkça düzenlenmemiş olsa bile, söz konusu hükümdeki kast kavramının, kastın her iki türünü de ifade ettiği sonucuna varılabilir¹³. Bununla birlikte pervasızca davranış kusurunun dolaylı kastı çağrıştırması nedeniyle aksi yönde sonuca varanlar da bulunmaktadır¹⁴.

¹¹ Eren, s. 541; Tekinay/Akman/Burçoğlu/Altop, s. 665-666; Karahasan, s. 143; Yetiş Şamlı, s. 95.

¹² Tekinay/Akman/Burçoğlu/Altop, s. 666.

¹³ Sözer, Yük Taşıma, s. 235.

¹⁴ Uluslararası Konvansiyonlar bakımından ileri sürülen görüş için bkz. aşa. dn. 62-63.

Kast kavramının hem doğrudan hem de dolaylı kastı kapsayıp kapsamadığını belirleyebilmenin bir yolu da hükmün kaynağına gidilmesi olabilir. YTK'nın 886. maddesine kaynaklık eden CMR'nin 29. maddesinde, “*kast*” kavramına karşılık olarak, orijinal İngilizce metinde “*wilful misconduct*” kavramı¹⁵, Fransızca metinde ise “*dol*” kavramı kullanılmıştır. “*Dol*” kavramı, başlangıçta sadece hukuka aykırı olduğu bilinerek neticenin istenmesini (doğrudan kastı) ifade ederken, zamanla doğrudan doğruya hukuka aykırı netice istenmemekle birlikte, onu göze alarak hareket etmeyi de (dolaylı kastı) ifade edecek şekilde genişlemiştir. Böylece, “*dol*” kavramı, hem doğrudan kastı, hem de dolaylı kastı ifade eden Almanca “*vorsatz*” kavramlarına eşdeğer bir anlam ifade etmeye başlamıştır¹⁶. İngilizce'deki “*wilful misconduct*” kavramı ise tam olarak belirli olmamakla birlikte¹⁷ kanaatimce biraz daha geniş bir anlam ifade etmekte ve hukukumuzda yerleşmiş olan her iki kast türünü kapsadığı gibi YTK'nın 886. maddesinde tanımlanan pervasızca davranış kusurunu da kapsar¹⁸.

Uluslararası eşya taşımalarını düzenleyen diğer Konvansiyonlarda da (CIM m. 44; VK m. 25; HK m. 8; BMK m. 21) sınırsız sorumluluk sebebi olarak kast kavramına yer verilmiştir. Bununla birlikte CMR'den farklı olarak, İngilizce metinlerde kast kavramını ifade etmek için “*wilful misconduct*” kavramı yerine “*...carrier done with the intent to causa loss...*” (taşıyıcının zarara sebep olmak niyetiyle –kastıyla- yaptığı) ifadesi kullanılmıştır¹⁹. Aynen

¹⁵ Wilful misconduct kavramı ve taşıma hukuku ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Damar, s. 49 vd.; Damar, MHB, s. 379 vd..

¹⁶ Messent/Glass, No. 9.80, s. 224 Clarke, CMR, No. 101, s. 381; Aydın, s. 141; Kırmızı, s. 151.

¹⁷ Bu kavramın taşıma hukukunda farklı sigorta hukukunda farklı anlama geldiği yönünde bkz. Damar, MHB, s. 382.

¹⁸ Denpsey/Milde, s. 191. Zaten bugün CMR'nin 29. maddesinde yer alan “*kasta eşdeğer kusur*” kavramı, Kara Avrupası hukuk sistemlerinde yer alan kast (dol) kavramının wilful misconduct kavramını tam olarak karşılamaması nedeniyle Konvansiyona girmiştir (bkz. Damar, MHB, s. 380-383; Sözer, Yük Taşıma, s. 232. Ayrıca Wilful Misconduct, kavramının “*To be guilty of wilful misconduct the person concerned must appreciate that he is acting wrongfully, or is wrongfully omitting to act, and yet persist in so acting or omitting to act regardless of consequences, or acts or omits to act with reckless indifference as to what the results may be*”: (Horabin v. BOAC [1952] 2 All ER 1016 (Curzon/Richard, s. 618)) şeklindeki sözlük anlamı da bu sonucu doğrular niteliktedir. Öte yandan doktrinde bir görüşe göre Wilful Misconduct kusuru, Kara Avrupası Hukuk sistemindeki ağır ihmâl ve şuurulu ihmâl de kapsar (Sözer, Yük Taşıma, s. 233).

¹⁹ Sözer, Batider 1984, s. 54; Kırmızı, s. 155; Çağa, Batider, s. 301; Çağa, Sempozyum, s. 201; Yazıcıoğlu, s. 171. Türkçe çevirilerde de “*with intend*” ifadesi “*kast*” olarak tercüme edilmiştir (Çağa, Birleşmiş Milletler, s. 335; Göger, s. 681; Ayrıca bkz. YTK m. 855, 930, 1187 ve 1267).

CMR’de olduğu gibi, buradaki kast kavramının, genellikle kastın her iki türünü de kapsadığı kabul edilmektedir²⁰.

YTK’da “*kasten*” ibaresinden sonra “*veya*” bağlacı kullanılarak pervasızca davranış kusuru tanımlandığına göre kastın her iki türünden de farklı olduğunu kabul etmek gerekir. Zira YTK bir iç hukuk mevzuatı olduğu için Konvansiyonlar gibi uluslararası yeknesaklık sağlama amacı ve hukuki kavramları tanımlama zorunluluğu yoktur. Bu bakımdan doğrudan kast veya dolaylı kast kavramları gibi hukukumuzda yerleşmiş bir kavram düzenlenmek istenseydi, açıkça, bizzat kavramın kendisinin kullanılması daha tercihe şayandır. Nitekim “*kast*” kavramının yerine doğrudan doğruya “*kasten*” kavramı kullanılmıştır. Pervasızca davranış kusurunun kasttan farklı olması, aynı zamanda kasta göre daha hafif bir kusur olduğunun da kabulünü gerektirir. Şu halde kasttan daha hafif bir kusuru, doğrudan kast ile aynı müeyyideye bağlayan kanunun koyucunun dolaylı kastı aynı müeyyideden muaf tutması düşünülemez. Dolayısıyla kasten kavramı, hem doğrudan hem de dolaylı kastı kapsamaktadır.

2) PERVASIZCA DAVRANIŞ KUSURU

a) Kavram

YTK’nın 886. maddesi pervasızca davranış kusurunu, “*pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiilinin veya ihmali...*” şeklinde tanımlamıştır²¹. Pervasızca davranış kusuru hukukumuzda bilinen ve yerleşik kusur kavramlarından farklıdır; ancak Türk doktrin ve uygulamasına tamamıyla yabancı değildir. Zira bu hükmün nihai kaynağı olan Varşova Konvansiyonunun Lahey ile değişik 25. maddesine Türkiye taraf olduğu gibi, TSHK’nın 126. maddesinde de pervasızca davranış kusuru tanımlanmıştır. O halde söz konusu hükmün kapsam ve unsurlarının belirlenmesi bakımından Varşova Konvansiyonunun 25. maddesi hakkında ileri sürülen görüş ve uygulamalardan yararlanılması en uygun yöntem gibi görünmektedir.

²⁰ Sözer, Batider 1978, s. 797; Kırmızı, s. 156-157; Yazıcıoğlu, s. 171; Tekil, s. 421.

²¹ Alman Ticaret Kanununun taşıma hukukuna ilişkin hükümleri üzerinde, 29.06.1998 tarihli Kanun ile gerçekleştirilen reformu ile 435. paragrafına, taşıyıcının sınırsız sorumluluğuna sebep olan ikinci kusur türü olarak, Varşova Konvansiyonunun 25. maddesinde yer alan tanımlama iç hukuka aynen alınmıştır. Buna göre taşıyıcının “*zararapervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiilinin veya ihmalinin...*” sebebiyet vermesi halinde sorumluluğu sınırsız olacaktır (Yetiş Şamlı, s. 38; Messet/Glass, No. 9.82, s. 226).

Pervasızca davranış kusuru, taşıyıcının aktif bir fiili işlemesi şeklinde (act) olabileceği gibi, pasif bir davranışta bulunması, yani kaçınması (omission: hareketsiz kalması) şeklinde de gerçekleşebilir. Kaynak metinlerdeki “kaçınma” (ommission/unterlassung) kelimesi, Türkçeye hatalı olarak “ihmal” şeklinde çevrilmiştir. Oysa ommission bir kusur türü değil fiil veya hareket (act) kelimesinin zıddı olarak taşıyıcının hareketsiz kalmasını, yani bir davranış biçimini yapmaktan kaçınmasını ifade eder²².

b) Unsurları

Hükümün ve kaynaklarının incelenmesinden pervasızca davranış kusurunun üç unsuru bulunduğu anlaşılmaktadır. Bunlar; zarara sebep olan davranışın pervasızca olması (*recklessly=cüretkârâne, delicesine, cesurcasına, dik-katsizce, ihtiyatsızca, umursamaz*), bu davranış sonucundan zararın gerçekleşmesinin muhtemel olması (*probably*) ve taşıyıcının veya yardımcılarının muhtemelen zararın meydana geleceğinin bilincinde (*with knowledge*) olmasıdır. Yargıtayın pervasızca davranış kusurunun unsurlarını, ayrıntılı şekilde incelediği bir kararına rastlanmamıştır²³.

aa) Pervasızca Davranış

“Pervasızca bir davranış kavramı” İngilizce orijinal metinlerde “*recklessly*” kelimesiyle ifade edilmektedir. “*Reclessly*” kelimesi sözlükte, umursa-

²² Ülgen, Hava Taşıma, s. 203 ve dn. 107a; Çağa, Batider, s. 301, dn. 38; Çağa, Sempozyum, s. 201, dn. 41; Atalay Özdemir, s. 111; Türkay Özdemir, s. 178.

²³ “Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olması ve gerek hacimsel ve gerekse kütsel olarak yüklenmesi, indirilmesi ve yer değiştirmesi önemli bir zaman ve emek gücü gerektirecek meblağda olan 4300 kg. ağırlığındaki 462 koliden ibaret bilgisayar ve malzemelerini oluşturan yükün 2/3’den daha fazla bir miktarını teşkil eden 355 kolinin davalı tarafından kaybedilmiş bulunması, bu meblağdaki değerli yükün kaybolmasının ne surette olduğu hususunda davalı tarafın hiçbir açıklama getirememiş olması karşısında mahkemece davalı taşıyıcının kasta yakın ağır kusurlu kabul edilmesinde isabetsizlik bulunmamasına ve öte yandan Varşova Konvansiyonu’nun 22. maddesi ile benimsenen “sınırlı sorumluluk” ilkesinin yüke veya yolcuya ilişkin doğrudan zararlar ile ilgili olup, somut olayda eksik teslim nedeniyle dolaylı zararların talep ve dava edilmiş olması karşısında, davalı taşıyıcının, Varşova Konvansiyonu ile sorumluluğunu sınırlayan hükümlerden yararlandırılmamasında bir isabetsizlik görülmediğinden davalı vekilinin yerinde görülmeyen tüm, davacı vekilinin ise aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.” Yargıtay, 11. HD., 26.01.1999, E. 1998/5449, K. 1999/136 (HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası, 15.02.2012) şeklindeki, emsal niteliindeki kararda bu unsurlardan söz edilmemiştir. Ayrıca Yargıtay’ın 11. HD., 28.11.1984, E. 1984/5161, K. 1984/5886 (YKD, Mart 1985, C. 11, S. 3, s. 381 vd.); 11. HD., 22. 03.1985, E. 1985/1624, K. 1985/1626 (YKD, Haziran 1985, C. XI, S. 6, s. 840 vd.); 11. HD., 26.05.1987, E. 2685, K. 3210 (Eriş, s. 138-139); 11. HD., 26.01.1988, E. 1988, K. 320 (Eriş, s. 141-144) kararlarında da bu unsurlardan söz edilmediği görülmektedir.

mazca, kayıtsızca, pervasızca tehlikeye aldırılmaz şekilde, aceleci şekilde, dikkatsizce, ihtiyatsız şekilde anlamlarına gelmektedir²⁴. Pervasızca davranışın Fransızca orijinal metinlerde kullanılan karşılığı ise “*témérairement*” kelimesi olup, sözlük anlamı olarak; “*atakça, dikkatsizce, gözünü budaktan sakınmadan, pervasız bir cesaretle davranış sergilemek*” anlamlarına gelmektedir²⁵. Aslında “*recklessly*” kelimesine İngilizce’den İngilizce’ye sözlüklerde verilen ve “*yaptığınız şeyin tehlikeli veya kötü sonuçları olup olmadığı hakkında düşüncesizce (davranma)*”²⁶ veya “*yaptığınızın kötü veya tehlikeli olabilecek sonuçları hakkında üzüntüsüz veya ilgisiz/dikkatsiz şekilde*”²⁷ Türkçeleştirebileceğimiz anlamlar da Fransızca’daki “*témérairement*” kelimesini karşılar niteliktedir²⁸. Şu halde, her ne kadar “*recklessly*” kelimesinin dikkatsizce anlamı olsa da, bunun basit bir dikkatsizlik olmadığı ve “*dikkatsizce*” şeklinde verilen Türkçe karşılığın yetersiz kaldığı görülmektedir²⁹. “*Recklessly*” kelimesinin özünde, tehlikeli veya kötü sonuçlarına aldırmayan, hatta bunları göze alan bir davranış biçimi vardır. İşte bu davranışın görünüş şekilleri; dikkatsizce, delicesine, ihtiyatsız biçimde, cüretkârca davranma olarak ortaya çıkabilir. Bu nedenle pervasızca davranış kusurundan söz edilebilmesi için bu davranışın bazı özelliklere sahip olması gerekir.

Sınırlı sorumluluk hükümlerinden yararlanma hakkının kaybına sebep olan, YTK’nın çeşitli hükümlerinde ve taşıma hukukuna ilişkin Konvansiyonlarda tanımlanan kusur türünün varlığı için, taşıyıcının sadece pervasızca bir davranışta bulunması yeterli değildir. Bu nedenle olsa gerek kanun koyucu, *recklessly* kelimesine karşılık olarak verilen anlamlardan biri olan ve daha hafif kusurları çağrıştıran “*dikkatsizce*” kelimesini değil, daha yoğun bir kusur ve delicesine bir cesareti ifade eden “*pervasızca*” kelimesini kullanmıştır. Dolayısıyla pervasızca davranış kusurundan söz edilebilmesi için taşıyıcının veya adamlarının yüke özen yükümlülüğünün düşüncesizce, hareketin şekliy-

²⁴ Bkz. Longman-Metro, s. 1251.

²⁵ Atalay Özdemir, s. 112.

²⁶ “*Reckless: not thinking about whether what you are doing is dangerous or might have bad results*” (Oxford Wordpower Dictionary, s. 515).

²⁷ “*Reckless: not caring or worrying about the possible bad or dangerous results of your actions*” (Longman Dictionary, s. 1186).

²⁸ Fransızca-İngilizce elektronik sözlüklerde de “*témérairement*” kelimesinin İngilizce karşılığı olarak “*recklessly*” kelimesi verilmektedir (<http://translate.google.com.tr/?hl=tr&tab=wT15.02.2012>).

²⁹ Yargıtay, 11. HD., 28.11.1984, E. 1984/5161, K. 1984/5886 (YKD, Mart 1985, C. 11, S. 3, s. 381 vd.).

le ilgili olarak “*makul bir taşıyıcıdan*”³⁰ beklenen önlemlere³¹, öngörülen kurallara³² ve doğabilecek olumsuz sonuçlara aldırmaksızın³³ “*yoğun ve ağır şekilde ihlal edilmiş olması gerekir*”³⁴.

Pervasızca davranış kusuruna dayanak olabilecek nitelikte özen yükümlülüğünün ağır şekilde ihlal edilip edilmediği tespit edilirken somut olayın özellikleri de dikkate alınmalıdır. Zira bir olay veya taşıma şekli bakımından pervasızca davranış olarak nitelenen olgu, diğer olay veya taşıma şekli için aynı nitelikte olmayabilir. Burada önemli olan somut olayın şartları içinde “*makul bir taşıyıcı*” tarafından alınması beklenen önlemlerin alınmasıdır. Örneğin somut zararın meydana gelmesinde, taşıma işinin ifası için gerekli bazı hizmetlerin satın alındığı tekel (veya kısıtlı piyasa) niteliğindeki kamu kuruluşu veya özel firmaların hareketinden doğmuşsa pervasızca davranıştan söz edilmemelidir. Zira bu hallerde, taşıyıcının verilen hizmetlerin kalitesine müdahale edebilme imkânı bulunmadığı gibi, hizmetlerinden yararlanacağı kişiyi seçme hakkı dahi bulunmamaktadır³⁵. Limanlarda yükleme boşaltma işle-

³⁰ Damar/Yetiş Şamlı, s. 12. Karan ise ağır kusurun belirlenmesinde “*tedbirlili bir taşıyıcının*” esas alınması gerektiğini savunur (Karan, s. 739-740). Bu son ölçüt basiretli iş adamını çağrıştırdığı için biz makul bir taşıyıcı kavramını kullanmayı uygun buluyoruz.

³¹ Örneğin, yükün akıbeti hakkında herhangi bir bilgi verilememesi, hırsızlığın yaygın olduğu yerlerde açık havada park edilerek uyuması gibi. Ayrıca bkz. Yargıtayın aşağıda (dn. 35) verilen 11. HD., T. 19.04.2001, E. 2001/2983, K. 2001/3333 (HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası, 15.02.2012) kararı.

³² Sürüş sürelerine hız limitlerine ve bu hususta yükün niteliği gereği, ziya ve/veya hasar görmeden taşınması amacıyla hak sahibi tarafından verilen talimatlara uymamakta ısrar edilmesi gibi (bkz aşağı dn. 74).

³³ Alkollü araç kullanmayı alışkanlık halinde getirmiş ve bu nedenle defalarca trafik cezası almış bir şoför ile sefere çıkılmasına müsaade edilmesi veya şoför seçiminde gerekli özenin gösterilmemesi ve alkollü araç kullanmaya bağlı olarak trafik kazasının meydana gelmesi.

³⁴ Yetiş Şamlı, s. 96 ve dn. 199. Yazar, Koller’in de pervasızca hareketin söz konusu olabilmesi için ihlalin özel bir ağırlık taşınması gerektiği yönünde kanaat beyan ettiğini ifade etmektedir (Koller, Transportrecht, 1443; Yetiş Şamlı, s. 96, dn. 199).

³⁵ Yargıtay somut olayın özelliklerine Varşova Konvansiyonuna tabi bagaj taşınması bakımından değinmiştir. Yüksek Mahkemenin kararının ilgili bölümleri şu şekildedir: “*Ancak, La Haye Protokolü ile değiştirilen 25 nci maddesinde de, “zararın taşıyıcının işçilerinin veya temsilcilerinin zarar vermek kastıyla veya zararın doğması ihtimali olduğunu bilerek dikkatsizlik ve dikkatsizlikten de öteye giderek ihtiyatsızlığa varan cesaretle, ispatlanırsa 22['] nci maddede belirtilen sorumluluk limitlerinin uygulanmayacağı, ancak, bir işçi veya temsilcilerin böyle bir hareketi veya ihmali halinde onun kendi görevi çerçevesi içinde hareket ettiğinin de ispatı gerekir” hükmüne yer verilmiştir. Taşıyıcının sınırsız sorumluluğu için 25 ['] nci maddedeki düzenlemenin özellikle Protokol’ün Fransızca metninde yazılı olan “temerrairement” kelimesinin karşılığı olan “dikkatsizlikten daha öte tedbirsizliğe, ihtiyatsızlığa varan cesaretle, pervasızca” bir tutum ve davranışın kastedildiği, Dairemizce istikrarlı bir şekilde benimsenmiştir. Yani, taşıyıcının sınırsız bir şekilde sorumlu tutulabilmesi için,*

rinin, bu hizmetleri kısıtlı bir piyasa koşulları içinde sunan firmalara yaptırılması halinde, yükün vinçten düşmesi gibi. Buna karşılık hırsızlık durumunda, pervasızca davranış kusuru yönünden taşıyıcının durumu oldukça ağırdır. Bu halde taşıyıcı somut olay bakımından makul bir taşıyıcının alması gereken tüm önlemleri aldığını ispat etmesi koşuluyla sınırlı sorumluluk hükümlerinden yararlanabilir³⁶.

bb) Zararın Meydana Gelme İhtimali

Pervasızca davranış sonucundan zararın meydana gelmesi muhtemel olmalı (*probably*) ve bu ihtimale rağmen taşıyıcının veya yardımcısının endişesizce pervasız davranışına başlaması veya sürdürmesi gerekir. Buradaki “muhtemelen”³⁷ ifadesinden maksat, olması yüksek (*galip*) ihtimal olan du-

yük sahibi veya zarar gören, taşıyıcının bu şekildeki tutum ve davranışını kanıtlamalıdır. Her olayın kendine mahsus özellikleri içinde değerlendirilmesinin zorunlu olduğu, gerektiğinde daha küçük hacim ve ağırlıktaki bagaj veya eşyanın hasar veya kaybolması halinde taşıyıcının sınırsız sorumlu tutulabileceği belirtildikten sonra, somut olaya-dönülecek olunursa, 30 kg. ağırlığındaki bir bavul, ortalama her yolcunun beraberinde taşıyabileceği ve taşıdığı neviden bagaj olup, bu nevi eşyaların, dünyanın bilinen tüm havayolu meydan ve terminallerinde güvenlik nedeni ile belli kontrollerden geçirildiği, yürüten bantlardan eşya sahiplerine teslim edildiği bilinmektedir. Bu uygulama içinde yine bazı bavulların karıştırıldığı ve başka yolcularca da alınmasının sık sık rastlanan bir durum olduğu görülmektedir. Bu hususların, taşıyıcının sorumluluğunu ortadan kaldırması veya özür olarak ileri sürülmesi elbette söylemez. Ancak, bu şartlarda kaybolan bir bavul sebebi ile davalı taşıyıcının hangi surette kasda yakın bir davranış veya pervasızca bir tutumunun bulunduğu iddia ve ispat edilmelidir. Oysa, davacı bu hususta somut bir delil getirememiş ve bu yöndeki iddiasını kanıtlayamamıştır. Dosyada mevcut ve davacının dayandığı Dairemiz kararında sözü edilen olayda, 4300 kg. ağırlıkta ve 462 koliden oluşan yükün 2/3'ünden fazlasının kaybolması söz konusu olup, gerek hacim ve gerekse ağırlık olarak bu meblağda bir yükün kaybedilmesinde ve taşıyıcının hiç bir açıklama getirememesi karşısında taşıyıcının sınırsız sorumlu tutulması benimsenmiş olup, somut olaya emsal teşkil etmesi mümkün değildir. Aksi halde, her eşya veya bavul kaybolunda aynı söz ve gerekçeler ile sınırlı sorumluluk ilkeleri aşılmış olacak ve sınırlı sorumluluk ilkeleri ile ilgili uluslararası düzenlemenin amacına uygun olmayan bir durum ortaya çıkacaktır. Bu durumda mahkemece, davalı sorumluluğunun Protokol'ün 22 nci maddesi çerçevesinde sınırlı sorumluluk ilkelerine göre belirlenmesi ve elde edilecek sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, bu nedenle kararın davalı yararına bozulması gerekirken,” Yargıtay, 11. HD., T. 19.04.2001, E. 2001/2983, K. 2001/3333 (HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası, 15.02.2012).

³⁶ BGH., 16.7.98 (1999) TranspR 19, 23. Bu davada hırsızlığın gerçekleştiği yer ispat edilememiş ve mahkeme taşıyıcıdan, güzergah üzerinde hırsızlık tehlikesinin yüksek olduğu bütün yerlerde tedbir almamasının zarara neden olmadığını ispat etmesini istemiştir (Messent/Glass, No. 9.82, s. 227, dn. 244).

³⁷ Orijinal İngilizce Metinlerde muhtemel kelimesinin karşılığı olarak geçen “*probably*” kelimesi, Türkçe’de verilen karşılıklarından biraz farklıdır. Probably kelimesi sözlükte, nerdeyse kesin olarak, büyük bir olasılıkla, muhtemelen, belki de anlamlarında kullanılmakta ve benzer durumlarda benzer sonuçların çoğunlukla olduğu tahminleri (ihtimalleri) ifade etmek için kullanıldığı görülmektedir. Örneğin, John muhtemelen (*probably*) bu konu hakkında her şeyi

rumlardır³⁸. Başka bir ifadeyle zarar ihtimalinin, yüzde elliden fazla olması³⁹, yani zararın meydana gelme olasılığı gelmeme olasılığından fazla olması gerekir⁴⁰.

cc) Taşıyıcının Zararın Meydana Gelme İhtimalinin Şuurunda Olması

Taşıyıcının, pervasız davranışı sonucunda bir zarar meydana gelebileceği ihtimalinin şuurunda (with knowledge) olması gerekir. Bununla birlikte taşıyıcı, zararın gerçekleşmemesini endişesizce, pervasızca beklemeli veya davranışını gerçekleştirmelidir. Dolaylı bir kasıtlı dahi olsa zararın gerçekleşmesini istememiş olmalı, ancak kendi serbest iradesiyle göze almalı ve istemediği bir zararın meydana gelme ihtimalinin şuurunda olmalıdır. Bu sebeple, taşıyıcının veya fiillerinden sorumlu olduğu yardımcıların bilgisizlik veya unutma sebebiyle yaptığı veya kaçındığı bir davranış, söz konusu kusurun konusuna girmemektedir⁴¹.

“*Goldman v. Thai Airways*” olayında İngiltere Temyiz Mahkemesi (The Court of Appeal), Varşova Konvansiyonunun Lahey ile değişik 25. maddesini bütün yönleriyle irdelenmiştir⁴². Kararın konumuzla ilgili olan kısmında, rotası üzerinde hava türbülansı olduğu ve yolcuları bu konuda uyarması gerektiğine ilişkin kendisine bilgi verilmesine rağmen pilot, uçağın hava türbülansına girdiği sırada, kemerlerini bağlaması konusunda yolculara uyarıda bulunmamıştır. Kemerlerini bağlamayan davacı yolcu da uçağın tavanına çarparak yaralanmıştır. Mahkeme bu olayda Varşova Konvansiyonunun Lahey ile değişik 25. maddesinin uygulanmayacağına ve taşıyıcının sınırlı sorumluluk hükümlerinden yararlanabileceğine karar vermiştir. Kararın gerekçelerinden biri, pilotun söz konusu talimatı uygulamayı unutma ihtimalinin her zaman olmaması ve bunun sonucunda yolcuların yaralanma ihtimalinin şuuruna sahip olmamasıdır.

babasına anlatmıştır. O genellikle babasına her şeyi anlatır (Longman-Metro, s. 1185).

³⁸ Clarke, Air, s. 167; Çağa, Batider, s. 301; Çağa, Sempozyum, s. 201; Yazıcıoğlu, s. 171-172. *Tarar v. PIA*, 17 Avi 18,618, 18,624 (SD Tex, 1982); *Koufos v. Czarnikof*, (1969) 1 A.C. 350; *Rolls Royce v. HVD*, (2000) 1 Lloyd's Rep s. 653 (Clarke, Air, s. 167, dn. 121-124).

³⁹ “*Goldman v. Thai Airways*” (Glass/Cashmore, No. 6.50). Kararın konumuzla ilgili olan kısmıyla ilgili olarak ayrıca bkz. aşağı. dn. 43.

⁴⁰ Clarke, Air, s. 167; Yetiş Şamlı, s. 94 ve dn. 192.

⁴¹ Atalay Özdemir, s. 114.

⁴² *Goldman v. Thai Airways*, (1983), 1 W.L.R. 1186 (Glass/Cashmore, No. 6.50, dn. 59; Clarke, Air, s. 93, dn. 417).

Taşıyıcının sorumluluğunu sınırlayan hükümlerden yararlanma hakkı olmadığına karar verilebilmesi için kendisinin, zararın meydana gelme ihtimalini fiilen bilmesi (sübjektif kriter) gerekli midir, yoksa makul bir dikkat ve özen sarf etmesi halinde bunu öngörebilecek durumda olması (*objektif kriter*) yeterli midir? Ağırlıklı görüşe göre taşıyıcının, somut olayda zararın meydana gelme ihtimalini fiilen bilmesi gerektiği yönündedir⁴³. Bu konuda mahkeme uygulamalarının da farklılık gösterdiği, Fransız İstinaf Mahkemesinin basiretli bir taşıyıcının davranışını (*objektif kriter*) esas aldığı⁴⁴, Belçika⁴⁵, Hollanda⁴⁶, İsviçre⁴⁷, Alman⁴⁸ ve Amerikan⁴⁹ mahkemelerinin ise taşıyıcının somut olayda zarar ihtimalini fiilen ve gerçekten bildiğinin ispat edilmesi gerektiği yönünde (sübjektif kriter) kararlar verildiği ifade edilmektedir⁵⁰. Yine yukarıda sözü edilen “*Goldman v. Thai Airways*” olayında mahkeme sübjektif kritere dayanmıştır⁵¹.

⁴³ Diederiks/Verschoor, s. 156; Clarke, Air, s. 160; Sözer, Batider 1984, s. 56; Atalay Özdemir, s. 113-114; Kırman, s. 160; Damar/Yetiş Şamlı, s. 12; Yetiş Şamlı, s. 96-97.

⁴⁴ *Emery v. Sebens*, 15.12.1967 (Karara atf yapanlar; Mankiewicz, The Liability Regime of the International Air Carrier, Deventer 1981, s. 115-116; Miller, Liability in International Air Transport, Deventer 1977, s. 209 (Sözer, Batider 1984, s. 56 ve dn. 152’den)); RFDA 1976, s. 106, AL 1977, s. 114; Cour de Appel de Paris, *Hennesy v. Air France*, RFDA 1954, s. 45; Cour de Appel de Paris, RFDA 1976, s. 109 (Atalay Özdemir, s. 115, dn. 43, 44, 46). Fransız mahkemeleri tarafından benimsenen objektif kriter kargo olarak gönderilen bir koli banknotun çalınması olayında Kanada Federal Mahkemesi tarafından da uygulanmıştır. Mahkeme, söz konusu şüpheli kolinin çalınmasına özel bir kasıt olmasa dahi, her hırsızlık sonucu zararın muhtemel olduğunun farkında olunması gerektiğine işaret etmiştir. *Swiss Bank Corp. v. Air*, (1982) 129 DLR (3d) 85,100-101 per Walsh J. (Fed.Ct) (Clarke, Air, s. 167 ve dn. 1018; Diederiks/Verschoor, s. 156 ve dn. 186).

⁴⁵ *Tondriau v. Air India*, Belgian Supreme Court, 27.01.1977, (1977) RFDA 193, (Atalay Özdemir, s. 115, dn. 52; Diederiks/Verschoor, s. 156, dn. 186).

⁴⁶ Bkz. Yetiş Şamlı, s. 97 ve dn. 205.

⁴⁷ İsviçre Federal Mahkemesi, 11.07.1972, ASDA- Bull. 1972, s. 12 (Atalay Özdemir, s. 115, dn. 47); *Cladio v. Aviance*, Federal Court, No. C 102/1982/tr. 29.06.1987, 20 Avi. 18230 (Kırman, s. 159-160 ve dn. 102).

⁴⁸ BGH, 12.01.1982, NJW 1982, s. 1218; BGH, 16.02.1979, ZLW 1980, s. 55 (Atalay Özdemir, s. 115, dn. 47).

⁴⁹ *Berner v. British Commonwealth Pacific Airlines*, 09.06.1965, U.S. Court of App., 2nd Cir., Avi. 17,681; *Goepp v. Amerikan Overseas Airline*, 16.12.1952, 3 Avi. 18,057 (Sözer, Batider 1984, s. 56 ve dn. 154). *Grey v. American Airlines*, 1955 U.S. App.; *Bassam v. American Airlines*, 2008, No. 07-30958, U.S. App. (<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca5/07-30958/07-30958.0.wpd-2011-02-25.html>, 20.02.12); *Koirala v. Thai Airways International*, 1997, No. 96-16598, 96-16712, U.S. App. (<http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1233762.html>, 20.02.2012); *Saba v. Air France*, 1996, No. 94-7211 U.S. App. (<http://caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1139874.html>, 20.02.2012).

⁵⁰ Sözer, Batider 1984, s. 56; Atalay Özdemir, s. 114-115.

⁵¹ *Goldman v. Thai Airways*, (1983), 1 W.L.R. 1186 (Glass/Cashmore, No. 6.50); *Goldman v.*

Doktrindeki bu tartışmaya rağmen uygulamada objektif kriter ile sübjektif kriterin, birbirinden tamamen ayrılmadığı, zaman zaman birbirine oldukça yaklaştıkları ifade edilmektedir⁵². Ayrıca zararın muhtemel olduğu yönünde failde bir şuurun olup olmadığının somut olayın şartlarından ve meydana gelen zararın durumundan anlaşılabileceği savunulmaktadır⁵³.

Kanaatimizce, sübjektif kriterin hava taşımalarında uygulanması, uçağın kule irtibatı gibi bazı teknolojik imkânların yaygın olarak kullanılması sebebiyle, somut olayda bu kritere uygun davranış sergilenip sergilenmediği bakımından ispatın yapılması fazla zorluk çıkarmayabilir. Havayolu taşıması dışındaki diğer taşıma türlerinde ise (karayolu, denizyolu ve demiryolu) sübjektif kriterin uygulanması, yani somut olayda taşıyıcının zarar ihtimalini fiilen bildiğinin ispatı, imkânsız hale gelebilir⁵⁴. Bu kusur türünün öngörüldüğü bütün Konvansiyonlar bakımından sübjektif yöntem benimsense dahi, ispat konusunda fazla aşırıya gidilmemeli ve böyle bir şuurun varlığına delalet eden bazı emare, tezahür ve verilere dayanarak söz konusu ispatın yapılabileceği kabul edilmelidir⁵⁵. Öte yandan gün geçtikçe artan taşıma teknolojisi sayesinde ispat konusundaki zorluklar giderek azalmakta veya ortadan kalkmaktadır. Örneğin karayolu taşıma araçlarına yerleştirilen casus aletler sayesinde taşıyıcının araç içi ısısını takip bakımında yeterli özeni gösterip göstermediği, yani kaçınma şeklinde bir davranış gösterip göstermediği denetlenabilmektedir. Bu bakımdan ispat yükümlülüğünün yerine getirilmesi ve şekli bakımından her somut olayın özelliği de dikkate alınmalıdır.

Taşıyıcı veya yardımcıların bir kısım zararların doğması ihtimalinin şuurunda olması yeterlidir; meydana gelen zararın tüm derecelerinin şuurunda olduklarının ispatlanması zorunda değildir. Başka bir ifadeyle taşıyıcının veya yardımcıların şuurunda oldukları zarar ile somut olarak ortaya çıkan zararın

Thai Airways, (1983), 1 W.L.R. 1186.

⁵² Bu konuda yabancı mahkemelerin uygulamaları ile ilgili örnek ve bilgi için bkz. Atalay Özdemir, s. 114-116.

⁵³ OLG Köln U.v. 27.06.1995 (22 U 265/94); Neumann Hilmer, Die unbeschränkte Haftung des Frachtführers nach § 435 HGB, TranspR 1-2002, s. 420 (Yetiş Şamlı, s. 97, dn. 209).

⁵⁴ HK'da taşıyıcının sınırlı sorumluluk hükümlerinden yararlanamayacağı belirtildikten sonra, taşıyıcının “zarar verme kastıyla veya zararın doğma ihtimali konusunda şura sahibi olduğu halde işlediği pervasızca davranışıyla zarara sebep olmasının aranması” ağır şekilde eleştirilmektedir. Ayrıca taşıyıcı sorumlu olacaksa, bu sorumluluğun gerçekçi bir tutarla sınırlanması gerektiği ifade edilmektedir (Tetley, s. 10) .

⁵⁵ Çağa, Sempozyum, s. 201 ve bu sunuma ilişkin tartışmalar, s. 216; Türkay Özdemir, s. 176; Yetiş Şamlı, s. 94.

örtüşmesi zorunlu değildir⁵⁶. Örneğin, taşıyıcının yaptığı davranış sonucunda bazı yüklerin hasar görebileceğinin şuurunda ise, kaza dolayısıyla çıkan yangından dolayı tüm yükün tamamen zayi olma ihtimalinin de şuurunda olduğu kabul edilmelidir⁵⁷. Yine taşıma konusu eşyaya özgü bazı belgelerin olmamasından dolayı gümrük idarelerinin bekletme veya parasal nitelikli bazı yaptırımları uygulayabileceğini şuurunda ise eşyaya el konulmasının veya bekletmeden dolayı bozulabileceğinin de şuurunda olduğu kabul edilmedir.

c) Hukuki Niteliği ve Türk Hukukunda Yerleşik Kusur Kavramları İçindeki Yeri

aa) Doktrin ve Uygulama

Pervasızca davranış kusuru Anglo Amerikan hukuk sistemine özgü bir kusur türü olan “*wilful misconduct*” kavramından yararlanılarak geliştirilmiş ve uluslararası Konvansiyonlarda kullanılmaya başlanmıştır; ancak “*wilful misconduct*” kavramıyla eş anlamlı değildir⁵⁸. Zira, “*wilful misconduct*” kusurunda zarar ihtimaline ilişkin failin şuur sahibi olması zorunlu değildir; gerekli özeni göstermediğinden dolayı bu şuura sahip olamamış olması da sorumluluğu için yeterlidir⁵⁹. Uluslararası taşıma sözleşmelerini düzenleyen CMR dışındaki Konvansiyonlarda aynen kullanılması nedeniyle pervasızca davranış kusurunun hukuki niteliğinin belirlenmesi bakımından en kestirme yol, söz konusu Konvansiyonların ilgili hükümlerine (CIM m. 44⁶⁰; VL m. 25⁶¹ ve

⁵⁶ Clarke, Air, s. 167; Damar/Yetiş Şamlı, s. 12.

⁵⁷ *Husain v. Olympic*, 116 F Supp 2d 1121,1140 (ND Cal, 2000) (Clarke, Air, s. 167, dn. 1024). Ayrıca Kanada Federal Mahkemesinin bir koli banknotun çalınması olayına ilişkin olarak kararı bu konuda verilebilecek en iyi örneklerdendir ((*Swiss Bank Corp. v. Air*; (1982) 129 DLR (3d) 85,100-101 per Walsh J. (Fed.Ct) (Clarke, Air, s. 167 ve dn. 1018; Diederiks/Verschoor, s. 156 ve dn. 186; bkz yuk. dn. 44)).

⁵⁸ Çağa, Batider, s. 301; Çağa, Sempozyum, s. 202; Atalay Özdemir, s. 110, 119; Yetiş Şamlı, s. 95.

⁵⁹ Atalay Özdemir, s. 119.

⁶⁰ Bu hüküm, 1980 tarihli COTIF’i (ve ekleri CIV’i ve CIM’i) değiştirmek üzere kabul edilen 1990 tarihli Protokole dayanmaktadır (1990 Protokolü için bkz. RG. 22.06.1994/21968).

⁶¹ 1975 tarihli 4 Sayılı Montreal Protokolünün IX. maddesine göre, Varşova Konvansiyonunun 25. maddesi yeniden değiştirilmiş ve sınırsız sorumluluk sadece yolcu ve bagaj taşımaya münhasır kılınmıştır (Konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. Ülgen, Kalpsüz Armağanı, s. 485; Yazıcıoğlu, s. 169-170, dn. 468; Kırmızı, s. 171). Varşova Konvansiyonu ve onu değiştiren protokollerin tamamının yerine geçmek üzere 1999 yılında hazırlanan Montreal Konvansiyonu, yük taşımaları bakımından 4 sayılı Montreal Protokolünü model almış yolcunun uğradığı bedensel zararlar bakımından ise “iki kademeli” (*two tier*) bir sorumluluk sistemini benimsemiştir. Dolayısıyla, bu değişikliklere taraf devletlerarasındaki eşya taşımalarında, taşıyıcının sorumluluğu daima sınırlıdır. Montreal Konvansiyonu, 26.03.2011 tarihinde Türki-

25A; HK m. 8; BMK m. 21) ilişkin yorum ve uygulama örneklerine başvurulması gibi görünmektedir. Bunları aşağıdaki gibi sıralamak mümkündür.

1) Bir görüşe göre sınırsız sorumluluk nedeni olarak düzenlenen ağır kusur halleri, doğrudan ve dolaylı kastı ifade eder⁶². Bununla birlikte bu görüş sahiplerinden Ülgen'e göre taşıyıcının ağır ihmali neticesinde verdiği zararlardan sınırsız sorumlu tutulması gerektiği yönündeki görüş menfaatler dengesine daha uygundur⁶³.

2) İkinci görüşe göre önce kullanılan kast kavramının, kastın her iki türünü de (doğrudan ve dolaylı/ihtimali kast) kapsadığı kabul edildiğine göre⁶⁴, devamındaki pervasızca davranış kusurunun, başka bir anlama gelmesi gerekir. Ayrıca pervasızca davranış kusuruna ilişkin tanımlamada isteme unsuruna yer verilmemekte, ancak gereken özenin gösterilmemesi ve zarar ihtimalinin öngörülmesi unsurlarına işaret edilmektedir. Buna göre zararın öngörülmesi şartından şuurlu ihmal; davranışın pervasızca (*recklessly*) olmasından da ağır ihmal anlaşılması gerekir⁶⁵.

3) Üçüncü görüşe göre ise pervasızca davranış kusurunun, Kara Avrupası Hukuk sistemlerindeki herhangi bir kusur kavramıyla örtüştürülmesi kolay değildir⁶⁶. Söz konusu kusur türünde, failin zararın doğması ihtimaline ilişkin şura sahip olmasının aranması, onu Kara Avrupası Hukuk Sistemlerinde bulunan dolaylı kast ve şuurlu (bilinçli) ihmal kavramlarına yaklaştırmaktadır. Bununla birlikte dolaylı kasttan farklı olarak "*pervasızca davranış*" kusurunda fail zararın doğmasını dolaylı da olsa istemez; aksine zararın doğmamasını arzu eder; bunu umar ve bekler; hatta doğması için kendince bazı önlemler de alabilir⁶⁷.

ye bakımından yürürlüğe girmiştir. Bundan böyle Türkiye ile taraf bir ülke arasındaki havayolu taşımalarında, ağır kusur hallerinin sınırsız sorumluluk sebebi olmasına ilişkin hükümler, sadece yolcu taşımada gecikme ve bagaj taşımada ziya, hasar ve gecikme halleriyle sınırlı olmak üzere uygulama alanı bulabilecektir (Damar/Yetiş Şamlı, s. 11).

⁶² Ülgen, Hava Taşıma, s. 203; Karan, s. 737 vd..

⁶³ Ülgen, Hava Taşıma, s. 203.

⁶⁴ Sözer, Batider 1978, s. 797; Yazıcıoğlu, s. 171; Kırmızı, s. 156.

⁶⁵ Sözer, Batider 1978, s. 798; Sözer, Batider, 1984, s. 58; Kırmızı, s. 163; Sözer, Yük Taşıma, s. 235, 240-241.

⁶⁶ Söz konusu kusur türünün geliştirildiği "*wilful misconduct*" kavramının Fransızca "*dol*" (kast) kavramına eşit kabul edilebileceği, ancak kesin bir çeviri vermenin de imkânsız olduğu ifade edilmektedir (Messent/Glass, No. 9.80, s. 224).

⁶⁷ Çağa, Batider, s. 301; Çağa, Sempozyum, s. 201-202; Atalay Özdemir, s. 110-111 ve 119; Yazıcıoğlu, s. 173.

4) Yargıtay, “...dikkatsizlikten öte ihtiyatsızlık ve tedbirsizliğe varan cesaretle, pervasızca...” davranışın, sınırlı sorumluluktan yararlanmayı engelleyeceği sonucuna varmıştır⁶⁸. Yargıtay diğer bir kararında ise, “...dikkatsizlikten öte ihtiyatsızlık ve tedbirsizliğe varan cesaretle, pervasızca...” davranış ölçüsü yerine “...kasta yakın ağır kusur...” ölçüsünü tercih ettiği görülmektedir⁶⁹. Yargıtay, bu kararında “ağır kusur” kavramını kullanmakla, ilk görüşe yaklaşmaktadır. Bununla birlikte “kasta yakın ağır kusur” ifadesiyle de, her ağır kusurun sınırsız sorumluluk sebebi olarak kabul edilmemesi gerektiği düşüncesini uyandırmakta ve iki görüş arasında ortalama bir yol tutmuş görünmektedir.

bb) Görüşümüz

Pervasızca davranış kusuru, uluslararası taşıma sözleşmelerine ilişkin kurallar bakımından yeknesaklık sağlama amacına uygun olarak Kıta Avrupası Hukuku sistemi ile Anglo Amerikan Hukuk sistemi arasında sağlanan uzlaşının Konvansiyonlara yansımadır⁷⁰. Bu Konvansiyonların birçok hükümde

⁶⁸ Doğrusu, Yargıtay daha önce de sözü edilen (Yargıtay, 11. HD., 28.11.1984, E. 1984/5161, K. 1984/5886 (YKD, Mart 1985, C. 11, S. 3, s. 381 vd.)) kararında, bir taraftan Fransızca orijinal metinde kullanılan “*témérairement*” kelimesinin “*dikkatsizlikten daha öte, tedbirsizlik, ihtiyatsızlığa varan cesaretle pervasızca*” şeklindeki anlamına atıf yaparak, davranışın bu nitelikte olup olmadığının araştırılmasını isterken (s. 384-385); diğer taraftan “*en ufak böyle bir tedbirsizlik halinde*” sınırlı sorumluluğun kaldırılmasından söz ederek (s. 385), başlangıçta çelişkili bir ifade kullanmıştır.

Söz konusu karara karşı karar düzeltme talebinde bulunulması üzerine, Fransızca orijinal metinde kullanılan “*témérairement*” kelimesinin anlamına da atıf yapılarak, “*dikkatsizlikten daha öte tedbirsizliğe, ihtiyatsızlığa varan cesaretle, pervasızca*” bir davranış sebebiyle zararın meydana gelip gelmediğinin uzman bilirkişilerce verilecek raporla tespit edilmesi gerektiği yönünde görüş beyan edilmiştir (23.03.1985, 85/1024-11026, YKD, C. XI, S. 6, s. 840 vd.).

Yerel mahkemenin eski hükümde ısrar etmesi üzerine HGK’nın 25.03.1987 tarih ve E. 1986/11-154, K. 987/235 sayılı kararında aynı görüşü tekrar edilmiş ve “...çok kötü hava şartları içinde olmalarına rağmen pilotların ihtiyatsız derecede bir cesaretle, pervasızca bir hareketle inişe geçmeleri” sınırsız sorumluluk için yeterli görülmüştür (Atalay Özdemir, s. 112, dn. 23 ve 208 vd.).

Yargıtay’ın daha sonraki kararlarında da bu formülü tekrar ettiği görülmektedir. Örneğin, 1987 tarihli bir kararında “*Uluslararası hava taşımasında sınırsız sorumluluğun varlığının ileri sürülmesine göre, dikkatsizlikten daha öte tedbirsizliğe ve ihtiyatsızlığa varan cesaretle ve pervasızca bir tutum ve davranışla olayın meydana gelip gelmediği araştırılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir.*” demiştir (Yargıtay, 11. HD., 26.05.1987, E. 2685 K. 3210 (Eriş, s. 138-139). Ayrıca Yargıtay, 11. HD., 26.01.1988, E. 1988, K. 320 (Eriş, s. 141-144).

⁶⁹ Yargıtay, 11. HD., 26.01.1999, E. 1998/5499; K. 1999/136 (HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası, 15.02.2012).

⁷⁰ Damar, s. 54.

olduğu gibi, ulusal hukuklardan birinde veya birkaçında yerleşik kusur kavramlarının kullanılmasından özellikle kaçınılarak, sınırsız sorumluluğa neden olan kusurlar bakımından üzerinde uzlaşıya varılan hususların tanımlanması yöntemi benimsenmiştir⁷¹. Bu nedenle pervasızca davranış kusurunun, bir takım zorlama yorumlarla hukukumuzda yerleşmiş bir kusur türüyle örtüştürülmeye çalışılması, kanun koyucunun taşıma sözleşmelerini düzenleyen mevzuatın bütününde benimsediği uluslararası düzenlemelere uyum gösterme ve taşıma hukuku alanında sağlanmaya çalışılan uluslararası yeknesaklığa katkıda gayretine uygun bir yorum şekli olmaz⁷². Bunun yerine pervasızca davranış kusuruna ait unsurların, iç hukukta yerleşmiş kavramlardan bağımsız olarak irdelenmesi, söz konusu kusurun varlığı tespit edilirken, bu unsurların varlığı veya yokluğuna göre bir sonuca varılması⁷³ ve uluslararası Konvansiyonların uygulanması bakımından aynı kusur türüne ilişkin yorum ve içtihatlardan yararlanılması daha uygun olur. Buna göre eğer somut olayda pervasızca bir davranış (*recklessly*), zararın doğması bakımından galip ihtimal (*probably*) ve failde bu ihtimal yönünden bir şuur (*with knowledge*) söz konusuysa taşıyıcının veya yardımcılarının pervasızca davranış kusurunu işlediği gerekçeyle sorumluluklarının sınırsız olduğu sonucuna varılmalı, söz konusu unsurlar bulunmadığı takdirde ise sorumluluğun sınırlı olduğuna karar verilmelidir.

Pervasızca davranış kusurunun, hukukumuzda geçerli kusur kavramlarından biriyle örtüştürme gayreti yerine, bunlardan hangisine daha yakın olduğunun belirlenmesi, onun anlaşılması ve kapsamının belirlenmesi bakımından yol gösterici olabilir. Bu bakımdan failde zararın doğmasına ilişkin bir şuur aranması, pervasızca davranış kusurunu, Türk Hukukunda dolaylı kast ve şuurulu ihmale yaklaştırmaktadır. Bununla birlikte Türk Hukukunda dolaylı kast

⁷¹ Uluslararası taşıma sözleşmelerini düzenleyen Konvansiyonlarda bu yöntemin tercih edilmesinin önemli bir nedeni de hazırlayanların herhangi bir ulusal hukukta yerleşik bir kavram üzerinde uzlaşma sağlayamamalarıdır.

⁷² Kanunun koyucunun taşıma sözleşmeleri bakımından uluslararası Konvansiyon hükümlerini iç hukuka adapte etme gayreti; öncelikle YTK'nın "*Taşıma Hukuku*" başlıklı kitabında bulunan hükümlerin hemen tamamının gerekçesinde CMR'ye atıf yapılmasından anlaşılmaktadır. İkincisi YTK taşıma sözleşmelerine ilişkin birçok hükmünde ya kendisinde hüküm bulunmaması halinde uluslararası Konvansiyonlara atıf yapmış ya da Türkiye'nin taraf olması koşuluyla bunların iç hukuk bakımından da doğrudan doğruya uygulanacağına ilişkin hükümler getirmiştir. Örneğin YTK m. 894/1, 902/1-d, 905/1, 1320/2-a gibi. Üçüncüsü TSHK'da durum bir adım daha ileri götürülerek, daha sonradan yürürlüğe girecek ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası Konvansiyon hükümlerinin doğrudan doğruya iç hukuk bakımından da uygulanması gerektiği açıkça hükme bağlanmıştır (TSHK m. 106, 124/1, 125/1).

⁷³ Gençtürk, s. 248; Yetiş Şamlı, s. 95-96.

ve şuurlu ihmal arasındaki ayrımın çoğu zaman net olarak ortaya konulamadığının kabul edilmesi gerekir. Örneğin, kalabalık bir caddede 120 km hızla otomobil sürme şeklindeki dolaylı kast örneği⁷⁴ dikkate alındığında, orijinal metinlerdeki, “...taşıyıcının zarar verme kastıyla yaptığı ...” (*carier done with the intent to cause*) şeklindeki ifade doğrudan kast ve hile kavramıyla; “zararın meydana gelme ihtimali bilinci ve pervasızca yapılan davranış” (*recklessly and with knowledge that suchwould probabably result*) şeklindeki ifade de dolaylı kast kavramıyla karşılanabilir. Buna rağmen dolaylı kast halinde fail zararlı sonucu onaylar, tasvip eder ve ona razı olur. Şuurlu ihmalde ise onaylamaz tasvip etmez, hatta olmamasını umar, yani dolaylı yoldan bile olsa sonucu isteme durumu söz konusu olamaz; sadece göze alır. Görüldüğü gibi pervasızca davranış kusurunda zararlı sonucun tasvip edilmesi unsuru aranmadığından dolaylı kast ile örtüştürülmesi mümkün değildir.

Pervasızca davranış kusurunda, ihtimal unsurunun “*galip ihtimal*” (yüksek ihtimal) olması gerekirken, şuurlu ihmalde zarar ihtimalinin yüksek veya düşük olmasının bir önemi yoktur; zarar ihtimalin öngörülmesi ve göze alınmış olması yeterlidir. Başka bir ifadeyle pervasızca davranış kusuru, zarar ihtimalinin yüksek (galip ihtimal) olması unsuruyla şuurlu ihmalden ayrılır. İngiltere Temyiz Mahkemesinin (The Court of Appeal) yukarıda da sözü edilen kararı⁷⁵ ile İsviçre Federal Mahkemesinin 11.07.1972 tarihli kararı⁷⁶ bu görüşü destekler niteliktedir. Bu nedenle pervasızca davranış kusuru, şuurlu ihmal olarak nitelenemez; ancak oldukça yakın bir kavram olduğunu ve bazı hallerde somut olayda örtüşebileceğini ifade edebiliriz. Örneğin yanmakta olan kırmızı ışığa rağmen, işlek bir kavşaktan yüksek ihtimal bulunan kazayı göze alarak geçen sürücünün kusuru, hem şuurlu ihmal hem de pervasızca davranış oluşturur. Buna karşılık gece geç saatlerde hız sınırını aştığı sırada, karşıdan karşıya geçmek isteyen bir kişiye çarpmamak için yaptığı manevra nedeniyle bir kısım yüklerin zarar görmesine neden olan taşıyıcının kusuru, şuurlu ihmal oluşturur; ancak o saatlerde yaya geçidi olmayan bir yerden bir kişinin geçme ihtimali düşük olduğundan dolayı pervasızca davranış kusuru oluşturmaz. Zira şuurlu ihmalde de fail zararın meydana gelme olasılığını görür; fakat söz konusu ihtimalin, bazen düşük olması, bazen kendi yeteneklerine veya aracın kalitesine güvenmesi, bazen de kendisine göre âciliyet kesp eden işlerinin bulunması gibi önemli olan sebeplerle gerekli tedbirleri almaz.

⁷⁴ Reisoğlu, s. 137.

⁷⁵ *Goldman v. Thai Airways*, (1983), 1 W.L.R. 1186 (Glass/Cashmore, No. 6.50, dn. 59).

⁷⁶ ZLW 22, 129 vd. (İlgili kısımlarından aynen aktarmalar için bkz. Çağa, Sempozyum, s. 203-205).

Pervasızca davranış kusurunun, dolaylı kast ile şuurlu ihmal arasında yer aldığını kabul etmekle birlikte dolaylı kasta daha yakın olduğu yönündeki görüşe⁷⁷ katılmıyoruz. Bize göre YTK'da ve orijinal metinde yer alan “kast” kavramı hem doğrudan hem de dolaylı kastı kapsar. Üstelik YTK'yı hazırlayan bilim komisyonu üyeleri de uluslararası Konvansiyonlara ilişkin bu tartışmayı bildikleri halde, onu ortadan kaldıracabilecek açıklıkta bir hüküm getirmemişlerdir. Demek oluyor ki, onlar da “kasten” ifadesinin kastın her iki türünü de kapsadığını ve pervasızca davranış kusurunun bu ikisi dışında bir kusuru ifade ettiğini kabul ediyorlar⁷⁸.

Failin zararın doğabileceğinin şuurunda olması arandığına göre pervasızca davranış kusuru, ağır ihmal olarak da nitelenemez⁷⁹. Zira ağır ihmalde böyle bir şuur aranmaz; fakat bu şuurun oluşmamasının (failin zararı öngörmemesinin) nedeni, sıradan bir kişinin göstermesi gereken özenin gösterilmemesidir⁸⁰. Bu durumda TK'dan (TK m. 786/III) farklı olarak, YTK'nın uygulandığı (YTK m. 886/1) ihtilaflarda ağır ihmalin, sınırlı sorumluluk hükümlerinden yararlanmaya engel olmaması gerekir⁸¹. Dolayısıyla ağır

⁷⁷ Çaga, Batider, s. 301; Çaga, Sempozyum, s. 201-202; Atalay Özdemir, s. 110-111 ve 119; Yazıcıoğlu, s. 173.

⁷⁸ YTK'nın 886. maddesinin gerekçesinde Kanunu hazırlayanların kasttan ve ağır kusurdan farklı bir kavram getirmek istedikleri anlaşılmaktadır. Hükümün gerekçesinin söz konusu satırlarında şöyle denilmektedir:

“Hükümde geçen “pervasızca ve zararın muhtemelen gerçekleşebileceği bilinciyle hareket” etmek ibaresinin anlamı üzerinde durmak gerekir. “Pervasızca ve zararın muhtemelen gerçekleşebileceği bilinciyle hareket” birlikte, yani tek bir kavram olarak değerlendirilmeli ve kasta eşit bir kusur olarak yorumlanmalıdır. “Kasta eşit kusur” ölçüsü kaynak CMR m. 29 (1) hükmünde açıkça ifade edilmiştir. Bu ibarenin CMR'nin İngilizce metninde “kasıt” karşılığı olarak “wilful misconduct” denildikten sonra “or by such default on his part as, in accordance with the law of the court or tribunal seized of the case, is considered as equivalent to wilful misconduct” denilmiştir. Bu metne göre, kasıt veya davaya bakan mahkemenin veya hakemin hukukuna göre kasta eşit olarak mütalâa edilebilecek kusur söz konusudur.”

“Türk/İsviçre hukuklarında ağır kusur vardır, ancak bu kavramın hem sınırı hem de tanım unsuru belirsizdir. Ağır kusur daha çok kusura yakın bir şekilde anlamlandırılmaktadır. Madde “pervasızca ve zararın muhtemelen gerçekleşebileceği bilinciyle” sözcükleri kullanılarak, CMR'ye uygun olarak kasta denk düşebilecek bir kusura vurgu yapılmıştır. Bu bakımdan seçilen pervasız sözcüğü Almanca metindeki “leichtfertig”den gelmektedir.”

⁷⁹ Çaga, Batider, s. 301; Atalay Özdemir, s. 113-115 ve 118-119; Yazıcıoğlu, s. 172-173.

⁸⁰ “Ağır ihmal” (*culpa lata*) halinde, hukuka aykırı netice istenilmemekle birlikte neticeyi meydana getiren fiilin işlenmesinde herkes tarafından gösterilen dikkat ve özenin gösterilmemesi olarak tanımlanmaktadır. Örneğin, freni bozuk arabayla yola çıkılması gibi. Buna karşılık dikkatli kişilerin göstermesi gereken özenin gösterilmesi, “hafif ihmal” (*culpa levis*) olarak tanımlanmaktadır Ataay, s. 69-70; Tekinay, s. 495-496; Eren, s. 540-541; Reisoğlu, s. 140; Tandoğan, s. 54-55; Kılıçoğlu, s. 201-202.

⁸¹ Hile durumunda taşıyıcı, hem zararın meydana gelmesini istemekte hem de eşya ilgisinden

veya hafif ihmâl, taşıyıcının sorumsuzluğuna değil, sadece sınırlı şekilde sorumlu olmasına sebep olacaktır⁸².

Çalışmamızda geçen kusur türlerinin unsurları bakımından pervasızca davranış kusuruyla mukayesesine ilişkin tablo

Kusur Türleri	Öngörme-Şuur	İsteme/Tasvip	Göze Alma	İhtimal-Hedef Edinme
Doğrudan Kast	X	İsteme	X	Kesin Hedef
Dolaylı Kast	X	Tasvip/Dolaylı isteme	X	Kesin hedef değil, meydana gelmemesi de muhtemel, ihtimal oranı önemi değil.
Pervasızca Davranış	X	Olmamasını bekler	X	Yüksek (Galip) İhtimal
Şuurlu İhmâl	X	Olmamasını bekler	X	İhtimal var ama oranı önemli değil
Ağır İhmâl	Özensizlik nedeniyle yok	Yok	Yok	İhtimal var ama fail özen göstermediği için meçhul

3) Sınırsız Sorumluluk Gerektiren Ağır Kusur Hallerine İlişkin Yeni Sistemin Türk Mahkemelerinin CMR’yi Uygulama Şekli Üzerindeki Etkisi

CMR’de taşıyıcının ve/veya yardımcılarının sorumluluğunu sınırsız hale getiren kusur türleri; kast ve davaya bakan mahkemenin hukukuna göre (lex fori) kasta eşdeğer kabul edilen kusur⁸³ olarak tanımlanmıştır (CMR m. 29/1 ve 2). Kast kavramına ilişkin olarak yukarıda verdiğimiz izahat aynen CMR kapsamındaki taşıma sözleşmeleri bakımından da geçerlidir. Asıl problem, CMR kapsamındaki taşıma sözleşmelerinde taşıyıcının sınırsız sorumluluk sebebi olan kast dışındaki ikinci ağır kusur türü olan “*kasta eşdeğer kabul edilen kusur*” bakımından ortaya çıkmaktadır. Zira bu kavramın belirlenme-

bunu gizlemeye çalıştığı için kast gibi değerlendirilerek, sınırsız sorumluluğa karar verilmiştir.

⁸² Pervasızca davranış kusurunun, ağır ihmale nazaran daha “*ağır*” ve “*yoğun*” bir kusur türü olduğu ileri sürülmektedir (Özdemir, Atalay, s. 113; Çağa, Sempoyum, s. 202; Yetiş Şamlı, s. 98).

⁸³ “*Kast ve kasta eşdeğer kabul edilen kusur*” kavramları, yalnız CMR’de taşıyıcıya tanınan savunma avantajlarının kaybında (CMR m. 29) değil, aynı zamanda bir yıllık zamanaşımı süresinin üç yıla çıkmasını sağlayan bir sebep olarak da işlev görmektedir (CMR m. 31/1).

si bakımından davaya bakan mahkemenin hukukuna (lex fori) atıf yapılmıştır. Başka bir ifadeyle CMR kapsamındaki taşımalarda taşıyıcının sınırlı sorumluluk hükümlerinden yararlanma hakkını kaybetmesine sebebiyet veren ikinci ağır kusur türü, davaya bakan mahkemenin (lex fori) hukukuna göre kasta eşdeğer sayılan kusurdur. Bu nedenle de davaya bakan mahkemenin ulusal hukukuna, yürürlükte olan yasalara ve Konvansiyonları yorumlayış şekline göre farklılıklar görülebilmektedir.

a) Kasta Eşdeğer Sayılan Kusur ve Taraf Devletlerin Uygulaması

“Kasta eşdeğer kabul edilen kusur” ifadesine verilmesi gereken anlam bakımından taraf devletler uygulamasında birlik yoktur. Bazı ülkelerin (İngiltere ve Belçika gibi) hukuklarında kasta eşdeğer kabul edilen kusur kavramına yer verilmediği ifade edilirken; diğerlerinde (Almanya, Avusturya, Fransa⁸⁴ ve İsviçre), “ağır ihmalin” kasta eşdeğer görüldüğü ifade edilmektedir⁸⁵. Bununla birlikte Almanya’da 01.07.1998 tarihinde yürürlüğe giren taşıma hukuku reformu ile taşıyıcının sınırsız sorumluluk sebebi olan kast dışındaki kusur türü “*pervasızca davranış kusuru*” olarak değiştirilmiştir (Alm. TK § 435). Yargı kararları ve doktrinde ise taşıma aracının gece bekçisi olmayan bir yere park edilmesi, taşıyıcının hatalı yüklemeyi fark etmesine rağmen taşımaya başlaması ve ikaz etmemesi, taşımaya aykırı olan aracın kullanılması, hız sınırının aşılması, içki kullanılması ve satışı yasak olan ülkelere taşıma aracı ile kaçak içki sokulması kasta eşdeğer kusurun tipik örnekleri olarak ifade edilmektedir⁸⁶.

TK’nın yürürlükte olduğu dönemde doktrinde ağır ihmal kasta eşdeğer kusur olarak nitelenmekteydi⁸⁷. Yargıtay ise CMR m. 29’da yer alan taşıyıcının kastı ve kasta eşdeğer sayılan kusuru şeklindeki tanımlamaya en

⁸⁴ Fransa’da *Gallais v. Aéro-Maritime* olayında havanın uçuşa elverişli olmayacak kadar kapalı olmasına rağmen uçuş yapılmasını, Anglo-Sakson Hukukuna göre wilful misconduct, Fransız hukukuna göre kasta eşdeğer bir kusur olduğuna karar verilmiştir. Bkz. *Gallais v. Aéro-Maritime* Tribunal Civile de la Seine, 28 April 1954; [1954] RFDA, 184 [1955] JALC 99 (Diederiks/Verschoor, s. 154).

⁸⁵ Dempsey/Milde, s. 192; Messent/Glass, No. 9.80, s. 224-225; Clarke, CMR, No. 102a,b, s. 390 vd.; Kaya, s. 267; Akıncı, s. 155; Karan, s. 734; Sözer, Yük Taşıma, s. 233; Aydın, s. 142.

⁸⁶ Kaya, s. 267; Akıncı, s. 155-156.

⁸⁷ Ülgen, Uluslararası Taşıma, s. 48; Akıncı, s. 156; Kendigelen, s. 388; Arkan, Batider 1979, s. 413, ve dn. 64; Aydın, s. 142. Mersin Asliye Ticaret Mahkemesinin 16.04.1999, E. 1996/636, K. 1999/194 sayılı kararında “...Gönderenin talimatına rağmen malların artı 6 derecede değil, daha soğuk bir ortamda taşınması nedeni ile eşyaların donduğu ve bu durumun ağır kusur olduğu, dolayısıyla 3 yıllık zamanaşımına tabi bulunduğu anlaşılmaktadır.” diyerek bu görüşe yer vermiştir. Kararın metni için (bkz. Kendigelen, s. 392-193).

yakın kavram olarak, TK m. 786/III'te sözü edilen “*taşıyıcının ağır kusuru ve hilesi*” kavramlarını görmektedir⁸⁸.

b) YTK’da Tanımlanan Pervasızca Davranış Kusuru ve CMR Uygulaması

Türk Hukukunda taşıyıcının sınırsız sorumluluğunu gerektiren kast dışındaki ağır kusur bakımından “*taşıyıcının ağır kusuru ve hilesi*” kavramları YTK ile terk edilmiş ve yerine pervasızca davranış kusuru getirilmiştir. Öte yandan benzer bir gelişme daha önce Almanya’da da yaşanmıştır. Almanya’da yapılan taşıma hukuku reformunun yürürlüğe girdiği 01.07.1998 tarihinden itibaren kavramı yerine pervasızca davranış kusuru, kastın yanında taşıyıcının sınırsız sorumluluğunu gerektiren ikinci sebep haline gelmiştir (Alm. TK § 435)⁸⁹. Bu değişikliğin, CMR kapsamındaki taşımalarından doğan ve Almanya’da görülen davalara nasıl yansıtacağını zaman gösterecektir⁹⁰. Bununla birlikte gerek Almanya’da gerekse YTK’nın yürürlüğe girmesiyle birlikte Türkiye’de görülen ve CMR kapsamındaki taşıma sözleşmelerinden doğan davalar bakımından “*kasta eşdeğer kabul edilen kusur*” (CMR m. 29), yukarıda izah edilmeye çalışılan pervasızca davranış kusurudur.

Taşıyıcının sınırsız sorumluluğunu gerektiren ikinci kusur türünün pervasızca davranış kusuru olarak düzenlenmesi, uygulamada yeni bir

⁸⁸ “CMR’nin 29. maddesinde taşıyıcının sınırlı sorumluluğunun hangi hallerde uygulanmayacağı gösterilmiş olup, buna göre taşıyıcının kendi fena hareketinden veya kendi fena hareketi(ne) muadil addedilen kusurundan meydana gelen hasar halinde, taşıyıcının sorumluluğunu tahdit eden veya ispat yükünü karşı tarafa yükleyen hükümlerin uygulanma kabiliyeti kalmamaktadır. Anılan maddede sözü edilen taşıyıcının kendi fena hareketi veya kasti fena hareketi kavramlarını Türk Ticaret Kanunun 786. maddesinde sözü edilen ağır kusur ve hile kavramları en yakın olarak karşılamakta olup, taşıyıcının ağır kusur veya hilesinin bulunduğu durumlarda, sınırlı sorumluluğun bulunmadığının kabulü gerekmektedir.

...taşıyıcının zarara hiçbir açıklama getirmemiş olması, kendisinin karine olarak sorumluluğunu sınırlama hakkını kaybetmiş sayılmasına yol açacağı gibi, iki büyük palet ve toplam 698 kg olan yükün, 273 kg.dan oluşan bir paletin alıcıya ulaşamamasının makul, kabul edilebilir açıklamasını yapmayan davalı taşıyıcının bu hareketinin kötü niyete eşdeğer bir kusur olduğu, ağır kusur olarak kabulünün gerektiği, bu halde de taşıyıcının CMR’deki sınırlı sorumluluk esasından yararlanamayacağının, davacının gerçek zararının karşılanması gerektiğinin kabulü gerekirken yazılı olduğu şekilde taşıyıcının sınırlı sorumlu olduğunun kabulü ile hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” Yargıtay, 11. HD, 12.06.2000, E. 2000/4546, K. 2000/5446, (HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası, 15.02.2012).

⁸⁹ Messent/Glass, No. 9.82, s. 227; Damar/Yetiş Şamlı, s. 16.

⁹⁰ Messent/Glass, No. 9.82, s. 227.

anlayışın gelişmesine neden olabilir. Zira gerekçe⁹¹ Türk-İsviçre hukukunda “ağır kusur” kavramının olduğunu ancak anlamının belirsiz olduğunu ifade ederek, bugüne kadar doktrinde benimsenen “ağır ihmal” ve Yargıtayca benimsenen “taşıyıcının ağır kusuru ve hilesi” kavramlarının benimsenmediğini göstermektedir. Öte yandan gerekçe, yeni düzenlemedeki tanımlamanın, CMR’deki “kasta eşdeğer kabul edilen” kusur kavramına vurgu yapıldığını belirterek, kanun koyucunun CMR’den ayrılmak istemediğini ortaya koymaktadır. Başka bir ifadeyle gayenin CMR’den gerçek anlamda bir sapma değil, sadece “mahkemenin hukukuna veya kararına göre kasta eşdeğer kusur” kavramının tanımlanmak istendiği görülmektedir. Böylece YTK, taşıyıcının sınırsız sorumluluğunu gerektiren kusur, bakımından, CMR dışındaki Konvansiyonların yolunu izleyerek (CIM m. 44⁹²; VL m. 25⁹³ ve 25A; HK m. 8; BMK m. 21), CMR’nin uygulanması bakımından uluslararası yeknesaklığının sağlanmasına katkıda bulunacaktır⁹⁴. Öte yandan “kasta eşdeğer kabul edilen kusur” kavramı bakımından ulusal hukuka yapılan atıf sisteminin, uluslararası alanda terk edilme nedeni de YTK’nın gerekçesini büyük ölçüde desteklemektedir. Zira kasta eşdeğer kabul edilen kusurun belirlenmesi hususunda, milli hukuka atıf yapılmasının, Varşova Konvansiyonun yeknesaklığı sağlama amacına aykırı görülmüş ve Lahey değişikliği ile kast dışında kalan ağır kusur da tanımlanarak Konvansiyonun bünyesine alınmıştır⁹⁵.

YTK 886’nın açık hükmüne rağmen doktrinde, YTK’ya göre taşıyıcının sorumluluğunu sınırsız hale getiren tek nedeninin kast olduğu ve kasta eşdeğer kabul edilebilecek başka bir kusur türünün öngörülemeyeceği ileri sürülmektedir⁹⁶. Bu görüşün gerekçesi olarak da sınırsız sorumluluk nedeni olan ağır kusur hallerinde, sigortacının sigortalısı olan taşıyıcıya sigorta tazminatı ödeme yükümlülüğü olmaması gösterilmektedir. Zira taşıyıcının sınırlı sorumluluğunun gerekçesi, taşıma sözleşmesinden doğan sorumluluk sigortası priminin belirlenmesi olduğuna göre, sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulduğu hallerde taşıyıcının sınırsız sorumluluğu söz konusu olmalıdır. YTK’nın 1429. maddesine göre “zararın sigorta ettirenin

⁹¹ Bkz. YTK’nın 886. maddenin gerekçesi.

⁹² Bu hüküm, 1980 tarihli COTIF’i (ve ekleri CIV’i ve CIM’i) değiştirmek üzere kabul edilen 1990 tarihli Protokole dayanmaktadır (1990 Protokolü için bkz RG. 22.06.1994/21968).

⁹³ Ülgen, Kalpsüz Armağanı, s. 485; Yazıcıoğlu, s. 169-170, dn. 468; Kırman, s. 171.

⁹⁴ Karan, s. 736.

⁹⁵ Sözer, Batider 1978, s. 795; Kırman, s. 152-153.

⁹⁶ Bkz Karan, s. 734 vd..

veya sigortalının sadece kastından doğması halinde” sigortacı tazminat ödemekle yükümlü değildir. O halde taşıyıcının da sınırsız sorumlu olması gereken tek hal, zarara kasten sebep olduğu haldir⁹⁷.

Kanaatimizce YTK’nın taşıma sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında bulunan 886. maddesi ve benzer ilişkileri düzenleyen (YTK m. 855, 930, 1187 ve 1267) hükümlerinde açıkça kast ve pervasızca davranış kusuruna yer vermiştir. Buna göre Türk Hukukunda kast dışında sınırsız sorumluluk sebebi olan ikinci bir kusur türü olup olmadığını araştırmak için sigorta sözleşmelerine ilişkin hükümlere gitmeye gerek yoktur. Zaten taşıma sözleşmesi ve sigorta sözleşmesi arasında bu kadar sıkı bir bağ olsaydı, taşıyıcının sorumluluk (CMR) sigortası yaptırmadığı hallerde de sorumluluğunun sınırsız kabul edilmesi gerekirdi.

CMR kapsamındaki taşıma sözleşmelerinden doğan ve Türk Mahkemelerinde görülen davalarda, taşıyıcının sınırsız sorumluluk sebebi olarak kast yanında kasta eşdeğer kusur olarak pervasızca davranış kusuru da uygulama alanı bulmalıdır. Bununla birlikte kanunda tanımlanan ve yukarıda unsurları ortaya konulan pervasızca davranış kusuruna uymayan ağır kusur halleri –örneğin ağır ihmal- bundan böyle taşıyıcının veya yardımcılarının sınırsız sorumluluğunu gerektirmeyecektir.

III. SONUÇ

YTK’ya göre taşıyıcı, kastından veya kanunda tanımlanan pervasızca davranış kusurundan doğan zararlardan dolayı sorumluluğunu sınırlayan veya kaldıran hükümlerden yararlanamaz (YTK m. 886). Kast kavramı hukukumuzda yerleşik bir kavram olduğu için kapsam unsurlarının belirlenmesi, herhangi bir zorluk arz etmez. Ayrıca bu kavram hem doğrudan hem de dolaylı kastı kapsamaktadır. Pervasızca davranış kusuru ise Alman Ticaret Kanunundan alınmış olup, tarihçesi itibariyle Lahey ile değişik Varşova Konvansiyonuna kadar dayanmaktadır. Bu nedenle Türk Hukukunda bilinen bir kavram olmasına rağmen, Kara Avrupası Hukuk sistemine dahil diğer ülkeler bakımından olduğu gibi, Hukukumuzda yerleşik kusur kavramlarıyla örtüşmesi mümkün değildir.

Pervasızca davranış kusurunun; pervasızca olarak nitelenmesi mümkün

⁹⁷ Yazar, kast kavramının doğrudan kastı, kasta eşdeğer kavramını ve başka bir ifadeyle pervasızca davranış kusurunu ise dolaylı kastı ifade ettiğini beyan etmesine rağmen (s. 735-737), “Kastın varlığı araştırılırken, tedbirli bir taşımacının öngörebildiği somut durum ve şartlar göz önünde bulundurulmalıdır” demekle (Karan, s. 739-740), bir bakıma dolaylı kast için ağır ihmale ilişkin ölçütü kullanmıştır.

bir davranış, zararın meydana gelmesi bakımından galip (yüksek) ihtimal ve bu ihtimal konusunda taşıyıcının şura sahip olması olmak üzere üç unsuru bulunmaktadır. Pervasızca davranış kusurunu Hukukumuzda yerleşik bir kavramla örtüştürme yerine, somut olayda bu unsurların varlığı veya yokluğuna göre bir tespit yapılmasının yerinde olacağını düşünüyoruz. Öte yandan pervasızca davranış kusurunun Türk Hukukundaki kusur sistemi içindeki yerinin belirlenmesini kavramın anlaşılması bakımından yerinde buluyoruz.

Pervasızca davranış kusurunda, taşıyıcının zarar ihtimali konusunda şura sahip olması arandığından, en fazla karıştırıldığı kusur türleri dolaylı kast ve şurlu ihmaldir. Bununla birlikte pervasızca davranış kusuru bu iki kusur türüyle de örtüştürülemez. Zira dolaylı kastta ve şurlu ihmalde olduğu gibi pervasızca davranış kusurunda fail zararı öngörür ve göze alır; fakat dolaylı kasttan farklı olarak onu tasvip etmez ve istemez; olmamasını bekler ve kendince önleyici bazı tedbirler de alabilir. Pervasızca davranış kusuru, galip ihtimal unsuru bakımından şurlu ihmalden ayrılır. Zira şurlu ihmalde öngörülen zararının gerçekleşme oranı önemli değildir. Bu nedenle pervasızca davranış kusuru ile şurlu ihmalin, sadece bazı somut olaylarda örtüşmesi mümkün olabilir. Öte yandan pervasızca davranış kusurunda, failin zarar ihtimali konusunda şura sahip olması onu ağır ihmalde de ayırır. Zira ağır ihmalde bu şur hiç oluşmaz; ancak oluşmamasının nedeni sıradan bir taşıyıcının göstermesi gereken özenin gösterilmemesidir.

TTK da benimsenen “*taşıyıcının ağır kusuru ve hilesi*” kavramlarının yerine YTK’da pervasızca davranış kusurunun öngörülmesi, Türk Mahkemelerinin CMR’yi uygulaması bakımından da etkisi olacaktır. Zira CMR’nin 29. maddesine göre taşıyıcının sınırsız sorumluluğunu gerektiren kast dışındaki ağır kusur, davaya bakan mahkemenin hukukuna göre “*kasta eşdeğer kabul edilen kusur*”dur. Bundan böyle YTK’nın yürürlüğe girmesi halinde Türk Hukuku bakımından “*kasta eşdeğer kabul edilen kusur*” taşıyıcının hilesi ve ağır kusuru değil, pervasızca davranış kusuru olacaktır. Dolayısıyla CMR kapsamındaki taşımalardan doğan ihtilaflarda zararın meydana gelmesinde ağır ihmali bulunan taşıyıcının sorumluluğu sınırsız değil, sınırlı sorumluluk olacaktır.

KISALTMA CETVELİ

A.C. : Appeal Cases

AK : Deniz Yoluyla Yolcu ve Bagaj Taşımaya İlişkin Atina Konvansiyonu (Athens Convention relating to Carriage of Passengers and Their Luggage by Sea)

Alm. TK : Alman Ticaret Kanunu

Aşa./aşa. : Aşağıda

Bkz/bkz. : Bakınız

BMK : 1980 Tarihli, Eşyanın Multimodal Olarak Uluslararası Taşınması Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (Cenevre Konvansiyonu)

C : Cilt

CIM : Appendice B á la Convention relative aux transport internationaux ferroviaires (COTIF) du 9 mai 1980 Règles unifomes concernant le contrat de transport international ferroviaire des marchandises (CIM)

CIV : Appendice A á la Convention relative aux transport internationaux ferroviaires (COTIF) du 9 mai 1980 Règles unifomes concernant le contrat de transport international ferroviaire des voyageurs et des bagages (CIV)

CMR : Convention On The Contract for The International Carriage of Goods By Road

COTIF : Convention relative aux transport internationaux ferroviaires

dn. : Dip not

E : Esas no

HD : Yargıtay Hukuk Dairesi

HK : Hamburg Kuralları

K : Karar no

LLMC : Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlanması Hakkında 1976 Tarihli Milletlerarası Sözleşme

- L/VK : Lahey/Visby Kuralları
m. : Madde
MHB : Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
No : Numara
OLG : Oberlandesgericht
RG : Resmi Gazete
S : Sayı
s. : Sayfa
TK : 6762 sayılı ve 29.06.1956 tarihli Türk Ticaret Kanunu
TSHK : Türk Sivil Havacılık Kanunu
t.y. : Tarih yok
U.v : Urteil vom
vd. : Ve devamı
VK : Varşova Konvansiyonu (Warsaw Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by air)
YKD : Yargıtay Kararları Dergisi
YTK : 13.01.2011 tarih ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (RG. 14.02.2011-27846)

KAYNAKÇA

AKINCI, Ziya : Karayolu İle Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR, Ankara, 1999.

ARKAN, Sabih : Karayolu İle Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Uygulanma Koşulları ve Taşıyıcının Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümleri (TTK İle Karşılaştırmalı Bir İnceleme), Batider, C. X, S. 2, Aralık 1979, s. 397-414 (Batider 1979).

ATAAY, Aytakin : Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Dördüncü Basım, İstanbul, 1986.

AYDIN, Alihan : CMR'ye Göre Taşıyıcının Ziya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, 1. Bası, İstanbul, 2002.

CLARKE, Malkolm A. : International Carriage Of Goods By Road CMR, Third Edition, London, 1997 (CMR).

CLARKE, Malkolm A.: Contract of Carriage by Air, London, 2002 (Air).

ÇAĞA, Tahir : Enternasyonal Deniz Hususi Hukukunda Yeni Bazı Gelişmeler, Batider, C. IX, 1977, S. 2, s. 289-324 (Batider).

ÇAĞA, Tahir : Birleşmiş Milletler Denizde Eşya Taşıma Konferansı, 1978, Batider, C. X, S. 2, Aralık 1979, s. 323-352 (Birleşmiş Milletler).

ÇAĞA, Tahir : Hava Taşıyıcısının Sınırlı ve Sınırsız Mesuliyetine Dair, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu V: Bildiriler-Tartışmalar, Ankara, 25-26 Mart 1988, s. 177-217 (Sempozyum).

Curzon/Richards : The Longman Dictionary of Law, Seventh Edition, London, 2007.

DAMAR, Duygu : Wilful Misconduct in International Transport Law, Hamburg, 2011.

DAMAR, Duygu : Milletlerarası Taşıma Hukukunda Wilful Miconduct –Kavramın Tarihçesi ve Tercümesi, MHB, Y. 24, s. 379-393 (MHB).

DAMAR, Duygu/Yetiş

ŞAMLI, Kübra : Milletlerarası Taşıma Hukuku'nda ve Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda “Pervasızca Hareket (Wilful Misconduct) Kusuru

Semineri, Mart 2012, İstanbul, 2012.

DEMPSEY, Paul

STEPHEN/Milde, Micheal: International Air Carrier Liability: The Montreal Convention of 1999, First Published, Montreal, Kanada, 2005.

DIEDERİKS/Verschoor : An Introduction To Air Law, Eighth Revised Edition, 2006.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Düzeltilmiş 12. Bası, İstanbul, 2010.

ERİŞ, Gönen: Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamalı Kara Taşıma Hukuku, Birinci Baskı, Ankara, 1996.

GLASS, David A./

CASHMORE, Chris : Introduction to The Law of Carriage of Goods, Londra, t.y..

GENÇTÜRK, Muharrem: Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku: Genel Kavramlar, Gecikmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul, 2006.

GÖĞER, Erdoğan: Denizde Eşya Taşıma Konvansiyonu Hakkında Genel Bilgiler, Batider, C. X, S. 3, 1980, s. 601-617.

KARAHASAN, Mustafa R.: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara 1981.

KARAN, Hakan : Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon CMR Şerhi, Ankara, 2011.

KAYA, Arslan : Taşıyıcının Kara Yolu İle Eşya Taşımaya İlişkin Uluslararası Sözleşme’de (CMR) Öngörülen Sorumluluğun Esasları (II), İÜHFM Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu’na Armağan Sayısı, C. 56, S. 1-4, 1998, s. 239-267.

KENDİGELEN, Abuzer : Hukuki Mütalâalar: Mahkeme Kararları İle Birlikte, C. I (Taşıma ve Sigorta Hukuku), İstanbul, 2001.

KILIÇOĞLU, M. Ahmet : Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanuna Göre Hazırlanmış, Genişletilmiş 14. Bası, Ankara, 2011.

KIRMAN, Ahmet : Hava Yolu ile Yapılan Uluslararası Yolcu Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, 1990.

MESSENT, Andrew /Glass,

DAVİD A. : Hill & Messent CMR: Contracts for International Carriage of Goods by Road, Third Edition, London, Hong Kong, 2000.

ÖZDEMİR, Atalay : Hava Taşıyıcısının Sorumluluğu: Bagaj ve Yükün Kaybı, Hasarı ve Gecikmesinden Doğan Zararlar Nedeniyle, Ankara, t.y..

ÖZDEMİR, Turkey: Eşya Taşıma Hukuku: Ziya ve/veya Hasar Sorumluluğu, İstanbul, 2006.

REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku: Genel Hükümler Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 15. Bası, İstanbul, 2002.

SÖZER, Bülent : Hava Yolu İle Yapılan Milletlerarası Taşımalarda Yolcunun Ölümü veya Yaralanması Sonucunda Doğan Zararlardan Taşıyanın Sorumluluğu, Batider, 1978, C. IX, S. 3, s. 765-851 (Batider 1978).

SÖZER, Bülent : Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun Hükümlerine Göre Taşıyanın ve İşletenin Sorumluluğu, Batider, C. XII, Aralık 1984, S. 4, s. 3-86 (Batider 1984).

SÖZER, Bülent : Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Hava Yolu İle Yük Taşıma Sözleşmesi, Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, 2009 (Yük Taşıma).

TANDOĞAN, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku: Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet, Ankara, 1961.

TETLEY, William : The Hamburg Rules – A Commentary, LIMCLQ, 1979, s. 1-20.

TEKİL, Fahiman : Hamburg Kuralları ve Türk Deniz Taşıma Hukuku, Hukuk Araştırmaları, C. 10, S. 1-3, 1996, s. 407-423.

TEKİNAY/AKMAN/

BURÇOĞLU/ALTOP: Tekinay Borçlar Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Bası, İstanbul, 1993.

ÜLGEN, Hüseyin : Hava Taşıyıcısının Sınırlı ve Sınırsız Sorumluluğu Hakkında, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, 1. Bası, Ankara, 2003 s. 479-487 (Kalpsüz Armağanı).

ÜLGEN, Hüseyin: Hava Taşıma Sözleşmesi, Ankara, 1987 (Hava Taşıma).

VON TUHR, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, Çev. Cevat Edege, C. 1-2, Ankara, 1983.

YAZICIOĞLU, Emine: Hamburg Kuralları'na Göre Taşıyanın Sorumluluğu: Lahey/Visby Kuralları İle Karşılaştırmalı Olarak, İstanbul, 2000.

YETİŞ ŞAMLI, Kübra: Uluslararası Kara, Hava Ve Deniz Yoluyla Eşya Taşımalarında Taşıyıcının / Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı, İstanbul, 2008.

DiĞER KAYNAKLAR

Longman-Metro Büyük Sözlük : İngilizce-Türkçe-Türkçe Sözlük, Metro Kitap Yayın Pazarlama A.Ş., İstanbul, İlk Basımı 1993 (Longman-Metro)

Longman Dictionary of Contemporary English : 15. Bası, (ilk yayın tarihi: 1978), 1997.

Oxford Wordpower Dictionary : Yayına Hazırlayan: Sally Wehmeier, 13. Bası, (ilk yayın tarihi: 1993), Oxford Üniversitesi Yay. 1997.

TÜRK BORÇLAR KANUNU VE İŞ KANUNUNA GÖRE İŞÇİNİN ÖZEN BORCU VE BORCA AYKIRILIĞIN HUKUKİ SONUÇLARI

Recep MAKAS*

ÖZET

Türk Borçlar Kanununda İşçinin, yüklendiği işi özenle yerine getirmesi öngörülmüştür (m. 396/I). Özen borcu, işçinin temel edim yükümü olan işin tam olarak ifasını sağlayan her türlü dikkat ve itina göstermesi, yapılan işin gerektirdiği nitelik ve yetenekleri gerektiği şekilde kullanmasıdır.

Özen derecesinin tespitinde yapılan işin gerektirdiği ve işçinin sahip olduğu nitelik ve yetenekler, sözleşmelerdeki özel düzenlemeler, işçinin aldığı ücret düzeyi, işin tehlikeli ve zarara yatkın olup olmaması gibi hususlar göz önüne alınır.

Özen borcunun ihlali halinde iş sözleşmesinin işverence haklı veya geçerli nedenle feshi ve işverenin uğradığı zararın tazmini söz konusu olabilir.

Kuşkusuz özen borcunun ihlali kusur (kasıt veya ihmal) önemli bir unsurdur. Bu nedenle işçinin kusurunun bulunmadığı hallerde özen borcuna aykırılıktan söz edilemez. İşçinin kusuru yanında işverenin veya üçüncü kişinin kusuru zararın ortaya çıkmasına veya artmasına sebep olmuşsa işçinin sorumluluğu kısmen veya tamamen ortadan kalkabilir.

Anahtar Kelimeler: İşçinin Özen Borcu, Kasıt veya İhmal, İş Sağlığı ve Güvenliği, Haklı Nedenle Fesih, Özen Borcunun İhlali,

THE EMPLOYEE'S CARE DUTY AND THE LEGAL CONSEQUENCES OF THE BREACH OF THE CONTRACT BY THE DEBTOR UNDER THE TURKISH LAW OF OBLIGATIONS AND THE LABOUR LAW

ABSTRACT

It is required under the Turkish Law of Obligations that the Employee is to perform his job with due diligence (Article 396/I). Duty of care that is imposed on the employee is to demonstrate all kinds of attention and due care for providing full performance in the work that is the basic obligation of the employee, and to use properly the qualifications and skills demanded by the job.

In the determination of the degree of care; the issues such as the qualifications and skills, which are either demanded by the work or attributed to the employee, the special arrangements in contracts, the level of wages paid to employee, the issue of whether or not the work is a dangerous and a damages-prone job are taken into consideration.

* Yrd. Doç. Dr., Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

In case of the breach of the duty of care, the employer may terminate the employment contract for just cause or valid reason, and may ask for compensation due to the damages suffered.

Of course, the culpability (intent or negligence) is an important element in breach of care duty. For this reason, violation of care duty shall not be considered in the absence of the worker's fault. If the damage is not caused solely by the fault of the employer but also along with that of a third person, the liability of the employee may be removed partially or wholly depending on the degree of the involvement of the third party's liability in the case.

Key Words: *The Employee's Care Duty, Intent or Negligence, Occupational Health and Safety, Termination for Just Cause, Breach of Care Duty*

Giriş

İş sözleşmesi her iki tarafa karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olup, işçinin temel edimi iş görme, işverenin ise bunun karşılığında ücret ödemesidir. Genellikle borç ilişkilerinde sözleşmenin tipini, özelliğini ve amacını belirleyen asli edim¹ yükümlülükleri yanında, taraflar arasında kurulan güveni korumaya ve asıl edimin en iyi şekilde ifasını sağlamaya yönelik yan edim yükümlülükleri de bulunmaktadır². Nitekim işçinin iş görme ediminin yan edim yükümlülüğü olarak özen borcu söz konusudur. İşçi işini özenle yapmak zorundadır.

İş Kanununda işçinin özen borcuna ayrıca yer verilmemiş sadece bu borca aykırılık oluşturan haller işverenin haklı nedenle fesih hakkı bağlamında (İş K. m 25/II, 1) düzenlenmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla işçinin özen borcu konusunda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri (m. 396, 400) esas alınacaktır³. Öte yandan iş sözleşmesi dışında, diğer iş görme sözleşmeleri

¹ ANTALYA, s.11; AYDINLI, s.59. Asli edim yükümü borç ilişkisinin birinci derecede içeriğini oluşturan, doğrudan doğruya ifası dava edilebilen ve alacaklının alacak hakkının esasını oluşturan yükümlülüktür, EREN, Borçlar Hukuku, s.32

² TUNCAY, s.1046. Yan edim yükümlülüğü, asli edim yükümündeki ifa yararının gerçekleşmesine katkı sağlayan ve ona bağlı olan bir yükümlülüktür, ANTALYA, s.12. Öte yandan sözleşmelerde yan edim yükümü ancak asli edim yükümü ile birlikte söz konusu olabilir, EREN, Borçlar Hukuku, s. 34

³ 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 321. maddesine ilişkin değerlendirmede, anılan düzenlemenin sadece iş sözleşmelerinde değil, akitten doğan tüm sorumluluk çeşitlerinde borçlunun göstermesi gereken özen borcu bakımından diğer sözleşmelere de uygulanacak bir hüküm niteliğinde olduğu belirtilmektedir, ERTAŞ, s.29

olan eser sözleşmesinde yüklenicinin özen borcu (TBK m. 471) ile vekalet sözleşmesinde vekilin özen borcu⁴ (TBK m. 506) bulunmaktadır. Ancak bu çalışmanın konusu işçinin özen borcu ve borca aykırılığın hukuki sonuçları olduğundan, özen gösterme yükümlülüğü öngörülen diğer sözleşmeler üzerinde durulmayacaktır.

I. Özen Borcu Kavramı

Özen kavramı, genellikle olumlu özellikleri bünyesinde bulundurur ve insan davranışlarında belirli bir sonuca ulaşmak için, akıl ve iradenin birlikte kullanılmasını gerekli kılar. Geniş anlamda özen borcu, dürüstlük kuralının (TMK. m. 2/I) iş görme sözleşmelerindeki görünümüdür. Gerçekten de, tüm hukuki ilişkilerde taraflardan beklenen dürüstlük kuralına göre hareket etmeleridir⁵.

Özen yükümlülüğü, edimin yerine getirilmesinde gerekli olan irade, azim, itina ve dikkat gibi subjektif unsurlar yanında borçlunun şahsında bulunması gereken bedeni ve fikri niteliklerden oluşan bir bütünü ifade eder⁶. Bu nedenle özen borcu, temel edim yükümü olan işin görülmesi sırasında işçinin bütün dikkati göstermesi, mesleki bilgisini, fikri ve bedeni yeteneklerini gerektirdiği şekilde kullanmasını gerektirir⁷.

İşçinin özen borcu niteliği itibarıyla başlı başına bir borç olmayıp, iş görme borcu içinde yer alan ve onu tamamlayan tali bir yükümlülüktür⁸. Özen borcu ancak geçerli bir iş sözleşmesinin varlığı halinde söz konusu olur. İşçi iş sözleşmesinde ayrıca taahhüt etmese dahi işi özenle yapma borcu altındadır⁹. Öğretide bazı yazarlarca özen borcu sadakat borcu kapsamında değerlendirilmekte¹⁰ ve işin yürütümünde sadakat olarak ifade edilmektedir¹¹. Buna karşın bizim de katıldığımız görüşe göre, özen borcu iş görme ediminin ifası sırasında gözetilmesi gereken yan edim yükümünü oluşturur¹². Oysa sada-

⁴ Vekilin özen borcu konusunda ayrıntılı monografik çalışma için bkz. BAŞPINAR, Özen Borcu, s.53 vd.

⁵ BAŞPINAR, s.42; aynı yazar, Özen Borcu, s.124

⁶ İZVEREN, s.1310

⁷ EKONOMİ, s.121; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hizmet Sözleşmesi, s.117

⁸ İZVEREN, 1309; SÜZEK, 352; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 516; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hizmet Sözleşmesi, 118; AKMAN, 425; ERDOĞAN, İstisna Sözleşmesi, 142

⁹ ERDOĞAN, 134

¹⁰ DEMİR/DEMİR, 4

¹¹ ERTAŞ, 29 vd

¹² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 516

kat borcu bir yan yükümlülüktür¹³. Bilindiği üzere sadakat borcu işçinin, işverenin menfaatine yönelik her türlü olumlu davranışta bulunması ve işverenin menfaatini ihlal eden tüm olumsuz davranışlardan sakınması şeklinde çok geniş bir içeriğe sahiptir¹⁴. Sadakat borcunun yapma boyutunu oluşturan “her türlü olumlu davranışta bulunma” yaklaşımından hareketle, özen borcu sadakat borcu kapsamına sokulursa bu kez aynı düşünceden yola çıkılarak, işçinin diğer borçları olan iş görme borcu ve itaat borcu da bu kapsama dahil edilebilecek ve söz konusu borçlar bağımsız hüviyetlerini kaybedebileceklerdir. Bu sebeple özen borcunun, iş görme borcu kapsamında ve onun doğal bir uzantısı olduğu söylenebilir.

Özen borcu sözleşme ilişkisinden doğan asli edim yükümünün (işin görülmesinin) tam olarak yerine getirilmesi amacını temin edecek her türlü dikkat, itina ve irade gücünün kullanılması şeklinde tanımlanabilir¹⁵. Özen borcu ilkin, asli edim olan işin görülmesinde ortaya çıkar. İkinci olarak, asli edimle ilgisi olmayan ve asli edimin içeriğinde bulunmayan şahıs ve malvarlığı değerlerinin korunmasına yönelik söz konusu olmaktadır¹⁶. Örneğin işçinin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uygun davranma yükümlülüğünde olduğu gibi. Bu tür önlemlere uyma bir yandan işçinin ve diğer işçilerin güvenli bir ortamda çalışmalarına olanak sağladığı gibi, öte yandan ortaya çıkması muhtemel zararları önlemesi dolayısıyla işverenin menfaatlerinin korunmasına hizmet eder.

Özen borcu niteliği itibarıyla tali nitelikte bir borç olduğundan, asli edim yükümü olan iş görme ediminin söz konusu olmadığı/sözleşmenin geçersiz olduğu durumlarda özen borcundan söz edilemez. Öte yandan özen yükümlülüğünün ihlali sonucu işin kötü ifası asli edim yükümü olan iş görme borcunun ihlali anlamını taşır¹⁷. Bu nedenle, özen gösterme yükümlülüğüne

¹³ YENİSEY, 305; aynı yönde ARSLAN ERTÜRK, 284. Yazara göre, işçinin özen yükümlülüğü ile sadakat yükümlülüğü farklı yükümlülükler olup, işçinin sadakat borcu, özen borcundan tamamen ayrı ve çeşitli edim yükümlülükleri ile somutlaşan bir yan edim yükümlülüğüdür, 284

¹⁴ ÇELİK, 143; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 108. Yargıtaya göre; “*sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikte karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir*”, Yarg. 9.HD.25.05.2009, E.2008/28802, K.2009/13775, Çalışma Toplum, 2009/4, S.23, 249-250

¹⁵ ERTAŞ, 30; CENTEL, 137; TUNCAY, 1050

¹⁶ AYDINLI, 85

¹⁷ İZVEREN, 1309; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 517; YENİSEY, 305

aykırılık bağımsız bir hukuki talep konusu yapılamamakta, asıl edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde kusurun tespitinde bir ölçüt olarak kullanılması bakımından önem taşımaktadır¹⁸.

II. Özen Borcunun Kapsamı

İş görme edimi işe hazırlık, ifaya başlama ve tamamlama ile sonucu elde etme aşamalarından oluşan bir bütün olduğu, özen borcunun tüm bu aşamalarda söz konusu olacağı ifade edilmektedir¹⁹. Önemle belirtelim ki istisna sözleşmesinin aksine, iş sözleşmesinde işçi iş görme borcunu özenle yerine getirmiş olması yeterli olup hedeflenen sonuçtan sorumlu tutulamaz²⁰. Sonucun elde edilip edilmemesi tamamen işverenin sorumluluğu altındadır. Örneğin alınan siparişin yetiştirilememesinde olduğu gibi.

1. Sözleşmenin Kurulmasında

Doğruluk ve güven ilkesi, tarafların yüklendikleri edimi karşılıklı olarak ve güven içinde yerine getirmelerini gerektirir. Söz konusu ilke gereği taraflar sadece sözleşmenin uygulanması aşamasında değil, sözleşmenin kuruluş aşamasında da karşılıklı görüşmelere başladıkları sırada birbirine karşı dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde davranmaları beklenir²¹. Zira sözleşme öncesi görüşmelerin başlaması ile taraflar arasında dürüstlük kuralına dayalı bir güven ilişkisi doğmakta ve taraflar için özel davranış yükümlülükleri söz konusu olmaktadır. Görüşmecilerin belirtilen yükümlülüklerle kusurlu hareketleri ile aykırı davranışları ve görüşmelerin başlaması ile aralarında doğmuş olan güven ilişkisini ihlal etmeleri halinde ortaya çıkan zarardan sorumlu olurlar²².

Önemle belirtmek gerekir ki, sözleşmenin kurulması aşamasında işçinin şahsına yönelik tüm hususlarda işverene bilgi vermesi kendisinden beklenemez. Ancak işveren için gerekli olan hususları işçi belirtmek zorundadır²³. Bunun dışına taşan sorular iş ilişkisinin amacının haklı kılamayacağı bir biçimde özel yaşam alanının ihlali anlamını taşıyacağından²⁴, işçinin özel yaşam alanına giren hususlarda işverenin bilgilendirilmesi işçiden beklenemez.

¹⁸ ERTAŞ, 13

¹⁹ ERTAŞ, 30

²⁰ REİSOĞLU, 153; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, 332; aksi görüş ERTAŞ, 31-32

²¹ ODAMAN, 71

²² EREN, Borçlar Hukuku, 1084; BAYGIN, 345

²³ REHBINDER, 752; İZVEREN, 1315

²⁴ REHBINDER, 752

İşçi sözleşme öncesinde, yapacağı işle amaçlanan sonucun tam olarak gerçekleşebilmesi için gerekli fiziksel ve düşünsel yeteneğe, bilgi ve deneyime sahip olup olmadığını değerlendirmesi ve ona göre sözleşme ilişkisine girmesi gerekir. İşçi işin gerektirdiği bedensel veya düşünsel niteliklere sahip olmadığı halde söz konusu niteliklerin kendisinde bulunduğunu belirterek işe başlar ve bu niteliklerin bulunamayışı dolayısıyla zarar meydana gelirse işçi bundan sorumlu olur²⁵. Bu sebeple işçi iş sözleşmesinin kurulması aşamasında bonservis, diploma, sertifika vb. belgelerde belirttiği düzeyde yetenek, bilgi ve tecrübeden yoksun ise, doğruluk ve güven kurallarına aykırı hareket etmiş olur²⁶. Bir diğer ifadeyle, işçi yapılacak iş için taahhüt ettiği nitelikler konusunda sözleşmenin kurulmasında işvereni hataya düşürmüştse bundan sorumlu olur²⁷. Doktrinde kısaca “sözleşme öncesi sorumluluk” olarak da adlandırılan bu sorumluluğun temelinde, kişilerin icap ve kabul beyanlarını açıklarken, hatta bu beyanlarda bulunmadan önce sözleşme yapma görüşmeleri sırasında muhatabına gereksiz güven vermekten kaçınması, onun şahsını ve malvarlığını zarardan koruması, iş hayatındaki dürüstlük kuralları gereğidir²⁸.

Ancak bu durumun özen borcuna aykırılık oluşturup oluşturmadığı üzerinde durulması gereken önemli bir husustur. Daha önce de ifade edildiği gibi, özen borcu iş görme borcu kapsamında ve onun doğal bir uzantısı olduğu dikkate alındığında, henüz daha sözleşme ortada yokken iş görme ve dolayısıyla özen borcuna aykırılıktan hukuken söz edilmesi mümkün değildir. Bu sebeple sözleşme öncesi işçinin davranışları dolayısıyla yukarıda belirtilen sorumluluğunun hukuki dayanağı özen borcuna aykırılık değil, doğruluk ve güven ilkesine aykırılıktır.

2. Sözleşmenin Devamında

Kural olarak iş sözleşmesi işçi ile işveren arasında kişisel ilişki kurulduğundan dolayı²⁹ aksi kararlaştırılmamışsa ve işin niteliğinden anlaşılmadıkça işçi işi bizzat kendisi ifa ile yükümlüdür (TBK. m. 395)³⁰. Ancak bunun aksi

²⁵ İZVEREN, 1314

²⁶ ERTAŞ, 30

²⁷ İZVEREN, 1314; ERDOĞAN, 138

²⁸ TİRYAKİ, 274

²⁹ TUNCAY, 1045

³⁰ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, 335; YAVUZ, 285. İş görme edimi şahsi edim olup, borçlunun bedeni veya fikri bir güç sarf etmek suretiyle yerine getirmek zorunda olduğu edimdir. Şahsi edim, borçlunun şahsına bağlı olan ve olmayan şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Borçlunun şahsına bağlı kişisel edimde, borçlunun kişisel özellikleri ve yetenekleri önemli olduğundan bizzat borçlu tarafından yerine getirilmelidir. Örneğin, önemli bir ameliyatı alanında uzman

tarafarla kararlaştırılabilir. İşçiye sözleşme ile iş görme edimini yerine getirmek üzere başka birini ikame etme yetkisi tanınmışsa, söz konusu kişinin seçiminde işçi özen gösterme yükümlülüğü altındadır. İşçi özensiz davranış sonucu yapılacak işin niteliğine uygun olmayan birini ikame etmişse doğacak zarardan sorumlu olur³¹.

İşçi iş sözleşmesinde belirtilen veya belirtilmese dahi yapacağı işin gereği olan gücü ve yeteneği göstermek zorundadır³². Ancak işçinin bir işi görebilme olanağı, sahip olduğu bedensel ve düşünsel yetenek ve niteliklerle sınırlı olup, ancak belirtilen niteliklere uygun şekilde ifa borcunu yerine getirmesi kendisinden beklenebilir³³.

III. Özen Derecesinin Tayini

Özen borcunun belirlenmesinde, iş görme ediminin gerektirdiği işçinin bilgi derecesi, mesleki yeteneği, işe yatkınlığı ve niteliklerine objektif kriter, buna karşın işçinin sahip olduğu kabiliyet ve niteliklerine ise subjektif kriter denilmektedir³⁴. Burada objektif kriterde önemli olan nokta “yapılacak işin gerektirdiği” nitelik ve yetenekler olurken; subjektif kriterde “işçide mevcut olan nitelik ve yetenekler” hareket noktasını oluşturmaktadır.

İşçinin işi ifa ederken göstermesi gereken özenin derecesi konusunda genel ve objektif ölçü peşinen verilemez, her iş ilişkisinde somut olay dikkate alınarak ayrıca takdir edilmelidir³⁵. Özen derecesinin tayininde ilk önce iş sözleşmesi esas alınır. Ancak, özen derecesini bütünüyle sözleşme ile belirlemek işin doğası gereği mümkün olamayacağından, sözleşmede düzenlenmeyen veya düzenlenemeyecek hususlarda işçinin yer aldığı meslek dalı veya faaliyet alanında bir işin görülmesi için gerekli olan özeni göstermesi kendisinden beklenir³⁶. Diğer bir ifadeyle, işçi her somut olayın özelliğine göre, yaptığı

belirli bir operatör hekimin yapması kararlaştırılmış ise, söz konusu ameliyatı yapmak üzere başka bir hekim ikame edilemez, EREN, Borçlar Hukuku, 98

³¹ ERDOĞAN, 138

³² ERTAŞ, 33

³³ EKONOMİ, 124

³⁴ YAVUZ, 286; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hizmet Sözleşmesi, 118; ESENER, 154-155; AKMAN, 425-426. 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 321/son'a ilişkin önceki dönemde yapılan bir değerlendirmede “iş sahibinin malumu olan veya olması icabeden” kaydının subjektif kriterlere özgülenmesinin isabetli olacağı belirtilmektedir, YAVUZ, 286

³⁵ NARMANLIOĞLU, 204; AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN, 90

³⁶ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 98

ğı işin gerektirdiği özeni göstermelidir³⁷. Öte yandan işçinin durumunu işveren bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde işçiden beklenen özen derecesi iş sözleşmesinde tespit edilen işe göre değil, fakat işçinin kendi ehliyet ve kabiliyetine göre tayin edilecektir. Sözgelimi fakülteyi yeni bitirmiş ve henüz mesleki deneyim sahibi olmayan birinin önemli bir kurumun hukuk müşavirliğine getirilmesi durumunda olduğu gibi. İşçinin bu tür görevleri ihtirazı kayıt ileri sürmeden kabul etmesi dahi sonuca etkili değildir³⁸. Bu sebeple, işveren işçi hakkında bildiği veya bilmesinin beklediği mesleki bilgisi, ehliyeti ve kabiliyetlerinin sınırını aşan bir özeni işçiden bekleyemez. İşveren işçiyi mesleki deneyimi ve yeterliliği ile ehliyet ve kabiliyetlerine uygun bir işte çalıştırmalıdır. Aksi halde, işçi özen borcuna aykırılık sebebiyle sorumlu tutulamaz³⁹. Sözleşme ile kararlaştırılan özenin derecesi mutad özenin altında veya üstünde olabilir. Özellikle işin ifasına yönelik özel bir özen gösterme yükümlülüğü öngörülmüşse işçi kanunun aradığından daha sıkı bir özen yükümlülüğü altındadır⁴⁰. Örneğin hassas bir aletin/makinenin kullanılmasında tehlikeli sonuçların ortaya çıkma ihtimali varsa ve sözleşme ile sıkı özen gösterme borcu öngörülmüşse, işçi mutlaka aranan özeni göstermelidir⁴¹. Ayrıca taraflar toplu iş sözleşmesi ile özen borcu konusunda düzenleme yapabilirler.

Özen gösterme yükümlülüğü sözleşme ile açıkça veya zımnen kararlaştırılmışsa, işçi taahhüt ettiği ve kendisinden beklenen özeni göstermelidir. Zira iş sözleşmesinde esas yükümlülük olan işin görülmesi özeni gerektirir⁴². Tunçomağ'a göre, *"işçinin göstermek zorunda bulunduğu özenin derecesi, eğer sözleşmede bu konuda bir hüküm yoksa, hal ve duruma göre tayin olunmalıdır"*⁴³.

Ancak işçinin özen borcunun sınırsız olduğu sanılmamalı. İşçiye düşen özen derecesinin tayininde, işçinin yaptığı iş için gerekli olan, işverenin bildi-

³⁷ SÜZEK, 354

³⁸ REİSOĞLU, 154-155

³⁹ EKONOMİ, 124; Yargıtaya göre; *"...meydana gelen zarar işçiye kişisel bilgi ve ehliyeti dışında bir iş verilmesinden kaynaklanıyorsa, geçerli nedenin varlığı kabul edilmemelidir. Çünkü böyle bir durumda işçinin özen yükümlülüğünün ihlali bahsedilemez. Keza, işçinin ehemmiyetsiz miktara ulaşan zararlarından dolayı iş sözleşmesi geçerli şekilde feshedilememelidir"* Yarg. 9.HD.31.03.2008, E.2007/29966, K.2008/7020, Kamu İş, 2008-2009 Yargıtay Kararları, 257

⁴⁰ İZVEREN, 1311; TUNÇOMAĞ, 134; YAVUZ, 286; EKONOMİ, 123; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, 336

⁴¹ ERDOĞAN, 140

⁴² EKONOMİ, 123

⁴³ TUNÇOMAĞ, 135

ği veya bilmesi gereken bilgi düzeyi, mesleki yeteneği⁴⁴, istidat ve kabiliyetleri, becerikliliği, çalışkanlığı, dayanıklılığı ve soğukkanlılığı gibi nitelikleri göz önünde bulundurulur⁴⁵. Örneğin mesleğinde yıllarını geçirmiş tecrübeli bir eleman ile işe yeni alınmış bir elemandan aynı özeni değil, mesleki yeterliliği ve özelliklerine göre ancak kendisinden beklenebilecek özeni gösterip göstermediği araştırılır⁴⁶. Şüphesiz görülecek işin niteliği işçiden beklenen bilgi derecesinin tayininde belirleyici olur⁴⁷. Zira bazı işler daha yüksek düzeyde bir özeni gerektirebilir. Bu nedenle işin niteliğine bağlı olarak her somut olayda özen derecesi ayrı ayrı belirlenir. Örneğin bir hastanede temizlik çalışanının göstermesi gereken özen derecesi ile herhangi bir işyerindeki işçinin temizlik konusundaki özen yükümlülüğü aynı değildir⁴⁸. Esasen hastane içinde dahi özen yükümlülüğünün derecesi farklı olabilir. Sözgelimi normal servis ile yoğun bakım ünitesinde çalışanların göstermesi gereken özen yükümlülüğü çok farklı olacaktır.

Taraflar sözleşme ile özel olarak kararlaştırmamış veya somut olayda taraflarca istenilmiş görünmüyorsa, işçinin yüksek bilgi seviyesine ve yeteneğe sahip olması veya olağanüstü özen göstermesi kendisinden beklenemez⁴⁹.

Ücret seviyesi de özen derecesinin tayininde önemli bir kriter olarak kullanılabilir. İşçiye ödenen ücret alışılmışın üzerinde ise, bu durum işçiden beklenen özen ve sorumluluğun daha fazla olduğuna karine teşkil eder⁵⁰. Ücret seviyesine göre, somut olayın özellikleri dikkate alınarak işverenin, ehil bir işçinin bilgi ve yeteneğini aramaya izinli olup olmadığı değerlendirilir. Bilhassa ilk kez söz konusu işletmede çalışmaya başlayan deneyimsiz işçi hakkında özen borcu konusunda sert bir ölçü kullanmak doğru olmaz⁵¹. Öte yandan, işverenin işçiyi düşük ücretle uzmanlık ve yetenek gerektiren bir işte çalıştırması halinde, onun mesleki yeterliliğinin ve bilgi düzeyinin bu işe kafi gelmediğini bildiğine karine oluşturacağı kabul edilmektedir. Bu ihtimalde işçinin sorumluluğu ancak sahip olduğu uzmanlık ve niteliklerle sınırlı olacaktır⁵².

⁴⁴ ODAMAN, 188; İZVEREN, 1312

⁴⁵ ERDOĞAN, 139

⁴⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hizmet Sözleşmesi, 118

⁴⁷ İZVEREN, 1312

⁴⁸ REİSOĞLU, 154; SÜZEK, 354; ERDOĞAN, 140

⁴⁹ TUNÇOMAĞ, 135; TUNÇOMAĞ/CENTEL, 98

⁵⁰ EKONOMİ, 123

⁵¹ TUNÇOMAĞ, 135

⁵² REİSOĞLU, 155

İşyerinde uygulamaya konulmuş özel bir özen yükümü açıkça veya zımnen kaldırılmış olabilir. Bu çerçevede işçinin özen borcuna aykırı davranışını gördüğü halde işverenin buna ses çıkarmaması, özel hükmün zımnen kaldırıldığı anlamına gelir⁵³.

IV. Özen Borcuna Aykırılık

1. Kötü İfa

İşçinin özen borcu, İş Kanununun 25. maddesinin II bendinin (1) fıkrasında işaret edilen “*İşçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi*” ve “*işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması*” şeklinde düzenlenen hallere ilişkin dar çerçevede düşünülemez. Kötü ifa (özensiz iş görme) sebebiyle üretilen mal veya hizmetin hatalı olması, kalite ve verim düşüklüğü, kayıtların düzensiz tutulması, işin görülmesi esnasında araç ve gerecin özensiz kullanımı gibi işin ifasında gerekli özenin gösterilmemesi nedeniyle işverenin herhangi bir zarara uğramasına sebep olan davranışlar işçiyi sorumluluk altına sokar⁵⁴. Sözgelimi, işçinin yavaş çalışarak verimi, özensiz çalışarak kaliteyi düşürmesi halinde iş görme borcunu gereği gibi ifa ettiği söylenemeyecek ve işverenin uğradığı zarardan dolayı işçi sorumlu olacaktır⁵⁵.

Eksik özen, işverenin sözleşme veya hal ve durum gereğince istemeye hakkı bulunduğu özenin işçi tarafından gösterilmemesi halinde söz konusudur. Ancak özen derecesinin tespitinde dikkatli bir işçinin göstermesi gereken özen esas alınmalıdır⁵⁶. Yargıtaya göre, “.... İşçinin özen borcuna aykırı hareket edip etmediği duraksamaya yer vermeyecek biçimde belirlenmeden sadece işveren yönünden tespit edilen eksiklikleri açıklayan bilirkişi raporu benimsenerek sonuca gidilmesi hatalıdır”⁵⁷.

⁵³ TUNÇOMAĞ, 135; TUNÇOMAĞ/CENTEL, 98; karşı görüşü savunan ERTAŞ’a göre, İşçinin özen borcuna aykırı davranışı karşısında işverenin kanundan doğan tazminat talebinde bulunmaması veya fesih hakkını kullanmaması halinde bu durum işyeri uygulamasına dönüşmez. Benzer şekilde bazı işçilere karşı tazminat veya fesih hakkının kullanılmaması olması bir başka işçiye de aynı hakların kullanılmasına engel ve dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturmaz, ERTAŞ, 50

⁵⁴ EKONOMİ, 122; SÜZEK, 353; ÖZDEMİR, 289

⁵⁵ NARMANLIOĞLU, 204

⁵⁶ TUNÇOMAĞ, 136

⁵⁷ Yarg. 9.HD.27.02.2008, E.2007/9302, K.2008/2652, ŞAKAR, 485-487

Sözleşme yapılırken işçi gerekli niteliklere sahipken sonradan ifa yeteneğinde kendi kusuru ile bir azalma oluşur ve kötü ifada bulunursa veya belirtilen niteliklerin kaybı konusunda kusuru olmamakla beraber bu konuda işvereni bilgilendirmezse işçi sorumlu tutulabilir⁵⁸. Bununla beraber işçinin kusuru olmaksızın sahip olduğu bazı niteliklerini daha sonra kaybetmesi halinde sorumlu tutulamaz. Zira hiç kimseden fiziken veya fikren yapabileceğinin üstünde bir edimi ifası beklenemez⁵⁹.

2. İş Güvenliğini Tehlikeye Düşürme

Türk Borçlar Kanununun 417. maddesinin 2. fıkrasına göre, “İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.” 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda⁶⁰ konuya ilişkin olarak, “İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede;

a) Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar.

b) İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar.

c) Risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır.

ç) Çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alır.

d) Yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır” (m. 4/1, a-d) anlatımına yer verilmiştir. İşverenin bu yükümlülüğünün karşılığı olarak, işçi alınan her türlü iş sağlığı ve güvenliği önlemine uymakla yükümlüdür (İSGK m. 19).

Önemle belirtmek gerekir ki, işin tehlikeye düşürüldüğünün kabulü için zararın derhal ortaya çıkmış olması şart değildir. Zarar ihtimalinin mevcudi-

⁵⁸ ERTAŞ, 33-34

⁵⁹ ERDOĞAN, 145

⁶⁰ RG. 30.06.2012, 28339

yeti yeterlidir⁶¹. Nitekim Yargıtay, işyerinin tehlikeli olmayan bölümlerinde sigara tiryakileri için amirlerinden izin almak kaydıyla sigara içebilme olanağı var iken yangın tehlikesi bulunan yerde sigara içilmesini iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi için yeterli saymıştır⁶².

İşçinin hangi tür davranışının iş güvenliğini tehlikeye düşüreceği hususunda peşin bir ölçüt kabul etmek mümkün değildir. Bu tür düzenlemeler mevzuat yanında esas itibarıyla işyeri iç yönetmeliklerinde yer alır. Her somut olayda, işçinin davranışlarının iş güvenliğini tehlikeye düşürüp düşürmediği incelenmelidir⁶³. Ancak bazı durumlarda işçinin davranışının iş güvenliğini tehlikeye düşürdüğü hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açıktır⁶⁴. Yargıtay işçinin uçağın piste getirilmesi sonrasında aradaki bağlantı demirini bu işte yetkili olmayan bir başka çalışana çıkarttırması ve bu kişinin işlemin nasıl yapıldığını bilmemesi nedeniyle yardımcı araçta bırakması gereken parçayı uçağa monte etmesini⁶⁵, güvenlik görevlisi olan işçinin görev yerini terk etmesini⁶⁶ iş güvenliğini tehlikeye düşürücü davranış olarak kabul etmiştir.

3. İşverene Zarar Verilmesi

İşçi işverenin menfaatini korumak ve zarar verici davranışlardan kaçınmak zorundadır. İşçinin bu yükümlülüğü maddi varlıklara olduğu kadar, maddi olmayan varlıklara (iş ilişkisi, hak ve parasal çıkarlar vs) karşı da söz konusudur. Belirtilen mal ve varlıkların işverene ait olması gerekmez⁶⁷.

İşçinin özen borcunun ihlalini oluşturan bir diğer neden de işverene zarar verilmiş olmasıdır. İş Kanununun 25. maddesinin II. bendinin (1) fıkrasına göre “... işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması” halinde işveren derhal fesih yoluna gidebilecektir. Otuz günlük ücret sınırlamasının yapılmasının temel nedeni, işçinin sebep olduğu küçük zararlardan dolayı işten çıkarılmasının önüne geçilmesidir⁶⁸.

⁶¹ OĞUZMAN, 68; AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN, 189; ODAMAN, 191; GÜNAY, 1248; ERDEM, 242

⁶² Yarg. 9.HD.15.2.1999, E.1998/19723, K.1999/2073, GÜNAY, 1376

⁶³ ODAMAN, 191; ARSLAN ERTÜRK, 275

⁶⁴ ODAMAN, 191

⁶⁵ Yarg. 9.HD.13.04.2005, E.2004/19728, K.2005/13022, Çalışma Toplum, 2005/3, S. 6, 264

⁶⁶ Yarg. 9.HD.03.05.2010, E.2009/20255, K.2010/11968, Çalışma Toplum, 2011/1, S. 28, 398

⁶⁷ TUNCAY, 1052

⁶⁸ TUNÇOMAĞ, 314; GÜNAY, 1248

Zarara veya kayba uğratılan makine, tesisat veya başka eşya ve maddelerin mülkiyetinin işverene ait olması şart değildir. Mülkiyeti başkasına ait olmakla beraber işverenin zilyetliğinde bulunan malların kayba veya hasara uğratılması halinde de m. 25/II, f. (1) uygulama alanı bulacaktır. Sadece mal sahibi ile işveren arasında kurulan sözleşmeye (vedia, kira, ariyet gibi) veya aynı bir hakka (rehin, intifa hakkı gibi) dayalı olarak işverenin zilyetliği altında bulunan mallar değil, diğer herhangi bir sebeple işverenin zilyetliğindeki mallara gelecek hasar ve kayıplarda da işçinin sorumluluğu kabul edilmiştir⁶⁹. Burada işçinin sorumluluğu için iş güvenliğini tehlikeye düşürme durumundaki “ihtimal” yeterli olmayıp bizzat zararın doğmuş olması gerekir⁷⁰. Yargıtaya göre, zarar olgusunda işverence tek taraflı düzenlenen tutanaklar ve tanık anlatımları yeterli sayılamaz. İşçinin verdiği zarar konusunda, zarar verilen araçlar üzerinde ve olayın meydana geldiği işyerinde uzman bilirkişiler marifeti ile inceleme yapılmalı, işçinin verdiği zarar miktarı ve olaydaki kusuru belirlenmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir⁷¹. Ancak önemle belirtelim ki burada sözü edilen malvarlığı işyerine ait olan değerlerdir. Bu sebeple işverene ait olmakla beraber, işyeri ile ilgisi bulunmayan malvarlığı bu kapsamda düşünülemez⁷².

V. Özen Borcuna Aykırılığın Hukuki Sonuçları

Özen borcuna aykırı hareket eden işçinin sorumluluğuna yönelik İş Kanununda açık düzenleme bulunmamakta, sadece aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar olarak işverenin haklı nedenle feshi (m. 25/II, 1), geçerli nedenle feshi (m. 18 vd) ve zararın tazminine ilişkin (m. 26/II) hükümlere yerilmiştir. Bu sebeple işçi İş Kanunu kapsamında olsa dahi işçinin özen borcunu düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 396. maddesi ile özen borcunun ölçütleri ve işçinin sorumluluğunu düzenleyen 400. maddesi doğrudan uygulanacaktır. İş Kanunu kapsamına girmeyen işçiler açısından ise belirtilen hükümlerin uygulanacağı açıktır. Konuya ilişkin olarak kanunun 396. maddesinde “İşçi, yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır. / İşçi, işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlüdür” ifadesine yer verilmiştir.

⁶⁹ OĞUZMAN, 70

⁷⁰ ODAMAN, 196

⁷¹ Yarg. 9.HD.26.06.2006, E.2006/15117, K.2006/18653, Çalışma Toplum, 2007/1, S. 12, 301

⁷² YILMAZ, 1000

1. İş Sözleşmesinin Feshi

a) Haklı Nedenle Fesih

İş Kanununun 25. maddesinin II. bendinin 1 fıkrasına göre, işçinin özen borcuna aykırı davranışı sonucu iş güvenliğini tehlikeye sokması veya işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretiyle ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması halinde işveren haklı nedenle fesih yoluna gidebilir.

İş Kanunu kapsamı dışındaki işçinin özen borcuna uymaması halinde sözleşmesi işverence haklı nedenle feshedilebilir. Gerçekten Türk Borçlar Kanununa göre, “*Taraflardan her biri, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhâl feshedebilir. Sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır*” (m. 435/I). Kanunda haklı sebepler ayrıntılı olarak belirtilmemişse de işverenden, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşulların haklı sebep sayılacağı öngörülmüştür (m. 435/II). Dolayısıyla işverenin kasten veya ağır ihmalle özen borcuna aykırı davranışı haklı fesih sebebi sayılır. Ancak işçinin nispeten hafif sayılabilecek ihmalleri ile özen yükümlülüğünü ihlali haklı fesih sebebi sayılmaması gerektiği haklı olarak öğretide kabul edilmektedir⁷³. Kuşkusuz her somut olayda özen borcuna aykırılığın haklı fesih sebebi oluşturup oluşturmadığına mahkeme karar verecektir. Yüksek Mahkemeye göre⁷⁴, “*Kuşkusuz hiçbir kimse sürekli olarak hatasız çalışamaz. Bu sebeple, bir iş ilişkisinde her yapılan hatalı üretim veya hizmet, iş sözleşmesini fesih hakkı vermez. Özellikle bir işçiden yapması beklenebilecek ortalama üretim veya hizmet hatası iş sözleşmesinin fesih nedeni olamaz.*”

İşverenin fesih hakkını kullanabilmesi için zarar miktarı kural olarak işçinin otuz günlük ücreti ile karşılanamayan bir miktarda olmalıdır. Ancak bu miktara ulaşmasa dahi özen yükümlülüğü hatırlatıldığı halde, işinde özen göstermeyen işçinin iş sözleşmesi derhal feshedilebilir⁷⁵. Burada feshe dayanak oluşturan husus, belli bir miktarda zarara sebep olma değil, hatırlatılmasına karşın özensiz ifa sonucu istenilen kalite veya verim gösterilmeden işin görülmesidir. Önemle belirtmek gerekir ki her özen borcuna aykırılık haklı fesih

⁷³ SÜZEK, 708; GÜNAY, 1248

⁷⁴ Yarg. 9.HD.31.03.2008, E.2007/29966, K.2008/7020, Çalışma Toplum, 2008/3, S. 18, 243

⁷⁵ EKONOMİ, 122; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 518; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hizmet Sözleşmesi, 119

sebebi sayılmamalı, her somut olayda işverenin dayandığı nedenin haklı fesih sebebi olup olmadığına mahkemece karar verilmelidir. Kuşkusuz sözleşmenin devamının işverenden beklenemeyecek olması halinde işveren derhal fesih yoluna gidebilecektir⁷⁶.

Öte yandan zarar işçinin kusuru ile değil, mücbir sebepten veya ıztırar halinden doğmuş ise işveren fesih yoluna gidemez. Ancak zararın belirtilen sebeplerin sonucunda doğduğunu ispat yükü işçi üzerinde olup zarar ortaya çıkmış ise işçi hiçbir kusuru bulunmadığını ispatlayamazsa iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilir⁷⁷.

İş güvenliğini tehlikeye düşürdüğü gerekçesiyle işverenin fesih hakkını kullanabilmesi için işçinin kusurlu davranışı aranır. Ancak işverenin feshi yoluna gidilebilmesi için, alınmış olan güvenlik önlemlerinden ve tehlikelerden işçinin uygun araçlarla⁷⁸ bilgilendirilmiş ve haberdar edilmiş olması gerekir. Nitekim İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun “Çalışanların Bilgilendirilmesi” başlıklı 16. maddesinde; “İşyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve sürdürülebilmesi amacıyla işveren, çalışanları ve çalışan temsilcilerini işyerinin özelliklerini de dikkate alarak aşağıdaki konularda bilgilendirir:

a) İşyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri, koruyucu ve önleyici tedbirler.

b) Kendileri ile ilgili yasal hak ve sorumluluklar.

c) İlk yardım, olağan dışı durumlar, afetler ve yangınla mücadele ve tahliye işleri konusunda görevlendirilen kişiler.” anlatımına yer vermiştir.

Öğretide bir görüşe göre, işçinin zararı ödemeye hazır olduğunu beyan etmesi veya ödemeyi taahhüt etmesi hatta ödemesi işverenin sözleşmeyi derhal fesih hakkını ortadan kaldırmaz, zira fesih hakkı zararın tazmin edilmesi karşısında kullanılabilir bir yaptırım olarak düzenlenmemiştir⁷⁹. Yargıtaya göre, taraflar iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile, haklı nedenle fesih için öngörülen zarar miktarını on günlük (şimdi otuz) ücret sınırından “15 günlük ücretle ödenemeyecek” tutara çıkarabilecekleri gibi, işçinin zararı ödemeyi taahhüt etmesi ve sendikanın buna kefil olması halinde, işçi-

⁷⁶ ERDOĞAN, 158

⁷⁷ ODAMAN 199

⁷⁸ Uygulamada işveren uyarıcı yazı ve levhalar kullanılmakta, imza karşılığı işçiye kullanma talimatları verilmekte ve koruyucu malzeme işçiye zimmetlenmek suretiyle işçinin önlem ve tehlikeler konusunda bilgi edinmesi sağlanmaktadır, ODAMAN, 195

⁷⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 762

nin ağır ihmal ve bağışlanamaz kusurunun da bulunmaması şartıyla, işverenin derhal fesih hakkını ortadan kaldırabilirler⁸⁰. Bize göre Yargıtayın ulaştığı sonuç son derece isabetlidir. Dolayısıyla taraflar sözleşmelerle haklı fesih sınırı olan “otuz günlük ücret” ölçütünü artırabilecekleri gibi, işçinin ağır kusurunun (kasıt veya ağır ihmal) olmaması şartıyla ortaya çıkan zararı ödemesi, veya taahhüt etmesi halinde işverenin derhal fesih hakkı sınırlandırılabilir. Bununla birlikte iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile taraflarca bu yönde bir düzenleme yapılmadığı müddetçe işçinin ortaya çıkan zararı ödemesinin veya ödeme taahhüdünde bulunmasının pozitif düzenleme karşısında işverenin derhal fesih hakkını kaldırmayacağı kabul edilmelidir.

b) Geçerli Nedenle Fesih

Geçerli nedenler İş Kanunu m. 25/II’de belirtilen sebepler kadar ağır olmamakla beraber, işin ve işyerinin normal akışını olumsuz yönde etkileyen hallerdir⁸¹. Bir diğer ifadeyle işçinin işverene zarar veren veya zararın tekrarı tedirginliğini oluşturan ve iş görme borcunu ciddi şekilde etkileyen davranışları geçerli neden sayılır⁸². Bu bağlamda, İşçinin aynı ve benzer işi görenlere kıyasla daha az verimle çalışması akdin feshinde geçerli bir süreli fesih sebebi sayılabilir⁸³. Yargıtaya göre; “İşçinin göstermesi gereken özen yükümlülüğünü ihlal ederek ihmali davranması, işyerinde çalışma düzenini olumsuz yönde etkiliyorsa, bu durum geçerli fesih nedeni kabul edilebilecektir”⁸⁴. Öte yandan ortaya çıkan zararın sigorta şirketince karşılanması işçinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz⁸⁵.

Zarar miktarı işçinin otuz günlük ücreti ile ödeyemeyecek düzeye ulaşmamakla beraber, sürekli zarara yol açan işçinin davranışı geçerli fesih nede-

⁸⁰ Yarg. 9.HD.11.09.1991, E.91/6724, K.91/11946, ODAMAN, 201. Ancak Yargıtay yeni tarihli bir kararında; işçinin zararı derhal ödemiş ya da ödeyecek olmasının işverenin derhal fesih hakkını ortadan kaldırmayacağı sonucuna ulaşmıştır, Yarg. 9.HD. 23.9.2008, 2007/27255, K.2008/24526, Tekstil İşveren, Hukuk Eki, S. 351, Haziran 2009, 6

⁸¹ Yarg. 9.HD. 24.1.2005, E.2004/27599, K.2005/1413, ŞAKAR, 474

⁸² YILMAZ, 1006

⁸³ EKONOMİ, İş Güvencesi, 8; SÜZEK, 356; GÜNAY, 699

⁸⁴ Yarg. 9.HD. 24.3.2008, E.2008/10363, K.2008/6019, Kamu İş, 2008-2009 Yargıtay Kararları, 249

⁸⁵ “...işverenin kasko sigortası ettiği aracın hasar bedelini sigorta şirketinden alması, davacıya görevde kullanması için başka araç verilmesi davacının sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı gibi, feshi geçersiz kılmaz. Kasko sigortasının bozulması nedeni ile de işveren zarar görmüştür. Davalı işverenin iş sözleşmesi ilişkisini sürdürmesi beklenmemelidir.” Yarg. 9.HD.01.10.2007, E.2007/9635, K.2007/28520, Çalışma Toplum, 2008/1, S. 16, 198

ni sayılır⁸⁶. Gerçekten Yüksek Mahkemeye göre⁸⁷, zarar miktarı işçinin otuz günlük ücreti tutarına ulaşmamakla beraber, işverene zarar verilmesi geçerli neden sayılmalıdır. Ancak meydana gelen zarar işçiye kişisel bilgi ve ehliyeti dışında başka bir iş verilmesinden kaynaklanmışsa özen borcunun ihlalin-den söz edilemeyeceğinden bu durumda geçerli nedenin varlığı kabul edilmemelidir. Ayrıca işçinin verdiği ehemmiyetsiz miktara ulaşan zararlar da geçerli fesih sebebi sayılmaz.

c) Fesih Süresi

İşveren, özen borcuna aykırı davranışı öğrendiği andan itibaren altı işgünü, fiilin gerçekleşmesinden itibaren azami olarak bir yıl içinde fesih yetkisini kullanabilir. Ancak işçinin aynı zamanda olaydan maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmaz (İŞK. m. 26/I). Altı işgünlük asgari süre, zararın ve zarar verici eylemin öğrenilmesinden itibaren başlayacağından, olayda bir araştırma ve soruşturma gerekli ise, süre söz konusu araştırma ve soruşturmanın sonunda başlar. İşveren eğer tüzel kişi ise, zararın ve zarar verici kişinin belirlenmesi ve feshe yetkili makama bildirilmesinden itibaren altı işgünlük süre başlar⁸⁸. Öte yandan işçinin zarar verici eylemi ve bunun olumsuz sonuçları tekrarlanmakta ise, altı işgünlük süre her eylemden sonra tekrarlanacağından, kusurlu davranış sürdüğü müddetçe altı işgünlük süze işlemez⁸⁹.

Sözleşmenin bağitlanması anı ile işe başlama anının farklı olması halinde işçi henüz işe başlamadan sözleşmenin haklı nedenle feshi mümkün müdür ? Öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre, işçi işe başlamadan önce de iş sözleşmesinin feshi yoluna gidilebileceği kabul edilmelidir. Örneğin sözleşmenin kurulması sırasında işçinin işvereni yanıltması (yanlış bilgi ve belge vermesi vb.) halinde işverenin sözleşmeyi feshedebilmesi için, işçinin işe başlamasını beklemek gerekmez⁹⁰.

Özen borcuna aykırılık sebebiyle ve geçerli nedenle fesih yoluna gidilecekse, işverenin hangi süre içinde bu hakkını kullanabileceği hususunda İş Kanununda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İşveren geçerli fesih nedeninin ortaya çıkmasından itibaren iyiniyet kuralları çerçevesinde makul süre içinde iş sözleşmesini feshedilebilir⁹¹.

⁸⁶ YILMAZ, 1007

⁸⁷ Yarg. 9.HD.31.3.2008, E.2007/29966, K.2008/7020, ŞAKAR, 487-489

⁸⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 763; Yarg. 9.HD.16.3.2004, E.2003/13538, K.2004/5169, ŞAKAR, 500

⁸⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 763

⁹⁰ KAPLAN, 168

⁹¹ SÜZEK, 625

2. Zararın Tazmini

a) Genel Olarak

İşçinin özen borcuna aykırı davranışı sebebiyle haklı nedenle işine son verilmesi yanında, işveren uğradığı zararın tazminini İş Kanunu m. 26/II gereği talep edebilir. Tazminat konusunda Türk Borçlar Kanununun genel hükümleri uygulanır. Eğer işçi İş Kanunu kapsamı dışında ise bu durumda Türk Borçlar Kanunu hükümleri doğrudan uygulama alanı bulur.

İşçinin verdiği zarar iş görme ediminden tamamen bağımsız ise doğrudan doğruya haksız fiil hükümlerine (TBK m. 49 vd) dayanılır. Sözgelimi iş-ten atılacağını öğrenen işçinin işyerine sabotaj yapması ya da işverenin aracını mesai saatleri dışında izinsiz alarak ve alkollü araç kullanarak kaza yapması ve aracı hasara uğratması durumunda olduğu gibi⁹².

Borçlar hukukunun genel ilkeleri uyarınca tazminat sorumluluğu için özen borcuna aykırılık sonucunda zararın doğmuş olması gerekmektedir, yeterli değildir. Kusurlu davranışla zarar arasında uygun illiyet bağı aranır.

Sözleşmenin ihlali müspet zararın tazminini gerektirirken, sözleşme öncesi kusurlu davranışlar menfi zararın⁹³ tazmini sonucunu doğurur. Sözleşmenin kurulması öncesinde kusurlu olarak iyiniyet kurallarına aykırı hareket eden tarafın sebep olduğu zarar, menfi zararı; bura karşılık iş görme borcunun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde işverenin uğradığı zarar müspet zararı oluşturur. Örneğin işçi iş görme edimini yerine getirmekle beraber, özensiz davranışı sebebiyle üretilen malın kalitesi düşmekte ise, buradaki değer kaybı müspet zarardır⁹⁴.

b) Zarara Sebep Olma ve Zararı İspat Yükü

İş Kanunu'na göre, işçinin özen borcuna aykırı davranışı sebebiyle işverenin derhal fesih hakkını kullanabilmesi için verilen zararın işçinin otuz günlük ücreti ile ödeyemeyeceği bir miktara ulaşması gerekir (m. 25/II, 1). An-

⁹² AKMAN, 424

⁹³ Menfi zarar, geçerli olacağına inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi nedeniyle uğranılan zarardır. İş hukuku açısından değerlendirildiğinde işçi işvereni yanıltmasaydı işveren hangi durumda olacak idiye o duruma getirilir, REHBINDER, 757; ODAMAN, 72. Sözleşme yapılmısaydı ortaya çıkmayacak zararlar menfi zararı oluşturur. Örneğin sözleşmenin yapılması dolayısıyla yapılan masraflar, ulaşım ve iletişim giderleri, katlanılan fedakarlıklar, kaçırılan fırsatlar menfi zararı oluşturur, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 855-856; BAŞPINAR, Özen Borcu, 251

⁹⁴ İNAN, 290; ERDOĞAN, 156; ÖZDEMİR, 239

cak bu düzenleme mutlak emredici değil, nispi emredici bir düzenleme olduğundan işçi lehine belirtilen miktarın artırılması mümkündür⁹⁵.

İşçinin otuz günlük ücretinin brüt veya net olduğu hususunda İş Kanununda bir açıklık yoktur. Bu nedenle iş sözleşmesinin derhal feshi gibi ağır bir sonuçla karşılaşılması açısından, işçi lehine yorum yapılarak söz konusu ücretin brüt ücret olduğu kabul edilmelidir⁹⁶. Nitekim Yargıtay da işçi lehine yorum ilkesinden hareketle brüt ücretin esas alınması gerektiğini benimsemekle birlikte, maddede sözü edilen ücretin dar anlamda ücret olduğunu, bu nedenle prim, ikramiye, fazla çalışma ve benzeri ödemelerin otuz günlük ücret içerisinde değerlendirilmemesi gerektiğine karar vermiştir. Kanunda geçen otuz gün ifadesi bir aylık zaman dilimi değildir. Yargıtayca da benimsendiği üzere, işçiye ödenen aylık ücret yerine günlük ücret bulunup bunun otuz katının alınması gerekir. Öte yandan işçinin hangi tarihteki ücretinin esas alınması gerektiği hususu da önem taşır. Zira zararın ortaya çıktığı tarih ile fesih tarihindeki ücret farklı olabileceği gibi, zarara sebebiyet veren olayın meydana geldiği andaki ücret ile zarar tespitinin yapıldığı tarihteki ücret de farklı olabilir. Yargıtaya göre, fesih hakkının kullanıldığı tarihteki ücret esas alınarak değerlendirme yapılmalıdır⁹⁷. Zarar miktarının tespitinde tanık ifadeleri değil, bilirkişi görüşü alınarak karar verilmesi uygun olur⁹⁸.

Zararın tazmininde zarar miktarından ziyade, tazmin edilecek tutar önemli olduğundan, tarafların kusur oranlarının tespiti büyük öneme sahiptir⁹⁹. Esasen borçlu zararın tümüne denk düşen bir tazminat ödeme borcu altına girmez, hakim kusurun ağır veya hafif oluşu, işverenin birlikte kusuru ile tarafların ekonomik ve sosyal durumlarını dikkate alarak tazminat miktarını tespit eder¹⁰⁰.

Ortaya çıkan zarar miktarının işçinin otuz günlük ücretiyle ödeyemeyecek tutarda olduğunu ispat işverene, bu zararın meydana gelmesinde hiçbir kusurunun bulunmadığını ispat yükü ise işçiye yüklenmiştir. Sözleşmeye aykırılıkta işçi kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Eğer işçi

⁹⁵ YILMAZ, 1003

⁹⁶ YILMAZ, 1003; aksi görüş, GÜNAY, 1268; ŞAKAR, a göre, otuz günlük ücret ölçüsü, Kanunda açık olmamakla beraber, işin niteliği gereği işçinin brüt değil net ücreti olarak anlaşılması gerekir, ŞAKAR, 470

⁹⁷ Yarg. 9.HD. 10.06.2008, E.2007/22234, K.2008/15203, GÜNAY, 1268; YILMAZ, 1003

⁹⁸ ÇENBERCİ, 408; KAPLAN, 162

⁹⁹ ÇENBERCİ, 408; KAPLAN, 162

¹⁰⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU, 121

kusur düzeyinin hafifliğini iddia ediyorsa tazminat miktarının daha az olmasını sağlamak üzere kusurun hafifliğini de ispatlamak zorundadır¹⁰¹. Önemle belirtelim ki, zarara hafif kusuruyla sebep olan işçi, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek ise ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminat miktarında indirimde gidebilir (TBK m. 52/II).

3. Tarafların Sorumluluğunun Tayininde Kusur Unsurunun Belirleyici Oluşu

a) Genel Olarak

Özen borcuna aykırılık kusurlu bir davranış sonucu ortaya çıkar. Kusur farklı ağırlıklarda ortaya çıkabileceğinden, işçinin kusurunun ağırlığını yani kasıt, ağır ihmâl ve hafif ihmâlden hangisinin olduğunu, hakim önüne gelen her somut olayda kendisi tespit eder¹⁰².

Sorumluluk hukukunda ağırlık derecesine göre kusur, ağır kusur ve hafif kusur olmak üzere ikiye ayrılır¹⁰³. Ağır kusur denilince kasıt ve ağır ihmâl anlaşılır. Hafif kusur ise hafif ihmâlden ibarettir¹⁰⁴. Kasıt, haksız bir sonucun iradi olarak ortaya çıkarılması için gösterilen davranıştır. Diğer ifadeyle hukuka aykırı sonucu bilerek ve isteyerek kişinin bir davranışta bulunması halinde kasıt unsuru gerçekleşmiş olur¹⁰⁵. Örneğin işçinin bilerek ve isteyerek iş görme edimini özensiz bir şekilde yerine getirmesi durumunda olduğu gibi.

Ağır ihmâl, her makul insanın aynı durum ve koşullar altında göstermesi gereken özenin gösterilmemesi halidir. Kasıttan farklı olarak, hukuka aykırı sonuç bilinmemekle ve istenmemekle birlikte bu sonucun ortaya çıkması için her makul insandan beklenen dikkat ve özenin gösterilmemesi halinde söz konusu olur¹⁰⁶. Buna karşılık hafif ihmâl, ancak dikkatli ve tedbirli insanın göstermesi gereken özenin gösterilmemesi durumunda gündeme gelir. Kusurun ağırlığı işçinin sorumluluğu açısından değil, tazminat miktarının belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır¹⁰⁷. Hafif ihmâlde işçi özen yükümlülüğünü basit bir dikkatsizlikle ihlâl ettiği halde, ağır ihmâlde gösteril-

¹⁰¹ Yarg. 9.HD. 27.2.2008, E.2007/9302, K.2008/2652, ŞAKAR, 485-486; ERDOĞAN, 157

¹⁰² ERTEN, 212-213

¹⁰³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 495; MOLLAMAHMUTOĞLU, 119

¹⁰⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 495; ANTALYA, 420

¹⁰⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 493; EREN, Borçlar Hukuku, 535; KILIÇOĞLU, 255; ANTALYA, 420; AKINCI, 152; ERDOĞAN, 150; ERTEN, 204

¹⁰⁶ ERTEN, 206; AKINCI, 153

¹⁰⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU, 119; ERTEN, 206

mesi gereken asgari düzeyde dahi dikkat ve özen mevcut değildir. Ağır ihmal ile hafif ihmal arasındaki fark her zaman yeterince açık olamayabilir¹⁰⁸. Bu sebeple her somut olayda ihmalin ağır veya hafif olduğunun tespiti hakimnin takdirine bırakılmıştır¹⁰⁹.

Haksız fiilde kural olarak zarara maruz kalan, haksız fiilde bulunanın kusurunu ispat zorunda olmasına karşın, sözleşmeye dayanan sorumlulukta davacı, davalının kusurunu ispatla yükümlü değildir. Aksine davalı sorumluluktan kurtulmak için kendi kusursuzluğunu ispat yükü altındadır¹¹⁰. Nitekim Yargıtay da aynı sonuca varmaktadır¹¹¹.

Zarar miktarı ne olursa olsun, işçi zararın kendi kusuru olmaksızın mücbir sebepten doğduğunu ispat etmesi halinde zarardan sorumlu olmaz¹¹². Ayrıca, işveren derhal fesih hakkını kullanamaz¹¹³. Aksi takdirde yapılan fesih haksız fesih sayılır¹¹⁴. Zira işverene zarar verilmesinde de işçinin kusurlu davranışının bulunması şartı aranır.

b) İşçinin Kusuru

Türk Borçlar Kanununa göre, işçi kusuruyla işverene verdiği her türlü zarardan sorumludur (m. 400/I). Bu sebeple özen borcunu ihlal eden işçi bundan sorumlu olacaktır. Öte yandan İş Kanunu m. 25/II gereğince işçinin sorumluluğu için kusurun belli bir ağırlıkta olması gerekmez; işçinin kasıt, ağır ihmal veya hafif ihmali ile iş güvenliğini tehlikeye düşürmesi derhal fesih için bir farklılık oluşturmaz¹¹⁵.

Sözleşmenin kurulması aşamasında, işçi kendisindeki eksiklikleri, yetersizlikleri görmesi ya da kendisinde bulunmayan bir takım vasıfların var olduğu izlenimini uyandırarak veya beyan ederek sözleşmenin hile sonucu kurulmasını sağlaması halinde kasıt unsuru gerçekleşmiş olur. Bunun sonucun-

¹⁰⁸ AKINCI, 153

¹⁰⁹ İZVEREN, 1317

¹¹⁰ REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, 344; ÖZDEMİR, 240

¹¹¹ “Özenle ifa yükümlülüğünün ihlalden kaynaklanan uyumsuzlıklardan iş sözleşmesinin ifası dolayısıyla bir zararın meydana geldiğini ispat işverene bu zarardan dolayı hiçbir kusurunun bulunmadığını ispat külfeti işçiye yüklenmiştir.” Yarg. 9.HD.27.02.2008, E.2007/9302, K.2008/2652, Çalışma Toplum, 2008/3, S. 18, 338

¹¹² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 762; YILMAZ, 1004

¹¹³ ODAMAN, 198

¹¹⁴ Yarg. 9.HD.24.09.2008, E.2007/27655, K.2008/24626, Çalışma Toplum, 2009/2, S. 21, 198

¹¹⁵ Oysa 3008 Sayılı Eski İş Kanununda (m. 16/II, E) sadece kasıt ve ağır ihmalde işverenin haklı nedenle fesih hakkı mevcuttu.

da, işveren derhal fesih hakkını kullanabileceği gibi, işçinin hileli davranışı ile illiyet bağının kurulabildiği bir takım zararların ortaya çıkması halinde, iş görme yükümlülüğünü kasten ihlal ettiği sonucuna varılabilir¹¹⁶.

Öğretide tüm kusur hallerinde işverenin derhal fesih hakkına sahip olması hakkaniyete uygun bulunmamakta, ağır kusur (kasıt ve ağır ihmal) dışındaki kusurdan (hafif ihmal) işçinin sorumlu tutulmasının, işçinin bağımlı süje olması gerçeğiyle bağdaşmadığı haklı olarak ifade edilmektedir¹¹⁷. *Esener*’e göre, işçinin ağır kusuru dışında, hafif kusurundan sorumlu tutularak işverene tazminat ödemeye mahkum edilmesi iş hukukunun karakteri ile bağdaşmaz¹¹⁸. *Çenberci*’ye göre de, afaki iyiniyet kuralları gereği, işçinin bağışlanabilir nitelikteki ihmalleri derhal fesih nedeni oluşturmaz¹¹⁹.

Yargıtay, ortaya çıkan hasarda işçinin kusurlu olup olmadığı konusunda uzman teknik bilirkişi aracılığıyla inceleme yapılmasını ve zarar miktarına ilişkin bilirkişiden mütalaa istenmesini¹²⁰, kusurlu ise kusur oranının¹²¹ ve oluşacak zararın otuz günlük ücreti aşp aşmadığının tereddüde yer vermeyecek şekilde belirlenmesini¹²² gerekli görmektedir.

c) İşverenin Kusuru

Öncelikle belirtmek gerekir ki işverenin (zarar görenin) kusuru teknik anlamda kusur sayılmaz. Zira teknik anlamda kusur, bir kişinin başka bir kişiye zarar veren davranışının bir niteliğidir. Oysa zarar görenin kusurunda zarar başka bir şahsa değil, zarar görenin kendisine verilmektedir¹²³. İşverenin kusur derecesine bağlı olarak işçinin sorumluluğu azalabileceği gibi, illiyet bağını kesebilecek ağırlıkta ise, bütünüyle ortadan kalkabilir¹²⁴.

¹¹⁶İZVEREN, 1316

¹¹⁷MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 761; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hizmet Sözleşmesi, 232; ÖZDEMİR’e göre, işçinin her türlü kusurdan sorumlu tutulduğu bir sistemi çağdaş ve ileri sistem olarak görmek mümkün değildir, ÖZDEMİR, 240, dp. 817

¹¹⁸ESENER, 155

¹¹⁹ÇENBERCİ, 407

¹²⁰Yarg. 9.HD.30.12.1999, E.1999/18058, K.1999/20472, GÜNAY, 1346,

¹²¹Yüksek Mahkemeye göre; “...işçinin kusuru belli bir yüzde ya da belli bir oran olarak saptanmışsa; zararın miktarı da bu kusur nispetinde azaldıktan sonra otuz günlük ücreti aşp aşmadığına bakılmalıdır”, Yarg. 9.HD.24.09.2008, E.2007/27655, K.2008/24626, Çalışma Toplum, 2009/2, S. 21, 198

¹²²Yarg. 9.HD.1.4.2008, E.2007/15246, K.2008/7281, GÜNAY, 1268

¹²³ERTAŞ, 40

¹²⁴İşverenin kastı veya ağır ihmalinin olduğu durumlarda işçinin sorumluluğunun ortadan kalkacağı, hafif ihmalinin bulunduğu hallerde ise sorumluluğunun azalacağı söylenebilir. Bu

İşveren işçiyi, mesleki bilgisi, liyakat ve kabiliyetlerine uygun işte çalıştırmalıdır¹²⁵. Aksi halde işin ifasındaki başarısızlıkta işçi tam olarak sorumlu tutulamayacak, işverenin ortak kusuru söz konusu olacağından, işveren kısmen veya tamamen zarara katlanacaktır. Bu bakımdan işveren işe alırken işçinin nitelikleri hakkında araştırma yapması, gerekirse işçiyi deneme süresine tabi tutması uygun olur¹²⁶. Bu hususta gerekli hassasiyeti ve dikkati göstermeyen işverenin bir hak ileri sürebilmesi mümkün değildir¹²⁷. Bir diğer ifadeyle işçi alınımında işveren kusurlu olarak bu dikkat ve özeni göstermezse birlikte kusuru söz konusu olur. Öte yandan işverenin işçilik maliyetlerini düşük tutmak veya nitelikli eleman teminindeki güçlükler sebebiyle, önemli sorumluluk gerektiren işlerde bu işlerin gerektirdiği niteliklere sahip olmayan işçileri daha düşük ücretle çalıştırma yoluna gitmesi halinde, bu durum sebebiyle doğacak zarara kendisi kısmen veya tamamen katlanmak zorundadır¹²⁸.

İşçinin işverene zarar vermesi üzerine tazminat miktarı hesaplanırken, işverenin birlikte (müterafik) kusurunun bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Örneğin, işverenin yeterince denetim yapmaması, eksik talimat vermesi¹²⁹, nitelikli bir işçinin yapabileceği işi vasıfsız işçiye yaptırması¹³⁰, işçinin kapasitesinin üzerinde iş yüklenmesi, gerekli ve uygun talimatları zamanında vermemesi, geç vermesi, yapılan işin gerektirdiği koruyucu malzeme, araç ve gereci temin etmemesi, iş organizasyonunu eksik, hatalı yapması gibi haller sebebiyle zararın meydana gelmesi veya artması durumunda işverenin birlikte kusuru söz konusu olur ve işçinin sorumluluğu kısmen veya tamamen ortadan kalkar¹³¹. Nitekim Türk Borçlar Kanununa göre, zarar gören zararın doğmasında veya artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmışsa hakim tazminat miktarını indirebilir veya tamamen kaldırabilir. (m. 52/1).

bağlamda, işverenin her makul insanın aynı şartlar altında gerekli göreceği en basit önlemleri almaması, bakım, kontrol ve tamire hassasiyet göstermemesi, zararın doğmasına veya artmasına sebep olması halinde ağır kusuru söz konusu olur ve işçinin sorumluluğu ortadan kalabilir, ERTAŞ, 40-41

¹²⁵ AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN, 91

¹²⁶ EKONOMİ, 124; REİSOĞLU, 155; İZVEREN, 1314

¹²⁷ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 99

¹²⁸ İZVEREN, 1320

¹²⁹ TUNÇOMAÇ, 136

¹³⁰ EKONOMİ, 124

¹³¹ İZVEREN, 1320-1321; YILMAZ, 1004-1005

Zararın meydana gelmesinde kusurun büyük bir kısmı işverene ait ise, yapılan fesih Yargıtayca haksız fesih olarak kabul edilmekle¹³² birlikte, bu yaklaşım bir takım belirsizlikleri de beraberinde getirebilir. Yargıtay bir başka kararında¹³³ ise, işverenin kusur oranının % 60 işçinin % 40 olduğu, zarar miktarının tam olarak belirlenmesi ve işçinin kusur oranı uygulanmak suretiyle zararın işçinin on (şimdi otuz) günlük ücretini aşıp aşmadığı hesap edilmek suretiyle sonuca varılması gerektiğini belirtmiştir.

d) Üçüncü Kişinin Kusuru

Ortaya çıkan zararlar işçinin özen borcuna aykırı davranışı arasında uygun illiyet bağının¹³⁴ bulunması gerekir. İlliyet bağı, mücbir sebep, işverenin birlikte kusuru veya üçüncü kişinin kusurlu davranışı sonucu kesilebilir¹³⁵. Bu sebeple zararın meydana gelmesiyle, üçüncü kişinin kusuru, işçinin kusurunu arka plana iterek, zararlı sonucun doğumunda etkisiz hale getiriyorsa işçi ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulamaz¹³⁶. Buna karşılık üçüncü kişinin kusurlu davranışı, zararlar işçinin kusuru arasındaki illiyet bağına kesmemekle beraber, zararın ortaya çıkmasına birlikte sebep olmuşsa ortak illiyet söz konusu olur. Zarar ortak kasıt veya ortak ihmâl sonucu meydana gelebilir. Tüm bu durumlarda borçlar hukukunun ortak teselsül hükümleri çerçevesinde işçinin ve üçüncü kişinin sorumluluğu belirlenir¹³⁷.

VI. Sorumluluğun Genişletilmesi-Daraltılması veya Kaldırılması

Borçlar hukukunda şekil serbestisi gereği, iş sözleşmeleri herhangi bir şekle tabi değildir. Tarafların sorumluluğunu artıran, azaltan veya kaldıran anlaşmalar şekil serbestisi çerçevesinde yazılı veya sözlü olarak yapılabilir. İş Kanununda da kural olarak şekil serbestisi geçerli olmakla beraber, süresi bir yıl ve daha fazla olan belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması öngörülmüştür (m. 8/II). Bu nedenle İş Kanunu kapsamına giren işyerlerinde süresi bir yıl veya daha fazla belirli süreli iş sözleşmelerine göre çalışan işçiye yönelik sorumluluğu genişleten, daraltan veya kaldıran sözleşmelerin de yazılı şekilde yapılması gerekir¹³⁸.

¹³² Yarg. 9.HD.19.9.1998, 4230/7045, MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 762

¹³³ Yarg. 9.HD.10.2.2004, E.2004/1798, K.2003/10522, MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 762

¹³⁴ İlliyet Bağının Türleri Hakkında Ayrıntı İçin Bk. TANDOĞAN, 1 vd; EREN, 149 vd

¹³⁵ ERDOĞAN, 155

¹³⁶ ERTAŞ, 41; ERDOĞAN, 154-155

¹³⁷ ERTAŞ, 41-42

¹³⁸ ERDOĞAN, 141

1. Sorumluluğun Genişletilmesi-Daraltılması

İşçinin göstermesi gereken özen derecesi sözleşme ile genişletilebilir veya daraltılabilir. Sorumluluğu sınırlayan kayıtlar, sorumluluğun doğduğu zaman borçlunun ödemesi gereken azami tazminat miktarını peşinen belirleyen ve sınırlayan anlaşmalardır. Sorumluluğun daraltılması TBK m 115/I gereği ancak hafif ihmalin¹³⁹ bulunduğu hallerde söz konusu olabilmektedir. Öğretide işçinin sorumluluğunun borçlar hukuku alanında genişletilmesinin iş hukuku açısından kabul edilmemesi gereğine işaret edilmektedir¹⁴⁰.

Türk Borçlar Kanununun işçinin özen borcunu ve sonuçlarını düzenleyen 396 ve 400. maddeleri emredici nitelikte bir düzenleme olmadığından sözleşme taraflarınca kanuna, ahlaka ve adaba¹⁴¹ aykırı olmamak şartıyla özen borcunun kapsamı daha ağır veya daha hafif olarak belirlenebilir¹⁴².

Taraflar arasında yapılacak sözleşme ile işçinin sorumluluğu sınırlanabileceği gibi, yapılan işin tehlikeli ve zarara yatkın olması durumunda da yargı organlarınca sorumluluğun sınırlandırılmasının benimsenmesi mümkündür. Günümüzde gittikçe büyüyen ve gelişen makinalaşma ve sanayileşme hareketine bilim ve teknolojik gelişmelerin büyük bir ivme kazandırması sonucu tehlikesiz işler yanında, tehlikeli ve zarara yatkın işlerin sayısı her geçen gün artmaktadır. Tehlikeli ve zarara yatkın işler modern iş hayatında teknolojik gelişmeler sonucu, bazı işlerde kötü ifa ihtimalinin yüksekliği, en ufak bir dikkatsizliğin çok büyük zararlara sebep olabileceği gerçeğine dayanmaktadır¹⁴³. Bu tür işlerin temel özelliği, özünde tehlike barındırması ve zararın her an ortaya çıkma ihtimali olması¹⁴⁴, bir yandan özenli bir işçinin dahi kişi yetmezliğine¹⁴⁵ (devamlı olarak yoğun çaba ve özenin imkansızlığına) bağlı olarak ara sıra dikkatsizlik ve hatalar yapabilmesi, hafif kusur sonucunda bile çok büyük zararların ortaya çıkabilmesidir. Belirtilen nedenlerle, işçinin zara-

¹³⁹İZVEREN, 1317; TUNCAY, 1051; ERDOĞAN, 141

¹⁴⁰ESENER, 155-156

¹⁴¹İş sözleşmesi ile, işçiye kusuru olmaksızın ortaya çıkabilecek bazı zararlardan sorumluluk yüklenmesi ahlaka aykırı bulunmakta ve bu husustaki düzenlemeler geçersiz sayılmaktadır, REİSOĞLU, 157

¹⁴²YAVUZ, 286-287

¹⁴³SOYER, 388

¹⁴⁴ERTAŞ, 34

¹⁴⁵Özenli bir işçinin dahi zaman zaman hata yapma ihtimali insani yetmezlik olarak kabul edilmektedir, SOYER, 395.

rın tümünü tazminle yükümlü tutulması hakkaniyete aykırı bulunmaktadır¹⁴⁶. Bu nedenle tehlikeli ve zarara yatkın işlerde işçinin sorumluluğunun sınırlandırılması çağdaş iş hukukunun işçiyi koruyucu sosyal karakterine son derece uygundur¹⁴⁷.

Alman hukukunda öğretinin bir kısmı işçinin sorumluluğunun sınırlandırılması hususunu işletme rizikosu teorisine dayandırmakta ve tehlikeli ve zarara yatkın işlerde işçinin sebep olduğu zararın işletme rizikosuna dahil edilmesi gerektiğini benimsemektedir¹⁴⁸. Bu düşüncenin temel nedeni ise, işverenin tehlikeli işin kaynağını oluşturmasıdır. Bir diğer ifadeyle, tehlikenin kaynağı yapılan işin özel durumu veya üzerinde iş görülen maddenin tehlike-liliğidir. Örneğin bir atom santralında uranyumla çalışan bir işçinin karşı karşıya bulunduğu yüksek tehlike rizikosunun bulunması gibi¹⁴⁹.

Türk Borçlar Kanununda çok önemli bir yenilik olarak işçinin özen borcunun tayininde işin tehlikeli olup olmaması ölçütü¹⁵⁰ getirilmiştir. Yapılan düzenleme ile “Bu sorumluluğun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi...” (m. 400/II) hususlarının dikkate alınacağı açıkça belirtilmiştir. Bu düzenleme göz önüne alındığında, işçinin hafif ihmalinin olduğu ve özenli bir işçinin de zaman zaman hata yapmasının olağan görüldüğü zarara yatkın işlerde, işçinin sorumlu tutulmaması gerektiği kabul edilmelidir¹⁵¹. Kuşkusuz bu konuda ortaya çıkabilecek tereddütler ve belirsizlikler her somut olayda yargı organlarınca giderilecektir.

¹⁴⁶ İşçinin küçük bir kusuru çok büyük zararlara sebep olduğu durumlarda işçinin tüm zarardan sorumlu tutulması hakkaniyete aykırı bulunmaktadır. Ortaya çıkan zararın tümünden işçinin sorumlu tutulması ekonomik yönden güçsüz olan işçinin bir bakıma çok uzun bir süre belki de ömür boyu ücretinin önemli bir kısmını tazminat olarak ödemek zorunda kalması anlamına gelecektir. Buna karşılık işçinin sorumluluğunun hafifletilmesi esasının benimsenmesi ve zararın bir kısmına işverenin katlanması durumunda hakkaniyete uygun bir çözüm tarzı benimsenmiş olur, AKMAN, 426-427, 431

¹⁴⁷ ERTAŞ, 35

¹⁴⁸ Bkz. SOYER, 391, dp 33

¹⁴⁹ AKMAN, 429, 439. İşçinin sorumluluğunun sınırlandırılmasında ve işletme içinde denkleştirilmesinde; somut olayın özellikleri, tehlikenin ve ortaya çıkan zararın büyüklüğü, işçinin öğrenim düzeyi, kusur derecesi, çalışma süresi, çalışma süresi içinde daha önce bir zarara sebep olup olmadığı, işçinin işverenden yüksek ücret ve riziko primi alıp almadığı gibi hususlar göz önüne alınmalıdır, AKMAN, 432-433

¹⁵⁰ Kaynak kanunda ise, işin tehlikeli olup olmaması ölçütü yerine, “mesleki risk” ölçütü benimsenmiştir (İBK m. 321), YENİSEY, 306

¹⁵¹ SÜZEK, 355

2. Sorumluluğun Kaldırılması (Sorumluluk Anlaşması)

Sorumluluk anlaşması, sözleşmeye aykırı hareketten ve zarardan önce taraflar arasında açık veya örtülü olarak yapılan ve ileride alacaklı yararına ortaya çıkma ihtimali olan tazminat istemine kısmen veya tamamen engel olan hukuki bir işlemdir¹⁵². Sorumluluk anlaşmasının amacı, genel olarak, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi halinde borçlunun aleyhine ortaya çıkabilecek bazı sonuçları önlemektir¹⁵³.

Türk Borçlar Kanununun 115/I. maddesine göre; “Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.” Yapılan düzenleme ile kusurun ağırlık dereceleri arasında ayırım yapılmış, kasıt ve ağır ihmal durumlarında ortaya çıkan sorumluluğun taraflarca önceden kaldırılması yasaklanmıştır. Şu halde kasıt ve ağır ihmal durumlarına ilişkin sorumluluktan kurtulma (sorumluluk) anlaşması yapılmış olsa dahi, söz konusu kayıtlar hükümsüz olur¹⁵⁴.

Öte yandan iş sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle borçlunun sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yapılan her türlü anlaşmanın kesin olarak hükümsüz olacağı düzenlenmiştir (m. 115/II)¹⁵⁵. Madenin sözel yorumundan hareket edildiğinde, iş sözleşmesinde gerek işçi gerekse işveren aleyhine öngörülen sorumsuzluk kaydının geçersiz olacağı sonucu çıkmaktadır. Ancak bu düzenlemenin yapılmasının amacı işveren karşısında ekonomik ve sosyal açıdan zayıf durumda olan işçinin korunması olduğuna göre, amaca uygun yorumla sadece işveren lehine (fakat işçi aleyhine) getirilen sorumsuzluk kaydının geçersiz olacağı kabul edilmelidir¹⁵⁶.

Önemle belirtmek gerekir ki sorumsuzluk kaydının kasıt ve ağır ihmalde geçersiz sayılması, sorumluluğun doğmasından önce bu yönde bir anlaş-

¹⁵² EREN, Borçlar Hukuku, 1042; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 879

¹⁵³ BAŞPINAR, Özen Borcu, 265

¹⁵⁴ ERTEN, 210. Borçlunun kasıt ve ağır ihmalinden sorumlu olmayacağına ilişkin sorumsuzluk kaydı kamu düzenine ve medeni hukukun temel prensibi olan borçların ifasında borçlunun iyiniyetle hareket etmesi prensibine ayrılık oluşturur, ALNIAK, 337. Bu sebeple, sözleşmede işçinin hiçbir kusurdan sorumlu tutulamayacağına ilişkin sorumsuzluk kaydı, kasıt veya ağır ihmali kapsamadan sadece hafif ihmal için geçerli olur, ERDOĞAN, 142.

¹⁵⁵ Öğretide ileri sürülen isabetli bir görüşe göre, TBK m. 400/II karşısında, m. 115/II’de düzenlenen “Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür” kuralı, zarara yatkın işlerde işçinin hafif ihmalinden dolayı sorumlu olmayacağını öngören sorumsuzluk anlaşması yapılmasına engel oluşturmaz, SÜZEK, 356

¹⁵⁶ BAYGIN, Borçlar Kanunu, 130

manın yapılması halinde söz konusudur. Zira zarar ortaya çıktıktan sonra taraflar arasında bu hususta yapılacak kararlaştırmalar ibra niteliğinde olduğundan geçerlidirler¹⁵⁷.

Sonuç

İşçinin asli edim yükümü olan iş görmesi tek başına yeterli olmayıp işini özenle ifa etmesi gerekir. Özen borcunun kapsamı iş sözleşmesi veya toplu sözleşmesi ile belirlenebilir. Özellikle yapılan işin önemine ve yüksek tehlike riski taşımaya bağlı olarak, özel bir özen yükümlülüğü öngörülebilir. Ancak taraflarca özel olarak kararlaştırılmamış ise işçinin kendisinde beklenenin çok ötesinde özen göstermesi gerekmez. İşçi yaptığı işle ilgili her makul ve iyiniyetli işçiden beklenebilecek özeni göstermesi gerekli ve yeterlidir. Özen borcunun kapsamı belirlenirken, işçinin yaptığı işin gerektirdiği nitelik ve yetenekleri (objektif kriterler) ile, işçide mevcut olan nitelik ve yetenekler (sübjektif kriterler) önemli ölçütler olarak kullanılabilir. Öte yandan işçinin aldığı ücret düzeyi de işçiden beklenebilecek özen yükümlülüğünü belirlemede önemli bir ölçüttür.

İşçinin özen borcunu ihlal etmesi halinde, sözleşmenin haklı veya geçerli nedenle feshi gündeme gelebileceği gibi, işveren uğradığı zararın tazminini Türk Borçlar Kanununun genel hükümleri çerçevesinde talep edebilecektir. Önemle belirtmek gerekir ki, sözleşmeye aykırılıkta kusur önemli bir unsur olduğundan, ortaya çıkan zararda işçinin kusuru yanında işverenin veya üçüncü kişinin de kusurunun bulunması işçinin sorumluluğunu hafifletebileceği gibi, illiyet bağına kesebilecek ağırlıkta ise tümüyle ortadan kaldırılabılır.

İş kanununda özen borcuna aykırılığın yaptırımı olarak yapılan düzenlemelerde kusurun ağırlığı bakımından her hangi bir farklılık öngörülmemiştir (m. 25/II). Diğer ifadeyle işçinin her türlü kusuru ile iş güvenliğini tehlikeye sokması veya Kanunda belirtilen tutarda zarara sebep olması haklı fesih nedeni sayılmıştır. Bu düzenlemenin modern iş hukukunun işçiyi koruyucu karakterine uygun olduğunu söylenemez. Zira çok uzun zamandan beri işyerinde özenle işini ifa eden bir işçinin hafif ihmali ile de olsa belli bir miktar zarara sebebiyet vermesi işten atılması için yeterlidir. Hatta zararı ödemesi veya ödemeyi taahhüt etmesi dahi pozitif düzenleme karşısında sonucu değiştirmeyecektir. Kaldı ki günümüzde araç ve gereçlerin parasal değeri dikkate alındığında, en ufak bir parçanın arızalanması veya hasara

¹⁵⁷ ALNIAK, 334; ERTEN, 211; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 880

uğraması halinde dahi, işçinin otuz günlük ücreti ile ödeyemeyeceği bir tutara ulaşılabilir. İşverenin yasal fesih hakkını kullanmayı tercih etmesi çoğu kez işçinin mağduriyetine sebep olabilmekte, işini kaybetme yanında ihbar ve kıdem tazminatından da yoksun kalmaktadır. Yapılacak yasal değişikliklerle, zararın işçi tarafından ödenmesi veya ödemenin taahhüt edilmesi, işçinin kusur derecesi, işyerindeki kıdemi, çalıştığı sürede özen borcunu sık sık ihlal edip etmediği gibi ölçütler öngörülerek işverenin fesih hakkının sınırlandırılması isabetli olur. Nitekim Türk Borçlar Kanununda işçinin hafif kusuru ile verdiği zararı dolayısıyla tazminat ödediğinde yoksulluğa düşecekse ve hakkaniyette gerektiriyorsa mahkemece tazminat miktarında indirim yapılabileceği hüküm altına alınmıştır (m. 52/II) .

Ayrıca tehlikeli ve zarara yatkın işler niteliği gereği bünyesinde tehlikeyi barındırdığından, işinde çok özenle hareket eden bir işçinin dahi devamlı yoğun çaba gösterememesi (insani yetmezlik) sebebiyle ufak bir ihmalle çok büyük tehlike ve zarar ortaya çıkabilir. Bu tür tehlikeli işlerde çalışan işçinin hafif ihmalle sebep olduğu tüm zarardan sorumlu tutulması hakkaniyete uygun değildir. Bu konuda asıl görev yargı organlarına düşmektedir. Hakim işçinin sorumluluğunun sınırlandırılmasında işin tehlikeli ve zarara yatkın olup olmadığını dikkate almalıdır. Türk Borçlar Kanununda çok önemli bir yenilik olarak, işçinin sorumluluğunun belirlenmesinde “...işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi...”(m. 400/II) hususlarının göz önünde tutulması açıkça öngörmüştür.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, b. 5, Konya 2011.
- AKMAN, Sermet, Tehlikeli ve Zarara Yatkın İşlerde İşçinin Sorumluluğu, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, İÜHFM, C. 42, S. 1-4 (1976).
- AKTAY, A.Nizamettin/ARICI, Kadir/KAPLAN-SENYEN, E. Tuncay, İş Hukuku, Yenilenmiş b. 4, Ankara 2011.
1. ALNIAK, M. İlhan, Mesuliyetten Kurtulma Kayıtları (Ademi Mesuliyet Mukaveleleri), İÜHFM, C. 35, S. 1-4 (1969) Ord. Prof. Dr. Kemalettin Birsen'e Armağan.
- ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, b. 1, İstanbul 2012.
- ARSLAN ERTÜRK, Arzu, Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul 2010.
- AYDINLI, İbrahim, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004.
- BAŞPINAR, Veysel, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş b. 2, Ankara 2004 (Özen Borcu).
- BAŞPINAR, Veysel, Avukatın Özen Borcu, GÜHFD, C. 12, S. 1-2, 2008.
- BAYGIN, Cem, Türk Borçlar Kanunu'nun Borç İlişkisinin Hükümleri – Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik ve Değişiklikler, EÜHFD, C. 14, S. 3–4 (2010) (Borçlar Kanunu).
- BAYGIN, Cem, Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması, AÜEHFD, C. 4, S. 1-2, Erzincan 2000.
- CENTEL, Tankut, İş Hukuku, Cilt:I Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994.
- ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş b. 25, İstanbul, 2012.
- ÇENBERCİ, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984.
- DEMİR, Fevzi / DEMİR, Gönenç, İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması, Kamu-İş, C. 11, S. 1, 2009.
- EKONOMİ, Münir, Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren Dergisi Özel Eki, C. 17, S. 2, Mart 2003 (İş Güvencesi).
- EKONOMİ, Münir, İş Hukuku, Cilt 1 Ferdi İş Hukuku, Yenilenmiş b.

3, İstanbul 1987.

ERDOĞAN, İhsan, İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması, SÜHFD, C. 3, S. 1, Ocak-Haziran 1990 (İstisna Sözleşmesi) .

ERDOĞAN, İhsan, İşçinin Özen Borcu, GÜİİBFD, C. 1, S. 1-4, 1985.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, b. 12, İstanbul 2010 (Borçlar Hukuku)

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

ERTAŞ, Kudret, Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982.

ERTEN, Ali, Sorumsuzluk Şartı, (Doktora tezi), İstanbul 1977.

ESENER, Turhan, İş Hukuku, Ankara 1978.

EYRENCİ. Ö. / TAŞKENT, S. / ULUCAN, D, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş b. 4, İstanbul 2010.

GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, C. 1, Ankara 2009.

İNAN, Ali. Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979.

İZVEREN, Adil, İşçinin İhtimam Mükellefiyeti, Adalet Dergisi, Y. 44, S. 11, Kasım 1953.

KAPLAN, E. Tuncay, İşverenin Fesih Hakkı Sınırları, Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1987.

KILIÇOĞLU, M. Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş b. 13, Ankara 2010.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, Hizmet Sözleşmesi, Kuruluş-İçerik-Sona Erme, Ankara 1995 (Hizmet Sözleşmesi).

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu İşlenmiş b. 4, Ankara 2011.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukukunda İşçinin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu ve Sınırlandırılması Yönünden Bir Yaklaşım (I), YD, Y. 13, S. 49-50, Ocak-Nisan 1987.

NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998

ODAMAN, Serkan, İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara 2003.

OĞUZMAN, M. Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre

Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955.

ÖZDEMİR, Erdem, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006.

REHBINDER, Manfred, İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar, (Çev. Ö. Teoman), İÜHFM, C. 45, S. 1-4: Doğumunun 100.Yılında Atatürk'e Armağan, (1979-1981).

REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, b. 21, İstanbul 2010 (Borçlar Hukuku).

REİSOĞLU, Seza, Hizmet Akdi, Mahiyeti Unsurları Hükümleri, Ankara 1968.

SOYER, M. Polat, Zarara Yatkın İşlerde İşçinin Sorumluluğu, YD, C. 7, S. 3, Temmuz 1981.

SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş b. 8, İstanbul 2012 .

ŞAKAR, Müjdat, Gerekçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu, Ankara 2010

TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul 2010.

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, b. 7, İstanbul 1993.

TİRYAKİ, Betül, Özen Yükümlülükleri İle Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması, EÜHFD, C. 12, S. 3-4 (2008).

TUNCAY, A. Can, İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü, Prof. Dr. Hayri Domanic'e 80. Yaş Günü Armağanı, C. 2, İstanbul 2001.

TUNÇOMAĞ, Kenan / CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2008

TUNÇOMAĞ, Kenan, İş Hukuku, C. 1, İstanbul 1979.

YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, İstanbul 2009.

YENİSEY, K. Doğan, Hizmet Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2012.

YILMAZ, Halil, İş Sözleşmesinin İşverenin Malvarlığına Zarar Verilmesi Nedeniyle Feshi, Legal İHSGHD, S. 23, 2009.

ZEVLİLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, b. 11, Ankara 2010.

KAMU HUKUKU>>

BOŞ

BİR REFORMASYON ÖNCÜSÜ: PADOVALI MARSİLİUS

Celalettin GÜNGÖR*

ÖZET

Defensor pacis [Barış Savunucusu, 1324], siyasi düşünce tarihinde ortaçağdan modernliğe geçişi işaretleyen çarpıcı yapıtlardan biridir. Bu yapıt, eski geleneği kırarak ortaçağ Hristiyan devletinin kuramsal temellerinin altını oymuştur.

Defensor pacis'in papalığa karşı verdiği kavga, onun yalnız birtakım iddialarına değil, gerçekten doğrudan varoluşuna yönelikti. Bu çalışmanın konusu olan II. Konuşma, papalığın teokratik söyleminin dayanağı olan eksiksiz güç öğretisini dünyevi olarak [I. Konuşma] değil, bu kez kutsallık içinde kalarak çürütmeye çalışmıştı.

Marsilius'un savunusunun doruğu, kilise yasasının geçerliliğini ve yasa olarak tam varoluş olasılığını reddetmekte. Kilise yasasının bu kesin yıkımı, papalık eksiksiz güç iddiasını bütünüyle tüketmişti.

Marsilius'un papalık karşıtı iddiaları kuşkusuz onu reformasyonun öncülerinden biri yapmıştır.

Anahtar Kelimeler: insan yasası, yasamacı, eksiksiz güç, yargıç, sapkın.

A FORERUNNER OF THE REFORMATION: MARSILIUS OF PADUA

ABSTRACT

Defensor pacis [Defender of the Peace, 1324], is one of the main works which indicate the transition from Middle Ages to modernity in history of political thoughts. This work has undercut the theoretical roots of res publica Christiana of Middle Ages by shivering the old tradition.

Defensor pacis' struggle against the Papacy had targeted not only some of its claims but also its, explicitly, very existence. The Discourse II, which is the main topic of this work, had tried to confute the doctrine of "plenty of power" which was the basis of the Papal theocratic expression, this time not secularly [as in The Discourse I] but by staying in the borders of sacredness.

The climax of Marsilius' argument was to refuse the validity of canonic law and possibility of absolute existence as a law. This categorical failure of

* Yrd. Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi İİBF Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü.
e-posta: gungorce@yahoo.com

canonic law has utterly finished off the claim of plenty of Papal power.

Marsilius' anti-papist claims has definitely made him one of the forerunners of the Reformation.

Key Words: *human law, legislator, plenty of power, judge, heretic*

GİRİŞ

Aslında bir doktor olan Marsilius, Defensor pacis'i [Barış Savunucusu] 23 Haziran 1324'te, arkadaşı Jandunlu John'un yardımı ile tamamlamıştı. Kitap, yayınlanışı ile birlikte neden olduğu kızgınlıkla Paris Üniversitesi'nde yakılmıştı. Kitabın yazarlarının olduklarının anlaşılması ile Marsilius ve arkadaşı John, 1326 ilkbaharında Paris'den kaçarak Bavyera Dükü Ludwig'in Nuremberg'deki sarayına sığınmışlardı. 1327'de Defensor pacis, papalık tarafından resmi olarak suçlanmış, Marsilius ve John da aforoz edilmişti. Papalık, kitap 1363'den önce Fransızcaya çevrildiğinde Paris Üniversitesi'nde bu çeviriyi yapan profesörü bulmak için uğraşmıştı. Kitap, 1558'de Trento Kurul'u¹ tarafından Yasak Kitaplar Listesi'ne² konulmuştu.

Marsilius üzerine ilk önemli yapıt³, Gewirt tarafından 1951'de yayınlanmıştır. 1956 yılında da Gewirth, Defensor pacis'in ilk İngilizce çevirisini⁴ yayınlamıştır. Bu çeviri, yapıtın modern bir dile ilk tam çevirisidir. 1363'de bugün kayıp olan Fransızca çeviriden İtalyancaya, 1545'te de Almancaya (yalnız II. ve III. Konuşma) çevrilmişti⁵.

¹ Katoliklik tarihinde bir dönüm noktası olan kiliselerarası konsil, aralıklarla [1545-1563] kuzey İtalya'nın Trento kentinde toplanmıştır.

² *Index Librorum Prohibitorum*

³ GEWIRTH, Alan, **Marsilius of Padua: The Defender of Peace, Volume I: Marsilius of Padua and Medieval Political Philosophy**, New York, 1951.

⁴ **Defensor pacis**, Translated by Alan Gewirth, University of Toronto Press, Toronto, 1992. İlk baskısı, 1956 yılında *Columbia University* tarafından yayınlanmıştır. Bu çeviri, C. W. Previtè-Orton'un hazırladığı Latince özgün yapıttan [**Defensor Pacis**, Edited by C. W. Previtè-Orton, Cambridge, 1928] yapılmıştır. Aslında ilk İngilizce çevirisi, yaklaşık beşte biri atlanarak William Marshall tarafından [**The defence of peace lately translated out of laten in to englysshe, with the kynges moste gracious privilege**, London, 1535] yapılmıştır.

⁵ GARNETT, George, **Marsilius of Padua and "The Truth of History"**, Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 4.

Defensor pacis, düşünce tarihinde ortaçağdan modernliğe geçişi işaretleyen yapıtlardan biridir. Marsilius, bu yapıtı ile eski geleneği kırarak ortaçağ Hristiyan devletinin⁶ kuramsal temellerinin altını oymuştur. Gerçekten de I. Konuşma [*Discourse I*] Defensor pacis'i, ortaçağda siyaset kuramı üzerine yazılan en özgün kitaplardan biri yapar. İçeriğinin temel değeri, devlet olgusunun dindışı temellendirilmesindedir.

Bu makale, Defensor pacis'in II. Konuşması [*Discourse II*] üzerinedir ve onu Marsilius'un kendisinden anlamak üzerine kurulmuştur. II. Konuşma, I. Konuşma'nın aksine, Kilise'nin iddialarını yine kutsallık içinde (kalarak) çürütmeye çalışır. Bu konuşma, çalışılan İngilizce çeviri üzerinden konuşulursa, sunuş ve ekler dışında kalan 432 sayfalık asıl metnin, 326 [98-424] sayfasını kapsar ve gerçekten Hristiyan tanrıbilimi açısından özenle işlenmiş birinci sınıf bir kaynaktır. Bu hacimli kaynak karşısında benimsenen yöntem, bütünden seçici olan bir yaklaşım yerine, sonradan üzerinde çalışılıp tamamlanmasına imkan sağlayacak, bölüm başlıklarını izleyen bir yaklaşım benimsenmiştir. Maalesef bir makale hacmine, II. Konuşma'nın 30 bölümünden ancak ilk 10 bölümü [s.98-181] sığdırılabilmektedir. Makalede, aynı ayet ve kaynak tekrarlarına bilerek çok dokunulmamıştır. Bu, Marsilius'un kendi tercihi olduğundan, ona çok karışmak yazarın uslubunu bozmak olacaktı.

Bu çalışma, Marsilius'u sonraki kitapçıkları olan imparatorluk yanlısı yapıtları [*De translatione Imperii*⁷ ile *Defensor minor*⁸] üzerinden ayrıca değerlendirmemiştir. Gerçekte Defensor pacis'in anlamını açıklamak için sonraki yayınlarına yönelmek sorunludur. Bu bağlamda kolaylıkla söylenebilecek olan, imparatorluk davasına adanmasının sürgün boyunca daha ileri geliştiğidir. Bununla birlikte, Marsilius'un düşüncesinin cumhuriyetçi ve imparatorluk yönleri arasında bir tutarlılık vardır: Her iki örnekte de insan yasamacı⁹, otoritenin kaynağıdır. İmparator, diğer yöneticiler gibi, yasamacı tarafından ama uzak neden olarak nihayetinde Tanrı tarafından doğrudan atanırdı. Benzer şekilde yedi imparatorluk prensi, Roma İmparatorluğu'nun üstün insan yasamacısından vekaletle imparatoru seçmek için iktidarlarını kullanırdı¹⁰.

⁶ *res publica Christiana*

⁷ **İmparatorluğun Aktarılması Üzerine** - 1324-1326 (?)

⁸ **Küçük Savunucu** - 1339-1341

⁹ *legislator* / yasakoyucu

¹⁰ CANNING, Joseph, **A History of Medieval Political Thought 300-1450**, Routledge, London, 1996, s. 158.

Marsilius, Defensor pacis'te Aristoteles ve Kutsal Kitap'a çok yoğun göndermede bulunmuştur. Politika'dan yaptığı alıntılar Moerbekeli William'ın 1260 dolaylarında yaptığı Latince çevirisinedir. Kutsal Kitap'tan alıntılarsa St. Jerome'nin Latince (*Vulgate*) çevirisinedir.

Latin ortaçağı boyunca Aristoteles'in düşünceleri popülerdi. Aristoteles, ortaçağın eğitimli Hristiyanlarına ortaçağ düşünce yapısını kurdukları hammaddeyi çoğunu sağlamıştı. 1100'den sonra Aristoteles'in öğretisine çok şey borçlu olan Boethius ve Cicero gibi yazarlarla birlikte, en azından biraz Aristoteles okumaksızın Avrupa'da iyi bir eğitim almak zordu. 1200'den sonra hiçbir eğitimli dinadaminin, Aristotelesçi dünya görüşünün temel özelliklerini bilmemesi mümkün değildi. Dolayısıyla Aristotelesçilik, ortaçağ boyunca düşünsel etkileşimin vazgeçilmez ortak bir donanımdı. Böyle olmakla birlikte ortaçağ Aristotelesçiliği, asla bütünüyle tam ve kapsayıcı olamamıştı. Hristiyan dininin ortaçağ Latin düşüncesindeki veri merkezliği, Batılı düşünürler için ruhun doğası, Tanrı'nın güçleri ve nihai insan mutluluğunun kaynağı gibi Aristoteles felsefesinin temel ilkelerini benimsemeyi fiilen imkansız kılmıştı. Temel Aristotelesçi ve Hristiyan öğretilerin bağdaşmazlığı görüş noktasından, Ortaçağ Avrupası'ndaki hiçbir yazar, saf bir Aristotelesçiliği inançla ve güvenle kabullenememişti. Bunun için ortaçağın Aristotelesçiliğinin paradoksal bir niteliği vardı: Hem her yerde hem de hiçbir yerdeydi¹¹.

13. yüzyıla kadar papacılar gibi imparatorcular da tartışmalarını, okutulan felsefe yani Kutsal kitap ve ilk Kilise Babalarının metinleri üzerinden kurmuşlardı. Oysa 13. yüzyılın ilk yarısında yeni düşünceler Avrupa üniversiteleri yoluyla yayılmaya başlamıştı. Bunlar, belirttiğimiz gibi, Aristoteles'in düşünceleriydi. Bunun siyaset düşüncesi alanındaki en önemli sonucu, tanrı-bilimsel önermelere hiçbir başvuru gerektirmeyen bir devlet felsefesi kuramını uyarmasıydı.

Kilise'nin geleneksel savunusunda siyasi topluluk, tanrısal bir düzenlemeydi. Bu, siyasi iktidarın insanın doğal gelişiminin değil, aşkın bir kaynağın takdiri olmasıydı. Oysa bu anlayışın karşısında Aristoteles'e göre insan, doğasından toplumsal bir varlıktı ve siyasi topluluğun kökenleri, insan doğasında saklıydı.

Marsilius, Defensor Pacis'te düşüncelerini Aristoteles'in sıkı kılavuzluğu üzerinden geliştirmiş olsa da onu kendi yolunda yorumlamıştı. Dinadam-

¹¹ NEDERMAN, Cary J., "The Meaning of "Aristotelianism" in Medieval Moral and Political Thought", *Journal of the History of Ideas*, Vol. 57, No. 4 (October, 1996), s. 564.

larının hangi güçlere sahip olamayacağını göstermek için sivil topluluğun kökeni, amacı ve yapısını incelemekle başlamıştı. Böylelikle doğalcı¹² bir temel üzerinde genel bir uygulama modeli geliştirmişti.

Marsilius, Defensor pacis'te gününün en gerçek sorununun doğru nedeni olarak düşündüğü İtalya ve Avrupa barışının bozulması üzerine odaklanmıştı. Ona göre hiç kimse, barış ve dinginlik olmaksızın, yeterli yaşama ulaşamazdı. Aristoteles, insanları bu uğursuz kötülüğe çeken bir hayvan hastalığına benzer ayrılık ve kavganın nedenleri üzerinde çalışmıştı. Fakat Aristoteles'in bulamadığı, Roma İmparatorluğu'nun hala belası olan tek bir neden daha vardı. Aristoteles'in zamanından çok sonra doğaüstü bir oluşumdan alınan belirli bir saptırılmış düşünceydi. Öyleyse Tanrı'nın yardımı ile amacı, kavganın bu tek nedenini ortaya çıkarmaktı. Bu, eksiksiz güç¹³ iddiasında bulunarak, devletlerin ve hukuk düzenlerinin birliğini yıkan, anarşi doğuran Roma Katolik Kilisesi idi. Bunun için Defensor Pacis'i, papalığın eksiksiz güç iddiasının gerek çatışmanın kaynağı olduğunu göstermek gerekse bu iddianın kuramsal temellerini yıkmak üzere kurgulamıştı. Düşüncesine göre papalık ve dinadamları, arınmış bir manevi yaşam izlemekten başka, dünyevi bir iktidar peşinde olmamalıydı. Bu tezini desteklemek için hem siyasi [I. Konuşma] hem tanrıbilimsel [II. Konuşma] düzeyde uğraşmıştı.

Nitekim Defensor pacis'in ilk kısmı olan I. Konuşma'nın özü, "sivil barış ve kavganın genel nedenleri" idi. Marsilius, "Önce görüşlerimi doğa, gelenek veya sapmış duygular tarafından bozulmamış her zihne apaçık olan önermeler üzerine dayanan insan aklı tarafından keşfedilen kesin yöntemlere göre kanıtlayacağım"¹⁴ demişti. Bu yönteminde de Paris'te yazan bir Padova'lı'dan özellikle beklenebileceği¹⁵ gibi kullandığı yetkin otorite, Politika'sının saygın yerini aldığı ve I. Konuşma'da¹⁶ yüzü aşkın göndermede bulunduğu Aristoteles'ti. Marsilius için Aristoteles, kullandığı aklın kişiselleşmesiydi. Gerçekliği, bağımsız olarak savunmak yerine, kanıt olarak Aristoteles'e göndermede bulunmuştu. Aristoteles'in sözleri, çoğunlukla bir savunuyu¹⁷ sunmak için tek başına yeterliydi¹⁸.

¹² *naturalistic*

¹³ *plenitudo potestatis* / tam iktidar

¹⁴ DP I 1: 8 (s. 7).

¹⁵ O dönem Paris ve İtalyan komünleri, Aristotelesçiliğin merkezleriydi.

¹⁶ Defensor pacis'in İngilizce çevirideki asıl metni 432 sayfadır. I. Konuşma'nın kitabın ilk 97 sayfasını kapladığı düşünüldüğünde, Aristoteles'in ne kadar yoğun ve olağandışı kullanıldığı anlaşılır.

¹⁷ *argument*

¹⁸ CONDREN, Conal, "Marsilius of Padua's Argument From Authority: A Survey of Its signi-

Defensor pacis'in ikinci kısmı olan II. Konuşma, "Sivil Kavganın Tek Nedeni: Papalığın Eksiksiz Güç İddiası" başlığını taşır ve bu kısımdaki yöntemini ise şöyle açıklar: "II. Konuşma'da, kanıtlamaya kendimin inandığı şeyleri, sonsuz gerçekliğin kurulu tanıklığı ve onun kutsal yorumcularının ve Hristiyan inancının diğer onaylanmış öğretmenlerinin otoriteleri ile doğrulayacağım. Ta ki bu kitap, hiçbir dış kanıtla gerek duymaksızın, kendisi ile ayakta kalabilsin"¹⁹.

Nitekim ortaçağ Hristiyan dünyasında siyasi tezlerin, savunuların doğruluklarının kanıtlanabilmesi, kurulu otoritelerin devreye sokulmasına bağlıydı. Bu yapılmadan, bunların çok azı itibar görürdü. Yani otorite (yetkin) söylem konusu, otoriteye gönderme ile çözülebilirdi.

Marsilius'a göre, otoritelerin göreceli önemine gelince, kurtuluş için inanılmak zorunda olunanlar dışındaki otoritelerin hepsi, önemde zayıftı. Kutusal Kitap, bütün Hristiyanlar için apaçık doğrudu. Fakat Yeni Ahit'i vazgeçilmez bir otorite çekirdeği olarak görse de, başka kutsal kaynaklardan yapılan alıntıların yorumu ile savunularını desteklemiştir. Savunuları, karmaşık da olabilmıştır. Nitekim bu, otoritelerin yarışan yorumları arasında karar verme sorununu çözmesinde yardımcı olmuştur. Bütün papalık savunmasını ortadan kaldırmak için bir kanıt hiyerarşisi oluşturmuştur. Papalık önermelerinin uyumsuzluğunu göstermek için, karşıtlarının İncil'in açık sözünden ayrılarak Babil Kulesi'nden konuştukları izlenimini yaratmıştır. Bununla birlikte herhangi bir söylem, dolaylı bile olsa, İncil'e bağlı ise değerlendirilecek bir otoriteye sahipti. Marsilius, bütün iyi polemikçiler gibi kendisine bir manevra alanı bırakmıştı.

Bir otorite hiyerarşisinin varlığı, II. Konuşma'ya işlemiş bir savunma tekniği ve düzenleyici ilke olarak görünür. Marsilius, bir iddiayı Yeni Ahit'in söylemleri yoluyla yapar veya doğrular. Bu söylem, sırası ile ilk Kilise Babaları ile daha ikincil otoritelere dayanır. Yine karşıt görüşleri de aynı kalıp içinde (Yeni Ahit'e daha az güvenerek) daha çok otorite alıntısı ve yorum yoluyla çürütme önceliği ile sunar. Marsilius, II. Konuşma boyunca savunularını, İlk Hristiyanlık uygulamalarının dikkatlice işlenmiş bir resmi üzerinden kurmuştur. Gerçekten de yetkin bir İlk Kilise efsanesi, onun otorite söylem hiyerarşisi ile paralel gider. Bunların her ikisi de İsa, havarileri ve ilk Kilise Babaları üzerinde odaklanır ve her ikisi de Marsilius'un kendi dünyasına doğru inen bir otoriteye uzanır²⁰.

ficance in the Defensor Pacis", **Political Theory**, Vol. 5, No. 2 (May, 1977), s. 212.

¹⁹ DP I 1: 8 (s.7).

²⁰ CONDREN, s. 208.

Marsilius'un Defensor pacis üzerinden papalığa karşı verdiği kavga, kuşkusuz onu reformasyonun²¹ güçlü öncülerinden biri yapmıştır. Nitekim papalık iddiaları aleyhindeki savunuları nedeni ile reformasyonun doğrudan Marsilius'la başlamış olduğu belirtilir²².

Martin Luther (1483-1546), bir reformcu olarak kariyerinin başlangıcından reformasyonu başlatmak ve sağlamlaştırmak için dünyevi yöneticilere bakmıştı. 1520'deki "Alman Ulusunun Hristiyan Soylularına" kitapçığında, İmparatoru ve Alman prenslerini iktidarlarını kullanmak üzere çağırdığı mücadele programı şuydu:

- Papalığın ve yüksek dinadamlarının kötü edinilmiş zenginliği ile dünyevi iktidar ve dolandırıcılığını ortadan kaldırmak,
- Kilise Kurulu'nun toplanmasının sağlamak,
- Evlilerin dinadamı olabilmelerini güvence altına almak,
- Dinadamlarının eğitildiği üniversitelerin ders programlarında reform yapmak,
- Dini tarikatların sayı ve büyüklüğünde köklü sınırlandırma yapmak.

Onlar, bu mücadelede Roma Katolik Kilisesi'nin kızgınlık ve lanetinden ne korkmalı ne geri adım atmalıydılar. Her Hristiyan bu bakımdan, öğretiyi kendisi için yargılamaya yetkilendirilmiş, "manevi alan"ın²³ bir üyesiydi. Tek kelime ile Hristiyanların göğüs gereceği şey, Roma Kilisesi'nin "tiranlığı" idi. Her Hristiyan, bu tiranlığı devirmek için yapabileceği şeyi yapmalıydı²⁴.

Reformasyonun özü Luther'in tanımladığı gibi Roma Kilisesi tiranlığına, bir başka deyişle sömürüsüne karşı durmak olduğundan, bu tiranlığa açığtan başkaldıran her kişi, kuşkusuz bir reformasyon öncüsü olarak anılmayı hak eder. Yalnız kurulu kilise, bunu sapkınlık olarak nitelediğinden hiç de kolay değildi. Bir 11. yüzyıl belgesi, kapsamlı bir tanımlama yapmıştı: "Roma

²¹ *Reformation*: 1517 ve sonrasında Roma Katolik Kilisesi'nin sömürüsüne karşı oluşan, orta ve kuzeybatı Avrupa'da Protestan kiliselerinin kurulmasıyla sonuçlanan dini bir reform (düzeltme) hareketidir. Bu adı, izleyen yüzyılda almıştır.

²² Previté-Orton, C. W., "Marsiglio of Padua: Part II. Doctrines", *The English Historical Review*, Vol. 38, No. 149, January, 1923, s. 14.

²³ "spiritual estate"

²⁴ HÖPFL, Harro (Hazırlayan ve Çeviren), *Luther and Calvin on Secular Authority*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991, s. viii.

Piskoposluğu'nun emirlerini kabul etmeyen biri, bir sapkın sayılır". Sapkınlık, daha teknik olarak, "Kutsal Kitap'ta temellendirilen ve kilise öğretisine aykırı olarak kamuya açıklanıp inatla savunulan, insan algısı tarafından seçilmiş bir düşünce" şeklinde tanımlanmıştı. Ortaçağ Kilisesi, tam neyi desteklediğini tanımlamamakla birlikte, benimsemediği "hatalı" inançları yüzyıllar içerisinde belirlemişti. Jean Courtecuisse (ö. 1423), bütün olası sapkınlıkların ya örtülü ya açıktan zaten Kilise tarafından kınandığını yazmıştı. Geç ortaçağda uygulamada bir sapkın olmak, ya ortodoksluğu tehdit etmeye kadar bir savunuyu zorlayan bir kişi (John Wyclif, Jan Hus veya daha sonra Martin Luther gibi) ya da zaten bilinen popüler bir "sapkınlar" (*Cathars*, *Waldenses*, "*Free Spirits*", *Fraticelli* ve *Lollards* gibi) grubuna katılan, onun içine doğan veya ona yakalanan dinadamı olmayan sıradan bir kişi demekti²⁵.

Papa, 1377'de Wyclif'i²⁶ suçladığında, onun "yanlışlarını" kısmen Marsilius'un etkisine bağlamıştı. Wyclif üzerindeki bu etki her ne olursa olsun, durumun gösterdiği şuydu: Kilise'nin bütün uğraşına rağmen, Defensor pacis, eğitimli seçkinler arasında geniş bir okuyucu kitlesine ulaşmış, yazarı da geç ortaçağ boyunca Kilise'nin baş düşmanı kalmıştı²⁷.

Defensor pacis, reformasyonda kuşkusuz payı olan kurul hareketini²⁸ de etkilemiştir. Bütün Hristiyan dünyasından temsilcilerin toplandığı Kilise'nin evrensel kurullarının²⁹ kuruluşu çok eskidir. Belki en önemlisinin 1215 yılındaki "Dördüncü Lateran Kurulu"nun olduğu Ortaçağ Batısı'ndaki kurullar, Katolik inancının temel ilkelerini yerleştirmişti. Papalığın bölündüğü ve tartışma konusu olduğu Büyük Bölünme (1378-1417) döneminde, Kilise'nin temsili organı olarak konumlarını güçlendirirken, iddialarını da büyük ölçüde artırmışlardı. Kurul kuramcıları, çeşitli biçimlerde, kurulların, yanılabilen papalara üstün ve Kilise'deki otoritenin temel kaynağı olduğunu, dolayısıyla Kilise yaşamında sürekli bir yerlerinin olması gerektiği ilkesini benimse-

²⁵ CAMERON, Euan, *The European Reformation*, Clarendon Press, Oxford, 1991, s. 70.

²⁶ John Wycliffe (y. 1320-1384): Oxford Üniversitesi'nde öğretim üyesi olan tanrıbilimci İngiliz dini reformcu. Kendisi ve bağlıları, Kutsal Kitap'ı İngilizceye çevirdiler. İzleyicileri, 1382'de Oxford Üniversitesi'nden kansası şekilde temizlendiler ve 1387 kadar erken *Lollards* olarak adlandırıldılar.

²⁷ SIGMUND, Paul E., "The Influence of Marsilius of Padua on XVth-Century Conciliarism", *Journal of the History of Ideas*, Vol. 23, No. 3 (July- September, 1962), s. 392.

²⁸ "Reformasyon, kurul hareketinin doğrudan bir soyu olmaktan ziyade onun bir kuzeniydi", CAMERON, s. 51.

²⁹ *ecumenical councils*

mişti. 06 Nisan 1415'de Constance Kurulu, yayınladığı emirle³⁰, kurulun papalara bile itaati emreden İsa'dan doğrudan iktidarı aldığını belirtmişti. Sonraki 06 Ekim 1417 emri (*Frequens*) de, dağılan Constance Kurulu'ndan sonra olağan kurulların kararlaştırılmış aralıklarla toplanması gerektiğini düzenlemişti. Böylece kurulun papa üzerindeki üstünlüğü kuramı ve düzenli olarak toplanma hakkı, papalığı epeyce zora sokmuştu. Reformasyon öncesine kadar, yani 15. yüzyıl boyunca kurul tezleri, kurullar tarafından papalığın mutlak iddialarına direniş gerekçesi olarak varlığını sürdürmüştü. Fakat 16. yüzyılın başlarında her iki aşırı konum (kurulculuk ve papacılık)³¹ da artık açık destekten uzaktı³².

Kurul kuramcıları, Marsilius'un kurul üstünlüğü köktenci savunmasını biliyorlardı. Fakat Kilise tarafından suçlanması ve kiliseyi belirlemede dinadami olmayanların nihai üstünlüğü iddiasında bulunması, Marsilius'un öğretilerini kurul hareketini benimseyen ortodoks kilise adamları için kuşkulu yapmıştı. Gerson, Marsilius'un kilise monarşisinin tanrısal kuruluşunu inkarını eleştirmişti. Zabarella ise ağırlıklı parça (*valentior pars*) kavramını Defensor pacis'ten almasına rağmen, Marsilius'un tanımında uzlaşmamıştı³³.

Marsilius'un köktenciligi, papalığa her hangi bir özel hak reddinden daha fazla bir şeydi. Klasik ve ortaçağ hukuk kuramının baskın akılcılığından ayrılan bir yasa kuramını da açıklamış ve yasamacının iradesinden (bütün yurttaşlar veya onun ağırlıklı parçası) yasanın zorlayıcı gücünü çıkartmıştı. Fakat böyle olsa da, kimi kurulcular, onun yapıtından adını anmaksızın yararlanmışlardı. Marsilius, ortaçağ hukuk ve kilise biliminin ana akımından uzaklaştırılmış olsa da, gerek kurulculuğun siyasi kavramları gerekse papalık sorunu üzerinde adı konmamış bir etki uygulamıştı.

Marsilius'un ilişkilendirilebileceği iki kurul kuramcısı olan Niemli Dietrich³⁴ (ö. 1418) ve Cusalı Nicholas,³⁵ ilki papalık karşıtı savunularda, ikincisi de yasa ve hükümet kuramında, Marsilius'tan yararlandıklarını saklamışlardı. Dietrich, bir papalık görevlisi olarak düşüncelerinin kaynağında büyük sapkın Marsilius olduğunu açıklayamamıştı. Modern tanrıbilimci (ve *chronicler*) olan Nicholas örneğinde, bu durum çok daha fecidir. Yapıtında (*De Con-*

³⁰ *Haec Sancta Synodus*

³¹ *conciliarism & papalism*

³² CAMERON, s. 51.

³³ SIGMUND, s. 393

³⁴ *Dietrich of Niem*

³⁵ *Nicholas of Cusa* (1401-1464)

cordantia - 1433), toplamda 31 olan Politika ve Etik üzerinden Aristoteles'e yapılan her gönderme, Marsilius'un adı anılmadan aslında Defensor pacis'ten alınmıştır. Nicholas, gerek büyük ününü korumak için gerekse yükselen genç bir kilise adamı olarak bir önceki yüzyılın sapkın yazarının etkisinde olmak yakışsız olacağından Aristoteles atıflarının kaynağını açığa vuramamıştı³⁶.

Birkaç sözle bu yazının girişini tamamlamak isterim: Defensor pacis, yıkıcı olduğu kadar kurucu bir yapıttır. Bir yapıt, içerdiği savunularla ruhban sultasına gerek siyasette gerek dinde ortaçağ teslimiyeti içersinde ancak onun yaptığı kadar yıkıcı olabilirdi. Öte yandan, bir yapıt, ortaçağ kaderciliğine teslim olmayıp ancak onun yaptığı kadar şeylerin kurulu düzenini yeniden akıl- la örgütlemeyi düşünebilirdi.

I. KİLİSE, YARGIÇ, MANEVİ VE DÜNYEVİ KAVRAMLARININ ANLAMLARI ÜZERİNE

Marsilius'a göre, araştırmasının amacı bakımından bu kelime ve kavramların anlamı belirginleştirilmeliydi. Bu kavramların dünyevi veya manevi işler veyahut da her ikisi üzerinde zorlayıcı yargıçlar olan Roma kilisesi veya her hangi bir başka piskopos, papaz ve diyakozla³⁷ bağlantı olup olmadığı yanında, bunların ne manevi ne de dünyevi işlerde öyle yargıçlar olmadığı bilinmeliydi. Dolayısıyla bu amaçların izlenmesinde, "kilise" kavramı bakımından şunlar söylenebilirdi: Yunanlıların, "bize gelen metinlerde" kullandığı kilise kelimesi, "bir rejim altındaki halk toplantısı"³⁸ idi. Nitekim Aristoteles de Politika'da [II. 10. 1272a] "Bütün Girtililer, Kurul'un üyeleridir"³⁹ dediğinde, bu anlamda kullanmıştı. Bu kelimenin Latinler arasında konuşma dilindeki bildik anlamlarından biri, "İnananların birlikte ibadet ettiği ve çoğunlukla Tanrı'ya yakardığı bir tapınak veya ev" idi. Nitekim Pavlus da "kilise"den konuştuğunda, "Yiyip içmek için evleriniz yok mu? Tanrı'nın topluluğunu hor mu görüyorsunuz, yiyeceği olmayanları utandırmak mı istiyorsunuz?" [1.Korintliler 11:22] demişti.

³⁶ SIGMUND, s. 398.

³⁷ *Deacon*: Kilise hiyerarşisinde piskopos ve papazlardan sonra üçüncü sırada bulunan dinadamdır.

³⁸ *an assembly of people*

³⁹ "And all Cretans are members of the Assembly", *Politics*, s. 152. Marsilius'un Politika'dan yaptığı bu alıntının kendi metnindeki çevirisi, "All men share in the ecclesia" şeklindedir (s. 102). Gerçekten de "kilise" [church] kelimesi, Yunanlıların genel kurul [general assembly] için kullandığı sözcüktür. Nitekim Moerbekeli William da *ecclesia* [kilise] kelimesini genel kurul şeklinde çevirmişti.

Bu “kilise” kelimesi, bir başka anlamda, yukarıdaki anlamda alınan tapınak veya kilise ile ilgilenen bütün papazlar, piskoposlar, diyakozlar ve diğerleri demektir. Bu anlama göre yalnızca dinadamları veya görevliler⁴⁰, kilise adamları adlandırılırdı. Yine, bu kilise kelimesi, bir başka anlamda, özellikle modernler arasında metropoliten veya asıl kiliseye başkanlık yapan ve çalışan görevliler (papazlar, piskoposlar ve diyakozlar) demektir. Bu kullanımı, çoktan beri ortaya çıkaran Roma kenti kilisesiydi. Bu kilisenin görevlileri ve denetçileri, Romalı papa ve kardinalleriydi. Bunlar, bu gelenek yoluyla kilise adlandırdıkları şeyi ortaya çıkarmışlardı. Birisi, kilisenin yaptığını veya bir şeyi aldığını söylediğinde, bir şeyi yapan, alan veya atamayı yapan o adamlardı⁴¹.

Fakat “kilise” kelimesinin ilk koyanlar ve ilk yerleştirenlerin niyetine en uygun bir başka anlamı daha vardı. Kelimenin bu anlamı, modern kullanımına uymayan, çok bildik olmayan ama en gerçek en yerinde olan anlamıydı. Buna göre “kilise”, İsa’ya inanan ve O’na yakaran bütün inananların hepsi ile bir topluluktaki bütün bu inananların her parçası, hatta her hane halkı demektir. Sözcüğün bu anlamı, ilk konulan ve geleneksel olarak havarilerin ve ilk kilisenin kullandığı anlamdı. Marsilius, Pavlus’un Kutsal Kitap’tan sözlerini aktarır: “Mesih İsa’da kutsal kılınmış, kutsal olmaya çağırılmış olan sizlere ve hepimizin Rabbi İsa Mesih’in adını her yerde anan herkese Babamız Tanrı’dan ve Rab İsa Mesih’ten lütuf ve esenlik olsun”⁴². Burada yine, Kutsal Kitap’a bir göndermede daha bulunur: “Kendinize ve Kutsal Ruh’un sizi gözetmen olarak görevlendirdiği bütün sürüye göz kulak olun. Rab’bin kendi kanı pahasına sahip olduğu kiliseyi gütmek üzere atandınız”⁴³.

Dolayısıyla, papaz olsun veya olmasın bütün Hristiyan inançlılar, bu en doğru ve en uygun anlama göre kilise adamları adlandırılır ve adlandırılmaları gerekir. Çünkü İsa, bütün insanları kanıyla sahip olup kurtardı. Bunun için Luka’da, çok açıkça, “Bu, sizin uğruna feda edilen bedenimdir” [22:19] demiştir. Buradaki “Sizin için”, “Yalnızca havariler için İsa’nın bedenini feda edip kanını döktüğünü ifade etmez. Aksine, bunu bütün insanlık doğası için yapmıştır”. Öyleyse, İsa’nın kanı, yalnızca havariler için dökülmemiştir. Bu yüzden İsa’nın sahip oldukları yalnızca onlar değildir; sonuç olarak tapınağın papazları veya görevlileri olan görevdeki ardılları da tek başına değildir. Bundan dolayı İsa’nın kanıyla sahip olduğu “kilise” olanlar tek başına onlar değildir. Aynı nedenden, görevliler, piskoposlar, papazlar ve diyakozlar, tek başlarına İsa’nın gelini olan “kilise”

⁴⁰ *ministers*

⁴¹ DP II, 2: 2 (103).

⁴² 1. Korintliler 1: 1-3.

⁴³ Elçilerin İşleri 20: 28.

değildirler. Aksine, bu gelinin bir parçasıdılar. Çünkü İsa, bu gelin için kendisini feda etmişti. Nitekim Pavlus, Efeslilere mektubunda [5:25], “Ey kocalar, Mesih kiliseyi nasıl sevip onun uğruna kendini feda ettiyse, siz de karılarınızı öyle sevin” yazmıştı⁴⁴.

Marsilius için, İsa’nın gelini olanlar, ne din adamları ne de cemaatleriydi. Gerçi sözcüğü diğerlerinin zararına kendi dünyevi refahları için sahtekarca istismar eden onların belirli bir zümresi, yalnızca kendilerini İsa’nın gelini olarak çağırıyordu. Marsilius, bu sözlerinden sonra “dünyevi” (*temporal*) ve “manevi” (*spiritual*) kelimelerinin anlamlarının ayırt edilmesine yönelir. Dünyevi kelimesinin, en bildik anlamlarının biri, doğal veya yapay, bir şekilde insanın gücü içinde olan bütün maddi şeyleri göstermesiydi ve bunlar dünya yaşamının konumu içinde insanın kullanımı, gerekleri ve zevkine göre düzenlenirdi. Bu şeyler, çok daha genel olarak, zamanda başlayan ve biten her şeyi gösterirdi. Nitekim yerinde olarak Fizik’in 4. kitabında yazıldığı gibi bu şeyler, zamanda olanlardı. Bir başka anlamda “dünyevi” (“*temporal*”), insanın bu dünyalık bir amaç için kendisi veya bir başkasına yönelttiği her insani alışkanlık, davranış ve tutku demekti. Daha seyrek olarak da “dünyevi”, yapıcısından başka birisine yarar veya zararlı sonuçlanan, iradi ve geçici insan davranışları demekti. İnsan yasalarının yapıcıları, esasen bu davranış ve tutkularla ilgilidiler⁴⁵.

“Manevi” kelimesine gelince, anlamlarından biri, cisimsel olmayan bütün varlıklar ve eylemleri demekti. Bu kelime, tanrısal yasa ve onunla ilgili buyruk ve öğütlerin öğretilmesi ve öğrenilmesi demekti. Bu anlam içine, bütün ruhban törenler ve sonuçları, bütün tanrısal iyilik, bütün tanrıbilimsel erdemler ile sonsuz yaşam için bizi düzenleyen Kutsal Ruh’un⁴⁶ hediyeleri de girerdi. Nitekim Aurelius Ambrosius’a (339-397)⁴⁷ göre manevi şeyler, ruhu canlandıran veya Tanrı’nın sözü ve göklerin krallığının gizemi olan Kutsal Ruh tarafından verilen şeylerdi. Üstelik bu sözcük bir başka anlamda, kendisine veya bir başkasına yönelik olsun, öte dünyada kutlu bir yaşama erişme amacı ile yapılan bilinçli insan eylem ve tutkuları için de kullanılırdı. Bunlar şunlardı: Tanrı’yı düşünme, Tanrı ve komşuların sevgisi, özdenetim (*abstinance*), şefkat, uysallık, ibadet, dindarlık ve tapınma için sunular, konukseverlik, hac, kendi bedenine eziyet, dünyevi ve cinsel hazzardan kaçınma ve

⁴⁴ DP II, 2: 3 (104).

⁴⁵ DP II, 2: 4 (105).

⁴⁶ *Holy Spirit*

⁴⁷ İngilizce’de Saint Ambrose olarak bilinen 4. yüzyılın en etkin kilise isimlerinden biridir. Latin Kilise Babasıdır. Milano piskoposluğu yapmıştır.

onları hor görme ile genelde yukarıdaki amaç için yapılan bütün benzer eylem ve tutkuları.

Marsilius, manevi kelimesinin kullanımının, hiç de yerinde ve uygun olmayarak, son zamanlarda, papazların, piskoposların, diyakozların ve diğer tapınak görevlilerinin, birilerinin yarar veya zararına olan bilinçli eylem ve ihmallerini de kapsayacak şekilde genişletildiğini belirtir. Hatta çok daha uygunsuz olarak, bu kelime, dinadamlarının, ondalık olarak adlandırdıklarının yanısıra, taşınır veya taşınmaz dünyevi malları için genişletilmişti. Dinadamları, bu ondalık adı altında, sivil yasalar ve yöneticilerin düzenlemelerinden bağıışık kalmaktaydı⁴⁸.

Marsilius'a göre, bu kelimeye Pavlus ve azizlerin niyet ve kullanımlarına aykırı böyle anlamlar verilmesi ile manevi kelimesi istismar edilmişti. Onlar, böyle şeyleri manevi değil, ancak bedeni ve dünyevi adlandırabilirlerdi. İncil'in vaizlerinin ancak onlar yoluyla yaşamlarını sürdürebildikleri, gıda ve giyim gibi bu dış şeyler, Pavlus ve Ambrosius tarafından, onlar gerçekte her ne olsalar da [ondalık, mülk, katkı, bağış, toplama v.b.], açıkça "bedeni" ve "dünyevi" olarak adlandırılmıştı. Ambrosius, bunun nedenini, onların çürüyebilir bir yaşam demek olan hayat ve bedenin gerekleri için lütfedilmelerinde görmüştü. Bu aynı görüş, kuşkusuz dinadamlarının belirli eylemleri ile ilgili olarak da benimsenmeliydi. Onların bütün eylemleri, manevi değildi ve öyle de adlandırılmamalıydı. Aksine, eylemlerinin çoğu, sivil, tartışmalı, bedeni ve dünyevi idi. Çünkü bu adamlar, faizle borç verir, emanet para tutar, satar, alır, vurur, öldürür, çalar, zina yapar, soygun yapar, ihanet eder, aldatır, yalancı tanıklık eder, iftira atar, sapkınlığa düşer, başka rezillikler ve suçlar ile papaz olmayanların da yaptıkları kavgacı davranışları işlerdi. Bu yüzden onların yatkın oldukları bu gibi eylemlerin, manevi olup olmadığını veya sağlam zihinli biri tarafından öyle adlandırılıp adlandırılmayacağını onlara sormak yerinde olurdu. Fakat bunların bedeni ve dünyevi oldukları, yanıtın da hayır olduğu açıktı. Zaten Pavlus, böyle eylemler hakkında bütün insanlara konuşmuştu: "Çünkü hala benliğe uyuyorsunuz. Aranızda kıskançlık ve çekişme olması, benliğe uyduğunuzu, öbür insanlar gibi yaşadığınızı göstermiyor mu?"⁴⁹. Marsilius için papazların yukarıda andığı eylemlerinin bedeni ve dünyevi oldukları kuşkusuzdu ve asla manevi olarak adlandırılmamalıydı.

⁴⁸ DP II, 2: 5 (106).

⁴⁹ 1. Korintliler 3:3.

Marsilius'a göre, papazların görüşlerine bile uygun olarak, söylediği şeyin doğru olduğunun bir işareti, böyle sorunları çözmek için Roma piskoposlarının “ferman”⁵⁰ dedikleri pek çok insani düzenleme yayınlamalarıydı. Oysa bunlardan önce, aynı eylemlerle ilgili Roma yöneticilerinin yasaları vardı. Nitekim dinadamları, bu dünyadaki konum için başka birilerinin yararı veya zararına olan pek çok bilinçli geçici eylemde bulunmuşlardı. Böyle olduğu için de insan yasası o eylemlerin ölçütü olmak zorundaydı⁵¹.

Marsilius, bu şekilde “kilise”, “dünyevi” ve “manevi” kelimelerinin anlamlarını açıkladıktan sonra, sıranın “yargıç” (*judge*) ve yargıcın eylemini gösteren “yargı” (*judgment*) kelimelerinin anlamlarına geldiğini belirtir. Marsilius'a göre, bir anlamda “yargıç”, özellikle kuramsal ve uygulamalı bir alışkanlığa uygun olarak ayırt eden veya bilen birisi demektir. Dolayısı ile “yargı” kelimesi de böyle adamların bilgisi ve ayırt ediciliği idi. Bu anlamda bir geometrici, sayılar ve onların nitelikleri ile ilgili yargıda bulunan bir yargıçı. Bir doktor, sağlık ve hastalıkla ilgili bir yargıda bulunurdu. Bir inşaatçı da evlerin nasıl yapılacağı hakkında yargıda bulunurdu. Bu şekilde her bilgili (uzman), kendisinin bilebileceği veya yapabileceği şeyler hakkında yargıda bulunan bir yargıç adlandırılırdı. Nitekim Aristoteles de bu sözcükleri bu anlamda kullanmıştı: “Herkes, bildiği şeyleri iyi yargılar ve onların iyi bir yargıcıdır”⁵².

Marsilius'a göre, bu yargıç sözcüğü bir başka anlamda, siyaset veya sivil hukuk bilimine sahip olan adam demektir ve genellikle “hukukçu”⁵³ olarak adlandırılırdı. Fakat buna rağmen, pek çok eyalette ve özellikle İtalya'da bu adam, “yargıç” olarak çağırılırdı.

“Yargıç” sözcüğünün bir üçüncü anlamı daha vardı. Bu, yönetici demektir. Yargı sözcüğü de yasa ve adetlere uygun olarak adil ve yararlı olanla ilgili yargılamak ve kendisi tarafından yapılan hükmü zorlayıcı güçle emretmek ve yerine getirtmek yetkisine sahip olan yöneticinin hükmüydü. Kutsal Kitap'ın bir bölümü, bu anlamda Hakimler [Yargıçlar] adlandırılmıştı. Nitekim Aristoteles de Retorik'te yargıç veya yöneticiden bu anlamda konuşmuştu: “Fakat yönetici ve yargıç, mevcut ve tanımlanmışla ilgili yargılama yaparlar”. “Onlar, kişisel sevgi ve nefretleriyle sıkça bağlantılıdır ve böyle ol-

⁵⁰ *decretal*

⁵¹ DP II, 2: 7 (107).

⁵² *Nicomachean Ethics* I. I. 1094b 28.

⁵³ “*advocate*”

duğu için de gerçeği yeteri kadar iyi göremeyebilirler ve bunun yerine yargı-
larında kendi zevk ve kızgınlıklarına itibar ederler” [Rhetoric I. I. 1354b]⁵⁴

II. KUTSAL YASALAR VE EGEMENLİK (EGEMENLİĞİN PAPAYA AİT OLMASI ÜZERİNE)

Marsilius, papa adlandırılan Roma piskoposunun, “yargıç” ve “yargı”
sözcüklerinin üçüncü anlamındaki konumlarıyla uğraşır. Onlar, gerek dünya-
daki bütün piskoposları, papazları, gerekse bu dünyanın bütün yöneticileri,
toplulukları ve bireylerini yüksek yargıçları olduklarına Kutsal Kitap otorite-
leri yoluyla inandırmıştı. Marsilius’un bu durumu değerlendirmeye başlarken,
Kutsal Kitap’tan yaptığı ilk alıntı şudur:

İsa ona, “Ne mutlu sana, Yunus oğlu Simun!” dedi. “Bu sırrı sana açan insan de-
ğil, göklerdeki Babam’dır. Ben de sana şunu söyleyeyim, sen Petrus’un ve ben
kilisemi bu kayanın üzerine kuracağım. Ölüler diyarının kapıları ona karşı di-
renmeyecek. Göklerin Egemenliği’nin anahtarlarını sana vereceğim. Yeryüzün-
de bağlayacağın her şey göklerde de bağlanmış olacak; yeryüzünde çözeceğin
her şey göklerde de çözülmüş olacak” [Matta 16:17-19].

Bu alıntıdan sonra, belirli Roma piskoposlarının, bu sözleri kullanarak
yukarıda anılan yüksek yetkiyi kendileri için varsaydıklarını belirtir. Nitekim
İsa tarafından Aziz Petrus’a verilen “anahtar”la, Roma piskoposları, eksik-
siz gücü bütün insanların yönetimi üzerinde anlamak istemişlerdi. Bu, tam da
İsa’nın bütün krallar ve yöneticiler üzerinde bu eksiksiz güce sahip olduğu gi-
biydi. Nitekim İsa, bu dünyada kendisinin papazları olarak, Roma piskopos-
luk makamındaki Aziz Petrus ve ardıllarına onu bağışlamıştı.

Marsilius, bu bağlamda yine İsa’nın sözlerini aktarır: “Babam, her şeyi
bana teslim etti” [Matta 11:27]. “İsa, yanlarına gelip şunları söyledi: Gökte ve
yeryüzünde bütün güç bana verildi” [Matta 28:18]. Aziz Petrus ve Roma’daki
piskoposluk makamındaki ardılları, kendilerinin söylediklerine göre, İsa’nın
vekilleriydiler. Sanki bütün güç yani eksiksiz güç,⁵⁵ başka bir açıdan herkes
üzerindeki yargı yetkisi, onlara verilmişti⁵⁶.

Bu, aynı etki bağlamındaki üçüncü alıntısı, şudur:

İsa, gölün karşı yakasında Gadaralıların memleketine vardı. Orada O’nu mezar-
lık mağaralardan çıkan iki cinli karşıladı. Bunlar öyle tehlikeliydi ki, kimse o
yoldan geçemiyordu. İsa’ya, “Ey Tanrı’nın Oğlu, bizden ne istiyorsun?” diye ba-

⁵⁴ DP II, 2: 8 (108).

⁵⁵ *plenitudo potestatis* / *plenty of power* / tam iktidar

⁵⁶ DP II, 3: 3 (109).

ğırdılar. “Buraya, vaktinden önce bize işkence etmek için mi geldin”? Onlardan uzakta otlayan büyük bir domuz sürüsü vardı. Cinler, İsa’ya, “Bizi kovacaksan, şu domuz sürüsüne gönder” diye yalvardılar. İsa onlara, “Gidin” dedi. Cinler de adamlardan çıkıp domuzların içine girdiler. O anda bütün sürü dik yamaçlardan aşağı koşuşarak göle atlayıp boğuldu” [Matta 8:28-32].

Marsilius için bu sözlerden çıkartılan, İsa’nın dünyevi şeyleri, onların hepsi kendisininmiş gibi, ortadan kaldırabilmesiydi. Eğer böyle olmasaydı, domuz sürüsünü mahvetmekle günah işlemiş olacaktı. Fakat bedeni çürüme görmeyen İsa’nın, günah işlediğini söylemek yanlıştı. Böylelikle Aziz Petrus ve Roma piskoposu ardılları, bazılarının söylediği gibi, İsa’nın özel papazlarıydı. Öyleyse, sözcüğün üçüncü anlamındaki yargıçlar gibi, bütün dünyevi şeyleri ortadan kaldırabilmelerinin yanısıra, İsa gibi onların hepsi üzerinde eksiksiz güç ve egemenlik sahibiydiler.

Yine, ayısının Matta’da ve hemen hemen aynı sözcüklerle Markos’ta [11:1-3] ve Luka’da [19:29-31] yazılanlarla, gösterilebileceğini belirtir:

İsa, iki öğrencisini önden gönderdi. Onlara, “karşınızdaki köye gidin” dedi. “Hemen orada bir dişi eşek ve yanında bir sığa bulacaksınız. Onları çözüp bana getirin. Size bir şey diyen olursa, ‘Rab’bin bunlara ihtiyacı var, hemen geri gönderecek’ dersiniz” [Matta 21:1-3] .

Bu sözlerden de, hemen yukarıdaki alıntılarda olduğu gibi, aynı çıkarım şekliyle aynı sonuca ulaşılabilceğini belirtir.

Bu aynı nokta, Luka’daki [22:38] sözlerle de kanıtlanabilirdi: Havariler O’na, “Ya Rab, işte burada iki kılıç var” demişlerdi. İsa da onlara yanıt olarak, “Yeter” demişti. Bazılarının yorumuna göre, bu sözlerle, bu dünyada biri ruhban veya manevi⁵⁷ diğeri ise dindışı veya dünyevi⁵⁸ iki hükümetin var olduğu anlaşılmalıydı. Böyle olduğu için, bu iki kılıç sorusunda, İsa, havarilerine “Yeter” demişti. Bununla, her iki kılıcın, havarilerin otoritesine, özellikle önder havari olarak Aziz Petrus’a ait olması gerektiğini kastetmiş görünüyordu. Buradan hareketle söyledikleri şuydu: Eğer İsa, dünyevi kılıcın onlara ait olmasını istememiş olsaydı, “Çok fazla” demiş olması, gerekliydi⁵⁹.

Marsilius, bu bağlamda bir kanıt daha olarak, İsa’nın ölümünden sonra öğrencilerine görünmesinin anlatıldığı ayetlerden alıntıda bulunur:

⁵⁷ *ecclesiastic or spiritual*

⁵⁸ *temporal or secular*

⁵⁹ DP II, 3: 6 (110).

İsa ona, “Kuzularımı otlat” dedi. İkinci kez yine ona, “Yuhanna oğlu Simun, beni seviyor musun?” diye sordu. O da, “Evet, ya Rab, seni sevdiğimi bilirsin” dedi. İsa ona, “Koyunlarımı güt” dedi. Üçüncü kez ona, “Yuhanna oğlu Simun, beni seviyor musun?” diye sordu. Petrus kendisine üçüncü kez, “Beni seviyor musun?” diye sormasına üzüldü. “Ya Rab, sen her şeyi bilirsin, seni sevdiğimi de bilirsin” dedi. İsa ona, “Koyunlarımı otlat” dedi [Yuhanna 21: 15-17].

Marsilius, aynı ifadenin, “Kuzularımı otlat”, “Koyunlarımı güt” ve “Koyunlarımı otlat” şeklinde üç kez yinelenmesinden, bazılarının aşağıdaki yorumu çıkardığını belirtir: Aziz Petrus ve ardılları olan Roma piskoposları, kesinlikle İsa’nın inançlı bütün koyunlarının, yani Hıristiyanların ve özellikle papaz ve diyakozların sorumluluğunu üstlenmişti.

Üstelik bu, açıkça Pavlus’un sözlerinde de belirgindi:

Sizden birinin öbürüne karşı bir davası varsa, kutsallar önünde değil de, imansızlar önünde yargılanmaya cesaret eder mi? Kutsalların dünyayı yargılayacağını bilmiyor musunuz? Madem dünyayı yargılayacaksınız, böyle önemsiz davaları görmeye yeterli değil misiniz? Bu yaşamla ilgili davalar bir yana, melekleri bile yargılayacağımızı bilmiyor musunuz? [1. Korintliler 6:1-3].

Marsilius’a göre, böylelikle dünyevi şeyler üzerindeki üçüncü anlamdaki yargılar, papazlara veya piskoposlara ve özellikle onların ilki olan Roma piskoposuna ait görünmekteydi. Yine aktardığı başka ayetlerle⁶⁰, Pavlus’un aynı şekilde düşünüyor görüldüğüne dokunur. Pavlus’un bu alıntılarda, Tanrı’nın ona inançlıların dünyalıkları üzerinde iktidar verdiğini, dolayısıyla onlar üzerinde yargı yetkisinin de bulunduğunu açıkça benimsemiş görüldüğünü belirtir.

Yine, aynısının Pavlus’un bir başka mektubunda gösterildiğini belirtir: “İki ya da üç tanık olmadıkça, bir ihtiyara yöneltile suçlamayı kabul etme” [1. Timoteos 5:19]. Bu da bir piskoposun, papazlar, diyakozlar ve diğer kilise görevlileri üzerinde en azından yargı yetkisi olduğunu, dolayısıyla da onlara atılı suçları yargılamanın ona düştüğünü gösterirdi⁶¹.

Marsilius’a göre, bu egemenlik ve papa sorununda, birileri bu şekilde gerek Kutsal Kitap ve benzer kaynakların yukarıda anılan otoritelerinden gerekse onların bu gösterilen yorumlarından, bütün egemenliklerin en yüksek-

⁶⁰ “Beni sorguya çekenlere karşı kendimi böyle savunurum. Yiyip içmeye hakkımız yok mu bizim?”, [1. Korintliler 9: 3, 4]. “Kimsenin ekmeğini karşılıksız yemedik. Herhangi birinize yük olmamak için uğraşıp didindik, gece gündüz çalıştık. Yardımlarınızı hak etmediğimiz için değil, izleyebileceğiniz bir örnek bırakmak için böyle yaptık”, [2. Selanikliler 3:8, 9].

⁶¹ DP II, 3: 9 (110).

nin⁶² Roma piskoposuna ait olduğunu düşünmeye yönelecekti. Bu değerlendirmenin sonrasında, “Bu söylediklerinin üzerine, insanları belki bu anılan sonuca inandıran ve yanıltan bazı yarı-siyasi savunuları göstermek uygundur” der. İşte, bahsettiği o savunular şunlardı:

Bu savunuların ilki, insan bedeni ruhla bağlı olurken, bedenlerin yöneticisi de ruhların yöneticisine bağlıydı. Fakat beden, yönetim bakımından ruha bağlıydı. Böyle olduğundan da bedenlerin yöneticisi olan dünyevi yargıç, yargıcın yönetimine veya ruhların yöneticisine ve özellikle onların hepsinin ilki olan Roma papasına bağlı olmak zorundaydı.

Yine, “neredeyse aynı kökten bir başka savunuyu” diye belirttiği şuydu: Cisimsel olanlar⁶³, manevi olanlara bağlı olduğundan, cisimsel olanların yöneticisi manevi olanların yöneticisine bağlıydı. Bu, cisimsel olanların, doğalarında manevi olanlara aşağı ve onlara bağlı olması demekti. Dolayısıyla, cisimsel olanların yöneticisi (dünyevi yargıç), manevilerin yöneticisine (papaz yargıç) bağlı olmak zorundaydı. Üstelik papaz yargıç, yani papaz veya piskoposun yöneldiği amaç ile papazın yönetiminin bağlı olduğu yasa ve o yasanın yapıcısı, dünyevi yargıcın yönetiminin bağlı olduğu yasa ve yapıcısı ile o yasanın amacından çok daha mükemmel ve onlardan bütünüyle üstündü. Bu yüzden papaz yargıç, yani papaz veya piskopos, her dünyevi yargıca üstündü. Çünkü papaz yargıcın yöneldiği amaç, sonsuz yaşamdı. Onların yönetiminin bağlı olduğu yasa, tanrısal ve o yasanın doğrudan yapıcısı, onda ne yanlış ne de kötülüğün barınabildiği Tanrı idi. Fakat dünyevi yargıcın yöneldiği amaç, bu dünyalık yaşam için yeterliydi. Onun yönetiminin bağlı olduğu yasa, insanıydı ve bu yasanın doğrudan yapıcısı, yanlış ve kötülüğe yatkın adam veya adamlardı. Bu yüzden ikinciler, birincilerden aşağı ve onlardan daha az değerliydi. Böyle olduğu için de dünyevi yargıç, hatta en yüksek olan bile, papaz yargıçtan, yani en yüksek papazdan, aşağı ve ondan daha az değerliydi⁶⁴.

Bir kişi, diğerinden mutlak şekilde çok daha saygın olduğunda, o ilk kişinin eylemi, mutlak şekilde ikincinin eyleminden çok daha saygındı. Nitekim İsa’nın mübarek bedeninin kutsanması olan papaz veya piskoposun eylemi, bu yaşamda insanın yapabildiği eylemlerin hepsinin en saygınıydı. Bu nedenle her hangi bir papaz, papaz olmayan her hangi birinden çok daha değerliydi. O halde daha değerli, daha az değerliye tabi olmamalı, aksine onun üs-

⁶² *the highest of all rulerships*

⁶³ *corporeals*

⁶⁴ DP II, 3: 12 (111).

tünde olmalıydı. Buradan çıkan, dünyevi yargıcın, yargı yetkisinde papaza üstün olmaması, aksine ona ve özellikle onların hepsinin ilki olan Roma papasına göre ikinci derecede olmasıydı.

Marsilius, bunun aynısının daha özgül olarak, imparator adlandırılan Roma hükümdarına gönderme ile gösterilebileceğini belirtir. Şöyle ki, bu hükümdarın hükümetini kurmak ve onu keyfine göre ulustan ulusa aktarmak otoritesine sahip olan her hangi biri, “yargı”nın üçüncü anlamında yargıda bu hükümdara üstündü. Antlar’da⁶⁵ papanın emirlerinin yedincisinde ileri sürüldüğü gibi, Roma imparatorluğunu Yunanlılardan Almanlara Roma papasının aktardığı göz önünde bulundurulduğunda, papa öyle birisi olduğunu ilan etmişti. Bunun aynısı, çok daha açık olarak, Romalıların modern sözde piskoposu tarafından Roma’nın seçilmiş kralı Bavyera Dükü Ludwig’e yazılan bir fermanla dile getirilmişti.

Aynı etkiden bir başka savunu, İsa’nın vekili olan Roma piskoposu ve havarilerin ardılları olan diğer piskoposların, her hangi bir dünyevi yöneticinin hükmüne tabi olduğunu varsaydığımızda, büyük bir zorluğun doğacak olmasıydı. Böyle olunca, dünyevi yönetici Tanrı ve insan yasasına karşı suç işlerdi ve derhal düzeltilmek zorundaydı. Dinadamı olmayan herkesten en üstün olan dünyevi hükümdar, hükümet çokluğunun reddedildiği⁶⁶ göz önüne alındığında, ne daha üstün ne de eşitti. Böylece dünyevi hükümdar üzerindeki zorlayıcı yargı yetkisi, Roma piskoposuna aitti ve bunun tersi söz konusu değildi.

Marsilius’a göre, bu sunulanlarla, gerek dinadamlarının zorlayıcı yargı yetkisine sahip olduğunu kanıtlamak gerekse bu dünyadaki yüksek egemenliğin yüksek Roma papasına ait olduğu kanıtlamak mümkün gibi görünüyordu. Böylelikle kendisi, bu konumu destekleyen Kutsal Kitap otoriteleri ile belirli yarı siyasi ve insani savunuları yeterli şekilde ortaya koyduğunu belirtir⁶⁷.

III. DİNADAMLARININ, İNSAN YASAKOYUCUNUN OTORİTESİNE GÖRE YÖNETEN KİŞİNİN - ÖZELLİKLE BU YASAKOYUCUNUN HİRİSTİYAN OLDUĞU YERDE - EGEMENLİĞİNE BAĞLI OLMASI ÜZERİNE

Marsilius, karşı taraftan, yani gerek kelimesi kelimesine gerekse mistik anlamında Kutsal Kitap’ın doğrularını, azizlerin yorumlarına ve Hıristiyan

⁶⁵ *On Oaths* (Yeminler). Marsilius, bu hususta başka kaynaklardan kanıtları da sıralar.

⁶⁶ DP I, 17. bölüm başlığı: “Kent veya Devletin Yüksek Hükümetinin Sayısal Birliği ve O Birliğin Zorunluluğu Üzerine.

⁶⁷ DP II, 3: 15 (112).

inancının saygın doktorlarının açıklamalarına uygun olarak artık göstermek istediğini belirtir. Ona göre bu otoriteler, ne papa denilen Roma piskoposunun ne de herhangi bir dinadaminin, ne yöneticiler, ne topluluklar, ne papazlar ne de her konumdan bireyler üzerinde herhangi bir egemenliğe veya zorlayıcı yargıya sahip olmadığını ve olmaması gerektiğini açıkça belirtmişlerdi. Bu dünyada uygulamak için İsa'nın onlara bağışladığı, bağışlamak istediği güç ve otoritenin ne olduğu, onlara emir ve öğütleri ile neleri yasakladığı sorgulanmalıydı. Böyle bir güç ve otoriteyi, ancak İsa'dan alabilirlerdi. Bu da başka bir kaynaktan değil, ancak Kutsal Kitap'ın sözleri ile kanıtlanabilirdi. Gerçek Tanrı ve gerçek insan olan İsa'nın, sadece havariler değil, diğer bütün insanlar üzerindeki zorlayıcı otoritesini, bu dünyadaki bireyler ile bütün yönetici ve hükümetlere bağışlama iktidarında olduğuna bütün Hristiyan inançlılar inanırdı. Hatta yerleri ve gökleri, içindekilerle yıkmak ve onarmak, nesneleri yaratmak gibi dahası da vardı. Fakat İsa, bu güçleri onlara bağışlamamıştı. Nitekim Aziz Augustinus⁶⁸, şunları yazmıştı: “Benden, bir dünya nasıl kuruluru, bütün görünür ve görünmez şeyler nasıl yaratılır, dünyadaki mucizeler nasıl yapılır, ölümler nasıl diriltir, öğrenmeyiniz. Çünkü uysalım ve kalbim alçakgönüllüdür”⁶⁹.

Bu yüzden mevcut amaç için önce şunun gösterilmesi yeterliydi: İsa'nın kendisi, dünyaya insanlara egemen olmaya, sözcüğün üçüncü anlamında onları yargılayıp hüküm vermeye ve dünyevi bir yönetim uygulamaya değil, aksine mevcut yaşamın konumu yönünden tabi olmaya gelmişti. Üstelik yaşayışı, öğüt ve buyruk olan sözleri ile kendisini, havari ve öğrencilerini, onların ardıklarını, piskopos ve papazları, dünyalık yönetimden ve öylesi bütün zorlayıcı otoriteden dışlamıştı. İsa'nın gerçek izleyicileri olan öncü havariler, bu aynı şeyi yapmışlar ve ardıllarına da aynısını yapmayı öğretmişlerdi. Üstelik İsa ve havarileri, gerek kişilikte, gerekse mülkiyette dünyevi yöneticilerin zorlayıcı yargı yetkisine tabi olurken, vaaz ettikleri herkese sonsuz lanet uyarısı altında aynısını yapmayı öğretilip buyurmuşlardı.

Gerçekten de amaç, söz, eylem ve niyeti ile İsa, gerek kendisini gerekse havarilerini, egemenliğin, yargı yetkisinin, hükümetin veya bu dünyadaki zorlayıcı yargının her türlü makamından uzak tutmayı dilemişti. Bu, Yuhanna'da [18: 33-40] her türlü kuşkunun ötesinde açıkça gösterilmişti: İsa, Yahudiye'de Roma hükümdarının vekili olan Vali Pilatus'un önüne getirilip, kendisini Yahudilerin kralı adlandırmakla suçlandığında, Pilatus, O'na, “Sen Yahudilerin

⁶⁸ *Saint Augustine of Hippo (354-430): Afrikalı Latin Kilise Babasıdır.*

⁶⁹ Augustinus'dan [*Sermo LXXIX* on Matthew II: 28-29 (PL 38. 441)] aktaran Marsilius, DP II, 4: 2 (114).

kralı mısın?” diye sormuştu. İsa ise şöyle karşılık vermişti: “Bunu kendiliğinden mi söylüyorsun, yoksa başkaları mı sana söyledi”? Pilatus, “Ben Yahudi miyim? Seni bana kendi ulusun ve başkahnlerin teslim ettiler. Ne yaptın?” demişti. İsa, “Benim krallığım bu dünyadan değildir” diye yanıtlamıştı. Marsilius’a göre bu, “Dünyalık kralların saltanat sürdüğü şekilde, dünyevi bir yönetime veya egemenliğe göre saltanat sürmeye gelmedim” demekti. Bunu zaten, hemen sonraki sözleri de kanıtlardı: “Krallığım bu dünyadan olsaydı, yandaşlarım, Yahudi yetkililere teslim edilmemem için savaşılardı. Oysa benim krallığım buradan değildir”.

Marsilius, “Bu İncil gerçeklerini açıklamak için azizler ve doktorlar aşağıdaki şekilde yazarlar” diyerek çeşitli örnekler sıralar. Bu alıntılarının ilki Aziz Thomas’tandı:

Doğrudan doğruya Pilatus’un sorusunu yanıtlamış olsaydı, Yahudileri değil fakat aynı zamanda onu öyle düşünen kafirleri yanıtlıyor görünecekti. Fakat Pilatus’u yanıtladıktan sonra çok daha uygun ve yerinde olarak, “Siz Yahudiler ve Kafirler duyun, bu dünyada yönetiminizi engellemiyorum”, demiş gibi, Yahudileri ve Kafirleri yanıtlamıştı. Daha fazla ne istiyorsunuz? İman yoluyla bu dünyadan olmayan krallığa yaklaşıyorsunuz. Çünkü onun krallığı, ona inananlardan başka nedir?⁷⁰

Öyleyse, İsa’nın öğrettiği ve buyurduğu krallık, sonsuz krallığın kazanıldığı eylemlerden, yani iman eylemleri ve diğer tanrıbilimsel erdemlerden kurulu bir krallıktı. Bu, asla herhangi birini zorlamak durumunda olan bir krallık değildi. Aynı topluluk için iki zorlayıcı egemenliğin olduğu yerde, bunların her ikisi bir diğerine boyun eğmeyeceğinden, önceden [DP I, 17] gösterildiği gibi, birbirlerini engellerlerdi. Böyle olduğu için İsa, bu dünyaya dünyevi yönetimi (zorlayıcı yargı) değil, manevi (gök) krallığı düzenlemeye gelmişti. Nitekim İsa’nın konuşma ve vaazları, harfi harfine veya mistik anlamında İncil’de de açık olduğu gibi, neredeyse her zaman yalnızca gök krallığına ilişkindi. “Gök krallığı” v.b. dediği, çok sık okunsa da, yeryüzü krallığından konuştuğu çok nadirdi. Konuşmuş olduğunda da reddedilmesi gerektiğini öğretmişti. Gök krallığında, kişilere, eylemlerinin iyiliği veya kötülüğüne göre, ödül veya ceza vereceğine söz vermişti. Ama böyle şeyleri bu dünyada yapacağına asla söz vermemişti. Aksine, bu dünyadaki yöneticilerin yaptığının tersini yapardı. Nitekim doğruları ve iyilik işleyenleri sıklıkla üzer ve onların kederine izin verir, böylelikle de onları krallığının ödülüne yönlendirirdi.

⁷⁰ Aziz Thomas’tan [Thomas Aquinas *Catena aurea* XII, 442] aktaran, Marsilius, DP II, 4: 5 (115).

Judith'in sekizinci bölümünde yazıldığı gibi, "Tanrı'yı hoşnut edenler, çok sıkıntılardan geçmişti". Fakat adaleti sürdürmek için bu dünyadaki yöneticiler, dünyevi krallığın yargıçları, bunun aksini yaparlar ve yapmalıdırlar. Yasaları gözetenlere ödül, kötülük işleyenlere ceza verdiklerinde, doğru davranmışlardır. Eğer aksini yapmış olsalardı, gerek insan yasasına gerekse tanrısal yasaya karşı suç işlemiş olurlardı⁷¹.

İncil'de şöyle yazardı: "İsa, onların gelip kendisini kral yapmak üzere zorla götürceklerini bildiğinden tek başına yine dağa çekildi" [Yuhanna 6:15]. "Buradan, yığınlar için özen göstermeyi sürdürdü: Bu dünyanın güzel talihinden kaçınmayı öğretirken, onlara dayanma gücü için de dua etti". Dolayısıyla İsa'nın egemenlikten kaçındığı ve kendi örneği ile bundan başka bir şey öğretmemiş olduğu kesindi. Fakat ona inanan öğrencileri ve yığınlar, onun saltanat sürmeye gelmiş olduğunu düşünmüşlerdi. Oysa azizler o zamanlar, İsa'nın bu dünyadaki krallığından, bu dünyadaki yasaları çiğneyenlere dünyevi egemenliğin zorlayıcı güç kullanımını asla anlamamışlardı. Fakat aksine onlar, İsa'nın bu dünyadaki krallığı ve yönetimi ile imanın öğretilmesini ve gök krallığına yönelik imana uygunluktaki yönetimi anlamışlardı. Aziz Thomas, bu krallığın, öte dünyada onun yargısından sonra belli olacağını söylemişti. Yığınların düşündüğü gibi, İsa'nın o zaman saltanat sürdürdüğünü düşünmenin "ona tecavüz" olduğunu, yani onun üzerine yanlış bir varsayım ve kanaata varmak olduğunu, yineleyerek belirtmişti. John Chrysostom⁷² da, "Peygamber, yani İsa şimdi onların arasındaydı ve onlar onu bir kral olarak tahta çıkarmak istemişlerdi. Fakat İsa, dünyalık onurları bize küçümsemeyi öğretmek üzere kaçmıştı"⁷³. Üstelik bunun aynısı, çok açık İsa'nın sözleri ve eylemiyle de gösterilmişti: "Kalabalığın içinden biri İsa'ya, 'Öğretmenim, kardeşime söyle de mirası benimle paylaşsın' dedi. İsa, ona şöyle dedi: 'Ey adam! Kim beni üzerinizde yargıç ya da hakem yaptı?' [Luka 12:13-14]. Bu sözleriyle, ne bu görevi yerine getirmeye geldiğini ne de bunun için yani yargı yoluyla sivil anlaşmazlıkları çözmeye gönderildiğini söyler gibiydi. Fakat bu, dünyevi yönetici veya yargıçların kuşkusuz en uygun işiydi. İncil'den bu alıntı, azizlerin yorumlarının yaptığından, çok daha açıklıkla bu önermeyi içerir ve kanıtlardı. Çünkü azizler, kelime anlamının açık olduğunu ileri sürdüklerinden, kendilerini daha çok sembolik veya mistik anlama adarlardı⁷⁴.

⁷¹ DP II, 4: 6 (117).

⁷² Kilise Babalarından olan Konstantinopolis patriğidir (398-404).

⁷³ Aziz Thomas'tan [Catena aurea XII, 330] aktaran, Marsilius, DP II, 4: 7 (118).

⁷⁴ DP II, 4: 8 (118).

İsa'nın kendisi bu dünyada egemenliği reddederken, havarilerinin, öğrencilerinin ve onların ardıllarının da aynı şekilde yapmaları için bir örnek bırakmıştı. Sözleri ve yaşayışıyla da din adamı olsunlar ya da olmasınlar bütün insanlara, kişilikleri ve malları bakımından bu dünyanın yöneticilerine tabi olmaları gerektiğini göstermişti. Nitekim Yahudiler ona, "Peki, söyle bize, sen-ce Sezar'a vergi vermek Kutsal Yasa'ya uygun mu, değil mi?" diye sorduklarında, şöyle yanıtlamıştı: "İsa, onların kötü niyetlerini bildiğinden, 'Ey ikiyüzlüler' dedi. 'Beni neden deniyorsunuz? Vergi öderken kullandığınız parayı gösterin bana!' O'na bir dinar getirdiler. İsa, 'Bu resim, bu yazı kimin?' diye sordu. 'Sezar'ın' dediler. O zaman İsa, 'Öyleyse, Sezar'ın hakkını Sezar'a, Tanrı'nın hakkını Tanrı'ya verin' dedi"[Matta 22:18-21].

O zaman, dindarlığa, yani ilahi tapınma ve buyruğa zıt olmadıkça, her şeyde Sezar'a tabi olmamız gerekliydi. İsa, böyle olduğundan, mülkiyet açısından bizlerin dünyevi yöneticilere tabi olmamızı istemişti. Nitekim bu, İsa öğretisine dayanan Aziz Ambrosius'un yalın öğretisiydi. Roma İmparatoru Valentinian'a karşı yazdığı *Halka* başlıklı mektubunda, "Sezar'ın olan şeyleri Sezar'a, Tanrı'nın olan şeyleri Tanrı'ya öderiz. Verginin, Sezar'ın olduğu reddedilmez" demişti⁷⁵.

Üstelik İsa, yalnızca mülkiyet bakımından dünyevi yöneticinin zorlayıcı yargı yetkisine bağlı olduğunu değil, aynı zamanda kendi şahsı bakımından da bundan daha büyük bir yetkinin hem onun üzerindeki yönetici hem de bir başkası bakımından da olamayacağını göstermişti. Bunun nedeni, Roma yasakoyucusunun onu "asıl yetki"⁷⁶ adlandırmasıydı. İsa'nın bu yüzden tabi olduğu Matta'dan açıkça gösterilebilirdi: İsa'nın kendisi, Roma imparator vekili Pilatus'un önüne çıkarılmak üzere yakalanmasına izin vermişti. Yine kendisi, zorlayıcı iktidarı olan yargıç Pilatus tarafından yargılanmış ve aşırı cezalandırılmaktan acı çekmişti. İsa, adil olmayan cezadan belki acı çektiğini göstermiş olsa da, ona bir yargıç değilsin diye protestoda bulunmamıştı. Eğer öyle düşünseydi ve dünyevi yöneticilere tabi olmayı, onlar tarafından yargılanmayı ardılları için uygun görmeseydi, papazların elinden öyle bir hüküm ve cezaya katlanacağı kesindi.

⁷⁵ Aziz Ambrosius'tan [*Sermo contra Auxentium de basilicis tradendis* cap. xxxv (PL 16. 1061)] aktaran, Marsilius, DP II, 4: 9 (119).

⁷⁶ Alan Gewirt, bu deymi yani "merum imperium" kavramını "capital jurisdiction" (asıl yetki) şeklinde çevirse de bu deymi çevrilemez deyim (untranslatable jurisdiction) olarak nitelmiştir. Aktardığına göre, asıl yetki (*capital jurisdiction*), suçlu insanları cezalandırmak için kılıç gücüne (*the power of the sword*) sahip olmaktır. Bu yetki, iktidar (*power*) olarak da adlandırılırdı.

İsa, Pilatus'un önüne yargılanmak üzere getirilip, kendisini Yahudilerin kralı ve Tanrı'nın oğlu olarak ileri sürmekle suçlandığında, Pilatus, İsa'ya "Sen, nereden geliyorsun?" diye sormuş, yanıt alamadığında da Pilatus, İsa'ya, "Seni salıvermeye de, çarmlıha germeye de yetkim olduğunu bilmiyor musun?" demişti. İsa, "Sana gökten verilmeseydi, benim üzerimde hiçbir yetkin olmazdı" diye yanıtlamıştı [Yuhanna 19:11]. O an İsa, Pilatus'un kendisini yargılamak ve vereceği hükmü yerine getirmek yetkisi olduğunu reddetmemişti. "Bu, sizi yasal olarak ilgilendirmez, bunu ancak fiilen yaparsınız" da dememişti. Fakat İsa, Pilatus'un bu iktidara "yukardan" sahip olduğunu eklemiştir. Bu ne demektir? Aziz Thomas bunu şöyle yanıtlamıştır:

Burada İsa'nın ne dediğini, havari Pavlus'a Romalılara mektupta ne öğrettiğini öğrenmemize izin veriniz. İktidarı kötü kullananın eylemi bakımından örnek her ne olursa olsun, Tanrı'dan başka hiçbir iktidar yani yargı otoritesi yoktur. Kötülükten masum bir insanı öldürülmek için iktidara teslim eden, adam bir başkasının büyük iktidarının korkusundan ölürse, iktidarın kendisinin yaptığından daha çok günah işler. Fakat Tanrı Pilatus'a, kesinlikle onun Sezar'ın iktidarı altında olduğu o tarzda bir iktidarı vermişti⁷⁷.

Bundan ötürü İsa'nın şahsı üzerindeki Pilatus'un zorlayıcı yargı yetkisi, İsa'nın açıkça belirttiği ve Aziz Thomas'ın da basitçe gösterdiği gibi, Tanrı'dandı. Bernard da, Sens başpiskoposuna yazdığı mektupta, Pilatus'un iktidarından konuştuğunda, Kutsal Kitap'ın anılan ayetlerine göndermede bulunarak onun üzerindeki Roma yöneticisinin iktidarının gökten buyrulduğunu yazmıştı. Öyleyse İsa üzerindeki Pilatus'un zorlayıcı yargı yetkisi, Tanrı'dan idiyse, eğer herhangi bir şeye sahip olduysa, İsa'nın dünyevi malları üzerindeki yetkisi ne kadardı? Bu yetki, bütün havarilerin, onların ardıllarının, bütün piskopos ve papazların şahsı ve dünyevi malları üzerinde ne kadardı?

Bu, yalnızca İsa'nın sözleriyle değil, işin tamamlanmasıyla da doğrulanmıştı. Çünkü idam kararı, yargı kürsüsünde oturan aynı Pilatus tarafından İsa'ya bildirilmiş ve onun otoritesiyle de karar infaz edilmişti:

Pilatus, bu sözleri işitince İsa'yı dışarı çıkarttı. Taş Döşeme denilen yerde yargı kürsüsüne oturdu. Fısıh Bayramı'na Hazırlık Günü idi. Saat oniki sularıydı. Pilatus, Yahudilere, "İşte, sizin kralınız!" dedi. Onlar, "Yok et O'nu! Yok et, çarmlıha ger!" diye bağırıştılar. Pilatus, "Kralınızı mı çarmlıha gereyim?" diye sordu. Başkahinler, "Sezar'dan başka kralımız yok!" karşılığını verdiler. Bunun üzerine ne Pilatus, İsa'yı çarmlıha gerilmek üzere onlara teslim etti [Yuhanna 19:13-16].

⁷⁷ Aziz Thomas'tan [Catena aurea (XII, 445)] aktaran, Marsilius, DP II, 4: 12 (123).

Marsilius'a göre, bu, Pavlus'a göre de öyleydi: "Ama zaman dolunca, Tanrı, Yasa altında olanları özgürlüğe kavuşturmak için kadından doğan, Yasa altında doğan öz Oğlu'nu gönderdi" [Galatyalılara 4:4-5]. Dolayısıyla, işlevi, yasa gereğince yargılamak ve emretmek olan yargıç altındaydı da. Fakat bu yargıç, ne bir piskopos ne bir papazdı⁷⁸. Marsilius, bu bağlamdaki kânitlerini sürdürür:

Ama İsa onları yanına çağırıp şöyle dedi: "Bilirsiniz ki, ulusların önderleri onlara egemen kesilir, ileri gelenleri de ağırlıklarını hissettirirler. Sizin aranızda böyle olmayacak. Aranızda büyük olmak isteyen, ötekilerin hizmetkârı olsun. Aranızda birinci olmak isteyen, ötekilerin kulu olsun. Nitekim İnsanoğlu, hizmet edilmeye değil, hizmet etmeye ve canını birçokları gibi fidye olarak vermeye geldi" [Matta 20:25-28].

Marsilius'a göre, bu sözler, dünyevi alanda efendilik veya yönetmek değil, hizmetkar olmak demektir. Bu hususta Origen'in yorumunu aktarır: "Kâfirlerin prenslerinin onlar üzerinde efendilik yaptığını bilirsiniz". Bu, prenslerin uyruklarını yönetmekten sadece hoşnut olmadıkları, aynı zamanda gerekliyse, zorlayıcı güçle onlar üzerinde şiddetli bir egemenlik uygulamaya çalışmalarıydı. "Sizlerden, benimki diyenler, öyle olmayacaktır. Çünkü bedeni şeylerin zorunluluk üzerinde dayanması gibi, manevi şeyler de irade üzerine dayanır. Dolayısıyla manevi yöneticilerin (piskoposların) egemenliğinin de, korku üzerine değil, sevgi üzerine dayanması gereklidir"⁷⁹. Chrysostom'un, bu sorunla ilgili sözleri ise şöyle idi:

Dünyadaki yöneticiler, uyruklarına efendilik yapmak, onları köleliğe düşürmek, [eğer hak ederlerse] onları yağmalamak, kendi çıkar ve şânları için onları ölüme bile göndermek için vardır. Fakat kilisenin yöneticileri [piskoposlar], uyruklarına hizmet etmek, İsa'dan aldıkları her ne ise onlara sunmak için atanmışlardır. Öyleyse, kendi çıkarlarını önemsemezler, uyruklarına yararlı olmayı araştırırlar ve onların esenliği⁸⁰ için ölmeyi reddetmezler. Kilisenin liderliğini arzulamak, ne doğru ne yararlıdır. Çünkü hangi bilge adam vardır ki, bütün kilise için sorumlu olmak gibi, öyle bir kölelik ve tehlikeye kendisini kendi rızasıyla tabi kılmak ister? Belki sadece Tanrı yargısından korkmayan ve dünyevi amaçlar için kendi kilise liderliğini istismar eden kişi. Çünkü bu, onu dünyevi liderliğe çevirmektir⁸¹.

⁷⁸ DP II, 4: 12 (124).

⁷⁹ Aziz Thomas'tan [*Catena aurea* (XI, 234)] aktaran, Marsilius, DP II, 4: 13 (125).

⁸⁰ *salvation*

⁸¹ Aziz Thomas'tan aynı yerden, DP II, 4:13 (125).

Marsilius'a göre, o zaman papazlar, zorlayıcı dünyevi hükümlere neden karışıyorlardı? Onların görevi, dünyalık egemenliği⁸² uygulamak değil, aksine İsa'nın yaşayış ve buyruğuna göre hizmet etmektir. Burada, Origen'in sözlerini Aziz Thomas'tan aktarır:

Böyle olduğundan kilise yöneticileri, yaklaşılabılır, kadınlara konuşan, ellerini çocukların üzerine yerleştiren, öğrencilerinin ayaklarını yıkayan İsa'yı taklit etmelidirler. Çünkü onlar da aynısını kardeşleri için yapmalıydı. Fakat bizler öyleyiz ki (gününün piskoposlarından konuşuyor), ya İsa'nın emirlerini küçümsemekten ya da yanlış anlamaktan gururda dünyalık yöneticileri bile geçer görünüyoruz ve tam da kralların yaptığı gibi, güçlü, korkunç ordular istiyoruz⁸³.

Fakat bu şeyleri yapmak, İsa'nın emirlerinden bilgisiz olmak veya onları küçümsemek olduğundan, piskoposlar önce onlar hakkında uyarılmalıydı. Zaten piskoposlara hangi otoriteye ait olduklarını göstermek, İkinci Konuşma'da yapacağı şeydi. Sonrasında da buna itibar etmezlerse, başkalarının ahlakını bozmasınlar diye, dünyevi yöneticiler tarafından yollarını düzeltmeye zorlanmaları gerekliydi.

İsa, “Kafirlerin⁸⁴ kralları onlar üzerinde efendilik yapar. Fakat siz [yani havariler], öyle değilsiniz” demişti. Nitekim kralların kralı, lordların lordu olan İsa, ne yöneticilerin dünyevi kararlarını ne de herhangi bir kimse üzerinde zorlayıcı iktidarı uygulamak hakkını onlara vermişti. Fakat İsa, “Siz öyle değilsiniz” dediğinde, bunu onlara açıkça yasaklamıştı. Bunun aynısı, sonuç olarak havarilerin bütün ardılları, piskoposlar ve papazlar tarafından da benimsenmek zorundaydı. Bu, Aziz Bernard'ın Eugene açıkça yazdığı şeydi:

Ve [İsa] ekler: “Fakat siz, öyle değilsiniz”. Öyleyse, efendiliğin⁸⁵ havarilere yasaklandığı oldukça açıktır. O zaman, cesaret ediyorsanız, gidin ve bir lord imişsiniz gibi havarilik veya bir havari imişsiniz gibi efendilik zorla alın. Her ikisine de sahip olmaktan açıkça yasaklandınız. Her ikisine aynı zamanda sahip olmayı dilerseniz, her ikisini de kaybedeceksiniz. Her halükarda Tanrı'nın şu sözlerle yakındıklarından olmadığınızı düşünmeyiniz: “Saltanat sürdüler, fakat bana göre değil; prensler oldular fakat tanımadığım”⁸⁶.

⁸² *temporal lordship*

⁸³ Aziz Thomas'tan aynı yerden, DP II, 4: 13 (125).

⁸⁴ *Gentiles* / Musevi olmayanlar

⁸⁵ *lordship*: üstünlük, egemenlik

⁸⁶ St. Bernard'dan [*De consideratione* II. VI (PL 182. 748)] aktaran, Marsilius, DP II, 4: 13 (126).

Marsilius, böylece gerek gösterdiğim İncil gerçeklerinden gerekse azizlerin ve diğer onaylanmış öğretmenlerin yaptığı İncil yorumlarından, İsa'nın hem sözü hem eylemiyle şunlar herkese açık olmalıdır der: İsa, kendisini bütün dünyalık egemenlikten, yönetimden, karardan veya zorlayıcı iktidardan dışlamış ve dışlamayı istemişti. Ayrıca, zorlayıcı yetkili dünyevi yöneticilere ve güçlere tabi olmayı da istemişti.

IV. DİNADAMLARININ İNSAN YASAKOYUCUNUN EGEMENLİĞİNE BAĞLI OLMASININ BAŞKA KANITLARI: HAVARİLERİN İNCİL YASASI SÖYLEMLERİ İLE AZİZLERİN VE DOKTORLARIN YORUMLARI

Marsilius'a göre, İsa'nın en gözde havarisi de farklı düşünmemiştir. Öncelikle Pavlus, papaz veya piskopos atadığı adamı, dünyalık işlere karışmamada uyarmıştı: “Askerlik yapan kişi günlük yaşamla ilgili işlere karışmaz; kendisini askerliğe çağırma hoşnut etmeye çalışır”[2. Timoteos 2:4]. Nitekim Ambrosius da, “Manevi şeylerde Tanrı'nın askeri olan hiç kimse, her ne ise kendisini herhangi bir dünyevi işe bulaştırmaz. Çünkü Tanrı, tam da hiçbir adamın iki efendiye hizmet edemeyeceği gibi, iki zıt hizmetçiye göre bölünemez”,⁸⁷ yazmıştı. Hiçbir istisna yapmadan da “Her ne ise” demişti. Bunun nedeni, bütün işlerin en dünyevi olanının, hükümet olmasıydı. Ancak o, bütün dünyevi işleri veya dünyevi sivil insan eylemlerini emreder ve düzenlerdi.

Pavlus, bu görüşü aşağıdaki sözleri ile açıklığa kavuşturmuştu:

Sizlerden birinin Hristiyan bir kardeşiyle bir uzlaşmazlığı varsa, Tanrı'nın insanlarının sorunu çözmesine izin vermenin yerine, putperest yargıçların önüne götürmeye nasıl cesaret eder? Tanrı'nın insanlarının dünyayı yargılayacağını bilmiyor musunuz? Pekala o zaman, dünyayı yargılayacaksanız, küçük sorunları yargılamaya yeterli değil misiniz? Melekleri [bile] yargılayacağımızı bilmiyor musunuz? O zaman bu yaşaman şeyleri ne kadar fazladır ki! Eğer böyle sorunlar gelirse, onları çözülmesi için kilisede itibarsız olan insanlara mı götüreceksiniz? Sizin için utançtır! [1. Korintliler 6:1-5]⁸⁸

⁸⁷ Peter Lombard'dan [*Collectanea* (PL 192. 367)] aktaran, Marsilius.

⁸⁸ Türkçe İncil'deki metin soyut bulunduğundan, bu metin İngilizce İncil'den [Good News Bible] çevrilmiştir. Burada kullanmadığımız metin aşağıdadır: “Sizden birinin öbürüne karşı bir davası varsa, kutsallar önünde değil de, imansızlar önünde yargılanmaya cesaret eder mi? Kutsalların dünyayı yargılayacağını bilmiyor musunuz? Madem dünyayı yargılayacaksınız, böyle önemsiz davaları görmeye yeterli değil misiniz? Bu yaşamla ilgili davalar bir yana, melekleri bile yargılayacağımızı bilmiyor musunuz? Bu yaşamla ilgili davalarınız olduğunda, inanlılar topluluğunda en önemsiz sayılanları mı yargıç atıyorsunuz? Sizi utandırmak için

Pavlus, burada bütün inançlılara ve kiliseye konuşmuştu. Lombard'dan⁸⁹ Pavlus'un bu sözlerine yorumunu aktarır: “Havariler, çok fazla yolculuk yaptıklarından, öyle sorunlara zamanları olmazdı. Dolayısıyla Pavlus, öyle işlerin İncil’i yaymak için orası-burası dolananlarca değil de, evde kalan imanlı ve kutsal bilge adamlarca yargılanmasını istemişti”. Lombard, bunun için Gregory’den aktardığı bir başka nedende, Pavlus’u kendisi [Marsilius] gibi yorumlamıştı. Gregory’nin, “Neden, piskoposlar veya papazlar değil de, ‘en horlananlar’⁹⁰ dünyevi kararları uygulamaya atanmalıydı?” sorusuna yanıtı şuydu: “Dış şeylerin, [yani dünyevi veya sivil eylemlerin] bilgeliğini kavramış adamlar, dünyalık uzlaşmazlıkları yargılasınlar diye. Fakat manevi lütuf bağışlananlar, daha küçük şeylerle uğraşmaya zorlanmasınlar diye, dünyalık işlere bulaşmamalıydılar. Böylece daha büyük şeylere hizmet etmeye yeterli olmalıydılar”⁹¹. Aziz Bernard’ın yorumu da şöyleydi:

İnsan Oğlu’nun yeryüzünde günahları bağışlamak için iktidara sahip olduğunu bilirsiniz. Nitekim hangisi, günahları bağışlama mı yoksa zenginliği dağıtma mı, size büyük iktidar ve saygınlık olarak görünür? Bu aşağı dünyalık işler, kendi yargıçlarına, yani yeryüzünün kralları ve prenslerine sahiptir. Neden yabancı bir toprağı istila ediyorsunuz? Neden tırpanınızı bir başkasının ürününe uzatıyorsunuz?⁹²

Görüldüğü üzere Pavlus, zorlayıcı iktidara göre yargılayacak kişilerin, İncil için çalışanlardan olmamasını, dış şeylerin yani sivil eylemlerin bilgisine sahip olanlardan olmasını istemişti. Hiçbir suçlu, böyle bir yargıdan muaf değildi. Onun için hem papazlar hem papaz olmayanlar, yöneticilerin zorlayıcı iktidarına bağlıydılar⁹³.

Aziz Pavlus, istisnasız bütün insanların, dünyevi yargıçların veya yöneticilerin zorlayıcı yargısına tabi olmak zorunda olduğunu da öğretmişti. Onlara, sonsuz esenlik yasasına karşı olan bir şeyi buyurmadıkça, direnmek gerekliydi⁹⁴:

söylüyorum bunu”.

⁸⁹ Peter Lombard (1110-1160), İtalyan tanrıbilimci. Yapıtı “*Sententiarum libri quatuor*”, Reformasyona kadar klasik bir otoriteydi.

⁹⁰ “*most despised*”: en küçümsenenler

⁹¹ Lombard, Gregory’den [the *Great Moralia in librum Job* xix. 25 (PL 76. 125)] aktarır.

⁹² St. Bernard’dan [De *Consideratione* i. vi (PL 182. 736)] aktaran, Marsilius.

⁹³ DP II, 5: 2 (128).

⁹⁴ DP II, 5: 4 (130).

Herkes, baştaki yönetime bağlı olsun. Çünkü Tanrı'dan olmayan yönetim yoktur. Var olanlar Tanrı tarafından kurulmuştur. Bu nedenle, yönetime karşı direnen, Tanrı buyruğuna karşı gelmiş olur. Karşı gelenler, yargılanır. İyilik edenler değil, kötülük edenler yöneticilerden korkmalıdır. Yönetimden korkmamak ister misin, öyle ise iyi olanı yap, yönetimin övgüsünü kazanırsın. Çünkü yönetim, senin iyiliğin için Tanrı'ya hizmet etmektedir. Ama kötü olanı yaparsan, kork! Yönetim, kılıcı boş yere taşımıyor; kötülük yapanın üzerine Tanrı'nın gazabını salan öç alıcı olarak Tanrı'ya hizmet ediyor. Bunun için, yalnız Tanrı'nın gazabı nedeniyle değil, vicdan nedeniyle de yönetime bağlı olmak gerekir. Vergi ödemenizin nedeni de budur. Çünkü yöneticiler Tanrı'nın bu amaç için gayretle çalışan hizmetkarlarıdır. Herkese hakkını verin: Vergi hakkı olana vergi, gümrük hakkı olana gümrük, saygı hakkı olana saygı, onur hakkı olana onur verin [Romalılar 13:1-7].

Marsilius, Pavlus'un bu önemli sözleri hakkında azizlerin ve Katolik doktorların yorumlarından daha ileri alıntıda bulunmanın gereğini belirtir. Çünkü duruşunun doğruluğu, Pavlus'un ve yorumcuların açıklamalarından, bu açıklamaları okuyan sağlam zihinli hiçbir kimse daha ileri bir kuşkuyla sahip olmasın diye, çok açıkça gösterilmeliydi. Pavlus, istisna yapmadan, "Herkes" demişti. Önce Agustinus'tan alıntıda bulunur:

Ve burada alçak gönüllüğe yönlendirir. Çünkü bazı adamlar, inançlıların kötü yöneticiler ve özellikle imansızlar tarafından yönetilmemesi gerektiğini öğretmişti. Eğer yöneticiler iyi ve inançlı iseler, iyi ve inançlılara eşit olmalıydı. Fakat Pavlus burada üstün parçadan, yani onunla bütün insanı gösterdiği ruhtan, bu gurusu kaldırır. Fakat her adamdan başka her ruh nedir? Şöyleymiş gibi söylemektir: İsa'nın bedeninde yetkin olsanız da, bütün yukarıda belirtilen şeyleri yapmak zorundasınız. Her ruhun tabi olmasına, yani her adamın tabi olmasına, izin verin. Sadece bedende değil, aynı zamanda iradede tabi olun diye, ruh kelimesi ile insanı gösteriyorum. Bundan dolayı, insanın iyi veya kötü laik güçlere, yani kralara, prenslere, tribunlara, yüzbaşılara ve başka böyle yöneticilere, iradede bile ikincil olsunlar diye, her ruhun tabi olmasına izin veriniz... Her ruhun yüksek iktidara, yani dünyalık işlerde yukarıda olanlara tabi olmasına izin veriniz..."Olan iktidarlar, Tanrı'dan atandığından", her iktidar Tanrı'dandır. Dolayısıyla iktidar Tanrı tarafından atanmıştır, yani her kim iktidara sahipse, Tanrı atamasına sahiptir. "Böyle olduğundan da her kim, iktidara direnirse, Tanrı atamasına direnir". Bu, O'nun söylediği şeydir: ...iyi veya kötü hiçbir adam, Tanrı tarafından verilmedikçe, herhangi bir iktidara sahip değildir. Nitekim İsa, Pilatus'a, "Sana gökten verilmeseydi, benim üzerimde hiçbir yetkin olmazdı" demişti.⁹⁵

Kilise papaz veya öğretmenleri, bu dünyada hiç kimseyi herhangi bir acı veya ceza altında ne malında ne şahsında bir şeye zorlayabilirdi. Çünkü bu

⁹⁵ Peter Lombard'dan [*Collectanea* (PL 191. 1503-4)] aktaran, Marsilius, DP II, 5: 4 (131).

dünyada herhangi bir kimseyi, zorlamak ve yönetmek şeklindeki böyle bir iktidar, İncil’den çıkartılamazdı. Aksine bu, öğüt veya buyrukla yasaklanmıştı. Bunun nedeni, bu dünyada böyle bir iktidarın, insan yasaları veya yasamacılar tarafından verilmiş olmasıydı. Hatta bu, tanrısal yasayla bağlantılı sorunlarda insanları zorlamak için dinadamlarına verilseydi bile, yararsız olurdu. Çünkü böyle bir zorlama sonsuz esenliğe asla yardımcı olamazdı. Bu Pavlus’un sözlerinde de açıktı: “Tanrı’yı tanık tutarım ki, Korint’e dönmeyişimin nedeni sizi esirgemektir. İmanınıza egemen olmak istemiyoruz, sevinmeniz için sizinle birlikte çalışıyoruz. Çünkü imanda dimdik duruyorsunuz” [2. Korintliler 1: 23-25].

Marsilius, Aziz Bernard’ın “Roma yöneticisinin iktidarının kendisi üzerine gökten buyrulmuş olduğunu, İsa’nın bile kabul ettiğini” yazdıktan sonra, Augustinus’un sözlerini aktarır:

Dolayısıyla direnen kişi, Tanrı’nın atamasına uygun davranmaz. Şimdi iyi iktidara gelince, açıktır ki, Tanrı makul şekilde onu yetkilendirmiştir. Fakat kötü iktidara gelince, iyi adamlar onun tarafından arındırıldığından ve kötüler cezalandırıldığından, bu da öyle görülebilir ve kendisini yıkıma götürür. “İktidar” sözcüğü ile bazen Tanrı tarafından verilen iktidarın, bazen de iktidar sahibi olan adamın kastedildiğine dikkat ediniz... “Fakat iktidara direnen her kimse”, şöyle söylemektir: İktidara direnen her kimse, Tanrı’nın emrine direnir. Fakat direnenler, kendilerini lanete götürdüğünden, bu çok ağırdır. Bu yüzden, direnmemeli [yani hiç kimse direnmemeli] fakat tabi olmalıdır. Bununla birlikte, iktidar, yapmanız gerekeni emrederse, o zaman onu bu örnekte daha büyük bir iktidarın korkusu nedeniyle tamamen küçümseyiniz. İnsan işlerinin derecesini değerlendirin: İdarecinin yapılmaması gereken şeyi emrettiğini varsayın, prokonsüle karşı emirler verdiğini varsayın. Yine, prokonsül bir şeyi ve imparator da başka bir şeyi buyursa, ikinciye [yani imparatora] itaat edileceği ve ilkinin [yani prokonsüle] itibar edilmeyeceğinden kuşku duyulur mu? Öyleyse, imparator bir şeyi, Tanrı başka bir şeyi emrederse, imparator sayılmayıp, Tanrı’ya itaat edilmek zorundadır⁹⁶.

Fakat Augustinus, Marsilius’a göre, şunu dememişti: İmparator bir şeyi, papa başka bir şeyi emrederse, sanki bu, papanın yetki sıralamasında üstünmüş gibi söylediği şeydir. Augustinus’un kastettiği şey, imparatorun, Tanrı’nın doğrudan buyruğu olan sonsuz esenlik yasasına karşı olan bir şeyi emretmiş olmasıydı. Bunda, imparatora itaat edilmezdi. Böyle bir örnekte, tanrısal olan bu yasaya (gerçi ona uymaya bu dünyada hiç kimseyi zorlayamazdı) uygun emri veren papaya, tanrısal yasanın aksine yapılan o şeyi buyu-

⁹⁶ Peter Lombard’dan [*Collectanea* (PL 191. 1504-5)] aktaran, Marsilius, DP II, 5: 4 (132).

ran imparatorlardan daha çok itaat edilmek zorundaydı. Fakat papa, fermanına uygun öyle başka bir şeyi emrettiğinde, imparatorun veya yasalarının emrine karşı ona itaat edilmemek zorundaydı.

Pavlus, “Herkes, baştaki yönetime bağlı olsun”, “Yönetim, kılıcı boş yere taşımıyor”, “Herkes hakkını verin. Vergi hakkı olana vergi, gümrük hakkı olana gümrük” derken, konusu hep dünyevi yöneticilerdi. Fakat Pavlus, bu şeyleri herhangi bir piskopos veya papaz hakkında söylememişti. Çünkü zorlayıcı yetki altında itaate zorlandığımız yöneticiler, silahlı kuvvetle ülkeyi savunmak zorunda olanlardı. Nitekim Aziz Ambrosius, şunları yazmıştı: “Ağlayabilirim, yas tutabilirim, üzülebilirim. Silahlara, askerlere ve Gotlara karşı, gözyaşlarım silahımdır. Çünkü bunlar, papazların teçhizatıdır. Bir başka şekilde ne direnebilir ne de direnmeliyim”. Yine, itaate zorlandığımız böyle yöneticiler, Ambrosius’a göre, imansızlar olabilirdi. Fakat imansızlar, ne piskoposlar ne de piskopos olabilirdi. Bundan dolayı Pavlus’un piskoposlar veya papazlar hakkında konuşmadığı, aksine Augustinus’un söylediği gibi, krallar ve prensler hakkında konuştuğu çok açıktı. Pavlus, “Herkes” dediğinden, bu itaatten hiç kimse bağışık değildi. O zaman öyle iktidara, hatta imansız ve kötü olanlara bile direnenler, kendilerine sonsuz lanet getirirlerse, yüce Tanrı’nın, Petrus’un ve Pavlus’un kızgınlığı ne kadar büyüktü? Bu kızgınlığı doğuranlar, Tanrı’nın ve havarilerin bu öğretisini hiçe sayanlardı. Bunlar, şimdiye kadar inançlı kralları ve prensleri, özellikle affedilmez Roma yöneticilerini, rahatsız etmiş ve hala etmekteydiler. Çünkü yöneticiler, Pavlus’un dediği gibi, “Tanrı’nın görevlileri”⁹⁷ idi. O, ne yöneticiler görevlilerimizdir ne de Petrus’un veya herhangi bir havarinin görevlileridir demişti. Bu yüzden onlar, ne piskopos ne de herhangi bir papazın zorlayıcı yargısına bağlıydılar. Aksine, bunun tersi geçerliydi. Ayrıca bunu Augustinus da ileri sürmüştü. Augustinus’un “Eğer imparator bir şeyi, Tanrı başka bir şeyi emrederse” ifadesinde, yargı yetkisi anılmış herhangi bir piskopos, başpiskopos veya patrik belirtilmemişti. Fakat bu, imparatorların fermanlarında hayali olarak söyledikleri gibi - ki bunlar oligarşik bir emirden başka gerçekte hiçbir şeydir ve hiçbir şekilde de Hristiyan inançlıları itaate zorlayamaz - “krallar kralı, lordlar lordu” İsa’nın kendisi bu iktidarı imparatora bağışlamışsa, O’nun yapacağı veya yapması gereken şeydi⁹⁸.

Marsilius’a göre, böyle olmakla birlikte, bu yukarıdaki sözler anılan sorunlarda dinadamına saygı ve itaat borcunun olmaması demek değildi. İn-

⁹⁷ “minister of God”

⁹⁸ DP II, 5: 5 (134).

cil yasasına aykırı veya farklı değil ama ona uygun emreden veya öğreten dinadaminin söylediklerinin yapılması, Matta'da⁹⁹ ve Jerome'nin yorumunda¹⁰⁰ yeteri kadar açıktı. Ne var ki, bir dinadamı herhangi bir kimseyi ne malında ne kişiliğinde herhangi bir acı veya ceza ile bu dünyada söylediklerini yapmaya ne zorlayabilirdi ne de zorlamalıydı. Çünkü herhangi birini zorlamak veya yönetmek gibi bu dünyadaki böyle bir iktidar, İncil Yasası ile ona verilmemiş, aksine öğüt ve buyrukla yasaklanmıştı. Bu dünyadaki böyle iktidar, ancak insan yasaları veya yasamacılar tarafından verilirdi. Hata bu iktidar, tanrısal yasa ile ilgili olan sorunlarda insanları zorlamak için piskoposlara verilmiş olsa bile, yararsız olacaktı. Çünkü bu zorlama, böyle zorlanmışlara, sonsuz esenlikleri için hiç yardımcı olamazdı. Bu, Pavlus için de çok açıktı: “Tanrı’yı tanık tutarım ki, Korint’e dönmeyişimin nedeni sizi esirgemektir. İmanınıza egemen olmak istemiyoruz, sevinmeniz için sizinle birlikte çalışıyoruz. Çünkü imanda dimdik duruyorsunuz” [2. Korintliler 1. 23-24]¹⁰¹.

Zorlayıcı iktidar, herhangi bir piskopos veya papaza ait olamazdı. Bu dinadamları ve diğerleri, “söylemiş olduğu gibi”, bu konuda dünyevi yargıçlara bağlı olmak zorundaydı. Nitekim Pavlus, Timoteos’a I. Mektup’ta bunu tekrar belirtmişti: “Her şeyden önce şunu öğütlerim: Tanrı yoluna tam bir bağlılık ve ağırbaşlılık içinde sakın ve huzurlu bir yaşam sürelim diye, krallarla bütün üst yöneticiler dahil, bütün insanlar için dilekler, dualar, yakarışlar ve şükürler sunulsun” [2:1-2]. Pavlus, Timoteos’a bu sözleri yönelterek, kiliseye genel bir örnek vermişti. Augustinus da “Bütün insanları”, yani her ırktan insanları ve özellikle kötü olsalar bile “kralları” ve kötü olsalar dahi dükler ve kontlar gibi kurulu “iktidarda olanları” eklemişti. Fakat Pavlus da Augustinus da iktidarda olanlar veya öyle yargısal yetkisi olanlar arasında bulunanlar olarak, dünyevi yöneticilerden başka, ne piskopos ne de papaz adı vermişti. Augustinus, Pavlus’un nedeni verdiğini söylemişti: “Bizi, baskıdan özgür sakın ve huzurlu bir yaşama götürür”. Marsilius, kendisinin de dinginliği üreten ve koruyan nedeni, yöneticinin uygun ve engellenmemiş eylemi olarak, Birinci Konuşma’nın son bölümünde söylediğini belirterek, Augustinus’tan aşağıdaki alıntıyı yapmıştı:

⁹⁹ “[İ]sa halka ve öğrencilerine şöyle seslendi: Din bilginleri ve Ferisiler, Musa’nın kürsüsüne otururlar. Bu nedenle size söylediklerinin tümünü yapın ve yerine getirin, ama onların yaptıklarını yapmayın. Çünkü söyledikleri şeyleri kendileri yapmazlar”, [Matta 23:1-3].

¹⁰⁰ *Glossa ordinaria, ad loc.*, ve Thomas Aquinas *Catena aurea* (XI, 259).

¹⁰¹ DP II, 5: 6 (135).

Dolayısıyla Pavlus, kiliseye, krallar ve iktidardaki bütün adamlar için, aynı kutsal ruh tarafından Yeremya'ya ilham edildiği gibi, dua etmeyi öğütlemişti. Yeremya, Babil'deki Yahudilere bir mektup göndererek, "onların huzuru sizin huzurunuz olacaktır" diyerek, onlara hem Kral Nebukadnetsar¹⁰² ve oğulları hem de devletin huzuru için dua etmelerini söylemişti. Fakat bu sembolik olarak tanrısal Kudus'un yurttaşları olan bütün azizleri ile kilisenin, bu dünyanın kralları altında çalışacağını göstermişti. Bu yüzden Pavlus, sakın bir yaşama götüreceğinden, kiliseyi krallara dua etmek için uyarmıştı¹⁰³.

Öyleyse, İncil'in gerçekleri, sonsuz tanıklıklar ve Hristiyan inancının azizleri ve diğer onaylanmış öğreticilerinin yorum ve açıklamaları açıkça şunları gösterirdi:

- İsa, bu dünyada herhangi bir kimse üzerindeki egemenlik veya zorlayıcı yetkiyi reddetmişti.
- Böyle bir yetkiyi, öğüt ve buyruklarla havarilerine ve ardılları olan piskopos veya papazlara da yasaklamıştı.
- Kendisi ve havarilerinin dünyevi yöneticilerin zorlayıcı yetkisine bağlanmalarını istemişti.
- İsa ve en öndeki havarileri Petrus ve Pavlus, söz ve eylemleri ile bunun yerine getirilmek zorunda olduğunu öğretmişti¹⁰⁴.

V. PAPAZLIK ANAHTARLARININ OTORİTESİ İLE DİNADAMININ AFOROZDA SAHİP OLDUĞU İKTİDARIN TÜRÜ ÜZERİNE

Marsilius, İsa'nın gerek inançlılar gerekse havariler ve ardıllarına Kutusal Kitap'ın sözleri gereğince bağışlamak istediği ve gerçekten bağışladığı iktidar, otorite ve yargı üzerinde durulması gerektiğini belirtir. Ona göre İsa'nın, havarilerine bu sorun üzerindeki en açık sözleri şunlardı: "Göklerin Egemenliği'nin anahtarlarını sana vereceğim. Yeryüzünde bağlayacağın her şey göklerde de bağlanmış olacak; yeryüzünde çözeceğin her şey göklerde de çözülmüş olacak" [Matta 16:19]. "Size doğrusunu söyleyeyim, yeryüzünde bağlayacağınız her şey gökte de bağlanmış olacak. Yeryüzünde çözeceğiniz her şey gökte de çözülmüş olacak" [Matta 18:18]. "Kimin günahlarını bağışlarsanız, bağışlanmış olur; kimin günahlarını bağışlamazsanız, bağışlanmamış kalır" [Yuhanna 20:23]. Dolayısıyla Roma piskoposunun kendisine at-

¹⁰² *King Nebuchadnezzar*

¹⁰³ Peter Lombard'tan [*Collectanea* (PL 192. 337)] aktaran Marsilius, DP II, 5: 7 (137).

¹⁰⁴ DP II, 5: 9 (140).

fettiği eksiksiz güç anlayış ve yetkisinin kaynağını oluşturan özellikle bu ve benzeri sözlerdi.

Bu sorunların, belirli kavrayış ve bilgisini edinmek için gerçek Tanrı ve gerçek insan olan İsa'nın "Ben gerçeğe tanıklık etmek için doğdum, bunun için dünyaya geldim" sözleri hatırlatılmalıydı. Buradaki gerçek, insanlık sonsuz yaşamı kazanabilsin diye inanılmak, yapılmak ve kaçınılmak zorunda olan şeylerle ilgiliydi. İsa'nın söz ve örneklerle öğrettiği ve nihai olarak havarilerinin ve müjdecilerin¹⁰⁵ yazılarında kaydettiği bu gerçek, kendisi ve havarilerinin yokluğunda, sonsuz kurtuluşla ilgili sorunlarda birer kılavuzdu. Bu, İsa'nın dirilişinden sonra havarilerinin yanına gelip, "Gökte ve yeryüzünde bütün yetki bana verildi. Bu nedenle gidin, bütün ulusları öğrencilerim olarak yetiştirin; onları Baba, Oğul ve Kutsal Ruh'un adıyla vaftiz edin; size buyurduğum her şeye uymayı onlara öğretin. İşte ben, dünyanın sonuna dek her an sizinle birlikteyim" [Matta 28:18-20] dediğinde, ardılı havarilere emanet ettiği görevdi. İsa, havarileri tarafından yapılmasını emrettiği vaftizle, insanlığın sonsuz kurtuluşu uğruna oluşturduğu başka dini ayinleri¹⁰⁶ de onlara bildirmişti. Bu ayinler arasında kefaret ayini¹⁰⁷ vardı. Bu yolla insan ruhunun işlenmiş lanetli ve affedilir günahı, mahvedilir ve günahla bozulmuş Tanrı'nın iyiliği¹⁰⁸ ruha onarılırdı. Nitekim bu iyilik olmaksızın, Tanrı'nın tasarladığı insan işleri, sonsuz yaşamı hak edemezdi. Bu yüzden Kutsal Kitap'ta, "Çünkü günahın ücreti ölüm, Tanrı'nın armağanı ise Rabbimiz Mesih İsa'da sonsuz yaşamdır" [Romalılar 6:23] yazılmıştı¹⁰⁹.

Bu ayinin görevlileri, bütün diğerlerinininki gibi, İsa'nın havarilerinin ardılları olarak papazlardı. Kanıt olarak yukarıda alıntılanan Kutsal Kitap'ın sözleri, Petrus ve diğer havarilerin şahsında, bütün bu papazlara, anahtarların iktidarını veya insanları günaha bağlamak veya günahattan çözmek iktidarı demek olan kefaret ayini bağışını vermişti. Jerome'den alıntı ile sözlerini sürdürür:

Bu yargısal yetki, gerçekten dirilişinden sonra, "Kutsal Ruh'u alın! Kimin günahlarını bağışlarsanız, bağışlanmış olur; kimin günahlarını bağışlamazsanız, bağışlanmamış kalır" dediği diğer havarilerce benimsenmişti. Papazları ve pis-

¹⁰⁵ *the evangelists*: İncilciler

¹⁰⁶ *sacraments*

¹⁰⁷ *sacrament of penance*: Roma Katolik Kilisesi'nde bir papaza itiraftan sonra günaha kefaret olsun diye verilen ceza.

¹⁰⁸ *God's grace*

¹⁰⁹ DP II, 6: 2 (141).

koposları ile her kilise, bu yetkiye sahiptir. Fakat Petrus, özellikle inanç birliği ve topluluğundan kendisini ayıran her kimsenin, ne günahıtan arındırılabilceğini ne de cennete girebileceğini herkes anlayabilirdi diye onu almıştı¹¹⁰.

Marsilius'a göre, Jerome, Petrus'un veya Roma piskoposunun birliğinden değil, "inanç birliğinden" demişti. Çünkü bunların bazısı, sapkın veya kötü olabiliyordu ve böyle piskoposlar gerçekten vardı. Jerome ve aynı paragrafta Augustinus'a göre, bu yargısal yetki Augustinus'un yazdığı ile ilgili anahhtarların otoritesiydi: "Anahtarlar, aracılıkları yoluyla krallığa kabul edilecek değerliler ile ondan dışlanan değersizleri ayırt etme bilgi ve iktidarındır". Yani papazlar tarafından. Fakat papaz nasıl kabul edebilir nasıl dışlayabilir aşağıda gösterilecekti. Bu iradede, İsa'nın Petrus ve havarilerine bağışladığı bu anahhtarların gücünün doğası ve boyutu da gösterilecekti.

Ama öncelikle lanetli bir günahı işleyenin ruhunda, günahın yaratıldığına ve ona bağışlanmış olan tanrısal iyiliğin mahvolduğuna dikkat edilmeliydi. Bu günah, günahkarı öte dünyada sonsuz bir lanet borcuna bağlardı. Eğer bu günahı ısrar ederse, Hristiyan inançlılar arasında "aforoza"¹¹¹ adlandırılan belirli bir düzeltme yoluyla inançlılar toplumundan çıkartılırdı. Öte yandan günahkar, günahından pişmanlığı ve papaza açık itirafı yoluyla - bunların her ikisi birlikte veya ayrı olarak "kefarete" adıyla adlandırılır - üçlü bir yarar elde ederdi: İlki, iç günahından temizlenir ve Tanrı'nın iyiliği ona onarılırdı. İkincisi, günahının onu bağladığı sonsuz lanet borcundan bağışlanırdı. Üçüncüsü, kiliseyle barışır, yani inançlılar topluluğu ile yeniden birleşirdi. Fakat günahkarı sonsuz lanet borcundan kurtaracak bu şeyler, kefarete ayinini yöneten papaza bağışlanmış anahtarların gücü ile yapılırdı¹¹².

Marsilius, bu hazırlayıcı sözlerden sonra asıl teze geçmesi gerektiğini belirtir. Peter Lombard¹¹³ ve Richard¹¹⁴, Kutsal Kitap'a ve azizlerin görüşlerine uygun yapıtlarında şunları söylemişti: Kefarete ayininin gerçek kabulü için öncelikle günahkar bir iç üzüntüsü duymalıydı. İkinci olarak bir papazın varlığında, işlenen eylemin itirafı papaza söylenmeliydi. Fakat bir papaz yoksa pişmanlık duyan kimsenin, ilk fırsatta bir papaza günahını itiraf etme kararlı niyetinde olması yeterliydi.

¹¹⁰ *Glossa ordinaria, ad loc.* Bakınız, Peter Lombard *Libri sententiarum* Lib. iv. dist. 19. cap. iii (PL 192. 890).

¹¹¹ *excommunication*

¹¹² DP II, 6: 4 (142).

¹¹³ Peter Lombard *Sent. Lib. iv. distinction 18.* (PL 192. 885-89).

¹¹⁴ Richard of St. Victor *De potestate ligandi et solvendi* (PL 196. 1159-78).

Bununla söyledikleri şuydu: Tanrı, itiraf niyeti olan, gerçek tövbecar günahkar karşısında, gerek itiraftan önce gerekse papaz tarafındaki eylemden önce belirli şeyleri yapardı. Bunlar, günahın kovulması, iyiliğin onarılması ve sonsuz lanet borcunun bağışlanmasıydı. Bunların ancak İsa tarafından üstesinden geldiğini, Üstad¹¹⁵, azizlerin ve Kutsal Kitap'ın otoriteleri ile kanıtlamıştı: “Kendi uğruna suçlarınızı silen benim, evet benim. Günahlarınızı anlamaz oldum” [Yeşaya 43:25]. Ambrosius'dan da şu sözleri aktarmıştı: “Tanrı sözü, günahı siler; papaz yargıçtır. Papaz, görevini yerine getirir ama hiçbir iktidar hakkı uygulayamaz”. “Tek başına günahlarımız için ölen O, tek başına günahlarımızı siler”. Augustinus'tan da şu sözleri aktarmıştı: “Dünyanın günahlarını kaldıran kuzu olan yalnız İsa hariç, hiç kimse günahları kaldıramaz”. Fakat papaz tarafındaki eylemden önce Tanrı'nın bunu yaptığını, Üstad “Ne mutlu isyanı bağışlanan, günahı örtülen insana!” [Mezmunlar 32:1] sözlerinden çıkartmıştı diyerek, ondan aşağıdaki alıntıyı yapar:

Tövbecarın ceza borcunu, Tanrı'nın kendisinin affettiği açıkça gösterilmiştir. Tanrı, bir iç aydınlanması yoluyla gerçek bir kalp pişmanlığını esinlediğinde bunu yapar. Bu görüş, akılla onaylanmış ve otoritelerce desteklenmiştir. Nitekim alçakgönüllü ve pişman kalpli bir insan, yardımseverlikte sadece günahlarından ezilir. Ama o yardımsever, yaşam için değerlidir. Fakat hiç kimse, aynı zamanda hem yaşam hem ölüm için değerli değildir. Bu yüzden o, öfkenin çocuğu olmayı durdurup sevgi ve pişmanlığa başladığında, artık sonsuz bir ölüm borcuna bağlı değildir. Dolayısıyla o zamandan başlayarak öfkeden kurtulur. Bu öfke, İsa'ya inanan bakımından kalmaz, ancak İsa'ya inanmayan bakımından kalır. Onun için sonsuz öfkeden onu kurtaran daha sonra itirafta bulunduğu papaz değildir. Zaten o andan itiraf edeceğim demekle, Tanrı tarafından kurtarılmıştı. Bundan ötürü insanı günahın iç lekelerinden temizleyen, onu sonsuz ceza borcundan kurtaran yalnız Tanrı'dır¹¹⁶.

Marsilius, “Tanrı'nın tövbecarın günahını ilk fırsatta papaza itiraf etme niyetine gerek duyduğunu” yineledikten sonra, Üstad'ın “Birinin günahını yalnız Tanrı'ya itiraf etmesinin yeterli olup olmadığını” sorduğunu, buna da eğer papaz mevcut ise Kutsal Kitap otoriteleri ile yanıtının olumsuz olduğunu belirtir. Fakat bir papaz yoksa her zaman itirafta bulunabilme niyeti ile yalnız Tanrı'ya itirafta bulunmuş olmak yeterliydi. Üstad'la uzlaşan Richar da yukarda anılan kitabında¹¹⁷ bu görüşü benimsemişti. Çeşitli bölümlerde-

¹¹⁵ [the Master], Peter Lombard *Sent. Lib. iv. dist. 18 cap. iv* (PL 192. 886).

¹¹⁶ Peter Lombard'tan [*Sent. Lib. iv. dist. 18 cap. iv* (PL 192. 886)] aktaran Marsilius, DP II, 6: 6 (143).

¹¹⁷ Richard of St. Victor *De potestate ligandi et solvendi cap. vi-viii* (PL 196. 1163-65).

ki tartışmasından, şu sonucu çıkartmıştı: Papaz tarafındaki bütün papazlıktan önce, Tanrı günahı için pişman olan gerçek tövbekar kişiden günahı kaldırır ve onu sonsuz ölüm borcundan kurtarırdı. Fakat bu, sonradan ilk fırsatta suçunu bir papaza itiraf etme koşulu altında geçerliydi. Üstad bu koşulu, bir papazın mevcut olmadığında, birinin günahını itiraf etmesinin “kararlı niyeti” adlandırmıştı. Yalnız buradaki mantıklı soru, papazın tarafındaki bütün papazlıktan önce Tanrı tek başına günahı ve sonsuz lanet borcunu eğer siliyor ise kefarette papazın eylem veya görevine neden gerek duyulduğu idi. Üstad’ın yanıtı şuydu: “Neyi benimsemek zorundayız? Söyleyip, düşünebileceğimiz pekala şudur: Sadece Tanrı, günahları siler ve alıkoyar. Böyle olmakla birlikte, günahları bağlama ve kaldırma iktidarını kiliseye”, yani bir anlamda kilise adlandırılan papazlara “bağışlamıştı”. Bunda kiliseye, yani papazlara bir iş düşse de, İsa bu gücü, papazlara vermemişti. İsa’nın onlara verdiği güç, insanların günahlarının silindiğini veya alıkonulduğunu gösterme iktidarıydı. Nitekim Üstad, kefarette papazın görevine ne amaçla gerek duyulduğunu aşağıdaki şekilde açıklığa kavuşturmuştu:

İsa’nın kendisi cüzamlıyı önce sağlığına kavuşturmuş, sonra da onu papazlara göndermişti. Çünkü papazların yargısı yoluyla cüzamlının temizlendiği gösterilecekti. Dolayısıyla zaten yaşama döndürülmüş olan Lazar’ı da bağışlanmaya havarilerine göndermişti. Çünkü birisi Tanrı’nın gözünde bağışlanmış olsa da, papaz kararı hariç kilisenin gözünde bağışlanmış sayılmaz. Bu yüzden günahları bağışlama veya alıkoymada kilise papazı, günahı gösteren cüzamla kirlenmiş olanlar bakımından zamanında tam da kahinlerin yaptığı gibi davranır ve yargılar¹¹⁸.

Marsilius’a göre, Üstad ve Richard’ın da düşündüğü gibi, Tanrı’nın günahkar için papaz görevi olmaksızın yaptığı başka bir şey de vardı. Bu, geçici a’raf¹¹⁹ cezasının hafifletilmesi, yani dönüştürülmesi idi. Bununla günahkar, suçları için (ne kadar pişman oldu veya itiraf etti sorun değil) bu dünyada, oruç, dua, sadaka, hac gibi bazı karşılıklara katlanmış olurdu. Papazın, günahkar üzerinde uyguladığı iktidar hakları buna göre idi. Bu yüzden Üstad, şöyle yazmıştı: “Papazların bazı tövbe karşılıkları ile insanları bağladığı not edilmelidir. Böyle yapmakla onlar, bu adamların günahlarından kurtulduklarını gösterirler. Çünkü tövbe karşılıkları herhangi bir kimseye, papaz onu gerçek-

¹¹⁸ Peter Lombard’tan [*Sent. Lib. iv. dist. 18 cap. vi* (PL 192. 887)] aktaran Marsilius, DP II, 6: 7 (145).

¹¹⁹ *Purgatory*: Aslında İslam’daki a’raf da doğru bir karşılık değildir. Katolik inancına göre, ölü insanların ruhlarının cennete gitmeden önce yeryüzündeki günahları için acı çekmeye gönderildiği yerdir.

ten tövbekar düşünmedikçe dayatılmaz. Eğer papaz, bu karşılıkları bir başka adama dayatmamış ise böyle yapmakla o adamın günahlarının Tanrı tarafından alıkonulduğuna hükmetmiştir”¹²⁰. Papaz, günahkarın geçerli a’raf cezasını, bu dünyada bazı karşılıklara dönüştürür ve sonrasında da onu kiliseyle, yani inançlıların dostluğuyla uzlaştırırdı. Bunda papaz, günahkarlar üzerindeki gücünü aynı şekilde, seçici davranarak uygulardı.

Üstad ve Richard gibi azizlerin otoritelerinden de anlaşıldığı gibi, yalnızca Tanrı, papaz tarafında öncelikli veya eşzamanlı bir eyleme gerek olmadan, gerçek tövbekarın günah ve sonsuz lanet borcunu kaldırırdı. Çünkü günahkarın bağışlanacak veya alıkonulacak günahından bilgisiz olmayan ancak Tanrı idi. Tanrı, ne kötü duyguların etkisinde kalır ne de her hangi bir kimseye haksız bir yargıda bulunurdu. Fakat bu, onlar kim olurlarsa olsunlar, hatta Roma piskoposu bile olsalar, ne kilise ne de papazlar için geçerliydi. Bu papazlar veya piskoposların her biri, bazen yanılabilirler veya kötü duyguların denetimine girebilirlerdi. Sonuç olarak yerinde itirafta bulunmuş gerçekten günahkar bir kişinin günahı veya sonsuz lanet borcu, papazın bilgisizliği, art niyeti veya her ikisi nedeniyle bağışlanmazsa, İsa’nın İncil’deki kötülere cehennem cezası, iyilere sonsuz şan ödülleri verileceği sözü, boşa çıkmış olurdu. Bu yüzden sıklıkla ortaya çıktığı gibi, bir günahkarın yalan-yanlış günah itirafı yaptığı ve sonuçta da papazın bilgisizliği nedeniyle bağışlanıp kutsandığı varsayıldığında; yine sıklıkla ortaya çıktığı gibi, bir başkasının papaza uygun ve yeterli şekilde günahlarını itiraf ettiği ve papazın bilgisizliği veya art niyeti nedeniyle bağışlanması ve kutsanmasının reddedildiği varsayıldığında, yalan itirafta bulunan ilkinin günahları silinirken, gerçek tövbekar olan ikincinin kalacak mıydı? Bu soru, kesin ve kuşkusuz bir şekilde olumsuz yanıtlanmak zorundaydı¹²¹.

Yine Marsilius, günahları silme ve alıkoymanın bir başka yöntemi olduğunu, bunun için papaz eylemine benzer şekilde gerek duyulduğunu, bunun da aforoz sürecinde olduğunu belirterek, bunu Üstad’tan aktarır:

Bir kişi açık bir günahını kilise disiplini ile uyumda düzeltmek için üç kez çağrıldığında ve karşılık vermeyi başaramadığında, kilise kararı ile dua yerinden, ayinlerin cemaatinden ve inançlıların dostluğundan, çıkartılır. Ta ki, utanç duysun ve suçunun düşkünlüğü ile değişip tövbekar olsun. Böylelikle ruhu esirgensin. Pişmanlığını açıkla ve teslim olursa, reddedildiği cemaate kabul edilir ve kiliseyle uzlaşır. Şimdi bu, kilisenin aforoz etmesidir. Bu ceza, hak etmiş olanlara verilir

¹²⁰ Peter Lombard *Sent. Lib. iv. dist. 18 cap. vii* (PL 192. 888).

¹²¹ DP II, 6: 9 (146).

ve bununla Tanrı'nın iyiliği ve esirgeyiciliği hatta daha fazlası onlardan alınır ve günaha düşmekte serbest olsunlar, şeytan üzerlerinde daha büyük şiddet uygulansın diye, kendi başlarına bırakılırlar. Ayrıca, onlara ne kilisenin dualarıyla ne de kutsama hakkıyla yardım edilir¹²².

Marsilius, aforoz yetkisi olanların bunları bildiklerini belirttikten sonra, aforozla suçlananın yalnız öte dünya için yargılanmadığını, bu dünyada da onu açıkça itibardan düşüren ve diğer insanların dostluğunu ona yasaklayan ağır bir ceza verildiğini vurgular. Böylece, toplumun dostluk ve yararından yalıtılmış olurdu. Bu ceza, hak etmeyen birine verildiği durumunda, o kişinin öte dünyadaki konumuna zarar vermezdi. Çünkü Tanrı, kilisenin, yani papazların yargısını, onlar birini haksız yargıladığında izlemezdi. Bununla birlikte, papaz tarafından haksız yere cezaya çarptırılan kişi, itibardan düşüp insanlardan uzaklaştığından, bu dünyada en ağır zararı görmüş olurdu. Bu nedenle, papazların söz ve eylemleri ile böyle bir yargı açıklanmak zorundaydı. Fakat bu, aforoz edilen veya aklanana hakkında zorlayıcı hüküm veya emri veren ne tek bir papaza ne de bir papaz grubuna yalnızca uygulanırdı. Sanığı çağıran, sorgulayan ve yargılayan, sonrasında da aklayan veya mahkum eden böyle bir yargıcın atanması, o toplulukta inançlılar genel kuruluna¹²³ aitti. Böylelikle davalı, genel kuruldan veya o genel kuruldan üstün öyle bir yargıyla yargılanırdı. Böyle olmakla birlikte atılı suçun sorgulanması, yani aforozun hak edilip edilmediği, bir papaz grubunun veya onlar arasından çok daha deneyimli belirli bir sayıdan papazın yardımıyla öyle bir papaz tarafından yapılmalıydı¹²⁴.

Papazlar, ilk anlamdaki yargı ile İncil yasasına uygun, başkalarını bozmasın diye, doktorların cüzamlı birini diğer insanlardan ayırması gibi inançlıların dostluğundan uzaklaştırmak üzere yargılardı. Suçun birisi tarafından işlenmiş olduğu, kesin bir tanıkllıkla kanıtlanmak zorundaydı. Sonuç olarak cüzamlıları uzaklaştırmak zorlayıcı yetkisi olan bir yargıcı atamak veya onlar hakkında hüküm vermek doktorlara düşmezdi; Birinci Konuşma'nın XV. bölümünde gösterildiği gibi, aksine inançlı yurttaşlar genel kuruluna veya onun ağırlıklı parçasına düşerdi. Nitekim inançlılar topluluğunda da bir topluluğun dostluğundan kişileri kovmak zorlayıcı yetkisine sahip olan bir yargıcı atamak veya böyle bir hüküm vermek ne bir papaza ne de bir papaz grubuna düşerdi. Fakat papazlar, suçların içinde belirlendiği tanrısal yasayı bilenler olarak benimsenmişti. O suçlara göre de suçlular, suçsuz inançlılar toplumundan

¹²² Peter Lombard *Sent. Lib. iv. dist. 18 cap. vii* (PL 192. 888).

¹²³ *the whole body of the faithful*

¹²⁴ DP II, 6: 12 (148).

çıkartılırdı. Kutsal Kitap'ta, “Kahinin¹²⁵ dudakları bilgiyi korumalı ve insanlar onun ağzından öğüt aramalı. Çünkü o her şeye egemen Rab'bin ulağıdır” [Malaki 2:7] denmişti.

Fakat öyle bir suçla suçlanan kişinin suçu işleyip işlemediğı, sadece piskopos veya papaz tarafından değil, fakat o toplulukta ya inançlılar genel kurulu tarafından ya o kurulun üstü tarafından ya da o amaç için atanmış papaz veya papaz olmayan bir yargıç tarafından yargılanmalıydı. Hüküm de öne sürülen kanıtlara dayanmak zorundaydı. Davalı tanıklarla suçlu bulunduğu ve suç aforozu hak ettiğinde - ki bu papazlar kurulu kararı veya onun sağlam parçasının kararı ile desteklenmesi gerekli olan tek sorundur - aforoz cezası inançlılar genel kurulunun atadığı yargıç tarafından suçluya bildirilmek zorundaydı. Bu ceza gerek yargıcın emri gerekse suçluyu öte dünyada da etkilesin diye papazın sözleri ile yerine getirilirdi¹²⁶.

Söylediğı şeyin doğruluğı, İsa'nın sözleri ile Kutsal Kitap'ta gösterilmişti:

Eğer kardeşin sana karşı günah işlerse, ona git, suçunu kendisine göster. Her şey yalnız ikinizin arasında kalsın. Kardeşin seni dinlerse, onu kazanmış olursun. Ama dinlemezse, yanına bir ya da iki kişi daha al ki, söylenen her şey iki ya da üç tanığın sözüyle doğrulansın. Onları da dinlemezse, o zaman her şeyi kiliseye anlat. Sonunda kiliseyi dinlemezse, ona bir putperest veya bir vergi toplayıcısıymış gibi davran” [Matta 18:15-17].

Marsilius'a göre İsa, yalnızca havariye, piskoposa, papaza veya bunlardan herhangi bir gruba değil, “Kiliseye onu anlat” demişti. İsa, “kilise” ile inançlılar çokluğunu veya onun otoritesi ile atanmış yargıcı kastetmişti. Nitekim “kilise”, bu konuşmanın II. bölümünde gösterdiği gibi, havariler ve ilk kilise tarafından bu anlamda kullanılmıştı. İsa da “kilise” sözcüğünü bu anlamda, yani inananlar genel kurulu olarak anlamıştı. Asilerin ve benzer suçluların yargılamalarını yapmak, bunun için yargıçları atamak yine bu kurula düşerdi. Yine bu bağlamdaki İsa'nın sözleri Pavlus yoluyla Kutsal Kitap'ta gösterilmişti:

Aranızda fuhuş olduğu söyleniyor, üstelik putperestler arasında bile rastlanmayan türden bir fuhuş! Biri babasının karısını almış. Siz hala böbürleniyorsunuz! Oysa yas tutup bu işi yapanı aranızdan atmanız gerekmez miydi? Bedence olmasa da ruhça aranızdayım. Bu suçu işleyeni, aranızdaymışım gibi Rabbimiz

¹²⁵ Marsilius, burada kendi metninde ayetteki **kahinin dudakları** yerine **papazın dudaklarını** yeğlemiştir.

¹²⁶ DP II, 6: 12 (149).

İsa'nın adıyla zaten yargılamış bulunuyorum. Ben ruhça aranızdayken Rabbi-miz İsa'nın gücüyle toplandığınız zaman, bedeninin yok olması için bu adamı Şeytan'a teslim edin ki, Rab İsa'nın gününde ruhu kurtulabilsin" [1. Korintliler 5:1-5].

Augustinus, bunun üzerine, "Bu şekilde, sizinle işbirliği yapacak olan İsa'nın gücü ve otoritemle yardım edilen, kavgasız tek bir beden olarak toplanmış sizleri, öyle bir kişiyi Şeytana teslim edecek olmanızla mı yargılayacağım" demişti. Öyleyse, birisi, ne nedenle onlar tarafından ve nasıl Pavlus'un görüş ve öğretisine göre aforoz edilmek zorundaydı. Pavlus'un talimatı, tanrısal yasaya göre bile, belki bir emirden ziyade bir öğüt olarak değerlendirilmeliydi. Hatta insanlar, onlarla ortaklık kurarak böyle bir suça göz yumarak katlandıklarında bile (gerçi, onların bazısına bulaşma rezaleti ve tehlikesi yok değildi), her şeye rağmen esirgenmiş olabilirler ve övülen işleri yapabilirlerdi¹²⁷.

Marsilius, aforoz yetkisinin yalnızca dinadamlarına bırakılmasının önemli bir sakıncasına dokunur: Bir kimsenin aforoz edilmesi, genel inançlılar kurulunun¹²⁸ oluru olmaksızın herhangi bir dinadamına bırakıldığında, bundan çıkan şu olurdu: Papazlar veya piskoposlar, bütün devletler ve hükümetleri onların sahibi olan krallar ve yöneticilerden uzaklaştırabilirdi. Herhangi bir yönetici aforoz edildiğinde, aforoz edilen yöneticiye itaat etmek isteyen ona bağlı çokluk da aforoz edilmiş olacaktı. Bu yüzden her yöneticinin iktidarı, kırılmış olacaktı. Oysa Kutsal Kitap, bu durumun aksini buyurmuştu¹²⁹:

Herkes baştaki yönetime bağlı olsun. Çünkü Tanrı'dan olmayan yönetim yoktur... yönetime karşı direnen, Tanrı buyruğuna karşı gelmiş olur. Karşı gelenler yargılanır... Yönetimden korkmamak ister misin, öyleyse iyi olanı yap, yönetimin övgüsünü kazanırsın... Yönetim, kılıcı boş yere taşımıyor; kötülük yapanın üzerine Tanrı'nın gazabını salan öç alıcı olarak Tanrı'ya hizmet ediyor. Bunun için, yalnız Tanrı'nın gazabı nedeniyle değil, vicdan nedeniyle de yönetime bağlı olmak gerekir" [Romalılar 13: 1-5].

Kölelik boyunduruğu altında olanların hepsi kendi efendilerini tam bir saygıya layık görsünler ki, Tanrı'nın adı ve öğretisi kötülenmesin. Efendileri iman etmiş olanlarsa, nasıl olsa kardeşiz deyip efendilerine saygısızlık etmesinler. Tersine, daha iyi hizmet etsinler [1. Timoteos 6: 1-2].

Papazlar, ekmek ve şarabı belirli bir söylem sonrasındaki bir duada İsa'nın kutsanmış bedenine dönüştürdükleri bir başka otoriteye de sahipti. Bu

¹²⁷ DP II, 6: 13 (150).

¹²⁸ *the whole body of the faithful*

¹²⁹ DP II, 6: 13 (151).

otoritenin, anahtarların otoritesi gibi, manevi bir doğası vardı ve Eucharist¹³⁰ ayinini yapma gücü olarak adlandırılırdı. Tanrıbilimcilerin bir kısmı, bu şekilde anahtarların gücü gibi aynı doğadan geldiğini benimsemişken, diğer bir kısmı İsa'nın başka bir vakitte Matta'daki gibi başka sözleri¹³¹ ile havarilerine bağışladığı farklı bir doğasının olduğunu belirtmişti. Bu uzlaşmazlıkla ilgili gerçek her ne ise de, şimdiki değerlendirme açısından önemli değildi. Çünkü İsa'nın dinadamlarına bağışladığı otorite bakımından Kutsal Kitap'tan kanıtlanabilen şeyi yeterli şekilde gözden geçirmişti¹³².

VI. İNSAN EYLEMLERİNİN SINIFLANDIRILMASI İLE ONLARIN İNSAN YASASI VE BU DÜNYA YARGICI İLE NASIL BAĞLANTILI OLDUĞU ÜZERİNE

Her zorlayıcı yargı, yasa ve geleneğe göre, insanın iradi eylemleriyle ilgiliydi. Öyle ki bu eylemlerle insanlar, ya bu dünyada kazanılacak amaca, yani dünyalık yaşamın yeterliliğine doğru ya da sonsuz yaşam adlandırılan öte dünyada kazanılacak amaca doğru yönlendirilirdi. Bu yüzden, gerek bu amaçların her biri bakımından yargılayacak olanlar arasındaki ayrımı, gerekse onların sırası ile yargılamayı yapmak zorunda oldukları yasalar, kararlar ve usuller arasındaki ayrımı daha açık yapmak için, eylemlerin kendi aralarındaki farklılıklar tartışılmalıydı. Dolayısıyla bilgi ve istekten doğan insan eylemlerinin bir kısmı, zihnin herhangi bir denetimi olmaksızın doğarken, diğer bir kısmı insan zihninin denetiminde doğardı. İlk türden olanlar, akıl veya tutku tarafından verilmiş herhangi bir emir veya denetim olmaksızın bizden doğan bilişler, arzular, sevgiler ve hazlardı. Fakat bu eylemler, önceki eylemleri izlemekle veya hatırlama yoluyla gelişen eylemdeki gibi onların bazısını anlayıp soruşturmakla ilgili olan bilişler, duygular ve heyecanlarla izlenirdi. Bunlar, denetimimizle yapıldığından zihnimizin “denetimleri” ve “emirleri” idi ve öyle de adlandırılırlardı.

Denetimli ve denetimsiz eylemler arasındaki fark, Hristiyan dinine göre bu iktidara sahip olduğumuz denetimli eylemler üzerinden değil, fakat

¹³⁰ *Communion* / Aşai Rabbani ayini.

¹³¹ “Yemek sırasında İsa eline ekmek aldı, şükredip ekmeği böldü ve öğrencilerine verdi. ‘Alın, yiyin’ dedi. ‘Bu benim bedenimdir’ ” [26:26]. “İsa yemek sırasında eline ekmek aldı, şükredip ekmeği böldü ve ‘Alın, bu benim bedenimdir’ diyerek öğrencilerine verdi”, [Markos 14:22]. “Sonra eline ekmek aldı, şükredip ekmeği böldü ve onlara verdi. ‘Bu sizin uğruna feda edilen bedenimdir. Beni anlamak için böyle yapın’ dedi”, [Luka 22: 19]

¹³² DP II, 6: 14 (152).

yapılıp yapılmamalarıyla ilgili tam özgürlük ve denetime sahip olmadığımız denetimsiz eylemlerden doğardı. Bu ilk türden eylemler üzerinde - onların ortaya çıkışını tamamen yasaklayacak iktidarımız olmadığından - tam bir iktidara sahip değildik. Bununla birlikte ikinci türden eylemler ve onlardan izlenen şeylerle, ilk türden eylemleri kolayca yapamayacak olduğumuz maneviyat katledilirdi. Çünkü bizlerin her biri bu eylemlerin karşıtlarını yapmaya alışıktık.

Denetimli eylemlerin bazıları, “değişmez”¹³³ adlandırılırken, diğer bir kısmı “geçici”¹³⁴ adlandırılırdı. Değişmez eylemler, bilişler ve heyecanlarla denetlenilirdi ve insan zihninin alışkanlıkları idi. Bunlar, yapanın kendisinden başka herhangi bir öznenin ötesine geçmediğinden, değişmez adlandırılırdı. Öte yandan geçici eylemler, arzulanan şeylerin ve yoksunluklar şeklinde ve bedeninin dış organlarının bazıları, özellikle yer bakımından hareket ettirenler tarafından üretilen hareketler yüzünden dışlananların bütün uğraşıydı. Yine bir kısım geçici eylem vardı ve bunlar yapandan başka her hangi bir birey veya topluluğa zararı olmadan yapılırdı. Bunlar, üretken etkinliğin ve ayrıca para vermenin, hacların ve birisinin kendi bedenini kırbaçlama veya vurma yoluyla aşağılamasının ve benzer diğer eylemlerin bütün çeşitleriydi. Bununla birlikte başka geçici eylemler de vardı ve bunlar karşıt koşullarda, yani öznenin başka birisine zarar vererek yapılırdı. Bunlar, dayak, hırsızlık, soygun, yalancı tanıklık ve benzeri türden diğerleriydi¹³⁵.

İnsan zihninden, özellikle denetimli olanlardan doğan bütün bu eylemlerden, hem bu dünyada hem öteki dünyada yeterli yaşamın kazanılması için eylemlerin yerinde ve doğru olarak kendileri vasıtasıyla yapıldığı belirli standartlar, ölçütler veya alışkanlıklar keşfedilmişti. Bu alışkanlık veya ölçütlerden bir kısmı vardı ki bunlara göre hem değişmez hem geçici olan insan zihninin eylemleri, zorlayıcı güç yoluyla bir başka birisi tarafından yapan veya yapmayanlarına verilen her hangi bir ceza veya ödül olmaksızın yapan veya yapmayanlarını yönlendirir ve düzenlerdi. Bunlar, hem eylemin hem üretimin işlemsel disiplinlerinin pek çoğuydu. Fakat onlara göre böyle eylemleri, zorlayıcı güç yoluyla bir başka birisi tarafından yapan veya yapmayanlarına verilen ödül veya ceza ile yapan veya yapmayanlarına emreden başka standartlar vardı. Yine bu zorlayıcı standartlardan bazıları vardı ki onlara göre onların yerine getiren veya çiğneyenleri bu dünya bakımından ödüllendirilir veya cezalan-

¹³³ *immanent* / kalıcı

¹³⁴ *transient*

¹³⁵ DP II, 8: 3 (158).

dırılırdı. Bunlar, bütün insan sivil yasaları ve gelenekleri idi. Fakat yapanların onlara göre yalnızca öte dünya bakımından ödüllendirilip cezalandırıldığı başka zorlayıcı standartlar vardı. Bunlar, çoğu parçası için ortak adla “dinler” adlandırılan tanrısal yasalardı ve bunlar arasında Birinci Konuşma’nın VI. Bölümü’nde söylendiği gibi ancak Hristiyanların dini, öte dünya için umutlanılan şeyin doğruluk ve yeterliliğini içerirdi¹³⁶.

Bu yüzden bu dünyada yeterli bir yaşam için yapandan başka birisinin doğru veya yanlış yarar veya zararına yapılabilen denetimli geçici insan eylemlerinin bir standardı oluşturulmuştu. Bu standartla, çiğneyenler yalnız bu dünya bakımından ceza yoluyla emredilir, zorlanırdı. Bu standart, ortak adla Birinci Konuşma’nın X. Bölümü’nde “insan yasası” olarak adlandırılmış ve onun nihai gerekliliği ve etken nedeni de Birinci Konuşma’nın XI., XII. ve XIII. bölümlerinde gösterilmişti.

Diğer yandan yalnız öte dünya bakımından değil bu dünyadaki yaşam için de İsa tarafından bir yasa verilmiş ve yerleştirilmişti. Bu yasa, değişmez veya geçici olsun, denetimli insan eylemlerinin bir standardıydı. Bu standart, zihnimizin etken gücündeydi ve ona göre eylemler yalnız öte dünya bakımından değil, bu dünya için de doğru veya yanlış yapılar veya yapılmazdı. Bu yasa, zorlayıcıydı; ceza ve ödüller dağıtırdı. Yalnız bu ceza ve ödüller, bu dünyada o yasaya uyan veya çiğneyenlerin hakkına göre, bu dünyada değil, öte dünyada verilirdi.

Tanrı veya insan yasası olsun, bu zorlayıcı yasalar, bir ruhtan, yargı ve yürütme bakımından hareket ettirici bir ilkedен yoksun olduklarından, bu yasalara göre buyuracak, düzenleyecek ve insan eylemlerini yargılayacak, yargı kararlarını yerine getirecek, canlı bir özne veya ilkeye gerek duyarlardı. Bu özne veya ilke, bu Konuşma’nın II. Bölümü’nde bu kavramın üçüncü anlamında kullanıldığı şekilde, bir “yargıç” olarak adlandırılırdı. Nitekim Aristoteles de, “Yargıç, canlı bir adalet gibidir” demişti. Öyleyse insan yasalarına göre söylediği türden, yani yasaları çiğneyenleri zorlayıcı güçle cezalandıran, yargı kararlarını yerine getiren, ihtilaflı insan eylemlerini yargılamak yetkisi olan bir yargıca sahip olmak gerekliydi. Bu yargıç, Tanrı’nın görevlisiydi. Zaten Pavlus, “Çünkü yönetim, senin iyiliğin için Tanrı’ya hizmet etmektedir... Yönetim, kılıcı boş yere taşımıyor; kötülük yapanın üzerine Tanrı’nın gazabını salan oç alıcı olarak Tanrı’ya hizmet ediyor”, [Romalılar 13:4] demişti. Petrus’un bu bağlamdaki sözleri de şunlardı: “İnsanlar arasında yetkili kılınmış her kuruma - gerek her şeyin üstünde olan krala gerekse kötülük yapanla-

¹³⁶ DP II, 8: 4 (158).

rın cezalandırılması, iyilik edenlerin onurlandırılması için kral tarafından gönderilen valilere - Rab adına bağımlı olun” [1. Petrus 2:14]¹³⁷.

Pavlus, her kim olursa olsun fark gözetmeksizin bütün insanlara uygulanması için “kötülük yapanın üzerine” demişti. Sonuç olarak ortak adla “dinadamı” adlandırılan bütün tapınak görevlileri, bilerek veya bilmeyerek kötülük yapabiliyordu. Bu yüzden onların çoğu olmasa bile bir kısmı, diğer insanlara fiilen zarar verebilir, yanlış yapabiliyordu. Onlar, insan yasalarını çiğneyenleri cezalandırmak yetkisi olan yargıçların öç ve yargılama yetkisine de bağlıydılar. Nitekim “Herkes, baştaki yönetime bağlı olsun” derken, kralları, prensleri, *tribun*ları kastetmişti. Nitekim Fizik’in ikinci kitabında açık olduğu gibi, aynı gerçek madde, ona uyan amaç için davranmaya doğal olarak yazılıp düzenlendiği aynı şeyin eylemine katlanmak zorundaydı. Nitekim orada “Her şey, doğal olarak davranmaya yazıldığı gibi davranır”¹³⁸ yazılıydı.

Yasayı çiğneyenler, yargıç veya yöneticilerin hedefiydi. Onlar, barışın korunma amacı, insanların birlikteliği ve sonunda insan yaşamının yeterliliği uğruna doğal olarak adaleti sağlamak üzere atanmışlardı. Bu nedenle yargıca bağlı bir yerde yasa çiğnendiğinde, bu yargıç yasayı çiğneyeni yargılamak zorundaydı. Dolayısıyla bir papaz da insan yasasının çiğneyeni olabileceğinden, o da yargıcın yargısına tabi olmak zorundaydı. Çünkü papaz veya papaz olmayan biri olmak, tam da bir çiftçi veya ev ustası olmak gibi, yasayı çiğneyene yargıçla ilişkisinde rastlantısaldı. Aynı şekilde müzisyen olmak veya olmamak, hasta veya sağlıklı insana doktorla ilişkisinde rastlantısaldı. Fakat asıl olan şey, rastlantısal olan şey tarafından ne kaldırılır ne de değiştirilirdi. Aksi takdirde yargıç ve doktorların sonsuz bir çeşitliliği olacaktı. Bu yüzden insan yasasını çiğneyen her hangi bir dinadamı, bu dünyada insan yasasının çiğneyenleri üzerinde zorlayıcı yetkisi olan yargıç tarafından yargılanıp cezalandırılmak zorundaydı. Fakat bu yargıç, Birinci Konuşma’nın XV., XVII. bölümleri ile bu Konuşma’nın IV. ve V. bölümlerinde gösterildiği gibi, papaz veya piskopos değil dünyevi yöneticiydi. Öyleyse insan yasasını çiğneyen bütün dinadamları, yöneticiler tarafından yargılanmak zorundaydı. Hatta kilisenin papaz veya diğer görevlileri, yasayı çiğnemekten dinadamı olmayanlar gibi cezalandırılmakla kalmamalı, daha ağır ve yakışıksız günah işleyenler olarak çok daha fazlasıyla cezalandırılmalıydı. Çünkü onlar görev olarak, yapılmak veya kaçınılmak zorunda olunan şeylerin bilgisine daha çok sahiptiler. Görev-

¹³⁷ DP II, 8: 6 (159).

¹³⁸ Aristoteles, **Physics** II. 8. 199a 9. Bu cümle kitabın Türkçe çevirisinde [**Fizik**, çev. Saffet Babür] şöyledir: “Her nesne nasıl yapılırsa doğası öyledir; doğası nasılsa öyle yapılır”.

leri öğretmek olan kişilerin günahı, öğretilmek durumunda olan kişilerin günahından çok daha utanç vericiydi. Bu, papazın günahının papaz olmayanınkine ilişkisiydi. Bu yüzden papazlar daha ağır günah işlediklerinden, daha ağır cezalandırılmaları gerekirdi¹³⁹.

Her papaz veya piskopos, dinadamı olmayanlar gibi, uyulmaları insan yasaınca buyrulan sorunlarda yöneticilerin yargılama yetkisine tabi olmalıydı. Papazların kendileri, yöneticilerin zorlayıcı yargısından ne bağışık idiler ne de herhangi bir kimseyi kendi otoriteleri ile bundan bağışık kılabilirlerdi. Eğer bir Roma piskoposu veya başka bir papaz, yöneticilerin yargı yetkisine bağlı olmasın diye bağışık tutulmuş olsaydı, kendisi insan yaşamacının izni olmaksızın öyle bir yargıç olacak ve “dinadamı” ortak adıyla çağrılan bütün tapınak görevlilerini yöneticilerin yargılama yetkisinden ayırmış olacaktı. Böylelikle modern zamanlarda Romalı papaların yaptığı gibi, yöneticileri kendisine tabi kılacak ve sonrasında da ister istemez dünyevi yöneticilerin yargılama yetkisi neredeyse tamamen dağıtılmış olacaktı. Böylesi bir durum, bütün yöneticiler ve toplumlar için çok ağır bir kötülük olacaktı. Öyleyse Hıristiyan dini hiç kimseyi hakkından yoksun bırakmazdı¹⁴⁰:

“Yöneticilerle yönetimlere bağlı olmaları, söz dinlemeleri ve iyi olan her şeyi yapmaya hazır olmaları gerektiğini imanlılara anımsat. Kimseyi kötölemesinler. Herkese her zaman yumuşak davranınlar” [Titus 3:1-2].

Bu anılan kötülüğün sonucunu şöyle gösterebilirdi: Birisi, tanrısal yasalarda papazların karısı olmasının yasaklanmadığını, aksine Kutsal Kitap’ta söylendiği¹⁴¹ gibi özellikle birden fazlasına sahip değilse izin verildiğini görürdü. Fakat insan yasaı tarafından buyrulan, aynı otorite tarafından kaldırılabilirdi. Bundan dolayı kendisini yasamacı¹⁴² yapan veya eksiksiz gücü kullanan (Buna sahip olduğuna inanan için) Roma piskoposu, bütün dinadamlarına¹⁴³, dinadamlığına atanmamış veya basit tıraşla¹⁴⁴ dinadamı sayılan Tanrı’ya adanmış başka kişilere de karı sahibi olma iznini verebilirdi. Gerçekten Roma piskoposu, böyle bir izni, VIII. Bonifacius’un dünyevi iktidarını artırmak için yaptığında görüldüğü gibi, son anılanlara bile çok daha yerinde olarak bağışlayabilirdi. Nitekim tek bakire karı almış olanlar ve isteyenleri, dinadamı takı-

¹³⁹ DP II, 8: 7 (161).

¹⁴⁰ DP II, 8: 9 (161).

¹⁴¹ “Görevliler tek karılı, çocuklarını ve evlerini iyi yöneten kişiler olsun”, [1. Timeteos 3:12].

¹⁴² *legislator / yasakoyucu*

¹⁴³ Metinde bu dinadamları şu şekilde sayılmıştır: “... *all priests, deacons, and subdeacons*”.

¹⁴⁴ *tonsure*

mina kaydederek, onların “ferman” adlandırılan emri ile öyle kaydedilmeleri gerektiğini buyurmuştu. Bu piskoposlar, burada da durmayarak, dinadamı olmayan İtalya’daki “budala kesişler”¹⁴⁵ ile başka yerdeki *Beguin*leri¹⁴⁶ usulünce yapılmış insan sivil yasalarından benzer şekilde bağışık tutmuşlardı. Aynı şekilde Tapınak Şövalyeleri¹⁴⁷, Malta şövalyeleri¹⁴⁸ ve pek çok diğer benzer tarikatlarla keyiflerince ilgilenmişlerdi. Bütün böyle kişiler, kendilerine kamu yüklerinde belirli ayrıcalıklar da sağlayan papalık fermanlarına göre yöneticilerin yargılama yetkisinden bağışık tutulduklarında, çok muhtemeldi ki, özellikle okuryazar veya değil insanlar ayırım gözetilmeksizin kabul edildiğinden büyük çoğunluk bu tarikatlara kayacaktı. Çünkü herkes, kendi çıkarını izlemeye ve çıkarı olmayandan da kaçınmaya eğilimliydi. Fakat insanların büyük çoğunluğunun dini tarikatlara kaymasıyla, yöneticilerin yargılama yetkisi ve zorlayıcı iktidarı, etkisiz kalacak ve kamu yüklerini taşıyanların sayısı neredeyse hiçe indirgenecekti. Bu da en büyük kötülüktü ve devlet¹⁴⁹ için yıkıcıydı¹⁵⁰. Barış ve insan yaşamının koruması gibi sivil onur ve yararların tadı çıkarımlar, aynı yaşamının kararı olmaksızın sivil yüklerden ve yargılama yetkisinden muaf tutulmamalıydı. Nitekim Pavlus da tam bu nedenden, “Vergi ödemenizin nedeni de budur. Çünkü yöneticiler Tanrı’nın bu amaç için gayretle çalışan hizmetkarlarıdır” [Romalılar 13:6] demişti.

Bu olağandışılıktan kaçınmak için gerçekliğe uyularak, yasamacı otoritesi tarafından yöneticiye, Birinci Konuşma’nın XVII. Bölümü’nde gösterildiği gibi, hükümetlerin düzensiz çokluğundan dolayı devlet yıkılmasın diye bütün dinadamları üzerinde yargılama yetkisi verilmek zorundaydı. Yine yönetici, kendisine bağlı yerel birimde, dinadamlarının kesin sayısını, devletin her bir bölümündeki kişiler yönünden yaptığı gibi, belirlemek zorundaydı. Bu yapılmadığı takdirde, dinadamlarının sayısındaki uygunsuz artış, onları yöneticinin zorlayıcı iktidarına direnecek kadar güçlü kılardı. Bu da, Politika’nın V. Kitabı I. Bölümü’nden Birinci Konuşma’nın XV. Bölümü’nde gösterdiği gibi, devleti karıştırır, onların utanmazlığı ve gerekli ödevlerden serbestliği nedeni ile kenti veya devleti refahtan yoksun kılardı. Bundan dolayı ya-

¹⁴⁵ “*jolly friars*” veya *Frati Gaudenti*, 1261’de Bologna’da kurulan “Bakire Şövalyeler” idi.

¹⁴⁶ 12. yüzyılda Hollanda’da kurulan dindar kız kardeşlik derneklerinin üyeleri.

¹⁴⁷ *Knights Templars*

¹⁴⁸ *Hospitallars*

¹⁴⁹ Marsilius, burada Aristoteles’in yönetimleri sınıflandırmasında çokluğun doğru yönetimine karşılık gelen *polity* [*politeia*] sözcüğünü kullanmıştır. Aristoteles’in sınıflandırmasında demokrasi ise çokluğun kötü yönetimi, yani *politynin* bozulmuş şeklidir.

¹⁵⁰ DP II, 8: 9 (162).

pandan başka birinin doğru veya yanlış yarar ve zararını etkileyen geçici insan eylemlerini düzenlemesi gereken, insan yasası ve üçüncü anlamda yargıçtı. Bu zorlayıcı yetkiye dinadamı olsun veya olmasın, bütün insanlar bağlı olmak zorundaydı. Fakat insan yasasına göre, bu yasaların öğretmenleri gibi, birinci veya ikinci anlamda yargıç adlandırılan başka yargıçlar da vardı. Ama bu yargıçlar, hiçbir zorlayıcı otoriteye sahip değillerdi. Bunlardan pek çok olan herhangi bir toplulukta, bunlar bir diğerine ikincil olmadığına bile, engelleyecek bir şey yoktu.¹⁵¹

VII. İNSAN EYLEMLERİNİN GEREK TANRISAL YASA VE ÖTE DÜNYANIN YARGICI [İSA] İLE İLİŞKİSİ GEREKSE BU EYLEMLERİN BU DÜNYADAKİ TANRISAL YASA ÖĞRETMENLERİ [PİSKOPOS VEYA PAPA ZLAR] İLE BAĞLANTISI ÜZERİNE

Bu akıl yürütmeye göre, tanrısai yasanın çiğneyenleri üzerinde zorlayıcı otoritesi olan ayrı bir yargıç vardı. Bu, değişmez veya geçici insan eylemlerinin zorlayıcı standardıydı. Ancak bu yargıç, başka biri değil, yalnızca İsa idi. Nitekim Kutsal Kitap'ta, "Oysa tek yasakoyucu, tek yargıç vardır; kurtarmaya da mahvetmeye de gücü yeten O'dur" [Yakup 4:12] yazılıydı. Ama bu yargıcın zorlayıcı iktidarı, onun tarafından yapılan ve İncil yasası adlandırılan yasanın çiğneyen ve uyanlarını ne cezalandırmak ne de ödüllendirmek için bu dünyada herhangi bir kimseye uygulanırdı. Çünkü İsa, merhamet ile İsa yasasına karşı işlenen günahlardan pişman olmak ve yaşamının sonuna kadar bağışlanmak fırsatını her kişiye vermeyi dilemişti. Fakat İncil'e göre ilk anlamda insan yasasının yargıcına benzeyen bir başka yargıç daha vardı. Bu başka yargıç, sonsuz yaşamı kazanmak ve cezadan kaçınmak için yapılması veya sakınılması gerekenlerle ilgili tanrısai yasa ve buyruklarının bu dünyadaki öğretmenleri olan papazlardı. Ama bunların, bu dünyada her hangi bir kimseyi bu buyruklara uymaya zorlayacak hiçbir iktidarı yoktu. Zaten papazların herhangi bir kimseyi tanrısai yasalara uymaya zorlaması, yararsızdı. Çünkü bu zor altında tanrısai yasalara uymak, bu Konuşma'nın V. Bölümü'nde açıkça gösterildiği gibi, uyanlara sonsuz kurtuluşu asla getirmezdi. Şöyle ki bu yargıç, beden sağlığının kazanılması ve hastalıktan korunmak için yapılması gerekenleri öğretmek, emretmek ve öngörmek yetkisinin verildiği doktorlara benzerdi. Bu nedenle İsa da, bu dünyadaki konumu bakımından, kendisini yönetici veya yargıç olarak değil, doktor olarak adlandırmıştı: "Sağlıklı olanların değil, hastaların hekime ihtiyacı var. Ben doğru kişileri değil, günahkarları tövbeye çağırmaya geldim" [Luka 5:31-32]. Bu bakımdan İsa, her hangi bir

¹⁵¹ DP II, 8: 9 (163).

kimsenin kendisi tarafından yapılan yasalara bu dünyada uymaya zorlanması- na hükmetmemiştir. Bu yüzden bu dünyada bu yasanın çiğneyenleri üzerinde zorlayıcı iktidarı olan bir yargıç atamamıştır¹⁵².

Öyleyse İncil yasasının İsa tarafından kendilerine yapıldığı insanlarla iki kısımlı ilişkisine dikkat edilmeliydi. Bir kısmında bu dünya bakımından insanlarla ilişkiydi. Bu bakımdan çeşitli bölümlerinde son ve uygun anlamında algılanan bir yasanıkinden bir öğretinin doğasına daha çok sahipti. Gerçi “yasa” sözcüğü Birinci Konuşma’nın X. Bölümü’nde tartışılan ikinci ve üçüncü anlamlarındaki gibi başka anlamlarda da alınabilirdi. Ama son ve uygun anlamında alınan yasa, zorlayıcı bir standart idi. Yani çiğneyenin, yargılamayı yapan zorlayıcı güç tarafından kendisine göre yargılanıp cezalandırıldığı bir standart idi. Fakat İncil öğretisi veya o yasanın yapıcısı, bu dünyada yapılmasını buyurduğu şeylere insanları zorlamayı kimseye emretmemiştir. Sonuç olarak İncil yasası bu dünya bakımından insanın durumu ile ilişkisinde, söylediği şekil hariç, bir yasa değil bir öğreti olarak adlandırılmalıydı. Nitekim bu, Pavlus’un da görüşüydü: “Kutsal Yazılar’ın tümü Tanrı esinlemesidir ve öğretmek, azarlamak, yola getirmek, doğruluk konusunda eğitmek için yararlıdır. Bunlar sayesinde Tanrı adamı her iyi iş için donatılmış olarak yetkin olur” [2. Timoteos 3: 16-17]. Ama Pavlus, bu dünyada zorlama ve cezalandırmayı asla söylememiştir: “İmanınıza egemen olmak istemiyoruz, sevinmeniz için sizinle birlikte çalışıyoruz. Çünkü imanda dimdik duruyorsunuz” [2. Korintliler 1: 24].

İncil yasası, insanlarla ilişkisinde, yalnız bu dünya bakımından değil, öte dünya bakımından da değerlendirilmeliydi. En uygun şekilde yasa adı, bu ilişkide verilirdi ve ona göre yargılayacak olan üçüncü anlamda zorlayıcı iktidarın sahibi olarak yargıç adlandırılırdı. Fakat her kim olursa olsun papaz veya piskopos, İncil yasasına göre insanlara ancak bu dünyadaki durumlarında, öte dünyaya göndermelerle yol gösterir ve düzene sokardı. Gerçi İncil yasasının yapıcısı İsa, papazlara bu dünyada İncil yasasına göre hiç kimseyi zorlamak otoritesini bağışlamamıştı. Bundan papazın üçüncü anlamda zorlayıcı iktidara sahip olan olarak yargıç adlandırılmayacağı çıkardı. Papaz, bu dünyada hiçbir kimseyi ceza içeren öyle bir kararla ne malında ne şahsında zorlayabilirdi. Bu, yukarıda bölüm başında söylendiği gibi, bir doktor gibi pratik bir öğretmenin, her hangi bir kimse üzerinde zorlayıcı iktidarı olmaksızın insanların beden sağlığı yargısıyla ilişkisine benzerdi¹⁵³.

¹⁵² DP II, 9: 2 (164).

¹⁵³ DP II, 9: 3 (166).

Nitekim Aziz John Chrysostom da “İmanınıza egemen olmak istemiyoruz, sevinmeniz için sizinle birlikte çalışıyoruz” diyen Pavlus’la açıkça aynı görüşteydi:

İnsanlar hasta olduğunda, kendilerini papazların ilaçlarına isteyerek sunmaya ikna etmek, yalnız bunun için değil, iyileştirilmeye minnettar olmaları için de büyük yeteneğe gerek vardır. Çünkü bir adam ya sargılarını kesecek - bunu yapmak özgürlüğü kesinlikle vardır - ve hastalığını daha kötü yapacak ya da ameliyat bıçağı gibi davranacak olan sözleri reddedecek ve bu aşağılaması ile kendisine bir başka yara açacaktır. Böylece iyileşme fırsatı, daha kötü bir hastalığın aracı olacaktır. Bu yüzden bir kişiyi iradesine karşı iyileştirebilen hiç kimse yoktur... Bir adam doğru inançtan uzaklaştığında, papazın yoğun iknasına, çaba ve sabrına gerek duyulur. Çünkü yanılan kişi, zorla yola geri getirilemez. Ancak yolumdan saptığı gerçek inanca onu döndürmek için ikna etmeye çalışılacaktır¹⁵⁴.

Marsilius’a göre, öyleyse bu aziz, kararları zorlayıcı olmayan, olmaması gereken papazların kararlarını yöneticilerin kararlarından nasıl ayırırdı. Bunun için sıklıkla belirttiği nedenleri vermişti: ilki, o zorlayıcı iktidar, yasalar veya yasamacılar tarafından verilir ve papazlara bağışlanmazdı. İkincisi, zorlayıcı iktidar onlara bağışlandığında bile, papazların uyrukları üzerinde onu uygulayacak olması boşunaydı. Çünkü zor, sonsuz kurtuluş için manevi yarımda bulunamazdı. Nitekim Chrysostom da Luka’daki sözler¹⁵⁵ üzerine aynı şeyleri yazmıştı. Ama kendisi o paragrafı, “tartışma yeterli olduğundan ve kısalık gereği için” aktarmamıştı¹⁵⁶.

Dolayısıyla gerek gerçekliğe gerekse kilisenin en öndeki öğretmenleri Pavlus ve azizlerin açık niyetine göre, bu dünyada hiç kimseye, bir inançlıyı bir yana bırak bir imansıza bile, özellikle bir papaz tarafından İncil yasasının emirlerini acı ve ceza yoluyla yerine getirmesi emredilemezdi. Bu yasanın görevlileri olan piskopos veya papazlar, ne üçüncü anlamda bir kararla bu dünyada her hangi bir kimseyi yargılayabilirlerdi ne de isteksiz bir kişiyi acı ve ceza yoluyla tanrısal yasanın buyruklarına, özellikle insan yasamacıdan izinsiz, zorlayabilirlerdi. Tanrısal yasaya uygun böyle zorlayıcı bir karar, bu dünyada değil, ancak öte dünyada uygulanabilirdi. Nitekim Kutsal Kitap’ta şöyle yazılıydı¹⁵⁷:

¹⁵⁴ Chrysostom’dan [*De sacerdotio* II. iii, iv (PG 48. 634 f.)] aktaran Marsilius.

¹⁵⁵ “Sonra hepsine, ‘Ardımdan gelmek isteyen kendini inkar etsin, her gün çarmıhını yüklenip beni izlesin’ dedi.

‘Canının kurtarmak isteyen onu yitirecek, canını benim uğruna yitiren ise onu kurtaracaktır’, [Luka 9: 23- 24].

¹⁵⁶ DP II, 9: 4 (166).

¹⁵⁷ DP II, 9: 7 (168).

Bunun üzerine Petrus O'na, "Bak" dedi, "Biz her şeyi bırakıp senin ardından geldik, kazancımız ne olacak?". İsa onlara, "Size doğrusunu söyleyeyim" dedi. "Her şey yenilediğinde, İnsanoğlu görkemli tahtına oturduğunda, siz, evet arımdan gelen sizler, oniki tahta oturup İsrail'in oniki oymağını yargılayacaksınız. Benim adım uğruna evlerini, kardeşlerini, anne ya da babasını, çocuklarını ya da topraklarını bırakan herkes, bunların yüz katını elde edecek ve sonsuz yaşamı miras alacak" [Matta 19: 27-29].

Marsilius için kim olursa olsun bir piskopos veya papazın İsa'nın ve havarilerinin bu dünyada sahip olmak istediği o otoriteden daha büyüğünü kendisi için varsaymasının nedeni gerçekten merak konusuydu. Çünkü onlar, hizmetkar kılığında dünyevi yöneticiler tarafından yargılanmıştı. Fakat onların ardılları olan papazlar, yalnızca yöneticilere bağlı olmayı reddetmemişler, İsa ve havarilerinin örnek ve buyruğu aksine, zorlayıcı yargı yetkisinde üst yönetici ve güçlere üstün olmayı bile öne sürmüşlerdi. Oysa Kutsal Kitap'ta İsa, "İnsanlardan sakının. Çünkü sizi mahkemelere verecek, havralarında kamçılayacaklar. Benden ötürü valilerin, kralların önüne çıkarılacak, böylece onlara ve uluslara tanıklık edeceksiniz" [Matta 10: 17-18] demişti. Fakat valiler veya krallar olacaksınız dememişti. Hatta "Öğrenci öğretmeninden, köle efendisinden üstün değildir" dediği için de, hiçbir zorlayıcı karar, yöneticilik¹⁵⁸ veya egemenlik, herhangi bir dinadamı tarafından bu dünyada uygulanamaz ve uygulanmamalıydı. Nitekim bu, açıkça Aristoteles'in de Politika'daki görüşüydü¹⁵⁹: "Bir başka sorun, hangi tür işlerin resmi olarak adlandırılması gerektiğidir. Devlet dediğimiz birlik, ne kur'a ile atanmış ne seçilmiş olan görevlerin hepsini resmi adlandırmamamız gereken pek çok çeşitli şeyin sorumluluğunu üstlenen pek çok insana gerek duyar. İlk örnekte papazları düşünüyorum. Bunların konumu, devlet görevlerinden oldukça farklıdır"¹⁶⁰.

Eğer İsa, Yeni Yasa papazlarının bu dünyada insanların ihtilaflı eylemlerini zorlayıcı hükümlerle çözen, yargıcın üçüncü anlamında yargıçlar olmalarını istemiş olsaydı, Elçilerin İşleri'nde¹⁶¹ söylendiği gibi, insan yoluyla değil Tanrı'nın kendi sözü ile Yahudilerin yöneticisi ve zorlayıcı yargıcı yapı-

¹⁵⁸ *rulership*

¹⁵⁹ *Politics* IV. 15. 1299a14 (282).

¹⁶⁰ Bu Musa, "Kim seni yönetici ve yargıç atadı?" diye reddettikleri Musa idi. Tanrı onu, çalıda kendisine görünen meleğin aracılığıyla yönetici ve kurtarıcı olarak gönderdi, [7: 35]

¹⁶¹ Buradaki göndermesi, 13'den 26'ya kadar ki ayetlerdir. Bunlardan birkaçı şunlardır: "Ertesi gün Musa halkın davalarına bakmak için kürsüsüne çıktı. Halk sabahtan akşama kadar çevresinde ayakta durdu" [18: 13], "İsraililer arasından yetenekli adamları seçti. Onları biner, yüzler, elliler, onar kişilik toplulukların başına önder atadı. Halka sürekli yargıçlık yapan bu kişiler zor davaları Musa'ya getirdiler, küçük davaları ise kendileri çözdüler" [18: 25-26].

lan Musa örneğinde Eski Yasa'da yaptığı gibi bu yasada öyle eylemler hakkında özel buyruklar vermiş olacaktı. Bu nedenle Tanrı, ayrıca Musa'ya bu dünya bakımından insan anlaşmazlıklarını çözmek için uyulması gerekenleri buyuran bir yasa - bu yasa, ihtilaflı sorunlar hakkında özel emirleri içerir ve bu bakımdan bazı bölümlerinde insan yasasına benzer - vermişti. Buna uygun olarak insanlar, bu dünyada o buyruklara uymaya acı ve ceza yoluyla Musa ve Mısır'dan Çıkış'tan¹⁶² oldukça açık olduğu gibi sıradan papazlar değil ama onun yerini alan yargıçlar tarafından zorlanırdı. Fakat böyle buyruklar, İncil yasasında İsa tarafından verilmemişti. Aksine, insan yasasında verilmiş olan buyrukları kesinlikle benimserken, her kişinin onlara uymasını ve onlara göre yöneten insanlara da, en azından sonsuz kurtuluşa aykırı olmayan emirlerinde, itaat etmeyi buyurmuştu. Nitekim İsa, "Öyleyse Sezar'ın hakkını Sezar'a, Tanrı'nın hakkını Tanrı'ya verin" [Matta 22: 21] demişti. Burada Sezar'la her hangi bir yöneticiye işaret edilmmişti. Pavlus da "Herkes, baştaki yönetime bağlı olsun" derken, "imansız efendilere bile" itaati buyurmuştu [1. Timoteos 6:1]. Bütün bunlardan, İsa, Pavlus ve azizlerin, bütün insanların insan yasaları ile bu yasalara uyan yargıçlara bağlı olmak zorunda olduğu görüşünü benimsediği oldukça açıktı¹⁶³.

Marsilius' göre, dahası Hristiyan inançlılar, Yahudi toplumunun uymaya gerek duyduğu Eski Yasa'nın bütün buyruk ve öğütlerine uymaya da zorlanamazdı. Gerçekten de onlar, sonsuz azap yoluyla buyrukların bir kısmını yerine getirmekten yasaklanmışlardı. Marsilius'un bu bağlamda göndermede bulunduğu Kutsal Kitap bölümlerini önemine dayanarak aşağıdaki ayetlerle örneklendirebiliriz:

Çünkü insanın, Yasa'nın gereklerini yaparak değil, iman ederek aklandığı kanısındayız. Yoksa Tanrı yalnız Yahudilerin Tanrısı mı? Öteki ulusların da Tanrısı değil mi? Elbette öteki ulusların da Tanrısıdır. Çünkü sünnetlileri imanları sayesinde, sünnetsizleri de aynı imanla aklayacak olan Tanrı tektir. Öyleyse biz iman aracılığıyla Kutsal Yasa'yı geçersiz mi kılıyoruz? Hayır, tam tersine, Yasa'yı doğruluyoruz [Romalılar 3: 27-31].

Aynı şekilde kardeşlerim, siz de bir başkasına - ölümden dirilmiş olan Mesih'e - varmak üzere Mesih'in bedeni aracılığıyla Kutsal Yasa karşısında öldünüz... Şimdiye biz, daha önce tutsağı olduğumuz Yasa karşısında öldüğümüz için Yasa'dan özgür kıldık. Sonuç olarak yazılı yasanın eski yolunda değil, Ruh'un yeni yolunda kulluk ediyoruz [Romalılar 6: 4-6].

¹⁶² DP II, 9: 9 (170).

¹⁶³ DP II, 9: 9 (170).

Yine de insanın Kutsal Yasa'nın gereklerini yaparak değil, İsa Mesih'e iman ederek amlandığını biliyoruz. Bunun için de Yasa'nın gereklerini yaparak değil, Mesih'e iman ederek aklanalım diye Mesih İsa'ya iman ettik. Çünkü hiç kimse Yasa'nın gereklerini yaparak aklanmaz [Galatyalılar 2: 16].

Yasa'nın gereklerini yapmış olmaya güvenenlerin hepsi lanet altındadır [Galatyalılar 3: 10].

Yani imanla aklanalım diye Mesih'in gelişine dek Yasa eğitmenimiz oldu. Ama iman gelmiş olduğundan, artık Yasa'nın denetiminde değiliz [Galatyalılar 3: 24-25].

Çünkü Mesih'in kendisi barışımızdır. Kutsal Yasa'yı, buyrukları ve kurallarıyla birlikte etkisiz kılarak iki topluluğu [sünnetliler & sünnetsizler] birleştirdi, aranızdaki engel duvarını, yani düşmanlığı kendi bedeninde yıktı [Efesliler 2: 14-16].

Ama O kendisine, “Rab ant içti, kararından dönmez, Sen sonsuza dek kahin-sin” diyen Tanrı'nın adıyla kahin oldu. Böylece İsa daha iyi bir antlaşmanın ke-fili olmuştur [İbraniler 7: 21-22].

Mesih ilkin, “Kurban, sunu, yakmalık sunu, günah sunusu istemedin ve bun-lardan hoşnut olmadın” dedi. Oysa bunlar Yasa'nın gereği olarak sunulur. Sonra, “Senin isteğini yapmak üzere işte geldim” dedi. Yani ikinciye geçerli kılmak için birinciye ortadan kaldırıyor. Tanrı'nın bu isteği uyarınca, İsa Mesih'in bedeninin ilk ve son kez sunulmasıyla kutsal kıldık [İbraniler 10: 8-10].

Marsilius'a göre, Pavlus'un öğretisinin izinde Aziz Jerome ve Aziz Au-gustinus da İncil yasasının bildirilmesinden sonra Eski Yasa'nın törensel buyruklarını yapan veya yapıyor görünenlerin “şeytanın cehennemine atılacağında” birleşmişlerdi. Benzer şekilde Hristiyan inançlılar, Eski Yasa'nın hukuki buyruklarını da yerine getirmeye zorlanamazdı: “Eğer biri farklı öğretiler ya-yar, doğru sözleri, yani Rabimiz İsa Mesih'in sözlerini ve Tanrı yoluna dayaa-nan öğretiyi onaylamazsa, kendini beğenmiş, bilgisiz bir kişidir” [1. Timoteos 6: 3]. Ayrıca İncil yasasında insanın bu dünyadaki ihtilaflı eylemlerini çözmek için hiçbir özel buyruk da verilmemişti. Böyle sorunlarla, yalnızca insan yasa-sı ile insan yasakoyucudan yetki alan yargıçlar ilgilenmeliydi¹⁶⁴.

Fakat Musa yasasında öte dünya için uyulması gereken, değişmez ey-lemler yoluyla işlenen, özellikle gizli olan günahlardan kurtuluş için kurban-lar, rehinler ve sunularla bağlantılı olanlar gibi, başka buyruklar da vardı ve hiç kimse bu dünyada ceza yoluyla o buyruklara uymaya zorlanamazdı. Yeni Yasa'nın buyruk ve öğütleri bu buyruklara benzerdi. Çünkü İsa, bu buyruk

¹⁶⁴ DP II, 9: 10 (170).

ve öğütlere uymaya hiç kimsenin zorlanmasını ne istemiş ne de emretmişti. Gerçi çiğneyenlerin acı ve cezası öte dünyada verilmek üzere, insan yasalarına uyulması genel kuralını vermişti. Bu yüzden insan yasasının çiğneyenleri, tanrısal yasaya karşı günah işlerlerdi. Ama bunun tersi geçerli değildi. Birinin tanrısal yasaya karşı işlediği günahların, bilerek veya bilmeyerek pek çok eylemi vardı. İnsan yasasının boşuna buyurduğu o sorunlar üzerinde tanrısal yasa buyruklar verirdi. Bunlar, birine varlığı veya yokluğu kanıtlanamayan, bununla birlikte Tanrı'dan gizlenemeyen “değişmez” adlandırılan eylemlerdi. Dolayısıyla böyle eylemlerle ilgili tanrısal yasa, insanların hem bu dünyadaki hem gelecek öte dünyadaki iyiliği için kuşaktan kuşağa uygun şekilde aktarılmıştı¹⁶⁵.

Fakat İncil yasasının bu dünya bakımından insanların ihtilaflı eylemlerini yeterli şekilde düzenleyemez olduğundan hareketle, İncil yasasının mükemmelliğine itiraz edilirdi. Buna yanıt olarak, bu dünyada yapılması veya kaçınılması gereken şey bakımından, gerçi öte dünyadaki sonsuz kurtuluş veya sonsuz ceza yönünden olmakla birlikte, İncil yasası tarafından yeterli şekilde yönlendirildiğimiz söylenmeliydi. İncil yasası, bu dünyanın yetkinliği veya konumu için insanların ihtilaflı eylemlerinin düzenlenmesi için değil, yalnızca öte dünya için yapılmıştı. Zaten İsa, bu dünyaya öyle insan eylemlerini düzenlemek için gelmemişti. Bu nedenle farklı yöntemlere göre o amaçlara yönelik insanları yönlendiren insan geçici eylemlerinin farklı standartları vardı. Tanrısal olan standart, anlaşmazlıklar ve taleplerin nasıl ele alınacağı hususunda, onları yasaklamamakla birlikte, talimatlar vermezdi. Bu yüzden böyle sorunlar hakkında hiçbir özel buyruk aktarılmazdı. Fakat insan eylemlerinin öteki standardı olan insan yasası, çiğneyenlerin cezalandırılacağı öyle talimat ve buyrukları verirdi. Bu nedenle İsa, kendisine “Kardeşime söyle de mirası benimle paylaşsın” diyen adamı, “Ey adam! Kim beni üzerinizde yargıç ya da hakem yaptı?” [Luka 12: 14] diye yanıtlarken, sanki öyle bir kararı uygulamaya gelmediğini söyler gibiydi. Öyleyse İncil yasası, bu dünya amacı için insan eylemlerini yeteri kadar ölçemezdi. Böyle eylemleri, bu yaşam bakımından ölçecek olan standartlar, İncil yasasında verilmemiş, fakat ya zaten verilmiş olan ya da verilecek olan insan yasalarında öngörülmüştü. Bu standartlar olmaksızın adalet eksiği, ya insanların kavgalarına ya da neredeyse bütün insanların kaçındığı dünyadaki insan yaşamının kavga, ayrılma ve yetersizliği ile sonuçlanacak anlaşmazlıklara neden olurdu.

Bu nedenle İncil yasasının kusurlu olduğu gerçekten söylenemezdi. Çünkü sahip olmasının umulduğu mükemmellik için yaratılmamıştı. Sonsuz

¹⁶⁵ DP II, 9: 11 (171).

kurtuluşun kazanılması ile perişanlıktan kaçınmak için gerekli olan şeylerde, bize doğrudan kılavuz olmak için yapılmıştı. Fakat dünyalık yaşamda insanların istediği hedef uğruna davalık sivil işleri çözmek için yapılmamıştı. Bu yönden kusurlu adlandırılmış ise eşit uygunlukla kusurlu adlandırılabilirdi. Çünkü bizleri beden hastalıklarımızı iyileştirmeye, büyüklükleri ölçmeye ve okyanuslara yelken açmaya muktedir kılmazdı¹⁶⁶.

VIII. BU DÜNYADA SAPKINLARI YARGILAYAMAYA, DÜZELTMEME, MALINDA VE ŞAHSINDA CEZA VERMEYE VE BU CEZALARI ÇEKTİRMEME VE KALDIRMAYA YETKİLİ ZORLAYICI YARGIÇ ÜZERİNE

Söylediği şeylerle ilgili kuşkular pekala doğardı. Eğer yasamacının otoritesi altında sadece yönetici, yukarıda gösterildiği gibi, zorlayıcı karar ile malında ve şahsında cezaların verilmesi ve çektirilmesi yoluyla bütün zor biçimleri üzerinde yargılama yetkisine sahip ise o zaman sapkınlar, diğer imansızlar ve aykırılar¹⁶⁷ üzerinde zorlayıcı kararları almak, cezaları vermek, çektirmek ve kaldırmak bu yöneticiye ait olacaktı. Fakat bu, bir suçu soruşturmak ile yargılamak ve düzeltmek aynı otoriteye ait olduğundan, uygunsuz görünürdü. Fakat sapkınlık suçunu ayırt etmek, papazdan [*presbyter* veya piskopos] başkasına ait olmaması nedeni ile bu ve benzer suçların zorlayıcı karar ve düzeltmesinin yalnızca papaz veya piskoposa ait olacağı beklenirdi. Üstelik bir suçluyu yargılama veya cezalandırma, suçlunun kendilerine karşı veya onların hukukuna karşı suç işlediği kişiye de ait görünürdü. Fakat bu kişi, papaz veya piskopostu. Çünkü onlar, sapkınların ve diğer imansızların suçu işledikleri tanrısal yasanın görevlileri veya yargıçlarıydı. Öyleyse buradan bu hükmün yöneticiye değil, papaza ait olduğu çıkardı. Bu açıkça Aziz Ambrosius'un Roma İmparatoru Valentinian'a¹⁶⁸ yazdığı ilk mektubundaki görüşüydü.

Fakat şimdi önceki sonuçlara uygunlukta, tanrısal yasaya karşı günah işleyen birinin, yine o yasaya göre yargılanmak, düzeltilmek ve cezalandırılmak zorunda olduğunu söylemesine izin verilmeliydi. Fakat o yasaya göre iki yargıç vardı. Biri, üçüncü anlamda bu yasanın çiğneyenlerini cezalandırmak zorlayıcı iktidarına sahip olan yargıçtı. Bu yargıç da IV. Bölüm'de gösterildiği gibi, yalnız İsa idi. Bu yasaya göre papaz veya piskopos olan bir başka yargıç daha vardı. Fakat bunlar, üçüncü anlamda bir yargıç değillerdi ve bu dünyada

¹⁶⁶ DP II, 9: 13 (172).

¹⁶⁷ *schismatics* / *aykırı mezhep bağlıları*

¹⁶⁸ St. Ambrose Epist. 21 (PL 16. 1045-49).

tanrısal yasanın herhangi bir çiğneyenini düzeltemezler ve onu zorlayıcı güçle cezalandıramazlardı. Zaten bu husus, bu Konuşma'nın VIII. ve IX. bölümlerinde açıkça gösterilmişti. Bununla birlikte papazlar, sözcüğün ilk anlamında yargıçlardı ve bu Konuşma'nın VI. ve VII. bölümlerinde gösterildiği gibi, tanrısal yasanın çiğneyenlerini öğretirler, öğütlerler, azarlarlar ve öte dünya laneti ile korkuturlardı. Bu yüzden sapkınlar, aykırılar ve diğer imansızlar, tanrısal yasanın çiğneyenleriydi ve bu suçlarında ısrarlı olurlarsa tanrısal yasanın çiğneyenlerini düzeltmenin ait olduğu yargıçlar tarafından cezalandırılacaklardı. Fakat böyle bir yargıç, yaşayanları ve ölüleri bu dünyada değil ama öte dünyada yargılayacak olan, sadece İsa idi. Nitekim günahkarlara, merhameti ile sonunda bu dünyadan ölüme geçtikleri ana kadar, tövbekar ve ödüle layık olma fırsatını vermişti. Fakat diğer yargıç, yani pastör, piskopos ve papaz, bu dünyada insanları öğretmeli, öğütlemeliydi. Günahkarları ise kınamalı, azarlamalı ve sonsuz lanetin öngörüsüyle korkutmalıydı. Fakat önceki bölümde açıklandığı gibi, asla zorlamamalıydı¹⁶⁹.

İnsan yasası, sapkınları ve diğer imansızları bir yerde oturmaktan yasaklamış olduğunda, ama böyle olmakla birlikte o kişiler hala orada kaldığında, bu kişiler insan yasasının çiğneyenleri olarak düzeltilmeli ve böyle bir ihlal için yasanın kestiği ceza Birinci Konuşma'nın XV. Bölümü'nde gösterildiği gibi yasamacının yetkisi ile insan yasasının koruyucusu olan yargıç tarafından onlara uygulanmalıydı. Ama insan yasası - sapkınların ve Yahudilerin, Hristiyan toplumların bugünlerinde bile, insan yasaları tarafından şimdilerde yapılmasına izin verildiği gibi - aynı bölgede inançlılar arasında oturmaktan sapkınları ve diğer imansızları yasaklamadığı durumda, bu dünya bakımından hiç kimsenin bir sapkın veya başka imansız malında ve şahsında her hangi bir ceza ile yargılama ve zorlamasına izin verilmeyeceği belirtilmeliydi. Bunun genel nedeni, aşağıdaki gibiydi: Bu dünyada hiç kimse, kesinlikle böylesi kuramsal veya uygulamalı disiplinlere karşı günah işlediği için cezalandırılmazdı. Bununla birlikte onlara karşı çok fazla günah işlediğinde, fakat yalnız insan yasasının bir buyruğuna karşı günah işlediğinde, cezalandırılmalıydı. İnsan yasası her hangi bir kimseyi sarhoş olmaktan, istek ve araçlarına göre ayakkabı yapıp satmaktan, doktorluk yapmak, öğretmek veya sevdiği diğer benzer işlerde çalışmaktan yasaklamadığında, her hangi bir işte yanlış davranan veya sarhoş olan hiç kimse cezalandırılmazdı¹⁷⁰.

Bundan dolayı bu dünyanın her hangi bir zorlayıcı kararında, aklanma veya mahkumiyetten önce, bazı ilgili sorunlar gerekli düzende soruşturulmak

¹⁶⁹ DP II, 10: 2 (175).

¹⁷⁰ DP II, 10: 3 (175).

zorundaydı. İlk sorun, davalının suçlandığı söz veya işin söylendiği gibi olup olmadığı idi. İkinci sorun, böyle bir eylemin insan yasası tarafından yasaklanıp yasaklanmadığı idi. Üçüncü sorun ise sanığın suçu işleyip işlemediği idi. Davalının, mahkumiyet veya aklanma kararı ancak bu sorunların araştırılmasından sonra gelirdi.

Bu sorunlardan ilkinde gelince, gerçeklik, davalının suçlandığı söz veya eylemin doğasını değerlendirecek her disiplinden uzmanlar yoluyla yönetici tarafından soruşturulmak zorundaydı. Çünkü bu uzmanlar, bu Konuşma'nın II. Bölümü'nde söylendiği gibi, birinci anlamda yargıçlardı ve onların öyle şeylerin doğasını bildikleri kabul edilirdi. Onlara yönetici yetki verirdi ve bu özgür disiplinlerde devlette öyle şeyleri öğretmek ve uygulamak için çoğunlukla "ruhsat"¹⁷¹ adlandırılırdı. Bu süreç, bütün diğer mekanik sanatlarıne benzerdi. Bu yüzden bir doktorun, kim cüzanlı kim değil bilmesi gerektiği gibi, bir papaz da hangi sözler veya öğretiler sapkın hangileri Katolik bilmesi gerekirdi. Bu, kuyumcu veya gümüşçünün metalleri bilmesi gibiydi. Yasanın uzman veya öğretmenlerinin de kredileri, mevduatları ve diğer sivil şeyleri bilmesi gerekirdi. Çünkü böyle sorunları yöneticinin bilmesi gerekmezdi. Çünkü çeşitli söz, eylem ve işlerin doğası, yasaya uygun olarak çeşitli disiplinleri öğretenler veya uygulayanlar yoluyla soruşturulurdu¹⁷².

Kutsal kitapların öğretmeni olan her hangi biri, her bir papazın olduğu veya olması gerektiği gibi, birinin suçlandığı suçun sapkınlık olup olmadığını, ancak ilk anlamda bir yargı(lama)ya göre yargılayabilir ve yargılaması gerekirdi. Nitekim Kutsal Kitap'ta, "Kahinin dudakları bilgiyi korumalı ve insanlar onun ağzından öğüt aramalı" [Malaki 2:7], yani tanrısal yasa, "onun ağzında" yazılıydı. Bunun için onlar, İsa'nın Kutsal Kitap'ta, "Bu nedenle gidin, bütün ulusları öğrencilerim olarak yetiştirin... size buyurduğum her şeye uymayı onlara öğretin" [Matta 28: 19-20] dediği havarilerinin ardılları olan dinadamları olmaları gerekliydi. Yine Kutsal Kitap'ta, diğer şeyler arasında "Bir öğretmen olmak zorundadır"¹⁷³ yani kutsal yasanın öğretmeni olmak yazılıydı. Yine Kutsal Kitap'ta, "Bir kilise lideri Tanrı'nın işinin sorumluluğunda olduğundan, kusursuz olmalıdır... hem başkalarını sağlam öğretiyle yürek-

¹⁷¹ "license"

¹⁷² DP II, 10: 5 (176).

¹⁷³ Tam ayet Türkçe metinde şöyledir: Ancak gözetmen ayıplanacak bir yanı olmayan, tek karılı, ölçülü, sağduyulu, saygın, konuksever, öğretmeye yetenekli biri olmalı" [1. Timoteos 3: 2]. İngilizce metinde ise şöyledir: A church leader must be without fault; he must have only one wife, be sober, self-controlled, and orderly; he must welcome strangers in his home; he must be able to teach".

lendirmek hem de karşı çıkanları ikna edebilmek için imanlılara öğretilen güvenilir söze sınıksız sarılmalı” [Titus 1: 7-9] yazılıydı. İkinci soruna, yani bir eylemin yasa tarafından yasaklanıp yasaklanmadığına gelince, yönetici bunu, son ve yerinde anlamında alınan yasa uyarınca - yönetici, yasamacının yetkisine göre bu yasaya uygun yönetir - soruşturmalıydı. Sapkın söz veya işin böylesi bir suçtan suçlanan biri tarafından işlenip işlemediği sorununa, yani bilinmek zorunda olunan üçüncü şeye gelince, bu çoğunlukla dış ve iç anlamları yoluyla “tanık” adlandırılan eğitimli ve eğitimsiz kişilerce yargılanabilirdi. Öyleyse bu sorunlar araştırıldıktan sonra, yönetici sanığın mahkumiyet veya aklanmasına hükmedecekti; yine, sanığın cezasını bağışlayabileceği gibi, bunda ısrar da edebilirdi¹⁷⁴.

Bir kişi, yönetici tarafından yalnızca tanrısal yasaya karşı suç işlediği için cezalandırılmazdı. İnsan yasamacının bilerek izin verdiği, dinadamlarının zorlayıcı güçle yasaklamadığı, yasaklayamadığı ve yasaklamaması gereken zina gibi, tanrısal yasaya karşı pek çok ağır günah vardı. Fakat tanrısal yasaya karşı sapkının günahı, insan yasasının da yasakladığı günah olduğu için sapkın insan yasasına karşı bir günahkar olarak bu dünyada cezalandırılırdı. Bu ikinci günah - cezanın verildiği yer, verdiği etki ve cezanın kaldırıldığı yer, dolayısıyla sonuç açısından - bir kişinin bu yaşamda neden cezalandırıldığının kesin veya asıl nedeni idi. Aksine olarak, insan yasasına karşı günah işleyen, bu dünyada insan yasasına karşı günah işleyen değil, fakat tanrısal yasaya karşı günah işleyen olarak cezalandırılacaktı. Bununla birlikte insan yasası tarafından yasaklanan pek çok şeye, tanrısal yasa tarafından izin verilirdi. Örneğin, bir kişi belirlenmiş tarihte, krediyi kaza, hastalık, unutkanlık veya başka bir engelden dolayı geri ödemediğinde, tanrısal yasanın zorlayıcı yargıcı tarafından öte dünyada yargılanmayacaktı. Ama böyle olmakla birlikte, bu dünyada insan yasasının zorlayıcı yargıcı tarafından onun için adil yargılanacaktı. Fakat her hangi bir kimse tanrısal yasaya karşı günah işlediğinde, zina gibi eylemine insan yasası tarafından izin verilip verilmediğine bakılmaksızın öte dünyada cezalandırılacaktı. Bu yüzden tanrısal yasaya karşı günah işleme, öte dünya bakımından verilen cezanın asıl nedeni idi¹⁷⁵.

Bundan dolayı sapkınları, aykırıları ve diğer imansızları yargılamak ve zorlamak iktidarı, işlenen günah tanrısal yasaya karşı işlenmiş olsa bile, bir piskopos veya papaza değil, insan yasamacının yetkisi ile yalnızca yöneticiye aitti. Tanrısal yasa şimdiki yaşam bakımından insanlarla ilişkisinde ger-

¹⁷⁴ DP II, 10: 6 (177).

¹⁷⁵ DP II, 10: 7 (177).

çekten bir yasa olmakla birlikte, son anlamda, bu dünyada insanlar üzerinde zorlayıcı iktidara sahip olma olarak bir yasa değildi. Bununla birlikte, Birinci Konuşma'nın X. Bölümü'nde açık yapıldığı gibi, üçüncü anlamda bir yasa idi. Nitekim papazlar, bu dünyada "yargıç"ın ilk anlamında onun yargıçlarıydı ve önceden gösterildiği gibi hiçbir zorlayıcı iktidarlara yoktu.

İnsan yasasının cüzamlıları diğer yurttaşlar arasında oturmaktan yasakladığı bir örnek olarak varsayılmalıydı. Disiplinine göre, yani onların cüzamlı olup olmadığı hususunda onların hastalıklarını tek başına yargılayabilen bir doktor, tıp biliminin bir öğretmeni olarak kendi otoritesine dayanarak, zorlayıcı güçle cüzamlıları başkalarının dostluğundan dışlamaya muktedir olacak mıydı? Yanıt, kesinlikle hayırdı. Onları dışlayabilecek tek kişi, zorlayıcı insan yasasının koruyuculuğunun emanet edildiği kişi, yani yöneticiydi. Yalnızca yöneticinin dışında, özel bir kişi veya grubun, hiç kimseyi yargılamasına, zorlamasına ve cezalandırmasına izin verilemezdi. Bununla birlikte, atılı suçların doğasını soruşturmak için, bunun mükemmel olduğunda olduğu gibi yasanın belirlenmesine göre veya bu noktada yasa sessiz kaldığında sağduyusu ile yönetici öyle işlerin, eylemlerin veya sözlerin doğasını değerlendiren disiplinlerdeki uzmanların - bu cüzamlı olanlarla ilgili olduğunda doktorlar, azizlerin yorumlarına göre Kutsal Kitap'ta cüzamlılarla sembolize edilen suçlularla ilgili olduğunda ise tanrıbilimciler gibi - kararlarına güvenmeliydi. Benzer şekilde yönetici, sahte metal vazolarla ilgili örneklerde kuyumcuya ve aynı tutumla bütün diğer üretim ve davranışlarda da onların uzmanlarına güvenmeliydi. Bu yüzden ruhların doktoru olan papaz, sapkınlar ve diğer imansızlar hakkındaki yargılamayı, sapkın olanın sapkın olmayan iş ve eylemden ayırt edilmesi demek olan ilk anlamdaki bir yargılama ile yapmalıydı. Bununla birlikte üçüncü anlamda bir yargılama ile bu sorunlar hakkında yargılama yapmak, insan yasası altında yalnız yöneticiye aitti. Bu üçüncü anlamda yargılamak bir kez daha şu demekti: A. Suçlanan tarafların mahkumiyet veya aklanmasına karar vermek. B. Suçlananlara dünyevi ceza vermek. C. Bu cezaları çekmeye zorlamak. D. Yalnızca yöneticinin, insan yasasının veya yasakoyucunun belirlenmesi uyarınca, cezaları kaldırması¹⁷⁶.

Marsilius, bu söylediklerinin Kutsal Kitap'tan kaynaklandığını belirtir. Elçilerin İşleri'ne göre, Pavlus Yahudiler tarafından sapkın olmakla suçlandığında, diğer ihtilafı sivil işlerde olduğu gibi, insan yaşamının yetkisi ile atanan yargıç önüne çıkmıştı:

¹⁷⁶ DP II, 10: 9 (179).

Yahudilerin gönlünü kazanmak isteyen Festus, Pavlus’a şöyle karşılık verdi: “Yeruşalim’e gidip orada benim önümde bu konularda yargılanmak ister misin?” Pavlus, “Ben Sezar’ın yargı kürsüsü önünde durmaktayım” dedi, “Burada yargılanmam gerekir” [Elçilerin İşleri 25: 9-10].

Marsilius’a göre aksi savunular¹⁷⁷, kolayca çürütülebilirdi. Sapkınlık suçu hakkında bilgisi olanın, sapkını yargılaması gerektiği söylendiğinde, bu “yargıç” kavramı veya “yargı”nın¹⁷⁸ belirsizliği nedeni ile bir ayırım çekilmek zorundaydı. Bu kavramlar ilk anlamlarına göre alındığında, bir yönde bu önerme doğrudur. Fakat bu kavramlar üçüncü anlamlarında alındığında, o zaman bu önerme yanlıştır. Bundan dolayı ulaştığı sonuç, hiçbir şekilde bu yanlış akıl yürütme ile çürütülemezdi. Suçlunun kendisine karşı veya hukukuna karşı suç işlediği kişinin suçluyu yargılaması, cezayı vermesi ve ceza malda verilmişse iradesine göre cezayı kaldırması gerektiği ileri savunusuna gelince, bu kendisine karşı günah işlenen kişi üçüncü anlamda yargıç olarak anlaşıldığında ve kendisine karşı günah işlenenin hukuku zorlayıcı olarak “hukuk”un son anlamına göre alındığında doğrudur. Öyleyse sapkının tanrısal yasaya karşı günah işlediği varsayıldığında, bu savunu doğru olmak zorundaydı. Buna uygun olarak sapkın, o yasanın üçüncü anlamında yargıç tarafından yargılanacaktı. Yani İsa, bu yasanın yasakoyucusunun emrine uygunlukta bu dünyada değil ama yalnız öte dünyada bir yargıçtı. Yine bu yargıç tarafından sapkın, yasanın buyruk ve öğütlerini yapma veya çiğnemesine göre ödüllendirilir veya cezalandırılırdı. Fakat hiçbir dinadamı, bu yasanın yani tanrısal yasanın öyle bir yargıcı değildi; yalnızca ilk anlamda, bir öğretmen gibi, özellikle bu yasanın insanlarla bu dünya bakımından ilişkisi yönünden, bir yargıçtı.

Marsilius’a göre, çiğneyenin günah işlediği kişi veya hukukuna karşı, sadece son anlamında “yasa”yı almaya, zorlayıcı yargıç tarafından yargılanmak zorunda olduğu yorumu ile bu tasımın büyük önermesinin gerçekliği varsayılmalıydı. Öyleyse sapkının, gerek üçüncü anlamında “yargıç”ın alınması gerekse yargıcın son ve yerinde anlamında “yasa”nın alınması ile yalnızca bu dünyanın yargıcına karşı günah işlediği, doğru bir önerme kapsamındaydı. Bundan dolayı sapkınların, bu yasanın yapıcısı öyle düzenlemişse, bu dünyada zorlayıcı şekilde yargılanmaları, öyle bir hukukla öyle bir yargıçla idi. Eğer ceza malda verilmişse cezayı çiğneyenden alacak olan aynı yargıçtı. İnsan yasamacının emrettiği biçimde cezayı kaldırmak zorunda olan bu yargıçtı. Başka türlü sorun, büyük önermenin kavramlarında yanıltma olduğunu ve

¹⁷⁷ Bu bölümün ilk paragrafındaki savunu.

¹⁷⁸ “judgment”

bu yüzden önceki akıl yürütmedeki gibi, farklara gerek duyulduğunu göstermekle çözülecekti¹⁷⁹.

Bu yüzden bir kişinin bu dünya bakımından bir sapkın olarak suçlanması veya zorlayıcı şekilde yargılanması, malında ve şahsında veya her ikisinde cezalandırılması gerektiğinden, bunun bir papaz veya piskopos tarafından yapılmak zorunda olduğunu, gerekli bir vargı¹⁸⁰ olarak çıkarmak meşru değildi. Bu vargı, söylediği gibi “yargı” ilk anlamda alınmadıkça, meşru değildi. Dolayısıyla bunu, suçlanan sapkının suçun tam veya kısmi cezası olarak ondan alınan dünyevi mallarının piskopos veya papaz tarafından elden çıkarılması gerektiği de izlemezdi. Bu, tam da şu örnekteki gibiydi: Birinin kalpazan olarak yargılanması gerektiğinden, bu kalpazanın para uzmanları tarafından yargılanmak zorunda olduğu - zorlayıcı olarak üçüncü anlamda değil ama belki ilk anlamda alınmadıkça - çıkmazdı. Ayrıca bunu, ceza olarak kalpazandan alınan dünyevi malların para uzmanları tarafından elden çıkarılmak zorunda olduğu da izlemezdi. Fakat aksine, kalpazan yönetici tarafından yargılanmak zorundaydı ve ceza da insan yasası tarafından belirlenen şekilde uygulanmak zorundaydı¹⁸¹.

Ambrosius'un mektubuna gelince, sapkınlık suçu papazların veya piskoposların yargısına aittir dediğinde, “yargı”yı üçüncü anlamda değil ilk anlamda anladığı yanıtı verilmeliydi. Nitekim ilk kilisenin günlerinde, piskoposların veya papaların hiçbirisi, kendi yetkilerinde yargının bu ikinci biçimini hiç uygulamamışlardı. Gerçi daha sonradan, yöneticiler tarafından onlara verilen belirli ayrıcalıkların sonucu olarak ara sıra öyle uygulamaları geliştirmişlerdi. Bu yüzden geçerliliğini ve hak biçimini sömürüden aldığı görünen böyle yetki uygulamaları, bunların gerçek kaynağını değerlendirenler için uçuk düşlerdi¹⁸².

SONUÇ

Defensor pacis, gerçekten ortaçağda modernliğin yüzakıdır. Modernlik (yenilik), şeylerin doğal algılanan insanüstü kurgusunu eleştirel akılla yeniden kurmakla, yani aklın egemenliği ile bağlantılıdır. Bu ise gerek nesnelerin gerekse insanın dünyasına, okutulmuş olarak edilgen değil, okumuş olarak etken yani kurucu olarak yaklaşmak demektir. Defensor pacis, içeriği ile bütün

¹⁷⁹ DP II, 10: 11 (180).

¹⁸⁰ *conclusion* / sonuç

¹⁸¹ DP II, 10: 12 (180).

¹⁸² DP II, 10: 13 (181).

bunları karşılar. Bütün bunların karşılanması, günü için yalnızca düşünsel bir ilerilik sorunu da değildir. Şeylerin kurulu düzenini yeniden kurma kavgası, kurulu düzenin gerçek yaratıcı odağı Roma Katolik Kilisesi olduğundan, sapkınlıkla, aforozla bağlantılıdır. Bunlarsa, ancak düşkünlük ve ölüm çağırırır¹⁸³. Öyleyse papalık iddialarına karşı çıkmak, yalnızca düşünsel bir yetenek sorunu değil, aynı zamanda bir yürek sorunudur.

Defensor pacis'in bütün hedefi, ortaçağda şeylerin doğal (olağan) düzenini saptıran gerçek kaynağın yani Roma Katolik Kilisesi'nin yıkılmasıydı. Bu yüzden örgütlü Kilise'ye (papalığa) karşı verdiği kavga, onun yalnız birtakım iddialarına değil, gerçekten doğrudan varoluşuna yönelikti. Defensor pacis, öncelikle [I. Konuşma] toplum, devlet, siyasi iktidar, hükümet, zorlayıcı yargı, yargıç (yönetici), yasa, yasakoyucu gibi şeylerin doğru doğasının nasıl olması gerektiğini göstermeye çalışır. Oysa bütün bunlara ortaçağın verdiği yanıt, onların doğaüstü amaçlar için, aşkın, tanrısal olarak düzenlenmiş olmasıydı.

Marsilius'un, şeylerin kurulu düzeninin karşısındaki doğal oluşumu kurgulamasındaki öğretmeni, "tanrısal filozof", "filozofların birincisi" dediği antik dünyanın pagan büyük hocası Aristoteles'ti. Gerçekten I. Konuşma, ortaçağın din üzerinden çarpık kurguladığı şeylerin dindışı çözümlenip temellendirilmesi idi. Başka bir deyişle anılan "şeylerin" doğal (olağan) yapılarının ortaya konulup, dinle ilgilerinin olmadığını, yani dünyevi olduklarının - insanların sitesinin yine insanlardan sorulması gerektiğinin - gösterilmesi idi.

II. Konuşma, teokratik söylemin dayanağı olan eksiksiz güç öğretisini dünyevi olarak [I. Konuşma] değil, bu kez kutsallık içinde kalarak çürütmeye çalışmıştır. Dolayısıyla ortodoks (kurulu) olanı veri almayıp, eleştirel akıl kutsal kaynakları yeniden yorumlamıştı. Gerçekten Hristiyanlığın dogmaları her ne ise Marsilius'un da yararlandıkları aynı kutsallardı. Ama değişen, aynı birikimi, farklı bir paradigma (eleştirel akıl) ile yeniden değerlendirmektir. Bu, mevcut aynı yapı gereçleri ile bambaşka bir yapı kurmak gibiydi. Bu yüzden Defensor pacis'in I. Konuşması kadar, II. Konuşması da mevcut tesli-

¹⁸³ Haçlı seferleri, dış düşmanlara, özellikle Filistin'in denetimindeki Müslümanlara yöneltmiş bir alet olarak yaratılmıştı. Fakat ilk kez iç düşmanlara karşı bir Haçlı seferi (*Albigensian Crusade, 1209-1229*) Katharlara (*Cathars*), Kathar sanılanlara ve onların siyasi koruyucularına yöneltildi. Haçlılar (*Crusaders*), başarılı oldukları her yerde Katharları katletmişlerdi. Bu Haçlı seferinden sonra da soruşturmanın (*inquiry*) Latince karşılığı olan sözcükten yeni bir kurum olan engisizyon (*inquisition*), yaşayan sapkınların kökünü kazımak için yaratılmıştı. Bu, bir çeşit savaş hukuku altında çalışan, yerel piskopostan bağımsız özel bir mahkemeydi.

miyet içinde kalmadığından, başka bir deyişle eski sakızı yeni ağızlarda çiğ-neme durumunda olmadığından, gerçekten çıkarımları ile yeniydi.

Sivil topluluğun amacı, yeterli yaşamdı ve bu amaç için dinginlik gerekliydi. Bu dinginlik de topluluğun bölümleri bir hayvan bedeninin organları gibi uyum içinde çalıştığında olasıydı. Hükümet yapısı, insan yasamacı ile özdeşleştirilen bütün yurttaşların işbirliğinin (yurttaşlar kurulu) veya onun ağırlıklı parçasının nihai otoritesi üzerine dayandırılmıştı. Bu yurttaşlar kurulu, yönetim bölümünü seçer ve azlederdi. Bu yönetim bölümü, sayı olarak, bir, birkaç veya çok olabilirdi. Marsilius'un yaklaşımının özü, etken neden, yani yurttaşlar kurulunun iradesi üzerinde yoğunlaşmaktı.

Marsilius, sivil topluluğu bir düzen birliği olarak düşünmüştü. Yaşamasını güvence altına almak için, hükümetin de bir birlik olması gerektiğini benimsemişti. Yapısal olarak yarışan yargı yetkileri ortaçağ problemini çok açık görmüştü. Marsilius, insan yasamacı ve birinci bölümün, yasaları yapma ve uygulama tekeli benimsiği. Marsilius'un siyasi toplum modeli, doğalcı olmakla birlikte, gerçekte zihninde Hristiyanlardan oluşan yurttaş oluşumları vardı. İnsan yasamacı, gerek dinadamları üzerinde yargılama yetkisine gerekse topluluğun iyiliği ile bağlantılı dinin bütün dünyevi yönü üzerinde denetim sahipti. Dinadamlarının hükümetin altını oymak için bir silah olarak aforozu kullanılabileceğini bildiğinden, bu cezayı güvenle imanlı insan yasamacısının ellerine yerleştirerek, ruhbandan almıştı: Sanığı çağıran, sorgulayan, yargılayan, sonrasında da aklayan veya mahkum eden bir yargıcın atanması, bir toplulukta inançlı yurttaşlar genel kuruluna aitti.

Marsilius'un savunununun doruğu ve büyük darbesi, kilise yasasının¹⁸⁴ geçerliliğini ve gerçekten uygun anlamda yasa olarak onun tam varoluş olasılığını reddetmekti. Papalık fermanları, yalnızca oligarşik düzenlemelerdi. Bunlar, tek yetkin yasa yapıcı otorite olan insan yasakoyucu tarafından çıkarılmamışlardı. Kilise yasasının bu nefes kesen yıkımı, papalık eksiksiz güç iddiasını bütünüyle tüketmişti.

Marsilius, her siyasi toplumun yargısal yetki birliğinin olması gerektiğindeki ısrarı ile gerçekten yenilikçiydi. Ona göre, dünyevi ve manevi yargı yetkilerinin bir diğerine paralel var olabileceğinin hiçbir olasılığı yoktu. Kısaca, manevi yargılama yetkisi gibi bir şey asla yoktu. Dahası, kilisenin bütün hiyerarşik yapısı, artık az-çok bir insan kurumu olmaktan başka bir şey değildi: Örneğin; papa, genel kurul veya (üstü olmayan) imanlı insan yasamacı ta-

¹⁸⁴ *canonic law*

rafından atanmalıydı. İsa, zorlayıcı iktidarı kullanabilirdi fakat bunu havarilerine geçirmemişti. Bir başkası üzerinde zorlayıcı iktidara sahip olmayı havarilerine yasaklamış ve kendisini Roma İmparatorluğu'nun sivil otoritesine bağlamıştı.

Reformasyonun doğrudan Marsilius'la başladığı bile öne sürülmüştür. Gerçektende Marsilius'un gerek Defensor pacis üzerinden gerekse sonrasında papalığa karşı verdiği kavganın, onu reformasyonun güçlü öncülerinden biri yaptığında hiç kuşku yoktur.

KAYNAKÇA

ARISTOTLE, *The Politics*, Translated by T. A. Sinclair, Penguin Books, New York, 1984.

CAMERON, Euan, *The European Reformation*, Clarendon Press, Oxford, 1991

CANNING, Joseph, *A History of Medieval Political Thought 300-1450*, Routledge, London, 1996

CONDREN, Conal, “Marsilius of Padua’s Argument From Authority: A Survey of Its

Significance in the Defensor Pacis”, *Political Theory*, Vol. 5, No. 2 (May, 1977)

GARNETT, George, *Marsilius of Padua and “The Truth of History”*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

Goods News Bible, Today’s English Version, Canadian Bible Society, Toronto, 1984.

HÖPFL, Harro (Hazırlayan ve Çeviren), *Luther and Calvin on Secular Authority*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991.

Kutsal Kitap, Eski ve Yeni Antlaşma (Tevrat, Zebur, İncil), Yeni Yaşam Yayınları, 2009.

MARSILIUS of Padua, *Defensor Pacis*, Translated by Alan Gewirth, University of Toronto Press, Toronto, [ilk baskı 1956] 1992.

NEDERMAN, Cary J., “The Meaning of ‘Aristotelianism’ in Medieval Moral and Political

Thought”, *Journal of the History of Ideas*, Vol. 57, No. 4 (October, 1996)

PREVITÉ-ORTON, C. W., “Marsiglio of Padua: Part II. Doctrines”, *The English Historical Review*, Vol. 38, No. 149, January, 1923.

SIGMUND, Paul E., “The Influence of Marsilius of Padua on XVth-Century Conciliarism”,

Journal of the History of Ideas, Vol. 23, No. 3 (July- September, 1962).

İMAR KANUNU'NUN 32.VE 42. MADDELERİ KAPSAMINDA YIKIM VE PARA CEZASI

Sercan Coşkun KULAK*

ÖZET

İmar Hukuku son dönemde idare hukuku üst başlığından kurtularak kendi ismi ile üniversitelerde ders ve yayınlarda çalışma olarak kendine yer edinmiştir. Gerçekten imar hukuku dersi; hukuk, siyasal bilgiler ve iktisadi bilimler fakültelerinin kimi zaman lisans eğitiminde seçmeli ders olarak, kimi zamanda yüksek lisans ya da doktora dönemlerinde ders olarak okutulmaya başlanmıştır. İmar hukuku ile ilgili yayınların sayısı ise zaman geçtikçe sürekli artış göstermekte ve literatüre yeni kaynaklar kazandırılmaktadır.

Bu çalışmada da imar hukuku açısından büyük bir öneme sahip olan ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapılması halinde alınacak yıkım kararı ve devamında da yine bu kapsamda bir yaptırım olarak uygulanacak imar para cezalarına değinilecektir. Çalışmada İmar Kanunu'nun 32.ve 42.madde düzenlemelerinde yer alan bu kavramlar tüm ayrıntıları ile incelenmeye çalışılmış ve Danıştay'ın konuya ilişkin verdiği güncel, çok sayıda kararına yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İmar Hukuku, Yıkım, İmar Para Cezası, Belediye Encümeni, Danıştay.

DESTRUCTION PROCESS AND FINE IN TERMS OF 32. AND 42.(ARTICLES) OF TURKISH ZONING LAW

ABSTRACT

Zoning Law which generally considered as a subtopic of administrative law, has heavily been discussed in Turkish Academic and legal circles recently. It is seen in the curriculum of law schools as well as the departments of economic and political science of universities as an independent study thought to both graduate and post graduate students. Therefore It is obviously that zoning law is very important for administrative law. Publication on zoning and reconstruction law have increased significantly in paralel with increased conflicts between local administrations and citizens on the issue of re-planning of cities, decisions of destruction and administrative fines.

In This study, the decision of destruction of building which is taken by public authorities when buildings are constructed without certification will be evaluated and administrative fine that is carried out according to zoning law will be discussed. Terms and conditions on article 32. and 42 of the zoning law will be dealt with in detail in line with the case law of the council of state.

Key Words: Physical Development Planning Law (Zoning), destruction process, fine, municipal board, Turkish Council of State.

* Ankara 10.İdare Mahkemesi Hakimi sercanhukuk@gmail.com,

GİRİŞ: İmar hukuku; ülkenin gelişmişlik düzeyi ile ilgili bir hukuk dalıdır. Bu kasamda da gelişmiş olan ülkelerde bu hukuk dalı kendine çok daha geniş ve etkin bir uygulama alanı bulmaktadır. Gelişmişlik seviyesi az olan ülkelerde ise devletin denetim ve gözetim yetkisinin etkinliğinden bahsetmenin pekte mümkün olmaması karşısında bu hukuk dalının gelişmesini beklemek hata olacaktır. Yıkım işlemi, imar hukuku kapsamında yer alan bir başlık olarak değerlendirilebilirse de etkinliği ve önemi nedeniyle diğer bir çok kavramdan daha öne çıkmaktadır. Gerçekten kişilerin karşılaşabileceği en ağır hukuki sonuçlardan bir tanesi yıkım olarak gösterilebilir. Böylesine öneme sahip olan bir imar hukuku teriminin hukuk içerisindeki yerini belirlemek ve kararın alınma sürecinin her aşamasını derinlemesine incelemek zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Yıkım kararını almaya yetkili makamdan başlamak üzere yıkım kararının tebliğ sürecinin sonuna kadar ki her adım büyük bir öneme sahiptir. Bu süreçte gösterilecek ihmalkârlık ya da yanlış uygulama hem işlemin sakatlanmasına hem de sonradan telafisi çokta mümkün olmayan zararların doğumuna neden olabilecektir. Bu çalışmada sözkonusu durunun hukuki sonuçlarının karşısında hiçbir ayrıntının gözden kaçırılmamasına özen gösterilerek, kanun hükümleri her yönüyle değerlendirilmiş olup aynı zamanda da güncel Danıştay içtihatlarında çok sayıda yer verilerek sözkonusu hukuki süreç; tüm aşamalarıyla açıklanmaya çalışılmıştır.

1)YIKIM İŞLEMİ:

1)Yıkım Kavramı: Kelimenin fil hali olarak “yıkamak” kavramı Türk Dil Kurumu tarafından yayınlanan Türkçe Sözlük’te “kurulu bir şeyi parçalayarak dağıtmak, bozmak, tahrip etmek” olarak tanımlanmaktadır¹. Sözlük anlamının dışında “yıkım” kavramı daha teknik bir yaklaşımla; bina veya yapı niteliğindeki bir taşınır ya da taşınmazın ortadan kaldırılması olarak tanımlanabilir. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere “yıkımın” konusunu; bina veya yapı oluşturur². Bina ve yapı kavramı her ne kadar ilk bakışta aynı olgunun ifade biçimi olarak algılanmakta ise de hukuki bir yaklaşımla değerlendirildiği takdirde söz konusu iki kavramın farklılığı ortaya çıkacaktır. 3194 sayılı İmar Kanunu’nda “yapı”, “karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi, yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir” şeklinde; “Bina” kavramı ise “kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet et-

¹ TÜRKÇE SÖZLÜK, s.2179.

² YASİN, s.3.

melerine yarıyan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılardır.” şeklinde tanımlanmaktadır. Bahsi geçen tanımlar dikkate alındığında söylene-
bilecek öncelikli şey “bina” kavramının “yapı” kavramına nazaran daha dar
bir kavram olduğudur³. Gerçekten de Kanun tarafından “bina” için üstü örtülü
olma, insanların girip çıkacakları, oturma, çalışma, eğlenme, veya dinlenme,
ibadet etme vs. gibi sosyal aktivitelere yarayan bir yapı olarak tanımlanması
yapılırken “yapı” kavramı daha geniş bir çerçevede ele alınmıştır.

Yıkım işlemine konu olma yönünden değerlendirildiğinde ise
“yapı” ve “bina” kavramı arasında fark bulunmamaktadır. Bina ya da yapı
herhangi bir sınırlandırmaya tabi tutulmadan yıkım işleminin konusunu
oluşturabilmektedir.

2)Yıkım İşleminin Hukuki Niteliği: Hukuki bir kavram olarak
kullanıldığında yaptırım kavramı hukuk alanında doğacak olan bir hukuka
aykırılığı engellemek ya da doğmuş olan bir aykırılığın ortadan kaldırılması
amacıyla faile uygulanan kamu gücü tedbirini anlatır⁴. Burada faile karşı kamu
gücünün uygulanmasının temelinde kamu düzeninin bozulmaması fikri yatar.
Dolayısıyla toplumun ortak çıkarının ya da kamu düzeninin bozulmaması için
idareye kişiler aleyhine yaptırım uygulama yetkisi bahsedilmiştir. Bu durum
klasik idare hukuku öğretisinde “kolluk faaliyeti” olarak tanımlanmaktadır.
Kolluk faaliyetlerinin amacı, kamu düzeninin korunmasıdır⁵. Kamu düzeninin
korunması idari kolluğun görevi kapsamında değerlendirileceğinden idari
yaptırımlarda kolluk görevine bağlı yetkiler olarak ortaya çıkmaktadır⁶.

İmar Kanunu'nda da imar aykırılıklarını engellemek veya imar
mevzuatına uygun hale getirmek amacıyla kurulan imar kolluğunun kimi
yetkilere sahip olması gerekmektedir. Bu yetkilerden olan yıkım işlemide
önceden kanunla düzenlenmiş olan imar hukukuna ilişkin yükümlülüklerin
yerine getirilmemesi veya bu alana ilişkin yasakların ihlal edilmesi durumun-
da başvuru yollarından birisidir⁷. Bu kapsamda idareye yıkma yetkisinin
sağlanması kamu güvenliği, esenliği ve sağlığının tesisi açısından zorunlu-
dur⁸. Açık ki imar mevzuatında öngörülen usul ve esaslara gereken önemin
verilmemesi, takibatının yapılmaması ve gerekli yaptırımın uygulanmasında

³ YILMAZ, s.85.

⁴ YAŞAR, s.267.

⁵ GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, s.465.

⁶ YAŞAR, s.267.

⁷ KALABALIK, İmar Hukuku, s.1460.

⁸ KALABALIK, İmar Hukuku, s.1459.

zayıflık gösterilmesi, inşaatının tamamlanmasından sonra sonuçları çok daha ağır olacak hukuki olgularla karşı karşıya kalınmasına neden olabilecektir⁹. Dolayısıyla “yıkım” işleminin hukuki niteliğinin tartışıldığı bu başlık altında “yıkım” işleminin İmar Kanunu kapsamında kamu düzeninin bozulmasına engel olmak amacıyla kolluk yetkililerinin uygulanacağı bir kolluk faaliyeti olarak değerlendirilmesi mümkün gözükmemektedir¹⁰. Ancak burada hemen değinmek gerekir ki; İmar Kanunu’nun 32.maddesinde düzenlenen yıkım işlemi de dahil olmak üzere kolluk yetkililerinin temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlama olarak tanımlanması nedeniyle, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanacağına dair anayasal ilke uyarınca kanunilik ilkesine tabi olduğu kuşkusuzdur¹¹. Gerçekten Danıştay’da bu kurala uygun olarak; “yıkım” yetkisinin kanunla verilmemesi halinde yönetmelikle getirilemeyeceğine yönelik kararında şu gerekçelere yer vermiştir:

“Sanayi Bölgesi Yönetim Kuruluna yıkım işlemi tesis etme konusunda yetki verilmemiş bulunması karşısında, davalı idarece ilgili Yönetmeliğin 76. maddesine dayanılarak, yasa ile verilmeyen bir yetkinin kullanılması suretiyle tesis edilen dava konusu işlemde mevzuata uyarlık bulunma(maktadır) ¹²”.

II)İMAR KANUNU’NUN 32.MADDESİNE GÖRE YIKIM VE USULÜ

1)Yetkili Makam: İdari Yargılama Usulünde idari işlemlerin denetimi yapılırken 2577 sayılı Yasa’nın 2.maddesinde yer aldığı üzere işlemin yetki, sebep, amaç, şekil ve konu açısından denetimi yapılmaktadır. Belirtildiği üzere işlemin hukuka uygunluğu sağlayan hususlardan biri de işlemin yetkili kişi ya da makam tarafından yapılmış olmasıdır. İmar Kanunu’na göre tesis edilecek yıkım işlemi içinde kuşkusuz aynı kural geçerli olacaktır.

3194 sayılı Kanun’un 32.maddesinde “Bu Kanun hükümlerine göre ruhsat¹³ alınmadan yapılabilecek yapılar hariç; ruhsat alınmadan yapıya başlandığı

⁹ ERKÜN, İmar Hukuku Prensipleri, s.197.

¹⁰ YASİN, s.6-9; ÇOLAK- ÜNGÖREN, s.158.;KALABALIK, İmar Hukuku, s.1460.

¹¹ YAŞAR, s.268.

¹² Danıştay 6.D, E.2003/4224, K.2005/649, T.9/2/2005.

¹³ “Ruhsat, imar mevzuatı açısından yapılması izne bağlı olan bir yapıya başlanabilmesi için yetkili idareden izin verildiğini gösteren belgedir.Bir binanın ruhsat ve projelerinin bulunmadığı hallerde kaçak olarak inşa edildiği söylenebilir.İmar mevzuatına aykırılık hali, daha başından ruhsat almadan binanın tamamlanması bir diğer deyişle kaçak yapı yapmak suretiyle gerçekleştirilebileceği gibi, binanın ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapılması suretiylede gerçekleştirilebilir.”;MERAN, s.9.

veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığı ilgili idarece tespiti, fenni mesulce (...) tespiti ve ihbarı veya herhangi bir şekilde bu duruma muttali olunması üzerine, belediye veya valiliklerce o andaki inşaat durumu tespit edilir. Yapı mühürlenerek inşaat derhal durdurulur. Durdurma, yapı tatil zaptının yapı yerine asılmasıyla yapı sahibine tebliğ edilmiş sayılır. Bu tebligatın bir nüshası da muhtara bırakılır. Bu tarihten itibaren en çok bir ay içinde yapı sahibi, yapısını ruhsata uygun hale getirerek veya ruhsat alarak, belediyeden veya valilikten mühürün kaldırılmasını ister. Ruhsata aykırılık olan yapıda, bu aykırılığın giderilmiş olduğu veya ruhsat alındığı ve yapının bu ruhsata uygunluğu, inceleme sonunda anlaşılırsa, mühür, belediye veya valilikçe kaldırılır ve inşaatın devamına izin verilir. Aksi takdirde, ruhsat iptal edilir, ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapılan bina, belediye encümeni veya il idare kurulu kararını müteakip, belediye veya valilikçe yıktırılır ve masrafı yapı sahibinden tahsil edilir¹⁴.” hükmü yer almaktadır. Bu kanun maddesine göre her ne kadar hangi alanda belediyenin hangi alanda valiliğin yetkili olduğu açık olarak verilmemekte ise de Kanunun “tanımlar” başlıklı 5.maddesinde “İlgili idare; belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediye¹⁵, dışında valiliktir.” hükmü getirilerek belediye ve mücavir alan sınırları içerisinde İmar Kanunu’nun 32. ve 42.maddesinden kaynaklanan yetkilerin belediye tarafından, bu alanın dışında ise il idare kurulu tarafından kullanılacağı öngörülmektedir¹⁶. Yine 32.maddenin son fıkrasında belirtildiği üzere 32.madde uyarınca tesis edilecek “yıkım” kararının tesisinde belediyeler açısından belediye encümeni ve belediye ve mücavir alan sınırları dışında yer alan taşınmazlar için ise il idare kurulu yetkili bulunmaktadır. Ancak 4/3/2005 tarih ve 25745 sayılı Resmi Gazete de yayınlanarak yürürlüğe giren 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu ile belediye ve mücavir alanı sınırları dışında yetkinin il idare kurulu tarafından mı yoksa il encümeni tarafından mı kullanılacağı konusu tartışmalı hale gelmiştir. Gerçekten İmar Kanunu’ndan çok sonra yayınlanarak yürürlüğe giren İl Özel İdaresi Kanunu ile yeni düzenlemeler getirilmesine karşı 3194 sayılı İmar Kanunu bu kanuna uygun hale getirilmemiştir. Sözgelimi 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu’nda imar hukuku ile ilgili olarak İmar Kanunu’nda öngörül-

¹⁴ ÇAĞLAYAN, s.776

¹⁵ “Yapıların plan, fen, sağlık, ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak amacıyla düzenlenen 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 2.maddesinde Belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapılacak planlar ile inşa edilecek resmi ve özel bütün yapıların bu Kanun hükümlerine tabi olduğu kuralına yer verilmiş, 5.maddesinde ‘ilgili idare’ belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediye ...olarak tanımlanmış(tır). Danıştay 14.D, E.2011/4002 K.2011/5151, T.21/12/2011.

¹⁶ ÇOLAK-ÜNGÖREN, s.150.

enden farklı düzenlemeler getirilmiştir. Buna göre Kanun'un 6.maddesinin (b) fıkrasında ;"İl Özel İdaresi mahalli müşterek nitelikte olmak şartıyla... imar, yol, su, kanalizasyon....park ve bahçe tesisine ilişkin hizmetleri belediye sınırları dışında, yapmakla görevli ve yetkilidir."hükmü yer almış yine Kanunun "uygulanmayacak hükümler" başlıklı 70.maddesinde de "bu kanunla il özel idaresinin sorumlu ve yetkili kılındığı görev ve hizmetlerle ilgili olarak ...3194 sayılı İmar Kanunu'nda bu kanun hükümlerine aykırılık bulunması durumunda bu Kanun hükümleri uygulanır." hükmüne yer verilerek belediye ve mücavir alanları sınırları dışında imarla ilgili yetki ve sorumlulukların il özel idarelerine ait olduğunu belirtmiştir. Yine İmar Kanununun 9/12/2009 tarih ve 5940 sayılı Kanunla 3194 sayılı Kanunun 42.maddesinde yapılan geniş çaplı değişikle imar para cezaları yeniden düzenlenmiş ve madde hükmünde imar para cezasına yönelik kararın alınmasında yetkili makamla ilgili madde hükmünde "Bu maddede belirtilen ve imar mevzuatına aykırılık teşkil eden fiil ve hallerin tespit edildiği tarihten itibaren on iş günü içinde ilgili idare encümenince sorumlular hakkında, üstlenilen her bir sorumluluk için ayrı ayrı olarak bu maddede belirtilen idari müeyyideler uygulanır." ifadelerine yer vererek işlem tesis etme yetkisinin "ilgili idare encümeni"ne bırakılmıştır. İl idare kurullarının encümenlerinin bulunmaması nedeniyle söz konusu ifadededen anlaşılması gerekenin belediye ve il encümeni¹⁷ olduğu açıktır. İmar Kanununun 32.ve 42.madde hükmünde yer alan idari uygulamaların (ruhsat ve eklerine aykırı ya da ruhsatsız yapı yapma nedeniyle tesis edilecek yıkım ve imar para cezası açısından) aynı idare tarafından tesis edilecek olması nedeniyle 32.madde hükmünde yer alan yıkım kararının da belediye ve il encümeni tarafından alınacağı yorumuna gitmek yanlış olmayacaktır. Danıştay 5302 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra verdiği bir kararında:

"...3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32.maddesinde yer alan düzenlemenin, 4/3/2005 günlü ve 25745 sayılı Resmi Gazete de yayınlanarak yürürlüğe giren 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 6.maddesinde getirilen düzenlemeye aykırı olması nedeniyle ruhsatsız olarak inşa edilen yapılarla ilgili olarak 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulaması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Dosyanın incelenmesinden, davacı tarafından inşa edilen yapının ruhsatsız olduğu gerekçesiyle 3194 sayılı Kanun'un 32.maddesi uyarınca yıktırılmasına ilişkin Giresun Valiliği İl İdare Kurulu'nun 26/10/2005 günlü, 507 sayılı işlemin, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun yürürlükte bulunduğu sırada tesis edilmiş olduğu

¹⁷ KALABALIK, İmar Hukuku, s.1499.

anlaşıldığından, bu hususu dikkate alınmaksızın dava konusu işlemi tesis etmeye yetkili makamın il idare kuru olduğu kabul edilerek verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.¹⁸” ifadelerine yer vererek durumu belirgenleştirmiş ve belediye ve mücavir alan sınırları dışından yıkım kararı alma ve para cezası verme yetkisinin artık il encümeninde olduğu sonucuna varmıştır.

İl Encümeni ve belediye encümeni arasında yıkım kararı tesis etme yetkisi açısından belirleyici unsur ilgili yapının belediye veya mücavir alan sınırları dışında mı yoksa içinde mi inşa edildiğidir. Yukarıda ifade edildiği üzere belediye ve mücavir alan sınırları içinde bu yetki belediye encümenine, dışında ise il encümenine aittir. Bu kapsamda Danıştay verdiği bir kararında:

“Belediyelerin imar mevzuatı açısından doğan görev ve yetkilerinin kullanımı mücavir alan ölçütüne uygun olarak kesinleşmiş mücavir alan sınırları içinde mümkün olabilir.Belediyelerin mücavir alanları belirlerken belediyelerin olası gelişme alanlarını denetim ve kontrol altında tutmak, bu bölgelerde imar mevzuatı açısından ortaya çıkabilecek sorunlara önlem almak, planlama ve altyapı hizmetleri gibi belediye hizmetlerinin gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır. Bu doğrultuda, mücavir alan sınırları saptanırken, kamu yararı ve kamu hizmeti gerekleri esas alınmalıdır. Belirtilen ölçütler değerlendirilerek ... Belediyesi mücavir alanının genişletilmesi yönünde bir karar alınmaksızın yukarıda anılan genelgeye dayanılarak bu belediyenin mücavir alanının ... Büyükşehir Belediyesi mücavir alanı sınırlarına kadar genişletilmiş kabul edilmesi mümkün değildir. Bu durumda, ... Belediyesi mücavir alan sınırları dışında kalan ... Köyündeki yapının ruhsatsız olduğundan bahisle tesis edilen işlemde yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmadığından idare mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.¹⁹” ifadelerine yer vermiştir.

İmar Kanunu'na göre Belediye Encümeni tarafından alınması gereken yıkım ve para cezası kararının Belediye başkanı tarafından tek başına ya da belediye meclisi²⁰ tarafından alınması hukuken mümkün gözükmemektedir.

¹⁸ Danıştay 6.D, E.2007/6159, K.2008/533, T.29/1/2008.

¹⁹ Danıştay 6.D, E.2002/1915, K.2003/4413, T.22/9/2003;Yakupabdal Köyü Çankaya Belediyesi Mücavir alanı sınırları içinde olmadığından yıkım işlemi tesis etme yetkisinin bulunmadığı hakkındaki karar için bkz.

²⁰ Danıştay 6.D, E.2001/5807, T.16/12/2002 ;”Anılan yasal düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesinden; imar planının uygulanması amacıyla da olsa belediye ve mücavir alan sınırları içerisinde yıkım kararının ancak belediye encümeni kararı ile verilebileceği sonucuna varılmaktadır.Dava konusu olayda, uyumsuzluk konusu yıkım işleminin Belediye Meclisi kararı ile tesis edildiği anlaşıldığından, yetkisi bulunmayan belediye meclisince yıkım

Böyle bir durumda ilgili kararın idari yargı tarafından yetki açısından hukuka uygun bulunmayarak iptal edileceği açıktır.

Yıkım kararının kaldırılması veya geri alınması durumunda aksine bir kanuni düzenleme bulunmadıkça “yetkide ve usulde paralellik ilkesi” uyarınca yıkım kararı veren makam tarafından işlemin kaldırılmasına veya geri alınmasına karar verilebileceği yerleşmiş idari yargı içtihatlarındandır²¹. Danıştay konuyla ilgili önüne gelen bir uyuşmazlıkta;

“... 3194 sayılı Kanunun 32. ve aynı Kanunun 42.maddesi uyarınca belediye ve mücavir alan sınırları içerisinde yapılan ruhsatsız inşaatın yıkımına ve ruhsatsız inşaatı yapan yapı sahibine para cezası verilmesine karar vermeye ilgili belediye encümeni yetkili olduğundan, usulde ve yetkide paralellik ilkesi gereğince, bu işlemlerin kaldırılması veya geri alınması yolundaki başvurular hakkında da karar vermeye yetkili olduğu açık olup... encümence bir karar verilmesi gerekirken yetkisiz makam olan Şişli Belediye Başkanlığı Yapı Kontrol Müdürlüğü’nün bu yöndeki başvurunun reddedilmesinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.”²² şeklinde karar vererek yıkım ve para cezası verilmesi hususunda da yetki ve usulde paralellik ilkesini kabul ettiğini ifade etmiştir.

4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu yıkım yetkisi açısından üzerinde durulması gereken bir düzenlemeye yer vermiştir. Gerçekten Kanun’un 4. maddesinin 5. ve 6. fıkralarında, OSB sınırları içerisinde yapılacak mevzii imar ve parselasyon planları ve değişikliklerinin OSB tarafından Yönetmeliğe uygun olarak hazırlanacağı ve Bakanlığın onayına sunularak il idare kurulu kararı ile yürürlüğe gireceği, onaylı OSB imar planlarının ilgili kurumlara bilgi için gönderileceği, yürürlüğe giren mevzii imar planlarına göre arazi kullanımı, yapı ve tesislerinin projelendirilmesi, inşaatı ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinlerin OSB’ce verileceği ve denetleneceği hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla 4562 sayılı Kanun ile Organize Sanayi Bölgeleri’ne tanınan yetki, Organize Sanayi Bölgeleri’nin tüzel kişilik kazanmasından sonra, bu alanda arazinin kullanımı, yapı ve tesislerin projelendirilmesi, inşaatı ve kullanımıyla ilgili diğer bütün izinlerin ve ruhsatların verilmesi ve denetlenmesi ile sınırlı olup, bunun dışında bir yapı hakkında yıkım kararı veya para cezası verilmesi hususlarında 3194 sayılı

kararı verilmesinde mevzuata uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali gerektiğinden, davanın reddi yolundaki idare mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.”

²¹ YASİN, s.56.

²² Danıştay 14.D, E.2011/15042, K.2012/391, T.6/2/2012.

Kanunda belirtilen idareler yetkilidir. Başka bir ifadeyle 4562 sayılı Kanun Organize Sanayi Bölgeleri'ne İmar hukuku anlamında bir çok yetki vermiş ise de yıkım veya para cezası verme konusunda herhangi bir hükme yer verilmemiş olup uyumsuzluğun çözümü genel hükümlere bırakılmıştır²³. Bu bağlamda da 4562 sayılı Kanunla ilgili uyumsuzluklarda da yıkım işleminin İmar Kanunu hükümlerine göre çözüleceği sonucuna varılabilir. Danıştay bu kapsamda verdiği bir kararında:

“...Organize Sanayi Bölgesinde bulunan ... ada, ... parsel sayılı taşınmaz üzerindeki yapının ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapıldığının, ayrıca yol ve yan çekme mesafelerine tecavüzlü olarak üç ayrı ruhsatsız yapı yapıldığının davalı idare elemanları tarafından 6.7.2000 günlü tutanakla tespit edilmesi üzerine dava konusu 7.7.2000 günlü 2000/692 sayılı belediye encümeni kararı ile anılan aykırılıklar nedeniyle yıkım kararı alındığı, İdare Mahkemesince ise, Organize Sanayi Bölgelerinde imara ilişkin olarak belediyelerin yetkilerinin bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verildiği anlaşılmıştır.

4562 sayılı Kanun ile Organize Sanayi Bölgelerine tanınan yetki, bu alanda arazinin kullanımı, yapı ve tesislerin projelendirilmesi, inşaatı ve kullanımıyla ilgili diğer bütün izinler ve ruhsatların verilmesi ve denetlenmesi ile sınırlı olup, sınırlı olarak tanınan bu yetkinin kullanılabilmesi için de Organize Sanayi Bölgelerinin faaliyete geçmiş olması gerekmektedir.

Dolayısıyla, faaliyete geçmiş bir Organize Sanayi Bölgesinde izinler ve ruhsatların verilmesi ve denetlenmesi dışında dava konusu olayda olduğu gibi bir yapı hakkında yıkım kararı alınması veya imar para cezası verilmesi hususlarında 3194 sayılı Kanunun 5.maddesinde belirtilen “ilgili idareler” yetkilidir. Bu durumda, yukarıda anılan yasal düzenlemeler uyarınca faa-

²³ Danıştay benzer şekilde Orman Kanunu uyarınca bir çok imar hukuku yetkisi tanınan Orman İdarelerine yıkım yetkisinin verilmediğini kabul ettiği kararında “Yukarıda yer verilen yasal düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesinden, orman alanında yapılacak yapı ve tesisler hakkında öncelikle Orman Kanunu hükümlerini uygulanması gerektiği; ancak bu durumun belediye ve mücavir alan sınırları içerisinde imar mevzuatı açısından belediyelere tanınan yetki ve sorumlulukları ortadan kaldıramayacağı, dava konusu uyumsuzlukta da davacı tarafından ormanlık alanda inşa edilecek yapı ve tesisler için öncelikle Orman Kanunu hükümleri uyarınca Orman İdaresinden gerekli izinlerin alınacağı daha sonra bu izinlerle birlikte ilgili belediyeye başvurularak anılan izinler çerçevesinde yapılmak istenen tesisin, plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygunluğunun sağlanması amacıyla yapı ruhsatı alınması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Dolayısıyla, orman alanlarında inşa edilecek yapı hakkında yıkım kararı alınması husunda 3194 sayılı Kanunun 5.maddesinde belirtilen ilgili idareler yetkilidir.” gerekçelerine yer vermiştir. Danıştay 14.D, E.2011/4002, K.2011/5151, T.21/12/2011.

liyet geçmiş bir organize sanayi bölgesinde yıkım kararı alma konusunda belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeler yetkili olduğu gibi, ... Organize Sanayi Bölgesinin, dava konusu işlemin tesis edildiği tarihten sonra 23.10.2000 günlü 12829 Sanayi ve Ticaret Bakanlığı onayı ile kurulduğu hususu da gözönünde bulundurulduğunda, Organize Sanayi Bölgesinde davalı belediyenin imara ilişkin olarak yetkisi bulunmadığından bahisle dava konusu işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.”²⁴ ifadelerine yer vermiştir.

5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nun getirdiği farklılıklara da bu aşamada değinmek yararlı olacaktır. Kanun’un 7/c maddesinde “Kanunlarla büyükşehir belediyesine verilmiş görev ve hizmetlerin gerektirdiği proje, yapım, bakım ve onarım işleriyle ilgili her ölçekteki imar plânlarını, parselasyon plânlarını ve her türlü imar uygulamasını yapmak ve ruhsatlandırmak, 20.7.1966 tarihli ve 775 sayılı Gecekondu Kanununda belediyelere verilen yetkileri kullanmak” hükmüne yer verilerek gerçekten imar hukuku anlamında Büyükşehir Belediyelerine çok geniş yetkiler tanınmış bulunmaktadır²⁵. Ancak şunu da hemen söylemek gerekir ki 5216 sayılı Kanun, İmar Kanunun 32.madesi uyarınca tesis edilecek yıkım işlemlerinde yetki farklılığına gidecek doğrudan bir hükme yer vermemektedir.Söz konusu Kanun uyarınca yıkım yetkisinin kullanılabilmesini kimi şartlara bağlamaktadır.Gerçekten Kanun’un 11.maddesinde “Büyükşehir Belediyesi tarafından belirlenen ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapılar, gerekli işlem yapılmak üzere ilgili belediyeye bildirilir. Belirlenen imara aykırı uygulama, ilgili belediye tarafından üç ay içinde giderilmediği takdirde, büyükşehir belediyesi 3.5.1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununun 32 ve 42 nci maddelerinde belirtilen yetkilerini kullanma hakkını haizdir. Ancak 3194 sayılı Kanunun 42 nci madde kapsamındaki konulardan dolayı iki kez ceza verilemez.” hükmüne yer verilmiştir.Bu hükme göre büyükşehir belediyeleri; belirledikleri ruhsatsız ya da ruhsata aykırı yapıları ilgili ilçe belediyesine bildirdikten sonra söz konusu aykırılığın giderilmesi için 3 ay süre ile bekleyecekler ve ilgili ilçe belediyesi tarafından belirtilen aykırılığın giderilmemesi halinde yetkiyi kendiliğinde devralarak gerekli işlemi tesis etmeye yetkili konuma geleceklerdir. Görüldüğü üzere 5216 sayılı Kanun’un 11.maddesi büyükşehir belediyelerine doğrudan bir yıkım ve para cezası uygulama yetkisi vermemekte ancak ilçe belediyesi tarafından 3 ay içerisinde işlem tesis edilmemesi halinde yıkım ve para

²⁴ Danıştay 6.D, E.2001/4866, K.2002/5400, T.20/11/2002.

²⁵ YASİN, s.51.

cezası yetkisinin kullanılmasına izin vermektedir. Kanunun genel manasından çıkarılacağı üzere belirtilen 3 aylık sürenin başlangıç tarihi büyükşehir belediyesi tarafından tespit edilen aykırılıkların ilçe belediyesine bildirildiği tarihtir. Bu tarihin çekişmesiz şekilde belirlenebilmesi için bildirimde tebligat esasına göre yapılması yararlı olacaktır. Burada büyükşehir belediyesi tarafından dikkat edilmesi gereken koşul öncelikle ilçe belediyesine bildirimde bulunmak ve sonrasında 3 ay süreyle beklemektir. Söz konusu süreye uyulmaması işlemi yetki açısından sakatlayacağı kuşkusuzdur. Danıştay bu kapsamda verdiği bir kararında;

“dava dosyasının incelenmesinden, Ankara ili, Çankaya ilçesi, Yakupabdal Mah.566 sayılı parselde davacı tarafından ruhsatsız yapı yapıldığının davalı idare görevlilerince 23/9/2008 günlü yapı tatil tutanağı ile tespit edilmesi üzerine, davacı tarafından yapılan yapı hakkında Çankaya Belediye Başkanlığı'na somut herhangi bir bildirimde bulunulmadan dava konusu işlemle ruhsatsız yapının yıkımına ve davacı adına imar para cezası verilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır...”

Bu durumda, 5216 sayılı Kanunun 11.maddesi uyarınca davalı büyükşehir belediyesince imara aykırı uygulama hakkında ilçe belediyesine somut bir bildirimde bulunularak süre tanınmadan tesis edilen işlemde hukuka uyarlık... bulunmamaktadır²⁶” ifadelerine yer vererek yukarıda yapılan açıklamaları doğrulamaktadır.

2)Yıkım Kararının Alınma Usulü: 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32.maddesinde “Bu Kanun hükümlerine göre ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılar hariç; ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığı ilgili idarece tespiti, fenni mesulce (...) tespiti ve ihbarı veya herhangi bir şekilde bu duruma muttali olunması üzerine, belediye veya valiliklerce o andaki inşaat durumu tespit edilir. Yapı mühürlenerek inşaat derhal durdurulur.Durdurma, yapı tatil zaptının yapı yerine asılmasıyla yapı sahibine tebliğ edilmiş sayılır. Bu tebligatın bir nüshası da muhtara bırakılır.Bu tarihten itibaren en çok bir ay içinde yapı sahibi, yapısını ruhsata uygun hale getirerek veya ruhsat alarak, belediyeden veya valilikten mührün kaldırılmasını ister.Ruhsata aykırılık olan yapıda, bu aykırılığın giderilmiş olduğu veya ruhsat alındığı ve yapının bu ruhsata uygunluğu, inceleme sonunda anlaşılırsa, mühür, belediye veya valilikçe kaldırılır ve inşaatın devamına izin verilir.Aksi takdirde, ruhsat iptal edilir, ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapılan bina, beledi-

²⁶ Danıştay 14.D, E.2011/3156, K.2011/3401, T.22/11/2011.

ye encümeni veya il idare kurulu kararını müteakip, belediye veya valilikçe yıktırılır ve masrafı yapı sahibinden tahsil edilir.” hükmü yer almaktadır.

Bu hükme göre; yapı ruhsatı almadan yapılabilecek yapılar hariç olmak üzere; ruhsat almadan yapıya başlandığının veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığının tespiti, ihbarı veya herhangi bir şekilde²⁷ öğrenilmesi üzerine belediye veya 5302 sayılı Kanun hükümleri uyarınca il özel idaresince o andaki inşaat durumu tespit edilecek ve yapı mühürlenerek derhal durdurulacaktır²⁸. 32.madde hükmü yapının hiç ruhsat alınmadan yapılan bir yapı olması ile inşaatla başlamadan önce ruhsat alınmasına rağmen ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapılması arasında herhangi bir ayrıma tabi tutmamaktadır²⁹. Mühürlenerek durdurma kararı durdurma işlemini belgeleyen tutanağın yapı yerine asılmasıyla yapının sahibine duyurulmuş olacaktır. Bu tebligatın bir nüshasında muhtara bırakılacaktır. Bu tarihten itibaren en çok bir ay içerisinde yapı sahibi yapısını ruhsata uygun hale getirilerek ya da ruhsat alarak belediyeden veya valilikten mührün kaldırılmasını isteyecektir. Ruhsata aykırılık bulunan yapıda bu aykırılığın giderilmiş olduğu veya ruhsat alındığı ve yapının bu ruhsata uygun olduğu inceleme sonucunda anlaşılırsa mühür belediye veya valilik tarafından kaldırılarak inşaatın devamına izin verilecektir³⁰.

3194 sayılı Kanunun 32.maddesinde yer alan usulü birkaç başlık altında toplamak konunun daha iyi anlaşılması açısından uygun olacaktır. Buna göre mevzuatta öngörülen usule uygun bir yıkım ve para cezası işleminden söz edebilmek için;

- a)Yapı Ruhsatı alınması zorunlu olan yapı,
- b)Yapının ruhsata aykırılığının ya da ruhsatsızlığının tespiti,
- c)Yapı tatil tutanağı düzenleme ve yapının mühürlenmesi,
- d)Durumun ilgiliye tebliğ,
- e)Yapı sahibine süre tanıma,
- f)Yıkım kararı alma,

başlıklarının her birinin kanuna uygun olarak gerçekleşmesi gerekmektedir.

²⁷ KALABALIK, İmar Hukuku, s.1465.

²⁸ ÇOLAK-ÜNGÖREN, s.149.

²⁹ BİLGİN-SEZER, s.534.

³⁰ YASİN s.58;KALABALIK, İmar Hukuku Dersleri s.401;ERGEN, İmar Davaları Rehberi, s.601;YILMAZ, s.90-93;YAŞAR, s.268-269;ÇOLAK-ÜNGÖREN, s.149.

a) Ruhsat Alınması Zorunlu Yapı: 3194 sayılı 32.maddesinin uygulanabilmesinin ön şartı, taşınmazın ruhsat alınması zorunlu bir yapı olması gerektiğidir. İmar parselleri üzerinde ilgili idareden izin alınmadan inşaat yapılması durumunda ruhsatsız yapılaşmadan, İnşai faaliyetlerin ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapılmasında ise ruhsata aykırı yapılaşmadan söz edilmektedir³¹. Kanunun 5.maddesinde “yapı” teriminin tanımı yapılmıştır. Buna göre Yapı: “karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir”. Yapının ruhsat alması gereken taşınmaz, tamirat ya da tadilat veya da yapı olmaması durumunda zaten ruhsata aykırılıktan ya da ruhsatsızlıktan söz edilemeyecek olması nedeniyle 32.madde hükümlerinin uygulanmasına olanak bulunmamaktadır. Ancak bu durumda ortaya bir problem çıkmaktadır. Hangi taşınmazların veya tadilatların yapı olup olmadığı nasıl belirlenecektir? Bu uyuşmazlığın çözümü olayın özelliğine göre farklılık gösterebilmektedir. Gerçekten kimi zaman ne tür tadilatların yapı olarak kabul edildiği ve dolayısıyla ruhsata bağlatması gerektiği düzenleyici işlemlerde belirtilmekte³², kimi zaman bu durum idarenin teknik elemanlarının yorumlarına bırakılmakta ve uyuşmazlığa konu edilmesi halinde mahkeme tarafından keşif ve bilirkişi incelemesi sonucunda hazırlanan rapora göre değerlendirilmekte kimi zaman ise bu yola gidilmeden mahkemenin kendi yorumuna bağlı olarak bir sonuca varılmaktadır. Burda hemen söylemek gerekir ki bir taşınmaz veya tadilatın yapı olup olmadığı hususu gerçekten teknik bir bilgiyi gerektiren bir durumdur. Bu yüzden de mahkeme tarafından bu nitelendirme yapılırken çok dikkatli olunması gereklidir.Konuyla ilgili olarak Danıştay bir kararında;

“...Banka ATM merkezlerinin yapı niteliği taşıyıp taşımadığı hususunun ATM merkezinin niteliğine göre değerlendirilebileceği açık olup bankaya ait binadan farklı bir alanda yapılan ATM korunağı şeklindeki sabit tesislerin yapı niteliğinde olduğu kuşkusuzdur..³³” ifadelerine yer vererek her hangi bir bilirkişi incelemesi yaptırmaya gerek duymadan ATM lerin yapı olduğu ve dolayısıyla da ruhsata tabi olduğu sonucuna varmıştır.

Yine bir kararında:

“...Ankara, Çankaya, 2630 ada, 14 sayılı parseldeki yapıda ruhsata aykırı olarak yapılan tadilatın 3194 sayılı Yasanın 32. maddesi uyarınca

³¹ ÇOLAK-ÜNGÖREN, s.148;DUMAN, s.466.

³² Belediyeler Tip İmar Yönetmeliği; Planı Bulunmayan Alanlarda Uygulanacak İmar Yönetmeliği vs.

³³ Danıştay 6.D, E.2007/1184, K.2009/626, T.23/1/2009.

yıkıtılmasına, ayın Yasanın 42. maddesi uyarınca para cezası verilmesine ve elektrik ve suyunun kestirilmesi için ilgili kurumlara yazı yazılmasına ilişkin 17.6.2004 günlü, 1128.15 sayılı belediye encümeni kararının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince, yerinde yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen raporla dosyadaki bilgi ve belgelerin birlikte incelenmesinden, ruhsata aykırı olarak zemin kat 15 nolu dükkana ait otopark ile 15 nolu mağazaya ait depo olarak belirtilen bölümlerin ara duvarlarının yıkılarak 15 nolu mağaza ile birlikte tek bağımsız bölüm haline getirilerek banka olarak kullanıldığı anlaşıldığından, ruhsatsız yapıldığı anlaşılan tadilatların yıkıtılmasında hukuka aykırılık bulunmadığı” değerlendirmesinde bulunarak bilirkişi raporu esas alınarak verilmiş olan mahkeme kararını onamıştır³⁴.

Yapı ruhsatı almayı gerektirmeyen bir başka durumda 3194 sayılı Kanun 27.maddesinde gösterilmektedir.Bu hükümde belirlenen hal; yapı olarak kabul edilen taşınmaz veya tadilatların Kanun hükmü uyarınca ruhsat almaktan istisna tutulmuş olmasıdır.Söz konusu 3194 sayılı Kanun’un 27.maddesi, 8/8/2011 tarih ve 648 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile tamamen değiştirilmiş farklı düzenlemelere gidilmiştir. Kanun’un önceki halinin başlığı “Ruhsata Tabi Olmayan Yapılar ve Uyacakları Esaslar” idi. Başlıktanda anlaşılaacağı üzere adı geçen madde hangi durumda ruhsat almaya gerek olmadığını düzenlemekteydi. Gerçekten söz konusu maddede “Belediye ve mücavir alanlar dışında köy nüfusuna kayıtlı ve köyde sürekli oturanların köy yerleşik alanları ve civarında ve mezarlarda yaptıracığı konut, hayvancılık veya tarımsal amaçlı yapılar için inşaat ve iskan ruhsatı aranmaz. Ancak yapının fen ve sağlık kurallarına uygun olması ve muhtarlıktan izin alınması gerekir.” hükmü yer almaktaydı.Bu hükme göre belediye ve mücavir alanlar dışında köy nüfusuna kayıtlı ve köyde sürekli oturanların köy yerleşik alanları ve civarında yapacakları her türlü yapı için herhangi bir ruhsat şartı yer almamaktaydı. Dolayısıyla bu yapılar için Kanun hükmünün bir gereği olarak 32.madde hükümlerinin uygulanmasına olanak bulunmamaktaydı. Ancak 648 sayılı KHK ile anılan maddenin başlığı “Köylerde Yapılacak Yapılar ve Uyulacak Esaslar” şeklinde değiştirilerek madde içeriği ayrıntılı bir şekilde yeniden düzenlenmiştir. Maddenin ilk paragrafında “Belediye ve mücavir alanlar dışında köylerin köy yerleşik alanlarında, civarında ve mezarlarda yapılacak konut, entegre tesis niteliğinde olmayan ve imar planı gerektirmeyen tarım ve hayvancılık amaçlı yapılar ile köyde oturanların ihtiyaçlarını karşılayacak bakkal, manav, berber, köy fırını, köy kahvesi, köy

³⁴ Danıştay 6.D, E.2006/793, T.11/7/2007.

lokantası, tanıtım ve teşhir büfeleri ve köy halkı tarafından kurulan ve işletilen kooperatiflerin işletme binası gibi yapılar için yapı ruhsatı aranmaz. Ancak etüt ve projelerinin valilikçe incelenmesi, muhtarlıktan yazılı izin alınması ve bu yapıların yöresel doku ve mimari özelliklere, fen, sanat ve sağlık kurallarına uygun olması zorunludur...” hükmü yer almaktadır. 648 sayılı KHK ile değiştirilen 27.madde hükmü ile maddenin daha önceki halinde aranan ve ruhsata tabi olmayan yapı yapabilme koşulunu oluşturan “köy nüfusuna kayıtlı olma ve köyde sürekli oturma” şartı ortadan kaldırılmıştır. 3194 sayılı Kanunun 27.maddesinin son şekli ile artık bu şartları taşımayan kişilerde köylerde ruhsata tabi olmayan yapı yapabilme hakkını kazanmışlardır.

Yine 3194 sayılı Yasanın 44.maddesinin 1/a bendinde, enerji, sulama, tabii kaynaklar, ulaştırma ve benzeri hizmetlerle ilgili tesisler ve müstemilatından hangileri için ruhsat alınmayacağı hususunun Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği, 3030 sayılı Kanun Kapsamı Dışında Kalan Belediyeler Tip İmar Yönetmeliği'nin 59.maddesinin 2.paragrafında, kamu kuruluşlarınca yapılan ve yaptırılacak enerji, sulama, tabii kaynaklar, ulaştırma ve benzeri hizmetler ile ilgili tesisler ve bunların müstemilatı için ruhsat alınmasına gerek olmadığı, yatırımcı kamu kuruluşunca yazılı olarak belediye başkanlığına inşaata başlanıldığının bildirilmesinin yeterli olduğu kurala bağlanmıştır. Belediye ve Mücavir Alan Sınırları İçinde ve Dışında Planı Bulunmayan Alanlarda Uygulanacak İmar Yönetmeliği'nin 37.maddesinin 3.fıkrasında ise, kamu kuruluşlarınca yapılan ve yaptırılacak olan enerji, sulama, tabii kaynaklar, ulaştırma ve benzeri hizmetlerle ilgili tesisler ve bunların müstemilatı için ruhsat alınmasına gerek olmadığı, yatırımcı kamu kuruluşunca yazılı olarak ilgili idareye inşaata başlanıldığının bildirilmesinin yeterli olduğuna ilişkin bir düzenleme yer almıştır. Danıştay konu ile ilgili olarak verdiği bir kararında:

“... Ulaştırma sisteminin bir parçası olduğu tartışmasız olan havalanlarında görülen ulaşım hizmeti birden fazla birimin organize çalışması ile yürütüldüğünden bu hizmetin yürütülmesi amacıyla inşa edilen binaların da (hizmet binası, bakım atölyesi, iç hatlar terminali olarak kullanılan bina gibi...) ulaştırma ile ilgili tesisler olarak kabulü zorunludur.

Bu durumda, uyumsuzluk konusu olayda ulaştırma ile ilgili hizmetleri gören davacı tarafından inşa edilen yapılar yukarıda anılan yasa ve yönetmelik hükümleri kapsamında kaldığından ayrıca ruhsat alınmasına gerek bulunmamaktadır. Anılan yapılar ve bunların müstemilatı için kamu

kuruluşunca yazılı olarak ilgili idareye, inşaata başlandığının bildirilmesi mevzuat hükümleri uyarınca yeterli görülmektedir.

Belirtilen nedenle dava konusu 5.11.1998 günlü, 677 sayılı işlemin iptali gerekeceğinden temyize konu İdare Mahkemesi kararında sonucu itibariyle isabetsizlik görülmemiştir³⁵” yorumuna yer vermiştir.

Sonuç olarak denilebilir ki imar mevzuatımız açısından ruhsata tabi olmayan üç durum söz konusudur. Bunlardan birincisi; taşınmazın ya da tadilatın niteliği itibariyle bir yapı olmaması, ikincisi Kanunun 27.maddesinde sayılan koşulları sağlayan yapılardan ve nihayet üçüncüsünde Kanun’un 44.maddesi kapsamında kalan yapılardan olmasıdır. Dolayısıyla bu üç madde kapsamına giren taşınmazlar için Kanunun 32.madde hükmünün uygulanmasına olanak bulunmamaktadır.

b)Yapının ruhsata aykırılığının ya da ruhsatsızlığının tespiti:İmar Kanunu’nun 32.maddesine göre ruhsat ve eklerine aykırı yapılan yapılar; ilgili idarece veya fenni mesulce tespit edilmesi ya da herhangi bir şekilde ihbar edilmesi ve nihayet ilgili idarenin ruhsat ve eklerine aykırı yapılan yapıdan bir şekilde haberdar olunması halinde o anki durum tespit edilerek yapı derhal durdurulacaktır³⁶.Bu tespit olmaksızın “yapı tatil zaptının” hazırlanması ve bu tutanağın yapıya hazırlanarak mühürleme işleminin uygulanması mümkün değildir³⁷.Görüldüğü üzere kanun koyucu ruhsata aykırı yapıların tespitinde herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan her ne şekilde olursa olsun ilgili idarenin bu durumu öğrenmesini yeterli görmüştür.

Bu aşamada 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu’nun 11.maddesini hatırlatmak yerinde olacaktır.5216 sayılı Kanunun 11. maddesi ile büyükşehir belediyelerine ilçe ve ilk kademe belediyelerinin imar uygulamalarını denetleme yetkisi tanınmıştır.Büyükşehir belediyelerince bu madde kapsamında yapılan denetimlerde tespit edilen aykırılıklar hakkında gerekli işlemin yapılması için ilgili idareye bildirimde bulunabilecektir³⁸. Ancak hemen eklemek gerekir ki büyükşehir belediyesinin buradaki görevi yıkım işlemi sürecini başlatmak değil sadece ilgili idareye ruhsata aykırılığı bildirmek ve gerekli işlemin yapılmasını istemektir.

³⁵ Danıştay 6.D, E.2003/3063, T.19/11/2001.

³⁶ KALABALIK, İmar Hukuku Dersleri, s.409;YILMAZ, s.90;KARAVELİOĞU, s.1211-1212;ERKÜN, İmar Hukuku Prensipleri, s.211.

³⁷ YAŞAR, s.268-269.

³⁸ YASİN, s.59.

c)Yapı tatil tutanağı düzenleme ve yapının mühürlenmesi:

(1)Yapı Tatil Tutanağının Düzenlenmesi:Yukarıda yer verildiği üzere İmar Kanunu'nun 32.madde hükmü uyarınca yıkım işleminin tesis edilebilmesi için ruhsat ve eklerine aykırı ya da ruhsatsız yapının durumunun tespit edilmesi gereklidir. Bu tespit, yapının ruhsat ve eklerine aykırı olduğundan veya yapıya ruhsatsız yapılmış bulunduğundan veya başkasının mülküne tecavüzde bulunulmuş olmasından dolayı imar Kanunu uyarınca durdurulması gereken yapıların mühürlenmesi için tutulan yapı tatil tutanağı ile yapılmaktadır.³⁹. Gerçekten idarenin görevlileri yapının incelemesini tamamladıktan sonra “yapı tatil tutanağı” adı altında bir tutanak düzenlemekte ve bu tutanağa yapıda ki aykırılıklar yazılmaktadır. Yapı tatil tutanağı yıkım ve para cezası işleminin temelini oluşturması amacıyla işlemin bundan sonraki seyri açısından çok büyük öneme sahiptir. Başka bir ifadeyle tutanaktaki aykırılıklar sonradan bu tutanak esas alınarak tesis edilen işlemin sakatlanmasına neden olabilecektir. Bu bakımdan yapı tatil tutanağının düzenlenmesiyle ilgili dikkat edilmesi gerekli hususlar üzerinde durmak çalışmanın içeriği açısından zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

Yapı tatil tutanaklarının düzenlenmesinde öncelikli olarak belirtilmesi gereken; yapı tatil tutanaklarının alanlarında uzman personel tarafından düzenlenmesidir. Bu personelin kim olduğuna yönelik olarak mevzuatta herhangi bir hükme yer verilmemektedir. Ancak Kanunun genel sistemiği ve yapılan tespitlerin karakteri açısından bu tespitlerin ilgili idare fen memurlarınca⁴⁰ yapılması gerektiği sonucuna varılabilmektedir. Yapı tatil tutanaklarının fen memurlarınca düzenlenmemesi halinin idari işlemi sakatlayacağını söylemek hukuksal açıdan mümkün gözükmemektedir. Ancak burda cevaplanması gereken soru; uzman kişiler tarafından düzenlenmeyen yapı tatil tutanaklarının hangi işlemi sakatlayacağı sorusudur. Gerçekten yapı tatil tutanağında meydana gelecek bir aykırılık, söz konusu yapı tatil tutanağının denetimi aşamasında dikkate alınabilececek midir ya da sadece sonrasında tesis edilen encümen kararlarının denetimi yapılırken mi incelenecektir? Başka bir ifadeyle yapı tatil tutanakları tek başına idari bir davaya konu edilebilecek mi ve bu aşamada yapı tatil tutanağının kim tarafından düzenlendiğinin incelemesi yapılabilecek midir? Bu tartışmayla ilgili olarak Danıştay içtihatları istikrarlıdır. Danıştay çok net şekilde, yapı tatil tutanaklarının tek başına idari davaya konu edilebileceğini düşünmekte ve yapı tatil tutanağı tek başına dava konusu ed-

³⁹ ERGEN, İmar Davaları Rehberi, s.602.

⁴⁰ ERGEN, İmar Davaları Rehberi, s.601;ARTUKMAÇ, s.89.

ilmesi halinde de yukarda bahsi geçtiği üzere bu tutanağın fen elemanlarınca düzenlenip düzenlenmemesi gibi hususlarıda doğal olarak araştırmaktadır. Danıştay konu ile ilgili bir kararında; yapı tatil tutanağının kesin ve yürütülebilir bir işlem olmasıyla ilgili olarak:

“... Yapı tatil tutanağı, 3194 sayılı İmar Kanununun 32.maddesi uyarınca düzenlenen ve bir yapının ruhsatsız ya da ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapıldığını tespit eden, düzenlendiği tarihten itibaren en çok bir ay içinde yapının ruhsata uygun hale getirilerek veya ruhsat alınarak yapının imar mevzuatına uygun hale getirilmesini sağlayan idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemdir.”⁴¹ ifadelerine yer vermiştir.

Danıştayın söz konusu kararına tam olarak katılmak kanımızca pek mümkün gözükmemektedir. Öncelikle söylemek gerekir ki, yapı tatil tutanağının genel işlem teorisi açısından icrailik (yürütülebilir) vasfının bulunduğu kuşkusuzdur. Yapı tatil tutanağı, ilgili personel tarafından düzenlenmesiyle başka bir işleme gerek kalmadan inşaat durdurulabilmektedir. Dolayısıyla işlem kendiliğinden icrailik vasfına sahiptir. Ancak burada tartışma konusu olması gereken işlemin kesinlik vasfıdır. İşlemin kesinliğinden sözdebilmek için tesis edilen işlemle ilgili mevzuatta öngörülen tüm sürecin tamamlanması gereklidir. Bu kapsamda yapı tatil tutanaklarının yargısal denetimine bakıldığı takdirde, her ne kadar ayrıntısına sonraki bölümlerde değinilecek olsa da, yapı tatil tutanakları yıkım ve para cezası işlemlerinin oluşmasındaki idari süreçlerden bir tanesidir. Gerçekten kişilerin İmar Kanunu’nun 32. ve 42. madde hükümleri uyarınca bir cezaya muhatap olabilmeleri için haklarında alınmış bir belediye encümeni ya da il encümeni kararı olmalıdır. Başka bir ifadeyle, düzenlenmiş olan bir yapı tatil tutanağı tek başına ruhsat ve eklerine aykırı bir yapının yıkımı sonucunu doğurmayacaktır. Öte yandan yapı tatil tutanağının düzenlenmesi aşamasında meydana gelen hukuka aykırılıkların ise asıl işlem olan belediye encümeni veya il encümeni kararı aşamasında inceleneceğinin kuşkusuz olması nedeniyle tekrardan yapı tatil tutanaklarının dava konusu edilmesi halinde işin esasına girilerek denetim yapılması yerinde değildir. Danıştay’ın benimsediği yorum tarzının kabul edilmesi halinde ise normalde yıkıma ilişkin belediye encümeni ya da il encümeni kararının denetimi esnasından öne sürülebilecek iddialar sadece yapı tatil tutanağına karşı açılan dava da öne sürülecek ve sonrasında ise muhatap tarafından belediye encümeni ve il encümeni kararına karşı yeniden bir dava açma zorunluluğu

⁴¹ Danıştay 6.D, E.2005/1641, K.2005/5523, T.16/11/2005; Danıştay’ın aynı kapsamda kararı için bkz; Danıştay 14.D, E.2011/2976, K.2011/5253, T.27/12/2011.

ortaya çıkacaktır. Örneğin yıkım kararına yönelik olarak alınan bir belediye encümeni kararına karşı açılan davaya yönelik Danıştay kararında

“...davacı tarafından ruhsatsız olarak inşa edilen yapıya ilişkin 10/7/2006 günlü yapı tatil tutanağının belediye fen elemanlarınca düzenlenmediği...yasa hükmü uyarınca tanzim olunmayan yapı tatil tutanağına dayalı olarak tesis edildiği anlaşılan dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.”⁴² ifadelerine yer vermektedir.

Danıştay bu kararı ile öncelikle yapı tatil tutanaklarının fen elemanları tarafından düzenlenmesi gerektiği görüşünü desteklemektedir. Sonrasında ise belediye encümeni kararına karşı açılan davada Danıştay tarafından yapı tatil tutanağının fen elemanlarınca düzenlenmediğinin tespit edilmesi nedeniyle belediye encümeni kararı hukuka aykırı bulunmuştur. Dolayısıyla yapı tatil tutanağına karşı açılmış olan bir dava da incelenmesi gereken hususları Danıştay, belediye encümeni kararının yargısal denetimini yaparken dikkate almış ve işlemin iptal nedeni olarak kabul etmiştir. Bu kapsamda söylenebilir ki, yapı tatil tutanağının hukuka uygunluğunun ilgili belediye encümeni ya da il encümeni kararının denetiminin yapılması aşamasında dikkate alınması nedeniyle ayrıca dava konusu edilebilecek bir işlem olarak değerlendirilmesinde hem usul ekonomisi hemde idare hukuku tekniği açısından herhangi bir yarar görülmemektedir. Bu görüşün aksine Danıştay, yapı tatil tutanağı, belediye encümeni ya da il encümeni kararlarının denetimini yaparken herhangi bir ayrıma tabi tutmadan yapı tatil tutanağını, belediye encümeni kararı gibi de incelemektedir. Bu kapsamda yapı tatil tutanağına karşı açılmış olan bir dava da Danıştay :

“Dosyanın incelenmesinden, 23.6.2005 günlü, yapı tatil tutanağıyla tespit edilen 1.50x2.50m ebadındaki ATM korunağının 3194 sayılı İmar Kanunu'nda yer alan tanım kapsamında yapı niteliğinde olduğu ve ruhsat alınmaksızın yapıldığı anlaşıldığından anılan Yasa'nın 32. maddesi uyarınca mühürlenmesi yolunda tesis edilen işlemlerde hukuka aykırılık görülmemiştir.” ifadelerine yer vererek yapı tatil tutanağına karşı açılan dava da işin esasına girerek ilgili taşınmazın yapı olup olmadığı değerlendirilmesinde dahi bulunmuştur.

Bahsi geçen tartışmada her ne kadar yapı tatil tutanaklarının düzenlenmesi ile inşaatın durdurulduğu bu bağlamda da kişilerin menfaatlerini ihlal

⁴² Danıştay 6.D, E.2008/5174, K.2010/3473, T.7/4/2010; Danıştay'ın aynı tür kararı için bkz; Danıştay 14.D, E.2011/9942, K.2011/4803, T.14/12/2011.

eden icrai bir işlem tesis edildiği ve buna karşı dava açılabilceği öne sürülebilirse de bu fikirde uygulamada çok kabul edilebilecek bir görüş olduğu kanaatinde bulunmamaktayız. Yapı tatil tutanakları ile inşaatın durdurulması yapı sahibi için aleyhe bir durum değil tersine lehine bir durumdur. İnşaatın durdurulması ilerde daha ağır yaptırımlara ve maliyete neden olabilecek aykırılıkları hemen tespit etmek ve inşaatın bu haliyle ilerlemesine engel olmayı sağlamaktadır. Sonrasında ise alınacak encümen kararlarına karşı açılacak davada idarenin işleminde sakatlık olması halinde bu durum tespit edilerek ve işlemin iptal edileceği açıktır. Kaldı ki yapı sahibinin bu süreçte karşılaştığı zararlarda idare tarafından tazmin edilebilecektir. Diğer taraftan ise inşaatı devam edilmesi durumunda ise inşaatın bitiminde aykırılıkların tespit edilmesi ve akabinde yıkım kararı verilmesi yapı sahibinin daha büyük zararla karşı karşıya kalması sonucunu doğurabilecektir. Dolayısıyla; söz konusu yapı tatil tutanaklarına karşı açılan davaların kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem olmaması nedeniyle Mahkemelerce incelenmemesi ve yetkin kişilerce ve usulüne uygun olarak düzenlenme gibi sadece şekle yönelik iddiaların ise daha sonraki tesis edilecek belediye encümeni ya da il encümeni kararlarının yargısal denetiminin yapılması sırasında dikkate alınmasının daha doğru olacağını düşünmekteyiz.

Öte yandan bu aşamada söylenmesi gereken başka bir hususta “yapı tatil tutanağı” ve “yapı tespit tutanağı” ayrımıdır⁴³. “Yapı tatil tutanağı”ndan söz edebilmek için henüz bitmemiş olan bir inşaatın uyuşmazlık konusu olması gerekmektedir. Ruhsat ve eklerine aykırı yapılan yapılar hakkında henüz tamamlanmadan önce bu aykırılıkların tespiti yapılırsa bu takdirde inşaat durdurulacak ve yapı tatil tutanağı düzenlenecektir. Ruhsat ve eklerine aykırı ya da ruhsatsız olarak yapılmış yapının inşaat süreci tamamlandı ise bu takdirde durdurulacak bir inşaatın söz edilemeyecektir. Bu takdirde yapıya asılması gereken “yapı tatil tutanağı” değil “yapı tespit tutanağı” olmalıdır. Yukarıda yer verdiğimiz yapı tatil tutanaklarının idari davaya konu edilip edilmeyeceği tartışmasına “yapı tespit tutanakları” açısından bakıldığında ise söylenecek şey “yapı tespit tutanaklarının” hiçbir halde dava konusu edilmemesi gerektiğidir. Bu tutanaklar inşaatı durdurmaya dolayısıyla hukuki hayatta herhangi bir etki bırakmayan sadece ruhsat ve eklerine aykırılıkları tespit eden tutanaklar olmaları nedeniyle kanaatimizce sadece belediye encümeni ya da il encümeni kararı ile birlikte dava konusu edilebilmelidirler.

⁴³ Kanun hükümlerinde ya da uygulamada bu tür bir ayrıma gidilmemektedir. Ancak ifade edilecek hususları daha iyi değerlendirilebilmesi için farklı iki kavram kullanmak daha faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Yapı tatil tutanaklarında düzenlenmesi sırasında dikkat edilmesi gereken başka bir husus tutanağa hakkından tespit yapılan ve ruhsat ve eklerine aykırı ya da ruhsatsız olduğu öne sürülen yapıya yönelik aykırılıkların açık, belirgin ve anlaşılabilir bir şekilde yazılmasıdır⁴⁴. Buna göre mühürleme işlemi yapılabilmesi için inşaatın ne şekilde ruhsatsız olduğu ya da hangi kısımlarının ruhsat ve eklerine aykırı olduğunun yapı tatil tutanağına geçirilmesi gerekir⁴⁵. Danıştay bu kapsamda verdiği bir kararında:

“...Dosyanın incelenmesinden, 8.9.2003 günlü tutanak ile sadece inşaatla devam edildiğinin saptanarak dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmıştır. Bu durumda, yapılan inşaatla ruhsata aykırılığın nelerden ibaret olduğu belirtilerek saptama yapılmadan, inşaatla devam edildiğinden bahisle para cezası verilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı...”⁴⁶” yine Danıştay başka bir kararında konu ile ilgili olarak

“...Uyumsuzluğa konu olayda, davalı idare elemanlarınca davacıya ait taşınmaz üzerindeki ruhsatlı yapıda ruhsata aykırı olarak yapılan imalata yönelik olarak 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32.maddesinde öngörülen şekilde, “o andaki inşaat durumunun” somut ve ayrıntıya yer verilerek yapı tatil zaptı ile tespit edilmesi, ruhsata aykırı kısımların mühürlenerek inşaatın derhal durdurulması... gerekirken 3194 sayılı Yasa'nın 32.maddesine uygun şekilde yapı tatil tutanağı düzenlenmeden dava konusu yıkım işlemi tesis edilmemiştir. Bu durumda... dava konusu yıkım işleminde hukuka uyarlık bulunmadığından...”⁴⁷” ifadelerine yer vererek yapı tatil tutanağından aykırılıkların ayrıntılı olarak yazılması gerektiğine hükmetmiştir.

(2)Yapı Tatil Tutanağının Tebliğ ve Yapının Mühürlenmesi:

Usulüne uygun bir yapı tatil tutanağı düzenlendikten sonra İmar Kanunu'nun 32.maddesine göre bu tutanağın ilgiliye tebliğ edilmesi, ilgili kişiye ulaşılamıyorsa yapıya asılarak bir örneğinin muhtara bırakılması sağlanarak yapı tatil tutanağının tebliğ edilmiş sayılmasının sağlanması gerekmektedir⁴⁸. Bu düzenleme ile Kanun yapı tatil tutanağının bizzat ilgilisine tebliğini beklemeden yapının mühürlenmesinin yolunu açmıştır⁴⁹. Kanun söz

⁴⁴ BİLGİN-SEZER, s.534; DURSUN, s.474.

⁴⁵ ERGEN, İmar Davaları Rehberi, s.603; YASİN, s.68.

⁴⁶ Danıştay 6.D, E.2006/774, K.2008/1867, T.19/3/2008.

⁴⁷ Danıştay 14.D, E.2011/5192, K.2011/5, T.1/6/2011.

⁴⁸ ARTUKMAÇ, s.89; KALABALIK, İmar Hukuku, s.1463.

⁴⁹ YAŞAR, s.268-269; YILMAZ, s.92.

konusu eylemlerin tamamını birer işlemin ilgisine tebliğ edilmiş sayılması açısından birer şekil şartı olarak belirlemiştir. Bu bağlamda da belirtilen şekil şartlarına uymamak işlemin usulüne uygun olarak tebliğ edilmemiş sayılması nedeniyle işlemi sakatlayacaktır.

Öncelikle yapı tatil tutanağının usulüne uygun tebliğinin ilk koşulu olarak söylenebilecek şey, tutanağın “yapı yerine” asılmasıdır. Kanunda geçen “yapı yeri” kavramı işlemin seyri açısından önemlidir. Kanuna göre tutanağı hazırlayan personel bu tutanağı ruhsatsız ya da ruhsata aykırı inşaatları barındıran yapıya asmalıdır. Dolayısıyla yapı tatil tutanağının asılacağı yer belirlenirken bu durum gözden kaçırılmamalıdır. Kanun, durdurma işleminin hukuk alanında varlık kazanabilmesi için yapı tatil tutanağının yapı sahibine doğrudan tebliğini ya da öncelikle olarak bizzat tebliğ yollarının aranması gerektiği koşullarını aramamaktadır⁵⁰. Önemli olan kamu yararı açısından hukuka aykırı yapının bir an önce inşaatının durdurulması ve devamında ortadan kaldırılmasıdır. Bu yüzden de yapı tatil tutanağı yapı sahibine⁵¹ tebliğ edilme yolları aranmadan yapı yerine asılarak tebliğ edilmiş sayılacaktır. Bununla beraber yapılması gereken ikinci koşulda tebligatın bir nüshasının da muhtara bırakılmasıdır. Yapı tatil tutanağının yapıya asılmadan ya da bir nüshasının muhtara bırakılmadan yıkım işlemini tesis etme yoluna gidilmesinin işlemi sakatlayacağı açıktır. Danıştay’ın bu kapsamda verdiği bir kararında:

“...Dosyanın incelenmesinden, davacı tarafından ruhsatsız olarak inşa edilen yapıya ilişkin 17/10/2006 günlü, yapı tatil tutanağının ... yapı yerine asılmadığı ve bir örneğinin de muhtara bırakılmadığı anlaşıldığından... yasa hükmü uyarınca tanzim olunmayan yapı tatil tutanağına dayalı olarak tesis edildiği anlaşılan dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”⁵² “ ifadelerine yer vermiştir.

⁵⁰ Eski 6785 sayılı İmar Kanunu’nda mahallinde tutulaca tutanağın bir nüshasının yapı sahibine, bir nüshasının sorumlu fen adamına, bir nüshasında belediyeye verilmesi düzenlenmiş iken; ilgililere ulaşılamaması ya da işlemi tebellüğ etmekten kaçınmaları halinde tutanağın, ilgililerin adreslerine taahhütlü olarak posta ile gönderilmesi zorunlu kılınmıştır.

⁵¹ “Ruhsatsız ya da ruhsatına aykırı olarak inşa edilen yapılara ilişkin genel kurallar getiren, 3194 sayılı Yasanın 32.maddesinde bahsi geçen yapı sahibinin öncelikle taşınmazın maliki olarak nitelendirilmesi gerek”eceği hakkında bkz. Danıştay 6.D., E:2000/7365, T.6/2/2002; “Yapı tatil tutanağında 3194 sayılı Yasanın 32.maddesinde belirtilenleri yerine getirmekte sorumlu olan gerçek yapı sahibinin gösterilerek yapıya asılması gerekti hakkında”ki karar için bkz. Danıştay 6.D., E:2004/2523, K:2006/2874, T.30/5/2006.

⁵² Danıştay 6.D, E.2008/5174, K.2010/3473, T.7/4/2010.

Dikkat edilmesi gereken diğer bir hususta yapı tatil tutanağına; yapı tatil zaptının yapı üzerine asıldığına ve bir nüshasının da muhtara bırakıldığına yönelik hususlarında yazılması gerektiğidir. Aksi takdirde yapı tatil tutanağı ya da belediye veya il encümeni kararının yargısal denetiminin yapıldığı sırada ilgili kişi tarafından söz konusu yapı tatil tutanağının yapıya asılmadığına ilişkin iddiaların karşılanabilmesi mümkün gözükmemektedir. Yüksek Mahkeme bu duruma yönelik bir kararında:

“... Dosyanın incelenmesinden, uyuşmazlık konusu yerde ruhsatsız yapı yapıldığının 12/10/2001 günlü tutanakla tespit edildiği, ancak bu tutanakta inşaat durumunun tespitine yer verildiği, yapı tatil zaptının yapı üzerine asıldığına ve bir nüshasının muhtara bırakıldığına dair hususların yer almadığı, dolayısıyla yıkım işleminin dayanağı tutanağın 3194 sayılı Yasanın 32.maddesinde ön görülen hususları taşımadığı anlaşılmıştır..⁵³” ifadelerine yer vererek söz konusu durumu hukuka aykırı bulmuştur.

İmar Kanunu 32.maddesinde yer alan hükümler yapı tatil tutanağının nasıl ilgiliye tebliğ edilmiş sayılacağına düzenlemektedir. Dolayısıyla sonradan alınacak olan yıkım kararının tebliğ açısından bu hükümlerin uygulanmasına olanak bulunmamaktadır⁵⁴. Yıkım kararları ancak Tebligat Kanunu'nda yer alan genel tebliği hükümlerine göre ilgisine tebliğ edilecektir. Aksi bir durum Kanunun açık düzenlemesine aykırı olması nedeniyle tebligatın usulsüz yapılması sonucunu doğuracaktır. Danıştay söz konusu duruma paralel bir kararaında:

“... Anılan hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden, bir yapının ruhsatsız ya da ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapıldığının tespit edilmesi halinde 3194 sayılı İmar Kanununun 32.maddesi uyarınca düzenlenecek olan yapı tatil tutanağının bir nüshasının yapı yerine asılması, bir nüshasının da muhtara bırakılması ile yapı sahibine tebliğ edilmiş sayılacağı, tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren en çok bir ay içinde yapının ruhsata uygun hale getirilerek veya ruhsat alınarak yapının imar mevzuatına uygun hale getirilmemesi durumunda tesis edilecek yıkım işleminin ise ilgisine tebliğ edilmesinin şart olduğu, ilgilisi, tebligat yapılan adreste oturmuyor ise bu işlemin yapı yerine asılması ve muhtara bırakılması halinde ilgisine tebliğ edilmiş sayılamayacağı, bu usulün kanunda sadece yapı tatil zaptının tebliğ durumu için düzenlendiği, yıkım işleminin tebliğ konusunda ise aksi

⁵³ Danıştay 6.D, E.2003/6322, K.2005/2724, T.11/5/2005.

⁵⁴ DUMAN, s.474.

ispatlanamadıkça ilgilinin öğrenme tarihi olarak beyan ettiği tarihin kabulü gerektiği sonucuna varılmaktadır...⁵⁵”

Şeklinde değerlendirmede bulunarak, yapıya asılarak tebliğ edildiği iddia edilen bir yıkım kararının usulüne uygun olarak tebliğ edilmediği gerekçeyle isabetli olarak davayı süresinde görmüştür.

Yukarıda ayrıntısına yer verilen süreç tamamlandıktan sonra yapı mühürlenecek ve inşaatın devam ettirilmesi durdurulacaktır. Halil Kalabalık Mühürleme işlemini; öncelikle bir yaptırım olarak tanımlamakta ve devamında ise imara aykırı yapının yıktırılması yaptırımının ilk aşaması olarak değerlendirmektedir⁵⁶. Kanaatimizce söz konusu yaklaşım yıkım işlemi açısından hatalıdır. Öncelikle daha öncede değinildiği üzere yıkım işlemi hukuki niteliği itibariyle bir kolluk faaliyetidir. Dolayısıyla hukuka aykırı olarak inşa edilmiş olan bir yapı, inşa eden yapı ya da ruhsat sahiplerine karşı yaptırım olarak hukuk aleminden kaldırılmamakta, aksine idari kolluk faaliyetinin bir gereği olarak kamu düzeni ve esenliğine aykırı yapının bir an önce hukuk aleminden kaldırılması amacının gerçekleştirmeye yönelik olarak kaldırılmaktadır. Kalabalık’ın görüşünün benimsenmesi halinde ise ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapılması fiilinin karşılığı olarak hem yıkım yaptırımı hemde idari para cezası yaptırımının uygulanacağı anlamına gelir ki bu görüş bir fiilden dolayı yapı ya da ruhsat sahiplerinin iki farklı ceza ile cezalandırılmaları sonucunu doğurur. Mühürleme işlemi ise gerçekten Kalabalık’ın nitelendirmesi gibi bir idari yaptırım⁵⁷ niteliği taşımakta ve ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapmanın sonucu olarak inşaatın durdurulmasına yol açmaktadır.

d)Yapı Sahibine Süre Verilmesi: 3194 sayılı Kanun’un 32.maddesine göre ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı mühürlenip durdurulduktan sonra durdurma zaptının yapıya asılmasından itibaren yapı sahibinden en çok 1 ay içerisinde yapıya ruhsat alması ya da yapıyı mevcut ruhsata uygun hale getirilmesi istenir⁵⁸. Bu 1 aylık sürenin miktarı ilgili yapıdaki giderilecek

⁵⁵ Danıştay 6.D, E.2001/37, T.26/3/2002.

⁵⁶ KALABALIK, İmar Hukuku, s.1471.

⁵⁷ İdari Yaptırım kavramı 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nda;”Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımlar, idari para cezası ve idari tedbirlerden ibarettir.İdari tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir.” şeklinde gösterilmiştir.Dolayısıyla mühürleme işlemi niteliği itibariyle bir idari tedbir konumunda bulunması sebebiyle idari yaptırım olarak kabul edilebilir.

⁵⁸ ÇAĞLAYAN, s.778.

aykırılığın durumuna göre değişebilir⁵⁹. Dolayısıyla 30 günlük süre verilebilecek sürenin üst sınırıdır ilgili idare gerekli görmesi halinde daha az süre de takdir edebilir.Sözkonusu süre içerisinde ilgilinin ruhsat başvurusu yapmış ancak kendisine henüz olumlu ya da olumsuz cevap verilmemiş ise bir aylık süre geçmiş olsa bile ruhsat ya da aykırılıkların ruhsata bağlatılması talebine ilişkin başvuruların sonuçlarının beklenmesi gerekir⁶⁰. Aksi takdirde ilgilinin yaptığı ruhsat başvurusunun olumlu sonuçlanması halinde gereksiz yere yapının yıkılması durumuyla karşılaşmış olunacaktır.

(1)Ruhsat Alınmadan Yapıya Başlanmıştır ise: İnşaat ruhsatı almadan yapıya başlanmış olmakla birlikte; söz konusu inşaatın kanun, imar planı ve yönetmelik hükümlerine uygun olarak yapılması mümkün ise bu halde yapı sahibinin inşaatı durdurma işleminden itibaren 1 ay içerisinde ruhsat için gerekli belgeleri hazırlayarak belediye ya da il özel idaresine başvurması; ilgili idarelerin ise bu belgeleri inceledikten sonra bunlardan her hangi bir eksiklik ya da hata görmemesi halinde gerekli inşaat ruhsatını vermesi gereklidir⁶¹. Eğer yapının ruhsata bağlanmasına olanak bulunmamakta ise o zaman süre verilmesine de gerek bulunmamaktadır⁶². 32.madde de yer alan süre hukuka aykırılıkların telafi edilmesi amacıyla ilgili yapı sahibine tanınan bir haktan ibarettir.Ancak imar mevzuatı açısından ilgilinin taşınmazı için ruhsat düzenlenmesine olanak bulunmaması halinde taşınmazın her halde yıkımına karar verilecek olması nedeniyle yeniden bir süre⁶³ verilmesinin hukuken bir anlamı olmayacaktır.

(2)Ruhsat ve Eklerine Aykırı İnşaat Yapılmış İse: Aykırılıklar yürürlükteki İmar mevzuatına uygun olmakla birlikte projesine aykırı olabilir. Örneğin projesinde yer almamasına rağmen yönetmeliğe uygun çıkma

⁵⁹ ERGEN, İmar Davaları Rehberi , 607-608; KALABALIK, İmar Hukuku, s.1485.

⁶⁰ YASİN, s.72.

⁶¹ KARAVELİOĞLU, s.1213;

⁶² ERGEN, İmar Davaları Rehberi, s.608;KARAVELİOĞLU, s.1213; YASİN, s.71; KALABALIK, İmar Hukuku, s.1485.

⁶³ Bu kapsamda verilen bir Danıştay kararında, “3194 sayılı Yasanın 32. maddesinde belirtilen bir aylık süre, yapı tatil tutanağıyla inşaatın mühürlenme tarihinden itibaren yapı sahiplerine tanınması gereken sürenin üst sınırı olup, olayın niteliğine göre daha az bir süre tanınması da mümkündür. Ruhsata bağlanma olanağı bulunmayan ruhsatsız ya da ruhsat ve eklerine aykırı inşaatlar hakkında böyle bir sürenin öngörülmemesinin yıkım işlemini sakatlamayacağı açıktır.Dosyanın incelenmesinden, uyumsuzluk konusu yapının imar yoluna tecavüzlü olduğunun ve bu durumuyla ruhsata bağlanmasının mümkün bulunmadığının anlaşılması karşısında, ruhsata bağlanabilmesi için bir aylık süre tanınmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.”ifadelerine yer verilmiştir. Danıştay 6.D, E.1996/21, T.3/4/1997.

yapılmış olabilir. Bu takdirde ilgiliye gerekli işlemleri yapmak üzere 1 aylık süre verilir ve bu süre içerisinde projeye ya da ruhsata olan aykırılıkların giderilmesi istenir⁶⁴. Yapının ruhsata bağlanabilir olduğunun idarece kabul edilerek ruhsat alınması için yapı ya da ruhsat sahibine süre verildiği durumlarda mevzuata aykırılıkların giderilmesi için yapılan ruhsat talebinin incelenmesi aşamasında yapının ruhsata bağlanabilir yapı olmadığı anlaşılırsa ruhsat talebi reddedilebilir⁶⁵. Ancak bu durum olumlu bir uygulama teşkil etmez. Ruhsata aykırılıkların giderilmesi için süre verilen ilgili, bu kapsamda maddi harcamanın yanında manevi bir beklenti içerisine de girebilir, sonrasında olumsuz cevap verilmesi kanaatimizce hukuki öngörülebilirlik ve haklı beklenti ilkeleriyle bağdaşmayacaktır. Yapılması gereken yapı tatil tutanaklarında bu durumun tespit edilerek ruhsata bağlatılıp bağlatılamayacağının belirtilmesi ya da encümen kararlarında bu durumun açık ve net yazılmasıdır.

e)Yıkım Kararı Alma: Yıkım işleminin sonuçlarının çok ağır olması nedeniyle incelemelerin titizlikle yapılması ve yasal prosedüre istinasız uyulması gerekmektedir. Yıkım işlemlerinde olaya özgün inceleme yapılmalı ve yapının şehircilik ve imar kurallarına uygun olup olmadığı da araştırılmalıdır⁶⁶. Bir yapı, izin almadan yapılmış olmakla birlikte İmar mevzuatına herhangi bir aykırılık taşımıyorsa yıktırılamaz.Yaptırım yıkıma yönelik değil bina ya da yapının ruhsata bağlanmasını sağlamak için uygulanır. Bu yüzden yıkıma konu yapının imar planı ve mevzuatı uyarınca ruhsata bağlatıp bağlatılamayacağı öncelikle araştırılmalıdır⁶⁷.

Yıkım kararı idarenin yaptığı birel-koşul işlemlerdendir⁶⁸. Yıkım kararı sonucunda yıkım eyleminin uygulanması yıkım kararının icrası niteliğinde olup idari işlem niteliğindedir. Dolayısıyla da yıkım kararının uygulanması bir eylem değil idari işlemin icrasına yönelik bir harekettir. Ancak öncesinde herhangi bir yıkım kararına dayanmayan yıkım uygulaması bir idari eylem oluşturabilmektedir⁶⁹.

İmar Kanunu'nun 32.maddesine göre yukarıda yer verilen sürecin tamamlanmasından sonra 30 günlük süre içerisinde de ilgili ruhsata ve ekler-

⁶⁴ KARAVELİOĞLU, s.1214;

⁶⁵ KALABALIK, İmar Hukuku, s.1486.

⁶⁶ YILMAZ, s.96;DUMAN, s.470.

⁶⁷ DUMAN, s.471.

⁶⁸ “Bireysel idari işlemler, kişisel ve özel durumlara ilişkin olan idari işlemlerdir...Bireysel idari işlemlere idari kararlarda denir” GÖZLER, İdare Hukuku, s.559-560.

⁶⁹ YILMAZ, s.96;KALABALIK, İmar Hukuku, s.1491.

ine aykırılıkların giderilmemesi ya da ruhsat alınmaması halinde belediye ve mücavir alan sınırları içerisinde belediye encümeni⁷⁰ dışında ise il daimi encümeni kararı ile yapının yıktırılmasına karar verilecektir. Yıkım kararının verilebilmesi için 30 günlük sürenin bitiminde idare tarafından ikinci kez bir tespit yapılması zorunlu kılınmamıştır. Yapı sahibi tarafından bu sürenin bitiminden önce gerekli aykırılıkların giderildiğine yönelik olarak ilgili idareye başvuruda bulunulması gerekmektedir. Danıştay tarafından bu konu da verilen bir kararında

“...İmar Kanunu'nun32.maddesi; idareye uygun olarak düzenlenmiş 1.yapı tatil zaptından sonra, yapının eski hale getirilip getirilmediği hususunun belirlenmesi için 2.kez tespit yapma mükellefiyeti yüklememiştir.

Bu durumda 3194 sayılı Kanun'un 32.maddesi uyarınca tesis edilen ...yıkım işleminde hukuka aykırılık bulunmadığı...⁷¹” ifadelerine yer verilmiştir.

Yapı tatil tutanağı ile yapı sahibine tanınan bir aylık süre beklenmeden yapının yıkımı hakkında karar verilmesinin işlemi şekil açısından sakatlayacağı kuşkusuzdur⁷². Ancak Danıştay kimi kararlarında bu bir aylık süre içerisinde ilgilinin idareye her hangi bir başvurusunun olmaması halinde işlemin iptaline karar vermemektedir. Bu doğrultuda verdiği bir kararında:

“...yapı tatil tutanağı düzenlendikten sonra 3194 sayılı yasanın 32.maddesinde öngörülen bir aylık süre beklenmeksizin yıkımı yolundan encümen kararı alınmış ise de, davacı tarafından dava açılınca kadar geçen sürede davalı idareye ruhsat istemiyle herhangi bir başvuruda da bulunulmamıştır. Bu durumda, İdare Mahkemesi'nce usulüne uygun olarak düzenlenen yapı sahibine tebliğ edilen yapı tatil tutanağı üzerine davacı tarafından herhangi bir ruhsat başvurusunda bulunulmadığı açık olup yıktırılması yolundaki encümen kararında hukuka aykırılık bulunmadığı...⁷³” şeklinde belirleme yapmıştır.

Danıştay kararı ilk bakışta açık bir şekilde aykırılık olmasına karşılık işlemi hukuka uygun bulması nedeniyle eleştirilebilirse de kararda haklı taraflarında bulunduğu kuşkusuzdur. Gerçekten İmar Kanunu'nun 32.maddesinde yer alan 1 aylık sürenin konuluş amacı bu süre içerisinde aykırılıkların giderilmesi ya da ruhsat alınmasıdır. Her ne kadar idare bu 1 aylık süreye uymadan yıkım işlemi tesis etmiş olsa da ilgili tarafından davanın açılması

⁷⁰ ERKÜN, İmar Hukuku Prensipieri, s.214;DUMAN, s.470.

⁷¹ Danıştay 14.D, E.2011/2578, K:2011/1841, T.19/10/2011

⁷² YASİN, s.72.

⁷³ Danıştay 6.D, E.1992/358, K:1993/956, T.10/3/1993.

aşamasına kadar belediyeye ya da il özel idaresine aykırılıkların giderilmesi yönünde bir başvuru yok ise bu takdirde ilgili kişi tarafından kanunda yer alan 1 aylık süre içerisinde aykırılıkların giderilmesi amacının bulunmadığı açık olup sadece 1 aylık süreye uyulmadığı gerekçesiyle yıkım işleminin hukuka aykırı bulmak hukuki gözükmemektedir.

Yıkım işlemine yönelik olarak belediye ya da il daimi encümeni kararı alınırken işlemin kimin hakkında tesis edileceği çoğu zaman sorun oluşturmaktadır. Gerçekten ruhsat ve eklerine yapı yapılması durumunda; sorumlu tutulması ve hakkında işlem tesis edilmesi gereken bu aykırılığı yapan kişi mi yoksa yapının kendisi dolayısıyla da yapı sahibi mi olmalıdır? Daha belirgin bir örnekte bir taşınmazı mimari projeye aykırı olarak tadilatla bulunan kiracı nedeniyle yıkım işlemi kiracı hakkında mı yoksa yapının sahibi hakkında mı tesis edileceği tartışma konusu olabilmektedir. Söz konusu aykırılık halinde idari para cezası verilmesi durumunda bu işlemin cezaların şahsiliği ilkesi uyarınca aykırılık kimin tarafından yapıldı ise onun adına dolayısıyla da kiracı adına tesis edilmesi gerektiği açıktır. Ancak yıkım işlemi kişi adına değil hukuka aykırı yapı için tesis edilen ve o yapıyı kamu düzeninin bozulmasını önlemek amacıyla ortadan kaldırmayı amaç edinen bir işlemdir. Bu yüzden de yıkım işleminin, aykırılık kimin tarafından yapılırsa yapılsın, ilgili yapı adına tesis edilmesi gereklidir. Bu takdirde kural olarak ruhsat alınarak inşa edilen ancak sonradan ruhsata aykırı olarak yapılan yapılar için ruhsat sahibi⁷⁴, ruhsatı hiç olmayan yapılar için ise taşınmaz sahibinin muhatab alınacağı söylenebilir⁷⁵. Hisseli taşınmazlarda ise yapıyı inşa eden belli değil ise tüm paydaşlar sorumlu tutulur⁷⁶. Yüksek Mahkeme konuyla ilgili kararında;

“...Ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak inşa edilen yapılara ilişkin uygulanacak yasal prosedürü belirleyen 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 32.maddesi uyarınca uygulanacak idari müeyyidelerde (yıkım veya projeye uygun hale getirme) asıl olan yapı olup, bu müeyyide ile yapının ruhsatlandırılması,

⁷⁴ Danıştay; ruhsat sahibi olan malikin ölmesi halinde murisçileri adına tesis edilen yıkım işlemi ile ilgili olarak “...Yukarıda içeriği Yasa hükmünde esas olan ‘ruhsatsız yapı’ olduğundan üzerinde yapı bulunan taşınmazın malikinin yanı sıra bu yapıyı inşa eden kişinin de yapı sahibi olarak kabulü suretiyle işlem tesis edilmesi mümkündür. Malikin ölmüş olması mirasçılardan söz konusu işleme karşı dava açmalarına engel teşkil etmeyeceği gibi dava konusu yıkım işleminin yapıyı esas alan bir işlem olması nedeniyle ölmüş kişi adına tesis edilmiş olması işlemi sakatlamayacaktır...” şeklinde karar vermiştir. Danıştay 6.D, E.2003/3742, K:2005/594. T.8/2/2005.

⁷⁵ YASİN, s.60; KALABALIK, İmar Hukuku, s.1494.

⁷⁶ DUMAN, s.473.

yıkımı veya ruhsat eki projesine uygun hale getirilmesi amaçlanmaktadır.

Olayda da, dava konusu işlemin yapı hakkında tesis edilmiş olduğu anlaşılmış olup 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32.maddesine uygun olarak yapı hakkında tesis edilen işlemde bu yönde hukuka aykırılık bulunmadığından, İdare Mahkemesince... söz konusu aykırılığa sebebiyet verdiği iddia edilen kiracı adına tesis edilmesi gerektiğinden bahisle verilen iptal kararında yasal isabet görülmemiştir.⁷⁷” görüşüne yer vererek yıkım kararının kiracı adına tesis edilmesini kanuna uygun görmemiştir.

3194 sayılı Kanunun 32.maddesinin son fıkrasında ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapılan binanın, belediye encümeni veya il idare kurulu (5302 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden sonra il encümeni olarak değerlendirilmeli) kararını müteakip, belediye veya valilikçe yıktırılacağı ve masrafin yapı sahibinden tahsil edileceği hükme bağlanmıştır. Görüldüğü üzere kanun koyucu kamu güzenine aykırı olarak yapılmış bir yapının her ne surette olursa olsun varlığını devam ettirmesinin istememiş ve gerekli tebligatlar yapıldıktan sonra halen yapı ortadan kaldırılmamış ise bu yapının ortadan kaldırılması yükümlülüğünün ilgili belediye ya da valiliğe bırakmıştır. Ancak söz konusu idareler tarafından yıkım işleminin gerçekleştirilmesi halinde ise yıkım masraflarının da yapı sahibinden tahsil edileceğini hükme bağlamıştır. Madde hükmünden de açıkça anlaşılacağı üzere yapı sahibinden tahsil edilebilecek tutar sadece yıkım masrafı⁷⁸ olup fazlasına kanun koyucu izin vermemektedir.

II) İMAR PARA CEZASI

Yasada açıkça belirlenen idari ihlaller nedeniyle her hangi bir yargı kararına gerek kalmaksızın yasanın doğrudan doğruya idari makamlarca verilebileceğine izi verdiği ve bir miktar paranın alınması sonucunu doğuran idari yaptırım türlerine idari para cezaları denir⁷⁹. İdari para cezalarının ceza mahkemelerince verilen ceza yaptırımlarından ayırıcı noktası bu cezaların bir yargı organınca ve ceza usulü kurallarına göre verilmemesidir.

⁷⁷ Danıştay 14.D, E.2011/3622, K:2011/2518, T.4/11/2011

⁷⁸ Danıştay yapı sahibinden yıkım masrafının %30 fazlasıyla beraber tahsiline yönelik bir işlemin denetlenmesi ne yönelik bir kararında “...Yukarda yer verilen mevzuat hükmü değerlendirildiğinde, ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapılan yapının, belediye encümeni veya il idare kurulu kararını müteakip, belediye veya valilikçe yıktırılacağı ve masrafının yapı sahibinden tahsil edileceği düzenlenmiş olup madde metnin yıkım masrafının %30 fazlasıyla yapı sahibinden alınacağına dair bir hüküm olmamasına rağmen dava konusu işlem ile bu masrafın davacıdan istenilmesinde hukuka ve mevzuata uyarlık bulunmadığı...” gerekçesine yer vermiştir.Danıştay 14.D, E.2011/3936, K:2011/2316, T.2/11/2011

⁷⁹ YILMAZ, s.112.

İmar para cezaları da imar mevzuatında belirtilen düzenlemelere aykırı davranılması halinde herhangi bir mahkeme kararına gerek kalmadan ilgili idare tarafından düzenlenebilecek olan idari para cezalarıdır⁸⁰. Söz konusu İmar Kanunu'nun 42. maddesi⁸¹ hükmü Anayasa Mahkemesi'nce⁸² iptal edilmesi üzerine yeniden düzenlenmiş ve madde hükmünde ayrıntılı olarak imar para cezalarının miktarı ve usulüne yer verilmiştir. 42.madde de⁸³ ruh-

⁸⁰ ÇOLAK-ÜNGÖREN, s.150.

⁸¹ İmar Kanunu'nun 42. maddesinin 1.fıkrasının önceki hali "Ruhsat alınmadan veya ruhsat veya eklerine veya imar mevzuata aykırı olarak yapılan yapının yapı sahibine ve müteahhidine, istisnalar dışında özel parselasyon ile hisse karşılığı belirli bir yer satan ve alana 500.000 liradan 25.000.000.-liraya kadar para cezası verilir. Ayrıca fenni mesule bu cezaların 1/5'inin uygulanır." hükmü düzenlenmekte idi. Anılan hükmün "500.000 liradan 25.000.000.-liraya kadar para cezası verilir" şeklindeydi.

⁸² Söz konusu maddenin Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması üzerine Mahkeme"...İdari makamların Yasa'nın belirlediği sınırlar arasında cezanın takdirinde esas alacakları objektif ölçütler Yasa'da gösterilmemiştir. Yasa'yla imar para cezasının alt ve üst sınırları gösterilmiş, bu alan içinde cezayı uygulama yetkisi idareye bırakılmıştır. İdarelerin hangi ölçütleri esas alacakları açık, belirgin ve somut olarak Yasa'da yer almamıştır. Yasa kuralı bu anlamda belirli ve öngörülebilir değildir. Alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanı geniş, sınırsız ve ölçüsüzdür. Cezanın belirlenmesinin alt ve üst sınır arasında elli kat gibi makul ve ölçülü olmayan şekilde genişliği, uygulamada, yorum ve değerlendirme farklılıklarına dayalı olarak eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfiliğe yolaçabilecek niteliktedir.Yasakoyucu, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, cezaların yasallığı ve hukuksal güvenlik ilkelerinin gereği olarak, farklı ve keyfi uygulamalara neden olmamak için, imar hukukuna uygun geçerli sebepler ve objektif ölçütleri yasa da göstermesi gerekir. Cezanın Yasa'da gösterilen sınırlar arasında idarece belirlenmesinde, yapının, taşkın, heyelan, kaya düşmesi gibi afet alanlarında bulunan, sıhhi ve jeolojik mahsurları olan veya bunlar gibi tehlikeli durumlar göstermesi nedeniyle imar planlarına veya ilgili idarelerce hazırlanmış, onaylanmış raporlara göre yapılması yasak olan alanlara, imar planlarında umumi hizmet alanlarına, kamu tesis alanlarına ve yapı sahibine ait olmayan alanlara yapılması; hangi amaçla yapıldığı, büyüklüğü ve konut, ticari, sanayi, otel, akaryakıt istasyonu gibi niteliği; fen ve sağlık kurallarına aykırılık taşınması; içinde oturan veya çalışacak kişiler için tehlike oluşturması; çevresinde ya da aynı bölgede emsal yapılar için uygulanan imar para cezaları; kente ve çevreye etkisi; bitmiş ve kullanılabilir durumda olması gibi ölçütlere yer verilmemiştir. Bu tür idari işlemlere karşı yargı yolu açık olmakla birlikte, bu güvencenin uygulama aşamasından sonra ve ancak itiraz yoluyla ortaya çıkacağı göz önünde bulundurulduğunda, yasa kurallarının yürürlükte olduğu sürece keyfiliği ortadan kaldırmaya yeterli olduğu söylenemez. Hukuk kuralları, yargının yorumuna ihtiyaç göstermeyecek ve uygulayıcılar tarafından anlaşılabilecek şekilde açık ve belirgin olmak, uygulayıcılara güvence vermek zorundadır. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir. " gerekçeyle Kanun maddesinin iptaline karar vermiştir. AYM, E:2005/5, K:2008/93, K.T:17.4.2008, RG.5/11/2008.

⁸³ Kanun maddesinin tamamı" İdari Müeyyideler:**Madde 42**-Bu maddede belirtilen ve imar mevzuatına aykırılık teşkil eden fiil ve hallerin tespit edildiği tarihten itibaren on iş günü içinde ilgili idare encümenince sorumlular hakkında, üstlenilen her bir sorumluluk için ayrı ayrı olarak bu maddede belirtilen idari müeyyideler uygulanır.

Ruhsat alınmaksızın veya ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının sahibine, yapı müteahhidine veya aykırılığı altı iş günü içinde idareye bildirmeyen ilgili fenni mesullere yapının mülkiyet durumuna, bulunduğu alanın özelliğine, durumuna, niteliğine ve sınıfına, yerleşmeye ve çevreye etkisine, can ve mal emniyetini tehdit edip etmediğine ve aykırılığın büyüklüğüne göre, beşyüz Türk Lirasından az olmamak üzere, aşağıdaki şekilde hesaplanan idari para cezaları uygulanır:

a) Bakanlıkça belirlenen yapı sınıflarına ve gruplarına göre yapının inşaat alanı üzerinden hesaplanmak üzere, mevzuata aykırılığın her bir metrekaresi için;

- 1) I. sınıf A grubu yapılara üç, B grubu yapılara beş Türk Lirası,
- 2) II. sınıf A grubu yapılara sekiz, B grubu yapılara onbir Türk Lirası,
- 3) III. sınıf A grubu yapılara onsekiz, B grubu yapılara yirmi Türk Lirası,
- 4) IV. sınıf A grubu yapılara yirmüç, B grubu yapılara yirmibeş, C grubu yapılara otuzbir Türk Lirası,

5) V. sınıf A grubu yapılara otuzsekiz, B grubu yapılara kırkaltı, C grubu yapılara elliiki, D grubu yapılara altmışüç Türk Lirası, idari para cezası verilir. Bu miktarlar her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında bir Türk Lirasının küsuru da dikkate alınmak suretiyle artırılarak uygulanır.

b) Mevzuata aykırılığı yapı inşaat alanı üzerinden hesaplanması mümkün olmayan, yapının cephelerini ve diğer yapı elemanlarını değiştiren veya yapı malzemesi için öngörülen gereklerle aykırı bulunan uygulamalar için, Bakanlıkça yayımlanan ve aykırılığa konu imalatın tespiti tarihinde yürürlükte bulunan birim fiyat listesine göre ilgili idarece belirlenen bedelin % 20'si kadar idari para cezası verilir.

c) (a) ve (b) bentlerine göre cezalandırmayı gerektiren aykırılığa konu yapı;

- 1) Hisseli parselde diğer maliklerin muvafakati alınmaksızın yapılmış ise cezanın % 30'u,
- 2) Kamuya veya başkasına ait bir parselde yapılmış ise cezanın % 40'ı,
- 3) Uygulama imar planında veya parselasyon planında "Kamu Tesisi Alanı veya Umumi Hizmet Alanı" olarak belirlenmiş bir alanda yapılmış ise cezanın % 60'ı,
- 4) Mevcut haliyle veya öngörülen bir afet tehlikesi karşısında can ve mal emniyetini tehdit ediyor ise cezanın % 100'ü,
- 5) Uygulama imar planı bulunan bir alanda yapılmış ise cezanın % 20'si,
- 6) Yapılaşmaya yasaklanmış bir alanda yapılmış ise cezanın % 80'i,
- 7) Özel kanunlar ile belirlenmiş özel imar rejimine tabi bir alanda yapılmış ise cezanın % 50'si,
- 8) Ruhsatsız ise cezanın % 180'i,
- 9) Ruhsatı hükümsüz hale gelmesine rağmen inşaatı sürdürülüyor ise cezanın % 50'si,
- 10) Yapı kullanma izin belgesi alınmış olmakla birlikte, ruhsat alınmaksızın yeni inşaf faaliyetine konu ise cezanın % 100'ü,
- 11) İnşaf faaliyetleri tamamlanmış ve kullanılmıyor ise cezanın % 10'u,
- 12) İnşaf faaliyetleri tamamlanmış ve kullanılıyor ise cezanın % 20'si,
- 13) Çevre ve görüntü kirliliğine sebebiyet veriyor ise cezanın % 20'si,

(a) ve (b) bentlerinde belirtilen şekilde tespit edilen para cezalarının miktarına göre ayrı ayrı hesap edilerek ilave olunur. Para cezalarına konu olan alanın hesaplanmasında, aykırılıktan etkilenen alan dikkate alınır.

18, 28, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 40 ve 41 inci maddelerde belirtilen mükellefiyetleri yerine getirmeyen veya bu maddelere aykırı davranan yapı veya parsel sahibine, harita, plan, etüt ve proje müelliflerine, fenni mesullere, yapı müteahhidine ve şantiye şefine, ilgisine göre ayrı ayrı olmak üzere ikibin Türk Lirası, bu fiillerin çevre ve sağlık şartlarına aykırı olması halinde dörtbin Türk Lirası, can ve mal emniyetini tehdit etmesi halinde altıbin Türk Lirası idari para cezası verilir.

sat ve eklerine aykırı yapı yapmakla ilgili olarak “Bu maddede belirtilen ve imar mevzuatına aykırılık teşkil eden fiil ve hallerin tespit edildiği tarihten itibaren on iş günü içinde ilgili idare encümenince sorumlular hakkında, üstlenilen her bir sorumluluk için ayrı ayrı olarak bu maddede belirtilen idari müeyyideler uygulanır....8, 28, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 40 ve 41 inci maddelerde belirtilen mükellefiyetleri yerine getirmeyen veya bu maddelere aykırı davranan yapı veya parsel sahibine, harita, plan, etüt ve proje müelliflerine, fenni mesullere, yapı müteahhidine ve şantiye şefine, ilgisine göre ayrı ayrı

Yapıldığı tarih itibarıyla plana ve mevzuata uygun olmakla beraber, mevcut haliyle veya öngörülen bir afet tehlikesi karşısında can ve mal emniyetini tehdit ettiği veya edeceği ilgili idare veya mahkeme kararı ile tespit olunan yapılara, ilgili idarenin yazılı ikazına rağmen idarece tanınan süre içinde takviyede bulunmayan veya bu yapıları 39 uncu madde uyarınca yıkmayan yapı sahibine onbin Türk Lirası idari para cezası verilir.

27 nci maddeye göre il özel idaresince belirlenmiş köy yerleşme alanı sınırları içinde köyün nüfusuna kayıtlı olan ve köyde sürekli oturanlar tarafından, projeleri il özel idaresince incelenerek fen, sanat ve sağlık şartlarına uygun olmasına rağmen muhtarlık izni olmaksızın konut ve zatî maksatlı tarım ve hayvancılık yapısı inşa edilmesi halinde yapı sahibine üçyüz Türk Lirası idari para cezası verilir. Bu yapılardaki diğer aykırılıklar ve ruhsata tabi tarım ve hayvancılık maksatlı yapılardaki aykırılıklar için verilecek olan idari para cezası, üçyüz Türk Lirasından az olmamak üzere, ikinci fıkraya göre hesaplanan toplam ceza miktarının beşte biri olarak uygulanır.

Yukarıdaki fıkralarda belirtilen fiil ve hallerin, yapının inşa edilmesi süreci içinde tekrarı halinde, idari para cezaları bir kat artırılarak uygulanır.

Yukarıdaki fıkralar uyarınca tahsil olunan idari para cezaları, aynı fiil nedeniyle 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 184 üncü maddesine göre mahkûm olanlara faizsiz olarak iade edilir.

Yapının bu Kanuna, ilgili diğer mevzuata, plana, ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere uygun hale getirilmesi için idarenin yazılı izni dahilinde yapılan iş ve işlemler mühür bozma suçunu teşkil etmez.

Müelliflerin, fenni mesul mimar ve mühendislerin, yapı müteahhitlerinin, şantiye şefi mimar ve mühendislerin, imar mevzuatına aykırı fiillerinden dolayı verilen cezaları ve haklarındaki kesinleşmiş mahkeme kararları, kendi kayıtlarına işlenmek ve ilgili mevzuata göre cezai işlem yapılmak üzere, üyesi bulundukları meslek odasına ve Bakanlığa ilgili idarece bildirilir. Bu kişiler, verilen ceza süresi içinde yeni bir iş üstlenemez.

Yapı müteahhidinin yetki belgesi;

a) Yapım işinin ruhsata ve ruhsat eki etüt ve projelere aykırı olarak gerçekleştirilmesi ve 32 nci maddeye göre verilen süre içinde aykırılığın giderilmemesi halinde beş yıl,

b) Yapım işinde ruhsat eki etüt ve projelere aykırı olarak gerçekleştirilen imalatın can ve mal güvenliğini tehdit etmesi halinde on yıl,

c) Bakanlıkça olumsuz kayıt değerlendirmesi yapılan hallerde bir yıl,

süreyle Bakanlıkça iptal edilir. Yapı müteahhidinin, yapım işlerinden doğan vergi ve sigorta primi borçlarını ödememesi ve diğer sorumluluklarını yerine getirmemesi hallerinde yetki belgesi bir yıldan az olmamak üzere Bakanlıkça iptal edilir ve bunlara sorumluluklarını yerine getirinceye kadar yeni yetki belgesi düzenlenmez. Yetki belgesi iptal edilen yapı müteahhidi yeni yetki belgesi düzenleninceye kadar yeni iş üstlenemez, ancak mevcut işlerini tamamlar. Yetki belgeli yapı müteahhidi olmaksızın başlanılan yapının ruhsatı iptal edilir ve yapı mühürlenir.”şeklindedir.

olmak üzere ikibin Türk Lirası, bu fiillerin çevre ve sağlık şartlarına aykırı olması halinde dörtbin Türk Lirası, can ve mal emniyetini tehdit etmesi halinde altıbin Türk Lirası idari para cezası verilir.⁸⁴” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükme göre imar mevzuatına aykırılık teşkil eden fiil ve hareketlerde bulunulması halinde 32.madde de yer alan yıkım işleminin yanında 42.madde de belirtilen imar para cezası uygulamasına gidilebilecek ayrıca verilen süre içerisinde aykırılıkların giderilmemesi halinde ek olarak yapı veya parsel sahibine tekrardan para cezası verilebilecektir. Bu takdirde ortaya çıkan sorun imar mevzuatına aykırı yapı yapan kişi bu şekilde tek fiili nedeniyle birden fazla yaptırımla karşı karşıya kalmakta mıdır? Başka bir ifadeyle ilgiliye tek fiili nedeniyle iki farklı ceza verilebilir mi ve burada tek fiilmi sözkonusudur. Yıkım kararı niteliği itibariyle bir yaptırım olmaması nedeniyle bir üçüncü yaptırım olarak bu tartışmaya konu edilmemektedir. Bu bağlamda da bahsi geçen Kanun hükmünde anayasaya aykırılık var mıdır?

Söz konusu tartışma İzmir 3.İdare Mahkemesi'nin itiraz yolu ile 42.maddenin 3.fikrasında yer alan (32) ibaresinin Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurusu üzerine Yüksek Mahkemeye taşınmış, Mahkeme yaptığı inceleme sonrasında verdiği kararında:

“...İtiraz konusu kural, İmar Kanunu'nun 32. maddesine yapılan yorumlamaya ilişkindir. Söz konusu maddede, ruhsat almadan yapıya başlayan veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yaptığı tespit edilen yapı sahibine bir ay içerisinde, yapı ruhsatsız ise ruhsat alma, ruhsat ve eklerine aykırı ise ruhsata uygun hâle getirme, bu iki şekilde hukuka aykırılık giderilmemiş ise yapıyı yıkmaya mükellefiyetleri öngörülmüş, bu yükümlülükleri yerine getirmemenin yaptırımı, anılan Kanun'un 42. maddesinin üçüncü fıkrasında belirlenmiştir.

⁸⁴ Madde gerekçesinde:”Üçüncü fıkarda, 3194 sayılı Kanunun 18 inci maddesinde yer alan kısıtlamalar ve 28 inci maddesinde yer alan yükümlülükler ile 33 üncü maddesindeki umumî hizmetlere ayrılan yerlerde yapılacak muvakkat yapılara, 34 üncü maddesindeki inşaat, tamirat ve bahçe tanzimi ile ilgili tedbirlere ve mükellefiyetlere, 35 inci maddesindeki bina ön cephe hattı ile yol arası ve tabii zeminin kazılmasına, 36 ncı maddesindeki kapıcı dairesi ve sığınaklara, 37 nci maddesindeki otopark tesisine, 40 ncı maddesindeki arsalar, evlerde ve sair yerlerde, halkın sağlık ve selameti için alınması gereken tedbirlere, 41 inci maddesindeki idarece belirlenen yollar üzerinde sakıncalı bina bulunan veya binasız arsaların yola bakan yüzlerinin idarece belirlenen şartlarda kapatılmasına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmeyen veya bu yükümlülükler aykırı davranan yapı veya parsel sahibine, müelliflere, ilgili fenni mesule, yapı müteahhidine ve şantiye şefine, ilgisine göre ayrı ayrı olmak üzere, can ve mal güvenliğini tehdit edip etmemesi, çevre ve sağlık şartlarını etkileyip etkilemediği hususları da tespit edilerek kademeli olarak idari para cezası verilmesi hükmüne bağlanmıştır.” ifadelerine yer verilmiş olup gerekçede belkide unutulduğu için 32.madde hükmüne yer verilmemiştir.

Söz konusu fıkra da geçen “bu maddeye aykırı davrananlar” ibaresi 32. maddede sayılan yükümlülükleri yerine getirmemeyi ifade etmektedir.

Kanun’un 42. maddesinin ikinci fıkrasında, ruhsat alınmaksızın veya ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere ya da imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının sahibine, yapı müteahhidine veya aykırılığı altı iş günü içinde idareye bildirmeyen ilgili fennî mesullere; yapının mülkiyet durumuna, bulunduğu alanın özelliğine, durumuna, niteliğine ve sınıfına, yerleşmeye ve çevreye etkisine, can ve mal emniyetini tehdit edip etmediğine ve aykırılığın büyüklüğüne göre nispi olarak idari yaptırım öngörülmektedir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise bu fıkradan farklı olarak verilen süre içerisinde yükümlülüklerini yerine getirmeyenler için maktu para cezası öngörülmektedir. Bu durumda ikinci fıkra da imar mevzuatına aykırı yapı yapılması cezalandırıldığı hâlde, üçüncü fıkra da verilen süre içerisinde saptanan aykırılığın giderilmemesi cezalandırılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, farklı eylemlere, şartları oluştuğunda ayrı ayrı ceza uygulanması mükerrer cezalandırma olarak nitelendirilemeyeceğinden kural, Anayasa’nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.⁸⁵” ifadelerine yer vermiştir.

Anayasa Mahkemesi tarafında verilen karar kanaatimizce de yerindedir. Kararda belirtildiği üzere 42.madde kapsamında verilen para cezalarının konusunu farklı eylemler oluşturmaktadır. Bunlar imar mevzuatına aykırı yapı yapılması ve verilen süre içerisinde bu aykırılıkların giderilmemesidir. Ancak 42.maddenin ilk halinde bulunmayan bu hükmün hakkaniyet açısından değerlendirilmesinde ise yerinde bir düzenleme olduğu söylenemez. Gerçekten söz konusu madde ile imar mevzuatına aykırı yapı yapan ilgililer çok ağır para cezaları ile karşılaşmaktadır. Oysa ki yapının yıkılması ve bununla beraber para cezası verilmesi yeteri kadar caydırıcılığa sahipken ek olarak verilen süre içerisinde aykırılıkların giderilmemesi halinde yeniden para cezasına hükmedilmesi hakkaniyete uygun düşmemektedir. Kaldı ki verilen süre içerisinde yapıların ruhsata uygun hale getirilmemesi ya da ruhsat alınmaması halinde yapının idare tarafından yıkılarak masrafında sorumlu kişilerden tahsil edilecek olması nedeniyle yeniden para cezasına hükmedilmesine gerek bulunmamaktadır.

İmar Kanunu’nun 42.maddesine göre para cezası verme yetkisinde yıkım kararında olduğu gibi belediye ve mücavir alan sınırları içerisinde belediye

⁸⁵ AYM, E:2011/36, K:2011/181, T:29/12/2011, R.G 5/4/2012.

encümeninde⁸⁶, dışında ise il daimi encümeninde bulunmaktadır. Belirtilen idarelerin dışında başka bir idare tarafından imar para cezası tesisine gidilmesinin işlemi sakatlayacağı açıktır.

İmar Kanunu'nun 42.maddesinin yeni halinde daha önce yer almayan çeşitli düzenlemelerde yer verilmiştir. Kanun hükmüne göre imar mevzuatına aykırılık teşkil eden fiil ve hallerin tespit edildiği tarihten itibaren on iş günü içinde ilgili idare encümenince sorumlular hakkında idari yaptırım uygulanacağı belirtilmektedir. Buna göre belediye encümeni ya da il encümeninin mevzuata aykırılıkların tespiti halinde idari yatırım kararı vermesi için 10 iş günü vardır⁸⁷. Düzenlemeye göre idari yaptırım kararının alınması için 32.madde de yer aldığı şekilde herhangi bir süre verme ya da kapıya asarak tebliğe gerek duyulmamaktadır. Tespit yapıldıktan sonra ilgili idare encümenince 10 iş günü içinde idari para cezasına yönelik olarak karar alınacak ve bu karar genel hükümlere göre sorumluya tebliğ edilecektir.

Yine yeni düzenlemeyle getirilen hükümlerden birisi de 42.maddenin 7.fıkrasında yer alan “Yukarıdaki fıkralar uyarınca tahsil olunan idari para cezaları, aynı fiil nedeniyle 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 184⁸⁸ üncü maddesine göre mahkûm olanlara faizsiz olarak iade edilir.” hükmüdür. Madde hükmü ilk bakışta garip karşılanabilir. Gerçekten düzenlemeye göre söz gelimi ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapmak nedeniyle hakkında idari para cezası verilen kişi aynı zamanda Türk Ceza Kanunu'nun 184.maddesi uyarınca yargılanır ve hakkında mahkumiyet kararı verilirse bu takdirde tahsil edilen para cezası faiziyle birlikte iade edilecektir. Buna göre sorumlu kişi hakkında mahkumiyet kararı verilmesine karşılık neden tahsil edilen para cezasının yeniden iadesine karar veriliyor sorusu akla gelebilmektedir. Bu sorunun cevabı olarak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu

⁸⁶ ÇOLAK-ÜNGÖREN, s.153.

⁸⁷ BİLGİN-SEZER, s.621.

⁸⁸ Türk Ceza Kanunu Madde 184 -Yapı ruhsatıyesı alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapan veya yaptıran kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.Yapı ruhsatıyesı olmadan başlatılan inşaatlar dolayısıyla kurulan şantiyelere elektrik, su veya telefon bağlantısı yapılmasına müsaade eden kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.Yapı kullanma izni alınmamış binalarda herhangi bir sınai faaliyetin icrasına müsaade eden kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.Üçüncü fıkra hariç, bu madde hükümleri ancak belediye sınırları içinde veya özel imar rejimine tâbi yerlerde uygulanır.Kişinin, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yaptığı veya yaptırdığı binayı imar plânına ve ruhsatına uygun hale getirmesi halinde, bir ve ikinci fıkra hükümleri gereğince kamu davası açılmaz, açılmış olan kamu davası düşer, mahkum olunan ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar. İkinci ve üçüncü fıkra hükümleri, 12 Ekim 2004 tarihinden önce yapılmış yapılarla ilgili olarak uygulanmaz.

gösterilebilir. Kabahatler Kanunu'nun "İçtima" başlıklı 15.maddesinde "... Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanmayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır." hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre bir fiilin hem kabahat hemde suç olması halinde sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilecektir. Söz konusu durum İmar Kanunu'nun 42.maddesi açısından düşünüldüğünde ise ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapmak aynı zamanda TCK 184.maddede ki "İmar Kirliliğine Neden Olma" suçunun konusunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla ilgili kişinin bu suç kapsamında yargılanıp ceza alması halinde, hakkında uygulanan ve kabahat niteliği taşıyan idari para cezasıda ayrıca tahsil edilemeyecek; eğer tahsil edilmiş ise iade edilecektir. Dolayısıyla hazırlanan yeni madde hükmü ile İmar Kanunu'nun 42/7. fıkrası Kabahatler Kanunu ile uyumlu hale getirilerek sorumluların aynı fiilden dolayı hem suç hemde kabahat nedeniyle iki kere cezalandırılması önlenmiştir.

İmar Kanunu'nun 42.maddesinin 1.ve 2. fıkralarına göre para cezası verilebilmesi için ruhsata aykırılıkların giderilip giderilmesine ya da ruhsata bağlanıp bağlanmamasının beklenilmesine gerek yoktur⁸⁹. Bu fıkra kapsamında ilgilinin imar mevzuatına aykırı olarak yapı yapmış olması yeterlidir. Ancak 3.fıkra hükmüne göre para cezası verilebilmesi için Kanunda yer alan süre içerisinde aykırılıkların giderilmemesi halinde para cezası verilebilecektir. Danıştay konu ile ilgili verdiği bir kararında:

"...3194 sayılı Yasa'nın 42.maddesinde de, ruhsat alınmadan veya ruhsat ve eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının yapı sahibine veya müteahhidine para cezası verileceği kurala bağlanmıştır. Yapı sahibine para cezası verilebilmesi için idarece ruhsatsız yapılaşmanın veya ruhsata aykırılığın tespit edilmiş olması yeterli olup, ruhsata aykırılığın tespiti üzerine mevzuata uygunluğunun sağlanması için ilgiliye tanınan sürenin para cezası verilmesi yönünden tesis edilecek işlemle bir ilgisinin bulunmadığı... bu itibarla uyuşmazlık konusu taşınmazın bulunduğu yerde düzenlenen tutanak tarihinden itibaren 30 gün süre tanınmadığı ve belirtilen süre içinde de mevzuata uygunluğunun sağlandığı gerekçesinin para cezası verilmesine ilişkin işlemin iptaline esas alınamayacağı açıktır..."⁹⁰ ifadelerine yer vererek imar mevzuatına aykırı yapının yapılmış olmasının para cezasının tesisi için yeterli olduğu ayrıca söz konusu aykırılıkların giderilmemiş olmasının

⁸⁹ YAŞAR, s.271-272.

⁹⁰ Danıştay 6.D, E.2004/3982, K:2006/4919, T.20/10/2006.

para cezasının tesisi açısından önem ifade etmediğini belirtmiştir. Ancak hemen söylemek gerekir ki 42.maddenin yeni hali ile aykırılıkların verilen süre içerisinde giderilmemiş olmasının ayrıca para cezasına konu olacağı açıktır.

42.madde ve diğer maddelerde yer alan para cezaları sabit kalmamakta her yıl yeniden belirlenen “yeniden değerlendirme oranı”nda artırılmaktadır. Dolayısıyla da tespitin yapıldığı tarih ile encümenler tarafından alınan para cezası tesisine yönelik kararın alınma tarihinde cezalar miktar açısından farklılık gösterebilmektedir. Danıştay bir kararından söz konusu uyumsuzlıkla ilgili olarak:

“...Dosyanın incelenmesinden, 8.11.2000 günlü tutanakla ruhsatsız inşaatın mühürlenerek durdurulduğu, dava konusu 8.5.22003 günlü, 398 sayılı işlemle de 15.000.000.000,-lira para cezası verildiği anlaşılmaktadır. Para cezası uygulanırken ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapılan inşaatın tespit tarihinin esas alınarak ceza uygulamasına gidilmesi ve eylemin meydana geldiği tarihte belirlenen para cezası miktarının uygulanması gerekmektedir. Olayda tespit tarihi 8.11.2000 günü olmasına karşın işlem tarihinde geçerli olan para cezası miktarına göre ceza uygulanmasına gidildiği anlaşıldığından, dava konusu işlemde bu nedenle hukuka uyarlık bulunmamaktadır⁹¹. ” ifadelerine yer vererek para cezasının tespit tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan tarife göre verilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Yüksek mahkeme kannatımızca de doğru ve yerinde bir tespitte bulunmuştur. İdarelerin ihmal ederek para cezası tesisine yönelik kararları tespit tarihinden çok sonraları alabileceği dikkate alındığında idarelerin ihmalinden kaynaklanan bir durumun sonuçlarına yapı sahibinin katlanmasını kabul etmek hakkaniyete uygun düşmeyecektir.

Yıkım işlemi ile imar para cezaları arasındaki en büyük farklardan biri yıkım işlemin doğrudan yapıyı ilgilendirmesi nedeniyle işlemin yapı adına ya da yapı sahibi adına tesis edilecek olması, imar para cezasının ise niteliği itibarıyla bir cezai işlem olması nedeniyle cezaların şahsiliği ilkesine göre ancak imar mevzuatına aykırı yapıyı yapan kim ise onun adına verilebileceğidir. Danıştay'ın bu husustaki verdiği kararları isitkrar kazanmış bulunmaktadır. Yüksek mahkeme bir kararında:

“...Uyumsuzluk konusu olayda, taşınmaz maliki olan davacının kira kontratında tadilatların niteliğini de belirterek açık olarak kiracıya muafakat vermediği ce tadilatların kira kontratından sonraki bir dönemde idarece tes-

⁹¹ Danıştay 6.D, E.2005/27, K:2006/6616, T.25/12/2006.

pit edildiği anlaşıldığından, bu tadilatların mülk sahibi olan davacının açık muafakati olmaksızın kiracı tarafından yapıldığı ve bu tadilatlar nedeniyle taşınmaz maliki olan davacı adına imar para cezası verilmesine ilişkin işlemde cezaların şahsiliği ilkesi de göz önünde bulundurulduğunda mevzuata uyarlık bulunmadığı...⁹²” şeklinde yorum yapmıştır⁹³.

Danıştay tarafından kabul edilen söz konusu içtihat kanaatimizcede yerindedir. Yıkım işlemi her ne kadar doğrudan yapıyı ilgilendirmesi nedeniyle yıkıma konu aykırılıkların kimin tarafından yapıldığı önem taşımamakta ise de imar para cezası açısından eylemi gerçekleştirenin kim olduğunu tespit etmek büyük önem arz etmektedir. İmar para cezası ile yapı değil fail cezalandırılacaktır. Bu kapsamda da ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapan kim ise imar para cezası onun adına tesis edilecektir. Ancak burada söylemek gerekir ki söz konusu idari para cezası ruhsat ve eklerine aykırı ya da ruhsatsız yapı yapılması halinde verilecek olan 42.madde de nisbi para cezasıdır. Yukarıda ki açıklamalarda belirtilen 32.madde hükmü uyarınca ruhsat ve eklerine aykırı ya da ruhsatsız yapılar için söz konusu aykırılıkların ortadan kaldırılması için verilen süre içerisinde aykırılıkların giderilmemesi halinde verilecek para cezaları da yine sadece yapı sahibi ya da parsel sahibine verilebilecektir. Bu durumun gerekçesi olarak 42/3 madde hükmü gösterilebilir. Madde de “18, 28, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 40 ve 41 inci maddelerde belirtilen mükellefiyetleri yerine getirmeyen veya bu maddelere aykırı davranan yapı veya parsel sahibine, harita, plan, etüt ve proje müelliflerine, fenni mesullere, yapı müteahhidine ve şantiye şefine, ilgisine göre ayrı ayrı olmak üzere ikibin Türk Lirası, bu fiillerin çevre ve sağlık şartlarına aykırı olması halinde dörtbin Türk Lirası, can ve mal emniyetini tehdit etmesi halinde altıbin Türk Lirası idari para cezası verilir.” cümlesine yer verilmektedir. Buna göre 32.madde de belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde yapı veya parsel sahibi, harita, plan, etüt ve proje müellifleri, fenni mesuller, yapı müteahhidi ve şantiye şefinden ilgisine göre para cezası verilecektir. İmar Kanunu’nun 32.maddesinde 30 günlük süre içerisinde ruhsatsız yapıya ruhsat almak ya da ruhsat ve eklerine aykırı yapıyı ruhsata uygun hale getirmek fiiliyle sadece

⁹² Danıştay 6.D, E.2004/2, K:2005/5491, T.15/11/2005.

⁹³ Yüksek Mahkeme benzer bir kararında “davacı tarafından ruhsatsız inşaat yapıldığının 27/5/2004 günlü tutanakla yespit edildiği ve bu nedenle davacıya para cezası verildiği anlaşılmaktadır.Bu itibarla uyumsuzluk konusu ruhsatsız inşaatın davacı tarafından yapıldığı açık olduğundan, ruhsatsız inşaatın davacının mülkiyetinden çıkmış olması yukarıda belirtilen mevzuat uyarınca ruhsatsız yapıyı yapan davacıya para cezası verilmesine engel teşkil etmemektedir.” ifadelerine yer vermiştir. Danıştay 6.D, E.2005/1084, K:2007/2323, T.27/4/2007.

yapı ya da parsel sahibinin (parselde birden fazla inşaat sahibi olabilir) ilgisinin kurulabilecek olması nedeniyle yıkım kararında olduğu gibi 42.maddenin 3.fıkrasında yer alan para cezasıda yine sadece yapı ya da duruma göre parsel sahibine kesilebilecektir.

SONUÇ

Çalışmanın başında da söylendiği üzere imar hukukunun gelişmişliği ülkenin gelişmişliği ile doğru orantılıdır. Gelişmemiş ya da az gelişmiş ülkelere; yerleşmanın planlamasının ötesinde çok daha büyük sıkıntılar olduğu için çoğu zaman imar hukukunun varlığından bahsedilemez. Bu tür ülkelere görünürde böylesine bir hukuk dalı ve mevzuat hükümleri olsa da bunun etkinliği görülemez.

3194 sayılı İmar Kanunu kanaatimizce ülkemizin ihtiyaçlarını karşılayabilecek durumdadır.Bunun en büyük nedeni olarak Kanunun çerçeve bir kanun niteliği taşıdığı söylenebilir. İmar hukukuna yönelik düzenlemeler İmar Kanununun yanı sıra; İl Özel İdaresi Kanunu, Büyükşehir Belediye Kanunu, Belediye Kanunu, Boğaziçi Kanunu, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu v.s gibi farklı kanunlarda da yer almaktadır.Bununla beraber yine yönetmelikler düzeyinde de imar hukukuna yönelik çok sayıda düzenleyici işlem bulunmaktadır.

İmar Kanunu ile ilgili olarak yapılması gerekli en öncelikli değişiklik Kanunun 32.maddesinin son fıkrasında yer alan “il idare kurulu” kavramının çıkartılarak yerine “il encümeni” ifadesinin getirilmesidir.Çalışmada da bahsedildiği üzere, 5302 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile belediye ve mücavir alanı sınırları dışında yıkım ve para cezası verme yetkisi il idare kurulunun değil artık il encümenininindir. Ancak bu hususta İmar Kanunun 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu’na uyumlaştırılması ile ilgili bir değişiklik yapılmadığı için 32.madde son fıkrası yerinde durmaktadır. Yakın bir tarihte 42.madde hükmü değiştirilmesine ve 5302 sayılı Kanunada uyumlu şekilde yetkili makam olarak “ilgili encümenler” ifadesi kullanılmasına rağmen 32.madde de bu sırada bir değişiklik yapma ihtiyacı görülmemiştir.

2577 sayılı idari yargılama Usulü Kanunu içeriği itibariyle idari yargı da dava açılmasını işlemin yürütülmesinin durdurulması açısında yeterli bir neden olarak görmemektedir. Herhangi bir işlemin yürütülmesinin durdurulabilmesi ancak Mahkeme tarafından verilecek olan bir karar tarafından mümkün olabilmektedir. Yıkım kararları nitelikleri itibariyle telifisi güç ya da imkansız işlemler kategorisinde ön sıralarda yer almaktadırlar. Her ne ka-

dar uygulamada bu tür davaların çözümlenmesi açısından gerekli özenin ve çabukluğun gösterildiği ön görüşü kabul edilebilirse de kanaatimizce bu tür davaların klasik 2577 sayılı yasa da yer alan usulden ayrılarak daha hızlı ve daha öncelikli görülmesi için İmar Kanunu'na hüküm konulabilir. Söz gelimi bu tür davalarda cevap verme süresi (30) günden aşağı çekilebilir ya da dosyaların öncelikli olarak bağlanmasına yönelik düzenlemeler getirilebilir.

Yine ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapmak nedeni ilgilinin karşı karşıya kalacağı bir yaptırım türü olan idari para cezası; 42.madde hükmünün yeniden yazılması ile kanaatimizce çok yerinde bir düzenleme halini almıştır. Ancak çalışma içeriğinde de söz edildiği üzere bu hususta eleştirilebilecek düzenleme; ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapılması halinde kişiye imar para cezası vermenin yanı sıra verilen süre içerisinde aykırılıkların giderilmemesi halinde de ayrıca maktu bir para cezası verilmesine yönelik düzenlemedir. Kanaatimizce bu düzenleme ağır ve hakkaniyete uygun olmayan bir düzenleme olmuştur. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi tarafından söz konusu düzenleme Anayasa ya aykırı bulunmamış ise de Mahkeme anayasaya aykırılık denetimini farklı açılardan yapmış olması nedeniyle hükmün yerindeliğine girmemiştir.

KAYNAKÇA

- ARTUKMAÇ Sadık, Türk İmar Hukuku, 1.Baskı, Ankara 1957.
- BİLGİN Hüseyin-SEZER Yasin, Açıklamalı İçtihatlı İmar Kanunu Uygulama Rehberi, 1.Baskı, Ankara 2011.
- ÇAĞLAYAN Ramazan, İdare Hukuku ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Temel Mevzuat, 1.Baskı, Ankara 2005.
- ÇOLAK Nurettin İlker-ÜNGÖREN Gürsel, İmar Planları, İmar Uygulamaları ve İptal Davaları, Üngören Hukuk Yayınları, Kocaeli 2011.
- DUMAN İlker Hasan, Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, 3.Baskı, Ankara 2010.

- ERGEN Cafer, İmar Davaları Rehberi, 1.Baskı, Ankara 2009.
- ERGEN Cafer-BÖKE Veli, Kaçak Yapı, 2.Baskı, Ankara 2006.
- ERKÜN Safa, İmar Hukuku Prensipleri, 1.Baskı , İstanbul 1959.
- ERKÜN Safa, Türk İmar Hukukunun Ana Çizgileri,1.Baskı, İstanbul 1999.
- GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, 1.Baskı, Bursa 2003.
- GÖZLER Kemal, İdare Hukuku Dersleri, 2.Baskı, Bursa 2005.
- KALABALIK Halil, İmar Hukuku, 3.Baskı, Ankara 2010.
- KALABALIK Halil, İmar Hukuku Dersleri, 2.Baskı, Ankara 2009.
- KARAVELİOĞLU Celal, Açıklamalı-Uygulamalı- İçtihatlı İmar Kanunu, 7.Baskı, Ankara 2007.
- MERAM Necati, 5237 Sayılı TCK da İmar Kirliliğine Neden Olma, 1.Baskı, Ankara 2010.
- TÜRKÇE SÖZLÜK, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 2009.
- YASİN Melikşah,İmar Hukukunda İdarenin Yıkma Yetkisinin Kullanımının Usul ve Esasları, 1.Baskı, İstanbul 2009.
- YAŞAR Hasan Nuri, İmar Hukuku, 1.Baskı, İstanbul 2008.
- YILMAZ Mustafa, İmar Yaptırımları ve Yargısal Korunma, 1.Baskı, Ankara 2002.

BOŞ

KAMU KURUMLARI VE UZMANLIK İLKESİ (KURAM VE UYGULAMAYA İLİŞKİN GÖZLEMLER)

Cem Çağatay ORAK*

ÖZET

Kamu kurumları teknik nitelikli kamu hizmetlerini yürüten ve merkezi idare dışında teşkilatlandırılmış kamu tüzel kişileridir. Kamu kurumları uzmanlık ilkesine uygun olarak faaliyet gösterirler. Uzmanlık ilkesi doktrinde, kamu kurumlarının sadece özgülendikleri amaç doğrultusunda faaliyette bulunabilmeleri biçiminde tanımlanmaktadır. Ne var ki bu klasik tanımlama, idare hukukunun temel ilkelerinden olan idarenin kanuniliği ilkesinin tekrarından başka bir şey değildir ve aslında uzmanlık ilkesinin kapsamını tatminkâr biçimde açıklamaktan uzaktır. Öte yandan, uzmanlık ilkesi kamu kurumlarının işlevsel nitelikleri açısından da belirleyici bir kavramdır. Çünkü, söz konusu kurumların yürüttükleri kamu hizmeti sahasında teknik yönden uzman olmaları ön kabulü bireyler açısından beklenti eşliğini de haklı olarak yükseltmektedir. Bu husus, modern gelişmeler ışığında uzmanlık ilkesinin tanım ve kapsamının yeniden ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Bu sayede uzmanlık ilkesinin idarenin yargısal denetiminde ölçü norm olarak kullanılması ve yargısal denetimin daha etkin hale getirilmesi mümkün olabilir.

Yukarıdaki hususlar dikkate alındığında, bu çalışmanın konusunu ve sınırını, kamu kurumlarının kuruluş ve idaresine hâkim olan “uzmanlık” ilkesinin kuramsal bağlamda ve uygulamadaki kapsamı ile idari yargı denetiminde başvurulması mümkün bir ölçü norm olup olamayacağı oluşturmaktadır. Çalışmada uzmanlık ilkesinin tanım, kapsam ve sonuçlarına ilişkin bazı kavramlaştırma denemeleri de yapılarak söz konusu ilkenin kuramsal boyutuna katkı sağlamak amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hizmet yerinden yönetim kuruluşları, kamu kurumları, uzmanlık ilkesi, idari yargı denetimi, idarenin sorumluluğu.

PUBLIC ESTABLISHMENTS AND THE PRINCIPLE OF SPECIALITY (OBSERVATIONS ON THE THEORY AND PRACTICE)

ABSTRACT

Public establishments operate in line with the principle of speciality. The principle of speciality is defined by the scholars that the public establishments can only operate for the sake of purpose they were devoted. This conventional definition is, however, the reiteration of the principle of legality of the administration and thus

* Dr., Avukat, Çakmak Avukatlık Bürosu, (c.orak@cakmak.av.tr)

cannot accurately demonstrate the scope of the principle of speciality. Furthermore, the principle of speciality is an identifying element given the operational characteristics of public establishments. This is because the fact that the public establishments hold a technical expertise in the relevant public service they perform reasonably increase the expectation margin of the individuals. Such issue therefore requires the reconsideration of the definition and exact scope of the principle of speciality under the modern developments.

In the light of the foregoing, the subject matter of this article is to set forth the scope of the principle of specialty from the perspective of theory and practice and to discuss whether such principle can be a reference rule during the judicial review. We also strive to propose new concepts in relation to the definition, scope and consequences of the principle of speciality in order to make a contribution to the theoretical aspect of the said principle.

Key Words: *Decentralized public service bodies, public establishments, the principle of speciality, judicial review by the administrative courts, the liability of the administration.*

GİRİŞ

Hizmet yerinden yönetim kuruluşları, bir başka deyimle kamu kurumları, Anayasa'nın 123(3) maddesi uyarınca kanunla ya da kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak bir idari işlem vasıtasıyla kurulurlar. Bunlar, teknik bilgi ve uzmanlık isteyen kamu hizmetlerinin devlet ve mahalli idare tüzel kişiliği dışında teşkilatlandırılması ve tüzel kişiliğe kavuşturulması suretiyle ortaya çıkan kurumlardır. Kuruluş amaçları da esas itibarıyla teknik bilgi ve uzmanlık isteyen hizmetlerin merkezi idare tarafından yürütülmesi halinde ortaya çıkabilecek aksaklıkları gidermektir¹. Bu sayede kamu hizmetlerinin sunumunda etkinlik sağlanır.

Kamu kurumlarının ortak özelliklerinden biri uzmanlık (ihtisas) ilkesine göre faaliyet göstermeleridir². Uzmanlık ilkesi, doktrinde kamu kurumlarının sadece özgülendikleri amaç doğrultusunda faaliyette bulunabilmeleri biçiminde tanımlanmaktadır.³ Ne var ki, söz konusu ilkenin kapsamı ile

¹ ONAR, s. 464-465; Dan. 10. D. 29.01.2008 tarih ve E. 2007/2534. (www.kazanci.com) [erişim tarihi: 26.02.2012].

² Kamu kurumlarını kamu idarelerinden ayıran en önemli kriterin “uzmanlık ilkesi” olduğu yönünde bkz. DURAN, İdare Hukuku, s. 191 ve GÖZÜBÜYÜK, s. 226.

³ GİRİTLİ/BİLGİN/AKGÜNER, s. 355; TAN, İdare Hukuku, s. 180-181; GÜNDAĞ, s. 531; KALABALIK, s. 438; GÖZLER, s. 473; Karş. KARAYALÇIN, s. 6-15.

hukuka uygunluk denetimi ve idarenin sorumluluğunun tespit edilmesinde idari yargı makamları tarafından başvurulması mümkün bir ölçü norm olup olmadığı hususlarında Türkiye’deki genel idare hukuku ve idari yargılama usul hukuku eserlerinde yeterli açıklama yoktur. Bu konudaki yazın kamu yönetimi disiplini tarafından şekillendirilmektedir⁴. Bu disiplinin şemsiyesi altında yazılanlar ise doğal olarak hukuki anlamda doyurucu olmaktan uzaktır.

Yukarıdaki hususlar dikkate alındığında, bu çalışmanın konusunu ve sınırını, kamu kurumlarının kuruluş ve idaresine hakim olan “uzmanlık” ilkesinin kuramsal bağlamda ve uygulamadaki kapsamı ile idari yargı denetiminde başvurulması mümkün bir ölçü norm olup olamayacağı oluşturmaktadır.

I. KAMU HİZMETLERİNİN FONKSİYONEL AYRIŞTIRILMASI BAĞLAMINDA KAMU KURUMLARI

Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde genel geçerli tek tip bir örgütlenme modelinden söz etmek olanaklı değildir. Esasında, idare hukukunun ünlü temel ilkelerinden biri, kuruluşları ihtiyaçlar yaratır ilkesidir⁵. Birer hizmet yerinden yönetim kuruluşları olan kamu kurumlarının asıl kuruluş gerekçesi de, merkezi idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu bazı hizmet ve faaliyetlerin tüzel kişiliğe sahip ve ihtisaslaşmış bir başka kuruma devredilmesi ihtiyacıdır⁶. Buna kamu hizmetlerinin dikey ya da fonksiyonel ayrıştırılması denilmektedir⁷. Fonksiyonel ayrıştırma sayesinde etkinlik konuları sınırlanır ve hizmetlerin sunum yönünde genellikle “özelliğe”⁸ doğru bir kayma meydana gelir.

⁴ Bu konudaki bazı çalışmalar için bkz. CALLANDER, s. 123-140; ERGUN, Kamu Yönetimi, Kuram-Siyasa-Uygulama, Ankara, 2004; WILSON, Bürokrasi, Kamu Kuruluşları Neyi, Niçin Yaparlar, çev. Selçuk Yalçındağ, Doğan Canman, Yücel Ertekin, Ankara, 1996; BİLGİÇ, s. 27-35.

⁵ GÜRAN, Kamu Personeli, s. 225.

⁶ Amerika Birleşik Devletleri’nde hizmet yerinden yönetim kuruluşlarına benzer bir yapılanma söz konusudur. Bunlara *special districts* adı verilmektedir. Belirli bir kamu hizmetinin coğrafi olarak sınırları belirli bir alan içinde sunulması amacıyla kurulmuşlardır. Tüzel kişilikleri, vergi ve benzeri mali yükümlülükleri koyma yetkileri vardır. İdari kolluk yetkileri ise sınırlıdır. *Special districts*’ler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. STEPHENS/WIKSTROM, s. 129-138; CARR, s. 481-492; Ayrıca bkz. Birleşik Devletler İstatistik Dairesi (U.S. Census Bureau) resmi internet sitesi: <http://www.census.org> [erişim tarihi: 14.03.2012].

⁷ KALABALIK, s. 36.

⁸ GİRİTLİ/BİLGİN/AKGÜNER, s. 355.

Kamu kurumlarının ortaya çıkışını açıklamada kullanılan fonksiyonel ayrıştırmanın sosyolojik düzlemde Durkheim'in görüşlerini yansıttığını söylemek yerinde bir tespit olacaktır. Modern toplum, sosyal işleri bölmek suretiyle bireylerin birbirine benzememe durumunu olumlar⁹. Her birey, yaptığı işi bir başka bireyin gereksinimini karşılama dürtüsüyle yapar. Fonksiyon farklılaşmasından doğan bu dayanışma durumu Durkheim tarafından organik dayanışma olarak adlandırılır. Organik dayanışmada farklılık, işbölümü ve uzmanlaşma anahtar kavramlardır. Kanımızca sosyolojik bir olgu olan organik dayanışmanın idare aygıtına yansımalarının neticelerinden biri de kamu kurumlarının kurulması olmuştur. Çünkü kamu kurumları, modernite öncülüğünde kamu hizmetlerindeki farklılaşma ve çoğalma neticesinde ortaya çıkmıştır ve esas olarak kamu hizmetleri alanında bir işbölümü meselesidir.

Fonksiyonel ayrıştırmaya giden süreçte en önemli hukuksal katalizör ise elbette yerindenlik ilkesidir¹⁰. Avrupa idare hukukunda da, idari makamlar arası hizmet bölüşümünde yerindenlik ilkesi (*subsidiarity principle*) temel ilke olarak benimsenmektedir¹¹. Söz konusu ilkenin ana hedefi, kamusal hizmetlerin bireye en yakın, örgütsel anlamda en küçük ve merkeziyetçilikten en uzak idari kurumlar tarafından yerine getirilmesidir. Bu durumu tamamlayıcı olarak ancak ekonomik ve teknik nedenlerle mümkün olmadığı takdirde hizmet sorumluluğunun bir üst yönetime aktarılması savunulur¹².

Avrupa idare hukuku yazınındaki bu gelişmeler Türk pozitif hukukunu da etkilemiştir. Bu bağlamda, Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmeliğin¹³ (3). maddesinde, kamu hizmetlerinin başvuru yapılan ilk kademedan bireylere sunulması ve sonuçlandırılması esası getirilmiştir. Bu çerçevede, başvurunun yapıldığı idari mercii ile karar/

⁹ CAN, s. 152.

¹⁰ Yerindenlik ilkesi mahalli idareler ekseninde gelişme göstermişse de, esas itibariyle katı merkeziyetçi eğilimlerden uzaklaşma düsturu ile yola çıktığından, kamu kurumlarının kuruluş, örgütlenme ve işleyişine de yön vermektedir. Yerindenlik ilkesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KARAARSLAN, s. 92-94.

¹¹ Bkz. Avrupa Birliği Antlaşması madde 3(b) ve Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı madde 4. Türkiye, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartını 1988 yılında imzaladı. 1991 yılında da 3723 sayılı yasa ile TBMM tarafından onaylanması uygun görüldü ve 1992'de 92/3398 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylandı. (Resmi Gazete: 3 Ekim 1992 - 21364) Yürürlük tarihi ise 1 Nisan 1993 olarak belirlendi. Türkiye, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın bazı hükümlerini benimsemiştir. Türkiye'nin benimsediği hükümler için 3723 sayılı yasaya bakınız.

¹² GÜNER, s. 48.

¹³ RG. 31.07.2009 t. ve 27305 S.

onay mercii arasında birden fazla kademe oluşturulmaması esastır. İdareler, başvuruların doğrudan kamu hizmetini sunan birime yapılması ve ilk kademedede sonuçlandırılması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Söz konusu maddede, idarenin teşkilatlanma yetkisi kapsamında bir başka hükme de yer verilmiş ve bu sayede kamu hizmetlerinin vatandaşlara en yakın yerden sunulabilmesi amacıyla gerekli görülen yerlerde geçici veya sürekli bürolar açabileceği esası benimsenmiştir.

II. UZMANLIK İLKESİNİN TANIMI ve KAPSAMI

1- Uzmanlık İlkesinin Klasik Tanımı

a) Kamu Kurumlarının Özgüledikleri Amaç Dışında Faaliyet Gösterememeleri

Belirli bir mal topluluğu söz konusu olduğunda, mal topluluğunun özgülediği amaç ve bu amacın açık, anlaşılabilir ve belirli olması ayrı ve özel olarak önemlidir. Örneğin, vakfın tanımının yapıldığı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 101. maddesinde, mal ve hakların belirli bir amaca özgülenmesinden bahsedilmektedir. Belirli amaç, sağduyuya ve dürüst yurttaşın anlayışına elverişli ve anlaşılabilir olmalıdır¹⁴. Kamu kurumlarının da vakıflar gibi mal topluluğu olduğu dikkate alındığında; analoji yoluyla bir değerlendirme yaptığımızda, kamu kurumları için de amacın belirli olmasının hukuksal anlamda belirleyici bir rolü vardır. Çünkü kamu kurumları da özgüledikleri amaç dışında faaliyet gösteremezler. Kamu kurumlarının özgüledikleri amaç ve bu amaç doğrultusunda gerçekleştirilen faaliyetler ise bu kurumların adeta ontolojik ispatı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Doktrinde, özellikle sınai ve ticari kamu kurumları niteliğindeki kamu teşebbüsleri söz konusu olduğunda, uzmanlık ilkesi oldukça geniş yorumlanmaya müsait bir ilke olarak değerlendirilmektedir. Fransa'da bu tip kamu kurumlarının temel faaliyet alanlarıyla az çok ilgili ek faaliyetlerde bulunabilecekleri, keza iyi işletme icapları nedeniyle bazen faaliyet sahalarının genişleyebileceği kabul edilmektedir¹⁵. Ne var ki, Danıştay kararlarında, sınai

¹⁴ ÖZSUNAY, s. 390.

¹⁵ “Örneğin, Fransız Danıştay’ı, *Société Maison Balland-Brugneaux* kararında, kamu kurumu niteliğindeki bir taş kömürü işletmesinin, çıkardığı kömürün yakılması suretiyle çalışan bir termik elektrik santrali kurup elektrik üretmesini uzmanlık ilkesine aykırı görmemiştir. Keza Fransız Danıştay’ı, Paris toplu taşıma kurumunun (RATP), kendi faaliyetinin iyileştirilmesi, kendi faaliyetinin tamamlayıcısı niteliğinde olmak şartıyla Paris dışında da faaliyette bulunmasının uzmanlık ilkesine aykırılık teşkil etmediği yolunda görüş bildirmiştir”. GÖZLER, s. 474’den naklen. Gözler, aynı gerekçe ile İstanbul Deniz Otobüslerinin İstanbul dışı-

ve ticari kamu kurumları söz konusu olduğunda da uzmanlık ilkesinin dar yorumlandığını söylemek mümkündür. Bu konuya aşağıda değinilecektir.

Anayasanın 123(1) maddesi uyarınca idarenin görevleri kanunla düzenlenir. İdare, ancak kanunlarda kendisine bırakılmış alanlarda faaliyet gösterebilir. Dolayısıyla, “*kamu kurumlarının uzmanlık ilkesine göre faaliyet göstermeleri, kendilerine bırakılmış faaliyet sahası ile sınırlı şekilde faaliyette bulunabilmelerini gösterir*” biçimindeki klasik açıklama, idare hukukunun temel ilkelerinden olan *idarenin kanuniliği* ilkesinin tekrarından başka bir şey değildir ve aslında uzmanlık ilkesinin mahiyetini tatminkâr biçimde açıklamaktan uzaktır.

b) Ultra Vires Kuramı Çerçevesinde Uzmanlık İlkesi

Yukarıda ifade edildiği üzere, “uzmanlık ilkesi” esas olarak kamu kurumlarının özgülendikleri amaç dışında faaliyette bulunamamaları olarak tanımlanmaktadır¹⁶. Bir başka deyişle, kamu kurumlarının yetki ve görev alanı konu itibarıyla sınırlandırılmıştır¹⁷. Bu tanım, *ultra vires* kuramının incelenmesini gerekli kılmaktadır. Ultra vires kuramının esasen özel hukukta ve daha çok şirketler hukukunda benimsendiği ve uygulandığı söylenebilir. Ultra vires, tüzel kişiliğin mahiyetinden doğan bir teoridir. Çünkü tüzel kişilikler, ortak bir amaç etrafında toplanan ve menfaati söz konusu amacı gerçekleştirmeye yönelik hukuksal yapılardır.

Ultra vires teorisi, ticaret ortaklıklarının ehliyetinin ana sözleşmesindeki işletme konusu ile sınırlandırılmasını savunur¹⁸. Bu teori uyarınca işletme konusunun dışına taşan işlemler yapılmış olsa dahi ortaklığı bağlamaz. Esasında işletme konusu dışındaki işlemler yok hükmündedir¹⁹. Herhangi bir işlem ya da faaliyet, ortaklığın işletme konusuna bağlanabilmeli ve ortaklığın amacını gerçekleştirebilmesi için gerekli olmalıdır. Ultra vires prensibi, 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu’nun 137. maddesinde hükme bağlanmıştı²⁰.

na Yalova’ya, Mudanya’ya ve Bandırma’ya yaptığı seferlerin ihtisas ilkesine aykırı görülmeyeceğini belirtmektedir.

¹⁶ GÖZLER, s. 473.

¹⁷ GÜRELİ, s. 12; AĞAR, s. 291.

¹⁸ CLARK, s. 675-676; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 101.

¹⁹ Yargıtay’ın bazı kararlarında bu teori çok katı bir şekilde uygulanırken, bazı kararlarında nispeten yumuşak bir yorum benimsenmiştir. Karş. Yar. 11. HD., 9.5.1980 t. ve E. 1980/1984, K. 2552 ve Yar. 11. HD., 23.3.1982 t. ve 851/1225 sayılı kararlar, aktaran POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 100.

²⁰ Hükmi Şahısların Ehliyeti - Madde 137: *Ticaret şirketleri hükmi şahsiyeti haiz olup şirket*

“Hükmi Şahısların Ehliyeti” kenar başlığını taşıyan 6762 sayılı eski TTK’nun 137. maddesini karşılayan 6102 sayılı Yeni TTK’nun 125. maddesinde ise, bir yandan hükme bağlanan “*tüzel kişilik*” ve “*ehliyet*” kenar başlıkta ayrı ayrı vurgulanmış, öte yandan da eski TTK’nun 137. maddesinde yer alan “*faaliyet konusu ile sınırlı hak ehliyeti*” kuralı terk edilmiştir²¹.

Böylece, işletme konusu dışında yapılan işlemlerin kendiliğinden “*ultra vires*” (yetki dışı) ve böylece yok hükmünde olmasının önüne geçilmek istenmiştir. Ayrıca 6103 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 15. maddesinde, mevcut ticaret şirketlerinin ehliyetlerinin eski Ticaret Kanunu madde 137 hükmüne paralel olarak işletme konusu ile sınırlı olduğunu belirten şirket sözleşmesi veya esas sözleşme hükümlerinin yazılmamış sayılacağı özel olarak düzenlenmiştir. Ultra vires prensibinin yeni TTK’nda yer almamasının en önemli gerekçesi, Avrupa Birliği’nin şirketler hukukuna ilişkin 68/151 sayılı Birinci Yönergesine uyum sağlama çabasıdır. Bu çerçevede, eskiden *ultra vires* kabul edilen işlemler nedeniyle ortaya çıkan hukuki ihtilaflar, “yokluk” yaptırımı ekseninde değil temsil yetkisinin aşılması gerekçesine dayanılarak şekillenebilecektir²².

Bununla beraber *ultra vires* kuramı, anglo-sakson uygulamasında kamu hukukunda da benimsenen bir kuramdır. Ultra vires, kara avrupalı idare hukuku anlamında yetki unsuru yönünden sakatlığı işaret etmesinin yanında, amaç bakımından sakatlığı ifade eden yetki saptırması ile de özdeşir²³.

İngiliz idare hukukunun geliştirdiği *ultra vires* kuramı, genelde kara avrupalı, özelde Türk idare hukukuna çok fazla ışık tutacak nitelikte değildir. Dolayısıyla, kamu kurumlarının kuruluş ve idaresine hâkim olan uzmanlık ilkesini *ultra vires* kapsamında açıklamak kuramsal bağlamda tatmin edici sonuçlar vermez. Çünkü, İngiliz idare hukukundaki *ultra vires* kuramı, zaman içerisinde sadece kamusal makamların kanuni yetkilerinin dışına çıkmasını açıklamak için kullanılan bir kavram değil ve fakat aynı zamanda “*iyi idare*” ilkesine aykırılık oluşturabilecek her türlü aksaklık ve eksikliği de tanımlamada kullanılan bir torba kavram haline gelmiştir²⁴.

mukavelesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler. Bu husustaki kanuni istisnalar mahfuzdur.

²¹ KENDİGELEN, s. 99-100.

²² 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 125/2 maddesinde “*Bu husustaki kanuni istisnalar saklıdır*” hükmü yer almaktadır.

²³ KARAMUSTAFAOĞLU, s. 45; MUMCU, s. 53; karşı. GÖZLER, s. 856; Ultra Vires doktrininin gelişimi hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. ERHÜRMAN, Birleşik Krallık İdare Hukukunda Ultra Vires, AÜHFD, C. 61(2), 2012, s. 599-646

²⁴ SCHWARZE, s. 695.

Ultra vires kuramının bu niteliği sebebiyle, ülkemizde idari yargı organlarının da özellikle yetki sakatlıklarını denetlerken başvurduğu bir ölçü norm olduğunu söylemek olanaklı değildir. Oysa ki, Türk idare hukukunun son dönemdeki gelişim çizgisinde, özellikle kamu hizmetlerinin sunumu ve kamu hizmetlerinin tabi olduğu ilkeler konusunda anglo sakson modelinden fazlasıyla esinlendiği bilinen bir gerçektir. Bu durum pozitif düzenlemelere de yansımıştır. Örneğin, etkinlik (*efficiency*) ve verimlilik (*productivity*) kavramlarının Türk idari teşkilat hukukuna yerleşmesinde anglo sakson modelinin etkisi yadsınamaz. Nitekim, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu’nun, 2008 Yılı Kurumsal Mali Durum ve Beklentiler Raporu’nda “*Denetime tabi kamu kurum ve kuruluşlarının, ulusal ekonomiye faydalı olabilmeleri için özerk bir tarzda, ekonominin kuralları ve ekonomik gerekler dahilinde, etkinlik, verimlilik ve tutumluluk ilkeleri doğrultusunda yönetilmelerini sağlayarak, kuruluş amaçlarına ulaşmalarına yardımcı olmak*” ana hedefler arasında gösterilmiştir²⁵. Türk idari yargı organları da son dönemdeki kararlarının gerekçesinde etkinlik kavramına yer vermektedir²⁶.

c) Yargı Kararlarında Uzmanlık İlkesinin Klasik Tanımı

Kamu kurumlarının özgülendikleri amaç dışında faaliyet gösterememeleri, yargı organlarınca oldukça dar yorumlanmaktadır. Bir başka deyişle, yargı organları, kamu kurumlarının ana faaliyet sahası ile ilgili veya ilişkili olabilecek faaliyetleri yürütemeyecekleri yönünde kararlar vermektedir.

Bu hususta inceleyeceğimiz ilk karar TRT’ye ilişkindir. Türkiye Radyo Televizyon Kurumu’nun Kuracağı veya Katılacağı Ortaklığa Dair Usul ve Esaslar Hakkında Karar’ın yürürlüğe konulmasına ilişkin 24 Şubat 2007 tarih ve 26444 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 13 Şubat 2007 tarih ve 2007/11725 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı’nın iptali istemiyle açılan davada Danıştay 10. Dairesi, uzmanlık ilkesini dar yorumlamıştır. Danıştay, verici altyapısını işletecek bir şirkete TRT’nin katılımını öngören düzenlemeyi, mevzuatta bu hususta yetki veren açık yasal hükmün varlığına rağmen, (i) TRT’nin özerk ve tarafsız kamu yayıncısı olma özelliğini zedeleyeceği, (ii) TRT’nin ayrıcalıklı ve özel konumunu koruyacak ilke ve esaslara yer verilmemesi gerekçeleriyle hukuka aykırı bulmuş ve iptal etmiştir²⁷.

²⁵ <http://www.ydk.gov.tr/2008malidurumvebeklentilerraporu.mht> [erişim tarihi: 07.08.2009].

²⁶ Dan. 2. Daire, 23.10.2007 t. ve E. 2007/1200. (www.kazanci.com) [erişim tarihi: 14.11.2011].

²⁷ Dan. 10. D. 29.01.2008 t. ve E. 2007/2534. (www.kazanci.com) [erişim tarihi: 14.11.2011].

Söz konusu Bakanlar Kurulu kararının hukuksal dayanağı, 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu’nun 37. ve 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun’un²⁸ Ek (1). maddesidir. 2954 sayılı Kanun’un 37. maddesi aşağıdaki şekildedir:

Madde 37 - Yönetim Kurulu, Kurumun amaçlarına uygun olmak şartıyla ve Bakanlar Kurulu kararnamesi ile gösterilecek esaslar içerisinde, yerli veya yabancı gerçek veya tüzelkişilerle, özel hukuk hükümlerine tabi mahdut mesuliyetli ortaklıklar kurabilir.

3984 sayılı Kanun’un Ek (1). maddesinde de “*özel radyo ve televizyon kuruluşlarının, kendilerine tahsis edilen TV kanal ve radyo frekansından yapacakları yayınlarını, Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunun veya bu amaçla özel yayın kuruluşlarıyla ortak kuracağı şirketin görev ve sorumluluğunda işletilen verici tesislerinden yapmaları asıldır*” şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Bu maddeye göre, TRT’nin verici tesislerinin kurulması, işletilmesi, yenilenmesi ve bu tesislerde değişiklik yapılması sırasında özel yayın kuruluşlarının ihtiyaçlarını da göz önünde tutacağı hükme bağlanmıştır.

Danıştay kararı birkaç açıdan eleştirilebilir. Her şeyden önce, iptal davasına konu olan bakanlar kurulu kararının dayanağı olan 2954 sayılı Kanun’un 37. maddesi, TRT’nin yerli veya yabancı şirketlerle ortaklık kurulabilmesi için iki ana koşul getirmiştir. Bunlardan birincisi kurulacak şirketin TRT’nin amaçlarına uygun olması, ikincisi ise ortaklığın esasının bakanlar kurulu tarafından düzenlenmesidir.

2954 sayılı Kanun’un 9. ve 37. maddesi ile 3984 sayılı Kanun’un Ek (1). maddesi çerçevesinde, TRT’nin yayıncı kuruluşlarla verici alt yapısının işletilmesine yönelik şirket kurulabilmesi mümkündür. Esasında burada herhangi bir tartışma da yoktur. Danıştay kararında da bu nokta üzerinde durulmamıştır. Dolayısıyla, 2954 sayılı Kanun’un 37. maddesindeki ilk şart olan “TRT’nin amacına uygun olma şartı” karşılanmıştır.

2954 sayılı Kanun’un 37. maddesindeki ikinci şart olan ortaklığın esaslarının bakanlar kurulu kararnamesi ile gösterilmesi şartının karşılanıp karşılanmadığı aşamasında ise Danıştay tarafından yerindelik denetimini çağrıştıran bir içerik denetimi yapılmıştır. Danıştay, söz konusu hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden, TRT’nin verici alt yapısını kendi inisiyatifinde

²⁸ 3 Mart 2011 tarih ve 27863 sayılı RG’de yayımlanan 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un 48(1) maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

kuracağı şirketle işletmesi gerektiği sonucunu çıkarmıştır. Bir başka deyişle, TRT bu hususta yerli ve yabancı şirketleri ancak kendi kuracağı ve hukuki ve idari açıdan kontrolü elinde bulundurduğu şirkete ortak olarak alabilecektir. TRT'nin kurulmuş bir şirkete küçük ortak olarak katılması mümkün değildir.

Nitekim, dava konusu bakanlar kurulu kararında, verici alt yapısının ortak işletilmesine yönelik anonim şirket şeklinde kurulmuş veya kurulacak ortaklıklara TRT'nin katılabileceği ifade edilmiş; şirket esas sözleşmesindeki rüçhan hakları, imtiyazlar, hisse miktarı ve nev'i, ortaklığın tasfiyesi gibi konularda TRT yönetim kurulu yetkili kılınmıştır. Karar sonrasında, TRT yönetim kurulu, verici alt yapısını işletecek şirkete %20,94 payla katılmaya karar vermiştir.

Danıştay'a göre, bu durum TRT'nin özerk ve tarafsız kamu yayıncısı olma özelliğini engellemektedir. Danıştay kararında, TRT yönetim kuruluna kurulmuş veya kurulacak şirketlere ortak olma konusunda verilen yetkinin tarafsızlık ve özerklik gibi ilkeleri nasıl ve ne şekilde zedeleyeceğine dair hiçbir belirleme yoktur. Tarafsızlık ve özerklik daha çok faaliyetin aktif şekilde devamı esnasında objektif olarak değerlendirilebilecek hususlardır. Tarafsızlık veya özerkliğin ihlal edilebilme olasılığı ise bir ön kabuldür. Ciddi ve açık delillere ya da en azından emarelere dayanması gerekir. Danıştay kararında soyut ön kabullerden yola çıkılmıştır. Ancak hiçbir somut gerekçe ortaya konulmamıştır.

Burada çok daha kritik olan husus, bir kamu kurumu olan TRT'nin kamu yararı amacı dışında faaliyet gösterme ihtimalinin olup olmadığıdır. Bunun için yeterli güvence de esasında 3984 sayılı Kanun'un EK (1). maddesinde getirilmiştir. Buna göre, kurulmasına izin verilen tesislerin 3984 sayılı kanunda ve izin belgesinde öngörülen amaçlar için kullanılıp kullanılmadığı RTÜK tarafından denetlenecektir. RTÜK tarafından yapılacak denetimde 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu çerçevesinde bir denetim yapılmadığı ileri sürülebilir. Ne var ki, RTÜK'ün yapacağı denetimde kamu yararını ölçü norm olarak kullanmayacağı düşünülemez. Özetle söylemek gerekirse, kurulacak şirketlerin faaliyet denetimi için kanımızca yeterli bir denetim mekanizması sağlanmıştır.

Bakanlar Kurulu'nun yönetim kuruluna yetki vermesi ise temelde yasama yetkisinin devredilemezliği ve idarenin düzenleme yetkisinin kaynağı ve kapsamı ile ilgilidir. Yasa koyucu gerektiğinde sınırlarını belirlemek koşuluyla bazı konuların düzenlenmesini idareye bırakabileceği gibi, sık sık değişik önlemler alınmasına veya bunların kaldırılmasına gerek görülen

ekonomik, teknik veya benzeri alanlarda temel kuralları saptadıktan sonra ayrıntıların düzenlenmesini idareye bırakabilir. Anayasa Mahkemesi'nin de ekonomik ve teknik konularda idareye düzenleme yetkisi veren yasa hükümlerinin liberal bir hukuk mantığı ile ele alınması gerektiğini ve idarenin geniş takdir hakkının varlığını tercih ettiği görülmektedir²⁹. Elbette, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve özellikle idari yaptırımlar alanında yasallık ilkesi belirli konuların bizatihi yasa ile düzenlenmesini gerekli kılmaktadır.

Somut durumda kanımızca Bakanlar Kurulu'na verilen düzenleme yetkisi ve ardından Bakanlar Kurulu'nun bu hususta TRT yönetim kurulunu yetkilendirmesi hukuka uygundur. Şayet TRT yönetim kurulu, verici alt yapısının işletilmesine dönük olarak kurulmuş veya kurulacak şirketlere iştirak etme aşamasında TRT'nin kuruluş amaçlarına veya kamu yararı ile hizmet gereklerine aykırı işlemler tesis ederse elbette bu durumda yapılan işlemler idari yargının hukukilik denetimine tabi olacaktır. Ancak bu durum ortada yokken, yönetim kurulunun yetkisini kullanmasını engelleyecek şekilde hüküm tesis edilmiş ve Danıştay adeta yerindelik denetimi³⁰ yapmıştır.

Danıştay'ın, TRT'nin kurulmuş bir şirkete azınlık ortak olamayacağı yönündeki görüşü ise uzmanlık ilkesinin oldukça dar yorumlanmasının dışında, yasanın verdiği yetkinin görmezlikten gelinmesi sonucunu doğurmuştur. Çünkü, 2194 sayılı Yasanın 37. maddesinde, “*TRT'nin yerli veya yabancı şirketlerle ortaklık kurabilmesi mutlaka TRT tarafından yeni bir şirket kurulması şeklinde değil, kuruluş bulunan şirkete ortak olunması*” hak ve yetkisini de vermektedir.

Uzmanlık ilkesinin dar yorumlandığı bir başka karar TSE ile TÜBİTAK arasındaki bir ihtilafa ilişkindir. TÜBİTAK tarafından 25.12.1994 tarih ve 22152 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu Türk Kalibrasyon Servisi Kuruluş ve İşletme Yönetmeliği'nin bazı hükümlerinin iptali istemiyle Türk Standartları Enstitüsü tarafından açılan davada, laboratuvar akreditasyonu hizmetlerinin TÜBİTAK tarafından yürütüleceğinin hükme bağlandığı; bu durumun TSE'nin görev alanına müdahale niteliği taşıdığı ileri sürülmüştür.

²⁹ AYM. 16.07.2010 t. ve E. 2010/29 - K. 2010/90 sayılı karar. RG. 4.12.2010, S. 27775.

³⁰ 7 Mayıs 2010 tarih ve 5982 sayılı Anayasa Değişikliğine İlişkin Kanun'un 11. maddesi ile Anayasa'nın 125. maddesine idari işlem ve eylemlerin yargısal denetiminde yerindelik denetimi yapılamayacağı yönünde hüküm ilave edilmiştir. Oysa ki kanımızca bu yönde bir Anayasa değişikliğine ihtiyaç yoktu. Çünkü, 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 2(2) maddesinde, idari mahkemelerin yerindelik denetimi yapamayacağı açık bir biçimde düzenlenmiş durumdaydı.

Danıştay 10. Dairesi, TSE'nin endüstriyel metroloji çalışmalarını yürütmekle yükümlü olduğunu, bilimsel metroloji çalışmalarının ise TÜBİTAK tarafından yapıldığını, TSE'nin kuruluş ve görevlerine ilişkin 132 sayılı Kanun'da laboratuvar akreditasyonu hizmetlerinin TSE'nin görev alanına soka bir hüküm olmadığını belirtmiştir³¹. Danıştay, akreditasyon konusunda yasal boşluk olduğunu³² ve her türlü akreditasyondan sorumlu olacak Milli Akreditasyon Konseyi kurulana kadar, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile TÜBİTAK arasında imzalanan 16.12.1994 tarihli protokol hükümleri çerçevesinde Tübitak Bünyesinde Türk Kalibrasyon Servisi kurulmasında hukuka aykırılık görmemiştir. Danıştay'a göre, TSE'nin aynı seviyedeki bir başka laboratuvarın yeterliliğini onaylama yetkisi olmadığı gibi, kendi kendini veya ticari rakiplerini akredite etmesi hizmet gerekleriyle bağdaşmayacaktır.

Karar birkaç bakımdan değerlendirilip eleştirilebilir. Her şeyden önce, 132 sayılı Kanun'un (2). maddesine 16.5.1985 tarih ve 3205 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle eklenen (j) fıkrasıyla, metroloji ve kalibrasyon ile ilgili araştırma ve geliştirme çalışmaları yapmak ve gerekli laboratuvarları kurmak TSE'nin görevleri arasında sayılmıştır. Bu maddeye dayanarak TSE'nin laboratuvar akredite etme yetkisinin olmadığı ileri sürülebilirse de, 132 sayılı Yasa'nın (1). maddesi uyarınca TSE, her türlü madde ve mamuller ile usul ve hizmet standartlarını yapmak amacıyla tüzel kişiliğe haiz, özel hukuk hükümlerine göre yürütülen kamu kurumu olarak kurulmuştur. Dolayısıyla, bu madde dikkate alındığında kanımızca Danıştay'ın uzmanlık ilkesini geniş yorumlayarak, laboratuvar akredite etme işinin de TSE'nin görev alanına girdiğini hükme bağlaması mümkündür. Ne var ki, uzmanlık ilkesi Danıştay 10. Dairesi tarafından oldukça dar yorumlanmış ve sadece yetki ekseninde yapılan hukukilik denetimi sonucunda TSE'nin laboratuvar akredite etme yetkisinin olmadığı belirtilmiştir.

Laboratuvar akreditasyon yetkisinin açık bir yasa hükmü ile TÜBİTAK'ın görev alanına sokulması elbette olanaklıdır. Bununla beraber, dava konusu yönetmeliğin dayanağı olan ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile TÜBİTAK arasında imzalanan protokolün laboratuvar akreditasyonu hizmetlerini TÜBİTAK'ın görev alanına sokulması için hukuksal dayanak olarak alınması Danıştay kararının en problemli kısmı olmuştur. Çünkü, söz

³¹ Dan. 10. D. 2.11.1996 t. ve E. 1995/784-K. 1996/7926 (www.kazanci.com) [erişim tarihi: 20.11.2011].

³² Bugün itibariyle bu hizmetler, 27.10.1999 tarih ve 4457 sayılı kanunla kurulan Türk Akreditasyon Kurumu tarafından yürütülmektedir.

konusu Yönetmeliğin açık bir yasal dayanağı yoktur ve sadece bu Protokole dayanmaktadır. Bu durum yasallık ilkesinin ihlalidir.

Öte yandan, TSE'nin kendi bünyesindeki ya da rakip firmaların laboratuvarlarını akredite etmesinin hizmet gerekleriyle bağdaşmayacağı yönündeki gerekçe de eleştiriye açıktır. Danıştay'ın buradaki yaklaşımı TSE'nin piyasadaki başka sertifikasyon kuruluşları ile rekabet halinde olduğu ve dolayısıyla hem regülatör hem piyasa oyuncusu olamayacağı mantığına dayanıyor gözükmektedir. Ne var ki Danıştay, bu durumda rekabet teorisi ve hatta 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ilgili hükümlerini ölçü norm olarak kullanıp bir denetim yapabiliirdi. Ancak bunun yerine son derece genel bir ifade ile hizmet gerekleriyle bağdaşmama kavramı tercih edilmiştir.

Esasında, TSE'nin hem regülatör hem de piyasa oyuncusu olma durumu Rekabet Kurulu'nun önüne de gitmiştir. Rekabet Kurulu kararlarında, TSE'nin esasen birbiri ile yakından ilintili standart belirleme ve sertifikasyon faaliyeti olarak iki ana faaliyeti bulunduğunu, standart belirleme faaliyetinin “kamu güvenliğini ilgilendiren bir husus olması” ve bu nedenle tipik olarak devlete ait yetkilerin kullanımını içeren bir faaliyet olması itibarıyla idari bir faaliyet olduğunu, piyasadaki diğer aktörler ile rekabet halinde yürütülen sertifikasyon hizmetlerinin ise ekonomik aktivite teşkil ettiğine karar vermiştir³³. Bir başka deyişle, Rekabet Kurulu, TSE'nin piyasadaki rakipleri ile beraber sertifikasyon hizmetini yürütebileceğini benimsemiştir.

Kanımızca, TSE'nin rakip laboratuvarları akredite etmesi, bu hizmet için uygulanan fiyatlardaki farklılaşmalar, 4054 sayılı Kanun anlamında rekabeti kısıtlayıcı ya da ortadan kaldıran bir etki taşımadığı sürece hukuka uygundur. Çünkü, piyasada aktif bir oyuncu olma ile düzenleyici bir takım görev ve yetkilerin bir arada toplandığı kuruluşlar TSE'den ibaret değildir³⁴. Öte yandan, TSE'nin akreditasyon işlemlerinin de birer idari işlem olacağı dikkate alındığında yargı denetimine tabi olacağı açıktır. Dolayısıyla, Danıştay'ın buradaki kararı uzmanlık ilkesinin dar yorumlandığı kararlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Danıştay'ın uzmanlık ilkesinin kapsamını isabetle tespit ettiği kararları da bulunmaktadır. Örneğin, bir kamu kurumu olan TCDD'nin 28 Ekim

³³ RK'nun 8.3.2002 t. ve 02-13/126-53 sayılı kararı. (www.rekabet.gov.tr) [erişim tarihi: 14.11.2011].

³⁴ Bu konudaki örnek ve değerlendirmeler için bkz. ORAK, s. 291 vd.

1984 tarih ve 18559 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Ana Statüsü’nün “Kuruluşun Amaç ve Faaliyet Konuları” kenar başlıklı (4). maddesindeki bazı hükümlerin yürütülmesi Danıştay tarafından durdurulmuştur³⁵. Söz konusu maddede TCDD’nin faaliyet konuları olarak gösterilen (...) *mülkiyeti kendisindeki taşınmazlarda yat limanları, ticaret kongre, fuar, kültür, alışveriş merkezleri, hastane, otel, konut, ofis, park, spor amaçlı ve benzeri tesisler yaptırmak ve işletmek, işin niteliğine göre nakdi sermaye koymaksızın mülkiyet devri olmadan 99 yıla kadar taşınmazların tahsisi suretiyle iştiraklere katılmak (...)* ibarelerinin yürütülmesi durdurulmuştur.

TCDD’nin esas faaliyet alanının, konveksiyonel, hızlı ve yüksek hızlı demiryolları inşa etmek, devletçe kendisine verilen demiryollarını, limanları, rıhtım ve iskeleleri işletmek olduğu dikkate alındığında, yukarıdaki ifadelerin bu konularla doğrudan ilgili olmadığı görülebilecektir. Yürütülmesi durdurulan ifadelerin, TCDD’nin ana faaliyet konularını tamamlayıcı mahiyette olduğu da söylenemez. Sadece, özellikle TCDD’nin elinde bulunan liman ve rıhtımların turistik açıdan katma değer yaratabilecek yerler olduğu gözetilerek bu hizmet alanları da TCDD’nin faaliyet sahasına katılmak istenmiş ve fakat Danıştay buna engel olmuştur. Kararda açık bir gerekçeye yer verilmese de, Ana Statü’deki hükümlerin uzmanlık ilkesine aykırı olmasından ötürü yürütmenin durdurulması kararının verildiği anlaşılmaktadır. Elbette, kararın gerekçesinde bu ilkeye açıkça referansta bulunulması çok daha yerinde olurdu.

d) Yürürlükteki Mevzuata İlişkin Bazı Gözlemler

Bu konuda, yargıya intikal etmemekle beraber, incelenmesi gereken bazı mevzuat hükümlerini tespit etmiş bulunuyoruz. 2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanunu’nun *Görev, Yetki ve Sorumluluklar* kenar başlıklı 4(d) maddesinde “*Radyoizotop üretme, kalite kontrolü, ölçme ve dağıtma tesisleri kurmak ve işletmek*” Türkiye Atom Enerjisi Kurumu’nun (“TAEK”) görevleri arasında sayılmıştır. 2690 sayılı Kanun’un (4). maddesinde ya da bir başka maddesinde, TAEK’in mal ve hizmet üretmesine olanak sağlayan başka bir hüküm yoktur. Sadece, kurumun gelirlerinin sayıldığı Kanun’un 14(c) maddesinde, mal ve hizmet üretiminden elde edilen gelirler de kurum gelirleri arasında sayılmıştır. Kanunun 14(c) maddesinin mal ve hizmet üretimine dönük kanuni bir dayanak olduğu ileri sürülebilir. Ne var ki, mal ve hizmet üretiminin kapsamı açık değildir. Bir başka deyişle, Kanunun 14(c) maddesi, TAEK tarafından hangi mal veya hizmetlerin üretilebileceğine dair bir hüküm içermemektedir.

³⁵ Dan. 10. Dairesi’nin 29 Ocak 2007 tarih ve E. 2005/1803 sayılı kararı (*yayınlanmamıştır*).

Kanunun 4. maddesi, üretilebilecek hizmetler konusunda daha açık düzenlemeler içermektedir. Şöyle ki, lisanslama hizmetleri, proje onay, mühendislik ve danışmanlık hizmetleri, kalite kontrol hizmetleri gibi hizmetlerin sunulabileceği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, mal üretimine ilişkin tek açık hüküm yukarıda bahsedilen Kanunun 4(d) maddesindeki radyoizotop üretimidir. TAEK'in resmi internet sitesinde yer alan Temel Mal ve Hizmet Üretim Türlerinin Kod Numaralarına Göre Sınıflandırılması ve 2012 Yılı Ücret Tarifesi³⁶ incelendiğinde, Radyoizotop, Radyofarmasötik üretimi dışında-ki bu malların üretiminin Kanun'un 4(d) maddesine uygun düştüğü söylenebilir-nükleer elektronik cihazların üretiminin de ücret tarifesine dahil edildiği anlaşılmaktadır. Yani, TAEK nükleer elektronik cihaz üretimi ile de iştigal etmektedir.

Akla gelen soru şudur. 2690 sayılı Kanun'da açık bir kanuni dayanak olmaksızın TAEK nükleer elektronik cihaz üretimi ile iştigal etmektedir. TAEK'in söz konusu cihazların satışı için üçüncü kişilerle özel hukuk ilişkisine gireceği ve özel hukuka tabi satım sözleşmeleri yapacağı açıktır. Ancak bu konu inceleme konumuz dışındadır. Burada esas olan, nükleer elektronik cihaz üretimine yönelik faaliyetlerin durumudur.

Bilindiği üzere, idare hukukunda yetki, Anayasa ve kanunlar ile yetkili kılınan idari ajan veya idari makam açısından subjektif anlamda bir hak olmayıp, söz konusu kişi veya makama idari teşkilat içerisinde yer aldığı bölüm ve seviyeye göre tanınmış³⁷ konusu ve sınırları belirli bir haktır. İdari makamların, yetkili olmadığı alanlarda kararlar alması konu bakımından yetkisi aşımını doğurur ve buna olumlu anlamda konu bakımından yetkisizlik adı verilir³⁸. Bu temel bir hukuka aykırılıktır³⁹. İdare hukukunda kural, yetki kurallarının dar yoruma tabi tutulması ve analogi yoluyla yetki yaratılmamasıdır.

Somut durumda, kanunda dayanağı olmaksızın TAEK'in nükleer elektronik cihazların üretimi ve satışı ile iştigal etmesi olumlu anlamda konu bakımından yetkisizlik olarak gözükmektedir. Söz konusu yetkisizlik hali, idare hukukundaki temel prensibe uygun olarak dar bir yoruma tabi tutulup hukuka aykırı mı kabul edilecektir? yoksa uzmanlık ilkesi gerekçe gösterilerek bertaraf edilebilecek midir? Kanımızca burada TAEK'in nükleer elektronik

³⁶ <http://www.taek.gov.tr/belgeler-formlar/ucretler/2012-Yılı-Temel-Mal-ve-Hizmetlerin-Ücretleri/> [erişim tarihi: 15.01.2012].

³⁷ ATAY, s. 372.

³⁸ ATAY, s. 375.

³⁹ KARAHANOGULLARI, s. 329.

cihaz üretimi ana faaliyet konusuyla ilgilidir. Dolayısıyla, uzmanlık ilkesi dikkate alınarak⁴⁰ bu durum hukuka uygun kabul edilmelidir.

Esasında, uzmanlık ilkesi bir yana bırakılacak olursa, kamu kurumlarına ilişkin bazı mevzuat hükümlerinin yeterince özenli ve idare hukuku formasyonuna uygun şekilde hazırlanmadığı da görülmektedir. Bu durum bazen pratik ihtiyaçların çözümlenmesi amacına hizmet edebilir. Ancak bazen aceleci bir şekilde hazırlanan mevzuat hükümleri idare hukukunun temel kural ve prensiplerine aykırı düşmektedir. Örneğin, Vakıflar Genel Müdürlüğü Merkez ve Taşra Teşkilatı Görev, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in⁴¹ (kısaca “Vakıflar Genel Müdürlüğü Yönetmeliği”) *Görev ve Yetki* kenar başlıklı 30. maddesinde:

- (1) *Genel Müdürlüğün merkez ve taşra teşkilâtının her kademesindeki yönetici ve personel; yapmakla yükümlü bulunduğu hizmet ve görevleri mevzuata, plan ve programlara uygun olarak yürütmekten sorumludur.*
- (2) *Bir görevin verilmesi, bu görevin yerine getirilmesi için gerekli yetki ve sorumluluğun da verildiği anlamını taşır.*

Şeklinde hüküm bulunmaktadır. Oysa ki, 20 Şubat 2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun Görev ve Yetki kenar başlıklı 73. maddesinin (1). fıkrasında, genel müdürlüğün merkez ve taşra teşkilâtının her kademedeki yöneticilerinin; yapmakla yükümlü bulundukları hizmet ve görevleri Genel Müdürün emir ve direktifleri doğrultusunda mevzuata, plan ve programlara uygun yürütmekten sorumlu olduğu belirtildikten sonra; 74. maddede Genel Müdür ve her kademedeki yöneticilerin, sınırlarını açıkça belirlemek şartıyla yetkilerinden bir kısmını astlarına devredebileceği ve yetki devrinin de uygun araçlarla ilgililere duyurulacağı belirtilmiştir. Bir başka deyişle, Vakıflar Kanunu'nda yetki devrinin sınırlarının açıkça belirtilmek şartıyla yapılabileceği belirtilirken; Vakıflar Genel Müdürlüğü Yönetmeliği'nde yetki devrine hiçbir şekilde değinilmemiş ve fakat sadece “*bir görevin verilmesi, bu görevin yerine getirilmesi için yetki ve sorumluluğun da verildiği anlamını taşır*” şeklinde çalışma prensibini global bir biçimde açıklayan bir hükme yer verilmiştir.

⁴⁰ Doktrinde “saklı yetki” olarak ifade edilen kavramın kanunun kullandığı kavramların amaca uygun biçimde yorumlanmasından kaynaklanan bir kavram olduğu ileri sürülmektedir. AKILLIOĞLU, s. 73; AKYILMAZ, İdari Usul, s. 109.

⁴¹ <http://www.vgm.gov.tr/db/dosyalar/webicerik109.pdf> [erişim tarihi: 15.06.2012].

İdare hukukunda her türlü yetki kuralı kamu düzeni ile yakından ilişkilidir⁴². Dolayısıyla idare her türlü yetki kuralına uymak zorundadır. Yetki devri ise çok daha özellikli bir durumdur. Kural olarak istisnaidir ve ancak kanunlarda açıkça öngörülen hallerde ve açıkça öngörülen işlem ve kararlar için işletilebilir⁴³.

Vakıflar Genel Müdürlüğü Yönetmeliği'nin yukarıda sözü geçen 30. maddesinde hem Vakıflar Kanunu'nun 74. maddesinden çok daha geniş bir kapsam getirilmiş hem de görev tahsisinin içinde o işlem veya kararı tesis etmeye dönük yetkinin de mündemiç olduğu ifade edilerek otomatik bir yetki devri yaratılmıştır. Yetki devrinin istisnai olduğu ve kanunlarda açıkça öngörülen durumlarda ve açıkça öngörülen işlem ve kararlar için işletilebileceği prensibi dikkate alındığında; kanımızca Vakıflar Genel Müdürlüğü Yönetmeliği'nin 30. maddesinin (2). fıkrası gerek Vakıflar Kanunu'nun 74. maddesine gerekse Anayasanın 123(1) maddesine aykırıdır.

25 Haziran 2010 tarih ve 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un⁴⁴ *Yöneticilerin sorumluluğu ve yetki devri* kenar başlıklı 31(1) maddesinde Genel Müdürlüğün her kademedeki yöneticilerinin, yapmakla yükümlü bulundukları hizmet ve görevlerini; mevzuat hükümlerine, ulaştırma ana planına, stratejik plan ve programlarına uygun olarak yürütmekten üst kademelere karşı sorumlu olduğu hükme bağlanmış ve esasında aynı konuyu düzenleyen Vakıflar Kanunu'nun 73(1) maddesiyle benzer bir düzenleme getirilmiştir.

Karayolları Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 31(2) maddesinde de genel müdür ve her kademedeki yöneticilerin, sınırlarını açıkça belirlemek kaydıyla yetkilerinden bir kısmını astlarına devredebilecekleri hükme bağlanmıştır. Bu hüküm de aynı konuyu düzenleyen Vakıflar Kanunu'nun 74. maddesiyle örtüşmektedir.

Karayolları Genel Müdürlüğü Görev, Yetki ve Sorumluluk Yönetmeliği'nin 30. maddesi⁴⁵, Karayolları Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat

⁴² GÜNDAY, s. 135.

⁴³ *Ibid*, s. 140.

⁴⁴ 13 Temmuz 2010 tarih ve 27640 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁴⁵ “(1) Genel Müdürlük personeli, o kadronun gerektirdiği görevi yerine getirmekle sorumlu ve görevi ile sınırlı olarak yetkilidir. (2) Genel Müdürlük personeli yapmakla yükümlü bulundukları hizmet ve görevlerini; Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile diğer mevzuat hükümlerine, ulaştırma ana planına, stratejik plan ve programları ile amirlerinin talimatlarına uygun olarak yürütmekten amirlerine karşı sorumludur”.

ve Görevleri Hakkında Kanun'un 31(1) maddesine uygun hükümler ihtiva etmekte; söz konusu yönetmeliğin 31. maddesinde de genel müdür ve her kademedeki yöneticilerin, sınırlarını açıkça belirlemek kaydıyla yetkilerinden bir kısmını astlarına devredebilecekleri tespit edilerek yetki devrine ilişkin genel prensiplere uygun bir düzenleme yapılmıştır.

Vakıflar Genel Müdürlüğü ve Karayolları Genel Müdürlüğü idari kamu kurumlarıdır. Vakıflar Kanunu'nun 74. maddesi, Karayolları Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 31(1) maddesi ve Karayolları Genel Müdürlüğü Görev, Yetki ve Sorumluluk Yönetmeliği'nin 31. maddesi, yetki devrine ilişkin olarak idare hukukunda genel kabul gören ilke ve prensipler ile Anayasa'nın 123. maddesine uygun bir düzenleme getirerek "yetkilerin sınırları belirtilmek suretiyle devredilebileceğini" öngörmüştür. Ne var ki, Vakıflar Genel Müdürlüğü Yönetmeliği'nin 30. maddesinde, görev tahsisinin içinde, görev konusu işlem veya kararı tesis etmeye dönük yetkinin de mündemiç olduğu ifade edilerek otomatik bir yetki devri yaratılmıştır. Bu hüküm yukarıda vurgulandığı üzere gerek Vakıflar Kanunu'nun 74. maddesine gerekse Anayasanın 123(1) maddesine aykırıdır.

2. Uzmanlık İlkesinin Modern Tanımı

a) Genel Olarak

Kamu kurumlarının ortaya çıkış sürecinde yerindenlik ya da daha somut ifadeyle hizmet bakımından yerinden yönetim prensibi dışında, bu prensibe bağlı olarak yürütülecek hizmetlerin niteliği de önem arz etmektedir. Çünkü, kamu kurumları tarafından yürütülen hizmetler teknik ve uzmanlık isteyen hizmetlerdir. Kamu kurumlarının da ilke olarak ilgili hizmet alanında uzmanlaşması (ihtisaslaşması) *sine qua non*'dur. Bu durumu uzmanlık ilkesinin modern tanımı olarak değerlendirmemizin sebebi, son dönemde ortaya çıkmış olmasından kaynaklanmamaktadır. Kamu kurumlarının özgülendikleri amaç dışında faaliyet gösterememeleri yanında, yürütülen kamu hizmetine ilişkin ihtisas sahibi olmaları da öteden beri kabul edilmektedir. Ne var ki, kamu kurumlarının uzmanlığa sahip olmaları meselesi, son dönemdeki bilimsel ve teknolojik gelişmelerle daha kritik hale gelmiştir. Özellikle kamu kurumlarının işlem ve eylemlerinin yargısal denetiminde ve idarenin sorumluluğunun tespit edilmesinde önemli bir ölçü norm işlevi görmesi mümkündür.

Ne var ki, şu hususu da vurgulamak gerekir ki, kamu kurumları teknik yönden ihtisaslaşmıştır tespiti doğru olmakla beraber, kanımızca idari fonksiyonun konusu ve niteliği dikkate alındığında kayda değer ayırıcı bir

vurgusu yoktur. Çünkü, idari fonksiyon *in materia* hükümetin çizmiş olduğu direktifler çerçevesinde, alınan kararları somutlaştırır ve dış dünyaya yansıtır. İdari fonksiyonun içindeki bütün kamusal makamların esas görevi de zaten teknik⁴⁶ ve günlük ihtiyaçları yerine getirmektir⁴⁷.

Kamu kurumları da idari fonksiyonun bir parçası olduğuna göre, teknik yönden uzmanlaşmanın hukuken eklenildiği zeminin daha net bir şekilde ortaya konulması gerekir. Bu sayede gerek bireyler, gerekse idare açısından ortaya çıkan hak ve yükümlülükler belirgin hale gelebilir. Bu da kamu kurumlarının işlem ve eylemlerinin yargısal denetimini çok daha etkin duruma getirebilir.

b) Uzmanlık İlkesinin Modern Tanımının Pozitif Etkisi

Kamu kurumlarının kuruluş amaçlarından biri ve belki de en önemlisi kaynak dağılımında etkinliğin sağlanmasıdır. Kaynak dağılımında etkinlik için kamu kurumlarının kendi faaliyet konularında bilgi üstünlüğüne sahip olmaları gerekli ve olağandır. Ne var ki, söz konusu bilgi üstünlüğü ancak bununla paralel işleyen bir hesap verilebilirlik ile mali, hukuki ve idari sorumluluğun üstlenilmesi halinde bir anlam ifade eder. Çünkü, idarelerin faaliyet konuları ne kadar teknik ve karmaşık olursa, güçleri de o oranda artacaktır. Bu durumda ise idarelerin işlem ve eylemlerinin idari yargı mercileri tarafından gereği gibi yargısal denetime tabi tutulabilme ihtimali azalabilecektir⁴⁸.

Bilindiği üzere, kamu hizmetlerinin idareden beklenen kapsamda gerçekleşmemesi hizmet kusuru teşkil edeceği gibi, bu hususun idari işlemlerin yargısal denetiminde de dikkate alınması gerekmektedir⁴⁹. Ne var ki, “idareden beklenen kapsam” kavramının da objektif bir şekilde tespit edilmesi zorunludur. İdareden beklenen kapsam kavramı ile kalite⁵⁰,

⁴⁶Adliye mahkemelerinin idari davaların teknik yönü hususunda karar vermeye ehil olmadıkları için idare mahkemelerinin kurulduğu yönünde görüşler için bkz. BONNARD, s. 133.

⁴⁷ TEZİÇ, s. 344; Bu konuda bir AYM kararı için bkz. AYM’nin 25.12.2008 t. ve E. 2006/140-K. 2008/185 sayılı kararı. RG. 04.04.2009 t. ve 27190 S.

⁴⁸ AYAYDIN, s. 306, dpn. [28].

⁴⁹ AKYILMAZ, Hizmet Kusuru, s. 1145.

⁵⁰ Modern kamu hizmeti ilkelerinden biri olarak hizmet kalitesi ilkesinin etkinlik ilkesi ile yakından bağlantılı olduğu yönünde bkz. ERGÜN, s. 207.

yeterlilik⁵¹ ve özellikle icrai aşamaya yansıyan bir basitlik⁵² anlaşılmalıdır. Bu hususlar dikkate alındığında, kamu kurumlarının ilgili hizmet alanında uzman olmaları, bazı haklı ön kabulleri beraberinde getirmektedir. Kamu kurumları da yüksek standartla, uzman oldukları hizmet alanında kendilerinden beklenen kalite, yeterlilik ve basitliğe uygun şekilde hizmet vermek zorundadır. Hatta bu yükümlülük eşiği diğer kuruluş ve idarelerden daha yüksektir. İşte “uzmanlık ilkesinin modern tanımının pozitif etkisi” ile kastetmek istediğimiz, kamu kurumlarının uzmanlıklarının gerektirdiği şekil ve ölçüde faaliyet göstermeleridir.

Özetlemek gerekirse, kamu kurumlarının ihtisas sahibi kurumlar olarak yüksek standartlı ve geniş olanaklara sahip olduğunu söylemek mümkündür. Bu da, kamu kurumlarının işlem ve eylemlerinin denetimi ile idarenin sorumluluğunun tespit edilmesinde bireyler açısından “haklı beklenti” eşiğini yükselttiği gibi, idari yargı makamları da bu doğrultuda bir denetimi işletmelidir.

Yayla, idarenin sorumluluğunu değerlendirirken, “*idarenin yükselen standardı*” kavramı ile idarenin güçlülüğü ölçüsünde sorumlu olacağını, idarenin elindeki istatistik, iletişim olanakları, teknik araç-gereç, uzman personel gibi kaynaklar ile idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıracı olan nedenlerden biri olan mücbir sebep uygulamasının bile azalmakta olduğunu

⁵¹ Ülkemizde devletin hüküm ve tasarrufu altındaki madenlerde, işletmeye elverişli ekonomik bir cevherin bulunması durumunda ruhsatların verilmesi, denetimi, projelerinin incelenmesi ile ilgili madencilik faaliyetleri Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı adına Maden İşleri Genel Müdürlüğü tarafından yürütülmektedir. Konuyu söz konusu idare bağlamında ele alan GÜLAN’ın tespitleri dikkate değerdir. Kamu kurumlarında uzmanlık ilkesinin önemine, ilkeye doğrudan referansta bulunmadan değinmektedir. “*Verilen ruhsatların arkasında İdare durmamakta, ruhsat ve işletme izinlerini vermeden önce gerekli ve yeterli araştırmayı yaptığına dair kamuoyuna yeterli güveni vermemektedir. Bilgi birikimi, denetleme ciddiyeti, gereklilik değerlendirmesi bakımından İdarede olması gereken dirayet görülemediği için, verilen ruhsatların akıbeti sivil toplum kuruluşlarının tepki düzeyi ve yargı kararlarına göre ortaya çıkmaktadır*”. Bkz. GÜLAN, s. 263.

⁵² Amerika Birleşik Devletleri’nde 1980 yılında yürürlüğe giren [1995 yılında değişikliğe uğramıştır] Paper Work Reduction Act (Kırtasiyeciliğin Azaltılmasına İlişkin Kanun) ile federal makamlar önünde hazırlanıp sunumu öngörülen belgelerin azaltılması amaçlanmıştır. Kanuna göre federal makamlar, haktan herhangi bir belge talebinde bulunmadan önce Yönetim ve Bütçe Dairesinden (The Office of Management and Budget [kısaca OMB]) izin almak zorundadır. OMB, kamu hizmetlerinin yürütümü sırasında ilgililerden talep edilecek belgelerin bu kişilere yükleyeceği külfet ile federal makamlara getireceği pratik kazancı dikkate alarak yapacağı fayda-maliyet analizine göre karar verir. Federal makamlar, ilgililerden talep edilmesi öngörülen belgeleri bir liste halinde 60 (altmış) gün süreyle Federal Sicil’de ilan eder. Vatandaşların yorum ve görüşlerinin alınmasını müteakip, bu liste onay için OMB’ye sunulur.

ileri sürmektedir⁵³. Güran’a göre ise “olanaklı, yetkili hizmet devleti” fikri idarenin sorumluluğunda egemen olan fikir olmaya başlamıştır⁵⁴. Hatta yargı kararlarında idarenin tedbirli olma yükümlülüğü, hukuk devletinin gereklerinden biri olarak görülmektedir⁵⁵.

Genelde idarenin sorumluluğunun tespit edilmesinde başvuru bu kriterler esasında kamu kurumlarının işlemlerinin yargısal denetiminde de dikkate alınmalıdır. Çünkü, kamu kurumları, ilgili hizmet dalında ihtisas sahibi olmaları nedeniyle işlem ve eylemlerinde bu uzmanlığa uygun şekilde hareket etmek zorundadırlar. Bu durum, yukarıda belirttiğimiz üzere “uzmanlık ilkesinin modern tanımının pozitif etkisi” olarak adlandırılabilir.

Uzmanlık ilkesinin bir alt unsuru bilimsel ve teknik verilerden yararlanmadır. Bilimsel ve teknik gelişme günümüzde sadece ekonomik ve ticari hayatın taşıyıcı kavramları değildir. Bilim ve teknik, aynı zamanda sosyal hayatı dönüştüren ve değiştiren kavramlardır. Hukukun da bu alanlarda olumlu bir katalizör etkisi yapabilmesi, bilimsel ve teknik verilerin hukuksal ilişki tiplerinde de etkin ve amaca uygun kullanılması ile mümkündür. Bilim ve tekniğe değil ve fakat en azından bilgiye erişim anlamında internet ve diğer bilgi teknolojilerinin görece bir eşitlik sağladığı da açıktır.

Bu panoromik ön kabullerden hareket ettiğimizde dahi, kamu kurumlarının faaliyetlerinde bilimsel ve teknik verilere dayanmalarının kaçınılmaz olduğunu görebiliriz. Örneğin, Alman Atom Yasası, nükleer tesislerin açılmasına izin verilmesi sürecinde bilimsel ve teknik verilere dayanılmasını bir yükümlülük olarak öngörmekte; en yeni bilimsel bilgilere ve anlayışlara göre emniyet tedbirlerinin alınmasının talep edilmesini şart koşmaktadır⁵⁶. Bu durum, Alman kamu kurumlarına kolluk işlem ve eylemlerinde dahi bilim ve tekniğin bulgularına göre hareket etme külfetini yüklemektedir. Alman Atom Yasası çerçevesinde, ilgili kamu kurumunun güvenilir olması yanında, yeterli uzmanlık birikimine sahip olması gerekmektedir.

c) Uzmanlık İlkesinin Modern Tanımının Negatif Etkisi

Kamu kurumlarının uzmanlık ilkesine tabi olarak faaliyetlerini yürütmeleri faaliyet konularına ilişkin her türlü iş ve işlemi kendi teşkilat

⁵³ YAYLA, s. 53.

⁵⁴ GÜRAN, Tazminat, s. 167.

⁵⁵ AYİM, 1. D., 30.03.2010 tarih ve E. 2009/684-K. 2010/341, AYİMD, S. 25, Kitap 1, Ankara, 2010, s. 279.

⁵⁶ Alman Atom Yasası (Atomgesetz) par. 7/2.

ve personel imkânlarıyla yerine getirmesi biçiminde yorumlanamaz. Çünkü uzmanlık ilkesinin önemli bir alt unsuru da “*uzmanlık alanının*” sınırlarının kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun şekilde tespit edilmesidir. Buna “uzmanlık ilkesinin modern tanımının negatif etkisi” de denilebilir. Dolayısıyla, kamu kurumlarının mevzuatla kendilerine verilen yetki ve görevler yanında, araç-gereç gibi fiziksel imkânlar ve insan kaynağının ehliyetine ilişkin olarak da gerek ve yeter ölçüde bir farkındalığı olmalıdır.

Somut durumda bunların bir veya bir kaçının yeterliliği veya ehliyetlerine dönük tam veya kısmi bir endişe ortaya çıktığında, konunun gerçek anlamda uzmanlarından destek alınması gerekir. Bu durum pozitif hukukumuzda da yansımıştır. Örneğin, 20 Şubat 2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu’nun⁵⁷ 36(h) maddesinde:

Genel Müdürlük, vakıflara ilişkin görevlerle ilgili olarak diğer kurum ve kuruluşlarla işbirliği içerisinde çalışır ve koordinasyonun sağlanması hususunda gerekli tedbirleri alır. Genel Müdürlük gerektiğinde ihtiyaç duyulan konuyla sınırlı olmak üzere 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tâbi olmaksızın uzman kişi, kurum ve kuruluşlardan danışmanlık ve hukukî mütalaa şeklinde hizmet satın alabilir.

şeklinde düzenleme yer almaktadır.

13 Temmuz 1982 tarih ve 17753 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanunu’nun (1). ve (3). maddesi uyarınca, barışçıl amaçlarla Türkiye’de atom enerjisinin kalkınma planlarına uygun olarak ülke yararına kullanılmasını sağlamak, temel ilke ve politikaları belirleyip önermek, bilimsel, teknik ve idari çalışmaları yapmak, düzenlemek, desteklemek, koordine etmek ve denetlemek üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, Başbakanlığa bağlı bir kamu kurumu olan Türkiye Atom Enerjisi Kurumu (kısaca “TAEK”) kurulmuştur. TAEK’in bir uzmanlık kuruluşu olduğunda kuşku yoktur. Ne var ki, 2690 sayılı Kanun’un (7). maddesinde, TAEK’in bir danışma kuruluna sahip olacağı hükme bağlanmıştır. Danışma kurulu, nükleer alanda çalışan öğretim üyeleri ile öteki ilgili kurum ve kuruluşlardaki uzmanlar arasından, sayısı, nitelikleri ve seçimi hazırlanacak bir yönetmelikle belirlenen üyelerden oluşmaktadır⁵⁸. Danışma Kurulu üyeleri, Atom Enerjisi Komisyonunun önerisi ve Başbakanın onayı ile görevlendirilir.

⁵⁷ RG. 27 Şubat 2008 tarih ve 26800 sayı.

⁵⁸ Bkz. 15.12.1982 tarih ve 19312 sayılı RG’de yayımlanan (değişik) Danışma Kurulu’nun Teşkilî ve Çalışma Esaslarına Dair Yönetmelik.

Danışma Kurulu, Atom Enerjisi Komisyonu tarafından havale edilen konuları inceleyip sonuç ve önerilerini Atom Enerjisi Komisyonuna bildirir. Danışma Kuruluna yurt içi ve dışından uzman kişiler çağrılabilir, fikir ve mütalaaları alınabilir.

Uzmanlık ilkesinin modern tanımının negatif etkisine Danıştay kararlarında da adı konulmaksızın değinilmektedir. Her ne kadar söz konusu kararlar genelde yetki aşımı ekseninde seyreliyor ve tesis edilen işlemlerin hukukilik denetimi bu gerekçe çerçevesinde yapılıyor gibi görünse de, özellikle aşağıda değinilen yargı kararlarının oturduğu teorik zemin kanımızca daha farklıdır. Bir başka deyişle, konu salt bir yetki aşımı hali olarak görülmemelidir.

Çünkü somut olayın aktörleri kamu kurumlarıdır. Kamu kurumları söz konusu olduğunda da uzmanlık ilkesinin tanım ve kapsamı idari işlemlerin denetiminde ölçü norm olarak kullanılmalıdır. Bu sayede belki de başka bazı durumlarda yetki aşımı hali olarak görülmeyen durumlar uzmanlık ilkesine aykırı görüldükleri için hukukilik denetimine tabi tutulabileceklerdir. Aşağıda değinilen ilk kararda, uzmanlık ilkesinin modern tanımının negatif etkisine Danıştay belki de farkında olmaksızın üstü kapalı olarak atıfta bulunmuştur.

27 Ekim 2006 tarih ve 26329 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu’nun Baraj Alanlarından Etkilenen Taşınmaz Kültür Varlıklarının Korunması ile ilgili 4 Ekim 2006 tarih ve 717 sayılı İlke Kararı’nın (kısaca “İlke Kararı”) 2. ve 3. maddelerinin iptali istemiyle Danıştay 6. Dairesi nezdinde dava açılmıştır.

İlke Kararı’nda, baraj yapılması planlanan alanda taşınmaz kültür varlıklarının ve arkeolojik sit alanlarının bulunması halinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı (DSİ) tarafından planlanan alanın dışında baraj alanı olarak başka yerlerin planlamasının yapılması gerektiği belirtilmiştir. Uyuşmazlığa konu 2. maddede, “*planlanan alanın dışında başka bir yerde yapılmasının mümkün olmadığı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı’nca (DSİ) teknik, idari ve bilimsel açıdan tesbit edilmesi sonucunda barajların; taşınmaz kültür varlıklarının ve arkeolojik sit alanlarının bulunduğu alanlarda yapımının zorunlu olması durumunda neler yapılacağı belirtilerek, taşınmaz kültür varlıklarının yerinde korunmasına, başka bir yere taşınmasına veya belgelenerek su altında bırakılmasına ilişkin önerilerin Koruma Bölge Kurulu’na sunulmasına, bilim komisyonunun sunduğu öneri veya önerilerle ilgili Koruma Bölge Kurulu’nca karar alınmasına, bu kapsamda yerinde korunmalarına, başka bir yere taşınmalarına veya su altında bırakılmalarına*

karar verilmesi halinde neler yapılacağı belirlenmekte ve bunlara ilişkin uygulama projelerinin koruma bölge kurullarına sunulması gerektiği” düzenlenmektedir.

Yönetmeliğin 3. maddesinde ise, İlke Kararı’nın alındığı tarihte yapımına başlanılmış veya yapımı tamamlanmış, alanında taşınmaz kültür varlıkları ile arkeolojik sit alanları bulunan baraj inşaatlarında taşınmaz kültür varlıklarının ve arkeolojik sit alanlarının korunmasına ilişkin önerilerin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü tarafından proje halinde hazırlanarak koruma bölge kuruluna sunulması gerektiği belirtilmektedir.

Danıştay kararında⁵⁹, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’nun 10. ve 57. maddelerine atıfta bulunularak, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunmasını sağlamak için gerekli tedbirleri almak, aldırma ve bunların her türlü denetimini yapmak veya kamu kurum ve kuruluşları ile belediyeler ve valiliklere yaptırmanın Kültür ve Turizm Bakanlığı’na ait olduğu vurgulandıktan sonra, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarına ilişkin uygulamaya yönelik kararlar almak görev ve yetkisinin koruma bölge kurullarına ait olduğu kurala bağlanmıştır.

Bu çerçevede, İlke Kararı’nın 2. ve 3. maddeleriyle, 2863 sayılı Kanun’un ilgili hükümleriyle koruma bölge kuruluna verilen görev ve yetkinin, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı DSİ Genel Müdürlüğü’ne verilmesi suretiyle, DSİ’nin taşınmaz kültür ve tabiat varlığını su altında bırakma kararı vermesi, bu kararını koruma bölge kuruluna bildirmesi ve koruma bölge kurulunun bu konuda bir proje seçmesinin istenmesine yol açması nedeniyle hukuka aykırı bulunmuştur.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, Danıştay burada DSİ’nin yetkisiz olduğundan bahisle iptal kararı vermiştir. Oysa ki, İlke Kararı’nın iptal edilen 2 ve 3. maddelerinde esasen DSİ’nin uzmanlık sahasına girmeyen konularda (*taşınmaz kültür varlıklarının korunması için yapılması gerekenler, arkeolojik sit alanlarının taşınması durumunda yapılması gerekenler gibi*) DSİ’ye görevler yüklendiği görülmektedir. Uzmanlık ilkesinin modern tanımının negatif etkisi, yukarıda bahsettiğimiz üzere uzmanlık kavramının da bilimsel, teknik ve idari yönden sınırları olduğunun kabulünü gerektirir. İlke Kararında bu durum görmezden gelinmiştir.

⁵⁹ Dan. 6. Daire, 26.11.2008 tarih ve E. 2006/8266-K. 2008/8268 sayılı karar. Kararın tam metni için bkz. Ankara Barosu Dergisi, Y. 67, S. 1, Kış 2009, s. 122-126.

Daha açık ifade etmek gerekirse, Danıştay tarafından DSİ'nin yetkisiz olduğu şeklinde klasik bir tespit yapılmasaydı bile, dava konusu İlke Kararı'nın bir kamu kurumu olan DSİ'nin faaliyetlerine yön veren uzmanlık ilkesine aykırı olduğu sonucu da rahatlıkla çıkarılabilirdi. Somut ihtilafın düzenleyici bir işleme ilişkin olması da neticeyi değiştirmemektedir. Çünkü düzenleyici işlemler tesis edilirken de idare hukukuna hakim olan temel ilke ve prensiplerin dikkate alınması gerektiği açıktır.

Uzmanlık ilkesinin negatif etkisi, doğrudan adı konulmasa da aşağıdaki Danıştay kararına da yansımıştır. Şu hususu vurgulamak gerekir ki, burada değindiğimiz kararlarda idari işlemlerin yetki ve amaç unsuru ekseninde bir değerlendirme yapılmış gibi gözükse de, bu kararların üzerinde yükseldiği kuramsal zemin açık değildir. Aşağıdaki açıklamalarımız da esas itibarıyla bazı kavramlaştırma denemeleri ile Danıştay kararlarına kuramsal bir temel oluşturmayı hedeflemektedir.

Cep telefonu baz istasyonlarının yer seçimine yönelik olarak Çevre Bakanlığı tarafından düzenlenen 22.08.2001 tarih ve 2001/19 sayılı Genelge'nin ve bu Genelge'nin dayanağı bulunan ve Telekomünikasyon Kurumu tarafından 12.07.2001 tarih ve 24460 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "10 KHz-60 GHz Frekans Bandında Çalışan Sabit Telekomünikasyon Cihazlarından Kaynaklanan Elektromanyetik Alan Şiddeti Limit Değerlerinin Belirlenmesi, Ölçüm Yöntemleri ve Denetlenmesi Hakkında Yönetmeliğin iptali amacıyla açılan davada Danıştay 10. Dairesi, 8 Ekim 2002 tarih ve E. 2002/3517 sayılı kararı ile yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir⁶⁰. Kararın gerekçesinde, ilgili telekomünikasyon cihazlarının teknik yönünün yanı sıra, çevre ve sağlık yönlerinin de bulunduğu vurgulanmıştır. Danıştay'a göre, bu hususlarda yapılacak düzenlemelerde Telekomünikasyon Kurumu tek yetkili makam değildir. Ulaştırma Bakanlığı, Çevre Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı'nın da doğrudan görev ve yetki alanında bulunan çevre ve sağlık yönleri dolayısıyla, bu konudaki düzenleme çalışmalarında ortaklaşa hareket edilmesi gerekmektedir. Danıştay, söz konusu bakanlık temsilcilerinin ve Telekomünikasyon Kurumu yetkililerinin Başbakanlık müsteşarı başkanlığında toplanmak suretiyle yönetmelik hükümlerini istişare etmelerini yeterli görmemiştir.

Çünkü, bu istişarelererağmen yönetmelik müstereken yayımlanmamıştır. Her bakanlığın kendi görev alanını ilgilendiren yönleriyle konuyu inceleyip yönetmeliğin uygulanması ile ilgili işlemlerin tesisine katılmasını sağlayıcı

⁶⁰ Kararın tam metni için bkz. www.kazanci.com [erişim tarihi: 10.01.2012].

hükümler de yönetmelikte yer almadığından dava konusu yönetmelik hukuka aykırı görülmüştür. Danıştay 10. Dairesi'nin kararı kanımızca son derece isabetlidir. Bu tespitimizin gerekçelerini aşağıda ayrıntılarıyla açıklayacağız. Ne var ki, buna geçmeden önce söz konusu kararın akıbetini belirtmek istiyoruz.

Danıştay 10. Dairesi'nin yürütmeyi durdurma kararına karşı DİDDK'nda itirazda bulunulmuştur. DİDDK, 17 Ocak 2003 tarih ve E. 2002/1004 sayılı kararı ile itirazı kabul etmiştir. Dava konusu yönetmeliğin yürürlüğe konulmadan önce, hazırlık aşamasında Telekomünikasyon Kurumu tarafından, Çevre Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Ulaştırma Bakanlığı da dahil olmak üzere, diğer ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile Yönetmelik taslağının birçok kez müzakere edilerek, bu kurum ve kuruluşlara kendi mevzuatları ile belirlenen görev alanları ile ilgili görüş bildirmelerine imkan tanındığı ve en son Başbakanlığın koordinasyonu ile ilgili Bakanlık ve kuruluşlarca müzakere edilerek Yönetmeliğe nihai şeklinin verildiği görülmüştür. Bu durumda, davaya konu Yönetmeliğin çıkarılması konusunda, kendi görev alanı ile doğrudan ilgili bulunması nedeniyle Telekomünikasyon Kurumu'nun yetkili bulunduğu ve söz konusu Yönetmeliğin Çevre Bakanlığı, Telekomünikasyon Kurumu ve belediyeler ile müşterek hazırlayıp müşterek çıkarılarak yayımlanmasını gerektirecek bir yasal zorunluluktan bahsedilemeyeceği gerekçesiyle davacının yetki itirazı yerinde görülmemiştir.

Danıştay 13. Dairesi⁶¹ ise 18 Mart 2005 tarih ve E. 2005/1578 ve K. 2005/216 sayılı kararında DİDDK'nun gerekçelerine aynen yer verilmiştir. Bunlara ilaveten, Telekomünikasyon Kurumu tarafından çıkarılan dava konusu yönetmeliğin, düzenleniş amaçları ve kapsamı itibarıyla, telekomünikasyon hizmeti ve telekomünikasyon altyapısı işletimi ile doğrudan ilgili bulunduğu; sabit telekomünikasyon cihazlarının kuruluşunu, teknik özelliklerini, işletilmesini, oluşturduğu elektromanyetik alan limit değerlerini, ölçüm yöntemlerini, denetimlerini düzenleyerek bu cihazları belli bir hukuk disiplini altına aldığı ve böylece sabit telekomünikasyon cihazları ile ilgili getirdiği düzenlemenin Kurum'un görev alanına girdiği sonucuna ulaşılmıştır⁶². Söz konusu gerekçelerle dava reddedilmiştir.

⁶¹ 02.06.2004 tarih ve 5183 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile Danıştay 13. Dairesi'nin kurulmasından sonra bu dosya Danıştay 10. Dairesi'nden Danıştay 13. Daire'ye intikal etmiştir.

⁶² Danıştay bilgi bankası. www.danistay.gov.tr [erişim tarihi: 27.11.2011] .

DİDDK ve Danıştay 13. Dairesi'nin kararlarına katılmak olanaklı değildir. Yukarıda belirtildiği üzere, uzmanlık ilkesinin modern tanımının negatif etkisi kamu kurumlarının uzmanlık alanının da sınırları olduğunu imler. Somut durumda, Danıştay, yönetmeliğin sadece hazırlanma aşamasında ilgili diğer bakanlıklarla istişare yapılmış olmasını yeterli görmüştür. Bu durum, bir kamu kurumu olan Telekomünikasyon Kurumu'nun uzmanlık alanının sınırlarını farkında olmadan genişletme sonucunu doğurmuştur. Oysa ki, bu hukuken ve fiilen yerinde bir durum değildir. Yönetmeliğin uygulanma aşamasında söz konusu bakanlıkların katılımını sağlayacak ve uygulamayı denetlemelerine imkân verecek bir mekanizma öngörülmemiştir.

III. İDARİ YARGI DENETİMİNDE KULLANILABİLECEK BİR ÖLÇÜ NORM OLARAK UZMANLIK İLKESİ

İrlanda gibi idarenin denetiminin temelde siyasi bir denetim olduğu ve dolayısıyla parlamentonun tasarrufu altında olduğuna inanılan⁶³ ve Fransız tarzı idare hukukuna şüphe ile yaklaşılan ülkeler haricinde, idarenin yargısal denetimi hukuk devletinin özel gereklerinden biri⁶⁴ olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bununla beraber, özellikle kamu kurumları söz konusu olduğunda Türk idari yargı organlarının debisi düşük bir denetimi tercih ettiği söylenebilir. Yukarıda kuramsal bir temele oturtmaya çalıştığımız uzmanlık ilkesinin kapsamı ya da çalışmamızda kavramlaştırdığımız şekliyle uzmanlık ilkesinin pozitif ve negatif etkileri yargı kararlarında dikkate alınmamaktadır. Türk hukukunda “*teknik takdir*” veya “*değerlendirme halleri*” de denilen ve idarenin teknik bilgi ve uzmanlığına ihtiyaç gösteren durumlarda, değerlendirmenin genel kabul görmüş objektif genel anlayışa göre yapıldığı ön kabulünden hareket edilmektedir⁶⁵. Dolayısıyla, kamu kurumlarının salt ilgili alanda uzman olduklarından bahisle içerik denetimi son derece cılız kalmaktadır.

Örneğin, bir davada kamu kurumu statüsündeki TÜBİTAK'ın, belediye otobüslerinde ücret denetimi ve toplu taşıma planlamasını sağlamak amacıyla ihtiyaç duyulan “otomatik kart iptal değerlendirme ve otomasyon” sisteminde kullanılabilecek en uygun ve rasyonel kart sistemini belirleyen raporunun,

⁶³ CHUBB, s. 297, dpn. 49.

⁶⁴ GÖZLER, s. 101; Sancar, idarenin yargısal denetimini, devlet kudretinin sınırlandırılmasına hizmet eden “biçimsel” önlemler arasında görmektedir. Bkz. SANCAR, s. 34-35.

⁶⁵ KARATEPE, s. 75.

genel kabul görmüş objektif anlayışa dayandığı tespit edilmiştir⁶⁶. Yargı organlarının bu yaklaşımı içerik denetimi yapılmasını engellemektedir.

Esasında Fransız Danıştay’ı da, teknik bilgi ve uzmanlık isteyen konularda, idarenin yaptığı değerlendirme ve yorumu denetlemekten kaçınmıştır⁶⁷. Bir başka deyişle, bu konudaki nihai değerlendirme ve sonuca varma yetkisinin idarede olduğu kabul edilmiştir. Bu itibarla, teknik bilgi ve uzmanlık isteyen konularda idarenin geniş takdir yetkisi olduğu vurgulanmıştır⁶⁸. Teknik bilgi ve uzmanlık isteyen konularda, yargısal denetim açısından Fransız Danıştay’ının kullandığı ölçüt “maddi olaylardaki açık değerlendirme hatasıdır”⁶⁹. Bununla beraber, teknik bilgi ve uzmanlık isteyen alanlarda⁷⁰ Fransız Danıştay’ının getirdiği çözüm yargısal denetim anlamında etkinlik yaratacak nitelikte değildir.

Bunun en tipik örneği, kamu kurumu niteliğindeki bağımsız idari otoritelerin işlemlerinin yargısal denetiminde görülmektedir. Doktrinde de bağımsız idari otoritelerin işlemlerinin yargısal denetiminde “açık ve bariz değerlendirme hatası” olmadığı sürece esas denetiminden kaçınılması gerektiği, minimum bir esas denetim⁷¹ ile yetinilmesinin yerinde olacağı savunulmaktadır⁷². Söz konusu görüşü savunanlara göre, bağımsız idari otoriteler organizasyon, personel ve maddi olanaklar açısından yüksek standart yakalamış ve teknik yönden uzmanlaşmış kurumlardır⁷³. Bu kurumların işlemlerini yargısal yönden denetlemeye yetkili mercilerin aynı uzmanlığa ve standarda sahip olamayacağı ön kabulünden hareket edilerek yargı organlarının maksimum bir esas denetimine girme çabalarının yerindelik denetimi ile sonuçlanabileceği, bu durumla karşılaşmamak adına yargı mercilerinin sebep ve amaç unsurları yönünden denetimden kaçınmaları gerektiği savunulmaktadır⁷⁴.

⁶⁶ KAYA, s. 51-52.

⁶⁷ C.E. 27 Nisan 1951, *Société Toni*, Recueil, s. 312.

⁶⁸ SCHWARZE, s. 267.

⁶⁹ *Ibid*

⁷⁰ İspanya İdari Usul Kanunu’nun 111. maddesine göre, idare her zaman maddi hataları ve hesap hatalarını düzeltebilir. Bkz. İspanyol Yüksek Mahkemesi’nin (*Tribunal Supremo*) 15 Mart 1971 tarihli kararı.

⁷¹ Bu hususta yetki, şekil ve usul kuralları ile sınırlı bir denetimi vurgulamak üzere “dış denetim” terimini kullanan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. TAN, *Ekonomik İdari Kararlar*, s. 34-35.

⁷² ULUSOY, s. 50 vd.

⁷³ *Ibid*

⁷⁴ *Ibid*, s. 55; DİNÇER, s. 18.

Danıştayın, bağımsız idari otoritelerin işlemlerinin yargısal denetimi söz konusu olduğunda ilk dönemlerde yoğun bir esas denetimi tercih ettiği kararları bulunmaktaydı⁷⁵. Ne var ki, son dönemdeki kararlarında, yoğun bir esas denetimden kaçınması bir yana esas denetimine hiçbir şekilde teşebbüs dahi etmediği söylenebilir. Bağımsız idari otoriteler söz konusu olduğunda Danıştay, sadece idari yaptırım teorisinin genel ilke ve prensiplerine uygunluk ile idari usul kurallarının tam olarak karşılanıp karşılanmadığı hususlarını incelemektedir.

Ne var ki, idari yargı organlarının bu tutumu, hukuk-ekonomi öğretisinin terminolojisi açısından konuya yaklaşıldığında negatif bir dışsallık yaratmaktadır. Çünkü, yargının bu kurumların işlem ve eylemlerini denetlemekten kaçınması, bu kurumlardan beklentileri son derece arttırmaktadır. Bu kurumların adeta denetim, sağlamlık, güvenilirlik ve tatmin edici olmak gibi hususlarda da belirleyici olması beklenmektedir. Oysa ki, söz konusu kurumların fonksiyonları son derece farklıdır⁷⁶.

Konuyu sermaye piyasası kurulu bakımından değerlendiren EVİK'e göre, bu durumun yarattığı en büyük sakınca, Devletin sermaye piyasasını bu şekilde sahiplendiği görüntüsünü vermesi⁷⁷, yatırımcılar üzerinde sermaye piyasası faaliyetlerinde bir hazine garantisi olduğu izlenimi yaratması, ileride meydana gelecek olumsuzluklarda Sermaye Piyasası Kurulu'nun tek yetkili ve amir konumunda kabul edilmesinden dolayı yetkililerin sorumluluğuna gidilmesinde, halkın önünde itibarının sarsılmasına sebep olabilmesinde kendini göstermektedir⁷⁸.

EVİK'e göre Sermaye Piyasası Kurulu sadece kâr ve risk paylaşmasını sağlamak amacıyla hareket etmeli ve yatırımcı açısından adeta bir garantör mekanizması rolünü üstlenmemelidir. Bunun yerine, sermaye piyasasına ilişkin bilinçsizliğin, sıcak para oyunlarının ve borsanın bir kumar aracıymış

⁷⁵ Dan. 10. D., 24.02.1999 tarih ve E. 1999/282-K. 1999/663.

⁷⁶ Bağımsız idari otoritelerin organik ve işlevsel özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAKMAK, s. 27 vd.

⁷⁷ Sermaye Piyasası Kurulu başkanı Vedat Akgiray'ın Habertürk gazetesinden Rahim Ak'a verdiği röportajda bu durumun izleri görülebilir: "Dünyanın hiçbir yerinde bir SPK başkanı yoktur ki kalabalık toplantılarda 'Ey şirketler halka açılın' desin. Tabiri caizse bir pazarlamacı gibi dolaşım ortalıkta. Bunu bizden ziyade başta borsalar ve aracı kurumların yapması gerek. (...). Bazı zamanlarda haddimi aştım, çok da kızanlar oldu bana Ankara ve İstanbul'da. 'Makamıma uygun davranıyor muyum' diye kendi kendime şüphe ettim. 'Olsun' dedim, konuşacağımız şey duyulsun. Sermaye piyasalarının sırası geldi. Bu maya tuttukça daha geri çekileceğiz" Habertürk, 30 Ocak 2012, s. 8.

⁷⁸ EVİK, s. 72.

gibi değerlendirilmesi yaklaşımlarının dikkate alınmak suretiyle, küçük yatırımcıyı daha etkin bir şekilde korumak amacıyla, suç teşkil eden hukuka aykırı eylemler bakımından daha fazla müdahaleci olması gerektiğini ileri sürmektedir⁷⁹.

Kamu kurumlarının ilgili hizmet alanında uzman olmalarının bireyler üzerinde yarattığı algı ve idari yargı organlarının etkin bir içerik denetiminden kaçınmaları ne yazık ki uygulamada bu kurumların işlem ve eylemleri söz konusu olduğunda matematikte kullanılan aksiyomatik yöntemle benzer bir süreci başlatmıştır.

Matematikte aksiyomatik yöntemde, aksiyomatik kavramlar⁸⁰ doğrudan doğruya algılanır, bilgideki temel verilerdir. Her önermenin, her düşüncenin ve her alt aksiyomun hareket noktasıdır. Tartışmasız doğrulardır. Kimsenin yanlış olduğunu iddia edemeyeceği biçimde doğru olan önermelerdir. İspat araçları aksiyomatik kavramlar üzerine bina edilir. Aksiyomatik kavramlar matematikte objektifliğin temeli olarak kabul edilirler.

Aksiyomatik kavramlar matematik gibi pozitif bilimlerde önemli ve gereklidir. Ne var ki, hukuksal düzlemde bazen gri alanlar adalet ve hakkaniyetin tesis edilmesinde çok önemli yer tutar. Zaten yapısı gereği statüer bir hukuk dalında bir idari makamın tesis ettiği idari işlemlere veya talep üzerine hazırladığı raporlara salt konusunda uzman olduğu gerekçesiyle aksiyomatik bir kimlik vermek bireyler açısından bazı sakıncalı sonuçların doğumuna sebep olabilir.

Danıştay'ın idari işlemlerin denetiminde bazen matematiksel kesinlikte doğrular olduğunu kabul ederek verdiği kararları bulunmaktadır. Örneğin bir Danıştay kararında, üniversitelerin yaptığı özel yetenek sınavlarında verilen yanıtların ve ortaya konulan çalışmaların matematiksel bir kesinliği⁸¹ olmadığı, yeteneğin değerlendirilmesi için de bir soru-cevap anahtarının hazırlanmasının olanaklı olmadığını vurgulamıştır. Buradan hareketle, özel yetenek sınavlarında idarenin takdir yetkisi olduğu kabul edilmiştir⁸².

⁷⁹ *Ibid*

⁸⁰ Örneğin, “iki noktadan yalnızca bir doğru geçer” sözü bir aksiyomdur. Aksiyom terimi, Latince axioma sözcüğünden gelmektedir. Latince’de axioma sözcüğü, “değerli ve uygun olduğu düşünülen anlamına gelir”.

⁸¹ Vurgu tarafımızdan yapılmıştır.

⁸² Dan. 5. Daire, 13.11.1996 tarih ve E. 1994/7743-K. 1996/3110, DD, S. 93, 1997, s. 436-437; Dan. 8. Daire, 10.04.1991 tarih ve E. 1991/2-K. 1991/744, DD, S. 82-83, 1992, s. 666.

İdarenin faaliyetlerinde matematiksel bir kesinlik aramak; ya da yukarıdaki analogiden yola çıkarak aksiyomatik hareket etmek ikili bir netice ortaya çıkarır. Bir taraftan, matematiksel kesinliğin olduğu durumlarda idarenin takdir hakkı tamamen ortadan kalkacak ve söz konusu matematiksel doğruya uygun şekilde tesis edilmeyen işlem hukuka aykırı mı kabul edilecektir? Diğer yandan, somut olayda olduğu gibi, matematiksel bir kesinliğin var olmadığı hallerde idareye geniş bir takdir hakkı verilerek yaptığı işlemler neredeyse fiilen yargısal denetimin dışına mı çıkarılacaktır?

Konumuzla doğrudan ilgisi olmasa da bunun diğer bir örneği de sağlık hizmetlerinin yürütümünde ortaya çıkan zararların tazmininde karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple açılan tam yargı davalarında Yüksek Sağlık Şurası'nın görüşleri aksiyomatik önermeler olarak kabul edilmekte ve idari yargı yerleri tarafından davanın kabulü ya da reddi yolunda tek dayanak olarak anılmaktadır. Örneğin, erken teşhis konulamaması sebebiyle hastanın ölümü ve bu süreçte hastanın dosyasının kaybedilmesi gibi özensizlikler de gerekçe gösterilerek bir tam yargı davası açılmıştır. Yüksek Sağlık Şurası'nın erken teşhis konulsa dahi sonucun değişmeyeceği yönündeki kanaatine istinaden dava reddedilmiştir. Danıştay ise söz konusu kararı onamıştır⁸³. Dolayısıyla, Yüksek Sağlık Şurası'nın görüşü adeta dosyadaki tek geçerli delil olarak görülmüş ve aksiyomatik bir kimlik kazanmıştır.

Teknik incelemeyi gerektiren bir konuda İYUK'nun 31. maddesinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na yaptığı yollama uyarınca bilirkişilik müessesesine başvurulması elbette gereklidir. Ne var ki, bilirkişi raporlarına aksiyomatik bir nitelik kazandırmak yerinde değildir. Örneğin, yukarıdaki dava örneğinde olduğu gibi idarenin özensizliği sebebiyle maddi tazminat olmasa dahi en azından manevi tazminata hükmedilebilirdi.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesi ile hukukumuzda uzman görüşü müessesesi girmiştir. İYUK'nun 31. maddesinde bu hususta Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na açık bir atıf yoktur. Ne var ki, HMK'nun 124(1) maddesinde dava şartı olarak düzenlenen derdestlik müessesesine de İYUK'nda açık bir atıf olmasa dahi yargılama hukukunun esaslarından biri olarak görüldüğü için idari yargıda da yer verilmesi yönünde görüşler vardır. Bu bağlamda, savunma hakkı çerçevesinde uzman görüşü kurumu da idari yargılama hukukunda uygulama alanı bulmalıdır. Bu sayede en azından kamu kurumlarından uzman oldukları gerekçesiyle alınan ve tek

⁸³ Dan. 10. Daire, 26.05.1999 tarih ve E. 1998/4814-K. 1999/2945 sayılı kararı. DD, Y. 30, S. 102, 2000, s. 652-653.

başına maddi gerçeği aydınlatıldığına inanılan görüş veya raporların daha etkili bir şekilde denetime tabi tutulması olanaklı hale gelebilir.

İdari işlemlerin yargısal denetimi ve idarenin sorumluluğu, idare hukuku ilke ve kuralları çerçevesinde, gerektiğinde kamu hukuku ilke ve kuralları da gözetilerek, özel hukuk müesseselerinden de yararlanmak suretiyle idari yargı organlarının kararlarıyla oluşup gelişmektedir. Nitekim, özellikle idarenin sorumluluğuna ilişkin açık bir yasal dayanak olmasa dahi, idari yargı denetiminin kendine özgü niteliği dikkate alındığında idarenin sorumluluğunun kaynağı, kapsamı, şartları ve sonuçlarının idari yargı içtihatları vasıtasıyla belirlenmesinin gerekli ve yararlı olduğu doktrinde kabul edilmektedir⁸⁴. Danıştay kararlarında ifade edildiği üzere, idari yargıda idari yargıç, önüne getirilen uyuşmazlıkta taraflarca ileri sürülmeyen tüm mevzuat ve hukuk ilkelerini re'sen nazara alarak karar vermektedir⁸⁵.

Söz konusu yaklaşım idarenin sorumluluğunu anonim bir yapıya dönüştürmez. Aksine, bireylerin idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararlarının tam olarak giderilmesi bakımından idare yargıcına hareket alanı ve esneklik sağlar. Bu süreçte, hukukun genel ilkeleri, milletlerarası anlaşmalar ve hatta özel hukukun sorumluluk rejimi de destek kaynaklar arasındadır.

Ancak idari yargı organlarının, özellikle uzmanlık ilkesinin modern tanım ve kapsamına uygun kararlar verdiğini söylemek mümkün değildir. Bu hususta yeni tarihli bir karar aşağıya alınmıştır.

Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü uzmanlık ilkesine göre faaliyet gösteren bir kamu kurumudur. Somut olayda, davacı şirket ile DSİ arasında hidroelektrik santral projesine ilişkin olarak bir su kullanım hakkı anlaşması imzalanmış ve bu çerçevede davacı şirket tarafından DSİ'ye ödenecek enerji hissesi katılım bedeli sözleşmede hüküm altına alınmıştır. Enerji hissesi katılım bedeli bizzat DSİ tarafından hesaplanmıştır. Ne var ki, sözleşmenin imzalanmasının ardından enerji hissesi katılım bedeli DSİ tarafından tek yanlı olarak değiştirilmiş ve arttırılmıştır. Ne var ki, ilgili mahkeme gerekçeli kararında, DSİ tarafından 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kanunu'nun geçici 4. Maddesinin DSİ tarafından yanlış yorumlandığını ve hesaplamanın yanlış yapıldığını, yanlış yapılan hesabın DSİ tarafından düzeltilmesi suretiyle

⁸⁴ DURAN, Türkiye İdaresi, s. 9-10; ÖZAY, s. 714-715; ÖZGÜLDÜR, s. 31; GÜRSEL, s. 16; Yargı içtihatlarının Avrupa Birliği idare hukukunun kaynakları arasında yer aldığına ilişkin açıklamalar için bkz. SCHWARZE, s. 59-64.

⁸⁵ Dan. 12. D. 13.05.1968 t. ve E. 1682/K. 1099, Danıştay Kararlar Dergisi, S. 123-126, s. 443; Danıştay Daireler Kurulu, 31.03.1967 t. ve E. 1682/K. 412, Amme İdaresi Bülteni, S. 13, s. 6.

tesis edilen idari işlemin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir⁸⁶. DSİ, kuruluş kanunu çerçevesinde ve uzmanlık ilkesine uygun şekilde ülkemizde uzun yıllardır baraj inşaatı ve işletilmesi ile iştigal etmektedir. DSİ bu tip hesaplamaları uzun yıllardan beri yapmaktadır. Bu konuda uzman teknik personeli de vardır. Bizzat DSİ tarafından yapılan hesaplamanın, yine DSİ tarafından yanlış yapıldığı gerekçesiyle değiştirilmesi hukuka ve uzmanlık ilkesine aykırıdır. Yukarıda yapmaya çalıştığımız kavramlaştırma dikkate alındığında ise, bu durum “*uzmanlık ilkesinin modern tanımının pozitif etkisine*” tamamen aykırıdır. Çünkü, teknik imkan ve personel kalitesiyle DSİ’den haklı olarak beklenen husus, bu hesaplamanın tam ve doğru olarak yapılmasıdır. Davacı şirket de bu hesaplamanın doğruluğuna güvenerek sözleşmeyi imzalamıştır.

SONUÇ

Anayasanın 123(1) maddesi uyarınca idarenin görevleri kanunla düzenlenir. İdare, ancak kanunlarda kendisine bırakılmış alanlarda faaliyet gösterebilir. “Kamu kurumlarının uzmanlık ilkesine göre faaliyet göstermeleri, kendilerine bırakılmış faaliyet sahası ile sınırlı şekilde faaliyette bulunabilmelerini gösterir” biçimindeki klasik açıklama, idare hukukunun temel ilkelerinden olan *idarenin kanuniliği* ilkesinin tekrarından başka bir şey değildir. Dolayısıyla, uzmanlık ilkesinin mahiyetini tatminkâr biçimde açıklamaktan uzaktır. İdari yargı mercileri de söz konusu klasik tanımı dar yorumlama eğilimindedir. Oysa ki, kamu kurumlarının temel faaliyet alanlarıyla az çok ilgili ek faaliyetlerde bulunabilmeleri mevzuatta açık bir yasaklayıcı hüküm olmadığı takdirde uzmanlık ilkesine aykırı olmamak gerekir.

Uzmanlık ilkesinin modern tanımı olarak kavramlaştırmaya çalıştığımız sahada ise uzmanlık ilkesinin pozitif ve negatif etkisini kuramsal bir temele oturtmaya çalıştık. Uzmanlık ilkesinin pozitif etkisi aslında kamu kurumlarından beklenen hizmetin ve yapılan işlemlerin standardı ile ilgilidir. Bu doğrultuda kamu kurumları da yüksek standartla, uzman oldukları hizmet alanında kendilerinden beklenen kalite, yeterlilik ve basitliğe uygun şekilde hizmet vermek zorundadır. Bu beklenti eşiği idari teşkilat içerisinde yer alan diğer kuruluşlara nazaran daha yüksektir.

⁸⁶ Ankara 9. İdare Mahkemesi, 10.02.2012 tarih ve E. 2009/52-K. 2012/110 (yayınlanmamıştır).

Uzmanlık alanının sınırlarının kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun şekilde tespit edilmesini ise uzmanlık ilkesinin modern tanımının negatif etkisi olarak adlandırmış bulunuyoruz. Kamu kurumlarının araç-gereç gibi fiziksel imkânlar yanında insan kaynağının ehliyetine ilişkin olarak da gerek ve yeter ölçüde bir farkındalığı olmalıdır. Bu durum özellikle düzenleyici işlemler yapılırken göz önünde bulundurulması gereken bir noktadır.

İdari işlemlerin yargısal denetimi ile idarenin sorumluluğunun tespit edilmesinde uzmanlık ilkesinin tanım ve kapsamının modern bir yorumla ele alınması yargısal denetimi etkinleştirecektir. Bu sayede, özellikle kamu kurumları dikkate alındığında yetki ve amaç denetimi gibi kategorik denetim parametreleri dışında da bazı ölçü normlar geliştirilmiş olacaktır.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler:

AĞAR, Serkan, Kamu Kurumları (Hizmet Yerinden Yönetim Kuruluşları) Teorisi, TBB Dergisi, S. 65, Temmuz-Ağustos 2006, s. 277-310.

AKILLIOĞLU, Tekin, Saklı Yetki Kavramı, AİD, C. 11, S. 3, 1978, s. 73-83.

AKYILMAZ, Bahtiyar, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara, 2000, Yetkin Yayınları, (İdari Usul).

AKYILMAZ, Bahtiyar, Danıştay ve AYİM Kararlarında Hizmet Kusuru Sayılan Haller, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara, 2008, Turhan Kitabevi, s. 1129-1162 (Hizmet Kusuru).

ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006.

AYAYDIN, Cem, İdare Hukukçuları İçin Yeni Bir Hukuk Düzeni, Erdoğan Teziç'e Armağan, İstanbul, 2005, s. 289-377.

BİLGİÇ, Veysel, Merkezi Yönetim-Yerel Yönetim İlişkileri Üzerine Teoriler, Çağdaş Yerel Yönetimler, C. 7, S. 2, s. 27-35.

BONNARD, R., İdarenin Kazai Murakabesi, çev. Ahmed Reşit Turnagil, İstanbul, Devlet Basımevi, 1939.

CALLANDER, Steven, A Theory of Policy Expertise, Quarterly Journal of Political Science, vol. 3, no. 2, 2008, s. 123-140.

CAN, Cahit, Hukuk Sosyolojisinin Gelişim Yönü, AÜHF Yayın No: 500, Ankara, 1996.

CARR, J.B., Local Government Autonomy and State Reliance on Special District Governments: A Reassessment, (in) Political Research Quarterly, Vol. 59, No. 3, (September 2006), s. 481-492.

CHUBB, Basil, The Government and Politics of Ireland, London, 1974

CLARK, R. C., Corporate Law, Boston-Toronto, Little, Brown and Company, 1986.

ÇAKMAK, Zeynep, Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Ankara, Çakmak Yayınevi, 2011.

DİNÇER, Güven, Hukuk Devletin Yargı ve Yasama Boyutu, RK Perşembe Konferansları 10, Ankara, Ekim 2000, s. 3-22.

DURAN, Lütfi, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Ankara, Sevinç Matbaası, 1974, (Türkiye İdaresi).

DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982, (İdare Hukuku).

ERGUN, Turgay, Kamu Yönetimi, Kuram-Siyasa-Uygulama, Ankara, TODAİE Yayınları, 2004.

ERGÜN, Çağdaş Evrim, Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti, Ankara, Çakmak Yayınevi, 2010.

ERHÜRMAN, Tufan, Birleşik Krallık İdare Hukukunda Ultra Vires, AÜHFD, C. 61(2), 2012, s. 599-646.

EVİK, Ali Hakan, Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004.

GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun, İdare Hukuku, 3. Bası, İstanbul, DER Yayınları, 2008.

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Bursa, Ekin Yayınevi, 2003.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, Güncelleştirilmiş 9. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006.

GÜLAN, Aydın, Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri, Mevzuat ve Yargı Kararları Işığında Eleştirel Bir Yaklaşım Denemesi, 1. Baskı, İstanbul, Lamure Yayınları, 2008.

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2011.

GÜNER, Ayşe, Nasıl Bir Hizmet Bölüşümü? Temel İlkeler ve Türkiye Uygulaması, (in) Yerellik ve Politika, Küreselleşme Sürecinde Yerel Demokrasi, Editör Aysegül Mengi, İmge Kitabevi, Eylül 2007, s. 48.

GÜRAN, Sait, Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması, (in) Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları No. 622, 1980, s. 167 vd. (Tazminat).

GÜRAN, Sait, Kamu Personeli Taslağı Üzerine Düşünceler, Danıştay Sempozyumu, 11-12 Mayıs 2006, Ankara, Danıştay Yayın No: 76, s. 225-232 (Kamu Personeli).

GÜRELİ, İ. H., İdari Vesayet, Amme Hükmi Şahıslarının İdarece Murakabesi, Türk Hukuk Kurumu Konferanslar Serisi No. 77, Ankara, 1944.

GÜRSEL, Meltem Kutlu, Deprem ve İdarenin Sorumluluğu, AİD, Aralık 1999, S. 32/4, s. 15 - 27.

KALABALIK, Halil, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, 4. Baskı, Mimosza Yayınları, Konya, 2011.

KARAARSLAN, M., Özerklik ve Denetim Açısından Yerel Yönetimler Reformu, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.

KARAHANOGULLARI, Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), Ankara, Turhan Kitabevi, 2011.

KARAMUSTAFAOĞLU, Tuncer, İngiliz İdare Hukuku ve Ultra Vires Doktrini, Prof. Hirsch'e Armağan'dan Ayrı Bası, Ankara, 1964, s. 45-73

KARATEPE, Şükrü, İdarenin Takdir Yetkisi, Türk İdare Dergisi, Eylül 1991, S. 392, s. 65 vd.

KARAYALÇIN, Yaşar, Kamuya Faydalı Müesseseler, Menafii Umumiyyeye Hâdim Müesseseler, Başbakanlık Devlet Matbaası, Ankara, 1946.

KAYA, Cemil, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.

KENDİGELEN, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu – Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.

MUMCU, Uğur, İngiliz Hukukunda Ultra Vires Kavramı, AÜHFD, C. 27, 1970, S. 1-4, s. 37-66.

ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul, Marifet Basımevi, 1952.

ORAK, Cem Çağatay, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması, Ankara, Çakmak Yayınevi, 2011.

ÖZAY, İlhan, Günişığında Yönetim, İstanbul, Alfa Yayınları, 1996.

ÖZGÜLDÜR, Serdar, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.

ÖZSUNAY, Ergun, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul, 1978.

POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, Güncelleştirilmiş 11 Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.

SANCAR, Mithat, “Devlet Aklı” Kısacasında Hukuk Devleti, 5. Baskı, İstanbul, İletişim Yayıncılık, 2010.

SCHWARZE, Jurgen, European Administrative Law, Revised 1st Edition, Luxembourg, 2006.

STEPHENS, Ross/WIKSTROM, Nelson, Trends in Special Districts, (in) State and Local Government Review, Vol. 30, No. 2, 1998, s. 129-138.

TAN, Turgut, Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi, AİD, C. 8, S. 2, 1975, s. 34-35, (Ekonomik İdari Kararlar).

TAN, Turgut, İdare Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, (İdare Hukuku).

TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 1997.

ULUSOY, Ali, Bağımsız İdari Otoriteler, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003.

WILSON, James Quinn, Bürokrasi, Kamu Kuruluşları Neyi, Niçin Yaparlar, çev. Selçuk Yalçındağ, Doğan Canman, Yücel Ertekin, Ankara, TODAİE Yayınları, 1996.

YAYLA, Yıldızhan, İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları No. 622 İstanbul, 1980, s. 53 vd.

İnternet Kaynakları:

<http://www.ydk.gov.tr/2008malidurumvebeklentilerraporu.mht> (erişim tarihi: 07.08.2009)

<http://www.kazanci.com>

<http://www.rekabet.gov.tr>

[http://www.taek.gov.tr/belgeler-formlar/ucretler/2012-Yılı-Temel-Mal-ve-Hizmetlerin Ücretleri/](http://www.taek.gov.tr/belgeler-formlar/ucretler/2012-Yılı-Temel-Mal-ve-Hizmetlerin-Ücretleri/) (erişim tarihi: 15.01.2012)

<http://www.vgm.gov.tr/db/dosyalar/webicerik109.pdf> [erişim tarihi: 15.06.2012]

<http://www.danistay.gov.tr>

SUÇ KORKUSU, CEZANIN CAYDIRICILIĞI VE KÜÇÜK SUÇLAR

Ömer ÖMEROĞLU*

ÖZET

Güvenlik insanın en önemli gereksinimlerinden biridir. Bu gereksinim nedeniyle insanlar toplum içinde yaşar. Birlikte yaşamak suç işlenmesine, bu da suç korkusunun doğmasına neden olur. Suç korkusu, kişilerin toplumdaki soyutlanması, yaşam kalitelerinin azalması sonucunu doğurur. Bu sebeple toplumsal yapılar suç korkusuyla mücadele etmektedir. Suç korkusuyla mücadele konusunda birçok yöntem bulunmaktadır. Adalet sistemleri açısından suç korkusunu önleme ve azaltmada cezaların caydırıcılığını sağlamak ve küçük suçlarla etkin mücadele büyük önem taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Güvenlik, Özgürlük, Suç Korkusu, Cezanın Caydırıcılığı, Küçük Suçlar.

FEAR OF CRIME, DETERRENT OF PUNISHMENT AND SMALL CRIMES

ABSTRACT

Security is one of the most important needs of people. People live in the community because of this requirement. Living together can lead people to commit crimes and this gives rise to the fear of crime. Fear of crime results in self-isolation of people from society and reduced quality of life. For this reason social structures combat the fear of crime. There are several ways to overcome the fear of crime. Combating small crime and providing deterrence of punishment is very important to prevent and reduce the fear of crime for all justice systems.

Key Words: Security, Freedom, Fear of Crime, Deterrence of Punishment, Small Crimes.

* Dr., Kayseri Cumhuriyet Savcısı

GİRİŞ:

Gecenin bir vakti, yerleşim yerlerinin çok uzağında yalnız başımıza kaldığımızı varsayalım. Gecenin karanlığı, ıssızlık ve sessizlikle birleşen yalnızlık duygusunun iç dünyamıza ilk yansıması, korku duymak olacaktır. İssızlık ve sessizliğin başlı başına zarar verici yönü yoktur. Bu gerçeği bildiğimiz halde, korku duygusundan arınmamız mümkün olmaz. Asıl tehlikenin yaşayan insandan gelebileceği, ölmüş olanlardan yaşayana zarar gelmeyeceği kuşkusuz olduğu halde, mezarlıklarda bir gece geçirmek, burada uyumak düşüncesine bile katlanamayız. Karanlık, ıssızlık ve yalnızlıkta, bir ses, nefes gibi yaşam belirtisini, diğer deyişle başka bir insanın varlığını ararız. Uzakta gördüğümüz ışık hüzmeleri, yaklaşan bir insanın ayak sesi korkumuzun azalmasına, güven duygumuzun artmasına neden olur. Kim bilebilir? Gelen belki katilimiz olacaktır. Korku, böylesine bir insani çelişkidir. Çarmıha gerileceği gün “Korkuyorum!” diye seslenen Hz. İsa’nın bu seslenişinin, “Korkmasaydın cesaretin ne anlamı kalırdı?” şeklinde bir İlahi soruyla karşılandığı anlatılır¹. Dünyanın en cesur komutanlarından biri sayılan Napolyon’un, cesaretin korkmamak değil, korkuyor olmaya rağmen ileri gitmeye devam edebilmek anlamına geldiğini belirten sözleri, korku duygusunun nasıl bir insani çelişki olduğunu açık biçimde ortaya koymaktadır². Korkusuz olmak, korkmamak anlamını taşımamakta, korkuyu tanıma, ona göğüs germe, hatta katlanabilme ve onunla yaşamayı bilmek olarak görülmektedir³. Korku duygusundaki aşırılık tedavi gerektirebilirken, korku duygusunun gereğinden fazla baskılanması intihara neden olabilmektedir⁴. Beynimizin korku merkezinin aşırı uyarılması fobilere neden olurken, korku merkezinin uyarılmaması da sorun doğurabilmekte, belki de beynimizin korku merkezinin uyarılma gereksinimi sinema sektörünün korku filmleri üretmesinin en önemli nedenini oluşturmaktadır. Ne ilginçtir ki, mezarlıkta bir gece kalabilme düşüncesine tahammülü olmayan insan, mezarlıktan fırlayarak canlı insanları yemeye çalışan yaratıkların konu edildiği filmleri keyifle izleyebilmektedir. Hayat korku ve cesaret ya da korkusuzluğun bir dengesi içinde devam etmekte, yaşamın dengesi korkunun fazlalığını da, yokluğunu da kabul etmemektedir.

¹ Bkz. ÖĞÜN, “Korkularımız”, Zaman Gazetesi 07 Kasım 2009.

² Bkz. SEKMAN, “Korku Başarı Enerjisi Verir mi?”, (<http://cadde.milliyet.com.tr>. erişim tarihi 12.05.2012).

³ ŞAHİN, “Korku, Kaygı, Özgürlük, Ölüm ve İntihar Üzerine Değinmeler”, <http://www.ita-atsiz.org>. erişim tarihi 12.05.2012).

⁴ Bkz. ŞAHİN, “Korku ve Fiziksel Acı Deneyimleri, İntihar Riskini Belirleyebilir”, (<http://ajanspsikoloji.com>. erişim tarihi 13.05.2012).

Tek başına yaşamaktan, ıssızlık ve yalnızlıktan korkan insan için, başka insanların ve toplulukların varlığı bir yandan güvenliği getirirken, diğer yandan yeni korkuların doğmasına neden olmuştur. Toplum hayatı, güvenlik duygusuyla beraber yeni bir korku türüne vücut vermiştir; suç korkusu. İlk suç hangi tarihte işlendiyse o günden beri toplum hayatlarında suçun işlenmediği dönemler kaydedilmemiştir. Hoşa gitmese de, insanlık tarihi bir bakıma suçların da tarihidir. Günümüzde suç sayısı artmış, suçların işlendiği konusunda toplumu oluşturan bireylerin haber alma olanakları genişlemiş, çoğu zaman bireyler istemeseler bile işlenen suçları öğrenir duruma gelmiştir. Gazete okuyan, radyo ve televizyonu açan, internete ulaşan birey istemese de işlenen suçları ayrıntılarına kadar öğrenmekte, aynı birey kendisini haber kaynaklarına kapatsa da, en azından çevresindeki insanların ağızlarından suç haberlerini duymaktadır. Suç haberini alan ve bu suç nedeniyle mağdur olanların durumunu öğrenen kişi, kendisinin de günün birinde aynı duruma düşebileceği kaygısına kapılmakta ve kaygılar korkuya dönüşerek suç korkusunu doğurmaktadır. Kişinin bir suçun mağduru olmaktan çekinmesi, kaygı duyması doğal görülebilir bir olaydır. Ancak, günümüzde kişilerin suç nedeniyle mağdur olabilecekleri kaygısı, toplum içerisinde bir güvensizlik duygusuna dönüşmüştür, suç korkusu günümüzde suçun oluşturduğu güvensizlik duygusu olarak da tarif edilmektedir⁵. Bireylerin, toplum yaşamı içerisinde süregelen bir güvensizlik duymaları, toplumsal hayatın amacıyla bağdaşmaz, kişi en başta güvenlik duygusuyla yaşamak için topluluk halinde bulunduğuna göre, belirli bir düzeyin ilerisine çıkan güvensizlik duygusunun önüne geçilmelidir. Bu çalışma suç korkusunun ne olduğu, nedenleri, cezaların caydırıcılığının sağlanması ve küçük suçlarla ciddi mücadele edilmesi yoluyla suç korkusunun önüne geçilmesi ve azaltılmasını konu almaktadır.

D) SUÇ KORKUSU, GÜVENLİK VE ÖZGÜRLÜK İLİŞKİSİ

İnsan dünyaya korku duyabilme özelliği ile birlikte gelmektedir. Ancak, birçok korku türüyle hayatın içerisinde tanışmaktadır. Örneğin, bir çocuk ne olduğunu bile bilmediği gerçek bir tabancayla hiçbir endişe taşımadan oynarken, onun zarar verici özelliğini öğrendikten sonra korku duymaya başlamaktadır. Bazı korku türleri öğrenme yoluyla ortaya çıkmaktadır. Suç korkusunun doğuştan mı geldiği, yoksa sonra mı öğrenildiği konusu üzerinde yoğun biçimde durulmuştur. İnsanların düşünce ve davranışları bizzat kendi deneyimleriyle biçimlendiği gibi, başkalarının deneyimlerinin

⁵ DEMİRBAŞ, “Suç Korkusu Ve Ses Ve Gaz Fişegi Atabilen Silahlar Hakkında Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi”, (<http://www.umut.org.tr> erişim tarihi 13.05.2012).

de bu düşünce ve davranış biçimleri üzerinde etkisi olabilmektedir⁶. İnsanın deneyimlerini oluşturma biçimiyle doğuştan gelen özellikleri arasında bir ilişki bulunmaktadır. Kişinin, doğuştan itibaren mağdur olmaktan, zarar görmekten korktuğu söylenebilir. Ancak, suç normatif olduğu kadar toplumsal bir olgudur. Bir adada yalnız başına yaşayan insanın suç işlemesinden bahsedilemez. Suç, ancak bir toplumsal yapının varlığıyla ortaya çıkabilir. İnsan davranışını temel alan disiplinlerin, suç korkusunu bir toplumsal davranış olarak nitelemeleri son derece haklıdır⁷. Suç korkusu insanın, toplum içinde diğer insanların suç oluşturan eylemlerinden korkması anlamını taşıdığına göre, toplum içerisinde doğan bir korku türüdür. Birey bir yönüyle korkularından topluma sığınmakta, diğer bir yönüyle de yeni korkularla tanışmaktadır. Özetle, suç korkusu zarar görme korkusunun doğuştan gelen boyutuyla, bunun ötesinde öğrenilen bir boyutu da bünyesinde taşımaktadır. Kısmen doğuştan gelmekte, büyük ölçüde de öğrenilmektedir. Kişi, yalnızlık korkusu ve güven duyma gereksinimiyle toplum içerisinde olmayı arzularken, suç korkusuyla bu kez içinde olduğu topluma bir güvensizlik duygusu geliştirmektedir. Güven arayışına dayalı sığınma ve bu süreçte oluşan başka bir güvensizlik duygusu. Bu çelişkili durum, suç korkusu konu olduğunda güvenlik ve doğal olarak özgürlük alanlarına girilmesini zorunlu kılmaktadır.

Suç korkusu duyan birey, güvenliğini tehlike altında görmekte ve güvensizlik duygusu yaşamaktadır⁸. Oysa, kişinin toplumdan ilk beklentisi güvenlidir. Toplumsal yapı kişinin güvenliğini sağlamakla kalmamalı, kendini güvende hissetmesini sağlamalı ve özgür kılmalıdır. Yücel'in söylemiyle evden çıkan kişinin kapısını kilitlemesi, dışarıya rahat çıkabilmesi halinde bir anlam ifade edebilecektir⁹. Güvenlik duygusu, kendisini soyutlayıcı, parazitik ve katılımcı biçimde göstermektedir. Soyutlayıcı güvenlik, insanın kendisini toplumdan soyutlaması, koparması ve görünmez bir zırhla kaplaması anlamına gelmektedir¹⁰. Soyutlayıcı güven duygusuyla hareket eden kişi, kendisini toplumdan olabildiğince kopartmakta, dışarıya fazla çıkmamakta, insanlarla görüşmemekte, evine kapatmaktadır. Hırsızlık suçunun mağduru olan bireyler arasında yapılan bir araştırma, 86 hırsızlık suçu mağdurunun %76,8'inde komşu ilişkilerinde değişim, yani iletişimde azalma sonucu

⁶ SOKULLU-AKINCI, s.106.

⁷ Bkz. ALPAK/ÜLKEN/ÜNLÜ, s.66.

⁸ ATAÇ, s.17.

⁹ YÜCEL, "Suç Korkusu, s.280.

¹⁰ YÜCEL, Suç Korkusu, s.278.

doğduğunu göstermiştir¹¹. Bu tür güvenlik duygusu, kişilerin paranoya yaşamalarına neden olmakta, savunma tekniklerini öğrenmeye yöneltmekte, kapı ve pencereleri demir korkuluklarla çevirmek gibi yöntemlere itmektedir¹². Parazitik güvenlik duygusunda, devlete ya da karizmatik bir liderin varlığına dayalı olarak kendini güvende hissetmek durumu söz konusudur¹³. Bu tip güvenlik duygusu insanın birey olma, özgüven duyma özelliğini ortadan kaldırmakta, kişiliğin gelişmesini önlemektedir. Katılımcı güvenlik duygusu, bireyin hem kendisinin, hem de bulunduğu topluluğun güven içinde olduğunu hissetmesi anlamına gelmektedir. Bu güvenlik duygusunun en önemli özelliği bünyesinde vazgeçilmez bir ikiciliği taşımasıdır. Hem topluluk, hem de o topluluğun bireyleri güven içinde olmalı ve topluluğun güvenliği için birey güvenliği feda edilmemiş olmalıdır¹⁴. Düşüncemizce güven duygusu bir bütünlüğü ifade etmelidir. Kişi toplum içerisinde kendini güvende hissederken, toplumun diğer bireyleri de güvensizlik duygusunu taşımamalı ve güvenlik duygusu birey olmayı engellememeli, ayrıca kişi güvenliği toplum güvenliği adına vazgeçilebilir görülmemelidir. Toplum, her bireyin güvenliğini sağlayarak kendi güvenliğini garanti altına almalıdır. Kuşkusuz bu, hassas bir dengeyi koruma zorunluluğunu beraberinde getirmektedir. Özgürlük ve güvenlik dengesini. Tarih boyunca özgürlük ve güvenlik konuları üzerinde düşünülüp tartışılmıştır. Bu konudaki tartışmaların değerlendirmesini yapmak konumuzun dışında kalmaktadır. Burada özetle söylenmesi gereken düşüncemizce şudur; toplumsal yaşam başkalarının hak ve özgürlüklerine saygı duyulmasını gerektirir. Toplum hayatı içinde bir insanın özgürlüğünün diğerininkiyle çatışması kaçınılmazdır. Birlikte yaşam ve sınırsız özgürlük aynı anda ve mekanda düşünülemez. Özgürlüklerin kullanılabilir hale gelmesi, bir düzenin varlığına bağlıdır. İnsan tek başına yaşaması için gerekli asgari koşulları bile oluşturamayacağına göre, düzen özgürlüklerin kullanılabilir hale başlıca koşullarından biridir¹⁵. Düzen ise güvenlik duygusundan ayrı düşünülemez. Kendisini güvende hissetmeyen kişinin yerleşme, eğitim, seyahat gibi özgürlüklerini kullanabilmesi mümkün olmaz. Bu anlamda güvenlik ve özgürlük birbirinden ayrılması mümkün olmayan kavramlardır. Sorun, güvenlik-özgürlük ilişkisinde özgürlüklerden vazgeçilip geçilmeyeceği

¹¹ TOLUNAY, s.139.

¹² Bkz. ARNA, “Savunma Teknikleri Öğretiyor, Evlere Kapatıyor, Paranoya Yaşatıyor”, Hürriyet Gazetesi 14 Mayıs 2006.

¹³ YÜCEL, Suç Korkusu, s.278.

¹⁴ YÜCEL, Suç Korkusu, s.278.

¹⁵ Aynı yönde BULUT, s. 40.

noktasındadır. Güvenliği sağlama adına özgürlükten vazgeçilmesi doğru değildir. Tecrübeler özgürlüklerden vazgeçerek oluşturulan güvenlik ortam ve duygusunun sürekli olmadığını göstermiştir. Özgürlüklerden vazgeçmek yasaklamaları doğurmakta, yasaklanan görüş, inanç ve nesneye duyulan merak sürekli güçlenmekte ve sonunda yasaklar sistemi zorlar hale gelmektedir. Dolayısıyla bu yolla oluşturulan güvenlik ortam ve duygusu sürekli olamamaktadır¹⁶. Abartılmış bir güvenlik duygusu, devletin toplum ve birey yaşamından soyutlanması ve doğa-üstü bir varlık olarak algılanmasına neden olmakta¹⁷ bu durumda insanlar birey kimliğini kaybederek, parazitik bir güvenlik duygusu içinde yaşamaya başlamaktadır. Özgür olmayan ortam korku doğurmakta, bu da güvensizliğe neden olabilmektedir¹⁸.

Suç korkusu, güvensizlik duygusu yaratmakta ve bu duyguyla insanlar özgürlüklerinden kolaylıkla vazgeçebilmektedir¹⁹. Çağcıl toplumsal yapılar güvenlik ve özgürlüğün bir dengesini oluşturmalı, güvenlik için özgürlükten, özgürlük için güvenlikten vazgeçmemeli ve güvenlik-özgürlük dengesini oluştururken suç korkusu gerçeğini göz önünde tutmalıdır.

Suç korkusu ve güvenlik ilişkisi bağlamında dikkat edilmesi gereken çok önemli iki konu bulunmaktadır. Birinci konu, otoriter siyasi iktidarların suç korkusunu kullanarak, toplumu özgürlüklerinden vazgeçmeye ikna etmeleri veya ses çıkarmaz hale getirebilmeleridir. Korku özgürlüklerin sınırlandırılmasına popüler destek bulma aracı olabilir²⁰. Güvensizlik halinin devamlı vurgulanması bireylerin hak ve özgürlüklerini güvenlik algılarıyla dillendirmelerine ve özgürlüğü sınırlayıcı istisnaların kurala dönüştüğü bir düzeni sessizce kabul etmelerine yol açar²¹. Bu gerçekliği bilen otoriter iktidarlar suç korkusunu vurgulayarak ve besleyerek güvenliğini koruma adı altında özgürlükleri kolayca sınırlayabilirler. İkinci konu ise, yönetenlerin suç korkusunu topluma aşıl原因arak toplumun kendi içindeki suçlulardan kendi çabalarıyla arınmasını sağlamalarıdır²². Bu yöntemle yönetenler suç

¹⁶ COŞKUN, “Güvenliği Özgürlükte Aramak”, (<http://www.dicle.edu.tr>. erişim tarihi 14.05.2012).

¹⁷ COŞKUN, “Güvenliği Özgürlükte Aramak”, (<http://www.dicle.edu.tr>. erişim tarihi 14.05.2012).

¹⁸ Bkz. KARAGÖZ, s.1.

¹⁹ SOKULLU-AKINCI, s.107.

²⁰ ARSLAN, Zühtü(2007),s.201.

²¹ ATAY, “Temel Haklar ve İlkeler Doğrultusunda İletişimin Dinlenmesi Tedbiri ve Kişisel Güvenlik”, (<http://www.umut.org>. erişim tarihi 22.05.2012).

²² SARI/ÖNKAL, “Suçun Sosyolojisi, Cezanın Felsefesi”,(<http://www.guncelonkal.com>.eri-

korkusunu abartmak suretiyle toplum içine yüksek bir otokontrol oluşturarak suçları azaltmak ve güvenliği sağlamak yoluna gitmektedir. Suç korkusunun kullanılarak toplumu özgürlüklerinden vazgeçmeye yönlendirmek güvenlik-özgürlük dengesinin bozulmasına neden olacağı gibi, yine bu korkuyu besleyerek toplumsal otokontrolü ve bu yolla birey üzerindeki toplumsal baskıyı arttırmak yaşam keyfini ortadan kaldıracak uygulamalar olması nedeniyle tercih edilmemelidir.

II) TANIM

Birçok kaynaktan suç korkusu, suçun mağduru olma korkusu olarak açıklanmaktadır²³. Sözlük manasıyla mağdur, haksızlığa uğramış kimse anlamını taşımaktadır²⁴. Hukuksal açıdan mağdur, hakkı ihlal edilmiş kişiyi ifade etmektedir. Ceza hukuk açısından bakıldığında mağdur normla korunan menfaatin sahibi olarak anlaşılmaktadır. Ceza hukuk açısından mağdur ve suçtan zarar gören aynı şeyler değildir. Adam öldürme suçunda suçun mağduru ölen kişiyken, suçtan zarar gören bu ölüm olayı nedeniyle menfaatleri zedelenen kişilerdir²⁵. Kriminolojinin mağdur kavramına bakış açısı daha farklıdır. Kriminoloji, suç kavramını toplumsal bir olgu olarak görmekte bütünsel bir mantık içerisinde değerlendirmektedir²⁶. Kriminolojik açıdan mağdur, suçtan etkilenen kişidir²⁷. Suç korkusu, suçun mağduru olmaktan korkmak olarak değerlendirildiğinde, suçtan etkilenme korkusu olarak da ifade edilebilecektir. Ancak bu dar kapsamlı bir tanım vermek olur. Suç korkusu suçtan etkilenme korkusundan öte bir şeydir. Örneğin, yağma amaçlı saldırıya uğrayan ve kendisini savunmak zorunda kalan kişi, yasal savunma koşulları içersine hareket ettiğini anlatamayabilir, buna bağlı olarak kendisini beklenmedik biçimde şüpheli ya da sanık pozisyonunda bulabilir. Suç korkusu, düşüncemizce suçun mağduru olmak kadar, istemediği halde bir suçun faili olarak görülme korkusunu da içermektedir. Bu nedenle daha

şim tarihi 22.05.2012).

²³ BAHAR,s.133 vd, ÖZTOPRAK/LUX/GÜRSESLİ/İPEK/SEZGİN/GÖLOĞLU/BAĞ, “Çocukların Sokakta Oyun Oynamalarına İzin Verilmemesi-Ebeveynin Suç Korkusu İlişkisi”, (<http://tip.baskent.edu.tr> erişim tarihi 15.05.2012), TAYLAN, s.359.

²⁴ Bkz. Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayını, Ankara 2005, s.427.

²⁵ Mağdur ve suçtan zarar gören kavramları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. DEĞİRMENCİ, s.36 vd.

²⁶ GERÇEK ÇAKICI, s.84.

²⁷ YÜCEL,Türkiye’de, s.416. Kriminolojinin mağdur kavramına farklı bakış açıları için bkz. POLAT, Ahmet/GÜL, Serdar Kenan(2010), “Kriminoloji araştırmalarında mağdur anketlerinin yeri ve önemi”, Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi, ISSN:1303-5134, C:7, S:1, s.1293, (<http://www.insanbilimleri.com> erişim tarihi 15.05.2012).

geniş bir tanımlamaya gereksinim bulunmaktadır. Ferraro geniş anlamda suç korkusunu, “bir suça ya da kişinin suç ile ilişkilendirdiği sembollere karşı geliştirdiği bir duygusal korku veya endişe reaksiyonu” olarak tanımlanmaktadır²⁸. Bu tanımdaki semboller terimi suçun mağduru olmak yanında faili olarak görülebilmeyi de kapsadığından, Ferraro tarafından yapılan bu tanımlamanın suç korkusunu dar tanımlamalara göre daha iyi ifade ettiğini düşünüyoruz. Biz, suç korkusunu, suçtan herhangi bir biçim veya konumda olumsuz etkilenme korkusu olarak tanımlıyoruz²⁹.

III) SUÇ KORKUSUNUN NEDENLERİ

Suç korkusunun farklı nedenleri bulunmaktadır. Suç korkusunun önemli kaynaklarından bir tanesi savunmasızlık ya da zayıflık duygusudur. Bazı bireyler suçlara karşı koyamayacak ve direnemeyecek bir yapıya sahip olmakta veya kendilerini suçun potansiyel mağduru olarak görmektedir³⁰. Yapılan araştırmalar yaşlılar ve kadınların, diğer kişilere göre daha fazla suç korkusu yaşadıklarını göstermektedir³¹. İnsanlar hayatlarının belli dönemlerinde türlü sebeplerden ötürü başka insanlara karşı savunmasız kalabilmekte ve bu sebeple korku duymaktadırlar³². Bireyin kendisini savunmasız ve zayıf hissetmesinin farklı nedenleri olabilmektedir. Faziletli insanın ayakları toprağa sağlam basan, yerinden kolay oynatılamayan insan tipi olduğu öne sürülmektedir³³. Bu tarifi faziletli insandan çok güçlü insan tipini anlattığı düşüncesindeyiz. Aksi hale güçsüzlük, faziletsiz olmakla eş anlam ifade eder ki, güç ve fazilet eşanlamlı kavramlar değildir. Her insanın suç fiillerine mukavemet edebilecek fiziki ve psikolojik yeterliliğe sahip olması beklenemez. Bütün fiziki şartları ve fizyolojik koşulları yönünden kusursuz bedene sahip insan yok gibidir. Hemen

²⁸ DOLU/ULUDAĞ/DOLUTAŞ, s.62.

²⁹ Bu tanımda kullanılan suçtan olumsuz etkilenme tabiri, suçun olumlu etkisinin bulunamaya-
cağı düşüncesiyle eleştirilebilir. Suçun tasvip edilemeyeceği hususunu belirtmek dahi anlam-
sızdır. Ancak, göreceli bir bakış açısıyla suçun işleyen açısından gelir arttırma neticesi do-
ğurabileceği gerçekliktir. Örneğin, kaçakçılık suçunun faili toplum zararına zenginleşmekte-
dir, bu zenginleşme göreceli olarak suçun faili açısından olumlu değerlendirilebilir. Hırsızlık
suçunda failin mal varlığında artış, mağdurunda ise azalış söz konusudur. Bu artış fail ta-
rafından olumlu görülebilen, mağdur açısından olumsuz etki olarak değerlendirilecektir.
Yani buradaki olumsuz etki terimi objektif değil, suç korkusu yaşayanın subjektif durumu ile
ilgili bir değerlendirme niteliği taşımaktadır.

³⁰ DOLU/ULUDAĞ/DOLUTAŞ, s.66.

³¹ TUNÇ, s.58, DOLU/ULUDAĞ/DOLUTAŞ, s.66.

³² ÖZYURT, “Hürriyete Karşı Suçlar-Tehdit Suçu”, (<http://www.hukukum.com>.erişim tarihi
17.05.2012).

³³ YÜCEL, Suç Korkusu, s.279.

hiç kimse, aynı anda sindirim, dolaşım, solunum, üriner ve sinir sistemlerinin her birinin ortalama kapasitesine sahip değildir³⁴. Kişinin doğuştan gelen fiziki ve psikolojik yapısı ya da sonradan oluşan bazı rahatsızlıklar nedeniyle suç fiillerine direnme göstermesi zor olabilir. Bazen birey gerçekte böyle bir zorluk olmasa da, kendini suça karşı aciz veya güçsüz hissedebilir. Bu güçsüzlük hissi, bireylerde suç korkusu oluşturabilmekte ve var olan korkuyu arttırabilmektedir.

Eski çağlardan beri insanlar doğanın olumsuz etkilerinden korunmak ve güvenliği sağlamak amacıyla mağaralardan kentleşmeye doğru adım adım ilerlemiştir. Kentleşme insanların güvenliğini sağlayan boyutuyla beraber, kent güvenliği denilen yeni bir kavramın doğmasına yol açmıştır³⁵. Suçların mekansal açıdan dağılımı söz konusu olduğunda, kentsel alanlarda bir yoğunlaşma olduğu göze çarpmaktadır³⁶. Bu tespit kırsal alanlarda suç işlenmediği anlamına gelmemekle beraber, suçun daha çok şehirlerde işlendiğini anlatmaktadır. Suçun kentsel alanlarda yoğunlaşmasının ilk nedeni, nüfusun buralarda toplanıyor olmasıdır³⁷. Nüfus artışı doğal olarak suç sayısında da artışa neden olmaktadır. Kentlerin nüfusu bir yandan kendi içinde artarken, diğer yandan göçlerin etkisi geometrik biçimde nüfus artışlarına, bu durum da suçların hem sayısının, hem de çeşidinin fazlaşmasına sebebiyet vermektedir. Sağlıksız kentleşme bir yana, kentleşme başlı başına suçları ve suç korkusunu da çoğaltmaktadır. Kentleşme ve suç arasındaki ilişki oldukça eskiye dayanmakta, kalabalık ve heterojen nüfus yapısı, farklı kimliklerin varlığı, toplumsal denetimin zayıflığı, ekonomik ve mali kaynakların zenginliği, kentleri suç açısından ideal ortamlar haline getirmektedir³⁸. Sosyal hareketliliğin hızlanması, farklılıkların biraraya gelmesi çeşitli nedenlerle bir suç alt kültürünün teşekkülü, kentleşmede suçluluğu etkileyen faktörlerdir. Büyüyen kentlerde yaşamın anonim hale gelmesi, dolayısıyla insanları birbirini tanımaz hale getirmekte, yanyana yaşayan insanlar manen birbirinden

³⁴ TOROSLU, s.91-92.

³⁵ Kent güvenliği kavramı, kentleşme süreci içinde ortaya çıkan güvenlik gereksinimini ve buna yönelik geliştirilen stratejileri ifade etmektedir. GÖKULU, s.210.

³⁶ GÜREMEN, Lale(2011), “Amasya Kenti Özelinde Asayiş Suçlarının Kentsel Mekanda Dağılışı Özellikleri ve Nedenselleri Üzerine Bir Araştırma”, Akademik Bakış Dergisi, S:25, Temmuz-Ağustos Sayısı, Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler Dergisi, s.2, (<http://www.akademikbakis.org>, erişim tarihi 19.05.2012).

³⁷ GÜREMEN, s.2.

³⁸ KARASU, s.256. Araştırmalar hırsızlık suçlarının en yoğun olduğu yerlerin kentlerin zengin semtleri olduğunu göstermektedir. Bkz. UZUN/ALİAĞAOĞLU, s.443.

soyutlanmış hale girmektedirler³⁹. Daha çok köylerde ve kırsal kesimde hayat bulan büyük aile yapıları içerisinde bir kadının eşinden gelecek şiddet ve tehdit eylemi aile büyükleri tarafından engellenebilirken, günümüzde kentlerle genelleşen çekirdek aile yapısı içerisinde, bu tür eylemleri önleyecek kişiler olmadığı gibi, çoğu zaman şiddet fiiline tanıklık edecek kimse bulmak dahi mümkün olmamaktadır⁴⁰. Aile içerisinde oluşan şiddet olaylarında, şiddet mağdurunun iddiasının karşısında, çoğu zaman şüphelinin sözü geçen eylemleri işlemediği yolundaki savunması bulunmakta, tanık olmaması, soruşturma makamlarını ne yapacağını bilemez hale getirmektedir. Kuşkunun şüpheli lehine yorumlanmasına dair genel muhakeme hukuku ilkesi doğrultusunda, bu tür başvurular çoğunlukla takipsizlik(kovuşturmaya yer olmadığına dair) kararları ya da beraat hükümleriyle sonuçlanmakta, müracaatının sonuçsuz kaldığını gören kişiler yüksek boyutlu suç korkuları yaşamaktadır⁴¹. Yan dairede oturan komşusunu tanımayan apartman sakini duyarsızlaşmakta, kurumlar işlenen suçlardan haberdar olamamaktadır. Kentleşme küçük toplumsal yapılar içerisinde işlenen suçların resmi mercilere iletilmesini ve delillendirilmesini güçleştirmekte⁴², bu durum zorunlu olarak suç korkusu doğurmaktadır. Sağlıksız kentleşme ise suç korkusunu katlamaktadır.

Sosyal düzensizlikler de suç korkusunun oluşumuna ve etkilerinin artmasına neden olmaktadır. Terk edilmiş ve harabe haline gelmiş binaların varlığı, sokak aydınlatmasının yetersizliği, açık alanlarda alkol ve uyuşturucu madde satımı, sokak ve cadde köşelerinde insanların rahatsızlık verici biçimde toplanmaları suç korkusu doğurmaktadır⁴³. Yaşadığı mahalleyi sosyal olarak düzensiz bulanların, diğer bireylere göre daha büyük suç korkusu yaşadıkları araştırmalarla teyid edilmiştir⁴⁴. İyi yapılanmış bir toplumsal örgünün bozulması da benzer sonuçlar çıkarmakta, dayanışmanın güçlü olduğu yapılarda bu özelliğin zayıflaması suç korkusunu yükseltmektedir⁴⁵.

Yoksulluk, suç işlenmesini haklı kılacak bir sebep olmamakla birlikte⁴⁶,

³⁹ UTKU, “Kentleşme Ve Suç”, (<http://www.yayin.adalet.gov.tr>.erişim tarihi 19.05.2012).

⁴⁰ Aynı yönde Bkz. ERYILMAZ/GÜLEÇ/BÜKER, s.5.

⁴¹ 2012 yılı mayıs ayı içerisinde Kayseri’de eşi tarafından öldürülen D.Ü.’nün, öldürülmeden önceki yedi aylık süreçte eşi tarafından tehdit edildiği yolundaki üç başvurusu tanık bulunmadığı için kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlarla sonuçlanmıştır.

⁴² ERYILMAZ/GÜLEÇ/BÜKER, s.5.

⁴³ DOLU/ULUDAĞ/DOLUTAŞ, s.67.

⁴⁴ KARAKUŞ/McGARRELL/BAŞIBÜYÜK, s.174 vd.

⁴⁵ Bkz. DOLU/ULUDAĞ/DOLUTAŞ, s.67-68.

⁴⁶ Kemal Tahir, “Karılar Koşusu” isimli kitabında yoksulluğu önemli bir suç nedeni olarak görmekle birlikte, kendisinden yaşça küçük aşığı, komşu oğlu Ali ile birlikte olup kocasını ze-

suç işlenmesini arttırmaktadır. Araştırmalar yoksulluk ve suç arasında anlamlı bir ilişkinin varlığını göstermektedir. Yoksulluk, özellikle mal varlığına karşı işlenen suçlarının oranını yükseltmekte ve kişileri suça itmektir⁴⁷. Yoksulluk, evsizlik ve sokaklarda yaşayan insan yığınlarının oluşumuna neden olmakta, böylelikle hem suçlar hem de şiddet olaylarının sayısı fazlalaşabilmektedir⁴⁸. Yine yoksulluğun suç motivasyonunu arttırdığı ve yoksulluğun hakim olduğu bölgelerde suç işleme olasılığının yükseldiğini kaynaklar belirtmektedir⁴⁹. Yoksulluk ve suç korkusu üzerine yapılmış araştırmaya rastlayamamış olmakla beraber, yoksulluğun suç korkusunu arttırdığı düşüncesindeyiz. Yoksulluk, tek başına bir sosyal düzensizliğin ifadesidir. Sosyal düzensizlikler suç korkusunu yükseltmektedir. Bu anlamda yoksullukla suç korkusu arasında ilişki bulunduğu kabul edilmelidir. Ayrıca suçları artıran etkinin, suç korkusunu da arttırması doğal görülmelidir. Yoksulluğun, bir suça maruz kalındığında avukat tutma, soruşturma ve kovuşturma sürecini yakından takip etme olanaklarını zayıflatması da suç korkusunu tetikleyebilecektir. Bu durumda olanların suçtan etkilenmekten, diğer kişilere göre daha fazla korku duymaları beklenen bir durumdur.

Yoksulluğun suç korkusunu arttırma etkisi varken, refah düzeyinin yükselmesi de bu korkunun kaynağı olabilmektedir. Refah seviyesinin yüksekliği, bireylere farklı maddi ve manevi kazanımlar sağlamakta, dolayısıyla kişilerin bunları kaybetme korkusu da artmaktadır. Örneğin, geleneksel aile yapısında, “gelin” veya “ev hanımı” olarak kaybedecek fazla şeyi olmayan bayanlar, refah toplumu içerisinde birey olarak etkin varlık gösteren maddi ve manevi kazanımlar elde eder konuma gelebilmektedir⁵⁰. Eskiden servetin bir unsuru sayılan ve fazlaca kişinin sahip olmadığı otomobiller, her evin önünde birden fazla sayıda bulunabilmektedir. Kaybedilecek şeyler arttıkça, kaybetme korkusu ve suça maruz kalma korkusu da artmaktadır⁵¹.

hirlerken iki çocuğunun ölümüne de sebebiyet veren Hanım adlı kadının fiilinin yoksulluktan kaynaklansa da hoş görülemeyeceğini İstanbullu karakterinin ağzından “...Cehalet... Fukaralık... Anlaşıldı ama her cahil ve fukara kadın komşusunun oğluna tutulunca çocuklarının babasını sıçanotu ile zehirlerse...” şeklindeki sözlerle ifade etmiştir. Bkz. GÖZMEN, Kemal Tahir’in Karılar Koşuşu Adlı Romanında Suç ve Kadın, Türk Dili ve Edebiyatı Bölümü Ödevi, (Ankara, Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi). Yoksulluk suç işlenmesini haklı kılacak bir neden olmayıp, suçun önlenmesi için mücadele edilmesi gereken bir sebeptir.

⁴⁷ DİNLER/İÇLİ, “Suç ve Yoksulluk Etkiselliği(Isparta Cezaevi Örneği), (<http://www.veyseldinler.com.erişim tarihi 19.05.2012>).

⁴⁸ Bkz. FIRAT, s.206.

⁴⁹ Bkz. GÜREMEN, s.4-5.

⁵⁰ ERYILMAZ/GÜLEÇ/BÜKER, s.4.

⁵¹ Aynı yönde ERYILMAZ/GÜLEÇ/BÜKER, s.4-5.

Suçun mağduru olmak, suç korkusu doğurmakta ya da olan suç korkusunu arttırmaktadır. Suçtan mağduru olan, kriminolojik bakış açısıyla ondan etkilenen kişiler, yeniden bir suçla karşı karşıya kalabileceklerini düşünmeye başlamakta, diğer insanlara şüpheyle bakmak gibi duygusal tepkiler vermektedir⁵². Ülkemizde son dönemlerde hırsızlık suçlarıyla ilgili bir araştırma, hırsızlık suçunun mağdurlarından %73,2'sinin yeniden aynı suça maruz kalabilecekleri düşüncesinde olduklarını ortaya koymuştur⁵³. Suçun mağduru olan kişiler, bu suçun işlendiği mekanda bir daha bulunmamak, yollarını değiştirmek, geçit, ara yol gibi yerleri kullanmamak, yaşadıkları semt hatta şehri bile değiştirmek gibi tepkiler göstermektedirler⁵⁴.

İletişim ve haberleşme olanaklarındaki artış ve gelişme de, suç korkusunun sebeplerinden birini oluşturmaktadır⁵⁵. Araştırmalar çok televizyon izleyenlerin, az televizyon izleyenlere göre daha fazla suç korkusu duyduklarını belirtmektedir⁵⁶. Gelişen haberleşme ve iletişim imkanlarıyla beraber, insanlar dünyanın her tarafında işlenen suçları, çoğu zaman işleniş biçimleriyle birlikte kısa zamanda duymaktadır. Haberleşme ve iletişimin bir özgürlük olduğu tartışmadan uzaktır. Ancak, bu haberlerin suçla mücadele uzmanlarını bile rahatsız edecek şekilde verilebilmesi, doğru ve kabul edilebilir bir yöntem değildir⁵⁷.

⁵² ULUDAĞ, s.6.

⁵³ TOLUNAY, s.145.

⁵⁴ ULUDAĞ, s.6.

⁵⁵ “Besleme Teorisi” adı verilen devamlı surette ve dramatik biçimde suç haberleri verilmesinin suç korkusunu arttırdığı görüşü, anket sonuçlarıyla doğrulanmıştır. Bkz. YÜCEL, Suç Korkusu, s.286.

⁵⁶ SIGNORELLI, Violence in the Media: A Reference Handbook, ABC Clio inc., Santa Barbara, California, s.48(TAYLAN, s.359’ dan naklen).

⁵⁷ Prof.Dr. Nurçay Türkoğlu, bu gerçeği şu şekilde ifade etmektedir: “Şiddet, daha çok fiziksel şiddet olarak aklımıza geliyor. Gazeteciler ve kurumlar ‘yaşanan bir gerçeği yansıtıyoruz’ diyorlar. Halk da ilgiyle takip ediyor. Başkasının başına gelen bir şiddetin izleyici ve okuyucu tarafından seyredilmesinin altında bir zevk olduğundan kolayca söz edemeyiz. Bu bir zevk alma biçimi değildir, daha çok korunma içgüdüsüyle yapılmaktadır. Şiddet haberleri medyadaki dramatik anlatış biçimine de çok güzel bir malzeme oluşturuyor. Çok yaygın televizyon izleyen izleyicilerde, dünyayı televizyonla algılayanlarda şiddet haberleri ve görüntüleri çok çarpık bir algılamaya yaratıyor. Bu algılama sadece başkalarıyla ilgili değil, kendi kendisiyle, kendi çevresiyle, kendi toplumuyla olan ilişkilerini şiddetin her tarafı saran bir kötülük hali olarak algılıyor. Kısacası dünyanın yaşanamayacak bir yer olduğunu düşünüyor. Bu da bireyde çaresizlik duygusu yaratıyor. Yansıtılan gerçekleri çarpık, aksak bir şekilde gören bu insan topluluğu kimseye güvenmeyen, kendisine bile güvenmeyen, her an başına bir iş geleceği kaygısıyla kendini bir yanda bir şiddet kurbanı gibi gören ve bundan kaçınmak için de daha saldırgan bir ruh haline kapılan insanlar haline geliyor”, (<http://www.e-psikiyatri.com>. erişim tarihi 20.05.2012).

Suç korkusu ve ona sebep olan unsurların, ekonomik bir kaynak olarak değerlendirilmesi, bu korkuyu beslemektedir. Günümüzde özel güvenlik önlemleri almak, evleri ve siteleri güvenlik donanımlarıyla donatmak, alarm ve kamera tertibatları kurmak olağan yöntemler olarak görülmeye ve özellikle gösterilmeye başlamıştır. Bireylerin suçtan korunma konusunda arzu ettikleri tedbirleri almalarında, yaşam keyif ve kalitesini azaltmadığı sürece, sakınca yoktur. Ancak, bu tedbirlerin ekonomik getirinin cazibesi nedeniyle suç korkusuna devamlı vurgu yapmak, her an yeni bir suçun işlenebileceği endişesini oluşturma hakkı görülebilir bir davranış tarzı değildir. Yine suçtan doğabilecek zararların giderimiyle ilgili faaliyetlerde de aynı davranış tarzı hakkı görülemez. Yücel'in çok yerinde aktarımıyla, 2008 yılında bir sigorta şirketinin reklamındaki *"Geçtiğimiz yıl Türkiye'de her 6 dakikada bir, bir eve hırsız girdi. On binlerce kişi bunun kendi başına gelebileceğini düşünmemiştii"*, ibare vb. anlatımlar iyi niyet taşısa da suç korkusunu tetikleyebilmektedir⁵⁸.

Suçun önlenmesi ve suçlunun caydırılması görevini yerine getiren kurumların ve bunların sembollerinin saygınlıklarını yitirmesi, bunlara duyulan güven hissini azalması da, suç korkusunun önemli nedenlerindendir⁵⁹. Toplumda suçun işlenmesini önlemek ve suç işlendiğinde suçluyu cezalandırmakla görevli kolluk ve adliye kurumlarıyla üniforma, cübbe gibi bu kurumları simgeleyen sembolere güvenin azalması, suç korkusu doğurmakta

⁵⁸ YÜCEL, Suç Korkusu, s.286 vd.

⁵⁹ Yaşanmış bir olayı ve bu olayın suç korkusuna etkisini Doç. Dr. Aytekin Geleri, şu sözlerle açıklamaktadır: "Geçen hafta, uzun yıllardır tanıdığım bir arkadaşım beni telefonla arayarak kimsenin olmadığı bir zaman diliminde gündüz evine hırsız girdiğini ve bu durumdan ailece çok etkilendiklerini söyledi. Geçmiş olsun dileklerini iletmek üzere ertesi gün evine gittim. Olay öğleden sonra 14:30 civarında, bina görevlisi alışveriş yapmak için markete gittiği esnada evin çelik kapısının kilitleri kırılmak suretiyle gerçekleştirilmiş. Karı koca ikisi de adeta şoktaydı. Ancak eşi hanımefendi olaydan çok daha fazla etkilenmiş, ürkek ve titrek sesle konuşuyor, evde yalnız kalmaktan korkuyor, "iyi ki evde yoktum, ya yalnız olduğumda hırsız eve girseydi ben ne yapardım?" diyerek içinde yaşadığı durumun vahametini ifade etmeye çalışıyor. Durumu ilk önce komşular fark ediyor ve hem polise hem de ev sahibi olan arkadaşına telefonla haber veriyorlar. Arkadaş ve eşi eve polisten sonra geliyor. Her ikisi de polisin olaya yaklaşımından, tutum ve davranışından pek memnun olmadıklarını, polislerin hırsızlık olayını adeta çok normal bir suç türü olarak gördüklerini ve mağdur psikolojisine hiç önem vermediklerini özellikle vurguladılar. Bu tabloyu görünce suçla mücadele yaklaşımlarında karşılaşılan ve teorik olarak çok büyük önem arz eden iki konuya pratik olarak şahit oldum. Bunlar, suç sonrası mağdurların yaşadığı sorunlar ve suç korkusunun, güvenlik endişesinin insanlar üzerindeki olumsuz etkileri." GELERİ, Aytekin, "Suçla Mücadele Politikalarının Üvey Evlatları:Mağdurlar", (<http://www.sde.org.tr.erişim> tarihi 25.05.2012). Suçla mücadele görevini yürüten kolluğun bireylere yaklaşım tarzıyla güven vermesi ve saygınlık oluşturmaya, suç korkusunun önlenmesinde, suçluya ulaşip cezalandırılmasını temin etmesinden çok daha büyük değer taşıyabilmektedir.

ve suç korkusunun artışına neden olmaktadır⁶⁰. Organize suç örgütlerine ve büyük ölçekli suçları işleyenlere yönelik soruşturmaların toplumsal huzur ve güvenliğin sağlanmasında yadsınamayacak değeri bulunmaktadır⁶¹. Bununla birlikte yapılan araştırma ve incelemeler toplumun bireylerinin, semtlerinde devriye gezen güleç ve saygın polis görüntüsünün, güvenlik duygusu sağlama ve suç korkusunu önlemede büyük çaplı soruşturma yapmaktan çok daha faydalı olduğu sonucunu çıkartmaktadır⁶². Bu nedenle adliye, kolluk ve bunların sembollerine duyulan güvenin azalması, suç korkusunun temel kaynaklarından birini oluşturmaktadır⁶³. Buna karşılık saygın ve halkla ilişkileri iyileştirilmiş bir kolluk gücünün varlığı, suç korkusunu azaltmaktadır⁶⁴. Adliyelerin ve adliye hizmetine duyulan güven ve saygınlığın azalmasının da, suç korkusuna olumsuz etki edeceği bir gerçekliktir. Adalet sistemine duyulan güvensizliğin her zaman suçlular lehine sonuçlar doğurduğu, suça maruz kalanların mağduriyetini arttırdığı bir gerçeklik olduğuna göre⁶⁵, adliyelere olan güvenin azalmasının suç korkusuna neden olduğu ve fazlalaştırdığı da bir gerçeklik olarak ortaya çıkacaktır.

Cezaların caydırıcılıktan uzak olması suç korkusunu arttıran önemli nedenlerdendir. Cezaların caydırıcılığının suç işlenmesinin önlenmesinde tek araç olmadığı kuşkusuzdur. Tek başına ceza ve ondan beklenen caydırma fonksiyonu, suçların önlenmesinde her zaman arzu edilen neticeyi vermemektedir⁶⁶. Kaldı ki, caydırma cezanın amaçlarından sadece bir tanesidir. Eleştirilere konu olsa da, cezanın ödetme dahil birçok amacı bulunmaktadır. Cezanın amacı ne olursa olsun, bireyler cezanın caydırıcı etki doğurmadığını düşündüklerinde suç korkusuna kapılabilmektedirler. Bireylerin gözünde cezanın caydırıcı olmaması, cezaların niceliğinden diğer deyişle miktarından öte, yargılamanın hızlı yapılmaması, tutuklama yetkisinin yerine ve eşit kullanılmaması, sıklıkla af yasaları çıkartılması, şartla tahliye ve pişmanlık yasaları adı altında ceza indirimi uygulanması gibi uygulamalar yoluyla cezanın etkinliğinin azaltılması olarak görülmektedir⁶⁷. Toplum ve onu

⁶⁰ Aynı yönde KUL/TAYFUN, s.45 vd.

⁶¹ Aynı yönde, TAŞTEKİN, “Özel Ekip Yöntemi”, (<http://www.cagipolisi.com.tr.erisim-tarihi-20.05.2012>).

⁶² Bkz. DOLU/ULUDAĞ/DOLUTAŞ, s.61-62.

⁶³ KUL/TAYFUN, s.47 vd.

⁶⁴ Bkz. ALPKAN/PALACI, s.93.

⁶⁵ Bkz. KORKMAZ, İlhan, “Dünya Düzeni ve Ülke Sorunlar ve Çözüm Arayışları-1”, (<http://www.yenimakale.com.erisim-tarihi-20.05.2012>).

⁶⁶ KIZMAZ, Ceza, s.210 vd.

⁶⁷ DOLU/BÜKER/ULUDAĞ, s.69 vd.

oluşturan bireyler, suç, ceza, tutuklama dahil koruma tedbirleri, şartlı tahliye gibi infaza ilişkin uygulamaların tamamını birbirinden ayırmamakta ve ceza kavramı dahilinde görmektedir⁶⁸. Bireyler hangi sebebe dayanırsa dayansın, cezanın caydırıcı olmadığını düşündüklerinde suç korkusuna kapılmaktadır⁶⁹.

IV) SUÇ KORKUSUNUN ETKİLERİ

1) Olumsuz Etkileri

Suç korkusu toplum içerisinde birçok olumsuz etki oluşturmaktadır. Suç korkusu taşıyan bireyler pencerelerini demir korkuluklarla çevirme, kapılarını daha sağlam olanlarıyla değiştirme, kamera ve alarm tertibatları kurdurma, bahçe ve site girişlerinde güvenlik noktaları oluşturma, yirmidört saat güvenlik görevlisi bulundurmak gibi küçümsenmeyecek masraflara girmekte, yaşam kalitesini yükseltmek amacıyla kullanılabilecek ekonomik getiriler, güvenliğe yönlendirilmektedir⁷⁰. Özellikle son dönemlerde suç korkusuna dayalı güvenlik önlemlerinin alınması için harcanan paraların yüksek meblağlara ulaştığını kaynaklar açık biçimde belirtmektedir⁷¹. Kişiler ve özel kuruluşların bu harcamalarının yanında devletin de, kamera sistemi kurma, farklı güvenlik önlemleri alma konusunda çok büyük paralar harcadığı da gerçekliktir⁷².

Suç korkusunun bireyler açısından olumsuz etkisi, insan psikolojisini bozması ve buna bağlı olarak yaşam kalite ve keyfini düşürmesidir.⁷³ Bireylerin bir konuda devamlı korku yaşamaları, ruh hallerini negatif yönde etkilemekte ve psikolojik rahatsızlıklara dahi sebebiyet verebilmektedir. Suç korkusu nedeniyle geceler evinden çıkamayan, sinema ve tiyatroya gidemeyen, arkadaşlarıyla dışarıda zaman geçiremeyen insan için yaşam keyfi ve kalitesinin önemli ölçüde düşeceği gerçeği, izahtan varestedir.

Büyük ekonomik kayıplara neden olması ve kişilerin psikolojisini bozarak yaşam kalitesini düşürmenin yanında, suç korkusunun çok önemli bir diğer etkisi, sosyal dayanışmayı bozmasıdır. Suç korkusu, sosyal

⁶⁸ Aynı yönde TAŞKIN, s.315.

⁶⁹ Bkz. KUL/TAYFUN, s.45 vd.

⁷⁰ Bu konuda Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan bir araştırma, suçtan korunmak için halkın %51'inin ikinci kilit, %15'inin alarm, %8'inin pencere demiri taktırdığı, %52'sinin silah bulundurduğunu göstermiştir. TUNÇ, s.60.

⁷¹ TUNÇ, s.60.

⁷² TUNÇ, s.60.

⁷³ Bkz. ÖZTOPRAK/LUX/GÜRSESLİ/İPEK/SEZGİN/GÖLOĞLU/BAĞ, s.1.

davranışlara baskı yapmakta ve sosyal davranış biçimlerini değiştirmektedir. Bireyler kendilerinin ya da yakınlarının herhangi bir suçla karşılaşacaklarını düşünmekte, başkalarıyla iletişim kurmakta zorlanmakta, birbirleriyle iletilerini azaltmakta ve sonuç olarak toplumsal dayanışma zarar görmektedir⁷⁴. Suç korkusu toplumsal dayanışmayı azaltmakta, böylelikle sosyal kontrol mekanizmaları anlamını yitirmekte, insanlar evlerine kapanmakta, sokaklar ve caddeler suçlular için rahat alanlar haline gelmektedir⁷⁵. Sosyal dayanışmayı azaltan suç korkusu bu özelliğiyle suç sayısı ve çeşidinin artmasına da sebep olmaktadır.

Suç korkusunun doğasından kaynaklanan büyük bir olumsuzluğu anlamlandırılmayan geometrik artış gösterme özelliğidir. *Süddeutsche Zeitung* isimli bir gazetenin 1995 yılında Almanya’da yaptığı ankette “en çok neden korkuyorsunuz?” sorusuna %59 oranında “artan suçluluk” cevabı verilmiştir. Oysa, istatistiksel olarak bir şiddet suçunun mağduru olma riski, aynı tarihte %0,26 olarak tespit edilmiştir. 1993 yılında Rusya’nın St.Petersburg kentinde yapılan bir ankette halkın %56’sının saldırganlık ve şiddet suçlarından korktuğu belirlenmiştir. Oysa aynı kentte 1991 yılında yapılan ankette kent nüfusunun tamamına yakını kendisini güvende hissettiğini belirtmiştir⁷⁶. İki yıllık süreçte suç korkusunun artış oranı açıklanamaz⁷⁷ biçimde yüksektir. Suç korkusu doğası gereği, geometrik oranlarda ve hızlı artış gösteren olumsuz bir yapıya sahiptir. Suç korkusunun doğasından kaynaklanan diğer bir olumsuz özelliği ise, suçtan kaçınma temelli bir korku iken, suçun artışına neden olabilmesidir. Yukarıda da anlattığımız üzere, kişilerin yaşamdan kaçmaları ve sosyal dayanışmayı bozan yönleriyle suç korkusu, ortak toplumsal kullanım alanlarının suçlulara bırakılması sonucunu doğurmakta ve suç artışına neden olmaktadır. Bu korku türü, bireylerin suçtan korunma güdüsüyle hareket ederken, yeni suçların işlenmesine yol açabilmek gibi çelişik bir olumsuzluğu da bünyesinde barındırmaktadır.

⁷⁴ ÖZCAN, s.152.

⁷⁵ SOKULLU-AKINCI, s.106-107.

⁷⁶ DEMİRBAŞ, “Suç Korkusunun Yansıması Bakımından Medyada Şiddet Haberleri”, Türkiye’de Bireysel Silahsızlanma ve Şiddet Haberleri”, Umut Vakfı Yerel Medya Seminerleri, ([http:// www.fes.tuerkei.org](http://www.fes.tuerkei.org), erişim tarihi 26.05.2012).

⁷⁷ Hawley, “İnsan Ekolojisi Teorisi” adı verilen teorisinde daha önce dile getirilmemiş bir savı öne sürmektedir. Bu sava göre suçlu ve mağdur dahil insan hareketlerinde mekan kadar, zamanın da önemi bulunmaktadır. İnsan hareketleri hafta, ay, yıl gibi aynı zaman dilimi içinde benzeşmekte ve kesişebilmektedir. Bkz. GÜREMEN, s.4. Bu sav, iki yıllık süre içerisinde insanların suç korkusu konusunda benzer bir davranış tarzı göstermesini anlaşılır kılabilir. Ancak, iki yıllık süre içerisinde suç korkusunun böylesine artış göstermesi, düşüncemizce onun doğası dışında bir nedenle kolaylıkla açıklanamaz.

2) Olumlu Etkileri

Suç korkusu sadece olumsuz etkiler doğurmamakta, olumlu bir takım etkileri de bulunmaktadır. Suç korkusunun olumlu bir etkisi, sakınma ve korunma duygusu oluşturmaya nedeniyle bu korkuyu taşıyan kişilerin suçla karşılaşma riskini azaltmasıdır. Evinden fazla çıkmayan, geceleri ortak yaşam alanlarına karışmayan, devamlı temkinli biçimde hareket eden kişilerin suça maruz kalma olasılığı doğal olarak azalmaktadır. Suç korkusu, bu korku üzerinde araştırma yaparak toplumun suç, özgürlük ve güvenlik kavramlarına bakış açısını belirlemek açısından da fayda sağlamaktadır. Bunun yanında suç korkusunun, toplumun genelinde değil, ancak küçük ve dar alanlarında sosyal dayanışmayı güçlendirebildiği de gözlemlenmektedir. Suça maruz kalma korkusu, hırsızlık gibi suçlardan korunmak için sosyal etkileşim ve dayanışma doğurmaktadır⁷⁸. Örneğin, hırsızlık suçundan korunmak için bireyler birlikte yaşayacakları siteler oluşturabilmektedir.

3) Suç Korkusunun Olumlu ve Olumsuz Etkilerinin Birlikte Değerlendirilmesi

Suç korkusunun olumlu etkilerinin bulunduğu bir gerçektir. Ancak bu olumlu etkiler, olumsuz etkileriyle kıyaslandığında küçük kalmaktadır. Suça maruz kalma korkusuyla evinden dışarı çıkmayan, toplumsal yaşama yeteri düzeyde katılmayan kişinin suçla karşılaşma riskinin azalması değerli değildir. Güvenlik, özgürlükle beraber var olduğunda anlam ifade eder. Ayrıca, suç korkusu bu korkuyu yaşayan bireyin çoğu zaman gereğinden fazla temkinli olması nedeniyle kendisinin suça maruz kalma olasılığını düşürürken, başka bireylerin suça maruz kalma ihtimalini arttırmaktadır. Suç korkusu nedeniyle boşalan sokaklar ve caddeler, geceleri ıssız kalan mekanlar suça meyilli kişiler tarafından kullanılmakta, suç korkusuyla kendisini koruyan birey, toplumun diğer üyelerinin suçla karşılaşma olasılığını yükseltmektedir. Suç korkusu toplumun bazı alanlarında dayanışmayı sağlasa da, toplum genelinde dayanışma duygusunu zayıflatmaktadır. Siteler ve daha korunaklı ortak yaşam alanları oluşturan bireyler, kendi içinde bir dayanışma sergilese de, aslında toplum genelinden, en azından kısmen kopmakta ve sosyal dayanışma toplum temelinde zayıflatmaktadır. Suç korkusunun olumsuz etkileri, olumlu etkilerinden çok fazladır. Bu nedenle etkilerinin giderilmesi veya asgariye indirilmesi en azından dengelenmesi⁷⁹ gereklidir.

⁷⁸ ÖZCAN, s.153.

⁷⁹ Mevlana'nın "korku erkektir, umut dişi, onlardan ölümsüz ve temiz şeyler doğar" sözü korkunun dengelenmesi gerektiği konusunda söylenmiş en güzel cümlelerden biridir.

V) SUÇ KORKUSUNUN GİDERİLMESİ, CEZANIN CAYDIRICILIĞI

1) Genel Olarak

Suç korkusunun giderilmesi konusunda, kentsel alanların düzenlenmesi, yoksullukla mücadele, haber kirliliğinin önlenmesi, toplumun genelinin bilinçlendirilmesi, toplum destekli kolluk uygulamalarının yaygınlaştırılması, kolluk ile vatandaş işbirliğinin sağlanması, suçla mücadele görevini yürüten birimlerin saygınlığının artırılması, adliyelere olan güvenin erezyona uğramasının önlenmesi gibi birçok yöntemin uygulanması mümkün, hatta gerekli görülmektedir. Bu yöntemlerin her birinin incelenmesi geniş kapsamlı çalışmaları gerektirmektedir. Bu çalışma kapsamında suç korkusunu gidermede cezanın caydırıcılığı ve küçük suçlarla mücadelenin önemi üzerinde durulacaktır.

Ceza, bir emri ihlal eden kimseye çektirilen acıyı ifade etmektedir⁸⁰. Cezanın esas karakteri acı verici olmasıdır. Antolisei tarafından çok haklı biçimde belirtildiği gibi, “*acı vermeyen cezadan söz etmek, karanlık ışıktan, veya soğuk ateşten söz etmek gibidir*”⁸¹. Acı vericilikten kasıt, cismi eza verilmesi değil, cezanın oluşturduğu mahrumiyet duygusudur. Tarih boyunca cezanın haksız, faydasız, hatta zararlı olduğunu ileri süren düşünürler devamlı var olmuştur⁸². Bu görüşler halen varlıklarının sürdürse de, cezanın gereksizliği düşüncesi bir hayalden ibaret kalmıştır⁸³. Günümüzde bile, ceza yaptırımını kullanmayan bir toplumsal yapının mevcut bulunmayışı, cezanın gereksizliği savının haksızlığını kanıtlamaya yeterlidir⁸⁴. İnsanları

⁸⁰ TOROSLU, s.373.

⁸¹ TOROSLU, s.373.

⁸² TOROSLU, Ceza Müeyyidesi, s.21. Yazarın belirttiği üzere, cezaya karşı görüşler aslında insanın iç dünyasından kaynaklanmaktadır. Ağır bir mahkumiyet kararından sonra duruşma salonundaki izleyicilerin sessiz ve yavaş yavaş uzaklaşması, insan iç dünyasının cezanın oluşturduğu tedirginliğe verdiği tepkidir.

⁸³ Hakimlerin takdir hak ve yetkisinin büyük ölçüde geliştirilerek ceza kanunlarının özel kısımlarının kaldırılması ve bu suretle hakimlerin birer sosyal doktorlar sıfatıyla suçluları serbestçe tedavi edebilecekleri savı da bir ütopyadan öteye gitmemiştir. Bkz. BEKRİ, Nedim M., “Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri ile Uluslararası Ceza Hukuku Uygulamalarındaki Durumu”, (<http://www.yayin.adalet.gov.tr.erişim> tarihi 26.05.2012).

⁸⁴ 16. Yüzyılda ticaret, sanayi ve ekonomi konularında Avrupa’nın en ileri devleti haline gelmiş olan Hollanda’nın, servet ve gücünün hatırı sayılır bölümünü ceza konusundaki harcamalara ayırmış olması,-bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s.651, dpn.11- cezanın ileri toplumların refah dönemlerinde bile vazgeçilemez olduğunu göstermektedir.

suç işlemekten geri kılan tek aracın ceza olmadığında tereddüt yoktur, fakat ceza olmadan toplumsal düzenlerin yürütülemeyeceği de kuşkudan uzak görülmelidir. Cezanın en önemli amaçlarından bir tanesi kişiyi ve toplumu suç işlemekten caydırmaktır⁸⁵. Suç işlediğinde cezayla karşılaşan birey bir daha suç işlemekten çekineceği gibi, suç işleyen cezalandırıldığını gören ve öğrenen toplumun diğer üyeleri de, suç işlemekten çekinecektir⁸⁶. Sadece caydırıcılık üzerine kurulmuş ceza adaleti sistemlerinin suçu önlemede yeterli başarıyı elde edemedikleri kriminolojik araştırmaların ortaya koyduğu bir realitedir⁸⁷. Cornwell ve Trumbull'ın yaptığı araştırmalar sırf caydırıcılık üzerine kurulu ceza adaleti sistemlerinin caydırma özelliğinin geçmişe oranla azaldığını göstermektedir⁸⁸. Islah, iyileştirme ve günümüze uygun adli stratejiler geliştirilmeden, yalnızca cezanın caydırıcılık özelliğini kullanmak suretiyle suç ve suç korkusunun önlenmesine olanak bulunmamaktadır. Ancak bu durum ceza ve onun caydırıcılığından vazgeçilebileceği anlamını doğurmamakta, aksine güncel adalet politikalarının cezanın caydırıcılığı ile birlikte değerlendirilmesi gerekliliğini ortaya çıkartmaktadır. Sarı ve Önkıl'ın haklı ifadesiyle, çağımızda cezaların suçların yenilenmesi, doğruymuş gibi benimsenmesi, geliştirilmesi ve sürdürülmesi noktalarını kırabilecek orijinallikte ve işlevsel olarak da ıslaha yol açacak nitelikte olması gerekmektedir. Caydırıcılık günümüzde de, ceza adaletinin vazgeçilmez bir parçasıdır ve düşüncemizce ileride de böyle olmalıdır. Caydırmayan cezanın, gerçekte ceza sayılması kolay değildir⁸⁹. Özellikle toplumun suçun önlenmesi ve suç korkusunun giderilmesi dahil birçok konudaki düşüncesi, bu konulardaki olumsuzlukların cezaların caydırıcı olmamasından kaynaklandığı yönündedir⁹⁰. Toplumu oluşturan bireylerin düşüncesi suç korkusu konusunda

⁸⁵ KIZMAZ, “Cezaevinin, s.44 vd.

⁸⁶ Özel caydırıcılıkla kişinin adalet mekanizmaları tarafından yakalanması ve/veya sonrasında ceza alması sonucunda kendisinin daha sonra suç işlemekten vazgeçeceği, genel caydırıcılıkla suçlunun adalet mekanizmaları tarafından yakalanması ve ceza alması durumunda bunu görenlerin suç işlemekten vazgeçeceği öngörülmektedir. Bkz. ÖZCAN/DOLU/GÜL, s.4.

⁸⁷ Sadece cezanın caydırıcılığı üzerine kurulmuş ceza adaleti sistemleri, gücün yasallaştırılması ve hukuk kurallarının büyük bir gözaltı ve bireyleri bu güce göre yapılandırma araçları haline dönüşmesi sonucunu doğuracaktır. Bkz. KUTLU, s.88. Sırf cezanın caydırıcılığı temeline dayalı bir hukuk sistemi, Derrida ve Robert Cover'ın anlatımlarındaki hukukun şiddeti meşrulaştırması ile eş değer sonuçlar doğurur. Bkz. DOUZINAS, s.28-29.

⁸⁸ Bkz. AKKUŞ, “Suçun Ekonomik Modelleri”, (<http://www.econturk.org>, erişim tarihi 28.05.2012).

⁸⁹ Cezaların caydırıcılığının değeri konusunda bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 20.05.2010 tarihli 2009/51 Esas ve 2010/73 sayılı kararı, 27773 sayılı Resmi Gazete 02 Aralık 2010.

⁹⁰ TUZCU, “Kabahatler Kanunu Ve Uygulanması(Konya Örneği), (<http://www.caginpolisi>).

büyük değere sahiptir. Toplumun üyeleri cezaların ve cezalandırma faaliyetinin caydırıcı olmadığını düşündükleri sürece, cezalar gerçekte caydırıcı olsa bile suç korkusunun olumsuz etkileri giderilemeyecektir. Konuya ülkemizin penceresinden bakıldığında, tartışan kişilerden birinin diğerine “git mahkemeye ver” şeklindeki sıklıkla söyleyegeldiği, alaycı ve ceza adaletini umursamayan sözler, toplumu oluşturan bireylerin genelde cezaların caydırıcı olduğuna inanmadığını göstermeye yeterlidir.

Cezaların caydırıcı olmasının ilk koşulu kesinliktir. Becceria, “Suç ve Cezalar Hakkında” adını taşıyan kitabı insanlık ve ceza hukuku tarihinde bir miladı ifade etmektedir. Becceria’nın kitabında vurguladığı en önemli şey, cezaların kesinliğinin şiddetine tercih edilme gerekliliğidir. Yazara göre küçük bir cezanın kesinliği, infazı kesin olmayan büyük bir cezadan çok daha etkili ve caydırıcı sonuçlar doğuracaktır⁹¹. Becceria’nın bu tespiti ceza kavramına bakış açısını değiştirmiş, caydırıcılık bahsinde kesinliğe önem verilmesini sağlamıştır. Cezalarla ilgili yapılan birçok araştırma cezaların kesinliğinin caydırıcılığı sağladığı ve suç işlenmesini azalttığını ortaya koymaktadır. Tittle ve Rowe, Jensen ve Kenkel tarafından yapılan inceleme ve araştırmalar cezanın caydırıcılığı ve suçun azaltılması konularında kesinliğin büyük değeri bulunduğunu göstermiştir⁹². Kesinlik veya başka bir deyişle kaçınılmazlık, suç işleyen kişinin bunun cezasını mutlak surette görmesi, suç işleyen fiilin gerektirdiği cezadan kaçamaması anlamını içermektedir. Cezaların kesinliğinin, caydırıcılığın önemli bir yönünü oluşturduğu ve kesinliğin caydırıcılık bahsinde cezaların şiddetinden daha büyük değer taşıdığını araştırmalar göstermiştir⁹³. Cezaların kesinliği ve kaçınılmazlığı konusundaki toplumsal inanç ve güvenin tesis edilmemesi suç korkusunu arttırmaktadır. Toplum ve üyelerinin cezaların doğası, kesinliği gibi birçok konuda göreceli olarak bilgisiz veya hatalı bilgiye sahip oldukları bir gerçeklik olabilir⁹⁴. Bursa ilinde liseli gençlerden oluşan 500 kişiyle yapılan bir anket çalışması, uyuşturucu kullanma suçu nedeniyle yakalanan suçluların cezaevine girme ihtimalinin ne olduğu sorusu, 10’lu ölçekle 4,8 olarak cevaplanmıştır⁹⁵. Uyuşturucu kullanımında özellikle ilk kez işlenen suçlar açısından, denetimli

com.tr.erişim tarihi 28.05.2012).

⁹¹ Bkz. AKTAŞ, s.5.

⁹² Bkz. DOLU, s.99.

⁹³ KIZMAZ, Ceza,s.222.

⁹⁴ Bkz. KIZMAZ, Ceza, s.222.

⁹⁵ ÖZCAN/DOLU/GÜL, s.11.

serbestlik uygulamasının cezaevine girme olasılığını ciddi oranda azalttığı gerçeğinin ankete katılanlar tarafından göze alınmamış olduğu, bildirilen oranın yüksekliğinden açıkça anlaşılmaktadır. Bireylerin cezalarla ilgili edindikleri, bilginin her zaman doğru olması beklenmese de, bu konudaki düşüncelerinin suç korkusunu etkilediği kuşkusuzdur. Bu nedenle bireylerde cezanın kesinliği ve kaçınılmazlığı konusundaki güven geliştirmek suç korkusuyla mücadelede önem taşımaktadır. Ülkemiz açısından yapılan araştırmalar bireylerin ceza yasalarının herkese eşit uygulanmadığı, suç işleyenlerin henüz mağdurların ifade işlemlerinin tamamlanmadan salıverildiği, iyi hal, şartla tahliye, pişmanlık ve af uygulamalarının genelleştiği düşünceleriyle bireylerin cezaların kesinliği konusunda yeterli düzeyde güven geliştiremediklerini göstermektedir⁹⁶. Tutuklamanın bir tedbir olduğu ve ceza niteliği taşımadığı, günümüzde açıklanmasına bile gerek bulunmayan bir hukuksal gerçekliğin ifadesidir⁹⁷. Tutuklamayı ceza olarak gören eski anlayışın değerini yitirdiği, günümüzde bu anlayışın terk edildiği belirtilse de⁹⁸, hukukla bir şekilde ilgilenenler dışında toplum üyelerinin çoğu tutuklamayı halen cezanın bir parçası olarak görmektedir⁹⁹. Toplumun genelindeki bu düşüncenin hukuksal açıdan haklı olmadığını açıklamaya gerek yoktur. Ancak, toplum üyelerinin iç dünyasında tutuklanması gerektiği değerlendirilen şüphelilerin tutuklanmamasının suç korkusunu arttıran etkiler doğurduğu da sosyal ve psikolojik bir gerçeklik olarak ortaya çıkmaktadır¹⁰⁰.

Cezaların caydırıcı olmasının ikinci koşulu hızlılıktır. Hızlılık, suç işleyenin gecikmeksizin tespiti, hızlı biçimde yargı önüne çıkartılması, cezalandırılması ve cezanın çektirilmesini ifade etmektedir. Suçlu, eşyanın doğası icabı adalet mekanizmalarının en az bir adım önündedir. Suçlunun fiili işlerken uyması gerekli kurallar yoktur, oysa doğal ve zorunlu olarak suç işleyen adalet mekanizmaları önüne çıkartılması, yargılanması ve cezalandırılmasıyla, cezasının infazı belli kurallar içerisinde gerçekleşir. Ayrıca, acele edilmesi yanlışlara neden olabilir, oysa adli hizmet yanlışlığı

⁹⁶ SANCAR/AYDIN, s.23 vd, DOLU/BÜKER/ULUDAĞ, s.81.

⁹⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. FEYZİOĞLU/OKUYUCU ERGÜN, s.38.

⁹⁸ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s.751.

⁹⁹ TAŞKIN, s.315.

¹⁰⁰ Sancar ve Aydın tarafından yapılan araştırmalar, suçlu olduğu düşünülen kişilerin salıverilmesi, diğer deyişle tutuklanmamasının bireyler tarafından olumlu algılar doğurmadığını göstermektedir. Bkz. SANCAR/AYDIN, s. 23 vd. “İki kez ev bastı serbest bırakıldı...Sonunda öldürdü” şeklindeki haberler toplumu oluşturan bireylerin tutuklamaya bakış açısını ortaya koymaktadır. Bkz. YÜCEL, Yeni, s.303.

kaldırmaz. Bu nedenle adalet mekanizmalarının suçun işlenişi kadar hızlı olması beklenemez ve düşüncemizce buna gerek de yoktur. Önemli olan cezalandırmanın toplum vicdanının rahatlatılacak hızlılıkta yapılabilmesidir. Geciken adaletin adalet olmadığı söylemi doğrudur. Gecikme toplum vicdanın rahatsız etmekte, hatta yaralamakta, suç işleyenlere cesaret vermekte, suç korkusu doğurmaktadır. Bıçak, *“Yaşanan adalet yetmezliğinin sebeplerinden biriside ceza yargılamasının yavaş işlemesidir... Ceza adaleti mekanizmasının geç işlemesi ceza adaleti yönetiminin kalitesi ve etkinliği açısından son derece olumsuzdur. Cezanın yararlı olabilmesi, suç eyleminin gerçekleşmesinden kısa bir süre sonra uygulanmasına bağlıdır. Zamanın delilleri yıpratmasına da geç işleyen ceza adaleti zemin hazırlar. Medeni yargılamanın aksine, ceza yargılamasında delillerin önceden hazırlanması mümkün değildir. Dolayısıyla, delillerin zamanla silinmesi, örneğin tanıkların zamanla olayı unutmaları gibi, nedenlerden dolayı ceza adaletinin gerçekleşmesi en kısa sürede bitirilmelidir”* şeklindeki anlatımıyla bu gerçeğe vurgu yapmaktadır¹⁰¹. Günümüzde dünyanın her tarafında adaletin gecikmesiyle ilintili sorunlar bulunduğu söylenebilir. Ancak, ülkemiz açısından ceza yargılamasının olması gereken hızda yapıldığını ve cezanın hızlılığının sağlandığını söylemek güçtür¹⁰². Özellikle bu konuda toplum üyeleri arasında cezanın hızlılığına dair bir inanç ve güven oluşmamış olduğu kolaylıkla görülebilir¹⁰³.

Cezaların caydırıcı olmasının önemli bir koşulu da orantılılıktır. Bir yaptırım olarak ceza suçla orantılı bir ağırlığa sahip olmalıdır. Gördüğü ceza suçluya yanlış yaptığını hissettirmelidir. Ceza normu yapılırken, cezanın normun koruduğu ve suç oluşturan fiilin ihlal ettiği menfaatle orantılı

¹⁰¹ BIÇAK, “Ceza Adaleti Yönetiminde Kalite ve Etkinlik”, (<http://www.kriminoloji.com.erişim tarihi 09.06.2012>).

¹⁰² Yücel, Cezaların ve yargılamanın hızlılığı konusunda ölçünün “*saatin çalışması*” esasına uygun belirlenmesi gerektiği düşüncesindedir. Yazara göre saatin yavaşlamasını ya da olduğundan fazla hızlanmasını sağlamak, hataya neden olacaktır. Bkz. YÜCEL, Hukuk, s.24. Bu ölçü, cezaların hızlılığı açısından yeterli olabilir mi? Bunu bilemiyoruz, ancak, bireyler arasında “saat gibi çalışıyor” sözü, arzu edilen ve beğenilen bir tempoyu ifade etmektedir. Bu nedenle saat gibi çalışan bir yargı sisteminin bireylerin beklentilerine cevap verebileceği düşüncesindeyiz.

¹⁰³ Turgut Kazan, toplumun cezanın hızlılığı dahil, adalet sisteminin yavaş işleyişine toplum ve bireylerin bakış açısını “Ülkemizde büyük bir adalet yetmezliği yaşanıyor...Sağlam bir hukuk düzeninde, haklı haksıza dönüp “seni mahkemeye vereceğim” der. Bu cümle birçok uyuşmazlığı çözebilir. Ama bizde, genellikle haksız olan, ‘ne bağıryorsun bel!’ diye başlayıp “Mahkemeye ver” sözü ile bitirir” cümleleriyle ortaya koymaktadır. BIÇAK, “Ceza Adaleti Yönetiminde Kalite ve Etkinlik” isimli yazısından naklen, (<http://www.kriminoloji.com.erişim tarihi 09.06.2012>)

belirlenmesi, ağırlaştırıcı ve hafifletici sebeplerin doğru saptanması ve uygulamada yerinde kullanılması gerekmektedir. Cezanın orantılılığı ilkesine aykırı ya da uyumlu olmayan cezalar caydırıcı niteliğini kaybetmekte, bu durum suç korkusunda artışa neden olabilmektedir. Suç işleyene yeterince ceza verilmediği düşüncesi başlı başına suç korkusu doğurmaktadır¹⁰⁴. Bireylerin bakış açısı ülkemizde cezaların genelde orantılı ve bu anlamda caydırıcı olmadıkları yolundadır. Bu konudaki bir yorum, toplumun cezaların orantılılığı konusuna bakış açısını şöyle dile getirmektedir: “...maalesef, özellikle de ceza kanunlarımızda cezalar hiç de caydırıcı değil... Adam öldürüyor, trafikte katliam gibi kaza yapıyor, karısını, yakınını kesip biçiyor, cadde ve sokaklarda terör estiriyor, etrafa ağır hasar veriyor ama aldığı ceza göstermelik...”¹⁰⁵. Konuyla ilgili başka bir yorumsa şu şekildedir: “...Başka ülkelerdeki cezaları bilmiyorum. Ama ülkemizde cezaların ağır olduğu düşüncenize katılamıyorum. Sizin de belirttiğiniz gibi, “infaz rejimine ilişkin sorun”lar ve bunun dışında yavaş işleyen yargı süreci, temyizde dosyaların 2-3 yıl beklemesi, zamanaşımı, sık sık çıkan aflar ve yasa değişiklikleri, hatta Anayasa’ya göre gerekçesi yazılmadan açıklanamayacak olup da Anayasa Mahkemesi’nce açıklanan Anayasa Mahkemesi kararları.... vardır. Yasada yazan ceza ağır olsa da pratikte işlenen birçok suç cezasız kalıyor ya da suçu işleyen çok hafif bir ceza ile kurtuluyor. Bunu hepimiz biliyoruz...”¹⁰⁶. Bu bakış açısının tamamıyla haklı olduğu söylenemez ve ceza adaleti sistemimizden çıkan cezaların orantısızlığı konusunda bir genelleme yapmaya olanak yoktur. Cezanın orantılı tespit edildiği örnekler küçümsenmeyecek kadar çoktur. Bununla birlikte orantılılık ilkesine uygun belirlenmeyen cezalar, sayıları az da olsa, toplum vicdanında eser bırakmakta¹⁰⁷ ve bu uygulamaların genel olduğu yönünde yanlış inanışlar gelişmesine neden olmaktadır. Böylelikle

¹⁰⁴ TUZCU, “Kabahatler Kanunu Ve Uygulanması (Konya Örneği), (<http://www.caginpolisi.com.tr> erişim tarihi 28.05.2012).

¹⁰⁵ TEPEKÖY, “Cezalar Mutlaka Caydırıcı Olmalı”, (<http://www.flashaber.com.tr> erişim tarihi 10.06.2012).

¹⁰⁶ Av. Cengiz Aladağ tarafından 10.03.2008 tarihli yorum. (<http://www.turkhukuksitesi.com> erişim tarihi 10.06.2012).

¹⁰⁷ “...Gölü çevresinde uyuşturucu kaçakçılığı ile mücadelede ne kadarlık bir ranttan bahsediyorsak yaklaşık olarak inci kefalı kaçak avcılığında da benzer rakamlar söz konusu. Ancak bu cezalar yeterli değil. Çünkü 5 kilo balık avlamış adama rast geldik 778 TL para cezası uyguladık. Bir kamyonu 20 ton inci kefalı yüklenmiş rast geldik buna da 778 TL idare para cezası uyguladık. Bu ceza orantılı bir ceza değil. Bu cezaların caydırıcı olması lazım. Örneğin 2 kilo balık ile yakalanan bir insana uyguladığımız cezayı bir kamyonu uygulamakla o kamyoncu-yu caydırabilir miyiz?...” sözleriyle basına yansıyan eleştiri cezaların orantılılığı ilkesine uygun davranmamanın toplumun vicdanında bıraktığı olumsuz etkiye güzel bir örnek sunmaktadır. “Jandarmadan Balık Nöbeti” başlıklı haber, Sabah Gazetesi 01 Haziran 2011.

suç korkusu da tetiklenmektedir. Cezanın işlenen fille orantılı belirlenmesi toplumun suç korkusu dahil birçok tehlikeden korunması konusunda büyük değer taşımaktadır. Lefkoşa İstinaf Mahkemesi 05.01.1982 tarihli Dava No:1170/81 sayılı kararında cezanın orantılılığı ve toplumun tehlikelerden korunması ilişkisini şu gerekçeyle ortaya koymaktadır: “...cezanın caydırıcı, başkalarına ibret verici ve suçun vehameti ile orantılı olması gerekmektedir... Sanığın işlediği suçun Ceza Yasamızın öngördüğü suçlardan en ağırlarından birisi olduğuna kuşku yoktur. O kadar ki yasa koyucu bu suçu işleyenin yaşam boyu hapis cezasına müstahak olabileceğini öngörmüştür. İtiraf etmeliyiz ki bu denli gaddarca işlenen bir cinayet henüz Kıbrıs Mahkemelerinde görülmüş değildir. Herhangi bir şekilde hiçbir suçu olmayan maktûlü tesirsiz hale getirip onun el ve ayaklarını bağladıktan sonra caniane hislerine hakim olamayıp sanığın maktûl üzerinde nakış işler gibi 50 bıçak darbesi işlemesi, mantığın, aklın ve insafın hiçbir şekilde kabul edemeyeceği bir vahşet örneğidir. Bu tür eyleme tevessül eden sanığa insan demek insanlığa hakaret etmek olur. Hayvanların dahi hemcinsleri üzerinde bu kadar gaddar bir şekilde ölüm icra ettikleri belki de görülmemiştir. Akıl ve mantığın kabul edemeyeceği bu suçu bu tarzda işleyen kişiye verilecek cezanın sadece ibretimiz ve caydırıcı olması kâfi değildir. Ona verilecek cezanın toplumu ondan korumaya yönelik olması gerekir. Sanığın toplum için ciddi bir tehlike teşkil ettiğine kuşku yoktur. Toplumu bu tehlikeden korumak mahkemelerin önde gelen vazifelerinden biridir...”¹⁰⁸.

2) Değerlendirmeler ve Öneriler

Cezaların caydırıcı etkisi, suç işleyenler ve işleyecek olanlar üzerinde bir korku oluşturmakta¹⁰⁹, bu korku suç korkusunu dengelemektedir. Suçla bozulan toplum düzenini eski hale getirmeyi amaçlayan ceza ve onun caydırıcılık etkisiyle suç korkusunun giderilmesi ve dengelenmesi arasında vazgeçilmez bir ilişki bulunmaktadır. Cezanın caydırıcı nitelik taşıyabilmesi kesinliği, hızlılığı ve orantılılığı ile mümkün olmaktadır. Cezaların kesinliğinin sağlanabilmesi öncelikle kanunların herkese eşit uygulandığı inancının yerleştirilmesiyle mümkün olacaktır. Doğruluğu tartışılabilir olmakla birlikte, halk arasında ceza yargılaması söz konusu olduğunda güçlünün eninde sonunda haklı çıkacağı yolunda bir inanış bulunduğu görülmektedir. Bu konudaki çalışma ve araştırmalar katılımcıların “garibanlar hep yenik

¹⁰⁸ (<http://www.mahkemeler.net>.erişim tarihi 10.06.2012).

¹⁰⁹ Bkz. TÜFEKÇİ, s.4.

düşüyor” şeklinde beyanlarda bulunduklarını belirtmektedir¹¹⁰. Bu algının giderilebilmesi mağdurun gerçek anlamda korunabilmesiyle mümkündür. Ceza adaleti sistemimizde normatif açıdan mağdurun korunmasıyla ilgili önemli düzenlemeler yapılmış olmakla birlikte, halen kolluk ve adalet birimleri içerisinde mağdur koruma bürolarının kurulmamış olması suçtan etkilenen kişinin kendisini yalnızlık duygusu içerisinde hissetmesine ve suç korkusu duymasına neden olmaktadır. Mağduru korumanın, ceza muhakemesi sürecine katılımının kolaylaştırılması ve kendisine avukat atanması uygulamalarından ibaret olmadığı göz önünde tutulmalıdır. Suçtan etkilenene psikolojik ve mali destek oluşturacak, ceza muhakemesinin tarafsızlığını ihlal etmeyecek şekilde muhakeme sürecinde layıkıyla yer almasını sağlayacak alt yapı kurulmalıdır. Yapılan araştırmalar aile içi şiddet mağdurlarının sayısının terör mağdurlarının sayısından katlarca fazla olduğunu gösterirken¹¹¹, hemen tüm kolluk birimlerinde ayrı ve özel yetiştirilmiş terör birimleri varken, neredeyse hiçbir kolluk biriminde ayrı bir aile koruma ya da aile içi şiddetin önlenmesi bürosu bulunmamaktadır. Durum böyleyken suçun mağdurunun, doğru olduğu kabul edilmese bile, kuvvetlinin her zaman haklı çıkacağı yolundaki düşüncesi değiştirilemez. Ceza muhakemesinin günümüze kadar geçirdiği gelişim, şüpheli ve sanık haklarını ciddi şekilde koruma altına almıştır. Bu eleştirilecek bir durum olmayıp, tecrübelerin getirdiği bir birikim sürecinin ürünü olarak değerlendirilmelidir. Şüpheli ve sanık haklarının daha ileri götürülmesi de gerekebilir, ancak bu yapılırken mağdur hakları unutulmamalı ve toplum vicdanındaki hassas dengeler göz ardı edilmemelidir. Yasal düzenlemeler ve oluşturulacak alt yapıyla mağdurların kendilerini suç işleyenlere göre zayıf görmeleri ve güçlünün yargılama sürecinden nihayetinde haklı olarak ayrılacağı inancı toplum vicdanından silinmelidir. Aksi halde suç korkusu büyümeye devam edecektir.

Faili meçhul yani işleyeni bulunamayan suçlar açısından ülke genelinde konuyu takip edecek bir ortak birim oluşturulması, bu suçlarla ilgili tüm bilgi ve verilerin bu birime ulaştırılarak benzer olayların karşılaştırılabilmesi ve faili meçhul kalan suçların faillerine olabildiğince ulaşılabilecek yöntemlerin geliştirilmesi suç korkusunun önüne geçilmesi açısından değer taşımaktadır. İşleyeni belirlenemeyen her suç, suç korkusunda artış demektir. Faili

¹¹⁰ DOLU/BÜKER/ULUDAĞ, s.81.

¹¹¹ Türkiye Adalet Akademisi tarafından 7-8 Haziran 2012 tarihinde İstanbul'da düzenlenen İnsan Hakları Standartlarının Etkili Uygulanması Bağlamında Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Uluslararası Sempozyumu bünyesine yapılan açıklamalar. Ayrıntılı bilgi için bkz. (<http://www.taa.gov.tr> erişim tarihi 10.06.2012).

belirlenemese de suçun takibine devam edilmelidir. Faili belirlenemese de o suçun takibine devam edilmesi bireyleri kısmen rahatlatacaktır.

Bu başlık altında tutuklama konusuna da değinilmelidir. Haklılığı kabul edilmese de, toplumun tutuklamayı cezanın bir parçası olarak gördüğünü belirtmiştik. Tutuklama bir tedbirdir ve hiçbir düşünce tutuklamanın ceza muhakemesi amaçları dışında kullanılmasını haklı kılamaz. Sırf suç korkusunu kaldırmaya veya azaltmaya yönelik biçimde tutuklamalar yapılması kabul edilemez. Ancak tutuklama tedbirinin ceza muhakemesi amaçları içerisinde kullanımı, eşitlik ilkesine dikkat edilerek gerçekleştirilmelidir. Aynı sokağın farklı evlerinden benzer hırsızlık eylemleri gerçekleştiren şüphelinin, farklı mahkemelerin biri tarafından tutuklanırken, diğeri tarafından salıverilmesinin toplum vicdanı üzerindeki olumsuz etkileri suç korkusunda artışa neden olmakta ve bu tür uygulamalar kolluk birimleri tarafından dahi anlamlandırılmamaktadır.

Erteleme, hükmün açıklamasının geri bırakılması, af yetkilerinin doğru ve adil biçimde kullanılmaması cezaların kesinliği konusundaki toplumsal güven ve inancı derinden sarsabilmektedir. *“Kalemler kırılıyor; cezalar veriliyor ancak her yıl çıkan aflar yüzünden kesilen cezalar çoğu zaman infaz edilemiyor. Kimi zaman kader mahkumları, kimi zamansa öğrenciler mağdur olduklarını öne sürüyor. Onlar ‘afedersiniz’, devlet ‘affettim’ diyor ve sonunda mutlaka bir af çıkıyor. Olan yasalara uyanlara, vatandaş olmanın gereklerini yerine getirenlere oluyor”* şeklindeki açıklamalar vatandaşların bu konudaki düşünce ve değerlendirmelerini çok açık biçimde göstermektedir¹¹². Erteleme, denetimli serbestlik, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, şartla tahliye ve af gibi kurumların yargının iş yükünün azaltılması ve infaz kurumlarının rahatlatılması amacıyla kullanılmaması, yerinde ve haklı uygulamalar şeklinde ortaya konulması cezaların kesinliği açısından büyük önem taşımaktadır.

Cezaların kesinliği konusunda üzerinde önemle durulması gereken bir husus, ceza kanunlarının anlaşılabilirliğidir. Ceza kanunlarının sadece hukukçular tarafından değil, toplumun bütün üyeleri tarafından anlaşılacak biçimde kaleme alınmalıdır. Toplumun belli kesimleri tarafından anlaşılabilen, fakat toplumun geneli tarafından anlaşılıp algılanamayan ceza normları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Cezaların eşit uygulanmadığı düşüncesi, cezaların kesinliği ilkesinin varlığını tek başına tehlikeye düşürebilecek bir durumdur. Ayrıca ceza normları diğer kurallar gibi toplum yaşantısının

¹¹² DOLU/BÜKER/ULUDAĞ, s.84.

temellerini oluşturmakta, bunlara duyulan saygı toplum düzenine saygıyla özdeşleşmekte, bu saygının tesisi ve devamı kanunların anlaşılabilir olmasıyla mümkün kılınabilmektedir¹¹³. Yargı sisteminin hızlı, nitelikli ve adil bir işleyiş kazanması ve bireylerde suç işleyen cezasız kalmayacağı inancının oluşturulabilmesi, ceza yasalarının anlaşılabilir olmasıyla orantılıdır. Hukuk uzmanlarının bile anlamakta ve yorumlamakta sıkıntı çektikleri ceza normları, cezaların kesinliği ilkesine zarar verecek ve suç korkusunda artış sonucu doğuracaktır. Son zamanlarda yapılan ceza normlarının dili eskiye göre daha sade olmakla birlikte, ceza normlarının hitap ettikleri toplum üyelerinin anlayabileceği tarzda yapıldığını söylemek güçtür. Bu konuda çalışmalar yapılarak ceza normlarının anlaşılabilir hale getirilmesi, cezaların kesinliği konusundaki inancı pekiştirerek suç korkusunun azaltacaktır. Hukukun kesinliğine inanmak insan yaşamının devamı için bir vazgeçilmezliği ifade eder. *“Frank’e göre, insanların hukukun kesinliğine inanmalarının temelini, çocukluktan gelen inançlarda aramak gerekir. Doğumdan hemen sonraki dönemde çocuk, az ve basit derecedeki ihtiyaçlarının anne ve babası tarafından kolaylıkla yerine getirildiğini görür. İlk yıllarda, her türlü sorusunun cevabı vardır, her şey düzen içerisinde. Ancak büyüdükçe, hayatın gerçekte karmaşık ve zor olaylardan oluştuğunu ve esasında güçsüz bir yaratık olduğunu anlar. Bu zayıflık ve zayıflığının farkına varmasından sonraki korku döneminde çocuk, anne ve babasının korumasına sığınır ve onların kendisini koruyacağına çok kuvvetli bir şekilde inanır. Baba, çocuk için, kesinlik, güven ve yanılmazlık anlamlarına gelmektedir. Ancak zamanla, çocuk, babasının da başa çıkamayacağı olayların bulunduğunu anlar. Çocuğun bu olayları kesinlikle kontrol edecek ve halledecek birisinin varlığına duyduğu inanç, onu yeni kudretli kişiler arama yöneltir. Böylece, babasının yerine rahip, öğretmen vs. gibi kişileri koyar. Yaş ne kadar büyürse büyüsün, kişideki bu otorite arayışı kaybolmamakta, ancak kişilere duyulan inanç yerine soyut kavramlar ve kurumlar konmaktadır. En son noktada, baba yerine artık hukuk koyulur. Çocuk için baba nasıl yanılmaz, kudretli ise, hukuk da aynı özelliklere sahiptir. Frank’e göre, insanların hukuka duydukları güvenin ve hukuktan kesin kararlar beklemelerinin nedeni budur.”*¹¹⁴ Frank’in bu savının değerlendirilmesi konumuzun kapsamı dışında kalmaktadır, ancak bu savın kişilerin hukuka güven duymalarıyla hukuksal kesinliğin bağlantısını göstermesi açısından büyük değer taşıdığı düşüncesindeyiz. Hukuk düzeni

¹¹³MERDANOĞLU, s.25.

¹¹⁴UZUN, “Amerikan Hukuki Realizmi”, (<http://erugrulu.home.anadolu.edu.tr> erişim tarihi 16.06.2012).

ceza hukukundan bağlantısız düşünülemez, bu anlamda hukuksal kesinlik cezaların kesinliğiyle de ilintilidir. Toplumun üyeleri cezaların kesinliği konusunda genel bir inanç taşımadıkça güven duygusu geliştiremeyecek ve cezaların kesinliği ilkesi uygulamaya geçirilmeden suç korkusunun azaltılması mümkün olmayacaktır.

Cezaların caydırıcılığının sağlanabilmesi için gerekli bir başka koşul cezaların hızlılığıdır. Ceza adaletinin makul süre içerisinde gerçekleşmemesi günümüzde neredeyse tüm toplumsal yapıların ortak sorunlarından birini oluşturmaktadır¹¹⁵. Ülkemiz açısından cezaların hızlılığı konusunda genel bir güven ve inanın bulunduğu söylersek, bu söyleme katılanların sayısının fazla olmayacağını tahmin etmek güç değildir. Cezaların hızlılığı ilkesi ülkemiz açısından da yaşama gerçek anlamıyla geçirilememiştir. Cezaların hızlılığının sağlanabilmesi her noktasında hızlı ve iyi işleyen bir ceza mekanizması kurulmasıyla ilgilidir. Bunu kısa süre içerisinde yapmanın kolay olmadığı belirtilmelidir. Bununla birlikte cezaların hızlılığını sağlayacak bazı çarelerin kolaylıkla hayata geçirilebilmesi mümkün bulunmaktadır. Bunlardan biri onarıcı adaletin parçası olan uzlaşma kurumuna işlerlik kazandırılmasıdır. Ceza hukuk sistemimize girdiği günden beri uzlaşma kurumu işlerlik kazanmamıştır. Düşüncemizce bunun en önemli nedeni uzlaşmanın neredeyse tamamen şikayete bağlı suçlar açısından düzenlenmiş olmasıdır. Şikayet uzlaşmayla özdeş kurumlar olmamakla birlikte, şikayetti geri alma hakkı uzlaşmanın onarıcı etkilerini doğurabilmekte, bireyler bu yetkilerini kullanarak benzer sonuçlara ulaşabildiklerinden, uzlaşma yolunu tercih etmemektedir. Uzlaşma kurumunun arzu edilen sonuçları doğurması ve etkinlik kazanması için şikayete bağlı olmayan suçlar açısından da geniş uygulanabilecek biçimde düzenlenmesi gereklidir. Bu düzenlemeyle beraber adliye birimleri içinde kolluk ve diğer kurumlarla işbirliği içinde çalışacak etkin uzlaşma bürolarının kurulması ve hızlı sonuçlar alacak biçimde işlev görmesi onarıcı adaletin sağlanmasını mümkün kılacak ve cezaların hızlılığı ilkesinin hayata geçirilmesine büyük katkı sağlanabilecektir. Ceza kararnamesi kurumunun sakıncaları giderilerek yeniden hayata geçirilmesi cezaların hızlılığının temini için düşüncemizce faydalı olacaktır. Ceza kararnamesine karşı yöneltilen eleştirilerin değerlendirmesini yapmak bu çalışmanın boyutlarının aşacaktır. Ancak, bu eleştirilerden yararlanılarak ceza kararnamesinin yeniden düzenlenmesi, özellikle cezası az olan bazı suçlar açısından hızlılığı

¹¹⁵ HACIOĞLU, “Türk Ceza Adalet Sisteminin İşleyişindeki Etkinlik Konulu Araştırma Raporu Üzerine Bir Değerlendirme”, (<http://hukuk.erzincan.edu.tr/erişim> tarihi 16.06.2012).

sağlayacaktır. Yine belirli koşullarda dava açılmasının önüne geçen önödeme kurumunun etkin işleyişinin sağlanması, görüşümüzce cezaların hızlılığı ilkesinin gerçekleştirilebilmesi konusunda önemli katkı oluşturacaktır. Zamanaşımına uğrayan soruşturma ve davaların sayısının çokluğunun cezanın hızlılığı ilkesini zedeleyeceği hususu izahtan varestedir. Canpolat, ülkemizde Yargıtay'a gelen dosyaların %20'sinin zamanaşımına uğradığını¹¹⁶, Dolu, ülkemizde her yıl 500000'e yakın dava dosyasının zamanaşımına uğradığını belirtmektedir¹¹⁷. Soruşturma ve kovuşturmalarda bu sayılarda zamanaşımına uğradığı bir ortamda bireylerin cezanın hızlılığı ilkesinin hayata geçirildiği yolunda bir güven geliştirmeleri beklenemez. Etkin ve hızlı işleyen bir adalet mekanizması kurulması suretiyle zamanaşımına uğrayan dosya sayısı asgariye indirilmelidir. Aksi halde suç korkusu azaltılamaz.

Cezaların caydırıcı olmasının bir başka koşulu ise orantılılıktır. Cezaların şiddetliliği olarak da isimlendirilen orantılılık, suçun kötülüğü ile cezanın şiddeti arasında bir denklik bulunması anlamına gelmektedir¹¹⁸. Suçun ihlal ettiği menfaat ile suça öngörülen ceza arasında bir denge, orantı olmalıdır ki, suç işleyecek olanlar bu menfaatleri ihlal etmekten vazgeçsinler¹¹⁹. Suç ve ceza arasında orantılılık bulunmaması halinde ceza sistemi adalet ve toplumsal fayda işlevini yerine getiremeyecektir¹²⁰. Cezanın orantılılığı ilkesinin gerçekleşebilmesi için yasa koyucuların ceza normlarını oluştururken suç olarak düzenlenen fiilin ihlal ettiği menfaat ve haksızlık derecesiyle, cezanın miktarı arasındaki dengeye azami ölçüde dikkat etmeleri gerekmektedir. Suç hukuka aykırı bir fiili ifade eder, elbette her hukuka aykırı fiil suç değildir, ancak her suç bir hukuka aykırılıktır. Ceza hukuk genel teorisi açısından konuya bakıldığında, önceleri tipikliğin ihlaliyle yani ceza normunda öngörülen suç kalıbına uygun fiilin işlenmesiyle hukuka aykırılığın doğduğu kabul eden düşüncelerin varlığı göze çarpmaktadır. Bu düşünceye göre, hukuka aykırılığın bir içeriği olduğunu savunmak çelişkidir. Fiil hukuk kuralıyla, ceza hukuku açısından bakıldığında, ceza normuyla çatıştığı anda, diğer deyişle fiil, tipikliği ihlal ettiği anda hukuka aykırılık doğacaktır¹²¹. Bu

¹¹⁶ (<http://www.selahattincanbolat.av.tr.erişim tarihi 17.06.2012>).

¹¹⁷ DOLU, s.93.

¹¹⁸ USAMI, s.443.

¹¹⁹ USAMI, s.445.

¹²⁰ Bkz. USAMI, s.445 vd.

¹²¹ Bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s.12. Türk Ceza Hukuku doktrininde Nurullah Kunter, hukuka aykırılığın içeriğinin bulunmadığı ve ancak biçimsel yani şekli açıdan ele alınabilecek bir konu olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. KUNTER, s.137 vd.

görüŖe göre, komŖusunun bahçesinden sarkan ağaçtan, izinsiz tek bir meyve alan kiŖi, ceza normu açısından tipik olan eylemi gerçekleŖtirdiğinden hukuka aykırı hareket etmiŖ olacaktır. Oysa, bir fiilin kanunda belirlenen suç kalıbına uygun olması mutlaka hukuka aykırı olduğu sonucunu doğurmamaktadır. İŖlenen bu fiile ilişkin hukuka uygunluk nedenleri varsa, bu fiilin haksızlık teşkil ettiğinden ve hukuka aykırılığundan bahsedilemeyecektir¹²². Hukuka aykırılığa bu bakıŖ açısının bir formalizm olduğunu fark eden ceza hukuku genel teorisi, hukuka aykırılığın bir içeriğ-i, özü olması gerektiğ-i değerlendirmesine ulaŖmıŖ ve hukuka aykırılık ceza normunun koruduğu menfaatin ihlali, normun koruduğu varlık veya değerin zarar görmesi veya tehlikeye konulması olarak görölmeye baŖlanmıŖtır¹²³. Modern ceza hukuku teorisi olarak adlandırılan¹²⁴ ve günümüzde genel geçerliliğ-i kabul edilen yeni ceza hukuku genel teorisinde hukuka aykırılığın içeriğ-i davranıŖ normlarına aykırılık olarak kabul edilmektedir¹²⁵. DavranıŖ normları toplum içerisinde oluŖmuŖ ve pozitif hukuktan önce gelen davranıŖ kurallarıdır. Toplum bu davranıŖ kurallarına aykırı hareket edenleri kınamakta ve davranıŖ kuralları üzerinden bir kınama yargısı oluŖturmaktadır. Toplum üyeleri suç oluŖturan fiilin cezasının, o fiille orantılı olmasını arzu etmektedir. Suç fiili ile cezanın orantısızlığı toplum vicdanını rahatsız etmekte ve suç korkunu olumsuz yönde etkilemektedir. Bu nedenle yasa koyucuların ceza normlarını oluŖtururken ve cezayı belirlerken toplumda geçerli davranıŖ normlarını üst düzeyde dikkate almaları gerekmektedir. Bir ilimizde baklava çalan çocuklara verilen yüksek cezaların toplum içerisinde uzun yıllar konuŖulması ve yadırganması göz önünden çıkartılmaması gereken bir örnektir. Bu olayda hırsızlık suçuna ilişkin tüm artırım sebeplerinin varlığı, yüksek cezayı tartıŖılır olmaktan çıkartmamıŖtır. Toplum, mal varlığına karŖı iŖlenen bir suçun cezasının hangi sebeple olursa olsun, insan öldüren ya da öldürmeye teŖebbüs edenle eŖ değer veya daha yüksek cezalandırılmasını kabul etmez. Aynı biçimde,

¹²² Bkz. ÖZGENÇ, s.240-241.

¹²³ Bkz. TOROSLU, Ceza...Genel, s.101.

¹²⁴ Ceza hukuku genel teorisini klasik ve modern teoriler olarak ayıran her türlü yaklaŖım ve değerlendirmeye katılmıyoruz. Ceza hukuku teorisi tarihsel bir sürecin sonucunda günümüzdeki halini almıŖ, daha önceleri diğer hukuk dallarının yaptırımından ibaret sayılırken, bugün farklı bir hukuk dalı olarak kendisini kabul ettirmiŖtir. Bu geliŖimde tarihsel süreç içindeki tüm teori ve çalıŖmaların, hatalı ya da eksik sayılan çabaların büyük katkısı vardır. Ceza hukuku geçmişten gelen ve ileriye doğru giden yaŖayan bir devinin ve geliŖmenin adıdır. Bu devinin ve geliŖmenin içinde klasik ve modern ayrımının düşüncemizce haklı görölebilir yanı yoktur. Unutulmamalıdır ki, bu mantık bugün modern adı verilen teorinin de bir süre sonra eski veya klasik olarak isimlendirilmesine neden olabilir.

¹²⁵ ÖZGENÇ, s.236.

toplum hak edenin hak ettiğinden az cezalandırılmasına da hoş gözle bakmaz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 152. maddesine göre öğrenim gördüğü okulun camını taşla kıran öğrenciye öngörülen ceza 1 yıldan 6 yıla kadar hapis iken, aynı kişinin suç örgütü üyesi olmasına öngörülen ceza, aynı kanunun 220. maddesine göre 1 yıldan 3 yıla kadar hapidir. Okulun camının taşla kırılmasının cezasının, örgüt üyesi olma cezasına göre bariz ağırlığı, halen ceza normu yapma konusunda toplumsal davranış normları ve toplumsal değer yargılarının yeterince göze alınmadığını göstermektedir. Ceza normları yapılır ve özellikle ceza belirlenirken toplum içerisinde oluşmuş davranış normları ve toplumsal kınama yargısı nazara alınmalı, cezaların toplum vicdanını rahatlatacak orantılılıkta tespit edilmesine özen gösterilmelidir. Cezaların orantılılığı ilkesiyle doğrudan doğruya ilgisi olan bir konu da cezaların bireyselleştirilmesidir. Ceza verme bir sanattır ve bu sanatın ortaya konulmasının önemli yollarından biri cezanın bireyselleştirilmesi kurumudur. Cezaların çoğunlukla matbu gerekçeler kullanılarak alt sınırdan tespit edilmesi cezaların orantılılığı ilkesinin yaşama geçirilmesine engel oluşturmaktadır. Cezalar bireyselleştirilirken yerinde gerekçelerin kullanılması ve doğru sonuçlara ulaşılması toplum üyelerinin cezaların caydırıcılığına olan inançlarını güçlendirerek suç korkusunu azaltacaktır.

VI) SUÇ KORKUSU VE KÜÇÜK SUÇLAR

“...şu Hindistan’da karşılaştığınız türden bir ortam, bu tercih konusunda diretmenizi adamakıllı güçleştiriyor. Boyacı geliyor, ‘Ayakkabına kuş pislemiş, sileyim’ diyerek işe girişiyor. Ama bunun ‘imal edilmiş’ bir kuş pisliği olduğunu, boyacının asıl hünerinin bunu belirli bir mesafeden ayağınıza atıp yapıştırmak olduğunu artık ‘turist rehberi’ kitaplarında da okuyabiliyorsunuz. Bu da sonuçta bir ‘ayakkabı boyama’ ücretine mal olan bir hırsızlık biçimi. Yani öyle büyütecek, abartacak bir şey değil. Ama sorun böyle çalışan bir boyacıya kaptırdığınız üç kuruş değil tabii. ‘Ayakkabıya yapışan yapma kuş pisliği imalatı’ diye bir şeyin varolması.. bu, başlı başına bir olay. Bu ‘kuş pisliği’, ayakkabı boyacısı dediğimiz adamın ‘çalışma araçları’ arasında, fırçadan, bezden, şundan bundan daha gerekli bir nesne. Böyle bir etkinliği bu dereceye kadar ‘normalleştirme’ye başlamışsanız, bunun ‘moral-ideolojik atmosferi’ni de hazırlamış olursunuz. O zaman da, ‘insan aklının yaratıcılığı’ dediğimiz o müthiş potansiyelin yönünü buraya çevirirsiniz. Bunlar gerçekleştiğinde, yapılan sahtekârlıklar, bundan elde edilenler, ayakkabı boyama ücretiyle sınırlı kalmaz, her bakımdan büyür...

¹²⁶ . Küçük suçlar terimi bu çalışmada kriminolojik anlamda kullanılmakta olup, cezası az olan suçları ifade etmektedir. Tırnak içerisinde verdiğimiz ve Belge'nin anlatımından da anlaşılacağı üzere aslında önemli olan, fakat çok önemli görülmeyen fiillerdir, küçük suçlar. Philip Zimbardo isimli bir araştırmacı Kaliforniya'nın iki ayrı semtine iki ayrı otomobil park etmiştir. Zimbardo, otomobillerin birinin plakasını sökmüş, kaputunu açık bırakmış, diğerini ise eksiği ve kusuru olmaksızın park halinde bırakmıştır. Bir süre sonra araştırmacı, plakası sökülerek ve kaputu açılarak bırakılan otomobilin parçalarının çalındığını ve zarar verilmeye başlandığı görmüş, oysa nizami biçimde park edilen otomobile hiçbir şey olmadığını tespit etmiştir. Daha sonra araştırmacı diğer araca balyozla vurarak zarar vermiş ve bunu gören kişiler araca zarar vermeye başlamış ve araç kısa bir süre sonra tahrip olmuştur¹²⁷. Müdahale edilmeyen ve yaptırımla cevaplandırılmayan küçük suçlar büyük suçların doğuşunu hazırlamaktadır.

1993 yılı seçimlerinde Giuliani, New York kentinin belediye başkanlığı seçimini kazanmış ve 1997 yılındaki seçimi de kazanarak iki kez arka arkaya belediye başkanlığı yapmıştır. Özellikle bu dönemde kentte işlenen suç oranlarında dikkat çekici azalma görülmüş ve bu azalma araştırmacıların dikkatini çekmiştir. Araştırmalar, suç oranlarındaki azalışın, dönemin emniyet müdürü William Bratton ve onunla ortak çalışan “kırık camlar” teorisinin savunucusu George Kelling'in küçük suçlarla mücadeledeki başarılarına dayalı gerçekleştiği sonucuna ulaşmıştır¹²⁸. “Kırık Camlar” George Kelling ve James Q. Wilson tarafından birlikte teorize edilmiş bir yaklaşım olup, bu teoriye göre bir binanın kırılan camı hızla onarılmazsa, diğer camların kırılma olasılığı yükselecek ve diğer camlar da, birbirinin peşi sıra kırılacaktır. Bir yerleşim biriminde küçük suçlarla etkin mücadele edilmezse, bu durumdan suç işleme eğiliminde olanlar cesaret kazanacak önce küçük suçlar artacak, daha sonra küçük suçlar yerlerini ciddi suçlara bırakacaktır¹²⁹. Bu teori büyük suçların işlenmesinin önlenmesi ve suç korkusunun azaltılabilmesi için küçük suçların işlenmesinin önüne geçilmesi gerektiği tezine dayanmaktadır. “Giuliani “Suçlarla mücadeleyi nasıl başardın?” sorusuna son derece basit açıklamalar yapıyordu. “Önce küçük konulardan başladım. Terk edilmiş bile olsa, bir binada bir cam kırıldığında hemen tamir ettirdim. Bir binanın

¹²⁶ BELGE, “Küçük Suçlar”, Radikal Gazetesi 03 Eylül 2005.

¹²⁷ DOĞAN/SEVİNÇ, s.30.

¹²⁸ Bkz. DEMİR/ÇELİK/ÇETİN, s. 257 vd.

¹²⁹ DEMİR/ÇELİK/ÇETİN/ÖZKAN, s.256.

köşesine biri, bir torba çöp bıraksın, bir süre sonra, her geçen çöpünü oraya bırakır ve çok kısa bir sürede dağlar gibi çöp birikir. Ben ilk bırakılan çöp torbasını kaldırttım, cevabını verdi. Giuliani “bir sokağın suç bölgesine dönüşmesinin önce tek bir pencere camının kırılmasıyla başladığını” her röportajında uzun uzun anlatır. Eğer ilk kırık cama çevreden tepki gelmez ve cam hemen tamir edilmezse, oradan geçenler o bölgede düzeni sağlayan bir otorite olmadığını düşünürler, diğer camları da kırarlar. Daha kötüsü, bu sokakta daha büyük suçların da işlenebileceği algısı yerleşir. Ardından daha büyük suçlar gelir, bir süre sonra o sokak, polisin giremediği bir bölgeye dönüşür. Kötülük, hızla bulaşır!” açıklamasıyla Giuliani küçük suçlarla mücadelenin, toplumsal düzeni koruma ve suç korkusunu önlemedeki önemine vurgu yapmıştır¹³⁰. Küçük kötülüklerin bir ortamı hızla bozduğu gerçeği her ortam için geçerlidir. Masum gibi görünen bazı aksaklıklar, düzensizlikler, başboş davranışlar, içinden çıkılmaz, dağ gibi sorunlara dönüşebilir¹³¹. Bir ceza adaleti sisteminin küçük suçlarla mücadeleye gerekli önemi vermemesi, toplum üyelerinde sistemin sahipsiz olduğu düşüncesini oluşturacaktır. Sahipsizlik hissi ve düşüncesinin yasalara ileri derecede bağlı kişileri bile suç işlemeye itebilmektedir. Araştırmalar sahipsizlik duygu ve düşüncesinin kendilerini yasalara bağlı bireyler olarak tanımlayan kişilerin, kendilerinden beklenmeyen fiilleri işleyebildiklerini göstermektedir¹³². Prof. Dr. Yankı Yazgan’ın da belirttiği gibi, her kural ihlali, her kabahat toplumsal yaşantımızı kaos ve belirsizliğe sürüklemekte, küçük suçlara göz yummak büyüklerine zemin hazırlamaktadır¹³³. Bu nedenle suç korkusunu azaltmak isteyen ceza adaleti sistemlerinin küçük suçlarla mücadeleye önem vermeleri gerekmektedir. Konuya insan psikolojisi açısından yaklaşıldığında da aynı sonuç çıkacaktır. Büyük bir suç işlemeyi, örneğin adam öldürmeyi düşünen kişi, bu suçun cezasını ve sonuçlarını çoğu zaman göze almakta ve cezanın 20 yıl mı, yoksa 30 yıl mı? olduğunu önemsememektedir. Birinin ölümünün kendi elinden olmasına karar veren bireyin, sağduyusunu kaybettiği, merhameti bir kenara attığı ve vicdanı ile çoktan hesaplaştığı söylenebilir¹³⁴. Sağduyusunu kaybeden ve vicdanıyla hesaplaşmış kişinin cezayı düşünerek

¹³⁰ AKSOY, “Ayrıntılara Hakim Olan Başarıyı Yakalar”, (<http://www.kigem.com>.erişim tarihi 29.06.2012).

¹³¹ AKSOY, “Ayrıntılara Hakim Olan Başarıyı Yakalar”, (<http://www.kigem.com>.erişim tarihi 29.06.2012).

¹³² DOĞAN/SEVİNÇ, s.31.

¹³³ Yeniasır Gazetesi 30 Haziran 2012.

¹³⁴ ERGİN, “Suç ve Ceza”, (<http://indigodergisi.com>.erişim tarihi 30.06.2012).

eylemini gerçekleştirmekten cayması kolay değildir. Ancak alacağı küçük cezayı, sabıkalı olmanın vereceği huzursuzluğu düşünen bireyin işleyeceği küçük suç fiilinden cayması mümkün ve yüksel olasılıklıdır. Büyük suçlar, küçük suçlara oranla önlenmesi zor suçlardır, oysa küçük suçları basit tedbirlerle önlemek kolaydır¹³⁵. Ceza adaleti sistemleri açıdan konuya bakıldığında cezası az olan küçük suçlara karşı bir müsamaha ve önem vermeme durumu göze çarpmaktadır. Ceza adaleti sistemleri önlenmesi daha zor olan büyük suçlarla mücadele için daha fazla emek ve mesai harcamakta, küçük suçlarla mücadelenin değeri küçümsenmektedir. Örneğin, hemen tüm kolluk birimlerinde cinayet masaları bulunmakta, ancak küçük suçlarla mücadele birimleri oluşturulmamaktadır. Erem'in çok haklı olarak belirttiği üzere, adalet sistemlerinin büyük suçların verdiği tepki, bu suçların sayısı ile orantılanamayacak yükseklikte olmakta, küçük suçlar meselesi gözden ve dikkatten kaçırılmakta ve böylelikle bu suçlar yavaş yavaş, fark edilmeden artmakta, ülkelerin düzen, asayiş ve ekonomisi büyük zararlar görmektedir¹³⁶. Erem'in haklılığını anlamak için uyuşturucu satmak ve kullanmak ya da adam öldürmek ve yaralamak konusunda yapılan soruşturma evraklarını yüzeysel biçimde incelemek yeterli olacaktır. Cinayet suçunda bir kan lekesi inceleme altına alınırken, basit yaralama suçunda DNA incelemesi yapıldığına şahit olmak mümkün olmaz. Uyuşturucu satımı suçunda olay yerinden uyuşturucu maddenin kırıntıları toplanır ve olay yerindeki eşyalardan uyuşturucu buharının bıraktığı kalıntılar özel cihazlarla kayıt altına alınırken, uyuşturucu kullanımı suçunda bu yöntemlere çoğu zaman başvurulmaz. Küçük suçlara ilişkin soruşturmalar, genelde mağdur ve şüpheli beyanından ibaret kalmakta, olayın tanıkları kimi zaman dinlenmekte, kimi zaman dinlenmemekte, eksik biçimde adliyelere intikal eden bu soruşturmaların çoğu iş yoğunluğu nedeniyle geldiği haliyle sonuçlandırılmaktadır. Aile içi şiddet olaylarının engellenmesinin toplum ve aile düzenini koruma konusunda taşıdığı değeri açıklamaya gerek yoktur. Ancak, çok yakın tarihe kadar kolluk telsiz anonslarını dinleyenler, aile içi şiddet olaylarına intikal eden kolluk görevlilerinin, eğer ısrarlı şikayet yoksa, “*aile içi bir olay, dönüşe geçiyoruz*” şeklindeki anonslarının, ilgili amir tarafından “*tamam*” sözleriyle cevaplandığına ve aile içi şiddet olaylarının önemli bir kısmının takip dışı bırakıldığına defalarca tanık olmuşlardır. 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine

¹³⁵ EREM, “Küçük Suçlar(Ehemmiyetsiz Görülen Suçlar)”, (<http://www.farukeremvakfi.org.tr>. erişim tarihi 30.06.2012).

¹³⁶ EREM, “Küçük Suçlar(Ehemmiyetsiz Görülen Suçlar)”, (<http://www.farukeremvakfi.org.tr>. erişim tarihi 30.06.2012).

Dair Kanun'un uygulanmaya başlamasıyla birlikte kolluk birimlerinin bu yaklaşımı değişmeye başlamıştır. Adliye uygulamalarında da, ağır ceza mahkemelerine düzenlenen iddianamelerle, örneğin sulh ceza mahkemelerine düzenlenen iddianamelerin kıyaslanmasında, büyük suçlara yönelik kanıtların tamamı veya çok önemli kısmı toplanıp iddianamelere geçirilirken küçük suçlarda benzer biçimde hareket edilmediği görülebilmektedir. Ceza adaleti sistemlerinin küçük suçlara büyük suçlar kadar önem vermeyen yaklaşımları, küçük suçların artışına ve zamanla büyük suçların işlenmesine neden olmakta böylelikle toplum üyelerindeki suç korkusu yükselmektedir. Oysa, küçük suçlar mücadelesi ve önlemesi kolay suçlardır, bu nedenle en az büyük suçlar kadar önemli görülmeli ve bu suçlara el konulması konusunda tereddüt gösterilmemeli ve bir cinayet suçunda deliller nasıl toplanıyorsa bu suçlarda da deliller aynı biçimde toplanmalı, küçük de olsa suç işleyen fiilinin sonuçlarıyla karşılaşmalı ve suç fiilinin küçük de olsa karşılıksız kalmayacağı inancı topluma yerleştirilmelidir.

SONUÇ

Korku insani bir duygudur. Bununla birlikte insan korkularından kurtulmak, en azından korktuğu şeylerin kendisine zarar vermeyeceğinden emin olmak ister. Birey için toplum dışında yaşamak çok zordur, kişinin toplum içerisinde yaşama zorunluluğu önemli ölçüde güvende olma ihtiyacından kaynaklanır. Bu anlamda başka insanların varlığı birey için güven duygusunun sağlanması için gereklidir. Ancak, başka insanların varlığı bir yandan güvende olma anlamı taşıırken, diğer yandan tehlike de olma durumunu da ifade etmektedir. İnsana en büyük zararın başka bir insandan gelebileceği, kulağa hoş gelmese de, bir gerçekliğin ifadesidir. Tarih suç işlenmeyen bir toplum yapısının varlığını kaydetmemiş, suçu ortadan kaldırma çabaları amacına ulaşamamıştır. Toplum içerisinde suçla karşılaşan ya da suç işlendiğini bir şekilde öğrenen birey suçtan kendisinin de etkilenebileceğini düşünmekte bu durum suç korkusunu doğurmakta ve arttırmaktadır. Özellikle kent yaşamı ve nüfus yoğunluğu suç artışıyla suç türlerinin çoğalmasına sebep olmakta ve haberleşme ve iletişim alanındaki gelişmeler kişilerin işlenen suç fiillerini hızlı biçimde öğrenmeleri sonucunu doğurmakta ve suç korkusu giderek aratan bir korku türü niteliğini kazanmaktadır. Yoğun suç korkusu, bireylerin toplumdan kaçmaları ve soyutlanmalarına neden olmakta ve kişiler toplumdan soyutlandıkça ortak mekanlar suça meyilli kişilerce kullanılmakta suçtan doğan suç korkusu, suç işlenmesine alan ve olanak hazırlamakta ve bir kısır döngü oluşmaktadır. *“Birey, bir toplum içinde doğar ve varlığını*

toplumun içinde sürdürür. O aslında toplum denen bütünü bir parçasıdır, ama öyle bir parçadır ki hem bu haliyle değerli ve benzersizdir hem de bütünü değerli, anlamlı ve benzersiz kılar”¹³⁷. Toplum yaşamı bireyin keyif alarak hayatını sürdürebilmesi halinde anlam taşıyabilir. Suç korkusu yaşam keyif ve kalitesini azaltmakta, kimi zaman tamamıyla ortadan kaldırabilmektedir. Bu nedenle suç korkusuyla mücadele edilmesi ve asgariye indirilmesi gerekmektedir. Suç korkusuyla mücadele edilebilmesi ve azaltılabilmesi için kentsel alanların daha düzenli hale getirilmesi, yoksulluğun azaltılması, kolluk birimlerinin saygınlığının artırılması gibi birçok yöntem bulunmaktadır. Suç korkusunun azaltılmasının adalet sistemleri açısından önemli bir yolu cezaların caydırıcılığını sağlamaktır. Cezaların caydırıcılığının sağlanması, cezaların kesinliği, hızlılığı ve orantılılığı ilkelerinin sağlanmasıyla mümkündür. Bu ilkelerin ceza adaleti sistemlerince hayata etkin biçimde hayata geçirilmesi sağlanmadan, suç korkusunun azaltılmasına olanak bulunmamaktadır. Önemsiz gibi görülen küçük suçlarla mücadele de, suç korkusunun azaltılması için vazgeçilmez bir değer taşımaktadır. Toplumsal yapılarda işlenen küçük suçların önemsiz görülmesi ve bunlarla ciddi mücadele edilmemesi, zamanla büyük suçların artış göstermesine neden olmakta, bu da suç korkusunu arttırmaktadır. Suç korkusunun azaltılması ve önüne geçilmesi, böylelikle toplum içinde yaşamanın anlam kazanması, yaşam keyif ve kalitesinin yükseltilmesi, güvenlik ve özgürlüğün dengesinin kurulması için cezaların caydırıcılığının sağlanması ve küçük suçlarla etkin mücadele edilmesi gerekli, hatta vazgeçilmezdir.

KISALTMALAR

C.....: cilt.
Sa..... : sayı.
s.....: sayfa.
Y.....:yıl.

¹³⁷ ÖMEROĞLU, s.126.

KAYNAKLAR

- AKKUŞ, Yakup, “Suçun Ekonomik Modelleri”, (<http://www.econturk.org>.erişim tarihi 28.05.2012).
- AKSOY, Temel, “Ayrıntılara Hakim Olan Başarıyı Yakalar”, (<http://www.kigem.com>. erişim tarihi 29.06.2012).
- AKTAŞ, Sururi, “Cezalandırmanın Amacı Üzerine”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi”, C.XIII, Sa.1-2.
- ALPAK, Suat/ÜLKEN, Gökhan/ÜNLÜ, Alper, “Yeni Bir Toplu Konut Yerleşmesinde Güvenlik Duygusunun Değerlendirilmesi”, İTÜ Mimarlık, Planlama, Tasarım Dergisi, C.1, Sa.1.
- ALPKAN, Lütfihak/PALACI, Musa, “Toplum Destekli Polis Uygulaması: Zara Örneği”, Polis Bilimleri Dergisi, C.10, Sa.3.
- ARNA, Sibel, “Savunma Teknikleri Öğretiyor, Evlere Kapatıyor, Paranoya Yaşatıyor”, Hürriyet Gazetesi 14 Mayıs 2006.
- ARSLAN, Zühtü, “Türkiye’de İstisna Hali, Terör ve İfade Özgürlüğü”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sa.71.
- ATAÇ, Ela, “Suçun Kentsel Mekandaki Algısı -Güvensizlik Hissi”, Mimarlar Odası Ankara Şubesi Bülten 55, Kasım-Aralık Sayısı.
- ATAY, Hande, “Temel Haklar ve İlkeler Doğrultusunda İletişimin Dinlenmesi Tedbiri ve Kişisel Güvenlik”, (<http://www.umut.org>.erişim tarihi 22.05.2012).
- BAHAR, Halil İbrahim, Sosyoloji, USAK Yayını ,Ankara 2009.
- BEKRİ, Nedim M., “Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Uluslar arası İnsan Hakları Belgeleri ile Uluslararası Ceza Hukuku Uygulamalarındaki Durumu”, (<http://www.yayin.adalet.gov.tr>.erişim tarihi 26.05.2012).
- BELGE, Murat, “Küçük Suçlar”, Radikal Gazetesi 03 Eylül 2005.
- BIÇAK, Vahit, “Ceza Adaleti Yönetiminde Kalite ve Etkinlik”, (<http://www.kriminoloji.com>.erişim tarihi 09.06.2012).
- BULUT, Nihat, “4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliği Çerçevesinde Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Rejiminin Birey Devlet İlişkisi Açısından Değerlendirilmesi”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.V, Sa.1-4.
- COŞKUN,Vahap, “Güvenliği Özgürlükte Aramak”, (<http://www.dicle.edu.tr>.erişim tarihi 14.05.2012).

- DEĞİRMENCİ, Olgun, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sa.77.

- DEMİR, Oğuzhan Ömer/ÇELİK, Ahmet/ÇETİN, Hakan Cem/ÖZKAN, Murat, “Giuliani dönemi New York’unda suç neden azaldı? Suç önleme politikalarına bir bakış”, Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi, C.8, Sa.2, ISSN:1303-5134.

-DEMİRBAŞ, Timur, “Suç Korkusu Ve Ses Ve Gaz Fişegi Atabilen Silahlar Hakkında Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi”, (<http://www.umut.org.tr.erişim tarihi 13.05.2012>).

- DEMİRBAŞ, Timur, “Suç Korkusunun Yansıması Bakımından Medyada Şiddet Haberleri”, Türkiye’de Bireysel Silahsızlanma ve Şiddet Haberleri”, Umut Vakfı Yerel Medya Seminerleri, (<http://www.fes.tuerkei.org.erişim tarihi 26.05.2012>).

-DİNLER, Veysel/İÇLİ, Tülin, “Suç ve Yoksulluk Etkiselliği(Isparta Cezaevi Örneği), (<http://www.veyseldinler.com.erişim tarihi 19.05.2012>).

-DOĞAN, Halil İbrahim/SEVİNÇ, Bilal, “Suç Teorileri ve Şehir Güvenliği: Bitlis İliyle İlgili Bir Değerlendirme”, Polis Bilimleri Dergisi, C.1, Sa.4.

- DOLU, Osman “Rasyonel Bir Tercih Olarak Suç:Klasik Okul Düşüncelerinin Suçu Açıklama ve Önleme Kapasitesinin Değerlendirilmesi”, Polis Bilimleri Dergisi, C.11, Sa.4.

-DOLU, Osman/BÜKER, Hasan/ULUDAĞ, Şener, “Türk Ceza Adalet Sisteminin Caydırıcılık Kapasitesine İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.61, Sa.1.

-DOLU, Osman/ULUDAĞ, Şener/DOĞUTAŞ, Cemil, “Suç Korkusu:Nedenleri, Sonuçlar ve Güvenlik Politikaları İlişkileri”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.65, Sa.1.

- DOUZINAS, Costas(2012), “Şiddet, Adalet ve Yapıbozum”, Çev:SAĞLAM, Rabia/AKBAŞ, Kasım, Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi, Y.2, Sa.5.

- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir(1983), Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1983.

- EREM, Faruk, “Küçük Suçlar(Ehemmiyetsiz Görülen Suçlar)”, (<http://www.farukeremvakfi.org.tr.erişim tarihi 30.06.2012>).

- ERGİN, Ezgi, “Suç ve Ceza”, (<http://indigodergisi.com.erişim tarihi>

30.06.2012).

- ERYILMAZ, Mesut Bedri/GÜLEÇ, Hüseyin Başol/BÜKER, Hasan, Tehdit Altındaki Kişilerin Korunması, Ankara, 2012, İçişleri Bakanlığı Yayını.

- FEYZİOĞLU, Metin/OKUYUCUERGÜN, Güneş, “Türk Hukukunda Tutuklulukta Azami Süre”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.59, Sa.1.

- FIRAT, Serap A., “Yoksulluk, Kentlerde Suç Artışı ve Kent Merkezlerinde Özel Güvenlik Hizmetleri Verilmesi”, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C:10, Sa.3.

- GELERİ, Aytekin, “Suçla Mücadele Politikalarının Üvey Evlatları:Mağdurlar”, (<http://www.sde.org.tr>.erişim tarihi 25.05.2012).

- GERÇEK ÇAKICI, Leyla, “Şüpheli ve Mağdur Üzerine Bir Araştırma”, Polis Bilimleri Dergisi, C.8, Sa.3-4.

- GÖKULU, Gökhan, “Kent Güvenliği Kentleşme ve Suç İlişkisi”, Ankara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C.24, Sa.1.

- GÖZMEN, Öznur, Kemal Tahir’in Karılar Koşuşu Adlı Romanında Suç ve Kadın, Türk Dili ve Edebiyatı Bölümü Ödevi, Ankara 2009, Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi.

- GÜREMEN, Lale, “Amasya Kenti Özelinde Asayiş Suçlarının Kentsel Mekanda Dağılışı Özellikleri ve Nedenselleri Üzerine Bir Araştırma”, Akademik Bakış Dergisi, Sa. 25, Temmuz-Ağustos Sayısı, Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler Dergisi, (<http://www.akademikbakis.org>.erişim tarihi 19.05.2012).

- “Jandarmadan Balık Nöbeti” başlıklı haber, Sabah Gazetesi 01 Haziran 2011.

- HACIOĞLU, Burhan Caner, “Türk Ceza Adalet Sisteminin İşleyişindeki Etkinlik Konulu Araştırma Raporu Üzerine Bir Değerlendirme”, (<http://hukuk.erzincan.edu.tr>. erişim tarihi 16.06.2012).

- KARAGÖZ, Kasım, İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması sorunu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2004, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

- KARAKUŞ, Önder/McGARRELL, Edmund F./BAŞIBÜYÜK, Oğuzhan(2010), “Fear of crime among citizens of Turkey”, Journal of Criminal Justice, No: 38.

- KARASU, Mithat Arman, “Türkiye’de Kentleşme Dinamiklerinin

Suçta Etkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.57, Sa.4.

- KIZMAZ, Zahir, “Cezaevinin ve Hapsetmenin Suçu Engellemedeki Etkisi”, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sa.17.

- KIZMAZ, Zahir, “Ceza veya Kriminal Yaptırımın Suç Oranları Üzerindeki Caydırıcı Etkisi”, Afyonkarahisar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.7, Sa.2.

-KORKMAZ, İlhan, “Dünya Düzeni ve Ülke Sorunlar ve Çözüm Arayışları-1”, (<http://www.yenimakale.com>. erişim tarihi 20.05.2012).

- KUL, Mehmet/TAYFUN, Recep, “Sembolik Etkileşim Bağlamında Polisin Saygınlığı (Suç Korkusuna ve Suçtan Caydırıcılığa Etkisi)”, Polis Bilimleri Dergisi, C.11, Sa.4.

- KUNTER, Nurullah(1949), Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul, 1949, İsmail Akgün Matbaası.

- KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2006 , Beta Yayını.

- KUTLU, Mustafa Talat, “Hukuksal Romantizm”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sa.97.

- MERDANOĞLU, Hüsnü, “Yasalarımızın Sadeleştirilmesi Gereği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sa.1.

-ÖĞÜN, Süleyman Seyfi, “Korkularımız”, Zaman Gazetesi 07 Kasım 2009.

-ÖZCAN, Nilüfer, “Şiddete Dayalı Olmayan Sapmış Davranışlar ve Aile Kurumu”, Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, C.11, Sa.1-2.

- ÖZCAN, Yusuf/DOLU, Osman/GÜL, Serdar Kenan, “Ceza Algısının Uyuşturucu Kullanımı Üzerindeki Caydırıcı Etkisi: Bursa İli Ortaöğretim Kurullarında Yapılan Bir Alan Araştırması”, Polis Bilimleri Dergisi, C.13, Sa.4.

- ÖZGENÇ, İzzet(2006), Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, Ankara 2006, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını.

-ÖZTOPRAK, Yağmur/LUX,Michael Karl/GÜRSESLİ, Selen/İPEK, Zekiye/SEZGİN, Bahar Gökçe/GÖLOĞLU, Can/BAĞ, Burak, “Çocukların Sokakta Oyun Oynamalarına İzin Verilmemesi-Ebeveynin Suç Korkusu İlişkisi”, (<http://tip.baskent.edu.tr>.erişim tarihi 15.05.2012).

- ÖZYURT, Damla, “Hürriyete Karşı Suçlar-Tehdit Suçu”, (<http://www.hukukum.com>.erişim tarihi 17.05.2012).

- POLAT, Ahmet/GÜL, Serdar Kenan, “Kriminoloji araştırmalarında mağdur anketlerinin yeri ve önemi”, Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi, ISSN:1303-5134, C.7, Sa.1, s.1293, (<http://www.insanbilimleri.com>. erişim tarihi 15.05.2012).

- SANCAR, Mithat/AYDIN, Suavi, Biraz Adil Biraz Değil: Demokratikleşme Sürecinde Toplumun Yargı Algısı, İstanbul 2009, TESEV Yayını).

-SARI, Özgür/ÖNKAL, Güncel, “Suçun Sosyolojisi, Cezanın Felsefesi”, (<http://www.guncelonkal.com>. erişim tarihi 22.05.2012).

-SEKMAN, Mümin, “Korku Başarı Enerjisi Verir mi?”, (<http://cadde.milliyet.com.tr>.erişim tarihi 12.05.2012).

-SOKULLU-AKINCI, Füsun, “Özgürlük ve Güvenlik”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LXIX, Sa.1-2.

-ŞAHİN, A. “Korku, Kaygı, Özgürlük, Ölüm ve İntihar Üzerine Değınmeler”, (<http://www.itaatsiz.org>. erişim tarihi 12.05.2012).

-ŞAHİN, Gözde Nur, “Korku ve Fiziksel Acı Deneyimleri, İntihar Riskini Belirleyebilir”, (<http://ajanspsikoloji.com>.erişim tarihi 13.05.2012).

- TAŞKIN, Ahmet, “Tutuklamanın Psiko-Sosyolojik Boyutu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.1, Sa.2.

- TAŞTEKİN, Ercan, “Özel Ekip Yöntemi”, (<http://www.caginpolisi.com.tr>.erişim tarihi 20.05.2012).

-TAYLAN, Hasan Hüseyin, “Televizyon Programlarındaki Şiddetin Yetiştirme Etkisi: Konya Lise Öğrencileri Üzerine Bir Araştırma”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sa.26.

- TEPEKÖY, Ferit, “Cezalar Mutlaka Caydırıcı Olmalı”, (<http://www.flashaber.com.tr>.erişim tarihi 10.06.2012).

-TOLUNAY, Sıdika Feyza, Mersin’de Evlerden Hırsızlık Olaylarında Mağdurların Durumunun Sosyal Antropolojik Olarak İncelenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, Ankara Üniversitesi Sosyal Antropoloji Anabilim Dalı.

- TOROSLU, Haluk, Ceza Müeyyidesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü).

- TOROSLU, Nevzat , “Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk”, Ankara

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.35, Sa.1-4.

- TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2009, Savaş Yayınevi.

- TUNÇ, Hasan, Polisin Suç Olgusuna Bakışı ve Suça Karşı Uzmanlaşma Çalışmaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Antropoloji Anabilim Dalı.

- TUZCU, Salih M., “Kabahatler Kanunu Ve Uygulanması(Konya Örneği), (<http://www.caginpolicisi.com.tr>.erişim tarihi 28.05.2012).

- TÜFEKÇİ, Elif, Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008 , Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

-Türkçe Sözlük, Ankara 2005, Türk Dil Kurumu Yayını.

- ULUDAĞ, Şener, “Vatandaşların Suç Korku(Güvenlik Endişesi) Seviyesine Etki Eden Faktörler ve Alınabilecek Önlemler: Malatya Örneği”, Polis Bilimleri Dergisi, C.12.

- USAMI, Makoto, “Politika Olarak Hukuk: Adalet ve Yarar”, Çev: ŞAHİN CEYLAN, Şule, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.61, Sa.1.

- UTKU, Eray(2000), “Kentleşme Ve Suç”, (<http://www.yayin.adalet.gov.tr>.erişim tarihi 19.05.2012).

- UZUN, Alper/ALİAĞAOĞLU, Alpaslan, “Tokat Şehrinde Mala Karşı Suçlar”, Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, C.2, Sa.8.

- UZUN, Ertuğrul, “Amerikan Hukuki Realizmi”,(<http://erugrulu.home.anadolu.edu.tr>.erişim tarihi 16.06.2012).

- Yeniasır Gazetesi 30 Haziran 2012.

- YÜCEL, Mustafa Tören, Hukuk Felsefesi, Ankara 2009, Turhan Yayınevi.

-YÜCEL, Mustafa Tören, “Suç Korkusu ve Etkisinin Nötrleştirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sa.83.

- YÜCEL, Mustafa Tören, Türkiye’de Suç Bilimine Doğru, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sa.3.

- YÜCEL, Mustafa Tören, “Yeni Türk Ceza Siyasetinin (De Facto) Yansımaları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sa.88.