

Yıl: 38

Sıra Sayı: 138



KURULUŞ: OCAK - 1975

YARGITAY DERGİSİ



Cilt : 38

EKİM 2012

Sayı : 4

Sahibi : Yargıtay adına **Ali ALKAN Yargıtay Başkanı**
Yayın Müdürü : **Ersin DAMAR Yargıtay Yayın İşleri Müdürü**

Yayın Kurulu

Başkan

Sedat BAKICI

Yargıtay 8. Ceza Dairesi Başkanı

Üyeler

Ramazan TUNÇ

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi

A. Seçkin TOGAY

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Üyesi

İbrahim ZENGİN

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Üyesi

Erdal NOYAN

Yargıtay 13. Ceza Dairesi Üyesi

Yönetim ve Yazışma Adresi

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü
Yargıtay Ek Binası,
Vekâletler Cad. No: 3
06658-Bakanlıklar/ANKARA

Telefon

(0-312) 419 34 17 – 425 16 32

Faks

(0-312) 419 41 11

Abone Servisi

(0-312) 416 11 38

Kapak Tasarımı ve Sayfa Düzeni

Ersin DAMAR

Baskı

SÖZKESEN Matbaacılık Tic. Ltd. Şti.
(0-312) 395 2110

ISSN 1300 - 0209

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğünce
Üç Ayda Bir yayımlanır.

- Dergide yayımlanan yazılar, Yazarların kişisel görüşlerini yansıtır. Sorumluluğu yazara aittir. Müdürlüğümüzü bağlamaz.
- Dergiye gönderilen yazıların hiç bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Aksi halde telif (yazar) hakkı ödenmez.
- Yazıların yayınlanıp yayınlanmamasına Yayın Kurulu karar verir. Yayınlanmayan yazılar için gerekçe bildirme zorunluluğu yoktur.
- Yayınlanmayan yazılar istenildiğinde geri verilebilir. Ancak Posta ile göndermelerde gönderme gideri yazı sahibine aittir.
- Dergide yayımlanan yazılardan ancak kaynak göstermek suretiyle alıntı yapılabilir.
- Gerek görüldüğünde yazının özüne dokunmayan yazım ve tümce düzeltmeleri yapılabilir.
- Telif hakları 23 Ocak 2007 tarih ve 26412 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik esaslarına göre ödenir.

Hiç bir yerde **temsilcimiz yoktur.**

Ödemeli olarak Dergi Gönderilmez.

Abone bedeli için Abone Servisimizi
(0 312 – 416 11 38) arayınız.

Abone Olmak için;

Abone bedeli; Yayın İşleri Müdürlüğümüzün **T.C. Ziraat Bankası Kızılay Şubesindeki [IBAN : TR760001000685390090145001]** nolu banka hesabına veya **Posta Çekleri Merkezindeki 92932** nolu posta çeki hesabına ya da bizzat **Müdürlüğümüz Veznesine** yatırılmalıdır.

Abone İşlemleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.

İÇİNDEKİLER

Sayfa

GENEL KONULAR

Ali ALKAN

2012-2013 Adli Yıl Açış
Konuşması..... 5-22

Av. Berra BESLER

2012-2013 Yargı Yılı Açılış
Konuşması.....23-38

CEZA HUKUKU

Dr. Özcan ÖZBEY

Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçların
Ertelenmesine İlişkin Düzenlemenin
AİHM İçtihatları Işığında
Değerlendirilmesi.....39-86

MEDENİ HUKUK

Ö. Uğur GENÇCAN

Aynılık Kararı Verilmesi ve
Sonuçları 87-112

Resul ASLANKÖYLÜ

Eşinden Boşandığı Halde
Eşiyle Fülen Birlikte Yaşamakta
Olanların Gelir Ve Ayıklarının
Kesilmesi 113-128

TİCARET HUKUKU

Yusuf BAŞLAR

Marka Lisansı Sözleşmesinin
Konusu, Özellikleri ve Benzer
Sözleşmelerle Karşılaştırması..... 129-152

USUL HUKUKU

Durmuş Ali GENÇ

Hukuk Davalarında Karar
Düzeltilme ve Muhafazası
Zorunluluğu 5236 Sayılı Yasa
Hükümleri Üzerine Bir İnceleme.... 153-194





GENEL KONULAR

2012-2013 ADLİ YIL AÇIŞ KONUŞMASI

Ali ALKAN ()*

Değerli Konuklar;

Kıymetli meslektaşlarım;

Basınıımızın değerli temsilcileri;

Sözlerime başlarken sizleri saygı ve sevgi ile selamlıyorum.

2012-2013 Adli Yılı, ülkemize, milletimize ve tüm insanlığa adalet, barış, huzur ve mutluluk getirmesi dileğiyle açıyorum.

Milletimizin geçmiş Ramazan Bayramını ve 30 Ağustos Zafer Bayramını kutluyor, bu vesileyle bize zaferler yaşatıp cumhuriyetimizi armağan eden başta Gazi Mustafa Kemal Atatürk olmak üzere onun silah arkadaşları ve aziz şehitlerimizi rahmetle anıyorum.

Geçen yıl aramızdan ebediyete uğurladığımız meslektaşlarımıza rahmet diliyor ve emekliye ayrılan arkadaşlarımıza da çalışmalarından dolayı şükranlarımı sunuyorum.

() Yargıtay Birinci Başkanı.*

Toplumlarda devlete duyulan ihtiyaç, adalete olan ihtiyaca bağlı olarak gelişmiştir. Adalet, toplumsal ihtiyaç olarak devletin varlık sebebini oluştururken, bir vicdani güç olarak da; meşruiyetinin kurucu unsuru ve sınırlarının belirleyicisi olmuştur. Cumhuriyetimizin kurucusu, büyük devlet adamı Atatürk de bu durumu, "istiklal, istikbal, hürriyet, her şey adaletle kaimdir" sözleriyle ifade etmiştir. Adalet duygusu ve bu duygunun tatmin edilmesi ihtiyacı, toplumla ve onu oluşturan bireylerle devlet arasındaki en gerçekçi ve soyut bağıdır. İşte bu soyut bağ, yargı düzeni tarafından somutlaştırılarak kurulur, işletilir ve geliştirilir. Bu bağın sağlıklı bir biçimde kurulup işletilmesi suretiyle sağlanacak toplumsal tatmin, sadece yargı düzeninin performansı ile ilgili değildir. Bu tatmin, ülkedeki hukukun üstünlüğüne olan inanç, demokrasi düzeyi, ahlaki değerler ve toplumsal beklentiler gibi olgulardan da ciddi biçimde etkilenir.

Devletler, hangi esas üzerine kurulursa daha sağlıklı yaşarlar ve daha uzun ömürlü olurlar? Bu soruya, devletlerin siyasi sistemleri, toplumların ekonomik ve sosyal koşulları, etnik yapıları ile coğrafyalarındaki farklılıklara rağmen hep aynı cevap verilecektir; Hukukun üstünlüğü.

Son derece zengin olan bu kavram; bir yandan kumlardan ve devlet yöneticilerinden vatandaşa kadar herkes tarafından anlaşılabilir, hissedilebilir, vicdani ve inşai bir nitelik taşırken; öte yandan hem bireyler arası ilişkilerde hem de devlet birey ilişkilerinde sorun çıkmasını önleyecek ve çıkan sorunları çözebilecek esasları içerir.

Hukukun üstünlüğü, yönetenlerin egemenlik yetkisine dayanarak bizzat kendi koydukları kurullarla kendilerinin de bağlı olmaları şeklinde ortaya çıkar. Bunu, birey-

ler arası ilişkilerin hukuk çerçevesinde yürütülmesi tamamlar. Yönetenlerin kendilerini hukukla bağlı hissetmemeleri, bireyler arası ilişkilerde de hukuka bağlılığın yerleştirilmesini imkânsızlaştırır. Bu anlamıyla hukukun üstünlüğünü sağlamanın öncelikli şartı, yönetenlerin hukuka saygılı olmalarıdır.

Hukukun üstünlüğü, devletin üzerinde, devleti hukukla bağlayan, faaliyet yetkisinin kaynağı olarak hukuku tanıyan, yönetilenlere herkes için geçerli ve önceden belirlenmiş kurullarla hukuki güvence sağlayan bir ilkedir.

Anayasada açıkça tarif edilmeyen “hukukun üstünlüğü” kavramı, bir yandan kurumlara, yöneticilere ve yönetilenlere kendi vicdani sezgileri doğrultusunda en yapıcı telkinlerde bulunur. Diğer yandan Anayasanın 2. maddesinde gösterilen devletin “insan haklarına saygı” yükümlülüğüne, “hukuk devleti” ilkesine ve Anayasanın 138. maddesinde hâkimler için bir hüküm verme esası olarak sayılan “hukuka uygun olma” kriterine işaret ederek genel nitelikli ölçütler koymaktadır.

Hukukun üstünlüğü kavramı, bu telkinler yanında, yasama ve yürütme organı üyelerinin kendisine bağlı kalacağına dair üzerine yemin edecekleri bir Anayasal değer olarak da ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de, Anayasanın 103. maddesi Cumhurbaşkanımızın; 81 ve 112. maddeleri ise Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri ile milletvekili olmayan hükümet üyelerinin, göreve başlarken başka değerler yanında, “hukukun üstünlüğüne bağlı kalacaklarına” dair büyük Türk Milleti önünde namus ve şeref üzerine and içmelerini zorunlu kılmıştır. Hukukun üstünlüğü ilkesi üzerine edilen bu yemin, hukuksal denetim mekanizmaları ile birlikte düşünüldüğünde somut olarak; Ana-

yasanın 9. maddesinde gösterilen “bağımsız mahkemelerin yargı yetkisine”, 125. ve 148. maddelerinde gösterilen “yargı denetimine” ve 138/4. maddesinde gösterilen “yargı kararlarının bağlayıcılığı” üzerine verilen söze inanmış olmaya tekabül eder.

Hukukun üstünlüğü devlet ve toplum katında nasıl hayata geçirilir?

Hukukun üstünlüğünü hayata geçirme ideali, tarihsel tecrübeler ışığında, bir devlet formu olarak düşünüldüğünde, gelip duracağımız yer “demokratik hukuk devleti” modelidir. Devlet, egemenlik yetkilerini milletinin hür iradesinden alır. Her aşamada milletinin iradesini gözetir. Çoğunluk ya da azınlık ayrımı yapmaksızın vatandaşlarının haklarını korur. Bir uzlaşma üzerinde yükselen, bu büyük ve meşru gücü hukuka uygun olarak kullanan devlet, kendisini hukukla sınırlayıp hukukun üstünlüğünü her şeyin üzerinde tutar.

Devletin meşruiyet kaynağı millet, sınırları hukuk, amacı ise hukukun üstünlüğüdür.

Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına saygılı, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir. Anayasal düzen bu niteliklerin toplamının ve beraberliğinin terkiinden oluşur. Bu niteliklerin biri hiç bir suretle diğerine feda edilemez. Hepsi, birlikte ve aynı anda korunmalıdır. Cumhuriyetimizin ülkesi ve milleti ile korunması ve güçlendirilmesi, bu anayasal niteliklerin aynı anda nazara alınması ile mümkündür. Çünkü bu nitelikler, toplumsal mutabakatı sağlayabilecek asgari müştereklere ve toplumla ilişkilerini en üst düzeye çıkarabilmiş modern bir devletin potansiyeline işaret eder.

Hukuk devleti; insanlar arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetmeksizin; doğuştan gelen, kişiliklere bağlı, dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez haklar olarak kabul edilen temel hak ve özgürlükleri güvence altına alır.

Hukuk devletinin en ayırıcı yapısal niteliklerinden biri olan erkler ayrılığı; egemenlik yetkisinin erkler arasında meşru bir biçimde paylaşılmasını ve bu erklerin yetkiyi; karşılıklı saygı ve denetim ilişkisi içerisinde kullanmalarını sağlar. Bu paylaşımında yargı, milleti adına kullandığı yetkisine dayanarak yasama ve yürütme erkini denetler ve devletin hukukun üstünlüğü hedefine doğru yürütmesine katkıda bulunur.

Erkler ayrılığı sisteminin temel özelliği, devletin mutlak hükümlerlik gücünün bir kimsede, bir zümrede, bir erkte toplanmasına izin vermemesidir. Hukuk devleti ilkesine göre devlet kavramı, kendisini oluşturan erklerin toplamı, egemenlik ise erklerin anayasanın öngördüğü biçimde kullandığı yetkilerin tamamıdır. Hiçbir erk diğeri için ayak bağı olmadığı gibi, onay makamı da değildir. Her erk, mevcudiyetini ve meşruiyetini diğer erklerin varlığından ve belirlediği sınırlardan alır.

Yasama, yürütme ve yargının kendi görev alanlarına ilişkin olarak ve Anayasal sınırlar içerisinde kullanacakları takdir yetkileri vardır. Yasama, yürütme ve yargının, anayasal sınırlar içerisinde birbirlerini bağlayacak güçte düzenlemeler, uygulamalar yapıp hükümler verebilmeleri anayasal buyruğun bir sonucudur. Fakat erkler, birbirlerinin takdir yetkileri içinde kalan düzenleme, uygulama ve hükümlerine saygılı olmak durumundadır. Bu, hukuk devletinde erkler ayrılığı sistemine inanmış olmanın gere-

ğidir.

Anayasanın 6. maddesi taşıdıkları egemenlik yetkileri ile birlikte erkleri birbirinden ayırdıktan sonra, yasama ve yürütme erkinin hukuksal denetimini 125. ve 148. maddeleriyle yargı erkine bırakarak yargı ile diğer erkler arasında bir denetim ilişkisi kurmuştur. Yargının bu denetimi nasıl gerçekleştirmesi gerektiği bakımından da 138. madde; anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdana uygun biçimde kendi içerisinde bir kademeli inceleme sistemi ihdas etmiştir.

Hukuk devletinde anayasa ile belirlenmiş meşru organlar kurumsal olarak, yetkiyi kullananlar ise kişisel olarak hesap verirler. Denetim bir erkin meşru varoluş amacından sapmaması için gereklidir. Denetimi ortadan kaldıran veya zayıflatan düzenlemeler, yönetim üzerindeki gün ışığını engeller.

Kuvvetler ayrılığı sisteminin sonucu olarak ortaya çıkan yargı denetimi, işlevini yerine getirebilmesi için denetleyeceği erklerin muhtemel olumsuz etkilerine karşı korunmalıdır. Anayasamız bu korumayı, 9. ve 138. maddeleriyle hem denetim sürecindeki etkilere kapatarak hem de yargısal kararların bağlayıcılığını vurgulayıp bu denetimin sonuçlarına sahip çıkarak gerçekleştirmiştir.

Yargı bağımsızlığı yargıcın onurudur. Bu onur; özlük haklarından, fiziki ve sosyal imkânlardan bağımsız olarak tek başına savunulur. Gerek yapısal gerekse karar alma süreçlerine ilişkin müdahaleler hiçbir şekilde kabul edilemez.

Hâkim ve savcılarımız; Anayasanın verdiği bağımsızlık statüsünün içini hukukun üstünlüğü ideali ile dol-

durmaya, bu statünün temel hak ve özgürlükleri koruma işlevini hiçbir zaman hatırdan çıkarmamaya, bağımsızlık duygusuna zarar verecek içsel nedenlere karşı durmaya, her zemin ve her koşulda yargısal vakar ve cesareti korumaya devam etmelidir.

Hukuk devletinin temel gereklerinden birisi de yargının tarafsızlığıdır. Tarafsızlık, hâkimin baskı altında kalmadan, etkilere kapalı, taraf tutmadan, objektif olarak yargılama yapması, hukuka ve vicdanına göre karar vermesidir.

Bu anlamda birey için tarafsızlık bir güvencedir. Hâkim, günlük siyasetin ve güncel tartışmaların etkisinden uzak olmalı ve taraflar üstü davranmalıdır. Hâkimin görüş ve inançlarından sıyrılarak karar vermesi de tarafsızlığın bir gereğidir.

Yargının bağımsız ve tarafsız olmasının gereklerinden birisi de yargıya sağlanan teminattır. Anayasanın 139. maddesinde hâkimlik ve savcılık teminatı düzenlenmiştir. Hukukun üstünlüğünü gerçekleştirmek için yargının bağımsız, tarafsız ve teminatlolu olması gereklidir.

Ancak yargıya verilen güvenceler, aynı zamanda kendilerine yüklenen sorumluluğun ağırlığını göstermektedir. Yargı görevini yerine getirenler, özel ve meslek hayatlarında son derece yüksek etik standartlar göstermek zorundadır. Hâkim ve savcılarımız unutmamalıdır ki, mesleğimizin saygınlığı öncelikle onu temsil edenler tarafından korunur ve güçlendirilir.

Yargı düzeni, ilk derece mahkemeleri, yüksek mahkemeler ve Cumhuriyet başsavcılığı teşkilatları ile birlikte bir bütündür. Anayasal düzen içerisindeki müstakil bir

erk olma konumunu bu bütünlük güçlendirir. Anayasanın yargı erkine verdiği yetki ve görevler, yine anayasa ve kanunların gösterdiği iş bölümüne göre kullanılır ve yerine getirilir. Aralarındaki ilişki, astlık üstlük ilişkisi değildir. İlk derece mahkemeleri ya da yüksek mahkemeler arasındaki ilişkinin bu niteliğine uygun düşmeyen, makul ve meşru bir sebebe dayandırılmayan uygulamalar, hangi kurumun tutumundan ya da hangi erkin düzenlemesinden kaynaklarsa kaynaklansın, sağlıklı sonuçlar veremeyecek, çalışma barışını olumsuz yönde etkileyecektir.

Türk yargısı, Anayasanın ve kanunların ruhunu, demokratik, laik ve sosyal hukuk devletinin gereklerine uygun şekilde anlayıp uygulayabilecek tecrübe ve bilgi birikimine sahiptir. Yasama organınca yapılan düzenlemeler hukuk âlemine katıldıkları andan itibaren bu alanda mevcut diğer hukuksal düzenleme ve evrensel ilkelerle etkileşime girerler. Yargıdan, kanunların ruhuna, sadece kanunlaştırma tarihinin konjonktüründen değil, aynı zamanda bu etkileşimin en merkezi noktasından bakması beklenmelidir.

Yargı düzeninin faaliyetlerinde de hukuka aykırılıklar bulunabilir. Ancak bu hukuka aykırılıklar, yasama ve yürütme işlemlerinde olduğu gibi başka bir erk tarafından düzeltilmez, yine dereceli yargı sistemi içerisinde yargı tarafından kanun yolları kullanılarak düzeltilir.

Yargısal faaliyetlerin niteliği gereği çoğu kez bir memnun yanında bir gayrı memnun da olacağı için, yargısal faaliyete yönelik olarak yapılan şikâyetlere özenle yaklaşmak gerekir. Bu tür şikâyetlerin yaygınlık kazanması her durumda şikâyetin haklılığını göstermez, hatta bazen; şikâyet sahiplerinin yaygınlaşmış haksızlıklarına işaret ede-

bilir.

Yargı düzeni eleştiriye elbette açıktır. Hatta, demokratik toplumun sorgulayıcı ve geliştirici araçlarından biri olarak eleştiriye talep eder ve yararlı bulur. Ne var ki, özellikle siyasi kimlik taşıyan kurum temsilcilerinin yargıya ve yargıçlara yönelik hakarete, aşağılamaya varan, kabul edilemez ifade ve açıklamaları karşısında yargı kurumlarının sessiz kalması, bu açıklamaların haklılığını kabullenmesinden değil ortaya çıkacak polemiklerin yargının saygınlığı ile bağdaşmayacağı düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Yargı, üzerinden siyasi söylem geliştirilecek, popülizm yapılacak bir alan değildir. Halkın meşru hak arama mercii olan yargıya karşı, en büyük özeni halkın temsilcileri göstermelidir.

Bazı davalarda eksik ve doğru olmayan bilgiye dayalı olarak kamuoyunun ısrarla yanlış yönlendirilmesine üzülerek şahit olmaktadır. Olayın oluşu, dosyadaki delil durumu, mahkemelerin gerekçeli kararlarının içeriği bilinmeden, suç ve cezada kanunilik, şüpheden sanığın yararlanacağı gibi evrensel ilkeler gözetilmeden yapılan bu eleştiriler yargıya ve devlete olan güvene büyük zarar vermektedir.

Yargının bağımsızlığına tesir eden en önemli etkenlerden birisi de medyadır. Sosyal bir güç haline gelen medya farkında olarak ya da olmayarak yargılamanın seyirini etkileme tehlikesi oluşturmaktadır. Bazen de kendilerini yargılama makamı yerine koyup masumiyet karinesinin aksine kişileri mahkûm etmektedir. Bu nedenle yargıya intikal etmiş konularda medyanın objektif, gerçeğe uygun ve doğru haber vermesi gerekir. Soruşturması ve kovuşturması devam eden konularda kamuoyu oluşturup

yönlendirecek şekilde yayın yapmaktan ve en önemlisi de yargısız infazdan kaçınmalıdır. Yargı makamları da kamuoyunun haber alma hakkını yerine getiren medyaya ölçülü, yeterli ve sağlıklı bilgi akışını sağlamalıdır.

İfade özgürlüğü belli bir düşünceye sahip olabilme ve bunu paylaşıp yayabilme özgürlüğünü ifade eder. Bu yönüyle demokratik toplumun en önemli temellerinden, toplumun ilerlemesinin ve bireyin gelişiminin en önemli koşullarından birini, pek çok hak ve özgürlüğün kullanılabilmesinin ise ön koşulunu oluşturur. Bir devletin demokratikleşmesinin gerçekçi işaretleri ifade özgürlüğü alanında izlenir ve otoriterleşme eğilimleri de ilk önce ifade özgürlüğünde kendini gösterir.

Bireylerin sahip oldukları düşünce ve kanaatler, ancak ifade edildiğinde anlam kazanır. İfade araçları ve içeriği bu noktada sınırlandırma sorunu ile karşılaşır. Bu gün itibariyle; diğer göstergeler bir yana, ulusal mahkemelerimize ve AİHM'e ifade özgürlüğü alanından giden dava dosyalarının sayısı dikkate alındığında, bir ifade özgürlüğü sorunumuzun olduğu açıktır. Bu sorunu, bu özgürlüğün "görev ve sorumluluk yüklediği" gerçeğine aykırı hareket eden anlayışlar bir yandan, kamu gücünün otoriter eğilimlerle kullanımı diğer yandan büyütmede, başta ifade özgürlüğü olmak üzere hak ve özgürlükleri istismar eden terörist yöntemler çözümü güçleştirmektedir. Terörist yöntemlerle ifade yöntemleri birbirinden ayrılmalıdır. Şiddete teşvik, ırkçılığa çağrı ve nefret içeren ifadelere geçit vermemeli, ancak kamu gücünü temsil edenler de toleransı elden bırakmamalıdır.

Terör, insan haklarını ciddi bir şekilde tehlikeye atan, demokrasiyi tehdit eden ve özellikle meşru hükümetleri

istikrarsızlığa uğratmayı ve çoğulcu sivil toplumu yıkmayı amaçlayan cebir ve şiddete dayalı bir olgudur. Terörün doğrudan veya dolaylı biçimde cebir ve şiddete dayalı her türlü eylem, yöntem ve faaliyetlerine karşı kararlı bir mücadele ortaya konulmalıdır. Terörist faaliyetler hiçbir hukuki gerekçeye dayandırılarak savunulamaz ve haklı görülemez. Devletin, ülkesinde yaşayan herkesin yaşam hakkını terör eylemlerine karşı koruması pozitif yükümlülüğü, öncelikli ve asli görevidir. Terörün sınır aşan özelliği de dikkate alındığında bu görev ulusal ve uluslararası işbirliğini zorunlu kılmaktadır. Ancak; bu işbirliği zorunluluğu ülkelerce yerine getirilmediği gibi terörün politik bir araç olarak kullanıldığına bile tanık olmaktadır.

Terörist faaliyetler, özellikle din, demokrasi, milliyet, çoğulculuk ve insan hakları gibi toplumsal veya hukuksal değerleri, sadece istismar amacıyla kullanır. Terörün bu değerlere yönelik istismar edici stratejisi; mücadelenin bu alanlarda da kararlılıkla sürdürülmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.

Ancak; yetkili makamlar eliyle yürütülecek terörle mücadele mutlaka "hukuka uygunluk" alanı içinde kalmalıdır. Terörle mücadelede hukukun üstünlüğüne bağlı kalma, sadece mümkün olması gereken değil, aynı zamanda gerekli ve zorunlu olan koşuldur.

Yargı, terörün hangi özgürlükleri istismar amacıyla kullandığının farkındadır. Biz devletimizin hukukun üstünlüğü ilkesi içinde kalarak terörü sona erdireceğine gönülden inanıyoruz.

Aile toplumun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Kadın, bu temelin en önemli unsurudur. Kadına yönelik şiddet insan onuruna yapılan bir saldırı ve en

güncel insan hakları problemlerinden biridir. Bu sorun sadece kadınların değil tüm toplumun sorunudur. Önemli olan, olay meydana geldikten sonra soruşturulması değil önleyici tedbirlerle engellenmesidir. Aile içindeki bu şiddetin önlenmesi için hukuki korumanın yanında, kadının ekonomik ve sosyal yönden desteklenmesi ve toplumun da eğitim yoluyla bilinçlendirilmesi gerekmektedir.

Çocukların beden ve ruh sağlıklarının gelişimi açısından internetteki zararlı içeriklerden korunması büyük önem taşımaktadır. Çocukların yetenekleri itibarıyla interneti yetişkinlerden daha iyi derecede kullanabildikleri bilinmektedir. On sekiz yaşından küçük kişilerin internet üzerinden gelecek cinsel sömürü, cinsel saldırılar ve zararlı içeriklere karşı savunmasız kaldıkları uluslararası hukukça da kabul edilen bir gerçektir. Ülkemizin taraf olduğu sözleşmelerle; hükûmetlere, özel sektöre, sivil toplum örgütlerine ve medya kuruluşlarına çocukların zararlı içeriklerden korunması için gerekli tedbirlerin alınması, eğitimlerin yapılması, ortak standartların ve bu suçlarla mücadele için etkin işbirliğinin geliştirilmesi konularında yükümlülükler getirilmektedir.

Genç bir nüfusa sahip olduğumuza ve onsekiz yaşından küçükler, çocuk olarak kabul edildiğine göre korumamız gereken alan oldukça geniştir. Çocuklar açısından mevzuatta koruyucu ve destekleyici tedbirlere ilişkin hükümler açık bir şekilde gösterilmiş ise de halen gerekli sistematik yapının kurulabildiği söylenemez. Çocukların korunması ve suça sürüklenmelerinin önlenmesi için adli ve idari merciler arasında eşgüdüm ve acil işbirliği sağlanmalıdır.

Kabul edildiği günden bu yana önce değiştirilmesi ve

belli bir zamandan sonra da yenisinin yapılması gündeme gelen Anayasamızın artık ihtiyaçları karşılamadığı, sorunları çözmediği, hatta bazı sorunların kaynağı olduğu geniş kesimlerce ve yüksek sesle ifade edilmektedir.

Gerçekten de 1982 Anayasası hazırlanış süreci, tepkisel niteliği, yüksek bir oy oranı ile kabul edilmiş olmasına rağmen meşruiyeti hep tartışılmış, demokrasi ve insan hakları ile kurduğu ilişki, birey karşısında devleti öne alan ve yücelten tutumu, ihdas ettiği bazı kurumlarla kendisini geleceğe taşıyamamış, eskimiş ve çağımızın gerisinde kalmıştır.

Bugün, ülkemizin önceliklerinden birisi de yeni bir anayasadır. Yargıtay; sivil inisiyatifleri, siyasi ve sosyal kurumları ile tüm toplumun yeni bir anayasayı ihtiyaç duyarak beklediğini görmektedir. 2011 yılında yapılan genel seçimler ile oluşan TBMM, yeni bir anayasa yapmaya yetkili olduğu gibi, oluşumu itibariyle de bir toplumsal uzlaşma anayasası yapabilecek imkânlarla da sahiptir. Yargıtay da, toplumla birlikte hukukun üstünlüğünü esas alan, demokratik değerlere bağlı, toplumsal uzlaşmaya dayanan yeni bir anayasayı TBMM'den beklemektedir.

Yeni anayasa mutlaka toplumsal katılımı, uzlaşmayı esas almalıdır. Bu esas dışındaki anayasanın hangi yöntemle yapılacağı hususu tali bir konudur. Yeni bir anayasa ihtiyacının ardındaki sosyal ve siyasi mutabakat; anayasa yapımını kolaylaştıran, bu yolda kullanılacak araç ve yöntemleri zenginleştiren ve kaçırılmaması gereken bir fırsattır.

Yeni anayasa, “devlet iktidarını hukukla sınırlandırma, hak ve özgürlükleri güvence altına alma” biçimindeki anayasacılığın özüne uygun ilkeler gözetilerek yapılmalı ve

egemenliğin kullanılış biçimi, erkler ayrılığı, yargı denetimi, yargı bağımsızlığı gibi konular bu öz çerçevesinde ele alınmalı, devletin üniter yapısını zaafa uğratacak düzenlemelerden ise kaçınılmalıdır.

Hukukun üstünlüğü esasına dayanan devletin, insan haklarını, insanın onur ve vakarını korumak en temel görevi olmalıdır.

Yasama ve yürütme organları ile idare, yapacağı iş ve işlemlerde öncelikle ihtilafa neden olmamayı gözetmeli, bunu sağlamak amacıyla ihtiyaç duyulan kurallar ve kurumlar oluşturulmalıdır.

Devlet, suç mağduru olan kişilere karşı objektif sorumluluk üstlenmelidir. Yine bu doğrultuda soruşturmanın etkinliğinin artırılmasını sağlayıcı düzenlemeler de anayasada yer almalıdır.

Türkiye'deki hukuk eğitiminin kalitesi yargı sistemini doğrudan etkilemektedir. Hukuk eğitiminin en temel amacı hukukçuyu hukukun üstünlüğü inancıyla yetiştirmek, onu hukukun üstün ve evrensel değerleriyle tanıştırmak olmalıdır. Hukuk fakültesindeki lisans eğitimini tamamlamış bir hukukçunun, hukukun diliyle, tarihiyle, temel kavramlarıyla, usulü ve esasıyla bağı kurulmuş, mantık ve muhakemesi gelişmiş olmalıdır.

Hukuk fakültelerinin saygın konumlarının korunabilmesi için öğrenci alımından, yeni hukuk fakültesi açmaya, öğretim üyesi kadrolarının yeterli nitelik ve niceliğe ulaştırılmasından eğitim ve öğretim imkân ve metotlarına kadar ciddi bir planlama ve özene ihtiyaç olduğu görülmektedir. Modern, uygulamalı eğitim ve öğretim metotlarının uygulanmasında geç kalınması, nitelikli ve çağı oku-

yan hukukçu yetiştirmeye engel olacaktır.

Hâkim ve savcı adaylarının eğitiminde kısa ve uzun vadeli stratejinin belirlenmesi, aday sayısının uygulamalı eğitime fırsat verecek oranda tespiti, tüm sürecin tek bir sorumlu merci eliyle takibi ve aşamalardaki beklentilerin belirlenip karşılanması bu eğitimin kalitesini artıracaktır.

Savunma mesleğinin etkinliğinin artırılması açısından avukatların mesleğe alınma kuralları, meslek içi eğitim ve çalışma koşulları ile amaca uygun, verimli staj imkânları ve resmi kurumlar nezdindeki durumları, yargının olmazsa olmaz unsuru olan savunmanın bu konumuna uygun olarak yeniden gözden geçirilmelidir.

Yargıtay, yargının en önemli sorunu olan iş yükünün azaltılması amacıyla TBMM, Adalet Bakanlığı ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile işbirliği içerisinde birtakım kurumsal tedbirler almıştır. Kısaca iş yükünün çözümü için alınan tedbirlerden bahsetmek istiyorum.

Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) Yargıtay'da da kullanılmaktadır. Bu projenin uygulanması ile Yargıtay'daki iş ve işlem süreçleri kısaltılarak makul sürede yargılanma hakkının kullanılmasına katkıda bulunulmuş, daha etkin ve verimli yargılama faaliyetleri yürütülmüş, adli ve idari faaliyetlerin tamamında 01.01.2012 tarihi itibarıyla elektronik imza uygulamalarına geçilerek kâğıt ortamı terk edilmiştir.

Son dört yılda Yargıtay'a yıllık ortalama 650.000 dosya gelmiş, bunlardan her yıl 550.000 adedi incelenerek karara bağlanabilmiştir. Böylece her yıl 100.000 dosya, arşivde bekleyen yüzbinlerce dosyaya eklenmeye devam etmiştir. Bu durumun sonucu olarak, 2007 yılı başında

arşivde bekleyen dosya sayısı 650.000 iken bu sayı 2011 yılı sonu itibariyle 1.150.000 rakamına ulaşmıştır.

Öncelikle, yılda 650.000 dosyanın temyiz incelemesi için yüksek mahkemeye gelmesinin hiçbir şekilde makul bir durum olmadığını, bu sayının dünya ortalamasının yaklaşık elli katı olduğunu, böyle bir iş yükünün de uzun süre kaldırılamayacak nitelikte bulunduğunu söylemeliyim.

Bu iş yükünün sorumlusu tek başına Yargıtay olmadığı gibi, tek çözüm mercii de Yargıtay değildir.

Örneğin; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, yürürlüğe girdiği 2005 yılından bu yana neredeyse yılda iki kez olmak üzere on iki kez değiştirilmiştir. Bu değişikliklerin toplamı Ceza Kanunumuzun yaklaşık üçte birine tekabül etmektedir. Ceza Hukuku alanında sık yapılan yasal değişiklikler, uyarılama yargılaması kapsamında bir işin defalarca ele alınmasına ve sistemdeki dosya sayısının gerçek adli olay sayısından fazla görünmesine neden olmaktadır.

İstinaf kanun yolunun henüz faaliyete geçmemiş olması, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının henüz yeterince geliştirilememiş olması ve bilirkişilik müessesesindeki aksaklıkların tamamen giderilememiş olması gibi yargının iş yükünü artıran birçok etken bulunmaktadır.

Artan üye sayımıza paralel olarak, tetkik hâkimi sayımız son bir yılda iki katına çıkarılmıştır. Bu durum, müzakere yapılan gün ve saatlerimizin de iki katına çıkması ve dolayısıyla çalışma kapasitemizin ikiye katlanması anlamına gelmektedir.

Artan bu iş temposunda Yargıtay daire başkanların-

dan üyelerine, hakim ve savcısından personeline kadar büyük bir özveri ile çalışılarak geline bu noktada amacımız; ne pahasına olursa olsun bekleyen dosyaları eritmek değil, makul sürede adil yargılamayı gerçekleştirmektir.

Geçen yıl aramıza katılan hâkim ve Cumhuriyet savcılarımıza çalışma ortamı sağlamak amacıyla 2011 adli yılı başında kiralanmış binamız iki ay gibi kısa bir sürede tüm elektronik altyapısıyla amaca uygun şekilde hazırlanmış, yirmiiki ayrı yerde bulunan Cumhuriyet Başsavcılığı arşivleri tek bir yerde toplanarak modern altyapı ve imkanları ile Balgat'taki hizmet binasına kavuşturulmuştur.

Şu anda Cumhuriyet Başsavcılığı arşivlerindeki bir dosyaya iki dakikada ulaşılmakta ve başvuru sahibine incelemesi için on dakika içinde sunulabilmektedir. Bu, kamu hizmetlerinde süratin ve şeffaflığın güzel bir örneğidir.

Biriken dosyaların azalmaya başlamasıyla birlikte, örneğin; 2010 yılında duruşmasız bir boşanma dava dosyası incelenmek için yaklaşık iki yıl sıra beklerken, bu süre şimdi bir yılın altına düşmüştür. Yargı, kamu hizmetinin kalitesine yönelik güzel örnekleri üretmeye devam edecektir.

Bugün itibariyle; bu sorunun ülkemiz gündeminde yer alan can sıkıcı konular arasından çıkacağına ilişkin sürecin başladığını, incelenmeyi bekleyen dosya sayımızın 1.150.000'den 880.000'e gerilediğini ve bu sene sonu itibariyle de 800.000'in altına inerek, 2011 yılı rakamlarına göre iş yükünde üçte bir oranında azalma sağlanmış olduğunu belirtmek isterim.

Önceki yıllarda hep iş yükü konusunda sorunlarımızdan bahsedilmekte ve getirilebilecek çözümlere yönelik

vizyon ve hedeflerimiz açıklanmaktaydı. Şimdi memnuniyetle ifade ediyorum ki, geçen bir yıl içinde üye, hâkim, Cumhuriyet savcısı ve personel olarak Yargıtay, her yıl biriken dosya sayısının biraz daha arttığı, inceleme sürelerinin biraz daha uzadığı tabloları artık geride bırakmıştır. Başlayan bu süreç tamamlandığında ülkemiz, makul sürede yargılamayı sonuçlandırmak bakımından önemli bir engeli aşmış olacaktır.

144 yıllık tarihe sahip Yargıtay olarak, bu güne kadar Türk Hukuku'nun ve insan haklarının gelişimine verdiğimiz katkı bundan sonra da artarak sürecektir.

İnsan haklarından taviz vermeden, hukukun üstünlüğü ilkesinin yerleşmesi ve yargı bağımsızlığının korunması hedefinden asla vazgeçmeyeceğiz. Türkiye Cumhuriyeti üzerinde yaşayan herkesin en üst düzey insan hakları standartlarına ulaşması, insanların huzur ve mutluluğunun sağlanması yolundaki en büyük gücümüz aziz milletimizden aldığımız destektir.

Sorunlarını en aza indirmiş ve uluslararası alanda çağdaşlarına örnek olacak bir yargı teşkilatının adli yıl açılışında buluşmak dileğiyle hepinize en içten sevgi ve saygılarımı sunuyorum.



2012-2013 YARGI YILI AÇILIŞ KONUŞMASI

Av. Berra BESLER (*)

Sayın Cumhurbaşkanım,

Yeni Yargı Yılı'nın açılışı nedeniyle Sayın Yargıtay Başkanı ve Yüksek Yargı Organlarının seçkin üyelerini, ülkemizin dört bir yanında yargı görevini özverili çalışmaları ile yürüten yargıç ve savcılarımızı, yargının kurucu unsuru savunmanın temsilcileri değerli meslektaşlarımı, yargı emekçilerini üstün başarı dileklerle, içtenlikle kutluyor; başta zat-ı âliniz olmak üzere 2012 - 2013 Yargı Yılı Açılış Töreni'ni onurlandıran çok değerli konuklara, yargı organlarımızın saygın temsilcilerine, değerli meslektaşlarıma, basınımızın değerli mensuplarına Türkiye Barolar Birliği adına ve kendi adıma saygılarımı sunuyorum.

Yeni adli yılın Türk yargı erki mensupları için başarılı, halkımız için adaletli ve toplumumuz için huzurlu ve verimli geçmesini diliyorum.

Bu anlamlı törende rahatsızlığı nedeniyle bulunamayan Türkiye Barolar Birliği Başkanı Sayın Av. V. Ahsen Coşar'ın yeni adli yıl için en iyi dileklerini, katılamayışından dolayı üzüntülerini ve saygılarını iletiyorum.

(*) Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı.

Sayın Cumhurbaşkanım;

Yeni bir adli yıla girerken, ülkemizde ve hukuk alanımızda olumlu gelişmelerin yanında, hep birlikte tanık olduğumuz ve yaşadığımız olumsuzlukları da ifade ederek sorunlarımızı bir kere daha bu kürsüden tekrarlamak istiyorum.

Gerek ülkemiz, gerek bölgemiz şiddetin her alanda çilginca arttığı bir dönemden geçiyor. Halkımız, bir yandan terör olaylarının neden olduğu kayıplarımızın acısını yaşarken bir yandan da yanı başımızdaki kanlı çatışmaların Türkiye'ye sıçratılmasından endişe duyuyor.

19 Haziran'da Dağlıca'da gencecik askerlerimizi yaşamdan koparan saldırıyla başlayan süreçte terör örgütünün ve onu besleyen güçlerin her zamankinden farklı bir çüretkârlık içinde olduğunu görüyoruz. Yaşananlara baktığımız zaman Şemdinli'deki çatışmalar, Foça'daki saldırı, bir tarafta milletvekili kaçırma öte tarafta milletvekilleriyle kucaklaşma olayları, Gaziantep'teki sivil katliam ve hemen her gün bir yenisine tanık olduğumuz mayınlı tuzaklar, karakollara yapılan saldırılar, yol kesmeler tehlikeli bir sürece işaret ediyor. Terör örgütü ve onu besleyen güçler Türkiye'de etnik ayrımcılık temelinde bir kutuplaşmayı derinleştirmek istiyor.

Kuşkusuz terör olaylarındaki tırmanışın nedenlerini tespit etmek, arka planını okumak ve hukuk kuralları içinde, sağduyulu, akılcı çözümler üretmek öncelikli olarak iktidarı ve muhalefetiyle siyaset kurumunun görevidir. Siyaset kurumu toplumdaki ayrışmayı besleyecek yeni gündem maddeleri yaratmak, çelişkili açıklamalar yapmak, kimi bilgileri halktan saklamak, aynı sözleri tekrar etmek, öfkelenmek ya da yakınmak yerine bütün enerjisini demokratik bir zeminde ortak bir çözüm bulmaya harca-

malıdır. Ülkemizin barışına, huzuruna, ulusal ve bölünmez bütünlüğüne yönelik bu tuzağa düşmemek, bu tuzağı bozmak siyaset kurumunun asli görevi ve boynunun borcudur. Hangi etnik kimlikten hangi inançtan olursa olsun, can ve mal güvenliği içinde, aynı ülkenin özgür ve eşit yurttaşları olarak birlikte yaşamak iradesini her fırsatta ispatlayan halkımız, siyaset kurumundan bunu beklemektedir.

Öte yandan sınır komşularımızda, hem ülkemizin huzurunu çok yakından ilgilendirmesi hem de vicdanlarımızda açtığı yaralar bakımından kayıtsız kalamayacağımız bir süreç yaşanmaktadır. Esasen hem yanı başımızda binlerce masum insanın hayatına malolan ve malolacağı da anlaşılan yangını söndürmeye katkıda bulunmanın hem de sınırlarımızda yaşanan ve halkımızı güvensizliğe iten kaostan çıkmanın sırrı; Atatürk'ün "Yurtta barış, cihanda barış" felsefesinde yatmaktadır. Barışa katkı ise ancak hukuk zemininde kalarak, evrensel hukuk kurallarını uygulayarak sağlanabilir. Çünkü hukuk herkes için huzur ve refahın, eşitliğin, güvenli yaşamın ve mutluluğun tükenmeyen kaynağıdır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Türkiye Barolar Birliği kurulduğu günden bugüne demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü, hukuk devleti kurum ve kavramlarını savunmuş, bu ilkelerin yaşama geçmesi, yerleşmesi için mücadele etmiş ve bu konuda kararlılığını sürdürmüştür ve sürdürmeye devam edecektir.

Türkiye Barolar Birliği'nin sarsılmaz bir inançla bağlı olduğu bu ilkeler, ulusumuz için de hayati bir önem taşımaktadır.

Bu yüksek değerleri yaşatmak, yaygınlaştırmak, ülkemizde yerleşmesini ve uygulanmasının devamlılığını sağlamak, kuşkusuz toplumda; her şeyin hukuk düzeni içinde gerçekleşmesini, eşitliği, huzur ve refahı, barış ve kardeşliği getirecektir.

Hukuk devleti olmanın ön şartı toplumda hukuk bilincinin yerleşmesi ve hukuka saygı duyulmasıdır. Hukuk devletinde yaşamak isteyen herkes bu konuda kendisini sorumlu ve görevli saymalı, toplumda “her şeyin hukuk düzeni içinde hayata geçmesi için oluşan ortak irade” yaşam biçimi haline gelmeli; toplum hukukun üstünlüğünü ve hukuk devletini benimsemeli, sahip çıkmalı ve korumalıdır.

Biz ülkemizde demokrasiyi, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını ilgilendiren önemli yasal düzenlemelerde benimsenen yöntemlerin, demokratik katılımçılık ve saydamlık ilkeleriyle bağdaşmasından yanayız, özlemimiz budur.

Olgunluk içinde, tartışarak, uzlaşarak, birbirimizi hırpalamadan iyi işler yapabiliriz.

Salt Meclis çoğunluğuna dayanarak yapılan düzenlemelerin sorunları çözmek yerine büyütmesinden endişe ederiz. Endişelerimizde haklı çıktığımız zaman ülkemiz adına, hukuk adına, hepimiz adına üzülmürüz.

Örneğin; eğitim alanında yeterince tartışılmadan, olgunlaştırılmadan gerçekleştirilen yasal düzenleme; açıklanan “iyileştirme” amacının aksine, daha bugünden eğitimcileri ve aileleri zor duruma sokmuş, çocuklarımızın geleceğini yani kendi geleceğimizi, toplumumuzun geleceğini doğrudan etkileyecek nitelikte sıkıntılar yaratmaya aday olmuştur.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Türkiye Barolar Birliği olarak kaldırılmasını ısrarla talep ettiğimiz Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri eliyle yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda gözlenen olgular, yargısal sorunun trajik boyutlarını açıkça ortaya koymaktadır.

3. Yargı Paketi olarak anılan kanunla; kaldırıldığı kamuoyuna açıklanan ancak “ellerindeki dava dosyaları sonuçlanıncaya kadar görevlerini sürdürecektir” özel yetkili ağır ceza mahkemeleri aslında kaldırılmamış, yeni özel mahkemeler kurulmuş, demokrasilerde ve hukuk alanında rastlanmayacak şekilde üçlü yargı sistemi oluşturulmuştur. Bugün iktidarı ve muhalefetiyle, siyaset kurumu da içinde olmak üzere özel yetkili mahkemelerin uygulamalarından rahatsızlık duymayan yoktur. Biz haklı çıkmak istemiyoruz. Yeni mağduriyetler yaşanmadan, bir an önce özel yetkili mahkemeler tamamen kaldırılmalı, Terörle Mücadele Kanunu da yeniden düzenlenmelidir.

Ceza hukuku alanında, yargı ve hukuk güvenilirliğini zedeleyen, devlet lehine eşitsizlik ve dengesizlik yaratan; özel yetkili mahkemeler gibi kurumların, Terörle Mücadele Kanunu'nun, tutuklama gibi tedbirlere ilişkin uygulama çarpıklıklarının özünde olduğu gibi korunması tercih edilirken; bu dengesizlik daha da büyümüştür. Öte yandan yargı paketi kapsamında; demokratik ve etik olmayan yöntemlerle ve tartışılmaksızın yasalaştırılan “kişilere ve olaylara özel af - toplu af” nitelikli düzenleme, ceza adaletini olduğu gibi kamu vicdanını da derinden yaralamıştır.

İcra hukuku alanındaki kimi düzenlemelerle alacaklı ve borçlu arasında korunması gereken hak ve çıkar dengesi alacaklı aleyhine bozulmakta, cebri icra güvencesi etkisizleşmekte, hak sahipleri zorlanarak eşitlik ilkesi ze-

delenmektedir.

İdare hukuku alanındaki düzenlemelerle, “güçlü idarenin her türlü eylem ve işleminin denetlenmesi yoluyla, güçsüz bireyin hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması” amacının aksine, bireylerin etkili başvuru hakkı ihlal edilmektedir.

Genel olarak getirilen düzenlemelerle, başta “özgürlük ve güvenlik hakkı”, “adil yargılanma hakkı”, “özel yaşamın korunması hakkı”, “ifade özgürlüğü” ve “etkili başvuru hakkı” olmak üzere en temel hak ve özgürlükler daha da zayıflatılmıştır.

Sayın Cumhurbaşkanım;

Toplum hayatı geliştikçe, toplumun ihtiyaçları da artmakta ve bu durum hukuk alanında da kendisini göstermekte, yazılı hukuk kuralları çoğalmakta ve hukuk alanı genişlemekte, çoğu zaman da karmaşık bir hale dönüşmektedir.

Yasa, kural, karar ve yazılı kaynak yoğunluğu; bir hukukçu için asıl olan hukuki problemleri teşhis ve tespit etmek ve doğru çözümler bulmak hedefini yakalamakta bazı zorlanmalara sebebiyet vermektedir.

Son yıllarda temel yasalarda hızla değişiklikler yapılmıştır. Bu hızlı değişikliklerin hukuk uygulayıcıları olan hakim, savcı ve avukatlar bakımından takibi elbette görevlerinin gereğidir. Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Kanunu’nu ile başlayan köklü değişiklikler; Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu ile devam etmiştir.

Çağın gereklerine, toplumun ihtiyaçlarına cevap veremez hale gelen yasalarda yapılması gereken; uygulamayı

da dikkate alarak bilimsel verilerin ışığında değiştirilmeleri, toplumun ihtiyaçlarını karşılayacak hale getirilmeleridir.

Yapılan yeniliklerde pek çok olumlu sonuçlar elde edilmiş olmakla birlikte yeni yasaların uygulamaları daha yerleşmeden, hatta bunlar yürürlüğe girmeden üzerlerinde emsaline rastlanmayacak şekilde arka arkaya değişiklikler yapılmasını anlamak mümkün değildir. Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda sürekli yapılan değişikliklerin yanında; yeni Türk Ticaret Kanunu'nda daha yürürlüğe girmeden 51 maddede değişiklik yapılmış ve HMK 3. maddesi hakkında Anayasa Mahkemesi iptal kararı vermiştir.

Uygulamada sıkıntı yaratan başka bir husus da, komisyonlarda tarih itibarıyla hemen hemen aynı zamanlarda görüşülen Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nda, usule ilişkin hükümler arasındaki çelişkilerdir. Usul hükümlerinde uyum sağlanarak bu çelişkilerin bir an önce giderilmesi önemli ve gereklidir.

Öte yandan özellikle HMK uygulamasında, dava harçlarının yanında tebligat giderleri dışındaki yargılama giderlerinin peşin olarak alınması, halkın yargıya başvurarak hakkını araması önünde önemli bir engel teşkil etmektedir. Adliye koridorlarında yargıya başvurmanın ne kadar pahalı olduğunu öğrenen vatandaşların geri dönüp gitmelerine tanık olduğumuzu bilmenizi istiyor ve bu duruma acil bir çözüm bulunmasını diliyoruz. Adalete erişim bu denli pahalı olmamalı, vatandaşa kendi hakkını kendi elde etme yolları açılmamalıdır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Hukuk devletinin en önemli özelliği olan yargı bağımsızlığının, çağdaş toplumlara katkılarının en başında; Anayasa ve yasalarla güvence altına alınan, uluslararası bazı hukuk metinlerinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan ve temel hak olarak kabul gören “Adil Yargılanma Hakkı” gelir.

Hem Anayasamızda, hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde düzenlenen adil yargılanma hakkı bağlamında davaların makul süre içinde görülüp karara bağlanmaları çok önemlidir.

Yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin “adil yargılanma hakkı” başlıklı 6. maddesinin 3/a-b maddesi hükmüne göre her sanığa; “kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda ve ayrıntılı biçimde haberdar edilmek, savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak” hakkı tanınmıştır.

Silahların eşitliği ilkesi, savcının delillere eriştiği anda savunmanın da delillere erişmesini emreder. Türkiye uygulamasında avukat, dosyaya ve delillere bırakın soruşturma aşamasını, kimi davalarda kovuşturma aşamasında dahi erişmekte güçlük çekmekte ve hatta tam anlamıyla erişememektedir.

Adil yargılanma ile silahların eşitliği ilkelerine göre, yargının üç kurucu unsuru arasında bulunması gereken tarafsızlık, eşitlik ve demokratik işleyişin sağlanması ve yargının kurucu unsurlarının temsilcileri olan hakim, savcı ve avukatların eşit muhataplar olarak kabul görmesi gerekir.

Doğru ve güvenli yargılanma hakkının uygulanması; korunması, güçlendirilmesi, geliştirilmesi, elbette bağımsız

mahkemelerin, tarafsız yargıçların, Cumhuriyetin savcılarının, görevinin sorumluluğunu bilen, bilgili, yürekli, bağımsız avukatların varlığına bağlıdır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Üzülerek söylemek zorundayım ki uzun süren yargılamalar, mahkemelerce bir istisna olarak uygulanması gereken tutuklamaların alışkanlığa dönüşmesi, endişe verici boyutlara ulaşmıştır ve önemli mağduriyetlere neden olmaktadır.

Öteden beri var olan halkın yargıya güven duygularını sarsan hukuka aykırı uygulamalar artarak devam etmekte, hukuk bilimi ve hukukun kuralları acımasızca aşındırılmakta, toplum, hukukun güvencesinden yoksun bırakılarak korku ortamına itilmektedir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin "Başlangıç" kısmında yer alan "Çağdaş anlamda özgür bir toplumdan söz edebilmek için, en başta o toplumu oluşturan insanların "Korkudan kurtulmuş olmaları" gerektiği vurgusu artık unutulmuştur.

Korku toplumu, hukuk devleti ve insan hakları gibi kavramlar için değil, totaliter ve otoriter yönetimler için elverişli bir ortam oluşturur.

Son yıllarda hukuk ihlali niteliği açık olan arama ve el koymaların-yakalama ve gözaltına almaların -tutuklamaların- iletişimin izlenmesi ve denetlenmesinin toplumda yarattığı korkuyu hiç kimse inkâr edemez ve içine sindiremez.

Kuşkusuz herkes yargı önüne çıkabilir. Suç varsa ceza da vardır. Ancak bu sonuca ulaşabilmek için Anayasamızda, kanunlarımızda ve tarafı olduğumuz Avrupa İnsan

Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma ilkelerine uygun olarak; yargılamanın başlayıp makul süre içerisinde sonuçlanması gerekir. Uzayan tutuklamalar, sonuçlanamayan davalar insan hakları ihlallerini ve hukuka aykırılıkları beraberinde getirmektedir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Sağlıklı ve huzurlu bir yargı düzeni, çağdaş demokrasinin ön koşuludur. Böyle bir yargı düzeni kurulmamışsa veya mevcut yargı düzeni bu işlevinden uzaklaştırılıyorsa, avukatlar savunma yapamıyorlarsa, duruşmalardan çıkarılıyorlarsa, duruşma salonlarında müdafilerle sanıklar arasına bugüne kadar hiç rastlanmayan bir uygulamayla barikatlar kuruluyorsa "Hukuk Devleti, İnsan Hakları, Demokrasi" güvenceden yoksun bırakılıyor, halkın hukuka olan güven duyguları sarsılıyor ve halk hukuk güvencesinden yararlanamıyor demektir.

Hukuk devletinin yaşamsal özelliği yargı bağımsızlığı ve yargıç tarafsızlığıdır. Devletimizin kurtarıcısı ve kurucusu Mustafa Kemal Atatürk'ün 1920 yılında yaptığı bir konuşmada belirttiği gibi, "Ulusun yargı hakkı bağımsızlığının birinci koşuludur. Adalet kuvveti bağımsız olmayan bir ulusun devlet olarak varlığı kabul edilemez" düşünceleri her zaman göz önünde tutulması gereken bir ilkeyi yansıtmaktadır.

Yargı bağımsızlığının en önemli özelliği de savunma ve savunmanın özgürce yapılabilmesidir.

Anayasamızın 2. maddesinde de belirtilen insan haklarına saygılı, demokratik hukuk devletinin en önemli göstergelerinden biri, savunmaya verilen değerdir. Bu nedenle savunmayı temsil eden avukatların önemi; sadece avukatlık mesleği bakımından değil, adil yargılanma, adaletin

gerçekleşmesi ve kamu yararı ile de doğrudan bir bağ içinde olup yargının bağımsızlığı savunma ile değer ve anlam kazanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere, güçlü ve bağımsız savunma mesleği, hukukun üstünlüğünün, hukuk devletinin, hukuksal uzlaşmanın, adil yargılanma duygusunun ve toplumsal barışın güvencesi olup, bu değerler ancak savunmayı temsil eden bağımsız avukatlarla teminat altına alınabilir.

Üzülerek belirtmeliyiz ki günlük çalışma koşulları içerisinde yeterli güvenceden yoksun olan, adliye ve özel yetkili mahkeme koridorlarında dahi tehdit ve baskılarla karşılaşan, yazıhanelerinde ve görevleri sırasında saldırıya uğrayan, yaralanan, dayak yiyen, öldürülen avukatlar, temel işlevleri olan savunma görevleri nedeniyle “Terörle Mücadele Kanunu” kapsamında ve hatta “Adil Yargılamayı Teşebbüs” suçlamasıyla keyfi olarak suçlanabilmektedir.

“Avukatlık onurunun ve meslek düzeninin korunmasını, mesleğin adalet amaçlarına uygun olarak bağlılık ve onurla yapılmasını sağlamak” ile görevli baroları işlevsiz bırakmaya, savunmayı ve halkın hak arama özgürlüklerini kısıtlamaya yönelik girişimler karşısında “savunmayı savunmak” zorunda bırakılmamız acı gerçektir.

Baro başkanları, baro yönetim kurulu üyeleri ve avukatlar, ulusal ve uluslararası düzenlemelere aykırı olarak ve asla kabul edemeyeceğimiz şekilde;

- Savunma kapsamındaki ifadelerin suç olduğu iddiası ile ceza soruşturmaları ile karşı karşıya kalmakta,
- Avukatlık Kanunu’na aykırı olarak şüpheli sıfatıyla ifade ve sorguya çağrılmakta,

• Savunma görevini yapmakta olan meslektaşlarımız mesleklerini icra etmek istedikleri için duruşma salonundan çıkarılmakta, atılmaktadırlar.

Bu süreçte yaşadığımız olumsuzluklar zincirinin bir başka halkası da; Türkiye Barolar Birliği Genel Kurul yapısını; avukatın bağımsızlığı ilkesi, savunma hakkı ve savunma mesleği ile bağdaşmayacak bir şekilde değiştirme girişimidir.

Avukatlık Kanunu'nun 43 yıldır hiçbir itiraza uğramadan uygulanarak kurumsallaşan 114. maddesini değiştirmeyi öngören yasa teklifi, 4 Temmuz 2012 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sunulmuş ancak bu teklifte demokratik bir gereklilik veya bir anayasa zorunluluğu ileri sürülmemiş, bugüne kadar uygulamada rastlanan bir hukuksal ya da fiili olumsuzluğa işaret edilmemiştir.

Bir yasanın hazırlanmasında veya bir yasada değişiklik yapılmasında dikkate alınması gereken normlar; Anayasa'nın üstünlüğü esasına göre Anayasa hükümleri ve Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararları ve uluslararası sözleşmelerdir.

• Ülkemizde yasalarla çözüm bekleyen pek çok hukuksal sorun varken,

• Anayasa Mahkemesi'nin Avukatlık Kanunu'nda "sınavı iptal eden yasayı iptal eden 2007/16-E, 2009/147-S, 15.10.2009 tarihli kararı" üzerine avukatlık mesleğine girişte mesleğe kalite kazandıracak kuşkusuz olan "avukatlık stajı ve sınav" ile ilgili çağdaş bir yasal düzenlemeye duyulan ihtiyaç öncelik taşıırken,

• TBB'nin Avukatlık Kanunu'nda değişiklik yapılmasını düşündüğü hususlarla ilgili çalışmalarının halen devam etmekte olduğu ve bu çalışmalar içinde Avukatlık

Kanunu'nun TBB Genel Kurul yapısına ilişkin 114. maddesi ile ilgili yeni bir düzenlemeye yer verilmediği bilinmekteyken,

- Türkiye'deki bütün baroları ilgilendiren ve TBB Genel Kurulu'nun yapısını tamamen değiştirmeyi öngören, demokrasideki orantılılık ilkesine de aykırı olarak hazırlanan teklifin; Türkiye Barolar Birliği'ne sorulmadan, bu konudaki görüşüne başvurulmadan, baro seçimlerinin arifesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin tatile girdiği gün Meclis Başkanlığı'na sunulması çok dikkat çekicidir.

Demokrasi kurallarına, demokratik hukuk devleti, temsilde adalet ve avukatın bağımsızlığı ilkelerine, Anayasa'nın 2, 10, 67 ve 135. maddelerine, Anayasa Mahkemesi kararlarına, A.İ.H. Sözleşmesi Ek Protokol 1- 3. maddesine, AİHM kararlarına, savunma hakkının özüne tamamen aykırı olarak Meclis Başkanlığı'na sunulmuş bulunan teklifin derhal geri çekilmesi beklenmektedir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda acil olarak değiştirilmesini istediğimiz husus, Sayın Meclis Başkanımızın da bilgilerinde olduğu gibi, bir süre sonra sunacağımız değişiklik önerilerinde görüleceği üzere, sadece stajla ve sınavla ilgili hükümlerdir.

Özet olarak; burada da ifade edelim ki bu değişiklikler;

- Çağdaş ülkelerde olduğu gibi avukatlık stajına kabulde ve avukatlık mesleğine kabul sırasında adayların iki ayrı sınava tabi tutulmaları,

- Stajın kurumsal bir yapı içinde uygulamalı olarak yapılması,

- Mesleğimizin önemine, ciddiyetine uygun, eğitimde

fırsat eşitliğini sağlayacak bir eğitim programının hayata geçirilmesi,

- Staj süresinin iki yıl olarak belirlenmesi ile ilgili öneriler olacaktır.

Meslektaşlarımız yıllardır bu değişikliklerin gerçekleşmesini istemektedir. Barolarımız bu konuda fikir birliği içinde olup detaylar üzerinde çalışmalarımız devam etmektedir. Bu aşamada Avukatlık Kanunu'nda acil olarak değiştirilmesi düşünülen başka bir husus yoktur.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Ülkemizin gündeminde yer alan “yeni anayasa” çalışmalarını hakkındaki görüşlerimizi de kısaca dile getirmek istiyorum.

- Türkiye Cumhuriyeti Devleti; insan haklarına saygılı, üniter, demokratik, laik, sosyal bir hukuk devletidir. Yürürlükteki anayasanın ilk üç maddesinde anlamını bulan Türkiye Cumhuriyeti'nin kurucu felsefesi aynen korunmalıdır.

- Kuvvetler ayrılığı ilkesindeki dengeler tesis edilmeli, Parlamenter sistem muhafaza edilmelidir. Başkanlık veya yarı başkanlık, tamamen karşı olduğumuz, ülkemiz için yarar sağlamayacağına inandığımız bir sistemdir.

Yeni Anayasa'da;

- Adalet Bakanlığının yargı üzerindeki etkinliği giderilmelidir.

- Yargıç-savcı birlikteliğine son verilmeli, “silahların eşitliği” ilkesi yaşama geçirilmelidir.

- Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu; Hakimler

Yüksek Kurulu ve Savcılar Yüksek Kurulu olarak yeniden yapılandırılmalı, yargının kurucu unsuru olan savunmanın temsilcisi avukatlar her iki kurulda da yer almalı, yürütme erkinin bir birimi olan Adalet Bakanı ve müsteşarı bu kurullarda bulunmamalıdır.

• Barolara ve savunma makamına yeni anayasanın yargı ile ilgili bölümünde yer verilmeli; savunmanın temsilcisi avukatların, baroların ve Türkiye Barolar Birliği'nin bağımsızlığı anayasal güvence altına alınmalıdır.

Esasen, Türkiye Barolar Birliği'nin anayasa çalışmaları arasında en son "2007 Anayasa Önerisi" bulunmaktadır. Bu anayasa önerisi; özgürlükler alanını genişleten, kişiler için yeni özgürlükler ve haklar getiren nitelikleriyle sivil ve özgün bir anayasa önerisidir.

Türkiye Barolar Birliği'nin "2007 Anayasa Önerisi" ile ortaya koymuş bulunduğu görüşler geçerliliğini bugün de korumaktadır.

Bu öneri, önceki başkanlarımızdan Sayın Av. Özdemir Özok'un Anayasa Önerisi'nin 4. Basımının ön sözünde belirttiği gibi "renksiz" bir anayasa değildir. Zira renksiz bir anayasa arkasına neyi koyarsanız onun rengini yansıtır.

Oysa yirminci yüzyılın başlarında büyük bir mücadele sonunda kurulmuş Türkiye Cumhuriyeti, Atatürk milliyetçiliğini benimsemiş, insancıl ve barışsever, üniter bir devlet olmanın yanında demokrasinin alt yapısını teşkil eden laiklik ve bunu sağlayacak laik eğitim, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğünü özümsemiş bir ülkedir.

Onun kurucu lideri, "akıl ve bilim" in rehberliğini "mirasçılara" tek yol olarak göstermiştir.

Bu nedenle Türkiye Barolar Birliği'nin, bizim Anayasamızın tek bir rengi vardır ve bu renk "Cumhuriyetimizin temel ilkeleri"dir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Türkiye Barolar Birliği, bugün de tekrar ettiğim ilkeleri doğrultusunda yoluna devam edecektir.

Dileğimiz; her zaman Atatürk ilke ve devrimlerinin aydınlattığı, akıl ve bilimin egemen olduğu, insan hakları ihlallerinin yaşanmadığı, herkesin kendisini özgürce ifade edebildiği, temel hak ve özgürlüklerin kişisel ve kurumsal olarak yaşama geçtiği, tüm yurttaşlarımızın hukuk güvenliğinden yararlandığı, barış, kardeşlik ve huzurun yaşandığı, korkunun söz konusu olmayacağı güzel Türkiye'mizde; demokratik, laik, sosyal hukuk devletinin evrensel değerlerini yaşama geçirerek; hep birlikte sağlık ve mutluluk içinde yaşayabilmektir.

2012 – 2013 Yargı Yılı'nın başarılarla dolu ve adil bir yıl olmasını dileyerek, Türkiye Barolar Birliği adına teşekkürlerimi ve saygılarımı sunarım.



**BASIN YAYIN YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARIN
ERTELENMESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMENİN
AIHM İÇTİHATLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**

Dr. Özcan ÖZBEY ()*

ANLATIM DÜZENİ: GİRİŞ, **A-** 6352 SAYILI KANUN İLE YAPILAN DÜZENLEME, **B.** AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ İŞIĞINDA KONUNUN İNCELENMESİ, **1.** Genel Olarak, **2.** Düşünce ve Kanaat Açıklamasının Sınırları ve Koşulları, **a.** Kısıtlamanın Yasayla Öngörülmesi, **b.** Kısıtlamanın Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygun Olması, **c.** Kısıtlamanın Meşru Bir Amacının Bulunması, **3.** Düşünce ve Kanaat Açıklaması Kapsamında Değerlendirilemeyecek Durumlar, **a.** Ulusal Güvenlik, Toprak Bütünlüğü ve Kamu Emniyetinin Korunması, **b.** Kamu Düzeninin Sağlanması ve Suç İşlenmesinin Önlenmesi, **c.** Sağlığın veya Ahlakın Korunması, **d.** Başkalarının Şöhret ve Haklarının Korunması, **e.** Gizli Bilgilerin Yayılmasının Önlenmesi veya Yargı Gücünün Otorite ve Tarafsızlığının Korunması, SONUÇ, KAYNAKÇA

(*) *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Tetkik Hâkimi.*

GİRİŞ

02.07.2012 tarihinde kabul edilen ve 05.06.2012 tarihli Resmi Gazete ile yayınlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanunun "Dava ve Cezaların Ertelenmesi" başlıklı Geçici 1. Maddesi ile düşünce ve kanaatin, gerek basın ve yayın yoluyla gerekse sair yöntemlerle açıklanması sonucunda işlenen suçların soruşturulması, kovuşturulması ve kesinleşmiş hüküm niteliğinde olsa da infazının ertelenmesine ilişkin yeni bir düzenleme getirilmiştir.

Açıkça yazılmamış olsa da maddenin ikinci ve devam eden fıkralarında bu tür suçlar için bir çeşit şartlı özel affın amaçlandığı görülmektedir. Ancak, getirilmiş olan bu düzenlemenin yeterince açık olmaması, hangi suçların madde kapsamına girdiğinin anlaşılmaması karşısında, işin çözümü yine uygulayıcıların yani hakim ve savcılarının yorumuna bırakılmıştır. Bundan dolayı ülke genelinde birçok mahkeme farklı değerlendirmelere girmiş, aynı olayda bir mahkeme tahliye kararı verip davayı ertelerken, diğer bir mahkeme tam tersini yapıp suçu anılan madde ile ilgili görmemiştir. Özellikle ne tür düşünce açıklamalarının korunması gerektiği ve bu düzenlemeden yararlanılabileceği hususu tartışılır olmuştur.

Uygulamada doğrudan ya da dolaylı olarak düşüncenin açıklanması suretiyle gerçekleşen tüm suçların mı yoksa hukuk zemininde korunabilecek suçların mı bu düzenleme kapsamında değerlendirmesi gerektiği sorun olarak tartışılmaktadır.

Dolayısıyla, söz konusu düzenlemenin nasıl yorumlanması gerektiğinin, gerek madde metninde, gerekse uluslararası sözleşmeler ve mahkeme içtihatları ışığında incelenerek, açıklanması zorunluluğu doğmuştur.

Bu makalede, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10/2. maddesi ışığında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile ifade özgürlüğünün hangi hallerde kısıtlanması gerektiği ve ne tür durumlarda ifadenin korunmaya değer olamayacağı değerlendirilerek, bu bağlamda anılan düzenlemeden faydalanamayacak suçların tespitine ve temel ilkelerin ortaya konulmasına çalışılacaktır.

A- 6352 SAYILI KANUN İLE YAPILAN DÜZENLEME

02.07.2012 tarihinde kabul edilen ve 05.06.2012 tarihli Resmi Gazete ile yayınlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanunun "Dava ve Cezaların Ertelenmesi" başlıklı Geçici 1. Maddesi şu düzenlemeye yer vermiştir:

"1) 31.12.2011 tarihine kadar, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup; temel şekli itibarıyla adli para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı;

a) Soruşturma evresinde, 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesindeki şartlar aranmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesine,

b) Kovuşturma evresinde, kovuşturmanın ertelenmesine,

c) Kesinleşmiş olan mahkûmiyet hükmünün infazının ertelenmesine,

Karar verilir.

2) Hakkında kamu davasının açılmasının veya kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilen kişinin, erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde birinci fıkra kap-

samına giren yeni bir suç işlememesi hâlinde, kovuşturmayaya yer olmadığı veya düşme kararı verilir. Bu süre zarfında birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlenmesi hâlinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümle cezaya mahkûm olduğu takdirde, ertelenen soruşturma veya kovuşturmayaya devam olunur.

3) Mahkûmiyet hükmünün infazı ertelenen kişi hakkında bu mahkûmiyete bağlı olarak herhangi bir hak yoksunluğu doğmaz. Ancak bu kişinin, erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlemesi hâlinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümle cezaya mahkûm olduğu takdirde, ertelenen mahkûmiyet hükmüne bağlı hukuki sonuçlar kişi üzerinde doğar ve ceza infaz olunur.

4) Bu madde hükümlerine göre cezanın infazının ertelenmesi hâlinde erteleme süresince ceza zamanaşımı durur; kamu davasının açılmasının veya kovuşturmanın ertelenmesi hâlinde, erteleme süresince dava zamanaşımı ve dava süreleri durur.

5) Birinci fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmiş olması hâlinde dahi, bu madde hükümleri uygulanır.

6) Birinci fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı verilmiş mahkûmiyet hükmünün infazının tamamlanmış olması hâlinde bu mahkûmiyet hükmüne bağlı yasaklanmış hakların 25.5.2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanununun 13/A maddesindeki şartlar aranmaksızın geri verilmesine karar verilir.

7) Bu madde hükümlerine göre verilen kamu davasının açılmasının, kovuşturmanın veya cezanın infazının erte-

lenmesi kararları adli sicilde bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi hâlinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

8) Bu madde hükümlerine göre kamu davasının açılmasının, kovuşturmanın veya cezanın infazının ertelenmesi kararlarının verildiği hâllerde, bu suçlar 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun erteleme ve tekerrüre ilişkin hükümlerinin uygulanmasında göz önünde bulundurulmaz” şeklinde düzenlenmiş olup,

Maddeye ilişkin “Komisyon Raporu”nda da;

“Temel hak ve hürriyetlerden kabul edilen ifade ve basın özgürlüğü, çoğulcu demokrasilerde vazgeçilmez ve devredilemez bir hak olarak kabul edilmektedir. İleri demokrasilerin "olmazsa olmaz şartı" olan ifade ve basın hürriyeti, birçok hak ve hürriyetin temeli, kişisel ve toplumsal gelişmenin kaynağı olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle, ifade hürriyeti, birçok uluslararası belgeye konu olmuş, Anayasamızda da ayrıntılı düzenlemelere tâbi tutulmuştur. Bu özgürlüğün kullanım araçlarından biri de basın yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıdır. Bu araçların, amacına uygun olarak işlevlerini yerine getirmeleri bakımından korunmaları demokratik toplumlarda asıl olup, bu anlamda basın ve yayın özgürlüğü önündeki engeller kaldırılarak ve güvenceler sağlanarak, haber ve düşüncüyü özgür kılmak hedeflenmektedir. Bu nedenle, basın yayın yoluyla işlenen suçlara ilişkin dava ve cezaların infazının ertelenmesine ilişkin bazı düzenlemeler yapılması toplumsal barışın sağlanması ve sürdürülmesi bakımından büyük bir önem taşımaktadır.

Tasarıyla, 31 Aralık 2011 tarihine kadar basın yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle

le işlenmiş olup; adli para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı; kamu davasının açılmasının, kovuşturmanın veya kesinleşmiş olan mahkûmiyet hükümlerinin infazının ertelenmesi imkânı getirilmektedir” biçimindeki düşüncelere yer verilmiştir.

Yasa koyucunun, maddenin birinci fıkrasındaki “yöntem” sözcüğünü bilinçli bir tercih olarak kullandığı, bu bağlamda düşünceyi açıklama yönteminin hukuk zemininde korunan, ahlaka uygun ve olağan yöntemlerden olması gerektiği kanaatindeyiz. Örneğin hakaret ve tehdit ya da teşhircilik gibi suçların, ayrıca mala zarar verme suçunu da oluşturabilecek olan duvarlara yazı yazılmasının, terör örgütünün çağrısı üzerine toplanan kalabalığa hitap edilirken ya da örgüt adına yayın yapan basın ve yayın organlarında yapılan ve şiddete teşvik edici nitelikteki düşünce açıklamalarının bu kapsamda değerlendirilmemesi gerekmektedir. Aksi bir yorum, gerek TCK gerekse Terörle Mücadele Kanunu gibi özel kanunlar çerçevesinde işlenen ve hukuk düzeni ile çatışan birçok suçun madde bağlamında değerlendirmesi sonucunu doğuracaktır ki, böyle bir sonuç kamu vicdanını yaralayacağı gibi, hukuki bir yaklaşım olarak da yorumlanamayacaktır.

Buna göre, bu düzenleme nedeniyle her bir dosyanın özel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin 3713 sayılı Kanundan kaynaklanan bir suçun söz konusu olması halinde bile, düşünce; terör örgütüne ait olmayan bir araç ile veya bir emir komuta zinciri içinde olmaksızın açıklanmış ise, failin durumunun bu düzenleme kapsamında değerlendirilmesi olanaklıdır.

**B. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ İŞİĞİN-
DA KONUNUN İNCELENMESİ****1. Genel Olarak**

Düşünce açıklamaları sonucunda gerçekleşen hangi suçların bu Yasadan yararlanacağı, AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan sınırlamalar ve AİHM içtihatları çerçevesinde ele alınmalıdır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesi ifade özgürlüğünü şu şekilde düzenlemektedir:

“1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”

İnsan haklarının başında gelen düşünce açıklaması ya da bir başka deyişle ifade özgürlüğü, düşüncenin korunmasını amaçlamaktadır. Düşünce ise “bir şey, kimse, olay veya sorun hakkında zihinsel olarak hüküm kurmak, görüş sahibi olmak, vaziyet olmak, değerlendirmede veya

mütalaada bulunmak ve bunları dış dünyaya söz, yazı, resim vb. gibi araçlarla yansıtmaktır.”¹

İfade özgürlüğü, “Düşünceyi söz, yazı ya da başka vasıtalarla başkalarına aktarabilme, anlatabilme, yayabilme ve onları kendi düşünce ve inançlarının doğruluğuna ikna edebilme, inandırabilme, tercihleri doğrultusunda tutum ve davranışlarda bulunabilme hakkı”² şeklinde nitelendirilebileceği gibi, “Bir düşünce, inanç, kanaat, tutum veya duygunun barışçı yoldan açığa vurulmasının veya dış dünyada ifade edilmesinin serbest olması” şeklinde de ifade edilebilir. Bundan da anlaşılabilceği gibi, birer özgürlük kullanma biçimi olarak korunması gereken pek çok ifade ve izhar biçimi vardır.³

Bireyler düşüncelerini ifade edebilme açısından çok sayıda ve çeşitte ifade imkan ve araçlarına sahiptirler. Kişiler düşüncelerini ifade kapsamında, dile getirme, savunma, anlatma, tanıtma, ilan etme, eleştirme, reddetme, çağrıda bulunma, karşı çağrıda bulunma, ikna etme, açıklama, yayma, yayımlama, benimsetmeye çalışma, propaganda ve bir düşünce için mücadele yapma, yazma, konuşma, görüntü, resim, oyun, sinema, tiyatro, miting, örnekleme vb. ifade araçlarından yararlanabilirler. Sözlü ifade bireysel ifadenin en asli unsuru olan konuşulan söz olabileceği gibi, terennüm ve marş söyleme şeklinde de olabilir. Ayrıca, ses dalgaları yoluyla ifade yanında, elektromanyetik dalgalar (plaklar, audio- kasetler, telefon vb.)

- 1 Öztürk, Bahri – Erdem, Mustafa Ruhan, “Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku”, Bası 11, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 130.
- 2 Tanör, Bülent, “Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası”, Öncü Kitabevi, İstanbul, 1969, s. 27.
- 3 Erdoğan, Mustafa, “Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif”, Liberal Düşünce Topluluğu, e-dergi, S. 24, <http://www.liberal-dt.org.tr/dergiler/ldsaiy24/2402.htm>, Erişim: 12.01.2010.

da düşünceyi ifade araçlarıdır. İfade, gizli simge, resim ve çizimlerle de olabilir. Ayrıca, el ve daktilo ve bilgisayarla yazılmış tüm belgeler, el ilanları, pankartlar, mektuplar vb ifade araçlarının yanında elektronik aktarım biçimleriyle yapılan, düşünce aktarımları da muhatapta yazılı bir biçimde algılanabildiği takdirde ifade kapsamında değerlendirilmektedir.⁴

İfade özgürlüğü, özgür bir birey olmanın ve özgür bir topluma sahip bulunmanın en önemli öğelerinden biridir. Ama özgür ülkelerde bile bütün ifadeler özgür değildir. İfade özgürlüğü geleneği olan ülkelerde yasa koyucular, hakimler, savcılar ve vatandaşlar sık sık hangi ifadenin korunması gerektiği, hangisinin cezalandırılabileceği, ifade özgürlüğünü neyin haklı kıldığı ve ifade özgürlüğünün diğer haklara karşı nasıl dengelenebileceği sorunlarıyla karşı karşıya kalırlar. Çünkü cevaplar siyasi, dini ve kültürel değerlendirmeleri davet eder.⁵

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), düşünceyi açıklama özgürlüğünü, demokratik toplumların ilerlemesi ve her ferdin gelişimi için temel koşullardan birini oluşturduğu şeklinde nitelendirmiştir.⁶

4 Küçük, Adnan, "İfade Hürriyetinin Unsurları", Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, Ankara, Eylül 2003, s. 70.

5 Trager, Robert-Dickerson, Donna L. "21. Yüzyılda İfade Hürriyeti", Liberal Düşünce Topluluğu Yayınevi, Ankara, 2003, s.16.

6 Skalka/Polonya davası, Kar. No: 3692, Başvuru No: 43425/98, K.T: 27.05.2003, kararı Türkçeye çeviren: Emine Karacaoğlu, metin için bkz. <https://aih.m.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=3692>, 20.08.2012. Ayrıca bkz. 5493/72 ve 7.12.1976 tarihli Handyside/İngiltere Kararı, Série A, n° 24, paragraf 49, "Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesine İlişkin İçtihat", Avrupa Konseyi, (Fransızcadan Çeviren: Durmuş Tezcan), Etki Yayıncılık, İzmir, 2002, s. 7.; ayrıca Handyside/İngiltere, 5493/72, 07.12.1976, kararın Türkçe çevirisi için Bkz. Doğru, Osman, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları", Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s. 158-177.

Diğer yandan, demokratik bir ülkede ifade özgürlüğü kadar ifadenin sınırlarının olması da doğal karşılanmalıdır. Ancak bu sınırlamanın sınırları da açıkça çizilmelidir. Çünkü ifade özgürlüğünün sınırlandırılması, diğer birçok özgürlüğün dolaylı olarak sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır.

2. Düşünce ve Kanaat Açıklamasının Sınırları ve Koşulları

İfade özgürlüğü; bilgi edinme, kanaat ve açıklama özgürlükleri/bileşenleriyle birlikte hukukun norm alanında yerini alır. Böyle bir ortamın oluşturulması ve sürdürülmesi de hukukun temel işlevlerindedir.⁷

“Sınırsız özgürlük” anlayışı felsefi anlamda ileri sürülebilse de bu görüşün örgütlü siyasal toplumda kuşkusuz ki geçerliliği bulunmamaktadır.⁸ Bu nedenle de demokratik rejimlerde çoğulculuk ilkesine uygun, tek-doğru anlayışından uzak, takdir alanının sınırları çizilmiş olarak devlet, nesnel ölçü ve nedenlere dayanarak ifade özgürlüğünü sınırlandırabilir.⁹ Ancak bu sınırlamada dikkate alınması gereken diğer bir husus da uluslararası sözleşmelerle çerçevesi çizilmiş meşru sınırların aşılmamasıdır.

Bu noktada karşımıza çıkan en etkili sözleşme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 10. maddesi ifade özgürlüğüne iliş-

7 Küçük, a.g.e., s. 33.

8 Alacakaptan, Uğur, "Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar-Türk Uygulaması ve Değerlendirmesi", Hukuk Kurultayı 2000, C. 2, Ankara, s. 7.

9 Tanör, age., s.52 vd; Korkmaz, Ömer, "Düşünce Özgürlüğü ve Sınırları", yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2004, s. 45.

kin olup, Sözleşmenin en temel ve en önemli hükümlerinden birini içermektedir. Çünkü ifade özgürlüğü sadece kendi içinde önem taşımakla kalmaz; ayrıca, AIHS'den kaynaklanan başka hakların da korunması açısından merkezi bir rol oynar. Sözleşmenin 10. maddesi ifade özgürlüğünü iki seviyede ele almaktadır. İlk olarak, ifade özgürlüğü konusunda bir ilke ortaya konulmakta ve korunacak özgürlükler tanımlanmaktadır. İkinci seviyede ise, ifade özgürlüğüne karşı izin verilebilir müdahalelerin neler olduğu, yani bir devletin ifade özgürlüğünün kullanılmasına müdahalesinin meşru olacağı durumları sayar. İşte çalışmamızın konusunu da bu ikinci kısım oluşturmaktadır.

Görüldüğü gibi 10. maddenin ikinci fıkrası ifade özgürlüğüne karşı izin verilebilir müdahaleleri düzenlemektedir. Demokratik toplumlarda ifade özgürlüğü sınırlamalardan muaf değildir. Ancak sınırlamaların da sınırı vardır. İlk olarak, sınırlandırmalar çok sıkı denetime konu olmalıdır. Milli hukukta öngörülen sınırlandırmaların, Sözleşmenin 10. maddesinin ihlali sonucunu doğurmaması için 3 koşul taşıması gerekir. Bu koşullar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından çok katı olarak yorumlanmaktadır.¹⁰

Kısıtlamanın Sözleşmeye uygun olup olmadığının incelenmesi 10. maddenin 2. fıkrasındaki koşullar açısından yapılacaktır. Buna göre yapılan kısıtlama;

-Yasada öngörülmüş olmalıdır (hukukun üstünlüğü, keyfiliğe karşı hukuk güvencesi),

10 Bıçak, Vahit, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü" - (Avrupa Birliği Yolunda Düşünce ve İfade Özgürlüğü Uluslararası Sempozyumu'nda sunulan tebliğ) Yayın yeri: "Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti" (Editör: Bekir Berat Özipek), Liberal Düşünce Topluluğu Yayınevi. Ankara, Ağustos 2003, s. 271.

-Sınırlı sayımla belirtilen amaçlara yönelik olmalıdır,

-Aynı zamanda demokratik topluma aykırı düşmeyen ve öngörülen amaca ulaşmak için gereken ölçüde olmalıdır (gereklilik irdelemesi, diğer bir deyimle ölçülülük veya oranlılık araştırması).¹¹

AİHS'nin 10. maddesinde sayılan sınırlama kıstaslarının, Anayasamızın 'düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü' için öngördüğü sınırlama ölçütlerine büyük ölçüde uyumlu olduğu söylenebilir.¹²

Sözleşmeye uygun ifade özgürlüğü kısıtlama koşulları aşağıda açıklanmıştır.

a. Kısıtlamanın Yasayla Öngörülmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesi 2. fıkrasında belirtilen kısıtlamaların en temel koşulu, kısıtlama ve yaptırıma bağlamanın yasayla öngörülmüş olmasıdır.¹³ Bu koşul gereğince ifade özgürlüğünün kullanılmasına yapılacak her hangi bir müdahalenin ülkenin yasalarında bir temeli olması gereklidir. Kural olarak bunun anlamı, parlamento tarafından kabul edilmiş yazılı ve aeni bir yasa olmasıdır. Böyle bir kısıtlamanın mümkün olmasının gerekip gerekmediğine, ülkenin parlamentosunun karar vermesi gerekir. Örneğin, başkalarına hakaret ettiği için hüküm giyen bir gazeteci ile ilgili bir dava söz konusu

11 Gözübüyük, Şeref - Gölcüklü, Feyyaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması", 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 373.

12 Özbey, Özcan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri", 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 346 vd.

13 Koçak, Mustafa, "Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Bir Sınırlama Nedeni Olarak Cumhuriyetin Nitelikleri", Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık E- Dergi, Kasım 2003, Sayı 21, <http://www.e-akademi.org/makaleler/mkokcak-1.htm>, Erişim: 11.01.2010.

olduğunda, başkalarına hakaret etme suçu ülke yasalarında tanımlanmış olmalıdır. Ya da yayın yasağı veya bir ifadenin yayılması için kullanılan araçlara (kitap, gazete, fotoğraf makinesi vb.) el konulması kararı alındığı ve uygulandığı takdirde, bu tür tedbirlerin ülkenin hukukunda yeri olması gereklidir. Aynı şekilde bir gazete bürosu arandığında veya bir yayın istasyonunda yayın durdurulduğunda ve istasyon yayından men edildiğinde, ülke yasalarında bu tedbirlere temel olan hukuki hükümlerin bulunması gerekir.¹⁴

b. Kısıtlamanın Demokratik Toplum Düzeninin Gereklilerine Uygun Olması

AİHS'nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerindeki özgürlüklerin kullanımının sınırlandırılması "demokratik toplum düzeninin gereklilerine" aykırı olmamalıdır. O halde bu maddelerdeki özgürlüklere müdahaleyi haklı kılacak tek gereklilik tipi, "demokratik toplum"dan kaynaklanan gereklilik olabilir. Sözleşmede düşünülen tek bir siyasal model vardır, o da demokrasidir. Bu nedenle, sınırlamalar demokratik toplum düzeniyle uyumlu olmalıdır.¹⁵

Demokratik toplumun gerekleri, sınırlandırmanın kabul edilebilirliği konusunda önemli bir kriterdir. Demokratik toplum kriteri Sözleşmenin en orijinal kriteri olarak kabul edilmektedir. Bu kriter, Sözleşmenin önsözünde yer almakta ve Sözleşmenin genel yapısının önemli bir parçasını oluşturmaktadır.¹⁶

14 Macovei, Monica, "İfade Özgürlüğü", Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Strasbourg, 2001, s. 56.

15 Turhan, Mehmet, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasal Parti Kapatma Davaları", <http://www.abchukuk.com/makale/makale39.html>, Erişim 13.01.2010.

16 Bıçak, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü"..., s. 271.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 25.03.1983 tarihli “Silver ve Diğerleri/İngiltere”¹⁷ kararında sınırlandırma sorunlarına ve takdir yetkisi sınırına dair genel yaklaşımını listelemiştir. Bu karara göre:

a) “Gerekli” sıfatı, “zorunlu” sıfatıyla anlamdaş olmadığı gibi, “kabul edilebilir”, “olağan”, “yararlı”, “makul” veya “arzu edilir” gibi ifadelerin esnekliğine de sahip değildir (7.12.1976 tarihli Handyside kararı Prg. 48).

b) Sözleşmeci devletler kısıtlamalar getirirken sınırsız olmayan, belirli bir takdir alanı kullanırlar; kısıtlamaların sözleşme ile bağdaşır olup olmadığı konusunda son sözü söylemek, Mahkemenin görevidir (Prg. 49).

c) “Demokratik bir toplumda gerekli” deyimini, bir müdahalenin sözleşmeye uygun olabilmesi için, diğer şeylerle birlikte, “toplumsal ihtiyaç baskısını” karşılamak ve “işlenen meşru amaçla orantılı” olmak zorunda olduğu anlamına gelir (aynı karar Prg. 48-49).

d) Sözleşmenin güvence altına aldığı bir hakka istisna getiren hükümler dar yorumlanmalıdır. (6.9.1978 tarihli “Klass ve Diğerleri/Almanya” kararı prg.42).¹⁸

Orantısallık konusundaki karar, demokratik bir toplumu yöneten ilkelere dayanır. Bir müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olduğunun kanıtlanması için, ifade özgürlüğünün kullanılması üzerinde o spesifik kısıt-

17 Silver ve Diğerleri/Birleşik Krallık, 25.03.1983, 5947/72.

18 Kararın Türkçe metni için bkz. Doğru, Osman, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları”, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s. 571 vd.; aynı gerekçe için bkz. Kayasu /Türkiye davası, 13.11.2008, Kar. No: 10308, Başvuru No: 64119/00, (Prg. 88-89) karar metni için bkz. <https://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=10308>, e.t. 18.08.2012.

lamayı gerektirecek “acil bir sosyal ihtiyacın” varlığı konusunda Mahkeme ikna olmalıdır. “Observer ve Guardian/İngiltere” davasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 10. maddenin 2. fıkrasında taşıdığı anlam itibariyle “gerekli” sıfatını, “acil bir sosyal ihtiyacın” varlığını içerdiğini belirtmiştir.¹⁹ Buna göre, müdahalenin meşruluğunun denetlenmesinde iki koşulun yani “yasallık ve meşru amaç”ın saptaması fazla güçlük arz etmemektedir. Asıl güçlük “oranlılık (ölçülülük)” ve “takdir marjı” değerlendirmesinin ön plana çıktığı “demokratik toplumda gerekli” koşulunun irdelenmesinde ortaya çıkmaktadır. Özet olarak belirtmek gerekirse, Mahkeme bu koşul açısından yaptığı değerlendirmelerde “sıkıştıran toplumsal ihtiyaç”, bu ihtiyacı kanıtlayan “uygun ve inandırıcı yeterli gerekçe” müdahale teşkil eden “tedbirin ölçülülüğü”, “bireysel ve genel yarar arasındaki denge ve tercih” ölçütlerini dava konusu somut olaya uygulayarak bir karara varmaktadır. Önemi nedeniyle bir kez daha belirtilmeli ki “demokratik toplumda gerekli” irdelenmesinde ulusal mercilerin sadece iyi niyetle, dikkatli ve makul davranmış olmaları önemli ise de tek başına yeterli değildir. Şikayet konusu somut müdahale tedbirinin alınmasına gerekçe olarak ulusal mercilerce ileri sürülen mülahazaların meşru amaçlarla ne ölçüde örtüştüğü, (olayın tüm koşul ve özellikleri göz önünde tutularak) “haklı ve makul” nedenlerin “gerekliklik” niteliğine ne ölçüde dayanak oluşturduğu da araştırılacaktır.²⁰

c. Kısıtlamanın Meşru Bir Amacının Bulunması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, kısıtlamanın meşru bir amaca yönelik olması gerektiğini bildirmiştir. Sözleş-

19 Observer ve Guardian / Birleşik Krallık, 26.11.1991 T. 13585/88, bkz. Macovie, a.g.e., s. 67.

20 Gözübüyük - Gölcüklü, a.g.e., s. 381.

menin 10. maddesinin 2. fıkrası meşru amaçları saymıştır. Başkalarının haklarını veya itibarlarını koruma, özel olarak alınmış bilgileri koruma gibi amaçlar meşru amaçlar olabilir. İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasını meşru amaçların haklı kıldığını gösterme yükümlülüğü Devlete aittir. Meşru amaç, ikna edici olarak ortaya konulmalıdır, “acil toplumsal ihtiyaç” söz konusu olmalıdır. Faydalı, istenen, kabul edilebilir, sıradan durumlar “gerekli” demek değildir. Sınırlamanın gerekliliği ve meşru amaç, orantılılık ilkesine yol açmaktadır. Ulaşılmak istenen meşru amaçla ifade özgürlüğünün sınırlandırılması orantılı olmalıdır.²¹

Kısıtlamaya ilişkin meşru amaçlar sadece ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddede değil, aynı zamanda özel hayatın ve aile hayatının korunmasına dair 8. maddede, din ve vicdan özgürlüğüne dair 9. maddede ve dernek kurma ve toplantı özgürlüğüne dair 11. maddede de sıralanmıştır. Amaçların bir kısmı anılan dört madde için ortaktır. Amaçlar belirlenirken, maddenin 1. fıkrası ile tanınan hak veya özgürlüğün doğası ve niteliği göz önünde tutulmuştur. Müşterek amaçlar kamu güvenliği, başkalarının hak ve özgürlüklerinin (ya da şöhretlerinin: md.10), kamu sağlığı, ahlakı ve düzeninin (ya da nizamın) korunması (md. 8/2,9/2,10/2,11/2) şeklinde sıralanabilir. Buna karşılık, “ulusal güvenlik” ve “suçların önlenmesi” sebebi 9. madde hariç, öteki üç madde bakımından meşru amaç niteliğindedir. “Ülkenin ekonomik refahı” yalnız 8. madde, toprak (ülke) bütünlüğü, gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi ve yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması ise 10. madde konusunda geçerli amaçlardır.²²

21 Bıçak, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”..., s. 272.

22 Gözübüyük - Gölcüklü, a.g.e., s. 373.

Ülke otoritelerinin, kısıtlamaları 2. fıkrada sayılan gerekçelerin dışında herhangi bir başka gerekçeye dayanmalarını meşru değildir. Dolayısıyla ulusal mahkemelerin, ifade özgürlüğüne şu ya da bu biçimde müdahale niteliği taşıyan herhangi bir yasal hükmü uygulamaları söz konusu olduğunda, bu hükmün korumakta olduğu değer ya da yararı ve bu değer ya da yararın 2. fıkrada sayılanlardan biri olup olmadığını denetlemeleri gerekmektedir. Ancak bu denetim sonucunda yanıt olumlu ise mahkemeler o hükmü ilgili kişiye uygulayabilirler.²³

Mahkeme her somut uyuşmazlıkta müdahalenin meşru bir amaca dayanıp dayanmadığını kendisi tespit etmektedir. Örneğin Kayasu/Türkiye davasında²⁴ Mahkeme, uyuşmazlık konusu müdahalelerin her birinin, Sözleşmenin 10. maddesinde yer alan meşru amaçlardan en az birine girdiği kanaatinde olup, görevi kötüye kullanma bakımından düzeni ve yargı organının otorite ve tarafsızlığını koruma ve hakaret suçu ile ilgili olarak da başkalarının haklarını koruma amaçlarını meşru amaçlar olarak göstermiştir.

Sürek/Türkiye davasında²⁵ AIHM, müdahalenin meşru amaç taşıdığını kabul etmiştir. AIH Komisyonu kendi adına, başvuranın mahkumiyetinin yetkililerin yasadışı terör faaliyetleri ile mücadele ve 10. Maddenin 2. Fıkrası kapsamında meşru amaçlar olan milli güvenlik ve kamu

23 Özbey, a.g.e., 2008, s.353.

24 Kayasu/Türkiye davası, 13.11.2008, Kar. No: 10308, Başvuru No: 64119/00, (Prg. 87) karar metni için bkz. <https://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=10308>, e.t. 18.08.2012.

25 Sürek/Türkiye davası, karar no: 26682/95, 8 Temmuz 1999, Dışişleri Bakanlığı Çok Taraflı Siyasal İşler Genel Müdürlüğü tarafından Türkçeye çevrilmiş olup, gayri resmi tercümedir. Bkz. <http://www.tohav.org/aihm/surek.pdf>, erişim tarihi: 08.09.2012.

emniyetinin korunmasına yönelik faaliyetlerin bir parçasını teşkil ettiğini belirtmiştir.

Mahkeme de, Güneydoğu'daki güvenlik durumunun hassasiyetini (Bkz. 25 Kasım 1997 tarihli Zana - Türkiye Kararı, 1997-VII Raporları, s. 2539, 10. Madde) ve yetkililerin gereksiz şiddeti destekleyecek hareketlere karşı tetikte olma gereğini de dikkate alarak, başvuru sahibi aleyhinde alınan önlemlerin, basta ulusal güvenliğin ve ülke bütünlüğünün korunması ve asayişsizlik ve suçun önlenmesi olmak üzere, Hükümet tarafından belirlenen belli amaçların uzantısı olduğu kanaatine varmıştır. AİHM, bu durumun özellikle bölücü faaliyetlerin şiddet kullanımına dayalı yöntemlere bağlı olduğu, dava konusu olayların cereyan ettiği Güneydoğu'daki durum için geçerli bulunduğunu belirtmiştir.

Zana/Türkiye davasında²⁶ ise Komisyon, izlenen amacın meşruluğu konusunda şu değerlendirmelerde bulunmuştur: Komisyona göre, siyasal kişiliği olan birinin - başvuru eski Diyarbakır Belediye Başkanındır- böyle bir ifadesinin,²⁷ ulusal makamları ülke içindeki terörist faaliyetlerin artmasından korkmaya yöneltmesi akla yatkındır. Bu nedenle (ulusal) makamlar, ulusal güvenliğe ve kamu güvenliğine yönelik bir tehdit olduğunu ve ülkenin toprak bütünlüğünü korumak ve suçu önlemek için önlemler alınması gerektiğini düşünmekte haklıdır.

26 Zana/Türkiye davası, (69/1996/688/880), 25 Kasım 1997, karar için bkz. http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/69_1996_688_880.pdf, e.t. 08.09.2012.

27 Başvuru, Diyarbakır Askeri Cezaevinde mahkum olarak bulunurken Ağustos 1987'de gazetecilerle yaptığı bir röportajda, aşağıdaki görüşleri açıklamıştır: "... PKK'nin ulusal kurtuluş hareketini destekliyorum. Katliamlardan yana değiliz, yanlış şeyler her yerde olur. Kadın ve çocuklar yanlışlıkla öldürülüyor..." Bu açıklama ulusal günlük gazete Cumhuriyet'te 30 Ağustos 1987'de yayınlanmıştır.

Aynı başvuruda Divan; "gazetecilerle yaptığı röportajda başvurucunun "PKK ulusal kurtuluş hareketini" desteklediğini açıkça gösterdiğini (bkz. yukarıda paragraf 12) ve Komisyonun da belirttiği gibi, başvurucunun ifadesinin PKK militanları tarafından sivillerin öldürülmesiyle aynı zamana denk düştüğünü belirtir. Bu durumda Divan, Türkiye'nin Güneydoğu bölgesinde ciddi çatışmaların sürdüğü bir dönemde -bölgede iyi tanınan siyasal bir kişilikten gelen- böyle bir ifadenin ulusal makamların ulusal güvenliğinin ve kamu güvenliğinin sürdürülmesine yönelik olarak önlem almasını haklı kılan bir etkiye sahip olduğunu kabul eder. Bu nedenlerle şikâyet konusu edilen müdahale 10. maddenin 2. fıkrasında yer alan meşru amaçları sağlamaya yöneliktir."

3. Düşünce ve Kanaat Açıklaması Kapsamında Değerlendirilemeyecek Durumlar

AİH Sözleşmesinin 10. maddesinin 2. fıkrasında ifade özgürlüğü sınırlamalarının koşulları ortaya konulmuş ve hangi hallerde 1. fıkranın sağladığı korumadan yararlanılamayacağı belirtilmiştir.

Dolayısıyla 6352 sayılı Kanunun Geçici 1. maddesi, aşağıda AİHM içtihatları ışığında yapılan açıklamalar dikkate alınarak yorumlanmalıdır. Böylece hangi düşünce açıklamalarının bu düzenleme kapsamında değerlendirilmesi gerektiği daha kolay tespit edilebilecektir.

Sözleşmenin 10/2. maddesine göre düşünce ve kanaat açıklaması kapsamında değerlendirilemeyecek, sınırlandırmanın meşru olarak kabul edileceği durumlar şunlardır:

a. Ulusal Güvenlik, Toprak Bütünlüğü ve Kamu Emniyetinin Korunması

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ulusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve terörle mücadelenin bir yöntemi olarak ifade özgürlüğünü sınırlamanın mümkün olduğunu belirtmekte, ancak, bu sebeplere dayanarak yapılacak sınırlamanın, elde edilmek istenen amaçla kullanılan vasıta arasında bir orantılılık ve bu yönde ağır bir sosyal ihtiyacın olması halinde kabul edilebileceğini vurgulamaktadır. Bu nedenle, sözleşmeye üye devletlerin söz konusu takdir hakkını kullanarak ifade özgürlüğünü sınırlandırmaları halinde, kişilerin düşüncelerini ifade etme özgürlüğüyle devletlerin kendilerini terör örgütlerinin eylemlerinden koruma hakkı arasındaki hassas dengenin de sağlanması gerekecektir (25.11.1997 tarihli ve 69/1996/688/880 sayılı “Zana/Türkiye” kararı).²⁸

Söz konusu kısıtlama sebebi ile ilgili olarak beyanın nasıl bir topluluğa yapıldığı da önemlidir. Mahkemenin 8.7.1999 tarihli kararına esas olan “Gerger/Türkiye”²⁹ davasında, daha önce idam edilen bir kişiyi anma törenine davet edilen, ancak bu davete icabet etmeyen bir gazetecinin gönderdiği mesajın anma töreninde okunması sebebiyle, mesajı gönderen gazeteci ‘toplumun ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü aleyhine bölücü propaganda yapmak’ suçundan dolayı hapis ve para cezasına çarptırılmıştır. Olayı inceleyen Mahkeme, sayısı sınırlı bir katılımcı grubuna okunmuş bir mesajın ulusal güvenlik, kamu düzeni ve ülkenin toprak bütünlüğü için oluşturduğu potan-

²⁸ Beydoğan, T. Ayhan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti”, Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, Ankara, 2003, s. 315.

²⁹ Gerger/Türkiye davası, No: 24919/94, 08.7.1999.

siyel tehlikenin oldukça sınırlı olduğu; mesajda karşı koyma, mücadele ve bağımsızlık gibi kelimeler kullanılmış olmakla birlikte şiddete, silahlı mücadeleye veya isyana teşvik olmadığı, mesaj sahibine verilen cezanın oldukça ağır olduğu tespitini yaparak ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplum için gerekli olmadığı, dolayısıyla ifade özgürlüğünün ihlal edildiği kararını vermiştir.³⁰

Sürek-Türkiye davasında³¹ ise başvuru, toprak bütünlüğü ve ulusun birliği, kamu düzeni ve milli güvenliği

30 Bıçak, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü"..., s. 294.

31 Sürek-Türkiye davası, karar no: 26682/95, 8 Temmuz 1999.

Başvuru K. T. Sürek, İstanbul'da "Haberde Yorumda Gerçek" isimli haftalık bir dergiyi yayınlayan şirketin başlıca hisse sahiplerinden biridir. Derginin 30 Ağustos 1992 tarihli 23. Sayısında "Silahlar Özgürlüğü Engelleyemez" ve "Suç Bizim" başlıklı iki okuyucu makalesi yayınlanmıştır.

Makaleler özet olarak şöyledir (çeviri):

(a) "*Silahlar Özgürlüğü Engelleyemez*"

Kürdistan'da yükselmekte olan ulusal bağımsızlık savaşında, faşist Türkiye'nin ordusu bombardımanlarını sürdürmektedir. Büyük özveriler ile gerçek muhabirleri tarafından ortaya çıkarılan "Şırnak Katliamı", bu haftanın bir başka somut örneği olmuştur. Aslında Kürdistan'da sürdürülmekte olan zulüm, geçen birkaç yıl içinde yaşananın en kötüsüdür. Halepçe'de gerici BAAS yönetimi tarafından Güney Kürdistan'da yapılan katliam, şu anda Kuzey Kürdistan'da yürütülmektedir... Türkiye Cumhuriyeti Kürdistan'da provokasyona yol açarak, bir katliama yönelmektedir. Birçok insan öldürülmüştür. Tanklar, toplar ve bombalar ile yapılan 3 günlük bir saldırı sonunda Şırnak yerle bir edilmiştir... Şırnak saldırısı Kürtlerin kökünün kazanması için Türkiye'de yürütülmekte olan en etkin kampanyadır... Ancak halkımızın, Kürdistan'daki ulusal mücadelesi artık kan dökülmesi, tanklar ve toplar ile engellenmeyecek bir seviyeye ulaşmıştır. Türkiye Cumhuriyeti tarafından Kürtlerin ortadan kaldırılması için başlatılan her saldırı, bağımsızlık mücadelesini yoğunlaştırmaktadır..."

(b) "*Suç Bizim*"

TC cinayet çetesi, "Türkiye Cumhuriyeti'nin korunması" gerekçesiyle cinayetlerine devam etmektedir. Ancak insanlar olanlar karşısında uyanıp, bilinçlenip, haklarını savunmayı öğrendikçe ve "verilmemesi halinde zorla alacağız" fikri halkın aklında filizlenip, gün geçtikçe büyüdüğü sürece cinayetler de sürecektir... Bu da, doğal olarak generaller, emperyalizmin kiralık katilleri ve çift çeneli, göbekli, ensesi kalın Turgutlar, Süleymanlar ve Bülentlere göre insanların beynine bu tohumları ekenlerden başlamalıdır... Böylece 12 Mart olayları, Böylece 12 Eylül olayları ... Böylece darağaçları, böylece hapisaneler, böylece 300 veya 400 yıla mahkum edilen insanlar. Böylece "Türkiye Cumhuriyeti'ni korumak adına işkence odalarında" öldürülen

tehdit eden makaleler ile bölücü propaganda yapmak suçundan mahkum edilmiştir.

Başvuruya ilişkin olarak Komisyon şu görüşlere yer vermiştir: “Güneydoğu’daki güvenlik durumunu ve söz konusu mektuplarda kullanılan dilin ileri düzeyde şiddete teşvik olarak değerlendirilebileceğini de dikkate alarak Komisyon, Muhatap Devletin yetkililerinin, mektupların yayınlanmasının milli güvenlik ve kamu emniyeti açısından zararlı görme hakkına sahip olduğu görüşündedir. Komisyon, derginin sahibi olarak başvuranın mektupların yayınlanması ile ilgili görev ve sorumluluk üstlenmiş olduğu şeklinde fikir yürütmüştür. Başvuranın mahkumiyeti ve hüküm giymesi, yetkililerin değerlendirme marjı kapsamında bir tepki olan milli güvenlik ve kamu emniyetinin korunması yönünde zorunlu bir sosyal ihtiyaca cevaben yapılmış orantılı işlemler olarak kabul edilebilecektir. Bu nedenlerle Komisyon bu davada 10. Maddenin ihlal edilmiş olduğu kanaatine varmıştır.”

Mahkeme’nin (AİHM) değerlendirmesi ise şöyledir: <<...Denetim yetkisinin uygulanmasında Mahkeme müdahaleyi, suçlanan ifadeler ve bunların ifade edildiği bağlam da dahil olmak üzere, davayı bir bütün olarak ele alarak incelemelidir. İlk olarak müdahalenin “meşru amaçlar ile orantılı” ve ulusal otoriteler tarafından anılan müdahalenin meşru gösterilmesi için belirtilen gerekçelerin “ilgili ve yeterli” olup olmadığı tespit edilmelidir. Bunu yaparken de Mahkeme, ulusal otoritelerin Madde 10 kapsamında

insanlar. Böylece Diyarbakır hapisanesinde öldürülen Mazlum Doğanlar... böylece kısa süre önce resmi şekilde öldürülen devrimciler... TC cinayet çetesi cinayetlerine devam etmektedir ve “devam edecektir”. Çünkü halkın uyanışı bir istek seli gibidir ... sesleniyorum. Cinayet çetesinin suçu kanıtlanmıştır. İnsanlar bunu kan ve can tecrübesi ile görmekte ve fark etmektedir. Ama, ya demokrasi ve özgürlük mücadelesini engelleyen o şartların suçu ... Evet ya onların suçu ...”

bulunan ilkelere uygun standartları uyguladığı ve ilgili bulguların kabul edilebilir bir değerlendirmesine dayalı oldukları konusunda olumlu kanaate varmalıdır.

Başvuranın sahibi olduğu dergi vasıtasıyla bölücü propaganda yapmak suçundan mahkum edilmiş olması nedeniyle, söz konusu müdahaleler ayrıca basının bir siyasi demokrasinin düzgün şekilde işleminin sağlanmasına ilişkin temel görevi bağlamında da dikkate alınmalıdır (birçok diğer otoritenin yanı sıra bkz. 8 Temmuz 1986 tarihli Lingens - Avusturya kararı, A Serisi, No. 103. s. 26, Madde 41; ve yukarıda anılan Fressoz ve Roite kararı, s. ..., Madde 45). Basının, şiddet tehdidi karşısında milli güvenlik veya ülke bütünlüğünün korunması veya asayişsizlik veya suçun engellenmesi amacıyla konmuş olan sınırlamaları aşmaması kaydıyla, bölücü olanlar da dahil olmak üzere, görüş ve siyasi hususlarda bilgi vermesi bir zorunluluktur. Basının, anılan bilgileri ve fikirleri bildirme zorunluluğunun yanı sıra, halkın da bunları almaya hakkı vardır. Basın özgürlüğü, kamuoyuna siyasi liderlerin fikir ve tutumlarının keşfedilmesi ve bunlara ilişkin bir kanaat oluşturulması için en iyi araçlardan birini sağlamaktadır (bkz. yukarıda anılan Lingens kararı, s. 26, Madde 41-42).

Mahkeme, başvuranın dergisinin okuyucular tarafından sunulan iki mektubu yayınlamış olduğuna işaret etmektedir. Bu mektuplar, yetkililerin Güneydoğu'daki askeri faaliyetlerini sert bir şekilde kınamış ve özgürlük ve bağımsızlık mücadelesinde Kürt halkına zulüm yapmakla suçlamıştır (bkz. yukarıdaki paragraf 11). "Silahlar Özgürlüğü Engellemez" başlıklı mektup, yazarı tarafından Kürtlerin ortadan kaldırılması için yürütülen stratejik kampanyanın bir bölümü olarak yetkililer tarafından kasten yapılmış olduğu iddia edilen iki katliama gönderme yapmaktadır. Kürtlerin özgürlüğünü kazanma azmini yi-

neleyerek sonlanmaktadır. İkinci mektup olan “Suç Bizim”, Türkiye Cumhuriyeti kurumlarının demokrasi ve Cumhuriyet’in korunması adına muhaliflerin hapse atılma, işkence ve öldürülmesine göz yumduğunu iddia etmektedir. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi, 1991 tarihli 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesi kapsamındaki başvurulara aleyhine yapılan suçlamanın kanıtlanmış olduğuna karar vermiştir (bkz. yukarıdaki 14. paragraf). Mahkeme, söz konusu mektupların Türkiye’nin Güneydoğusundaki alanları bağımsız bir “Kürdistan” devleti ve PKK’yı ulusal bir kurtuluş hareketi olarak tanımlayarak, Türkiye Devletinin toprak bütünlüğünün zedelenmesine (bkz. yukarıdaki paragraf 15) yönelik kelimeler içerdiğini tespit etmiştir.

Yukarıda belirtilen müdahalenin gerekliliğinin değerlendirilmesi açısından, tespit edilen ilkeler ışığında (bkz. paragraf 58 ve 59) Mahkeme, Sözleşmenin 10. Maddesinin 2. fıkrasında kamu çıkarlarına ilişkin siyasi konuşmalar veya sorunlara ilişkin tartışmaların sınırlanmasına dair çok dar bir kapsam olduğuna işaret etmektedir (bkz. 25 Kasım 1996 tarihli Wingrove – Birleşik Krallık davası, 1996 Raporları-V, s. 1957, 58. Madde). Ayrıca, izin verilebilir eleştirilerin sınırları hükümet ile ilgili hususlarda, özel vatandaşlar veya siyasetçiler açısından daha geniştir. Demokratik bir sistemdeki hareketler veya hükümetin ihmalleri sadece yasama ve adli otoritelerin değil, aynı zamanda kamuoyunun da yakın takibinde olmalıdır. Ayrıca, Hükümetin sahip olduğu egemen konum, özellikle haksız saldırılar ve düşmanlarının eleştirilerine cevap verilmesine ilişkin başka araçların bulunduğu durumlarda, cezai işlemlere başvurulması konusunda bir sınırlamanın uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Bununla birlikte, kamu düzeninin garantörleri sıfatıyla hareketle, ceza kanunu

niteliğinde olanlar da dahil olmak üzere, doğru tepkiyi verecek ve anılan ifadeler aşılmadan önlemlerin benimsenmesi Devlet otoritelerinin yetkisine açıktır (bkz. 9 Haziran 1998 tarihli Incal – Türkiye kararı, 1998-IV Raporları, s. 1567, 54. Madde). Son olarak, anılan sözler bir birey veya bir kamu görevlisi veya bir nüfusun bir kesimine karşı bir şiddeti teşvik ettiği durumlarda Devlet otoriteleri, ifade özgürlüğüne ilişkin müdahale gereğinin incelenmesinde daha geniş bir marja sahiptir.

Mahkeme, mektuplarda kullanılan kelimeler ve bu kelimelerin yayınlanmış olduğu bağlam üzerinde özellikle duracaktır. Bağlam açısından, kendisine sunulan davaların tarihçelerine, özellikle terörizmin engellenmesine ilişkin sorunları dikkate alacaktır. (bkz. yukarıda belirtilen Incal – Türkiye kararı, s. 1568, 58. Madde). Mahkeme ilk olarak, “katliam”, “zulüm” ve “cinayet” gibi göndermelerin yanı sıra, “Faşist Türk ordusu”, “TC cinayet çetesi” ve “emperyalizmin kiralık katilleri” gibi etiketlerin kullanılması ile diğer tarafa kara bir leke vurulmasına ilişkin açık bir kasıt olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme kanaatine göre söz konusu mektuplar, temel duyguların çalkalandırılması ve halen ölümcül şiddet şeklinde kendini göstermiş olan bileşik önyargıların katılaştırılması ile kanlı bir intikama çağrı şeklinde değerlendirilebilecektir. Ayrıca, mektupların 1985’ten buyana çok ciddi can kayıpları ve bölgenin büyük bir kısmında olağanüstü hal ilan edilmesine sebebiyet verecek şekilde güvenlik kuvvetleri ile PKK kuvvetleri arasında ciddi çatışmaların devam etmekte olduğu Güneydoğu’daki güvenlik durumu bağlamında yayınlanmış olması da dikkate alınmalıdır (bkz. yukarıda anılan Zana kararı, s. 2539, Madde 10). Bu bağlamda, mektupların içeriğinin iddia edilen zulümlerin sorumlusu olarak gösterilenlere karşı köklü ve mantık dışı bir nefret uyandırarak, bölgede daha fazla şiddete sebebiyet verebilecek şe-

kilde değerlendirilmelidir. Gerçekten de, okuyucuya iletilen mesaj, saldırgan ülke karşısında şiddete başvurmanın gerekli ve haklı bir önlem olduğudur.

Ayrıca “Suç Bizim” başlıklı mektubun kişileri isimleri ile tanımlayarak, bunlara karşı olan nefretin alevlendirildiği ve bu şahısların fiziksel şiddet tehlikesine maruz bırakıldığı da dikkate alınmalıdır (bkz. yukarıdaki paragraf 11). Mahkeme bu açıdan, yetkililer tarafından Devletin toprak bütünlüğüne zarar verilmesi ile ilgili gerekçelerin vurgulandığı başvuranın mahkumiyetine ilişkin nedenleri, başvuranın ifade özgürlüğü aleyhinde bir müdahale için ilgili ve yeterli bir dayanak olarak kabul etmektedir. Mahkeme, “bilgi” ve “görüşlerin” sadece kırıncı, şaşırtıcı veya rahatsız edici olmasının müdahalenin haklı gösterilmesi için yeterli olmayacağını yinelemektedir (bkz. yukarıdaki paragraf 58). Mevcut davada söz konusu olan, nefret konuşmaları ve şiddetin yüceltilmesidir.

Başvuranın bu mektuplarda bulunan görüşler ile şahsen bağlantılı olmadığına doğru olmasına rağmen, mektupların yazarlarına şiddet ve nefretin körüklenmesi için bir araç temin etmiştir. Dergi ile sadece ticari açıdan bağlı olduğu ve yazı işleri müdürlüğü sorumluluğu taşımadığı gerekçesi ile mektupların içeriğine ilişkin her türlü cezai sorumluluktan muaf tutulması gerektiği yönünde başvuran tarafından ileri sürülen iddiayı reddetmektedir. Başvuran mal sahibi olup, bu konumu itibarıyla derginin yazı işleri yönetimini şekillendirme hakkına sahiptir. Bu nedenle, halk için bilgi toplanması ve dağıtılması konusunda derginin yazı işleri ve muhabir personelinin görev ve sorumlulukları açısından vekaleten sorumlu olup, bu durum da çatışma ve gerginlik durumlarında daha büyük önem taşımaktadır.

Yukarıdaki hususlar dikkate alındığında Mahkeme, derginin sahibi olarak başvurana uygulanmış olan cezanın bir "zorunlu sosyal" ihtiyacı karşılamak olarak kabul edilebileceğini ve başvuranın mahkumiyeti için yetkililer tarafından verilen mahkumiyetin "ilgili ve yeterli" olduğu sonucuna varmıştır. Ayrıca Mahkeme, başvurana oldukça ılımlı bir para cezası olan 166,666,666 Türk Lirasının verilmiş olduğunu ve bu cezanın da sonradan yarıya, 83,333,333 Türk Lirasına düşürülmüş olduğunu da dikkate almaktadır (bkz. yukarıdaki 14 ve 18. paragraflar).

Bu nedenlerden dolayı ve bu gibi davalarda ulusal yetkililerin sahip olduğu takdir marjı da dikkate alınarak Mahkeme, söz konusu müdahalenin amaçlanan meşru hedefler ile orantılı olduğu düşüncesindedir. Sonuç olarak, Sözleşmenin 10. maddesi ihlal edilmemiştir.>>

Konuyla ilgili olarak Zana/Türkiye davasını³² da incelemekte yarar vardır. Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin 26 Mart 1991 tarihli kararıyla "yasanın cürüm saydığı bir fiili savunduğu" ve "umumun emniyetini tehlikeye düşürdüğü" için Diyarbakır eski Belediye Başkanı M. Zana on iki ay hapis cezasına mahkum edilmiştir. Devlet Güvenlik Mahkemesi ayrıca, PKK'nın Ceza Yasasının (765 sayılı TCK) 168. maddesi anlamında bir "silahlı örgüt" okluğunu, Türkiye topraklarının bir bölümünün ayrılmasını amaçladığını ve cinayet, adam kaçırma ve silahlı soygun gibi şiddet eylemleri gerçekleştirdiğini kabul etmiştir.

Zana/Türkiye davasında Divan şu değerlendirmeleri yapmıştır: <<Divan, ifade özgürlüğüne ilişkin ortaya koyulan ilkelerin terörizme karşı mücadelede ulusal güvenlik ve kamu güvenliğinin sürdürülmesi için alınan önlemler

32 Zana/Türkiye davası, (69/1996/688/880), 25 Kasım 1997, karar için bkz. http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/69_1996_688_880.pdf, e.t. 08.09.2012.

açısından da geçerli olduğunu düşünmektedir. Bu bağlamda Divan, her olayın özel koşullarını ve Devletin takdir yetkisini özenle göz önünde tutarak, bireylerin ifade özgürlüğüne ilişkin temel haklarıyla demokratik bir toplumun meşru hakkı olan kendini terörist örgütlerin eylemlerine karşı korumak arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığını araştırmalıdır.

Divan eldeki davada, Zana'nın mahkumiyetinin ve cezasının "zorlayıcı bir toplumsal gereksinim"e yanıt verip vermediğini ve bunların "izlenen meşru amaçlarla orantılı" olup olmadığını değerlendirmiştir. Bu amaçla Divan, başvurusunun sözlerinin içeriğini o dönemde Türkiye'nin Güneydoğu bölgesinde hüküm süren durumun ışığında çözümlenmenin önemli olduğu görüşündedir.

Divan başvurusunun açıklamasını, kendisinin de esas olarak reddetmediği, 30 Ağustos 1987'de günlük ulusal gazete Cumhuriyet'te yayınlandığı biçimiyle temel alacaktır. Açıklama iki cümleden oluşmaktadır. Birinci cümlede başvuru, "katliamlardan yana" olmadığını söylerken "PKK ulusal kurtuluş hareketi"ni desteklediğini belirtmektedir, ikinci cümlede şunu söylemektedir: "herkes hata yapar, PKK, kadın ve çocukları yanlışlıkla öldürüyor."

Bu sözcükler çeşitli biçimlerde yorumlanabilir ancak, her halde, bunlar çelişkili ve anlamı belirsizdir. Bunlar çelişkilidir, çünkü aynı zamanda hem amaçlarına ulaşmak için şiddet kullanan bir terörist örgüt olan PKK'yı desteklemek hem de kendisinin katliamlara karşı olduğunu açıklamak zor görünmektedir. Bunların anlamı belirsizdir, çünkü Bay Zana kadın ve çocukların katledilmesini uygun bulmazken aynı zamanda bunu herkesin yapabileceği bir "hata" olarak tanımlamaktadır.

Bununla birlikte, bu açıklamaya tek başına bakılmamalıdır. (Bu açıklamanın) başvuruçunun da farkında olması gereken, olayın somut koşulları içinde özel bir anlamı vardır. Divanın daha önce belirttiği gibi (bkz. paragraf 50) bu röportaj, o tarihte gerginliğin dorukta olduğu Türkiye'nin Güneydoğu bölgesinde PKK'nın sivillere yönelik kanlı saldırılarıyla aynı zamana denk düşmüştür.

Bu koşullar altında büyük bir ulusal günlük gazetede yayınlanan röportajda, Güneydoğunun en önemli kenti olan Diyarbakır'ın eski belediye başkanının -"ulusal kurtuluş hareketi" olarak tanımladığı- PKK'ya verdiği desteğin, bu bölgedeki patlamaya hazır havayı daha da ağırlaştıracağı düşünülebilir.

Bu nedenle Divan, başvuruçuya verilen cezanın "zorlayıcı bir toplumsal gereksinime" yanıt verdiğinin kabul edilmesinin uygun olduğunu ve ulusal makamların ileri sürdüğü nedenlerin "uygun ve yeterli" olduğunu düşünmektedir; her halde, başvuruçu cezasının yalnızca beşte birini hapiste geçirmiştir (bkz. paragraf 26).

Bütün bu etkenleri ve böyle bir davada ulusal makamların sahip olduğu takdir yetkisinin sınırlarını göz önünde tutarak Divan, incelenen müdahalenin izlenen meşru amaçlarla orantılı olduğunu düşünmektedir.>> Sonuç olarak Divan, Sözleşmenin 10. maddesinin ihlâl edilmediğini belirtmiştir.

b. Kamu Düzeninin Sağlanması ve Suç İşlenmesinin Önlenmesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, devletlerin suç işlenmesini önlemek ve kamu düzenini sağlamakla sorumlu olarak, kendilerine yöneltilen eleştirilere karşı, sınırları dahilinde, cezai nitelikte olanlar dahil, gerekli

gördüğü tedbirleri alma hakkı saklıdır (9 Haziran 1998 tarihli “İncal/Türkiye”³³ kararı prg. 54). Eleştirilerin başkalarını, kişilere, kamu görevlilerine veya toplumun bir kesimine karşı şiddete teşvik edici nitelik taşıması halinde ise ifade özgürlüğünün sınırlanması konusunda, Devlet, daha geniş takdir yetkisine sahiptir (8 Temmuz 1999 tarihli “Ceylan/Türkiye”³⁴ kararı prg. 34).³⁵

Bununla birlikte Mahkeme, şiddeti teşvik etmeyen düşünce açıklamalarının korunması gerektiğini belirtmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi demokrasinin temel özelliklerinden birinin, şiddete başvurmadan ülkenin sorunlarına diyalog yoluyla çözümler bulma olduğunu belirterek, bazen bu çözümlerin can sıkıcı ve hoş gitmeyen şeyler olabileceğini, ama buna katlanılması gerektiğini belirtmiştir. Demokrasinin temeli düşünceyi ifade özgürlüğüdür ve yine demokrasinin yaşaması ifade özgürlüğünün sağlanmasına bağlıdır.³⁶

AİHM, Karatepe-Türkiye davasında,³⁷ Kayseri Belediye Başkanı olan Ş. Karatepe'nin yaptığı bir konuşma sonucundaki mahkumiyetini ihlal olarak görmemiştir. AİHM'e göre başvuranın konuşmaları iki bölümden oluşmaktadır: Birinci bölümde başvuran laiklikle ilgili kişisel

33 İncal/Türkiye davası, 9 Haziran 1998, No: 22678/93, Karar metni için bkz. İncal/Türkiye davası, “Yargı Mevzuatı Bülteni”, 07.04.1999 tarih, Sayı 76, s. 51-78.

34 Ceylan/Türkiye davası, No: 23556/94, 8 Temmuz 1999.

35 Bıçak, Vahit, “Türkiye'nin Güncel Sorunları: Demokrasi ve İnsan Hakları”, Liberalizmin İncelenmesi: Friedrich Naumann Vakfı'nın Türkiye'de 10 Yıllık Siyasi Çalışması Uluslararası Konferansı'nda Sunulan Tebliğ, <http://www.geocities.com/vbicak/FNF.htm>. Erişim: 11.01.2010.

36 Turhan, Mehmet, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasal Parti Kapatma Davaları”, <http://www.abchukuk.com/makale/makale39.html>, erişim 13.01.2010.

37 Karatepe-Türkiye Davası, Başvuru no: 41551/98, k.t. 31 Temmuz 2007, kararın özet çevirisi için bkz. http://www.hukukimevzuat.com/?x=aih_m_karari&id=766, erişim tarihi: 08.09.2012.

tutumunu dile getirmektedir. İkincisinde ise büyük bir ilin belediye başkanı olarak halkına "(...) Müslümanların içindeki düşünce, kin ve imanı" korumalarını söyleyerek "Bu törene bu kılıkla (laik kıyafeti kastederek) katılmak zorunda kaldım. Fakat sizlerin hiçbir zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu düzen mutlaka değişmelidir. Bekledik, biraz daha bekleriz. Bakalım bizi nasıl bir gelecek bekliyor. Müslümanlar, içinizden bu hırsı, bu kini eksik etmeyin" ifadelerinde bulunmuştur.

AİHM, dava ile ilgili olarak Erbakan-Türkiye³⁸ kararında da dile getirdiği üzere 10. maddeye ilişkin içtihadından doğan temel ilkelere atıfta bulunmaktadır. Mevcut dava, başvuranın ulusal mahkemeler tarafından "kine teşvik eden ifadeler" olarak değerlendirilen beyanları nedeniyle cezalandırılması hususuna ilişkindir. Bu bakımdan AİHM, insanların onuruna karşı hoşgörü ve saygının, demokratik ve çoğulcu bir toplumun temellerini teşkil ettiğini vurgulamaktadır. Bundan "usullerin", "koşulların", "sınırlandırmaların" ya da verilen "cezaların" hedeflenen meşru amaçla orantılı olması koşuluyla, ilke olarak, demokratik toplumlarda hoşgörüsüzlüğe dayalı (dini hoşgörüsüzlük de dahil olmak üzere) kini yayan, teşvik eden, yücelten ya da haklı gösteren her türlü ifade şeklinin cezalandırılmasının hatta önlenmesinin gerekli olabileceğine kanaat getirilmesinin mümkün olduğu sonucu çıkmaktadır (kine teşvik eden konuşma ve şiddetin savunulması ile ilgili olarak bkz., mutatis mutandis, Sürek-Türkiye (no:1), [Büyük Daire], no: 26682/95, ve özellikle, Gündüz-Türkiye, no: 35071/97).

AİHM'e göre başvuranın cezai mahkumiyetinin, başvuranın AİHS'nin 10/1. maddesi ile güvenceye alınan ifa-

38 Karar No: 59405/00, 6 Temmuz 2006.

de özgürlüğüne müdahale teşkil ettiğine dair bir tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte müdahalenin, Türk Ceza Kanunu'nun (765 sayılı TCK) 312. maddesi ile öngörüldüğü ve 10/2. madde uyarınca ulusal güvenliğin ve kamu düzeninin korunması, başkalarının haklarının muhafaza edilmesi ve suçun önlenmesi gibi pek çok meşru amaç taşıdığı da tartışma götürmemektedir. Burada asıl önemli olan müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı" hususunun tespit edilmesidir.

AİHM şu değerlendirmelerde bulunmuştur: Tanınmış bir siyasetçi tarafından halka açık bir toplantıda dile getirilen bu görüşler dini değerler çerçevesinde şekillenmiş bir toplumsal bakış açısını ifşa etmekte ve böylelikle farklı grupların karşı karşıya geldiği günümüz toplumlarını oluşturan çoğulculuk anlayışıyla bağdaşır görünmemektedir (Bkz., aynı bakımdan, Erbakan kararı). Özellikle de vatandaşları, nüfusun diğer bir kesimine karşı "(...) içlerinde bulunan hırsı, kını ve nefreti" eksik etmemelerini söyleyen başvuranın ifade özgürlüğü hakkından faydalandığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Her halükarda Türk Devleti'nin laik kanunlarına karşı itaatsizliğe teşvik edildiği hususu tartışma götürmemektedir. Bu ifadelerin hoşgörü anlayışıyla bağdaşır görünmesi pek mümkün değildir ve AİHM'nin önsözünde yer alan barış ve adalet gibi temel değerlere aykırılık teşkil etmektedir (Bkz. özellikle, Gündüz-Türkiye (karar), no:59745/00). Bu açıdan ele alındığında AİHM, önemli bir ilin belediye başkanı olan ve bu nedenle halk nezdinde, gerginlik ve çatışma durumlarında daha da önem kazanan bir rolü olduğu cihetle başvuranın mahkum edilmesine ilişkin gerekçelerin yerinde olduğuna ve ilgilinin ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahaleyi haklı kılmak için yeterli olduğuna kanaat getirmektedir (Sürek-Türkiye (No:1), Zana-Türkiye, 25 Kasım 1997

tarihli karar, Derleme Kararlar ve Hükümler). AİHM, “bilgi” ya da “fikirlerin” kırıncı, şaşırtıcı veya rahatsız edici olmasının söz konusu müdahalenin haklı gösterilmesi için yeterli olmayacağını ancak, mevcut davada şiddeti yüceltecek şekilde kine dayalı bir konuşma söz konusu (Sürek kararı-no:1-) olduğunu hatırlatmaktadır.

Hükmolunan cezanın orantılılığı konusunda ise AİHM, başvurana verilen bir yıl hapis ve 420.000 Türk Lirası tutarında para cezasının ağırlığını kabul etmektedir. Bununla birlikte, bir kişinin davranışı yukarıda ifadesini bulan düzeye ulaştığında ve çoğulcu bir demokrasinin temellerini inkar edecek ölçüde hoşgörüsüz bir hale geldiğinde, iç hukuktaki caydırıcı yaptırımlar gerekli olabilir (Gündüz kararı). Ayrıca başvuranın, yaklaşık dört buçuk aylık bir hapis cezası sonrasında 17 Eylül 1998 tarihinde şartlı olarak tahliye edilmiş olması dikkate alındığında AİHM, mevcut davada uygulanan cezanın, halkın suç işlemeye teşvik edilmesinin önlenmesi şeklindeki hedeflenen meşru amaçla orantılı olmadığına düşünölemeyeceğine kanaat getirmektedir (Güzel-Türkiye (No:1), (karar),no:54479/00, 20 Eylül 2005).

Sonuç olarak AİHM, dava konusu müdahaleyi AİHS'nin 10/2. maddesine uygun bulmuş ve AİHS'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Yukarıdaki içtihatlarla göre AİHM, ulusal mahkemele-re kısıtlama konusunda şu yolu göstermektedir: “Yasal itaatsizliğe kışkırtma, ilke olarak cezalandırılabilir bir eylem olmakla birlikte, yargıçlar kanuni bir yasağı otomatik tarzda uygulamamalıdır. Yargıçlar, ifade özgürlüğünün belirli bir kullanımının cezalandırılmasının bu özgürlüğe o kadar büyük bir değer atfeden ‘demokratik bir toplumda gerekli’ olup olmadığına karar verirken, çelişen çıkarları karşılıklı olarak tartmalı orantısallık ilkesini uygulamalı-

dır. Ayrıca "Castells/İspanya"³⁹ (23.4.1992. A. 236) kararının ortaya koyduğu gibi, ulusal mahkemeler devlet otoritelerine yönelik eleştirileri cezalandırmaktan kaçınmalıdır. Bu tür eleştiriler sert bile olsa, siyasi çoğulculuğun ve ka-naat çoğulculuğunun bir parçasıdır.⁴⁰

c. Sağlık ve Ahlakın Korunması

Sağlık ve Ahlak ile ifade özgürlüğü arasındaki çatışma, orantısallık ilkesine yeni yorumlar katmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ilke olarak böyle davalarda, ulusal mahkemelere daha geniş bir takdir payı bırakır. Bunun gerekçesi, 'ahlak'ın her bir üye ülkede, hatta aynı ülkenin farklı bölgelerinde değişik olmasıdır.

Bu başlık altında, Komisyon ve Mahkeme gündemini genelde müstehcen yayınlar işgal etmiştir.⁴¹ İsviçre'de 9 ressamın katıldığı resim sergisine 3 resmi ile katılan ve resimlerinden birinde insanlar ile hayvanlar arasında cinsel ilişkiyi resmeden bir sanatçının⁴² başvurusu üzerine, Komisyon, şikayetçi ve arkadaşlarına uygulanan İsviçre Ceza Kanununun 204. maddesinin toplum ahlakı ve başkalarının haklarının korunması gibi meşru bir amaçla sevk edildiğini belirledikten sonra, alınan önlemin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı konusunu incelemiştir. Komisyona göre, somut olayda davayı inceleyen üç İsviçre Mahkemesi de estetik açıdan bir değerlendirme yapmaksızın sergilenen resimleri müstehcen bulmuştur.

39 Castells/İspanya (23.4.1992. A. 236) davasının Türkçe tam metni için bkz., Doğru, İnsan Hakları Avrupa içtihatları, Beta Yayınevi, İstanbul, Ocak 1997, s. 217-237.

40 Macovei, a.g.e., s. 91.

41 Ünal, Şeref, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi-İnsan Haklarının Uluslararası İlkelere", TBMM Basımevi, Ankara, 2001, s. 265.

42 Doğru, a.g.e., s. 912.

Ayrıca, sadece insanlar ile hayvanlar arasında cinsel ilişkileri tasvir eden resimlerle verilmek istenen mesaj da anlaşılammıştır. Kültürel, sosyal ve dini etkenlerle, resimlerin sergilendiği Fribourg Kantonundaki halkın yapısı ve serginin her yaş grubuna açık olduğu göz önüne alınırca İsviçre makamlarının aldığı önlem, Sözleşmenin 10/2 maddesine aykırı değildir.⁴³ Aynı olayla ilgili olarak Mahkeme, 24.5.1988 tarihli (A 133) “Müller/İsviçre” kararında, 10. maddenin ihlal edilmediğine ve resmi makamların resimlere el koyma kararlarının ve para cezası vermelerinin ahlakın korunması bakımından zorunlu önlemler olduğuna inanmalarının haklı olduğuna karar vermiştir.⁴⁴ Mahkemenin bu kararına göre; “Bugün, Sözleşmeye taraftar devletlerin hukuki ve sosyal düzenlerinde tek bir şekilde Avrupa ahlak kavramını bulmak imkansızdır... Devlet yetkilileri prensip olarak hem bu gereksinimlerin tam muhtevasında hem de ‘sınırlandırmanın gerekliliği’ veya bunları karşılayacak ‘cezalandırma’da görüşlerini belirtecek olan uluslararası yargıçtan daha iyi durumdadırlar.”⁴⁵

d. Başkalarının Şöhret ve Haklarının Korunması

Başkalarının şöhretini ve haklarını koruma, ifade özgürlüğünün kısıtlanması için ulusal otoritelerin öteki gerekçelerden kat kat daha fazla öne sürdüğü “meşru amaç” olagelmıştır.⁴⁶

Öte yandan pozitif hukuk tarafından belirlenmiş olsa bile nesnel olarak kaba, bayağı, müstehcen, saldırgan, aşağılayıcı, onur kırıcı söz ve yazı ile hakaret, sövme, kö-

43 Ünal, a.g.e., s. 265.

44 Özbey, a.g.e., s. 338.

45 Macovei, a.g.e., s. 92.

46 Macovei, a.g.e., s. 96.

tüleme, iftira, sırf ar ve haya duygularını incitmeyi amaçlayan düşünce açıklamaları hukukun koruma alanı dışında kalırlar.⁴⁷

Ortak hukukun değişmez ilkesi olan başkalarının haklarına saygı, başkalarının şanı, şöhreti, kişiliği hakkında küçük düşürücü hakaret, sövgü ve iftira ve benzer nitelikteki ifadeler esasen düşünce özgürlüğünün özneleri olamayacakları için yasaklama, bir bakıma, özgürlüğün yabancı unsurlardan arındırılması olarak kabul edilmelidir.⁴⁸ Bu tür ifadelerin fiziksel saldırıdan daha az kötü olmadığı ve uygar toplumlarda buna izin verilmemesi gerektiği de unutulmamalıdır.⁴⁹

Konuya ilişkin AİHM'in birçok kararı bulunmaktadır. Haziran 2000 tarihinde yargılaması yapılan Constantinescu (Constantinescu / Romanya, 27.6.2000) davası, bir öğretmenler sendikası başkanının aynı suç konusunda haklarında verilmiş takipsizlik kararından yararlanan üç öğretmeni "yataklık edenler" olarak suçlamaktan dolayı hakaretten mahkumiyetine ilişkindi. Divan, dava konusu sözler kamu yararı olan konuları oluşturan sendikaların bağımsızlığı ve adli teşkilatın işleyişi hakkında bir tartışma çerçevesinde söylene bile düşünceyi açıklama özgürlüğünün sınırları olduğunu vurguladı. Başvuranın bir sendika temsilcisi sıfatıyla kendisi tarafından oynanan özel rol ile birlikte, özellikle başkasının haklarını ve ününü korumak gayesiyle belirlenen sınırlar içinde tepkisini göstermesi gerekirdi. Suç oluşturan beyanların onur kırıcı

47 Korkmaz, age.,12, Tanör, age., s.17-18.

48 Tanör, age., s.73-74.

49 Trager, Robert – Dickerson, Donna L., "21.Yüzyılda İfade Hürriyeti", çev. A. Nuri Yurdusev, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003, s. 157.

niteliğini kabul ettikten sonra Divan, “başvuranın ‘yataklık edenler’ terimini kullanmaksızın eleştirilerini yapmasının ve böylece sendikal sorunlar konusunda kamuya açık bir tartışmaya katkıda bulunabilmesinin tamamen kendi elinde olduğu” kanaatine varmıştır. Bu nedenle, Divan, 10. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁵⁰

6.2.2001 tarihli “Tommer/Estonya” kararı da dikkat çekicidir. Bu davada, başbakan ile başbakan olmadan önce ve başbakanlığı döneminde çalışan ve sonradan eşi olan kişinin anılarını yazmasına yardım eden gazetecinin, başbakanın eşiyle aralarının açılması üzerine anı sahibinin rızası olmaksızın anıları yayınlama girişimi yargı kararıyla engellenmiştir. Bunun üzerine söz konusu bilgiler gazeteci ile bir başka gazetecinin röportaj yapması şeklinde bir günlük gazetede yer almıştır. Bu röportaj esnasında “genç kızlar” için kötü bir örnek olan, anneliğe uygun olmayan ve başkasının evliliğini bozan bir kişiyi meşhur edilecek kişi olarak seçmeniz yanlış bir karar mıydı?” sorusunu soran gazetecinin bu sözleri hakaret oluşturduğu gerekçesiyle mahkum edilmiştir. Olayı inceleyen Divan, yerel mahkemenin olaydaki çelişen dengeleri, seçilen kelimelerin kullanılmasını ve doğasını gözettiğini, dolayısıyla ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁵¹

e. Gizli Bilgilerin Yayılmasının Önlenmesi veya Yargı Gücünün Otorite ve Tarafsızlığının Korunması

Komisyon ve Mahkeme, Sunday Times davalarında olduğu gibi, diğer bazı başvurularda da, Sözleşmenin

50 “Avrupa’da Düşünce Özgürlüğü”, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesine İlişkin İçtihat, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, e-kitap, Fransızcadan çeviren Prof. Dr. Durmuş Tezcan, http://www.hukuki.net/uploaded/ekitap/avrupa/bolum_1.htm Erişim:12.01.2010.

51 Bıçak, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”..., s. 307.

10/2. maddesi çerçevesinde yargı erkinin saygınlığının ihlal edilip edilmediği konusunu incelemiştir. Örneğin, Danimarka ile ilgili Barford olayında⁵² şikayetçi olan gazeteci, hukukçu olmayan iki hakime hakaret ettiği gerekçesiyle Grönland Ceza Kanununun 71. maddesine göre mahkum edilmiştir. Olayda yerel bir yönetim makamı adadaki bir Amerikan üssünde çalışan Danimarkalıların yerel seçimlerde oy veremeyeceklerine ilişkin bir karar almıştır. Şikayetçi, bu kararın iptali için dava açmışsa da reddedilmiştir. Şikayetçi bunun üzerine bir gazetede yayınladığı makalede, talebini reddeden mahkemenin kuruluş tarzını eleştirmiştir. Gerçekten Mahkeme, meslekten bir başkanla davalı idare müze müdürü ve iskan danışmanı olarak görevli ve hukukçu olmayan iki üyeden oluşmuştur. Şikayetçi makalede, iki üyenin davalı idarenin memurları olduğu için bağımsız ve tarafsız davranmadıklarını, nitekim ikiye karşı bir çoğunlukla aleyhinde karar verdiklerini iddia etmiştir. Grönland Yüksek Mahkeme Başkanının söz konusu makalenin yargının saygınlığını ve vatandaşların yargı erkine olan güvenlerini sarstığı gerekçesiyle yaptığı şikayetini inceleyen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 'Devletin, hakimlerin saygınlık ve haysiyetlerinin korunması ile yükümlü olduğundan bahisle şikayetçinin cezalandırılmasında sözleşmeye aykırılık görmemiştir.⁵³ Mahkeme 26.4.1995 tarihli (A serisi no: 313) "Prager ve Oberschlick/Avusturya" kararında da benzer şekilde 'birkaç hakim hakkında yapılan eleştirilerin hakaret oluşturduğu gerekçesiyle yayının nüshalarının toplattırılması

52 (13/1987/136/190) Strasbourg, 22.2.1989, kararın Türkçe metni için bkz. Tezcan, Durmuş - Erdem, M. Ruhan - Sancakdar, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İşığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 613.

53 Ünal, a.g.e., s. 266.

ve sorumlularının cezalandırılmasında ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁵⁴

24.02.1997 tarihli “De Haes ve Gijssels/Belçika”⁵⁵ kararı da yargı mensuplarının şöhret ve haklarını ve yargı gücünün otoritesini koruma yararı ile basın özgürlüğünü koruma yararı arasında bir denge sağlama gerekliliğini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin gündemine getirmiştir. Bu davada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yargı mensuplarının kamunun güvenine sahip olması gerektiğine ve dolayısıyla olgusal temelden yoksun, yıkıcı saldırılardan korunmalarının gerekli olduğunu saptamıştır. Ayrıca yargıçların mesleki olarak kamu önünde konuşmama gibi bir sorumlulukları da olduğundan, yöneltilen saldırılara, örneğin politikacılar gibi cevap vermeleri mümkün değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi daha sonra yazıları inceleyerek uzmanların fikirleri dahil birçok ayrıntıya değinildiğini, bunun da gazetecilerin dava konusunda kamuyu bilgilendirmeden önce ciddi bir araştırma yaptığını kanıtladığını belirlemiştir. Yazılar, ensest konusunda ve yargının bu sorunu nasıl ele almış olduğu üzerine yapılmakta olan kapsamlı bir kamusal tartışmanın bir parçasıydı. Kamuyu ilgilendiren bir konuda halkın bilgilendirilme hakkı bulunduğunu belirten AİHM, ulusal mahkemelerin kararının ‘demokratik bir toplumda gerekli’ olmadığına, dolayısıyla 10. maddenin ihlal edilmiş olduğuna hükmetmiştir.⁵⁶

54 Bıçak, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”..., 304.

55 De Haes ve Gijssels / Belçika, 19983/92, 24.02.1997.

56 Macovei, a.g.e., s.115-116.

Skalka / Polonya davasında⁵⁷ AİHM'ye göre, "Adaletin güvencesi olan ve hukukun üstünlüğü ile yönetilen bir devlette temel bir işlevi olan mahkemelerin çalışmaları, kamunun güvenine sahip olmalarını gerektirir. Bu nedenle mahkemeler, temelsiz saldırılara karşı korunmalıdır (bk. örneğin yukarıda geçen Prager ve Oberschlick kararı, parag. 34; 24.02.1997 tarihli De Haes ve Gijssels - Belçika kararı, parag. 37). Mahkemeler, diğer bütün kamu kurumları gibi, eleştiriden ve denetimden muaf değildirler. Özgürlüğü kısıtlanan kişiler de, bu alanda toplumun diğer bütün üyeleriyle aynı haklardan yararlanırlar. Ancak eleştiri ve aşağılama arasında açık bir ayırım yapılmalıdır. Bir ifade açıklamasının tek amacı bir mahkemeyi veya o mahkeme üyelerini aşağılamak ise, uygun bir cezalandırma, ilke olarak Sözleşme'nin 10(2). fıkrasını ihlal etmeyecektir. Son olarak, denetim yetkisini kullanırken Mahkeme'nin, başvurucunun açıklamayı yaptığı şartları ve başvurucu aleyhine yapılan yorumların kapsamını dikkate alarak, söz konusu müdahaleye bir bütün olarak olayın ışığında bakması gerektiği hatırlanmalıdır. Özellikle Mahkeme, söz konusu müdahalenin 'izlenen meşru amaçla orantılı' olup olmadığını ve ulusal makamların müdahaleyi haklı göstermek için dayandığı gerekçelerin 'ilgili ve yeterli' olup olmadığını saptamak zorundadır. Mahkeme bunu yaparken, ulusal makamların uyguladığı standartların Sözleşme'nin 10. maddesindeki ilkelerle uyumlu olduğuna ve ayrıca ulusal makamların olayların mantıklı bir değerlendirmesine dayandıklarına kanaat getirmelidir (bk. diğerleri arasında 23.03.2002 tarihli Nikula - Finlandiya kararı, parag. 44)."

57 Skalka / Polonya davası, Kar. No: 3692, Başvuru No: 43425/98, K.T: 27.05.2003, (prg. 34-43), kararı Türkçeye çeviren: Emine Karacaoğlu, metin için bkz. <https://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=3692>, 20.08.2012.

Mevcut olayın şartları altında Mahkeme, tartışma konusu müdahale ile korunan menfaatin, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaları haklı göstermek bakımından yeterince önemli olduğunu düşünmektedir. Sonuç olarak, hem kurum olarak mahkemeyi hem de adı belirtilmeden bir yargıcı küçük düşürene uygun bir ceza verilmesi, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlaline yol açmayacaktır. Ancak, Mahkemeye göre sekiz aylık hapis cezası, orantısız bir şekilde serttir.

AİHM, bir yargı mensubunun yaptığı soruşturmayı basın ile paylaşmasındaki değerlendirmesini de, yürüttüğü darbe soruşturması nedeniyle meslekten atılan ve mahkum edilen Cumhuriyet Savcısı S. Kayasu davasını⁵⁸ orantılılık ilkesini de gözeterek ele almıştır. Sonuç olarak Mahkeme, kamu yararını ilgilendiren konularda ifade özgürlüğünün öneminin, özellikle de yargı mensupları olmak üzere kamu görevlilerinin ödev ve sorumluluklarının bilincinde olarak ve bu konuda etkili olabilecek farklı menfaatleri de değerlendirmeye alarak, başvurusunun meslekten ihracına ve avukatlık mesleğini dahi icra etmesine engel olan orduya hakaret suçundan mahkum edilmesinin, başvurusunun ifade özgürlüğüne izlenen meşru amaçla orantısız bir müdahale teşkil ettiği sonucuna varmış ve Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlalline hükmetmiştir.

Mahkeme, değişik kararlarında “gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi”ni meşru amaçlar arasında kabul etmiş ve kamu görevlilerinin bu konuda daha sorumlu davranmaları gerektiğini belirtmiştir. Sözleşmenin 10. maddesi tarafından sağlanan korumanın ücretli çalışanları ve daha özelde ise memurları da kapsadığını hatırlatmıştır.

58 Kayasu/Türkiye davası, 13.11.2008, Kar. No: 10308, Başvuru No: 64119/00, (Prg. 102-108) karar metni için bkz. <https://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?pid=10308>, e.t. 18.08.2012.

Mahkeme şu ilkelere yer vermiştir:⁵⁹ “Bu prensipler kamu görevlilerine de uygulanır. Bir devletin statüleri nedeniyle kamu görevlilerine takdir ödevi yüklemesi meşru olmakla birlikte, kamu görevlileri de bireyler olarak Sözleşme’nin 10. maddesindeki korumadan yararlanırlar.⁶⁰ Dolayısıyla, her bir olayın içinde bulunduğu şartları göz önünde tutarak, bireyin temel haklarından olan ifade özgürlüğü ile demokratik devletin kamu hizmetlerinin 10(2). fıkrasındaki amaçlarla yerine getirilmesini sağlama şeklindeki meşru menfaatleri arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını belirlemek, Mahkeme’ye düşen bir görevdir. Mahkeme bu incelemeyi yaparken, bir kamu görevlisinin ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda, itiraz konusu müdahalenin yukarıdaki amaçla orantılı olup olmadığının belirlenmesinde ulusal makamlara belirli bir takdir alanı bırakan Sözleşme’nin 10(2). fıkrasındaki ‘ödev ve sorumluluklar’ın da özel bir önem kazanacağını akılda tutar.”

SONUÇ

Çalışmamızdaki verilerden de anlaşılacağı üzere, en geniş toleransın bulunduğu düşünülen demokrasilerde bile ifade özgürlüğünün sınırlanması yoluna gidilmiş, ancak bu sınırlamanın da sınırları çizilmiştir.

Bireylerin her bir düşünce açıklaması hukuk düzeni

59 Kayasu/Türkiye davası, 13.11.2008, Kar. No: 10308, Başvuru No: 64119/00, (Prg. 88-89) karar metni için bkz.

<https://aih.m.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=10308>, e.t. 18.08.2012. (Ayrıca bkz. 26.09.1995 tarihli ve 17851/91 sayılı Vogt - Almanya kararı, parag. 53; Wille - Liechtenstein Büyük Daire kararı, parag. 41; Fuentes Bobo - İspanya kararı, parag. 38; 29.02.2000 tarihli Guja - Moldova Büyük Daire kararı, parag. 70; ve aynı doğrultuda Harabin - Slovenya kabul edilebilirlik kararı, no. 62584/00).

60 Guja/Moldova davası, Kar. No: 9227, Başvuru No: 14277/04, K.T: 12.02.2008, kararın Türkçe çevirisi ve metni için bkz.

<https://aih.m.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=9227>, 18.08.2012.

tarafından korunan “ifade özgürlüğü” kapsamında değerlendirilmemiştir. Ne tür düşünce açıklamalarının korunması gerektiği, hangilerinin suç teşkil ettiği hususları AİHS, AİHM içtihatları, Yargıtay kararları, TCK, Terörle Mücadele Kanunu ve diğer özel kanunlar çerçevesinde dikkate alınmalıdır.

Son yıllarda bu konuda mevzuatımızda önemli değişiklikler yapılmış ve ifade özgürlüğünün alanı ülkemizde genişletilerek fikirlerin açıklanması değil, açıklanan fikirlerin “kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkarması”⁶¹ durumu suçun unsuru haline getirilmiştir. Yine örneğin 5237 sayılı TCK’nın “Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama” başlıklı 301/3. maddesi “Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz” ve aynı maddenin 4. fıkrası “Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır” hükmüne yer vermiş olup, bu şekilde toplumda tepki toplayan ve insanlara ters gelen pek çok fikrin açıklanmasının önü açılmıştır. Yapılan değişikliklerle bu suçlar ortadan kaldırılmamış ancak mahkemelerin uygulamaları sırasında geniş bir takdir hakkına sahip olmaları ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre olaylara yaklaşım değerlendirme olanağı getirilmiştir.

İfade özgürlüğüne verilen önemin bir sonucu olarak getirilen 6352 sayılı Yasanın “Dava ve Cezaların Ertelenmesi” başlıklı Geçici 1. Maddesinin yukarıdaki açıklamalar gözetilerek uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz.

Dolayısıyla, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup, soruş-

61 Bkz. 5237 sayılı TCK’nın 216. maddesi.

turma, kovuşturma ya da infaz aşamasında olan suçların hukuk zemininde korunuyor olabilme vasfının bulunması gerekmektedir. Örneğin, basın yoluyla birisinin tehdit edilerek parasının alınmaya çalışılması yağımaya teşebbüs suçunu, eleştiri sınırını aşan hakaret içerikli sözlerin sarf edilmesi hakaret suçunu oluşturacaktır. Yine özel hayatın gizliliğinin ihlali, gizliliği ihlal, örgüt propagandası gibi birçok suç aslında ifadelerle gerçekleşmektedir. Bu nedenle Yasanın geçici 1. maddesi yorumlanırken, sadece hukuk düzeninde makul kabul edilen düşünce açıklamalarına bağlı gerçekleşen suçlar dikkate alınmalıdır. Kişinin yaptığı açıklamanın yeri, dinleyici kitlesi, oluşturacağı etki gibi birçok husus her somut olaya göre ayrı ayrı ele alınmalıdır. Bir terör örgütünün emirleri doğrultusunda toplanarak ve şiddete vurgu yapılarak yapılan bir toplantı ve söylem ile hükümetin sendika düzenlemesini barışçı bir atmosferde protesto etmek amacıyla bir araya gelen, ancak izin almadıkları için haklarında soruşturma yürütülen ya da ulusal bir kanalda şiddete başvuru çağrısı yapmaksızın özerklik talep eden kişilerin durumu hukuk düzeni, ülkenin ulusal güvenliği, kamu emniyeti gibi noktalarda aynı değerlendirilmesi olanaklı değildir.

Bu bağlamda anılan Kanununun Geçici 1. maddesinin her bir dosya açısından ayrı ele alınarak, yukarıda gösterilen ilkeler ışığında incelenip yorumlanması, sorunun çözümünü kolaylaştıracağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

“Avrupa’da Düşünce Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesine İlişkin İçtihat”, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, e-kitap, Fransızcadan çeviren Durmuş Tezcan, http://www.hukuki.net/uploaded/ekitap/avrupa/bolum_1.htm, E.T. 11.01.2010.

“Avrupa’da Düşünce Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesine İlişkin İçtihat”, Avrupa Konseyi Yayını, (Fransızcadan Çeviren: Durmuş Tezcan), Etki Yayıncılık, İzmir, 2002.

AİHM. Kararları,
<http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyaceylan.html>.

Alacakaptan, Uğur, "Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar-Türk Uygulaması ve Değerlendirmesi", Hukuk Kurultayı 2000, C. 2, Ankara, 2000.

Arslan, Zühtü, “ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınevi, Ankara, Aralık 2003.

Beydoğan, T. Ayhan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti”, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınevi, Ankara, 2003.

Bıçak, Vahit, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü” – (Avrupa Birliği Yolunda Düşünce ve İfade Özgürlüğü Uluslararası Sempozyumu’nda sunulan tebliğ), Yayımlı yeri: “Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti” (Editör : Bekir Berat Özipek), Liberal Düşünce Topluluğu Yayınevi, Ankara, Ağustos 2003.

Bıçak, Vahit, "Türkiye'nin Güncel Sorunları: Demokrasi ve İnsan Hakları", Liberalizmin İncelenmesi: Friedrich Naumann Vakfı'nın Türkiye'de 10 Yıllık Siyasi Çalışması Uluslararası Konferansı'nda Sunulan Tebliğ, <http://www.geocities.com/vbicak/FNF.htm>. Erişim: 11.01.2010.

Çalışkan, Bilal, "AİHM'nin İfade Özgürlüğü Kararlarında Demokratik Toplum Kriterleri" Adalet Dergisi, Sayı: 15, Ankara, Nisan 2003.

Doğru, Osman, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları", Cilt 1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002.

Doğru, Osman, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları", T.C. Adalet Bakanlığı Yayınları, Ağustos, 2003.

Erdoğan, Mustafa, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif" Liberal Düşünce Topuluğu e-dergi, Sayı 24, <http://www.liberal-dt.org.tr/dergiler/ldsayi24/2402.htm>

Gözübüyük, Şeref-Gölcüklü, Feyyaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması", Bası 4, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

Koçak, Mustafa, "Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Bir Sınırlama Nedeni Olarak Cumhuriyetin Nitelikleri", Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık E-Dergi, Kasım 2003, S. 21, <http://www.e-akademi.org/makaleler/mkocak-1.htm>, Erişim: 11.01.2010.

Korkmaz, Ömer, "Düşünce Özgürlüğü ve Sınırları", yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2004.

Küçük, Adnan, “İfade Hürriyetinin Unsurları”, Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, Ankara, Eylül 2003.

Lipson, Leslie, “Demokratik Uygarlık”, Türkiye İş Bankası Yayınevi, Ankara 1984.

Macovei, Monica, “İfade Özgürlüğü”, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, No:2, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Strasbourg, 2001.

Özbey, Özcan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri, Bası 2, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

Öztürk, Bahri – Erdem, Mustafa Ruhan, “Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku”, Bası 11, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.

Tanör, Bülent, “Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası”, Öncü Kitabevi, İstanbul, 1969.

Tezcan, Durmuş – Erdem, M. Ruhan – Sancakdar, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.

Trager, Robert – Dickerson, Donna L., “21.Yüzyılda İfade Hürriyeti”, çev. A. Nuri Yurdusev, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınevi, Ankara, 2003.

Turhan, Mehmet, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasal Parti Kapatma Davaları”, <http://www.abchukuk.com/makale/makale39.html>, Erişim Tarihi 13.01.2010.

Ünal, Şeref, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi-İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri”, TBMM Basımevi, Ankara 2001.

Yargı Mevzuatı Bülteni, Sayı 76, 07.04.1999.

http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/69_1996_688_880.pdf, e.t. 08.09.2012.

<https://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=10308>, e.t. 18.08.2012.

<http://www.inhak.adalet.gov.tr/> e.t. 18.08.2012.

<http://www.tohav.org/aihmk/surek.pdf>, e.t. 08.09.2012.

http://www.hukukimevzuat.com/?x=aihm_karari&id=766, e.t. 08.09.2012.



AYRILIK KARARI VERİLMESİ VE SONUÇLARI

Ömer Uğur GENÇCAN (*)

ANLATIM DÜZENİ: GİRİŞ, I. AYRILIK KARARI VERİLMESİ (TMK m. 171), A- Boşanma Sebepleri Gerçekleşmelidir, 1- Boşanma Davası Elverişli Olmalıdır, 2- Boşanma Sebepleri Gerçekleşmişse Ayrılık Kararı Verilebilir, a. Boşanma Sebebi Yaratan Olaylar İspatlanmış Olmalıdır, b. Boşanma Sebebi Yaratan Olaylar Hoşgörü İle Karşılanmamış Olmalıdır, c. Boşanma Sebebi Yaratan Davalının Az Kusurlu Olması (TMK m. 166 f. II) Yeterli Olabilir, 3- Boşanma Sebepleri Gerçekleşmemişse Dava Reddedilmelidir, 4- Boşanma Kararı Verilmemelidir, B- Ortak Hayatın Yeniden Kurulması Olasılığı Bulunmalıdır, 1- Olasılık Konusunda Dava Türü Dikkate Alınmalıdır, 2- Olasılık Konusunda Delil Bulunmalıdır, 3- Olasılık Sebepleri Açıkça Gösterilmelidir, 4- Olasılığı Ortadan Kaldıran Sebepler Bulunmamalıdır, a. Olaylardan Sonra Uzun Süren Ayrılık, b. Olayların Yoğunluğu, c. Olayların Ağırlığı, 5- Olasılık Konusunda Gerekirse Uzman Görüşü Alınmalıdır, C- Ayrılık Süresi Kanuna Uygun Şekilde Belirlenmelidir, 1- Sürenin Başlangıcı ve Sonu, 2- Sürenin Niteliği, a. Hesaplaşma Süresi, b. Düzeltme Süresi, c. Dinginlik Süresi, 3- Sürenin Uzatılabilirliği, **II. AYRILIK KARARININ SONUÇLARI,** A- Kendiliğinden Oluşan Sonuçları, 1- Birlikte Yaşama Yükümlülüğü Sona

(*) Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi.

Erer (TMK m. 185 f. III), 2- Diğer Yükümlülükler Devam Eder (TMK m. 185 f. II- III), a. Birliğin Mutluluğunu Sağlama Yükümlülüğü Devam Eder (TMK m. 185 f. II), b. Çocuklara Özen Yükümlülüğü Devam Eder (TMK m. 185 f. II), c. Sadık Kalma Yükümlülüğü Devam Eder (TMK m. 185 f. III), d. Yardım Yükümlülüğü Devam Eder (TMK m. 185 f. III), e. Birliğin Giderlerine Katılma Yükümlülüğü Devam Eder (TMK m. 186 f. III), f. Meslek veya İş Seçiminde Özen Yükümlülüğü Devam Eder (TMK m. 192), 3- Kadın, Kocasının Soyadını Kullanmaya Devam Eder, 4- Ayrılık Esnasında Eşlerden Biri Ölürse Diğeri Onun Mirasçısı Olur, 5- Ayrılık Süresi İçinde Doğan Çocuklar Evlilik İçi Doğum Sayılır, 6- Evlilik Birliğinin Temsili Son Bulur (TMK m. 188 f. I), 7- Evlilik Statüsü Devam Eder, B- Mahkeme Kararıyla Oluşan Sonuçları, 1- Hâkim Sözleşmeyle Kabul Edilmiş Olan Mal Rejiminin Kaldırılmasına Karar Verebilir (TMK m. 180), 2- Hâkim Velâyeti Eşlerden Birine Verebilir (TMK m. 336 f. II), 3- Hâkim Velâyetin Kaldırılmasına Karar Verebilir (TMK m. 348), 4- Hâkim Kişisel İlişkileri Düzenler (TMK m. 182 f. I), 5- Velâyetin Kullanılması Kendisine Verilmeyen Eşin Çocuğun Bakım ve Eğitim Giderlerine Katılımı Belirlenir (TMK m. 182 f. II), C- Talep İle Oluşan Sonuçları, 1- Eşlerden Birinin İstemi Üzerine Birinin Diğeri Yapacağı Parasal Katkı Belirlenir (TMK m. 197 f. II), 2- Eşlerden Birinin İstemi Üzerine Konut ve Ev Eşyasından Yararlanmaya İlişkin Önlemler Belirlenir (TMK m. 197 f. II), 3- Eşlerden Birinin İstemi Üzerine Eşlerin Mallarının Yönetimine İlişkin Önlemler Belirlenir (TMK m. 197 f. II), 4- Eşlerden Birinin İstemi Üzerine Alınan Önlemlerin Değiştirilmesi, **III. AYRILIĞIN SONA ERMESİ**, A- Eşlerin Barışması Sebebiyle, B- Ayrılık Süresinin Dolması Sebebiyle, **SONUÇ**

GİRİŞ

Boşanma ve ayrılık gerek koşulları gerekse doğurduğu hukuki sonuçlar bakımından birbirinden farklı hukuki kavramlardır. Oysa günlük yaşamda **boşanma**¹ ile **ayrılma**² kavram ve terimleri **eş anlamlı** olarak kullanılmaktadır³. Örneğin, boşanmış olan eşler için “onlar ayrıldı” denilmektedir.

Boşanmayı reddeden sistemler, öngördükleri sistemin beraberinde getirdiği sakıncaların altından kalkamayınca çaresiz olarak **ayrılık kurumunu** ortaya çıkarmışlardır.

Ayrılık kurumunun kökleri Katolik Kilise Hukukuna⁴ dayanmaktadır.

I. AYRILIK KARARI VERİLMESİ (TMK m. 171)

Ayrılık kararı verilmesi aşağıdaki **koşullarda** mümkündür;

- Boşanma sebepleri gerçekleşmelidir,
- Ortak hayatın yeniden kurulması olasılığı bulunmalıdır,
- Ayrılık süresi uygun şekilde belirlenmelidir

Bu koşullar hakkında şimdi daha ayrıntılı açıklamalarda bulunacağım.

1 divorce, scheidung.

2 séparation, trennung.

3 **HATEMİ/SEROZAN**, s. 214.

4 Kanonik Hukuk.

A- BOŞANMA SEBEPLERİ GERÇEKLEŞMELİDİR

4721 sayılı Türk Medenî Kanununun **öngördüğü boşanma sebepleri** aynı zamanda ayrılık için de geçerlidir

1- Boşanma Davası Elverişli Olmalıdır

Anlaşmalı boşanma davalarına konu boşanma sebebi aynı zamanda bir **ayrılık sebebi** olamaz. Anlaşmalı boşanma için hâkime başvurulduğunda hâkimin vereceği ayrılık kararı ile dava **anlaşmalı ayrılık**⁵ durumuna dönüşür ki tarafların serbest iradelerinin bu yönde olmadığı açıktır.

Eylemli ayrılık sebebiyle boşanma davalarına konu boşanma sebebi ise **kural olarak** aynı zamanda bir **ayrılık sebebi** olamaz.

Boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan boşanma davasının reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç yıl geçmesine rağmen ortak hayat kurulmamışsa bu boşanma sebebine dayalı olarak açılan boşanma davasında⁶ hâkimin 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun m. 170 f. III hükmünde öngörülen **ortak hayatın yeniden kurulması** olasılığı görmesi **kural olarak** olanaksızdır.

Bu sebeple 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 167 ve 170 maddelerinde⁷ 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu-

5 HATEMİ/SEROZAN, s. 238.

6 Eylemli ayrılık sebebiyle boşanma (TMK. m. 166 f. IV)

7 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 135 ve 138 inci maddeleri.

nun m. 166 f. III-IV hükmünün⁸ ayırık tutulduğu **de lege feranda** bir öneri olarak gözönünde bulundurulmalıdır.

Aynı de lege feranda önerimiz özel boşanma sebeplerinden haysiyetsiz hayat sürme (TMK. m. 163) ve akıl hastalığı (TMK. m. 165) sebebiyle boşanma davaları için de geçerlidir.

O halde var olan yasal düzenlemeye göre boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan boşanma davasında yasanın öngördüğü boşanma koşullarının tamamı gerçekleşmelidir. Örneğin davalının zina yapması, iyileşemez ve ortak hayatı çekilmez duruma getiren akıl hastalığı ya da usulüne uygun ihtar kararına rağmen davalının ortak hayata geçerli bir sebebi olmaksızın dönmesi gibi.

2- Boşanma Sebepleri Gerçekleşmişse Ayrılık Kararı Verilebilir

Ayrılık kararı verilebilmesi için boşanma sebeplerinin **gerçekleşmesi** ön koşuldur.

a. Boşanma Sebebi Yaratan Olaylar İspatlanmış Olmalıdır

Ayrılık kararı verilebilmesi için boşanma sebebi yaratan olayların **ispatlanmış olması** gerekir.

Toplanan delillerden taraflar arasında boşanma sebebinin gerçekleştiği anlaşılakta olup diğer koşullar da

8 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsinin 134/3 ve 4 üncü maddesinin.

gerçekleşmişse mahkemece ayrılık davasının kabulüne karar vermek gerekir.

b. Boşanma Sebebi Yaratan Olaylar Hoşgörü İle Karşılanmamış Olmalıdır

Ayrılık kararı verilebilmesi için boşanma sebebi yaratan olayların affedilmiş veya hoşgörüyle karşılanmamış olması gerekir.

Diğer bir deyişle affedilen veya hoşgörüyle karşılanan olaylar boşanma sebebi olarak kabul edilemeyeceğinden bu olaylara dayanarak ayrılığa da karar verilemez.

c. Boşanma Sebebi Yaratan Davalının Az Kusurlu Olması (TMK m. 166 f. II) Yeterli Olabilir

Ayrılık kararı verilebilmesi için boşanma sebebi yaratan davalının az kusurlu olması (TMK m. 166 f. II) yeterli olabilir.

Diğer bir deyişle boşanma sebebinin kanıtlanmış sayılabilmesi için davalının **az da olsa kusurunun varlığı** ve en azından Türk Medeni Kanununun **166/2 maddesindeki boşanma koşulları** gerçekleşmelidir.

3- Boşanma Sebepleri Gerçekleşmemişse Dava Reddedilmelidir

Boşanma sebebi **gerçekleşmemişse** açılan ayrılık davası reddedilmelidir.

Uygulamada özellikle evlilik birliğinin sarsıldığı **gerçekleşmediği halde** davayı reddetmek yerine hatalı olarak

ayrılık kararı verildiğine tanık olmaktadır.

4- Boşanma Kararı Verilmemelidir

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 170 f. II hükmüne göre⁹ **dava yalnız ayrılığa¹⁰ ilişkinse** boşanmaya karar verilemez.¹¹

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 170 f. II hükmüne göre yalnız ayrılığa¹² ilişkinse dava usulüne uygun şekilde **islah** edilebilir.

B- ORTAK HAYATIN YENİDEN KURULMASI OLASILIĞI BULUNMALIDIR

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 170 f. III hükmüne göre ayrılığa hükmedilebilmesi için **ortak hayatın yeniden kurulması olasılığı** bulunmalıdır.¹³ 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsinin m. 138 f. III hükmünde öngörülen **barışmaları ihtimali** deyişi **ortak hayatın yeniden kurulması olasılığı** deyişine dönüşmüştür.

9 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsinin 138/1 inci maddesine göre de "boşanma sebeplerinden biri sabit olunca hâkim ya boşanmaya veya ayrılığa hüküm ile mükelleftir". Ancak 3444 sayılı yasa ile 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsinin 134/3-4 üncü maddelerinde düzenlenen boşanma sebeplerinin bir istisna oluşturduğu görülmektedir. Anlaşmalı boşanma ve eylemli ayrılık sebebiyle boşanma davalarında ayrılık kararı verilemez. Ayrılık kararı ile anlaşmalı boşanma ve eylemli ayrılık sebebiyle boşanma davalarının doğası bağdaşmaz. Aynı görüş: **HATEMİ/SEROZAN**, s. 214, **AKINTÜRK**, s. 239, **OĞUZMAN/ DURAL**, s. 132.

10 MK m. 170, 171.

11 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsinin 138/2 inci maddesine göre açılmış olan dava ile sadece ayrılık kararı isteniliyorsa boşanmaya hükümlenemez.

12 TMK m. 170, 171.

13 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsinin 138/sonuncu maddesine göre ayrılığa hükmedilebilmesi için karı kocanın **barışmaları olasılığı** bulunmalıdır.

Ortak hayatın yeniden kurulması olasılığını aşağıdaki ayrıntılamaya göre inceleyeceğiz;

- Olasılık konusunda **dava türü** dikkate alınmalıdır,
- Olasılık konusunda **delil** bulunmalıdır,
- Olasılık sebepleri **açıkça** gösterilmelidir,
- Olasılığı **ortadan kaldıran sebepler** bulunmamalıdır,
- Olasılık konusunda gerekirse **uzman görüşü** alınmalıdır

Şimdi bu konuya ilişkin olmak üzere Yargıtay'da yaptığımız uygulamaya örnekler de vermek suretiyle ayrıntılı açıklamalarda bulunacağım.

1- Olasılık Konusunda Dava Türü Dikkate Alınmalıdır

Barışma: uzlaşma, anlaşma anlamına gelmektedir¹⁴. Akıl hastası olup hastalığı geçmesi olanaksız davalıyla davalının uzlaşma veya anlaşmasının nasıl olacağını doğru- su biz de merak ediyoruz. Bu örnekte olduğu gibi hâkim davalıyı **adli atıfete** mazhar kılarak ayrılığa karar vermemelidir.

Boşanma sebeplerini incelediğimizde zina (TMK. m. 161), hayata kast (TMK. m. 162), suç işleme (TMK. m.

14 TDK, Türkçe Sözlük, s. 143.

163), akıl hastalığı (TMK. m. 165), haysiyetsiz hayat sürme (TMK. m. 163) hâllerinde hâkim çok ama çok dikkatli davranmalıdır.

2- Olasılık Konusunda Delil Bulunmalıdır

Ayrılığa hükmedilebilmesi için ortak hayatın yeniden kurulması olasılığı konusunda dava dosyasında **delil bulunmalıdır**.

3- Olasılık Sebepleri Açıkça Gösterilmelidir

Aile mahkemesi (=yoksa Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen asliye hukuk mahkemesi) hâkimi ortak hayatın yeniden kurulması olasılığını hangi olaylardan çıkardığını kararında açıkça göstermelidir¹⁵. Soyut bir yargı, ayrılığa ilişkin hükmün ve takdirin gerekçesini oluşturamaz¹⁶.

Barışma olasılığı olmayan neredeyse olanaksız bir durumda verilecek ayrılık kararı tarafların ızdırabını uzatmaktan başka bir işe yaramayacaktır¹⁷.

4- Olasılığı Ortadan Kaldıran Sebepler Bulunmamalıdır

Ayrılığa hükmedilebilmesi için dava dosyasında ortak hayatın yeniden kurulması olasılığını ortadan **kaldıran sebepler** bulunmamalıdır.

15 **TEKİNAY**, s. 244.

16 Y2HD, 7.11.1996, 10538-11386.

17 **TEKİNAY**, s. 244.

Ortak hayatın yeniden kurulması olasılığını **kural olarak** ortadan **kaldıran sebepleri** aşağıdaki ayrıntılamaya göre inceleyeceğiz;

- Olaylardan sonra **uzun süren ayrılık**,
- Olayların **yoğunluğu**,
- Olayların **ağırlığı**.

Bu konuyu şimdi daha ayrıntılı inceleyeceğiz.

a. Olaylardan Sonra Uzun Süren Ayrılık

Ortak hayatın yeniden kurulması olasılığını kural olarak ortadan kaldıran sebeplerden ilki olaylardan sonra **uzun süren bir ayrılığın** gerçekleşmiş olmasıdır.

b. Olayların Yoğunluğu

Ortak hayatın yeniden kurulması olasılığını kural olarak ortadan kaldıran sebeplerden biri de eşler arasında gerçekleşen **olayların yoğun** olmasıdır.

Olayların **yoğunluğuna** örnekler verebiliriz;

- Tarafların karşılıklı olarak birbirlerine sürekli fiziksel şiddet uygulaması ve sürekli hakaret etmesi,
- Davalının ilk evlilikten olma çocuklarına fiziksel şiddet uygulaması, onların bakımlarıyla ilgilenmemesi, eşine hakaret etmesi ve müşterek evi sık olarak terk etmesi,
- Davalının sürekli alkol alıp eşine sürekli fiziksel

şiddet uygulaması, birlik görevlerini yerine getirmemesi, başka kadınla ilişkisinin bulunması,

- Davalının birlik görevlerini yerine getirmemesi, eşine sürekli hakaret etmesi, sürekli evden kovması ve eve almaması.

c. Olayların Ağırılığı

Ortak hayatın yeniden kurulması olasılığını kural olarak ortadan kaldıran sebeplerden bir diğeri de eşler arasında gerçekleşen olayların **ağır nitelikte** olmasıdır.

5- Olasılık Konusunda Gerekirse Uzman Görüşü Alınmalıdır

Ortak hayatın yeniden kurulması olasılığı üzerinde **duraksama varsa** uzman raporu alınmalıdır.

C- AYRILIK SÜRESİ UYGUN ŞEKİLDE BELİRLENMELİDİR

Ayrılık kararı verilmesinin son koşulu ayrılık süresinin¹⁸ **uygun şekilde** belirlenmesidir.

1- Sürenin Başlangıcı ve Sonu

4721 sayılı Türk Medenî Kanununun m. 171 hükmünde¹⁹ ayrılık süresi **en az bir en çok üç yıl** olarak öngörülmüştür.

18 İsviçre Medenî Kanunu'nda bizde var olan **sürelî ayrılık kurumu** yanında **süresiz ayrılık kurumu** da vardır.

19 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsinin 139 uncu maddesinde

Ayrılık süresi ayrılık kararının **kesinleştiği tarihten itibaren** başlayacaktır.

2- Sürenin Niteliği

Ayrılık kararının hesaplaşma, düzeltme ve dinginliği içeren bir sürecin tamamlanması için alındığı göz önünde tutularak **yeter ayrılık süresi** bu kriterlere göre hâkim tarafından takdir edilecektir.

Aile mahkemesi (=yoksa Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen asliye hukuk mahkemesi) hâkimi bu sürecin **en az dört yılda** tamamlanacağı inancında ise boşanmaya karar vermelidir.²⁰

a. Hesaplaşma Süresi

Ayrılık süresi belirlenirken üç dilimli bu sürenin **ilk dilimi** için öncelikle kim nerede hata yapmakta/yaptı/yapıyor **hesaplaşmasına**²¹ yeter bir süre belirlenmelidir.

b. Düzeltme Süresi

Ayrılık süresi belirlenirken üç dilimli bu sürenin **ikinci dilimini** için hesaplaşma sonucu belirlenen hataya göre **kendini düzeltme** ya da **karşı tarafın düzelmesine** yeter bir süre belirlenmelidir.

20 Bilindiği üzere en çok üç yıl süre ile ayrılık kararı verilebilmektedir.

21 Eşlerden her biri hesaplaşmayı **karşılıklı** yapılabileceği gibi **iç dünyasında da** yapılabilir.

c. Dinginlik Süresi

Ayrılık süresi belirlenirken üç dilimli bu sürenin **son dilimini ise** olan biteni içine sindirme, hazmetmeyi içeren²² **dinginliğe yeter bir süre** belirlenmelidir.

3- Sürenin Uzatılabilirliği

Ortak hayat yeniden kurulmamışsa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir. Boşanmanın sonuçları düzenlenirken **ilk davada ispatlanmış** olan olaylar ve **ayrılık süresinde ortaya çıkan** durumlar göz önünde tutulur.

Ayrılık süresi sonunda açılacak olan bu boşanma davasında **bir kez daha ayrılığa** karar verilmez.

II. AYRILIK KARARININ SONUÇLARI

Ayrılık kararının herşeyden önce **kendiliğinden** oluşan sonuçları vardır. Ayrılık kararının talep olmasa bile **mahkeme tarafından** kendiliğinden alınacak karar ile ortaya çıkan mahkeme kararıyla oluşan sonuçları vardır. Ayrılık kararının bağlı **talep ile** oluşan sonuçları da vardır.

A- KENDİLİĞİNDEN OLUŞAN SONUÇLARI

Ayrılık kararının bir mahkeme kararı bulunmasa bile **kendiliğinden** oluşan sonuçları vardır.

1- Birlikte Yaşama Yükümlülüğü Sona Erer (TMK m. 185 f. III)

Evliliğin temel normu diğer bir deyişle evliliğin anaya-

22 Kendisine yapılan hakareti unutturacak bir süre.

sası olan TMK m. 185 hükmü eşlerin birlikte yaşamalarını **özgür alan** kapsamına almayarak aksine eşlerin birlikte yaşamak **zorunda olduklarına** işaret etmiştir. Evliliğin anayasasına göre eşlerin birlikte yaşamak zorunda olmaları eşlerden biri için aynı zamanda **yükümlülük** olarak gözükmektedir.

Ayrılık kararının **kesinleştiği tarihten itibaren** tarafların birlikte yaşama yükümlülüğü **kendiliğinden** sona erer.

2- Diğer Yükümlülükler Devam Eder (TMK m. 185 f. II- III)

Ayrılık kararı kesinleşmiş olsa bile tarafların birlikte yaşama yükümlülüğü dışında kalan **diğer yükümlülükleri** ise devam eder.

a. Birliğin Mutluluğunu Sağlama Yükümlülüğü Devam Eder (TMK m. 185 f. II)

Evlilik, aynı cinsiyette bulunmayan iki kişinin hukuk düzeninin öngördüğü şekilde süreklilik hedefiyle kurdukları hayat ortaklığıdır. Hayat ortakları bu birlikteliği **mutlu olmak için** gerçekleştirmektedirler. Mutlu olma kavramı tek taraflı olmayıp karşı tarafın da mutluluğunu içerir.

Evliliğin anayasası olan TMK m. 185 hükmü evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulduğunu ve eşlerin bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamakla **yükümlü olduklarına** işaret etmiştir.

Ayrılık kararının kesinleştiği tarihten itibaren tarafların birlikte yaşama yükümlülüğü sona erse bile **birliğin mutluluğunu sağlama yükümlülüğü** devam eder. Ayrılık

kararının hesaplaşma, kendini düzeltme ve dinginliği içeren bir sürecin tamamlanması için alındığı dikkate alındığında bundan tabii bir şey olamayacağı da anlaşılır.

b. Çocuklara Özen Yükümlülüğü Devam Eder (TMK m. 185 f. II)

Evliliğin anayasası olan TMK m. 185 hükmü evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulduğunu ve eşlerin; çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle **yükümlü olduklarına** işaret etmiştir.

Ayrılık kararının kesinleştiği tarihten itibaren tarafların birlikte yaşama yükümlülüğü sona erse bile **çocuklara özen yükümlülüğü** devam eder.

c. Sadık Kalma Yükümlülüğü Devam Eder (TMK m. 185 f. III)

Sadakat, içten/sağlam/güçlü bağlılık anlamına gelmektedir.²³ Evliliğin temel normu diğer bir deyişle evliliğin anayasası olan TMK m. 185 hükmü eşlerin birbirlerine **sadık kalmak** zorunda olduklarına işaret etmiştir.

Sadakat yükümlülüklerinin/başka bir deyişle içten/sağlam/güçlü bağlılığın **kapsamını** ise **aşağıdaki** ²⁴ şekilde belirleyebiliriz;

- Cinsel sadakat yükümlülüğü,

23 TDK, Türkçe Sözlük, Ankara-2005, s. 1675.

24 Her bir sadakat yükümlülüğünün **icthah olarak karşılığı** için bakınız: Ömer Uğur **GENÇCAN**, Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara-2010. (Kısaltma: **GENÇCAN-Boşanma-4**)

- Duygusal sadakat yükümlülüğü,
- Ekonomik sadakat yükümlülüğü,
- Fiziksel sadakat yükümlülüğü,
- Görsel sadakat yükümlülüğü,
- Sosyal sadakat yükümlülüğü

Ayrılık kararının kesinleştiği tarihten itibaren tarafların birlikte yaşama yükümlülüğü sona erse bile **sadık kalma yükümlülüğü** devam eder.

d. Yardım Yükümlülüğü Devam Eder (TMK m. 185 f. III)

Kendi gücünü ve olanaklarını başkasının iyiliği için kullanma **yardım** anlamına gelmektedir.

Evliliğin anayasası olan TMK m. 185 hükmü evlenmeyle eşlerin birbirine **yardımcı olmakla** yükümlü olduklarına işaret etmiştir.

Ayrılık kararının kesinleştiği tarihten itibaren tarafların birlikte yaşama yükümlülüğü sona erse bile **yardım yükümlülüğü** devam eder.

e. Birliğin Giderlerine Katılma Yükümlülüğü Devam Eder (TMK m. 186 f. III)

Evlilik birliğinin devamı sırasında diğer bir ifadeyle eşler birlikte yaşarken katılım **birliğin giderlerine gönüllü katılma**²⁵ olarak gerçekleşir. Gönüllü katılımın birliği-

25 TMK m. 186 f. III.

nin devamı sırasında diğeri bir ifadeyle eşler birlikte yaşarken gerçekleşmemesinin yaptırımını ise **birliğin giderlerine yargısal katılma**²⁶ olarak gerçekleştirir.

Ayrılık kararının kesinleştiği tarihten itibaren tarafların birlikte yaşama yükümlülüğü sona erse bile **birliğin giderlerine katılma yükümlülüğü** devam eder.

f. Meslek veya İş Seçiminde Özen Yükümlülüğü Devam Eder (TMK m. 192)

Eşlerden her biri, meslek veya iş seçiminde diğeri için **iznini almak** zorunda değildir. Bu sebeple eşlerin kural olarak **meslek veya iş seçimi hakkı** vardır.

Ancak, meslek ve iş **seçiminde** olduğu gibi bunların **yürütülmesinde** evlilik birliğinin huzur ve yararı göz önünde tutulur. Bu sebeple eşlerin **meslek ve iş seçiminde özen yükümlülüğü** söz konusudur.

Ayrılık kararının kesinleştiği tarihten itibaren tarafların birlikte yaşama yükümlülüğü sona erse bile **meslek veya iş seçiminde özen yükümlülüğü** devam eder.

3- Kadın, Kocasının Soyadını Kullanmaya Devam Eder

Ayrılık kararı ile eşlerin kişisel durumlarında bir değişiklik olmayacaktır. Örneğin kadın, **kocasının soyadını** kullanmaya devam edecektir. Bu konuda bir mahkeme kararına ihtiyaç da bulunmamaktadır.

26 TMK m. 196

4- Ayrılık Esnasında Eşlerden Biri Ölürse Diğeri Onun Mirasçısı Olur

Mirasbırakanın ölümü anında hukuken **geçerli bir evlilik** bulunması durumunda sağ olan eş mirastan yoksun olmama durumu dışında mirasçı sıfatını kazanır. Bu sebeple ayrılık esnasında eşlerden biri ölürse diğeri onun **mirasçısı** olacaktır.

5- Ayrılık Süresi İçinde Doğan Çocuklar Evlilik İçi Doğum Sayılır

Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır. Bu karineyi **kocanın babalığı karinesi** olarak adlandırabiliriz.²⁷

Evlilik ürünü çocuk olabilmek için ise evlilik içinde **doğmuş** ya da evlilik içinde **ana rahmine düşmüş** olmak gerekli ve yeterlidir. Evlilik birliği içerisinde doğduğu halde her nasılsa nüfusa tescil edilmeyen çocuğun **kütük**²⁸ **babasının** nüfusuna tescil edilmesi zorunludur.²⁹

Ayrılık süresi içinde doğan çocuklar **evlilik içinde doğmuş** kabul edilecektir.

6- Evlilik Birliğinin Temsili Son Bulur (TMK m. 188 f. I)

Evliliğin anayasası olan TMK m. 185 hükmünde eşlerin birliği **beraberce yöneteceklerine** açıkça işaret edil-

27 Çocuk ile soybağı ilişkisi kurulan kişinin, çocuğu doğuran kadınla evli olan kişi olması hâline işaret etmek üzere **kocanın babalığından** söz edilmektedir.

28 Sicil.

29 Y2HD, 27.9.1988, 8298-8551.

miştir. Hayat ortaklığı kabul edilen evliliklerde bu ortaklığın yönetiminin de **birlikte olması** eşler arasındaki eşitliğin doğal sonucudur. Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukukî işlemi yapabilir. Evlilik birliğinin tüzel kişiliği bulunmadığı için bir yasal temsilci tarafından temsili de mümkün değildir.³⁰ Bu sebeple eşlerden her birinin ortak yaşamın gereği olarak **evlilik birliğini temsil etme hakkı** vardır.

Ayrılık kararının kesinleştiği tarihten itibaren tarafların birlikte yaşama yükümlülüğü sona erdiği için ortak yaşamın gereği olarak doğan evlilik birliğini temsil etme hakkı kendiliğinden sona erer.

7- Evlilik Statüsü Devam Eder

Kesinleşen boşanma kararı ile evlilik birliği kesin şekilde sona erer. Oysa ayrılık kararı kesinleştiğinde evlilik birliği hukuken devam eder. Bu nedenle bilinmelidir ki ayrılık kararı evliliği **sona erdiren** sebeplerden değildir!

Ayrılık kararı kesinleştiğinde evlilik birliği hukuken devam etmekte olduğu için doğal olarak eşlerden birinin **yeniden evlenmesi** söz konusu bile olamaz.

B- Mahkeme Kararıyla Oluşan Sonuçları

Ayrılık kararının bir mahkeme kararı bulunmasa bile **kendiliğinden** oluşan sonuçlarının yanı sıra bir de **mahkeme kararıyla oluşan** sonuçları vardır.

30 ÖZTAN, s. 183.

1- Hâkim Sözleşmeyle Kabul Edilmiş Olan Mal Rejiminin Kaldırılmasına Karar Verebilir (TMK m. 180)

Aile mahkemesi (=yoksa Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen asliye hukuk mahkemesi) hâkimi **kural olarak** eşler arasında geçerli **mal rejimini** koruyacaktır.³¹

Ne var ki ayrılığa karar verilirse mahkemece, ayrılığın süresine ve eşlerin durumlarına göre aralarında **sözleşmeyle kabul edilmiş olan** mal rejiminin kaldırılmasına karar verebilir.

2- Hâkim Velâyeti Eşlerden Birine Verebilir (TMK m. 336 f. II)

Aile mahkemesi (=yoksa Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen asliye hukuk mahkemesi) hâkimi ayrılık kararı vermekle ailenin ortak hayatını askıya almaktadır. Hâkim askı süresince özellikle kadının ve çocukların statüsüne açıklık getirmeli ve gerekli önlemleri almalıdır.

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 336 f.I hükmüne göre³² evlilik devam ettiği sürece (TMK m. 141) ana ve baba velâyeti **birlikte** kullanırlar. (TMK m.182). Bu nedenle ayrılık kararı kesinleştiğinde evlilik birliği hukuken devam ettiği için velâyet hakkını karı koca birlikte kullanacaklardır.

31 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsinin 147 inci maddesine göre eşlerden birinin isteği hâlinde hâkim mal ayrılığına gider. ÖZTAN, s. 264, ZEVKLİLER s. 951.

32 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsinin 263 üncü maddesi uyarınca.

Ancak 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 336 f.II hükmüne göre ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti **eşlerden birine de** verebilir. Başka bir anlatımla hâkim ayrılık süresince çocuğun bakımı³³ işini ana veya babadan birine bırakır³⁴.

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 182 f. I-II hükmüne göre³⁵ mahkeme ayrılığa karar verirken ;

- **Olanak bulundukça** ana ve babayı dinlemeli,
- Çocuk vesayet altında ise **vasinin düşüncesini** almalı,
- Çocuk vesayet altında ise **vesayet makamının**³⁶ **düşüncesini** almalıdır.

33 Obhut=Übertragung der Sorgepflicht.

34 **ÖZTAN**, s. 263-264.

35 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsinin 148/1 inci maddesinde ayrılık vukuunda hâkim "velâyetin kullanılmasına" ilişkin önlemi alacağı açıklanmışsa da burada teknik anlamda bir velâyetin kullanılması amaçlanmıştır. **FEYZIOĞLU** hangisinde kalacağı (s.336), **AKINTÜRK** hangisine bırakılacağı (s.240) deyimlerini tercih etmişlerdir.

36 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 397 f. II hükmüne göre vesayet makamı, sulh hukuk mahkemesiydi. 18 Ocak 2003 gün ve 24997 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 4. maddesi 1. fıkrası gereğince vesayet makamı görevi aile mahkemelerine (Aile mahkemeleri kurulmayan yerlerde ise Hakimler Savcılar Yüksek Kurulunun kararıyla aile mahkemesi görevi verilen o yerdeki asliye hukuk mahkemelerine) verilmişti. 20 Nisan 2004 gün ve 25439 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 5133 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun 2. ve 3. maddeleri gereğince vesayet makamı görevi yeniden Sulh Hukuk Mahkemesine verilmiştir. Böylece vesayet makamı;

- 1.1.2002-18.1.2003 tarihleri arasında sulh hukuk mahkemesi,
- 18.1.2003-20.4.2004 arasında aile mahkemesi (=yoksa Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen asliye hukuk mahkemesi), 20.4.2004 sonrasında yeniden sulh hukuk mahkemesi olmuştur.

3- Hâkim Velâyetin Kaldırılmasına Karar Verebilir (TMK m. 348)

Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velâyet görevini gereği gibi yerine getirememesi, çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması. hâllerinde çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hâkim **velâyetin kaldırılmasına**³⁷ karar verir:

Velâyet ana ve babanın her ikisinden kaldırılırsa çocuğa bir vasi atanır.

4- Hâkim Kişisel İlişkileri Düzenler (TMK m. 182 f. I)

Ayrıca karar veren hakim ana ve babayı dinledikten, vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler.

“...Mahkemece ayrılığa karar verildiği halde müşterek çocuğun **velâyeti** ile davalı baba ile **kişisel ilişkinin düzenlenmemesi** doğru görülmemiştir.”³⁸

5- Velâyetin Kullanılması Kendisine Verilmeyen Eşin Çocuğun Bakım ve Eğitim Giderlerine Katılımı Belirlenir (TMK m. 182 f. II)

Çocuk ile velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen

37 Kararda aksi belirtilmedikçe, velâyetin kaldırılması mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsar.

38 Y2HD, 05.12.2007, 22151-16980.

eşin kişisel ilişkisinin³⁹ (TMK. m. 182 f. I, 323) düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır.

C- Talep İle Oluşan Sonuçları

Ayrılık kararının **kendiliğinden** ya da **mahkeme kararıyla oluşan** sonuçlarının yanı sıra ancak **tarafların talebiyle oluşacak** sonuçları da vardır.

1- Eşlerden Birinin İstemi Üzerine Birinin Diğeri-ne Yapacağı Parasal Katkı Belirlenir (TMK m. 197 f. II)

Eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar. Ayrılık süresince eşlerden her birinin **geliri bulunmayan** eşine bakma ve onun geçimini sağlama yükümlülüğü devam edecektir.

Aile mahkemesi (=yoksa Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen asliye hukuk mahkemesi) hâkim **talep varsa** ihtiyacı olana ne miktarda tedbir nafakası vereceğini de ayrılık kararında göstermelidir.

2- Eşlerden Birinin İstemi Üzerine Konut ve Ev Eşyasından Yararlanmaya İlişkin Önlemler Belirlenir (TMK m. 197 f. II)

Ayrılık kararı ile birlikte özellikle kadın açısından ayrı konut edinme hakkı oluştuğu kuşkusuzdur. Ancak ortak konuttan kimin ayrılması kimin kalması eşler arasında sorun olacaktır. Hâkimin **talep varsa** çocukların bakımını

39 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 148/1 inci maddesine göre diğer eşle kişisel ilişkinin ne suretle sağlanacağı ve yine 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 148/2 inci maddesine göre diğer eşin çocuğun bakım ve eğitim giderlerine ne ölçüde iştirak edeceğini hâkim ayrılık kararı ile birlikte hükme bağlamalıdır.

biraktığı eşe konutu da tahsis etmesi uygun olmalıdır. Çocukların alıştıkları ortamdan ayrılmaları bir çok sorunların doğmasına sebep olacaktır. Örneğin bu yüzden çocuklar okullarını değiştirmek zorunda kalmamalıdır.

3- Eşlerden Birinin İstemi Üzerine Eşlerin Mallarının Yönetimine İlişkin Önlemler Belirlenir (TMK m. 197 f. II)

Birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa hâkim, **eşlerden birinin istemi üzerine** birinin diğerine yapacağı parasal katkıya, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ve eşlerin **mallarının yönetimine** ilişkin önlemleri alır.

4- Eşlerden Birinin İstemi Üzerine Alınan Önlemlerin Değiştirilmesi

Birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayandığı için **eşlerden birinin istemi üzerine** gerçekleşen önlem⁴⁰ yine eşlerden birinin istemi üzerine hâkim tarafından değiştirilebilir ya da kaldırılabilir.

III. AYRILIĞIN SONA ERMESİ

Ayrılık **iki biçimde** sona erer;

- Barışma,
- Sürenin dolması.

Şimdi bu konuya ilişkin olmak üzere Yargıtay'da yaptığımız uygulamaya örnekler de vermek suretiyle ayrıntılı açıklamalarda bulunacağım.

40 TMK m. 197.

A- EŞLERİN BARIŞMASI SEBEBİYLE

Ayrılık kararı, eşleri aynı konut ve aynı yatakta yaşamak zorunluluğundan ayrılık süresince kurtarır⁴¹. Kuşkusuz dışarıda birlikte yemek yemeleri ortak hayatın yeniden kurulduğu anlamına gelmez.

Yargıtay, "ayrılık süresi içinde karı kocanın cinsel ilişkide bulunmaları kesinlikle yasaklanmış değildir, birkaç kez motelde geceleyip arızî olarak cinsel ilişki kurabilirler" görüşündedir. Yargıtay böyle bir davranışın evlilik birliğini sürdürme amacına yönelik bir davranış sayılması ve bunun barışma şeklinde yorumlanmasına karşıdır⁴².

KÖPRÜLÜ/KANETİ bu görüşe destek vermiştir.⁴³

Bu görüşe elbette katılmıyoruz. Çeşitli vesilelerle açıkladığımız üzere **yatak birliğini** ortak hayata dönme olarak kabul ediyoruz. Hele hele cinsel ilişki de kurulmuş olmasını ortak hayatın çekilebilir olduğunun ve bu çekilebilir yaşantıya avdet edildiğinin en büyük göstergesi kabul ediyoruz.

"Seninle cinsel ilişki kuruyorum ama **sakin barıştım sanma!**" sözünün ciddiyetini ve inandırıcılığını takdirlerinize sunuyorum.

B- AYRILIK SÜRESİNİN DOLMASI SEBEBİYLE

4721 sayılı Türk Medenî Kanununun m. 171 hükmünde⁴⁴ öngörülen sürenin⁴⁵ sonunda ayrılık **kendiliğın-**

41 **FEYZİOĞLU**, s. 337. Kurtulmak deyimini kuşkusuz ki görecelidir.

42 Y2HD,4.12.1980, 8597-8889.

43 **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s. 180.

44 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsinin 139 uncu maddesine göre belirlenen.

den sona erer.

4721 sayılı Türk Medenî Kanununun m. 172 f. I hükmünde süre bitince ayrılık durumunun kendiliğinden sona ereceği açıklanmıştır.

SONUÇ

Ayrılık kararı ile evliliğe **zorunlu bir mola** verdirilmektedir. Hesaplaşma, düzeltme ve dinginliği hedefleyen zorunlu mola **bir kere** verilmektedir.

İnsan ömrü yeni denemelere/molalara yetecek kadar uzun ve insan oğlu o kadar da sabırlı ve şefkatli bir canlı değildir. Verilen ayrılık süresinde de ortak hayat yeniden kurulmamışsa artık herkesin **kendi yoluna gitme zamanı** gelmiş demektir.



45 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 171 hükmüne göre ayrılığa **bir yıldan üç yıla kadar** bir süre için karar verilebilir. Bu süre ayrılık kararının **kesinleşmesiyle** işlemeye başlar.

**EŞİNDEN BOŞANDIĞI HALDE EŞİYLE FİİLEN
BİRLİKTE YAŞAMAKTA OLANLARIN GELİR VE
AYLIKLARININ KESİLMESİ**

Resul ASLANKÖYLÜ (*)

ANLATIM DÜZENİ: I.GENEL OLARAK, A-5510 SAYILI KANUNA GÖRE HAK SAHİPLERİNE ÖLÜM GELİRİ VEYA ÖLÜM AYLIĞI BAĞLAMA KOŞULLARI, (a)-Dul Eşe Ölüm Aylığı Bağlanması, (b)Ölüm Aylığının Hak Sahiplerine Nasıl Paylaştırılacağı, II.YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILAN SOSYAL GÜVENLİK KANUNLARINA GÖRE ÖLÜM, DUL VE YETİM AYLIĞI BAĞLAMA KOŞULLARI, 1)TC. Emekli Sandığı Kanununa Göre Dul ve Yetim Aylığı Bağlanması, 2)SSK.na Göre Ölüm Aylığı Bağlama Koşulları, 3)Bağ-Kur Kanununa Göre Ölüm Aylığı Bağlama Koşulları, III.5510 SAYILI KANUNUN 56. MADDESİNE GÖRE EŞİNDEN BOŞANDIĞI HALDE BOŞANDIĞI EŞİ İLE FİİLEN BİRLİKTE YAŞADIĞI TESPİT EDİLEN EŞ VE ÇOCUKLARIN GELİR VE AYLIKLARININ KESİLMESİ ŞARTLARI, a-5510 Sayılı kanunun 35. Maddesi Hükümlerine Göre Ölüm Aylığının Kesilmesi Nedenleri, b-Eşinden Boşanmış Olma Koşulu c-Boşandığı Eşiyle FİİLEN Birlikte Yaşama Koşulu, IV.BOŞANDIĞI EŞİYLE FİİLEN BİRLİKTE YAŞAMAKTA OLMANIN KANITLANMASI, A-EŞLERİN RESMEN BOŞANMALARINA KARŞIN BİRLİKTE YAŞAYIP YAŞAMADIKLARININ NASIL KANITLANACAĞINA İLİŞKİN 10. HD.NİN GÖRÜŞÜ V.56. MADDE İLE GETİRİLEN HÜKMÜN TEMEL İNSAN HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİNE AYKIRI OLUP OLMADIĞI, VI.56. MADDENİN GERİYE YÜRÜTÜLÜP YÜRÜTÜLEMeyeceği Sorunu, VII.SONUÇ, KAYNAKÇA

(*) Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı.

I.GENEL OLARAK

Eşinden boşandığı halde eşiyile fiilen birlikte yaşayan eşlerin gelir veya aylık almaya devam etmeleri öteden beri sosyal güvenlik kurumlarını tedirgin etmiştir. Burada eşlerin asıl iradesi boşanmak değil gelir ve aylık almaya devam etmektedir. Zira eş evli ise gelir veya aylık alamamaktadır. Ülkemizde bu uygulama yaygın haldedir. Eşlerin gelir veya aylık almak amacıyla boşanmaları muvazaalı boşanmadır. Oysa muvazaalı işlemleri hukuk himaye etmez.

Yasa koyucu, uygulamada ortaya çıkan bu hukuka aykırı eylemleri önlemek için 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 56. maddesinin ikinci fıkrası ile yeni ve özel bir hüküm getirmiştir. Anılan fıkra dip notta gösterilmiştir¹.

Bu hüküm Türk sosyal güvenlik hukukuna ilk defa girmiştir. 56. maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemde eşler boşansalar ve fiilen birlikte yaşasalar bile gelir ve aylık almaya devam ediyorlardı.

Anılan 56. maddede geçen “aylık” sözcüğü ölüm aylığı anlamındadır. “Gelir” sözcüğü ise iş kazası ve meslek hastalığı kolundan bağlanan geliri ifade eder.

Konu aşağıda mukayeseli olarak açıklanmaya çalışılacaktır.

A-5510 SAYILI KANUNA GÖRE HAK SAHİPLERİNE ÖLÜM GELİRİ VEYA ÖLÜM AYLIĞI BAĞLAMA KOŞULLARI

Ölüm sigortası 5510 sayılı Kanunun 32-36. maddelerinde düzenlenmiştir. Burada tüm maddeler değil sadece

1 M.56/2: “...Eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyile fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıkları kesilir. Bu kişilere ödenmiş olan tutarlar, 96'ncı madde hükümlerine göre geri alınır.”

konumuzu ilgilendiren maddeler yorumlanacaktır. Hak sahiplerine ölüm aylığı bağlamanın genel koşulları 5510 sayılı Kanunun 32. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddede öngörülen koşullar oluşmamışsa hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanamaz. Bu madde konumuzu fazla ilgilendirmemektedir. Meseleyi asıl ilgilendiren aynı kanunun 34.maddesidir. Anılan maddenin başlığı “ölüm aylığının hak sahiplerine paylaşılması” biçimindedir. Başka bir deyişle 34. madde, ölüm aylığının hak sahiplerine nasıl paylaşılacağını hükme bağlamaktadır. Bir bakıma sözü edilen maddede hak sahiplerine ölüm aylığı bağlamanın özel koşulları ifade edilmektedir.

a-Dul Eşe Ölüm Aylığı Bağlanması

Ölen sigortalının eşine ölüm aylığı bağlanabilmesi için sağ kalan eşin dul olması gerekir. Evli ise aylık bağlanamaz. Zira 34. madde de “dul eşine” denmektedir. Sağ kalan eşin kadın veya erkek olması sonucu değiştirmez. Dul eş erkek olsa bile kendisine yine ölüm aylığı bağlanır. Zira yasada kadın ve erkek ayrımı yapılmamıştır.

Dul kalan eşe hangi oranda aylık bağlanacağı 34.maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde açıkça dile getirilmiştir. Diyelim ki, bu bent konumuzu yakından ilgilendirmektedir.

b-Ölüm Aylığının Hak Sahibi Çocuklara Nasıl Paylaşılacağı

5510 sayılı Kanunun 5. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (e) bentleri hariç olmak üzere bu Kanun ya da yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmayan veya kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış çocuklara 34. maddede öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde ölüm aylığı bağlanır. Başkasının çalışması nedeniyle

gelir veya aylık almak ölüm aylığı bağlanmasına engel değildir.

Buna göre 34. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen ve az önce ifade edilen ortak koşulun gerçekleşmesi halinde çocuklardan 18 yaşını, lise ve dengi öğrenim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek tahsil yapması halinde 25 yaşını doldurmamış olanlara ölüm aylığı bağlanır.

Keza yaşları ne olursa olsun evli olmayan, evli olmakla beraber sonradan boşanan veya dul kalan kızların her birine kanunda gösterilen oran dahilinde ölüm aylığı bağlanır. Bu hüküm de konumuzu yakından ilgilendirmektedir. Zira gerek 56. maddenin ikinci fıkrasının, gerekse 34. maddenin amacı, sağ kalan eşin ve kız çocuğunun evli olmaları halinde ölüm aylığına hak kazanamayacakları yönündedir.

II.YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILAN SOSYAL GÜVENLİK KANUNLARINA GÖRE ÖLÜM, DUL VE YETİM AYLIĞI BAĞLAMA KOŞULLARI

1)TC Emekli Sandığı Kanununa Göre Dul ve Yetim Aylığı Bağlanması

5434 sayılı TC.Emekli Sandığı Kanununda da 5510 sayılı Kanunun 34. maddesine benzer hükümler vardır. Bunların neler olduğuna kısaca değinilecektir. Gerek 5510, gerek 506, gerekse 1479 sayılı Kanununda geçen "ölüm aylığının karşılığı Emekli Sandığı Kanununda "dul ve yetim aylığı" olarak adlandırılmıştır.

Emekli Sandığı Kanununun 77. maddesine göre evli olan kız ve erkek çocuklara yetim aylığı bağlanamamakta idi.

2)SSK.na Göre Ölüm Aylığı Bağlama Koşulları

Ölüm aylığı bağlama açısından SSK. ile 5510 sayılı

Kanun arasında bazı farklar dışında büyük ölçüde benzerlikler bulunmaktadır. SSK.na göre de dul eşe ölüm aylığı bağlanabilmektedir. Sağ kalan eş evli ise kendisine ölüm aylığı bağlanamaz. Keza evli olmayan, evli olmakla birlikte sonradan boşanan veya dul kalan kız çocuğuna aylık bağlanabilmekte idi. Erkek çocuklara ise çalışmayacak durumda malul iseler ve sosyal sigortaya, Emekli Sandıklarına tabi bir işte çalışmamaları, kendi çalışmaları nedeniyle buralardan gelir veya aylık almamaları koşuluyla aylık bağlanabiliyordu².

5510 sayılı Kanununun 34. maddesine göre yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışan ve kendi çalışması nedeniyle gelir ve aylık alan çocuklara ölüm aylığı bağlanmazken SSK.nun 68. maddesine göre bu durumda bulunanlara ölüm aylığı bağlanabilmekte idi.

3)Bağ-Kur Kanununa Göre Ölüm Aylığı Bağlama Koşulları

Eş ve çocuklara ölüm aylığı bağlama bakımından Bağ-Kur Kanunu ile SSK.nun ilgili maddesi arasında benzer hükümler mevcuttur.

Bağ-Kur Kanununun 45. maddesine göre de sigortalının dul eşine aylık bağlanır. Dul eş evlenirse aylığı kesilir. Çocuklardan, 18 yaşını, orta öğrenim görmeleri halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim yapmaları durumunda 25 yaşını doldurmayanlara ölüm aylığı bağlanabilmekte idi.

SSK.nda olduğu gibi, sosyal güvenlik kanunları kapsamında çalışmayan ve kendi çalışmalarından dolayı buralardan gelir ve aylık almayan çocuklara da diğer yasal

2 Aslanköylü, Resul, Sosyal Sigortalar Kanunu ile Karşılaştırmalı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, 2010, Ankara, s.908. vd.

koşulların gerçekleşmesi halinde aylık bağlanır. Keza yaşları ne olursa olsun evli olmayan, evli olmakla beraber sonradan boşanan ya da dul kalan kız çocuklarına da aylık bağlanır.

Diğer taraftan tıpkı dul eşte olduğu gibi kız çocuğu evlenir ise aylığı kesilir.³

Gerek 2925 gerekse 2926 sayılı Kanunlarda da SSK ve Bağ-Kur Kanununa benzer hükümler yer almaktadır.

III. 5510 SAYILI KANUNUN 56.MADDESİNE GÖRE EŞİNDEN BOŞANDIĞI HALDE BOŞANDIĞI EŞİ İLE FİLEN BİRLİKTE YAŞADIĞI TESPİT EDİLEN EŞ VE ÇOCUKLARIN GELİR VE AYLIKLARININ KESİLMESİ ŞARTLARI

Yürürlükten kaldırılan sosyal güvenlik yasalarına göre ölüm, dul ve yetim aylıklarının hak sahiplerine hangi koşullar altında bağlanacağı hangi hallerde kesileceği yukarıda açıklanmıştır.

Şimdi 5510 sayılı Kanununun 56. maddesine göre hak sahiplerinin ölüm aylıklarının hangi hallerde kesileceği açıklanacaktır. Genel olarak ölüm aylığının hangi hallerde kesileceği bu Kanunun 35. maddesinde hükme bağlanmıştır. Aşağıda yorumlanacağı gibi diğer bir ölüm aylığının kesilmesi nedeni de aynı Kanunun 56.maddesinin ikinci fıkrasında yer almaktadır.

a-5510 Sayılı Kanunun 35. Maddesi Hükümlerine Göre Ölüm Aylığının Kesilmesi Nedenleri

Anılan 35. maddenin ikinci fıkrasına göre, hak sahiplerine bağlanan ölüm aylıkları 34. maddede belirtilen ko-

3 Aslanköylü Resul, Bağ-Kur Kanunu ile Karşılaştırmalı Sosyal Sigortalar ve genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, s. 915 2010, Ankara.

şulların ortadan kalktığı tarihi takip eden ödeme dönemi başından itibaren kesilir. Ödeme döneminin ne olduğu 5510 sayılı Kanunun 3. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre ödeme dönemi “bu Kanuna göre bağlanan gelir ve aylıkların, ödeme tarihinden takip eden ödeme tarihine kadar geçen süreyi ifade eder”. Bilindiği gibi gelir ve aylıklar yasayla belirlenen dönemlerde ödenir. Örneğin, ölüm aylığı koşullarının ortadan kalktığı tarih 1.7.2012, aylığın ödenmesi gereken tarih 1.8.2012 ise hak sahibinin aylığı bu tarihte kesilir. Zira ödeme döneminin başı anılan tarihtir⁴.

35. maddede, 34. maddeye yollamada bulunmaktadır. 34. madde ölüm aylığının hak sahiplerine ne şekilde paylaştırılacağını içermektedir. Başka bir anlatımla hak sahibi eş ve çocuklara hangi şartlarla ölüm aylığı bağlanacağı öngörülmektedir. Burada daha fazla detaya girilmesine gerek görülmemiştir⁵.

Bilindiği gibi 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin üçüncü fıkrasının (d) ve (e) bentlerinde, Harp Okulları ile Polis Akademisi öğrencilerinin sigortalılıklarına ilişkin hükümler bulunmaktadır. İşte bu öğrencilerin sigortalı sayılmaları, bağlanmış olan ölüm aylıklarının kesilmesini gerektirmez. Diğer yönden aylığın kesilmesini gerektiren nedenin ortadan kalkması halinde 34. maddede belirtilen koşullar saklı kalmak kaydıyla, başvuru tarihini takip eden ay başından itibaren tekrar aylık bağlanır. 35. madde gereğince aylığı kesilen çocuklardan sonradan çalışma gücünü en az % 60 oranında kaybederek malul olanlara 34.maddede sayılan şartları haiz olmaları halinde, malullüğü belirleyen rapor tarihini takip eden aybaşından itibaren aylık bağlanır.

4 Aslanköylü, 2010, Ankara, s. 919.

5 Daha geniş bilgi için bkz. Aslanköylü, 2010, s. 919 vd.

Şimdi sözü edilen 56. madde gereğince gelir veya aylığın kesilme şartları açıklanacaktır. Esasında 56. madde dahi gelir veya aylık kesmeye ilişkin hükmü içermektedir. O nedenle bu maddenin son fıkrasındaki hükmün 5510 sayılı Kanununun 35. maddesine dahil edilmesi bizce daha isabetli olurdu.

b-Eşinden Boşanmış Olma Koşulu

Anılan fıkra gereğince gelir ve aylığın kesilmesinin ilk koşulu muvazaalı olarak eşlerin boşanmasıdır. Boşanmanın kesinleşmiş mahkeme kararı ile kanıtlanması gerekir. Boşanma kararının tarafları eş ve çocuklardır. Sigortalı öldükten sonra sağ kalan eş evlenmiş, ne ki bilahare boşanmış ise bu olgu eşin boşanmasıdır. Yine sigortalının hak sahibi olan çocuğu evlenmiş, ancak bilahare boşanmış ise bu olgu da çocuğun boşanmasıdır. Yasada herhangi bir ayrımı yapılmadığından çocuğun kız veya erkek olması sonucu değiştirmez.

c-Boşandığı Eşiyle Fiilen Birlikte Yaşama Koşulu

Gelir veya aylıkların kesilmesinin ikinci koşulu, hak sahibinin, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşamakta olması koşuludur. Fiilen birlikte yaşayanlar ölen sigortalının sağ kalan eşi ile çocuklarıdır. Az önce belirtildiği gibi çocukların kız ve erkek olmaları fark etmez. Keza, eş kavramına da herhangi bir ayırım getirilmediğinden sağ kalan eşin kadın veya erkek olması da sonucu değiştirmez. Başka bir deyişle anılan fıkroda açıkça "...boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş" denmektedir.

IV.BOŞANDIĞI EŞİYLE FİİLEN BİRLİKTE YAŞAMAKTA OLMANIN KANITLANMASI

Boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşamış olmanın kanıt-

lanması davanın çözümünde çok büyük önem taşır. Zira eşiyile fiilen birlikte yaşama olgusu kanıtlanmadıkça hak sahiplerinin gelir ve aylıkları, diğer koşullar gerçekleşmiş olsa bile kesilemez.

Acaba boşandığı eşi ile fiilen birlikte yaşama iddiasının ispat yükümü kime aittir? Kural olarak boşanan eşlerin ayrı yaşayacakları açıktır. Yaşam deneyimleri ve hayatın olağan akışı bunu gerektirir. Bu durumda bize göre boşanan eşlerin fiilen birlikte yaşadıklarının kanıtlanması yükümü Kuruma aittir. Kurum elbette fiilen birlikte yaşama iddiasının dayanağı olan delileri mahkemeye bildirecektir. Buna karşılık fiilen birlikte yaşamadıklarını iddia eden hak sahibi de karşı delilerini mahkemeye sunma hakkına sahiptir. Bu durumda mahkemece tarafların gösterdikleri deliller toplanmalı, irdelenmeli, re'sen dahi araştırma ve inceleme yapılmalıdır. Zira sosyal güvenlik hakları kamu düzenine ilişkin olup meselenin çözümü re'sen araştırma ve inceleme yapmayı gerektirir.

Nitekim Yargıtay, sosyal güvenliğe ilişkin davalarda hakimin, deyim yerinde ise tıpkı ceza hakimi gibi araştırma ve inceleme yapması gerektiği görüşündedir. Esasında, bize göre sosyal güvenlik davalarına özgü ayrı bir usul yasası çıkarılmalı veya Hukuk Muhakemeleri Kanunu bünyesinde bu konuda özel düzenleme yapılmalıdır.

Kurum, fiilen birlikte yaşamayı müfettiş tutanağı ile kanıtlayabilir. Bilindiği gibi müfettiş tutanakları aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir. Tutanağın aksinin aynı güç ve nitelikteki delillerle kanıtlanması gerekir. Aylığın kesilmesini istemeyen hak sahibi aynı güç ve nitelikte deliller gösterebilir. Bu bağlamda birlikte oturulduğu iddia edilen meskenin tapusunun kimin üzerine kayıtlı olduğu, keza elektrik ve su aboneliğinin kimin üzerinde gözüktüğü, evin emlak vergisinin kim tarafından ödendiği, nüfus müdürlü-

ğü ve mahalle muhtarlığı aracılığıyla o evde oturanların kimlikleri araştırılıp incelenebilir. Ayrıca tanık deliline de başvurulabilir. Tüm deliller toplandıktan sonra mahkemeye bu deliller hep birlikte değerlendirilmeli ve varılacak sonuç uyarınca karar verilmelidir. Ne ki yazılı delil mevcut ise tanık dinlenmeyebilir.

Ayrıca boşanan eşlerin birlikte yaşayıp yaşamadıklarının tespiti amacıyla seçmen kayıtları da getirtilip incelenebilir. Örneğin seçmen kayıtlarına göre boşanan eşler aynı adreste kayıtlı olabilecekleri gibi aynı sandıkta da oy kullanmış olabilirler.

Zabita araştırmasına da başvurulabileceği düşünülebilirse de⁶ bize göre toplanan diğer deliller yeterli ise zabita araştırmasına gerek yoktur. Zira polis ve jandarma sonuç itibarıyla durumu muhtarından ve mahalle halkından soracaktır.

A-EŞLERİN RESMEN BOŞANMALARINA KARŞIN FİİLEN BİRLİKTE YAŞAYIP YAŞAMADIKLARININ NASIL KANITLANACAĞINA İLİŞKİN 10.HD.NİN GÖRÜŞÜ:

Yargıtay 10.HD. vermiş olduğu uzun bir kararında, eşlerin boşanmalarına karşın fiilen birlikte yaşayıp yaşamadıklarının nasıl kanıtlanacağını ayrıntılı olarak belirtmiştir. Öneminden ötürü bu kararın ilgili bölümü aşağıya alınmıştır.

“...Sonuç olarak 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 56. maddesinin ikinci fıkrasına dayalı açılan bu tür davalarda eylemli olarak birlikte yaşama olgusunun tüm açıklığıyla ve özellikle taraflar arasındaki uyumsuzluk konusu dönem yönünden ortaya konulması önem arz etmektedir. Bu aşamada, ayrıntıları

6 Özmen Tolga, Mess Sicil Dergisi Haziran, sayı 12. s.112.

yukarıda açıklandığı üzere Anayasanın 20. maddesi ile 5510 sayılı Kanun, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu, 4857 sayılı İş Kanunu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve diğer ilgili mevzuat hükümleri göz önünde bulundurulmak suretiyle yöntemince araştırma yapılmalı, tarafların göstereceği tüm kanıtlar toplanmalı, bildirilen ve dinlenmesi istenilen tanıkların ifadeleri alınmalı, davacı ile boşandığı eşin yerleşim yerlerinin saptanmasına ilişkin olarak, muhtarlıktan, ikametgah senetleri elde edilmeli, ilgili nüfus müdürlüklerinden sağlanan nüfus kayıt örnekleri ile yerleşim yeri ve diğer adres belgelerinden yararlanılmalı, adres değişiklik ve nakillerine ilişkin bilgilere ulaşılmalı, özellikle ilgili nüfus müdürlüğünden adres hareketleri, tarihleriyle birlikte istenilmeli, ilgililerin su, elektrik, telefon aboneliklerinin hangi adresti kimin adına tesis edildiği saptanmalı, seçmen bilgi kağıtları getirilmeli, varsa çalışmaları nedeniyle resmi/özel kurum ve kuruluşlara verilen belgelerde yer alan adresler dikkate alınmalı, boşanan eşler 4857 sayılı Kanun kapsamında yer almakta iseler adlarına ödeme yapılabilecek özel olarak açılan banka hesabı bulunup bulunmadığı belirlenmeli, boşanan eşlerin kayıtlı oldukları bölge/bölgeler yönünden kapsamlı Emniyet Müdürlüğü/Jandarma Komutanlığı araştırması yapılmalı, anılan mahalle/köy muhtar ve azalarının tanık sıfatıyla bilgi ve görgülerine başvurulmalı, böylelikle, “boşanılan eşle eylemli olarak birlikte yaşama” olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediği, toplanan kanıtlar ışığı altında değerlendirildikten sonra elde edilecek sonuca göre karar verilmelidir.

Bu maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmaksızın ... davanın kabulüne karar verilmesi usule ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir....”⁷. Kararda yer alan

7 10.HD. 24.01.2012 T. 2010/11457 E. 2012/929 K.

görüşlere katılmakla beraber bizce toplanan deliller, hüküm vermeye yeterli ise bu kadar geniş bir araştırmaya gidilmesine gerek yoktur. Örneğin polis ve jandarma aracılığı ile araştırma yapılmasına gerek görülmeyebilir.

V. 56'NCI MADDE İLE GETİRİLEN HÜKMÜN TEMEL İNSAN HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİNE AYKIRI OLUP OLMADIĞI

56. maddenin ikinci fıkrası ile getirilen hükmün temel insan hak ve özgürlüklerine aykırı olup olmadığı konusunun tartışılmasına gerek görülmemiştir. Bilindiği gibi yasal ve Anayasal hükümlere göre herkes meskenini seçme ve dilediği kimse ile fiilen birlikte oturma hakkına sahiptir. Bu bağlamda aylık alma amacıyla olmasa bile kişi eşinden boşanabilir ve az ihtimal de olsa eşile fiilen birlikte yaşayabilir. Bu durumda boşanıp fiilen birlikte yaşadığı diye hak sahibinin aylığı kesilemez. Gerçi boşanan eşlerin aynı çatı altında birlikte oturmayacakları bir karinedir. Ne ki bu karinenin aksi her türlü delil ile kanıtlanır. Nitekim toplumumuzda evli olmadıkları halde fiilen birlikte yaşama biçimi yaygın hale gelmiştir.

Ancak, az önce ifade edildiği gibi bu durumun sağlam ve inandırıcı delillerle kesin olarak kanıtlanması gerekir.

56'ncı maddenin ikinci fıkrasının Anayasaya aykırılığı düşüncesiyle Any. Mah.ne başvurulmuş ise de yüksek mahkeme iptal istemini reddetmiştir⁸.

56. maddenin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Diyarbakır İkinci İş Mahkemesi, Zonguldak Birinci İş Mahkemesi ve Malatya İş Mahkemesi tarafından Anayasa Mahkemesine itirazın dava açılmıştır. Ne ki Anayasa Mahkemesine

8 Ay. M.28.4.2011-2009-86/70 RG. 5.12.2011 T. No: 28143.

mesi tüm bu davaları reddetmiştir. İptal isteminin nedenleri şunlardır: Anılan madde eşitlik ilkesi ile temel sosyal güvenlik hakkına temel hak ve özgürlüklere, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesine ve özel yaşamın gizliliği ilkesine aykırıdır. Ne ki az önce ifade edildiği gibi Anayasa Mahkemesi öne sürülen iptal gerekçelerinin hiçbirisine itibar etmemiş ve iptal devalarının tümünü reddetmiştir.

Centel ve biz de Anayasa Mahkemesi kararlarının isabetli olduğu görüşündeyiz.⁹

Anayasa Mahkemesi konuyu dürüstlük kuralı açısından değerlendirmektedir. Yüksek Mahkeme ölüm aylığı almak amacıyla eşinden boşanan ve daha sonra eşiyile fiilen birlikte yaşayan eşin dürüstlük kuralını ihlal ettiği görüşündedir. (TMK. m. 2/2).

Hemen belirtmek gerekir ise anılan fıkranın eşitlik ilkesini ihlal ettiği görüşü isabetli değildir. Zira Anayasada yer alan eşitlik ilkesi aynı statüde yer alan bireyler açısından geçerlidir. Oysa 56. maddede yer alan bu hükmün Anayasanın 10. maddesinde ifade edilen eşitlik ilkesiyle bir ilgisi yoktur.

Diğer taraftan anılan ikinci fıkra kişinin temel hak ve özgürlüklerini, maddi ve manevi gelişimini, özel yaşamın gizliliği ilkesini de zedelemiş değildir. Zira burada az önce değinildiği gibi dürüstlük kuralı ihlal edilmiş ve hukuka aykırı davranış sergilenmiştir. Zira az önce değinildiği gibi boşanma, tarafların gerçek iradelerini yansıtmamakta bize göre muvazaalı bir işlemi ortaya koymaktadır. Yukarıda değinildiği gibi muvazaalı işlemleri hukuk himaye etmez. Kurumun eşlerin fiilen birlikte yaşayıp yaşamadıklarının

9 Centel, Tankut. Boşandığı Eşiyile Birlikte Yaşamının Aylığının Kesilmesi. Makale. Mess Sicil, Mart 2012, s. 25 vd.

tespiti amacıyla evde denetim yapması yasal hakkıdır. Ancak Kurum müfettişleri bu tespitleri yaparken elbette eşlerin yatak odalarına kadar giremezler. Bunun için bize göre gerektiğinde hakimden arama kararı alınabilir. O nedenle burada özel yaşamın gizliliği ilkesi de zedelenmiş değildir.

VI.56. MADDENİN İKİNCİ FIKRASININ GERİYE YÜRÜTÜLÜP YÜTÜRÜLEMeyeCEĞİ SORUNU

Acaba, ikinci fıkra, yürürlüğe girdiği tarihten sonraki olaylara mı uygulanabilecek yoksa eskiden ölüm aylığı alanlara da uygulanabilecek midir?

Örneğin bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce ölüm aylığı almak amacıyla muvazaalı olarak boşanıp eşile fiilen birlikte yaşamalarına karşın ölüm aylığı alanların aylıkları kesilebilecek midir?

Bize göre bu durumda bulunanların aylıkları kesilmez. Zira anılan fıkra ile ilk defa yepyeni bir hüküm getirilmiş ve anılan maddenin geriye yürütüleceğine dair istisnai bir hükme yer verilmemiştir.

Kaldı ki 5510 sayılı Kanunun geçici birinci maddesine göre bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce bağlanan aylıkların ödenmesine devam edilir.

Anılan geçici birinci maddeye göre, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce SSK. ile 2925 sayılı Kanuna tabi olanlar, bu Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında, 1479 sayılı Kanun ve 2926 sayılı Kanuna tabi olanlar, 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında, 5434 sayılı Kanuna tabi olanlar 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında kabul edilir. Görüldüğü gibi yürürlükten kaldırılan sosyal güvenlik ka-

nunlarına göre sigortalı olanların 4. maddenin hangi bendlerine tabi oldukları belirtilmektedir.

Öbür yandan geçici birinci maddenin ikinci fıkrası hükmüne göre, 506, 1479, 2925 ve 2926 sayılı Kanunlara göre bağlanan veya hak kazanılan, aylık, gelir ve diğer ödenekleri ile 5434 sayılı Kanunun birinci maddesine göre ödenmekte olan ek ödemenin ödenmesine devam edilir.

Keza bu gelir ve aylıkların durum değişikliği nedeniyle artırılması, azaltılması, kesilmesi veya yeniden bağlanmasında, 5510 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümleri uygulanır.

VII.SONUÇ

Yukarıda değinildiği gibi 5501 sayılı Kanunun 56. maddesinin ikinci fıkrası ile getirilmiş olan hüküm Türk Sosyal Güvenlik Mevzuatına ilk defa girmiştir. 56. maddenin ikinci fıkrası hükmüne göre, eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocuklara bağlanmış olan gelir ve aylıklar kesilir. Bu kişilere ödenmiş olan gelir ve aylıklar 96. madde hükümlerine göre geri alınır. Anılan maddenin geriye değil ileriye yönelik uygulanacağı az önce açıklanmıştır. 5510 sayılı Kanunun geçici birinci maddesinin ikinci fıkrası hükmü gereğince yürürlükten kaldırılan sosyal güvenlik kanunları uyarınca daha önce bağlanan gelir ve aylıklar kesilemez. Eski mevzuat bilinmeden yeni mevzuatın anlaşılmasında güçlük çekilebileceğinden eski mevzuatın ilgili hükümleri de ayrıca yukarıda açıklanmıştır. Keza açıklamalarımızda 56. maddenin anayasamıza aykırı olmadığı da ayrıntılı olarak dile getirilmiştir. Any. Mah.nin hangi nedenlerle anılan maddenin iptali için açılan davaları reddetmiş olduğu da ifade edilmiştir.

KAYNAKÇA

1-**Aslanköylü, Resul**, Sosyal Sigortalar Kanunu İle Karşılaştırmalı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi. 2010, Ankara.

2-**Aslanköylü, Resul**, Bağ-Kur Kanunu ile Karşılaştırmalı Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, 2010, Ankara.

3-**Özmen, Tolga**, Mess Sicil dergisi, Haziran 2012 Sayı: 12.

4-**Centel, Tankut**, Mess sicil Dergisi, Mart 2012, Sayı: 25.

5-Any. Mah. 28.4.2011-2009-86/70 R.G. No: 28143.



MARKA LİSANSI SÖZLEŞMESİNİN KONUSU, ÖZELLİKLERİ VE BENZER SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRMASI

Yusuf BAŞLAR (1)

ANLATIM DÜZENİ: I-GİRİŞ, II-MARKA LİSANSI SÖZLEŞMESİNİN KONUSU, III-MARKA LİSANSI SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ, IV-MARKA LİSANSI SÖZLEŞMESİNİN BENZER SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI, A-Kira Sözleşmesi ve Marka Lisansı Sözleşmesi, B-Satım Sözleşmesi ve Marka Lisansı Sözleşmesi, C-Adi Ortaklık Sözleşmesi ve Marka Lisansı Sözleşmesi, D-Franchise Sözleşmesi ve Marka Lisansı Sözleşmesi, E-Know-How Sözleşmesi ve Marka Lisansı Sözleşmesi, F-İntifa Sözleşmesi ve Marka Lisansı Sözleşmesi, SONUÇ, KAYNAKÇA

I-GİRİŞ

Marka lisansı sözleşmesi, lisans verenin markadan doğan haklarının kullanım hakkını lisans alana verdiği bir sözleşmedir². Bu anlamda marka lisansı sözleşmesi, lisans verenin, lisans alana bir markanın ve bir markanın işlevini ortaya çıkaracak kendiliğinden kurulan inhisarilik durumunun kullanımına izin vermesi borcunu ve kural olarak lisans alanın da bunun için bir bedel ödemesi borcu-

1 *Viranşehir Cumhuriyet Başsavcısı*

2 YÜKSEL, Ülkü/YÜKSEL-MERMÖD, Aslı, Marka Yönetimi ve Marka Değerinin Ölçülmesi, İstanbul, 2005, s. 68.

nu yükümlendiği sözleşmelerdir³. Biz de bu çalışmamızda marka lisansı sözleşmesinin konusu, özellikleri ve benzer sözleşmelerle olan ilişkisini 01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümlerini de dikkate alarak inceleyeceğiz.

II-MARKA LİSANSI SÖZLEŞMESİNİN KONUSU

Lisans sözleşmesi ile markanın kullanım hakkı lisans alana verilir. Markaya bağlı kullanım hakkını geniş anlamak gerekir. Markaya bağlı kullanım hakkı, üretim, satım, dağıtım gibi bir çok işlemi bünyesinde barındırır. Dolayısıyla, lisans sözleşmesinin tüm bu işlemleri veya bunların birini veya bir kaçını bünyesinde bulundurması mümkündür. Dolayısıyla, marka hakkı üzerinde tanınan hakkın niteliğine göre lisans; üretim lisansı, dağıtım lisansı gibi çeşitli şekillerde isimlendirilebilir. Lisans sözleşmesi ile verilen hakkın ayrıca belli bir coğrafi bölge ile sınırlı olarak verilmesi de mümkündür⁴.

Lisans sözleşmesi bağlamında karakteristik edim, lisans verenin edimidir. Lisans verenin gerçekleştirilmesi gereken marka hakkının lisans alanın kullanımına sunulması edimi, lisans sözleşmesi için belirleyici unsurdur. Lisans alanın ise kural olarak karşı edimi oluşturan bir bedel ödeme borcu vardır⁵.

556 sayılı KHK m. 15 ve m. 20'de açık bir biçimde marka üzerindeki kullanma hakkının, lisans verilmesi yoluyla kullandırılmasının mümkün olduğu belirtilmiştir.

3 ÖZEL, Çağlar, Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara, 2002, s. 43.

4 DAĞCI, Aksu/ARSLANOĞLU M.Anıl, Marka Lisansı, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi Yıl: 2007, Sayı: 10, s. 361; CAMCI, Marka Davaları, İstanbul, 1999, s. 71 vd.

5 ÖZEL, s. 46.

Buna göre, lisans sözleşmesinin konusu kısaca marka üzerindeki hakkın lisans alana kullandırılmasıdır; bu kullandırma tescil edilmiş⁶ olan marka üzerindeki hakkın tamamı veya bir kısmı üzerinde gerçekleşebilir⁷. Kural olarak her türlü marka, marka lisansı sözleşmesinin konusunu oluşturabilir⁸. Marka siciline kayıt olmak koşuluyla ortak markalarda da lisans verilmesi geçerlidir (556 sayılı KHK m. 60). Buna karşın garanti markası lisans sözleşmesine konu oluşturamaz. Bunun nedeni, garanti markasının, teknik yöntemlerle gösterilen herkes tarafından kullanılabilmesidir⁹.

Diğer taraftan marka başvurusunu konu edinen bir lisans sözleşmesi yapılması da mümkündür¹⁰ (556 sayılı

- 6 556 sayılı KHK'nın tescil edilmiş simgelere "marka" dediği, tescil edilmemiş simgeler için "işaret" kelimesini kullandığı hakkında bkz. TEKİNALP, Ünal, Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul, 1997, s. 470; Tescilsiz markaların 556 sayılı KHK kapsamında olmasa da TTK'nın haksız rekabet hükümleri uyarınca "tanıtıcı unsur" olarak lisans sözleşmelerine konu olabilecekleri hakkında bkz. GÜRZUMAR, Osman Berat, Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan "Sistem"lerin Hukuken Korunması, İstanbul, 1995, s. 106-107; ÇAMLİBEL-TAYLAN, Esin, Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara, 2001, s. 207, dn. 207; Tescilsiz markaların lisans sözleşmelerine konu edilmelerinde herhangi bir engelin bulunmadığı ve fakat tescilsiz markalara ilişkin sözleşmelerin tescil edilmesinin mümkün olmayacağından lisans alanın tescil işleminin sağlayacağı himayeden yararlanamayacağı görüşü için bkz. YASAMAN, Hamdi/ALTAY Sıtkı Anlam/AYDOĞDU Tolga/YUSUFOĞLU Fülürya/YÜKSEL Sinan, Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt II, İstanbul, 2004, (KHK Şerhi), s. 738; Aynı yönde görüş bkz. ÇİÇEKÇİ, Çiğdem, Marka Lisansı Sözleşmeleri, İzmir, 2001, s. 17-18.
- 7 BOSO, Burcu, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Yabancı Unsurlu Lisans Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Yıl: 2006, Sayı: 8, s. 863; MERAN, Necati, Marka Hakları ve Korunması, Ankara, 2004, s. 182; KARAN, Hakan/KILIÇ, Mehmet, Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara, 2004, s. 343.
- 8 ÖZEL, s. 46.
- 9 ARKAN, Sabih, Marka Hukuku, Cilt. I, Ankara, 1997, s. 48; YASAMAN/ALTAY, KHK Şerhi, s. 737; Lisans sözleşmelerinin herkesin kullanıma izinli olduğu konularda yapılamayacağı hususu hakkında ayrıca bkz. OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözlemlerine Uygulanması, İstanbul, 2002, s. 15.
- 10 YASAMAN/ALTAY, KHK Şerhi, s. 738; DAĞCI/ARSLANOĞLU, s. 361.

KHK m. 22). Kanun koyucu, marka başvurusu üzerinde hukuki işlemler yapılmasına imkân tanıyarak, marka başvurusunun bir malvarlığı hakkına konu olduğunu kabul etmektedir. Marka başvurusu üzerinde lisans sözleşmesi yapılması olasılığında, tescili talep edilen marka tescil edilmezse, lisans sözleşmesi, tanıtıcı unsurlar için yapılan lisans sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir¹¹.

Marka lisansı sözleşmesinde, sözleşme konusu marka hakkının, sözleşmenin tarafı olan şahsın tasarrufuna geçmesi söz konusu olmamaktadır. Tasarruf hakkı yine lisans verende kalmaya devam etmekte, lisans alan sadece o hak üzerinde kullanma ve yararlanma hakkını elde etmektedir¹². Bu bağlamda lisans sözleşmesinin yapılması ile lisans alana yalnızca lisans verene karşı ileri sürebileceği şahsi nitelikte haklar geçmekte; marka üzerindeki hak ise, marka sahibinin mal varlığında kalmaya devam etmektedir. Lisans alanın sözleşme ile elde edebileceği haklar sözleşmenin içeriğine göre değişir, ancak genel hukuk ilkeleri gereği hiçbir zaman hak sahibine ait olan haktan daha fazlası lisans alana devredilemez¹³.

Bununla beraber lisans alan, lisans konusunu, kendi unvanı veya lisans verenin unvanı altında kendi ürünlerinin üretilmesinde bir unsur olarak kullanabilir, pazarlamasını yapabilir veya onunla meydana getirdiği malları satabilir. Lisans alan, lisans konusu mal veya hizmeti veya bunlardan üretilen mal veya hizmetleri lisans verenle

11 OKTAY-ÖZDEMİR, s. 140-141; BOSO, s. 863.

12 ÖZEL, s. 15; TÜYSÜZ, Mustafa, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Ankara, 2007, s. 75.

13 ONGAN, Burak, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu, Ankara, 2007, s. 26.

doğrudan rekabet ederek de satabilir¹⁴.

Türk Hukukunda, markanın lisans sözleşmesine konu olabilmesi için bazı hukuk sistemlerinde¹⁵ uzunca bir süre aranan, lisans sözleşmesinin tarafları arasında sıkı ekonomik ilişkiler olması şartı aranmamaktadır. Ancak 556 sayılı KHK m. 21/VIII'de marka sahibi lisans verenin, lisans alan tarafından üretilen malların veya sunulan hizmetlerin kalitesini garanti etmek için önlem alması yükümlüğü öngörülmüştür¹⁶. Öğretide, lisans alanın kendisinden istenen koşulları sağlayamaması haline ilişkin olarak marka hakkının tükenmesi kabul edilmediğinden, marka sahibinin lisans alana karşı markadan doğan haklarını kullanabileceği kabul edilmektedir¹⁷.

III-MARKA LİSANSI SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

Marka lisansı sözleşmesinin özellikleri aşağıdaki gibi belirlenebilir.

Marka lisansı sözleşmesi kural olarak karşılıklı iki taraflı borç yükleyen bir sözleşme biçimidir¹⁸. Bu sözleşmede marka hakkına sahip olan kimse ile onun tarafından yetkili kılınan kimseler, kural olarak bir bedel karşılığında, markanın kısmen veya tamamen üçüncü kişiler tarafın-

14 CAMCI, Marka Davaları, s. 69.

15 Konuyla ilgili açıklama için bkz. YÜKSEL, Ali Sait, Patent ve Lisans (Patent, Marka, Know-How) Sözleşmesi Hukuku, İstanbul, 1989, s. 89; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 135, dn. 575.

16 ONGAN, s. 27.

17 PINAR, Hamdi, Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 870 vd.; ARKAN, Sabih, Marka Hakkının Tüketilmesi, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara, 1998, s. 204-205.

18 EKE, R. Burak, Patent Hakkı ve Patent Lisansı Sözleşmesi, İstanbul, 1984, s. 61; AYİTER, Nuşin, İhtira Hukuku, Ankara, 1968, s. 109; BOSO, s. 860.

dan kullanılmasına izin verir¹⁹.

Uygulamada çok sık rastlanan bir durum olmamakla birlikte lisans sözleşmesinin bedelsiz olması halinde serbest lisanstan bahsedilir²⁰ ki bu halde tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin varlığı söz konusudur²¹. Sıklıkla rastlanan durum ise lisans sözleşmesinin her iki tarafı da borç altına sokan bir sözleşme olmasıdır. Buna göre lisans sözleşmelerinde taraflardan birisi lisans vererek bir hakkın kullanımını devrederken, diğer taraf bunun karşılığında bir bedel ödeme borcu altına girmektedir. Ödenecek bedel genellikle belli bir miktar para iken bazen para yerine başka edimlerin de kararlaştırıldığı görülmektedir²².

Marka lisansı sözleşmesinde lisans veren üzerinde tasarruf yetkisine sahip olduğu markayı, aralarındaki sözleşme hükümleri çerçevesinde lisans alana kullandırmayı borçlanmaktadır²³. Bu bağlamda gerek basit gerekse inhisari nitelikte olsun mutlak bir hak olan marka hakkını konu alan lisans sözleşmelerinde marka hakkı üzerinde tasarrufta bulunulmamakta, sadece karşı tarafla borçlan-

19 ONGAN, s. 17; AYDINCIK, Şirin, Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, İstanbul, 2006, s. 75.

20 TEKİNALP/Ünal, Markanın Üçüncü Kişiler Tarafından Kullanılması, Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, 1998 § 28. N. 31; ORTAN, Ali Necip, Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara, 1979, s. 243; BOSO, s. 860; AYDINCIK'a göre lisansın bedelsiz olması durumunda bir bağışlama sözleşmesi söz konusu olmaktadır. s. 75, dn. 370; Aksi görüş için bkz. OKTAY-ÖZDEMİR, s. 63.

21 FİLİZ, Erdinç, Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara, 2007, s. 32; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 63.

22 FİLİZ, s. 32; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 64; YASAMAN/ALTAY, KHK Şerhi, s. 746; ARKAN, Sabih, Marka Hukuku, Cilt II, Ankara, 1998, s. 199; ÜNAL, Mücahit, Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler, Konya, 2005, s. 150; SARGIN, Fügen, Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara, 2002, s. 106; ORTAN, s. 243; YÜKSEL, s. 96.

23 ÜNAL, s. 150.

dırıcı bir ilişki içine girilmektedir²⁴.

Marka lisansı sözleşmesi niteliği gereği sürekli borç ilişkisi kuran bir sözleşmedir²⁵. Yukarıda da belirtildiği üzere lisans sözleşmesi borçlandırıcı bir işlemdir ve lisans alanın edimdeki menfaati belli bir zaman noktasında tükenmemekte ve fakat belli bir zamana yayılmaktadır²⁶. Sahip olduğu marka hakkındaki kullanma hakkını devreden lisans veren, sözleşme ilişkisi boyunca lisans alanın edimdeki menfaatini gerçekleştirmekle yükümlüdür²⁷.

IV-MARKA LİSANSI SÖZLEŞMESİNİN BENZER SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

Her ne kadar 556 sayılı KHK'da marka lisansı ile ilgili oldukça fazla hükme yer verilmişse de marka lisansı ile ilgili genel kabul onun isimsiz bir sözleşme olduğu şeklindedir²⁸. Buna karşın marka lisansı sözleşmesinin hukuki mahiyetinin ve lisans sözleşmesi ile ilgili boşlukların hangi hükümlerle doldurulacağını tespit için benzer sözleşmelerle karşılaştırılması yerinde olacaktır.

A-Kira Sözleşmesi ve Marka Lisansı Sözleşmesi

Lisans sözleşmeleri sürekli borç doğuran ve bir hakkın

24 OKTAY-ÖZDEMİR, s. 66; OYTAÇ, Kutlu, Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, İstanbul, 2002, s. 220; YASAMAN/ALTAY, KHK, Şerhi, s. 742; Aksi yöndeki görüş için bkz. TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2004, § 28. N. 35.

25 AYDINCIK, s. 74; ÇİÇEKÇİ, s. 18; ONGAN, s. 17.

26 FİLİZ, s. 32; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 66.

27 OKTAY-ÖZDEMİR, Lisans Sözleşmeleri, s. 66.

28 AYDINCIK, s. 72; OKTAY, Saibe, İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumlanması ve Boşlukların Tamamlanması, İÜHF, Yıl: 1995-1996, Cilt: LV, Sayı: 1-2, s. 274; s. 274; ÖZEL, s. 111-112; ÜNAL, s. 165; ORTAN, s. 22; YASAMAN/ALTAY, KHK Şerhi, s. 741; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, § 28. N. 25, vd.; AYİTER, s. 109; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 52.

kullanılmasının devredildiği sözleşmelerden olduğu için, diğer kullandırma sözleşmelerinden olan kira sözleşmesine benzetilmektedir²⁹.

Kira sözleşmesinin konusu, bir şeyin bir başkasına kullandırılmasıdır³⁰. Marka lisansı sözleşmesinin konusu da markanın bir başkasına kullandırılması olması yönüyle her iki sözleşme de benzer özellikler taşımaktadırlar³¹. Ancak belli noktalar açısından kira sözleşmesi ile marka lisansı sözleşmesi birbirinden ayrılmaktadırlar.

Kira sözleşmesinin konusunu sadece maddi varlığı olan taşınır veya taşınmaz eşya oluşturur³². Buna karşın marka lisansı sözleşmesi, üzerinde mutlak hak bulunan marka hakkının kullanımına yöneliktir. Burada lisans sözleşmesinin konusunu, üzerine marka konulmuş eşya veya herhangi bir biçimde cisimlendirilmiş marka değil, doğrudan doğruya hakkın kendisi oluşturmaktadır³³. Diğer taraftan kira sözleşmesi kira hakkı sahibine sadece kullanma hakkı sağlarken marka lisansı sözleşmesi, lisans hakkı sahibine hem kullanma hem de yararlanma hakkı sağlamaktadır³⁴. Bir başka farklılık da sözleşmenin karşı edimi açısından yapılmaktadır. Buna göre marka lisansı sözleşmesinde marka

29 AYDINCIK, s. 89; ÇİÇEKÇİ, s. 18.

30 ZEVLİLER, Aydın, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2004, s. 171.

31 ÜNAL, s. 170; ÖZEL, s. 118; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 56; ARKAN, Marka Hukuku, Cilt II, s. 190-191; GÜRZUMAR, s. 92.

32 TUNÇOMAĞ, Kenan, Borçlar Hukuku, Cilt II: Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 1977, s. 439; ZEVLİLER, s. 175.

33 ÖZEL, s. 118; Aynı yönde bkz. ÇİÇEKÇİ, s. 18; ÜNAL, s. 170; TÜYSÜZ, s. 83.

34 ÜNAL, s. 170; ÖZEL, s. 118; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 56.

herhangi bir bedel talep edilmeksizin kullanılabilir³⁵. Buna karşın kira sözleşmesinde ise ücret, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 299. maddesine göre sözleşmenin esaslı unsurlarından olup yokluğu halinde kira sözleşmesinden değil ödünç sözleşmesinden söz edilir³⁶ (TBK m. 379). Borçlar Kanununda kira sözleşmesine ait düzenlemede eğer aksine anlaşma yoksa, -konut ve çatılı iş yeri kira sözleşmeleri hariç³⁷- alt kiracı atanması mümkün iken, marka lisansı sözleşmesinde böyle bir hakkın kural olarak lisans alana tanınmıyor olması da iki sözleşme arasındaki diğer bir farklılık olarak belirtilmektedir³⁸.

Marka lisansı sözleşmesi kira sözleşmesine benzer özellikler taşımasına rağmen belirtilen farklılıklardan dolayı kira sözleşmesine ilişkin hükümler ancak mahiyetine uygun olduğu oranda ve kıyasen marka lisansı sözleşmesine uygulanabilir³⁹.

Diğer taraftan marka lisansı sözleşmesinin kira sözleşmeleri ile olan ilişkisini ürün (hasılat) kirası bakımından ayrıca ele almak gerekmektedir. Ürün kirasının tanımı TBK m. 357 de yer almaktadır. Buna göre ürün kirası kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırak-

35 YILMAZ, Canan, Marka Lisans Sözleşmeleri, İstanbul, 2001, s. 96; ORTAN, s. 243; ÖZEL, s. 118-154; ÜNAL, s. 170; SARGIN, s. 106; YÜKSEL, s. 96; ARKAN, Marka Hukuku, Cilt II, s. 199.

36 TUNÇOMAĞ, s. 442; ZEVLİLİLER, s. 274; AYDINCIK, s. 89.

37 Kiracı, konut ve çatılı iş yeri kiralarda, kiraya verenin yazılı rızası olmadıkça, kiralanamı başkasına kiralayamayacağı gibi, kullanım hakkını da devredemez. TBK m. 322/2

38 OKTAY-ÖZDEMİR, s. 56.

39 ÖZEL, s. 119; ÜNAL, s. 170; GÜRZUMAR, s. 92.

mayı üstlendiği sözleşmedir⁴⁰. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere ürün kirası sözleşmelerinde bir malın yanı sıra bir hakkın da başka bir kişiye kullanımının devri mümkündür⁴¹. Marka lisansı sözleşmesinde de lisans konusu markanın kullanım hakkının devri söz konusu olması dolayısıyla bu iki sözleşme tipi açısından benzerlik kurulmaktadır⁴².

Her ne kadar marka lisansı sözleşmesi ile ürün kirası sözleşmesi arasında bir takım benzerlikler bulunsa da ürün kirasının farklı amacı, ancak bazı koşullarda karşılaştırılabilecek tipik çıkar durumu ve lisans sözleşmelerinin bir çok türünü engelleyecek olan katılığından dolayı lisans sözleşmesinin ürün kirası olarak nitelendirilmesi⁴³ olanaksızdır. Bu sebeple lisans sözleşmelerine ürün kirasına ilişkin hükümler doğrudan uygulanamazlar⁴⁴.

Her şeyden önce ürün kirasının konusu genelde zirai taşınmazlar veya işletmelerin kiralanması ve bunların seme-

-
- 40 Bu hususta bkz. AKYOL, Şener, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Know-How, Management-Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, II. Fasikül, İstanbul, 1997, s. 5; ÇİÇEKÇİ, s. 18; AYİTER, s. 109; TÜYSÜZ, s. 82.
- 41 ONGAN, s. 49; ÖĞÜZ, Tufan, Know-How Sözleşmesi, İstanbul, 2001, s. 36; ZEVKLİLER, s. 176; YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 1997, s. 344; ÖZEL, s. 119; ÜNAL, s. 171.
- 42 ZEVKLİLER, s. 177; EKE, s. 62; ÖZEL, s. 119; ARKAN, Marka Hukuku, Cilt II, s. 191; YASAMAN/ALTAY, KHK Şerhi, s. 742; YILMAZ, s. 63; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, § 28. N. 25; GÜRZUMAR, s. 92; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 55; ONGAN, s. 49; TÜYSÜZ, s. 82; BOSO, s. 861; ORTAN, s. 24; Yazara göre, lisans sözleşmesinin ürün kirası ya da benzer sözleşme tiplerine bağlı olarak değerlendirilmesinin nedeni TBK m. 357'de ürün kirasının konularına nelerin girdiği sayılırken, hakların da buraya sokulmuş olmasındandır.
- 43 Lisans sözleşmelerinin ürün kirasının bir türü olduğu hakkındaki görüşleri için bkz. CANSEL, Erol, İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku ve Alman Medeni Kanununun ile Mukayeseli Olarak Türk Hukukunda Hasılat Kirası, Ankara, 1953, s. 28; ARSEVEN, Haydar, Nazari ve Tatbiki Alamenti Farika Hukuku, İstanbul, 1951, s. 126-127; BİLGE, Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1962, s. 7; YAVUZ, s. 344.
- 44 ÖZEL, s. 121, AYİTER, s. 109-110; ORTAN, s. 23; TÜYSÜZ, s. 82.

relerinden faydalanılmasıdır⁴⁵ (TBK m. 357/1). Marka lisansı sözleşmesinin konusu ise işletmelerin mal ve hizmetlerini ayırmak için kullanılan markadır. Bununla birlikte markanın herhangi bir semeresi de söz konusu değildir⁴⁶.

Ürün kirasında kiralananın, kiralayan tarafından da kullanılabilirliği bulunmamaktadır. Oysa ki, marka lisansı sözleşmesinde lisans verenin, basit lisans sözleşmesinde markayı kullanma hakkı bulunmakta, hatta inhisari olan lisans sözleşmesinde dahi, lisans verenin hakkını saklı tutması halinde markayı kullanmak hakkı devam etmektedir⁴⁷.

Marka lisansı sözleşmesinde marka herhangi bir karşılık ödenmeden de kullanılabilirken⁴⁸ ürün kirasında ise ücret sözleşmenin esaslı unsurlarındandır⁴⁹. Diğer taraftan ürün kirası sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı değilken marka lisansı sözleşmesinin geçerliliği 556 sayılı KHK m. 15/II uyarınca yazılı şekle tabidir⁵⁰.

Marka lisansı sözleşmesinin ürün kirası sözleşmesine benzer özellikler taşımasına rağmen yukarıda belirtilen farklılıklardan dolayı ürün kirasına ilişkin hükümler ancak mahiyetine uygun olduğu oranda ve kıyasen marka lisansı söz-

45 ZEVKLİLER, s. 176-177; YAVUZ, s. 342 vd.; CANSER, s. 7; YILMAZ, s. 64; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 56; AYİTER, s. 110; ÜNAL, s. 171.

46 ÜNAL, s. 171; YILMAZ, s. 63; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 56; ÖZEL, s. 120.

47 ÇİÇEKÇİ, s. 19.

48 YILMAZ, s. 96; ORTAN, s. 243; ÖZEL, s. 154; ÜNAL, s. 171; SARGIN, s. 106; YÜKSEL, s. 96; ARKAN, Marka Hukuku, Cilt II, s. 199; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 143-117.

49 ZEVKLİLER, s. 183 vd.; YAVUZ, s. 350 vd.

50 DAĞCI/ARSLANOĞLU, s. 361, 370; ÇİÇEKÇİ, s. 36; ÜNAL, s. 181; YASAMAN/ALTAY, KHK Şerhi, s. 744; ARKAN, Marka Hukuku, Cilt II, s. 196; YILMAZ, s. 68; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, § 28. N. 32; ÖZEL, s. 62; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 67; ONGAN, s. 67-68; ÇAMLİBEL-TAYLAN, s. 212.

leşmesine uygulanabilir⁵¹.

B-Satım Sözleşmesi ve Marka Lisansı Sözleşmesi

Marka lisansı sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması, ayrıca inhisari lisansta marka sahibinin markayı kullanmaması ve satım sözleşmesinde olduğu gibi hak sahibinin, sözleşmenin konusuna ilişkin tüm kullanma ve yararlanma hakkını elde etmesi gibi özellikleri nedeniyle satım sözleşmesine⁵² ve hatta hak satımına benzetilmektedir⁵³. Ancak, satım sözleşmesi hükümlerinin marka lisansı sözleşmesine uygulanabilmesi hasılat kirasına göre daha elverişsizdir⁵⁴.

Marka lisansı sözleşmesi ile satım sözleşmesi arasında çok önemli farklılıklar bulunmaktadır. Satım sözleşmesinde kural olarak belirlenen zamanda iki tarafın da edimini yerine getirdiği bir ani edimli borç ilişkisi söz konusu olduğu halde, lisans sözleşmesinde ise tarafların kararlaştırdığı bir süreye bağlı veya süresiz olarak yapılan sürekli bir borç ilişkisi söz konusudur⁵⁵. Ayrıca satım sözleşmesinin aksine sürekli bir borç ilişkisi doğurması nedeniyle lisans sözleşmesinde tarafların sadakat borcu bulunmaktadır; bu durum

51 ÜNAL, s. 171; ONGAN, s. 50; YILMAZ, s. 64; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 56; ÖZEL, s. 122; ARKAN, Marka Hukuku, Cilt II, s. 191; YASAMAN/ALTAY, KHK Şerhi, s. 742; AYİTER, s. 109-110; ORTAN, s. 24-25; TÜYSÜZ, s. 82; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, § 28. N. 25; GÜRZUMAR, s. 92; MERAN, s. 181.

52 YILMAZ, s. 64; ÜNAL, s. 172; ÖZEL, s. 122; YASAMAN/ALTAY, KHK Şerhi, s. 742-743; AYİTER, s. 110; ORTAN, s. 25-26; AYDINCİK, s. 90; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 56.

53 Lisans sözleşmesinin hak satımı olarak değerlendirilemeyeceği yönündeki görüş için bkz. AYDINCİK, s. 90; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 57.

54 ÇAMLİBEL-TAYLAN, s. 208, dn. 245; ONGAN, s. 50; YILMAZ, s. 64; AYİTER, s. 110.

55 AYDINCİK, s. 90; YILMAZ, s. 65; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 55-57; ÜNAL, s. 172; AYİTER, s. 110; ÖZEL, s. 122; YASAMAN/ALTAY, KHK Şerhi, s. 743; ORTAN, s. 26; ONGAN, s. 50; FİLİZ, s. 36; ÇİÇEKÇİ, s. 20; BOSO, s. 861; TÜYSÜZ, s. 83.

satım sözleşmesinde yalnızca TMK m. 2 anlamında söz konusu olabilir⁵⁶. Diğer taraftan satım sözleşmesinde sözleşmenin konusu tamamen devredilirken⁵⁷ marka lisansı sözleşmesinde ise sözleşme konusu markanın özü devredende kalmakta sadece kullanma ve yararlanma hakkı devredilmektedir⁵⁸.

Satım sözleşmesi ile lisans sözleşmesi arasındaki bu önemli farklılıklara karşın özellikle inhisari lisans sözleşmelerinde iki sözleşme arasında benzerlik kurulabileceğinden⁵⁹ ayıba ve zapta karşı tekeffül hükümlerinin mahiyetine uygun olduğu oranda ve kıyasen uygulanabileceği kabul edilmelidir⁶⁰.

C-Adi Ortaklık Sözleşmesi ve Marka Lisansı Sözleşmesi

Türk Borçlar Kanunu m. 620'ye göre; adi ortaklık iki veya daha fazla kimsenin, emeklerini veya mallarını ortak bir amaca erişmek için birleştirdikleri sözleşme türüdür⁶¹. Söz konusu ortak amaç unsuru adi ortaklık için olmazsa olmaz nitelikte bir öğedir⁶². Adi ortaklık sözleşmesinde bulunan bu unsur, lisans sözleşmelerinde de bir noktaya kadar gözlenmektedir. Zira lisans sözleşmesi de sürekli borç

56 ÜNAL, s. 172; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 57; AYİTER, s. 110; ORTAN, s. 26; YILMAZ, s. 65; ONGAN, s. 50; EKE, s. 63.

57 YAVUZ, s. 44; ZEVKLİLER, s. 51.

58 ÜNAL, s. 172; ONGAN, s. 50; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 57; FİLİZ, 36; ÇİÇEKÇİ, s. 19.

59 FİLİZ, s. 36; YASAMAN/ALTAY, KHK Şerhi, s. 743.

60 ONGAN, s. 51; AYİTER, s. 110-111; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 57; ÜNAL, s. 172-173; ÖZEL, s. 122; YILMAZ, s. 65; ORTAN, s. 26-27; ÇAMLİBEL-TAYLAN, s. 208; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, § 28. N. 25; GÜRZUMAR, s. 92; Aksi yöndeki görüş için bkz. AYDINCIK, s. 91; EKE, s. 62.

61 AKYOL, s. 4; FİLİZ, s. 36; ÇİÇEKÇİ, s. 20.

62 ONGAN, s. 51.

ilişkisi olması nedeniyle, taraflar arasında bir güven ilişkisi ve bir amaç birlikteliği doğurmaktadır⁶³. Bu yüzden marka lisansı sözleşmesinin, adi ortaklık sözleşmesine benzer özellikler taşıdığı belirtilmektedir⁶⁴.

Bu iki sözleşme karşılaştırıldığında tespit edilen ilk husus, lisans sözleşmelerinin iki tarafa borç yükleyen bir anlaşma olmasına karşılık adi ortaklık sözleşmesinde bu durumun söz konusu olmamasıdır. Adi ortaklık sözleşmesinin kurulduğunu ve buna ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini ileri sürebilmek için, ortakların ortak amaca erişmek için birlikte hareket etme yükümlülüğünün bulunması gerekir. Ayrıca taraflar, faaliyet ve çalışma sonucu ortaya çıkan kâr ve zarar paylaşma iradesini taşımalıdır⁶⁵. Oysa marka lisansı sözleşmesinde, taraflar kendi çıkarları doğrultusunda hareket etmekte ve taraflar arasında karşılıklı edimlerin niteliğinden doğan bir gerilim ilişkisi bulunmaktadır⁶⁶. Bu nedenle marka lisansı sözleşmelerini adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirmek oldukça zordur⁶⁷.

Ancak Türk öğretisinde adi ortaklık sözleşmesine ilişkin hükümlerin lisans sözleşmelerine uygulanabileceği de belirtilmektedir. Buna göre bazı hallerde ortaklık sözleşmesine ilişkin öğelerin lisans sözleşmelerinde ürün ve satım sözleş-

63 AYDINCIK, s. 91.

64 OKTAY-ÖZDEMİR, s. 59; ÜNAL, s. 173; ÖZEL, s. 123; YILMAZ, s. 66 vd.; ORTAN, s. 27 vd.; ÇAMLİBEL-TAYLAN, s. 208; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, § 28. N. 25; AYİTER, s. 111-112; ARKAN, Marka Hukuku, Cilt II, s. 191; YASAMAN/ALTAY, KHK Şerhi, s. 743.

65 AYDINCIK, 91-92; YAVUZ, s. 857; TÜYSÜZ, s. 84; ONGAN, s. 51; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 59; ÜNAL, s. 173; ÖZEL, s. 123; YILMAZ, s. 66 vd.; YASAMAN/ALTAY, KHK Şerhi, s. 743.

66 AKYOL, s. 4.

67 AYDINCIK, s. 92; ONGAN, s. 51; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 59; ÜNAL, s. 173; ÖZEL, s. 123; EKE, s. 64; YILMAZ, s. 66 vd.; YASAMAN/ALTAY, KHK Şerhi, s. 743.

mesine ilişkin hükümlere nazaran daha ağır bastığı kabul edilmektedir. Buradaki en önemli husus taraflar arasındaki “affectio societatis⁶⁸” unsurunun varlığıdır. Taraflar arasında ortak bir amaç için girişilen birlikte çalışma ilişkisinin çok kuvvetli olduğu hallerde ortaklık benzeri bir ilişkiden yahut gerçek bir ortaklık ilişkisinden bahsedildiği görülmektedir⁶⁹.

D-Franchise Sözleşmesi ve Marka Lisansı Sözleşmesi

Franchise sözleşmesi, franchise verenin, kendine ait üretim, işletme ve pazarlama sistemini oluşturan fikri ve sınai unsurlar üzerinde, franchise alana kullanma (lisans) hakları tanıyarak, onu kendi işletme organizasyonuna (yani söz konusu sisteme göre faaliyet gösteren işletmeler zincirine) entegre etmek ve onu bu sisteme dayanan ticari faaliyeti sırasında devamlı olarak destekleme borcu altına girdiği, franchise alanın ise, hem (söz konusu sistemin içerdiği ve franchise verenin belirlediği ilkelere uymak ve kendisine kullanma hakkı verilen fikri ve sınai unsurlardan yararlanmak kaydıyla) bu sisteme dahil mal ve hizmetlerin sürümünü kendi nam ve hesabına yapmayı ve desteklemeyi, hem de franchise verene belli bir ücret ödemeyi taahhüt ettiği, sürekli borç ilişkisi kuran, kanunda düzenlenmemiş ve tam iki tarafa borç yükleyen bir çerçeve sözleşmedir⁷⁰.

68 Affectio Societatis ilkesi, ortakların müşterek amaca ulaşabilmeleri için gayret ve özen sarfetme mükellefiyeti olarak tanımlanabilir. Bu konu hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul, 2003, s. 35.

69 ONGAN, s. 52; Aynı görüş için bkz. ORTAN, s. 28 vd.; AYİTER, s. 111-112; YÜKSEL, s. 81; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, § 28. N. 25; YASAMAN/ALTAY, s. 743; Yazara göre lisans sözleşmesinin sinallagma özelliklerini taşımaması, fakat “affectio societatis” unsurunu taşıması halinde adi ortaklık; aksi takdirde hasılat kirası sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olacaktır.; OKTAY-ÖZDEMİR'e göre ise; taraflar aralarındaki sıkı bir işbirliğinin gerekliliğine inanmakta iseler bu durumda lisans sözleşmesi ile birlikte adi şirket sözleşmesi de yapabilirler. OKTAY-ÖZDEMİR, Lisans Sözleşmeleri, s. 60.

70 GÜRZUMAR, s. 10; Ayrıca bkz. KIRCA, Çiğdem, Franchise Sözleşmesi, Ankara, 1997, s. 19; SABAN, Nuray, Franchising ve Vergilendirme, İstanbul, 1997, s. 1-77.

Öğretide franchise sözleşmesinde lisans sözleşmesine ait bazı unsurların varlığı kabul edilmektedir⁷¹. Franchise sözleşmesi, lisans sözleşmesinde olduğu gibi markanın franchise veren tarafından franchise alana kullandırılmasını konu edinir. Diğer taraftan her iki sözleşmede de hak sahiplerinin kural olarak kontrol ve talimat hakkı bulunmaktadır. Başka bir benzer durum ise franchise alanın, lisans alan gibi sözleşmenin diğer tarafına ücret ödemesidir⁷².

Uygulamada franchise sözleşmelerinin büyük çoğunluğu, franchise alanın, franchise verene ait markayı kullanabileceğine⁷³ (hatta kullanmak zorunda olduğuna⁷⁴) dair kayıtlar içermektedir. Ancak, özellikle Alman öğretisinde, franchise alanın franchise verene ait markayı kullanma hakkına sahip olduğunu belirten her franchise sözleşmesinde mutlaka bir marka lisansının bulunduğu şeklinde bir sonuca varmanın doğru olmadığı belirtilmektedir⁷⁵.

Her ne kadar lisans sözleşmesi unsurlarının franchise sözleşmesi için zorunlu unsurlar olduğu belirtilmişse de⁷⁶ franchise sözleşmesinin bu zorunlu unsurlar haricinde sözleşmenin niteliğini belirleyen başka unsurları da bulunduğundan lisans sözleşmesi ile franchise sözleşmesinin birbi-

71 Bkz. GÜRZUMAR, s. 26; KIRCA, s. 68-69.

72 KIRCA, s. 69.

73 Uygulamada hizmet markalarının kullandırılmasının daha çok franchise sözleşmeleri yoluyla gerçekleştirildiği yönündeki görüş için bkz. CAMCI, Ömer, Marka Patent Tasarım ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul, 1998, s. 62.

74 Karşı görüş için bkz. KIRCA, s. 69; Yazara göre Franchise sözleşmelerinde markadan yararlanmanın sağlanması borcu, franchise verenin asli edim yükümlülüklerini yerine getirmek için üstlendiği bir yan edim yükümlülüğüdür ve sözleşmenin hukuki nitelendirilmesinde esas alınmaz.

75 GÜRZUMAR, s. 104 vd.; YILMAZ, s. 57.

76 KIRCA, s. 70; ÇİÇEKÇİ, s. 21.

rinden bağımsız sözleşmeler olduğu kabul edilmelidir⁷⁷. Buna göre; lisans sözleşmesinde lisans veren, sadece markadan yararlanmayı sağlamakla yükümlüken franchise sözleşmesinde franchise veren, franchise alana kullanım hakkını vermiş olduğu sistemi sürekli olarak geliştirmek, franchise alanı sürekli olarak korumak yükümlülüğündedir⁷⁸. Diğer taraftan her franchise sözleşmesinin içeriğinde marka lisansı sözleşmesinin kesin olarak var olduğu da söylenemez. Zira somut olayda marka lisansının var olup olmadığının tespit edilmesinde, marka hakkının tükenip tükenmediğinin kıstas olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır. Nitekim, franchise alan, dağıtım konusu malları, markayla işaretlenerek ticarete konu olduktan sonra elde ediyorsa, malları satmak ve/veya dağıtmak için marka lisansına ihtiyaç yoktur⁷⁹. Ancak marka hakkı tükenmeden (556 sayılı KHK m. 13) yapılacak satım için, franchise alanın aynı zamanda marka lisansı alan olması gerekmektedir⁸⁰.

Her iki sözleşme arasındaki farklılıklardan bir diğeri ise lisans sözleşmesinde lisans verene sık sık tanınan talimat ve denetim yetkilerinin franchise verenin, franchise alan karşısında sahip olduğu (ve esas itibariyle detaylı bir şekilde organize edilmiş olan sistem bütünlüğünün korunmasına yönelik) talimat ve denetim yetkilerine nazaran çok daha sınırlı olmasıdır⁸¹.

Sonuç olarak franchise sözleşmeleri, lisans unsurunu da içinde barındıran daha geniş bir haklar ve yükümlülükler

77 ÖZEL, s. 126; KIRCA, s. 70.

78 KIRCA, s. 70; ÇİÇEKÇİ, s. 21-22; BOSO, s. 862.

79 GÜRZUMAR, s. 98, 105; ÇİÇEKÇİ, s. 22.

80 ÇİÇEKÇİ, s. 22.

81 GÜRZUMAR, s. 25-26; KIRCA, s. 70-71.

demeti olarak ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla, lisans sözleşmesi için öğretide ve uygulamada kabul edilmiş hükümler, franchise sözleşmesine somut olay ve tarafların menfaati dikkate alınarak kıyasen uygulanabilir⁸².

E-Know-How Sözleşmesi ve Marka Lisansı Sözleşmesi

Know-how, işletmelerin ekonomik faaliyetlerinde (malların üretiminde, satımında, hizmetlerin sunulmasında, organizasyon ve idare gibi işletmeye ilişkin faaliyetlerde) kullanılan teknik, ticari, idari, mali veya başka bir alana ait bilgidir⁸³. Bu bilgiler gizli olabileceği gibi, gizlilik niteliği bulunmayan sadece deney ve tecrübeye dayanan bilgi de olabilir. Bu sebeple gizli know-how-gizli olmayan know-how ayrımı yapılmaktadır⁸⁴. Know-how sözleşmesi ise, taraflardan birine diğer tarafa belirli bir bilgi ve deneyimi açıklama ve kullanımına izin verme, buna karşılık know-how alana belirli bir bedel ödeme borcu yükleyen sözleşmelerdir⁸⁵.

Marka lisansı sözleşmesi gibi know-how sözleşmelerinin de konusunun gayri maddi bir malın kullanılması olması sebebiyle bir benzerlik taşıdığı⁸⁶ söylenebilirse de söz konusu sözleşmeleri sadece bu yönden karşılaştırmak suretiy-

82 KIRCA, s. 71; ÖZEL, s. 126.

83 BAŞ, Mustafa, Teknik Bilgi (Know-How) Lisans Sözleşmesi, Ankara, 2000, s. 33; Ayrıca bkz.; ILGAZ, Deniz, "Know-How" ve Ticari Sırlar (Teknoloji Transferi ve Fikri Haklarla İlgili Lisans Anlaşmaları), Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2000, Cilt: 8, Sayı: 1-2, s. 155; KIRCA, s. 71, 132.

84 GÜRZUMAR, s. 98 vd.; KIRCA, s. 132; ONGAN, s. 33.

85 ERBAY, İsmail, Know-How Sözleşmesi, İstanbul, 2002, s. 67; KIRCA, s. 71-72; AKYOL, s. 1; GÜRZUMAR, s. 98; Know-how lisans sözleşmeleri ise; sahibine fiili bir durum sağlayan ve know-how teşkil eden bilgi ve deneyimlerin sözleşme ile 3. kişilere süreye bağlı yahut süresiz olarak belirli bir bedel karşılığında aktarılmasını konu eden sözleşmelerdir. Bkz. ONGAN, s. 35.

86 KIRCA, s. 73; AKYOL, s. 9.

le sonuca ulaşmak doğru olmayacaktır.

Buna göre, marka lisansı sözleşmesinin konusunu teşkil eden marka, özel kanunla korunan ve herkese karşı ileri sürülebilen bir mutlak hak niteliğinde olmasına karşın know-how sözleşmesinde, sözleşme konusu olan bilgi, beceri ve tecrübe hukuken korunmaz. Zira markanın aksine, know-how bir hak teşkil etmez⁸⁷. Diğer taraftan, lisans sözleşmesinin daima sürekli borç ilişkisi doğurmasına rağmen know-how sözleşmesinin ani ifalı sözleşme olarak da ortaya çıkabilmesi mümkündür⁸⁸.

Ayrıca know-how sözleşmesinin konusu olan bilgilerin geri verilmeye elverişli olmaması ve bu nedenle sözleşme bittikten sonra kullanılmasının engellenememesi sebebiyle de know-how sözleşmesi lisans sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Bu halde know-how sözleşmesinin kendine özgü (sui generis) sözleşmelerden olduğunun kabulü gerekmektedir⁸⁹.

F-İntifa Sözleşmesi ve Marka Lisansı Sözleşmesi

Bir şeyin kullanım hakkının devrini düzenleyen intifa sözleşmesi ile markanın kullanım hakkının devrini düzenleyen marka lisansı sözleşmesi birbirine çok benzemektedir. Ancak intifa hakkı bir aynı hakken lisans sözleşmesinden doğan hak sözleşmeden doğan bir haktır. Ancak, inhisari lisans sözleşmelerinde özellikle lisans verenin kullanma hakkını saklı tutmadığı durumlarda lisans alanın durumu

87 ERBAY, s. 143, ÖĞÜZ, s. 81; AKYOL, s. 5; KIRCA, s. 72; ILGAZ, s. 171.

88 ERBAY, s. 143, ÖĞÜZ, s. 82.

89 KIRCA, s. 73; ERBAY, s. 138; ÖĞÜZ, s. 41; ÇİÇEKÇİ, s. 23; Know-how sözleşmesinin bir çeşit lisans sözleşmesi olduğu görüşü hakkında bkz. BAŞ, s. 70; Know-how sözleşmesinin konusunun gizli bilgi ve belgeler olması halinde lisans sözleşmesi, gizli olmayan bilgi ve belgeler olması durumunda vekalet sözleşmesinin bir türü olarak sayılması gerektiği görüşü hakkında bkz. GÜRZUMAR, s. 100-101.

intifa hakkı sahibinin durumuna çok yaklaşmaktadır⁹⁰.

Diğer taraftan iki sözleşme arasında benzerliğin sadece inhisari lisanslara özgü olduğu; basit lisanslar için ise böyle bir benzerliğin söz konusu olmadığı, dikkat çekmektedir. Gerçekten de basit lisans sözleşmelerinde, lisans konusu hak birden fazla kişi tarafından aynı anda kullanılabilirken, aynı mal üzerinde birbirinden bağımsız olarak birden fazla kişinin aynı anda intifa hakkı sahibi olması mümkün değildir⁹¹. Diğer taraftan intifa hakkı bir aynı hak iken; lisans sözleşmesinden doğan hak, bir alacak hakkıdır⁹².

SONUÇ

Marka lisansı sözleşmesi tescil edilmiş olan marka üzerindeki hakkın tamamı veya bir kısmını konu edinen ve 556 sayılı KHK'daki koruma kapsamında olmasa da tescilsiz markaları da konu edinebileceği öğretide kabul edilen bir sözleşmedir. Diğer taraftan niteliği gereği sürekli borç ilişkisi kuran ve kural olarak iki tarafa borç yükleyen bir özelliğe sahip olan marka lisansı sözleşmesi kira, satım, adi ortaklık, franchise, know-how ve intifa sözleşmeleri ile benzer özellikleri bulunmakta, bununla birlikte söz konusu sözleşmelere ilişkin hükümlerin, yukarıda açıklanan farklılıklardan dolayı, ancak mahiyetine uygun olduğu oranda ve kıyasen marka lisansı sözleşmesi ile ilgili boşlukların doldurulmasında uygulanabilecekleri kabul edilmektedir.

90 FİLİZ, s. 37; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 60; BOSO, s. 862.

91 AYDINCIK, s. 92; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 60; Aksi görüş için bkz. ORTAN, s. 84.

92 BOSO, s. 862.

KAYNAKÇA

- ARKAN, Sabih, Marka Hukuku, Cilt. I, Ankara, 1997
- ARKAN, Sabih, Marka Hukuku, Cilt II, Ankara, 1998
- ARKAN, Sabih, Marka Hakkının Tüketilmesi, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara, 1998
- ARSEVEN, Haydar, Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku, İstanbul, 1951
- AKYOL, Şener, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Know-How, Management-Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, II. Fasikül, İstanbul, 1997
- AYDINCIK, Şirin, Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, İstanbul, 2006
- AYİTER, Nuşin, İhtira Hukuku, Ankara, 1968
- BAŞ, Mustafa, Teknik Bilgi (Know-How) Lisans Sözleşmesi, Ankara, 2000
- BİLGE, Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1962
- BOSO, Burcu, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Yabancı Unsurlu Lisans Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Yıl: 2006, Sayı: 8, s. 32-40
- CANSEL, Erol, İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku ve Alman Medeni Kanununun ile Mukayeseli Olarak Türk Hukukunda Hasılat Kirası, Ankara, 1953
- CAMCI, Marka Davaları, İstanbul, 1999
- CAMCI, Ömer, Marka Patent Tasarım ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul, 1998

ÇAMLİBEL-TAYLAN, Esin, Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalâtın Önlenmesi, Ankara, 2001

ÇİÇEKÇİ, Çiğdem, Marka Lisansı Sözleşmeleri, İzmir, 2001

DAĞCI, Aksu/ARSLANOĞLU M.Anıl, Marka Lisansı, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi Yıl: 2007, Sayı: 10, s. 360-372

EKE, R. Burak, Patent Hakkı ve Patent Lisansı Sözleşmesi, İstanbul, 1984

ERBAY, İsmail, Know-How Sözleşmesi, İstanbul, 2002

FİLİZ, Erdinç, Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara, 2007

GÜRZUMAR, Osman Berat, Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan "Sistem"lerin Hukuken Korunması, İstanbul, 1995

ILGAZ, Deniz, "Know-How" ve Ticari Sırlar (Teknoloji Transferi ve Fikri Haklarla İlgili Lisans Anlaşmaları), Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2000, Cilt: 8, Sayı: 1-2

KARAN, Hakan/KILIÇ, Mehmet, Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara, 2004, s. 343; NOYAN, Erdal, Marka Hukuku, Ankara, 2006

KIRCA, Çiğdem, Franchise Sözleşmesi, Ankara, 1997

MERAN, Necati, Marka Hakları ve Korunması, Ankara, 2004, s. 182

OKTAY, Saibe, İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumlanması ve Boşlukların Tamamlanması, İÜHFM, Yıl: 1995-1996, Cilt: LV, Sayı: 1-2, s. 263-296

OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Sınai Haklara İlişkin Lisans

Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul, 2002

ONGAN, Burak, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu, Ankara, 2007

ORTAN, Ali Necip, Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara, 1979

OYTAÇ, Kutlu, Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, İstanbul, 2002

ÖĞÜZ, Tufan, Know-How Sözleşmesi, İstanbul, 2001

ÖZEL, Çağlar, Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara, 2002

PINAR, Hamdi, Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000

POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul, 2003

SABAN, Nuray, Franchising ve Vergilendirme, İstanbul, 1997

SARGIN, Fügen, Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara, 2002

TEKİNALP, Ünal, Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul, 1997

TEKİNALP/Ünal, Markanın Üçüncü Kişiler Tarafından Kullanılması, Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, 1998

TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2004

TUNÇOMAĞ, Kenan, Borçlar Hukuku, Cilt II: Özel Borç

İlişkileri, İstanbul, 1977

TÜYSÜZ, Mustafa, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Ankara, 2007

ÜNAL, Mücahit, Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler, Konya, 2005

YASAMAN, Hamdi/ALTAY Sıtkı Anlam/AYDOğDU Tolga/YUSUFOğLU Fülürya/YÜKSEL Sinan, Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt II, İstanbul, 2004, (KHK Şerhi)

YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 1997

YILMAZ, Canan, Marka Lisans Sözleşmeleri, İstanbul, 2001

YÜKSEL, Ali Sait, Patent ve Lisans (Patent, Marka, Know-How) Sözleşmesi Hukuku, İstanbul, 1989

YÜKSEL, Ülkü/YÜKSEL-MERMÖD, Aslı, Marka Yönetimi ve Marka Değerinin Ölçülmesi, İstanbul, 2005

ZEVKLİLER, Aydın, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2004



HUKUK DAVALARINDA KARAR DÜZELTME VE MUHAFAZASI ZORUNLULUĞU 5236 SAYILI YASA HÜKÜMLERİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

Durmuş Ali GENÇ ()*

ANLATIM DÜZENİ: GİRİŞ, I. KANUN YOLU KAVRAMI, A. KANUN YOLU BAŞVURUSUNUN ÖZELLİKLERİ, B. KANUN YOLU ÇEŞİTLERİ, I. TEMYİZ, 2. KARAR DÜZELTME, 3. YARGILAMANIN İADESİ, II. KARAR DÜZELTMENİN DÜZENLENİŞ BİÇİMİ VE HUKUKSAL TEMELİ, A. KARAR DÜZELTMENİN TANIMI VE DÜZENLENİŞ BİÇİMİ, B. KARAR DÜZELTME SEBEPLERİ, 1. TEMYİZ DİLEKÇESİ VE KANUNİ SÜRESİ İÇİNDE VERİLMİŞ OLMASI ŞARTIYLA KARŞI TARAFIN CEVAP DİLEKÇESİNDE İLERİ SÜRÜLÜP HÜKME ETKİSİ OLAN İTİRAZLARIN KISMEN VEYA TAMAMEN CEVAPSİZ BIRAKILMIŞ OLMASI (HUMK m. 440/1-1), 2. YARGITAY KARARINDA BİRBİRİNE AYKIRI FIKRALAR BULUNMASI (HUMK m. 440/1-2), 3. YARGITAY İNCELEMESİ SIRASINDA HÜKMÜN ESASINI ETKİLEYEN BELGELERDE BİR HİLE VEYA SAHTELİĞİN ORTAYA ÇIKMASI (HUMK m. 440/1-3, 4. YARGITAY KARARININ USUL VE KANUNA AYKIRI BULUNMASI (HUMK m. 440/1-4, C. KARAR DÜZELTME YOLUNA BAŞVURMA YETKİSİ, 1. ASLİYE MAHKEMELERİNDEN VERİLEN KARARLA, 2. ÖZEL GÖREVLİ ASLİYE MAHKEMELERİ, 3. YARGITAY'IN İLK DERECE MAHKEMESİ OLARAK VERDİĞİ KARARLAR, 4. HAKEM KARARLARINA KARŞI KARAR DÜZELTME, 5. KARAR DÜZELTME İSTENEMEYECEK KARARLAR, D. KARAR DÜZELTME TALEBİNDE BULUNABİLECEK OLANLAR, E. KARAR DÜZELTME BAŞVURUSU USULÜ VE SONUÇLARI, 1. KARAR DÜZELTME İSTEMENİN SÜRESİ, 2. KARAR DÜZELTME İSTEMENİN ŞEKLİ, 3. KARAR DÜZELTMENİN

(*) *Yargıtay 18. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi.*

YARGILAMAYA ETKİSİ, 4. KARAR DÜZELTMENİN REDDİ HALİNDE PARA CEZASI VERİLMESİ, F. KARAR DÜZELTME İNCELEMESİ, III. KARAR DÜZELTMENİN DİĞER KANUN YOLLARI İLE KARŞILAŞTIRILMASI, A. İSTİNAF İLE KARAR DÜZELTME ARASINDAKİ FARKLAR, B. TEMYİZ İLE KARAR DÜZELTME ARASINDAKİ FARKLAR, C. YARGILAMANIN İADESİ VE KARAR DÜZELTME ARASINDAKİ FARKLAR, D. TAVZİH VE KARAR DÜZELTME ARASINDAKİ FARKLAR, E. KARAR DÜZELTME HAKKINDA GÖRÜŞLER, 1. KARAR DÜZELTMENİN GEREKLİ OLDUĞUNA İLİŞKİN GÖRÜŞLER, 2. KARAR DÜZELTMENİN GEREKLİ OLMADIĞINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER, F. 5236 SAYILI YASA SONRASINDA KARAR DÜZELTME, IV. KARAR DÜZELTMEYE YÖNELİK ANKET ÇALIŞMASI, A. ANKET ÇALIŞMASININ SONUÇLARI, B. ANKETİN DEĞERLENDİRİLMESİ, SONUÇ, KAYNAKÇA

GİRİŞ

Kanun yolu kavramı, ilk derece mahkeme kararlarının hukuka uygunluğu bakımından, üst yargı organlarıncaya denetlenmesini ifade eder. İlk derece mahkeme kararının yanlış ve hukuka aykırı olduğunu düşünen taraf, dava dosyasının konusunda uzman ve yetkin üst dereceli yüksek yargı organlarıncaya incelemesini isteyebilir. Yargı yolu, davanın taraflarına, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma ilkeleri kapsamında, yerel mahkeme kararlarının üst dereceli yargı organında denetleme fırsatı vermektedir. Yargı yolu sayesinde davanın taraflarına haklarına ulaşma fırsatı sağlandığı gibi, adaletin doğru tecelli etmesi nedeniyle de yargıya olan güvenin artmasına, ve kanunların yeknesak uygulanmasını da sağlamaktadır. Kanun yolunun amacı nedir? diye bir soru sorulacak olursa; "burada amaç daha elverişli hükme ulaşmaktır." denilebilir. "Kanun yolunun görevi klasik görüşe göre yerinde bir ka-

rarın doğru olduğuna ilişkin teminatı kademeli bir biçimde kuvvetlendirmektir" biçiminde ifade edilmiştir.¹

Kanun yolları olağan ve olağanüstü kanun yolu olarak ayrıma tabi tutulur. Henüz kesinleşmemiş kararlara karşı olağan ya da normal kanun yoluna başvurulur. Buna karşılık şekli anlamda kesinleşmiş kararlara karşı olağanüstü kanun yoluna başvurulmaktadır. Medeni usul hukukunda olağan kanun yolu temyiz ve karar düzeltmedir. Olağanüstü kanun yolu ise yargılamanın yenilenmesidir.²

Eski ismi "tashihi karar" olarak ifade edilen karar düzeltme, yalnız Temyiz Mahkemesi kararlarına karşı başvurulabilen bir kanun yoludur. Bu kanun yolu, kaynağını 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanun'undan almıştır. HUMK.da benimsenen karar düzeltme 5236 sayılı Yasa ile ilga edilmiş, ancak geçici maddeyle Bölge İstinaf Mahkemeleri kurulana kadar yürürlükte kalmaya devam etmiştir. 1086 sayılı HUMK karar düzeltme sebeplerini sayma yöntemini kullanarak belirlemiştir. Burada sayılan sebeplerin dışında karar düzeltme sebebi bulunmamaktadır. Karar düzeltme istemi Yargıtay kararlarına karşı 15 günlük süre içerisinde istenmekte ve bu yol sadece bir defa kullanılmaktadır. Karar düzeltme hükmün icrasını tehir etmemektedir.

Türk hukuk sistemine özgü bir yol olan karar düzeltme, Yargıtay'ın üzerindeki yoğun iş yükü baskısı nedeniyle, ara sıra verdiği yanlış veya birbiriyle çelişen kararlardan dönme fırsatı vermektedir. Karar düzeltmenin fay-

1 **Yıldırım, Kamil;** *Kanun Yolu Olarak İstinaf, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2003, s. 72*

2 **Pekcanıtez, Hakan; Atalay, Oğuz; Özkes, Muhammet;** *Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 594*

daları yanında davaları uzattığı, ikinci kez incelemenin yeterli yapılmadığı bu nedenle yararlı olmadığı yönünde düşünceler de vardır.

Hukuk sistemimizde adli yargı ilk derece mahkeme kararlarını denetleme görevi Yargıtay'a aittir. Türkiye'nin her yerinden çok fazla iş gelmesi nedeniyle Yargıtay içtihat mahkemesinden ziyade istinaf mahkemesi gibi çalışmak zorunda kalmaktadır. Bunun sonucu olarak hatalı kararlar vermesi az da olsa rastlanmaktadır. İşte bu hatalı durumdan dönme adına, Batı ülkelerinde rastlanmayan karar düzeltme kurumu ülkemizde hayata geçirilmiştir.

Karar düzeltme kanun yolu, 24.9.2004 tarihinde kabul edilen 5236 sayılı Yasa ile kaldırılmıştır. Bölge Adliye Mahkemelerinin faaliyete geçmesiyle birlikte bu yargı yolu hukuk sistemimizden çıkacaktır. 11.5.2005 tarihinde kabul edilen 5348 sayılı Yasaya göre Bölge Adliye Mahkemelerinin faaliyete geçmesinden önce temyiz edilen davalarla sınırlı olarak karar düzeltmenin devam edeceği öngörülmüştür. Buradan hareketle kısa bir süre daha karar düzeltmenin varlığını sürdüreceğini söyleyebiliriz.

Bu çalışmamızda genel olarak kanun yolu kavramı, çeşitleri üzerinde durulduktan sonra karar düzeltmenin tanımı, özellikleri, hukuki temeli, düzenleniş biçimi gibi konular etraflı olarak ele alınmaya çalışılmıştır. Karar düzeltmenin lehinde ve aleyhinde olan görüşler ve 5236 sayılı Yasanın kabulünden sonra karar düzeltmenin durumuna da temas edilmiştir. Karar düzeltmenin varlığını sürdürüp sürdürmemesi yönünde hâkimler üzerinde anket çalışması yapılmıştır.

I. KANUN YOLU KAVRAMI

Kanun yolu, davanın taraflarına üst derece mahkemesinden yerel mahkeme kararının hukuka aykırı olduğunun tespiti ile kararın bozulmasını amaçlayan bir başvuru yoludur. "Kanun yolu kavramından, bir kazai kararın, her şeyden önce bir hükmün daha üst bir mahkemede kontrol ettirilebilmesi için taraflara verilmiş bir usuli imkan anlaşılmalıdır³." Yerel mahkeme kararlarının yanlış olma ihtimali her zaman mümkün olduğundan hemen hemen her hukuk sisteminde kanun yolu müessesesi kabul edilmiştir.

Kanun yoluna müracaat edilmesiyle birlikte yerel mahkeme kararının kesinleşmesi önleneceğinden kanun yoluna müracaat imkanı da sınırsız değildir. Bu nedenle bazı sınırlamalar getirilmiş, bazı kararlar niteliği gereği kesin mahiyette olduğundan bu kararlara karşı kanun yolu olanağı tanınmamıştır.

Hukuk sistemimizde olağan ve olağan üstü olmak üzere kabul edilmiş kanun yolu üç tanedir: Bunlar; 1- Temyiz, 2- Karar düzeltme, 3-Yargılamanın iadesidir.

Anılan kanun yollarından temyiz ve karar düzeltme, nihai kararın kesinleşmesine engel olan kanun yollarındandır. Bu nedenle, nihai bir yerel mahkeme kararı temyiz ve/veya karar düzeltme yoluna müracaat edilmişse ancak söz konusu kanun yolu tüketilmesinden sonra kesinleşmesi mümkün olacaktır. Yargılamanın iadesi ise kesinleşmiş yerel mahkeme kararları için kabul edilmiş bir kanun yoludur. Bu durumda hukuk sistemimizde kabul edilen kanun yollarından temyiz ve karar düzeltmenin nor-

3 **Üstündağ, Saim; Medeni Yargılama Hukuku, Alfa Kitabevi, 6. Bası, İstanbul, 1997, s. 816**

mal(adi) kanun yolu, yargılamanın iadesinin ise olağan üstü kanun yolu olduğu ileri sürülmektedir.

Genel olarak istinaf ve temyiz incelemesi, normal kanun yolu olarak kabul edilmektedir. Fakat istinaf kanun yolu, Cumhuriyetin ilk yıllarında uygulanmış ve çeşitli nedenlerle yürürlükten kaldırılmış olan, zamanla ikili yargılama sisteminin yetersizliği ve Yargıtay'ın iş yükünün çok artması göz önüne alınarak mevcut hukuk sistemimize 26.9.2004 tarih 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun ve 5236 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla "Bölge Adliye Mahkemeleri" ismi ile yeniden girmiştir. HSYK kararı ile yakın zamanda faaliyete geçirilmesi beklenmektedir.

A. KANUN YOLU BAŞVURUSUNUN ÖZELLİKLERİ

Kanun yolu başvurusunun bazı özellikleri göze çarpmaktadır. Normal ve olağanüstü kanun yoluna başvuru şartları bakımından aynı nitelikte olduğunu söylemek mümkündür. Kanun yoluna başvurmanın ilk şartı, hukuki yararın bulunmasıdır. "Davada haklı çıkmış olan taraf da hukuki yararı bulunmak şartıyla hükmü temyiz edebilir."(HUMK m. 427) hükmü uyarınca, davası kabul edilen davacının veya davası reddedilen davalının, kural olarak kararı temyiz etmemesi gerekir. Ancak bu kuralın sıkı bir şekilde uygulanması doğru değildir. Bu gerekliliği göz önünde bulunduran kanun koyucunun ilk ve birinci şart olarak "hukuki yarar" ölçütünü benimsemesi manidardır. Yerel mahkeme hükmünü temyiz etmek isteyen tarafın talep sonucuna tamamen uygun bulunmaması halinde kanun yoluna müracaat etmesinde yasal bir mani olmadı-

ğı ortaya çıkmaktadır⁴. Zira bu ihtimalde kanun yoluna başvuruda hukuki yarar şartının yerine geldiği şüphesizdir. Bununla birlikte taraflardan biri kanun yoluna başvurmuşsa karşı tarafın da katılma yoluyla yani temyiz dilekçesine cevap vererek kanun yoluna başvurması da mümkündür.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve 01.Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemesi Kanunu kanun yoluna başvuruyu belli bir süre ile sınırlı tutmuştur. (HUMK m.432,437, 440, 447). Anılan süreler içerisinde bir mahkeme kararına karşı kanun yoluna başvurulmazsa başvuru hakkı düşmektedir. Eğer geçirilen kanun yolu normal kanun yolu ise bu durumda doğal olarak yerel mahkeme kararı kesinleşmektedir. Özel hukukta kanun yoluna başvuru olanağı taraflara tanınmış ihtiyari bir haktır. Yani bir taraf kanun yoluna başvuru hakkı doğduktan sonra bu hakkını kullanmayabileceği gibi, kanun yoluna başvurduktan sonrada bu hakkından her zaman feragat edebilir. Kanun yolu incelemesi ancak tarafların başvurusu ile mümkündür.

B. KANUN YOLU ÇEŞİTLERİ

I. TEMYİZ

Yerel mahkemenin nihai kararına karşı başvurulabilecek ilk kanun yolu temyizdir. Bu kanun yolunda yerel mahkeme kararı, yalnız hukuka uygunluk bakımından inceleme konusu yapılır. Yani yerel mahkemece sunulan olayların usule uygun olarak incelenip incelenmediği, özellikle o olaylara kanunların doğru uygulanıp uygulanmadığı kontrol edilir. Temyiz incelemesinde yeni olayların su-

4 **Kuru, Arslan, Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, Genişletilmiş 9. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s. 573**

nulması mümkün olmadığından bu kanun yolunda yalnız "hukukun yanlış uygulandığı" sebebine dayanılır.⁵

Temyiz talebinin incelenebilmesi için temyiz talebinde bulunan taraf, hukukun yanlış uygulandığını bildirmesi yeterlidir. Hukukun yanlış uygulanıp uygulanmadığı, yanlış uygulanmış ise hangi kanun hükmünün uygulanması gerektiğini tespit etmek kanunu kendiliğinden uygulamakla yükümlü olan Yargıtay'ın görevidir. Yerel mahkemelerin bazı kararları bakımından temyiz yolu da kabul edilmiş değildir. Bir kararın temyiz edilip edilemeyeceği Kanun tarafından belirlenir. Kural olarak mahkemelerden verilen nihai kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir.'(HUMK m. 427).

Temyiz nedenleri mutlak ve nisbi sebepler olarak iki kategoriye ayrılmıştır. Bunlardan mutlak temyiz sebepleri HUMK m. 428 maddesinin 2, 3 ve 6. fıkralarında sayılmıştır. Mutlak temyiz sebepleri mahkemenin görevsiz olması, tarafları ve sebebi aynı davalar hakkında çelişik kararlar verilmiş bulunulması ve nihayet taraflardan birinin sunduğu delillerin kanuni sebep olmaksızın reddedilmesidir. Ayrıca yargı yolunun caiz olmaması, bir davaya bakması yasak olan hâkimin yargılamaya veya karara iştirak etmiş bulunması, vekil veya mümessil olmayan kişilerin huzuruyla karar verilmesi, hükmün gerekçesiz olması ve herhangi bir dava şartının bulunmaması da mutlak temyiz sebebi olarak kabul edilmektedir.

Yukarıda anılan bu mutlak temyiz sebepleri dışında başka temyiz sebepleri de vardır. Bunlar nispi nitelikte temyiz sebepleridir.

5 Kuru, Arslan, Yılmaz, a.g.e, s. 576

Bir usul hukuku kuralının yanlış uygulanmasının temyiz sebebi teşkil edebilmesi için, bu yanlış uygulamanın aynı zamanda verilen kararı değiştirecek nitelikte olması gerekmektedir. Hangi usul hukuk kuralının yanlış uygulandığı ve kararı değiştirecek nitelikte olduğunun takdiri Yargıtay'a aittir. Bunları sayma yöntemi ile belirleme olanağı yoktur.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun bir kararında "Temyiz mahkemesi bir hüküm mahkemesi olmayıp, asliye ve sulh hukuk mahkemelerinden verilen hükümlerin mevzu kanunlara uygun olup olmadığını tetkik ile mükellef bir teşekküldür."⁶ denilmek suretiyle Yargıtay'ın yasa denetiminin önemi vurgulanmıştır. Yerel Mahkeme önüne gelen davada maddi ve usul hukukuna ilişkin kuralları uygulamak zorunludur. Usul hukukunun yanlış uygulanması halinde, verilen nihai kararın değişip değişmeyeceği sorunu farklı bir özellik arz eder. Bu nedenle bazı usul hatalarının mutlaka nihai kararı değiştireceğinin kabulü bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Alman Hukuku'nda da böyle bir ayırım yapılmaktadır⁷.

Yargıtay, şartlarına uyulmuş bir temyiz müracaatını haklılığı bakımından inceledikten sonra bunların ret ve kabul gerekçelerini belirterek karar verecektir, diğer bir ifade ile Yargıtay'ın kararı gerekçeli olmalıdır. Yargıtay'ın birçok kararında "Mahkeme kararının dayandığı delillerle gerektirici sebeplere göre davacının yerinde olmayan temyiz itirazlarının reddine ve hükmün onanmasına" şeklinde geliştirilen formül ifadeleri yeterli gerekçelendirme olarak

6 07.06.1944 tarihli E: 40, K: 22 sayılı İBK

7 Kuru/Arslan/Yılmaz, a.g.e, s. 582

kabul edilemez.⁸

Yargıtay, temyiz edilen kararın usul ve yasaya uygun olduğu kanısına varırsa, yerel mahkeme kararını onar. Yargıtay'ın onama kararı, karar düzeltme yolunun kapalı olduğu veya karar düzeltme talebinde bulunulmaması durumunda kesinleşir. Karar düzeltme yoluna başvurulması halinde, bu karar düzeltme talebinin Yargıtay'ca reddedilmesi halinde karar kesinleşecektir.

Yargıtay, temyiz olunan hükmün bozulması gerekmesine rağmen, yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı hallerde hükmü değiştirerek veya düzelterek onayacaktır.

2. KARAR DÜZELTME

Yargıtay'ın temyiz incelemesi sonucu verdiği kararlara karşı kabul edilen bir kanun yolu daha vardır. Karar düzeltme olarak nitelenen bu kanun yolunda Yargıtay'ın kararının yeniden incelenmesi istenmektedir. Bu sebeple karar düzeltme Yargıtay'ın temyiz incelemesi sırasında yapmış olduğu hatalardan dönmesine imkân veren "kendine özgü" bir kanun yoludur⁹. Karar düzeltme yoluna gidilebilmesi için söz konusu kararın öncelikle temyiz edilmiş olması gerekmektedir. Ayrıca Yargıtay'ın her kararına karşı da karar düzeltme yoluna gidilmesi mümkündür¹⁰.

8 **Alangoya, Yavuz; Medeni Usul Hukuku Esasları, Nemaş A.Ş., İstanbul, 2003, s. 508**

9 **Kuru, Arslan, Yılmaz, a.g.e, s. 604**

10 **Kuru, Arslan, Yılmaz, a.g.e, s. 604 vd.,**

3. YARGILAMANIN İADESİ

Yargılamanın iadesi, olağanüstü bir kanun yoludur. Bu kanun yolu bazı ağır yargılama hatalarından ve eksikliklerinden dolayı maddi anlamda kesin hükmün bertaraf edilmesini ve daha önce kesin hükme bağlanmış olan bir dava hakkında yeniden yargılama ve inceleme yapılmasını sağlayan olağanüstü bir kanun yoludur.

Yargılamanın iadesi sebepleri HUMK m. 445'te 10 bent halinde sınırlı sayıda sayılmış iken 26.9.2005 tarihinde yeni bir yargılamanın iadesi sebebi daha kabul edilmiştir. Yeni dönemde "Hükmün, İnsan Haklarına ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararlarıyla tespit edilmiş olması"nı da yargılamanın iadesi sayılmıştır.

Yargılamanın iadesi talebi, hükmü veren mahkemeye bir dava olarak açılır ve o mahkeme tarafından karara bağlanır. Yargılamanın iadesi talebinde bulunulmuş olması hükmü kendiliğinden durdurmaz. Ancak mahkeme davadan teminat isteyerek icranın durdurulmasını karar verebilir. Ayrıca yargılamanın iadesi davası mutlaka duruşma yapılarak incelenir.

Modern ve çağdaş devlet anlayışı ve kamu yönetimi bakımından, bireylerle bireyler ve bireylerle kamu otoritesi arasındaki uyumsuzlukların asli çözüm yolu devlet yargısına başvurulmak suretiyle bulunmaktadır.¹¹ Devlet yargısı ise, ilk derece mahkemelerinden başlamaktadır. İlk derece mahkemeleri yargılama faaliyetini tamamlamaları halinde,

11 **Konuralp, Haluk;** *Adil Yargılanma Hakkı Açısından Hukuk Usulünde Çözüm Arayışları, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi Dergisi, Sayı 14, Legal Kitapevi, İstanbul, s. 70*

ilk derece mahkemesince verilen kararın ve ulaştıkları sonucun doğruluğunun denetlenmesi amacıyla üst derece yargı organına başvuru yapılmaktadır. Bu başvuruya kısaca kanun yolu denilmektedir. Bu açıklamalarımız ışığında genel hatları ile kanun yolu kavramından bahsedilmiştir. Kanun yolu kapsamında değerlendirilen ve çalışmamızın konusunu oluşturan karar düzeltme hakkında etraflı bilgi verilmeye çalışılacaktır.

II. KARAR DÜZELTMENİN DÜZENLENİŞ BİÇİMİ VE HUKUKSAL TEMELİ

A. KARAR DÜZELTMENİN TANIMI VE DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

Karar düzeltme, ilk derece mahkemelerinin nihai kararları hakkında Yargıtay'ın denetleme organı olarak vermiş olduğu kararlara karşı kabul edilmiş bir kanun yoludur. 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununda karar düzeltme ayrı bir başlık altında düzenlenmemiş, temyiz kanun yolu içerisinde düzenlenmiştir. Kanunun 440 ile 442. maddeleri arasında yer almaktadır. Bu düzenleme biçimi eleştirebilir ve kanun yapıcıdan daha sistemli bir düzenleme yapması beklenirdi.

Karar düzeltme sistemimiz içerisinde temyiz kanun yolunun devamı olarak düşünülmüştür. Her ne kadar temyiz yolunun devamı olarak düşünülse de aralarında bir takım farklar vardır. Türk yargı kolları incelendiğinde tamamına yakınında karar düzeltme yolunun varlığına şahit olmaktayız. Ceza Yargısında, Askeri Ceza Yargısında, Danıştay, Vergi Yargısı, İcra İflas Hukukunda da karar düzeltme kanun yolu olarak düzenlenmiştir. Türk yargısında karar düzeltme yolu sadece medeni hukuk alanında değil, adalet yargısının ceza yargılaması kısmında da mevcut

olduğu gibi; diğer yargı kollarında dahi, ufak tefek bazı değişikliklerle olsa bile, yer almış bulunmaktadır.¹²

B. KARAR DÜZELTME SEBEPLERİ

Karar düzeltme sebepleri HUMK 440. Maddesinde sınırlı sayıda (numerus clausus) sayılmıştır. Kanunumuzda karar düzeltme sebepleri sayma biçimde yer almaktadır. Bu yöntem diğer kanun yolları temyiz ve yargılamanın iadesinde de kullanılmıştır. Karar düzeltme isteminde bulunan taraf kanunda yazılı sebepler dışında başka sebepler ileri sürerek karar düzeltme talebinde bulunamazlar ve hangi sebeple karar düzeltme isteminde bulduklarını dilekçelerinde açıkça belirtmek zorundadırlar.

1. TEMYİZ DİLEKÇESİ VE KANUNİ SÜRESİ İÇİNDE VERİLMİŞ OLMASI ŞARTIYLA KARŞI TARAFIN CEVAP DİLEKÇESİNDE İLERİ SÜRÜLÜP HÜKME ETKİSİ OLAN İTİRAZLARIN KISMEN VEYA TAMAMEN CEVAPSIZ BIRAKILMIŞ OLMASI (HUMK m. 440/1-1)

Karar düzeltme isteminde bulunan tarafın, temyiz aşamasında vermiş olduğu dilekçesinde veya temyiz lahiyasında ileri sürmüş bulunduğu, hükme etkisi olan itirazların olumlu olumsuz yönde karara bağlanmaması karar düzeltme sebebidir. HMUK 440. maddesinin II. fıkrası "Yargıtay evvelce cevapsız bırakılan itirazları kendi görüşüne göre hükme etki yapacak nitelikte bulmazsa karar düzeltilmesi isteği üzerine vereceği kararda bu itirazları reddederken her biri hakkında gerekçe göstermek zorundadır" demektedir. Yargıtay'ın ilk derece mahkeme kararını bozma veya onama hususundaki kararları gerekçeye dayanmak zorunda ve yapılan denetimde tarafların ileri

¹² Bilge, Necip; *Medeni Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 26

sürdüğü hususlarda bir eksiklik bırakılmamalıdır.

Yasa koyucunun bu amir hükmüne rağmen, Yargıtay'ın iş yükü ve müzakere sürecinin uzun sürmesi gibi çeşitli nedenlerden dolayı formül onama kararları geliştirdiği müşahade edilmektedir. Yargıtay içtihat mahkemesi dışında istinaf mahkemesi gibi çalışmaktadır, her daire yıllık ortalama 10.000 ila 20.000 arasında dosyayı denetleyerek karara bağlamaktadır. Yargıtay kararlarının formülüze edilmesi, taraflara dosyaların yeterince incelenmeden karara bağlandığı kanaati oluşturduğundan bir kere de karar düzeltme isteminde bulunmalarına sebep olmaktadır.

2. YARGITAY KARARINDA BİRBİRİNE AYKIRI FIKRALAR BULUNMASI (HUMK m. 440/1-2)

Karar düzeltme sebebinden ikincisi, Yargıtay kararlarının birbiri ile çelişen hükümler içermesini düzenlemiştir. Burada anlaşılması gereken Yargıtay'ın onama veya bozma kararlarında hükmün özü ile ters veya birbirini ortadan kaldıran maddelerin olması denilmektedir. Yargıtay daireleri aynı konuda birbiri ile çelişen farklı kararlar vermeleri halinde, aynı konuda farklı içtihat olduğu için, içtihadı birleştirme yoluna gidilmeden bu aykırılığın giderilmesi için karar düzeltme istenmesi halinde yanlıştan dönme imkânı bulunmaktadır. Yargıtay bu sayede kararların birbirine uygun nitelik kazanmasını sağlamakta yani içtihat birliğinin tesisi bakımından önceki hatalı görüşünü terk ederek karar düzeltme yoluyla kararlar arasındaki farklılıkları giderdiği görülmektedir.

3. YARGITAY İNCELEMESİ SIRASINDA HÜKMÜN ESASINI ETKİLEYEN BELGELERDE BİR HİLE VEYA SAHTELİĞİN ORTAYA ÇIKMASI (HUMK m. 440/1-3)

Yerel mahkemede yargılama sırasında ileri sürülme- yen iddialar ve deliller Yargıtay'ın denetim aşamasında da ileri sürülemez, çünkü Yargıtay bir hadise mahkemesi ol- madığı için burada yeni delillerin ileri sürülme olanağı yoktur. Yargıtay'ın temyiz incelemesi sırasında hükmün esasını etkileyen belgelerde hile yapılması ve durumun Yargıtay tarafından fark edilmemesi halinde, artık ortaya çıkan bu olumsuzluğun karar düzeltme yoluyla çözüme kavuşması gerekir. Örneğin dava dosyasının temyiz ince- lemesi için Yargıtay'da beklediği sırada taraflardan birisi sahte bir feragat belgesi ile davadan veya temyiz istemin- den vazgeçmesi halinde, Yargıtay temyiz isteminin reddine veya davadan vazgeçildiği gerekçesiyle davanın esasını in- celemeden dosyayı bozarak ilk derece mahkemesine gön- dermektedir. Bu sahteciliğin sonucu olarak temyiz ince- mesi yapılmamış iken karar düzeltme yoluyla önceki karar kaldırılarak dava dosyasının incelenmesi olanaklı hale gelmektedir.

4. YARGITAY KARARININ USUL VE KANUNA AY- KIRI BULUNMASI (HUMK m. 440/1-4)

Yerel mahkemelerin usul veya maddi hukuk yönün- den yanlış kararları denetim makamı Yargıtay tarafından bozulmaktadır. Oysa bu yanlışlığı Yargıtay'ın yapması ha- linde bunu kim düzelterektir. Kanun koyucu bu sorunu karar düzeltme yoluyla giderilmesini amaç edinmiştir. Yargıtay karar düzeltme yolu ile dosyayı tekrar incelemek suretiyle usul ve kanuna aykırı kararından dönme şansını bulmaktadır.

C. KARAR DÜZELTME YOLUNA BAŞVURMA YETKİSİ

Karar düzeltme yolunun işlemesi bakımından önce-likle karar düzeltme yolunun istenebileceği kararları ve bu yolun kimler tarafından kullanılabilceğinin anlaşılması gerekir. Hangi kararlara karşı ve kimler karar düzeltme isteyebilir. Bu yargı yolunu karar düzeltme istenebilecek kararlar ve karar düzeltme isteme hakkı olanlar diye ayrı ayrı incelemek gerekir.

1. ASLİYE MAHKEMELERİNDEN VERİLEN KARARLAR

Temyiz kanun yolu, sulh ve asliye hukuk mahkemelerinin konu ve miktar yönüyle kesin olmayan kararlarına karşı istenmektedir. Karar düzeltme bakımından da bu ilke geçerlidir. Asliye mahkemeleri genel yetkili mahkemeler olması nedeniyle çoğu kararları bakımından karar düzeltme olanağı bulunmaktadır.

Sulh hukuk mahkemelerinin kararlarına karşı karar düzeltme yoluna gidilemeyeceğine dair yasal bir metin bulunmamaktadır. Ancak HUMK 440/III. fıkrasının 1.bendi "Miktar veya değeri altı bin liradan az olan davalara ait hükümlerin onanması veya bozulmasına ilişkin kararlara karşı karar düzeltmeye gidilemeyeceği" belirtilmiştir. Bu miktar yeniden değerlendirme oranı ile her yıl artırılmaktadır. Dava konusu itibariyle para ve parayla ölçülebilen davalar bakımından ele alındığında sulh hukuk mahkemesinin görev sınırını aşması nedeniyle sulh hukuk mahkemeleri kararları bakımından karar düzeltme yolunun kapalı olduğunu söyleyebiliriz. Bununla birlikte konusu para olmayan birçok konuda sulh hukuk mahkemelerinin kararlarına karşı karar düzeltme istenebilmektedir.(örneğin mirasçılık belgesinin iptali davaları, derneğin kendiliğinden

sona erdiğinin tespiti gibi) Bunun dışında bazı dava türleri bakımından ise dava değerine bakılmaksızın yalnızca sulh hukuk mahkemesinde görülmektedir. Örneğin ortaklığın giderilmesi, kat mülkiyetinden doğan davalarda dava değeri itibariyle karar düzeltme sınırında bulunması halinde karar düzeltme yolu açıktır.

2. ÖZEL GÖREVLİ ASLİYE MAHKEMELERİ

Türk hukuk sisteminde genel görevli mahkeme, asliye hukuk mahkemesidir. Asliye hukuk mahkemesi genel yetkili olmakla beraber birçok mahkemenin de görevlerini ifa etmektedir. Örneğin Aile Mahkemesi, Ticaret Mahkemesi gibi sıfatlarla çeşitli özel yetkili mahkemelerin görevlerini kullanmaktadır. Asliye hukuk mahkemeleri bu mahkemelerin yetkilerini kullanarak karar vermesi halinde, dava değerine bakılarak, karar düzeltme miktarı kapsamında ise bu mahkemeler adına verilen kararlar karşı da Yargıtay karar düzeltme yoluna gidilebilmektedir. Ancak İş Mahkemesinin kararları bakımından karar düzeltme olağı bulunmamaktadır.

3. YARGITAY'IN İLK DERECE MAHKEMESİ OLARAK VERDİĞİ KARARLAR

Yargıtay yargısal denetimi yerine getirdiği gibi, anayasa ve kanunlardan kaynaklanan ilk derece görevi de bulunmaktadır. Örneğin 1086 sayılı HUMK.un 573. maddesi hakimlerin mesuliyeti başlığını taşımaktadır. HUMK.nın 575. maddesinin son fıkrasında "Tazminat davası, sulh hakimi aleyhine ise mensup olduğu mahkemei asliyede, mahkemei asliye vazifesini gören münferit hakimlerle icra reisi, kaza mahkemei asliye hakimleri aleyhinde ve vilayet mahkemei asliyesinde ve vilayet mahkemei asliyesi aleyhinde ise esas davanın tabi olduğu temyiz dairesinde rüyet

olunur." demek suretiyle Yargıtay'ı hüküm mahkemesi olarak görevlendirmiş, bu düzenleme 6100 sayılı HMK da ise 46 ve 47. maddelerinde düzenlenmiş burada da Yargıtay Daireleri ve Hukuk Genel Kuruluna görevler yüklemiştir.

Yargıtay ilgili dairesi, ilk derece mahkemesi sıfatıyla vereceği kararlara karşı, temyiz inceleme görevi Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na aittir. Hukuk Genel Kurulu, Yargıtay ilk derece mahkemesi kararına karşı, temyiz incelemesini yapacağı için bu kararlara karşı karar düzeltme istemi de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda yapılacaktır.

4. HAKEM KARARLARINA KARŞI KARAR DÜZELTME

Hakem kararlarına karşı karar düzeltme yolunun açık olup olmadığını anlamak için HUMK.un 440. maddesine göz atmak gerekir.HUMK 440/III. fıkrasında "Yargıtay'ın aşağıdaki kararları hakkında karar düzeltme yoluna gidilemez" denilmiştir. Aynı maddenin 4.bendinde "Hakemlerin verdiği hükümlerin ve bu Kanunun tahkim hükümlerine göre mahkemeye verilecek kararların onanmasına veya bozulmasına ilişkin kararlar" denilmiştir. Bu madde kapsamına göre, hakem kararlarına karşı denetim yapan Yargıtay ilgili dairesinin onama veya bozma kararlarına karşı karar düzeltme yoluna gidilemeyeceği anlaşılmaktadır.

5. KARAR DÜZELTME İSTENEMEYECEK KARARLAR

HUMK.un 440.maddesinin III.fıkrasının 3. bendinde bazı mahkeme kararlarının karar düzeltme olanağının bulunmadığını düzenlemiştir. Buna göre; "İlk derece mah-

kemelerinin görevsizlik, yetkisizlik, hakimin reddi, dava veya karşılık davanın açılmamış sayılması, davaların birleştirilmesi ve merci belirtilmesi kararları" kararlarına karşı karar düzeltme yolu kapalı tutulmuştur. Bu kararlara karşı temyiz yoluna gidildikten sonra Yargıtay ilgili dairesi kararlarına karşı karar düzeltme olanağı bulunmamaktadır.

D. KARAR DÜZELTME TALEBİNDE BULUNABİLECEK OLANLAR

Karar düzeltme isteminde bulunacakların başında ilk derece mahkemesinde görülmekte olan davanın tarafları olmak gerekir. Davanın tarafları dava dilekçesinde davacı veya davalı olarak gösterilen ve yargılama sonunda lehine veya aleyhine hüküm verilen gerçek veya tüzel kişileridir. Bu kişiler karar düzeltme olanağı bulunan kararlara karşı, hukuki menfaati bulunması halinde, karar düzeltme hakkına sahiptir.

Karar düzeltme olanağı bulunan ilk derece mahkeme kararlarına karşı temyiz yoluna gidilmiş olması gerekir. Temyiz yoluna gitmeyen taraf yönünden ilk derece mahkeme kararı kesinleşmektedir. Temyiz yargı yolunu seçmiş ancak on beş günlük karar düzeltme süresini geçirmiş olan taraf da karşı tarafın karar düzeltme dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren on beş gün içinde katılma yoluyla karar düzeltme olanağına sahiptir. HUMK.un 442. maddesinin 2.fıkrası bu hususu düzenlemiştir. Buna göre; "şu kadar ki iki taraftan biri tashihi karar ettiği halde arzuhal suretinin tebliğinden itibaren on beş gün içinde diğer taraf gerek mahsusen ita edeceği arzuhalde ve gerek asıl arzuhale cevaben vereceği lahiyada itirazatını beyan ile tashihi karar talep edebilir" demiştir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, katılma yoluyla karar düzeltme ola-

nağı ilk derece mahkemesinin kararını temyiz etmiş tarafa tanınmış bir olanaktır. İhtiyari dava arkadaşı olan birden çok davalılardan bir kısmı karar düzeltme olanağını süre yönünden kaçırmaması halinde diğerlerinin karar düzeltme dilekçesine katılma yoluyla bu olanağı kullanamaz. Ancak karşı tarafın karar düzeltme dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren on beş günlük süre içerisinde katılma yoluyla karar düzeltme yolunu kullanabilmektedir.

E. KARAR DÜZELTME BAŞVURUSU USULÜ VE SONUÇLARI

Karar düzeltme yoluna başvuru usulü denilince, ilk önce, bu kanun yoluna baş vurmaya hakkı veya yetkisi olanlar, başvurma için gerekli olan süre, başvurunun biçimi ve kapsamı gibi konular anlaşılmaktadır.

1. KARAR DÜZELTME İSTEMENİN SÜRESİ

Karar düzeltme istemi süreye bağlanmıştır. Kanun karar düzeltme isteminin kararın tefhim veya tebliğinden itibaren on beş gün içinde yapılması zorunluluğunu getirmiştir. HUMK.un 440. maddesinin I. fıkrasında düzenlenmiştir. Bilindiği üzere, sulh hukuk mahkemelerine karşı temyiz süresi sekiz gündür. Böyle olduğu halde karar düzeltme yönünden on beş günlük sürede değişiklik yoktur. Süre, tebliğ veya tefhimden itibaren başlamaktadır. Karar düzeltme süresi adli tatil veya resmi tatil günleri sürenin işlemesine engel değildir. Ancak sürenin son günü resmi veya tatil gününe rastlarsa, süre tatilin ertesi iş gününde sona ermektedir (HUMK.nın 162). Kanununun tayin ettiği sürelerin kesin olduğu ve bu süre içerisinde hakkın kullanılmaması halinde o hakkın sakıt olacağını düzenlenmiştir (HUMK.un 162. maddesi).

2. KARAR DÜZELTME İSTEMENİN ŞEKLİ

Karar düzeltme isteminin nasıl yapılacağına ilişkin usul HUMK.un 441. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; "Tashihi karar arzuhali müstedinin bulunduğu mahal mahkemesine veya Mahkemei Temyize veya asıl hükmü veren mahkemeye verilebilir" denilmiştir. Karar düzeltme isteminde bulunacak tarafın yazılı dilekçe ile hükmü veren mahkemeye, karar düzeltme isteyecek tarafın bulunduğu yerdeki mahkemeye veya doğrudan Yargıtay'ın ilgili dairesine başvurulabilir. Yargıtay dava dosyasını inceleyeceği için kendisine yapılan başvuru halinde dilekçeyi dosyanın bulunduğu yere gönderecektir.

Karar düzeltme istemi yazılı dilekçe ile yapılacaktır. Asliye mahkemelerinde yazılı usul kuralları uygulandığı için başvuruyu da yazılı dilekçe ile yapılması esası getirilmiştir. Karar düzeltme istemi bir defadan fazla yapılamaz.

3. KARAR DÜZELTMENİN YARGILAMAYA ETKİSİ

Karar düzeltme isteminde bulunulması halinde, öncelikle ihtilafın henüz sona ermediği anlamına gelmektedir. Bu nedenle karar düzeltme mahkeme kararının kesinleşmesini engeller niteliktedir.

Karar düzeltme istemi mahkemenin verdiği hükmün icrasına etkisi nasıldır? HUMK.nın 443. maddesinde "Temyizi dava icrayı tehir etmez" denilmiştir. Bilindiği gibi, temyiz istemi mahkeme kararına karşı ileri sürülen bir yargı yoludur. İlk derece mahkemesinin kararının denetimi istenmektedir. Karar düzeltme ise temyiz isteminden sonra Yargıtay Dairesinin denetiminden geçen ve Yargıtay'ın kararına karşı istenmektedir. Her ne kadar karar düzeltme isteminde bir açıklık getirilmemişse de karar dü-

zeltmenin de icrayı tehir etmeyeceğinde tereddüt bulunmamaktadır. Buradaki ifade genel nitelikte bir kuraldır aynı maddenin devamında mahkeme kararının kesinleşmesini zorunlu gören ve kesinleşme şartı getirilen bir takım istisnalar getirilmiştir. HUMK 443/son fıkrası "gayri menkule ve buna müteallik aynı haklara ve aile ve şahsın hukukuna mütedair hükümler kesinleşmedikçe icra olunamaz" denilmiştir.

4. KARAR DÜZELTMENİN REDDİ HALİNDE PARA CEZASI VERİLMESİ

Karar düzeltme istemi Yargıtay tarafından reddedilmesi halinde, bu talepte bulunan tarafa para cezası verileceği HUMK.un 442. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu maddeye göre yüz liraya kadar cezayı nakdinin alınacağı belirtilmiştir. Son yıllarda yasalarımızda yapılan değişikliklerle buradaki para miktarında değişiklik olmuştur. 4421 sayılı Kanunun 2. ve 4/b-1 maddeleri gereği para cezasının belirlendiği ve her yıl yeniden değerlendirme oranı ile artış göstermektedir.

F. KARAR DÜZELTME İNCELEMESİ

Yargıtay kararına karşı hukuki yararı olan taraf karar düzeltme yoluna gidebilecektir. Karar düzeltme talebi kararı vermiş olan Yargıtay dairesinde veya Hukuk Genel Kurulu'nda incelenir. Karar düzeltme incelemesi dosya üzerinden yapılır.

İlk önce karar düzeltme talebinin mesmu olup olmadığı incelenir. Talebin mesmu olduğu anlaşıldıktan sonra, karar düzeltme talebinin kanunun saydığı sebeplere uygun olup olmadığı araştırılır. İnceleme sonucunda kararın düzeltilmesine ilişkin talebin sayılan sebeplerden birine

veya daha fazlasına girdiği anlaşılırsa talebin kabulüne karar verilecektir. Bu karar ile karar düzeltme talebinin esasına ilişkin bir karar verilmiş olmaz. Aksine sadece kararın esasının incelenmesine geçildiği anlamındadır. Yargıtay karar düzeltme talebini esastan inceleyecek ve daha sonra karar düzeltme talebini esastan ret veya kabul edecektir.

III. KARAR DÜZELTMENİN DİĞER KANUN YOLLARI İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. İSTİNAF İLE KARAR DÜZELTME ARASINDAKİ FARKLAR

İstinaf kanun yolu, henüz yürürlüğe girmediği için hukukumuzda uygulanmamaktadır. Bu kanun yolunun varlığına duyulan ihtiyaç nedeniyle yasası kabul edilmiş, uygulanması HSYK kararı ile yürürlüğe girecektir. İstinaf genel anlamda tercih edilen sisteme göre geniş ya da dar şekilde maddi (vakıa) ve hukuki denetim yapan kanun yoludur. İstinafla birlikte üçlü yargılama sistemi ortaya çıkacaktır. 1-İlk derece mahkemesi 2-ikinci derece İstinaf maddi ve hukuki denetim 3-Üçüncü derece temyiz hukuki denetimdir.¹³

İstinaf yargılamasını yapacak makam maddi meselelerin tespitinde hata bulursa ilk derece mahkemesinin verdiği hükümlerle bağlı olmaksızın davaya yeni baştan başlayacak, delillerle yüz yüze gelecek ve böylece maddi olayın tanımlamasını da bizzat yapacaktır. Buna bağlı olarak, maddi olaya uygulanacak hukuki normları tespit edecek ve uygulayacaktır. Yaptığı inceleme sonucunda ilk derece mahkemesinin kararının usul ve yasaya ve maddi olaylara

13 **Özhakas, Muhammet;** İstinaf Yargı Sistemi,yayınlanmamış ders notları.

uygun olduğunu tespit ederse, istinaf davasını reddederek ilk derece mahkemesinin kararını onayacaktır. Eğer ilk derece mahkemesi kararının usul ve yasaya ve maddi vakalara uygun olmadığını tespit ederse ilk derece mahkemesinin hükmünü ortadan kaldırarak yargılamayı bizzat kendisi yapacak ve doğru kararı yine kendisi verecektir.¹⁴

İki kanun yolu arasındaki en önemli fark; karar düzeltmede maddi vakıalar üzerinde durulmadığı ve sadece kararın hukuk kurallarına uygunluğu denetlendiği halde, istinaf yolunda sadece karar üzerinde durulmaması, bütün davanın yeniden gözden geçirilip, yeni bir yargılama yapılmasıdır.¹⁵ İstinaf istemi, temyiz yolunda olduğu gibi, ilk derece mahkemesi kararlarına karşı başvurulduğu halde, karar düzeltme Yargıtay'ın kararlarına karşı istenmektedir. İstinaf mahkemeleri salt hukuki denetim yapmamakta aynı zamanda maddi vakıa denetimi de yapmaktadır. Bu yargılaması ilk derece kadar geniş bir yargılama değildir. Duruma göre yeniden yargılama yapıp gerekirse yeni bir karar vereceklerdir.

B. TEMYİZ İLE KARAR DÜZELTME ARASINDAKİ FARKLAR

Temyiz yolu, ilk derece mahkemelerinin temyizi kabil kararlarına karşı Yargıtay'a başvurularak dava dosyasının incelenmesi istemini içermektedir. Karar düzeltmede ise Yargıtay kararlarına karşı yine kendisine başvuru bir yöntemdir.

Temyiz yolu, hüküm mahkemesinin verdiği nihai kararlara karşı, üst merci olarak Yargıtay'a başvuru niteli-

¹⁴ Aras, Bahattin; *Türk Hukukunda İstinaf, Yargıtay Dergisi*, cilt 33, sayı 1-2, Ocak-Nisan, 2007, s. 137

¹⁵ Bilge, Necip; a.g.e, s. 25

ğinde bir kanun yoludur. Karar düzeltme de ise Yargıtay'ın inceleyip karar verdiği kendi kararının dosya kapsamı dikkate alınarak tekrar incelenmesinin istenmesidir. Yani karar düzeltmede incelenmesi istenen Yargıtay'ın kendi kararıdır.

Gerek temyiz yolunda, gerekse karar düzeltme yolunda kararın icrasının durmaması esası kabul edilmiş olmakla beraber temyiz yolunda Yargıtay'dan tehiri icra alınması olanaklı iken bu olanak karar düzeltmeye tanınmamıştır, yani Yargıtay'ın onama kararı ile artık daha önce verilmiş olan tehiri icra kararı hükümsüz nitelik taşımakta ve taraf bu kararı icraya koyma olanağı kazanmaktadır.

Karar düzeltme ve temyiz yoluna gitme süreleri on beş gündür. Bu süre temyiz de tebliğ veya kararın taraflara verilmesi ile başlar. Usul hukukumuzda 1981 yılından önce katılma yoluyla temyiz olanağı bulunmazken karar düzeltme yoluna gidilebilmekteydi. Bunu 2494 sayılı yasa ile değişiklik yapılarak katılma yolu ile temyiz olanağı da tanınmıştır.

C. YARGILAMANIN İADESİ VE KARAR DÜZELTME ARASINDAKİ FARKLAR

Yargılamanın iadesi ancak hüküm mahkemesi sıfatıyla verilen kararlara karşı açıktır. Bu itibarla Yargıtay'ın da ancak hüküm mahkemesi sıfatıyla verdiği kararlar hakkında bu yola gidilebilmektedir. Oysa karar düzeltme yolu Yargıtay'ın kontrol merci olarak verdiği temyiz ilamları aleyhine açık olan bir yoldur.¹⁶

16 Bilge, Necip; a.g.e, s. 23

Yargılamanın yenilenmesi ancak kesinleşen veya kesin olarak verilen kararlar hakkında mümkündür. Karar düzeltme yolu ise henüz kesinleşmemiş kararlara karşı tanınmış bir yoldur ve bu yola başvuru kararın kesinleşmesini engeller. Kararın kesinleşmiş olması halinde karar düzeltme yoluna artık gidilemez. Yargılamanın yenilenmesi sebepleriyle karar düzeltme sebepleri arasında önemli farklar vardır. Gerçi her iki kanun yolunun sebepleri de kanunda sınırlı olarak sayılmıştır. Yargılamanın iadesi normal dışı bir takım olayların varlığına dayanmakta iken karar düzeltme ise Yargıtay dairesinin görüşünden kaynaklanan çeşitli sebeplere dayanmaktadır. Yargılamanın iadesi sadece belirli bir süre sınırına dayanmamaktadır. Kanun koyucu çeşitli süreler öngörmüştür. HUMK.un 447. maddesi üç ay, bir aylık süreler düzenlemiştir. Aynı yasanın 10. maddesi nedeniyle yargılamanın iadesi istemi zamanaşımına süresine kadar istenebileceğini düzenlemiştir. Örneğin hükme esas alınan senedin sahteliği hakkında hükmün kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içerisinde yargılamanın iadesinin istenmesi zorunludur. Oysa karar düzeltme süresi on beş günlük süreye tabidir. Yargılamanın iadesi için teminat yatırma zorunluluğu varken karar düzeltmede böyle bir zorunluluk yoktur.

Yargılamanın iadesi ve karar düzeltmede öngörülen süreler hak düşürücü nitelikte olup hâkim re'sen göz önünde bulundurmamak zorundadır. Bu nedenle tarafların süre yönünden itiraz etmelerine gerek yoktur. Karar düzeltmede, davanın değil dava sonunda verilen kararın tekrar gözden geçirilmesi ve hukuk kurallarının uygulanmasındaki yanlışlığın düzeltilmesi istenmektedir. Buna karşılık yargılamanın iadesinde davanın yeniden incelenmesi delillerin tekrar tartışılması istenmektedir.¹⁷

17 Postacıoğlu, İlhan; *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, Sulhi Garan Matbaası, 5. Bası,

D. TAVZİH VE KARAR DÜZELTME ARASINDAKİ FARKLAR

Tavzih ve karar düzeltme iki farklı kurum olarak aralarında bir takım farklılıklar bulunmaktadır. Karar düzeltmede Yargıtay kararındaki hukuka aykırılığın giderilmesi istenmektedir. Tavzih isteminde ise hükmü veren mahkemeye başvurularak hukuka aykırılık isteminde bulunulmadan yalnızca hükümdeki müphem ve çelişik fıkraların düzeltilmesi istenmektedir.

Tavzih; verilen hükmün, hukuka uygunluğunu kontrol etmeye yarayan bir kanun yolu değildir. Tavzih ile sadece hükmün anlamı açıklanır veya çelişkinin giderilmesi istenir.¹⁸ Karar düzeltme, on beş günlük süre içerisinde kullanılabilen bir hak iken tavzihte süre sınırlaması bulunmamaktadır.

Karar düzeltme isteği Yargıtay dairesince dosya incelemesi üzerinden yani duruşma açılmaksızın karara bağlandığı halde, tavzih isteminde duruşma açılıp açılmayacağı mahkemenin takdirine bağlıdır. Karar düzeltme, sadece Yargıtay kararlarına karşı istenebilmekte iken tavzih istemi Yargıtay dahil her mahkemenin kararına karşı istenebilmektedir.

E. KARAR DÜZELTME HAKKINDA GÖRÜŞLER

Hukuk politikası bakımından karar düzeltme yolu hakkında çeşitli görüşler bulunmaktadır. Karar düzeltme sisteminin kanun yolu arasında bulunup bulunmaması yani kurumun varlığı gerekli mi yoksa gerekli değil midir?

İstanbul, 1970 s. 639

18 Bilge, Necip; Önen, Ergun; Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Sevinç Matbaası, 3. Baskı, 1978, s. 727

Bu görüşleri mevcut hukuk sistemimizde yani halen uygulanan karar düzeltme yolu hakkında lehte ve aleyhte olan görüşleri açıkladıktan sonra 1 Haziran 2007 tarihinde yürürlüğe giren 5236 sayılı Yasa sonrası hakkında fikir vermeye çalışacağız.

1. KARAR DÜZELTMENİN GEREKLİ OLDUĞUNA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

Adalet dağıtımı mesleki bilgiden başka, melekeye ve büyük ölçüde erdem ve ahlaka dayanan hizmet koludur. Yargıtay hâkimleri de bir insan olarak ne kadar bilgili, tecrübeli ve sağlam karakterli olursa olsunlar, görevlerini yerine getirilmesinde, onların da hata etmeleri mümkün ve muhtemeldir. Adalet örgütünün tek dereceli olması yani istinaf mahkemelerinin bulunmaması, yüksek mahkeme hâkimlerinin işlerini çoğaltmakta ve hata etme ihtimali daha da arttırmaktadır. Çünkü arada süzgeç görevi yapacak bir mercii bulunmadığı için Yargıtay'ın işleri diğer memleketlerin yüksek yargı mercilerinin işleriyle kıyaslanamayacak ölçüde çoktur ve işlerin çokluğu incelemenin gereği gibi yapılmasını önlemektedir.¹⁹

Yargıtay ilk incelemesi sırasında, maddi vakıaların yorumunda hata etmiş olabilir, daha sonra bu yanlışlığı fark etmesi her zaman mümkündür. Bu nedenle yeniden değerlendirme ve yanlışlıktan dönme fırsatı tanınması gerekir. Yargıtay kararları arasında çelişkili kararlar verilmesi mümkündür. Konusu aynı olan incelemede birbiriyle çelişen kararlar verilmesi olanaklıdır. Böyle bir durumda çelişkinin giderilmesi gerekir. Karar düzeltme ile Yargıtay'ın kendini kontrol etmesi sağlanmış olur. Karar düzeltme yolunun varlığı, İçtihat Birleştirme Kurallarının işlerini de

¹⁹ Bilge, Necip; a.g.e, s. 91

hafifletir. Kararlar arasındaki çelişikliği, karar düzeltme yoluyla giderme olanağı elde edilmiş olacağından, İçtihat Birleştirme Kurulları gibi toplanması kolay olmayan kalabalık kurullara intikal edecek iş sayısı azalacak ve bu suretle o kurulların işlerinde de hafifleme olacaktır. Aksi halde, içtihat uyuşmazlıkları da artacaktır.²⁰ Karar düzeltmenin adalete olan güveni artırma fonksiyonu da vardır. Karar düzeltme sayesinde kararlar arasındaki çelişki giderilmekte ve kararlar arasında birlik sağlanmaktadır.

2. KARAR DÜZELTMENİN GEREKLİ OLMADIĞINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

Karar düzeltmenin yararlı olmadığına ilişkin bilinen en meşhur düşünce, bu yargı yolunun davaları uzattığı ve uyuşmazlıkların kesin hükme bağlanmasını geciktirdiğidir. Bu nedenle davayı kazananlarda hoşnutsuzluk yaşamasına neden olmaktadır.²¹

Davayı kaybeden tarafların işlettiği ve çoğu zaman davayı uzatmak isteyenlere fırsat veren yargı yoludur. Karar düzeltme zaten iş yükü fazla olan Yargıtay'ın işini de arttırmaktadır. Bu nedenle dosyaların ciddi biçimde incelenmesini engellemektedir. Karar düzeltme yoluyla dosyanın ikinci kez incelenmesi nedeniyle ya ilk inceleme yüzeysel yapılmakta ya da ikinci incelemede gereken önem verilmemektedir. Yargıtay'ın kararlarına karşı karar düzeltme istendiği ve bu nedenle önceki kararı veren heyetin psikolojik olarak kendi kararlarına sahip çıkma eğilimi içerisinde hareket etmesi doğaldır. Bu nedenle görüş değiştirmeleri yolunu nadiren kullanacakları için işlevsiz bir kurumun varlığını sürdürmesi anlamsızdır. Yargıtay'ın

20 a.g.e, s. 91

21 a.g.e, s. 92

kendi kararına karşı bu yol işletildiği için kendi kararından dönülmesi yargıya ve yargıçlara olan güven ve prestij kaybı olarak düşünülmektedir.²²

Diğer ülkelerde olmayan bu yolun makul ve geçerli bir hukuki temeli de yoktur. Gerçekten de bir heyetin görüşünü değiştirmesi uygulama da fazla rastlanmamaktadır. Bu durum hâkimlerin psikolojik olarak kararlarına sahip çıkmalarından daha ziyade kararlı olma düşüncesi yatmaktadır. Genellikle Yargıtay'da Daire Başkanı veya üyelerin emeklilikleri gibi sebeplerle heyette yaşanan değişiklikler, zamanla görüşlerde de değişiklik oluşmasına etki etmekte, bunun doğal sonucu olarak karar düzeltme istemlerinin kabul edilmesi anlamına gelmektedir.

F. 5236 SAYILI YASA SONRASINDA KARAR DÜZELTME

Karar düzeltme yolu 1086 sayılı HUMK'nunda düzenlenen ve Türkiye'ye özgü bir kanun yolu olarak varlığını sürdürmüştür. 5236 sayılı Yasa ile kaldırılmış ancak Bölge İstinaf Mahkemeleri kurulana kadar varlığı devam edecektir. Buna ilişkin 5236 sayılı yasa ve gerek 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı yasanın geçici ek maddesinde belirtilmiştir. Karar düzeltmenin yararlı olduğunu bu nedenle varlığını sürdürmesi gerekli olduğunu ileri süren görüşler ile yararı olmadığı bu yüzden kaldırılmasını isteyen görüşler hep bulunmaktaydı. 1086 sayılı HUMK nu iki aşamalı yargılama sürecini kabul ederek ilk derece mahkemelerinin temyizi kabil kararları üst dereceli denetim organı olan Yargıtay'a başvurulmak suretiyle temyiz edilmekteydi. Temyiz edilen kararlar doğrudan Yargıtay'a gelmesi nedeniyle kanun koyucu, başka ülkelerde

22 a.g.e, s. 92

bulunmayan karar düzeltme müessesesinin varlığını kabul etmiştir. Karar düzeltme sayesinde Yargıtay'a yanlısından dönme ve kendini kontrol etme olanağı verilmiş aynı konuda farklı kararların verilmesinin önüne geçilmek istenmiştir.

Kanunumuzda yapılan değişiklikle iki aşamalı yargılama sisteminden ayrılarak istinaf sistemine geçilmiştir. İstinaf sisteminin kabulü, Yargıtay'ın yoğun iş yükü altında ezilmesi nedeniyle zaman zaman hukuka uygun olmayan kararlar verilmesinin de etkisi olmuştur. Aslında davaların uzun sürmesi, ülkenin sürekli büyümesi gibi nedenlerde istinaf sistemine geçişi zorunlu kılmaktadır. Yargılamanın uzun sürmesi ve Yargıtay'da oluşan iş yükü nedeniyle uzun süredir istinaf (Bölge Adliye Mahkemelerinin) mahkemelerinin kurulması yönünde yapılan tartışmalar sonunda kabul görmüş ve 26.9.2004 tarihinde Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulmasını TBMM kabul etmiştir. Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulması ile birlikte 1086 sayılı HUMK.nunda bazı değişiklikler yapılmıştır. 5236 sayılı yasayla yapılan değişikliklere ilave olarak 11.5.2005 tarihli 5348 sayılı yasayla değişiklikler getirilmiştir. Türk Medeni usul hukukunda olağan kanun yolu olarak düzenlenmiş bulunan karar düzeltme 5236 sayılı yasayla birlikte yürürlükten kaldırılmıştır. Bölge Adliye Mahkemelerin faaliyete geçmesiyle birlikte karar düzeltme müessesesi kaldırılmış olmaktadır. Bu yasadan sonra kabul edilen 5348 sayılı yasa karar düzeltmenin bir süre daha varlığını sürdürmesine olanak tanımıştır. Bu yasa maddesi şöyledir;

Geçici Madde 2- (Ek: 26/9/2004 - 5236/21 md.; Değişik: 11/5/2005-5348/1 md.)

Bölge adliye mahkemelerinin, 26.9.2004 tarihli ve

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazetede ilân edilecek göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 26.9.2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ilâ 454 üncü madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunur. Geçici 2. maddeye göre Bölge Adliye Mahkemelerinin yürürlüğe girmesinden önce temyiz yoluna başvurulmuş dava dosyaları bakımından karar düzeltmenin devam edeceğine karar verilmiştir.

5236 Sayılı Yasanın kabulü ile birliktel086 sayılı HUMK.da bir takım değişiklikler yapıldı ve artık ilk derece mahkemelerinin kararları temyizi kabil nitelik taşıyorsa önce istinaf yoluna gitmesi öngörülmüştür. Burada incelenip karar verildikten sonra temyiz yoluyla Yargıtay denetimine gidilecektir. Yeni dönemde bir süzgeç görevi görecek olan İstinaf Mahkemeleri heyet halinde çalışacak, delillerle yüz yüze gelecek gerekirse duruşma yaparak incelemesini derinleştirecek ve ilk derece mahkemesinin hukuki vasıflandırması ile kendini bağlamayacaktır. İstinaf Mahkemesi davayı vasıflandıracaktır. Bu durum aslında yargısal sürecin daha sağlıklı işleyeceğinin bir işareti olarak kabul etmek gerekir.

Adil yargılanma ilkesi gereği mahkemelerin kararları üst mercilerin denetimine tabi tutulmaktadır. İstinaf mahkemelerinin kurulmasına kadar bu süreç Türkiye'de bu iki aşamalı olmuştur. Kıta Avrupa'sında özellikle Almanya'da bu aşamaların daha uzun olduğu görülmektedir. "1.10.1879 tarihinde yürürlüğe giren ve halen geçerli olan adli teşkilat yasasına göre Alman medeni yargılama hukukunda yargı sistemi dört derecelidir: En alt kademe-

de sulh mahkemeleri yer almakta, daha sonra yukarı doğru eyalet mahkemeleri, yüksek eyalet mahkemeleri ve en üst kademe de federal mahkeme bulunmaktadır. Burada dört aşamalı bir yargı sisteminden söz edebiliriz. Ancak bu medeni hukuk davasının mutlaka her dört aşamadan da geçeceği anlamına gelmez. Nitekim Almanya'da medeni yargılama hukukunda en fazla üç aşama söz konusudur."²³

IV. KARAR DÜZELTMEYE YÖNELİK ANKET ÇALIŞMASI

1.Şu Anki Görevinizi Belirtiniz.

() Yüksek Hakim () Tetkik Hakimi () Hakim

2.Görev Yerinizi Belirtiniz.

() Yargıtay () İlk Derece Mahkemesi

3.Karar Düzeltmenin Yararına İnanıyor musunuz?

()Evet () Hayır () Fikrim Yok

4.Karar Düzeltme Yargıtay İçin Oto Kontrol Sağlar mı?

()Evet ()Hayır () Fikrim Yok

5.İstinaf Mahkemelerinin Kararlarına Karşı Karar Düzeltme Olmalı mı?

()Evet ()Hayır ()Fikrim Yok

6.5236 Sayılı Yasanın Karar Düzeltmeyi Kaldırdığını

²³ Ekkehard Eberhoord, Türkiye Barolar Birliği İstinaf Mahkemeleri Toplantısı, Şen

Biliyor musunuz?

()Evet ()Hayır ()Fikrim Yok

7.Karar Düzeltme Yargı Yolunun Kaldırılmasına Nasıl Bakıyorsunuz?

8.() Kaldırılması Yerinde oldu () Kaldırılmaması Ge-
rekir () Fikrim Yok

A. ANKET ÇALIŞMASININ SONUÇLARI

Anket çalışmasının evreni; İlk derece mahkeme hakimleri, Yargıtay tetkik hakimleri ve Yargıtay üyeleri üzerinde yapılmıştır. Bu hakimlerin, Yargıtay hukuk dairelerinde görev yapan tektik hakimleri ile hukuk mahkemeleri hakimleri ve Yargıtay hukuk dairesi üyelerinden seçilmiştir. Anket çalışması, uygulayıcılar arasından seçilmiştir. Ankete katılan bütün hukuk dairesi tetkik hâkimlerinin %8 si, Yargıtay hukuk daireleri üyelerinin %8 oranı seçilmiştir.

Ankara Adliyesinden 10 hukuk hakimi, Yargıtay hukuk dairelerinden 24 tetkik hakimi ve Yargıtay hukuk dairelerinden 12 yüksek yargıç ile yüz yüze görüşülerek anket yapılmıştır. Ankette soruların tamamına doğru cevap verildiği kabul edilmiştir. Karar düzeltme Yargıtay kararlarına karşı istenilmesi ve son yıllarda çok sık baş vurulan bir yasa yolu olması nedeniyle Yargıtay üyeleri ve tetkik hakimleriyle ilk derece mahkemesi hakimlerinden seçilmiştir.

Konu sınırlandırılması; karar düzeltmenin yararı, Yargıtay'a oto kontrol sağlayıp sağlamadığı, bu kurumun yeni kurulan istinaf sisteminde bulunup bulunmaması ve karar düzeltme sisteminin kaldırılıp kaldırılmamasının

değerlendirilmesinin araştırılması ile konu sınırlandırılmıştır.

Bu çalışmanın amacı; önüne gelen uyuşmazlığı adil ve hızlı biçimde sonuçlandırma görevi bulunan ve bununla beraber davanın tarafı olmayan hakimler üzerinde araştırma yapılarak karar düzeltmenin varlığının korunması gereğine ihtiyaç bulunup bulunmadığı araştırılmaya çalışılmış, eğer varlığının sürdürmesine ihtiyaç var ise o zaman bu kurumun etkin hale getirilmesi araştırılmaya çalışılmıştır. Bu sorular davanın tarafı olan vatandaşlara veya kanuni vekillerine özellikle sorulmamıştır. Bunlar, karar düzeltmenin varlığını sürdürmesi ve etkin olduğuna inandıkları var sayılmıştır.

Soru 1) KARAR DÜZELTMENİN YARARINA İNANİYORMUSUNUZ?

Ankete katılan ilk derece mahkemesi hâkimlerinden 9 kişi, tetkik hâkimlerinin 22'si Yargıtay üyelerinden 8 kişisi toplam 39 kişi karar düzeltmenin yararlı olduğunu belirtmiştir. Bu soruya 7 kişi ise olumsuz görüş belirtmiştir. Ankete olumlu görüş belirtenler toplam cevap verenler içerisindeki oranı % 84.78, olumsuz görüş belirtenler ise % 15.22 olduğu anlaşılmaktadır.

Soru 2) KARAR DÜZELTME YARGITAY İÇİN OTO KONTROL SAĞLAR MI?

Ankete katılan ilk derece mahkemesi hâkimlerinin 9'u, tetkik hâkimlerinin 22'si Yargıtay üyelerinin 8'i toplam 39 kişi olumlu cevap vermiştir. 7 kişinin olumsuz görüş belirttiği anlaşılmaktadır. Olumlu görüş belirtenler toplam içerisindeki oranı % 84.784 olumsuz görüş belirtenler ise %15.22 olduğu görüldü.

**Soru 3) İSTİNAF MAHKEMELERİNİN KARARLARI-
NA KARŞI KARAR DÜZELTME OLMALI MIDIR?**

Ankete katılan ilk derece mahkemesi hâkimlerinin "7" si, tetkik hâkimlerinin 11'i Yargıtay üyelerinin 3'ü toplam 21 kişi istinaf mahkemelerinde karar düzeltmenin bulunmasını yönünde görüş belirtmiştir. 24 kişinin olumsuz görüş belirttiği anlaşılmaktadır. Olumlu görüş belirtenler toplam içerisindeki oranı % 45.65, olumsuz görüş belirtenler ise % 54.35 olduğu görüldü.

Soru 4) 5236 SAYILI YASANIN KARAR DÜZELTMEYİ KALDIRDIĞINI BİLİYORMUSUNUZ?

Ankete katılan ilk derece mahkemesi hâkimlerinin 4'ü, tetkik hâkimlerinin 17'si, Yargıtay üyelerinin 12'si toplam 33 kişi olumlu cevap vermiştir. 13 kişinin olumsuz görüş belirttiği anlaşılmaktadır. Olumlu görüş belirtenler toplam içerisindeki oranı % 71.7.3, olumsuz görüş belirtenler ise % 28.27 olduğu görüldü.

Soru 5) KARAR DÜZELTMENİN KALDIRILMASINA NASIL BAKIYORSUNUZ?

Ankete katılan ilk derece mahkemesi hâkimlerinin hiçbirisi, tetkik hâkimlerinin 6'sı, Yargıtay üyelerinin 4'ü toplam 10 kişi olumlu cevap vermiştir. 35 kişinin kaldırılmaması yönünde görüş belirttiği anlaşılmaktadır. Bir kişinin de fikir sahibi olmadığı anlaşılmaktadır. Karar düzeltmenin kaldırılmasını isteyenlerin toplam içerisindeki oranı % 21.73, kaldırılmamasını isteyenler ise % 76.08 oranında olduğu; fikri olmayan ise % 2.1 oranında olduğu görülmüştür.

B. ANKETİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Anketin bir ve ikinci sorularına aynı cevapların verildiği görülmektedir. İlk derece mahkemesi hâkimleri ile Yargıtay tetkik hâkimlerinin büyük çoğunluğu, karar düzeltilmenin yararlı olduğuna inanmaktadır. Bu oran, Yargıtay üyeleri arasında kısmen daha düşük olmakla birlikte, onlarda karar düzeltilmenin yararlı olduğuna inanmaktadır. Genel ortalama ise tahminlerin üzerinde görülmektedir. % 76.08 olduğu anlaşılmaktadır. Karar düzeltilmenin çoğunlukla yargılamayı uzattığı ve yararsız olduğu yönündeki görüşlerin doğru olmadığı anlaşılmaktadır.

Yargıtay'ın kendini oto kontrol etmesine ilişkin soruya önceki sorudaki cevapların verildiği görülmektedir. Yargıtay üyelerinin büyük çoğunluğu karar düzeltme ile kendi kararlarını denetleme olanağı yakaladıklarına inanmaktadır. İlk derece mahkemesi hâkimlerinin % 90'ı karar düzeltme yoluyla Yargıtay'ın kendini kontrol edeceğine inanırken, tetkik hâkimlerinin oranı ise bir puan artarak % **91** olduğu anlaşılmaktadır. Yargıtay üyelerinin oranı % 66,66 da kalmaktadır. Bu rakamlar ilk derece mahkemesi ve tetkik hâkimleri kararların daha sağlıklı verilmesi gerektiğine inancı gösterirken Yargıtay üyeleri arasındaki bu düşüncenin daha düşük olduğu görülmektedir.

Üçüncü soruya verilen cevaplar incelendiğinde; çoğunlukla istinaf mahkemesi kararlarına karşı karar düzeltilmenin olmaması yönünde olduğu görülmektedir. Olumsuz görüş belirtenlerin % 54.35 oranında olduğu olumlu görüş belirtenlerin ise % 45.65 oranında kaldığı anlaşılmaktadır. İlk derece mahkemesi hakimlerinin %70'i, tetkik hakimlerinin %50, Yargıtay üyelerinin ise %75'i karar düzeltilmenin istinafta bulunmamasını belirtmiştir. Karar düzeltilmenin yararlı olmasına inanan hakim-

lerin istinafta bulunmasını istememeleri herhalde üçlü sistemde buna ihtiyaç kalmayacağı ve istinaf mahkemele-
rinin Yargıtay kadar yoğun olmayacağından hareketle dü-
şünülmüş olmalıdır. Aslında ilk derece mahkemesi hakim-
lerinin istinaf kararlarına karşı karar düzeltmenin varlığını
savunacakları düşünülebilirdi Çünkü istinaf hakimleri ile
hemen hemen aynı mesleki tecrübeye sahip olacakları için
Yargıtay kadar sağlıklı yapamamaları ve bölge adliye ha-
kimleri arasında görüş ve yorum farklılıkları olacağı da
kaçınılmazdır. Dördüncü soruya verilen cevapların ince-
lenmesinde; Karar düzeltmenin yürürlükten kaldırılıp kal-
dırılmadığına ilişkin soruya Yargıtay üyelerinin tamamı,
tetkik hakimlerinin % 77 si, ilk derece mahkemesi hakim-
lerinin % 40 bu yasanın kaldırıldığını bilmektedir. Yargıtay
üyelerinin yasalardaki değişiklikleri takip etme oranı diğer
meslektaşlara göre daha yüksek olduğu görülmektedir. İlk
derece mahkemesi hakimlerinde bu oran daha düşük ol-
duğu anlaşılmaktadır.

Beşinci soruya verilen cevabın incelenmesinde; anke-
te katılanların büyük çoğunluğu bu yasa yolunun varlığını
sürdürmesini istemektedir. Ankete katılan 46 kişiden 35'i
yani %76.08 i karar düzeltmenin devamını isterken; 10
kişi yani % 21.73 kişi kaldırılmasını 1 kişi % 2.1 ise her-
hangi bir fikrinin olmadığını belirtmiştir. Ankete katılan
ilk derece mahkemesi hakimlerinin tamamı karar düzelt-
menin devamından yana iken, buna yakın oranda % 72.67
tetkik hakimlerinin karar düzeltmenin devamını istemek-
tedir. Yargıtay üyelerinde ise bu oranın %33.33 oranında
olduğu anlaşılmaktadır. Yargıtay üyelerinin karar düzelt-
menin yararına inanma oranı % 66.66 olduğu halde, karar
düzeltmenin varlığına inanmalarına oranı %33.33 ise çok
daha düşük olduğu görülmektedir. Yargıtay üyelerinin kar-
rar düzeltmenin yararına inanmalarına karşın etkin bir

şekilde kullanılmasının çok yararlı olmayacağına inanıldığı söylenebilir.

SONUÇ

Karar düzeltme de olağan bir kanun yolu olup Yargıtay'ın temyiz incelemesi sonucunda vermiş olduğu kararlara karşı gidilebilen bir yoldur. 10.5.1965 gün 1/1 sayılı İçtihadı Birleştirme kararında "temyiz'in tamamlayıcısı" bir yasa yolu ifade edilmiştir. Karar düzeltme istemi hüküm veren mahkemeden (temyiz incelemesi yapan) istenilmesi bakımından temyiz incelemesinin devamı niteliğinde ve kendine özgü bir kanun yoludur. 5236 sayılı kanunlu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki karar düzeltme kanun yoluna ilişkin hükümler kaldırılmıştır. Bölge Adliye Mahkemeleri kurulmadan önce iki aşamalı sistemde Yargıtay'ca verilen kararlardaki hatalardan dönülmesi bu yasa yoluyla sağlanmaya çalışılmıştır. Ancak bölge adliye mahkemelerinin kurulması ile üç aşamalı sisteme geçileceğinden, Yargıtay incelemesi öncesinde kararlar bir kez de bölge adliye mahkemelerinin süzgecinden ve incelemesinden geçeceğinden karar düzeltme yolu ihtiyaç kalmadığı düşüncesiyle kaldırılmıştır.

Karar düzeltme kanun yolunun kaldırılması ve Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulması Yargıtay'ın iş yükünü azaltmak amacıyla yapılması bize göre yeterli bir gerekçe değildir. Böyle bir oluşum adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesi için tabii ki savunulabilir. Bir kademe fazla yargılama demek biraz daha kaliteli yargılama, daha güven duyulan karar demek olduğundan istinaf mahkemelerinin kurulması savunulabilir.

İstinaf mahkemelerinin kurulması ve karar düzeltmenin kaldırılmasını ön gören yapı, yargılamayı çabuklaş-

tırmak için değil, adil, doğru bir karar vermek için oluşturulmalıdır. Bu haliyle istinaf yargılamayı çabuklaştırmaktan ziyade yavaşlatır. İstinaf Mahkemelerinin ikinci derece olay mahkemesi gibi çalışması, ağırlığın ilk derece mahkemesinden istinaf mahkemelerine kaydırılmasına, davaların sürüncemede bırakılmasına yol açmakta bu durum ise bireyin makul sürede yerine getirilmemesine neden olmaktadır.²⁴

Karar düzeltme kanun yolu Türk yargı sistemine özgü bir kanun yolu olmasına rağmen Türk yargı yolu bakımından yararlı sonuçlar verdiği adil yargılamaya katkı sağladığı söylenebilmektedir. Üst derece mahkemelerinin hatalı kararlarından dönme olanağı yakalaması ve aynı konuda farklı görüşlerin önüne geçimle fonksiyonu da üstlenmiştir.

Yukarıda bilgilerini sunduğumuz anket çalışması ile de Türk Hakimlerinin büyük çoğunluğu karar düzeltmenin yararlı bir kanun yolu olduğu bu nedenle kaldırılması görüşünü belirtmişlerdir. Karar düzeltme bize göre varlığını sürdürmesi gereken bir kanun yoludur. Çünkü bir yargısal süreç ne kadar çeşitli kademelerden geçerse, ne kadar farklı insan ve hukukçu tarafından incelenirse o kadar doğru ve güvenilir olacaktır. Ayrıca ne kadar nitelikli hukukçulardan oluşan heyetler tarafından kararlar verilse de yanlış kararlar alınması ihtimal dahilindedir. Bu hatalardan dönme şansı yakalanmalıdır. Bu nedenle de karar düzeltmenin varlığı devam ettirilmelidir.

24 Yıldırım, Nevhis Deren; *Teksif İlkesi Açısından İstinaf*, s. 281

KAYNAKÇA

1. Alangoya, Yavuz; (200\), *Medeni Usul Hukuku Esasları*, İstanbul,

2. Adalet Bakanlığı (2007), *Hukuk Mahkemesinde İstinaf El Kitabı*, Ankara

3. Aras, Bahattin; (2007), *Türk Hukukunda İstinaf*, Yargıtay Dergisi, cilt.33, sayı 1-2, ocak-nisan,

4. Bilge, Necip; (1973), *Medeni Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme*, Sevinç Matbaası, Ankara

5. Bilge, Necip; Önen, Ergun; (1978), *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Sevinç Matbaası, 3. Baskı, Ankara

6. Eberhooard, Ekkehard, (2003) *Türkiye Barolar Birliği İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı*, TBB Yayını, Şen Matbaası, Ankara

7. Konuralp, Haluk; (2001) *Adil Yargılanma Hakkı Açısından Hukuk Usulünde Çözüm Arayışları*, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Dergisi, Sayı 14, Legal Kitapevi,

8. Kuru, Baki; Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder; (1997), *Medeni Usul Hukuku*, Ders Kitabı, Genişletilmiş 9. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara,

9. Pekcanıtez, Hakan; Atalay, Oğuz; Özeker, Muhammet; *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

10. Postacıoğlu, İlhan; (1970), *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, Sulhi Garan Matbaası, 5. Bası, İstanbul

11. Üstündağ, Saim; (1997), *Medeni Yargılama Hukuku*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul,

12.Yıldırım, Kamil; *Kanun Yolu Olarak İstinaf*, Türkiye Barolar Birliği İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, TBB Yayını, Şen Matbası, Ankara

13.Yıldırım, Nevhis Deren, *Teksif İlkesi Açısından İstinaf*, Türkiye Barolar Birliği İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, TBB Yayını, Şen Matbaası, Ankara

