

Anayasa Mahkemesi'nin Yeni Medeni Kanun Kurallarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi

Prof. Dr. Rona Serozan

Anayasayla Medeni Kanun arasındaki ilişki

Anayasasız, onun temel haklarından, eşitlik ilkesinden, sosyal devlet ilkesinden bağımsız bir Medeni Hukuk olamayacağı gibi, Medeni Kanunsuz, onun mülkiyet hakkından, miras hakkından, aile kurumundan, irade özerkliğinden, sözleşme serbestliğinden, ölüme bağlı tasarruf serbestliğinden, vakıf ve dernek kurma serbestliğinden bağımsız bir Anayasa Hukuku da olamaz.

Bugüne kadar Anayasa hukukçularıyla Medeni Hukukçuların kendi aralarına şato hendekleri kazıp Çin Seddi çekmeleri, kendilerini birbirlerinden yalıtımları büyük bir talihsizlik sayılmalıdır. Oysa interdisipliner kollekte çalışma hem Anayasacılar hem de Medeniyeciler, hatta tüm özel hukukçular için kaçınılmazdır.

Medeniyeciler için Anayasanın önemi şu özetle ortaya konabilir: Anayasal temel hakların salt dikey doğrultuda devlete karşı bireyin birinci kuşak negatif statü (koruma) haklarını oluşturduğu dönem çoktan kapanmıştır. Artık anayasal temel haklar yatay planda bireyler arası özel hukuk ilişkilerinde de geçerli sayılmaktadır.

Özellikle insan haklarını koruyan uluslar arası anlaşmaların ulusal yasalar karşısındaki önceliği (yeni Anayasa 90/son kuralı) ışığında insan hakları ve bu haklara ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları Anayasa Hukuku ile Medeni Hukuk arasındaki geleneksel hendekleri doldurmuş, setleri yıkmış ve "özel hukukun konstitüsyonalizasyonu" (anayasallaştırılması) diye nitelenebilecek olan bir süreci başlatmıştır.

Anayasal temel hak ve ilkelerin özel hukuktaki bu dolaylı ve yatay etkisine Almanlar Anayasasının dış etkisi anlamında "Drittwirkung" derler.

Bu çağdaş yaklaşıma göre MK kurallarını uygulayan hukukçu Anayasanın koordinatları doğrultusunda yorum yapmak ve yasa boşluklarını doldurmak zorundadır. Sözgelişi, a) hükümsüzlük nedenlerinden hukuka ve ahlaka aykırılığı, kamu düzenine aykırılığı, b) sözleşme serbestliğini ve sınırlarını, c) mülkiyet ve miras haklarını ve sınırlarını, d) fesih hakkı gibi yenilik doğuran hakları ve sınırlarını, e) kişilik haklarını, f) velayeti ve g) çocuk haklarını hep Anayasanın temel hak ve ilkeler perspektifinden değerlendirmelidir.

Her özel hukukçu, başta da Medeni Hukukçu tüm yargılarında o ünlü menfaatler terazisinin kefelerine anayasal değer yargılarını da yerleştirmeyi savsaklamamalıdır.

Aynı zamanda Anayasa madde 11, 138 kurallarında da dile getirilen Anayasanın üstünlüğü ilkesinin bir gereğidir bu "anayasalaştırma" ya da "dolaylı etki" (Drittwirkung) süreci.

Anayasa Mahkemesi'nin Medeni Kanun kurallarıyla ilgili kararlarına gelince: Bu kararları özetleyebilecek olan kilit (anahtar) sözcükler şunlar olabilir:

Arka planda (fonda) muhafazakar erkek egemen ideoloji. Bol miktarda demgoji. Eşitlik ilkesinin uygulanmasında akılcılıktan uzak ölçütler. Mantık yanlışları. Özellikle tanıtlanması gerekeni tanıtlanmış sayma (petitio principii) yanlışları.

İptali istenen kurallarla ilgili kaynak (mehaz) kanunların göz ardı edilmesi. İnsan Haklarına ilişkin uluslar arası anlaşmaların ve İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının boşlanması. İlgili yerli ve yabancı yargı kararlarının ve öğretinin hiçlenmesi. Karşılaştırmalı hukuk araştırmasına hiç aldırış edilmemesi.

Çok acıklıdır; Anayasa Mahkemesi'nin hiçbir kararında "yabancıdan" vazgeçtik, "yerli" bilimsel ve yargısal referansa (göndermeye) rastlayamazsınız!

Yabancı Anayasa Mahkemesi kararlarıyla karşılaştırıldığında çok çarpıcı bir eksiklik olarak sınırtır bu!

Bu eksikliğin ve yetersizliğin temelinde biraz önce değinilen sakıncanın, bugüne değin disiplinler arasındaki kapıları kapalı tutma sakıncasının olumsuz etkisi yadsınamaz.

Gerçekten de Anayasa Mahkemesi yargıçları özel hukuk konularına karşı ilgisiz kaldıkları için, üstüne üstlük hiçbir yasal, yargısal ve yazınsal kaynak araştırması yapmadıkları için artarda pot kırmışlardır.

Örnek diye salt şu kararlara değinmekle yetineyim: Kırk yıllık hak düşümü süresini hak arama özgürlüğüne ters görme... Evrensel kazandıracı zaman aşımını mülkiyet hakkının özünü ihlal eder bulma... Kadının soyadını kocaya, "her" çocuğun soyadını da "velisi olsun olmasın" "babaya" bağlama... Yasaların geçmişe etkisini, yasaların derhal yürürlüğü ile karıştırma... Derneklerle vakıfları aynı hukuksal potaya atma...

Anayasayı bilmeyen özel hukukçu tek kanatla uçmaya çalışan uçak pilotuna benzetilebilecekse, özel hukuku bilmeyen Anayasacı da tek kanatla uçmaya çalışan uçak pilotuna benzetilebilir. Yere çakılmaya mahkumdur bu uçaklar. Nitekim çakılmışlardır da!

Anayasa Mahkemesi'nin Medeni Kanun kurallarıyla ilgili kararlarının toplu fotoğrafı

Anayasa Mahkemesi'nin son yıllarda özel hukuk kurallarıyla, özellikle 2002 yılı Medeni Kanun kurallarıyla ilgili olarak iptal istemiyle açılan davalarda verdiği olumlu (iptal) ve olumsuz (ret) kararları bir araya getirildiğinde, ortaya Yüksek Mahkeme'nin özel bireysel mülkiyeti ve geleneksel ataerkil aileyi kutsayan muhafazakar ideolojisini sergileyen bir fotoğraf çıkar. Ama bu fotoğrafta demagoji lekeleri de gözden kaçmaz.

Bu kararlar arasında özellikle evlilik dışı çocuğun soyadını her durumda babanın soyadına bağlayan, evlenen kadının soyadının aile adı olarak seçilebilmesini engelleyen, soybağını ret davasının hak düşümü süresini koca ve mirasçıları yararına kaldıran ve edinilmiş mallara katılma

rejiminin tüm evlilikler için derhal yürürlüğe girmesini engelleyen kararları erkek egemen ideolojiyi çarpıcı bir biçimde yansıtır.

Yürürlük Kanunu konusundaki karar

Anayasa Mahkemesinin Medeni Kanun kurallarına ilişkin kararlardan en başta anılması ve eleştiri masasına yatırılması gerekeni, Medeni Kanun'un evli kadın yararına hakça bir paylaşım öngören yeni katılım rejiminin 2002 yılından önce kurulmuş olan evliliklere uygulanmamasını öngören Yürürlük K. m. 10 kuralına Aile Mahkemelerinin ve çok sayıda hukukçunun Anayasaya aykırılık savına karşın, sakat bir "yasaların geçmişe yürümezliği" mantığı ile Anayasaya (özel olarak eşitlik ilkesine ve hukuk devleti ilkesine) uygunluk vizesi veren karardır. (Resmî Gazete Sayı 27089, Tarih 23. 12. 2008)

Önce iptalden kul payı sıyrılan kuralı okuyalım: "TMK'nun yürürlüğe girdiği tarihten (yani 2002'den) önce evlenmiş olan eşler arasında bu tarihe kadar tabi oldukları mal rejimi (yani haksız mal ayrılığı rejimi) devam eder. Şu kadar ki eşler bir yıllık süre içinde sözleşmeyle yeni (adaletli ve katılımcı) yasal mal rejiminin evlenme tarihinden geçerli olacağını kabul edebilirler."

Hemen baştan saptayalım: Kuralda anılan kritik bir yıllık süre içinde eşlerine böylesine bir jestte bulunmuş olan kocaların sayısı, tahmin edileceği gibi, adamaklı sınırlı kalmıştır.

Yürürlük K. m. 10 kuralının perde arkasına baktığımızda, kuliste "edinilmiş mallara katılma rejimine" daha baştan en radikal biçimde muhalefet eden bir siyasal partiyi görürüz. İşte bu kural o siyasal partiye sırf Medeni Kanun Meclisten geçsin diye verilmiş bir ödünün ürünüdür.

Kocasının varlığına katkıda bulunmuş evli kadına evliliğin çözülmesinde sadece incik boncuk bırakan haksız mal ayrılığına özgü tasfiye rejiminin daha on yıllarca ayakta tutulmasını sağlayan Yürürlük K. kuralı hem kadın erkek eşitliği açısından hem de değişik tarihlerde kurulmuş olan evlilikler açısından yol açtığı akıl dışı ayırım ve ayırıştırma nedeniyle

eşitlik ilkesine aykırıdır. Ama bunun ötesinde, aynı zamanda, şekli ve maddi anlamda hukuk devleti ilkesine de ters düşmektedir.

Gelgelelim Anayasa Mahkemesi bu Yürürlük Kanunu kuralını yasaların geçmişe yürümezliği, hukuki güvenlik ve eşitlik ilkelerine uygunluk kanıtlarıyla aklamaya (meşru kılmaya) çalışmış ve bu çabasında erkek üyelerin çoğunluğu sayesinde kıl payı bir çoğunlukla ne yazık ki başarılı da olmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin yürürlük hukukuyla, daha doğrusu yasaların geçmişe yürümezliği ilkesiyle ilgili yanlış değerlendirmesini eleştirmeden önce (ki bu değerlendirme kararın eşitlik ilkesiyle bağlantılı başlıca dayanağıdır) Yüksek Mahkemenin sağlıksız ve tutarsız eşitlik algısına kısaca değinmek gerekir.

Mahkemenin eşitlik ilkesiyle ilgili basmakalıp (harcıalem, sloganvari) formülü şöyledir: "İlke olarak aynı durumda bulunanlara aynı kurallar, aynı durumda bulunanlara da aynı kurallar uygulanmalıdır."

Aslında söylenmek istenen şudur: "Aksini haklı kılacak rasyonel (akılcı) özel bir neden bulunmadıkça", eşit kişiye eşit, eşit olmayan kişiye de bu eşitsizliğe uyacak biçimde eşit olmayan işlem yapılmalıdır. Aksi halde ayırım gözetmede eşitliğe aykırı keyfi bir ayırmacılık yapılmış olur. Özetle, salt akılcı (rasyonel) bir neden kişiler arasında keyfilikten uzak bir ayırım gözetilmesini haklı kılabilir.

Başka bir ifadeyle: Kimin aynı, kimin aynı konumda olduğu, hangi özel durumlarda kişiler arasında ayırım gözetileceği ölçülülük ilkesinin merceğinden, akılcılık ölçütüyle belirlenir.

Gelgelelim, Anayasa Mahkemesi'nin bu klasik tanımın belkemiğini oluşturan temel "akılcılık ögesi" konusundaki normatif değer yargısı sağlıksızdır; tutarsızdır.

Gerçekten de farklı bir uygulamayı haklı kılabilecek (onu keyfi olmaktan çıkarabilecek) olan "rasyonel (akılcı) neden" normatif açıdan değerlendirilirken, Anayasa Mahkemesi yargıçları muhafazakar ideolojinin ve gerçeği çarpıtıcı demagojinin kısır döngüsünde sıkışıp kalmış gözükmektedirler.

Şöyle ki Anayasa Mahkemesi yargıçları özellikle kadınla erkek arasında salt fizyolojik farklılığa dayanan, hiçbir rasyonel nedenle haklı kılınmayacak olan indi ve keyfi ayrımcılıkları, evlilik dışı ilişkilere ve soyadına ilişkin kararlarında da yaptıkları gibi, hep geleneklerle, toplumun ahlaki değer yargılarıyla, toplumun inançlarıyla ve düşünceleriyle, özellikle de Türk ailesinin kutsallığıyla meşru kılmaya çalışmaktadırlar. Rasyonel (akılcı, makul, inandırıcı) nedeni ideolojinin ve demagojinin gözlüğüyle değerlendiren ve son tahlilde akılcılığı akıl dışılığa (rasyonalizmi irrasyonalizme) indirgeyen bir yaklaşımdır bu!

Nitekim Anayasa Mahkemesi, Yürürlük Kanunu m.10 kuralı konusundaki kararında da 2002 öncesinde kurulmuş evliliklerle 2002 sonrasında kurulmuş evlilikler arasındaki mülkiyet rejimi eşitsizliğini ve 2002'den önce kurulmuş evliliklerde de bu tarihten önce edinilmiş mülklerle bu tarihten sonra edinilmiş mülkler arasındaki mülkiyet rejimi ayrımını "durumlardaki özellikler" bahanesiyle eşitlik ilkesine hiç de aykırı bulmazken, hep o ideoloji ve demagoji sarmalında tutsak kalmakta ve bu zihinsel tutsaklığı içinde de mantık yamılarına, açıkçası "tautojoi" ve "petitio principii" tuzaklarına düşmektedir. Apodiktik bir yargıdır bu!

Şöyle ki eşitliğe uygunluk için ispat edilmesi gerekli olan "akılcı (rasyonel) farklılık" hiç ispat edilmeksizin, böylesi bir akılcı farklılık dayanaksız, içi boş bir önerme olarak ideolojik ve demagojik planda düpedüz varsayılmaktadır.

Değişik bir ifadeyle: Ortada farklı uygulamayı haklı kılabilecek hiçbir akılcı neden olmadığı halde "durumlardaki özellikler" gereği, farklı uygulama eşitlik ilkesine pekala uygun "farz" edilmektedir. Ama ne ayrımlı rejimi haklı gösterebilecek somut özellikler anılmaktadır ne de akılcı, inandırıcı bir ayırım gözetme gerekçesi gösterilmektedir.

Yürürlük hukukuna ilişkin eleştirilerimize gelince: Bu eleştirilere "çağlar (zamanlar) arası hukukun (intertemporal) hukukun, eşanlamda "intikal hukukunun" (Übergangsrecht'in) anayasal boyutları da bulunan iki temel ilkesini açmıyarak başlayalım:

Eklemek gerekir ki zamanlar arası yasalar çatışması hukuku uluslar arası yasalar çatışması hukukunun adeta bir izdüşümüdür. Ne yazık ki bizde

hak ettiği ilgiyi görmemiştir. Bu alanda en verimli çalışmaları başta Roubier olmak üzere Fransız hukukçular ortaya koymuşlardır.

İntikal hukukunun ilk büyük ilkesi dar ve teknik anlamda geçmişe etki yasağına ilişkindir. Buna göre, yeni yürürlüğe giren yasa eski yasa döneminde oluşmuş hukuksal olgulara ilişmez. Bu nesnel kuralın günümüzde geçerliliğini yitirmiş sayılan öznel versiyonu şöyledir: Yeni yasa evvelce kazanılmış (müktesep) haklara ilişmez! Yaygın formülle: Eski olguya eski yasa uygulanır. (Ancien faits - ancien droit! Türkçesi: Eski hamama eski tas!)

Somutlaşım: Eski yasa döneminde bir kez oluşmuş olan olgular, eylemler ve işlemler geçerliliklerini yeni yasa döneminde de sürdürürler.

Örneklendirelim: Eski yasa döneminde evlilik ilişkisi kurulmuşsa, tüzel kişilik, ehliyet, miras ya da mülkiyet kazanılmışsa, bu kazanımlar ve konumlar bu alandaki koşulları değiştiren yeni yasa karşısında da saklı kalır. Sözüün özü, evvelce oluşup tamamlanmış ilişkilere yeni geçerlilik koşulları uygulanmaz. Evvelce kazanılmış hukuksal statüye kazanılmamış denemez!

Dar ve teknik anlamda geçmişe yürümezlik kuralı olarak bilinen bu kural yurttaşların korunmayı hak etmiş güvenlerinin korunması gereğinin, genél ve soyut bir deyimle hukuksal güvenlik isterinin ve son aşamada anayasal hukuk devleti ilkesinin bir ürünüdür.

Yalnız şu var: Ayrık tanımaz katılıkta bir kural da değildir bu. Yasa koyucu politik ve etik kaygularla, kamu düzenini ve ahlaki değerleri koruma amacıyla, bu arada görece güçsüzü (zayıfı) koruma amacıyla pekala bir yasayı geçmişe etkili kılabilir. Nitekim Türk MK'nun Yürürlüğü Hakkında K. m. 2 kuralı da bu doğrultuda kaleme alınmıştır.

Böyle bir ayrıksı durumda, "eski olguya pekala yeni kural uygulanabilir"! Yasa koyucunun politik ve etik kaygularla böylesi geçmişe etkili kurallar koyma konusundaki takdir yetkisi geniştir; olsa olsa, anayasal ölçülülük ilkesi (eşanlamda keyfilik yasağı) ile sınırlıdır. Bir de vergiyi ve cezayı ağırlaştırıcı yasalar ki ta Magna Charta'dan beri "kanunsuz vergi, suç ve ceza olamaz" ilkesi uyarınca kesinlikle geçmişe etkili olamazlar.

İntikal hukukunun bizi Anayasa Mahkemesi kararı bağlamında asıl ilgilendiren ikinci büyük ilkesine gelince: "Yasaların derhal yürürlüğü" (application immédiate) ilkesi diye tanınan bu ilkeye göre, yeni çıkarılan bir yasa eski yasa döneminde elde edilmiş olan hukuksal statünün ve pozisyonun süregelen etkilerini derhal kendi yeni rejimine bağlar.

Buna kimi yazarlar yasaların geniş anlamda geçmişe etkisi etiketini takarlar. Ama sakıncalıdır bu deyim. Çünkü geçmişe etkinin varlığı sanısına yol açabilir. Oysa bu olasılıkta gerçek anlamda bir geçmişe etkiden söz edilemez. Yeni yasa derhal yürürlüğe girer; işte o kadar!

Bu ilke çerçevesinde, eski yasa döneminde oluşmuş ve eski yasaya tabi tutulmuş olan hukuksal olguların içerikleri ve etkileri (hükümleri) yeni yasaya tabi tutulur.

Açımlayayım: Evvelce kazanılmış olan mülkiyet hakkının sağladığı olanaklar, evvelce kazanılmış olan ehliyet statüsüne bağlanan hukuksal etkiler ve bizi burada ilgilendireni, evvelce oluşmuş olan evlilik ilişkisine bağlanan tüm hükümler, bu bağlamda kocanın yasal yetkileri, eşlerin ve çocukların soyadı rejimi, yasal mal rejimleri, evlilik ilişkisinin çözülmesinin koşulları, böyle bir çözüme ilişkisinde tasfiye (nafaka, tazminat, katılma payı) rejimi, bu konularda değişiklik öngören yeni yasanın yürürlüğe girmesiyle birlikte olduğu gibi yeni yasal rejime bağlanır.

Demek ki evvelce kazanılmış mülkiyete kazanılmamış denemeyeceği halde, (buna gerçek anlamda geçmişe etki yasağı engeldir) evvelce kazanılmış olan mülkiyete sonradan yeni yasayla yeni sınırlamalar, bu bağlamda o mülkiyeti başkasıyla paylaşma zorunluluğu, yasal irtifaklar ve ipotekler pekala konabilir. Yurttaşın mülkiyeti kazanmış olduğu andaki "hangi statüde edinmişsem o statüde kalır" yolundaki güveni "yasaların derhal yürürlüğü ilkesi" karşısında korunmaz.

Nitekim Yürürlük K. m. 3'te de içerikleri (rejimleri) doğrudan doğruya yasaca belirlenmiş olan işlemlerin ve ilişkilerin rejimlerinin bunlar yasanın yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olsalar bile yeni yasaya tabi olacağı açıkça belirtilmiştir.

Eklmeli ki "derhal yürürlük ilkesi"nin de ayrıkları olur. Yürürlük K. m. 3'ün tersinden okunmasından da anlaşılabilceği gibi, taraf iradelerine

dayanan sözleşmesel hükümler (iradi rejim) yeni yasaya tabi tutulmaz; eski yasal rejime bağlı kalır. Sözgelisi evvelce kararlaştırılmış olan sözleşmesel mal rejimleri, sözleşme koşulları, özellikle bedeller ve ücretler sonradan bu konularda öngörülen sınırlama rejiminden etkilenmez. Bununla birlikte, bu ayrığın da ayrığı vardır: Kamu düzeni ve ahlak kaygılarıyla (kuşkusuz ölçülülük ilkesinin sınırları içinde) yasa koyucu bunun aksini öngörebilir. Örneğin yakın geçmişte taşınmaz kirasında da sözleşmede kararlaştırılmış bedel açısından öngörmüştür de!

Anayasa Mahkemesinin Yürürlük K. m. 10'un iptali istemini geri çevirdiği kararına dönelim. Mahkeme bu kararında yasaların geçmişe etkili olması yasağını yanlış değerlendirmiş ve yasaların derhal yürürlüğünü (sakıncalı deyimle "geniş anlamda" geçmişe etkiyi) yasaların gerçek anlamda geçmişe etkisi ile karıştırmıştır. Mahkeme bu yüzden de Yürürlük K.'nin 10uncu maddesi kuralının geçmişe etki yasağına ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine baştan aşağı saygılı bir kural olduğu inancına kendisini kaptırmıştır. Oysa bu kural yasanın ortadan kaldırdığı "yeni yasanın derhal yürürlüğü ilkesi" ile ilgilidir; kuralın gerçek anlamda geçmişe etki yasağı ile hiçbir ilgisi yoktur.

Ama Yüksek Mahkemenin yanılması bundan ibaret değildir. Mahkeme ayrıca şu olguyu da gözden kaçırmıştır: Bir an için uyumsuzluk konusu olayda "derhal yürürlük" yerine yanlışlıkla "geçmişe etki" varsayılsaydı bile, kamu düzeni ve kamu yararı böylesi bir ayrık geçmiş etkiyi zaten meşru kılacaktı. (Yürürlük K. m. 2)

Çarpıcı paradoks şuradadır ki ileride başka bir bağlamda ele alıp okuyacağım Yürürlük K. m. 10 kuralının gerekçesi bunun en açık kanıtıdır. Eğer yargıçlar yeni "edinilmiş mallara katılma rejiminin" kamusal ağırlığını vurgulayan o gerekçeye göz atmış olsalardı, geçmişe etkinin bu ayrığını da algılamış olacaktı. Ne var ki yargıçlar ne gerekçeye bakmışlardır ne de kuralın İsviçre aslına bakmışlardır.

Derhal yürürlük ilkesinin kaldırılmasına vize veren Anayasa Mahkemesi kararında asıl eleştirilecek hukuksal aksaklık, eski mal ayrılığı rejiminin yasa koyucu tarafından da itiraf edilmiş olan koca lehine ve

kadın aleyhine “haksız ayrımcılığını” kalıcı hale getirmesi ve dolayısıyla eşitlik ilkesini ve hukuki değerlere, özellikle de adalet değerine bağlılık anlamına gelen “maddi anlamda hukuk devleti” (state of justice, state of rights) ilkesini, kısacası “adaletli devlet” ilkesini göz ardı etmesidir.

İlginçtir, Yürürlük Kanunu m. 10 kuralının gerekçesinde kuralla yüzde yüz çelişen şu ifadeye yer verilmiştir.

“TMK ile getirilen yeni yasal mal rejimi (ki edinilmiş mallara katılma rejimidir) mal ayrılığı rejiminin ülkemizde eşler arasında kadın aleyhine yol açtığı büyük haksızlıkların ortadan kaldırılmasını amaçlamaktadır. Bu yönüyle edinilmiş mallara katılma konusundaki yeni yasal mal rejimi Medeni Kanunun en önemli devrimlerinden biri niteliğindedir. Bu değişiklikle beklenen amacın bir an önce gerçekleşmesi, buna ilişkin hükümlerin geçmişe etkili olmasını gerektirir. Bu nedenle, Komisyonunda yapılan tartışmalar sonunda, aksi görüşlere rağmen TMK'nun yasal mal rejimiyle ilgili hükümlerinin geçmişe etkili olarak eşlerin evlenme tarihinden itibaren uygulanacağı kabul edilmiştir.”

Geçmişe etkiyi aynen Anayasa Mahkemesi gibi yanlış değerlendirmiş olsa da bu çarpıcı gerekçe yalnız yeni mal rejiminin tüm evliliklere uygulanması gereğini hakkaniyet ve kamu düzeni argümanlarıyla desteklemekle kalmamakta; üstüne üstlük, gerekçesini oluşturduğu yasanın böyle bir uygulamayı engelleyen metni ile açıkça çelişmektedir de.

İşte bu vahim çelişki aynı zamanda Anayasa Mahkemesi'nin gözünden kaçmış olan “şekli anlamda hukuk devleti (legal state) ilkesine” de açık bir aykırılık oluşturur. Gerçekten de gerekçesi eksik veya çelişik bir hukuk kuralı, normların hiyerarşik silsilesine ve yasaların yapımı sürecindeki şekilcilığe ilişkin “şekli anlamda hukuk devleti (legal state) ilkesine” ters düşer.

Hukuk devleti ilkesini ve yasa gerekçelerini ciddiye alan her Anayasa Mahkemesinde gerekçesiyle çelişen bu “ciddiyetsiz” kural iptal damgasını yer. Ama bizde Anayasa Mahkemesi her nedense bu vahim hukuksuzluğu görmezlikten gelir.

Daha bitmedi: Yürürlük Yasasının derhal yürürlük ilkesini tanımadığı yüzünden ortaya çıkan hukuksal sakatlıklar bundan ibaret değildir.

Yasaların derhal yürürlüğü ilkesine sırt çevrildiği için ortaya çıkan yapay çarpıklık ve istikrarsızlık şudur: 2003 yılında kurulan bir evlilikte o yıl edinilen mülk eşler arasında yarı yarıya paylaşılırken, 2001 yılında kurulan evlilikte o yıl edinilen mülk tek başına kocaya kalmaktadır.

Dahası: 2002'den önce kurulan evliliklerde 2002'den önce edinilmiş mülk tek başına kocaya kalırken, 2002'den sonra edinilmiş mülk eşler arasında yarı yarıya paylaşılmaktadır.

Kararın muhalefet şerhinde özellikle bu akıl dışı (indi ve keyfi) ayrımcılıkların vurgulanması dikkat çekicidir.

Demek ki yalnız değişik tarihlerde gerçekleştirilen evlilikler bakımından değil, ama aynı zamanda aynı tarihlerde gerçekleştirilmiş evlilikler bakımından da eşitsizliğe yol açılmış olmaktadır.

Aynı ülkede yaşayan evli çiftler arasında sırf birkaç ay önce veya sonra evlendikleri ya da mülk edindikleri için ayrımcılık yapma ise hiçbir makul nedene dayanmayıp, salt kronolojik bir rastlantıdan kaynaklanan akıl dışı indi bir ayrımcılıktan başka bir şey sayılamaz. Bu türden indi ayrımlar ve ayrıştırmalar eşit konumda olanlara eşit işlem yapılmasını buyuran anayasal eşitlik ilkesine aykırı akıl dışı ve dolayısıyla keyfi birer ayrımcılık oluşturur.

İlginçtir ki Kadınlara Yönelik Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi Temmuz 2010'daki 46. oturumunda

TC'nde edinilmiş mallara katılma rejiminin 2002 öncesi evliliklere uygulanmamasını haksız bir ayrımcılık olarak damgalamış ve TC'ni bir an önce yeni katılım rejiminin 2002 öncesi evliliklere de uygulanmasını sağlayacak bir yasa değişikliği yapmaya davet etmiştir.

Şu önemli noktayı da eklemeli: İsviçre'de benzer bir katılımlı mal rejimi devrimi yapıldığında hukuk devletine, eşitlik ilkesine ve intikal hukuku ilkelerine yakışır biçimde yeni rejimin geçmişte kurulmuş olan evliliklere ve geçmişte edinilmiş mülklere de yaygın “derhal yürürlüğü” benimsenmiş ve bizde Yürürlük K'nun talihsiz kuralı ve Anayasa Mahkemesinin talihsiz kararı yüzünden karşılaşılan eşitsizliklere yer bırakma-

yan bu uygulama tüm Anayasa hukukçularınca ve intikal hukukçularınca benimsenip onaylanmıştır.

Pekiye ama Anayasa Mahkemesini Yürürlük K. 10 kuralını dayatan bir siyasal partinin paralelinde böylesine haksız ve yanlış bir karara itele-yen ideolojik dürtüler ve güdüler nelerdir acaba? Bu soru yanıtsız bırakıl-ırsa, kararın eleştirisi de eksik kalır.

Hiç kuşku yoktur ki Anayasa Mahkemesi yargıçları, tüm yargıçlar gibi, kararlarını verirken salt hukuksal argümanlarla iş görmezler; bilinçsiz olarak da olsa, değişik koşulların, çeşitli telkinlerin, çevre (mahalle) baskılarının, dünya görüşlerinin ve daha bir dizi faktörün etkisi altında kalırlar. Onlar ne de olsa insandırlar; dijital, elektronik birer aygıt değildirler.

Yürürlük K. m. 10 kuralıyla ilgili kararda, aynen evlilik dışı çocukla-rın ve evli kadının soyadı ile ilgili ve soybağının reddi davasının hak düşü-mü süresiyle ilgili kararlarda olduğu gibi, yargıçların bilinç altında, aynen kuralı dayatan siyasal partide olduğu gibi, erkeğin yabancılara karşı sım-sıkı kapalı tuttuğu mülkiyet hazinesini koruyan erkek egemen ideolojinin yattığını saptamak için mutlaka bir ekonomi politik ve tarih bilimcisi, bir psikoloji ve sosyoloji uzmanı olmaya gerek yoktur. Provokatif ve retorik bir soruyla bitireyim: Kararın kadın üyelerin muhalefetine karşın erkek üyelerin çoğunluğuyla alınmış olması da bu tanıyı doğrulamaz mı acaba? Ne dersiniz?

Evlilik dışı çocuğun soyadını babaya bağlama

Anayasa Mahkemesi'nin eleştirilmeye değer kararlarından bir diğ-e-ri evlilik dışı çocuğun soyadının her olasılıkta babaya bağlanması (MK 321) konusundadır.

(Resmi Gazete 7. 10. 2009, Sayı 27 369)

Haydi diyelim ki evlilik dışı ilişki ürünü çocuğunu "gönüllü olarak tanıyan" bir babanın çocuğuna kendi soyadını vermesine bir an için göz yumalım. Varsın velayet sorumluluğunu taşıyan ananın soyadı *dururken*, babanın soyadından yana bu seçim çağdaş yasal düzenlemelere *örneğin*

İsv. MK 270 II ve Alman MK § 1617 kurallarına) uygun düşmesin, üstelik çocuğun her zaman en başta gözetilmesi gerekli üstün yararına uygun da olmasın!

Gelgelelim, babalığı mahkemece kendisine zorla kabul ettirilen ço-çuğunu açıkça dışlamış olan bir babanın soyadının da veli anasının soyadı *dururken*, çocuğun soyadı olabilmesi, doğrusu kolay kolay sindirilebile-cek bir "hukuki lokma" değildir.

Evlilik dışı ilişki ürünü çocuk açısından ananın soyadına öncelik ve-ren Batı'da (bk. İsviçre Medeni Kanunu 271 ve Alman Medeni Kanunu § 1616/1617 BGB) rastlanmayan böylesine garip bir soyadı düzenlemesi olsa olsa ataerkil ve cinsiyetçi bir yaklaşımla meşru kılınabilir. Nitekim kararda sık sık çocuğun babasının adını taşıyamasının kutsal ailenin ya-rarını zedeleyebileceğinden dem vurulmaktadır.

Anlaşılan, Anayasa Mahkemesinin paradigması bir birey olarak ne kadındır ne de çocuktur; Anayasa Mahkemesinin paradigması erkeğin egemenliğindeki geleneksel ailedir!

Kararda bilinç altında şu cinsiyetçi bakış açısının varlığı yadsınamaz: Evlilik dışı bir ilişkiden çocuk doğuran iffetsiz bir kadının soyadı çocuğa layık görülemez. Tıpkı bir ara kimilerince, hatta Medeni Kanunca ço-çuğun böylesi hafifmeşrep bir ananın velayetine de layık görülemeyişi gibi!

Sözde bu karar evlilik dışı ilişki ürünü çocukları babalarının so-yadını taşıyan evlilik içi ilişki ürünü çocuklarla soyadı açısından eşit kontüma sokmakla onları çevrelerine karşı zor duruma düşmekten de kurtaracaktır. Bu demagojik "alibi"nin inandırıcılığı zayıftır: Gerçekte bu karar aslında babası belirlenemediği için ister istemez anasının soyadını taşıyacak olan evlilik dışı ilişki ürünü çocuğa karşı haksız bir ayrımcılığa yol açacaktır. Karardan asıl olumsuz etkilenecek olanlar şimdi artık iyice "tecrit" ve "teşhir" (!?) olacak olan babasız çocuklar olacaklardır. Onlar Anayasa Mahkemesi kararına kadar soyadı rejimini geniş bir evlilik dışı ilişki ürünü çocuk grubuyla paylaşırken şimdi bu gruptan tümüyle yalı-tılmış kalacaklardır.

De lege ferenda yerinde bir hukuk politikası tercihi, Batı'da gözlem-lendiği gibi, çocuğun soyadını ister evlilik içi olsun, ister evlilik dışı olsun,

elden geldiğince anasının soyadına bağlamaktan yana olmalıdır; başka bir anlatımla, çocuklar arasındaki eşitlik babanın soyadında değil, ananın soyadında gerçekleştirilmelidir.

Ananın kızlık soyadının aile adı olabildiği ölçüde bu eğilim daha da belirginleşir. Bu noktaya ileride kadının soyadının aile adı olabilmesi bağlamında parmak basacağım.

Unutulmasın ki ana çocuğu aylarca karnında taşıyandır; dahası, büyük çoğunlukla çocuğun velayetini tek başına üstlenendir. Öyleyse çocuğun (hele evlilik dışı ilişki ürünü çocuğun) ananın soyadını alması ve böylece soyadı ile velayet arasında anlamsız ve sakıncalı bir asimetrinin önüne geçilmesi çocuğun üstün yararına yüzde yüz uygun olur.

İyi ki Anayasa Mahkemesi, inanılır gibi değil ama evlilik dışı ilişki ürünü çocuğun velayetinin de anaya değil babaya verilmesi gerektiğini pür ciddiyet savlayan aile mahkemesi yargıçlarının bu erkek egemen ve cinsiyetçi görüşüne iltifat etmemiştir de evlilik dışı ilişki ürünü çocuğun velayetini anaya veren MK 337'inin Anayasa aykırılığı konusundaki bu akıl almaz savı geri çevirmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 2011 Aralığında evliliğin çözülmesinden sonra çocuğun velayetini alan ananın çocuğa kendi soyadını verebileceği, daha doğrusu, çocuğun babasının soyadını haklı nedenle kendi soyadına çevirip değiştirebileceği yönündeki kararı (ki büyük bir şamatayla alkışlanmıştır) bu alanda gecikmiş bir algının ürünü, anlamlı bir karardır.

Anayasa Mahkemesi bu kararında resmi evlilik ilişkisi çözüldükten sonra velayet anaya bırakılmış olsa bile çocuğun babanın soyadını taşımasını öngören Soyadı K. m. 4 II 1 kuralını iptal ederken, bu ayrımcılığın haklı bir nedene dayanmadığı için eşitlik ilkesine aykırı düştüğünü ve kadının çocuğuna (haklı nedenle ad değiştirme bağlamında) pekala kendi soyadını verebileceğini belirtmiştir.

Keşke Anayasa Mahkemesi bu eşitlik algısını biraz önce değindiğimiz evlilik dışı çocuğun soyadına ilişkin kararında da benimseyebilseydi! Ama öyle anlaşılıyor ki yargıçların gözünde evlilik dışı çocuğun anası eski MK koyucularının gözünde olduğu gibi kendisine güvenilemez, uygunsuz, hafifmeşrep bir kadındır! Öyleyse, resmi evlilik ilişkisi ürünü

çocuk için benimsenen bir çözüm evlilik dışı ilişki ürünü çocuk için asla benimsenemez!

Yakın geçmişte hazırlanan bir yasa taslağında evlilik dışında doğmuş olan çocuğun menfaati gerektirdiğinde mahkemeye babanın soyadı yerine ananın soyadını taşımasına karar verilebileceği öngörülmektedir. Erkek egemen ve cinsiyetçi soyadı anlayışından atılan bu geri adım (ödün) bir göz boyamadan ibarettir; yetersizdir. Ama bu taslak bizim savlarımızın yerindeliğinin bir göstergesi olarak özel bir ağırlık taşır: Burada evlilik dışı çocuğun menfaatinin hiç de babasının soyadını taşıma yönünde olmadığı açıkça itiraf edilmektedir.

Evlenen kadının soyadının aile adı olarak seçilebilmesine çekilen set

Gelelim bir başka soyadı kararına: Yüksek Mahkeme'nin evlenen kadının kızlık soyadını bağımsızca taşıyabilmesini ve ayrıca bu adını aile adı olarak da kabul ettirebilmesini engelleyen Medeni Kanun kurallarını (MK 187/321) Anayasa'nın eşitlik ilkesine hiç de aykırı bulmaması da (Resmi Gazete Sayı 21. 10. 2011, Sayı 28 091) mahkeme üyelerinin Yürürlük Kanunu ve evlilik dışı çocuğun soyadı konularında vermiş oldukları kararlarda su üstüne çıkan sağlıksız toplumsal cinsiyet ve erkek egemen aile anlayışı karşısında hiç de yadırganmamalıdır.

Anayasa Mahkemesi bu soyadı kararında erkek egemen bakış açısıyla kadınla erkeğin eşit konumda olmadığını bir kez daha kabul etmiştir. Nitekim bu ayrımcılığı her fırsatta kamunun yararı, ailenin kutsallığı, ulusların değer yargıları, inanç ve düşünce kalıpları, insani ve ahlaki değerler, gelenek, görenek, dil ve din gibi baştan aşağı ideolojik gerekçelere dayandırmıştır.

Ama Anayasa Mahkemesi bu kararında sadece "ideoloji" yapmakla kalmamış aynı zamanda "demagoji" de yapmıştır.

Şöyle ki soyadı rejimindeki mevcut eşitsizliğin soy sopun, kimliğin güvenilir biçimde saptanmasının ve nüfus kayıtlarının düzenli tutulmasının bir gereği olduğunu da ilâri sürmüştür. Bu arada aile birliğinin ve

bütünlüğünün eşitlikçi bir soyadı düzenlemesiyle bozulabileceği kaygısını dile getirmiştir.

Bu sözde gerekçenin (hakçası demagojinin) konuyla yakından uzaktan hiçbir ilgisi yoktur. Bir kere, babanın ya da ananın soyadının seçilmesiyle kimlik ve nüfus düzeni arasında hiçbir mantıksal bağ kurulamaz. Sonra aile birliğinin ve bütünlüğünün eşitlikçi bir soyadı düzenlemesiyle bozulabileceği kaygısı da yersizdir. Onlarca ülkedeki uygulama bunu apaçık kanıtlamaktadır.

Şu gerçek iyi bilinmeli: Eğer koca karısının soyadını almaya zorlanmıyorsa, kadın da kocasının soyadını almaya zorlanamamalıdır. Eşitlik ilkesinin bu apaçık buyruğunu böylesi dayanaksız ideolojiler ve demagojiler ile yıkmaya çabaları inandırıcılıktan uzak kalmaya mahkumdur.

Burada Anayasa Mahkemesi'nin sık sık gündeme gelen eşitlik anlayışını özetlemenin yeri ve gereği gelmiştir artık sanırım:

Mahkemenin eşitlik ilkesine ilişkin formülü şöyledir: "İlke olarak aynı durumda bulunanlara aynı kurallar, ayrı durumda bulunanlara da ayrı kurallar uygulanmalıdır. Ama eşitlik eylemleri ve mekanik bir biçimde saptanmamalı; hukuksal (normatif) bir değer yargısıyla belirlenmelidir. O zaman da durumlardaki özellikler pekala bu ilkedan sapılmasını gerektirebilir."

Mahkemenin bu formülünü basite indirgeyelim: Aksini haklı kılacak akla uygun (makul, rasyonel) özel nedenler bulunmadıkça, eşit kişiye ve olguya eşit, eşit olmayan kişiye ve olguya ise bu eşitsizliğe uyacak biçimde eşit olmayan işlem yapılmalıdır.

Bu genelgeçer formül iyidir, güzeldir de Anayasa Mahkemesinin bu formülün can damarını oluşturan temel öge konusundaki değer yargıları sağlıklıdır; tutarsızdır.

Kişiler ve olgular ne zaman aynı durumda (eşit) sayılır; ne zaman ayrı durumda (eşitsiz) sayılır; ayrımcılığı haklı kılan (keyfi olmaktan çıkarılan) "akla uygun (makul, rasyonel) neden" normatif açıdan nasıl değerlendirilmelidir?

İşte bu normatif değer yargıları konusunda Anayasa Mahkemesi yargıların tutucu ideolojinin ve çarpıtıcı demagojinin kısır döngüsünde sıkışıp kalmış gözükülmektedirler.

Gerçekten de Anayasa Mahkemesi özellikle kadınla erkek arasında salt fizyolojik farklılığa dayanan, hiçbir akla uygun, inandırıcı amacın haklı göstermeyeceği keyfi ayrımcılıkları, soyadına ilişkin kararlarında da yaptığı gibi, çoğu zaman töreyle, gelenekle, görenekle, toplumun değer yargılarıyla, onun inançlarıyla ve düşünceleriyle, özellikle de ailenin kutsallığıyla meşru kılmaya çalışırken işte bu ideoloji ve demagoji sarmalının içine hapis olmaktadır.

Gerçek şudur ki kişi özgürlüğüne ve kadın erkek eşitliğine saygılı tüm hukuk düzenlerinde, bizdeki gibi evlenen kadının bekarlık soyadını kayıtsız koşulsuz koruyup kocasının soyadına eklemeye hakkıyla yetinilmez; a) kadının koruduğu bu kızlık soyadını kocasının soyadına eklemeksizin, bağımsızca kullanabilmesi ve hatta b) kızlık soyadını kocasının soyadı yerine "aile adı" olarak kabul ettirmesi, eğer kocasına bunu kabul ettirememişse, kocasının soyadıyla birlikte kızlık soyadını aile adı olarak eşdeğerde kullanabilmesi de sağlanır.

O zaman çocuklar da pekala, "aile adı" olabilmis annelerinin kızlık soyadını alabilirler ya da aile adı her iki eşin de soyadından oluşmuşsa ana babanın kararlaştırdıkları soyadını bu arada belki yine de ananın kızlık soyadını alırlar. Bu konudaki uyuşmazlık velayetin yürütülmesindeki tüm uyuşmazlıklar gibi çözülür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları da hep bu doğrultudadır.

Anımsayalım: AİHM 16 Kasım 2004'te Ünal Tekeli davasında kadının kocasının adını aile adı olarak taşıması zorunluluğunu AİHS'ne aykırı bulmuştu. Bu arada Mahkeme bu eşitsizlik olgusunun bizde olduğu gibi kadına adını kocasının adıyla birlikte kullanma olanağı tanınarak değiştirilmiş sayılmayacağını da vurgulamıştı.

İnsan haklarını koruyan AİHS gibi ulusüstü anlaşmaların ulusal yasalardan önce uygulanması gereğini (Anayasa m. 90 son kuralını) göz ardı eden özel hukuk yargılarımızı bir yana bırakalım; Anayasayı AİHS doğrultusunda yorumlama gereğini göz ardı eden koskoca Anayasa Mahkemesine ne diyelim?

İlginçtir, İsviçre'de de AİHM tarafından sürekli olarak tazminata mahkum edilme kaygılarıyla, 2011 Haziranında Meclise sunulan yasa tasarısında eşlerin evlilik sonrasında kendi soyadlarını koruyabilecekleri gibi, çocukların soyadını da belirleyecek olan ortak bir aile adını da kayıtsız koşulsuz kararlaştırabilecekleri öngörülmektedir. Oysa yürürlükteki İsviçre Medeni Kanunu'nda böyle bir olanak ancak haklı bir nedenin varlığı koşuluyla tanınmaktadır.

Gerçi yakın geçmişte hazırlanan bir yasa taslağına göre kadın evlendikten sonra kocasının soyadını almaksızın, sadece önceki kendi soyadını kullanmayı sürdürebilecektir. Ama bu soyadı aile adı olamayacak, çocuklara yine de babanın soyadı verilecektir. Dağ fare doğurmuştur!

Boşanan kadının kocasının soyadını taşıyabilmesinin yargıcın değil, kocanın takdirine kalması

Yakın geçmişte (1 Martta) Anayasa Mahkemesi kadın erkek ilişkilerine bakış açısını ortaya koyan ilginç bir soyadı kararı daha vermiştir. Bu soyadı kararı evlenen kadının değil de boşanan kadının soyadına ilişkindir.

Bilindiği gibi, MK 173'ün (zata mahsus) Müşerref Tezcan kuralına göre boşanan kadın kocasının soyadını yargıcın oluruyla boşanma sonrasında da taşımayı sürdürebilir. Ama koca sonradan karşı çıkarsa, kadının kocasının soyadını taşıma ayrıcalığı da sona erer.

İşte Anayasa Mahkemesi bu son kararında boşanan kadının kocasının soyadını yargıcın oluruyla kullanabilmesine kocanın sonradan veto çekebilmesini yadığıyan Aile Mahkemesinin iptal başvurusunu geri çevirmiş ve böylece kuralı mevcut biçimiyle Anayasaya uygun bulmuştur. Böyle yapmakla da soyadını kocanın paraya çevirebileceği bir metaya çeviren bu sakıncalı kuralda kocanın hesaplı ve art niyetli tutumuna kapıları da açık tutmuştur. Sonuçta soyadı gibi bir kişilik değeri pazarlık ve şantaj konusu bir meta olarak kalmıştır. Oysa aslında hiç yer verilmemesi gerekli olan ve tümüyle iptali gereken, hiçbir yabancı ülkede de rastlanmayan bir kuraldı bu!

Soybağını ret davasının süre sınırını kaldırma

Yüksek Mahkeme'nin yine erkek egemen anlayışla verdiği bir başka garip iptal kararı da soybağını ret (çocuğu dışlama) davasının MK 289'da öngörülmüş olan beş yıllık üst süresini kaldırdığı iptal karardır. (Resmi Gazete, 7. 10. 2009, Sayı 27 369)

Bu kararda çocuğun üstün yararı göz ardı edilmiş ve ön planda bir erkeğe kendi dölünden gelmeyen bir çocuğun dayatılmayacağı olgusuyla resmi ve şekli döl ve kan bağının soyluluğu ve yüceliği göz önünde tutulmuştur.

Bir kere, tüm yenilik doğuran davalarda ve bu bağlamda soybağı davalarında, özel olarak da soybağının düzeltilmesine itiraz ve tanımanın iptali davalarında bir üst süre vardır. Her nasılsa herhangi bir süre sınırlamasının öngörülmediği olasılıkta hakkın kötüye kullanılması kuralı, özel olarak "çelişik davranış yaşağı" (venire contra factum proprium) kuramı doğrultusunda yasa ötesinde (praeter legem) bir sürenin varlığı öğretide ve uygulamada oybirliği ile kabul edilir.

Bu gerçek karşısında, Mahkeme'nin hak düşümü konusundaki üst sürenin kişinin dava hakkını daha doğmadan elden aldığını ileri sürmesi hukuk mantığı açısından savunulabilecek tutarlı bir gerekçe sayılamaz.

Üstelik bu iptal kararı soybağının reddi davasıyla soybağının düzeltilmesine itiraz ve tanımanın iptali davaları arasındaki simetriyi de parçalamıştır. Unutulması ki bu üç soybağı davası da aynı amaca, çocuğun soybağını boşaltma (son aşamada çocuğu dışlama) amacına yöneliktir; tümünde de bir üst süre vardır.

Anlaşılan odur ki Anayasa Mahkemesi yargıçları ağaçlara bakarken ormanı gözden kaçırdıkları için soybağının reddi davasının üst süresini kaldırırken, soybağının düzeltilmesine itiraz ve tanımanın iptali davalarının üst sürelerini gözden kaçırmışlardır.

Soybağı davaları arasında yalnız babalık davasında herhangi bir üst süre öngörülmüş değildir; babalık davası için 1 yıllık tek bir süre öngörülmüştür. Ama bu ayırık ve sapma doğrudan doğruya babalık davasında menfaatler durumu babasız kalmış çocuk yararına özellik taşıdığı için öngörülmüştür.

Soybağının reddi davası gibi çocuğun soybağını boşaltacak (onu dışlayacak) olan "çocuk açısından sakıncalı bir davada", sırf bir an için, gerçek (öz) babasına bağlanmak isteyen ve her zaman öncelikli üstün yararının gözetilmesi gereken çocuk için bir özel "süre uzatımı" anlayışla karşılanabilir. Hatta böyle bir süre uzatımının BMÇHS ve Anayasa gereği olduğu söylenebilir.

Ama bencil miras çıkarları ardında koşan anlamsız "davacı kalabalığı" (MK 291 I'nin deyimiyile kocanın altsoyu ve ana babası) yararına böylesi ucu açık (süresiz) bir davayı kabullenmek doğrusu mantıken ve vicdanen çok zordur.

Kaldı ki beş yıllık üst süre haklı neden bulunduğu yalnız öz babasına bağlanmak isteyen çocuk açısından değil, davacı ordusunun tüm üyeleri için "ne yazık ki" zaten pekala uzatılmaya elverişli bir süredir.

Bk. Yargıtay HGK'nun 22. 12. 2004 tarihli kararı ve Acabey, Soybağı, s. 151/52; ayrıca bk. MK 291 III!

Karşı görüşte olan Dural/Ayar, Adal'a Armağan, s. 57 i.s.'de Türk MK koyucusunun kaynak İsviçre yasasından ve öteki soybağını dışlayıcı davalarından farklı olarak soybağının reddi davasında üst sürenin haklı nedenle uzatılmasını (aslında vahim bir yanlışlık sonucunda) öngörmemiş olmasını, menfaatler durumunu hiç dikkate almaksızın, her nedense, bilinçli bir hukuk politikası tercihi (menfi çözümden yana tutum) olarak değerlendirmişler ve Anayasa Mahkemesine hak vermişlerdir.

Babalık davasının süre sınırını kaldırma

Anayasa Mahkemesi soybağı ret davasını ucu açık bir davaya dönüştüren kararının izinde, yakın geçmişte babalık davasını da ucu açık bir davaya çevirmiştir.

(Resmi Gazete 7. 2. 2012, Sayı 28 197)

Bilindiği gibi, evlilik dışı birliktelik ürünü çocuk kendisini gönüllü olarak resmen tanımaktan kaçınan babasına kendisini 18 + 1 ≈ 19 yıl boyunca ünlü babalık davası yoluyla zorla tanıtabilir. (MK 303)

Bizde İsviçre'den farklı olarak, çocuğun yasal temsilcisi kayyım için atanmanın kendisine tebliğinden sonra çocuk adına babalık davasını açması için bir yıllık hak düşümü süresi sınırlamasının öngörülmesi anlamsızdır. Asıl için öngörülmemiş bir süre sınırlaması temsilci için de öngörülmemeliydi. Temsilci kayyım bu süreyi kaçırmış olsa bile çocuğun on dokuz yıllık dava hakkı saklı kalmış sayılmalıdır.

Baştan şu noktayı vurgulamalı: Soybağı hukukuna damgasını basan "çocuğun üstün yararı" açısından bakıldığında babalık davasındaki menfaatler durumu soybağının reddi davasındaki menfaatler durumundan bambaşkadır.

Şöyle ki soybağını ret davasında çocuğun soybağı koparılıp boşaltılmakta, böylece çocuk babasız bırakılmaktadır. Oysa babalık davasında çocuğun kopuk soybağı düğümlenmekte, çocuk öz babasına kavuşturulmakta, babasız çocuk konumundan babalı çocuk konumuna terfi ettirilmektedir.

Bu gerçek karşısında ve çocuğun üstün yararı gereği, soybağı davasında çocuğu dışlamak isteyen erkek ve onun miras hesapları peşinde koşan yakınları için korunması gerekli hak düşümü süresini öz babasına bağlanmak isteyen çocuğun babalık davası için korumanın yeri olmamalıdır.

Gerçekten de günümüzde babasına bağlanmak isteyen çocuğun üstün yararı ve babalığın saptanmasında başvurulan bilimsel tahlillerin (bu arada DNA analizlerinin) zamanın geçmesiyle aşınmayan güvenilirliği karşısında, çocuk, hatta öğretiyeye ve uygulamaya göre, onun altsoyu için öngörülen hak düşümü süresi varlık nedenini geniş ölçüde yitirmiş sayılabilir.

Kaldı ki babanın gönüllü tanınması için sınırlayıcı bir süre öngörülmediğine göre, böyle bir süreye babaya karşı gönülsüz tanıtmaya için yer verilmesi hukuk mantığı açısından da kolay kolay savunulamaz.

Nitekim çoğu yabancı ülkede çocuğun (ve onun altsoyunun) babalık davasına herhangi bir süre sınırlaması getirilmiş değildir.

Unutulmasın ki babalık davasının hak düşürme süresinin yasa koyucu tarafından kısa tutulmasının kökeninde babalığın sorgulanmasına karşı duyulan tarihsel ataerki fobi yatar. Code Civil'in şu ünlü kuralını kim kolay unutabilir: "La recherche de la paternité est interdite = Babalık sorgulanamaz"!

Pekiye ama öyleyse Anayasa Mahkemesi'nin babalık davasının süresini kaldıran iptal kararı niçin eleştiri oklarına boy hedefi yapılsın diye sorulabilir.

Bir kere baştan şu nokta saptanmalı: Bu konudaki hukuk politikası tercihi yasa koyucuya bırakılması gerekli bir politik tercihtir. Anayasa Mahkemesi'ne bu konuda söz düşmez! (Judicial self-restraint ilkesi bunu gerektirir!)

Sonra şu nokta var: Ne yazık ki Anayasa Mahkemesi babalık davasının görece kısa hak düşürme süresinin kapağını açarken çocuktan yana ortaya atılmış olan argümanlardan hiçbirisine dayanmış değildir. Mahkeme çocuğun yararının üstünlüğünden çok, soybağının reddi davasına ilişkin kararının izini sürerek, resmi ve şekli döl ve kan bağının üstünlüğünü göz önünde tutmuştur. Mahkeme için önemli olan, çocuğun öz (gerçek) kan ve döl hısı babasına bağlanmasıdır; resmi bağın kan ve döl bağıyla örtüştürülmesidir. Yoksa çocuğun üstün yararı değildir. Kararın gerekçelerinde sıkça vurgulanan argüman budur!

Anayasa Mahkemesinin erkek odaklı kararına göre, gerçi erkek sür-git babalık davasına muhatap olacağı tehdidi altında bırakılmamalıdır; ama çocukla babası arasında sahih soybağının kurulmasındaki kamusal yarar babanın bu kaygılarından ağır basar!

İşte burada evvelce değindiğimiz paradigma karşımıza çıkar: Bu paradigma birey olarak çocuk ve kadın değildir; erkeğin egemenliğindeki geleneksel Türk ailesidir.

Anayasa Mahkemesi yargıçlarının çoğunluğunun gözden kaçırdığı bir gerçek de şudur: Çocuğun (ve altsoyunun) görece kısa bulunan hak düşürme süresi bu sürenin kaçırılmasını haklı gösteren bir neden varsa, yasa gereği zaten dikkate alınmaz.

(MK 303 IV) Yani babalık davası de facto haklı neden bulunduğca süresiz (her zaman) açılabilir.

Anayasa Mahkemesinin ele alıp iptal ettiği fikranın hemen ardından gelen son fıkrada hak düşürme süresinin haklı nedenle uzayabileceği ek sürenin bir ayla sınırlı tutulması yasa koyucunun vahim ihmalinin ürünüdür. Soybağının reddi davasında bu ek süre bir yıl tutarken (MK 289 III) çocuk açısından çok daha önemli babalık davasında bu sürenin bir aya düşürülmesi asla bilinçli bir hukuk politikası tercihinin ürünü sayılamaz. Bu ayrımcılık düpedüz dikkatsizlik ürünüdür.

Kazandırıcı zaman aşımı yoluyla mülk edinme yolunu kapatma

Anayasa Mahkemesi'nin yakın geçmişte ölmüş kişinin taşınmazının olağanüstü kazandırıcı zaman aşımıyla mülk edinilmesi olanağını (MK 713 II kuralını) mülkiyet hakkının özünü ihlal eden "birey yararına gizli bir kamulaştırma" diye görüp Medeni Kanun'dan çıkarması Mahkeme'nin en şaşırtıcı kararlarından biri sayılabilir.

(Resmi Gazete 2. 4. 2011, 27893)

Bu kararında Yüksek Mahkeme soybağı hukukunda takıldığı hak düşürme fobisini bu sefer de mülkiyet hukukunda hak kazandırıcı süre alanına taşımıştır.

Mülkiyet hakkının sosyal yüküm boyutunu gözden kaçırarak ve bu hakkı kapitalizm öncesi feodal ve köleci üretim biçimlerinde yapıldığından da fazla kutsayan bir karardır bu!

Mülkiyet hakkını en üst düzeyde kutsayan üretim ve mülk edinme sistemlerinde (köleci Roma İmparatorluğu hukukundan beri) yüzyıllardır kabul edilmiş olan bir olanağın (usucapio'nun) birden bire mülkiyet hakkının özüyle bağdaşmaz bulunması doğrusu anlaşılacak gibi değildir.

Ne Almanya'da (§ 197 BGB'de) istihkak davasının, ne de bizde (MK 639'da) miras sebebiyle istihkak davasının zaman aşımına tabi tutulmasına, dahası, Kadastro Kanunu'nda (m. 12 III'te) taşınmaz mülkiyetinin

10 yıllık hak düşümü süresiyle sınırlandırılmasına bugüne kadar hiç kim-
senin kutsal mülkiyet ve miras hakları gasp ediliyor diye karşı çıkmamış
olduğu anımsanırsa, karardaki yadırgatıcılık daha da artar.

*Bu arada bir paradoksa da dikkat edilmeli: Eğer 20 yıl önce ölmüş ola-
nın taşınmazını mülk edinmek haksız müsadere sayılıyorsa, aynı kurala göre
20 yıl önce ölmeyip salt "gaip" sayılmış olanın taşınmazını mülk edinme nasıl
oluyor da haklı sayılabilir?*

Eğer Anayasa Mahkemesi'nin bu şaşkıncu yaklaşımı sürerse, yarın
öbür gün taşınır ve taşınmaz eşyanın iyi niyetle mülk edinilmesini (ma-
likin mülkünün elinden alınmasını) olanaklı kalan MK 988/1023 kural-
larının da mülkiyet hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle iptalinden korkulur!

Ne de olsa başkasına ait bir eşyayı mülk edinme olanağı sağlayan bu
kurullarda kazandırıcı zaman aşımı süresi sifra indirgenmiştir; mülkiyeti
kazanabilmek için herhangi bir bekleme süresi yoktur!

Bilindiği gibi, kazandırıcı zaman aşımı kurumu malikin kendi eşya-
sına gösterdiği uzun süreli ilgisizliğin "cezalandırılıp", o eşyaya bir başka-
sının gösterdiği yakın ilginin ödüllendirilmesi düşüncesine dayanır.

Bu klasik mülk edinme yolu hukukun temel değerlerinden hukuk
güvenliğine uygun düştüğü gibi, adalet değerine de yüzde yüz uygun
düşer.

Üstelik bu kurum eşya zilyetliği ile sicil zilyetliğinin örtüştürülüp
hukuksal görünüş ile eylemli gerçekliği özdeşleştirmeye iteleyici, bu
konuda dolaylı bir baskı oluşturucu özelliği ile kamu yararına da hizmet
eder.

*Şunu da eklemeli ki bu olağanüstü mülk edinme yoluna uygulamada
zaten hemen hemen hiç rastlanmaz. Çünkü bu pek ayrıksı yol öğretilde ço-
ğunlukça kabul edildiği gibi, ancak miras bırakanın hiçbir mirasçısının bu-
lunmadığı ve bunun son mirasçı devletin de gözünden kaçtığı olasılıkta açık
tutulur.*

Demek ki bu kural ancak tapulu taşınmazın tasfiye sırasında unutulup
devlet yararına bile tescil edilemediği olasılıkta uygulanabilir.

Bk. Rey, Sachenrecht Grundlagen N 1622; Steinauer, Droit reel II, N
1S81 d)

*Kaldı ki mülkiyet hakkının kazandırıcı zaman aşımı karşısındaki konu-
mu da sağlamdır. Şöyle ki kazandırıcı zaman aşımı zilyedi yararına tescilden
önce onun tarafından açılması zorunlu tescil davasında kazandırıcı zaman
aşımı zilyedine karşı itiraz şansı çok sağlam güvencele bağlanmıştır. (MK
713 III) Mülkiyet de bu tescil davası sonucunda yargıcın yenilik doğurucu
(inşai ve ihdasi) hükmüyle kazanılabilmektedir. Yoksa kendiliğinden değil!
Yalnız tartışmalıdır bu konu!*

Vakıfta üyeliğin olanaksızlığının giderilmesi

*Anayasa Mahkemesi'nin Medeni Kanun'la ve Hukuk Muhakemeleri
Kanunu'yla ilgili olup mahkemenin herhangi bir ideolojik yaklaşımına bağ-
lanamayacak olan (salt teknik) ama yine de mutlaka ele alınması gerekir üç
kararı daha vardır:*

Bunlardan biri "vakıfta üyelik olmaz" diyen MK 101 III kuralını örgüt-
lenme özgürlüğüne aykırı düştüğü ve böyle bir olanağın açık tutulduğu der-
neklerle eşitsizliğe yol açtığı için Anayasaya aykırı bulup iptal eden karardır.
(Resmî Gazete Tarih 28. 6. 2008, Sayı 26920)

Hemen belirtmek gerekir ki dernekte örgütlenme özgürlüğü ile, irade
özerkliğinin ve mülkiyet hakkının uzantısı vakıf kurma özgürlüğü arasında
hiçbir ilgi yoktur!

Aslında eşit olan kadın ile erkek arasında eşitlik ilkesini uygulamaktan
kaçınan Anayasa Mahkemesi'nin aslında hiç de eşit olmayan dernek ile vakıf
arasında ansızın hararetli bir eşitlikçi kesilmesi dikkat çekicidir.

Vakıfta üyeliğin olanaksızlığı ile kast edilen, vakıfta dernekteki gibi
üyelerden oluşan korporatif bir "karar organı" olarak Genel Kurul'a yer
olamayacağı (tek karar mercisinin vakfeden kişi olacağı) olgusudur. Nitekim
vakıflar üzerindeki yoğun kamusal denetim de bu olguya bağlıdır. İşte bu
olanaksızlığı yanlış okuyan Anayasa Mahkemesi yargıçlarının biçimsel bir
örgütlenme özgürlüğü ve eşitlik anlayışıyla, derneklerle vakıflar arasındaki

köklü ayrımı gözden kaçırıp kuralı iptal etmeleri yersiz ve gereksiz olmuştur. Ama asıl kötüsü, sakıncalı da olmuştur.

MK 101 III kuralı temel yorum ilkeleri doğrultusunda amaca uygun bir yorumla, vakfedenin vakıf senedinde cisimleşen iradesini ipotek altına alan korporatif bir karar organı üyeliğini yasaklayan bir kural olarak doğru okunacak yerde tüm yorum ilkelerini hiçleyen biçimsel ve söylemsel bir yaklaşımla ve yanlış olarak genel bir üyelik yasağı diye okununca, ister istemez amacı aşan bir iptal kararı da verilmiş oldu. Buysa, vakıf kurumunu sosyal işlevine yabancılaştıran, tüzel kişiler hukukuna egemen "tip sınırlılığı" ilkesine aykırı düşen ve üçüncü kişiler için son kertede sakıncalı olan Genel Kurullu (karar organlı) atipik, hybrid, amorf vakıflara meşruluk kazandırmış ve böylece ülkemizdeki vakıf yozlaşmasına ivme katmış oldu. (Bk. Gürzumar, Konuralp'e Armağan, s. 523 i.s.)

Anayasa Mahkemesi kararı son aşamada hem vakfedenin mülkiyet hakkını hem hukuk güvenliğini ihlal eden bir karardır.

Boşanma davası sırasında davacının ölümüyle davalının ölümünün eşitlenmesi

Bilindiği gibi, boşanma davasını açtıktan sonra ama henüz boşanma hükmünü elde etmeden ölen davacıya onun davalı eşinin mirasçı olmasının haksızlığını önlemek için yeni MK'a davacının mirasçılarının boşanma davasını sürdürebilecekleri ve eşin kusurunu kanıtladıklarında eşin mirasçılığını engelleyebilecekleri hükmü getirilmişti. (MK 181 II) Gelgelelim bu kuralda "davalının" ölümünde davalının mirasçılarının boşanma davasını sürdürme ve böylece davacının eşinin mirasçılığını engelleme olanağı tanınmamıştı.

Anayasa Mahkemesi'nin kararı boşanma davasında davacının ölümünden sonra onun mirasçılara sağlanan davayı sürdürme şansının davalının ölümünden sonra onun mirasçılara sağlanmamasının eşitsizliğe yol açtığı gerekçesiyle MK 181 II kuralının iptali yönünde oldu. (Resmi Gazete Tarih 22. 10. 2010, Sayı 27737)

İlginçtir, Almanya'da Federal Anayasa Mahkemesi BGB'de yer alan benzer içerikli kuralın eşitliğe aykırılığı savını yakın geçmişte geri çevirmişti.

Şimdi artık ister boşanma davacısı ölsün, ister boşanma davalısı ölsün, ölenin mirasçılığı sağ kalan eşin mirasçılığını önleyebilecek tarzda onun kusurunu ispat olanağına kavuşturulmuştur. (MK 181 II)

Yalnız şu var: Boşanma davasının davalısının davacının kusurunu kanıtlaması genelde olanaklı sayılamayacağına göre, aynen evvelce davacının mirasçılığına tanınmış olduğu gibi, şimdi davalının mirasçılığına da tanınan bu olanak kağıt üstünde kalacak gibidir.

Kusurlu olduğuna pek rastlanamayacak olan davacının da ölmüş olan eşine mirasçı olabilmemesini her halde engelleyebilmek için (ki adaletin gereğidir bu) onun kusurundan bağımsız olarak, sırf boşanma davasını açmakla mirastan feragat etmiş varsayılması daha tutarlı ve adaletli bir çözüm olurdu.

Nasıl ki boşanma davasını açmakla davacının da kusurlu davalıyı mirasçılıktan çıkarmış varsayılması daha tutarlı olacak idiyse! Böylece eşler arasında uyumlu (simetrik), eşitlikçi ve birbirini bütünüleyen mirastan iskat ve feragat varsayımları benimsenmiş olurdu.

De lege ferenda gözden uzak tutulmaması gereken bir olgu var: Eşin mirasçılığı kan bağına değil, gönül bağına dayanır. Öyleyse bu bağın koptuğu, yani davanın açıldığı anda mirasçılık her iki taraf için de kendiliğinden düşmelidir. Ola ki davacı boşanma davasını haksız yere açmış olsun! O zaman davalı eşin mirasçılığı düşmüş sayılmamalıdır. Davalının kusurluluğu ve davacının haklılığı da tereke hakimince belirlenmelidir. Nitekim § 1933 BGB kuralında da davacının ölümünde boşanma koşullarının, bu arada evliliğin temelinden sarsıldığı konusundaki kesin karinelerin varlığını tereke hakimi belirler.

İnsan zararlarında Adliye Mahkemelerinin her halde görevli sayılmasının engellenmesi

Anayasa Mahkemesi çok yakın geçmişte (2012 Şubatında) verdiği bir kararla, "insan zararları" olarak nitelendirilebilecek olan cismani zararların, bu arada ölümle bağlantılı zararların tazmininde görev kusuru - kişisel kusur ayrimından bağımsız olarak, Adliye Mahkemelerini görevli kılan HMK m. 3 kuralını idari yargı - adli yargı ayrimını tanımazlıktan geldiği ve insan

köklü ayrımı gözden kaçırıp kuralı iptal etmeleri yersiz ve gereksiz olmuştur. Ama asıl kötüsü, sakıncalı da olmuştur.

MK 101 III kuralı temel yorum ilkeleri doğrultusunda amaca uygun bir yorumla, vakfedenin vakıf senedinde cisimleşen iradesini ipotek altına alan korporatif bir karar organı üyeliğini yasaklayan bir kural olarak doğru okunacak yerde tüm yorum ilkelerini hiçleyen biçimsel ve söylesel bir yaklaşımla ve yanlış olarak genel bir üyelik yasağı diye okununca, ister istemez amacı aşan bir iptal kararı da verilmiş oldu. Buysa, vakıf kurumunu sosyal işlevine yabancılaştıran, tüzel kişiler hukukuna egemen "tip sınırlılığı" ilkesine aykırı düşen ve üçüncü kişiler için son kertede sakıncalı olan Genel Kurullu (karar organlı) atipik, hybrid, amorf vakıflara meşruluk kazandırmış ve böylece ülkemizdeki vakıf yozlaşmasına ivme katmış oldu. (Bk. Gürzumar, Konuralp'e Armağan, s. 523 i.s.)

Anayasa Mahkemesi kararı son aşamada hem vakfedenin mülkiyet hakkını hem hukuk güvenliğini ihlal eden bir karardır.

Boşanma davası sırasında davacının ölümüyle davalının ölümünün eşitlenmesi

Bilindiği gibi, boşanma davasını açtıktan sonra ama henüz boşanma hükmünü elde etmeden ölen davacıya onun davalı eşinin mirasçı olmasının haksızlığını önlemek için yeni MK'da davacının mirasçılarının boşanma davasını sürdürebilecekleri ve eşin kusurunu kanıtladıklarında eşin mirasçılığını engelleyebilecekleri hükmü getirilmişti. (MK 181 II) Gelgelelim bu kuralda "davalının" ölümünde davalının mirasçılarının boşanma davasını sürdürme ve böylece davacının eşinin mirasçılığını engelleme olanağı tanınmamıştı.

Anayasa Mahkemesi'nin kararı boşanma davasında davacının ölümünden sonra onun mirasçılarına sağlanan davayı sürdürme şansının davalının ölümünden sonra onun mirasçılarına sağlanmamasının eşitsizliğe yol açtığı gerekçesiyle MK 181 II kuralının iptali yönünde oldu. (Resmi Gazete Tarih 22. 10. 2010, Sayı 27737)

İlginçtir, Almanya'da Federal Anayasa Mahkemesi BGB'de yer alan benzer içerikli kuralın eşitliğe aykırılığı savını yakın geçmişte geri çevirmişti.

Şimdi artık ister boşanma davacısı ölsün, ister boşanma davalısı ölsün, ölenin mirasçıları sağ kalan eşin mirasçılığını önleyebilecek tarzda onun kusurunu ispat olanağına kavuşturulmuştur. (MK 181 II)

Yalnız şu var: Boşanma davasının davalısının davacının kusurunu kanıtlaması genelde olanaklı sayılmayacağına göre, aynen evvelce davacının mirasçılarına tanınmış olduğu gibi, şimdi davalının mirasçılarında da tanınan bu olanak kağıt üstünde kalacak gibidir.

Kusurlu olduğuna pek rastlanamayacak olan davacının da ölmüş olan eşine mirasçı olabilmemesini her halde engelleyebilmek için (ki adaletin gereğidir bu) onun kusurundan bağımsız olarak, sırf boşanma davasını açmakla mirastan feragat etmiş varsayılması daha tutarlı ve adaletli bir çözüm olurdu.

Nasil ki boşanma davasını açmakla davacının da kusurlu davalıyı mirasçılıktan çıkarmış varsayılması daha tutarlı olacak idiyse! Böylece eşler arasında uyumlu (simetrik), eşitlikçi ve birbirini bütünüleyen mirastan iskat ve feragat varsayımları benimsenmiş olurdu.

De lege ferenda gözden uzak tutulmaması gereken bir olgu var: Eşin mirasçılığı kan bağına değil, gönül bağına dayanır. Öyleyse bu bağın koptuğu, yani davanın açıldığı anda mirasçılık her iki taraf için de kendiliğinden düşmelidir. Ola ki davacı boşanma davasını haksız yere açmış olsun! O zaman davalı eşin mirasçılığı düşmüş sayılmamalıdır. Davalının kusurluluğu ve davacının haklılığı da tereke hakimince belirlenmelidir. Nitekim § 1933 BGBG kuralında da davacının ölümünde boşanma koşullarının, bu arada evliliğin temelinden sarsıldığı konusundaki kesin karinelerin varlığını tereke hakimi belirler.

İnsan zararlarında Adliye Mahkemelerinin her halde görevli sayılmasının engellenmesi

Anayasa Mahkemesi çok yakın geçmişte (2012 Şubatında) verdiği bir kararla, "insan zararları" olarak nitelendirilebilecek olan cismani zararların, bu arada ölümle bağlantılı zararların tazmininde görev kusuru - kişisel kusur ayrımından bağımsız olarak, Adliye Mahkemelerini görevli kılan HMK m. 3 kuralını idari yargı - adli yargı ayrımını tanımazlıktan geldiği ve insan

zararlarına ilişkin tam yargı davalarını idari yargının görev alanının dışına çıkardığı için iptal etti.

Oysa bu yeni kuralın amacı insan zararı söz konusu olduğunda bu zararların belirlenmesinde ister istemez ortaya çıkan ve mağdurlar açısından yakınmalara yol açan farklı uygulamaları yeknesaklaştırmaktı; bütüncül bir düzenlemeyle yargı birliğini ve hukuk güvenliğini Adliye Mahkemelerinin çatısı altında sağlamaktı. Aynen idarece mülkiyete el konmasında yani kamulaştırmada da kamulaştırma bedelinin takdirinin Adliye Mahkemelerine bırakılması gibi.

Eğer bireysel özel mülkiyetin korunması Adliye Mahkemelerine emanet ediliyorsa, yurttaşın bedensel bütünlüğünün korunması da Adliye Mahkemelerine emanet edilmeliydi.

Nitekim aynı insan odaklı yaklaşımla yeni TBK SS II kuralında da insan zararlarına ilişkin davaların idare hukuku kurallarına göre değil de özel hukuk kurallarına göre hükme bağlanması öngörülmüştü.

Anayasa Mahkemesinin bu son iptal kararı bence talihsiz kararlar zincirine yeni bir halka eklemiştir.

Talihsizlik şu kinayeli ve retorik soruda somutlaşır: Acaba Anayasa Mahkemesi yargıçlarının sandığı gibi biçimsel bir yargısal işbölümü mü daha önemlidir; yoksa insan zararlarının bu işi bilenlerce hakça giderilmesi mi?

Öte yandan, sıkça dile getirildiği gibi, malvarlığı zararlarıyla cismani zararlar arasında ayırım gözetilmesinin biçimsel eşitliğe aykırılığı mı daha önemlidir; yoksa HMK ve TBK koyucusunun gözettiği hukuk güvenliğini (yeknesak kararlarla istikrarı) sağlama ve son aşamada da "öncelikle insanı koruma" mı daha önemlidir?

Sonsöz: Genel Değerlendirme

Anayasa Mahkemesinin henüz kurulduğu 1960'lı yıllarda verdiği kararlarla 1980 sonrası verdiği kararlar karşılaştırıldığında, Yüksek Mahkemenin insan odaklı, özgürlükçü, eşitlikçi, demokratik, sosyal çağdaş yaklaşım çizgisinden giderek uzaklaştığı gözlemlenebilir.

Mahkeme gün geçtikçe artan dozda muhafazakar, statükocu, patri-yarikal bir tutum içine çekilip kapanmaktadır. İşin kötüsü: Mahkemenin Meclisin Anayasa değiştirme yetkisi, siyasal parti kapatma, Cumhurbaşkanı seçiminde toplantı yetersayısı koşulu gibi siyasal boyutlu kararları göz önüne getirilecek olursa, ortaya çıkan görünüm daha da umut kırıcı ve iç karartıcı olur.